

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

- ◀ تأثیر نظریه منطقه الفراغ بر کلیات حقوق قراردادهای خاص به قراردادهای اداری
سید مصطفی محقق داماد، مهدی نیازآبادی، بهاره عرب
- ◀ نهاد هیئت منصفه در ایران با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان و فرانسه
بابک جیبی، محمد آشوری، باقر شاملو
- ◀ تحلیل ابعاد حقوقی و اقتصادی پول
عباس کریمی، طاها عرب اسدی، امیر غفاری
- ◀ موازنه «نفع و ضرر» مبنای نقض استقلال فردی در زمان بحران‌های بهداشتی
حسن محسنی، ندا همکان‌مراد
- ◀ تحلیل حقوقی اثر مشترک در صنعت نرم‌افزار با نگاه تطبیقی
پرویز ساورایی
- ◀ تأثیر حقوقی انقلاب بر مفهوم نوین قانون (مطالعه حقوقی فلسفه و تاریخ انقلاب با تمرکز بر انقلاب‌های فرانسه، انگلستان و آمریکا)
امین صدیقی نیشابور، محمد جلالی، اسدالله یآوری
- ◀ وضعیت فقهی حقوقی معاملات معارض حق مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت
جواد نیک‌نژاد، علی‌اکبر نادری سمیرمی
- ◀ نقد اقتصادی شرط کیفری و لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی
وحید فقهی محمدی، غلامعلی سیفی زیناب، علیرضا عالی پناه
- ◀ مؤلفه‌های رویکرد نوین به جایگاه قاضی اجرای احکام کیفری
محمد مهدی ساقیان، معرفت نجفی
- ◀ استقلال یا پاسخ‌گویی: تأملی بر نهاد نظارت قضایی در نظام حقوقی ایالات متحده
آیت‌اله جلیلی، فرشید دهقان، مهرداد مؤمن
- ◀ تحلیلی بر آثار توصیف تصمیم دادگاه در تعیین داور (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و کامن لا)
عادل ابراهیم‌پور اسنجان، مهرداد اعتماد قراملکی
- ◀ تعهدات دولت‌ها به حفاظت از محیط‌زیست دریایی در برابر تغییرات اقلیمی: واکاوی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای
مهناز رشیدی، مهشید آجلی لاهیجی
- ◀ واکاوی وضعیت حقوقی مورد معامله در قراردادهای اطلاعات‌محور
علی ساعتچی، فائزه تیموری مقدم
- ◀ مرور زمان در دعاوی کار در پرتو رویه دیوان عدالت اداری
جواد محمودی
- ◀ بنیان‌های فقهی حقوقی نظم عمومی
یعقوب علیزاده
- ◀ حاکمیت زیبایی‌شناسانه؛ نگرشی لاهوتی به مفهومی ناسوتی «مفهوم حاکمیت ملی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»
کاوه پولادی

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 ۴۱، شماره ۱۱۱، پاییز ۱۴۰۴



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

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق

مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد

سر دبیر: منصور امینی

مدیر داخلی: شهرزاد حدادی

دستیاران مدیر داخلی: بهاره عرب، منظر وفادار

اعضای هیات تحریریه

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

نجم‌الدین الماسی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

محمود باقری (دانشیار حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

فرانسیسکا بتیو (استاد اقتصاد، دانشگاه سیفنا، ایتالیا)

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

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

عبدالحسین شیروی خوزانی (استاد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه تهران: پردیس فارابی، قم، ایران)

عباس شیرین ورنامخواستی (دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، 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 ابرندآبادی (استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

صفحه‌آرایی: مرضیه برکت

ویراستاران: بهاره عرب، الهام وحدانی‌فر

طراح جلد: مرضیه برکت

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. دانشجویان الزاماً بایستی همراه با یکی از استادان عضو هیئت علمی مقاله ارائه نمایند.
۶. 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 به اختصار 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) درج‌شده 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 ۴۱-۶۲.

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 ۴۱، شماره ۱۱۱، پاییز ۱۴۰۴

فهرست مطالب این شماره

- ۱..... تأثیر نظریه منطقه‌الفراغ بر کلیات حقوق قراردادهای با نگاهی خاص به قراردادهای اداری
سید مصطفی محقق داماد، مهدی نیازآبادی، بهاره عرب
- ۲۱..... نهاد هیئت‌منصفه در ایران با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان و فرانسه
بابک حبیبی، محمد آشوری، باقر شاملو
- ۳۹..... تحلیل ابعاد حقوقی و اقتصادی پول
عباس کریمی، طاهار عرب اسدی، امیر غفاری
- ۵۷..... موازنه «نفع و ضرر» مبنای نقض استقلال فردی در زمان بحران‌های بهداشتی
حسن محسنی، ندا همکان‌مراد
- ۷۳..... تحلیل حقوقی اثر مشترک در صنعت نرم‌افزار با نگاه تطبیقی
پرویز ساورایی
- ۹۱..... تأثیر حقوقی انقلاب بر مفهوم نوین قانون (مطالعه حقوقی فلسفه و تاریخ انقلاب با تمرکز بر انقلاب‌های فرانسه، انگلستان و آمریکا)
امین صدیقی نیشابور، محمد جلالی، اسدالله یآوری
- ۱۰۹..... وضعیت فقهی حقوقی معاملات معارض حق مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت
جواد نیک‌نژاد، علی‌اکبر نادری سمیرمی
- ۱۲۵..... نقد اقتصادی شرط کیفری و لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی
وحید فقیهی محمدی، غلامعلی سیفی زیناب، علیرضا عالی پناه
- ۱۴۳..... مؤلفه‌های رویکرد نوین به جایگاه قاضی اجرای احکام کیفری
محمد مهدی ساقیان، معرفت نجفی
- ۱۵۹..... استقلال یا پاسخ‌گویی: تأملی بر نهاد نظارت قضایی در نظام حقوقی ایالات متحده
آیت‌اله جلیلی، فرشید دهقان، مهرداد مؤمن
- ۱۷۹..... تحلیلی بر آثار توصیف تصمیم دادگاه در تعیین داور (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و کامن لا)
عادل ابراهیم‌پور اسنجان، مهرداد اعتماد قراملکی
- تعهدات دولت‌ها به حفاظت از محیط‌زیست دریایی در برابر تغییرات اقلیمی: واکاوی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای
مهناز رشیدی، مهشید آجلی لاهیجی
- ۱۹۵..... واکاوی وضعیت حقوقی مورد معامله در قراردادهای اطلاعات‌محور
علی ساعتچی، فائزه تیموری مقدم
- ۲۳۳..... مرور زمان در دعاوی کار در پرتو رویه دیوان عدالت اداری
جواد محمودی
- ۲۴۵..... بنیان‌های فقهی حقوقی نظم عمومی
یعقوب علیزاده
- ۲۶۵..... حاکمیت زیبایی‌شناسانه؛ نگرشی لاهوتی به مفهومی ناسوتی «مفهوم حاکمیت ملی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» ...
کاوه پولادی



Original Article

Impact of Mantaqa Al-Faraq Theory on General Issues of Contract Law, with a Special Approach to Administrative Contracts

Sayyed Mostafa Mohaghegh Damad¹, Mahdi Niazabadi² , Bahareh Arab³

ABSTRACT

One of the issues that has been specifically raised in the modern *Usua Al Fiqh* and has also been discussed sporadically in its traditional version but has not been the subject of an independent chapter, is the consideration of fixed and variable elements in the inference of rulings (*Ahkam*) and the method of *Ijtihad*. If we want to be satisfied with stability in the matter of *Ijtihad*, the appearances and rulings of *Sharia* will be isolated from the onslaught of the daily needs of society, and the issues and matters related to the religious in Islamic societies will be left without a solution or answer. Theory of “*Mantaqa Al-Faraq*” (changeable area) would be considered as one of the parameters of religion flexibility that was introduced by Mohammad Baqir Sadr, under this title, for the first time, regarding the possibility of freedom of government [legislative] intervention in Islamic economy. *Mantaqa Al-Faraq* is an area that its subjects due to variable and changeable nature, have variable and changeable *sutra* and rules, so that, God [as the Islamic legislature] refusing to set and codify fixed *sutra* and rules, delegated the setting and codification the relevant detailed rules, accordance to the benefit and requirements of each period, to the Islamic regnant or governor of that period. So, this area is standing on the opposite side of “fixed area” that its subjects have fixed and unchangeable *sutra* and rules at any period. The main goal of this article is to examine the criteria of “*Mantaqa Al-Faraq*” theory and its secondary goals, to reconcile these criteria with the general principles of contract law and a specific type of contract, called administrative contracts. In this article, relying on the descriptive-analytical method and the study of library resources, attempted to first, identify the theory of “*Mantaqa Al-Faraq*” and its criteria, and secondly, by returning to the sources of contract law and administrative law, while examining the challenging issues in these two areas, by applying the criteria of the “*Mantaqa Al-Faraq*” theory, to analyze whether these two areas of law are subject to the aforementioned theory and its effects or no? By studying the opinions of Mohammad Baqir Sadr in “*Eghtesadona*”, three criteria for the area of *Mantaqa Al-Faraq* can be deduced: First, the area of *Mantaqa Al-Faraq* governs

How to Cite: Sayyed Mostafa, Mohaghegh Damad, Niazabadi, Mahdi, Arab, Bahareh, "Impact of Mantaqa Al-Faraq Theory on General Issues of Contract Law, with a Special Approach to Administrative Contracts", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp: 1-20.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2020.184575.1518>

Received: 31/12/2019-Accepted: 01/03/2020

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

2. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: m_niazabadi@sbu.ac.ir

3. Phd Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

the relationship between huamn and nature; this type of relationship is changeable and not fixed, due to existence of nature. Second, there are no fixed detailed rules in Sharia law for the area of *Mantaqa Al-Faraq*. All the subjects and issues are free and not governed by any islamic rule (*Hokm*). Third, the general rule for the area of *Mantaqa Al-Faraq* is “permissible” and “*Jawaz*.” Therefore, the Islamic ruler can prohibit or order any activity or action that is not indicated by a legislative text as obligatory or forbidden. Combining the last three components leads to the clarification and scrutiny of the boundaries of the area of Mantaqa Al-Faraq. Therefore, it can be concluded that firstly, the theory of the Mantaqa Al-Faraq is related to the stage of legislation (caninzation) and not implementation, and secondly, due to the lack of a primary ruling by the legislator in this area, the ruling issued by the ruler is considered the primary ruling, and any issue that meets these three criteria in the present time is interpreted under the scope of Mantaqa Al-Faraq and can be determined by the Islamic ruler according to the requirements of the time and the interests of the day, and is not subject to any immutable principle. Among the issues that can be discussed in terms of inclusion or non-inclusion under this theory is the issue of contract law and a specific type of them under the title of administrative contracts. Among the introduced subjects and issues of Contract Law, some have detailed history of Islamic jurisprudence and the other, because of progress and advancement of science and technology and emerge of human needs, are regarded as new and modern issues and don’t have really detailed history of Islamic jurisprudence. The former one, on the terms of different interpretations, would be included in the fixed area or Mantaqa Al-Faraq and the latter one (like invalidity of unfair terms in contracts, right of withdrawal in distance contracts for consumers and etc), due to the aggregation of Mantaqa Al-Faraq components, would be included in this area. Administrative Contracts as an important and special type of contracts, due to lack of detailed history of Islamic jurisprudence and encompassing all Mantaqa Al-Faraq components, would be included in this area and the authority of setting the rules governing them is delegated to the Islamic regnant or governor. By examining the concept and nature of this type of contract, we find that not only does their essence and essence, but also their causes (the formation of the state in the modern sense and the theories related to it, etc.) have not been examined in *Sharia* books due to their emergence in recent historical times and it is obvious that there are no express rules to govern them.

KeyWords: Mantaqa Al-Faraq, Contract Law, Administrative Contracts



تأثیر نظریه منطقه الفراغ بر کلیات حقوق قراردادهای با نگاهی خاص به قراردادهای اداری

سید مصطفی محقق داماد^۱، مهدی نیازآبادی^۲، بهاره عرب^۳

چکیده

نظریه «منطقه الفراغ» را می‌توان از جمله معیارهای انعطاف‌پذیری شریعت دانست که نخستین بار ذیل همین عنوان توسط شهید محمدباقر صدر در خصوص امکان آزادی مداخله دولت در اقتصاد اسلامی مطرح شد. منطقه الفراغ، حوزه‌ای است که موضوعات مشمول آن به سبب ماهیت متطور و متغیر خود، متعلق احکام ناآبیت قرار می‌گیرد و لذا شارع با خودداری از وضع احکام ثابت در این حوزه، وضع قواعد مربوطه تفصیلی متناسب با مصالح و مقتضیات هر دوره را برعهده حاکم و ولی امر اسلامی آن دوره نهاده است. لذا این حوزه در «مقابل منطقه ثابتی» قرار می‌گیرد که موضوعات مشمول آن متعلق احکام ثابت و لایتنیر در تمام ادوار است. از جمله مسائلی که می‌تواند از حیث شمول یا عدم شمول، ذیل این نظریه مورد بحث قرار گیرد، مبحث حقوق قراردادهای و نوع خاصی از آنها تحت عنوان قراردادهای اداری است؛ از مباحثی که ذیل کلیات حقوق قراردادهای مطرح شده، دسته‌ای دارای پیشینه مفصل فقهی است و دسته‌ای معلول پیشرفت علوم و فناوری و ایجاد نیازهای بشری، نوین و مستحدثه تلقی شده و دارای پیشینه تفصیلی فقهی نیست. دسته نخست حسب تفاسیر متفاوت می‌تواند ذیل منطقه ثابت یا منطقه الفراغ جای گیرد و دسته دوم به جهت تجمع مؤلفه‌های منطقه الفراغ ذیل این حوزه قرار می‌گیرد. قراردادهای اداری نیز به عنوان قسم خاص و واجد اهمیتی از قراردادهای، به جهت فقدان پیشینه تفصیلی فقهی و واجدیت جمیع مؤلفه‌های منطقه الفراغ ذیل این حوزه جای گرفته و لذا اختیار وضع قواعد حاکم بر آنها بر عهده حاکم و ولی امر در حکومت اسلامی است.

کلید واژگان: منطقه الفراغ، کلیات حقوق قراردادهای، قراردادهای اداری.

استناد به این مقاله: محقق داماد، سید مصطفی، نیازآبادی، مهدی، عرب، بهاره، «تأثیر نظریه منطقه الفراغ بر کلیات حقوق قراردادهای با نگاهی خاص به قراردادهای اداری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۱-۲۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2020.184575.1518>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۱۱

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

۲. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: m_niazabadi@sbu.ac.ir

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



Copyright: © 2025 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

یکی از مسائلی که در علم اصول جدید به طور خاص مطرح شده و به صورت پراکنده در علم اصول سنتی نیز محل بحث بوده، ولیکن فصل مستقلی به آن اختصاص پیدا نکرده است، توجه به عناصر ثابت و متغیر در استنباط احکام و روش اجتهادی است. حقیقت آن است که اگر بخواهیم در امر اجتهاد به ثبات بسنده کنیم، ظواهر و احکام شریعت در مقابل هجوم نیازهای روزمره جامعه منزوی می‌شوند و مسائل و امور مربوط به متدینین در جوامع اسلامی بدون راه حل و پاسخ رها می‌شوند؛^۱ لذا به جرئت می‌توان ادعا کرد که در دنیای حاضر، رسالت اصلی اجتهاد تبدیل شدن به عاملی است که قادر باشد دین را در تمام ازمنه و امکانه توانمند کند تا جوامع دینی و دین‌مداران بتوانند حیات خود را با آموزه‌های دینی هماهنگ کنند. بنابراین در رخداد مسائل نوین که معلول پیشرفت ابعاد مختلف زندگانی بشر است، تفکیک میان عناصر ثابت و متغیر در استنباط احکام، ازجمله موارد نیاز مجتهد است و بدیهی است در این راه، ضروری‌ترین مستمسک، ارائه معیاری دقیق، جهت تعیین حد فاصل میان این دو عنصر است. در همین راستا، در فقه و اصول معاصر، علمای اهل تسنن و تشیع سعی در ارائه معیار اخیرالذکر و تدقیق آن داشته‌اند. چنانچه عبده در مصر به کمک رشیدرضا (مقرر درس‌های او) فقه مقارنی را مطرح می‌کند و می‌گوید مبنا و منبع اجتهاد سه چیز است: نصوص شرعی، حکمت تشریع و قواعد عامه (ازجمله قواعد مسلمة یسر، دفع حرج، جلب مصالح، نفی ضرر و ضرار و دفع مفسد). در این بین، قواعد عامه خود، مبنا و زیربنای استنباط احکام مربوط به نیازهای جدید است.^۲ گروه دیگری در اهل تسنن مبحث مقاصدالشریعه را مطرح می‌کنند و آن را یکی از منابع فقه می‌دانند. این دسته معتقدند که مقاصد شریعت (مثل عدل و ظلم) ثابت است، ولیکن طرق وصول به آنها در ازمنه و امکانه مختلف متفاوت است.^۳ در میان علمای اهل تشیع نیز، نظراتی مرتبط با این حوزه بیان شده است؛ ازجمله، شهید محمد باقر صدر در کتاب «اقتصادنا»، نظریه منطقه‌الفراغ را در ارتباط با مداخله دولت در مکاتب اقتصادی اسلامی بیان می‌کند. اگرچه عنوان «منطقه‌الفراغ» نخستین بار در آرای شهید صدر به کار رفته، ولیکن مفاد این نظریه، قبل از شهید صدر، یا معاصر با او، با اندک تفاوتی در کتب برخی علما مورد اشاره قرار گرفته است: آیت الله نایینی در کتاب مستطاب «تنبيه الامه و تنزيه الملة»^۴ شبیه این نظریه را با عنوان «احکام منصوص (ثابت) و غیرمنصوص (متغیر)» مطرح می‌کند و معتقد است «قوانین و دستوراتی که در تطبیق آنها بر شریعات - کما ینبغی - باید مراقبت و دقت شود، فقط به قسم اول [احکام منصوص و ثابت] مقصود است و در قسم دوم [احکام غیرمنصوص و متغیر] بدون موضوع و بلامحل است».^۵ مرحوم سید حسن مدرس در زمان تصویب قانون اصول محاکمات جزایی در مجلس، تأکید می‌کند که امور اداری مشمول قوانین وضعی است.^۶ علامه طباطبایی در تفسیر «المیزان» احکام جزئی مربوط به حوادث جاری را که بر اثر تغییر زمان به سرعت متغیر است، از اختیارات حاکم

۱. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۱)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۹، شماره ۴۴، ۱۳۸۵، ص ۱۴.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۲)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۰، شماره ۴۶، ۱۳۸۶، ص ۲۰.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، «اصول فقه ۲»، جزوه درسی حقوق مدنی، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۱.

۴. این کتاب که در مجله‌هایی با پاورقی مرحوم طالقانی تدوین یافته است، ذیل پردازش نظریه مشروطیت، در پی تنزیه دین اسلام از اتهامات وارده (مثل تبعیض در قبال زن، استبداد و...) ازسوی غربی‌هاست.

۵. نایینی، محمدحسین، تنبيه الامه و تنزيه الملة، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۳۸۸، صص ۱۳۴ و ۱۳۵.

۶. مدرس، سیدحسین، نطق‌ها و مکتوبات، تهران: ابودر، چاپ اول، ۱۳۵۵، صص ۲۱۰ و ۲۱۱.

اسلامی می‌داند^۱ و در نهایت، امام خمینی در کتاب «حکومت در اسلام» بیان می‌دارد که حکومت، خود از جمله منابعی است که به صدور احکام اولیه می‌پردازد.^۲ اما در کنار این نظریات، آنچه بحث منطقه‌الفراغ را متمایز می‌کند، تبیین و تحدید حوزه‌ای معین است که به سبب تطور، تحول و عدم ثبات موضوعات آن، ولی امر اسلامی می‌تواند براساس ضوابط و اهدافی اقدام به تصویب قوانین متناسب با اوضاع و احوال آن نماید؛ لذا در این مقاله هدف آن است که پس از تبیین دقیق این نظریه و اثبات حوزه مربوط به منطقه‌الفراغ، به تشریح کلیات حقوق قراردادهای در پرتو نظریه مذکور بپردازیم و به این سؤال پاسخ دهیم که آیا اصول کلی حقوق قراردادهای ذیل این حوزه جای می‌گیرند؟ سپس ضمن بررسی مفهوم و ماهیت قراردادهای اداری، به طور خاص، امکان یا عدم امکان وجود رابطه‌ای میان قواعد حاکم بر این قسم خاص قراردادهای و نظریه منطقه‌الفراغ را کنکاش و بررسی کنیم که آیا این قواعد حسب مقتضیات زمان دچار تحول و تغییر می‌شوند؟

۱. تبیین و تشریح نظریه منطقه‌الفراغ و اثبات آن

نظریه منطقه‌الفراغ، نخستین بار در آرای شهید صدر به کار رفته است، بنابراین ابتدا تفسیر ایشان از این نظریه و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس به اثبات امکان وجود چنین حوزه‌ای خواهیم پرداخت.

۱.۱. تبیین و تشریح نظریه منطقه‌الفراغ

شهید محمدباقر صدر در قسمت پایانی کتاب وزین «اقتصادنا»، در خصوص امکان آزادی مداخله دولت در اقتصاد اسلامی به حوزه‌ای تحت عنوان «منطقه‌الفراغ» اشاره می‌کند. مستنبط از توضیحات شهید صدر می‌توان گفت منطقه‌الفراغ، حوزه‌ای است که به سبب ماهیت متطور و نا ثابت خود دارای موضوعات و عناوین متغیر است و شارع وضع احکام و قواعد تفصیلی متناسب با اوضاع، احوال و مقتضیات زمان و مکان در این حوزه را با حفظ ضوابط — در چارچوب‌های معینی — به عهده حاکم اسلامی و ولی امر هر دوره زمانی نهاده است.^۳ لذا از منظر شهید صدر، منطقه‌الفراغ در برابر منطقه ثابت قرار دارد. با این توضیح که موضوعات و عناوین منطقه ثابت در سیر زمان و مکان بلا تغییر است و احکام صادره از شارع نیز در این قسمت ثابت و لایتغیر است؛ اما منطقه‌الفراغ ناظر به حوزه‌ای است که به سبب تغییر و تطور موضوعات آن، شارع از وضع حکم ثابت در آن خودداری کرده و این امر را به عهده متولی حکومت اسلامی در ادوار مختلف گذاشته است. لذا احکام مربوط به حوزه منطقه‌الفراغ تابع مصالح و مقتضیات زمان است، بدون آنکه شارع نظری بر آنها داشته باشد. با اندک تعمقی در آرای شهید صدر، درمی‌یابیم که ایشان مؤلفه‌هایی را برای تحدید و تبیین ثغور منطقه‌الفراغ در نظر داشته‌اند که لازم است به آنها اشاره شود:

— منطقه‌الفراغ ناظر بر روابط انسان با طبیعت است: ^۴ شهید صدر معتقد است که دو گونه رابطه را می‌توان موضوع قواعد حقوقی قرار داد: نخست، رابطه اشخاص با یکدیگر (انسان با هم‌نوعش)، که دارای تطور نیست و قواعدی ثابت را مقتضی است. دوم، رابطه اشخاص با طبیعت^۵ که در طول زمان، قواعد متغیر، متطور و مقتضی با زمان را می‌طلبد. قواعد حاکم

۱. طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، جلد ۸، تهران: کانون انتشارات محمدی، چاپ سوم، ۱۳۶۳، ص ۱۲۹ (ذیل آیه ۵۹ سوره مبارکه نساء).

۲. موسوی خمینی، سید روح الله، *حکومت در اسلام*، تهران: امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۶۷، ص ۵۴.

۳. صدر، محمدباقر، *اقتصادنا*، ترجمه عبدالعلی اسپهبدی، جلد ۲، تهران: اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۵۷، ص ۳۴۳.

۴. همان، ص ۳۴۴.

۵. به نوعی متأثر از مکتب مارکسیسم، روابط حقوقی انسان‌ها با یکدیگر امری عرضی است و تابع تطور انسان با طبیعت است.

بر روابط اشخاص با طبیعت از آن جهت متطور است که میزان سیطره انسان بر طبیعت در گذر زمان، به دلیل پیشرفت علم و فناوری متفاوت می‌شود.^۱

- در شرع، قواعد تفصیلی ثابت برای منطقه‌الفراغ وجود ندارد.^۲ علت آن است که اگر حکم ثابت بر موضوعات متطور این حوزه بار شود، با اهداف کلی شریعت در تعارض خواهد بود. شهید صدر با یک مثال به تبیین این مؤلفه می‌پردازد: بنا بر اقوال معصومین (علیهم‌السلام)، در صدر اسلام، هر کس زمین میته‌ای را آباد می‌کرد، مالک آن شناخته می‌شد. این حکم در صدر اسلام قاعده‌ای موجه محسوب می‌شد. ولیکن اگر قائل به حکومت این حکم ثابت در ادوار مختلف باشیم، نتیجه آن است که باوجود پیشرفت فناوری و صنایع، صاحبان ابزارآلات مدرن با آباد کردن مساحت زیادی از زمین، مالک آن می‌شدند و املاک زیادی را به تصاحب خود درمی‌آوردند. حال آنکه اشخاص فاقد این امکانات از تملک باز می‌مانند و این امر با اهداف کلی و مقدس شریعت، که عبارت‌اند از «عدالت» و «ارتزاق»، در تعارض است.

- حکم کلی منطقه‌الفراغ، «اباحه» و «جواز» است: لذا هر فعالیت و عملی را که نص تشریعی دلالت بر وجوب یا حرمت آن نکند، حاکم اسلامی می‌تواند از آن منع یا بدان امر نماید. برای تبیین این مؤلفه ارائه توضیحاتی لازم است: شیخ انصاری در مبحث «شروط» در کتاب «مکاسب» بیان می‌دارد که جواز و اباحه در شرع به دو صورت است: گاه شارع صریحاً موضوعی را مباح و حلال اعلام کرده و از میان احکام خمسسه تکلیفیه، حکم اباحه را به آن اختصاص داده و گاه در باب یک موضوع هیچ حکمی را اعلام نکرده است. در این موارد و به‌واسطه فقدان حکم و قانون، مستند به اصالة‌الاباحه، به‌ناچار قائل به مباح بودن حکم آن موضوع می‌شویم.^۳ لازم به ذکر است که شرط نامشروع (که از اقسام شروط باطله است) شرطی است که خلاف اباحه نخستین (تشریعی) باشد نه اباحه دوم (ناشی از فقدان قانون). شهید صدر با تأثر از بیانات شیخ در این حوزه بیان می‌دارد که حکم کلی در منطقه‌الفراغ، اباحه است و منظور از اباحه، اباحه ناشی از فقدان قانون (حکم شارع) است؛ زیرا اگر اباحه تشریعی به موضوعی تعلق گرفته باشد و ولی‌امر اسلامی بخواهد خلاف آن، حکمی صادر کند، به منزله حرام نمودن حلال خداست و نامشروع است. لذا منظور، اباحه ناشی از فقدان و خلأ حکم است که شارع به جهت ماهیت متطور این حوزه از صدور حکم ثابت راجع به آن خودداری کرده است.

شهید صدر اندکی فراتر می‌رود و ادعا می‌کند که گاه احکامی توسط پیامبر (ص) و ائمه (علیهم‌السلام) در باب موضوعی صادر شده که آن موضوع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ را داراست. ایشان در این موارد، به اقتضای مقام ولایت امور، احکام متناسب با زمان و مکان را به‌صورت موقت صادر کرده‌اند و فی‌الواقع به عنوان حاکم - و نه مبلغ شریعت - اقدام کرده‌اند.^۴ لذا با تفکیک دقیق میان شئون مختلف معصومین (علیهم‌السلام) می‌توان احکام صادره در شأن حکومتی را کشف نمود و قائل به موقتی بودن آنها شد؛ زیرا حکم اولیه موضوعات این حوزه، اباحه ناشی از فقدان حکم شارع است و معصومین (علیهم‌السلام) به عنوان ولی‌امر زمان خود حکم اقتضایی (وجوب یا حرمت) را بر آن بار نموده‌اند و لذا ولی‌امر دوره‌های بعدی در جوامع اسلامی می‌تواند بنابر مصالح و مقتضیات جامعه خود، حکمی مغایر با آن وضع کند.^۵ بدیهی است اعمال چنین نظریه‌ای منوط به تفکیک دقیق شئون متفاوت معصومین (علیهم‌السلام) و احکام مربوط به شأن نبوت و امامت

۱. لازم به ذکر است که منظور از «طبیعت» در آرای شهید صدر، «بیرون و خارج انسان» است.

۲. همان، ص ۳۴۶.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب‌المکاسب، جلد ۶، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی، چاپ دهم، ۱۴۳۰ ه.ق، صص ۲۲ و ۲۳.

۴. معصومین دارای سه شأن بوده‌اند: شأن تبلیغ، شأن حکومت و شأن قضاوت. (محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی: اموال

و مالکیت)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۱، صص ۱۴۶ و ۱۴۷).

۵. صدر، پیشین، صص ۳۴۸ و ۳۴۹.

(تبلیغ) داخل در منطقه ثابت و لذا غیرقابل تغییر است.

تجمع سه مؤلفه اخیرالذکر موجب تبیین و تدقیق حدود منطقه الفراغ می‌شود. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که اولاً نظریه منطقه الفراغ مربوط به مرحله تشریع (تقنین) است نه اجرا و ثانیاً به جهت فقدان حکم نخستین ازسوی شارع در این حوزه، حکم صادره از جانب ولی‌امر، حکم اولیه به حساب می‌آید.^۱

۱.۲. اثبات امکان وجود منطقه الفراغ

برای اثبات حوزه‌ای کلی که شارع وضع قواعد در آن را به‌عهده ولی‌امر گذاشته، باید سه قضیه جزئی اثبات شود: نخستین قضیه «متغیر بودن رابطه انسان با طبیعت» است. همان‌طور که قبلاً بیان شد، با توجه به پیشرفت علم و فناوری، سیطره انسان بر طبیعت در ادوار مختلف، متفاوت است و این تفاوت، احکام متغیر و ناثباتی را مقتضی است. فی‌الواقع تطور احکام و قواعد حقوقی به‌سبب گسترش توان بشر در بستر تاریخ ایجاد می‌شود. دومین مسئله «عدم امکان تشریع قانون ثابت در این حوزه» است. همان‌طور که گفتیم، اولاً وضع قواعد ثابت در این حوزه با توجه به ماهیت متطور آن، مخالف با اهداف کلی شریعت است و ثانیاً از آنجایی که حکم ثابت متناسبی است، اما موضوعات داخل در منطقه الفراغ نامتناهی‌اند، عقلاً محال است که متناهی با نامتناهی برابری کند و بالأخره سومین قضیه، «واگذاری وضع قواعد متناسب با اوضاع و احوال هر دوره به حاکم اسلامی همان دوره» است. با این توضیح که با عدم وضع قواعد ازسوی شارع در این حوزه، عقلاً راه دیگری باقی نمی‌ماند و تنها طریق، واگذاری این مقوله به خود بشر برای مدیریت آن است.

فارغ از استدلالات عقلی می‌توان به یک‌سری ادله نقلی نیز اشاره کرد. ازجمله آنها اخباری است شبیه این مضمون: «علینا إلقاء الأصول و علیکم التفريع» یا «انما نلقى علیکم الأصول و علیکم أن تفرعوا»^۲؛ لذا عقلاً و نقلاً اثبات چنین حوزه‌ای غیرممکن نیست.

اکنون با طرح یک إشکال، یک سؤال و یک ادعا، این بحث را خاتمه می‌دهیم:

اشکال: آیا طرح نظریه منطقه الفراغ با استمرار بقای حلال و حرام محمد(ص) تا روز قیامت و عدم امکان تغییر احکام شرعی در تعارض نیست؟ شهید صدر در قبال این إشکال بیان می‌دارد که نظریه منطقه الفراغ مربوط به موضوعاتی است که ذاتاً و ماهیتاً متطور است و لذا احکام آنها تبعاً نا ثابت خواهد بود؛ درحالی‌که استمرار بقای حلال و حرام محمد(ص) تا روز قیامت و عدم تغییر احکام شرعی، ناظر به منطقه ثابت است که موضوعات آن در سیر تطور ادوار بلا تغییر است.^۳ مضافاً اینکه مفاد روایت استمرار بقای حلال و حرام محمد(ص) تا روز قیامت، در مقابله با اقدامات اصحاب رأی و قیاس است که مورد صدور و تأکید قرار گرفته است؛ زیرا این عده بنابر ذوق و سلیقه شخصی خود و بدون هیچ‌گونه ضابطه موجهی دست به تحلیل شریعت می‌زدند و احکامی را استخراج می‌کردند؛ ضمناً نظریه منطقه الفراغ نظریه‌ای خارج از کتاب و سنت نیست و اتفاقاً مورد تأکید کتاب قرار گرفته است. چنانچه آیه «أطیعوا الله و أطیعوا الرسول و اولی الامر منکم»^۴ مؤید وجوب و لزوم اطاعت از اولی الامر و احکام صادره ازسوی ایشان است.^۵

۱. برای آگاهی بیشتر درخصوص رابطه منطقه الفراغ با قواعد ثانویه و حکم حکومتی نگاه کنید به: صدر، پیشین، صص ۳۱۹ - ۳۴۹.

۲. حر عاملی، محمد بن حسن بن علی، **وسائل الشیعه**، جلد ۹، بیروت: احیاء التراث العربی، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۱۴۴.

۳. صدر، پیشین، صص ۳۴۷، ۳۴۸ و ۳۴۹.

۴. سوره نساء، آیه ۵۹.

۵. نایینی، پیشین، ص ۱۳۵.

سؤال: آیا احکام صادره از سوی ولی‌امر و حاکم اسلامی، در حوزه منطقه‌الفراغ احکام شرعی تلقی شده یا خارج از دایره شریعت است؟ ظاهراً شهید صدر به این سؤال پاسخ نداده‌اند و لذا از قضیه منطقه‌الفراغ، بسته به اینکه منطقه مذکور را فارغ از مطلق شریعت بدانیم یا فارغ از شریعت ثابت، دو نظریه «دین حداقلی»^۱ و «دین حداکثری»^۲ قابل استنباط است. با این توضیح که اگر معتقد باشیم احکام صادره در این حوزه دارای ماهیت و صبغه شرعی است، قائل به دین حداکثری شده، برای احکام مزبور ضمانت اجرای اخروی در نظر گرفته و دایره شریعت را گسترش داده‌ایم. اما اگر احکام و قواعد صادره را صرفاً واجد جنبه عرفی دانسته و برای آنها خواهان ضمانت اجرای اخروی نباشیم، قائل به دین حداقلی شده و دایره شریعت را محدود به احکام ثابت کرده‌ایم.

ادعا: ظاهراً برخی احکام ثابت شریعت در دنیای امروزی در دایره‌ای قرار گرفته‌اند که به جهت افزایش تسلط بشر بر طبیعت، نیازمند تغییرند؛ مثلاً بحث اقامه صلاة روبه‌قبله به هنگام سفر هوایی، خود محل پرسش است و همچنین است بحث وجوب روزه در سرزمین‌های قطبی و در فصل زمستان، به علت طولانی بودن روز (بیش از ۲۳ ساعت).^۳

۲. تبیین کلیات حقوق قراردادهای در پرتو نظریه منطقه‌الفراغ

در این قسمت به دو دسته از مباحث کلی در حوزه حقوق قراردادهای خواهیم پرداخت: دسته نخست مباحثی‌اند که به‌طور تفصیلی توسط فقهای متقدم و متأخر در کتب فقهی مورد تحلیل و مذاقه گرفته‌اند و دسته دوم شامل مباحثی می‌شود که از لحاظ زمانی، متأخر از مباحث دسته اول‌اند و به جهت پیشرفت در ابعاد مختلف زندگانی بشر، در دوره اخیر پدید آمده و لذا مانند مباحث قبلی مورد بررسی تفصیلی فقها قرار نگرفته‌اند.

۲.۱. مباحث مسبوق به پیشینه تفصیلی

در میان مباحثی که به تفصیل مورد مطالعه فقها بوده و پیرامون آنها به استنباط احکام شرعی فرعی پرداخته‌اند، می‌توان به شرایط عمومی صحت عقود، اصالة‌اللزوم، اصالة‌الصحة، اصل نسبی بودن قراردادهای (به تبع بررسی عدم نفوذ عقد فضولی)، تلف مبیع قبل از قبض و... اشاره کرد. فقها حول هریک از مباحث مذکور صفحات متعددی را به توضیح و تشریح اختصاص داده و با استناد به ادله و منابع شرعی در پی کشف احکام شارع بوده‌اند. به عبارت دیگر، فقها با این اعتقاد که شارع در ارتباط با هریک از این مباحث، حکمی را در نظر داشته، با تفحص در ادله و منابع شرعی سعی در استخراج حکم متناسب داشته‌اند. به طور مثال، در مبحث شرایط عمومی صحت عقود،^۴ مشهور فقها برای ایراد خدشه به صحت عقدی که مورد معامله آن به نوعی مجهول و مردود بوده است، به حدیث نبوی «نهی‌النبی (ص) عن [بیع] الغرر» استناد ورزیده‌اند.^۵ در مبحث اصالة‌اللزوم، که بخش حجیمی از کتب فقهی بسیاری از فقها را به خود اختصاص داده است، با استناد به آیاتی

^۱ Minimized religion

^۲ Maximized religion

^۳ محقق داماد، «اصول فقه ۲»، پیشین، ص ۱۳۵.

^۴ در کتب فقهی متقدم و میانه، این مبحث در باب متاجر، تجارة و بیع مطرح شده است.

^۵ طوسی، شیخ محمد بن حسن، **خلاف**، جلد ۲، قم: شرکت دارالمعارف الاسلامیه، ۱۳۸۴ ه.ق، ص ۴۸؛ حلی، محمد بن احمد ابن ادریس، **سرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد ۲، قم: لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱، ص ۳۲۱؛ حلی، علامه حسن بن یوسف جمال الدین، **تذکره الفقهاء**، جلد ۱، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۵۰۵؛ جبعی عاملی، زین‌الدین علی بن احمد، **مسالك الافهام إلی تنقیح سرائع الاسلام**، جلد ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۹ ه.ق، صص ۴۹ و ۵۰.

چون «أوفوا بالعقود»^۱، «أحلّ الله البيع و حرّم الربا»^۲، «أن تكون تجارة عن تراض»^۳ و «و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»^۴ و روایاتی نظیر «الناس مسلّطون علی أموالهم»^۵ و «المؤمنون عند شروطهم»^۶ سعی دارند که حکم شارع را مبنی بر آن دسته از عقود مشکوک الوصف (جواز یا لزوم) کشف کنند.^۷ در خصوص اصل صحت عقود (یا دلالت اصل صحت به مفهوم وضعی) عده‌ای از فقها با استناد به روایت امیرالمؤمنین علی (ع)، با مضمون «ضَعُ أَمْرَ أَخِيكَ عَلَى أَحْسَنِهِ حَتَّى يَأْتِيَكَ مَا يَغْلِبُكَ مِنْهُ وَ...» سعی در صحیح دانستن آن دسته عقودی دارند که شک در وجود یا فقدان شرطی از شرایط صحت آنها مطرح است (شبهه موضوعیه). در بحث تلف مبیع قبل از قبض، فقها برای کشف حکم شارع مبنی بر انفساخ بیع (و عقد به طور عام) و لزوم رد ثمن (و عوض به طور عام) به حدیث نبوی «كُلُّ مَبِيعٍ تُلْفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» و روایت امام صادق (ع) با مضمون «مَنْ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ حَتَّى يَقْبُضَ الْمَتَاعَ وَ يَخْرُجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَالْمَتَاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّى يَرِدَ مَالُهُ إِلَيْهِ»، استناد کرده‌اند و هرچند دلالت این روایات را بر این حکم، صریح ندانسته‌اند، آنها را به عنوان دلایلی بر این مضمون ارائه کرده‌اند.^۸ در خصوص عدم سرایت آثار عقد به غیر از متعاقدين (اصل نسبی بودن) نیز فقها مباحث بسیاری را در باب «عقد فضولی» مطرح و برای صدور حکم به عدم نفوذ این نوع عقد، به اصل عدم ولایت و قاعده تسلیط^۹ اشاره کرده‌اند.^{۱۰}

هدف از استقرا در برخی از مباحث تفصیلی مطرح شده در کتب فقهی اشاره به دو دیدگاه است. با توجه به اینکه فقها با نگارش کتب فقهی سعی در استنباط و استخراج احکام شرعی شارع دارند،^{۱۱} بررسی‌ها و تحلیل‌های تفصیلی ارائه شده در خصوص این قبیل مباحث - با توسل به ادله و منابع شرعی - را باید تلاش در راستای استنباط احکام شرعی مربوط به آنها دانست و از این حیث می‌توان ادعا کرد که به اعتقاد فقها هریک از این مباحث نزد شارع دارای حکمی ثابت است، که این حکم باید از طریق و مجرای اصولی و فقهی استنباط شود. لذا با توجه به وجود احکام ثابت تشریعی از یک سو و قواعد و احکام تفصیلی ارائه شده توسط فقها از سوی دیگر، این مباحث را نمی‌توان مشمول منطقه الفراغ دانست و باید آنها را ذیل منطقه ثابت قرار داد که امکان تغییر احکام آنها در هر دوره توسط حاکم اسلامی وجود ندارد. اما امکان طرح دیدگاه دیگری نیز وجود دارد؛ به این معنا که مباحث مذکور - جز در مواردی که مورد استناد آنها آیاتی از کتاب الله است - به عنوان متعلقات احکام موقت از سوی فقها بیان گردیده و حکم صادره بر آنها، خاص همان دوران است. از سوی دیگر در مواردی که مستند صدور حکم روایاتی از معصومین (علیهم السلام) است، می‌توان با تفکیک شئون ایشان ادعا نمود

۱. سوره مائده، آیه ۱.

۲. سوره بقره، آیه ۲۷۵.

۳. سوره نساء، آیه ۲۹.

۴. سوره بقره، آیه ۱۸۸.

۵. احسانى، محمد بن علی، *عوالی اللئالی العزیزیه*، جلد ۱، قم: لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱، ص ۲۲۲.

۶. طوسی، شیخ محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، جلد ۲، تهران: مکتبه الفراهانی، چاپ اول، ۱۳۶۳، ص ۱۳۵.

۷. انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب المکاسب*، جلد ۵، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دهم، ۱۴۳۰ ه.ق، صص ۱۷، ۱۸، ۱۹ و ۲۰.

۸. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی: اموال و مالکیت)*، پیشین، صص ۱۷۹ و ۱۸۰.

۹. «الناس مسلّطون علی أموالهم».

۱۰. جعی عاملی، زین الدین علی بن احمد، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد ۱، تهران: المکتبه الاسلامیة، ۱۳۰۹، صص ۳۱۶ و ۳۱۷.

۱۱. چنانچه فقه تعریف شده است به: «هی العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة» و اصول فقه تعریف شده است به: «هی العلم بالقواعد الممهدة لاستنباط الأحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة».

که روایت و حکم صادره بنابر شأن حکومتی صادر شده و مختص جامعه زیستی آن دوران بوده است؛ لذا اولیای امر از منته بعدی می‌توانند بنابر مصالح و مقتضیات زمان خود، حکم دیگری را صادر کنند. اختلاف نظر میان فقها در باب احکام صادره بر این موضوعات و عدم دلالت صریح برخی ادله لفظیه شرعیه بر آنها (و در نهایت توسل به دلیل العقل برای اثبات بسیاری از این مباحث) نیز دال بر این مدعاست که شارع به‌گونه‌ای تفصیلی، صریح و ثابت در این خصوص احکامی ندارد و وضع و تدوین احکام و قواعد مربوط به این مباحث و حوزه‌ها را -جز در موارد دلالت صریح آیات و روایات- بنابر مصالح و مقتضیات زمان برعهده اولیای امر اسلامی نهاده است. لذا حسب این دیدگاه، مباحث مورد تفصیل در کتب فقهی (علی‌رغم مطالعات و بررسی‌های گسترده فقها) داخل در منطقه‌الفراغ‌اند.

۲.۲. مباحث فاقد پیشینه تفصیلی

برخی مباحث به دلیل پیشرفت در ابعاد و شاخه‌های مختلف زندگانی بشر، مستحدثه و نوین تلقی شده و لذا به‌طور تفصیلی در آرای فقها مورد بحث و مذاقه قرار نگرفته است. از جمله آنها می‌توان به احداث عقود جدیدی چون بیمه^۱، بحث عدم اعتبار شروط غیرمنصفانه^۲، پذیرش ضابطه نفع متوقع^۳ در خسارات قراردادی، حق انصراف مصرف‌کننده^۴ و... اشاره کرد. عقد بیمه پیرو احساس روبه‌فزونی بشر نسبت به ایجاد اطمینان در راستای حفظ اموال و تضمین سلامتی پدید آمد و دارای سابقه شرعی نیست و مورد تفسیر و تحلیل فقهای متقدم و میانه قرار نگرفته است؛ لذا فقهای معاصر پس از گذراندن دو مرحله طرد مطلق و تفصیل بیمه به سه عقد هبه، صلح و ضمان^۵ (که هر یک واجد ایرادات فقهی و حقوقی عمده‌ای است) در مرحله نهایی، این نهاد را ذیل اصل آزادی قراردادی می‌پذیرند و پیرو آن است که قوانین مختلف راجع به بیمه در نظام حقوقی ایران به تصویب می‌رسد. همچنین است بحث عدم اعتبار شروط غیرمنصفانه که بعد از انقلاب صنعتی، تولید و توزیع انحصاری برخی مواد و کالاها و انعقاد قراردادهای الحاقی مطرح شد و ازجمله مباحثی است که دارای پیشینه مفصلی در فقه اسلامی نیست و حتی در ابتدای امر با اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی متزاحم می‌نمود، تا اینکه نخستین بار، در نظام حقوقی ایران به موجب قانون تجارت الکترونیکی، مصوب ۱۳۸۲ مورد تقنین قرار گرفت.^۶ درمورد پذیرش ضابطه نفع متوقع در خسارات قراردادی، که به‌معنای قرار دادن زیان‌دیده قراردادی (متعهدله) در موقعیت اجرای قرارداد است -و دارای سابقه تفصیلی فقهی و شرعی نیست- باید بگوییم که در ابتدای امر به دلیل ممنوعیت مطالبه عدم‌النفع، این ضابطه به‌طور مطلق نفی می‌شد و اخیراً برخس حقوق دانان با توسل به بند ۲ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، سعی در توجیه امکان مطالبه عدم‌النفع و پذیرش آن داشته‌اند.^۷ بحث حق انصراف نیز که اخیراً در بسیاری از قوانین حمایت از حقوق مصرف‌کننده، با هدف ایجاد تعادل و توازن میان موقعیت اقتصادی تولیدکننده (یا توزیع‌کننده) و مصرف‌کننده مورد پذیرش قرار گرفته است، دارای پیشینه تحلیلی و تفصیلی در کتب فقهی نیست؛ چراکه اساساً بحث روابط تولید، توزیع و مصرف، امری مستحدث تلقی شده و دارای آثاری مختص به

۱. Insurance

۲. Unfair terms

۳. Expected interest

۴. Right of withdrawal

۵. بابایی، ایرج، **حقوق بیمه**، تهران: سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۹، ص ۹.

۶. ماده ۴۶: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست».

۷. عابدیان، میرحسین، «حقوق مدنی ۲»، جزوه درسی حقوق مدنی، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، صص ۱۷۱ و ۱۷۲.

خود است. لازم به ذکر است که در نظام حقوقی ما، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ به این نوع حق، به نفع مصرف‌کننده در معاملات راه دور اشاره می‌کند^۱ و به بیان احکام و قواعد آن می‌پردازد.

مباحث مذکور فقط تعداد خیلی از مسائل مطروحه در حقوق قراردادهاست که فاقد پیشینه تحلیلی مفصل در کتب فقهی است و یقیناً مباحث دیگری موجود است و حتی با پیشرفت امور به وجود خواهد آمد که حوزه حقوق قراردادها را متحول می‌کند. نظر به اینکه اولاً موضوعات غالب این مباحث راجع به خارج انسان (طبیعت) است، ثانیاً شارع در ادله لفظیه شرعیه راجع به آنها حکمی را به‌صراحت، وضوح و به‌گونه‌ای اقتضایی بیان نکرده است - و لذا در این موارد با حالت «لاقتضا» (اباحه ناشی از فقدان حکم) روبه‌رو هستیم - و ثالثاً فقها به تفصیل راجع به این موارد بحث نکرده و به استنباط حکم نپرداخته‌اند، می‌توان با تجمیع شرایط نظریه منطقه‌الفراغ، مباحث اخیرالذکر را داخل در این منطقه دانست و اختیار وضع قوانین مربوط به این حوزه را به دست ولی‌امر و حاکم اسلامی داد تا بنابر مصالح و مقتضیات زمان جامعه اسلامی، احکام متناسب با این موضوعات را وضع و تدوین کند. فایده داخل کردن این مباحث در منطقه‌الفراغ این است که مقنن در حکومت اسلامی برای وضع قواعد مناسب و مربوط به این حوزه، لازم نیست به‌دنبال مؤیدات فقهی در کتب فقها و ادله تفصیلیه شرعیه باشد؛ چراکه اساساً این مباحث دارای سابقه شرعی و احکام ثابت نیستند و ماهیت و صبغه شرعی ندارند. برای مثال برای پذیرش عقد بیمه و وضع قواعد مربوط به آن لازم نیست که آن را ذیل عقود چون هبه، صلح و ضمان تفسیر نماییم یا برای عدم اعتبار شروط غیرمنصفانه این شروط را با قضیه «تلقی رکبان»^۲ در فقه اسلامی قیاس کنیم و همچنین برای توجیه حق انصراف، دلیلی ندارد که احکام یکی از خيارات را بر آن بار نماییم، بلکه کافی است آنها را به عنوان مسائلی مستحدثه مطرح و اثبات کنیم که در شرع و فقه اسلامی حکم و نظریه‌ای تفصیلی درباره آنها وجود ندارد و تدوین قواعد راجع به آنها بنابر مصالح و مقتضیات هر دوره، به اختیار حاکم و ولی‌امر اسلامی خواهد بود؛ بدین طریق سرعت وضع قواعد نیز افزایش خواهد یافت؛ چراکه مرحله تفحص در کتب فقهی و یافت مؤیدات شرعی، به‌دلیل عدم لزوم و ضرورت، حذف خواهد شد.

۳. قراردادهای اداری و نظریه منطقه‌الفراغ

از میان تعداد کثیر قراردادهای مستحدثه و نوین، قراردادهای اداری به‌دلیل نقش مؤثر و انکارناپذیر دولت در فعالیت‌های روزمره شهروندان حائز اهمیت فراوان است؛ لذا در این قسمت ضمن بررسی ارکان این نوع قراردادها و تبیین ماهیت آنها به این سؤال پاسخ می‌دهیم که آیا با توسل به نظریه منطقه‌الفراغ، می‌توان قواعد حاکم بر قراردادهای اداری را مربوط به حوزه متغیر و ناثابت دانست؟

۳.۱. تبیین و تشریح قراردادهای اداری

در حقوق ایران به‌طور دقیق معیاری برای تشخیص قراردادهای اداری تعیین نشده است؛ زیرا در این خصوص رویه مشخصی وجود ندارد. اما فقد ضوابط معین دلیل انکار وجود این قراردادها نیست؛ چون ما در حوزه اجرایی دولت، با قراردادهای

۱. ماده ۳۷: «در هر معامله از راه دور مصرف‌کننده باید حداقل هفت روز کاری، وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده هزینه بازپس فرستادن کالا خواهد بود». همچنین نگاه کنید به: ماده ۳۸ همین قانون.

۲. تلقی رکبان عبارت است از «رفتن به استقبال کاروان‌ها در خارج از شهر و معامله اموال آنان به قیمتی کمتر و ارزان‌تر».

اداری مواجهیم و شاهد آثار حقوقی آنها هستیم. به‌طور کلی می‌توان گفت قرارداد اداری «قراردادی است که یک سازمان اداری یا با نمایندگی از آن از یک سو با یک شخص حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر، به هدف انجام یک خدمت مربوط به منافع عمومی، طبق احکام خاصه (ترجیحی، امتیازی یا حمایتی) منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از آن، در صلاحیت دادگاه‌های اداری است».^۱ با توجه به این تعریف، عناصری برای قراردادهای اداری در نظر گرفته می‌شود،^۲ با این توضیح که وجود یک شخص حقوق عمومی از ارکان انکارناپذیر قراردادهای اداری است؛ البته لازم به ذکر است که در این تعریف، منظور از سازمان اداری نهادی است که دولت از طریق آن به اعمال حاکمیت می‌پردازد^۳ و اعم از وزارتخانه، مؤسسه دولتی و شرکت دولتی است. همچنین، هدف از انعقاد قراردادهای اداری، ارائه خدمات عمومی یا تأمین منافع عمومی است. درواقع اگرچه قرارداد، دوطرفه است ولی اشخاص ثالثی در آن ذی‌نفع‌اند و این اشخاص ثالث شهروندان هستند.^۴ علاوه بر آن، قواعد و مقررات خاصی بر تمام مراحل انعقاد و اجرای قراردادهای اداری حاکم است که سازمان اداری را در موقعیت ترجیحی قرار می‌دهد. بدیهی است که این احکام مربوط به اقتضای حاکمیت دولت و نظم عمومی جامعه است، جنبه آمره دارد و حافظ منافع عمومی است^۵ و درنهایت، به منظور رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری، تنها دادگاه‌های اختصاصی صلاحیت دارند؛ زیرا وجود مقررات ویژه، رسیدگی مراجع خاصی را اقتضا می‌کند.^۶ نکته قابل توجه این است که اگرچه مصداق این نوع دادگاه در ایران، دیوان عدالت اداری است؛ اما در این زمینه صلاحیت ندارد. در رابطه با تعریف قراردادهای اداری تقریباً وحدت نظر وجود دارد؛ اما آنچه محل بحث است تبیین ماهیت این قسم از اعمال دوجانبه دولت است. فی‌الواقع، تدقیق ماهیت مشخص برای قراردادهای اداری از آن جهت اهمیت دارد که نوع نظام حقوقی حاکم بر آنها را ترسیم می‌کند. به اعتقاد برخی از علمای حقوق، قراردادهای اداری از حیث ماهیت، با قراردادهای حقوق خصوصی (مدنی و تجاری) تفاوتی ندارد؛ زیرا مبنای تمامی قراردادهای «توافق اراده طرفین» است و این امر -اگرچه با یک سری تمایزات- در قراردادهای اداری همانند سایر قراردادهای خصوصی، حاصل می‌گردد؛^۷ اما این نظر، قابل پذیرش نیست با این استدلال که سازمان‌های اداری به‌طور کلی دو نوع قرارداد منعقد می‌کنند. زمانی که موضوع قرارداد، تأمین هزینه‌های جاری است، دولت مانند طرف یک قرارداد خصوصی اقدام کرده و مشمول نظامات حقوق خصوصی می‌شود؛^۸ ولی زمانی که هدف، اجرای طرح‌های عمرانی است، به‌منظور تأمین کالا یا خدمات عمومی، مقررات خاصی، که دولت را در موقعیت ممتازی قرار می‌دهد، بر تمام مراحل انعقاد و اجرای قرارداد حکمفرما می‌گردد. در چنین

۱. انصاری، ولی‌الله، **حقوق قراردادهای اداری**، تهران: حقوق دان، چاپ چهارم، ۱۳۸۷، ص ۳۲.

۲. مطابق تعریف دیگری «اصطلاح contrat administratif ناظر به قراردادی است که لاقلاً یک طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود؛ مانند عقود راجع به خدمات عمومی»؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷، ص ۵۳۳.

۳. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷، صص ۲۸۵-۳۰۴ و موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری (۱-۲): کلیات و ایران**، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۸، صص ۷۱-۹۹.

۴. زارعی، محمدحسین، «حقوق قراردادهای اداری»، *جزوه درسی حقوق اداری، کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی*، ص ۲۱.

۵. انصاری، پیشین، ص ۳۶.

۶. در فرانسه، که از حیث توسعه حقوق اداری ازجمله پیشرفته‌ترین کشورهاست، قرارداد اداری در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های اداری است و در رأس آنها شورای دولتی قرار دارد؛ درحالی‌که قرارداد مدنی، حتی اگر به وسیله مقام عمومی منعقد گردد، در صلاحیت دادگاه‌های مدنی است.

۷. همان، ص ۴۷.

۸. به آن قرارداد غیراداری (اداره) گفته می‌شود.

شرایطی است که «قرارداد اداری» منعقد می‌شود. به‌طور کلی در قراردادهای اداری، احکام غیرمعمول حقوق خصوصی مُجَرَّات؛ این قواعد یا ترجیحی است و به نفع دولت یا حمایتی است و به نفع اشخاص ثالث. قید و شرط این قبیل مقررات -به هر صورت که باشد- موجب بطلان شرط و حتی عقد خصوصی می‌شود؛ زیرا برابری طرفین قرارداد را برهم می‌زند و لذا ممنوع است. اما قراردادهای اداری، از آنجایی که بر پایه منافع عمومی استوار است، تساوی طرفین رابطه قراردادی را نقض می‌کند و شروط برتری را برای طرف دولتی در نظر می‌گیرد. ما بر این نظریه که مقررات متمایز از اساس، ماهیت قراردادهای اداری را دچار تحول می‌کند. برای اثبات این مدعا، لازم است تفاوت‌های ماهوی این قراردادها به‌اجمال بررسی شود: اولین تفاوت محدودیت اصل آزادی تعهدات است. به‌موجب مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی^۱، تنها محدودیت انعقاد قراردادهای خصوصی این است که نباید خلاف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. اما مقام اداری در انتخاب هم‌پیمان آزاد نیست^۲، همچنین مکلف است قراردادهای اداری را به صورت کتبی^۳ و در فرم‌های خاصی^۴ تنظیم کند. دومین تفاوت عدم الزام به رعایت اصل نسبی بودن قراردادهاست. به استناد مواد ۲۳۱ و ۱۹۶ قانون مدنی، «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها مؤثر است...» و «...ممکن است در ضمن معامله ای که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید». بنابراین تعهد به ضرر شخص ثالث مورد تأیید قانون‌گذار نیست؛ زیرا این امر در حقوق خصوصی خلاف عقل و منطق سلیم و مغایر قاعده لاضرر (حسب یک تفسیر از این قاعده) است؛ حال آنکه در روابط قراردادی مقامات اداری، قانونگذار بنا به ضرورت عقلایی و به اقتضای منافع عمومی در هر مورد که لازم شود دولت را بر طرف مقابل ترجیح می‌دهد و تعهداتی به نفع یا ضرر طرفین یا اشخاص ثالث ایجاد می‌کند.^۵ سومین تفاوت، عدم رعایت اصل لازم‌الاجرا بودن قراردادهاست. اثر عمومی هر قرارداد، الزام آور بودن اجرای آن است که در حقوق مدنی ایران در قالب «اصالة‌اللزوم» (بنابر یک تفسیر از این اصل) مطرح شده است.^۶ اما در حقوق عمومی، لزوم اجرای قرارداد نسبت به اداره به همان کیفیتی که نسبت به طرف دیگر اعمال می‌شود نیست؛ چون دولت می‌تواند به‌طور یکجانبه شروط قرارداد را تغییر دهد یا حتی قرارداد را فسخ کند^۷ که این امر قطعاً بر تعهدات و تکالیف طرف مقابل تأثیر می‌گذارد.^۸ تفاوت دیگر، الزام به رعایت اصل تشریفاتی بودن قراردادهای اداری است. در حقوق مدنی اصل بر این است که عقد به صرف تراضی طرفین واقع می‌شود و نیاز به شکل خاصی ندارد؛ اما در مورد قراردادهای اداری، شکل و تشریفات

۱. ماده ۱۰: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

ماده ۹۷۵: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد. اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

۲. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، مصوب ۱۳۳۷ و همچنین مواد ۴۴، ۴۶ و ۴۷ شرایط عمومی پیمان، موضوع بخشنامه شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۲/۱۰۸۸-۵۴ مورخ ۱۳۷۸/۳/۳، مصوب سازمان برنامه و بودجه.

۳. نگاه کنید به مواد ۳۰ و ۳۱ آیین‌نامه معاملات دولتی، مصوب ۴۹/۱۲/۲۷.

۴. به‌طور مثال، شرایط عمومی پیمان که توسط سازمان برنامه و بودجه و براساس اختیارات حاصل از ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، توسط سازمان برنامه و بودجه تهیه شده، طبق بخشنامه رسمی به سازمان‌های اداری ابلاغ گردیده و لازم‌الاجراست.

۵. همان، صص ۵۹ و ۶۰.

۶. ماده ۲۱۹ قانون مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

۷. امامی، محمد و کورش استوار سنجری، **حقوق اداری**، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱، صص ۱۸۷ و ۱۸۸.

۸. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: اسماعیلی هریسی، ابراهیم، **مبانی حقوقی پیمان**، تهران: جنگل، چاپ هفتم، ۱۳۹۱، صص ۲۱۲-۲۱۸ و ۴۰۵-۳۸۶.

تعیین‌کننده است؛ به این معنا که صرف تراضی موجب عقد نیست و حتی تراضی طرفین باید با طی تشریفات خاصی (منافسه و مزایده) محقق شود.^۱ لازم به ذکر است که اصل بودن تشریفات حقوقی ریشه در نظام بوروکراسی ایدئال ماکس وبر^۲ دارد.^۳

۳.۲. تبیین قراردادهای اداری در پرتو نظریه منطقه‌ال فراغ

تحول جوامع و افزایش جمعیت در طول تاریخ، بشر را به این فکر واداشت که برای کنترل بهتر روابط اجتماعی و برقراری نظم و عدالت در جامعه به یک سازمان دارای اختیارات و صلاحیت‌های وسیع نیازمند است؛ لذا «دولت»^۴ را پدید آورد. این سازمان، در ابتدا وظایف محدودی بر عهده داشت، مانند تأمین امنیت و ایجاد دستگاهی برای رسیدگی به تظلمات مردم. حال آنکه امروزه دولت، متعاقب مسئولیت‌هایی که بر عهده‌اش قرار گرفته، عهده‌دار وظایفی است که در گذشته یا وجود نداشته یا بسیار محدود بوده است و این روند تا جایی پیش رفته که در حال حاضر، بخش عظیمی از فعالیت‌های دولت، تأمین خدمات عمومی است و این مهم از طرق مختلف تأمین می‌گردد. یکی از راه‌های مهم دولت در تأمین خدمات عمومی انعقاد قرارداد به منظور اجرای طرح‌های همگانی است.^۵ بنابراین به وجود آمدن قراردادهای دولتی به معنای خاص، حاصل تحول اندیشه‌ها درباره حکومت و نقش و وظایفی است که دولت در جامعه دارد.^۶

تردید نیست که انعقاد قراردادهای به اشکال گوناگون در طول تاریخ مورد توجه بشر واقع شده است؛ زیرا پاسخ‌گوی نیازهای مختلف او در همه ازمه و امکان بوده و است. اسلام نیز، به عنوان آیین مدعی داشتن راه‌حل برای اکثر حوزه‌های زندگی انسان، از این مقوله غافل نبوده و در آیات و روایات بسیاری به این امر و لزوم وفای به عهد تأکید نموده است. فی‌الواقع، اندکی تفحص در منابع و احکام فقهی شیعه این حقیقت را آشکار می‌کند که در آن منابع، سوای باب عبادات، مباحث مربوط به معاملات به معنی الاخص، بخش اصلی را تشکیل می‌دهد.^۷ اما آنچه حائز اهمیت است اینکه به هنگام نزول کتاب آسمانی مسلمانان و نقل روایات متعدد در رابطه با معاملات، پیچیدگی‌های امروزی زندگانی بشر وجود نداشته و لذا بسیاری از مسائل مستحدثه‌ای که اکنون به صورت عرف جوامع بشری درآمده، در آن زمان، حتی به صورت محدود نیز مورد توجه نبوده است. از جمله آنها، مباحث مربوط به تأمین خدمات عمومی است که امروزه حجم وسیعی از قراردادهای دولتی را به خود اختصاص می‌دهد. یقیناً این سازمان وسیع با چنین اقتضائاتی در هنگام شکل‌گیری و قوام یافتن فقه شیعه وجود نداشته است. به‌طور کلی در شریعت، بحث از حکومت و ولایت، معمولاً و عموماً در ضمن مباحث مربوط به متاجر و مکاسب (کتاب بیع) یا بحث از امور حسبه (ولایت صغار) مطرح می‌شود. طبیعی است که این گونه مباحث بخشی معتنا به از حجم عظیم مقوله‌های مندرج در ابواب فقهی را به خود اختصاص نمی‌دهد. البته ریشه تاریخی

^۱ نگاه کنید به: قانون برگزاری مناقصات، مصوب ۱۳۸۳.

^۲ Max Weber

^۳ برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: زارعی، محمدحسین و آریتا محسن زاده، «حقوق اداری دموکراتیک و پارادایم بوروکراسی وبری»، در: ویژه، محمدرضا و محمد جلالی، *اندیشه‌های حقوق اداری: مجموعه مقالات /هدایی به دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی*، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۳۷ و ۳۸.

^۴ State

^۵ امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۱۱۸، به نقل از: انصاری، ولی‌الله، «پیمان‌های دولتی در فرایند تحول نظریه‌ها، قوانین و مقررات با ذکر موارد خاص»، *نشریه حقوق*، ۱۳۷۱، ص ۳۳.

^۶ همان، ص ۱۱۸.

^۷ لاگلین، مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۳.

این وضعیت به رویکرد علمای شیعه در غصبی دانستن حکومت‌های دنیایی باز می‌گردد. حکومت از دید عموم علمای شیعه حق انحصاری امامان دوازده‌گانه معصوم (علیهم‌السلام) است. افزون‌بر آن گفتنی است در طول تاریخ دیرین شیعه به‌استثنای دوره‌هایی بسیار کوتاه، حکومت در دست شیعیان نبوده و از این‌رو متفکران این مذهب به‌طور جدی به امر حکمرانی نپرداخته‌اند تا در این فرایند احکام تفصیلی خاص را برای تأسیس حکومت و اداره اجزای مختلف آن پیروانند. از این‌رو در مقایسه با دیگر ابواب فقهی، بحث حکومت و اداره امور عمومی مغفول افتاده است.^۱ در شرایط کنونی، تفاوت‌های موجود میان قرارداد اداری و قراردادهای رایج در حقوق خصوصی (با منشأ فقه شیعه) که به اقتضای اداره بهتر جامعه و تقدم نفع عمومی بر نفع خصوصی ایجاد شده و به طور کلی ماهیت قرارداد را تغییر داده، به‌خوبی گواه این مدعاست که با استناد به احکام اولیه و ثابت، تدوین قواعد و مقررات نوین، به منظور حکومت بر قراردادهای مربوط به ارائه خدمات عمومی ممکن نیست.

بنابراین با توسل به مؤلفه‌های ارائه شده از سوی شهید صدر می‌توان حوزه قراردادهای اداری را مشمول اعمال نظریه منطقه‌الفراغ دانست؛ البته در این خصوص استدلالاتی لازم است: اول اینکه، قواعد حاکم بر قراردادهای اداری در ازمنه و امکانه مختلف، متفاوت است و این تفاوت به‌دلیل لزوم تغییر در رابطه دولت با شهروندان، به اقتضای نیازهای مردم و نوع حکومت برآمده از رأی آنهاست. لذا این حوزه مربوط به رابطه انسان با طبیعت است که به‌دلیل تحول در میزان سیطره بر آن، احکام متطور و لایتنیری را مقتضی است. دوم اینکه، قانونگذار با توجه به مصالح عمومی و برای تنظیم هرچه بهتر رابطه دولت با شهروندان، مقررات نامتعارف و متعارض با قواعد عامه قراردادهای خصوصی را تصویب کرده و شروط ترجیحی بسیاری را به نفع سازمان اداری در نظر می‌گیرد. بدیهی است که این مهم به قصد تأمین عدالت و ارتزاق افراد صورت می‌گیرد. پس، از آنجایی که اهداف اصلی شریعت نیز همین موارد است، می‌توان چنین استنباط نمود که شارع به دلیل ماهیت متطور این حوزه از صدور حکم خودداری کرده و تصمیم‌گیری درباره آن را به حاکم اسلامی واگذار کرده است و سوم اینکه، با مراجعه به نصوص شرعی و تفحص در آیات و روایات موجود، درمی‌یابیم که به‌دلیل مطرح نبودن مسائل مربوط به این حوزه در آن زمان، شارع تعیین تکلیف نکرده که از میان احکام خمسسه تکلیفیه کدام‌یک در این موضوع جاری و ساری است. به همین دلیل می‌توان گفت که حکم متناظر با آن اباحه است؛ البته اباحه ناشی از فقدان قانون (حکم شارع).

لذا با تجمیع شرایط نظریه منطقه‌الفراغ و انطباق آنها با اوصاف قراردادهای اداری، می‌توان حوزه اخیرالذکر را داخل در این منطقه دانست و اختیار وضع قوانین متناسب با مقتضیات زمان و مکان را به دست ولی امر و حاکم اسلامی داد.

نتیجه‌گیری

توجه به عناصر ثابت و متغیر در امر اجتهاد در دنیای کنونی، که در بستر آن ابعاد مختلف زندگانی بشر به‌سرعت در حال پیشرفت است، به‌عنوان امری ضروری جلوه می‌کند و مقتضای آن ارائه معیاری دقیق برای تفکیک این دو عنصر از یکدیگر است. از جمله معیارهای ارائه‌شده توسط فقهای شیعه، نظریه «منطقه‌الفراغ» است که شهید محمدباقر صدر در کتاب وزین «اقتصادنا» درخصوص امکان آزادی مداخله دولت در اقتصاد اسلامی بدان اشاره می‌نماید. منطقه‌الفراغ حوزه‌ای است که موضوعات مشمول آن به‌سبب ماهیت متغیر و متطوری که دارند، متعلق احکام ثابت شارع قرار نگرفته‌اند و لذا شارع وضع قواعد حاکم بر آنها را با رعایت مصالح و مقتضیات زمان برعهده حاکم و ولی امر اسلامی در ادوار مختلف نهاده

^۱ همان، ص ۱۴.

است. مؤلفه‌های این نظریه را، مداخله طبیعت در گستره منطقه‌الفراغ، فقدان احکام و قواعد تفصیلی شرعی متناسب و لذا حکم اباحه ناشی از فقدان قانون (حکم شارع) تشکیل می‌دهد.

ازجمله مسائل موجود که می‌تواند ذیل این نظریه مورد بحث و بررسی قرار گیرد، مسئله حقوق قراردادهاست که بخش اعظمی از روابط معاملاتی و مبادلاتی افراد را در برهه کنونی به خود اختصاص داده است. به نظر می‌رسد بحث حاضر پیرامون قابلیت یا عدم قابلیت طرح حقوق قراردادهای ذیل نظریه منطقه‌الفراغ منوط به وجود یا فقدان پیشینه تفصیلی فقهی و تجمیع یا عدم تجمیع مؤلفه‌های نظریه مذکور حول این مبحث است. واقع آن است که با یک نگاه کلی می‌توان مباحث مطروحه در حقوق قراردادهای را به دو دسته کلی تقسیم کرد: نخست، آن دسته که به جهت تقدم رخداد متعلقات آن، دارای پیشینه تحلیلی و تفصیلی در کتب فقها هستند؛ مانند أصالة اللزوم، أصالة الصحة و ... و دسته دوم، مباحثی اند که معلول پیشرفت در ابعاد مختلف زندگانی بشرد و متأخراً حادث گردیده‌اند؛ مانند عدم اعتبار شرط غیرمنصفانه، حق انصراف مصرف‌کننده و بنابر نظری می‌توان دسته نخست از مباحث حقوق قراردادهای را ذیل منطقه ثابت قرار داد؛ چراکه قدر متیقن، وجود احکام تفصیلی شرعی است که در کتب فقها به‌وفور حول این مباحث قابل رؤیت است. اما حسب نظری دیگر می‌توان احکام مستنبطه توسط فقها را موقتی و خاص دوران آنها یا حتی جوامع صدر اسلام دانست، نه احکام ثابت صادره از سوی شارع و عندالشارع. دسته دوم از مباحث نیز به علت واجدیت جمیع مؤلفه‌های نظریه منطقه‌الفراغ ذیل این حوزه قرار می‌گیرند و اختیار وضع قواعد حاکم بر آنها با رعایت مصالح و مقتضیات زمان برعهده حاکم و ولی امر اسلامی است. از انواع قراردادهای آن دسته که در جوامع فعلی به‌علت توجه روزافزون به مسائل حقوق عمومی و ایجاد دولت در قالب‌های مختلف فعلی قابل توجه است، قراردادهای اداری است که یک سوی آنها اشخاص حقوق عمومی هستند و با هدف تأمین منافع عمومی منعقد می‌شوند. با بررسی مفهوم و ماهیت این قسم از قراردادهای درمی‌یابیم که نه‌تنها اصل و نفس آنها دارای سابقه شرعی و فقهی نیست، بلکه اسباب آنها نیز (تشکیل دولت به معنای امروزی و نظریات مربوط به آن و ...) به جهت پدید آمدن در دوران اخیر تاریخی، در کتب شرعی مورد مذاقه نبوده و لذا اندک تحلیلی جهت کشف احکام مربوط به آنها در نظر شارع، از سوی فقها شکل نگرفته است. لذا حکم مربوط به این قراردادهای، که غالباً موضوعاتشان در ارتباط با «طبیعت» است، در وهله نخست، «اباحه» ناشی از فقدان قانون (حکم شارع) خواهد بود و تجمیع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ، آنها را ذیل این حوزه مطرح می‌کند و در نهایت اختیار وضع قواعد حاکم بر آنها را با رعایت مصالح و مقتضیات زمان به حاکم و ولی امر اسلامی در ادوار مختلف اعطا می‌کند.

در پایان اشاره به این نکته را لازم می‌دانیم که توجه به نظریه منطقه‌الفراغ، رعایت دقیق مؤلفه‌ها و شناسایی موضوعات مشمول آن، در مرحله تقنین این اختیار را به مقنن می‌دهد که بدون نیاز به استنباط مؤیدات فقهی (که اغلب به جهت تفحص در کتب متعدد فقهی زمان‌بر است) برای هر مسئله مستحثة، با سرعت بیشتری قواعد و مقررات مورد نیاز جامعه خود را تصویب کند.

منابع

فارسی

کتاب

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، *مبانی حقوقی پیمان*، تهران: جنگل، چاپ هفتم، ۱۳۹۱.
۲. امامی، محمد و کورش استوار سنجری، *حقوق اداری*، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.

۳. انصاری، ولی‌الله، *حقوق قراردادهای اداری*، تهران: حقوقدان، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
۴. بابایی، ایرج، *حقوق بیمه*، تهران: سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۹.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷.
۶. صدر، محمدباقر، *اقتصادنا*، جلد ۲، ترجمه عبدالعلی اسپهبدی، تهران: اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۵۷.
۷. لاگلین، مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشرنی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۸. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی: اموال و مالکیت)*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۱.
۹. مدرس، سیدحسن، *نطق‌ها و مکتوبات*، تهران: ابوذر، چاپ اول، ۱۳۵۵.
۱۰. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *حکومت در اسلام*، تهران: امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۶۷.
۱۱. موسوی‌زاده، رضا، *حقوق اداری (۱-۲): کلیات و ایران*، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۸.
۱۲. مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷.

مقاله

۱۳. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن زاده، «حقوق اداری دموکراتیک و پارادایم بوروکراسی وبری»، در: ویژه، محمدرضا و محمد جلالی، *اندیشه‌های حقوق اداری: مجموعه مقالات/هدایی به دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی*، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۴۹-۱۵.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۱)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۹، شماره ۴۴، ۱۳۸۵، صص ۵۴-۱۱.
۱۵. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۲)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۰، شماره ۴۶، ۱۳۸۶، صص ۴۳-۹.

جزوه درسی

۱۶. زارعی، محمدحسین، «حقوق قراردادهای اداری»، *جزوه درسی حقوق اداری، کارشناسی ارشد حقوق عمومی*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
۱۷. عابدیان، میرحسین، «حقوق مدنی ۲»، *جزوه درسی حقوق مدنی، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، «اصول فقه ۲»، *جزوه درسی حقوق مدنی، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.

عربی کتاب

۱۹. احسائی، محمد بن علی، *عوالی اللئالی العزیزیه*، جلد ۱، قم: لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱.
۲۰. انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب المکاسب*، جلد ۵ و ۶، چاپ دهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۰ ه.ق.

۲۱. جبعی عاملی، زین‌الدین علی بن احمد، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد ۱، تهران: المكتبة الاسلامیة، ۱۳۰۹.
۲۲. جبعی عاملی، زین‌الدین علی بن احمد، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*، جلد ۳، تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۹ ه.ق.
۲۳. حر عاملی، محمد بن حسن بن علی، *وسائل الشیعة*، جلد ۹، بیروت: احیاء التراث العربی، ۱۳۸۷ ه.ق.
۲۴. حلی، علامه حسن بن یوسف جمال‌الدین، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱، تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ه.ق.
۲۵. حلی، محمد بن احمد ابن ادريس، *سرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۲، قم: لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱.
۲۶. طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، جلد ۸، تهران: کانون انتشارات محمدی، چاپ سوم، ۱۳۶۳.
۲۷. طوسی، شیخ محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، جلد ۲، تهران: مکتبه الفراهانی، چاپ اول، ۱۳۶۳.
۲۸. طوسی، شیخ محمد بن حسن، *خلاف*، جلد ۲، قم: شرکت دارالمعارف الاسلامیة، ۱۳۸۴ ه.ق.
۲۹. نایینی، محمدحسین، *تنبییه الامه و تنزیه الملئ*، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۳۸۸.

References

Books

1. Ansari, Sheikh Morteza, *The Book of Profits*, Volumes 5 & 6, Qom: Islamic Thought Academy, 10th Edition, 2008. (in Arabic)
2. Ansari, Vali-Allah, *Administrative Contracts Law*, Tehran: Lawyer, Fourth Edition, 2008. (in Persian)
3. Babaei, Iraj, *Insurance Law*, Tehran: Samt, Ninth Edition, 2010. (in Persian)
4. Ehsa'ei, Mohammad Ibn Ali, *Dear High Pearls*, Volume 1, Qom: Ahl al-Bayt Jurisprudence CD, 2012. (in Arabic)
5. Emami, Mohammad and Kourosh Ostovar Sangari, *Administrative Law*, Volume 2, Tehran, Mizan, First Edition, 2012. (in Persian)
6. Esma'eili Harisis, Ebrahim, Tehran, *Legal Basis of General Treaty*, Tehran: Jungle, Seventh Edition, 2012. (in Persian)
7. Helli, Allameh Hassan Ibn Yousuf Jamal Al-Din, *Jurists' Reminder*, Volume 1, Tehran: Al-Murtazawi Library for the Revival of Ja'fari Monuments, 1967. (in Arabic)
8. Helli, Mohammad Ibn Ahmad Ibn Idris, *Sara'er al-Hawi for Editing Fatwas*, Volume 2, Qom: Ahl al-Bayt Jurisprudence CD, 2012. (in Arabic)
9. Hor Ameli, Mohammad Ibn Hassan Ibn Ali, *Shiite Means*, Volume 9, Beirut: Reviving Arab Heritage, 1967. (in Arabic)
10. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 19th Edition, 2008. (in Persian)
11. Jaba'ei Ameli, Zain al-Din Ali Ibn Ahmad, *Paths of Understanding to the Refining of Islamic Laws*, Volume 3, Tehran: Al-Murtazawi Library for the Revival of Ja'fari Monuments, 1969. (in Arabic)
12. Jaba'ei Ameli, Zain al-Din Ali Ibn Ahmad, *The Radiant Garden in Explanation of the Damascene Gleaming*, Volume 1, Tehran: Islamic Library, 1930. (in Arabic)
13. Laughlin, Martin, *Basis of Public Law*, Translated by: Mohammad Rasekh, Tehran: Ney Publication, First Edition, 2009. (in Persian)
14. Mo'tameni Tabataba'ei, Manouchehr, *Administrative Law*, Tehran: Samt, 15th Edition, 2008. (in Persian)

15. Modarres, Seayyed Hassan, *Speeches and Writings*, Tehran: Abouzar, First Edition, 1976. (in Persian)
16. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, *Rules of Jurisprudence (Civil Section: Property and Ownership)*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 35th Edition, 2012. (in Persian)
17. Mousavi Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Governing in Islam*, Tehran: Amir Kabir, First edition, 1988. (in Persian)
18. Mousa-Zadeh, Reza, *Administrative Law (1-2): Generalities and Iran*, Tehran: Mizan, 11th Edition, 2009. (in Persian)
19. Na'eini, Mohammad Hossein, *Alert the Nation and Purification of Nation*, Qom: Book Garden Institute, Second Edition, 2009. (in Arabic)
20. Sadr, Mohammad Bagher, *Our Economy*, Volume 2, Translated by: Abdolali Espahbadi, Tehran: Islamic, Second Edition, 1978. (in Persian)
21. Tabataba'ei, Mohammad Hossein, *Justice in the Interpretation of the Qur'an*, Volume 8, Tehran: Mohammadi Publication Center, Third Edition, 1984. (in Arabic)
22. Tousi, Sheikh Mohammad Ibn Hassan, *Refinement of Rulings*, Volume 2, Tehran: Farahani Library, First Edition, 1984. (in Arabic)
23. Tousi, Sheikh Muhammad Ibn Hassan, *Difference*, Volume 2, Qom: House of Islamic Knowledge Company, 1964. (in Arabic)

Articles

24. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, "Developments in Shiite Ijtihad: Historical Course, Fields and Methods (1)", *Legal Research Quarterly*, Volume 9, Issue 44, 2006, PP 11-54. (in Persian)
25. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, "Developments in Shiite Ijtihad: Historical Course, Fields and Methods (2)", *Legal Research Quarterly*, Volume 10, Issue 46, 2007, PP 9-43. (in Persian)
26. Zar'ei, Mohammad Hossein and Azita Mohsen-Zadeh, "Democratic Administrative Law and Weberian Bureaucratic Paradigm", In: Vjeh, Mohammad Reza and Mohammad Jalali, *Administrative Law Thoughts: A Collection of Articles Dedicated to Prof. Manouchehr Mo'atamani Tabataba'ei*, Tehran: Majd, First Edition, 2013, PP 15-49. (in Persian)

Text Books

27. Abedian, Mir Hossein, "Civil Law 2", *Civil Law Textbook, Master of Private Law*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, 2013. (in Persian)
28. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, "Principles of Jurisprudence 2", *Principles of Jurisprudence Textbook, Master of Private Law*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, 2013. (in Persian)
29. Zar'ei, Mohammad Hossein, "Administrative Contract Law", *Administrative Law Textbook, Master of Public Law*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, 2011. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Jury Institution in Iran with a Look at the Legal Systems of England and France

Babak Habibi¹, Mohammad Ashouri², Bagher Shamloo³

ABSTRACT

The role of people and the necessity of their participation within the framework of the judicial system is considered as one of the central and controversial issues in modern criminal law, which can be examined from various legal, social, and political dimensions. Simultaneously by formation of modern criminal law and the development of fair trial theories, the issue of direct or indirect participation of citizens in the judicial process has gained increasing importance. In this regard, the jury institution, as one of the prominent manifestations of popular participation in criminal justice, has always attracted the attention of scholars and legislators and has a history beyond the formation of modern judicial institutions. The presence of a jury in the judicial process, especially in common law legal systems (such as England) and some mixed legal systems (such as France), is considered to be a crystallization of public opinion and a kind of popular guarantee of justice in the trial process. The fundamental basis for the formation of this institution is to create public trust in criminal justice and to confront monopoly and discretionary decision-making in criminal proceedings. By deciding whether the accused is guilty or not, the jury is in fact considered to represent the general conscience of society in a fair trial. A comparative study shows that two general patterns can be distinguished regarding the scope and role of the jury: a minimal pattern that focuses public participation on specific and limited areas, and a maximal pattern that pursues a more active and effective presence of the public in the criminal trial process. In England, as one of the main origins of this institution, the jury has traditionally played a prominent role, especially in major criminal cases. Although in recent decades, changes in law and practice have reduced its scope, and some observers believe that the country is gradually moving towards limiting or even practically eliminating this institution. However, in English legal culture, the jury remains a symbol of popular justice and fair trial. In France, although the institution of the jury was introduced into the country's legal system following England, it gradually adapted to its own legal structure. In the French mixed system, the jury participates alongside the judge in making decisions on specific criminal cases, especially serious crimes. The simultaneous presence of the judge and members of the public in the judging process has been interpreted as a combination of legal rationality and public conscience, which attempts to reduce judicial error on the one hand and strengthen the public's sense of trust in the justice system on the other. In contrast, the Iranian legal system, by adopting a minimal approach, has limited the institution of the jury to press and political crimes only. This, despite the legal capacities in Articles 168 and 175 of the Constitution, has caused the jury to distance itself from its effective

How to Cite: Habibi, Babak, Ashouri, Mohammad, Shamloo, Bagher, "Jury Institution in Iran with a Look at the Legal Systems of England and France ", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:21-38.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.233714.2619>

Received: 06/11/2023-Accepted: 23/04/2025

1. PhD Candidate, Faculty of Law, Islamic Azad University: Central Tehran Branch, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: habibibabak100@gmail.com

2. Professor of Law, Faculty of Law, Theology & Political Science, Islamic Azad University: Science & Research Branch, Tehran, Iran

3. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

role in the country's criminal justice system. On the other hand, the implementation of this institution has also been accompanied by challenges such as the selection of members, insufficient training, lack of transparency in the decision-making mechanism, and public ignorance. Despite the vast potential for enhancing public participation in the judicial process, especially in cases where public trust in the judiciary needs to be restored, the jury institution in Iran remains a formal and ineffective structure. Other problems in the Iranian system include the lack of sufficient cultural support for accepting the role of the public in judging, the lack of basic legal training for jury members, the lack of transparency in the decisions issued, and even the resistance of the traditional body of the judiciary to citizen interference. These challenges, along with the limited scope of jurisdiction of the jury, have prevented this institution from fulfilling its intended role in achieving fair and participatory proceedings. In this article, with a descriptive-analytical approach and using comparative studies, an attempt has been made to examine the historical, cultural, and legal contexts of the formation of the jury in Iran, as well as to identify its strengths and weaknesses. Also, looking at the experiences of England and France, solutions are presented to revive and strengthen this institution as a manifestation of participatory criminal policy. Among these solutions, expanding the jurisdiction of the jury to some important public crimes, increasing general and specialized training for members, reforming executive procedures, strengthening the transparency of the trial process, and promoting a culture of public participation in justice can be mentioned. Finally, the real revival of the jury institution in Iran requires political will, a review of existing laws, and more importantly, an effort to institutionalize the culture of citizen participation in the realization of justice. Only then can this institution be used as a tool to strengthen the legitimacy and efficiency of the judicial system.

KeyWords: Jury, Minimal Approach, Maximal Approach, Political Crime, Press Crime.



نهاد هیئت‌منصفه در ایران با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان و فرانسه

بابک حبیبی^۱، محمد آشوری^۲، باقر شاملو^۳

چکیده

نقش مردم و ضرورت مشارکت آنها در چارچوب نظام دادرسی یکی از موضوعات مهمی است که همزمان با شکل‌گیری حقوق کیفری مدرن از ابعاد نوینی برخوردار شده است. در این راستا، تحولات مربوط به حضور هیئت‌منصفه در فرایند دادرسی، که پیشینه‌ای فراتر از زمان شکل‌گیری حقوق کیفری مدرن دارد، از مصادیق قابل توجه رویکرد مبتنی بر مشارکت شهروندان در امر دادرسی است. مبنای شکل‌گیری این نهاد، نمایندگی افکار عمومی توسط اعضای آن است که در تلاش است تا هدف استقرار دادرسی منصفانه را درخصوص بزهکاران فراهم آورد. نگاه به الگوهای موجود از این نهاد ما را به دو الگوی کلی، الگوی حداقلی و الگوی حداکثری، رهنمون می‌کند. در این میان، برخی کشورها مانند انگلستان، که از آن به‌عنوان خاستگاه هیئت‌منصفه یاد می‌شود، رویکردی حداکثری را از ابتدای ایجاد این نهاد مدنظر قرار داشته‌اند؛ اگرچه به‌تدریج در این کشور نیز محدودیت‌هایی پیرامون این نهاد در فرایند دادرسی کیفری شکل گرفت؛ به‌نحوی که عده‌ای معتقدند که این کشور در مسیر حذف کامل هیئت‌منصفه گام برمی‌دارد. در فرانسه نیز، که این نهاد با الگوبرداری از انگلستان ایجاد شد، هیئت‌منصفه از جایگاه ویژه‌ای در فرایند دادرسی کیفری برخوردار شده است. این درحالی است که نظام حقوقی ایران با پذیرش رویکرد حداقلی، هیئت‌منصفه را صرفاً در جرائم سیاسی و مطبوعاتی و با شرایطی محدود مورد پذیرش قرار داده است. در نوشتار حاضر، با رویکردی توصیفی و تحلیلی، ضمن بررسی ابعاد تاریخی شکل‌گیری نهاد هیئت‌منصفه در ایران، به ارزیابی و در نهایت ارائه راهکارهایی برای تقویت آن به‌عنوان جلوه‌ای از سیاست جنایی مشارکتی با نگاهی به نظام‌های حقوقی کشورهای انگلستان و فرانسه پرداخته می‌شود.

کلید واژگان: هیئت‌منصفه، رویکرد حداقلی، رویکرد حداکثری، جرم سیاسی، جرم مطبوعاتی.

استناد به این مقاله: حبیبی، بابک، آشوری، محمد، شاملو، باقر، «نهاد هیئت‌منصفه در ایران با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان و فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۲۱-۳۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.233714.2619>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۰۳

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکزی، تهران، ایران
/imil نویسنده مسئول: habibibabak100@gmail.com

۲. استاد، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران

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



Copyright: © 2025 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

سابقه هیئت‌منصفه در حقوق ایران در شکل کنونی، طولانی نیست و نهادهی اقتباسی از کشورهای غربی است. چنان‌که زادگاه ایجاد نهاد هیئت‌منصفه را باید بریتانیا دانست.^۱ به‌گونه‌ای که با استقبال عموم مردم از این تأسیس حقوقی، این نهاد به تدریج، جایگاه خود را در نظام قضایی این کشور باز کرد. افزون بر آن، مهاجران اروپایی این نهاد را به آمریکا بردند و به‌عنوان رکن اساسی دادرسی، تحکیم بخشیدند.^۲ انقلابیون فرانسه نیز این نهاد را با اقتباس از بریتانیا به‌عنوان جزئی اساسی و مهم از دادگستری وارد نظام قضایی خود کردند.^۳ در این چارچوب، به تدریج سایر کشورهای حوزه نظام قضایی رومی-ژرمنی، نهاد هیئت‌منصفه را پذیرفتند و آن را در فرایند دادرسی خود مورد توجه قرار دادند. همچنان که در انگلستان این نهاد از سال ۱۲۱۵ میلادی، البته به شکل نابالغ و اولیه، تشکیل شد. همچنین انقلابیون فرانسه نیز این نهاد را با اقتباس از بریتانیا، به‌عنوان جزئی اساسی و مهم از دادگستری وارد نظام قضایی خود کردند.^۴ کشور بلژیک نمونه دیگری از این دست کشورهاست که در اولین قانون اساسی خود در سال ۱۸۳۱ تحت تأثیر کشور فرانسه، این نهاد را پیش‌بینی کرد. همین قانون به‌عنوان الگوی تدوین‌کنندگان متمم قانون اساسی مشروطه در ایران مدنظر قرار گرفت و در نظام حقوقی ایران وارد شد.^۵

پس از گذشت چندی، اولین متن قانونی درباره حضور هیئت‌منصفه در دادرسی اصل ۷۹ متمم قانون اساسی است. اصل ۷۹ متمم قانون اساسی مشروطه مصوب ۱۲۸۶ شمسی در این زمینه مقرر می‌داشت: «در موارد تقصیرات سیاسیه و مطبوعات هیئت منصفین در محاکم حاضر خواهند بود». به‌طور سنتی و با نگاهی به ادبیات مربوط به نظام‌های هیئت‌منصفه، دغدغه مربوط به اینکه بزهکاران سیاسی در رسیدگی به جرائم سیاسی در برابر هیئت حاکمه و حکومت قرار می‌گیرند و امکان محاکمه سخت‌گیرانه آنها وجود دارد، تلاش برای مشارکت هیئت‌منصفه در رسیدگی به این دسته از جرائم به‌عنوان امتیازی در راستای حفظ حقوق بزهکاران مطرح شد؛ بدین‌سان قانون موقت هیئت‌منصفه مصوب ۱۳۰۱ شمسی نیز از مقررات قابل توجهی درخصوص تشکیل و سازوکار این نهاد برخوردار شد. در نهایت اصل ۱۶۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ با شناسایی این نهاد و حضور تشکیل آن در محاکمات مربوط به جرائم سیاسی و مطبوعاتی در حال حاضر منشأ اقدامات در این زمینه است. حکم مقرر در اصل ۱۶۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، که بر حضور هیئت‌منصفه در رسیدگی به جرائم سیاسی و مطبوعاتی تأکید دارد، نشانگر توجه ضرورت تحقق دادرسی عادلانه و منصفانه درخصوص این دسته از بزهکاران است. باوجود این، تشکیل هیئت‌منصفه در ایران، درخصوص این دو دسته جرائم به موازات هم پیش نرفت. تشکیل هیئت‌منصفه درخصوص جرائم مطبوعاتی در کشور عملاً سابقه‌ای سی ساله دارد؛ اما درخصوص جرائم سیاسی اجرای این اصل همواره با چالش‌هایی همراه بوده و منوط بودن آن به تصویب قانون جرائم سیاسی مانع از تشکیل آن در رسیدگی به این دسته از جرائم شد. بااین‌حال، تصویب قانون جرم سیاسی در سال ۱۳۹۵ نیز چندان منجر به رونق این نهاد در خصوص این دسته از بزهکاران نشده است. بر این اساس، پژوهش حاضر با نگاهی به تحولات تاریخی هیئت‌منصفه در ایران با توجه به نظام حقوقی کشورهای فرانسه

^۱. Ashworth, Andrew. *The Criminal Process: An Evaluation Study*, Oxford University Press, Second Edition, 1998, PP 255-262.

^۲. امامی، مصطفی، «هیئت منصفه در انگلستان»، *ماهنامه حقوق امروز*، شماره ۹ و ۱۰، ۱۳۴۲، ص ۴۴.

^۳. طباطبایی، علی‌محمد، «هیئت منصفه از لحاظ تاریخی»، *مجله کانون وکلای دوره ۱*، شماره ۳۲، ۱۳۳۲، ص ۴۴.

^۴. همان.

^۵. صبری، نورمحمد، *هیئت منصفه (مطالعه تطبیقی)*، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۴۲.

و انگلستان، با استفاده از منابع تألیفی در صدد آسیب‌شناسی این نهاد در ایران خواهد بود تا در پرتو پدیده‌شناسی این نهاد اقدام به ارائه برخی راهکارها به‌منظور بهبود کارایی آن برآید.

۱. پدیده‌شناسی نهاد هیئت‌منصفه

نگاه به پیشینه تاریخی هیئت‌منصفه بدون شناخت ریشه لغوی این واژه و خاستگاه آن کامل نخواهد بود. هیئت‌منصفه معادل فارسی عبارت ژوری^۱ است. می‌توان این‌طور بیان داشت که اصطلاح منصفه در عبارت‌پردازی فارسی، اشاره به این موضوع دارد که این نهاد در کنار دادرس، ضامن عدالت در رأی صادره و منصفانه بودن آن است.^۲ از این عبارت در زبان عربی نیز با عنوان «هیئت‌المحلفین» یاد می‌شود.^۳

از حیث مبنای حضور هیئت‌منصفه در دادرسی‌های کیفری باید اذعان داشت که مبنای اصلی آن تلطیف فضای دادرسی در راستای کاهش قدرت قاهره حکومت‌ها به‌واسطه مشارکت عمومی و تقویت سهم عامه در دادرسی است. از این‌رو، ایجاد نهاد هیئت‌منصفه در درون نظام‌های قضایی را می‌توان پاسخی به نیاز شکل‌گیری و تقویت «نهاد قضایی مردمی» دانست.^۴ امری که می‌توان از آن به‌عنوان مصداقی بارز از سیاست جنایی مشارکتی یاد کرد. باوجود این، رویکرد حاضر پیرامون موقعیت و جایگاه این نهاد، رویکردی محدودکننده و تضعیف‌کننده تلقی می‌شود. برای نمونه در فرانسه،^۵ باوجود سابقه طولانی نهاد هیئت‌منصفه، از راه‌های گوناگون همچون مشارکت قضات در کنار اعضای هیئت‌منصفه در اتخاذ تصمیم و نیز جرحه‌سازی بسیاری از جنایات، سعی در کاهش صلاحیت و اختیارات نهاد هیئت‌منصفه داشته‌اند.^۶ به‌علاوه در این کشور، برخی جرائم نظامی یا جرائم برخورددار از وصف تروریستی، بدون حضور هیئت‌منصفه مورد محاکمه قرار می‌گیرند.^۷ در انگلستان نیز تلاش‌های مشابهی در ادوار مختلف از سوی دولت‌ها در جریان بود تا اختیارات و صلاحیت این نهاد را محدود کنند.^۸ باوجود این، نهاد هیئت‌منصفه همچنان در انگلستان مورد انتقاد است و همچنان تلاش‌ها در راستای محدود کردن هرچه بیشتر آن ادامه دارد؛ به‌گونه‌ای که ممکن است حق محاکمه به‌وسیله هیئت‌منصفه به‌تدریج در این کشور که بنیان‌گذار این نهاد دیرپای قضایی است، منسوخ شود.^۹ از این‌رو، باید قائل به آن بود که نهاد هیئت‌منصفه باوجود موافقان، از مخالفان قابل توجهی نیز برخوردار است. موافقان این نهاد با تأکید بر جنبه‌های دموکراتیک این نهاد بر سهم آن در تحقق عدالت و انصاف تأکید دارند؛ چرا که اقتضای نظام مردم‌سالار، تحقق مشارکت مردم در نظام دادرسی است. بر همین اساس، ضروری است به‌منظور اجرای عدالت کیفری و افزایش سهم مردم در قوه قضائیه، نهاد هیئت‌منصفه به‌رسمیت شناخته شود تا بدین ترتیب، ضمن تحصیل نظرات جامعه درخصوص نحوه مجازات محکومین، ایشان را

^۱. Jury

^۲. پورسرتیپ، فرج‌الله، «هیئت منصفه»، مجله حقوقی وزارت دادگستری، دوره ۲۰، شماره ۷، ۱۳۵۲، ص ۴۱.

^۳. آقابابایی بنی، اسماعیل، «جایگاه هیئت‌منصفه در حقوق ایران با نگاهی به مبانی فقهی آن»، نامه مفید، دوره ۹، شماره ۳۷، ۱۳۸۲، ص ۱۵۴.

^۴. صبری، پیشین، ص ۱۱.

^۵. Ploscowe, Morris. "Jury Trial in France", *Minnesota Law Review*, 1945, P 171, Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1984/>

^۶. شیخ‌الاسلامی، عباس، *جرائم مطبوعاتی: بررسی تطبیقی سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران و انگلستان*، مشهد: جهاد دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۲۰۶.

^۷. پرادل، ژان، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۶، ص ۸۹.

^۸. Findley, M. and Peter Duff, (eds), *The Jury under Attack*, London: Butterworths, 1988, P 64.

^۹. مهرا، نسرین، «نظام عدالت کیفری در انگلستان و ولز»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۱۲۱، ۱۳۷۴، ص ۹۶.

بیش‌ازپیش در سرنوشت خود سهیم کرد.^۱ در این راستا، یکی از اثرهای مهم تشکیل هیئت‌منصفه در دادرسی‌ها، منعطف شدن فضای رسیدگی است. در این زمینه باید گفت قضاوت قضات غالباً مبتنی بر قوانین و امور شکلی و به‌نحوی خشک است و ضرورت رعایت قواعد دقیق قانونی، موضوعات دستگاه قضا را پیچیده و از اهداف اولیه قانون‌گذار دور می‌کند. از این‌رو، هیئت‌منصفه می‌تواند شناخت بهتری نسبت به عرف داشته باشد و به‌واسطه این موضوع، انعطاف قضات را بیشتر کند.^۲ در واقع، حضور مردم در کنار تلطیف فضای موجود، حتی از کارکردی ضدفساد در دستگاه قضا برخوردار است^۳ و می‌تواند در جلب اعتماد عمومی نیز مؤثر باشد؛ زیرا زمانی که جامعه در محاکم و دستگاه قضا خود را دارای نماینده بداند، نسبت به احکام قضایی اعتماد بیشتری پیدا می‌کند و حتی مجرمان و محکومان نیز راحت‌تر و بهتر نسبت به حکم قضایی اقناع می‌شوند.^۴ عمر طولانی این هیئت علی‌رغم مخالفت‌های جدی که در طول تاریخ نسبت به آن صورت گرفته است، خود دلیلی محکم بر تأثیرگذار بودن آن محسوب می‌شود.^۵

با این حال، انتقادات قابل‌توجهی نیز به کارکرد هیئت‌منصفه در ادبیات حقوقی مشاهده می‌شود. برخی تأثیرپذیری این هیئت را پاشنه آشیل آن معرفی کرده‌اند؛ به‌گونه‌ای که این افراد به‌دلیل بی‌تجربگی و بی‌اطلاعی نسبت به پیچیدگی‌های حقوقی، بیش از قضات مستعد تأثیرپذیری از افراد ذی‌نفوذ، دارای بلاغت، فنون سخنوری و سفسطه هستند.^۶ برخی نیز معتقدند قضاوت در واقع برای انجام واکنش متناسب با شخصیت مجرم و جرم است و لازمه این تناسب، تحلیل شخصیت متهم به‌وسیله قاضی با استفاده از شاخصه‌های مختلف علوم انسانی نظیر روان‌شناسی و... بوده و هیئت‌منصفه قادر به انجام این نوع قضاوت نیست.^۷

بدین‌سان، هیئت‌منصفه به‌عنوان یک تأسیس حقوقی، در کنار تاریخچه قابل‌توجه خود، از موافقان و مخالفانی برخوردار است که هریک از منظر و زاویه دید خود به ارائه دیدگاه‌ها پرداخته‌اند. باوجود این، نمی‌توان منکر اشکالات این نهاد به‌ویژه در ساختار تقنینی ایران بود که مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲. ارزیابی نظری و عملی نهاد هیئت‌منصفه

حضور افکار عمومی در محاکمات ریشه در مبنایی دارد که ضمن آن هدف، که دادرسی منصفانه است، محقق می‌شود. در واقع، حضور مردم می‌تواند نقش اساسی در پیشگیری از اجرای سخت‌گیرانه قانون داشته باشد و به تحقق دادرسی مشارکتی بینجامد. افزون‌بر این، پیشگیری از اعمال نفوذ هیئت حاکمه بر محاکمات مخالفین سیاسی به‌عنوان دیگر فلسفه خاص حضور این نهاد در محاکمات سیاسی و مطبوعاتی مطرح می‌شود.^۸ در این راستا، ارزیابی نظری و عملی هیئت‌منصفه

۱. شاملو، باقر، «ماهیت و نقش هیئت منصفه در نظام عدالت کیفری ایران از ظهور و افول»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ضمیمه شماره ۵۶، ۱۳۹۰، ص ۶۹۳.

۲. شاملو، باقر، «معرفی و نقد جایگاه هیئت منصفه در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۳، ۱۳۷۵، ص ۱۷۵.

۳. پورسرتیپ، پیشین، ص ۴۸.

۴. داوود الموسوی، سیدحسن و سید محمدحسن طاهایی، «نهاد ناظر، برآیند بهبود یافته هیئت‌منصفه در ساختار قضایی اسلامی»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۳، شماره ۲۵، ۱۴۰۰، ص ۲۷۰.

۵. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۷۸، ص ۱۹۳.

۶. گاستونی، است فانی، ژرژ لواسور، برنابولوک، آیین دادرسی کیفری، جلد ۱، ترجمه حسن دادیان، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۸، ص ۵۹۹.

۷. محسنی، مرتضی، «هیئت منصفه و تشکیلات آن در کشور فرانسه»، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره ۳، ۱۳۵۷، ص ۲۰۳.

۸. هاشمی، سید محمد، «تحلیل حقوقی جرائم سیاسی و مطبوعاتی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۱۰، ۱۳۷۱، ص ۱۲۱.

باید با توجه به نقاط محوری آن صورت گیرد تا با شناسایی نقاط ضعف، بتوان اقدام به ارائه مدل مطلوبی پیرامون آن کرد.

۲.۱. نقش هیئت منصفه در دادرسی

هیئت منصفه در چارچوب نظام دادرسی و در بستر تاریخی خود با دو مدل حداقلی و حداکثری روبه‌رو بوده است که کشورها در چارچوب نظام‌های دادرسی خود بنابر اقتضائات موجود یکی از آنها را برگزیدند. هیئت منصفه در حقوق انگلستان مطابق قانون به‌منظور رسیدگی به دعاوی و تصمیم‌گیری پیرامون وقایع آن، مطابق ادله ارائه‌شده، انتخاب می‌شوند و تصمیم‌گیری می‌کنند. در این کشور هیئت منصفه در دو دسته هیئت منصفه کیفری و هیئت منصفه حقوقی قرار می‌گیرند. در رسیدگی به جرائم کم‌اهمیت، که در صلاحیت دادگاه‌های صلح است، برای هیئت منصفه نقشی وجود ندارد. در دعاوی حقوقی نیز به‌دلیل اختیار دادگاه در استفاده از هیئت منصفه، عملاً هیئت منصفه نقش خاصی ندارد. در نظام حقوقی فرانسه نیز دو نوع هیئت منصفه اتهامی و محاکمات پیش‌بینی شده است. تعداد اعضای هیئت منصفه در فرانسه متأثر از حقوق انگلستان در ابتدا شامل دوازده نفر بود که در حال حاضر تعداد آنها به نه نفر کاهش پیدا کرد. در این کشور در کلیه دادگاه‌های جنایی هیئت منصفه حضور دارد.

با نگاهی به پیشینه تاریخی تقنینی هیئت منصفه در ایران باید گفت که الگوی نگارش اصل ۷۹ متمم قانون اساسی اصل ۹۸ قانون اساسی بلژیک است و مطابق اصل مذکور، صلاحیت عامی برای نهاد هیئت منصفه در محاکمات کیفری قائل شده‌اند. براین اساس، صلاحیت حداکثری نهاد هیئت منصفه در این کشور مورد پذیرش قرار گرفته است. باوجود این، در نظام حقوقی ایران، نگاه حداقلی در متمم قانون اساسی مشروطه و پس از آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مدنظر قرار گرفت. در واقع با رویکردی حداقلی این نهاد در قوانین اساسی ایران، صرفاً مربوط به جرائم سیاسی و مطبوعاتی شده است. امری که آن را می‌توان مزیت در این قوانین دانست؛ چراکه رویکردها به‌منظور تحدید حدود صلاحیت و اختیار این نهاد در کشورهای چون انگلستان و فرانسه به‌عنوان خاستگاه و زمینه‌ساز رواج آن، نشان از آن دارد که مداخله حداقلی در این زمینه، مطلوب‌تر ارزیابی می‌شود. علت اصلی این امر تناسب بیشتر الگوی محدود با ماهیت هیئت منصفه و کارکرد آن در دادرسی کیفری است. از آن‌روی که مفاهیم به‌کاررفته در محدوده جرائم سیاسی و مطبوعاتی، مفاهیم متقن و تعریف‌شده‌ای نیست^۱ و چون فاقد حدود و ثغور فنی و تخصصی است، سپردن «تشخیص موضوع» در این‌گونه موارد به هیئت منصفه، به مقصود حمایت از سلامت روانی جامعه و حراست از آزادی‌های سیاسی و اساسی شهروندان نزدیک‌تر است.^۲

۲.۲. نقش هیئت منصفه در تحقق سیاست جنایی مشارکتی

نگاهی با تاریخچه هیئت منصفه در انگلستان و پیرو آن سایر کشورها، از جمله انگلستان، حاکی از ایجاد آن در راستای تحقق حضور و مشارکت مردم در دادرسی است.^۳ امری که در ادبیات سال‌های اخیر حوزه سیاست جنایی با عنوان سیاست جنایی مشارکتی مورد توجه قرار گرفته است. براین اساس، حضور عموم مردم در چارچوب هیئت منصفه می‌تواند

۱. شاملو، ماهیت و نقش هیئت منصفه در نظام عدالت کیفری ایران از ظهور و افول، پیشین، ص ۶۹۳.

۲. شاملو، معرفی و نقد جایگاه هیئت منصفه در نظام حقوقی ایران، پیشین، ص ۱۸۸.

۳. Jackson, R. M. *The Machinery of Justice in England*, Cambridge, Sixth Edition, 1972, P 391.

زمینه‌ساز تحقق سیاست جنایی مشارکتی باشد. بنابراین، یکی از مؤلفه‌های اساسی در ارزیابی عملکرد هیئت‌منصفه نقش آن در عملیاتی شدن این مفهوم از سیاست جنایی است. در این راستا، شیوه انتخاب اعضای هیئت‌منصفه یکی از موارد اساسی در این زمینه محسوب می‌شود. در نظام حقوقی انگلستان، اعضای هیئت‌منصفه به‌صورت اتفاقی و در فرایندی مشخص انتخاب می‌شوند. نخست، اشخاص واجد شرایط شرکت در انتخابات به‌عنوان رأی‌دهنده مشخص می‌شوند. سپس، از میان این اشخاص برخی به‌صورت اتفاقی انتخاب و ابلاغ مربوطه به آنها صورت می‌گیرد. در نهایت، از لیست اشخاص مذکور، در هر پرونده اشخاصی به‌عنوان هیئت‌منصفه به‌صورت قرعه‌کشی در جلسه علنی دادگاه تعیین می‌شوند. از این‌رو، انتخاب اشخاص کاملاً تصادفی و برآورده‌کننده رویکرد مشارکتی در پهنه نظام دادرسی است.

فرانسه نیز وضعیت مشابهی دارد. در نظام حقوقی فرانسه به‌منظور تحقق اصل بنیادین نمایندگی عموم مردم توسط هیئت‌منصفه، از نظام قرعه‌کشی برای تعیین اعضا استفاده می‌شود. در این راستا، از میان اشخاصی که برای شرکت در انتخابات نام‌نویسی کرده‌اند فهرستی تهیه و از میان این فهرست با قرعه‌کشی به میزان سه‌برابر افراد موردنیاز، اشخاصی تعیین و انتخاب می‌شوند. سپس با بررسی سوابق اشخاص تعیین‌شده اشخاص واجد شرایط و فاقد موانع قانونی برای حضور در این نهاد مشخص می‌شوند. سپس اسامی افراد واجد شرایط به کمیسیون مرکب از رئیس دادگستری استان، دادستان استان، سه نفر قاضی همان دادگستری، نماینده کانون وکلای دادگستری و پنج نفر از اعضای شورای شهر ارسال تا با طی مراحل قانونی، با قرعه‌کشی از میان اشخاص باقی‌مانده تعداد ۳۵ عضو اصلی و ۱۰ عضو علی‌البدل برای حضور در هیئت‌منصفه انتخاب شوند. براین‌اساس، در این نظام حقوقی نیز تحقق مشارکت مردم در عرصه دادرسی را می‌توان به‌وضوح مشاهده کرد.

باین‌حال، بررسی نهاد هیئت‌منصفه در ایران حاکی از جنبه غیرمردمی و حکومتی بودن این نهاد است که نقدی جدی بر ساحت آن در نظام عدالت کیفری ایران ایجاد می‌کند. امری که نهاد هیئت‌منصفه را از اهداف تشکیل آنکه همانا تحقق رویکرد سیاست جنایی قضایی مشارکتی است دور کرده است. محدود شدن این نهاد در سه دهه گذشته در حوزه جرائم مطبوعاتی به تعداد معدودی از اشخاص با برچسب نخبگان فرهنگی و سیاسی به‌عنوان اعضای ثابت عضو هیئت‌منصفه که همواره به‌عنوان اشخاص مورد وثوق حاکمیت شهره بوده‌اند عملکرد این نهاد را با انتقادات جدی همراه کرده است. افزون بر عدم رعایت اصل اساسی در تعیین اشخاص حاضر در هیئت‌منصفه، که باید از مشارکت فعال عموم شهروندان تشکیل شود، حضور همیشگی اشخاص معین، در عمل منجر به تغییر رویکرد داوری عامیانه و شکل‌گیری قضاوت حرفه‌ای شده است. اگرچه تشخیص مصادیق منطبق بر عناوین مجرمانه امری تخصصی است که باید توسط خبرگان هر موضوع انجام شود، اعضای هیئت‌منصفه در جرائم سیاسی و مطبوعاتی، باید کسانی باشند که فاقد تخصص یا خبرگی خاص باشند تا بتوانند افکار عمومی را نمایندگی کنند و از طرف کلیت جامعه، وقوع تهدید علیه منافع و سلامت جامعه را تشخیص دهند؛^۱ امری که با حضور مستمر عده‌ای قلیل و ایجاد خبرگی توسط آنها محقق نخواهد شد.

در واقع، حضور اشخاص خبره از جمله حقوق‌دانان، منجر به صدور آرا و نظرات تخصصی توسط هیئت‌منصفه خواهد شد که این نهاد را از رسالت اصلی خود دور خواهد کرد. این درحالی است که در نظام‌های حقوقی‌ای مانند نظام حقوقی انگلستان، که به‌نوعی خاستگاه هیئت‌منصفه محسوب می‌شوند، افراد دارای تحصیلات، اطلاعات و تجربیات حقوقی و قضایی نظیر قضات و وکلا، از عضویت در هیئت‌منصفه ممنوع‌اند که علت آن نیز به فلسفه نهاد هیئت‌منصفه (قضاوت

^۱ شاملو، ماهیت و نقش هیئت‌منصفه در نظام عدالت کیفری ایران از ظهور و افول، پیشین، ص ۶۹۳

براساس وجدان و انصاف و نه براساس قانون) برمی گردد؛ ضمن اینکه افراد یادشده ممکن است به واسطه اطلاعات و مهارت حقوقی خود، سایر اعضای هیئت را تحت تأثیر قرار بدهند.^۱

این درحالی است که مطابق ماده ۴۱ قانون مطبوعات ۱۳۶۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی: «موارد رد اعضای هیئت منصفه همان است که طبق قانون درمورد رد قضات پیش‌بینی شده است» و دارا بودن مهارت یا تحصیلات حقوقی از موجبات رد اعضای هیئت منصفه محسوب نمی‌شود. ازاین‌رو، جواز حضور این دسته از اشخاص در نهاد هیئت منصفه در عمل با زیر سؤال بردن فلسفه وجودی آن، بنا را بر اتخاذ تصمیم مطابق با قوانین موضوعه قرار می‌دهد؛ امری که بی‌تردید توسط قاضی دادگاه به‌نحو مناسب‌تری صورت می‌پذیرد. ازاین‌رو اساساً، برخلاف آرای دادگاه‌ها که باید مستدل و مستند به دلایل و نصوص قانونی باشد، هیئت منصفه هیچ‌گاه موظف به ارائه دلیل و انگیزه‌های صدور تصمیم خود نیست^۲ و صرفاً موظف است مطابق ماده ۴۳ قانون مطبوعات عمل کند. مطابق این ماده: «پس از اعلام ختم رسیدگی بلافاصله اعضای هیئت منصفه به شور پرداخته و نظر کتبی خود را در دو مورد زیر به دادگاه اعلام می‌دارند: الف- متهم بزهکار است یا خیر؟ ب- در صورت بزهکاری آیا مستحق تخفیف است یا خیر؟». افزون بر این، آرای صادره از سوی هیئت منصفه همواره سمبل دادرسی آزاد و عادلانه بوده و از منظر افکار عمومی، کاشف از واقعیت تلقی می‌شده است و به همین دلیل چه در براءت و چه در مجرمیت، مرحله تجدیدنظر را برای آرای مذکور در نظام‌های حقوقی یادشده لازم نمی‌دانسته‌اند.^۳ تبصره ۳ ماده ۴۳ قانون مطبوعات مقرر می‌دارد: «در صورتی که رأی دادگاه مبنی بر مجرمیت باشد، رأی صادره طبق مقررات قانونی قابل تجدید نظر خواهی است». این بدان معناست که حداقل در آرای براءت امکان تجدیدنظر خواهی وجود ندارد.

۲.۳. تأثیر نظر هیئت منصفه بر نتیجه دادرسی

آنچه در ادبیات مربوط به ایجاد و توسعه هیئت منصفه همواره مورد توجه قرار داشته، تأثیر نظر این هیئت بر نتیجه دادرسی است. در واقع، مشارکت مردم در امر دادرسی زمانی که از قابلیت تأثیر بر نتیجه دادرسی برخوردار نباشد، نه تنها سودمند نخواهد بود، بلکه نقض غرضی در ایجاد و شکل‌گیری آن محسوب می‌شود. در این راستا، در فرانسه حضور هیئت منصفه در دادگاه‌ها اثر مستقیمی بر نتیجه دادرسی دارد. در پرونده‌های جنایی، زمانی که دوسوم اعضای هیئت منصفه بر محکومیت و قابلیت مجازات متهم نظر داشته باشند، متهم محکوم خواهد شد. ازاین‌رو، برای صدور حکم مجرمیت، موافقت حداقل هشت عضو هیئت منصفه ضرورت دارد. برای مثال، چنانچه پنج نفر از اعضا بر براءت و هفت نفر از اعضا بر مجرمیت نظر داشته باشند و دادگاه نیز موافق با مجرمیت باشد، نظر اقلیت برتری خواهد داشت و حکم به براءت می‌شود. در حقوق انگلستان مرحله احراز تقصیر از مرحله صدور حکم تفکیک شده است. احراز تقصیر توسط هیئت منصفه صورت می‌گیرد و در صورت مقصر دانسته شدن متهم تطبیق عمل با قاضی دادگاه است. ازاین‌رو، نظر هیئت منصفه در انگلستان مانند فرانسه تأثیر مستقیمی بر نتیجه دادرسی دارد.

این درحالی است که بررسی جایگاه این نهاد در نظام حقوقی ایران نشانگر وجود الزام برای تبعیت از نظرهای این نهاد برای محاکم نیست. در واقع، در ایران باید به وجود جایگاه مشورتی برای این نهاد قائل بود؛ امری که در کنار عدم لزوم

۱. شیخ‌الاسلامی، پیشین، صص ۴۷-۴۸.

۲. شاملو، معرفی و نقد جایگاه هیئت منصفه در نظام حقوقی ایران، پیشین، ص ۱۹۶.

۳. جباری، علی، «رد هیئت منصفه»، فصلنامه کانون وکلا، دوره ۱، شماره ۳۶، ۱۳۳۲، ص ۵۰.

تبعیت از نظر این نهاد، منجر به نارسایی سازوکار این نهاد شده که قطعاً محل ایراد است. در حقیقت، اگرچه هیئت منصفه در ساختار فعلی دادرسی ایران، از حیث تشخیص موضوع جرائم ارتكابی، به مقام قضایی کمک می‌کند، با توجه به جایگاه مشورتی آن مطابق قانون مطبوعات و قانون جرم سیاسی، مقام قضایی در هیچ‌یک از تصمیمات هیئت منصفه تکلیفی به تبعیت ندارد. براین اساس، تبصره ۱ ماده ۴۳ قانون مطبوعات مقرر می‌دارد: «پس از اعلام نظر هیئت منصفه دادگاه در خصوص مجرمیت یا برائت متهم اتخاذ تصمیم نموده و طبق قانون مبادرت به صدور رأی می‌نماید.» و تبصره ۲ همین ماده نیز اشعار می‌دارد: «در صورتی که تصمیم هیئت منصفه بر بزهکاری باشد دادگاه می‌تواند پس از رسیدگی رأی بر برائت صادر کند.»

افزون بر مورد اخیر، رویکرد نظام قضایی ایران تقلیل شأن هیئت منصفه از نقش قضایی به نقش کارشناسی است. براین اساس، جرائمی که به گونه‌ای بر وجدان جمعی و عمومی اثر می‌گذارد وابسته به نظر نمایندگان هیئت اجتماع شده است. براین اساس، جرائم سیاسی و مطبوعاتی که با اوضاع جامعه و مصالح بالفعل آن بیشتر از موازین قانونی ارتباط دارد در صلاحیت هیئت منصفه قرار گرفته است.^۱ امری که با مصلحت حمایت ویژه از بزهکاران سیاسی در برابر نفوذ هیئت حاکمه نیز گره خورده است. از این رو، الگوی «هیئت منصفه حداقلی» حتی از دیدگاه برجسته‌ترین مخالفان این نهاد- نظیر طرفداران مکتب تحقیق، از جمله «انریکو فری»، جرم‌شناس شهیر ایتالیایی و از مؤسسان این مکتب- نیز پذیرفته شده است و آنان به رغم مخالفت اصولی با هیئت منصفه و مضر دانستن آن در فرایند رسیدگی‌های کیفری، حضور این نهاد در محاکمات سیاسی و مطبوعاتی را بلامانع دانسته‌اند.^۲

از این رو، همان‌طور که بیان شد، شأن این نهاد همچون یک کارشناس است که الزامی برای تبعیت از نظرات آن برای مرجع قضایی وجود ندارد. در واقع، با توجه به تاریخچه، سابقه و کارکرد نهاد هیئت منصفه در نظام‌هایی که خاستگاه آن محسوب می‌شوند، باید اذعان داشت که اطلاق هیئت منصفه به ساختار فعلی در نظام قضایی ایران که در رسیدگی به جرائم مطبوعاتی و سیاسی دیده می‌شود، نه از نظر فرایند شکل‌گیری نهاد و انتخاب اعضا و نه از حیث دامنه اختیارات و صلاحیت‌های قانونی، شباهتی با اصل این نهاد ندارد.

براین اساس، مدل تقنینی هیئت منصفه در ایران را به دلیل همسویی با رویکرد حداقلی در این زمینه می‌توان مثبت ارزیابی کرد. اما این رویکرد تنها در عرصه تقنین باقی ماند و آنچه در عرصه قضا و اجرا دیده شد چندان قابل دفاع نیست. امری که در تعارض آشکار با فلسفه و مبانی بدوی شکل‌گیری و فعالیت این نهاد همراه است که در جای خود مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۳. مدل مطلوب سیاست جنایی تقنینی در تشکیل هیئت منصفه

ارزیابی نظری و عملی نهاد هیئت منصفه در ایران با نگاهی به نظام‌های حقوقی انگلستان و فرانسه بیانگر نقاط ضعف و قوتی در ساختار حقوقی ایران است که بخشی از آن بیان شد و بخشی دیگر نیز بررسی خواهد شد. براین اساس، با توجه به ضرورت تقویت ساختار هیئت منصفه در پهنه سیاست جنایی ایران، در خصوص مدل مطلوب سیاست جنایی تقنینی در تشکیل هیئت منصفه با تمرکز بر برطرف کردن ضعف‌های موجود پیشنهادهایی ارائه خواهد شد.

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، *حقوق اساسی ایران*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۳۸۶.

۲. آخوندی، پیشین، ص ۱۷۶.

۳.۱. محدودسازی نقش هیئت‌منصفه به جرائم سیاسی

مطابق قوانین عادی موجود، تشریفات خاص دادرسی پیرامون جرائم مطبوعاتی که در چارچوب آن هیئت‌منصفه تشکیل می‌شود، بدون هیچ استثنایی درخصوص تمامی این جرائم جاری است. این درحالی است که ماهیت جرائم مطبوعاتی از خصوصیت خاصی برای تشکیل نهاد هیئت‌منصفه برخوردار نیست؛ امری که در خصوص جرائم سیاسی توجیه‌پذیر است؛ چراکه در این دسته از جرائم، تعارض میان بزه‌کاران سیاسی و حاکمیت، وجود این نهاد را در رسیدگی به تمامی جرائم این گروه ضروری می‌کند. ازاین‌رو، در جرائم سیاسی هدف صورت‌بندی و سامان‌دهی دادرسی این دسته جرائم با هدف حمایت از معارضین سیاسی حکومت مستقر، از طریق اعطای ارفاق‌ها و تضمین‌های خاص (ازجمله هیئت‌منصفه در دادگاه) است و ذکر جرائم مطبوعاتی متعاقب جرائم سیاسی، صرفاً به اعتبار استفاده از مطبوعات در ارتکاب جرائم سیاسی مورد تأکید قرار گرفته است.^۱ مطابق این اندیشه، تشکیل نهاد هیئت‌منصفه درخصوص جرائم مطبوعاتی به خودی خود ضرورتی ندارد و چنانچه از مطبوعات در راستای ارتکاب جرم سیاسی استفاده شود، امکان برگزاری جلسه دادرسی با حضور هیئت‌منصفه ضرورت می‌یابد. در این راستا، دلایل موجود مبنی بر ضرورت محدودسازی هیئت‌منصفه به جرائم سیاسی با توجه به ساختار فعلی هیئت‌منصفه در ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۳.۱.۱. تخصصی بودن جرائم مطبوعاتی

ماده ۱۹ فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده مصوب ۱۳۶۰، که در سال ۱۳۹۵ نسخ شد، مقرر می‌داشت: «شورای عالی قضایی موظف است ظرف یک ماه از تاریخ تصویب این قانون، لایحه تشکیل هیئت‌منصفه محاکم دادگستری موضوع اصل ۱۶۸ قانون اساسی را تهیه و با رعایت اصل ۷۴ قانون اساسی تقدیم کند». این قانون، که پاره‌ای جرائم حکومتی علیه حقوق و آزادی‌های اساسی گروه‌های سیاسی را به‌نحو صریح و شماری از جرائم گروه‌های سیاسی را به‌طور ضمنی در صلاحیت محکمه مذکور قرار داده بود، با فهرست کردن عناوین مجرمانه‌ای که می‌تواند ازسوی گروه‌های سیاسی ارتکاب یابد، مصادیقی از جرائم سیاسی را تعیین کرده بود.^۲

بااین‌حال، اجرای مدل ارائه‌شده در قانون مذکور متروک ماند و متعاقب آن ضرورت عاجل در رسیدگی به جرائم ارتكابی توسط مطبوعات، عملاً نظام تقنینی و قضایی کشور را به‌سمت و سویی برد که نتیجه آن تشکیل هیئت‌منصفه محکمه ویژه جرائم مطبوعاتی و مغفول ماندن تشکیل محکمه واقعی و مورد نظر قانون اساسی در خصوص جرائم اصل ۱۶۸ بود.^۳ حضور هیئت‌منصفه در محاکم مطبوعاتی حداقل در برخی موارد نه‌تنها مفید محسوب نمی‌شود، بلکه از کارکرد مطلوبی برخوردار نیست. صرف‌نظر از آن دسته از جرائم مطبوعاتی، که دارای وصف سیاسی یا مربوط به مباحث سیاسی است و به همین دلیل نیز حضور هیئت‌منصفه در جلسات دادرسی ضرورت دارد، برخی از جرائم مطبوعاتی به‌منظور تحقق نیازمند اثبات مسائلی تخصصی و فنی است که برحسب مورد باید توسط کارشناسان ذی‌ربط درخصوص آن اظهارنظر شود. بدیهی است در این موارد اعضای هیئت‌منصفه فاقد تخصص لازم‌اند و واگذاری تشخیص موضوع به آنها عملاً منجر

۱. رحمانی، قدرت‌الله، *جرم سیاسی در حقوق ایران*، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۱۴۹.

۲. غلامی، حسین، «بررسی جرائم احزاب سیاسی در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۲، شماره ۳۰، ۱۳۸۹، ص ۱۵۶.

۳. رحمانی، پیشین، ص ۱۵۱.

به تضییع حقوق بزهکاران خواهد شد. افزون بر این، انتظار صدور آرای متعارض در خصوص موارد مشابه نیز انتظاری نابجا محسوب نمی‌شود. از این رو، رسیدگی دادگاه‌های اصل ۱۶۸ به آن دسته از جرائم مطبوعاتی، که واجد اوصاف تخصصی و فنی است، نظیر جرائم صنفی و سخت‌افزاری ارتكابی از سوی مدیران مؤسسات مطبوعاتی یا جرائم نرم‌افزاری ناشی از انتشار مطالب یا تصاویر، که تشخیص ماهیت مجرمانه آن نیاز به تخصص و کارشناسی حرفه‌ای دارد، در مغایرتی آشکار با علل موجهه هیئت منصفه قرار دارد و تجربه نشان داده، تشخیص مجرمیت یا برائت متهمان این قبیل از جرائم توسط هیئت مذکور در موارد عدیده موجب صدور آرا و احکام اشتباه، خلاف قانون و یا غیرعادلانه شده است.^۱

۳.۱.۲. صنفی بودن برخی از انواع جرائم مطبوعاتی

مطابق رویه حاکم، تفاوتی میان گونه جرائم مطبوعاتی به منظور تشکیل و حضور هیئت منصفه وجود ندارد. در واقع، حتی اگر جرائم ارتكابی از سوی مدیران مؤسسات مطبوعاتی و از جنس تخلف صنفی باشد، نیز دادرسی به صورت علنی و با حضور هیئت منصفه صورت می‌پذیرد. اگرچه گاهی به علت صنفی بودن اتهام مطروحه با رأی اکثریت اعضای هیئت منصفه، موضوع خارج از صلاحیت دادگاه اصل ۱۶۸ تشخیص داده شده و لذا این هیئت از اظهار نظر در ماهیت جرم خودداری ورزیده است، = صرف نظر از این موارد معدود که ناشی از ترکیب تخصصی اعضای هیئت منصفه در سال‌های نخست شکل‌گیری این نهاد در دوران پس از انقلاب اسلامی بوده است، به طوری که اعضای مؤثر و متنفذ هیئت دارای تخصص حقوقی و سابقه قضایی بوده‌اند،^۲ به تدریج رویه حاکم بر هیئت منصفه چنان شده است که این هیئت از ورود به بررسی صلاحیت خود خودداری کرده و تشخیص هیئت قضایی مبنی بر صلاحیت دار بودن محکمه اصل ۱۶۸ را در عموم موارد و بدون استثنا برای خود لازم‌الاتباع دانسته است.^۳ بدین سان، هیئت منصفه در عمل با ورود به ماهیت جرم، نسبت به مجرمیت یا برائت متهم و در صورت اعتقاد به مجرم بودن در خصوص مستحق تخفیف بودن یا نبودن وی اظهار نظر کرده است. این در حالی است که این هیئت از صلاحیت لازم برای این امر برخوردار نیست؛ امری که منجر به صدور آرای ناعادلانه و نامتناسب با جرم ارتكابی خواهد شد و نتایج معقولی در پی نخواهد داشت.

۳.۱.۳. ضرورت جرم‌زدایی و قضا‌زدایی از برخی عناوین مجرمانه مربوط به حوزه مطبوعات

با استفاده از تجربیات کشورهای پیشرو در حوزه جرم و قضا‌زدایی، که مبتنی بر الگوی عدالت ترمیمی به جای مداخله کیفری است، می‌توان میزان قابل توجهی از پرونده‌های کیفری را در محاکم مطبوعاتی کاهش داد؛ امری که می‌تواند در کنار جرم‌زدایی از بسیاری از رفتارها و تبدیل آن به مسئولیت مدنی، مانند آنچه در نظام انگلستان و فرانسه رخ داده است،^۴ تا حد زیادی منجر به تلطیف فضای موجود شود. برای نمونه در انگلستان، بخش قابل توجهی از آنچه در ایران تحت عنوان جرم مطبوعاتی خوانده می‌شود، در چارچوب مفهوم خطای مدنی و خارج از فضای جرم‌انگاری قرار می‌گیرد؛ امری که چنانچه مورد الگوگیری نظام تقنینی ایران قرار گیرد، می‌تواند بخش قابل توجهی از مصادیق را از حیطه کار

۱. رحمانی، قدرت‌الله، «هیئت منصفه ایرانی؛ از هندسه اقتباس در مشروطیت تا هنر استحاله در جمهوری اسلامی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۰، شماره ۶۲، ۱۳۹۸، ص ۱۷۰.

۲. شاملو، پیشین، ۱۳۷۵، ۱۹۶.

۳. رحمانی، هیئت منصفه ایرانی؛ از هندسه اقتباس در مشروطیت تا هنر استحاله در جمهوری اسلامی، پیشین، ص ۱۷۱.

۴. McKillop, Bron. "Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal", *Sydney Law Review*, Volume 28, Issue 2, 2006, PP 343, 348.

قوانین کیفری و هیئت منصفه خارج کند. برخی از مواردی که جنبه صنفی دارند، نیز بی تردید از این فضا خارج خواهند شد. در این راستا، «کارگروه شکایت از مطبوعات»^۱ در نظام حقوقی انگلستان الگوی مناسبی است. این کارگروه که اختیارات قابل توجهی در حل منازعات مطبوعاتی دارد، در فرایند جرم زدایی از فعالیت های صنفی- رسانه ای نقش مهمی را ایفا می کند. این امر تا حدودی در لایحه جدید مطبوعات و خبرگزاری ها مدنظر تدوین کنندگان قرار گرفته است. لایحه با سوگیری آشکار (ولو جزئی) به سمت الگوی «مدنی سازی مسئولیت های مطبوعات و رسانه ها»، افزون بر تمهید رژیم افتراقی و نیز تحدید جرائم مطبوعات (مشمول صلاحیت هیئت منصفه) به پنج عنوان مجرمانه مصرح در این قانون، سایر «جرائم» موضوعه کنونی را در دایره «تخلفات» تعریف کرده و رسیدگی به آن را خارج از صلاحیت هیئت منصفه- بلکه اساساً خارج از صلاحیت دادگاه ها- و در صلاحیت «کمیسیون رسانه ها» (نهاد جایگزین هیئت نظارت بر مطبوعات فعلی) قرار داده است.^۲ در حقیقت در کنار مباحث بنیادی چون جرم زدایی در حوزه مطبوعات، کارکردهای بیشمار مطبوعات در حوزه های گوناگون، به ویژه حوزه های اقتصادی و تجاری، نگاه افتراقی به منازعات، اختلافات، دعاوی و شکایات پیرامون آنها را خارج از نظام قضایی اجتناب ناپذیر کرده است. از این رو، تشکیل کمیسیون رسانه ها را می توان گامی کوچک، اما قابل قبول در صنفی سازی مرجع ترافعات دانست که نقش قابل توجهی در خودتنظیم گری این صنف و رسیدگی به تخلفات آنها خواهد داشت.

گام دیگر در محدودسازی هیئت منصفه، به گونه ای که آن را در مدار اصلی خود قرار دهد، این است که جرائم غیرسیاسی مطبوعات از صلاحیت دادگاه مطبوعات خارج شود. با تحقق این امر، این دسته از جرائم نیز مانند سایر جرائم در محاکم عمومی مورد رسیدگی قرار می گیرند. قانون جرم سیاسی ۱۳۹۵ به سبب تسری دادن صلاحیت هیئت منصفه جرائم مطبوعات به جرائم سیاسی، واجد چنین ظرفیتی است و اجرای آن ضمن تقریب هیئت منصفه به فلسفه اصلی آن- که مشارکت حمایت گرانه این نهاد از متهمان سیاسی در محاکم سیاسی است- هیئت منصفه را بیش از پیش از مداخلات آسیب زا و ناصواب در ترافعات مطبوعات رسانه ها، مصون خواهد کرد.^۳

۳.۲. رفع ابهام های مربوط به صلاحیت هیئت منصفه

در حقوق انگلستان، محاکمات با حضور هیئت منصفه به دو مرحله «احراز تقصیر» و «صدور حکم» تقسیم می شود. تصمیم در خصوص مورد اول به هیئت منصفه سپرده می شود و حق رأی برای قاضی در آن وجود ندارد. چنانچه نظر هیئت منصفه بر تقصیر باشد، قاضی اقدام به تطبیق موضوع با قانون و در نهایت صدور حکم می کند. این در حالی است که در نظام دادرسی فرانسه در مواردی که با حضور هیئت منصفه شکل می گیرد، این هیئت و قاضی مشترکاً اقدام به مشورت می کنند و هر دو از حیث شکلی و ماهوی نسبت به موضوع تصمیم می گیرند. در واقع، مطابق سیستم هیئت منصفه در مدل فرانسوی، اعضای هیئت منصفه، فعلاً قاضی مردمی نیستند که تنها در خصوص مجرمیت تصمیم بگیرند؛^۴ آنها طی مشارکت با قضات، به مسئله مجرمیت و اعمال مجازات نیز ورود می کنند... باین حال به منظور کاهش

^۱. Press Complaints Commission

^۲. همان، ص ۱۷۷.

^۳. همان، ص ۱۷۹.

^۴. Ivković, Sanja Kutnjak, Shari Seidman Diamond, Valerie P. Hans and Nancy S. Marder (eds.). *Juries, Lay Judges, and Mixed Courts: A Global Perspective*, Cambridge University Press, Forthcoming, 2019, P 15.

نفوذ قضات حرفه‌ای و افزایش نفوذ هیئت منصفه، ماده ۳۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه مقرر می‌دارد، کلیه تصمیمات نامساعد علیه متهم مانند محکومیت، رد یک عذر یا کیفیات مخففه، زمانی قابل تحقق است که حداقل هشت رأی در مقابل چهار رأی داشته باشد.^۱

باین حال، در حقوق ایران، نقش و جایگاه و حدود صلاحیت قاضی دادگاه در مقابل هیئت منصفه، منجر به کم‌رنگ شدن و حتی بی‌اثر شدن جایگاه این نهاد شده است. در این راستا، تبصره ۴ ماده ۴۳ قانون مطبوعات حضور هیئت منصفه در تحقیقات مقدماتی و صدور قرارهای قانونی را لازم نمی‌داند. همچنین مطابق تبصره ۱ همین ماده، پس از اعلام نظر هیئت منصفه دادگاه در خصوص مجرمیت یا برائت متهم اتخاذ تصمیم و طبق قانون مبادرت به صدور رأی می‌کند. این امر به معنای مشورتی بودن نظر هیئت منصفه و فقدان الزام از سوی مرجع قضایی برای پذیرش نظر این هیئت در اتخاذ تصمیم نهایی است؛ امری که در رأی وحدت رویه شماره ۸۳۷ مورخ ۱۴۰۲/۰۷/۰۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز مورد تأکید قرار گرفته است. مطابق رأی مذکور: «به موجب تبصره یک الحاقی ماده ۴۳ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۳۰ پس از اعلام نظر هیئت منصفه، دادگاه در خصوص مجرمیت یا برائت متهم اتخاذ تصمیم کرده و مبادرت به صدور رأی می‌نماید. نظر به اینکه حکم تبصره مذکور در مورد تکلیف دادگاه به صدور رأی طبق قانون اطلاق داشته و شامل مجرمیت و برائت متهم می‌شود و با توجه به اصل ۱۶۶ قانون اساسی و ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ رأی دادگاه باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن صادر شده است، بنابراین در مواردی که نظر اکثریت هیئت منصفه بر بی‌گناهی متهم باشد، اما دادگاه با لحاظ ادله موجود در پرونده رفتار منتسب به وی را طبق قانون، جرم و مستوجب مجازات تشخیص دهد، با عنایت به استقلال قاضی در صدور رأی و تکلیف وی به رعایت قانون ملزم به تبعیت از نظر هیئت منصفه نمی‌باشد و به استناد قانون، حکم به محکومیت متهم صادر می‌کند». براین اساس، عدم تبعیت مرجع قضایی از نظر هیئت منصفه به وضوح آشکار می‌شود.

این امر منجر به نقض یکی از فلسفه‌های مبنایی تشکیل هیئت منصفه، یعنی قضاوت براساس وجدان و نه براساس قانون می‌شود. بر همین اساس است که در انگلستان افراد برخوردار از تخصص یا دانش حقوقی مانند وکلای دادگستری یا کارمندان دادگاه‌ها، از عضویت در هیئت منصفه منع شده‌اند؛ چراکه آنها بی‌تردید در تصمیم‌گیری‌های خود، با استفاده از دانش و تجربه حقوقی، نگاهی قضایی-حقوقی به موضوع خواهند داشت و نه به عنوان بخشی از عموم جامعه، براساس وجدان و انصاف اقدام به اعلام نظر بپردازند. به طریق اولی، تکلیف دادگاه به صدور رأی براساس موازین قانونی و قائل شدن نقش مشورتی برای هیئت منصفه بدون ایجاد تکلیف قانونی برای پذیرش نظر آن، نقض غرضی است که محور رسیدگی در حضور هیئت منصفه را رسیدگی قانونی قرار می‌دهد و رسیدگی براساس وجدان و انصاف جمعی را به حاشیه می‌راند. این ایراد در ترکیب انتصابی بدون لحاظ مشارکت واقعی مردم نیز مشاهده می‌شود. در حقیقت ترکیب هیئت منصفه باید عصاره‌ای از نمایندگان وجدان عمومی باشد و نه قشر خاص. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، چنین هیئت براساس ترکیبی از نخبگان به‌ویژه نخبگان حقوقی، نگاه قضایی-حقوقی را در این نهاد تقویت می‌کند و همچنان منجر به شکل‌گیری قضاوت بر مبنای انصاف نخواهد شد. همان‌طور که بیان شد، در انگلستان و فرانسه، اعضای هیئت منصفه به صورت تصادفی و با قرعه‌کشی انتخاب می‌شوند و در چارچوب آن می‌توان قائل به تحقق هدف مبنایی از تشکیل این نهاد بود که همانا مشارکت شهروندان عادی در امر دادرسی است. این در حالی است که تاریخچه تشکیل هیئت منصفه در ایران بر انتصابی-حکومتی بودن آن تأکید دارد و حضور اشخاص سرشناس به‌ویژه حقوق دانان منجر به آن شده تا مبنای

^۱ گاستونی و ژرژ لواسور، پیشین، ص ۵۶۴.

تشکیل این نهاد خدشه‌دار شود.

بی‌تردید برطرف کردن مشکل حاضر منوط به رفع ابهامات پیرامون صلاحیت هیئت‌منصفه و مؤثر ساختن تصمیم آن در نتیجه دادرسی کیفری است. از این رو ضروری است تا ابتدا نظر هیئت‌منصفه مؤثر و الزامی دانسته شود و سپس با اتخاذ رویکرد صحیحی در انتخاب اعضای آن، قضاوت وجدانی جایگزین قضاوت قانونی شود.

۳.۲.۱. تحلیل رأی وحدت رویه از منظر حقوقی

تحلیل واقع‌بینانه و همچنین عادلانه از یک پدیده حقوقی، جز با تعمق در تک‌تک اجزای مواد قانونی مربوطه و نیز فلسفه وجودی و جایگاه اجتماعی و سیاسی آن نهاد، میسر نخواهد شد. در واقع مواد قانونی همچون زنجیره‌ای به یکدیگر متصل بوده و تحلیل درست از هر یک از مواد قانونی مستلزم آگاهی و تأمل در سایر مواد قانونی است؛ امری که به‌نظر می‌رسد هیئت عمومی دیوان به‌اندازه کافی به آن توجه نکرده است. بر این اساس، هیئت عمومی با تکیه بر تبصره یک ماده ۴۳ و استناد به اصولی همچون استقلال قاضی و همچنین با استناد به اطلاق تبصره یک، نظر قاضی را در هر دو فرض مجرمیت و براءت توسط هیئت‌منصفه مقدم شمرده است.

این رأی بدون تحلیل جامع از سایر مواد و به‌ویژه تبصره ۲ همان ماده، صورت پذیرفته و بی‌تردید برخلاف قانون است. قانون‌گذار در تبصره دو این‌گونه مقرر می‌دارد: «در صورتی که تصمیم هیئت‌منصفه بر بزهکاری باشد، دادگاه می‌تواند پس از رسیدگی رأی بر براءت صادر کند». به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار با اقدامی حکیمانه تلاش کرده است تا گستره تبصره یک را محدود به شرایطی کند که نظر هیئت‌منصفه بر مجرمیت بوده و قاضی نظر به براءت دارد. در واقع قانون‌گذار با تصریح به آنکه قاضی تنها در جهت بهبود حال متهم و براءت او می‌تواند، برخلاف نظر هیئت‌منصفه عمل کند، قصد داشته تا راه را برای استنباط هرگونه مفهوم مخالفی ببندد. در غیر این صورت همان تبصره یک کفایت می‌کرد و لزومی به ذکر تبصره دو به‌طور جداگانه وجود نداشت.

برداشت فوق با اصول حقوق بشری نظیر اصل تفسیر به نفع متهم و اصل تفسیر مضیق نیز منطبق است. این امر به‌ویژه در خصوص مجرمین سیاسی و مطبوعاتی که قانون‌گذار همواره نظر بر ارفاق و سهل‌گیری بر روند دادرسی و محکومیت ایشان داشته، تقویت می‌شود. بدین ترتیب دادگاه زمانی می‌تواند برخلاف نظر هیئت‌منصفه رأی صادر کند که نظر هیئت‌منصفه بر بزهکاری و براءت باشد و هیچ‌گاه خلاف این امر صادق نیست. بنابراین نظر هیئت عمومی، به‌جای تفسیر صحیح از قانون، حق بسیاری از افراد را تضییع می‌کند و برخلاف قوانین موجود است.

۳.۲.۲. تحلیل رأی وحدت رویه از منظر جامعه‌شناسی

جایگاه هیئت‌منصفه در ایران در مقایسه با سایر کشورها، همواره با محدودیت‌های بیشتری روبه‌رو بوده است. با این حال، همان جایگاه اندک نیز کورسوی امیدی برای حرکت به سمت سیاست جنایی مشارکتی و نیل به هدف اصلی قانون‌گذار بود. رأی وحدت رویه اخیر برخلاف فلسفه وجودی هیئت‌منصفه بیش‌ازپیش جایگاه آن را محدود کرد و عملاً از کارایی آن کاست و نقشی تشریفاتی به‌منزله عدم، برای آن قائل شد. بی‌تردید هیئت‌منصفه بخشی از نماینده افکار عمومی است که در دادرسی‌ها حضور داشت، بی‌توجهی به نمایندگان افکار عمومی و کنار زدن ایشان از آنچه که به‌حق از حقوق مسلم ایشان است، حرکت در خلاف مسیر مردم است و تبعات ناگواری را به‌همراه خواهد داشت.

نتیجه‌گیری

بی‌تردید دادرسی در مدل فعلی با حضور هیئت منصفه با روح حاکم بر اصل ۱۶۸ قانون اساسی، که هدف از آن اهدای تضمینات لازم در رعایت دادرسی منصفانه علیه فعالان سیاسی است، در تعارضی آشکار وجود دارد. براین اساس، می‌توان مدعی بود که عملکرد نهاد هیئت منصفه در ایران در چارچوب بستر تقنینی خود، عملکرد مطلوب محسوب نمی‌شود؛ امری که اگرچه در رسیدگی‌های مطبوعاتی از سابقه طولانی برخوردار است، در رسیدگی به جرائم بزهکاران سیاسی به دلیل مهیا نبودن بسترهای تقنینی، بیش‌ازپیش از مدار خود فاصله گرفته است؛ امری که به واسطه اجرای قانون جرم سیاسی ۱۳۹۵ تا حدی تعدیل شده است، اما آن را نمی‌توان پایانی بر کژکاری‌های این نهاد در پهنه نظام دادرسی ایران دانست؛ چراکه نظام‌های معتبر از این نظر، مانند فرانسه و انگلستان، در راستای کاهش صلاحیت هیئت منصفه در رسیدگی‌های کیفری گام برمی‌دارند؛ به گونه‌ای که حتی حذف کامل این نهاد از سیستم قضایی این کشور، دور از ذهن نیست. این درحالی است که تأکید بر سیاست جنایی مشارکتی و ایجاد فضای لازم برای حضور عموم شهروندان در این زمینه، به‌ویژه در سال‌های اخیر، همواره مورد تأکید قرار داشته و تلاش برای محدودسازی نهاد هیئت منصفه نشانگر توسعه رویکرد حاکمیتی به امر قضاوت و تمرکزگرایی افراطی است که آن را حتی خارج از مدل الگوی مشارکتی سیاست جنایی قرار داده است؛ امری که می‌توان هشدار برای نظام قضایی ایران محسوب شود. اگرچه رویکرد نظام‌های حقوقی انگلستان و فرانسه برای کنترل و محدود کردن نقش هیئت منصفه نیز فی نفسه قابل انتقاد است، شاید این خصوصیت در کنار سایر عوامل و عناصر کنترل‌کننده فرایند دادرسی قضایی قابل توجه است. اما در ایران علی‌رغم تأسیس بیش از صدساله آن، هیئت منصفه هیچ‌گاه به جایگاه واقعی خویش در نظام قضایی دست نیافته است و صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۳۷ مورخ ۱۴۰۲/۰۷/۰۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور و کاهش جایگاه هیئت منصفه در حد نظریه کارشناسی یک نوع بازگشت از سیاست جنایی مشارکتی محسوب می‌شود. امید است با انجام اصلاحات تقنینی و تقویت رویه قضایی نهایت هیئت منصفه به عنوان یکی از ابزارهای مشارکت قضایی از یک سو و تعدیل‌کننده برداشت‌های خشک قضایی با توجه به افکار عمومی از سوی دیگر، تضمینی برای نزدیک شدن به عدالت و انصاف را فراهم آورد.

منابع

کتاب

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۷۸.
۲. پرادل، ژان، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
۳. رحمانی، قدرت‌الله، *جرم سیاسی در حقوق ایران*، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۴. شیخ‌الاسلامی، عباس، *جرائم مطبوعاتی؛ بررسی تطبیقی سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران و انگلستان*، مشهد: جهاد دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۵. صبری، نورمحمد، *هیئت منصفه (مطالعه تطبیقی)*، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۶. عمید زنجانی، عباسعلی، *حقوق اساسی ایران*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۷. گاستونی، است فانی، *رژر لواسور، برنابولوک، آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، ترجمه حسن دادیان، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۸.

مقاله

۸. امامی، مصطفی، «هیئت منصفه در انگلستان»، *ماهنامه حقوق/امروز*، شماره ۹ و ۱۰، ۱۳۴۲، صص ۷۴-۷۲.
۹. آقابابایی بنی، اسماعیل، «جایگاه هیئت منصفه در حقوق ایران با نگاهی به مبانی فقهی آن»، نامه مفید، دوره ۹، شماره ۳۷، ۱۳۸۲، صص ۱۷۸-۱۵۳.
۱۰. پورسرتیپ، فرج الله، «هیئت منصفه»، *مجله حقوقی وزارت دادگستری*، دوره ۲۰، شماره ۷، ۱۳۵۲، صص ۱۴۷-۱۱۹.
۱۱. جباری، علی، «رد هیئت منصفه»، *فصلنامه کانون وکلای*، دوره ۱، شماره ۳۶، ۱۳۳۲.
۱۲. داوود الموسوی، سیدحسن و سید محمدحسن طاهایی، «نهاد ناظر، برآیند بهبود یافته هیئت منصفه در ساختار قضایی اسلامی»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۱۳، شماره ۲۵، ۱۴۰۰، صص ۲۸۸-۲۶۷.
۱۳. رحمانی، قدرت الله، «هیئت منصفه ایرانی؛ از هندسه اقتباس در مشروطیت تا هنر استحاله در جمهوری اسلامی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۲۰، شماره ۶۲، ۱۳۹۸، صص ۱۸۴-۱۵۵.
۱۴. شاملو، باقر، «ماهیت و نقش هیئت منصفه در نظام عدالت کیفری ایران از ظهور و افول»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ضمیمه شماره ۵۶، ۱۳۹۰، صص ۶۹۸-۶۷۷.
۱۵. شاملو، باقر، «معرفی و نقد جایگاه هیئت منصفه در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۳، ۱۳۷۵، صص ۲۰۰-۱۶۹.
۱۶. طباطبایی، علی محمد، «هیئت منصفه از لحاظ تاریخی»، *مجله کانون وکلای*، دوره ۱، شماره ۳۲، ۱۳۳۲، صص ۴۹-۴۶.
۱۷. غلامی، حسین، «بررسی جرائم احزاب سیاسی در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۲، شماره ۳۰، ۱۳۸۹، صص ۲۲۶-۲۰۱.
۱۸. محسنی، مرتضی، «هیئت منصفه و تشکیلات آن در کشور فرانسه»، *مجله حقوقی وزارت دادگستری*، شماره ۳، ۱۳۵۷.
۱۹. مهرا، نسرین، «نظام عدالت کیفری در انگلستان و ولز»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱، شماره ۱۲۱، ۱۳۷۴، صص ۴۰۶-۳۵۹.
۲۰. هاشمی، سید محمد، «تحلیل حقوقی جرائم سیاسی و مطبوعاتی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱، شماره ۱۰، ۱۳۷۱، صص ۱۴۵-۱۰۵.

References

Books

1. Akhoundi, Mahmoud, *Criminal Procedure Code*, Volume 2, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance, 9th Edition, 1999. (in Persian)
2. Amid Zanjani, Abbas-Ali, *Basic Laws of Iran*, Tehran: Tehran University, First Edition, 2006. (in Persian)
3. Ashworth, Andrew. *The Criminal Process: An Evaluation Study*, Oxford University Press, Second Edition, 1998.
4. Eftekhari Jahromi, Goodarz, *Jury*, Conference of the Board for Monitoring and Following Up on the Implementation of the Constitution, Tehran, 2001. (in Persian)
5. Findley, M and Peter Duff, (eds), *The Jury under Attack*, London: Butterworths, 1988.
6. Ivković, Sanja Kutnjak, Shari Seidman Diamond, Valerie P. Hans and Nancy S. Marder (eds.). *Juries, Lay Judges, and Mixed Courts: A Global Perspective*, Cambridge University Press, Forthcoming, 2019.
7. Jackson, R. M. *The Machinery of Justice in England*, Cambridge, Sixth Edition, 1972.
8. Pradel, Jean, *History of Criminal Thought*, Translated by: Ali Hossein Najafi Abrand-Abadi, Tehran: Samt, Second Edition, 2007. (in Persian)
9. Rahmani, Qodratollah, *Political Crime in Iranian Law*, Tehran: Allameh Tabatabaee University, First Edition, 2018. (in Persian)

10. Sabri, Noor Mohammad, *Jury (Comparative Study)*, Tehran: Mizan, First Edition, 2005. (in Persian)
11. Sheikholeslami, Abbas, *Press Crimes; A Comparative Study of the Criminal Policy of the Islamic Republic of Iran and England*, Mashhad: Academic Effort, First Edition, 2001. (in Persian)

Articles

12. Aghababaei Bani, Ismail, "The Position of the Jury in Iranian Law with a Look at Its Jurisprudential Foundations", *Letter of Mofid*, Volume 9, Issue 37, 2003, PP 153-178. (in Persian)
13. Davood Al-Mousavi, Sayyed Hassan, Sayyed Mohammad Hassan Tahaei, "Supervisory Body, Improved Jury Process in Islamic Judicial Structure", *Journal of Islamic Jurisprudence and Law Studies*, Volume 13, Issue 25, 2021, PP 267-288. (in Persian)
14. Emami, Mustafa, "Jury in England", *Monthly Law Today*, Issus 9 and 10, 1953, PP 72-74. (in Persian)
15. Gholami, Hossein, "A Study of Political Party Crimes in Iranian Criminal Law", *Quarterly Journal of Law and Politics Research*, Volume 12, Issue 30, 2010, PP 201-226. (in Persian)
16. Hashemi, Sayyed Mohammad, "Legal Analysis of Political and Press Crimes", *Legal Research Quarterly*, Volume 1, Issue 10, 1992, PP 105-145. (in Persian)
17. Jabbari, Ali, "Jury Rejection", *Quarterly Journal of the Bar Association*, Volume 1, Issue 36, 1953. (in Persian)
18. McKillop, Bron. "Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal", *Sydney Law Review*, Volume 28, Issue 2, 2006, PP 343-358.
19. Mehra, Nasrin, "The Criminal Justice System in England and Wales", *Legal Research Quarterly*, Volume 4, Issue 16, 1995, PP 359-406. (in Persian)
20. Mohseni, Morteza, "Jury and Its Organization in France", *Legal Journal of the Ministry of Justice*, Issue 3, 1978. (in Persian)
21. Ploscowe, Morris. "Jury Trial in France", *Minnesota Law Review*, 1945. Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1984/>, PP 376- 387.
22. Pour Sartip, Farajollah, "Jury", *Ministry of Justice Legal Journal*, Volume 20, Issu 7, 1973, PP 119-147. (in Persian)
23. Rahmani, Ghodratollah, "Iranian Jury; From the Geometry of Adaptation in Constitutionalism to the Art of Transformation in the Islamic Republic", *Quarterly Journal of Public Law Research*, Volume 21, Issue 62, 2019, PP 155-184. (in Persian)
24. Shamloo, Baqer, "Introduction and Criticism of the Position of the Jury in the Iranian Legal System", *Quarterly Journal of Judicial Law Review*, Issue 3, 1996, PP 169-200. (in Persian)
25. Shamloo, Baqer, "The Nature and Role of the Jury in the Iranian Criminal Justice System: Its Rise and Decline", *Legal Research Quarterly*, Appendix Issue 56, 2011, PP 677-698. (in Persian)
26. Tabatabaei, Ali Mohammad, "The Jury in Historical Perspective", *Journal of the Bar Association*, Volum 5, Issue 32, 1953, PP 46-49. (in Persian)



Original Article

Analysis of the Legal and Economic Aspects of Money

Abbas Karimi¹ , Taha Arabasadi², Amir Ghaffari³

ABSTRACT

There is an inherent connection between money and various dimensions of human social life. This is a connection that is inextricably bound up with various fields of study. In light of this multiple and multidimensional nature of money, a deeper understanding of its nature requires knowledge gained from scientists of various sciences. There are two fields of study that are closely related to money, as it is a fluid and current phenomenon in human social life. The impact of money on the economic life of individuals, on the one hand, and its connection with a large portion of their legal obligations, on the other, make it unquestionable that one must study both of these sciences in order to attain a comprehensive understanding of money. The nature of money is thus analyzed both from a jurist's perspective and from an economist's perspective. This paper examines first the legal status of money and its role in the economy, then its economic functions, and finally its legal characteristics. Considering that economists, with a functional perspective, are only interested in identifying the uses for this medium of exchange, this article reviews three well-known economic functions of money from a new and critical perspective. This paper also provides an explanation and a better identification of the legal characteristics of money, which have been neglected by jurists despite having a significant impact on better understanding the concept of money. This is contrary to the fact that the examination of the specific legal characteristics of negotiable documents, which are less important and less applicable than money, is a well-known and common topic in commercial law. In order to meet the goals of the present paper, the present work has been divided into three main sections. First, a thorough examination of money is provided in order to gain a better understanding of the phenomenon. In the second section, we will examine the economic functions of money, and in the third and final section, we will discuss its legal characteristics. Analytical-descriptive methodology and library resources are used to write this paper in a comparative manner. Accordingly, while economic sources have been used to analyse and identify the economic functions of money, recourse has also been had to the common law system, particularly the common law of England, for the formulation of its legal attributes. The most significant finding of this article is the emphasis on the multifaceted nature of money and the need to have a broad perspective on it. For the legal characteristics of money to be identified, its economic functions must be identified, and in order to achieve the economic functions of money, the legal concept of money must be thoroughly examined. Thus, since the most important function of customary law is to organize existing customary and practical practices to understand these characteristics, one must gain a general understanding of the economic functions of money as its practical reality, so that the legal characteristics of money can be revised to serve such functions. In contrast, recognizing the nature and legal

How to Cite: Karimi, Abbas, Arabasadi, Taha, Ghaffari, Amir," Analysis of the Legal and Economic Aspects of Money", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:39-56.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.226321.2133>

Received: 16/04/2022-Accepted: 23/04/2025

1. Professor of Law, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: abkarimi@ut.ac.ir

2. PhD Candidate, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

3. PhD Candidate, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

status of money is also essential to understand the practical functions of money. A key finding of the present study is the importance of understanding this hierarchy, which can lay the groundwork for future legal research on money. Another significant point is that this study undertakes, for the first time, the identification of the legal attributes of money in its absolute sense, independently of its incorporation into any debt or obligation. In other words, the authors have sought to examine these attributes as the inherent legal characteristics of money itself, whereas previous scholarship had addressed only certain aspects; such as whether money is fungible (*mithlī*) or non-fungible (*qīmī*), and even then, only with the aim of determining whether a debtor, in discharging their obligation, must deliver the same money (numerical value) or its equivalent purchasing power. Apart from the fact that jurists have invented concepts such as *mithlī* or *qīmī* for another purpose (compensation for damages) and cannot be used with the same meaning regarding money; also, apart from the fact that money itself is a price, it cannot have a price. Fundamentally, the answer to such questions must be sought within the framework of the rules governing the monetary obligations, not in the sphere of the legal attributes of money qua money. Conflating these two separate matters not only fails to advance the depth of legal understanding in this field, but also leads to further complexity of legal discourse concerning money. The authors of this paper aim to provide an answer to the following question: What is the nature of money? As part of their analyses of this multifaceted institution, researchers have attempted to reinstate the concept of debt as well as analyze the other elements comprising this institution, including the debtor's *Zemma* (a fictional repository for monetary obligations), the role of custom, and finally the element of non-collectibility, as a basis and substructure for subsequent discussions describing its economic functions and legal characteristics. In addition to providing a legal basis for its theory by considering money as a credit, this view, regarding the economic power of the debtor of this establishment, and respecting public acceptance as a factor that gives objectivity to this abstract concept, has not neglected the role and position of other sciences, including economics, in the analysis of this complex human phenomenon. Another conclusion reached in this article is that the legal attributes of money must be examined in an abstract sense, separate from the fact that it may be the subject of any debt or obligation. Conversely, such attributes cannot be discerned without a priori understanding of the economic functions of money. In other words, the function of modern law is to identify existing customary practices, to amend them where necessary, and thereafter to refine them into legal rules. In the case of money, its economic functions are precisely its customary functions. Accordingly, once the economic functions of money have been identified, its legal attributes will be understood in a manner consistent therewith. For instance, the attribute of abstraction in money wholly serves its economic function as a medium of exchange. Since money, as an instrument of exchange, is in constant circulation, the law recognises this function through the attribute referred to as its abstract nature. Consequently, whenever a person, acting in good faith and within the framework of an economic exchange, acquires money in pursuit of this function, the law will afford them protection; even against a prior owner from whom the money had been stolen.

KeyWords: Money, Means of Payment, Negotiability, Abstract Aspect, Legal Means of Payment.



تحلیل ابعاد حقوقی و اقتصادی پول

عباس کریمی^۱، طاهار عرب اسدی^۲، امیر غفاری^۳

چکیده

امروزه، پول تشکیل‌دهنده موضوع بسیاری از تعهدات حقوقی است. همین امر، ضرورت بررسی ماهیت آن، برای فهم بهتر این بخش از تعهدات را بیش‌ازپیش نمایان می‌کند. به همین دلیل، این مقاله در کنار داشتن نگاهی نوین به کارکردهای اقتصادی پول از یک سو، و پیرایش و سامان دادن به اوصاف حقوقی این ابزار پرکاربرد اجتماعی برای نخستین بار از سویی دیگر، به دنبال یافتن پاسخ این پرسش اصلی است که ماهیت پول چیست؟ در تحلیل ماهیت این نهاد چندوجهی، پژوهندگان تلاش کرده‌اند تا با بازگرداندن مفهوم طلب به این نهاد و واکاوی دیگر عناصر سازنده آن، از جمله ذمه‌قدرتمند بدهکار، جعل عرف و نهایتاً عنصر عدم قابلیت وصول، شالوده و زیربنایی برای مباحث بعدی در تبیین کارکردهای اقتصادی و اوصاف حقوقی آن، به دست آورند. این دیدگاه علاوه بر آنکه به سبب اعتباری دانستن پول، بنیادی حقوقی برای نظریه خود ارائه می‌دهد، با نظر به توان اقتصادی بدهکار این تأسیس و احترام به پذیرش عمومی به عنوان عامل عینیت بخش به این مفهوم مجرد، از نقش و جایگاه دیگر علوم از جمله اقتصاد نیز در تحلیل این پدیده پیچیده بشری غافل نمانده است. در نتیجه، در این مقاله، پس از بررسی ماهیت پول، کارکردهای اقتصادی و سپس اوصاف حقوقی آن مورد ارزیابی قرار گرفته‌اند.

کلید واژگان: پول، وسیله پرداخت، گردش پذیری، وصف تجریدی، وسیله پرداخت قانونی.

استناد به این مقاله: کریمی، عباس، عرب اسدی، طاهار، غفاری، امیر، «تحلیل ابعاد حقوقی و اقتصادی پول»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۳۹-۵۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.226321.2133>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۰۳

۱. استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: abkarimi@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران



Copyright: © 2025 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

پول ذاتاً، ارتباطی وسیع با ابعاد مختلفی از زندگی اجتماعی انسان‌ها دارد. ارتباطی که آن را ناگزیر با حوزه‌های مطالعاتی مختلف درگیر می‌کند. نتیجتاً و به سبب همین ماهیت چندگانه و چندبعدی پول، شناخت کامل‌تر ماهیت آن، در گرو استفاده از داده‌های مطالعاتی دانشمندان علوم مختلف است؛ چه پول به‌عنوان یک پدیده سیال و جاری در زندگی اجتماعی انسان، دست‌کم با دو دانش، پیوندی وثیق دارد. به‌طوری‌که تأثیر آن بر زندگی اقتصادی اشخاص، از یک سو و ارتباطی که با بخش عظیمی از تعهدات حقوقی آنان می‌یابد، از سوی دیگر، مثبت این حقیقت انکارناپذیر است که برای نیل به شناختی جامع از پول، باید دست به دامان این هر دو دانش شد. بنابراین، ماهیت پول هم از نظرگاه حقوق‌دانان و هم با محک اقتصاددانان مورد واکاوی قرار می‌گیرد. در این راستا، ابتدا جایگاه حقوقی پول و نیز نقش آن در اقتصاد، بررسی می‌شود، سپس، به بیان کارکردهای اقتصادی و نهایتاً ویژگی‌های حقوقی پول پرداخته می‌شود. در حقیقت، از آنجاکه اقتصاددانان با نگاهی کارکردمحور، فقط درصدد شناسایی بهتر کاربردهای این ابزار مبادلاتی‌اند، این مقاله با نگاهی نو و انتقادی به بازنگری کارکردهای سه‌گانه و مشهور اقتصادی پول پرداخته‌است. همچنین، تبیین و شناسایی بهتر ویژگی‌های حقوقی پول از جمله مهم‌ترین نوآوری‌های این اثر بوده که باوجود تأثیر فراوان آن بر شناخت بهتر پول، تاکنون از دید حقوق‌دانان مغفول مانده است. این درحالی است که بررسی ویژگی‌های حقوقی ویژه اسناد تجاری که اهمیت و کاربردی کمتر از پول دارند، بحثی شناخته‌شده و معمول در حقوق تجارت است. به همین منظور و برای تأمین این اهداف، اثر حاضر به سه مبحث اصلی تقسیم شده است. در مبحث نخست، شناخت بهتر پول، با نگاهی جامع بدان مورد نظر بوده و در مبحث دوم کارکردهای اقتصادی پول مورد بررسی قرار گرفته و نهایتاً در مبحث سوم و آخر، ویژگی‌های حقوقی این نهاد تشریح شده است.

۱. شناخت ماهیت پول

در بحث از شناخت ماهیت پول از لحاظ حقوقی، باید جایگاه پول در عالم ویژه مباحث حقوقی، یعنی جهان اعتبار، سنجیده شود. به زبان دیگر، باید دانست پول در کجای جهان حقوق قرار گرفته و کدامین نظرگاه سبب مشروعیت‌بخشی حقوقی بدان می‌شود. از دیدگاه حقوقی، پول ماهیتی همچون طلب دارد و به تبع، در جایگاهی چون ذمه قرار می‌گیرد. به عبارت فنی، در اینجا با نگاهی جدید به مفهوم اعتباری طلب و بهره‌گیری از ظرفیت نهاد حقوقی ذمه (نظریه طلب / اعتباربودن پول) سعی در بازاندیشی در مفهوم حقوقی پول خواهیم داشت. این طلب اعتباری، در تفاوت با طلب‌های ساده دیگر، نیاز به سه عنصر دیگر نیز دارد. طلبی که در یک چرخه متناهی الزاماً به «بدهکاری مقتدر»، «پذیرش عمومی» و «عدم قابلیت وصول عملی» نیازمند است.

۱.۱. طلب

برخی در رد نظریه طلب بودن نهاد پول، گفته‌اند پول (خصوصاً در اقسام نخستینش که در قالب سکه‌های فلزی طلا و نقره ضرب می‌گردید) خود ذاتاً باارزش بوده و مانند کالا در برابر کالایی دیگر، معاوضه می‌شود. این دیدگاه که به نظریه فلزی^۱ معروف است، بر این باور است که پول ارزش مبادلاتی خود را از ارزش جنس پول می‌گیرد.^۲ ضعف این نظریه، با

^۱ Metalism Theory

^۲ Rahmatian, A. *Credit and Creed: A Critical Legal Theory of Money*, New York: Routledge, First Edition, 2020, PP 38-39.

ایجاد پول‌های کاغذی ذاتاً بی‌ارزش^۱ آشکار شده است، لکن چنین دیدگاهی حتی در دوران رواج همان سکه‌های طلا و نقره نیز صحیح نبود؛ حالتی را تصور کنید که صد گرم طلا، برای ایجاد یک دینار به کار می‌رفت. در این حالت، این سکه پس از ضرب، ارزشی بیش از ارزش ذاتی خود پیدا کرد و دارنده با همان سکه مضروب می‌توانست دویست گرم طلای خام تحصیل کند. به‌طوری‌که در دیگر معاملات نیز به‌عنوان پول و بر مبنای همان ارزش اسمی (که بیش از ذاتی‌اش بود)، مبادله می‌شد. به همین جهت بود که بعد از ضرب، با شمارش و نه با وزن کردن مبادله می‌شد. حال، این ارزش افزوده همان اعتباری است که ماهیت طلب به خود می‌گیرد. طلبی مستقر بر ذمه شخص منتشرکننده آن. باوجود این، نباید تصور شود که پول فقط در همان میزان افزوده، ماهیت طلب‌گونه به خود می‌گیرد. بلکه، اساساً تمام ماهیتش چیزی جز طلب مستقر بر ذمه شخص منتشرکننده آن نیست. طلبی که دارای معرفی ارزشمند است. لکن، این معرف بارزش، حتی اگر وصول این طلب را در زمانی فرضی توثیق کند، هرگز تغییردهنده ماهیت آن طلب نخواهد شد.

در ادامه فرایند تکامل پول، معرف این طلب، از سکه‌های مضروب به اسکناس‌های کاغذی تغییر پیدا کرد، اما همچنان تفاوتی در بدهکار آن (دولت)، ایجاد نشد، صرفاً، ارزش این سند مثبت طلب، از پوشش دادن درصدی بیشتر از ارزش اسمی آن، مشابه آنچه در سکه‌های طلا و نقره دیده شد، به ارزشی بسیار ناچیزتر در اسکناس‌های کاغذی، تنزل یافت. در ادامه این تحولات، اشخاص پس از سپرده‌گذاری در بانک، بخشی از پول خود را به‌دلیل گوناگون، به بانک تملیک می‌کردند و بانک نیز به همان میزان برای آنان اعتبار منظور می‌داشت. بدین ترتیب، باوجود تملیک آن مبلغ به بانک، سپرده‌گذاران عملاً از آن مبلغ، به‌صورت اعتباری در معاملات استفاده می‌کردند و بانک نیز پس از کسر ذخیره قانونی، به اعطای وام به مشتریان خود می‌پرداخت. در نتیجه، باوجود آنکه پولی واحد از سوی سپرده‌گذار به بانک تملیک می‌شود، دو پول متفاوت خلق می‌شد و بانک به‌عنوان بدهکار این هر دو طلب شناخته می‌شد. در نتیجه، علاوه بر اینکه سپرده‌گذار با استفاده از آن اعتبار منظور شده در بانک، اقدام به پرداخت دیون خود می‌کند، بانک نیز با همان مبلغ به دیگر مشتریان خود وام اعطا می‌کند. نهایتاً، بانک بی‌آنکه عملاً اسکناسی جدید چاپ و منتشر کند، خود رأساً اقدام به خلق پول کرده است؛ چنین طلبی را که پول بانکی نامیده‌اند، اکنون حجم وسیع مبادلات اقتصادی در تجارت مدرن را به خود اختصاص داده است. با این تفاوت که بدهکار این پول (طلب)، به جای دولت، یکی از انواع بانک‌های تجاری است و این بانک‌ها به جای دولت‌ها به‌عنوان بدهکاران پول، شناخته شده و ذمه آنان توجیه‌گر تأسیس این نهاد است. در نتیجه، بانک بدون اینکه قانوناً اجازه انتشار اسکناس را داشته باشند، اقدام به خلق پول می‌کنند و این امر نشانگر عدم نیاز خلق پول، به اجازه صریح قانون‌گذار یا نهادهای عمومی وابسته به قدرت است. در واقع، گرچه حکومت‌ها اغلب انتشار پول را حق انحصاری خود دانسته‌اند (ماده ۳ قانون پولی و بانکی کشور)، در عمل با کسر ذخیره قانونی، بانک‌ها نیز پول تولید می‌کنند (بند ۳ ماده ۱۴ همان قانون).

۱.۲. بدهکار مقتدر

باوجود آنکه اساساً ذمه را به‌مثابه ظرفی اعتباری حدی نیست و این قابلیت را برای هر شخصی ایجاد می‌کند تا هر مظروفی را در آن جای دهد، لکن قبول هر دینی، از سوی هر شخصی لزوماً مورد پذیرش عموم افراد قرار نمی‌گیرد؛ چراکه اشخاص متعارف برای پذیرش تعهد از جانب دیگران، به اموال مادی و موجود وی، به‌عنوان وثیقه عمومی دیون وی

۱. اگرچه کاغذهای به‌کاررفته در پول‌های کاغذی نیز واجد ارزش‌اند، لکن به‌دلیل ناچیز بودنشان در مقابل ارزش اسمی اسکناس، عرفاً در حکم هیچ بوده و مسامحتاً آنان را بی‌ارزش می‌خوانیم.

می‌نگرند. به همین دلیل، پذیرش تعهد شخص ازسوی عموم جامعه، نیاز به وجود تضمینی ازسوی مدیون دارد. وانگهی، این تضمین در طلبی به نام پول، ماهیتی ویژه به خود می‌گیرد و قدرت اقتصادی این بدهکار به‌عنوان مفهومی انتزاعی، پس از پذیرش عمومی به جهان تکوین ورود پیدا می‌کند و همچون وثیقه‌ای مادی و چه‌بسا متقن‌تر از آن، ضامن وصول این بدهی می‌شود. در نتیجه، در یک تحلیل دقیق‌تر باید گفت: «بانک پول را از هیچ به وجود نمی‌آورد؛ [بلکه،] دیگر اشکال دارایی را به پول تبدیل می‌کند. حتی کیمیاگران قرون وسطی نیز امیدی به ایجاد طلا از هیچ نداشتند [و] غایت امید آنها تبدیل سرب به طلا بود. قدرت بانک به حدی نیست که بتواند ماده بی‌ارزشی را به یک شیء باارزش بدل کند. بلکه، صرفاً می‌تواند یک دارایی بی‌حرک را به یک مال سیال و روان به نام پول تبدیل کند.»^۱ مراد از دیگر اشکال دارایی را باید همان قدرت و توان اقتصادی بدهکار دانست. مطابق با این دیدگاه، ذمه بدهکاری قدرتمند همچون دولت یا یک بانک تجاری، به توان ایجاد سرمایه در آینده پیوند می‌خورد و پذیرش عموم مردمان یک جامعه نسبت به آن، سبب تجسم مفهوم اعتباری ذمه، در واقعیتی به نام پول می‌شود.

۱.۳. پذیرش عمومی

تضمین فوق‌الاشاره، ضمانت به‌معنای خاص حقوقی نیست؛ بلکه توثیقی است که حسب قوه اقتصادی این بدهکار و پس از پذیرش آن از سوی عموم، ایجاد شده است. در پرتوی این تحلیل، ضعف نظریه چارتالیسم^۲ نیز عیان می‌شود. بر بنیاد چارتالیسم، فرمان پادشاه یا قانون آمره یک دولت به کاغذی بی‌اعتبار ارزش می‌بخشد و آن را تبدیل به پول می‌کند. حال آنکه پول هیچ‌گاه به امر و حکم قانون‌گذار ایجاد نمی‌شود. به‌بیان دیگر، هیچ‌گاه قانون‌گذار توان مالیت‌بخشیدن به یک شیء فاقد ارزش را نخواهد داشت؛ زیرا «جعل [...] تنها در موردی متصور است که آن مورد، اتصاف یک شیء به یک امر عرضی ممکن‌الانفکاک باشد. در امور غیرقابل انفکاک [...] جعل متصور نیست.»^۳ و نتیجتاً، نمی‌توان ذاتی را برای یک ذات جعل کرد و در پول نیز که مالیت یافتن، تمام هستی و به‌عبارت فنی، حیثیت تقییدیه آن است، هیچ‌گاه حکم قانون‌گذار به‌تنهایی تعیین‌کننده نخواهد بود؛^۴ باری، چگونه می‌توان تمام ذات و هستی یک شیء را به‌موجب فرمانی قانونی، یک شبه به چیزی بخشید و روزی دیگر از آن باز ستاند. اغلب نظریاتی که امروزه در میان فقها در خصوص اعتباری بودن پول بیان می‌شود، در نهایت به قرائت یا بیانی دیگر از نظرگاه چارتالیسم بازمی‌گردد.^۵ گرچه در این مقاله نیز اعتقاد بر اعتباری بودن پول است، لکن هرگز موجودیت این نهاد دیرینه اجتماعی به فرمان قانون‌گذار محدود نمی‌شود. بلکه در مقابل، به‌نظر می‌رسد که وصف اعتباری پول، از خصیصه طلب بودن آن و همچنین، پذیرش عمومی توثیق این

^۱. Crowther, G. *An Outline of Money*, London: Thomas Nelson and Sons, 1946, P 47.

^۲. Chartalism Theory

^۳. مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار شهید مطهری*، تهران: صدرا، ۱۳۸۱، ص ۳۴۰.

^۴. هاشمی‌شاهرودی، سید محمود، «احکام فقهی کاهش ارزش پول»، *مجله فقه اهل بیت*، شماره ۲، ۱۳۷۴، ص ۶.

^۵. به‌طور مثال، آیت‌الله خوئی در تأیید مالیت اعتباری پول معتقد است، هریک از دولت‌ها نسبت به پول‌های کاغذی خود ارزشی اعتبار کرده که در تمام مملکت مورد قبول است: الخوئی، سید ابوالقاسم، *توضیح المسائل*، تهران: ایران، ۱۳۷۰، ص. ۴۹۷؛ همچنین آیت‌الله بجنوردی نیز با دیدگاهی مشابه بیان می‌دارند پول آن چیزی است که به وسیله مرجعی معتبر همچون قانون‌گذار مالیت و ارزش یافته است. بجنوردی، سید محمد حسن، *القواعد الفقهیه*، قم: الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۳۰؛ آیت‌الله خمینی نیز در این خصوص دیدگاهی مشابه دارند. خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹، ص ۳۰؛ در مقابل، برخی وصف اعتباری بودن پول را به نحو بهتری تبیین نموده و ارزش آن را به‌گونه‌ای به جعل عموم و نه انشای قانون‌گذار مستند کرده‌اند. رک: یوسفی، احمدعلی، *ماهیت پول*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۷۷، ص ۴۸.

طلب توسط توان اقتصادی بدهکار، ناشی می‌شود.

در این دیدگاه گرچه نقشی حقوق در ماهیت پول مورد انکار نیست، اعتقاد بر آن است که پول به‌عنوان نهادی اجتماعی مورد شناسایی و سپس تنقیح قانون‌گذار قرار گرفته است، نه اینکه پول به‌تمامه معلول حکمی قانونی بوده و قانون‌گذار آن را با فرمانی لحظه‌ای خلق نموده باشد. البته، قانون‌گذار می‌تواند آثاری را بر این نهاد یا حتی سایر اموال که داخل در معنی اصطلاحی پول نبوده، بخشیده و به آن اثر ابراکنده عطا کند، این امر هرگز به معنی مالیت‌بخشی نخواهد بود. وانگهی، پول سابق بر، این خود به‌عنوان یک طلب داخل در عنوان مال است؛ چه طلب خود به‌عنوان یک حق مالی شناخته می‌شود، لکن این پذیرش مردم است که آن را به‌عنوان مال مادی و سیال، معیاری برای سنجش ارزش و پذیرش در معاملات بعدی قرار داده و حقوق نیز با پیرایش این نوع از طلب خصایص ویژه بدان می‌بخشد. نتیجه آنکه مراد از اعتبار بودن پول، چیزی جز «طلب تضمین‌شده» نیست. طلبی که در جایگاه حقوقی ذمه مستقر شده و با قدرت اقتصادی بالای یک بدهکار مقتدر به مفهوم اقتصادی تضمین شده است. چنین حقی پس از پذیرش عمومی ارزشمند می‌شود، بی‌آنکه بتوان به‌نحو دستوری و با حکمی قانونی بدان ارزش بخشید.

۱.۴. عدم قابلیت وصول

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های هر طلبی، قابلیت وصول آن است. به عبارت دیگر، غایت هر حقی آن است که به نفع صاحبش اجرا شود؛ در غیر این صورت، وجود حق، بدون قابلیت اعمال یا بدون ضمانت‌اجرایی مناسب برای اعمال آن، بی‌فایده است. با این حال، در خصوص پول، وضع به‌گونه‌ای دیگر است؛ چه در مورد پول با طلبی بدون قابلیت وصول / بدون ضمانت اجرا مواجهیم. از طرف دیگر، متعارف اشخاص اساساً با پول به‌عنوان یک عین و نه حق برخورد می‌کنند. منشأ این اعتقاد ممکن است به دلیل توجه به توان بالای اقتصادی صاحب آن ذمه، محدود بودن میزان پول منتشر شده، اطمینان خاطر نسبت به قبول آن از دریافت‌کننده در معاملات آتی و قابلیت اعمال و وصول هرگونه طلبی باشد. این درحالی است که این قابلیت اعمال در خصوص پول بدون هیچ‌گونه ضمانت‌اجرایی است؛ به همین دلیل از پول، به طلبی غیرقابل وصول یاد می‌شود.^۱ در مقابل، این قابلیت اعمال در خصوص پول‌های بانکی گرچه صرفاً نظری نبوده و عملاً نیز قابل وصول است؛ به‌طوری‌که شخص با مراجعه به بانک می‌تواند معادل میزان طلب خود اسکناس دریافت کند، لکن در واقع، هیچ‌گاه، خصوصاً در مبالغ بالا که حجم بیشتری از مبادلات را به خود اختصاص می‌دهد، چنین چیزی رخ نخواهد داد. باری، وابسته ساختن پول به مال ذاتاً با ارزش، سبب محدود شدن میزان آن می‌شود و مانعی در برابر رشد اقتصادی خواهد شد. به همین روی، نیاز بود تا نهایتاً زمانی وابستگی خلق پول به اموال مادی به‌عنوان ضمانت‌اجرای وصول این طلب از میان برداشته شود. ایده قطع این سیکل به عصر جدید نیز محدود نمی‌شود، به‌طوری‌که حتی در قرون وسطی نیز راهبان یا یکی از مقامات مذهبی به‌نحوی با امضا یا انتشار سکه‌های دولتی بدان اعتبار بخشیده و با معرفی خداوند به‌عنوان آخرین بدهکار این طلب، بر عدم امکان عملی وصول آن تأکید می‌کند.^۲ النهایه، امروزه اسکناس، قابلیت وصول پول را تضمین می‌کند. بند «الف» ماده ۴ قانون پولی بانکی در این راستا بیان می‌دارد تعهد بانک مرکزی در قبال اسکناس‌های منتشره،

^۱ Rahmatian, Op. Cit., P 63.

^۲ Naismith, R. Turpe lucrum? *Wealth, Money and Coinage in the Millenial Church*, In: Giles E. M. Gasper and Svein H. Gullbekk (eds.), *Money and the Church in the Medieval Europe, 1000-1200*, Farnham and Surrey, Ashgate, PP 31-33.

با پرداخت پول رایج (یعنی همان اسکناس‌ها!) ساقط می‌شود.^۱

۲. کارکردهای اقتصادی پول

در این مبحث، کارکردهای اقتصادی پول با دیدگاهی انتقادی و نو تبیین شده است. به‌طوری‌که در کارکرد «وسیله حفظ ارزش بودن» به‌نوعی تردید شده، کارکرد «وسیله سنجش ارزش» در چهارچوب زمان و بستر معاملات آتی، فهم گردیده و در نهایت کارکرد آخر، یعنی «وسیله مبادله بودن» نیز، با دقت بیشتر و نتیجتاً تفسیری متفاوت، به‌عنوان مهم‌ترین کارکرد پول، به شیوه‌ای جدید معرفی شده است.

۲.۱. وسیله حفظ ارزش

قدیمی‌ترین کارکرد پول، کارکرد «حفظ و ذخیره ارزش» است.^۲ به تعبیر دیگر، فرد با نگهداری پول، از زیان‌های ذخیره ارزش کالای مصرفی همچون تلف شدن، جلوگیری می‌کند. باین‌همه، باید دانست که پول‌های فیزیکی نیز هر لحظه در معرض نابودی و ضایع شدن هستند. به همین خاطر، شاید پول بانکی، به‌نحو بهتری این خصیصه پول را تأمین کند. این ویژگی در پول‌های مجازی و رمز ارزها، به‌جهت فناپذیری مادی آنها، به بالاترین حد خود می‌رسد، هرچند بازهم تلف آن قابل تحقق است. با لحاظ مثال‌های فوق، این کارکرد پول، در همه انواع آن به‌نحو یکسان موجود نیست.

در مقابل، ممکن است این کارکرد را به معنی ضایع‌ناپذیری ارزش پول بدانیم. برای ارائه درک صحیح از ارزش پول، باید میان ارزش ذاتی و ارزش مبادلاتی تفکیک قائل شد. به بیان دیگر، اغلب اموال علاوه بر ارزش ذاتی خود، واجد ارزشی مبادلاتی نیز می‌باشند که ممکن است با ارزش ذاتی آن مال برابر، بیشتر یا کمتر از آن باشد.^۳ باوجود این، باید دانست مراد از ارزش در اینجا و آنچه پول باید وظیفه حفظ یا سنجش آن را به‌عهده داشته باشد، همان ارزش مبادلاتی است؛ زیرا قیمت یک کالا که همان مابه‌ازای پولی آن است، چیزی جز ارزش مبادلاتی نیست.

همین تلقی از مفهوم ارزش است که آن را باید یکی از کارکردهای اقتصادی مختص پول دانست. کارکردی که در سایر کالاهای باارزش و بادوام، همچون طلا، الماس، ملک و... نمی‌توان یافت؛ چه این اموال خود واجد ارزش ذاتی‌اند. این درحالی است که پول صرفاً ارزش مبادلاتی دارد؛ ارزش پول نسبت به مال دیگری سنجیده نمی‌شود، بلکه ارزش آن، در قالب مبادله و در نتیجه یک فرایند اجتماعی تعیین می‌شود. ازسوی دیگر، ممکن است گفته شود داشتن طلبی در ذمه ثالثی توانگر نیز همانند پول وسیله‌ای برای حفظ ارزش خواهد بود. در انتقاد از این نظر باید گفت پول فی‌نفسه و بی‌آنکه به چیز دیگری تبدیل یا با مال دیگری سنجیده شود، می‌تواند حفظ ارزش نماید، درحالی‌که چنین طلبی، اساساً خود واجد چنین ارزشی (ارزش مبادله‌ای) نیست که حال بخواهند آن را حفظ کنند. به همین روی، این کارکرد اگر برای مالی متصور باشد، باید آن را منحصرأ در پول جست‌وجو کرد؛ چراکه دیگر اموال نمی‌توانند بالاصاله و با حفظ ماهیت خود و بدون تبدیل، حفظ ارزش مبادلاتی نمایند.

^۱. در این میان، گفتنی است گرچه مقایسه پول به عنوان یک طلب، با سایر طلب‌های عادی، ممکن است پذیرش عنصر عدم قابلیت وصول را دشوار و آن را حتی متضمن نوعی تناقض بدارد؛ باین‌حال، باید دانست در این نظرگاه طلب صرفاً یکی از عناصر تشکیل‌دهنده این نهاد، در کنار عناصر دیگر و همچنین با اوصاف منحصربه‌فرد خود بوده که در تحلیل‌های دیگر راجع به آن باید مدنظر قرار گیرد. ازسوی دیگر، در حقوق پاره‌ای نهادهای دیگر همچون طلب‌های طبیعی را می‌توان یافت که فاقد هرگونه ضمانت اجرا یا حتی حمایت پیشینی قانون‌گذار در جهت اعمال و وصول خود می‌باشند.

^۲. Jevons, W. S. *Money and Mechanism of Exchange*, Appleton & co., 1896, P 16.

^۳. Smith, A. *Wealth of Nation*, Book 4, Chapter 5, (2000 reprinted), 1776, PP 551-552.

باین حال، این کارکرد پول گاه با کاهش ارزش آن و گاهی دیگر با از بین رفتن کامل مالیت آن خدشه دار می شود. به طوری که دلار زیمبابوه، پزوی آرژانتین، رایسمارک آلمان، به طور کلی از رواج افتادند و نتیجتاً وصف پول بودن خود را از دست دادند.^۱ در نهایت، چنانچه در ادامه نیز خواهیم دید، از آنجاکه اساساً بخشی از این ارزش در آینده و در بطن معامله محقق می شود، به طور کلی نمی توان مالی را یافت تا بتواند چنین کارکردی را همواره در اجتماع به ارمغان بیاورد. با این وصف، شاید سخن کینز کمی قابل فهم تر باشد که بیان می دارد: «چرا باید یک شخص در بیرون از بیمارستان روانی، [منظور انسان عاقل] پول را به عنوان وسیله حفظ ارزش نگاه دارد.»^۲

۲.۲. وسیله سنجش ارزش

یکی دیگر از کارکردهایی که برای پول بر شمرده اند، وسیله سنجش ارزش بودن آن است. در این کارکرد نیز باید ارزش را به همان مفهومی که در شماره قبلی بیان شد، فهم نمود. از سوی دیگر، باید این رویکرد را با در نظر گرفتن کارکرد بعدی، یعنی وسیله مبادله بودن پول، تحلیل کرد. پول را نمی توان فارغ از زمان، در یک رویکرد ایستا^۳ و به عنوان نتیجه ای از تعامل عرضه و تقاضا مورد شناسایی قرار داد، بلکه باید با در نظر گرفتن عامل زمان و در نتیجه فرایند شکل گیری یک معامله، ارزش آن ارزیابی شود. اینجاست که تفاوت میان کالای واقعی (ذاتاً با ارزش)^۴ و کالای فرضی (پول)^۵ مشخص می شود. در حالی که کالاهای دسته اول ارزش مبادلاتی خود را در بازار می گیرند، کالاهای فرضی همچون پول ارزش خود را از بازار و از رهگذر وقوع یک مبادله می گیرند و این انتقال و وسیله مبادله بودن است که خود بدان ارزش می بخشد. این کارکرد پول اگر بتواند به رسالت خود عمل کند، بی شک پیوند دهنده زمان گذشته به حال خواهد شد.^۶

به همین خاطر، ارزش ذاتی یک کالا به وسیله ارزش مبادله ای آن تحت الشعاع قرار می گیرد؛ ارزش یک خانه فقط به قابلیت زندگی کردن در آن و استفاده از آن محدود نخواهد شد، بلکه شامل ارزش حاصل از فروش آتی آن نیز می شود؛ انتفاعی که میزان آن ممکن است در طول زمان افزایش یا کاهش یابد. در نتیجه، ارزش ذاتی هم مادام که در بازار و قابلیت مبادله خود را نشان ندهد، از لحاظ اقتصادی کاملاً بی ارزش است. برخلاف دیدگاه ایستا، پول همچون عاملی خنثی و بی طرف در مبادلات نقشی انفعالی ندارد؛ چه انتقال و معاوضه خود جزئی از عناصر تشکیل دهنده ارزش و بها محسوب می شود. به عبارت بهتر، در مبادله انتقال ارزش صورت نمی گیرد، بلکه خود این مبادله است که ارزش یا دست کم بخشی از آن را می سازد. به طوری که هگل، فیلسوف آلمانی، در همین خصوص بیان می دارد: «معامله، ارزش را به وجود می آورد، نه اینکه ارزش موجود را شناسایی کند. ارزش یک شیء در خود معامله تحقق می یابد، نه اینکه در نتیجه معامله سابق ایجاد شده باشد. [در نتیجه] معامله به شیء ارزشی را می بخشد که به وسیله پول بروز می یابد.»^۷ به همین سبب، یک شیء مادام که مورد مبادله قرار نگرفته، فاقد هرگونه ارزش است و حال که این مبادله خود سازنده ارزش است، تعداد بیشتر مبادله در کمترین زمان نیز می تواند به افزایش این ارزش بینجامد. امری که در معاملات بورسی به وضوح خود را

¹ Gleeson, S. *The Legal Concept of Money*, Oxford: Oxford University Press, First Edition, 2018, P 24.

² Keynes, J. M. *General Theory of Employment, Interest and Money*, (CUP for the Royal Economic Society 2012), 1936, P 216.

³ Static

⁴ Real Commodity

⁵ Imaginary Commodity

⁶ Rahmatian, Op. Cit., P 166.

⁷ Hegel, G. *Grundlinien der Philosophie des Rechts (Werke 7)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, PP 140-142.

نشان می‌دهد.

درعین حال، ممکن است به این نظر ایراد شود که مطابق آن، کالاهای مصرفی و خوراکی که شخص آن را نه برای مبادله و بلکه برای رفع گرسنگی خریداری می‌کند، بی‌ارزش تلقی خواهند شد. اما باید دانست نظریه یادشده منکر ارزش ذاتی یا بالقوه اشیا پیش از معامله نیست؛ بلکه صرفاً بیانگر این امر است که پول هیچ‌گاه نمی‌تواند پیش از معامله، سنجش‌گر ارزش اشیا باشد؛ چه پول که خود ارزشش را از مبادله می‌گیرد، پیش از انجام آن، نمی‌تواند وسیله‌ای برای سنجش ارزش دیگر اموال محسوب شود. نتیجه آنکه با درنظر گرفتن عنصر زمان در تحلیل ماهیت کارکرد حفظ ارزش پول و با لحاظ اینکه پول فقط مفهومی اعتباری است که هیچ حقی عینی بر هیچ مال ذاتاً با ارزشی به کسی عطا نمی‌کند، فروشنده صرفاً انتظاری قابل اعتماد برای دست یافتن به کالایی ذاتاً با ارزش در آینده به‌دست می‌آورد؛ به همین روی، این کارکرد، پول را نهایتاً در معرض این انتقاد قرار می‌دهد که آن ناتوان از سنجش ارزش موجود بوده و ما را به ارزشی که در قالب یک انتظار غیرمشخص در آینده و در قالب معامله بعدی مشخص می‌شود، احاله می‌دهد.

۲.۳. وسیله مبادله

یکی دیگر از کارکردهای پول کارکرد مبادلاتی آن است. به عبارت فنی، پول ارزش اقتصادی خود را از این می‌گیرد که شخص با دریافت آن، این اطمینان خاطر را به‌دست می‌آورد که در معاملات بعدی مورد استفاده واقع می‌شود. با این وصف، دلیل سپردن پول در بانک نیز نهایتاً بدین سبب است که در زمان مناسب خرج شود؛ چراکه بیشتر پرداخت‌ها در اقتصاد امروزه از طریق بانک‌ها صورت می‌گیرد. برای فهم بهتر این کارکرد پول، باید از دریچه فردی سفیه به پول نگریست و آن را تنها وسیله‌ای دید، برای خرج‌شدن؛ خرج‌شدنی که خود تمام ماهیت پول بوده و بی‌آن اساساً پول معنی نخواهد داشت.

هنگامی بررسی این کارکرد، تمام مقصود و هدف اصلی از پول، خرج‌شدن فرض می‌شود؛ زیرا پول ذاتش را در بستر یک مبادله و به واسطه قدرت جادویی خود نشان می‌دهد. به همین خاطر، برخی از این خاصیت پول، به وصف کیمیاگرانه آن یاد کرده‌اند؛^۱ چه پول همچون اکسیر عمل می‌کند و باعث می‌شود، فروشنده در قالب یک عقد بیع، کالای ذاتاً با ارزش خود را از کف بدهد و در قبال آن پول (اکسیر) دریافت کند. اکسیری که خود گرچه ذاتاً هیچ ارزشی ندارد، می‌تواند به بایع امکان انجام مبادله بعدی را با هدف به دست آوردن ارزش ذاتی اعطا نماید؛ زیرا پول به دارنده‌اش این امکان را می‌دهد تا در بیعی دیگر، کالای ذاتاً با ارزشی را دریافت کند و در حقیقت، پس از تحقق این معامله دوم است که معاوضه حقیقی، به معنای انتقال دو مال ذاتاً با ارزش، رخ می‌دهد. به همین جهت، شاید چنین توصیفی نزدیک‌ترین تشبیه به حقیقت پول و بیانگر ماهیت ارزش آن باشد؛ زیرا ارزش تبعی و مقید پول و وابستگی آن به اموال ذاتاً با ارزش را در دیگر مبادلات نشان می‌دهد. نتیجتاً، اگر مفهوم زمان وجود نداشت و امکان انجام معاملات بعدی برای دارنده میسر نبود، وی هیچ‌گاه حاضر به از دست دادن کالای با ارزش خود در برابر هیچ میزان از پول نمی‌شد.

بدین ترتیب، به سبب این کارکرد پول، فروشنده کالایی را که احتمالاً مطلوبیتش را برای وی از دست داده است، تسلیم و در معامله بعدی کالایی را با مطلوبیت بیشتر برای خود تحصیل می‌کند. به همین سبب است که وجود پول در یک

۱. نخستین بار در سال ۲۰۱۶، مروین کینگ، رئیس پیشین بانک انگلستان، با نگارش کتابی تحت عنوان *پایان کیمیاگری (The End of Alchemy)*، این کارکرد پول را بدین نحو توصیف کرد.

معامله، به کل ماهیت آن را با آنچه در معاوضه رخ می‌دهد، متفاوت می‌سازد. در بیع نیز^۱ برخلاف آنچه در معاوضه می‌گذرد، هیچ‌گاه دو مال با ارزش ذاتی یا به عبارتی دو کالا با یکدیگر مبادله نمی‌شوند؛ بلکه صرفاً این بایع است که مال باارزش خود را از دست داده و در برابر آن انتظاری مشروع را برای دریافت ارزش واقعی که در نتیجه بیع بعدی حاصل خواهد شد، دریافت می‌کند. در غیر این صورت، هیچ انسان عاقلی حاضر به از دست دادن خانه خود در مقابل مقداری کاغذ بی‌ارزش نخواهد شد و تنها توجیه عقلانی آن، آگاهی وی از این کارکرد و استفاده از آن در مبادله بعدی به‌منظور کامل کردن آن در چرخه معاوضه است. به همین خاطر، با تحلیل دقیق‌تر روشن می‌شود که اساساً پول وسیلهٔ معامله نیز نیست و تنها وسیلهٔ تمهید معامله یا تأخیر آن است.^۲

۳. اوصاف حقوقی پول

پول به‌عنوان نهادِ پرکاربرد حقوقی، رفته‌رفته حسب انتظار متعارف افراد از آن، به محک اندیشه حقوق دانان صیقل خورده و اوصافی منحصر به فرد یافته که آن را از سایر انواع طلب و حتی وسایل پرداخت، متمایز کرده است. بدین ترتیب، «انتقال مالکیت با تسلیم»، «وصف تجربیدی»، «گردش‌پذیری»، «کلی بودن» و نهایتاً «ابراکندگی» از جمله خصایص حقوقی پول است که گرچه برخی از آنها در دیگر اموال نیز یافت می‌شود، لکن پول تنها مالی است که تمام آن اوصاف را با هم دارد.

۳.۱. انتقال مالکیت با تسلیم

یکی از ویژگی‌های پول آن است که انتقال آن پس از تسلیم و تسلّم واقع می‌شود؛ همان‌طور که می‌دانیم تسلیم نیز دارای معنای عرفی است (مادهٔ ۳۶۹ قانون مدنی). این تسلیم در پول‌های کاغذی پس از تحویل فیزیکی آن محقق می‌شود و در پول‌های بانکی پس از نشستن مبلغ به حساب طلبکار و تغییر اعداد حساب وی است. در این میان، اگرچه دیدگاه غالب در خصوص سایر اموال کلی، انتقال مالکیت را پس از تعیین فرد مورد نظر، مطابق با شرایط و اوصاف قراردادی و پیش از تسلیم آن توسط متعهد می‌داند،^۳ پذیرش چنین دیدگاهی در خصوص پول با تدقیق در ماهیت آنچه میان طرفین می‌گذرد از یک سو و توجه به تفاوت کارکردهای دوم و سوم اقتصادی پول و تمایز میان پول محاسباتی و پول پرداختی، به‌طور کامل همخوانی ندارد. در حقیقت، به‌هنگام انشای عقد بیع، صرفاً انتقال مبیع و تعیین مبلغی پول به‌عنوان ثمن، متعلق قصد طرفین قرار گرفته و این تنها نشانگر کارکرد دوم اقتصادی پول، یعنی سنجیدن ارزش از دست دادن مالکیت مبیع است. باین‌حال، کارکرد سوم اقتصادی و وصف حقوقی پرداختی پول، تنها پس از تسلیم به طلبکار آن محقق می‌شود. به بیانی دیگر، باید با علم به اینکه پس از انعقاد عقد بیع، مالکیت خود را نسبت به مبیع، بدون دریافت هیچ کالای ذاتاً باارزشی که بتواند از آن استفاده‌ای برده و نیازی از نیازهایش را برطرف کند، از دست خواهد داد؛ درصدد است تا دست‌کم به‌نوعی این از دست دادن مالکیت را با بهترین ابزار ممکن، یعنی پول بهاگذاری کند تا در آینده و احتمالاً با انعقاد عقد بیعی دیگر، کالای مورد نظر خود را به‌دست آورد. بدین ترتیب، به‌هنگام انعقاد بیع، طرفین آن قصد انتقال مبیع (اعم از

۱. با توجه به آثار مهمی که بر پول و به تبع، تعهدات پولی بار می‌گردد، شاید بهتر باشد این رویکرد در حقوق ما نیز مورد پذیرش قرار گیرد و بیع را منحصر به عقود بدانیم که در آن یک کالای ذاتاً باارزش در مقابل پول معامله می‌گردد؛ به همین خاطر، از این پس در این مقاله، هر جا از لفظ بیع استفاده شد، مراد همین معنای خاص از آن است.

۲. Rahmatian, Op. Cit, PP 153-190.

۳. برای نظر مخالف که تسلیم مبیع را زمان تحقق انتقال مالکیت می‌داند ر.ک: امامی، حسن، **حقوق مدنی**، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۹.

معین یا کلی)، به مشتری در برابر مقداری پول را می‌کنند؛ بی‌آنکه در آن لحظه و پیش از تسلیم پول به طلبکار، وی همانند مشتری، مالک پولی شده باشد. عبارت «مالکیت مافی‌الذمه» که در عبارات فقها دیده می‌شود، چیزی جز ایجاد حقی به سود آن طلبکار نیست. حقی که با ابزاری به نام پول سنجیده شود و چنانچه در آینده با همان وسیله یا وسیله‌ای دیگر (از جمله پول یا ارز دیگر) به سود طلبکار اجرا هم شود، برای وی مالکیتی نسبت به آن متصور خواهد بود. در تأیید نتیجه یادشده، با توجه به اینکه پول یک وسیله پرداخت محسوب می‌شود، و صدور و انتقال وسایل پرداخت از جمله اعمال تشریفاتی است،^۱ لذا انتقال پول را نیز باید نوعی عمل حقوقی عینی دانست. نتیجه آنکه، پیش از تسلیم به ذی‌نفع، هیچ حقی نسبت به پولی معین برای وی ایجاد نخواهد شد. این نتیجه از رأی مهم در این خصوص نیز قابل استنباط است.^۲ نهایت آنکه پول پیش از تسلیم منتقل نخواهد شد و متصرف آن در پناه اصل گردش‌پذیری مصون از هرگونه تعرض است.

۳.۲. وصف تجریدی

تسلیم پول به‌منظور ایفای دین، سبب شکل‌گیری رابطه‌ای جدید غیر از رابطه بستانکار و بدهکار معامله اصلی می‌شود. در این خصوص، باید نسبت این رابطه جدید با رابطه سابق را واکاوی کرد. در این میان، بی‌تردید وصف تجریدی بر این تعهد جدید حاکم خواهد شد. در اینجا تأکید بر وصف تجریدی، متفاوت با مفهوم اصل گردش‌پذیری، که در ادامه بدان خواهیم پرداخت، است. به عبارت دیگر، اصل تجریدی اصلی است که همزمان با تسلیم پول به همان طلبکار قرارداد پایه، فارغ از به گردش درآمدن آن ایجاد خواهد شد. مشابه این امر در صدور برات نیز دیده می‌شود؛ سندی که به دلیل داشتن سه طرف، در اغلب موارد دارنده برات را به محض دریافت و بدون انتقال به ثالث در برابر محال‌علیه در پناه وصف تجریدی قرار می‌دهد و در برابر هر ایرادی نسبت به تعهد پایه، که ممکن است محال‌علیه نسبت به برات‌دهنده داشته باشد، مصون خواهد کرد. در پول نیز به دلیل وجود سه طرف (بستانکار و بدهکار قراردادی از یک طرف، و دولت یا بانک تجاری به عنوان بدهکار جدید، از طرفی دیگر)، به محض تسلیم اسکناس به ذی‌نفع یا انتقال پول بانکی به وی، طلب مدیون تعهد پایه، به طلبی جدید از دولت بدل می‌شود؛ طلبی که اساساً بی‌ارتباط با تعهد منشأ ایجاد شده است. نتیجه آنکه آنچه رخ می‌دهد، به هیچ‌وجه از قواعد عام ناظر به انتقال طلب پیروی نمی‌کند، بلکه بدهکار اصلی این پول، یعنی دولت یا بانک‌های تجاری، پس از سقوط تعهد خود در برابر مالک پیشین، تعهدی جدید را مجرداً و مستقلاً در برابر صاحب جدید آن برای خود ایجاد می‌کنند.^۳

باین‌حال، باید دانست وصف تجریدی بودن در پول از شدت بیشتری نسبت به سایر اسناد تجاری برخوردار است. به‌طوری‌که «صادرکننده چک یا ذی‌نفع یا قائم مقام قانونی آنها با تصریح به اینکه چک مفقود یا سرقت یا جعل شده یا از طریق کلاهبرداری یا خیانت در امانت یا جرائم دیگری تحصیل گردیده، می‌تواند کتباً دستور عدم پرداخت وجه چک را به بانک بدهد. بانک پس از احراز هویت دستوردهنده، از پرداخت وجه آن خودداری خواهد کرد و در صورت ارائه چک، بانک گواهی عدم پرداخت را با ذکر علت اعلام شده صادر و تسلیم می‌نماید.» (ماده ۱۴ قانون صدور چک). این درحالی است که جز در فرض جعل و آن هم به سبب آنکه اساساً پولی وجود نداشته است، امکان خدشه به اصل تجریدی بودن در خصوص پول وجود ندارد. اهمیت این وصف گرچه در خصوص اسکناس ممکن است به دلیل نظری بودن و عدم قابلیت

۱. کاویانی، کوروش، *حقوق اسناد تجاری*، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۵۲.

۲. Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd, 1932 A.C. 452 (1932).

۳. Gleeson, Op. Cit., P 126.

وصول عملی آن، کم‌اهمیت جلوه کند، لکن تأثیر آن درخصوص پول بانکی بر کسی پوشیده نیست. بدین ترتیب، علاوه بر اینکه هیچ‌گاه انتقال‌دهنده نمی‌تواند پس از انتقال با صرف یک دستور، عدم پرداخت مبلغ به طلبکار را خواستار شود و از دیگر سو، بانک نیز تکلیفی به تحقیق و بررسی در این خصوص نخواهد داشت، باین‌حال، مطابق قواعد عام برای شخص متضرر امکان طرح دعوا جهت استرداد آن وجه یا حتی اخذ دستور موقت در عدم پرداخت وجه به طلبکار ظاهری آن وجود خواهد داشت. با این تفاوت که شخص مادام که وجه در اختیار خود آن مجرم است، می‌تواند از باب استرداد آن را مطالبه کند و هرگاه این وجوه به ثالث با حسن نیتی منتقل شود، وی در پناه اصل گردش‌پذیری قرار می‌گیرد و متضرر صرفاً می‌تواند علیه همان شخص مجرم و این بار از باب جبران خسارت و نه استرداد وجه به وی مراجعه می‌کند و طبیعی است که دیگر امکان اخذ دستور موقت و... نیز سالبه به انتفای موضوع می‌گردد.

۳.۳. گردش‌پذیری

این اصل (که درجه‌ای شدیدتر از اصل عدم قابلیت استناد ایرادات در اسناد تجاری است)^۱ مانع از استناد به اصل «امتناع انتقال مالکیت شیء توسط غیرمالک»^۲ خواهد شد.^۳ بر مبنای گردش‌پذیری پول، هرگاه سارقی پس از سرقت اسکناس متعلق به دارنده، آن را به دیگری منتقل کند، منتقل‌إلیه با حسن نیت، فارغ از منشأ تصاحب پول، صاحب آن می‌شود و به هیچ‌وجه چنین پولی یا معادل آن از وی قابل باز یافت نیست.^۴ به عبارت دیگر، چنانچه کسی از دیگری صد هزار تومان سرقت کند، مادام که آن اسکناس‌ها در ید او باشد، می‌توان دعوای استرداد آن را مطرح کرد، اما پس از آنکه آن را به ثالث با حسن نیت منتقل کرد، حتی اگر همچنان دقیقاً همان اسکناس‌ها قابل شناسایی باشد، به هیچ‌عنوان قابل استرداد نیست.^۵ چنین حکمی بر این فرض مبتنی است که دریافت‌کننده اسکناس مستحق است تا متصرف پول را دارنده واقعی آن به‌شمار آورد. به‌طوری‌که اثبات خلاف این فرض، به هیچ‌عنوان ممکن نیست و حقوق مکتسبه انتقال‌گیرنده را از میان نخواهد برد. همچنین، باید دانست اهمیت این وصف تا به آنجا پیش می‌رود که هرگاه پول در قالب یک معامله تجاری در ید شخصی قرار گیرد، ولو آنکه دریافت‌کننده آن به نمایندگی صاحب حساب آن را دریافت کرده باشد، همچنان در پناه این اصل مصون از تعرض خواهد ماند.^۶ از دیگر سو، توجه به این نکته ضروری است که پول در ید هر شخص، حسب قاعده غلبه، مادام که خلاف آن به اثبات نرسد، در نتیجه یک معامله تجاری صحیح فرض می‌شود. این امر نشان‌دهنده تأثیر تکمیلی کارکردهای اقتصادی پول، بالاخص وسیله مبادله بودن آن بر اوصاف حقوقی است. نتیجه آنکه در نظر

۱. در این خصوص گفتنی است میزان شدت اصل عدم قابلیت استناد ایرادات و مانعیت آن در برابر تحصیل مجرمانه یک سند تجاری اتفاق نظر وجود ندارد. در مقابل برخی که تحصیل مجرمانه را مطلقاً مانعی در برابر اصل عدم قابلیت استناد می‌دانند، پاره‌ای دیگر آن را به هیچ‌عنوان مانعی در این خصوص نمی‌دانند. در این میان، گروهی دیگر میان اسناد تجاری در وجه حامل و اسناد در وجه شخص معین قائل به تفاوت بوده و در مورد نخست، صرف استناد به تحصیل مجرمانه را کافی دانسته و در فرض اخیر آن را ناکافی می‌دانند. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: جنیدی، لیا و صادق شریعتی‌نسب، **وصف تجریدی در حقوق ایران با تأکید بر رویه قضایی**، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۲، شماره ۴۲، صص. ۱۶-۱؛ باین‌حال، آنچه مسلم است چنین اختلاف نظری درخصوص پول وجود ندارد و استثنای مندرج در تبصره ۳ از ماده ۱۴ قانون صدور چک، درخصوص چک‌های مسافرتی و تضمینی که درجه پایین‌تری از پول بوده و نیز ماده ۳۳۴ از قانون تجارت، که اسکناس را از مقررات راجع به مفقودی اسناد در وجه حامل مستثنا کرده است، مؤید همین برداشت است.

۲. “Nemo dat quod habet”

۳. Gleeson, Op. Cit., P 127.

۴. Wookey v. Pole, 4 B. & Ald. 1, 4 Barn. & Ald. 1 (1820).

۵. Clarke v. Shee, 1 Cowp 197 (1774).

۶. Miller v. Race. 1 Burr 425, (1758).

۷. Orwell v. Mortoft, CP 40/972, m 123 (1505).

گرفتن این وصف به دلیل اعتنا به مقتضای ذات و وظایف پول است، نه به خاطر عدم امکان شناسایی و رهگیری اسکناس‌های کاغذی؛ چه آنکه تمام اسکناس‌ها نیز روی خود شماره مخصوصی دارند که آنها را به سختی، اما نهایتاً قابل ردیابی می‌کند.

۳.۴. کلی بودن

امروزه کمتر کسی در مال محسوب کردن پول تردید به خود راه دهد؛ چراکه هرچند آن را وسیله‌ای برای پرداخت بدانیم، به دلیل آنکه معرف نوعی طلب قطعی الوصول برای دارنده آن است، باید آن را مالی غیرمادی^۱ در نظر گرفت. باین همه، این طلب خود در قالب یک سند به صورت اسکناس یا اعداد و ارقام مندرج در حساب بانکی ذی نفع تجلی یافته است. گرچه در خصوص پول نیز می‌توان همچون هر مال دیگری میان اصل آن و دلیل اثباتی‌اش قائل به تمایز شد، منحصر بودن این دلیل اثباتی سبب شده است تا در نگاه عرف آنچنان اصل حق و دلیل اثباتی آن درهم آمیزند که این سند خود موضوعیت یابد. به همین خاطر، باید توجه کرد که به هنگام انتخاب عینی یا کلی بودن باید جانب کدام یک از این دو را گرفت. به عبارت دیگر، باید پول را بدهی و یک حق کلی تصور کرد یا مرکز ثقل توجه را به برگه اسکناس متوجه کرد و با در نظر گرفتن عینیت آن، پول را نیز حقی عینی به شمار آورد. به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش به نحوه برخورد ما نسبت به پول بستگی داشته باشد و هرگاه پول را با کارکرد غالبش، یعنی به عنوان یک وسیله مبادله، نگریم، بی شک وصف اعتباری پول غالب خواهد آمد و از آن به عنوان یک حق مالی کلی یاد خواهد شد. لکن هرگاه در مقابل، خود پول موضوعیت پیدا کند و مورد معامله قرار گیرد، دیگر نمی‌توان از آن به عنوان مالی کلی یاد کرد. در نتیجه، به نظر می‌رسد بحث از مثلی یا قیمی بودن پول از اساس صحیح نباشد^۲ و به همین سبب است که میان حقوق دانان و فقها در این خصوص اختلاف نظر شدید وجود دارد؛ چراکه اساساً «پول نه مثلی است و نه قیمی، هرچند مال است؛ زیرا ضابطه مثلی و قیمی که فقها بیان می‌نمایند، مربوط به اموال و کالاهایی است که ارزش ذاتی دارند. فقهای ما مال را به دو قسم مثلی و قیمی تقسیم نموده‌اند، ولی اسکناس کالا نیست.»^۳

۳.۵. وسیله ابرار^۴

تسلیم قانونی بدین معناست که متعهدله در صورت ارائه یک مال خاص از سوی متعهد، به حکم قانون‌گذار مکلف به قبول آن خواهد شد.^۵ به عبارت دیگر، قانون‌گذار به مالی خاص این قدرت را اعطا می‌کند تا چنانچه اراده مدیون به تسلیم آن تعلق گرفت، طلبکار را چاره‌ای جز قبول آن نباشد. به عبارت دیگر، پس از تسلیم پول به طلبکار چنانچه آن را نپذیرد، دیگر حق اقامه دعوا علیه بدهکار را از کف خواهد داد و هیچ بهره یا خسارتی به وی تعلق نخواهد گرفت. اقتصاددانان

^۱ Dematerialised Property

^۲ در صورت وجود تکلیف به استرداد پول، شخص مکلف به استرداد معادل قیمت آن است یا مثلش؟ در صورتی که آن را مثلی بدانیم، مثل آن معادل همان میزان اسکناس با ارزش اسمی ثابت است یا بازپرداخت قدرت خرید آن؟ به عبارت دیگر، چه چیزی مقوم مثلیت آن است، ارزش اسمی یا قدرت خرید؟ برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: یوسفی، احمدعلی، «پول امروز، مثلی یا قیمی، یا ماهیت سوم؟»، مجله فقه / هلیت، شماره ۱۴، ۱۳۷۷، صص ۹۵-۱۲۲.

^۳ موسوی بجنوردی، سید محمد، «احکام فقهی پول»، مجله فقه / هلیت، شماره ۷، ۱۳۷۵، ص ۳۰.

^۴ Legal tender

^۵ Mann, F. A. *The Legal Aspect of Money*, Oxford: Oxford University Press, Fifth Edition, 1992, PP 42-43.

معتقدند تنها امر قانون‌گذار سبب می‌شود شخص در برابر از دست دادن کالای بارزش خود مجبور به دریافت یک شیء ذاتاً بی‌ارزش به نام پول باشد.^۱ گرچه دولت‌ها این امتیاز را فقط به پول رسمی آن کشور بخشیده‌اند (ماده ۲ قانون پولی و بانکی کشور)، نباید تصور کرد که همواره حکومت‌ها این وصف را به پول اعطا کرده‌اند. در طول تاریخ با قوانین کشورهای مختلفی روبه‌رو می‌شویم که به اموال دیگری، غیر از پول خاصیت تسلیم قانونی داده‌اند و این همان تفاوت ظریفی است که میان پول و سایر کالاهای دارای قوه ابرا در گذشته وجود داشته و برای دستیابی به شناخت دقیق‌تر از ماهیت پول، باید میان این هر دو قائل به تمایز شد.^۲ به‌طور مثال، در رُم باستان مدیون با دادن کالایی مشخص از این مزیت بهره‌مند می‌شد. همین رویکرد در زمان انقلاب فرانسه یا در ایالت کارولینا قابل مشاهده است. در نتیجه، چنانچه در جامعه‌ای قانون‌گذار به تخم‌مرغ قدرت تسلیم قانونی بخشیده باشد، شخصی که مقداری گندم به دیگری بدهکار است، هم با تسلیم گندم، به حکم قرارداد، و هم با تحویل معادل آن تخم‌مرغ، به حکم قانون‌گذار، می‌تواند براثت حاصل کند و در هر دو فرض، دائن مکلف به قبول آن است. این خاصیت، نتیجه دیگری نیز دارد؛ بدین صورت که نه تنها مالی را که الزاماً باید قبول شود، مشخص می‌کند، بلکه ارزش آن را نیز تعیین می‌کند (نومینالیسم). به عبارت بهتر، این الزام طلبکار به پذیرش پول، دلالت بر تسلیم بر ارزش رسمی اسمی آن نیز خواهد داشت.

فایده بحث در این است که در بیع، مبادله حقیقی رخ نداده و مشتری با دریافت پول صرفاً برای انجام یک معاوضه در آینده آماده شده و در صورت انجام بیع ثانوی، با پول حاصل از معامله اول است که او به یک مبادله واقعی دست یافته است. به همین خاطر، اگر حکم قانون‌گذار نبود، در هیچ تعهد پولی نمی‌شد شخص را مجبور به قبول کردن مالی ذاتاً بی‌ارزش کرد. افزون‌بر این، چنان که سابقاً بیان شد، مادام که پول تسلیم نشده است، هیچ حقی برای ذی‌نفع آن ایجاد نمی‌کند و نتیجتاً نمی‌تواند مسقط دینی نیز باشد. ممکن است به این سخن ایراد شود که شخص با انعقاد عقد بیع خود انتقال مالکیت مالی از اموالش را در برابر مقداری مشخص از پول پذیرفته است. حال، چگونه (در صورت نبود حکم قانون مبنی بر ابراکندگی پول)، می‌تواند آن را نپذیرد و مانع از براثت ذمه بدهکار شود. در پاسخ به این ایراد باید گفت در این حالت با بیع با انعقاد عقد و توافق بر مقداری مشخص از پول، تنها کارکرد دوم (وسیله سنجش ارزش) از پول را محقق و صرفاً بهای مبادلاتی مبیع را تعیین کرده است، بی‌آنکه لزوماً قصد بر انتقال پول به خود داشته باشد. لکن این پول همچنان برای انجام کارکرد سوم (وسیله مبادله) نیاز به پذیرش طلبکار یا وجود الزامی قانونی دارد. در غیر این صورت پول که خود وسیله پرداخت است، بی‌وجود این امتیاز قانونی نمی‌تواند سبب سقوط تعهد شود. این نکته با تدقیق در ماهیت پول و مقایسه با سایر وسایل پرداخت روشن‌تر می‌شود؛ چراکه پول طلبی است که دارای خصایص ویژه است.

با وجود این، هیچ‌گاه نباید ارائه این وسیله ابرا را مرادف با مفهوم پرداخت دانست؛ چراکه «پرداخت متضمن هر عمل حقوقی است که اجراکننده یک تعهد مالی، بدون تغییر در اساس ماهیت تعهد اصلی باشد».^۳ نتیجه آنکه بدهی (پول)

^۱. Mankiw, N. G. *Principles of Economics*, (International Edition), London: South Western College Publication, Sixth Edition, 2012, P 622.

^۲. در نتیجه، میان طلا و نقره مسکوک که ماهیتاً پول‌اند، با سایر کالاهایی که بعضاً در طول تاریخ، به جهت رواج در جامعه‌ای خاص، به عنوان کالای با قابلیت تسلیم قانونی از سوی حاکمان آن روزگار شناسایی می‌شدند، تفاوت وجود دارد. در حقیقت، پول به معنای خاص اصطلاحی خود، در تمام اعصار ماهیتی اعتباری دارد و نباید آن را به پول کالایی (Commodity Money)، تقلیل داد. به عبارت فنی، اعطای وصف وسیله ابرا به کالاهایی همچون نهنگ، صدف، تخم‌مرغ، توتون و... ملازمه‌ای با پول بودن یا پول شدن آن اموال نخواهد داشت. چنین توهمی حاصل خلط میان دو مفهوم داشتن قوه ابرا یا همان «Legal tender»، با ساقط شدن تعهد برآمده از قرارداد است. به همین جهت، از میان انواع این پول‌های کالایی، تنها طلا و نقره مضروب، طلبی مستقر بر ذمه بدهکاری قدرتمند و نتیجتاً پول‌اند.

^۳. McKendrick, E. *Goode on Commercial Law*, Westminster: Penguin, Fifth Edition, 2016, P 490.

بدون داشتن این اوصاف و امتیازات، نمی‌تواند خود مسقط بدهی دیگری باشد. نهایتاً، تفسیر صحیح آنچه طرفین به‌هنگام عقد بیع قصد می‌کنند، آن است که باید از دست دادن مالکیت مال خود و متعاقباً تملیک آن به مشتری را ارزش‌گذاری می‌کند. همان‌طور که می‌توانست این سنجش را با مالی دیگر، همچون طلا، الماس، سکه و... نیز انجام دهد، بی‌آنکه مشخصاً قصد دریافت آن را داشته باشد. در نتیجه، قانون‌گذار برای خاتمه دادن به این تسلسل بی‌پایان، تسلیم پول را به‌عنوان آخرین واحد سنجش ارزش به طلبکار تحمیل کرده است.

نتیجه‌گیری

در این مقاله تلاش شد تا ماهیت پول مورد ارزیابی کامل‌تری قرار گیرد. به همین روی، نظریه طلب بودن پول به‌عنوان مبنای اصلی اعتباری دانستن آن طرح شد. وانگهی، در وهله اول ممکن است بازگرداندن پول به طلبی صرف، ساده‌انگاری موضوع تلقی شود، این درحالی است که پس از تحلیل عناصر دیگر، ازجمله عدم قابلیت وصول این طلب، پذیرش آن کمی آسان‌تر به نظر می‌آید. باری، در این اثر اعتقاد بر این است که عدم بررسی دقیق و جامع تمامی عناصر تشکیل‌دهنده پول در کنار یکدیگر سبب مطرود شدن ساده‌ترین ابزارهای تحلیلی ممکن درخصوص ماهیت پول شده است. به‌طوری‌که قانون پولی و بانکی کشور نیز در مواد ۲ تا ۵ خود، در کنار آنکه از تعهد بانک مرکزی نسبت به پول سخن گفته (عنصر طلب‌بودن) و وثایق عمومی این طلب را نیز به‌عنوان پشتوانه آن معرفی کرده است (عنصر بدهکار قدرتمند)، از ایفای این تعهد با همان اسکناس‌ها سخن رانده و با پیش‌بینی این چنین دور باطلی، بر فرضی بودن اجرای این طلب صحنه‌گزارده است (عنصر عدم قابلیت وصول). همچنین، عنصر پذیرش عمومی نیز تکلف‌های مربوط به دیدگاه چار탈یزم را از میان برده و جعل عرف را جایگزین اعتبار قانون‌گذار دانسته است. از دیگر نوآوری‌های این پژوهش، دیدگاهی انتقادی به کارکردهای اقتصادی پول است. در این مقاله، بدون درنظر گرفتن پیش‌فرض‌های موجود، این کارکردها بازتفسیر و بازنگری شده‌اند. در حقیقت، این دیدگاه درخصوص پول، با ایجاد پول‌های جدید و تفاوت‌های بسیاری که میان اقسام طلب عادی و این قبیل پول‌ها وجود داشت، مدت‌ها مورد کم‌توجهی حقوق‌دانان در تحلیل این بعد از ماهیت پول قرار گرفته بود. با این وصف، نگارندگان معتقدند بُعد اعتباری (حقوقی) پول در کنه خود به طلب رسیده و این امر زنده نگه‌دارنده وجهه حقوقی پول است. با این حال، از تفاوت‌های این طلب با سایر اقسام طلب نیز نباید غفلت ورزید و باید با پذیرش دیدگاهی معقول و معتدل، بی‌آنکه آن را به‌طور کلی رد یا انکار کرد، سعی در تحلیل دقیق‌تر اوصاف خاص و استثنایی‌اش کرد؛ به‌طور مثال، چک، سفته و سایر اسناد تجاری نیز نهایتاً طلب‌اند، باوجود آنکه تفاوت‌های آشکار با یک طلب مدنی ساده دارند و به همین دلیل سال‌ها حقوق‌دانان سعی در تنقیح اوصاف حقوقی آن، ازجمله وصف تجریدی، عدم استناد ایرادات و استقلال امضات، کرده‌اند؛ امری که درخصوص پول یا مغفول بوده یا کمتر بدان پرداخته شده است. در نتیجه، مهم‌ترین وظیفه پول، یعنی وسیله مبادله بودن، در بستر زمان و با نظر به معاملات بعدی تحلیل و با رویکردی عمل‌محور، به وسیله‌ای برای تأخیر مبادله اصلاح شده است. ازسویی دیگر، آنچه غالباً در آثار حقوقی مغفول مانده، تنقیح اوصاف خاص حقوقی پول بود. همین امر سبب می‌شد تا ماهیت حقیقی پول به‌درستی تبیین نشود؛ چه هرگاه بدون در نظر گرفتن این اوصاف، پول بررسی شود، ممکن است به شناخت نادرست از آن بینجامد. به‌طور مثال، همان‌گونه که طلب بودن پول را باید در کنار عنصر عدم قابلیت وصول آن دید، وسیله پرداخت بودن پول نیز باید در کنار وصف تسلیم قانونی ارزیابی شود.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۹.
۲. کاویانی، کوروش، *حقوق اسناد تجاری*، تهران: میزان، ۱۳۹۴.
۳. مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار شهید مطهری*، تهران: صدرا، ۱۳۸۱.
۴. یوسفی، احمدعلی، *ماهیت پول*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۷۷.

مقاله

۵. موسوی بجنوردی، سید محمد، «احکام فقهی پول»، *مجله فقه اهلبیت*، شماره ۷، ۱۳۷۵، صص ۴۲-۹.
۶. هاشمی‌شاهرودی، سید محمود، «احکام فقهی کاهش ارزش پول»، *مجله فقه اهلبیت*، شماره ۲، ۱۳۷۴، صص ۱۱-۵.
۷. یوسفی، احمدعلی، «پول امروز، مثلی یا قیمی، یا ماهیت سوم؟»، *مجله فقه اهلبیت*، شماره ۱۴، ۱۳۷۷، صص ۹۵-۱۲۲.

عربی

کتاب

۸. الخوئی، سید ابوالقاسم، *توضیح المسائل*، تهران: ایران، ۱۳۷۰.
۹. بجنوردی، سید محمد حسن، *القواعد الفقهیه*، قم: الهادی، ۱۴۱۹ ه.ق.
۱۰. خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.

References

Books

1. Al'Khoeci, Sayyed Abol Qasim, *Explanation of Issues*, Tehran: Iran, 1991. (in Arabic)
2. Bojnourdi, Sayyed Mohammad Hassan, *Jurisprudential Rules*, Qom: Al'hadi, 1998. (in Arabic)
3. Crowther, G. *An Outline of Money*, London: Thomas Nelson and Sons, 1946.
4. Gleeson, S. *The Legal Concept of Money*, Oxford: Oxford University Press, First Edition, 2018.
5. Hegel, G. *Outlines of the Philosophy of Right (Works 7)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. (in German)
6. Imami, Hassan, *Private Law*, Tehran: Islamic Bookstore, 2000. (in Persian)
7. Jevons, W. S. *Money and Mechanism of Exchange*, Appleton & co., 1896.
8. Kaviani, Kourosh, *The Law of Negotiable Instrument*, Tehran: Mizan, 2015. (in Persian)
9. Keynes, J. M. *General Theory of Employment, Interest and Money*, (CUP for the Royal Economic Society 2012), 1936.
10. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Tahrir'ol Vasile'h*, Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Books, 2000. (in Arabic)
11. Mankiw, N. G. *Principles of Economics*, (International Edition), London: South Western College Publication, Sixth Edition, 2012.
12. Mann, F. A. *The Legal Aspect of Money*, Oxford: Oxford University Press, Fifth Edition, 1992.
13. McKendrick, E. *Goode on Commercial Law*, Westminster: Penguin, Fifth Edition, 2016.
14. Motahari, Morteza, *Collection of books by Shahid Motahari*, Tehran: Sadra, 2002. (in Persian)

15. Naismith, R. Turpe lucrum? *Wealth, Money and Coinage in the Millenial Church*, in: Giles E. M. Gasper and Svein H. Gullbekk (eds.), *Money and the Church in the Medieval Europe, 1000-1200*, Farnham and Surrey, Ashgate, PP 17-37.
16. Rahmatian, A. *Credit and Creed: A Critical Legal Theory of Money*, New York: Routledge, First Edition, 2020.
17. Smith, A. *Wealth of Nation*, Book 4, Chapter 5, (2000 reprinted), 1776.
18. Yousefi, Ahmad Ali, *The Nature of Money*, Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought, 1998. (in Persian)

Articles

19. Hashemi Sahroudi, Sayyed Mahmoud, "Jurisprudential Rules of Depreciation of Money", *Ahl al-Bayt Jurisprudence Magazine*, Issue 2, 1995, PP 5-11. (in Persian)
20. Mousavi Bojnordi, Sayyed Mohammad, "Jurisprudential Rules of Money", *Ahl al-Bayt Jurisprudence Magazine*, Issue 7, 1996, PP 9-42. (in Persian)
21. Yousefi, Ahmad Ali, "New Money, Mesli, Qimi or Another Nature? " *Ahl al-Bayt Jurisprudence Magazine*, Issu 14, 1998, PP 95-122. (in Persian)

Cases

22. Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd, 1932 A.C. 452 (1932).
23. Clarke v. Shee, 1 Cowp 197 (1774).
24. Miller v. Race. 1 Burr 425, (1758).
25. Orwell v. Mortoft, CP 40/972, m 123 (1505).
26. Wookey v. Pole, 4 B. & Ald. 1, 4 Barn. & Ald. 1 (1820).



Original Article

The Balance of "Benefit and Harm" As a Basis for Individual Autonomy Violations During Health Crises

Hassan Mohseni¹, Neda Hamekanmorad²

ABSTRACT

A correct understanding of the necessity and principles of enacting any law is a prerequisite for correct legislation. Elucidating and clarifying the principles and philosophy of enacting regulations, not only delineates their legal validity and substantive richness but also fosters broader public acceptance of those regulations. Therefore, the study and investigation of the theoretical and intellectual foundations from which legal doctrine and regulations have gained their validity can be one of the main areas of research. The principle of full protection of individual autonomy is sometimes violated due to expediency, including in situations where health crises occur and public health is threatened. The main subject of this research is on what legal reasoning, based on what criteria, and to what extent, legal logic tolerates and can consider it permissible to violate the individual autonomy. In conducting this research, library and online sources beside analysis of collected data were used. While accepting full support for individual autonomy as a fundamental principle, several philosophical theories, while addressing the prioritization of human individuality preservation, have recognized the occurrence of harm to others as a factor in prescribing the violation of this principle. Most of the theories presented in this study believe that although there is always a degree of benefit and harm in every social action and reaction, in general, the benefit of individuals is marginalized where it involves harm to others, and legal mechanisms allow to limit their independence in order to ensure the collective benefit. In times of health crises, governments are forced to take measures such as compulsory vaccination, quarantine, and travel restrictions in order to control and improve the health of society, which conflict with the individual autonomy and the freedom to choose whether to accept or reject these measures. The main focus of this research is on why and how these restrictions are imposed from a legal perspective, and on what basis and justification governments and legislative authorities are able to violate the most fundamental human right, namely their independence. Concentrating on the balance of "Benefit and Harm" as a turning point and a basis for the possibility of imposing restrictions on individual freedom, this article proposes and examines theories that are capable of providing a logical response to such conflicts and will be used in a legal context in order to provide a scale for accepting the possibility of violating individuals autonomy and government intervention in their autonomy in the context of the spread of widespread diseases. Accordingly, this important question has been answered: whether the concept of benefit and harm and establishing a balance between these two can be an acceptable basis for imposing and applying restrictions on individual autonomy? The principles that have been examined in this study to accept the possibility of imposing restrictions on individual autonomy during health crises include: first,

How to Cite: Mohseni, Hassan, Hamekanmorad, Neda, "The Balance of "Benefit and Harm" As a Basis for Individual Autonomy Violations During Health Crises", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:57-72.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.234378.2653>

Received: 17/01/2024-Accepted: 14/05/2025

1. Professor of Law, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: hmohseny@ut.ac.ir

2. L.L.M, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

harm prevention has been explained in the form of three theories: the Harm Principle (John Stuart Mill), Negative Liberty (Isaiah Berlin), and the "La Zarar" rule (jurisprudential rule). Despite the different perspectives of each of these theories, the need to avoid harm to individuals is a major obstacle to individual freedom. This view is also supported by even the most ardent defenders of individual freedom. Incidentally, preventing harm to others is essential to ensure the freedom of all. Second: the theory of Patriarchy; According to this theory, the government, as a representative of society, has the authority to make decisions on behalf of the individuals in society, taking into account their interests and aiming harm prevention, and effectively replacing their freedom and will. Third, the right to health is a multi-layered concept consisting of different levels, which can balance its various functions and effects. The fourth theory of public interest includes the theory of Social Dilemma (Robin Dawes), which, using this psychological model, can be used to introduce a basis for preferring collective interest over individual personal interest, meaning that securing collective interest is equal to securing the interest of all individuals, and also the General Will (Jean-Jacques Rousseau), in which everyone, by obeying the law that expresses the general will, follows his own reason and his true will, and following his own reason and will means being free, which ultimately leads the authors to believe that the only factor which can limit the independence and freedom of individuals and their interests is preventing harm to others or attracting a general benefit. Thus, the balance between benefit and harm, that is, sacrificing the individual interest in exchange for preventing harm or attracting a collective benefit, is the same balance point that governments must adhere to balance the conflict between the rights of individuals and have permission to violate the independence of individuals. Therefore, it can be concluded that any factor that prevents the establishment of a balance between the benefit of exercising individual autonomy and the harm resulting from restricting it, and in return, the harm resulting from exercising individual autonomy for society and the benefit resulting from imposing restrictions for society, in fact means that the violation of individual autonomy and independence lacks legal justification, and this thin line must be carefully drawn to achieve a point of equilibrium and balance between benefit and harm in a legal context.

KeyWords: Harm, Collective Benefit, Theoretical Foundations, Conflict of Rights.



موازنه «نفع و ضرر» مبنای نقض استقلال فردی در زمان بحران‌های بهداشتی

حسن محسنی^۱، ندا همکان‌مراد^۲

چکیده

قواعد و اصول حقوقی ضرورتاً مبتنی بر یک نظام فکری و فلسفی، صرف‌نظر از خصوصیت‌های نظام‌های حقوقی و قانونی شکل می‌گیرند و منطق حقوقی و همچنین عقل متعارف مبتنی بر همان زمینه‌های فکری و فلسفی آنها را می‌پذیرد. بنابراین مطالعه و بررسی مبانی و زمینه‌های پدیده‌های حقوقی می‌تواند یکی از مهم‌ترین حوزه‌های پژوهش‌های حقوقی را به خود اختصاص دهد. اگر بپذیریم که نظام‌های حقوقی باید وضع محدودیت بر استقلال فردی را در زمان بحران‌های بهداشتی در جهت حفظ سلامت و نظم عمومی قانونی‌سازی کنند، لازم است مبانی نظری و فلسفی پذیرش این ضرورت مورد مطالعه و تبیین قرار گیرد. بنابراین در مقاله حاضر به محوریت موازنه «نفع و ضرر» به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین مبانی پذیرش وضع محدودیت بر استقلال فردی در شرایط مورد مطالعه پرداخته خواهد شد که اثبات می‌کند مبنای نقض استقلال افراد در مواجهه با بحران‌ها جلب نفع عمومی و دفع ضرر جمعی است؛ به این معنا که آنچه نظام‌های حقوقی را مجبور به پذیرش تحدید استقلال فردی می‌کند، همواره دفع ضرر یا جلب منفعتی بزرگ‌تر از رعایت استقلال فردی براساس منطق حقوقی است؛ ضمن آنکه هر نفعی همواره با میزانی از ضرر همراه است و نقطه تعادل میان این دو همان جایی است که ورود به استقلال افراد را موجه می‌کند.

کلید واژگان: ضرر، نفع جمعی، مبانی نظری، تعارض حقوق.

استناد به این مقاله: محسنی، حسن، همکان‌مراد، ندا، «موازنه «نفع و ضرر» مبنای نقض استقلال فردی در زمان بحران‌های بهداشتی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۵۷-۷۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.234378.2653>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۲۴

۱. استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: hmohseny@ut.ac.ir

۲. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Copyright: © 2025 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

درک درست از ضرورت و مبنای لزوم وضع هر قانون لازمه قانون‌گذاری صحیح است. تبیین و تنویر مبنای و فلسفه وضع مقررات قانونی علاوه بر اینکه اعتبار و غنای حقوقی آن مقررات را مشخص می‌کند، سبب می‌شود آن مقررات از سوی مردم با اقبال و پذیرش بیشتری مواجه شود.

از سوی دیگر حدود و ثغور قلمرو دخالت دولت‌ها در حوزه‌های فردی همواره یکی از بحث‌های مهم فلسفی در علم حقوق، سیاست و حتی اخلاق بوده است. همین واقعیت اندیشمندان را وادار به تفکر و نظریه‌پردازی در مورد این موضوع کرده است که چه عامل یا عواملی می‌تواند به دولت‌ها و قدرت حاکمه این اجازه را بدهد که در حوزه‌های خصوصی افراد، که شامل یکی از حمایت‌شده‌ترین حقوق بنیادین بشر است، مداخله کنند. دولت‌ها در زمان بروز بحران‌های بهداشتی در جهت کنترل و بهبود سلامت جامعه ناچار به انجام اقداماتی از جمله واکسیناسیون اجباری، قرنطینه و وضع محدودیت در سفرها می‌شوند که با استقلال فردی افراد و لزوم انتخاب آزادانه آنها در پذیرش یا عدم پذیرش این اقدامات در تعارض است. چرایی و چگونگی وضع این محدودیت‌ها از رویکرد حقوقی و اینکه دولت‌ها و مراجع تقنین از نقطه‌نظر نظام‌های حقوقی با تکیه بر چه مبنا و توجیهی به نقض اصیل‌ترین حق بشر یعنی استقلال ایشان قادرند، محور اصلی این پژوهش است.

مقاله حاضر با محوریت موازنه «نفع و ضرر» به عنوان نقطه عطف و ترسیم‌کننده مبنای امکان وضع محدودیت بر آزادی افراد به طرح و بررسی نظریاتی می‌پردازد که قادر به ارائه پاسخی منطقی به این‌گونه تعارضات است و در یک بستر حقوقی به کار گرفته خواهند شد تا بتوان مقیاسی برای پذیرش امکان نقض استقلال فردی و مداخله دولت‌ها در خودآیینی ایشان در شرایط گسترش بیماری‌های فراگیر ارائه کند. بر این اساس، در ادامه ذیل چهار عنوان اصل ورود ضرر، پدرسالاری، حق بر سلامت و منافع عمومی و بهره‌گیری از نظریه‌های مرتبط به این سؤال مهم پاسخ داده خواهد شد که آیا مفهوم نفع و ضرر و برقراری تعادل میان این دو می‌تواند مبنایی قابل قبول در وضع و اعمال محدودیت بر استقلال افراد باشد.

۱. ورود ضرر

بسیاری از اندیشمندان در نظریات خود به مفهوم ضرر به عنوان عامل تعیین‌کننده حدود آزادی افراد توجه داشته‌اند. نظریه اصل ضرر درست به همان معنایی که امانوئل کانت، فیلسوف آلمانی، بیان داشته است، معیار نسبتاً دقیقی در ایجاد موازنه میان نفع و ضرر فردی و جمعی ارائه می‌کند.

می‌توان گفت صرف‌نظر از تعریف و مصادیق ضرر این مفهوم می‌تواند به عنوان مانعی قدرتمند در مقابل آزادی فردی و لزوم احترام به آن قد علم کند. بر این اساس، ذیل چهار عنوان به اثبات این مهم، که ضرر و امکان ورود آن به دیگران نقطه‌ای است که با توسل به آن می‌توان مجوزی بر سلب آزادی دیگران یافت، پرداخته خواهد شد.

۱.۱. نظریه جان استوارت میل

نظریه «اصل ضرر»^۱ که طرح آن ناشی از دغدغه دیرین اندیشمندان در باب حد و مرز قلمرو دخالت دولت‌ها به خصوص در جوامع لیبرال بوده است رساله جان استوارت میل^۲ تحت عنوان «درباره آزادی»^۳ بر یک اصل بسیار ساده تمرکز دارد؛

^۱. Harm Principle.

^۲. John Stuart Mill, 1873- 1806.

^۳. On Liberty, 1859.

اصلی که حاکم مطلق بر رفتار جامعه و فرد است. براساس این اصل، چه از طریق اجبار و چه از راه نظارت یا با بهره گرفتن از نیروی جسمانی در مجازات‌های قانونی و چه با استفاده از اجبار اخلاقی افکار عمومی نمی‌توان افراد را الزام به کاری کرد.^۱

او همواره از همرنگی بی‌چون و چرا با جامعه و تعصب‌ورزی‌های جمعی ناخوشنود بود و آن را استبداد اکثریت^۲ می‌نامید.^۳ براساس این نظریه، آنچه فرمانروای بی‌چون و چراست، خواست فردی افراد جامعه است. بنابراین لازم است جایگاه دولت در مداخله در حقوق بنیادین افراد به حداقل ممکن کاهش یابد. باین حال او در کنار اصل اولیه آزادی به اصل ثانوی ضرر توجه دارد، او می‌پذیرد که آزادی عمل اشخاص نباید موجب ضرر به دیگران شود^۴ و در راستای رفع این تعارض تنها عاملی را که مبتنی بر آن می‌توان برخلاف خواست و اراده فردی بر وی اعمال قدرت کرد «آسیب رساندن به دیگران» معرفی می‌کند؛ درست مانند اصل حق ذاتی کانت که بر این باورست آزادی تا آنجا که با آزادی هر فرد دیگر برخورد پیدا نکند، حق ذاتی هر فرد انسانی است.^۵

در نتیجه در این دیدگاه عامل «عدم ورود ضرر به دیگران» می‌تواند مجوزی برای مداخله دولت‌ها در حقوق افراد باشد. نکته مهم در این اصل توجه ضرر به دیگران^۶ است، بنابراین کنش‌های افراد حتی در صورتی که برای خودشان زیان‌بار باشد^۷ نمی‌تواند مشمول این اصل قرار گیرد. یعنی در این دیدگاه اصل ضرر به عنوان تنها عامل محدودکننده آزادی افراد و توجیه‌کننده مداخله دولت، مشروط به آسیب رساندن به غیر است.

طبق این نگاه ضد پدرسالارانه^۸ دولت‌ها نمی‌توانند افراد را در جهت احتراز از آسیب و ضرر یا جلب منافع به عملی اجبار کنند. میل بر این باور است تنها هدفی که می‌توان به خاطر آن به درستی بر هریک از اعضای جامعه متمدن، علی‌رغم خواست آنها اعمال قدرت کرد، جلوگیری از زیان رساندن به دیگران است. از نظر او، خیر خود افراد خواه فیزیکی یا اخلاقی توجیه کافی برای مداخله دولت نیست.^۹

در دیدگاه میل، آنچه در درجه اول اهمیت جای دارد، نه جامعه و نه فرهنگ و نه ارزش‌های اعتقادی، بلکه خودآیینی و آزادی فردی و در نهایت خودشکوفایی^{۱۰} است و اتفاقاً اصل «ضرر به دیگران» به عنوان یگانه عامل محدودکننده آزادی افراد دقیقاً در راستای تأکید بر آزادی برای همگان است به شکلی که با تعریف این عامل محدودکننده درصدد تأمین حداکثر آزادی برای همگان بدون مزاحمت دیگران و همچنین حداکثر آزادی در تصمیم‌گیری درمورد خویشتن است.

۱. جوادى، محسن و سید محمد حسینی سورکی، «جان استوارت میل و یگانه اصل محدودکننده آزادی»، نشریه علوم سیاسی، دوره ۲۰، شماره ۷۸، ۱۳۹۶، ص ۱۱۲.

۲. Tyranny of the Majority.

۳. Mill. John O. *On Liberty and Other Essays*. London: Oxford University Press, 1998, P 76.

۴. حدادزاده شکیب، علی، «ارتقا کیفی رفاه اجتماعی جامعه ایرانی در پرتو مدیریت تعارض منافع با تکیه بر مطالعه فقه امامیه و اصل ضرر در نظام حقوقی غرب»، پژوهشنامه فقه اجتماعی، دوره ۹، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۱۸۸.

۵. حسینی بهشتی، علیرضا و سمیه ملکی، «نسبت بین آزادی فردی و رفاه اجتماعی در اندیشه جان استوارت میل و آمارتیا سن»، دوفصلنامه پژوهش سیاست نظری، دوره ۱۶، شماره ۲۹، ۱۴۰۰، ص ۱۰۵.

۶. Other-Regarding Acts.

۷. Self-Regarding Acts.

۸. Anti-Paternalistic.

۹. جعفرزاده، یوسف و نصراله امین کلیر، «دخاله دولت در حریم خصوصی افراد در حقوق شهروندی»، نشریه مطالعات حقوق شهروندی، شماره ۱۷، ۱۳۹۹، ص ۲۱۹.

۱۰. Self-Development.

۱.۲. نظریه آیزایا برلین

نظریه آزادی منفی^۱ حاصل مطالعات آیزایا برلین،^۲ فیلسوف لیبرال بریتانیایی، و بر این محور استوار است که لازمه آزادی افراد نبود محدودیت از سوی دیگران یا دولت است. در این دیدگاه فرد تا زمانی که دو شرط حداقلی را رعایت کند، باید از دخالت‌های نابجای دیگران و دولت در کارهایش مصون باشد. این دو شرط عبارت است از اینکه: نخست انتخاب فرد نباید متضمن ضرری برای دیگران باشد و دوم انتخاب او باید از روی درجه قابل قبولی از آگاهی و با قصد عقلانی باشد.^۳ براساس این نظریه، اگرچه آزادی و استقلال افراد در درجه اول اهمیت قرار دارد؛ اما تصمیمات فردی افراد مقید به دو شرط «ضرر نرساندن به دیگران» و «مبتنی بودن بر آگاهی» است که می‌تواند طیف گسترده‌ای از رفتارها را شامل شود. بنابراین لازمه استفاده حداکثری از آزادی فردی رعایت اصل عدم ضرر رساندن به دیگران است.

پس آزادی منفی وضعیت چارچوب‌مندی است که هیچ مانع بیرونی سد راه اعمال حاکمیت فردی نشده و فرد از گزینه‌های بالقوه موجود در برابر خود فارغ از اینکه قصد استفاده از آن گزینه‌ها را داشته باشد یا نداشته باشد بهره‌مند شود.^۴ اما در این نظریه نیز آنچه محدوده نامحدود آزادی را مقید می‌کند، مفهوم ضرر است که به‌عنوان عاملی محکم آزادی افراد را مهار کرده و مانع آن می‌شود.

۱.۳. قاعده لاضرر^۵

در فقه اسلامی آزادی افراد نتیجه منطقی التزام به حرمت مال و عمل مسلمان است.^۶ همچنین با استفاده از اصل اباحه شخص مسلمان مباح است هر عملی که می‌خواهد انجام دهد و هیچ کس از قوای عمومی یا اشخاص خصوصی نمی‌تواند مانع اقدامات او گردد.^۷ باین حال یکی از مهم‌ترین محدودیت‌های وارد شده بر این آزادی ضرر نرسیدن به دیگری است.^۸ که در قاعده لاضرر به‌خوبی مورد توجه قرار گرفته است. بدون هیچ تردیدی لاضرر شامل امور وجودی شریعت می‌شود و هر حکمی که به‌واسطه وجود آن ضرری برای یکی از آحاد جامعه ایجاد کند، قاعده لاضرر آن را برمی‌دارد.^۹ اما شمولیت این قاعده بر امور عدمی که مصداق آن موضوع مورد بحث این پژوهش است، مورد مناقشه است که به‌نظر می‌رسد لاضرر احکام وجودی را در فرض ورود ضرر رفع می‌کند، همچنان‌که اگر از فقدان حکم عدم ضرری بر افراد وارد آید، آن را نیز

۱. آزادی منفی یعنی نبود قید بندها و مانع در انجام آزادانه تصمیمات خود در مقابل آزادی مثبت به معنای توانایی در انجام هر عملی که مورد نظر افراد است.

۲. Isaiah Berlin, 1909-1997.

۳. Mackenzie, C. *On Bodily Autonomy, Handbook of Phenomenology and Medicine*, Edited by: S. Kay Toombs, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, PP 418-419.

۴. سلطانی، اسحاق و رضا خراسانی، «طرح مفهوم آزادی منفی و نقد آن بر اساس مبانی قرآنی علامه طباطبایی»، *فصلنامه جستارهای سیاسی معاصر*، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۱۲۰.

۵. اصل فقهی «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» که برآمده از داستان تاریخی سمره بن جندب است به‌طور روشن محدوده آزادی افراد را «ضرر نرساندن به حقوق دیگران» بیان می‌کند.

۶. مصطفوی، سید کاظم، *قواعد فقه*، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۰۱.

۷. حدادزاده، پیشین، ص ۱۹۰.

۸. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه. ق، ص ۲۹۲.

۹. شریفی، مصطفی، محمدتقی قبولی درافشان و محمدرضا علمی سولا، «امکان سنجی تمسک به قاعده لاضرر به‌عنوان مبنای خیار غبن؛ با تأکید بر شمولیت لاضرر در امور عدمی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۴، شماره ۹۶، ۱۴۰۰، ص ۱۹۹.

رفع خواهد کرد.^۱ قاعده لاضرر بی‌شک ضرر موجود را رد می‌کند، اما آیا در اموری که عدم انجام آن سبب ضرر شود نیز الزام ایجاد می‌کند؟ به نظر می‌رسد قاعده لاضرر اطلاق دارد و در هر دو شکل حاکم است. توجیه حکومت قاعده لاضرر بر احکام عدمی یا عدم حکم از آنجاست که اگر وظیفه‌ای برعهده کسی باشد، او نه تنها مسئول آثار کارهایی است که در ارتباط با مسئولیت خود انجام می‌دهد، بلکه مسئول ترک فعل‌های خود نیز است و این مسئولیت مورد قبول همه نظام‌های حقوقی است و مخصوصاً وقتی شارع خداوند است، نمی‌توان پذیرفت که در بخش مهمی از حقوق مردم، وضع قانون نکرده باشد.^۲ بنا به آنچه به اختصار بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت قاعده لاضرر در جهت پذیرش امکان نقض استقلال فردی باهدف تأمین منفعت جمعی دارای زمینه‌های محکمی است و در حوزه‌هایی که از عدم فعل افراد نیز ضرری حاصل گردد، حاکم است.

با بررسی سه نظریه‌ای که هر یک به نحو و از زاویه دیدی متفاوت موضوع ضرر به دیگری را محور اعمال محدودیت بر آزادی افراد معرفی کردند، می‌توان نتیجه گرفت اگرچه در حوزه مسائل بهداشتی و درمانی، که ارتباط مستقیمی با تمامیت جسمانی افراد دارد، خودآیینی و استقلال دارای جایگاه والا و غیرقابل خدشه‌ای است، اما از منظر فلسفی، اصل استقلال اراده، که لازمه اصل اخلاقی بروز رضایت آگاهانه در درمان است، به‌طور مطلق و کلی در جامعه قابل اجرا نیست؛ چراکه آزادی هرکس با آزادی دیگران قابل جمع می‌شود.^۳ به‌خصوص که در حوزه سلامت و مسائل بهداشتی ضرر مورد نظر از نوع ضرر جسمی و در برخی موارد غیرقابل جبران خواهد بود. ازاین‌رو مطابق با نظریات مطرح‌شده، لزوم اجتناب از ورود ضرر به افراد مانعی بزرگ بر سر راه آزادی افراد است و این نظر حتی توسط سرسخت‌ترین مدافعان آزادی فردی نیز مورد تأیید است و اتفاقاً جلوگیری از ورود ضرر به دیگران در راستای تأمین آزادی همگان ضروری است.

۲. پدرسالاری^۴

پترنالیسم به معنای «همچون پدر رفتار کردن» و «رفتار قیم‌مآبانه پدر نسبت به فرزندان خویش» است که رفته‌رفته این درخصوص اختیارات و اعمال دولت‌ها به عرصه علم حقوق و سیاست ورود پیدا کرده است. رویکردی دیگر که از نگاه آن می‌توان به موضوع نفع و ضرر و رابطه آن با تحدید آزادی و به‌طور خاص حریم خصوصی افراد پرداخت، نظریه پدرسالاری است.

یکی از اصولی که دخالت دولت‌ها و اعمال محدودیت بر آزادی شهروندان را توجیه می‌کند، نظریه پدرسالاری است. آموزه و اصل پدرسالاری این اجازه را به دولت می‌دهد تا با هدف دور نگه داشتن شهروندان از آسیب و زیان یا با هدف رسیدن آنها به خیر و رفاه بیشتر به شکل مصلحت‌اندیشانه‌ای آزادی و خودمختاری‌شان را سلب یا محدود کند.^۵ برخلاف آنچه در اصل ضرر گفته شد، در این نظریه دولت‌ها با هدف اجتناب از آسیب و ضرر شهروندان به خود نیز آزادی آنان را سلب یا محدود می‌کنند. بنابراین در این نظریه دولت‌ها با رویکردی قیم‌مآبانه نه فقط در شرایطی که

۱. انصاری، مرتضی ابن محمد امین، *المکاسب*، جلد ۵، قم: دهقانی، ۱۳۷۲، ص ۳۷۳.

۲. بهرامی احمدی، حمید، «آیا قاعده لاضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۰، شماره ۱، ۱۳۸۸، ص ۲۷.

۳. Kant, Immanuel, "Idea for a Universal History with a Cosmopolitan purpose", in R. Geuss and Q. Skinner (eds.). *Kant: Political Writings*, Cambridge University Press, 1989, P 45.

۴. Paternalism

۵. Zalta, Edward. N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, Available at: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/paternalism/>.

امکان ضرر به دیگری وجود دارد، بلکه در شرایطی که امکان ضرر به خویشتن نیز وجود دارد، خود را محق به ورود و دخالت می‌داند. در مواردی در تعریف پدرسالاری حقوقی گامی فراتر برداشته شده و آن را عملکردی قانونی معرفی کرده‌اند که نه تنها می‌کوشد افراد را از آسیب رساندن به خود بازدارد، بلکه حتی آنها را در جهت سود رساندن به خود مجبور می‌کند.^۱ قانون پدرسالارانه مردم را در برابر ضرر زدن به خودشان حمایت می‌کند؛ به این ترتیب که سلامتی و آسایش آنها را بر آزادی عملشان ترجیح می‌دهد.^۲ طرفداران پدرسالاری منافع مردم از جمله زندگی، سلامتی و آسایش را بر آزادی‌شان ترجیح می‌دهند. این عقیده را این گونه می‌توان تفسیر کرد که از آنجاکه همه انسان‌ها یک هدف غایی دارند، مقاصد همه انسان‌های عقلایی به ضرورت باید با الگویی واحد و هماهنگ و کلی انطباق پذیر باشد. این الگو را برخی از مردم بهتر و روشن‌تر از دیگران می‌توانند دریابند و چون همه مردم سرانجام باید به این مرحله از کمال برسند، برحسب طبیعت یکسان و مشترک خود از قوانین عقلایی پیروی خواهند کرد. بدین گونه در همان حال که پیرو قانون‌اند، به آزادی کامل دست خواهند یافت.^۳

براساس این نظریه، دولت به عنوان نماینده جامعه این اختیار را با نظر گرفتن مصلحت افراد جامعه و با هدف دفع ضرر به جای آنان تصمیم‌گیری کند و عملاً جایگزین آزادی و اراده ایشان گردد. البته این واقعیت را باید در نظر داشت که در حال حاضر جوامع در عرصه مسائل بهداشتی و پزشکی در حال عبور از این نظریه‌اند و اصل احترام به استقلال به عنوان اصل محترم و قابل ستایش برای کاهش نوعی از پدرسالاری، که در جنگ جهانی دوم موجب فریب یا اجبار عمومی برای شرکت در یک آزمایش فراگیر شد، تلاش می‌کنند.^۴ در حال حاضر پزشک موظف است اطلاعات لازم درخصوص بیماری و درمان و سایر مداخلات پزشکی را در اختیار فرد قرار دهد و تابع تصمیم او باشد. در این راستا، انجمن بهبود خدمات حمایتی فدراسیون‌های مستقل^۵ بر احترام بر تصمیم بیماران و والدین آنان (درخصوص کودکان) تأکید دارد. از این رو می‌توان نتیجه گرفت این نظریه حداقل در عرصه مسائل پزشکی و بهداشتی روبه‌افول است و نه فقط پزشک و کادر درمان، بلکه هیچ نهاد دیگری در حوزه انتخاب گزینه‌های پزشکی و درمانی نمی‌تواند نقشی قیم‌آبانه ایفا کند و جایگزین اراده افراد شود. باین حال، حتی در این نگرش تندرو نیز دولت‌ها از این نقش قیم‌آبانه خود فقط با وجود یک ضرر و در جهت دفع آن می‌توانند استفاده کنند.

۳. حق بر سلامت^۶

حق بر سلامت به عنوان حقی شناخته شده در بسیاری از اسناد حقوقی مورد تأکید قرار گرفته است. این اسناد ضمن شناسایی حق بر سلامت مواد خود را به گونه‌ای تنظیم و تدوین کرده‌اند که بیانگر این حقیقت آشکار است که تأمین این حق و نفع جامعه مستلزم پیروی از قواعد و تنظیم سازوکارهایی است که بخشی از آن پیش‌بینی امکان وضع محدودیت‌ها

۱. موراوتر، توماس، *فلسفه حقوق (مبانی و کارکردها)*، ترجمه بهروز جندقی، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۷۶.

۲. رضایی زادفر، بهناز، «حریم خصوصی و نظریه پدرسالاری حقوقی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، گیلان: دانشگاه گیلان، ۱۳۹۲، ص ۲۰.

۳. برلین، آیزایا، *چهار مقاله در باب آزادی*، ترجمه محمد علی موحد، تهران: خوارزمی، چاپ اول، ۱۳۶۸، ص ۲۸۰.

۴. Saad, Toni C. "The history of autonomy in medicine from antiquity to principlism", *Medicine Health Care and Philosophy*, Volume 10, Issue 3, 2017, P 2.

۵. AIMS

۶. Right to Health

بر حریم خصوصی افراد در جهت تأمین حق بر سلامت همگانی است.

اساسنامه سازمان جهانی بهداشت^۱ در مقدمه خود سلامت را عبارت از «برخورداری از آسایش کامل جسمی، روانی و اجتماعی» و نه فقط نداشتن بیماری و نقص عضو تعریف می‌کند. همین مقدمه حکومت‌ها را مسئول حفظ سلامتی ملل خودشان معرفی می‌کند. این درحالی است که عنوان می‌کند دولت‌ها نمی‌توانند این مسئولیت را محقق کنند، مگر در سایه انجام اقدامات صحتی و اجتماعی متناسب.

تقریباً در تمام اسناد حقوق بشری بین‌المللی نیز بر حق برخورداری از بالاترین استانداردهای ممکن بهداشتی تأکید شده است. از جمله مهم‌ترین آنان میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۲ است که بیان می‌کند سطح قابل قبولی از سلامت وجود دارد که هر فردی مستحق بهره‌مندی از آن است و نسبت به اوضاع و احوال می‌تواند متغیر باشد. بند دوم ماده ۱۲ این سند مقرر می‌دارد که به‌منظور تضمین حق فردی بر سلامت، دولت‌ها باید اقدامات لازم را برای تضمین «پیشگیری و درمان بیماری‌های همه‌گیر» انجام دهند.

در سال ۲۰۰۰ «نظریه عمومی شماره ۱۴» میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی» مبتنی بر ماده ۱۲ آن در بند ۸ اعلام می‌کند^۳ که حق بر سلامت به‌معنای سالم بودن نیست، بلکه به‌معنای دارا بودن آزادی در کنترل سلامت و جسم خود است.

این نظریه ازسوی کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی درخصوص این ماده و تفسیر بهره‌مندی از بالاترین استانداردهای سلامت جسمی و روحی به‌طور مفصل منتشر شده است و حق بر سلامت را متشکل از سطوح مختلفی معرفی می‌کند.

طبق بند ۳۳ نظریه عمومی شماره ۱۴ میثاق سطح اول^۴ از حق بر سلامت متضمن نوعی آزادی فردی است؛ به این معنا که هرکسی حق دارد از انجام آزمایش‌ها یا معالجات پزشکی اجباری^۵ بر جسم خویش ممانعت کند. سطح دوم^۶ این حق به این معناست که دولت‌ها موظف‌اند اقدامات ضروری برای حمایت از حق بر سلامت مردم در برابر مداخله اشخاص ثالث را انجام دهند.^۷

۱. اساسنامه سازمان جهانی بهداشت در ماده ۱ هدف خود را دستیابی مردم به بیشترین سطح سلامت ممکن بیان می‌کند. وظیفه اصلی این سازمان مبارزه با بیماری‌ها مخصوصاً بیماری‌های مسری شایع و ارتقای سلامت عمومی مردم جهان است. ایران با تصویب قانون اجازه الحاق دولت ایران به سازمان بهداشت جهانی در اول خرداد ماه ۱۳۲۷ به چهار سند ضمیمه تنظیم‌شده در کنفرانس بین‌المللی بهداشت متعهد شده است. این چهار سند عبارت‌اند از: سند نهایی کنفرانس بین‌المللی بهداشت، اساسنامه سازمان بهداشت جهانی، آیین‌نامه تأسیس کمیسیون موقت سازمان بهداشت جهانی، پروتکل مربوط به اداره بین‌المللی بهداشت عمومی.

۲. این میثاق در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ (برابر با ۲۵ آذر ۱۳۴۵) به تصویب سازمان ملل متحد رسیده و همچنین مجلس شورای ملی ایران در تاریخ ۱۷ اردیبهشت ۱۳۵۴ آن را مصوب کرده است.

۳. General Comment No. 14 on the highest attainable standard of health, The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2000, p 2.

۴. Committee on Economic, Social and Cultural Rights Twenty-Second Session Geneva, 25 april-12 may 2000.

۵. Obligations to Respect

۶. Non-Consensual Medical Treatment

۷. Obligations to Respect

۸. عباسی، محمود، راحله رضایی و غزاله دهقانی، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه حقوق پزشکی، دوره ۸، شماره ۳۰، ۱۳۹۳، ص ۱۸۶.

سطح سوم^۱ از سلامت متضمن استحقاقات^۲ افراد است. انسان حق دارد که در محیط و جامعه‌ای سالم و امن زندگی کند؛ چراکه برخورداری از محیط زندگی و اجتماع سالم، لازمه رشد بالنده انسان است.^۳

بر این اساس، دولت‌ها مکلف‌اند با تعریف نظام کارآمد سلامت، که دربردارنده برنامه‌های جامع و کاربردی در راستای حمایت از سلامت جامع و ارتقا بهداشت عمومی و جلب منافع عمومی و دفع ضرر از جامعه است، گام بردارند.

این سطح‌بندی می‌تواند به حل و فصل تعارض حق بر سلامت در دو جایگاه حق بر سلامت افراد (سطح لزوم احترام به استقلال افراد در امر سلامت خود) و حق بر سلامت جامعه (سطح لزوم محافظت و اجرای حق بر سلامت برای همگان) کمک کند و با در نظر گرفتن حق بر سلامت به‌عنوان امری چندلایه بین کارکردها و آثار مختلفی که حق بر سلامت دارد تعادل برقرار کند. در سطح سوم از تعریف حق بر سلامت، می‌توان به این تحلیل رسید که اقدامات محدودکننده دولت‌ها در جهت دفع ضرر از سلامت افراد به‌عنوان سطحی از حق بر سلامت (محافظت از سلامت افراد جامعه) در مقابل حق ایشان بر انتخاب خودمختارانه روش‌های درمانی در زمان شیوع بیماری‌های فراگیر به‌عنوان سطح دیگری از حق بر سلامت دارای توجیه حقوقی است و از این ظرفیت می‌توان در جهت تقویت این نظریه، که اعمال محدودیت بر حریم خصوصی افراد در جهت کنترل بحران بهداشتی حادث شده دارای مبنای حقوقی است، استفاده کرد.

بنابراین اگر امکان ابتلا به بیماری و کاهش سطح سلامت عمومی را ضرر بدانیم دولت‌ها مکلف‌اند برای دفع این ضرر و حمایت از سلامت عمومی اقداماتی را انجام دهند که گاه در تعارض با آزادی و حریم خصوصی افراد قرار می‌گیرد؛ اما از آنجاکه دفع این ضرر برای دولت‌ها به‌عنوان یک تکلیف تعریف شده و در نتیجه ایجاد مسئولیت می‌کند در چنین موقعیتی حفظ سلامت عمومی به مثابه یک حق بنیادین یک وظیفه است.

۴. منافع عمومی

بحث منافع فردی و مصالح جمعی و تعارض میان آن دو سابقه‌ای غنی در ادبیات علوم انسانی و اجتماعی دارد.^۴ می‌توان منفعت عمومی را چیزی تعریف کرد که برای عموم اعضای جامعه ارزشمند و سودمند است و همگان امکان بهره‌مندی از آن را به‌طور بالقوه خواهند داشت.^۵ همچنین منافع عمومی را می‌توان اصلی‌ترین جزو دموکراسی و یکی از نتایج ارتقای جوامع مدنی و شکل‌گیری حکومت‌های دموکراتیک در عصر کنونی دانست.^۶

این نوشتار با بهره‌گیری از دو نظریه به بررسی این موضوع می‌پردازد که در موقعیت‌هایی ایجاد ضرر فردی در نهایت نفع تک‌تک افراد جامعه را تأمین می‌کند.

^۱. Obligations to Fulfil

^۲. Entitlements

^۳. جاوید، احسان و صابر نیاورانی، «قلمرو حق بر سلامتی در نظام بین المللی حقوق بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۵، شماره ۴۱، ۱۳۹۳، ص ۵۲.

^۴. جوادی یگانه، محمدرضا و سید ضیا هاشمی، «نگاهی جدید به مناقشه فردگرایی و جمع گرایی در جامعه‌شناسی»، مجله نامه علوم اجتماعی، دوره ۱۶، شماره ۳۳، ۱۳۸۷، ص ۱۳۲.

^۵. Pia, Jeanne and Mifsude Bonnici. "Reflections on the Use of Data and Bodily Material of Deceased Person for Medical Research Under Belgain, Dutch and English Law", *European Journal of Comparative Law and Governance*, Volume 1, Issue 2, 2014, P 128.

^۶. میرشکاری، عباس و علیرضا فتاحی کتی لته، «امکان‌سنجی شناسایی جامعه به‌عنوان صاحب حق نسبت به حریم خصوصی درگذشتگان با مطالعه تطبیقی»، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۲۵۱.

۴.۱. دوراهی اجتماعی

در سال ۱۹۵۰ روان‌شناس آمریکایی به نام داوز^۱ اصطلاح دوراهی اجتماعی^۲ را مطرح کرد. بر این اساس، موقعیتهایی وجود دارد که در آن رفتار فرد بر دیگران اثر می‌گذارد؛ یعنی نفع فردی کوتاه‌مدت در تعارض با نفع جمعی بلندمدت قرار می‌گیرد. براساس مدل دوراهی اجتماعی داوز، هر فرد با انتخاب گزینه عدم همکاری اجتماعی نفع بیشتری را بدون در نظر گرفتن سایر افراد جامعه جلب می‌کند. اما اگر همه همکاری کنند همه افراد منفعت بیشتری می‌برند.^۳ در فرهنگ روان‌شناسی پنگوئن^۴ دوراهی اجتماعی موقعیتی است که فرد با عدم رعایت هنجارهای اجتماعی بیشترین نفع را می‌برد، اما اگر همه افراد چنین کنند همگی متضرر می‌شوند.

با استفاده از این مدل روان‌شناسی می‌توان مبنایی برای ترجیح نفع جمعی نسبت به نفع شخصی افراد معرفی کرد؛ به این معنا که تأمین نفع جمعی مساوی با تأمین نفع همه افراد است. اگر تلاش کنیم مبنایی حقوقی برای منافع عمومی در مواجهه با انتخاب‌های شخصی افراد بیابیم، می‌توان چنین استنباط کرد که دنبال کردن نفع شخصی کوتاه‌مدت (مثلاً خودآیینی افراد در دریافت مداخلات بهداشتی) به زیان جمعی خواهد انجامید (محور مدل دوراهی اجتماعی). با پذیرش رویکرد انتخاب‌های عقلانی می‌توان نتیجه گرفت افراد به دنبال کسب بیشتر منافع شخصی‌اند و این نفع شخصی در تأمین نفع جمعی بلندمدت بهتر تأمین می‌شود. کنشگر بین انتخاب نفع کوتاه‌مدت شخصی یا بلندمدت جمعی که خود نیز عضوی از آن است قرار دارد و در واقع افراد از تأمین نفع جمعی، خود نیز منتفع می‌شوند. در این مدل بر مضر بودن هر دو گزینه پیش‌رو تأکید شده، به همین دلیل انتخاب برای او دشوار است و مفهوم دوراهی معنا می‌یابد. مانند موقعیتی که فرد بیمار بین استفاده از ماسک (به ضرر خود) یا نزدن ماسک (به ضرر جامعه) قرار می‌گیرد، اما در نهایت با اجبار به انتخاب گزینه‌ای که نفع اجتماع را در پی دارد دست می‌زند.

۴.۲. اراده عام

طرح «اراده عام»^۵ ازسوی روسو^۶ که ناظر به حل یکی از معضلات پابرجا فلسفه سیاسی و اجتماعی مدرن است، بر این مبنا استوار است که چگونه می‌توان آزادی فردی را با اطاعت از قانون و نظم اجتماعی با هم جمع کرد. در نظریه روسو، هر فرد با اطاعت از اراده عام در واقع از اراده خود تبعیت می‌کند نه از اراده یک نیروی بیرونی. بنابراین هرکس با اطاعت از قانونی که مبین اراده عام است، از عقل خود و از اراده حقیقی خود پیروی کرده است و پیروی کردن از عقل و اراده خود یعنی آزاد بودن.^۷

طبق این نظریه، خرد و اراده جمعی اجتماع به‌عنوان قدرتی درونی و نه یک اجبار بیرونی مصلحت و نفع جامعه را تشخیص می‌دهد و به دولت‌ها این اختیار را می‌دهد که نفع شخصی افراد که در این نوشتار حریم خصوصی را شامل می‌شود، مورد خدشه قرار دهد.

^۱. Robyn M Dawes

^۲. Social Dilemma

^۳. جوادی یگانه و هاشمی، پیشین، ص ۱۴۰.

^۴. Reber, A. S. The Penguin Dictionary of Psychology. London: Penguin Books, 1985, p 219.

^۵. General Will (in france: Volonté générale.)

^۶. Jean-Jacques Rousseau

^۷. کاپلستون، فردریک چالز، تاریخ فلسفه: از ولف تا کانت، جلد ۶، ترجمه اسماعیل سعادت و منوچهر بزرگمهر، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی و انتشارات سروش، ۱۳۹۵، ص ۸۶.

به‌طور کلی سلامت عمومی در مقابل لزوم احترام به خودآیینی افراد جامعه شامل تعارضی اساسی است؛ اما نظریه دوراهی اجتماعی و همچنین اراده عام و خودآیینی جمعی می‌تواند در توجیه امکان نقض یا تحدید حریم خصوصی به بهای حفظ سلامت عمومی بسیار راهگشا باشد. این دو نظریه به‌نوعی توجیه‌گر این اصل‌اند که تأمین نفع و دفع ضرر جمعی در حقیقت دربردارنده تأمین نفع و دفع ضرر فردی است و خرد جمعی پذیرای این امر است که در موازنه میان نفع و ضرر نه تنها مصالح جمع را بر فرد ترجیح می‌دهد، بلکه خواست جمع در حقیقت تبلور خواست و اراده تک‌تک افراد جامعه است و این حقیقت خود را در آنجا نشان می‌دهد که همگان از غلبه خرد جمعی منتفع می‌شوند.

نتیجه‌گیری

در زمان شیوع بیماری‌های فراگیر و در حوزه دریافت خدمات درمانی و بهداشتی، اگرچه مختار بودن مثلاً در آزادی درمان یا واکسیناسیون یک اصل است، اما با تدقیق در موضوع و مطالعه نظریه‌های مختلف می‌توان نتیجه گرفت دولت‌ها نه تنها می‌توانند، بلکه مکلف‌اند در زمان بروز تعارض منافع افراد جوامع علی‌الخصوص در موضوعات شکننده‌ای همچون حقوق بنیادین، که ارتباط مستقیم با تمامیت جسمی و شخصیت ایشان دارد، ورود پیدا کنند و به تدوین مقررات محدودکننده از جمله وضع محدودیت تردد یا واکسیناسیون اجباری دست بزنند. گرچه اعمال این محدودیت‌ها نیازمند بازتعریف سازوکارهای اصولی و قانونی است که خارج از موضوع این نوشتار است، در گام نخست پذیرش امکان مداخله دولت‌ها نیازمند بررسی و تبیین مبانی آن است؛ مبانی‌ای که در جهت پذیرش امکان وضع محدودیت بر استقلال فردی در زمان بحران‌های بهداشتی در این پژوهش بررسی شده است؛ شامل نخست، دفع ضرر در قالب سه نظریه اصل ضرر، آزادی منفی و قاعده لاضرر؛ دوم، نظریه پدرسالاری؛ سوم، حق بر سلامت به‌عنوان مفهومی چندلایه و چهارم نظریه منافع عمومی به مدد دو نظریه دوراهی اجتماعی و اراده عام است که در نهایت نگارندگان را به این باور سوق می‌دهد که تنها و تنها عاملی که می‌تواند استقلال و آزادی افراد و نفع ایشان را محدود کند، ممانعت از ورود ضرر به دیگران یا جلب منفعتی عام‌الشمول است. بدین ترتیب نقطه موازنه میان نفع و ضرر همان جایی است که دولت‌ها با این استدلال که توانسته‌اند میان دو حق متعارض تعادل برقرار کنند، مجوز خدشه به استقلال افراد را پیدا می‌کنند؛ بنابراین هر عاملی که مانع برقراری این تعادل و موازنه شود، در حقیقت به این معناست که نقض خودآیینی و استقلال فردی فاقد توجیه حقوقی است.

نظام‌های حقوقی در هر کجا که دفع ضرر یا جلب نفع عمومی منطبق بر منطق حقوقی مطرح می‌شود، انعطاف از خود نشان می‌دهند و استقلال فردی را محدود می‌کنند. می‌توان ادعا کرد در حوزه مورد بحث جلب منفعت و دفع ضرر حوزه نسبتاً یکسانی را دربرمی‌گیرند؛ بدین معنا که به‌طور مثال در مدیریت بحران حادث شده جلوگیری از انتشار آلودگی به‌مثابه دفع یک ضرر و ایمن‌سازی افراد یا محیط‌ها به‌مثابه جلب یک منفعت هر دو عاملی است که منطق حقوقی ارجحیت آن بر حفظ استقلال فردی را می‌پذیرد. همچنین موازنه میان نفع و ضرر در باب موضوع مورد بحث بدین معناست که جلب منفعت همواره با میزانی از ضرر همراه است، اما دقیقاً نقطه تعادل میان این نفع و ضرر همان جایی است که اندیشمندان بر آن توافق دارند و مبنای پذیرش نقض استقلال فردی را در آنجا ترسیم کرده‌اند. بنابراین آنچه ترسیم‌کننده میزان انعطاف‌پذیری نظام حقوقی و قانونی در مقابل خدشه‌ناپذیری استقلال فردی است، موازنه و نقطه تعادلی است که حاصل توجه به نفع و ضرر عمومی است و این فرضیه حاصل رویکردی است که نظریه‌پردازان مختلف برگرفته از خرد جمعی و منطق متعارف بشری ارائه کرده‌اند.

همه مبانی ذکر شده می‌تواند به‌نوعی امکان نقض استقلال فردی در زمان بیماری‌های فراگیر و بحران‌های بهداشتی را توجیه کند و در واقع در برخی از زمینه‌ها با یکدیگر هم‌پوشانی نیز دارند و به اشکال مختلف مفهوم «نفع و ضرر» محور همه آنها را تشکیل می‌دهد. باین‌حال تأمین نفع عمومی به‌عنوان یک عامل متری می‌تواند به‌مثابه تأمین سلامت و نفع تک‌تک افراد جامعه تلقی شود و عقل سلیم و جمعی بشر می‌تواند پذیرای این نظر باشد که تأمین نفع جمعی در ازای تحدید نفع فردی نه به‌مثابه ایجاد ضرر برای فرد، بلکه به‌معنای جلب نفع همگانی و در نتیجه موجد نظم و رضایت عمومی است. در بحث تعارض منافع بین نقض یک حق، ولو بنیادین و اساسی، و ورود ضرر به دیگری منطق یک انسان متعارف اولویت نهادن بر دفع ضرر را می‌پذیرد. بنابراین نظریه منافع عمومی موازنه میان دفع و ضرر را به بهترین شکل ممکن بیان می‌کند؛ به این شکل که جلب نفع عمومی لزوماً با ایراد ضرر فردی همراه نیست، بلکه در حقیقت خرد جمعی خود پذیرای جلب نفع عمومی است و جامعه با تحدید استقلال فردی همسو می‌شود و خود را ناگزیر از پذیرش یک ضرر نمی‌بیند.

منابع

فارسی

کتاب

۱. برلین، آیزایا، *چهار مقاله در باب آزادی*، ترجمه محمد علی موحد، تهران: خوارزمی، چاپ اول، ۱۳۶۸.
۲. کاپلستون، فردریک چالز، *تاریخ فلسفه: از ولف تا کانت*، جلد ۶، ترجمه اسماعیل سعادت و منوچهر بزرگمهر، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی و انتشارات سروش، ۱۳۹۵.
۳. مصطفوی، سید کاظم، *قواعد فقه*، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۴. موراوتر، توماس، *فلسفه حقوق (مبانی و کارکردها)*، ترجمه بهروز جندقی، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۷.

مقاله

۵. بهرامی احمدی، حمید، «آیا قاعده لاضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۰، شماره ۱، ۱۳۸۸، صص ۵-۲۹.
۶. جاوید، احسان و صابر نیاورانی، «قلمرو حق بر سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۵، شماره ۴۱، ۱۳۹۳، صص ۴۷-۷۰.
۷. جعفرزاده، یوسف و نصراله امین کلپیر، «دخالت دولت در حریم خصوصی افراد در حقوق شهروندی»، *نشریه مطالعات حقوق شهروندی*، شماره ۱۷، ۱۳۹۹، صص ۲۱۱-۲۲۴.
۸. جوادی یگانه، محمدرضا و سید ضیا هاشمی، «نگاهی جدید به مناقشه فردگرایی و جمع‌گرایی در جامعه‌شناسی»، *مجله نامه علوم اجتماعی*، دوره ۱۶، شماره ۳۳، ۱۳۸۷، صص ۱۳۱-۱۶۱.
۹. جوادی، محسن و سید محمد حسینی سورکی، «جان استوارت میل و یگانه اصل محدودکننده آزادی»، *نشریه علوم سیاسی*، دوره ۲۰، شماره ۷۸، ۱۳۹۶، صص ۱۰۹-۱۳۰.
۱۰. حدادزاده شکبیا، علی، «ارتقا کیفی رفاه اجتماعی جامعه ایرانی در پرتو مدیریت تعارض منافع با تکیه بر مطالعه فقه امامیه و اصل ضرر در نظام حقوقی غرب»، *پژوهشنامه فقه اجتماعی*، دوره ۹، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۱-۲۴.
۱۱. حسینی بهشتی، علیرضا و سمیه ملکی، «نسبت بین آزادی فردی و رفاه اجتماعی در اندیشه جان استوارت میل و آمارتیا سن»، *دوفصلنامه پژوهش سیاست نظری*، دوره ۱۶، شماره ۲۹، ۱۴۰۰، صص ۹۵-۱۳۴.

۱۲. سلطانی، اسحاق و رضا خراسانی، «طرح مفهوم آزادی منفی و نقد آن بر اساس مبانی قرآنی علامه طباطبائی»، *فصلنامه جستارهای سیاسی معاصر*، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۱۱۳-۱۴۰.
۱۳. شریفی، مصطفی، محمدتقی قبولی درافشان و محمدرضا علمی سولا، «امکان سنجی تمسک به قاعده لاضرر به عنوان مبنای خیار غبن؛ با تأکید بر شمولیت لاضرر در امور عدمی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۴، شماره ۹۶، ۱۴۰۰، صص ۱۸۷-۲۰۳.
۱۴. عباسی، محمود، راحله رضایی و غزاله دهقانی، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، دوره ۸، شماره ۳۰، ۱۳۹۳، صص ۱۸۳-۱۹۹.
۱۵. میرشکاری، عباس و علیرضا فتاحی کتی لته، «امکان سنجی شناسایی جامعه به عنوان صاحب حق نسبت به حریم خصوصی درگذشتگان با مطالعه تطبیقی»، *پژوهشنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۲۴۲-۲۶۰.

پایان نامه

۱۶. رضایی زادفر، بهناز، «حریم خصوصی و نظریه پدرسالاری حقوقی»، پایان نامه کارشناسی ارشد، گیلان: دانشگاه گیلان، ۱۳۹۲.

عربی

کتاب

۱۷. انصاری، مرتضی ابن محمد امین، *المکاسب*، جلد ۵، قم: دهقانی، ۱۳۷۲.
۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق.

References

Books

1. Ansari, Morteza Ibn Mohammad Amin, *Al-Makasib*, Volume 5, Qom: Dehaghani, 1993. (in Arabic)
2. Berlin, Isaiah, *Four Articles on Freedom*, Translated by: Mohammad Ali Movahed, Tehran, Kharazmi, First Edition, 1989. (in Persian)
3. Copleston, Frederick Charles, *History of Philosophy: From Wolf to Kant*, Volume 6, Translated by: Esmaeil Sa'adat and Manouchehr Bozorgmehr, Tehran: Scientific & Cultural Publishing Company and Soroush Publications, 2016. (in Persian)
4. Kolayni, Mohammad bin Yaghoub, *Al-Kafi*, Tehran: Islamic Bookstore, 1986. (in Arabic)
5. Mackenzie, C. *On Bodily Autonomy, Handbook of Phenomenology and Medicine*, Edited by: S. Kay Toombs, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001.
6. Mill, John O. *On Liberty and Other Essays*. London: Oxford University Press, 1998.
7. Morawitz, Thomas, *Philosophy of Law (Fundamentals and Functions)*, Translated by: Behrouz Jandaghi, Seminary and University Research Institute, First Edition, 2008. (in Persian)
8. Mostafavi, Sayyed Kazem, *Rules of Jurisprudence*, Tehran: Mizan, 2014. (in Persian)
9. Reber, A. S. *The Penguin Dictionary of Psychology*. London: Penguin Books, 1985.
10. Zalta, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016. Available at: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/paternalism/>.

Articles

11. Abbasi, Mahmoud, , Rahleh Rezaei and Ghazaleh Dehghani, "Concept and Situation of the Right to Health in Iran Legal System", *Medical Law Quarterly*, Volume 8, Issue 30, 2014, PP 183-199. (in Persian)

12. Bahrami Ahmadi, Hamid, "Does the Rule of Do No Harm to the Rulings of the Government Exist?", *Research Letter of Islamic Law Research*, Volume 10, Issue 1, 2009, PP 5-29. (in Persian)
13. Haddad-Zadeh Shakiba, Ali, "Qualitative Improvement of Social Welfare of Iranian Society in the Light of Conflict of Interests Management, Relying on a Comparative Study of the No-Harm Principle in Imami Jurisprudence and the Harm Principle in the Western Legal System", *Research Letter of Social Jurisprudence*, Volume 9, Issue 2, 2021, PP 1-24. (in Persian)
14. Hosseini Beheshti, Alireza and Somayeh Maleki, "The Relationship Between Individual Freedom and Social Welfare in the Thought of John Stuart Mill and Amartya Sen", *Bi-Quarterly Journal of Theoretical Politic Research*, Volum 16, Isse 29, 2021, PP 95-134. (in Persian)
15. Ja'farzadeh, Yousef and Nasrollah Amin Kaleebar, "State Interference in Individuals' Privacy in Civil Rights, *Journal of Civil Rights Studies*, Winter 2019, Issue 17, pp. 211-224. (in Persian)
16. Javadi Yeganeh, Mohammad Reza and Sayyed Zia Hashemi, "A New Look at the Conflict Between Individualism and Collectivism In Sociology", *Journal of Social Science Letter*, Volume 16, Issue 33, 2008, PP 131-161. (in Persian)
17. Javadi, Mohsen and Seyyed Mohammad Hosseini Soraki, "John Stuart Mill and the Only Principle Limiting Freedom", *Journal of Political Science*, Volume 20, Issue 78, 2017, PP 109-130. (in Persian)
18. Javid, Ehsan and Saber Niavarani, "The Domain of the Right to Health in the International Human Rights System", *Public Law Research Quarterly*, Volume 15, Issue 41, 2014, PP 47-70. (in Persian)
19. Kant, Immanuel, "Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose", in R. Geuss and Q. Skinner (eds.). *Kant: Political Writings*, Cambridge University Press, 1989.
20. Mirshekari, Abbas and Alireza Fattahi Kati Lete, "Feasibility Study of Identifying Society as the Owner of the Right to the Privacy of the Deceased with a Comparative Study", *Comparative Law Research Letter*, Volume 5, Issue 2, 2021, PP 242-260. (in Persian)
21. Pia, Jeanne and Mifsude Bonnici. "Reflections on the Use of Data and Bodily Material of Deceased Person for Medical Research Under Belgain, Dutch and English Law", *European Journal of Comparative Law and Governance*, Volume 1, Issue 2, 2014, PP 120-129.
22. Saad, Toni C. "The History of Autonomy In Medicine From Antiquity To Principlism", *Medicine Health Care and Philosophy*, Volume 10, Issue 3, 2017, PP 1-14.
23. Sharifi, Mostafa, Mohammad Taghi Ghabouli Dorafshan, Mohammad Reza Elmi Sola, "The Feasibility of Relying on No- Harm (La Zarar) Rule as a Basis for the Option of Deception (Emphasizing the No-Harm (La Zarar) Involvement in the Absent Affairs)", *Legal Research Quarterly*, Volume 96, Issue 24, 2009, PP 187-203. (in Persian)
24. Soltani, Eshagh and Reza Khorasani, "The Concept of Negative Freedom and Its Criticism Based on the Quranic Foundations of Allameh Tabatabaei", *Quarterly Journal of Contemporary Political Essays*, Volume 13, Issue 1, 2002, PP 113-140. (in Persian)

Thesis

25. Rezaei Zadfar, Behnaz, "Privacy and the Theory of Legal Patriarchy", Master's Thesis, *Gilan: University of Gilan*, 2013. (in Persian)

Documents

26. General Comment No. 14 on the highest attainable standard of health , The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2000.
27. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 1966.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Legal Analysis of Joint Work in the Software Industry with a Comparative View

Parviz Savrai¹

ABSTRACT

Computer programs are often written by a team of software programmers, the classic example being program code written by two or more programmers, each of whom incorporates ideas, expressions, text and editorial changes into the source code or binary code. In such a situation, the rights arising from the jointly produced program will generally belong to the authors. The conditions and consequences of ownership and especially the instances of a joint work, in the case of software, are not very clear and may differ from country to country. Understanding the criteria and requirements of a joint work is very important both for authors and for those who wish to explore the complexities and legal ambiguities surrounding it. In this article, the conditions of the joint work in software and the key requirements for its realization, including the common intention of the parties, inseparability and significant contribution in the creative expression of the joint work in the software industry and its examples and the cases that are not considered joint works in the legal sense, have been discussed. This article, highlights the importance of coding in the realization of a joint work in a computer program and clarifies that activities such as participating in training, editing, research assistance, expressing ideas, suggestions, recommendations, interviews, cooperation in software testing and contribution to the main content of the software, are generally not considered as contribution in software creation. Some of the questions that arise in connection with these complexities and ambiguities include: What are the key conditions and requirements for realizing a joint work? Are these requirements the same in all legal systems? What I have tried to answer in this article is the important question of how are examples of collaboration in the software industry realized? This question raises two other questions: Has the alleged co-author made a creative contribution that represents his or her own originality? What should the nature of this contribution be? Although we are faced with legal gaps and weak legal literature in the Iranian legal system, we can answer the aforementioned questions by interpreting existing legal rules and principles and using accepted standards and experiences of other countries, especially their case law. In answering the above questions, the author has tried to use the comparative method and compare the regulations of the legal systems and case law of countries. From the above comparative discussions, I have found out that in order to enjoy the protection provisions of copyright in a joint work, the contributions of the creators must go beyond the mere expression of ideas. The contribution must be such that the main ideas, algorithms and instructions are embodied in the form of computer codes. The work is considered a joint work, when it generally meets these key requirements: 1- The creation of a joint work must be based on objective and legal facts, implying the mutual intentions of the parties. 2- The contributions of the creators must be intertwined and inseparable, otherwise, the joint work will generally not be achieved (with the exception of France). 3- Although the contributions do not have to be the same in terms of "quantity

How to Cite: Savrai, Parviz, "Legal Analysis of Joint Work in the Software Industry with a Comparative View", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:73-90.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237289.2793>

Received: 19/10/2024-Accepted: 22/07/2025

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: p-savrai@sbu.ac.ir



Copyright: © 2025 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/>).

and quality", in order to fulfill the criterion of originality, the contribution of each creator must be significant and creative. Considering the importance of coding in software collaboration, the following actions will not lead to the realization of a joint work: First, mere training, guidance, negotiation, and interviewing are not sufficient to achieve a joint work. Secondly, in cases where the contribution is merely in the form of expressing ideas or suggestions and the author is free to accept or reject them, this does not grant the contributor, the right to be considered as a co-creator. Without assistance in structuring the computer program, ideas, suggestions, and recommendations, no matter how useful they are, do not lead to the realization of a joint work. If the activity of only one contributor leads to the production of a creative work, the role of another may be reduced to the level of an editor or scribe. Thirdly, actions such as technical, advisory, organizational or financial assistance, supervision and facilitation of official registration of the program, due to the lack of creative contribution, are not considered contribution in the creation of a software work. To achieve the objectives of this article, the issues in question have been discussed in two sections with a comparative perspective. The first section is dedicated to explaining the concept of a joint work and the importance of its general elements, including common intention, inseparability, and significant contribution in the creative expression of the work. In the second section, the fundamental role and importance of coding in the creation of a joint work, the complexities of identifying creators and cases where participation is not considered legal are discussed.

KeyWords: Joint Work, Coding, Computer Program, Source Code, Object Code



تحلیل حقوقی اثر مشترک در صنعت نرم افزار با نگاه تطبیقی

پرویز ساورایی^۱

چکیده

اثر مشترک شکلی از همکاری است که در آن دو یا چند نفر در ایجاد اثر واحد مشارکت داشته باشند و مشارکت آنها درهم تنیده، غیرقابل تفکیک، اصیل و قابل توجه باشد؛ مانند نگارش کتاب یا مقاله تحقیقاتی، نگارش نتهای موسیقی یا کدهای نرم افزار. پدیدآورندگان مشترک در مالکیت اثر و حقوق مرتبط با آن، مانند حق تکثیر، توزیع، اجرا، یا اقتباس اثر، مشترکند. باین حال، اثر مشترک همچنین مسئولیتها و تعهدات خاصی مانند وظیفه حسابرسی، وظیفه وفاداری و وظیفه مراقبت را برای مؤلفین مشترک به همراه دارد. در این مقاله به شرایط اثر مشترک در نرم افزار و الزامات کلیدی تحقق آن از جمله قصد مشترک طرفین، تفکیک ناپذیری و مشارکت قابل توجه در بیان خلاقانه اثر و مصادیق آن در صنعت نرم افزار و مواردی را، که به معنای حقوقی، مشارکت محسوب نمی شوند، پرداخته شده است. در نهایت، این مقاله اهمیت کدنویسی در تحقق اثر مشترک در برنامه رایانه ای را مطرح و روشن می کند که فعالیت هایی از جمله مشارکت در امر آموزش، ویراستاری، دستیاری در امر پژوهشی، ابراز ایده ها، پیشنهادها، توصیه ها، مصاحبه ها، مشارکت در تست نرم افزار و کمک به محتوای اصلی نرم افزار عموماً به خودی خود و به معنای مشارکت در خلق نرم افزار تلقی نمی شوند. **کلید واژگان:** اثر مشترک، کدنویسی، برنامه رایانه ای، کد منبع، کد شیء.

استناد به این مقاله: ساورایی، پرویز، «تحلیل حقوقی اثر مشترک در صنعت نرم افزار با نگاه تطبیقی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۷۳-۹۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237289.2793>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۳۱

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

ایمیل نویسنده مسئول: p-savrai@sbu.ac.ir



Copyright: © 2025 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

برنامه‌های رایانه‌ای اغلب توسط تیمی از برنامه نویسان نرم‌افزار نوشته می‌شود که نمونه کلاسیک آن کدهای برنامه‌ای است که توسط دو یا چند برنامه‌نویس به رشته نگارش درمی‌آیند که هرکدام از آنها ایده و بیان، متن و تغییرات ویرایشی را در کدهای منبع یا کدهای باینری می‌گنجانند. در چنین وضعیتی، عموماً حقوق ناشی از برنامه تولید شده به‌طور مشترک متعلق به پدیدآورندگان خواهد بود. شرایط و نتایج مالکیت و خصوصاً مصادیق اثر مشترک در خصوص نرم‌افزار زیاد روشن نیست و در پاره‌ای از کشورها ممکن است با یکدیگر متفاوت باشند. درک معیارها و الزامات اثر مشترک هم برای پدیدآورندگان و هم برای کسانی که مایل‌اند پیچیدگی‌ها و ابهامات قانونی پیرامون آن را بررسی کنند بسیار مهم است.

برخی از پرسش‌هایی که درخصوص این پیچیدگی‌ها و ابهامات مطرح می‌شوند عبارت‌اند از:

شرایط و الزامات کلیدی تحقق اثر مشترک چیست؟

آیا این الزامات در کلیه نظام‌های حقوقی یکسان است؟

آنچه خصوصاً در این مقاله نیز سعی کرده‌ایم به آن پاسخ دهیم، این پرسش مهم است که مصادیق مشارکت در صنعت نرم‌افزار به چه صورت محقق می‌شود؟ این پرسش، دو پرسش دیگری را نیز مطرح می‌کند:

آیا نویسنده مشترک فرضی، مشارکت خلاقانه‌ای را ارائه کرده است که بیانگر ابتکار خود آن شخص باشد یا خیر؟

ماهیت این مشارکت به چه نحوی باید باشد؟

گرچه برای پاسخ به پرسش‌های مذکور در نظام حقوقی ایران با خلاءهای قانونی و ضعف ادبیات حقوقی، مواجهیم؛ بااین‌حال، می‌توان با تفسیر قواعد و اصول حقوقی موجود و استفاده از استانداردهای مورد قبول و تجارب کشورهای دیگر، خصوصاً رویه قضایی آنها، پاسخ پرسش‌های یادشده را داد. برای ناآل آمدن به اهداف این مقاله موضوعات مورد بحث را با نگاه تطبیقی در دو مبحث بحث کرده‌ایم:

در مبحث اول، به تشریح مفهوم اثر مشترک و اهمیت ارکان عمومی آن ازجمله قصد مشترک، تفکیک‌ناپذیری و مشارکت قابل‌توجه در بیان خلاقانه اثر پرداخته شده است. در مبحث دوم، درباره نقش و اهمیت اساسی کدنویسی در آفرینش اثر مشترک، پیچیدگی‌های تعیین پدیدآورندگان و مواردی که مشارکت به‌معنای حقوقی محسوب نمی‌شوند بررسی شده است.

۱. تشریح مفهوم اثر مشترک و اهمیت ارکان عمومی آن

۱.۱. تشریح مفهوم اثر مشترک

بیان شده است که هیچ تعریف استاندارد و مورد قبول همگان از اصطلاح «اثر مشترک» وجود ندارد؛^۱ بااین‌حال، گلدشتاین، حقوق‌دان برجسته امریکایی، معتقد است که در قوانین اکثر کشورها، در صورتی که دو یا چند نفر در خلق اثر واحد با یکدیگر همکاری داشته باشند؛ به‌عنوان پدیدآورندگان مشترک تلقی می‌شوند.^۲ طبق بند ۲ ماده ۲ دستورالعمل 2009/24/EC اتحادیه اروپا، اگر چند برنامه‌نویس در ایجاد یک برنامه رایانه‌ای مشارکت کنند و مشارکت آنها

^۱ Angelopoulos, Christina. "The Myth of European Term Harmonization: 27 Public Domains for the 27 Member States", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Volume 43, Issue 5, 2012, PP 567-594.

^۲ Goldstein, Paul and P. Bernt Hugenholtz. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University, Inc., 2012, P 248.

قابل تفکیک نباشد، حقوق انحصاری برنامه رایانه‌ای، مشترکاً متعلق به آنها خواهد بود.^۱

کد 101 § U.S.C. 17 مقررات کپی‌رایت ایالات متحده، اثر مشترک را چنین تعریف می‌کند:

«اثر مشترک، اثری است که در آن دو یا چند نفر با هدف ادغام مشارکت‌هایشان در خلق اثر واحد، مشارکت داشته و مشارکت‌هایشان غیرقابل تفکیک یا وابسته به هم باشند».

در انگلستان، کد 10(1) قانون کپی‌رایت، طرح‌ها و اختراعات ۱۹۸۸ انگلستان چنین تصریح می‌دارد:

«اثر مشترک به معنای اثری است که با همکاری دو یا چند نویسنده تولید شده است که در آن سهم هر نویسنده از نویسنده یا نویسندگان دیگر متمایز نیست».

ماده ۶ قانون حمایت از مؤلفان و مصنفان سال ۱۳۴۸ ایران در خصوص اثر مشترک چنین مقرر می‌دارد:

«اثری که با همکاری دو یا چند پدیدآورنده به وجود آمده باشد و کار یکایک آنها جدا و متمایز نباشد، اثر مشترک نامیده می‌شود و حقوق ناشی از آن حق مشاع پدید آورندگان است».

همچنین قسمت دوم ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای نیز تصریح می‌دارد:

«... در صورتی که کار یکایک آنان جدا و متمایز نباشد، اثر مشترک نامیده می‌شود و حقوق ناشی از آن حق مشاع پدیدآورندگان است».

معیار شناسایی اثر مشترک در ایران، آمریکا و انگلستان با توجه به مفاد مقررات یادشده، مشارکت خلاقانه در خلق اثر و غیرقابل تفکیک بودن این مشارکت‌هاست. عدم تصریح به مقوله «خلاقیت» در قوانین، بدیهی و مفروض بودن آن است. می‌توان با الهام از قواعد و اصول حقوقی موجود به وجود آن پی برد: منظور از وجود خلاقیت در اثر، همان شرط اصالت در اثر است. گرچه قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ صحبتی از اصالت نمی‌کند، می‌توان مبنایی برای آن با توجه به عمومات و کلیات مقررات ایران یافت. می‌توان با الهام از مواد ۱ و ۲ و سایر مواد مربوط به قانون مالکیت ادبی و هنری ۱۳۴۸ و ماده ۱۳ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای که از لفظ «ابتکار» استفاده کرده‌اند، به وجود شرط اصالت در اثر پی برد.

طبق کد 8(1) قانون مالکیت فکری آلمان، اثر مشترک زمانی محقق می‌شود که اثر توسط بیش از یک نفر ایجاد شده باشد و نتوان از مشارکت‌ها به‌طور جداگانه بهره‌برداری کرد.^۲ آنچه در حقوق آلمان برخلاف کشورهای مذکور اهمیت دارد، قابلیت بهره‌برداری جداگانه است و نه تقسیم‌پذیری مشارکت‌ها. حتی اگر بتوان سهم یک نویسنده را شناسایی کرد، اگر مشارکت‌ها به یکدیگر وابسته باشند و نتوان آن را به‌طور جداگانه تجاری کرد، ممکن است اثر همچنان یک اثر مشترک تلقی شود. بهره‌برداری از آثار مشترک تنها با تصمیم واحد همه نویسندگان مشترک امکان‌پذیر است.^۳

در فرانسه، طبق کد L113-2 مالکیت فکری، اثر مشترک اثری است که محصول تلاش خلاقانه هماهنگ و مجموعه‌ای از الهامات فکری افراد باشد.^۴ برخلاف حقوق ایران، انگلستان و آمریکا، در حقوق فرانسه ضرورت ندارد که آورده‌های هریک از پدیدآورندگان غیرقابل تفکیک باشند؛ به همین دلیل، به‌استناد قسمت دوم ماده ۳-۱۱۳ قانون مالکیت فکری فرانسه،

^۱. Directive 2009/24/EC of The European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version); EU Monitor, "Directive 2009/24 - Legal protection of computer programs (Codified version)" - Main contents. Available at: https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvk6yhcbpeywk_j9vvik7m1c3gyxp/vj3ecgdj6eyd

^۲. Lattacher, Martina. "Authorship matters! Authorship in the EU with a focus on film", *Stockholm Intellectual Property Law Review*, Volume 4, Issue 2, 2021, P 61.

^۳. Kamina, Pascal. *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, 2016, P 170.

^۴. Ibid, P 170; Angelopoulos, Op. Cit., PP 567-594; Lattacher, Op. Cit.

هر مشارکت‌کننده می‌تواند، مشروط بر اینکه شرط خلاف نشده باشد، از مشارکت خود بدون رضایت همکارانش بهره‌برداری کند؛ البته تا زمانی که این فعالیت در بهره‌برداری از کار مشترک تداخل نداشته باشد؛ مانند درام‌های موسیقی که در آن مشارکت‌های فردی واجد دسته‌های متمایز، مانند لیبرتو (اشعار اپرا) و موسیقی، است.^۱

۱.۲. اهمیت ارکان عمومی در تحقق اثر مشترک

اجمالاً باید اذعان داشت که آفرینش اثر مشترک مستلزم رعایت معیارهای صریح و ضمنی حقوقی خاصی است.^۲ این معیارها ممکن است در پاره‌ای از کشورها کمی متفاوت باشند؛ اما عموماً قصد متقابل برای همکاری، ادغام و انفکاک‌ناپذیری اثر (به‌استثنای فرانسه) و مشارکت قابل‌توجه و بدیع طرفین در خلق اثر از عناصر کلیدی در تعیین اثر مشترک محسوب می‌شوند. فقدان هریک از مؤلفه‌های مذکور، نافی تحقق اثر مشترک محسوب می‌شوند. نکته مهمی که در اینجا باید به آن اشاره کرد، این است که امروزه بسیاری از آثاری که ما روزانه با آن مواجه می‌شویم، توسط هوش مصنوعی تولید می‌شوند و دخالت انسانی در تولید اثر، یا کم است یا اصلاً وجود ندارد. پرسش این است: آیا می‌توان وضعیتی را پیش‌بینی کرد که اثر مشترک حاصل کار هوش مصنوعی و انسان باشد؟ در پاسخ باید گفت که در حال حاضر، مقررات کپی‌رایت چه در سطح ملی و چه در سطح بین‌المللی، هوش مصنوعی را به‌عنوان پدیدآورنده اثر نمی‌شناسد. موضوع اصالت و خلاقیت در هوش مصنوعی به‌دلیل اینکه آثار تولید شده اغلب بر داده‌ها، الگوها و الگوریتم‌های موجود متکی‌اند، منتفی است. بنابراین، با توجه به فقدان شخصیت حقوقی هوش مصنوعی، آثار تولید شده توسط آن را حتی نمی‌توان در قالب اثر مشترک برنامه‌نویس و هوش مصنوعی یا اثر مشترک کاربر و هوش مصنوعی طبقه‌بندی کرد. با فقدان مؤلفه‌های قصد و شخصیت حقوقی هوش مصنوعی و قابل‌حمایت بودن خروجی‌های آن، چنین آثاری متعلق به شخصی (کاربر یا برنامه‌نویس) است که تولید اثر را فعال کرده است.^۳

۱.۲.۱. قصد مشترک

در نظام حقوقی ایران مانند حقوق ایالات متحده آمریکا^۴ قصد مشترک در زمان خلق اثر از شرایط تحقق اثر مشترک است؛ چراکه اثر مشترک، که حقوق و مسئولیت‌هایی را برای طرفین ایجاد می‌کند، باید ناشی از اراده انشایی طرفین باشد که بدون آن، اثر مشترک محقق نمی‌شود. وجود اثر مشترک، فرع بر وجود اراده‌های انشایی است. در دعوی Neudorf v Nettwerk Productions Ltd.^۵ قاضی کانادایی با استفاده از رویه قضایی ایالات متحده، بیان داشت که برای تحقق اثر مشترک، هر پدیدآورنده‌ای باید ثابت کند که در زمان تولید اثر، او این اقدام را به قصد خلق اثر مشترک انجام داده است. در این دعوا، خواهان قصد طرفین را برای خلق اثر مشترک ثابت نکرده است؛ بنابراین، ادعای وی مبنی بر اعلام مالکیت مشترک کپی‌رایت در آهنگ ساخته‌شده مردود است. در پرونده Childress v Taylor^۶ دادگاه بیان داشت که هیچ دلیلی

^۱ Goldstein and Hugenholtz, Op. Cit., P 250.

^۲ McChrystal, Stanley A. "Joint authorship: What is joint authorship and how does it affect your rights and responsibilities", 2024. Available at: <https://fastercapital.com/content/Joint-authorship--What-is-joint-authorship-and-how-does-it-affect-your-rights-and-responsibilities.html/>

^۳ رجوع کنید به: ساواری، پرویز، «چالش‌های پیش‌روی رژیم کپی‌رایت انسان‌محور با تحولات هوش مصنوعی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، دوره ۲، شماره ۳، ۱۴۰۳، ص ۱۱-۴۰.

^۴ Childress v Taylor, 945 F (2d) 500 (2nd Cir 1991).

^۵ 1999 Ca LII 7014 (BCSC).

^۶ 945 F (2d) 500 (2nd Cir 1991).

مبنی بر اینکه، Childress قصد داشته، Taylor را به عنوان یک نویسنده مشترک در نظر بگیرد نیافته است. ارتباطات و مذاکرات قراردادی طرفین نیز نشان دهنده فقدان قصد متقابل برای خلق اثر مشترک بوده است. دادگاه نتیجه می گیرد که اگرچه اقدامات تیلور ارزشمند بوده است، مقررات کپی رایت به او اجازه نمی دهد که از حقوق پدیدآورنده اثر مشترک برخوردار شود. نقش تیلور صرفاً چیزی در حد ارائه مشاوره و ابراز ایده بوده است. در پرونده ¹ Seggie v. Roofdog Games Inc آقای Seggie مدعی اثر مشترک در یک بازی رایانه ای شد و دعوایی علیه شرکت Roofdog Games و بنیان گذار آن آقای Germain اقامه کرد. محتوای موجود در بازی و تصاویر مربوط، تا حدودی حاصل تلاش های خواهان بود که به نظر دادگاه، برخی از آنها خلاقیت محدودی داشتند. این تصاویر توسط آقای ژرمن استفاده و در بازی رایانه ای گنجانده شد. کد بازی توسط آقای Germain، برنامه نویس و صاحب شرکت Roofdog Games نوشته شده بود. دادگاه خاطرنشان کرد، بدون تلاش ژرمن، این بازی ویدیویی نمی توانست موجودیت یابد. دادگاه همچنین رفتارها و پیام های ردوبدل شده بین طرفین را برای احراز قصد مشترک آنها تجزیه و تحلیل و بیان کرد که رفتار و اقدامات آقای Seggie به مثابه رفتار و اقدامات پدیدآورنده مشترک تلقی نمی شود: خواهان بدون اینکه توقع سهمی از سود داشته باشد، به عنوان یک تحسین کننده و نه به عنوان یکی از مؤلفین نرم افزار، ضمن تحسین آقای ژرمن، به وی تبریک می گوید. در نهایت، تصمیم دادگاه بر این مبنا قرار می گیرد که طرفین قصد مشترکی برای ایجاد اثر مشترک نداشته اند. آقای ژرمن تنها کدنویس بازی بوده و این اختیار را داشته است که اقدامات یا پیشنهادات آقای Seggie را بپذیرد یا رد کند. در پرونده Whelan Association Inc v Jaslow Dental Laboratory Inc² دادگاه بیان داشت: دلایلی که نشان دهد طرفین قصد داشته اند مشارکت های جاسلو، جزو اثر مشترک تلقی شود دیده نمی شود. اقدامات جاسلو به اندازه کافی اهمیت نداشته است تا او را به عنوان یکی از مؤلفین این سیستم معرفی کند. در پرونده ⁴ Neugebauer v. Labieniec دادگاه بیان کرد که شواهد نشان می دهد بین طرفین قرارداد شفاهی منعقد شده بود که بر مبنای آن، قصد داشته اند به عنوان مؤلفین مشترک، اثر مشترکی را تولید کنند. دادگاه در رأی صادره خود به شرح یادشده، به دعوای ⁵ Drapeau c Girard نیز اشاره کرد؛ پرونده ای که به موجب آن دادگاه استیناف معتقد بود برای احراز قصد مشترک می توان به رفتار طرفین پس از انتشار اثر نیز توجه کرد.

۱.۲.۲. تفکیک ناپذیری

بسیاری از نویسندگان معتقدند که علاوه بر قصد مشترک، رکن تفکیک ناپذیری نیز از مؤلفه های خلق اثر مشترک محسوب می شود.⁶ در همین راستا، قسمت دوم ماده ۱۱ آیین نامه اجرایی قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم افزارهای چنین تصریح می دارد:

«... در صورتی که کار یکایک آنان جدا و متمایز نباشد اثر مشترک نامیده می شود و حقوق ناشی از آن حق مشاع پدیدآورندگان است».

¹ 2015 QCCS 6462, at paras 61 and 65.

² 609 F Supp 1307 (US Dist 1985), aff'd 797 F (2d) 1222 (3d Cir 1986).

³ 609 F Supp 1307 (US Dist 1985), aff'd 797 F (2d) 1222 (3d Cir 1986).

⁴ (2009), 349 F.T.R. 53 (FC).

⁵ [2003] RJQ 2539.

⁶ Shortt, Michael. "Seggie v. Roofdog Games Inc.: Who is the Author of Videogame Software for Copyright Purposes?" 2016. Available at: www.fasken.com/en/knowledge/2016/05/intellectualpropertybulletin-20160519/

پرسشی که اینجا مطرح می‌شود این است که «تفکیک‌ناپذیری» مورد نیاز با چه معیاری مورد سنجش قرار می‌گیرد؟ در یک بررسی تطبیقی، اجمالاً باید گفت که برخی از کشورها مانند آمریکا، ایران، بریتانیا، استرالیا و کانادا عنصر «تفکیک‌ناپذیری» مورد نیاز برای مشارکت را به‌صورت انتزاعی و بدون توجه به فاکتورهای اقتصادی می‌سنجند.^۱ برای مثال، کد 10(1) قانون کپی‌رایت، طرح‌ها و اختراعات بریتانیا ۱۹۸۸، اثری را که با همکاری دو یا چند نویسنده تولید شده و در آن سهم هر نویسنده از نویسنده یا نویسندگان دیگر مجزا نیست، مدنظر قرار می‌دهد. دادگاه تجدیدنظر فرانسه این شرط را صرفاً به‌عنوان «تلاش خلاق هماهنگ که به‌طور مشترک توسط چندین نویسنده محقق شده است» بیان کرده است.^۲ این امر درحالی است که بعضی از کشورها ادغام مورد نیاز را از نظر اقتصادی می‌سنجند. برای مثال، قانون آلمان و ژاپن، نه‌تنها مقرر می‌دارند که «چند نفر به‌طور مشترک اثری را خلق کرده باشند»، بلکه صراحتاً اضافه می‌کنند که «نتوان از مشارکت‌های مربوط به‌طور جداگانه بهره‌برداری کرد».^۳

پرسش دیگری که اینجا مطرح می‌شود این است که مشارکت تا چه حد باید جدایی‌ناپذیر باشد؟

دادگاه عالی کبک کانادا در پرونده *Seggie v. Roofdog Games Inc.*^۴ بیان داشت: مشارکت نویسندگان باید به‌نوعی ترکیب شده باشند که قابل تشخیص و تمییز از یکدیگر نباشند. مشارکت‌های *Seggie* در این اثر جزئی بوده و به عناصر گرافیکی گسسته محدود می‌شده است. ضمناً، سهم وی در این مشارکت از سهم *Germain* قابل تشخیص و تمییز بوده است. این بازی می‌توانست حتی بدون بهره‌برداری از کارهای هنری *Seggie*، به‌صورت آنلاین مورد استفاده قرار گیرد. به‌علاوه، *Seggie* اصلاً در زنجیره کدنویسی نیز درگیر نبوده است. در نتیجه این تجزیه و تحلیل حقوقی به شرح فوق، قاضی به این نتیجه رسید که *Seggie* یکی از مؤلفین برنامه رایانه‌ای بازی *Extreme Road Trip* نیست.

۱.۲.۳. مشارکت قابل توجه و بدیع

در نظام‌های حقوقی، مشارکت فعالانه و خلاقانه (اصیل) افراد یکی دیگر از شرایط لازم برای تحقق اثر مشترک است.^۵ درحالی‌که میزان مشارکت ممکن است بسته به ماهیت اثر متفاوت باشد؛ ضروری است که سهم مشارکت هر پدیدآورنده سطحی نباشد. این پرسش مطرح می‌شود که چگونه می‌توان تعیین کرد که اقدامات فرد به آستانه تحقق اثر مشترک رسیده است؟ قانون کپی‌رایت، طرح‌ها و اختراعات مصوب ۱۹۸۸ و رویه قضایی بریتانیا معیار «سهم قابل توجه» را برای تحقق اثر مشترک تعیین کرده‌اند. با اشاره به این ضابطه، دانیلا سیم ون استدلال می‌کند که پدیدآورندگان اثر مشترک باید مهارت‌های قابل‌توجهی را در خلق اثر به‌کار برده باشند. در مشارکت باید سطحی از خلاقیت فکری معتبر وجود داشته باشد؛ یعنی هر مشارکتی باید اصیل و بیانگر خلاقیت فکری خود نویسنده باشد.^۶ دکترین در نظام حقوقی آمریکا دو رویکرد برای تفسیر الزامات مشارکت مطرح کرده است:

^۱ Goldstein and Hugenholtz, Op. Cit., P 249.

^۲ *Le Brun v. SA Braesheather*, Cass. 1st Civ. Chamber, Oct. 18, 1994, 164 R.I.D.A. 304, 308 (1995).

^۳ Germany, Copyright Act Art. 8(1). See also Japan, Copyright Act Art. 2(1)(xii).

^۴ *Seggie v. Roofdog Games*, 2015 QCCS 6462.

^۵ Faster Capital, "Joint authorship: What is joint authorship and how does it affect your rights and responsibilities", 2024. Available at: <https://fastercapital.com/content/Joint-authorship--What-is-joint-authorship-and-how-does-it-affect-your-rights-and-responsibilities.html/>

^۶ Daniela, Simone. *Copyright and Collective Authorship*, Cambridge University Press, 2019, P 38; See also: Julia Kogan و Nicholas Martin & other [2019] EWCA Civ 1645; 13; Fritz, Johannes. "The notion of 'authorship' under EU law—who can be an author and what makes one an author? An analysis of the legislative framework and case law", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2024; Lattacher, Op. Cit., 54 at 61.

اول رویکرد گلدشتاین؛ یعنی تحقق اثر مشترک مستلزم مشارکت در بیان خلاقانه در اثر مشترک توسط هر مشارکت‌کننده است. این امر به این معنی است که صرف ایده، اصلاح یا پیشنهاد به‌تنهایی مشارکت را به وجود نمی‌آورد؛ بلکه باید در یک وسیله ملموس نیز تثبیت شود.^۱ این رویکرد مورد توجه دادگاه‌های ایالات متحده قرار گرفته است.^۲ رویکرد دوم، رویکرد نیمر است که به‌طور گسترده توسط دادگاه‌های ایالات متحده رد شده است. این رویکرد صرفاً مشارکت حداقلی را بیان می‌دارد. طبق این رویکرد، هر سهمی به هر اندازه و هر شکلی که به اثر اضافه می‌شود، برای تحقق اثر مشترک کفایت می‌کند. به گفته نیمر، «هدف کپی‌رایت مبنی بر پروراندن خلاقیت به بهترین وجه، از طریق دادن پاداش به افرادی محقق می‌شود که باهم برای خلق اثر واحد تلاش می‌کنند. مقررات حمایتی کپی‌رایت هم باید به مشارکت‌کننده‌ای که ایده‌های اساسی را مطرح می‌کند و هم مشارکت‌کننده‌ای که پروژه را تکمیل می‌کند، گسترش یابد».^۳ برعکس، لسلی الن هریس و گلدشتاین معتقدند که مشارکت در قالب ابراز ایده و پیشنهاد، آموزش، راهنمایی، توصیه و ویرایش، هرچقدر هم که مفید باشند، نتیجه حاصل، اثر مشترک محسوب نمی‌شود.^۴ در پرونده Aitken, Hazen, Hoffman, Miller, P.C.^۵ v. Empire Constr. Co. دادگاه آمریکایی بر این باور بود مشتری که صرفاً به ابراز ایده‌ها و تغییرات بسنده و اختیار تأیید کار معمار را در هر مرحله از کار اعمال می‌کند، یکی از پدیدآورندگان طرح‌های معماری نیست. لازم نیست مشارکت از نظر کمی یا کیفی با مشارکت دیگری برابر باشد؛ بلکه لازم است مشارکت به آستانه قابل حمایت برسد. در دعوی^۶ Julia Kogan v. Nicholas Martin & other بیان شد که لازم نیست مشارکت مؤلفین برابر باشد؛ بلکه باید مبین میزان نسبی مشارکت آنها باشد. قاضی با در نظر گرفتن تمام دلایل و احراز اینکه خانم کوگان یکی از مؤلفین اثر مشترک است، سهم او را ۲۰ درصد از اثر مشترک اعلام کرد.^۷

قاضی کانادایی در دعوی^۸ Levy v Rutley در تجزیه و تحلیل اثر مشترک بیان می‌دارد، لازم نیست مشارکت‌ها از نظر «کمی و کیفی» معادل باشند؛ بلکه کافی است که «اثر مشترک در اجرای یک طرح مشترک» محقق شود و مشارکت‌های هر نویسنده نیز قابل توجه باشد. در پرونده^۹ Childress v Taylor دادگاه اعلام کرد که تیلور به دلیل عدم مشارکت خلاقانه کافی، پدیدآورنده مشترک در اثر نبوده است. نقش وی صرفاً ارائه مشاوره و ابراز ایده بوده است که این امر به‌خودی‌خود مشارکت در خلق اثر محسوب نمی‌گردد. در پرونده آمریکایی Ashton-Tate Corporation v Richard Ross and Bravo Technologies, Inc.^{۱۰} خواننده فهرستی از دستورهای کاربر را در اختیار برنامه‌نویس (خواهان) قرار داده بود. خواننده استدلال کرد که اقدام خواهان «تثبیت ایده‌های رأس» بوده است و به همین دلیل از حمایت کپی‌رایت برخوردار است.

^۱. Goldstein, Paul and P. Bernt Hugenholtz. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, Fourth Edition, 2019, PP 232–33; Goldstein, Paul. *Goldstein On Copyright*, Wolters Kluwer Legal and Regulatory U.S., Third Edition, 2005, § 4.2.1.2.

^۲. See: *Erickson v. Trinity Theatre, Inc.*, 13 F.3d 1061, 1069–71 (7th Cir. 1994).

^۳. Melville B. and David Nimmer. *Nimmer On Copyright*, Matthew Bender, 2002, § 6.07[A][3][a].

^۴. Harris, Lesley Ellen. *Canadian Copyright Law*, McGraw-Hill Ryerson Trade, Third Edition, 2001, P 81.

^۵. 542 F. Supp. 252, 259 (D. Neb. 1982).

^۶. [2019] EWCA Civ 1645.

^۷. Byrd, Peter. “The Tricky Issue of Joint Authorship in Copyright Works”, 2021. Available at: <https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/insights/expert-insights/intellectual-property/2021/the-tricky-issue-of-joint-authorship-in-copyright-works/>

^۸. (1871), LR 6 CP 523. See also: *Neugebauer v. Labieniec*, (2009), 349 F.T.R. 53 (FC); *Neudorf v. Netzwerk Productions Ltd.*, 1999 CanLII 7014 (BCSC).

^۹. 945 F (2d) 500 (2nd Cir 1991).

^{۱۰}. 916 F (2d) 516 (9th Cir 1990).

دادگاه با رد ادعای رأس مبنی بر مشارکت در تألیف اثر مشترک، به این نتیجه رسید: «تألیف مشترک مستلزم آن است که کار هر نویسنده‌ای مستقلاً قابلیت کپی‌رایت داشته‌باشد». ایده‌های رأس صرفاً فهرستی از دستورات برای کاربر بوده و فاقد هرگونه اصالت و بیان قابل حمایت است.

اگرچه در حقوق ایران، ماده ۶ قانون حمایت از مؤلفان و مصنفان مصوب ۱۳۴۸ و همچنین ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای، «قابل توجه و بدیع» بودن مشارکت را مطرح نمی‌کنند؛ اما آنچه مسلم و مفروض است، اینکه اثر مشترک مستلزم آن است که قابلیت کپی‌رایت را داشته باشد و این قابلیت زمانی محقق می‌شود که هر مشارکتی اصیل و بیانگر خلاقیت فکری خود نویسنده باشد؛ در غیر این صورت، اثر مشترک محقق نمی‌شود.^۱ ازسوی دیگر، با توجه به اینکه مقررات یادشده، کلی و هیچ‌گونه اشاره‌ای به سطح کمیت و کیفیت مشارکت نمی‌کنند؛ لذا در حقوق ایران هم لازم نیست مشارکت از نظر کمّی یا کیفی با مشارکت دیگری برابر باشد؛ بلکه لازم است هرکدام از مشارکت‌ها به آستانه قابل حمایت برسد.

گرچه ضابطه «سهم قابل توجه» یا «مشارکت کافی» از مؤلفه‌های مهم اثر مشترک محسوب می‌شود؛ بااین‌حال، مورد انتقاد نویسندگان قرار گرفته است. زیمر^۲ و بعضی از نویسندگان بر این باورند که ضابطه «مشارکت قابل توجه» یا «مشارکت کافی»، عبارت کلی، ابهام‌آمیز و پیچیده است که میزان و حدود آن مشخص نیست.^۳ زیمر ضابطه «مشارکت کافی» برای تحقق اثر را امری پیچیده دانسته که می‌تواند به تفاسیر متناقض منتهی شود.

۲. حمایت‌های قانونی از برنامه رایانه‌ای و اهمیت کدنویسی در آفرینش اثر مشترک

۲.۱. حمایت‌های قانونی از برنامه رایانه‌ای (کد منبع و کد شیء)

مهم‌ترین مرحله از مراحل حیات توسعه برنامه، کدنویسی است که منجر به نگارش کد منبع می‌شود. متن این کدها ممکن است چند خط یا میلیون‌ها خط باشد. کدهای منبع، دستورالعمل‌های برنامه رایانه‌ای محسوب و به‌عنوان عنصر اصلی مورد حمایت در رژیم حقوقی کپی‌رایت تلقی می‌شوند.^۴ کد منبع که ساخته و پرداخته الگوریتم‌ها هستند، با استفاده از نرم‌افزار اختصاصی که به آن «کامپایلر» گفته می‌شود، به «کد شیء»^۵ (صفر و یک) «کامپایل» می‌شود؛ یعنی به‌شکلی در می‌آید که برای رایانه قابل فهم و اجرا باشد. اما این نمایش به‌صورت نمادهای ۰ و ۱، به‌نوعی قراردادی برای استفاده انسان است. پردازنده کامپیوتر این نمادها را به‌عنوان مقادیر مختلف ولتاژ الکتریکی می‌خواند. وقتی کد منبع نوشته و یا کامپایل می‌شود؛ یعنی در یک رسانه ملموس تثبیت می‌شود و حق مؤلف آن به‌صورت خودکار محقق می‌گردد. حقوق فکری نرم‌افزار متعلق به شخصی است که آن کد یا نرم‌افزار را ایجاد کرده است.^۶ پس از نگارش کد منبع، اخذ

^۱. همین معنا را می‌توان از بندهای ۳ و ۱۴ ماده ۱ لایحه حمایت از مالکیت فکری مصوب ۱۳۹۳/۷/۲ هیئت وزیران استنباط کرد.

^۲. Lior, Zemer. *The Idea of Authorship in Copyright*, Ashgate Publishing, Ltd., 2007, P 191; 16. Lior, Zemer. "Contribution and Collaboration in Joint Authorship: Too Many Misconceptions", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 1, Issue 4, 2006, PP 283, 285.

^۳. Bell, Abraham and Gideon Parchomovsky, "Copyright Trust", *100 CORNELL L.REV.*, 2014, PP 1015, 1016; Rozenzwaig-Feldman, Tehila. "The Author and the Other: Reexamining the Doctrine of Joint Authorship in Copyright Law", *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, Volume 32, Issue 1, 2021, 172, at 180.

^۴. The Best Mode of Software Protection – Copyright or Patent? 2021.

^۵. «کد ماشین»، «کد باینری»، «کد هدف» و یا «کد مقصد» نیز می‌گویند.

^۶. Goldstein and Hugenholtz. Op. Cit., PP 195-196.

کپی از آن ممنوع می‌شود و صرفاً با اجازه مؤلف می‌توان از این برنامه رایانه‌ای استفاده کرد. کد منبع و کد شیء از این نظر شباهت دارند که هر دو مجموعه‌ای از دستورالعمل‌های دقیق‌اند و ترتیبی را بیان می‌کنند که به‌موجب آنها، سخت‌افزار کامپیوتر انجام یک کار خاص را اجرا کند. کد شیء توسط انسان قابل خواندن و فهم نیست و واقعیت این است که در عمل، برای جلوگیری از کپی شدن آسان، برنامه‌های رایانه‌ای معمولاً فقط در قالب کد شیء به کاربران منتقل می‌شوند. عموماً کد شیء نیز مانند کد منبع توسط مقررات حق مؤلف حمایت می‌شود.^۱ دستورالعمل اتحادیه اروپا در مورد حمایت قانونی از برنامه‌های رایانه‌ای ۲۰۰۹، در بند ۲ ماده ۱ مقرر می‌دارد که حمایت مطابق با این دستورالعمل باید در هر شکلی از بیان در برنامه رایانه‌ای اعمال شود.^۲ بند ۱ ماده ۱۰ تریپس مستلزم حمایت از کپی‌رایت برای برنامه‌های رایانه‌ای چه در «کد منبع» و چه در «کد شیء» است. حمایت از کد شیء به نظر بعضی از حقوق‌دانان آن‌قدر بدیهی است که معتقدند گنجاندن هر دو کد در بند ۱ ماده ۱۰ تریپس حشو و زائد بوده است. به عبارت دیگر، لزومی به بیان حقوقی آن در این ماده نبوده است؛ چراکه از بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون برن مشخص است که آثار ادبی و هنری در «هر شکل و شیوه بیان [آنها]» حمایت می‌شوند. با این حال، به دلیل ویژگی‌های کد شیء، به‌ویژه این واقعیت که توسط انسان قابل خواندن نیست و وجود تناقضات موجود در تفسیر دادگاه‌ها در زمان تنظیم این مقررات، به نظر می‌رسد که گنجاندن هر دو کد منبع و شیء در بند ۱ ماده ۱۰ تریپس موجه بوده است.^۳ در مقایسه، ماده ۴ معاهده کپی‌رایت WIPO صرفاً متن بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون برن را بدون جزئیات بیشتر تکرار می‌کند. مقررات کپی‌رایت ایالات متحده «برنامه رایانه‌ای» را به‌عنوان «مجموعه‌ای از عبارات یا دستورالعمل‌ها برای استفاده مستقیم یا غیرمستقیم در رایانه به‌منظور ایجاد یک نتیجه خاص» تعریف می‌کند.^۴ این مقررات به‌صراحت اعلام می‌دارد که منظور از دستورالعمل‌ها، همان کد منبع و کد شیء هستند. در آرای قضایی آمریکا نیز کد منبع و شیء هر دو به‌عنوان «آثار ادبی» در نظر گرفته می‌شوند. در پرونده *Apple v. Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.* دادگاه تصریح کرد که برنامه رایانه‌ای، چه در کد شیء یا کد منبع، یک «آثار ادبی» تلقی می‌شود و در مقابل کپی‌برداری غیرمجاز از آنها حمایت می‌شود.

۲.۲. اهمیت کدنویسی در اثر مشترک

رویه قضایی در اکثر کشورهای جهان مبتنی بر این واقعیت است که کد منبع و کد شیء در برنامه رایانه‌ای، نقش اساسی در تعیین مؤلف نرم‌افزار دارد.^۵ در دعوی *Seggie v. Roofdog Games Inc*^۶ آقای Seggie مدعی خلق اثر مشترک در بازی رایانه‌ای، دعوایی علیه شرکت Roofdog Games و بنیان‌گذار آن آقای Germain اقامه کرد. واقعیتی که دادگاه به آن اشاره کرد، این امر بود که آقای Germain تنها نویسنده کدهای نرم‌افزار بازی ویدئویی بوده است. خواهان این دعوا،

^۲. Stephenson Law, "Intellectual Property in Software", 2018. Available at: <https://www.stephenson.law/blog/intellectual-property-in-software/>

^۳. Wery, Etienne. "Legal Protection of a Computer Program", 2017. Available at: <https://www.droit-technologie.org/contentieux/it-ip-litigation-in-europe-legal-protection-of-a-computer-program/>

^۴. Ricketson, S. and Jane C Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Volume 1, Oxford University Press, Second Edition, 2006, PP 516-517.

^۵. 17 U.S.C. § 101 (2020); U.S. Copyright Office, *Compendium of U.S Copyright Office Practices, Glossary*, Third Edition, 2017.

^۶. 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983).

^۷. Stobbe, Richard. "What Qualifies as Joint Authorship of Software?" *Canadian Intellectual Property Review*, Volum 32, 2016, PP 39-40.

^۸. *Seggie v. Roofdog Games Inc*, 2015 QCCS 6462, at paras 61 and 65.

آقای Seggie، صرفاً یک تصویرگر بوده است، نه یک برنامه‌نویس و در نگارش کد منبع، مشارکتی نداشته است. دادگاهی در بریتانیا در پرونده ¹ Cyprotex Discovery Limited v The University of Sheffield بر اهمیت کدنویسی تأکید می‌کند. در این پرونده، یکی از کارمندان شرکت، Cyprotex، وظیفه نوشتن کدهای رایانه‌ای را در یک پروژه مشترک با دانشگاه شفیلد داشت. کارمند دانشگاه، دکتر رستمی، درخصوص مشخصات فنی و الزامات این برنامه به صورت تخصصی کمک می‌کرد؛ اما در نگارش کدها هیچ اقدامی را انجام نمی‌داد. دادگاه استیناف در تصمیم خود اعلام کرد که کارمند Cyprotex به تنهایی پدیدآورنده نرم‌افزار بوده است و دکتر رستمی پدیدآورنده مشترک برنامه تلقی نمی‌شود. دادگاه بدوی در این پرونده با استناد به استدلال موجود در پرونده ² Fylde اظهار داشت: حمایت ناشی از کپی‌رایت به فرایند خلق یک اثر مربوط می‌شود و نه به ایده‌های موجود در آن و نه به عملکرد یا محصول نهایی که حاصل می‌شود. در برنامه‌نویسی رایانه، آنچه قابلیت حمایت دارد، کدهایی است که توسط برنامه‌نویس نوشته می‌شود. رأی صادره در پرونده مذکور، منعکس‌کننده استدلال‌های موجود در پرونده‌های آمریکایی Whelan و ³ SOS است. در دعوی Whelan Association Inc., v Jaslow Dental Laboratory Inc.⁴، برنامه‌نویسی بود که مأمور توسعه یک برنامه رایانه‌ای برای خواننده، Jaslow، شد. ولان از نزدیک با جاسلو کار کرد تا ویژگی‌ها و عملکردهای لازم را تعیین کند. اگرچه جاسلو پیشنهادهایی برای اصلاح برنامه ارائه و حتی ایده‌هایی برای طراحی برخی از صفحه‌نمایش‌ها ارائه کرد، این ولان بود که این ایده‌ها را با نوشتن کد نرم‌افزار پیاده‌سازی کرد. دادگاه بدوی خاطرنشان کرد، گرچه اطلاعات و توصیه‌هایی که جاسلو ارائه کرده بود کمی بیشتر از آنچه در عرف کسب‌وکار طراحی یک سیستم رایانه‌ای رایج است، بوده، چنین کمک‌های عمومی به مؤلف باعث نمی‌شود که جاسلو خالق اثر و حتی نویسنده مشترک تلقی شود. این امر شبیه به این موضوع است که مالکی برای یک معمار، نوع ساختمانی را که معمار قرار است برای مالک طراحی کند توضیح دهد. نقشه‌های معماری توسط مالک به رشته نگارش در نمی‌آید؛ مهم نیست که ایده‌ها و محدودیت‌های بیان شده توسط مالک چقدر واجد جزئیات باشد.

به‌طور مشابه، در پرونده ⁵ Ashton-Tate Corp v Ross دادگاه آمریکایی موضوع را به این شکل بیان کرد: اغلب دشوار است که مرز بین ایده و بیان ایده را تعیین کنیم. در زمینه برنامه‌نویسی رایانه‌ای، هنگامی که برنامه به مرحله توسعه کد منبع یا کد باینری می‌رسد (بیان ایده)، این مرحله است که مشمول حمایت از کپی‌رایت می‌شود. دادگاه در رد مشارکت خواننده، بیان داشت که مشارکت خواننده صرفاً تهیه فهرستی از دستورات (ایده) کاربری بوده است و لا غیر.

پرسشی که به نوعی درباره موضوع مورد بحث مطرح می‌شود، این است که آیا تست نرم‌افزار و استفاده از بازخورد آن تست، که ممکن است منجر به تغییرات یا اصلاحاتی در نرم‌افزار شود، می‌تواند به مثابه مشارکت در تولید نرم‌افزار تلقی شود یا خیر؟ در پرونده بریتانیایی ⁶ Fylde Microsystems Ltd., v Key Radio Systems Ltd اختلافی بین دو شرکت یادشده، که در طراحی نرم‌افزارهای خاص همکاری داشتند، مطرح شد. Key Radio سازنده سخت‌افزار (خواننده)، که موافقت کرده بود به عنوان توزیع‌کننده نرم‌افزار عمل کند، مدعی تألیف مشترک در کد منبع شد و ادعا کرد مشارکت‌هایش

¹. [2004] EWCA Civ 380.

². *Fylde Microsystems Ltd v Key Radio Systems Ltd*, [1998] EWHC Patents 340.

³. *SOS Inc., v Payday Inc.*, 886 F (2d) 1081 (9th Cir 1989).

⁴. 609 F Supp 1307 (US Dist 1985), aff'd 797 F (2d) 1222 (3d Cir 1986).

⁵. 728 F Supp 597 (ND Cal 1989), aff'd 916 F (2d) 516 (9th Cir 1990).

⁶. [1998] EWHC Patents 340. *Fylde Microsystems Ltd v Key Radio Systems Ltd*, [1998] EWHC Patents 340.

به او این حق را می‌دهد که به‌عنوان مؤلف مشترک برنامه رایانه‌ای مربوط، حقوقی را مطالبه کند. خواننده به کد منبع نرم‌افزار دسترسی داشت و کمک‌ها و تنظیماتی را پیشنهاد کرده بود. قاضی دادگاه براساس درک خود از اجزای سخت‌افزاری، کمک‌ها و تنظیمات خواننده را «گسترده و از نظر فنی پیچیده» تلقی کرد. دادگاه ضابطه اثر مشترک را با این پرسش‌ها مطرح کرد: آیا خواننده مهارت و کار لازم را انجام داده است یا خیر؟ اگر پاسخ مثبت باشد، باید دید که آیا مشارکت او به‌اندازه کافی قابل توجه بوده است یا خیر؟

اگرچه مشارکت‌های انجام‌شده توسط خواننده، گسترده و از نظر فنی پیچیده، ارزشمند و زمان‌بر بود، از نظر دادگاه، به‌منزله مشارکت در نگارش کد منبع تلقی نشد. دادگاه بیان داشت تلقی مشارکت در یک اثر واجد کپی‌رایت بستگی به مهارت‌های استفاده شده دارد. مشارکت‌های خواننده برای واجد شرایط شدن به‌عنوان مؤلف مشترک ناکافی بوده است؛ زیرا شرایط موردنیاز کپی‌رایت را برآورده نمی‌کند. تست برنامه رایانه‌ای در این مورد، نه‌تنها کافی نبوده، بلکه قصد متقابل برای خلق اثر مشترک نیز موجود نبوده است. گرچه خواننده با توسعه یک تکنیک خاص، تعامل بین سخت‌افزار و نرم‌افزار را بهبود بخشید و خواهان آن را در نرم‌افزار خود پیاده‌سازی کرد، بااین‌حال، این خواهان بود که مشارکت‌های خواننده را در برنامه نرم‌افزاری کدگذاری کرد. در نهایت، دادگاه به نفع خواهان رأی داد و بیان کرد که مالکیت انحصاری کپی‌رایت در نرم‌افزار KEYPORT متعلق به خواهان است و خواننده با تکثیر غیرمجاز این نرم‌افزار در حقیقت حقوق کپی‌رایت خواهان را نقض کرده است.

حقوق ایران درخصوص اهمیت کدنویسی در اثر مشترک، ساکت است؛ اما با مدنظر قرار دادن اهمیت کدنویسی و مقررات خاص حمایتی کپی‌رایت برنامه رایانه‌ای، چه در سطح ملی و چه در سطح بین‌المللی، رویه قضایی و دکترین که این حمایت‌های خاص محدود به کدهای رایانه‌ای شده است و با امعان‌نظر به اینکه مقررات کپی‌رایت به‌نوعی جنبه بین‌المللی هم دارند؛ لذا در راستای هماهنگی با دیگر کشورها و استانداردهای معمول و اینکه مقررات ایران نیز از همین کشورهای غربی اقتباس شده است، این نتیجه حاصل می‌شود که در نظام مقررات کپی‌رایت ایران هم این حمایت‌ها محدود به کدهای رایانه‌ای است و اقداماتی چون آموزش، راهنمایی، مذاکره و مصاحبه، ابراز ایده یا پیشنهاد، توصیه، کمک فنی، مشاوره‌ای، سازمانی و یا مادی هرچقدر هم که مفید باشند، بدون کمک به ساختار برنامه رایانه‌ای (کدها) منتهی به تحقق اثر مشترک نمی‌شوند.

۲.۳. فقدان کدنویسی در آفرینش و مواردی که ممکن است مشارکت محسوب نشوند

همان‌طور که بحث شد، مشارکت باید فراتر از ارائه پیشنهاد، طرح ایده و نگارش صرف باشد. اگر فقط یکی از همکاران مسئول تصمیم‌گیری خلاقانه باشد، نقش دیگری ممکن است به‌عنوان محرر یا کاتب تقلیل یابد.^۱ مدعی مشارکت باید سهم قابل‌توجهی در خلق اثر داشته باشد. با این معیار، حتی برنامه‌نویسی که صرفاً به‌عنوان محرر عمل می‌کند، اگر دستورالعمل‌های یک توسعه‌دهنده ارشد را درمورد کد نرم‌افزار خاصی که باید نوشته شود کلمه به کلمه بنویسد، مؤلف محسوب نمی‌شود، مگر اینکه در امر نگارش کدها نقش خلاقانه داشته باشد.^۲ به همین ترتیب، اگر شخصی به نویسنده برنامه فقط کمک فنی، مشاوره‌ای، سازمانی یا مادی ارائه کند یا در اخذ هرگونه

^۱ Hugenholtz, P. Bernt and João Pedro Quintais. "Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output?" *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Volume 52, 2021, PP 1190, 1207; Fritz, Op. Cit.

^۲ *John Maryon International Ltd v New Brunswick Telephone Co Ltd* (1982), 141 DLR (3d) 193 (NBCA), at 244.

اسنادی از جمله اسناد مربوط به ثبت رسمی برنامه، به نویسنده کمک کرده یا نظارتی در آن داشته باشد، چنین شخصی به دلیل عدم مشارکت خلاقانه، به عنوان مؤلف مشترک برنامه خلق شده شناخته نمی‌شود.^۱ بررسی رویه قضایی^۲ و نظرات نویسندگان^۳ نشان می‌دهد فردی که نظر می‌دهد، ویرایش یا تغییراتی را در یک اثر پیشنهاد می‌کند^۴ یا استادی که اصلاحات و بازنگری‌هایی را در مقاله یک دانشجو ابراز می‌دارد،^۵ لزوماً یکی از پدیدآورندگان آن اثر محسوب نخواهد شد، مگر اینکه مشارکت‌ها به اندازه‌ای باشند که بخش ملموسی از ایده در اثر را بیان کند. در مورد ویراستاران و دستیاران پژوهشی نیز به دلیل فقدان قصد و تلاش خلاقانه در خلق اثر، نامبرندگان جزو پدیدآورندگان آن اثر محسوب نخواهند شد.^۶ در پرونده *Payday, SOS Inc v Payday Inc*^۷ ادعا کرد که یکی از نویسندگان برنامه رایانه‌ای پرداخت حقوق بوده است که شرکت SOS ادعای مالکیت انحصاری آن را داشت. رأی دادگاه بدین مضمون بود که کمک‌های Payday صرفاً «کمک عمومی به نویسنده» بوده است. Payday در هیچ کدنویسی واقعی شرکت نکرده بود. او فاقد هرگونه تجربه برنامه‌نویسی یا تخصص رایانه‌ای بود. دادگاه در تصمیم‌گیری خود مبنی بر اینکه SOS تنها مالک نرم‌افزار است، چنین حکم داد: «برای اینکه فردی مؤلف نرم‌افزار تلقی گردد؛ باید چیزی بیش از صرف راهنمایی و پیشنهاد ایده ارائه کرده باشد. شخص باید ایده را با یک بیان ملموس و تثبیت‌شده ارائه کند».

موضوع دیگری که می‌توان اینجا مطرح کرد این است که یک تیم توسعه نرم‌افزاری ممکن است مجموعه‌ای از مصاحبه‌ها، مذاکرات و جلسات برنامه‌ریزی را برای درک عملکردهای موردنیاز در مورد نرم‌افزار انجام دهد. این امر ممکن است داخل یک شرکت، بین توسعه‌دهندگان، تیم توسعه یا تیم فروش محصول یا بین یک توسعه‌دهنده نرم‌افزار مستقل و مشتری که برنامه را سفارش داده است، رخ دهد.^۸ پرسش این است که آیا مصاحبه‌ها، مذاکرات و جلسات برنامه‌ریزی برای تهیه نرم‌افزار می‌تواند موجب ایجاد اثر مشترک گردد یا خیر؟ در پرونده *Hager v ECW*^۹ *Press Ltd* خاطرنشان شد که براساس قوانین انگلیس و کانادا، تأنجا که به مصاحبه‌های خصوصی مربوط می‌شود، شخصی که اظهارات شفاهی را به شکل تثبیت‌شده ابراز می‌دارد، کپی‌رایت آن را تحصیل می‌کند و مبتکر اثر محسوب می‌شود و مصاحبه‌شونده نمی‌تواند ادعای مالکیت مشترک در اثر را مطرح کند. به طور مشابه، در صورت فقدان هرگونه توافق عکس، برنامه‌نویسی که برای تهیه یک برنامه نرم‌افزاری با مشتری به منظور درک اهداف تجاری وی «مصاحبه» می‌کند، زمانی که برنامه‌نویس اظهارات شفاهی را به شکل تثبیت‌شده در قالب کد تغییر می‌دهد، نویسنده آن برنامه است.^{۱۰}

^۱. Zuykov, Sergey. what rights does the author of a computer program and database have? 2020. Available at: <https://zuykov.com/en/about/articles/what-rights-does-author-computer-program-and-datab/>

^۲. *Stuart v Barrett*, [1994] EMLR 448 (Ch B); *Dolmage v Erskine* (2003), CPR (4th) 495 (Ont Sup Ct J); *Kantel v Grant*, [1933] Ex CR 84; *Royal Doulton Tableware Ltd v Cassidy's Ltd* (1984), 1 CPR (3d) 214 at 230 (FCTD).

^۳. Lesley, Op. Cit., at 81.

^۴. *Dion v Trottier* (1986), 9 CIPR 258 (Qc SC), at paras 28 and 87.

^۵. *Boudreau v Lin*, (1997), 150 DLR (4th) 324 at para 30, 75 CPR (3d) 1 (Ont SC).

^۶. *Childress v Taylor*, 945 F (2d) 500 (2nd Cir 1991) at 507.

^۷. 886 F (2d) 1081 (9th Cir 1989).

^۸. Stobbe, Richard, Op. Cit., P 38.

^۹. [1999] 2 FC 287 at para 24, 85 CPR (3d) 289.

^{۱۰}. *Gould Estate v Stoddart Publishing Co.*, (1996), 30 OR (3d) 520 (Gen Div), aff'd (1998), 39 OR (3d) 545, 80 CPR (3d) 161 (CA).

نتیجه‌گیری

از مباحث تطبیقی مذکور چنین دریافت می‌شود که برای برخورداری از مقررات حمایتی کپی‌رایت در اثر مشترک، مشارکت پدیدآورنده باید فراتر از صرف ابراز ایده باشد. مشارکت باید به‌نحوی باشد که ایده‌های اصلی، الگوریتم‌ها و دستورالعمل‌ها در قالب کدهای رایانه‌ای نمود پیدا کنند. اثر زمانی مشترک محسوب می‌شود که عموماً واجد این الزامات کلیدی باشد:

اولاً، ایجاد اثر مشترک باید براساس حقایق موضوعی و حکمی، متضمن قصد متقابل طرفین باشد. ثانیاً، مشارکت پدیدآورندگان باید درهم‌تنیده و غیرقابل تفکیک باشد. در غیر این صورت، عموماً مشارکتی محقق نمی‌شود (به استثنای فرانسه).

ثالثاً، اگرچه لازم نیست مشارکت‌ها از نظر «کمی و کیفی» یکسان باشند، برای محقق کردن ضابطه اصالت، مشارکت هر پدیدآورنده باید قابل توجه و خلاقانه باشد.

با مدنظر قرار دادن اهمیت کدنویسی در اثر مشترک نرم‌افزاری، این اقدامات مشارکت محسوب نمی‌شوند: اولاً، صرف آموزش، راهنمایی، مذاکره و مصاحبه برای تحقق اثر مشترک کافی نیست. ثانیاً، در مواردی که مشارکت صرفاً در قالب ابراز ایده یا پیشنهاد باشد و مؤلف در قبول یا رد آنها آزاد باشد، این حق را به مشارکت‌کننده نمی‌دهد که به‌عنوان پدیدآورنده مشترک در نظر گرفته شود. ایده‌ها، پیشنهادها و توصیه‌ها هرچقدر هم که مفید باشند، بدون کمک به ساختار برنامه رایانه‌ای، منتهی به تحقق اثر مشترک نمی‌شوند. اگر فعالیت فقط یکی از همکاران منتهی به تولید اثر خلاقانه شود، نقش دیگری ممکن است تا سطح یک محرر یا کاتب تقلیل یابد. ثالثاً، اقداماتی مانند کمک فنی، مشاوره‌ای، سازمانی یا مادی، نظارت و تسهیل در ثبت رسمی برنامه، به دلیل عدم مشارکت خلاقانه، مشارکت در خلق اثر نرم‌افزاری محسوب نمی‌شود.

رابعاً، دعای مورد بحث در این مقاله نشان داد که سناریوها و ادعاهای مختلفی ممکن است درخصوص مشارکت در خلق اثر مطرح شوند؛ مثلاً مشارکت در قالب ارائه آموزش، ایده‌ها، توصیه‌ها و پیشنهادها، مشارکت در آزمایش نرم‌افزار، مشارکت از طریق مذاکره و مصاحبه. مهم است به یاد داشته باشیم که مقررات پیش‌فرض کپی‌رایت فقط از بیان مادی یک ایده حمایت می‌کند و نه از خود ایده. بنابراین، وقتی توسعه‌دهنده‌ای توصیه، راهنمایی، پیشنهاد و ایده فردی را به کدهای برنامه رایانه‌ای تبدیل می‌کند، مالکیت نرم‌افزار را خواهد داشت؛ مگر اینکه توافق دیگری شده باشد. به عبارت دیگر، پیش‌فرض قانونی تخصیص مالکیت را می‌توان با قرارداد کتبی تغییر داد. اگر بناست موارد یادشده به‌عنوان قسمتی از اثر مشترک تلقی شود، ایمن‌ترین و مؤثرترین راه، تهیه یک قرارداد دقیق است که به‌طور خاص حقوق مالکیت طرفین و نحوه اشتراک آنها در مالکیت و کنترل اثر را مشخص کند.

References

Books

1. Daniela, Simone. *Copyright and Collective Authorship*, Cambridge University Press, 2019.
2. Goldstein, Paul and P. Bernt Hugenholtz. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University, Inc., 2012.
3. Goldstein, Paul and P. Bernt Hugenholtz. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, Fourth Edition, 2019.
4. Goldstein, Paul. *Goldstein On Copyright*, Wolters Kluwer Legal and Regulatory U.S., Third Edition, 2005.

5. Harris, Lesley Ellen. *Canadian Copyright Law*, McGraw-Hill Ryerson Trade, Third Edition, 2001.
6. Kamina, Pascal. *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, 2016.
7. Lior, Zemer. *The Idea of Authorship in Copyright*, Ashgate Publishing, Ltd., 2007.
8. Melville B. and David Nimmer. *Nimmer On Copyright*, Matthew Bender, 2002.
9. Ricketson, S. and Jane C Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Volume 1, Oxford University Press, Second Edition, 2006.
10. U.S. Copyright Office, *Compendium of U.S Copyright Office Practices*, Glossary, Third Edition, 2017.

Articles

11. Angelopoulos, Christina. "The Myth of European Term Harmonization: 27 Public Domains for the 27 Member States", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Volume 43, Issue 5, 2012.
12. Bell, Abraham and Gideon Parchomovsky, "Copyright Trust", *100 CORNELL L.REV.*, 2014.
13. Fritz, Johannes. "The Notion of 'Authorship' Under EU Law—Who Can be an Author and What Makes One an Author? An Analysis of the Legislative Framework and Case Law", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2024.
14. Hugenholtz, P. Bernt and João Pedro Quintais. "Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output?" *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Volume 52, 2021.
15. Lattacher, Martina. "Authorship Matters! Authorship in the EU with a Focus on Film", *Stockholm Intellectual Property Law Review*, Volume 4, Issue 2, 2021.
16. Lior, Zemer. "Contribution and Collaboration in Joint Authorship: Too Many Misconceptions", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 1, Issue 4, 2006.
17. Rozencwaig-Feldman, Tehila. "The Author and the Other: Reexamining the Doctrine of Joint Authorship in Copyright Law", *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, Volume 32, Issue 1, 2021.
18. Stobbe, Richard. "What Qualifies as Joint Authorship of Software?" *Canadian Intellectual Property Review*, Volume 32, 2016

Internet Resources

19. Byrd, Peter. "The Tricky Issue of Joint Authorship in Copyright Works", 2021. Available at: <https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/insights/expert-insights/intellectual-property/2021/the-tricky-issue-of-joint-authorship-in-copyright-works/>
20. EU Monitor, "Directive 2009/24 - Legal Protection of Computer Programs (Codified Version)" - Main contents. Available at: https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvk6yhcbpeywk_j9vvik7m1c3gyxp/vj3ecgdj6eyd
21. Faster Capital, "Joint authorship: What is Joint Authorship and How Does It Affect Your Rights and Responsibilities", 2024. Available at: <https://fastercapital.com/content/Joint-authorship--What-is-joint-authorship-and-how-does-it-affect-your-rights-and-responsibilities.html/>
22. McChrystal, Stanley A. "Joint Authorship: What Is Joint Authorship and How Does It Affect Your Rights and Responsibilities", 2024. Available at: <https://fastercapital.com/content/Joint-authorship--What-is-joint-authorship-and-how-does-it-affect-your-rights-and-responsibilities.html/>
23. Shortt, Michael. "Seggie v. Roofdog Games Inc.: Who is the Author of Videogame Software for Copyright Purposes?" 2016. Available at: www.fasken.com/en/knowledge/2016/05/intellectualpropertybulletin-20160519/
24. Stephenson Law, "Intellectual Property in Software", 2018. Available at: <https://www.stephenson.law/blog/intellectual-property-in-software/>

25. Wery, Etienne. "Legal Protection of a Computer Program", 2017. Available at: <https://www.droit-technologie.org/contentieux/it-ip-litigation-in-europe-legal-protection-of-a-computer-program/>
26. Zuykov, Sergey. What Rights Does the Author of a Computer Program and Database Have? 2020. Available at: <https://zuykov.com/en/about/articles/what-rights-does-author-computer-program-and-datab/>

Cases

27. *Ashton-Tate Corp v Ross*, 728 F Supp 597 (ND Cal 1989), aff'd 916 F (2d) 516 (9th Cir 1990).
28. *Boudreau v Lin* (1997), 150 DLR (4th) 324 CPR (3d) 1 (Ont SC).
29. *Brighton v. Jones* [2004] EWHC (Ch) 1157.
30. *Childress v Taylor*, 945 F (2d) 500 (2nd Cir 1991).
31. *Cyprotex Discovery Limited v The University of Sheffield*, [2004] EWCA Civ 380.
32. *Dion v Trottier* (1986), 9 CIPR 258 (Qc SC).
33. *Dolmage v Erskine* (2003), CPR (4th) 495 (Ont Sup Ct J).
34. *Drapeau c Francois Girard*, [2003] RJQ 2539.
35. *Erickson v. Trinity Theatre, Inc.*, 13 F.3d 1061, 1069–71 (7th Cir. 1994).
36. *Fylde Microsystems Ltd v Key Radio Systems Ltd.*, [1998] EWHC Patents 340.
37. *Fylde Microsystems Ltd v. Key Radio Systems Ltd* [1998] FSR 449 (Ch).
38. *Gould Estate v Stoddart Publishing Co.*, (1996), 30 OR. (3d) 520 (Gen Div), aff'd (1998), 39 OR (3d) 545, 80 CPR (3d) 161 (CA).
39. *Hager v ECW Press Ltd.*, [1999] 2 FC 287 at para 24, 85 CPR (3d) 289.
40. *John Maryon International Ltd v New Brunswick Telephone Co Ltd* (1982), 141 DLR (3d) 193 (NBCA), at 244.
41. *Julia Kogan v Nicholas Martin & other* [2019] EWCA Civ 1645.
42. *Kantel v Grant*, [1933] Ex CR 84.
43. *Le Brun v. SA Braesheather*, Cass. 1st Civ. Chamber, Oct. 18, 1994, 164 R.I.D.A. 304, 308 (1995).
44. *Levy v Rutley* (1871), LR 6 CP 523 [Levy].
45. *Neudorf v Netzwerk Productions Ltd.*, 1999 CanLII 7014 (BCSC).
46. *Neugebauer v. Labieniec*, (2009), 349 F.T.R. 53 (FC).
47. *Neugebauer v. Labieniec*, 2009 FC 666, aff'd 2010 FCA 229.
48. *Royal Doulton Tableware Ltd v Cassidy's Ltd.*, (1984), 1 CPR (3d) 214 at 230 (FCTD).
49. *Seggie v. Roofdog Games Inc.*, 2015 QCCS 6462.
50. *Stuart v. Barrett*, [1994] EMLR 448 (Ch B).
51. *Whelan Association Inc v Jaslow Dental Laboratory Inc.*, 609 F Supp 1307 (US Dist 1985), aff'd 797 F (2d) 1222 (3d Cir 1986).

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Legal Impact of Revolutions on the Modern Concept of Law: A Legal Study of the Philosophy and History of the Revolution Focusing on French, British and American Revolutions

Amin Sedighi Neyshabour¹ , Mohammad Jalali², Asadollah Yavari³

ABSTRACT

The main issue in this article is to examine the historical and philosophical impact of revolution on the modern concept of law. To historically examine this topic, the characteristics of revolutions in England, France, and the United States have been considered and philosophically, the ideas of thinkers from both the natural law and legal positivism approaches in this field have been studied. However, due to the historical nature of the subject, differences in the revolutionary structure are observed, according to the characteristics of each period and country. As a result, the outcomes of each revolution have also been different. However, at the same time, they have led to structures, institutions, and a system of universal reactions, and have influenced each other. The debate over revolution remains intense today, and revolutionary approaches worldwide are undergoing transformation, reconstruction, and sometimes repetition. One of the recent revolutionary centers has been the Middle East, which has led to many discussions. These revolutions necessitate a re-examination of the classical approach to revolution in leading revolutionary countries like England, France, and the United States, which created new concepts in constitutional law and achieved relative stability. The English, French, and American revolutions were not only effective in these three countries; they have generally cast a shadow over revolutionary procedures and the entire world, and the impact of each of them was not limited to the geographical territory of that country and the time of its occurrence. The issue of legalism and anti-legalism at the heart of revolutions became one of the main issues for societies undergoing the modernization process. The desecration of the law, due to its fundamental change in nature caused by the revolutionary situation, led to serious discussions about the nature of law. In this regard, the connection between history, philosophy of law, legal thinkers, and legal activists in society is important. From Hobbes to Kant and Hegel, and from Cromwell to Robespierre and the American founding fathers, and many people who were killed in this path and those who resisted on the opposing front, all of them are part of the identity of the revolution in the face of the law, in the creation of law, and in the preservation of law. The interaction of idealism and reality, as well as dynamism and stability during a revolution, place revolutionary leaders on a difficult path. They must either insist on the mistakes of the past and make an effective change to build a proportional and exemplary system, or, on the contrary,

How to Cite: Sedighi Neyshabour, Amin, Jalali, Mohammad, Yavari, Asadollah, "The Legal Impact of Revolutions on the Modern Concept of Law: A Legal Study of the Philosophy and History of the Revolution Focusing on French, British and American Revolution", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:91-108.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.227757.2240>

Received: 26/06/2022-Accepted: 18/12/2023

1. Phd Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: amin3dighi@gmail.com

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

3. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

expand the scope of instability. The system of classical revolutions in England, France, and the United States has many lessons within it, which led to the birth and development of the concept of constitutional law. This is a structure of thought that made the transition from command to law possible and broke the idolization of the law and the absolute obedience of its adherents. In fact, although revolution has an anti-law appearance, it becomes one of the main causes for the creation of the modern concept of law. This is because human society is in need of change at certain historical junctures, and what change can be more expressive and foundational than a revolution? Revolution creates hope and fear in different periods without a definite outcome being clear. This hope and fear are not only for the holders of power and thought but also belong to all the people of that land. The unintended consequences of revolution have both dark and bright sides, and it cannot be definitively condemned or praised. As in the system of the English and French revolutions, the sinusoidal relationship between legal, political, and social variables saw substantial fluctuations and went through many turbulences to reach the recent concept of social order, rights, and law. In both countries, the system of government alternated between republic and monarchy, but in the end, it created historical points of convergence for themselves and for other countries in the world. While, the American Revolution did not experience these fluctuations due to its unique conditions and brilliant leadership. It is noteworthy that from a philosophical perspective, issues such as the choice of voluntarism or order-based structuralism are among the key issues for understanding the two philosophical approaches of legal positivism and natural law. Also, the objectivist perception of legal positivism regarding law is one of the issues discussed in the present article. The research method of this study can be considered analytical, descriptive, and, in general, the approach of the article can be considered macro-perspective. The achievement of this research, on the one hand, is the identification of revolution as a key concept in constitutional law. On the other hand, it is the overcoming of the rigidity governing the interpretation and understanding of the law, with the help of a philosophical and historical reexamination and analysis of revolution, as one of the most intricate and central historical disputes reflected in the philosophy of law. The research conclusion clarifies that, in revolution, natural law has achieved a practical and theoretical superiority over legal positivism. Although it might be more accurate to say that legal positivism and the theory of natural law have moved side by side, and it is difficult to imagine that only one of these two theories would take absolute control over law. Today, the evolution of many legal concepts, including the law, is the result of a struggle that thinkers and progressives have been waging for many years in the trenches of natural law and legal positivism by being in the heart of historical objectivity.

KeyWords: Law, Revolution, History, Natural Law, Legal Positivism.



تأثیر حقوقی انقلاب بر مفهوم نوین قانون (مطالعه حقوقی فلسفه و تاریخ انقلاب با تمرکز بر انقلاب‌های فرانسه، انگلستان و آمریکا)

امین صدیقی نیشابور^۱، محمد جلالی^۲، اسدالله یآوری^۳

چکیده

مسئله اصلی در این مقاله، بررسی تأثیر تاریخی و فلسفی انقلاب بر مفهوم نوین قانون است. برای بررسی تاریخی این موضوع به ویژگی‌های انقلاب در کشورهای انگلستان، فرانسه و آمریکا توجه شده و از نظر فلسفی، آرای اندیشمندان دو رویکرد حقوق طبیعی و اثبات‌گرایی حقوقی در این زمینه بررسی شده است. در این باره، مسائلی از جمله انتخاب اراده‌گرایی یا ساختارگرایی مبتنی بر نظم، جزو مسائل کلیدی فهم این دو رویکرد فلسفی حقوق است. همچنین تلقی عینیت‌گرایانه اثبات‌گرایی حقوقی نسبت به قانون، از مسائل مورد بحث در مقاله حاضر است. روش پژوهش حاضر را می‌توان تحلیلی، توصیفی و در مجموع، رویکرد مقاله را کلان‌نگر دانست. دستاورد این پژوهش، از طرفی، شناسایی انقلاب به عنوان مفهومی کلیدی در حقوق اساسی بود و از طرف دیگر، عبور از جماد حاکم بر تفسیر و شناخت قانون، به مدد بازخوانی و تحلیل فلسفی و تاریخی انقلاب، به عنوان یکی از بغرنج‌ترین و درعین حال، محوری‌ترین منازعه‌های تاریخی که در فلسفه حقوق منعکس شده است. آنچه در نتیجه‌گیری این پژوهش آمده است، روشن می‌کند که در موضوع انقلاب، حقوق طبیعی به تفوق عملی و نظری نسبت به اثبات‌گرایی حقوقی دست یافته است.

کلید واژگان: قانون، انقلاب، تاریخ، حقوق طبیعی، اثبات‌گرایی حقوقی.

استناد به این مقاله: صدیقی نیشابور، امین، جلالی، محمد، یآوری، اسدالله، «تأثیر حقوقی انقلاب بر مفهوم نوین قانون (مطالعه حقوقی فلسفه و تاریخ انقلاب با تمرکز بر انقلاب‌های فرانسه، انگلستان و آمریکا)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۹۱-۱۰۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.227757.2240>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۲۷

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

/ایمیل نویسنده مسئول: amin3dighi@gmail.com

۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

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



Copyright: © 2025 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

پرسش اساسی در این مقاله عبارت است از اینکه «انقلاب از نظر تاریخی و فلسفی بر مفهوم قانون چه اثری گذاشت؟» مسئله قانون همواره در کانون ساختار دانش نوین حقوق قرار داشته است. به همین دلیل، عده‌ای برای روشن شدن مطلب، به تمیز آن از ساختارهای مشابه اقدام کرده‌اند.^۱ این تمیز، مسئله‌ای تاریخمند و درازدامن است و به مسئله مهم منشأ قانون بازمی‌گردد. حیثیت حقوق به مثابه دانشی نوین از دل همین منشأشناسی برای قانون پدید آمده است.

منشأشناسی قانون، دو بن‌مایه دارد؛ بن‌مایه تاریخی و بن‌مایه اندیشه‌ای. بن‌مایه تاریخی آن به عصر نخست انقلاب‌ها یعنی انقلاب کبیر فرانسه و انقلاب امریکا می‌رسد و بن‌مایه اندیشه‌ای آن به موضوع حاکمیت ملت بازمی‌گردد.^۲ توضیح اجمالی مطلب این است که مبنای حاکمیت پیش از این تحول، در اکثریت قریب به اتفاق جهان آدمی‌زادگان، مبتنی بر نیروی فرابشری و الهی بود. مفهوم خداوند مفهومی واحد میان انسان‌ها نبود و از باور به چندخدایی تا تک‌خدایی متنوع بود، اما اینکه فرمانروای هر قلمرو جغرافیایی، منتخب خدا یا خداهایی است که در آن زیست‌بوم بدان باور داشتند، مهم‌ترین سازنده نظریه فرمانروایی بود؛ هرچند برخی یونان باستان را استثنایی بر این قاعده می‌دانند.^۳ در این منظومه قضا و قدری، آنچه سرنوشت برای ساکنان زمین تعیین می‌کرد، اولویت داشت. قانون هم در ابتدا چیزی جز این نبود. از آنجاکه برای بسیاری از جزئیات، دستور مشخصی در منابع شفاهی و کتبی یافت نمی‌شد، امور مربوط به قدرت را فرمانروا تعیین می‌کرد و راهبان، موبدان و کاهنان دستورالعمل‌های مربوط به روابط فردی و اجتماعی را تعیین می‌کردند.

البته از سابقه ستم‌های بی‌حدوحصر نیز نباید غافل شد؛ چنان‌که عده‌ای از اندیشمندان به صرافت افتادند تا مرزی برای اراده فرمانروا بسازند و آن مرز حقوق طبیعی بود. حقوق طبیعی نیز قانون خداوند و طبیعت بود، منتها مستقل از هر فرمانروایی می‌توانست پابرجا بماند. حتی برخی معتقدند که همین باور به قانون طبیعی بود که شورشی‌ها را به انقلاب‌ها امیدوار می‌کرد.^۴ هرچند برخی نظریه پردازان حقوق طبیعی نیز از انقلاب، برخلاف ذات حقوق طبیعی تبری جسته بودند.^۵

پیش از ورود به بحث اصلی، بیان مختصر توضیحی درباره سابقه نظری بحث یا به اصطلاح، نقد ادبیات موضوعی پژوهش حاضر ضروری است. باید دانست که طرح مسئله به این صورت، سابقه چندانی ندارد و تنها صاحب‌نظران مطالبی را در خصوص مسئله رابطه انقلاب و قانون، به صورت نامتمرکز و گذرا بیان کرده‌اند. باین حال، مجموع این بررسی‌ها را به چهار بخش می‌توان تقسیم کرد:

۱. بخشی از این اشاره‌ها، متوجه متفکرانی است که آثار ارزشمندی را منحصرأ در رشته حقوق منتشر کرده‌اند و صفحاتی از کتاب‌های ایشان به طور معمول به بررسی مسئله انقلاب اختصاص یافته است. این نکته در آثار علمای مطرح حقوق،

۱. سروش، عبدالکریم، *اخلاق خدا/یان*، تهران: طرح نو، چاپ هفتم، ۱۳۸۷، ص ۱۷۵.

۲. آرنه، هانا، *انقلاب*، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران: خوارزمی، چاپ دوم، ۱۳۷۷، ص ۲۲۳.

۳. همان، صص ۲۶۸-۲۶۹.

۴. اشتراوس، لئو، *حقوق طبیعی و تاریخ*، ترجمه باقر پرهام، تهران: آگاه، چاپ پنجم، ۱۳۹۸، ص ۱۱۲.

۵. قاری سید فاطمی، سید محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر یکم: درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع)*، تهران: نگاه معاصر، چاپ ششم (چاپ دوم ناشر)، ۱۳۹۸، ص ۹۳.

مانند کلسن و هارت، نیز به چشم می‌خورد که در نهایت اختصار به این موضوع پرداخته‌اند. در اندک صفحات مورد اشاره نیز مسئله بااهمیت جلوه یافته، ولی حجم مطلب آن‌قدر نیست که گفته شود به‌صورت مجزا به آن پرداخته شده است. برای نمونه، کلسن در کتاب *نظریه عمومی حقوق و دولت*، ذیل بحث اصل «مشروعیت» به انقلاب اشاره می‌کند و می‌گوید اصل مشروعیت در صورتی که انقلاب اتفاق افتاده باشد، صادق نخواهد بود و پس از آن، عباراتی موجز را به این مهم اختصاص می‌دهد.^۱

۲. علاوه بر دسته قبلی، گاهی متفکران فقط به موضوع انقلاب در بطن یک رویداد تاریخی پرداخته‌اند. برای نمونه، به بهیموث اثر هابز، *انقلاب فرانسه*، اثر الکسی دو توکویل و همچنین *تأملی بر انقلاب فرانسه*، اثر ادموند بورک، می‌توان اشاره کرد. این آثار به‌طور جزئی نظریاتی قابل تأمل در آثار انقلاب و مقایسه وضعیت پیش و پس از انقلاب دارند، ولی بیشتر به مفهوم انقلاب از نظر تأثیری پرداخته‌اند که بر ساختار حقوقی خاص داشته است و پیوند میان تاریخ حقوق و فلسفه حقوق در این آثار ملموس نیست. در ضمن، این اندیشمندان به مفهوم حقوقی انقلاب توجه نکرده‌اند.

۳. از طرف دیگر، آثاری فلسفی وجود دارد که انقلاب‌های مهمی مانند انقلاب فرانسه را تحت تأثیر آن آثار می‌دانند، مانند *قرارداد اجتماعی* اثر روسو. این نوشته‌ها به‌طور کلی دارای آثار تاریخی بوده‌اند، اما بیشتر به بیان فلسفی اکتفا کرده‌اند و مفهوم انقلاب هم در آنها به‌صورت مجزا ساخته و پرداخته نشده است.

۴. به جز این آثار که ذکر نمونه‌هایی از آنها رفت، آثاری هم وجود دارند که عنوان آنها با انقلاب مطابقت دارد؛ مثل کتاب *انقلاب*، اثر هانا آرنت که در آن به‌طور اختصاصی و مفصل به مفهوم انقلاب پرداخته است. این دسته از آثار نیز نه زبان حقوقی را به کار گرفته و نه دیدگاه حقوقی در خصوص انقلاب ارائه داده‌اند، بلکه به تحلیل مفهوم انقلاب از منظر سیاسی و تاریخی پرداخته‌اند. به آنچه گفته شد، بیفزایید آثاری را که تحلیلی جامعه‌شناختی یا سیاسی یا تاریخی یا مجموع چنین تحلیل‌هایی را از انقلابی خاص یا مفهوم انقلاب به‌طور کلی داشته‌اند، اما دریغ که تحلیلی حقوقی به‌دست دهند.

برای بررسی دقیق‌تر این بحث، در ادامه، ابتدا به منشأشناسی قانون و انقلاب از منظر اندیشه‌ای می‌پردازیم و پس از آن، سیر تاریخی منشأشناسی قانون و رابطه آن را با انقلاب‌ها بررسی می‌کنیم. این بررسی، روشی مقایسه‌ای، تطبیقی، بی‌طرفانه و توصیفی را در نظر دارد و مزیت آن دستیابی به فضاهای جدید در تاریخ و فلسفه حقوق است.

۱. منشأشناسی اندیشه‌ای قانون و انقلاب

منشأشناسی اندیشه‌ای قانون و انقلاب همان نقطه آغاز فلسفه حقوق است. هرگاه پرسیده شود: «منشأ مشروعیت قانون چیست؟»، دو نگاه فلسفی حقوقی برجسته می‌شوند که یکی از آنها دیدگاه فلسفی حقوق طبیعی است و دیگری دیدگاه فلسفی حقوق اثبات‌گرا. در پاسخ به منشأ مشروعیت قانون، اگر قائل به خودبسنده بودن قانون باشیم، به دیدگاه اثبات‌گرای حقوقی نزدیک هستیم، اما اگر حقوق را فراتر از قانون بدانیم و منشأ مشروعیت قانون را فراتر از خود قانون جست‌وجو کنیم، قائل به دیدگاه حقوق طبیعی هستیم؛ مطلبی که در ادامه، به‌صورت دقیق‌تر و مفصل‌تر با محوریت بحث انقلاب بررسی می‌شود.

¹. Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*. London: Transaction Publisher, 2006, P 116.

۱.۱. منشأشناسی اندیشه‌ای قانون و انقلاب از منظر حقوق طبیعی

همان‌طور که اشاره شد، منشأ تکوین قانون از منظر اندیشه‌ای، حقوق طبیعی بود. از آنجاکه فرمانروا در قلمروهای جغرافیایی مختلف به‌عنوان نماینده خداوند، قدرتی نامحدود داشت و قانونگذاری در بخشی که متون مذهبی، سکوت یا اجمال یا ابهام داشتند، ذیل اراده فرمانروا بدون هیچ تفکیکی از قدرت اجرایی وی صورت می‌گرفت، گذاردن مرزهایی برای این میزان از خودکامگی ضروری بود.

بهترین سدی که می‌توانست در برابر این خودکامگی معنا داشته باشد، منبعی بود که قدرت را به فرمانروا اعطا کرده بود. از سوی دیگر، اندیشمندان پیش از روزگار نو بر این باور نبودند که قانون‌های بشری یقین‌آور باشد.^۱ با این وصف، همان متون مذهبی و آیین‌هایی که فرمانروا را بر سریر قدرت نشانده بودند، می‌توانستند او را محدود کنند. به این ترتیب، اندیشمندان با یافتن عباراتی که بر حقوق انسان در متون مذهبی تأکید داشت، حق‌های طبیعی را در برابر قدرت فرمانروا تأسیس کردند.^۲

یکی از مسائلی که پس از ابداع نظریه حقوق طبیعی پیش آمد، ضمانت اجرای این حق‌ها بود. مسئله اصلی این بود که اگر فرمانروا، حق‌های طبیعی فرمانبران را پایمال می‌کرد، آنان می‌بایست چه روشی را در برابر این ستم‌ها در پیش گیرند؟ در پاسخ به این مسئله، نظریه‌پردازان حقوق طبیعی به دو دسته تقسیم شدند: عده‌ای حق سرپیچی از دستور و در مرحله‌ای بالاتر، شورش را مقدمه‌ای برای رسیدن فرمانبران به حقوق طبیعی می‌دانستند.^۳ عده‌ای دیگر نیز فرمانبران را از شورش نهی می‌کردند^۴ و جز خود فرمانروا به‌عنوان شخص حقوقی، ضمانت اجرایی برای اجرای حقوق طبیعی نمی‌یافتند.

توماس هابز یکی از شناخته شده‌ترین نمایندگان گرایش نخست است که ضمانت اجرایی را برای توسل حقوق طبیعی در برابر فرمانروا متصور نبود،^۵ اما گرایش دوم نظریه حقوق طبیعی، یعنی مجوز مقاومت در برابر فرمانروا، در صورت نقض حقوق طبیعی به متقدمان نظریه‌پردازان حقوق طبیعی در قرون وسطای غرب بازمی‌گشت؛ چنان‌که آگوستین قدیس، فرمانروایی ستمگران را فرمانروایی راهزنان می‌پنداشت و آکویناس قدیس، معیار عدالت را برای اعتبار قانون لازم می‌دانست.^۶ نظریه‌پردازانی که انقلاب را بر مبنای حقوق طبیعی، مشروع دانست، جان لاک بود که بخش مهمی از رساله‌اش یعنی در باب حکومت را به این مهم اختصاص داد.^۷

بحث دفاع از حق‌ها در برابر قانون وضعی پس از جان لاک نیز ادامه پیدا کرد و تا دوران معاصر تا آنجا توسعه یافت که برخی نظریه‌پردازان حقوقی معاصر حقوق طبیعی را در مفهوم نو مترادف با حقوق بشر می‌دانند.^۸ چنین اظهارنظری از

^۱. Letwin, Shirley, *On The History Of The Idea Of Law*, New York: Cambridge, 2005, P 200.

^۲. نویمان، فرانس، *آزادی و قدرت و قانون*، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران: خوارزمی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۷۲.

^۳. «هر کسی زور را بدون داشتن حق به کار گیرد... همان‌طور که بسیاری در جامعه کار غیر قانونی می‌کنند... خود را در وضعیت جنگ با کسانی قرار می‌دهد که زور را علیه آنها به کار برده است. در چنین وضعیتی، همه پیمان‌ها لغو می‌شود، همه حقوق متوقف می‌شود و همه کس حق دارد از خود در برابر متجاوز مقاومت کند».

لاک، جان، *رساله‌ای درباره حکومت*، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۲۶۲.

^۴. قاری سید فاطمی، پیشین، ص ۹۲.

^۵. هابز، توماس، *بهیموت یا پارلمان طولانی*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۵، صص ۱۰۵-۱۰۶.

^۶. هارت، هربرت، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، صص ۲۴۶-۲۴۷.

^۷. لاک، پیشین، ص ۸۴.

^۸. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, New York: Oxford, 2011, P 198.

آن لحاظ صحیح به نظر می‌رسد که امروزه حقوق طبیعی از سطح فلسفی فراتر رفته و به عنوان حق‌های جهان‌شمول بشر شناسایی شده؛ مسئله‌ای که همچنان تعارض میان حق‌های بشری و قوانین ملی را در کانون مباحث حقوقی و فراحقوقی قرار داده است.

۱.۲. منشأشناسی قانون و انقلاب از منظر اثبات‌گرایی حقوقی

ورود به روزگار نو،^۱ مستلزم تفکیک تخصصی رشته‌های گوناگون از علوم تجربی تا علوم انسانی بود و نتیجه این میل به مشخص شدن مرزهای هر دانش در علوم انسانی، نگرش اثبات‌گرایانه در حقوق بود. هانس کلسن، که اثبات‌گرایی حقوقی را بنیان نهاد، معتقد بود تنها حقوق اثبات‌گرا واجد عنوان دانش حقوق است و باید میان قلمرو اخلاق و حقوق تمایز قائل شد. به این ترتیب، حقوق طبیعی، بیشتر به قلمرو اخلاق مربوط می‌شود و موضوعی حقوقی نیست.^۲ این نظریه پس از جرح و تعدیل‌هایی در طول زمان تکامل یافت. از جمله یکی از اثرگذارترین آثاری که در دوره معاصر در خصوص اثبات‌گرایی حقوقی منتشر شد و اعتباری دوباره به این نظریه بخشید، کتاب *مفهوم قانون* اثر هارت، فیلسوف حقوق انگلیسی، است. این اثر اگرچه در بیشتر موارد مؤید نظرات کلسن بود، اصلاحاتی نیز نسبت به نظریه متقدم خود داشت. هارت در جایی از این کتاب، ویژگی‌های حقوقی اثبات‌گرا را این‌طور تعریف می‌کند:

اصطلاح «اثبات‌گرایی حقوقی» در آثار معاصر انگلیسی‌امریکایی برای دلالت بر یک یا چند معنا از معانی زیر به کار می‌رود: ۱. قانون همان فرمان انسان است. ۲. رابطه‌ای ضروری میان قانون و اخلاق یا میان قانون، آن‌گونه که هست و قانون، آن‌گونه که باید باشد، وجود ندارد. ۳. تحلیل یا مطالعه معنای مفاهیم حقوقی، مطالعه‌ای مهم است که باید از جستارهای تاریخی و جامعه‌شناختی و نیز از ارزیابی‌های انتقادی قانون براساس اخلاق، اهداف اجتماعی، کارکردها و مانند آنها تمییز داده شود (اگرچه نباید با آنها متعارض دانسته شود). ۴. نظام حقوقی نظامی منطقی‌بسته است که می‌توان در این نظام صرفاً به‌روش منطقی، تصمیمات صحیح را از قواعد حقوقی از پیش معین استنتاج کرد. ۵. داوری اخلاقی را نمی‌توان با اماره‌ها و استدلال‌های عقلی اثبات کرد.^۳

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، تأکید هارت در اثبات‌گرایی حقوقی مانند کلسن بر دو مسئله اساسی است؛ یکی اینکه قلمرو حقوق از اخلاق جداست و دیگری این‌که منشأ قانون، انسان است و نه فراانسان.

این نکته که اثبات‌گرایی حقوقی از نظر منشأ قانون، باوری انسان‌گرا دارد، نیازمند این توضیح تکمیلی است که اگرچه اثبات‌گرایی منشأ قانون را انسان می‌داند، این مسئله نباید مخاطب را گمراه کند که دیدگاه اثبات‌گرا اراده‌گراست. به نظر می‌رسد اثبات‌گرایی حقوقی رویکردی ساختارگرا به مسئله قانون دارد؛ یعنی همین که ساختار قانونی شکل گرفت و استقلال و ماهیت یافت، می‌تواند نظم‌ساز، آمره و پذیرفتنی باشد. اراده انسانی در شکل دادن به این ساختار دخیل است، ولی پس از تشکیل، این ساختار حقوقی، درون‌زا و خودفرمان خواهد بود. دلیل چنین استنباطی، علاوه بر نقل قول‌هایی که پیش‌تر از هارت و کلسن آوردیم، خود مسئله انقلاب است. در حقیقت، انقلاب نقطه تعارض اراده اکثریت جمعیت انسانی و ساختار نظم‌محور موردنظر اثبات‌گرایی حقوقی است. به همین دلیل، هم رویکرد اثبات‌گرا نسبت به انقلاب رویکردی مفهومی نیست، بلکه پذیرش و دوافکتوست. به بیان دیگر، اثبات‌گرایی به انقلاب به دیده یک واقعه فراحقوقی

۱. مدرنیته

۲. Kelsen, ibid, p 117.

۳. هارت، پیشین، صص ۲۴۶-۲۴۷.

نگاه می‌کند، نه یک مفهوم حقوقی.^۱ بنابراین، اگر انقلابی بتواند پیروز شود، از نظر نظم حقوقی که در آینده برخواهد ساخت، دیدگاه اثبات‌گرا آن را به صورت عملی خواهد پذیرفت، اما نفس انقلاب از سوی این دیدگاه پذیرفته نیست. از همین مسئله، چنان‌که اشاره شد، می‌توان نتیجه گرفت که انسان‌گرایی اثبات‌گرایی حقوقی ساختارگراست و اراده‌گرا نیست.

در خصوص بحث اراده‌گرایی ممکن است به مسائل مهم دیگری مانند تفسیر قاضی از قانون و میزان اثرگذاری این تفسیر از قانون نیز توجه صورت گیرد. این توجه از نظر قانون اساسی یا دیگر قانون‌های موضوعه، بحثی درازدامن است که در هستی‌شناسی مفهوم قانون و واضع قانون، اثرهای متفاوتی ایفا می‌کند.^۲ در خصوص همین بحث هم بنا بر آنچه گفته شد، تفکر اثبات‌گرا مجوز قانونی را دلیل این امر می‌داند و به امری فراتر از آن قائل نیست.

امروزه عده‌ای قائل به برداشته شدن مرز میان حقوق طبیعی و حقوق اثبات‌گرا هستند که در نهایت، چنین برداشتی همان تفسیری است که اثبات‌گرایان از حقوق موضوعه دارند.^۳ با این حال، با یادآوری نکات گفته‌شده در خصوص حقوق طبیعی می‌توان گفت محوری‌ترین تمایز میان دو دیدگاه حقوقی اثبات‌گرا و حقوق طبیعی، در سه حوزه، برجسته‌تر از دیگر حوزه‌ها به نظر می‌آید که عبارت‌اند از: منشأ قانون، قلمرو حقوق و حق بر انقلاب.

۲. منشأشناسی قانون و انقلاب از منظر تاریخی

بررسی‌های متعدد صورت گرفته در حوزه فلسفه حقوق، با متن تاریخی خود ارتباطی وثیق دارند. در واقع، عناصر تاریخی، دوشادوش تکوین نظریه حقوقی بر سازنده یا مکمل یا براندازنده ساختارهای حقوقی بوده‌اند. تعیین و تخمین اینکه کدام‌یک بر دیگری، تأثیر بیشتری داشته است، ناشدنی به نظر می‌رسد، ولی به ما می‌آموزد که این‌گونه پدیده‌های بشری با یکدیگر ملازمه ابدی دارند. با این حال، واقعیت و نظریه، نه آنچنان از هم دورند که نظریه‌پردازی را یک‌سره بی‌ثمر جلوه دهد و نه آنچنان نزدیک‌اند که بتوان گفت آنچه اتفاق می‌افتد، همان است که در کتاب‌ها نوشته شده است. به قول معروف میان علمای طب، «ویروس‌ها قبل از ظهور، خود را با کتاب‌های پزشکی مطابقت نمی‌دهند». نمونه‌های بسیاری در این خصوص وجود دارد. برای نمونه، به کتاب *لویاتان* و بهیموث هابز می‌توان اشاره کرد؛ زمانی که او این کتاب‌ها را می‌نوشت، از یک طرف، اتفاقات قلمرو پادشاهی انگلستان بر او اثرگذار بود و از طرف دیگر، آثار او هم بر تاریخ انگلستان و دانش حقوق اثر گذاشت. همین اوضاع و احوال در خصوص دیگر دانشمندان قلمرو فلسفه حقوق نظیر روسو، کانت و کلسن نیز صادق است.

بخش قابل توجهی از آنچه امروز به عنوان حقوق در هر قلمرو جغرافیایی شناسایی می‌شود، نتیجه تعامل اندیشه‌ها، نیروها، نهادها و شخصیت‌ها در طول تاریخ است. قانون در معنای نوین آن نیز ریشه‌ای تاریخی دارد که تا حدودی هم‌زاد انقلاب‌هاست. انقلاب انگلستان، انقلاب کبیر فرانسه و انقلاب آمریکا، در بازنگری در مفهوم قانون اثر داشتند که در ادامه به تأثیر تاریخی این انقلاب‌ها بر ساختار قانون در قلمرو حقوق می‌پردازیم.

^۱ Kelsen, Op. Cit., P 117.

^۲ Vermeule, Adrian. *The Constitution of Risk*, New York: Cambridge, 2014, P 5.

^۳ شایان ذکر است که نویسنده مقاله ذیل در مقام دفاع از اثبات‌گرایی نبوده و در صفحه مورد ارجاع به نقل و تحلیل آرای اثبات‌گرایی می‌پردازد. یآوری، اسدالله، «مطالعه تطبیقی جایگاه و اعتبار پیش‌بینی هنجارهای حقوقی تغییرناپذیر در قانون اساسی»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۱۱، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۷۹۰.

۲.۱. تأثیر انگلستان بر مفاهیم قانون و انقلاب

۲.۱.۱. منشور کبیر آزادی^۱

در نتیجه نبرد اشراف علیه پادشاه، پادشاه انگلستان (شاه جان)، منشور کبیر یا مگنا کارتا^۲ را امضا و صادر کرد.^۳ نکته قابل تأمل درخصوص تاریخ حقوق انگلستان، مسئله نبردهای میان نهاد اشراف و سلطنت است که ثمره آن در سنت حقوقی این کشور همچنان پابرجاست. در حقیقت، حزب را می‌توان ادامه این سنت حقوقی در انگلستان دانست؛ چون ابتدا ایستادگی اشراف به‌عنوان بخش اثرگذار جامعه، توازن قوا و تقسیم قدرت را به‌شکل بلوک‌های قدرت در این کشور پدید آورد و باعث چانه‌زنی‌ها و گرفتن امتیازات از پادشاه شد. شورشی که علیه پادشاه جان صورت گرفت، با لشکرکشی دو طرف همراه بود و با تصور امروزی از انقلاب (که حاصل حضور مردم در خیابان‌هاست) متفاوت است.^۴ بااین‌حال، نمی‌توان منکر شد که خاصیت انقلابی خود را از نظر ایجاد تغییر اساسی در ساختار قانونی به‌همراه داشت.

۲.۱.۲. انقلاب کرامول

بسیاری انقلاب انگلستان را نخستین انقلاب‌ها در روزگار نوین می‌دانند؛ انقلابی که پادشاه آن دوره انگلستان را پس از برگزاری دادگاه به اعدام محکوم کرد^۵ و نظام پادشاهی را به‌طور موقت از انگلستان برچید. نکته قابل تأمل انقلاب کرامول آن بود که نهاد پارلمان در زمان سرنگون کردن پادشاهی، نهادی تازه‌تأسیس نبود و اعضای آن در زمان سلطنت پادشاه، صاحب همان منصب بودند و محاکمه پادشاه^۶ نیز در همان پارلمان (اگرچه پس از پاک‌سازی گسترده) صورت گرفت.^۷ روبرویی نهاد پارلمان و نهاد سلطنت را می‌توان نقطه عطفی در تاریخ انگلستان دانست. کرامول ثمره این کار را از آن خود کرد^۸ و حتی نهاد پارلمان را نیز به‌طور موقت همانند نهاد سلطنت از میان برداشت.^۹ او که خود را «لرد حامی» می‌نامید،^{۱۰} با مرگ خویش پایان انقلاب را هم رقم زد^{۱۱} و موجب بازگشت تقویت و محبوبیت نهاد سلطنت و پارلمان در انگلستان تا امروز شد. اگرچه عده‌ای بر این باور بودند که در دوران کرامول هم نهادهای اجرایی و قضایی از ثبات نسبی برخوردار بودند.^{۱۲}

^۱. Great Charter of Freedoms.

^۲. Magna Carta.

^۳. شولتز، هرولد، *تاریخ انگلستان*، ترجمه عباس‌قلی غفاری‌فرد، تهران: نگاه، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص ۶۰.

^۴. نواک، جرج، *دموکراسی و انقلاب (از یونان باستان تا سرمایه‌داری مدرن)*، ترجمه پرویز بابایی، تهران: نگاه، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۹۷.

^۵. گلدستون، جک، *مقدمه‌ای بسیار کوتاه بر انقلاب‌ها*، ترجمه عباس حاتمی، تهران: کویر، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۹۱.

^۶. کاتوزیان، محمدعلی همایون، *ایران؛ جامعه کوتاه‌مدت و ۳ مقاله دیگر*، ترجمه عبدالله کوثری، تهران: نشر نی، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۷، ص ۴۳.

^۷. شولتز، پیشین، ص ۱۷۸.

^۸. گلدستون، پیشین، ص ۹۲.

^۹. نواک، پیشین، ص ۸۷.

^{۱۰}. بریتون، کرین، *کالبدشکافی چهار انقلاب*، ترجمه محسن ثلاثی، تهران: زریاب، چاپ هفتم، ۱۳۸۲، ص ۲۴۱.

^{۱۱}. گلدستون، پیشین، ص ۹۲.

^{۱۲}. دوتوکویل، الکسی، *انقلاب فرانسه و رژیم پیش از آن*، ترجمه محسن ثلاثی، تهران: مروارید، چاپ پنجم، ۱۳۹۷، ص ۳۱۶.

۲.۱.۳. انقلاب باشکوه^۱

انقلاب دیگری که در انگلستان پس از انقلاب کرامول به وقوع پیوست، حاصل نزاع دیگر میان پارلمان یا به عبارت دیگر، نهاد اشراف و نهاد سلطنت بود. این بار پادشاهی به نام جیمز دوم خلع شد^۲ و پادشاهی ویلیام و مری با حمایت اکثریت مردم و به دست پارلمان رسمیت یافت. این انقلاب به «انقلاب باشکوه» موسوم است و جان لاک رساله‌ای در باب حکومت را در تأیید آن نوشت.^۳ دستاورد انقلاب اخیر، قانون رواداری و لایحه حقوقی بود که پارلمان آن را تصویب کرد،^۴ چنان‌که عده‌ای مانند ادموند برک آن را سنگ بنای قانون اساسی انگلستان دانسته‌اند.^۵ انقلاب باشکوه موجب شد تا نهاد سلطنت بتواند تداوم یابد و نقشی متفاوت از پیش در ساختار حقوقی انگلستان ایفا کند.

۲.۱.۴. فروکش کردن تب انقلاب در انگلستان

خواست انقلاب در انگلستان حتی در زمان انقلاب فرانسه هم حفظ شده بود.^۶ با این حال، به سرعت فروکش کرد و در میان اقلیتی از جامعه باقی ماند.^۷ دلیل آن هم اتفاقاتی بود که در نتیجه وقایع خشونت‌بار پس از انقلاب در فرانسه اتفاق افتاد. به این ترتیب، انگلستان پس از چند انقلاب به سمت تقویت و توسعه نهادی مانند پارلمان حرکت کرد، هرچند بسیاری از آن ایده‌های انقلابی حقوقی پس از سال‌های دراز به ثمر نشست. در حقیقت، با فروکش کردن تب سیاسی انقلاب، خواست حقوقی انقلابی‌ها در سده‌های آینده محقق شد که در ادامه، این تغییرها را در حوزه پارلمان بررسی می‌کنیم.

۲.۱.۵. نتایج انقلاب‌ها و شورش‌ها در انگلستان

در نتیجه انقلاب‌ها^۸ و شورش‌های متعدد^۹ و شقاق نژادی^{۱۰} و مذهبی از جمله شقاق میان ساکسون‌ها و نورمن‌ها،^{۱۱} که انگلستان در دوره‌های مختلف تاریخی تجربه کرد،^{۱۲} پارلمان در این کشور توانست به نهادی تبدیل شود که بیشترین قدرت را در ساختار حقوقی این کشور داراست.^{۱۳} در آغاز، نهاد پارلمان با هدفی متفاوت یعنی مشاوره‌دهی به شخص شاه تشکیل شد و وصف انتخابی و تقنین نداشت،^{۱۴} اما همین نهاد که در آغاز جنبه مشورتی داشت، به مرور به نهادی

^۱. The Glorious Revolution.

^۲. شولتس، پیشین، ص ۱۹۶.

^۳. همان، صص ۱۹۷-۱۹۸.

^۴. گلدستون، پیشین، صص ۹۳-۹۴.

^۵. برک، ادموند، *تأملاتی بر انقلاب فرانسه*، ترجمه سهیل صفاری، تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۳۱.

^۶. پین، توماس، *حقوق انسان*، ترجمه رامین مستقیم، تهران: روشنگران و مطالعات زنان، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۹۶.

^۷. شولتس، پیشین، صص ۲۶۷-۲۶۸.

^۸. نواک، پیشین، ص ۱۹۱.

^۹. بریتون، پیشین، صص ۳۰-۳۱.

^{۱۰}. فوکو، میشل، *باید از جامعه دفاع کرد (درس گفتارهای کلژ دوفرانس ۱۹۷۴-۱۹۷۵)*، ترجمه رضا نجف‌نژاد، تهران: رخداد نو، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۱۵۱.

^{۱۱}. همان، ص ۱۵۷.

^{۱۲}. شولتس، پیشین، ص ۹۳.

^{۱۳}. ماله، آلبر و ژول ایزاک، *تاریخ قرن هجدهم: انقلاب کبیر فرانسه و امپراطوری ناپلئون*، ترجمه رشید یاسمی، تهران: امیرکبیر، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۵، ص ۴۳.

^{۱۴}. شولتس، پیشین، ص ۸۵.

تبدیل شد که اساس ساختار تقنین و اجرایی و حقوقی انگلستان بر آن بنا شده است.^۱ این توسعه تا حدی است که می توان گفت امروزه نهاد سلطنت را به حاشیه رانده و به نهادی نمادین تبدیل کرده است.^۲ شایان ذکر است این خواست تاریخی تحول خواه و انقلابی که تا سال ۱۹۱۸ یکی از آمالش حق رأی همه مردان بود،^۳ همراه با توسعه نهاد پارلمان موفق شد نهادهای دیگری را به وجود آورد و آنها را نیز متحول کند که از جمله این نهادها به مطبوعات انگلیسی می توان اشاره داشت.^۴ علاوه بر مطبوعات، نهاد عرف در حقوق اساسی انگلستان نیز متحول شد؛^۵ هرچند برخی حقوق دانان انگلیسی درخصوص وجود چنین نهادی تشکیک هایی وارد کرده اند.^۶ بنابراین، انقلاب و خواست انقلابی توانست بخش های مقاوم در سنت حقوقی انگلستان را متحول و ساختار حقوقی پیشرویی را در آن کشور مستقر کند. بررسی خاصیت تاریخی انقلاب، این نکته را به یاد می آورد که هیچ قلمرو حقوقی نمی تواند الگویی برای دیگر قلمروها باشد.

۲.۲. تأثیر انقلاب امریکا بر مفهوم قانون

هر انقلاب ویژگی های خاص خود را دارد که حاصل نیازهای اجتماعی و حقوقی و اخلاقی آن جامعه است؛ چنان که مهاجرت از اروپا، خاصه گرایش ناراضیان در انگلستان در وقوع انقلاب امریکا اثرگذار بود. چه بسا اگر مهاجرت انگلیسیان ناراضی از وضع موجود آن روزهای انگلستان نبود، انقلاب امریکا با ویژگی هایی که در ادامه خواهد آمد، محقق نمی شد.^۷ شاید به همین دلیل، یکی از اهداف انقلابی های امریکایی، به دست آوردن استقلال از انگلستان بود^۸ و همین انگیزه استقلال از انگلستان هم دولت فرانسه را مجاب کرد تا در رقابت با انگلیس، از انقلابی های امریکا حمایت کند.^۹

یکی دیگر از مواردی که می توان جزو خواص انقلاب امریکا برشمرد، برکشیده شدن نهاد مذهب است. دوتوکویل که یکی از مهم ترین حقوق دانان عصر خود و در پی مقایسه انقلاب فرانسه و امریکا بود، به این ویژگی برجسته توجه ویژه داشت.^{۱۰} چنین مسئله ای تا امروز هم تداوم یافته است و فیلسوفانی نظیر سندل به آن علاقه نشان می دهند.^{۱۱} همانا جداسازی مذهب از دولت و رواداری مذهبی بخش مهمی از نظام حقوق اساسی امریکا را تشکیل می دهد.^{۱۲}

۱. دوتوکویل، الکسی، *تحلیل دموکراسی در امریکا*، ترجمه رحمت الله مراغه ای مقدم، تهران: علمی و فرهنگی، چاپ چهارم، ۱۳۹۶، ص ۱۱۸.

۲. نویمان، پیشین، ص ۸۴.

۳. شولتز، پیشین، صص ۳۳۱-۳۳۲.

۴. ماله و ایزاک، پیشین، ص ۶۳.

۵. دوتوکویل، پیشین، ص ۳۷۰.

۶. هارت، پیشین، ص ۱۸۲.

۷. دوتوکویل، پیشین، ص ۲۶.

۸. همان، ص ۴۳.

۹. ماله و ایزاک، پیشین، ص ۲۲۹.

۱۰. دوتوکویل، *انقلاب فرانسه و رژیم پیش از آن*، پیشین، ص ۱۷۳.

۱۱. سندل، مایکل، *اخلاق در سیاست*، ترجمه افشین خاکباز، تهران: نشر نو، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۱۴.

۱۲. دوتوکویل، پیشین، ص ۴۱۶.

مسئله تعریف^۱ و اشاعه حاکمیت قانون^۲ از دیگر مواردی است که انقلاب امریکا در شکل‌گیری آن نقش مهمی داشت؛ مطلبی که با این ادعا که گوهر انقلاب، نظم‌گریز و قانون‌ستیز است، منافات دارد. دیگر دستاورد مهم انقلاب امریکا به بحث حق‌ها و آزادی‌ها مربوط می‌شد که در قانون اساسی و ساختار حقوقی امریکا بازتابی قابل توجه داشت،^۳ چنان‌که برخی حقوق‌دانان، *انقلاب حق‌ها* را نتیجه انقلاب امریکا دانسته‌اند^۴ دیگر ویژگی بسیار مهم انقلاب امریکا این بود که بنیان‌گذاران قانون اساسی امریکا حق بر شورش را به رسمیت شناختند.^۵ در حقیقت، بنیان‌گذاران امریکا این نکته را فراموش نکردند که خود با چه سازوکاری توانستند ساختار حقوقی نوین را بر آن کشور حاکم کنند. بنابراین، برای اینکه آیندگان نیز بتوانند این حق طبیعی را (در صورت پایمال شدن حق‌هایشان) به کار برند، برای نخستین بار در نظام‌های حقوقی جهان «حق بر شورش» را در نظام حقوقی خویش گنجاندند. این مفهوم امروزه با عنوان «نافرمانی مدنی» مطرح می‌شود و مقصود از آن، سرپیچی از قوانین ناعادلانه و ناقض حقوق طبیعی است. هانا آرنست آن را چنین توصیف می‌کند:

جمهوری امریکا تنها کشوری است که دست‌کم بخت آن را دارد که با نافرمانی مدنی کنار بیاید، شاید نه براساس قوانین موضوعه، بلکه براساس روح قوانینش. ایالات متحده خاستگاه خود را مدیون انقلاب آمریکاست و دستاورد این انقلاب مفهومی از قانون بود که هیچ‌گاه به‌طور کامل صورت‌بندی نشد؛ مفهومی که نتیجه هیچ صورت‌بندی نبود، بلکه با اتکا بر تجربیات استثنایی مستعمره‌نشینان اولیه شکل گرفت. این بسیار مهم است که برای نافرمانی مدنی، مستمسکی در قانون اساسی بیابیم؛ شاید به همان اندازه که حدود دو قرن پیش، خود رخداد بنیاد آزادی مبتنی بر قانون اساسی مهم بود.^۶ همچنین انقلاب امریکا موجب ظهور اولین حکومت ریاستی با حذف مقام شاه و جایگزینی مقام رئیس‌جمهوری شد؛^۷ مسئله‌ای بدیع که دوتوکویل انتخابات ریاست جمهوری در امریکای روزگار خود را انقلابی چهارساله در زمامداری می‌دانست.^۸

انقلاب امریکا با تأیید وضعیت رژیم فدرالی گام مهم دیگری در عینیت‌سازی مفاهیم حقوقی برداشت. این مسئله در دوران خود با انتقادهای بسیاری مواجه بود و آن را سبب ضعف ساختار حقوق اساسی امریکا می‌پنداشتند؛ مسئله‌ای که امروزه جزو مزیت‌های آن ساختار به‌شمار می‌رود.^۹ از بررسی مطالبی که درخصوص انقلاب امریکا بیان شد، می‌توان به این نتیجه رسید که اگر انقلاب امریکا محقق نشده بود و نزاع و شقاق برای برآوردن خواست‌های انقلابی‌ها شکل نمی‌گرفت، نه‌فقط امریکا، بلکه جهان با نظم حقوقی دیگری مواجه بود. اهمیت مفهوم انقلاب، چنان‌که انقلاب امریکا به تاریخ نشان می‌دهد، نه فقط صرف انقلاب است، بلکه به سامان رساندن انقلاب در ذیل اهداف نخستین ناشی از حقوق طبیعی است.

۱. همان، ص ۱۷۳.

۲. همان، ص ۱۰۸.

۳. ماله و ایزاک، پیشین، صص ۲۳۴-۲۳۵.

۴. آکلین، مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، ص ۲۷۲.

۵. آرنست، پیشین، صص ۳۳۴-۳۳۵.

۶. آرنست، هانا، *بحران‌های جمهوری*، ترجمه علی معظمی، تهران: فرهنگ جاوید، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۱۰۶.

۷. گلدستون، پیشین، صص ۱۰۴-۱۰۵.

۸. دوتوکویل، پیشین، ص ۱۶۰.

۹. همان، صص ۱۵۱-۱۵۲.

۲.۳. تأثیر تاریخی انقلاب فرانسه بر مفهوم قانون

پیش از وقوع انقلاب کبیر در فرانسه، دستگاه تبلیغاتی، شاه را نماینده خدا بر روی زمین معرفی می‌کرد و فرمان شاه و قانون یک معنا داشتند.^۱ البته این وضعیتی بود که تقریباً در دیگر ممالک آن روزگار اروپا و جهان نیز حاکم بود. این همان درک سنتی از قانون به عنوان فرمان فرمانرواست.

با وقوع انقلاب فرانسه، موجی از امید در میان اندیشمندان آن روزگار به وجود آمد، اما شعف حاصل از این پیروزی عمری کوتاه داشت و انقلاب فرانسه به سرعت به یکی از بحث‌برانگیزترین انقلاب‌های جهان بدل شد که انتقادهای بسیاری را متوجه مفهوم انقلاب می‌کرد. این انتقادهای به قلمرو حقوق محدود نماند و به قلمرو ادبیات نیز کشیده شد که از جمله این نمونه‌ها، *افسانه دو شهر* اثر چارلز دیکنز است که به دلیل تجربه شغلی‌اش با حقوق آشنا بود.^۲ در قلمرو اندیشمندان حقوقی نیز ادموند برک یکی از پیشگازان انتقاد از انقلاب فرانسه بود که باور داشت انقلاب فرانسه نه فقط مؤید حقوق طبیعی نیست، بلکه در جریان انقلاب، حقوق طبیعی افراد به صورت‌های مختلف نقض شده است.^۳ شایان ذکر است برک در همان حال که با عملکرد انقلابی‌های فرانسه مخالفت می‌کرد، از استقلال هند در برابر انگلستان حمایت می‌کرد که همین مطلب نشان‌دهنده جزمی نبودن این متفکر است.^۴ همچنین برخی دانشمندان حقوق بر این باورند که مفهوم قرارداد اجتماعی روسو پس از انقلاب کبیر فرانسه، دیگر مفهومی صرف نبود و در جهان واقع نیز مصداق یافته بود.^۵

از طرف دیگر، موضع کانت در برابر انقلاب فرانسه موضعی تأییدی بود.^۶ او متوجه تناقضی ضروری شده بود و آن شوری بود که در نتیجه انقلاب، واضع قانون شده بود.^۷ هرچند این تأیید در واپسین روزهای زندگی کانت صراحت لازم را نداشت و لحن دوپهلوی به خود گرفته بود، اما همچنان تأییدآمیز به نظر می‌رسید:

انقلابی که ما در روزگار خویش، وقوع آن را در یک ملت بالاستعداد دیده‌ایم، ممکن است موفق شود یا شکست بخورد. این انقلاب ممکن است چنان از تیره‌بختی و بی‌رحمی انباشته شود که هیچ انسان درست‌اندیشی هرگز تصمیم نگیرد که بار دیگر همین تجربه را با چنین بهایی انجام دهد، حتی اگر امیدوار باشد که در دومین تلاش، آن را با موفقیت به سامان خواهد رسانید. اما من می‌گویم که این انقلاب قلب‌ها و آرزوهای تمام ناظران را بیدار کرده و چنان احساس همدلی با خواسته‌های آن پدید آورده است که به مرز اشتیاق می‌رسد؛ هرچند اظهارنظر درمورد این اشتیاق کاری خطرناک است. بنابراین، [انقلاب فرانسه] علتی جز یک گرایش اخلاقی در میان نسل بشر نداشته است.^۸

انقلاب کبیر فرانسه انقلابی به‌غایت نوپرداز و سنت‌ستیز بود. انقلاب کبیر فرانسه برخلاف انقلاب امریکا هیچ روی خوشی

^۱. ماله و ایزاک، پیشین، ص ۳۴۲.

^۲. Dickens, Charles, *A Tale Of Two Cities*, New York: ICON Classics, 2005.

^۳. برک، پیشین، ص ۵۴.

^۴. سن، آمارتیا، *اندیشه‌ی عدالت*، ترجمه احمد عزیزی، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۵۴.

^۵. لاگلین، پیشین، ۱۵۲.

^۶. چامسکی، نوام، *در باب آنارشیسم*، ترجمه رضا اسکندری، تهران: نقد افکار، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۱۳۹.

^۷. Gailus, Andreas, *Passions of the Sign Revolution and Language in Kant, Goethe and Kleist*. Baltimore: Johns Hopkins, 2006, p 198.

^۸. به نقل از کانت:

محمودی، سید علی، *فلسفه سیاسی کانت (اندیشه سیاسی در گستره فلسفه نظری اخلاق)*. تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۳۲۷.

به مذهب نشان نداد^۱ و در موارد بسیاری، اقدامات خشونت‌بار علیه کلیسا حدّ یقفی نداشت، بلکه نشان‌دهنده میزان بالای نفرت انباشته اجتماعی از نهاد مذهبی بود.^۲ بخشی از این تندروی‌ها واکنشی به عملکردها و قانون‌های رژیم گذشته فرانسه بود. برای نمونه، مطابق فرمان پادشاه، نوشتن مطلب در نقد یا علیه مذهب، مجازات اعدام را در پی داشت؛ هرچند در عمل، بخش قابل توجهی از جامعه آن روزگار فرانسه از این دستور متابعت نمی‌کرد.^۳ ویژگی اشرافیت‌ستیز انقلاب فرانسه هم ناشی از همین نگاه ساختارشکن بود.^۴ در حقیقت، انقلاب کبیر فرانسه بر تمام نهادهای موجود در فرانسه خروشید و سعی داشت نظم جامع نوینی را در تمام ساحت‌ها جایگزین نظم سابق کند. شاید یکی از دلایلی که در اندک زمانی پس از پیروزی هم با شکست روبه‌رو شد، همین مسئله بود.^۵ باوجود این ساختارشکنی‌ها و سنت‌ستیزی‌ها باید گفت حقوق‌دانان در جریان انقلاب و پس از انقلاب نقش مهمی ایفا کردند و نظریه قانون اساسی در همین تغییر و تحولات توسعه یافت.^۶

در انقلاب‌ها علاوه بر فضای داخلی قلمرو حقوقی، تأثیرات جهانی نیز نقش دارند. اثرگذاری انقلاب فرانسه از جهان بیرون و اثرپذیری بر آنها دو نتیجه داشت: نخست، نقشی که فرانسه در انقلاب امریکا بازی کرد و این نقش بلافاصله در انقلاب کبیر بازتولید شد^۷ و دوم، اثرپذیری فرانسه در روابط فاتحانه و مفتوحانه با دیگر کشورها بود که در اروپا با آن مواجه می‌شد و سیر تحول یک ملت را همواره دستخوش تغییرهای بزرگ می‌کرد.^۸

خشونت‌های دامنه‌دار در نتیجه انقلاب کبیر و رسیدن به آرزوهای دیرین^۹ پس از انقلاب سبب شد^{۱۰} خشونت، مفهومی ارزشی در میان برخی از اندیشمندان دوره‌های بعد پیدا کند^{۱۱} و این مفهوم ارزشی از خشونت بر مفهوم حقوقی انقلاب تقدم یابد که یکی از آسیب‌شناسی‌های مهم انقلاب‌ها در روزگارهای مختلف است.

از مجموع مطالبی که درباره انقلاب کبیر فرانسه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که انقلاب فرانسه به دلیل اوج گرفتن مطالبات حقوقی در سطح قاره اروپا، وضعیتی منحصر به فرد به وجود آورد و همین موضوع سبب شد پیروزی و شکست انقلاب به مسئله‌ای فراملی تبدیل شود که با پیروزی نخستین انقلاب و پس از آن، ناکامی انقلاب در دستیابی به ارزش‌ها و حقوق مورد ادعا در کوتاه‌مدت به بدنامی انقلاب‌ها انجامید. باین حال، دستاوردهای انقلاب کبیر فرانسه و خواست عمومی برای رسیدن به حقوق طبیعی مسائلی بودند که پس از این انقلاب نیز در سطح بین‌المللی مدار توجه قرار گرفتند و سبب تکوین نظری انقلاب شدند.

۱. دوتوکویل، پیشین، صص ۳۱-۳۲.

۲. جیلدا، رابرت، *فرزندان انقلاب (تاریخ فرانسه از ۱۷۹۹ تا ۱۹۱۴)*، ترجمه اکبر معصومی، تهران: نگاه، چاپ اول، ۱۳۹۵، صص ۳۸-۳۹.

۳. دوتوکویل، پیشین، ص ۱۲۱.

۴. همان، ص ۳۶۵.

۵. همان، ص ۲۴۹.

۶. بوردیو، پیر، *درباره دولت: درس‌های کالج فرانسه*، ترجمه سروش قرائی، تهران: مولی، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۴۶۵.

۷. ماله و ایزاک، پیشین، ص ۲۴۲.

۸. جیلدا، پیشین، ص ۳۴۳.

۹. مارکس، کارل، *نبردهای طبقاتی در فرانسه*، ترجمه باقر پرهام تهران: مرکز، چاپ اول (ویراست دوم)، ۱۳۸۱، ص ۴۵.

۱۰. همان.

۱۱. همان، ص ۴۸.

نتیجه‌گیری

با عنایت به مسائلی که مطرح شد، درخصوص رابطه انقلاب با قانون می‌توان چنین نتیجه گرفت:

۱. ساختارهای حقوقی پیش‌قراول جهان در نتیجه انقلاب‌ها استوار شده‌اند. در نتیجه، اعتبار قانون در مفهوم نو از انقلاب گرفته شده و مفهوم‌هایی مثل قرارداد اجتماعی با انقلاب تحقق یافته است. انقلاب در این معنا اراده ملت است و با مفهوم پیشین قانون، که اراده فرمانروا بود، تفاوت دارد.

۲. زمانی که انقلاب در نتیجه خواست یک ملت به انضمام دیگر دلایل تاریخی تأسیس می‌شود، قانون که به باور اثبات‌گرایان عینیت است، به ذهنیتی بی‌اعتبار تبدیل می‌شود. در انقلابی مثل انقلاب فرانسه، تغییرات نظام قانونی بنیادین است؛ هرچند همان نظام هم به مفهوم قانون در آینده پایبند خواهد شد. باین حال، تعریف مفهوم قانون به کلی دگرگون می‌شود و آنچه با مفهوم پیشین قانون اشتراک دارد، صرفاً اشتراکی لفظی است.

۳. انقلاب‌ها موجد رژیم‌های مختلف حقوقی و توسعه این رژیم‌ها در جهان هستند. رژیم‌های ریاستی، پارلمانی و ترکیب این دو از نظر مصداق‌هایی که در جهان پیدا کرده‌اند، حاصل انقلاب‌ها در محیط تاریخی، سیاسی و سنت‌های حقوق اساسی هستند. پس مفهوم انقلاب با حقوق اساسی همواره ارتباطی تنگاتنگ دارد که یکی از آن موارد تغییر سازوکارهای حقوقی زیربنایی است.

۴. انقلاب‌ها موجد مفهوم حق در کنار قانون بودند. انقلاب‌ها نظریه اطاعت محض از قانون را دچار چالش کردند و توانستند مسئله حق را به مسئله‌ای محوری در حقوق بدل سازند. بنابراین، به یاری این دستاورد، قلمرو حقوق علاوه بر قانون، متوجه حق‌ها هم هست. در نتیجه، هر بررسی حقوقی که مسئله قانون را جدا از مسئله حق‌ها در نظر بگیرد، از یکی از محوری‌ترین مفهوم‌های حقوق نوین غفلت ورزیده است. چنین مفهومی به مدد مفهوم انقلاب، وسعتی جهانی یافته و به لحاظ ارتباطش با حقوق طبیعی، در اسناد بین‌المللی مثل اعلامیه جهانی حقوق بشر منعکس شده است.

۵. پس از عصر انقلاب‌ها، نظریه حقوق طبیعی از نظریه‌ای که قابل درک، اما موهوم به نظر می‌رسید، به سمت نظریه‌ای تغییر جهت داد که مبنایی انسانی و تاریخی یافته بود. همچنین نظریه‌پردازان آن به سمت قراردادگرایی متمایل شدند. بنابراین، مفهوم انقلاب در تکوین تاریخی‌اش توانست بر نظریه‌های حقوقی هم اثر بگذارد.

۶. انسان‌گرایی، ویژگی حقوقی منحصربه‌فرد مفهوم انقلاب است. پادشاهان در سرتاسر جهان، داعیه نمایندگی خدا را داشتند و به همین دلیل، فرمانشان قانون تلقی می‌شد، اما با تغییری که به سبب انقلاب در مفهوم «قانون» پدیدار شد؛ یا به کلی، انسان‌ها قانونگذاری می‌کردند یا این اراده به دیگر فرمان‌ها ضمیمه شد. این‌گونه انسان‌گرایی اراده‌گراست و برخلاف رویکرد اثبات‌گرا ساختارمحور نیست.

۷. مطالبی که بیان شد، ضعف‌ها و انتقادهای فراوانی را که انقلاب به همراه دارد نفی نمی‌کند. خشونت لجام‌گسیخته و خواست فروریختن بنیان‌های نهادی و بی‌اعتبار کردن قانون در بسیاری از موارد تاریخی از جمله انقلاب فرانسه، فرجامی ناخواسته به همراه داشته است که در بدنه بحث به آنها نیز پرداخته شد. باین حال، زمانی که ساختاری حقوقی نتواند داعیه اعتبار خود را پیش برد، ناکارآمدی ساختاری سبب پوست‌اندازی تاریخی حقوق در قلمروی جغرافیایی می‌شود و همین مطلب، حقوق را به تاریخ، مفهوم‌های اخلاقی نزد یک ملت و داعیه‌های اعتبار قانون گره می‌زند. بنابراین، می‌توان گفت حقوق قلمرویی همواره گشوده به دیگر حوزه‌های معرفتی است و در برخی موارد با این قلمروها هم‌پوشانی دارد. برای نمونه، در انقلاب آمریکا و فرانسه، حوزه‌های معرفتی که به آنها اشاره شد، پس از انقلاب متحول شدند و این امر همزمان با دگرگونی ساختار حقوقی پدید آمد.

منابع

کتاب

۱. اشتراوس، لئو، *حقوق طبیعی و تاریخ*، ترجمه باقر پرهام، تهران: آگاه، چاپ پنجم، ۱۳۹۸.
۲. آرنه، هانا، *انقلاب*، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران: خوارزمی، چاپ دوم، ۱۳۷۷.
۳. آرنه، هانا، *بحران‌های جمهوری*، ترجمه علی معظمی، تهران: فرهنگ جاوید، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۴. برک، ادموند، *تأملاتی بر انقلاب فرانسه*، ترجمه سهیل صفاری، تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۵. بریتون، کرین، *کالبدشکافی چهار انقلاب*، ترجمه محسن ثلاثی، تهران: زریاب، چاپ هفتم، ۱۳۸۲.
۶. بوردیو، پیر، *درباره دولت: درس‌های کالج فرانسه*، ترجمه سروش قرائی، تهران: مولی، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۷. پین، توماس، *حقوق انسان*، ترجمه رامین مستقیم، تهران: روشنگران و مطالعات زنان، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۸. جیلدیا، رابرت، *فرزندان انقلاب (تاریخ فرانسه از ۱۷۹۹ تا ۱۹۱۴)*، ترجمه اکبر معصومی، تهران: نگاه، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۹. چامسکی، نوام، *در باب آنارشیسم*، ترجمه رضا اسکندری، تهران: نقد افکار، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۱۰. دوتوکویل، الکسی، *انقلاب فرانسه و رژیم پیش از آن*، ترجمه محسن ثلاثی، تهران: مروارید، چاپ پنجم، ۱۳۹۷.
۱۱. دوتوکویل، الکسی، *تحلیل دموکراسی در آمریکا*، ترجمه رحمت‌الله مراغه‌ای مقدم، تهران: علمی و فرهنگی، چاپ چهارم، ۱۳۹۶.
۱۲. سروش، عبدالکریم، *اخلاق خدایان*، تهران: طرح نو، چاپ هفتم، ۱۳۸۷.
۱۳. سن، آمارتیا، *اندیشه عدالت*، ترجمه احمد عزیزی، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۱۴. سندل، مایکل، *اخلاق در سیاست*، ترجمه افشین خاکباز، تهران: نشر نو، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۱۵. شولتز، هرولد، *تاریخ انگلستان*، ترجمه عباس‌قلی غفاری‌فرد، تهران: نگاه، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۱۶. فوکو، میشل، *باید از جامعه دفاع کرد (درس گفتارهای کلژ دوفرانس ۱۹۷۵ تا ۱۹۷۴)*، ترجمه رضا نجف‌نژاد، تهران: رخداد نو، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۷. قاری سید فاطمی، سید محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر یکم: درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع)*، تهران: نگاه معاصر، چاپ ششم (چاپ دوم ناشر)، ۱۳۹۸.
۱۸. کاتوزیان، محمدعلی همایون، *ایران؛ جامعه کوتاه‌مدت و ۳ مقاله دیگر*، مترجم: عبدالله کوثری، تهران: نشر نی، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۷.
۱۹. گلدستون، جک، *مقدمه‌ای بسیار کوتاه بر انقلاب‌ها*، ترجمه عباس حاتمی، تهران: کویر، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۲۰. لاک، جان، *رساله‌ای درباره حکومت*، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲۱. لاگین، مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۹۳.
۲۲. مارکس، کارل، *نبردهای طبقاتی در فرانسه*، ترجمه باقر پرهام، تهران: مرکز، چاپ اول (ویراست دوم)، ۱۳۸۱.
۲۳. ماله، آلبر و ژول ایزاک، *تاریخ قرن هجدهم: انقلاب کبیر فرانسه و امپراطوری ناپلئون*، ترجمه رشید یاسمی، تهران: امیرکبیر، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۵.
۲۴. محمودی، سید علی، *فلسفه سیاسی کانت (اندیشه سیاسی در گستره فلسفه نظری فلسفه اخلاق)*، تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۲۵. نواک، جرج، *دموکراسی و انقلاب (از یونان باستان تا سرمایه‌داری مدرن)*، ترجمه پرویز بابایی، تهران: نگاه، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۲۶. نویمان، فرانس، *آزادی و قدرت و قانون*، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران: خوارزمی، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۲۷. هابز، توماس، *بهیموت یا پارلمان طولانی*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۵.

۲۸. هارت، هربرت، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۰.

مقاله

۲۹. یاوری، اسدالله، «مطالعه تطبیقی جایگاه و اعتبار پیش‌بینی هنجارهای حقوقی تغییرناپذیر در قانون اساسی»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۱۱، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۷۸۵-۸۱۳.

References

Books

1. Arendt, Hannah, *Crises of the Republic*, Translatd by: Ali Moazzami, Tehran: Eternal culture, First Edition, 2018. (In Persian)
2. Arendt, Hannah, *On Revolution*, Translatd by: Ezzatollah Fooladvand, Tehran: Kharazmi, Second Edition, 1998. (In Persian)
3. Bourdieu, Pierre, *On the State: Lectures at the Collège de France*, Translatd by: Soroush Gharaei, Tehran: Mola, First Edition, 2018. (In Persian)
4. Brinton, Crane, *The Anatomy of Revolution*, Translatd by: Mohsen Salasi, Tehran: Zaryab, Sevntn Edition, 2003. (In Persian)
5. Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, Translatd by: Soheil Safari, Tehran: Contemporary View, First Edition, 2014. (In Persian)
6. Chomsky, Noam, *On Anarchism*, Translatd by: Reza Eskandari, Tehran: Criticism of Thoughts, First Edition, 2016. (In Persian)
7. De Tocqueville, Alexis, *Democracy in America*, Translatd by: Rahmatollah Maragha'ei Moghadam, Tehran: Scientific and cultural, Fourth Edition, 2017. (In Persian)
8. De Tocqueville, Alexis, *The Old Regime and the Revolution*, Translatd by: Mohsen Salasi, Tehran: Morvarid, Fifth Edition, 2018. (In Persian)
9. Dickens, Charles .*A Tale Of Two Cities*, New York: ICON Classics, 2005.
10. Finnis, John .*Natural Law and Natural Rights*, New York :Oxford, 2011.
11. Foucault, Michel, *Society Must Be Defended: Lectures at the Collège de France, 1975–76* Translatd by: Reza Najafnejad, Tehran: New Event, First Edition, 2011. (In Persian)
12. Gailus, Andreas. *Passions of the Sign Revolution and Language in Kant, Goethe and Kleist*, Baltimore: Johns Hopkins, 2006.
13. Ghari Seyyed Fatemi, Sayyed Mohammad, *Human Rights in the Contemporary World: Concepts, Foundations, Scope and Sources*, Tehran: Contemporary View, Sixth Edition (Publisher's Second Edition), 2019. (In Persian)
14. Gildea, Robert, *Children of the Revolution: The French from 1799 to 1914*, Translatd by: Akbar Masoum Beygi, Tehran: Negah, First Edition, 2016. (In Persian)
15. Goldstone, Jack, *Revolutions: A Very Short Introduction*, Translatd by: Abbas Hatami, Tehran: Desert, First Edition, 2017. (In Persian)
16. Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Translatd by: Mohammad Rasekh, Tehran: Ney Publication, Second Edition, 2011. (In Persian)
17. Hobbes, Thomas, *Behemoth or The Long Parliament*, Translatd by: Hossein Bashiriye, Tehran: Ney Publication, Second Edition, 2016. (In Persian)
18. Katouzian, Homa, *Iran: The Short-Term Society and Three Other Essays*, Translatd by: Abdollah Kowsari, Tehran: Ney Publication, 12th Edition, 2018. (In Persian)
19. Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, London: Transaction Publisher, 2006.
20. Letwin, Shirley. *On The History Of The Idea Of Law*, New York: Cambridge, 2005.

21. Locke, John, *Two Treatises of Government*, Translatd by: Hamid Azdanlou, Tehran: Ney Publication, First Edition, 2008. (In Persian)
22. Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, Translatd by: Mohammad Rasekh, Tehran: Ney Publication, Fourth Edition, 2014. (In Persian)
23. Mahmoudi, Sayyed Ali, *Kant's Political Philosophy*, Tehran: Contemporary View, First Edition, 2005. (In Persian)
24. Mallet, Albert and Jules Isaac, *History of the 18th Century: The Great French Revolution and the Napoleonic Empire*, Translatd by: Rashid Yasemi, Tehran: Amir Kabir, 13th Edition 2016. (In Persian)
25. Marx, Karl, *The Class Struggles in France*, Translatd by: Bagher Parham, Tehran: Markaz, First Edition (Second Review), 2002. (In Persian)
26. Neumann, Franz, *Freedom and Power and the Law*, Translatd by: Ezzatollah Fooladvand, Tehran: Kharazmi, Second Edition, 2011. (In Persian)
27. Novack, George, *Democracy and Revolution: From Ancient Greece to Modern Capitalism*, Translatd by: Parviz Babaei, Tehran: Negah, First Edition, 2014,. (In Persian)
28. Paine, Thomas, *Human Rights*, Translated by: Ramin Moshekham, Tehran: Enlighteners and Women's Studies, First Edition, 2016, (In Persian).
29. Sandel, Michael, *Justice: What's the Right Thing to Do?* Translatd by: Afshin Khakbaz, Tehran: New Publication, First Edition, 2018. (In Persian)
30. Schulz, Harold, *A History of England*, Translatd by: Abbas-Gholi Ghafari-Fard, Tehran: Negah, First Edition, 2015. (In Persian)
31. Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Translatd by: Ahmad Azizi, Tehran: Ney Publication, Second Edition, 2015. (In Persian)
32. Soroush, Abdolkarim, *The Ethics of the Gods*, Tehran: New Design, Seventh Edition, 2008. (In Persian)
33. Strauss, Leo, *Natural Right and History*, Translatd by: Bagher Parham, Tehran: Agah, Fifth Edition, 2019. (In Persian)
34. Vermeule, Adrian. *The Constitution of Risk*, New York: Cambridge, 2014.

Article

35. Yavari, Asadollah, "Place and the legal value of limitations of the constitutional revision; A comparative study", *Comparative Law Review*, Volume 11, Issue 2, 2020, PP 785-813. (In Persian)



Original Article

The Jurisprudential – Legal Status of Conflicting Transactions Regarding The Customer's Right To Sell, Including the Retention Of Ownership Clause

Javad Niknejad¹, Aliakbar Naderi Semiromi²

ABSTRACT

The contract of sale is among the most frequently used agreements in society. In Iran's legal system and under Imamiyyah jurisprudence, lack of legal parity exists between the rights of the seller and those of the buyer. Due to the proprietary nature of sale, ownership of the subject matter transfers to the buyer immediately upon formation of the contract, enabling the buyer to exercise both legal and material powers of disposition, including subsequent sale to a third party, even if not a portion of the price has been paid. The seller's recourse to remedies such as the right of retention or the option for rescission due to late payment is limited to cases where the sale is unconditional and no specific deadline for payment has been stipulated. However, in most real-world transactions, payment is not immediate or in cash, which may result in the seller being deprived of his entitlement or facing significant difficulty in its recovery. The seller may be compelled to initiate legal action against the buyer, which—even if resulting in a favorable judgment—may be rendered ineffective due to the buyer's insolvency or bankruptcy. To address this legal imbalance, parties often incorporate contractual clauses aimed at safeguarding the seller's position. One such provision is the retention of title clause, under which the seller stipulates that ownership shall not pass to the buyer until the full purchase price is paid. The key legal question arises as to the validity of any conflicting transaction entered into by the seller with regard to the subject matter prior to satisfaction of the condition. A definitive answer to this question requires a clear analysis of the legal nature of the retention of title clause. Three prevailing views exist among jurists: one considers such a clause to render the sale contract suspended, whereby ownership remains with the seller until the condition is fulfilled. Another treats it as a resolutive condition, where title passes upon formation of the contract but the failure to pay terminates the agreement forcibly. Some scholars regard a sale with a reservation of title (retained ownership) as a type of sale in which the subject matter is pledged by the seller. Obviously, in the latter two scenarios, since upon the conclusion of the sale the buyer becomes the owner of the goods, the sale of the aforementioned goods by the seller to a third party after the sale constitutes a case of unauthorized transaction. However, if the sale with a conditional validity—keeping ownership reserved—is accepted, some jurists argue that such sale lacks effect by the seller. The finding of this research is that the sale including the condition of retention of ownership is of a suspended nature, therefore, by the conclusion of this sale, the sold item remains in the seller's ownership, but due to the customer's right to the transaction, the sold item is not unconditional,

How to Cite: Niknejad, Javad, Naderi Semiromi, Aliakbar, "The Jurisprudential – Legal Status of Conflicting Transactions Regarding The Customer's Right To Sell, Including the Retention Of Ownership Clause", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:109-124.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234018.2640>

Received: 18/12/2023-Accepted: 24/08/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Tehran West Branch, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: j.niknejad@yahoo.com

2. L.L.L., Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Ghaemshahr Branch, Ghaemshahr, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

consequently, a transaction concluded by the seller faces an obstacle due to the fact that the sold item is not unconditional, the said obstacle is the customer's objective right to the sold item, the legal status of a transaction that faces an obstacle is controversial in Iranian law and Imami jurisprudence, most jurists and lawyers do not distinguish between unathourized transaction and contract under duress which are unenforced and transactions that face the obstacle of a third party's right; Some Imami jurists and lawyers have distinguished between unenforced transactions and transactions that face an obstacle. In suspended transactions, such as unathourized transaction and contract under duress, the contract is voidable due to the lack of a part of the necessary requirements, but in transactions facing an obstacle, the contract is not problematic in terms of necessary requirements, rather the necessary tequirement of the contract exists, but the obstacle also exists. Transactions that face obstacles are in the status of a morae'i (considerate contract) from the perspective of this group of jurists and lawyers. A morae'i transaction (considerate contract) is a valid transaction whose survival is at risk of being annulled, so on the contrary, contract has legal effects during the so-called waiting period for the removal of the obstacle (before determining the obligation of the third party's right), but if the right is exercised by a third party, it is annulled from the same date. On the other hand, another difference between a suspended and a considerate contract (mora'ei transaction) is that a suspended transaction is invalidated if rejected, but a considerate contract (mora'ei transaction) is not invalidated if the transaction is rejected by a third party (the owner of the right), but rather, the problem of the aforementioned contract is completely resolved due to the disappearance of the obstacle. The result of this research is that transactions contradicting the customer's right in a sale that include a condition for maintaining ownership are in the status of a mora'ei, this sale is properly formed and has legal effects, if the price is settled by the customer, the said sale is annulled from the same date, but if the customer does not settle the price due to the disappearance of the obstacle, the mora'ei contract continues to be valid without any problems.

KeyWords: Condition for Retention of Title, Mora'ei Contract, Voidable, Validity, Suspended Contract.



وضعیت فقهی حقوقی معاملات معارض حق مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت

جواد نیک‌نژاد^۱، علی‌اکبر نادری سمیرمی^۲

چکیده

بیع یکی از کاربردی‌ترین عقود در جامعه است. به‌علت عدم تعادل کفه ترازوی حمایت قانونی میان حقوق بایع و مشتری، طرفین در عقد بیع شروطی را جهت جبران این عدم تعادل پیش‌بینی می‌کنند. یکی از این شروط شرط حفظ مالکیت است که درصدد حمایت از حقوق بایع است، سؤالی که در این خصوص پاسخ به آن از اهمیت بسیاری برخوردار است این است که قبل از تحقق شرط (پرداخت ثمن) چنانچه معامله‌ای معارض با شرط مذکور از سوی بایع نسبت به مبیع صورت گیرد، وضعیت حقوقی معامله مذکور چیست؟ عده‌ای از حقوق‌دانان قائل به عدم نفوذ معامله مذکورند. فرضیه ما این است که در فرض مذکور معامله معارض در وضعیت مراعی قرار دارد؛ زیرا با درج شرط مذکور و از آنجایی که ماهیت حقوقی شرط مذکور نوعی تعلیق انتقال مالکیت مبیع است، حقی که برای مشتری ایجاد می‌شود حق عینی است و انجام معامله معارض توسط بایع قبل از تحقق معلق‌علیه باعث این می‌شود که معامله معارض به‌علت وجود مانع (تعلق حق عینی برای مشتری نسبت به مبیع) در وضعیت مراعی باشد. در وضعیت مراعی تعیین وضعیت حقوقی دقیق معامله مجهول است تا اینکه تحقق یا عدم تحقق معلق‌علیه مشخص شود. در صورت پرداخت ثمن توسط مشتری معامله معارض از همان تاریخ منفسخ می‌شود و در صورت عدم پرداخت ثمن توسط مشتری کشف می‌شود معامله معارض صحیح بوده است.

کلید واژگان: شرط حفظ مالکیت، مراعی، غیرنافذ، صحت، عقد معلق.

استناد به این مقاله: نیک‌نژاد، جواد، نادری سمیرمی، علی‌اکبر، «وضعیت فقهی حقوقی معاملات معارض حق مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۱۰۹-۱۲۴.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234018.2640

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۰۳

۱. دانشیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران غرب، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: j.niknejad@yahoo.com

۲. کارشناس ارشد، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد قائم‌شهر، قائم‌شهر، ایران



Copyright: © 2025 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

باتوجه به تملیکی بودن عقد بیع، مشتری فوراً پس از تشکیل عقد، مالک مبیع شده و حتی بدون پرداخت هیچ قسمتی از ثمن، می‌تواند انحاء تصرفات حقوقی را در مبیع انجام دهد. در مقابل بایع از نظر قانونی از حمایت مکفی برخوردار نیست؛ چون اصولاً اعمال حق حبس و اختیار تأخیر ثمن، قیود و شروط زیادی دارد که در بیشتر اقسام بیع قابل تصور نیست، لذا بایع در صورت مواجهه با اعسار یا ورشکستگی یا عهدشکنی مشتری ممکن است از وصول تمام یا بخشی از ثمن ناکام بماند. به همین علت در صدد به کارگیری شروط قراردادی جهت متعادل نمودن حقوق خویش با مشتری برمی‌آید. یکی از این راهکارها استفاده از شرط حفظ مالکیت است. به موجب این شرط، مادام که مشتری تمام ثمن را به بایع پرداخت نکرده، مبیع در مالکیت بایع باقی می‌ماند. به ماهیت حقوقی شرط مذکور و صحت یا عدم صحت آن در ادبیات حقوقی به قدر کفایت پرداخته شده است و نویسندگان در صدد تکرار مباحث مطروحه نبوده‌اند و با فرض اینکه این شرط صحیح بوده است، به یکی از آثار آن با طرح این سؤال می‌پردازند که در صورت انجام معاملات معارض نسبت به مبیع توسط بایع قبل از پرداخت ثمن توسط مشتری وضعیت حقوقی معامله معارض مذکور چیست؟ در پاسخ به این سؤال ممکن است دو نظر مطرح شود: نظر اول معتقد به عدم نفوذ معامله معارض مذکور باشد؛ زیرا باتوجه به اینکه ماهیت حقوقی بیعی که متضمن شرط ذخیره مالکیت است، نوعی بیع معلق بوده و مشتری نیز در بیع معلق قبل از تحقق معلق علیه دارای حق عینی است، این معامله به علت تجاوز به حق عینی مشتری غیرنافذ است؛ نظر دوم قائل به این است که معامله معارض با شرط ذخیره مالکیت توسط بایع در وضعیت مراعی است؛ زیرا با درج شرط مذکور و نظر به ماهیت تعلیقی این عقد، مشتری به عنوان صاحب حق عینی، اگرچه دارای حق مالکیت نیست، حق عینی‌ای دارد که مورد حمایت قانون بوده و مفاد این حق این است که دربردارنده تعهداتی برای طرف مقابل (بایع) مبنی بر احترام به مفاد آن است؛ از جمله اینکه مالکیت مبیع را تا قبل از تحقق یا عدم تحقق معلق علیه حفظ کند و به غیر انتقال ندهد، در این صورت مالکیت بایع به اصطلاح طلق نبوده و در صورت انجام معامله معارض توسط بایع، اعتبار و نفوذ این معامله به علت تعلق حق عینی مشتری نسبت به مبیع با مانعی مواجه است که در نتیجه وضعیت حقوقی معامله در حالت مراعی است؛ به عبارت دیگر تعیین وضعیت حقوقی دقیق معامله مجهول است و در صورت تحقق معلق علیه (پرداخت ثمن توسط مشتری) معامله معارض از همان تاریخ منفسخ می‌شود و در صورت عدم تحقق معلق علیه (عدم پرداخت ثمن توسط مشتری) کشف می‌شود که معامله از ابتدا صحیح بوده است؛ فرضیه نگارنده در این تحقیق نظر دوم است؛ زیرا در معاملاتی که مانع وجود دارد، وضعیت حقوقی دقیق معامله مجهول است (معامله در وضعیت مراعی است) تا اینکه تکلیف مانع مشخص شود، برای کشف وضعیت حقوقی دقیق معامله موصوف در مانحن‌فیه، همان گونه که عرض شد، تعیین دقیق وضعیت حقوقی معامله منوط به تحقق یا عدم تحقق معلق علیه (پرداخت یا عدم پرداخت ثمن) است که به آن اشاره شده است.

۱. ماهیت حق مشتری در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت قبل از پرداخت ثمن

قبل از ورود به تعیین وضعیت حقوقی معاملات معارض حق مشتری در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت، لازم است ماهیت حق مشتری نسبت به مبیع از حیث دینی یا عینی بودن، قبل از پرداخت ثمن مشخص شود.

۱.۱. حق دینی خریدار

برخی از نویسندگان بدون استدلال به دینی بودن حق مشتری نسبت به مبیع، در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت

قائل‌اند.^۱ برخی دیگر^۲ معتقدند: «تا قبل از سررسید موعد قراردادی پرداخت ثمن، خریدار هنوز حق مالکیت بر مبیع را تحصیل نمی‌نماید، اما دارای حق مسلم بالفعلی می‌شود که چه آن را حق دینی محض توصیف کنیم و یا حق دینی عینی و یا حق عینی غیر از مالکیت، درهرحال، این حق دارای ارزش حقوقی و اقتصادی بوده و به همین نحو قابل انتقال به دیگری است».

۱.۲. حق عینی خریدار

برخی از نویسندگان^۳ معتقدند که مالکیت فروشنده در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت، مقید است و این قید حق خریدار است؛ زیرا این حق مانع فروشنده برای دخل و تصرف می‌شود. به نظر می‌رسد تعیین ماهیت حق خریدار نسبت به مبیع، فرع بر تعیین ماهیت حقوقی بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت است؛ لذا به منظور تعیین ماهیت حق مشتری نسبت به مبیع قبل از پرداخت ثمن باید بدو ماهیت حقوقی شرط حفظ مالکیت مشخص شود و براساس ماهیت حقوقی شرط مذکور، ماهیت حق مشتری قبل از پرداخت ثمن از حیث عینی و دینی بودن معلوم و در نتیجه وضعیت حقوقی معامله معارض با حق مذکور مشخص شود. درخصوص ماهیت حقوقی بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت، همان‌گونه که در مقدمه اشاره شد، مطالب زیادی توسط نویسندگان حقوقی نگارش یافته است که نگارندگان درصدد تکرار آن نیستند، ولی اجمالاً قابل ذکر است که در مجموع سه نظر درخصوص ماهیت حقوقی بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت مطرح شده است. عده‌ای^۴ معتقدند که بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت متضمن نوعی شرط رهن به نحو شرط نتیجه له بایع بوده است؛ عده‌ای دیگر^۵ معتقدند که بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت متضمن شرط فاسخ است و بالاخره برخی از حقوق دانان^۶ به این قائل‌اند که بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت نوعی از اقسام بیع معلق است.

از آنچه با تحلیل دقیق موضوع به دست می‌آید، این است که باید گفت نظریه تضمینی بودن شرط ذخیره مالکیت با مقصود طرفین تطبیق ندارد؛ زیرا آنچه از قصد طرفین به نظر می‌رسد این است که آنان درصدد ایجاد رهن به نفع بایع نبوده‌اند و شرط مذکور (شرط رهن مبیع نزد بایع) در فقه امامیه^۷ و حقوق ایران مسبوق به سابقه بوده و نیازی به استفاده از نهاد شرط ذخیره مالکیت که نهادی عاریتی و غربی است نداشته‌اند. از طرفی مقصود واقعی بایع از درج شرط این بوده که در صورت عدم دستیابی به ثمن، مالکیت مبیع از کف وی بیرون نرود. این مقصود با شرط رهن مبیع نزد بایع محقق نمی‌شود؛ زیرا واضح است که طرفین عقد رهن نمی‌توانند در عقد مذکور شرط کنند. در صورت عدم پرداخت دین (ثمن) مورد رهن (مبیع) به ملکیت مرتهن (بایع) دربیاید، در بطلان چنین شرط و عقدی تردیدی نه در فقه و نه در حقوق وجود ندارد. در ضمن اگر مقصود طرفین ترهین مبیع نزد بایع باشد، به موجب ماده ۳۴ قانون ثبت مرتهن برای وصول

۱. قاسمی، محسن، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۲، ص ۲۶۳.

۲. امینی، منصور، «نابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۳، شماره ۵۲، ۱۳۸۹، ص ۹۳.

۳. عسگری، حکمت‌الله، «شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۳۳۵.

۴. برای دیدن تفصیل این نظر رک به: شکوهی‌زاده، رضا، «ماهیت شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و فرانسه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۶، شماره ۴، ۱۳۹۵، صص ۵۴۸-۵۴۹؛ علوی، سید محمد تقی و مرتضی اسدلو، «تحلیلی بر آثار شرط حفظ مالکیت»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۹، شماره ۸۹، ۱۳۹۴، ص ۱۹.

۵. برای دیدن تفصیل این نظر رک: پیرهادی، محمدرضا، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران: جنگل، ۱۳۹۰، صص ۱۹۵-۲۰۲.

۶. کاتوزیان، ناصر، *دوره عقود معین معاملات معوض عقود تملیکی*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸، صص ۳۱۶-۳۱۷.

۷. نجفی، پیشین، ص ۲۱۷.

طلب خویش باید از طریق اجرای ثبت یا دادگستری (تشریفات مزایده و...) اقدام کند که با مقصود واقعی طرفین از درج شرط ذخیره مالکیت منافات دارد. از طرفی شرط ذخیره مالکیت با شرط فاسخ متفاوت است؛ زیرا اگرچه در شرط فاسخ نیز تعلیق وجود دارد، معلق علیه در شرط فاسخ عدم پرداخت ثمن است؛ اما در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت معلق علیه پرداخت ثمن است که به وضوح نمایانگر تفاوت میان آن دو است؛ ولی درخصوص پذیرش ماهیت تعلیقی شرط مذکور می‌توان گفت این مطلب نه تنها با مقصود طرفین سازگار بوده، بلکه حقوق هر دو طرف را نیز تأمین و تضمین می‌کند؛ زیرا واضح است که در بیع معلق مشتری قبل از تحقق معلق علیه مالک مبیع نمی‌شود، لذا در صورتی که در تاریخ مقرر معلق علیه تحقق نیابد، عقد مذکور از ابتدا منتفی و زایل شده و در نتیجه مالکیت متزلزل بایع، مستقر می‌شود. از طرفی اگرچه مشتری قبل از تحقق معلق علیه مالک مبیع نمی‌شود، در دوره تعلیق مشتری از گونه‌ای حق عینی ابتدایی مسلم نه احتمالی برخوردار است که موضوع آن جلوگیری متعهد یا ناقل از هرگونه تصرف معارض با حق متعهدله یا منتقل‌البه در صورت وقوع معلق علیه است.^۱

درخصوص ماهیت حق مشتری در بیع معلق چندین نظر در فقه و حقوق مطرح شده است که ذیلاً به آن پرداخته می‌شود: شیخ انصاری معتقد است که مشتری در اثر بیع معلق مالکیت معلق پیدا می‌کند.^۲ برخی از استادان حقوق در توجیه نظر شیخ انصاری نوشته‌اند: «انفکاک انشا از منشأ محال است، همان گونه که انفکاک معلول از علت محال است.^۳ باید دانست که برخی از فقها نیز انفکاک منشأ از انشا را محال دانسته‌اند. به همین جهت می‌گویند: ملکیت دو قسم است: ملکیت منجز که اثر عقد منجز است و ملکیت معلق که اثر عقد معلق است، و این دو نوع ملکیت بلافاصله بعد از عقد حاصل می‌شوند. این مطلبی است که استاد فقها شیخ انصاری در مکاسب بیان کرده است.^۴ استاد مذکور خود قائل به دو نوع مالکیت، یعنی مالکیت اقتضایی و مالکیت نهایی، است و به عقیده دارد که در بیع معلق مشتری مالکیت اقتضایی تحصیل می‌کند که در صورت تحقق معلق علیه تبدیل به مالکیت نهایی می‌شود.

از تعبیر برخی از نویسندگان که اظهار می‌دارند: «پس فروشنده حق فروش مجدد مبیع را ندارد»^۵ درمی‌یابیم که نویسنده قائل به وجود شرط نتیجه منفی^۶ به نفع مشتری (اسقاط حق فروش) است که نتیجه آن چیزی جز حق عینی برای مشتری نیست. اگرچه در جای دیگر به صراحت به وجود این حق عینی اشاره کرده است.^۷ برخی دیگر نیز به صراحت به وجود حق عینی برای مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت اشاره کرده‌اند.^۸ در جموع از آنچه با تحلیل دقیق موضوع برمی‌آید این است که مشتری در بیع معلق دارای حق عینی بوده و این حق عینی مورد حمایت قانون است.^۹

۱. شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادهای تعهدات**، تهران: حقوق دان، ۱۳۷۷، صص ۱۰۶-۱۰۷.

۲. انصاری، مرتضی، **مکاسب**، جلد ۳، قم: تراث الشیخ الاعظم، بی تا، ص ۱۷۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **تأثیر اراده در حقوق مدنی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۴۶.

۴. همان.

۵. عسگری، حکمت‌الله، **تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین**، تهران: مجد، ۱۳۹۰، ص ۱۷۴.

۶. امینی، پیشین، ص ۹۴.

۷. عسگری، **شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران**، پیشین، صص ۳۳۵-۳۳۶.

۸. پیرهادی، پیشین، ص ۲۰۵؛ سعیدی، محمدعلی و غلامرضا یزدانی، «بررسی تطبیقی شرط ذخیره مالکیت»، **مجله آموزه‌های حقوق کیفری**،

دوره ۷، شماره ۱۴، ۱۳۸۹، ص ۵۵.

۹. برای دیدن تفصیل این نظرات رک به: نیک‌نژاد، جواد، «تصرفات حقوقی منافی حق مشتری در بیع معلق»، **فصلنامه حقوق اسلامی**، دوره ۱۴،

شماره ۵۳، ۱۳۹۶، صص ۱۷۳-۱۴۹.

۲. وضعیت فقهی حقوقی معاملات معارض حق مشتری

در خصوص وضعیت حقوقی معاملات معارض حق مشتری در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت دو وضعیت عدم نفوذ و مراعی قابل طرح است که در ذیل پس از طرح هریک از نظریه‌ها و مبانی آن، در نهایت نظر منتخب و مبانی آن تشریح خواهد شد.

۲.۱. نظریه عدم نفوذ

یکی از نویسندگان حقوقی به عدم نفوذ معاملات مذکور نظر داده‌اند.^۱ در تحلیل مسئله می‌توان گفت نظر به اینکه مشتری در دوره تعلیق (قبل از پرداخت ثمن) واجد حق عینی بوده، معامله معارض که با بیع در دوره تعلیق با شخص ثالث منعقد می‌نماید، غیرنافذ است؛ زیرا عدم نفوذ وضعیت حقوقی هر عقدی است که فاقد رضای مالک یا صاحب حق باشد. از طرف دیگر با توجه به اینکه بیع مذکور مصداقی از بیع معلق است، برخی از استادان معاملات معارض حق مشتری در بیع معلق قبل از تحقق معلق علیه توسط بایع را غیرنافذ می‌دانند. برخی معتقدند مالکیت فروشنده در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت قابل مقایسه با مالکیت مشتری در بیع شرط است.^۲ اگرچه با استناد به ماده ۴۶۰ قانون مدنی به مقید بودن مالکیت فروشنده و ممنوعیت تصرفی که منافی حق خریدار باشد اشاره کرده‌اند،^۳ در خصوص وضعیت حقوقی بیع معارض حق مشتری صحبتی نکرده، ولی در بحث اجازه مبیع توسط بایع نوشته‌اند که بایع می‌تواند مبیع را به غیر اجازه دهد، تا حدی که اجازه منافی حق خریدار باشد با اخذ وحدت ملاک از ماده ۵۰۰ قانون مدنی غیرنافذ است^۴ که معلوم می‌شود از نظر نویسندگان مذکور بیع معارض حق مشتری نیز غیرنافذ است.

در مقام نقد نظریه مذکور باید گفت عدم نفوذ علی رغم قرابت زیادی که با وضعیت حقوقی عقد ناقل عین توسط بایع قبل از تحقق معلق علیه دارد، از این لحاظ که معلوم نیست چگونه ممکن است عقدی که ابتدائاً غیرنافذ است با عدم تحقق معلق علیه خود به خود صحیح و نافذ خواهد شد،^۵ واجد ایراد جدی است؛ زیرا عقد غیرنافذ بسان مرده در حال احتضار است که یا با رد مالک و... باطل می‌شود یا با اجازه مالک در معامله فضولی و اجازه مکره در عقد اکراهی... نافذ خواهد شد؛ در حالی که نویسندگان مذکور مکانیسم چنین انقلابی (تبدیل عقد غیرنافذ به عقد صحیح و نافذ) را تشریح نکرده است. چنانچه منظور الحاق اجازه مالک باشد، این اجازه سابقاً توسط بایع در موقع انشای عقد صادر شده و اجازه مجدد وی تحصیل حاصل است؛ از طرفی عقد به دلیل عدم رضای مالک غیرنافذ نبوده است تا نیاز به اجازه وی باشد. چنانچه منظور اجازه مشتری باشد، اجازه یا رد مشتری با توجه به اینکه مشتری با عدم تحقق معلق علیه پایگاه حق خود را از دست داده است، فاقد مبناست. اگر مقصود تبدیل اتوماتیک عقد غیرنافذ به عقدی صحیح باشد که ظاهر عبارات نویسندگان نیز بیانگر آن است، فاقد توجیه در سیستم حقوقی و فقهی ما بوده و با وضعیت سکون عقد غیرنافذ سازگاری ندارد؛ زیرا عقد غیرنافذ در حالت عدم نفوذ باقی می‌ماند تا اینکه یا اجازه به آن ملحق شود و آن را نافذ کند یا اینکه منجر به رد شود که در این صورت عقد باطل خواهد شد و هیچ‌گاه عقد غیرنافذ خود به خود از وضعیت عدم نفوذ خارج نمی‌شود. کاتوزیان ضمن پذیرش نظریه نقل در عقد معلق در صورت تحقق معلق علیه گفته است: «برای حمایت از حقوق طلبکاران

۱. امینی، پیشین، ص ۹۳.

۲. عسگری، *تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین*، پیشین، ص ۱۶۸.

۳. همان.

۴. همان، ص ۱۶۹.

۵. شهیدی، پیشین، ص ۱۰۵.

و ابطال قراردادهایی که مدیون به منظور منتفی ساختن آنها می‌بندد، هیچ نیازی به کاشف بودن شرط نیست؛ زیرا در تحلیلی که از معنای تعلیق شد، دیدیم که در اثر عقد حق خاصی ایجاد می‌شود که در حدود ماهیت خود نفوذ حقوقی دارد. این حق در برابر اشخاص ثالث نیز قابل استناد است و یکی از آثار آن التزام به نگهداری مال موضوع تعهد است. در موردی که مالی به طور معلق به کسی فروخته می‌شود، خریدار حق دارد در صورت وقوع شرط، آن را تملک کند و اگر فروشنده آن مال را به دیگری منتقل کند، به این حق تجاوز کرده است و التزامی را که در باب تأمین آن داشته رعایت نکرده است، افزون بر آنکه اگر مالی به طور معلق فروخته شود، با آنکه پیش از وقوع شرط انتقال انجام نمی‌شود، مالکیت این نقص را پیدا می‌کند که با تحقق شرط از بین می‌رود. حال اگر مالک همان مال را به دیگری منتقل کند، چون نمی‌تواند بیش از حقی که خود دارد به او بدهد، حق انتقال گیرنده نیز همان نقص را دارد و بنابراین به محض وقوع شرط مالکیت خریدار نخست محقق می‌شود و انتقال دوم نمی‌تواند مانعی در این راه ایجاد کند.^۱ در جای دیگر ضمن پذیرش تراضی بر کشف در عقد معلق گفته است: «در صورتی که دو طرف شرط (تحقق معلق علیه) را کاشف از انتقال قرار دهند، احترام به حقی که در اثر عقد ایجاد می‌شود اقتضا دارد که پس از وقوع شرط تمام تصرفات که مانع از تملک مال از روز عقد است، ابطال شود». ^۲ در تحلیل دیدگاه نویسنده مذکور باید گفت منظور ایشان از ابطال این است که با تحقق معلق علیه چون کشف می‌شود مبیع از روز عقد برای مشتری بوده در واقع کشف می‌شود که بایع ملک غیر را فروخته (معامله فضولی)، در نتیجه معامله معارض غیرنافذ بوده و با رد مشتری در صورت تحقق معلق علیه معامله معارض باطل می‌شود. برخی دیگر در خصوص معاملات معارض با شرط نتیجه منفی قائل به فضولی و غیر نافذ بودن آن شده‌اند،^۳ لذا با توجه به اینکه معامله بایع در مانحن فیه معارض شرط نتیجه منفی است که له مشتری شرط شده است، از نظر ایشان این معامله غیرنافذ و منوط به اجازه و رد مشتری است.

برخی از استادان در خصوص شرط نتیجه منفی اظهار داشته‌اند: «در موردی که خریدار یا نماینده او از حق تصرف کردن در مبیع می‌گذرد، در اثر تراضی اختیار او ساقط می‌شود. به بیان دیگر، ملکیت ناقص به او انتقال می‌یابد. در نتیجه، اگر مبیع را انتقال دهد، باطل است؛ زیرا بنا به فرض حق انتقال ندارد. آنچه اختیار مالک را سلب می‌کند از قبیل «شرط نتیجه» است؛ چراکه نتیجه مورد نظر (اسقاط حق انتقال) با تراضی و همراه با اصل معامله تحقق می‌یابد و اجرای آن نیاز به انجام دادن فعل خارجی ندارد». ^۴ پر واضح است که منظور ایشان عدم نفوذ است که با رد معامله از سوی مشروطه معامله مذکور باطل می‌شود، نه اینکه معامله از ابتدا باطل باشد. کما اینکه در جای دیگر در تفسیر ماده ۵۰۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قانون مدنی در ماده ۵۰۰ اصطلاح بطلان را درست به کار نبرده است و شایسته بود عقد را تنها نسبت به زمان بعد از فسخ غیرنافذ اعلام کند». ^۵

نظر اخیر نیز در مورد وضعیت معامله معارض با توجه به پذیرش نظریه نقل توسط ایشان^۶ نیز خالی از نقد نیست؛ زیرا براساس نظر مذکور، بایع می‌تواند نسبت به فروش مبیع قبل از تحقق معلق علیه اقدام نماید؛ ولی در این صورت بایع

۱. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص ۷۰.

۲. همان، ص ۷۲.

۳. نعمت‌اللهی، اسماعیل، **تصرفات حقوقی منافی حق متعهده**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱، ص ۲۲۳.

۴. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص ۲۴۴.

۵. کاتوزیان، ناصر، **دوره عقود معین معاملات معوض عقود تملیکی**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸، ص ۳۷۹.

۶. کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱، پیشین، صص ۶۹ و ۷۰ و ۷۱.

مبیع را با همان کیفیت (به صورت ناقص و تعلق حق مشتری به آن) به منتقل الیه دوم تملیک می کند و منتقل الیه اخیر نیز حقی بیش از بایع ندارد و در صورت تحقق معلق علیه بیع دوم قابل ابطال است، ولی با توجه به اینکه در نظام حقوقی ایران فقط بطلان داریم و قابلیت ابطال به گونه ای که در نظام حقوقی فرانسه پذیرفته شده در نظام ما قابل پذیرش نیست.^۱ ظاهراً مقصود ایشان این است که در صورت تحقق معلق علیه معامله معارض از روز اول باطل است، ولی معلوم نیست چگونه عقدی که قبل از تحقق معلق علیه صحیح بوده، یک دفعه باطل می شود با توجه به اینکه در نظام حقوقی ما بطلان و صحت در مقابل هم بوده و قابل جمع نیستند و از طرفی تا قبل از تحقق معلق علیه معامله معارض مستلزم تجاوز به حق مشتری نیست و ضمناً با توجه به پذیرش نظریه نقل مشتری از تاریخ تحقق معلق علیه مالک مبیع می شود، پس چگونه عقد معارض از تاریخ وقوع باطل می شود؟ زیرا قبل از تاریخ تحقق معلق علیه مشتری مالک مبیع نیست، بلکه مالکیت وی از همان تاریخ است. اگر هم قائل به بطلان از تاریخ وقوع معلق علیه باشیم با مبانی ما سازگاری ندارد؛ زیرا عقد صحیح نمی تواند در اثنای مدت باطل شود. از طرفی پذیرش نظریه کشف از سوی ایشان بر اساس ترازی طرفین و ابطال معامله معارض در صورت وقوع معلق علیه و صحت همان معامله در صورت عدم تحقق معلق علیه با وضعیت حقوقی عدم نفوذ سازگاری ندارد؛ زیرا عقد از ابتدا یا صحیح است یا غیرنافذ و نمی شود در یک بازه زمانی عقدی بر یک مبنا غیرنافذ باشد و بر یک مبنا دیگر در همان بازه زمانی صحیح باشد.

اگرچه فقها اصولاً تفکیکی میان معاملات معارض با شرط فعل و نتیجه به عمل نیاوردند و عمدتاً در بحث معاملات معارض با شرط فعل متعرض موضوع شده اند، در خصوص معامله معارض با شرط فعل، مثلاً اگر بایع بر مشتری شرط کند که مبیع را وقف کند ولی مشتری از شرط فعل مذکور تخلف کند و آن را بفروشد. در خصوص وضعیت حقوقی بیع انجام شده که فی الواقع معارض با شرط وقف مبیع است، سه نظر وجود دارد که عبارت اند از صحت مطلق،^۲ بطلان مطلق^۳ و عدم نفوذ^۴ مطرح کرده اند. برخی از شارحان مکاسب نه تنها در شرط فعل به عدم نفوذ قائل اند،^۵ بلکه در بحث معامله معارض با نذر نتیجه که مصداقی از معامله معارض با شرط نتیجه است نیز چنین عقیده ای دارند.^۶ برخی دیگر معتقدند که ملاک فضولی بودن معاملات، صدور آن از شخصی است که سلطنت بر انجام دادن آن معامله را ندارد، خواه عدم سلطنت ناشی از مالک نبودن فضول یا محجور بودن وی یا نیازمند بودن به اجازه شخص دیگر باشد^۷ که پرواضح است معامله معارض با شرط نتیجه مشمول قسمت اخیر نظر ایشان بوده و فضولی و غیرنافذ است. عده ای دیگر معامله معارض با شرط نذر به نحو نتیجه را فضولی و غیرنافذ اعلام کرده اند.^۸

۱. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، جلد ۲، تهران: عصر حقوق، ۱۳۷۹، ص ۵۷. برای دیدن نظری که معتقد است در نظام حقوقی ایران وضعیت قابلیت ابطال حداقل در برخی از مصادیق پذیرفته شده است رک به: طالب احمدی، حبیب، «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۶۷ شماره ۴۳، ۱۳۸۲، صص ۷۱-۹۲.

۲. خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶، ه.ق. ص ۲۴۷؛ اصفهانی، شیخ محمد حسین، *حاشیه المکاسب*، جلد ۵، قم: محقق، ۱۴۱۹، ه.ق. ص ۲۰۱.

۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، جلد ۳، قم: طلیعه نور، ۱۴۲۹، ه.ق. صص ۳۴۸-۳۴۹.

۴. انصاری، پیشین، ص ۷۶.

۵. نائینی، محمد حسین، *منبه الطالب فی شرح المکاسب*، جلد ۳، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۳۳، ه.ق. ص ۲۶۵.

۶. همان، جلد ۲، ص ۳۲۴.

۷. آملی، محمد تقی، *کتاب المکاسب و البیع*، جلد ۲، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳، ه.ق. ص ۴۵۲.

۸. خراسانی، پیشین، صص ۱۶۳-۱۶۴.

۲.۲. نظریه مراعی

براساس نظریه مذکور معامله معارض با حق مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت با معاملات فضولی فرق دارد. در معاملات فضولی، عقد به علت فقدان مقتضی (اجازه مالک) غیرنافذ است، ولی با توجه به ماهیت حقوقی شرط حفظ مالکیت، معلوم می‌شود که معاملات معارض با حق مشتری از حیث مقتضی مشکلی ندارد؛ زیرا فرض بر این است که بایع قبل از تحقق معلق علیه (پرداخت ثمن) مالک مبیع است و از طرفی تعلق حق عینی مشتری نسبت به مبیع در دوره تعلیق^۱ باعث ایجاد مانع بر سر راه نفوذ معامله معارض می‌گردد؛ زیرا در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت صرف نظر از ماهیت تعلیقی آن و نظر به اینکه مشتری در دوره به اصطلاح تعلیق دارای حق عینی است که برخی از آن تعبیر به حق عینی ابتدایی^۲ و برخی تعبیر به مالکیت اقتضایی^۳ و برخی تعبیر به مالکیت معلقه^۴ در برابر مالکیت منجز کرده‌اند، چون به طور ضمنی حق اقدام معارض نسبت به معامله مذکور از بایع ساقط می‌شود، نوعی شرط نتیجه منفی نیز در آن وجود دارد. در نتیجه وضعیت حقوقی آن با معامله‌ای که فاقد مقتضی بوده متفاوت است. معامله‌ای که فاقد مقتضی است (فضولی، اکراهی و...) غیرنافذ است، ولی معامله‌ای که با مانع مواجه است در وضعیت مراعی قرار دارد. از طرفی یکی از مبانی تحقق وضعیت مراعی تضمین مالکیت بالقوه دیگری است، به این معنی که اگر برای شخصی به موجب قانون یا قرارداد امکان مالک شدن نسبت به عینی وجود داشته باشد و دیگری آن را نادیده بگیرد و تصرف معارض با آن انجام دهد، تصرف مزبور مراعی خواهد بود.^۵ بدیهی است مشتری در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت مالکیت بالقوه نسبت به مبیع دارد که در صورت پرداخت و تسویه ثمن به مالکیت بالفعل تبدیل می‌شود. پس معامله معارض حق وی توسط بایع در وضعیت مراعی قرار دارد. در مانحن فیه، در صورت عدم تحقق معلق علیه (عدم پرداخت ثمن توسط مشتری) کشف می‌شود معامله معارض از روز نخست صحیح بوده است و در صورت تحقق معلق علیه (پرداخت ثمن توسط مشتری) معامله معارض از تاریخ مذکور منفسخ می‌شود؛ زیرا فرض بر این است که معامله معارض تا تاریخ تعلق معلق علیه مشکلی نداشته و با مانعی مواجه نبوده و بایع نیز تا این تاریخ مالک مبیع بوده است. البته چنانچه قائل به کاشف بودن تحقق معلق علیه در مانحن فیه باشیم، کشف می‌شود که معامله معارض از تاریخ وقوع عقد غیرنافذ بوده است؛ زیرا بنا بر نظریه کشف مشتری از تاریخ تشکیل بیع مالک مبیع می‌شود و با تحقق معلق علیه کشف می‌شود بایع در تاریخ وقوع معامله معارض مالک مبیع نبوده است، بلکه مشتری مالک مبیع بوده و در نتیجه کشف می‌شود معامله فضولی و غیرنافذ بوده است. البته با توجه به تحلیل اراده طرفین نظریه نقل در این خصوص با مبانی سازگاری بیشتری دارد؛^۶ ولی طرفین می‌توانند به طور صریح یا ضمنی به پذیرش نظریه کشف توافق کنند. لازم به ذکر است برخی عدم نفوذ را به دو دسته موقوف و مراعی تقسیم کرده‌اند.^۷ اگرچه در مقاله دیگری وضعیت مراعی را در

۱. عسگری، شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران، پیشین، ص ۳۳۵.

۲. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، پیشین، ص ۱۰۶.

۳. جعفری لنگرودی، پیشین، ۱۳۸۷، ص ۴۷.

۴. انصاری، پیشین، ص ۱۷۱.

۵. کریمی، عباس و هادی شعبانی کندسری، «وضعیت حقوقی مراعی به منزله وضعیتی در عرض، صحت، بطلان و عدم نفوذ»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۴، ۱۳۹۶، ص ۶۹۱.

۶. عسگری، پیشین، ص ۳۵۹.

۷. کریمی، عباس و هادی شعبانی کندسری، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۸، ۱۳۹۱، صص ۱۵۷-۱۸۱.

عرض صحت و بطلان و عدم نفوذ قرار داده‌اند،^۱ با نگاه دقیق به مطالبی که در تعریف و اوصاف و ماهیت و مصادیق وضعیت مراعی آورده‌اند، معلوم می‌شود وضعیت مراعی نه قسمی از عدم نفوذ است و نه وضعیتی در عرض سایر وضعیت‌های حقوقی، زیرا اولاً در مبانی فقهی و قانونی ما هیچگاه عدم نفوذ به دو دسته موقوف و مراعی تقسیم نشده است؛ ثانیاً وضعیت مراعی در صورتی می‌تواند در عرض سایر وضعیت‌های حقوقی قرار بگیرد که دارای آثار و احکامی مستقل از وضعیت‌های بطلان و عدم نفوذ و صحت باشد؛ در حالی که با توجه به مطالب نویسندگان معلوم می‌شود که عقد مراعی وضعیت عقدی است که تعیین تکلیف وضعیت دقیق حقوقی آن عقد از حیث صحت و بطلان و... مجهول است و پس از رفع جهل نیز کشف می‌شود عقد یا از ابتدا صحیح بوده یا از ابتدا باطل یا بعضاً منفسخ بوده است. پس مراعی وضعیت جدیدی در عرض سایر وضعیت‌ها نیست؛ چون اگر غیر این بود، در صورت کشف واقع نمی‌توانست کاشف از یکی از وضعیت‌های حقوقی نام‌برده باشد، بلکه باید آثار مستقلاً داشته باشد. از طرف دیگر، پذیرش این مطلب که عقد مراعی پس از کشف واقع یا از ابتدا صحیح بوده یا از ابتدا باطل،^۲ با مبانی سازگاری ندارد. در این صورت سؤالی که مطرح می‌شود این است که تکلیف وضعیت عقد در دوره زمانی مذکور و قبل از تعیین تکلیف موضوع (تحقق یا عدم تحقق معلق علیه) چیست؟ آیا صحیح است؟ پس چگونه در صورت اعمال حق مثلاً مشتری از ابتدا باطل می‌شود؟ مگر عقد می‌تواند از صحت به بطلان تبدیل شود؟ از طرفی فرض بر این است که تا قبل از تحقق معلق علیه معامله معارض خللی به حقوق مشتری در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت ایجاد نمی‌کند تا با تحقق معلق علیه (پرداخت ثمن) کشف شود معامله از روز نخست باطل بوده است؛ ضمن اینکه با پذیرش نظریه نقل اعتقاد به بطلان معامله معارض از روز نخست با این مانع قانونی مواجه است که علت بطلان قبل از تحقق معلق علیه چیست؛ زیرا با پذیرش نظریه نقل، مشتری از تاریخ تحقق معلق علیه مالک مبیع می‌شود و برای اینکه قائل به بطلان معامله معارض از تاریخ وقوع معامله باشیم، باید قائل به مالکیت مشتری از ابتدا یعنی قبل از تحقق معلق علیه باشیم. لذا در جمع بین مبانی باید گفت معامله معارض حق مشتری در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت صحیح است و در صورت تحقق معلق علیه از همان تاریخ منفسخ می‌شود و چنانچه معلق علیه تحقق نیابد، معامله معارض به علت رفع مانع به حیات خود ادامه خواهد داد. در مبانی فقهی اگرچه نه در این موضوع، بلکه در موارد مشابهی که معامله‌ای به علت وجود حق شخص ثالث با مانعی مواجه بوده است، برخی قائل به انفساخ بیع از تاریخ اعمال حق توسط صاحب حق شده‌اند؛ به عنوان مثال، علامه حلی در خصوص وضعیت حقوقی معامله‌ای که مشتری بعد از بیع و قبل از اخذ به شفعه انجام داده است، قائل به این است که از تاریخ اخذ به شفعه معامله مذکور منفسخ می‌شود.^۳ میرزای قمی در پاسخ به سؤالی در مورد اجاره مبیع در بیع به شرط رد ثمن می‌گوید: «اظهر در نظر حقیر جواز است. خصوصاً اگر زمان متاخر از مدت مشروطه باشد. مثل اینکه بفروشد مبیع را و شرط کند که بعد از شش ماه دیگر در ظرف پنج روز هرگاه بایع رد ثمن کند، مسلط بر فسخ بیع باشد که در این هیچ اشکالی نیست. همچنین اظهر جواز است هرگاه خیار در مجموع مدت باشد، یعنی شرط کرده باشد که در بین شش ماه، هر وقت رد مثل ثمن نماید، مسلط بر فسخ باشد... و هرگاه خیار در

۱. کریمی و شعبانی کندسری، وضعیت حقوقی مراعی به منزله وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ، پیشین، صص ۶۸۳-۷۰۲.

۲. روشن، محمد، غفور خوئینی و آزاد فلاحی، «بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه»، مجله حقوقی د/دگستری، دوره ۸۱، شماره ۹۷، ۱۳۹۶، صص ۱۴۳-۱۶۲.

۳. حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام، جلد ۲، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸، ص ۲۵۳.

ظرف تمام مدت باشد، به رد ثمن در هر وقت از اوقات آن مدت، بایع مسلط بر فسخ بیع می‌شود. و با فسخ (بیع) اجاره هم منفسخ می‌شود. به جهت آنکه به سبب فسخ معلوم می‌شود که مشتری مالک تتمه نبوده است. و اصل اجاره هم متزلزل می‌شود و مراعی بوده است نسبت به حصول فسخ از جانب بایع به سبب رد ثمن.^۱ آیت‌الله خویی نظر میرزای قمی را بسیار نیکو شمرده‌اند و در تقویت نظریه انفساخ گفته‌اند: «... در نتیجه هرگاه دارنده خیار، عقد اول را فسخ کند، ملکیت من علیه‌الخیار نسبت به عین پایان می‌یابد و اجاره نیز منفسخ می‌شود».^۲ برخی از شارحان مکاسب در خصوص وضعیت حقوقی معاملات معارض با شرط فعل ضمن پذیرش نظریه عدم نفوذ، به انفساخ عقود لاحق (معارض با شرط) با رد آن از سوی مشروط‌له (بایع) قائل‌اند.^۳ عده‌ای دیگر از شارحان مکاسب با طرح این سؤال که در صورت وجود خیار آیا من علیه‌الخیار می‌تواند مثلاً در مبیع تصرف ناقلی انجام دهد؟ با فرض اینکه تصرفات مذکور غیرنافذ باشد، سؤال دیگری مطرح کرده‌اند که در این صورت آیا من له الخیار حق فسخ عقد دوم (منافی با خیار) را بعد از فسخ عقد اول دارد یا اینکه با فسخ بیع اول توسط ذوالخیار عقد دوم از همان زمان منفسخ می‌شود یا از ابتدا و از زمان تشکیل باطل می‌شود؟^۴ به دلیل اینکه عقد دوم فرع بر عقد اول است و لازمه‌اش این است که انحلال آن از زمان انحلال عقد اول است نه از ابتدای تشکیل آن و... نظر اقوی را انفساخ عقد دوم از زمان اعمال خیار معامله اول دانسته‌اند.^۵ برخی از فقهای امامیه در خصوص فروش مبیع توسط مشتری در بیعی که متضمن خیار شرط است نظر داده‌اند: «در خیار شرط جایز نیست از برای مشتری، اتلاف عین و نه نقل به سوی غیر و نه تصرف مغیر عین؛ زیرا مراد این است که بعد از رد مثل ثمن، رد کند مشتری مثنی را بعینها، مراد از عقد و شرط این است. پس اگر مشتری بفروشد به غیر بدون اذن بایع، اقوی این است که واقع نمی‌شود مبیعه، بلکه می‌باشد مراعی مانند بیع عین مرهونه از بایع و از مشتری بدون تسلط بر آن».^۶ واضح است که در بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت نیز موضوع از همین قرار است؛ زیرا در بیعی که متضمن خیار شرط است، مانند بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت، نوعی شرط نتیجه منفی قرار دارد که به موجب آن مشتری حق اقدام منافی با شرط (استرداد عین مبیع در صورت فسخ بیع از سوی بایع) را از خود سلب و ساقط کرده است و فرقی با بیع متضمن شرط ذخیره مالکیت این است که فقط مشروط‌علیه آن بایع است نه مشتری به مانند بیعی که متضمن خیار شرط است.

اعتقاد به انفساخ معامله معارض با مبانی سازگاری بیشتری دارد و ضمن اینکه حقوق همه اطراف عقد اصلی و معارض را در نظر دارد، مخصوصاً با نظریه نقل انطباق بیشتری دارد، مگر اینکه در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت طرفین شرط کنند که در صورت پرداخت ثمن از سوی مشتری، وی از تاریخ بیع مالک مبیع می‌شود (تراضی بر کشف) که در صحت چنین توافقی شکی نیست^۷ و در این صورت می‌توان قائل بر این بود که در صورت تحقق معلق علیه (پرداخت ثمن) کشف می‌شود معامله معارض از روز نخست غیرنافذ بوده است و مشتری می‌تواند با رد آن بطلان معامله را بخواهد. پذیرش وضعیت مراعی با مبانی فقهی و حقوقی انطباق بیشتری دارد و حقوق طرفین را جمع می‌کند؛ زیرا هم متضمن

۱. قمی، ابوالقاسم، **جامع الشتات**، جلد ۳، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ه.ق. ص ۴۳۲.

۲. خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، جلد ۵، قم: داوری، ۱۳۷۷، ص ۵۰۳.

۳. نائینی، پیشین، ص ۲۶۵.

۴. طباطبایی یزدی، پیشین، ص ۴۴۵.

۵. همان، ص ۴۵۱.

۶. اشرفی، محمد، **شعائر الاسلام**، جلد ۱، تصحیح و تعلیق: احمد باقری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص ۱۲۱.

۷. کاتوزیان، پیشین، ص ۷۳.

حفظ حقوق بایع و مشتری در معامله معارض است و هم متضمن حفظ حقوق مشتری در بیع متضمن شرط حفظ مالکیت؛ زیرا وضعیت مراعی سبب می‌شود که حق طرفین قرارداد و حق احتمالی شخص ثالث محفوظ بماند و از سپردن سرنوشت عقد به شخص ثالث، که دارای حق ثابت و قطعی بر موضوع عمل حقوقی نیست، جلوگیری و از بطلان بیهوده قراردادها پرهیز شود. از نظر اقتصادی نیز پذیرش وضعیت مراعی منجر به حبس ثروت در جامعه نمی‌شود و به اصطلاح واجد کارایی اقتصادی بوده و منتهی به توزیع ثروت می‌شود.

نتیجه‌گیری

بیع با شرط ذخیره مالکیت از مصادیق بیع معلق بوده که معلق‌علیه آن پرداخت ثمن است. با تحقق بیع مذکور مبیع به ملکیت مشتری در نمی‌آید، بلکه کماکان در ملکیت بایع باقی خواهد ماند؛ ولی ملکیت بایع طلق نبوده بلکه متزلزل است، این تزلزل به علت تعلق حق عینی مشتری نسبت به مبیع در دوره تعلیق است. به موجب حق مذکور بایع موظف و متعهد به حفظ و نگهداری مبیع در همان وضعیتی بوده که در موقع عقد داشته و حق انجام تصرفات مادی و حقوقی منافی با حق عینی مشتری را ندارد و نمی‌تواند مثلاً آن را به غیر بفروشد؛ در صورتی که مبیع قبل از تحقق معلق‌علیه توسط بایع به غیر فروخته شود، معامله معارض مذکور در وضعیت مراعی قرار دارد؛ زیرا به علت تعلق حق شخص ثالث نسبت به مبیع، معامله میان بایع و انتقال‌گیرنده دوم با مانعی مواجه است که در نتیجه وضعیت دقیق حقوقی معامله مذکور مراعی است تا اینکه تکلیف معلق‌علیه مشخص شود. در صورت تحقق معلق‌علیه براساس نظریه کشف، کشف می‌شود معامله از ابتدا غیرنافذ بوده است و بنابر پذیرش نظریه نقل تحقق معلق‌علیه باعث انفساخ معامله معارض از تاریخ تحقق معلق‌علیه خواهد بود. در ضمن با عدم تحقق معلق‌علیه (عدم پرداخت ثمن توسط مشتری) کشف می‌شود که معامله معارض از ابتدا صحیح و معتبر بوده است؛ زیرا مانع زایل می‌شود و عقد معلق منتفی شده و در نتیجه حق عینی ابتدایی مشتری در بیع مذکور نیز مبنای خویش را از دست می‌دهد و منتفی می‌شود. پذیرش دیدگاه مذکور مستلزم جمع میان حقیق است و از نظر اقتصادی نیز کارآمد بوده و مانع گردش ثروت در جامعه نخواهد بود؛ زیرا از ابتدا معامله منعقد توسط بایع را باطل یا غیرنافذ نمی‌داند، بلکه امر دائر مدار تحقق یا عدم تحقق معلق‌علیه است. از طرفی برخلاف دیدگاهی که با استناد یک‌سویه به حسن نیت این معامله را از ابتدا صحیح دانسته و به حسن نیت خریدار در بیع با شرط ذخیره مالکیت توجهی ندارد، رجحان دارد و حق خریدار مذکور را در صورت تحقق معلق‌علیه محفوظ می‌دارد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. اشرفی، محمد، *شعائر الاسلام*، جلد ۱، تصحیح و تعلیق: احمد باقری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۲. پیرهادی، محمدرضا، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران: جنگل، ۱۳۹۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
۴. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، تهران: عصر حقوق، ۱۳۷۹.
۵. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: حقوقدان، ۱۳۷۷.
۶. عسگری، حکمت‌الله، *تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین در حقوق ایران و انگلیس*، تهران: مجد، ۱۳۹۰.
۷. قاسمی، محسن، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۲.

۸. کاتوزیان، ناصر، **دوره عقود معین معاملات معوض عقود تملیکی**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
۹. کاتوزیان، ناصر، **دوره عقود معین، حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱ و ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
۱۱. نعمت‌اللهی، اسماعیل، **تصرفات حقوقی منافعی با حق متعهد له**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱.

مقاله

۱۲. امینی، منصور، «تابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، دوره ۱۳، شماره ۵۲، ۱۳۸۹، صص ۸۶-۵۳.
۱۳. روشن، محمد، غفور خوئینی و آزاد فالاحی، «بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۱، شماره ۹۷، ۱۳۹۶، صص ۱۶۲-۱۴۳.
۱۴. سعیدی، محمدعلی و غلامرضا یزدانی، «بررسی تطبیقی شرط ذخیره مالکیت»، **مجله آموزه‌های حقوق کیفری**، دوره ۷، شماره ۱۴، ۱۳۸۹، صص ۸۸-۵۵.
۱۵. شکوهی‌زاده، رضا، «ماهیت شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران و فرانسه»، **فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۴۶، شماره ۴، ۱۳۹۵، صص ۵۵۲-۵۳۳.
۱۶. طالب احمدی، حبیب، «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۶۷، شماره ۴۳، ۱۳۸۲، صص ۹۲-۷۱.
۱۷. عسگری، حکمت‌الله، «شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۳۶۷-۳۱۹.
۱۸. علوی، سید محمد تقی و مرتضی اسدلو، «تحلیلی بر آثار شرط حفظ مالکیت»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۷۹، شماره ۸۹، ۱۳۹۴، صص ۲۹-۷.
۱۹. کریمی، عباس و هادی شعبانی کندسری، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، **فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی**، دوره ۱۷، شماره ۵۸، ۱۳۹۱، صص ۱۸۸-۱۵۷.
۲۰. کریمی، عباس و هادی شعبانی کندسری، «وضعیت حقوقی مراعی به‌منزله وضعیتی در عرض، صحت، بطلان و عدم نفوذ»، **مجله مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۴۷، شماره ۴، ۱۳۹۶، صص ۷۰۲-۶۸۳.
۲۱. نیک‌نژاد، جواد، «تصرفات حقوقی منافعی حق مشتری در بیع معلق»، **فصلنامه حقوق اسلامی**، دوره ۱۴، شماره ۵۳، ۱۳۹۶، صص ۱۴۹-۱۷۳.

عربی

۲۲. اصفهانی، شیخ محمد حسین، **حاشیه المکاسب**، جلد ۵، قم: محقق، ۱۴۱۹ ه.ق.
۲۳. انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، جلد ۳ و ۶، قم: تراث الشیخ الاعظم، بی تا.
۲۴. آملی، محمد تقی، **کتاب المکاسب و البیع**، جلد ۲، تقریر درس نائینی، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۵. حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر، معروف به علامه حلی، **قواعد الاحکام**، جلد ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۲۶. خراسانی، محمد کاظم بن حسین، معروف به آخوند خراسانی، **حاشیه المکاسب**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ه.ق.
۲۷. خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، جلد ۵، قم: داور، ۱۳۷۷.

۲۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، جلد ۳، قم: طلیعه نور، ۱۴۲۹ ه.ق.
۲۹. قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، جلد ۳، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ه.ق.
۳۰. نائینی، محمد حسین، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، جلد ۲ و ۳، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۳۳ ه.ق.
۳۱. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۲۶، بیروت: دارالاحیاء تراث العربی، ۲۵۴۳ ه.ق.

References

Books

1. Amoli, Mohammad-Taqi, *The Book of Profits and Sale*, Volume 2, Based on the lectures of Sheikh Na'ini. Qom: Islamic Publications Institute, 1992. (in Arabic)
2. Ansari, Sheikh Morteza, *The Book of Profits*, Volumes 3 and 6, Qom: The heritage of the Grand Sheikh, n.d. (in Arabic)
3. Asgari, Hekmatollah, *The Determination of the Time of Transfer of Ownership in Sale by the Parties in Iranian and English Law*, Tehran: Majd, 2011. (in Persian)
4. Ashrafi, Mohammad, *Rituals of Islam*, Volume 1, Edited and annotated by: Ahmad Bagheri, Tehran: University of Tehran, 2006. (in Persian)
5. Ghasemi, Mohsen, *Transfer of Ownership in Sale Contracts*, Tehran: Imam Sadiq University, 2003. (in Persian)
6. Hilli, Jamāl al-Dīn Ḥasan ibn Yūsuf ibn Muṭahhar (known as 'Allāma Ḥilli), *The Rules of Judgments*, Volume 2, Qom: Islamic Publishing Institute, 1997. (in Arabic)
7. Isfahani, Sheikh Mohammad Hossein, *Marginal Notes on al-Makāsib*, Volume 5, Qom: Mohaghegh, 1998. (in Arabic)
8. Jafari Langeroudi, Mohammad Ja'far, *The Effect of Will in Civil Law*, Tehran: Ganj-e Danesh, 2008. (in Persian)
9. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volumes 1 and 3, Tehran: Sahami Company Publishing, 1997. (in Persian)
10. Katouzian, Nasser, *Nominate Contracts: Civil Law – Commutative Transactions and Proprietary Contracts*, Volume 1, Tehran: Sahami Company Publishing in collaboration with Bahman Borna, 1999. (in Persian)
11. Katouzian, Nasser, *The Period of Certain Contracts, Exchange Transactions, Acquisition Contracts*, Volume 1, Tehran: Sahami Company Publishing, in Cooperation with Bahman Borna, 1999. (in Persian)
12. Khoei, Abu al-Qasim, *The Lantern of Jurisprudence*, Volume 5, Qom: Arbitration, 1998. (in Arabic)
13. Khorasani, Mohammad Kazem ibn Hossein (known as Ākhūnd Khurāsāni), *Marginal Notes on al-Makāsib*, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance Press, 1985. (in Arabic)
14. Na'eini, Mohammad Hossein, *The Student's Wish: Commentary on al-Makāsib*, Volumes: 2 and 3, Qom: Islamic Publishing Institute, 2011. (in Arabic)
15. Najafi, Mohammad Hassan, *The Jewels of Speech in Commentary on the Laws of Islam*, Volume 26, Beirut: Dar al-Ahaya Arab Heritage, 1981. (in Arabic)
16. Ne'matollahi, Esma'eil, *Legal Acts Contrary to the Right of the Oblige*, Qom: Research Institute of Islamic Culture and Thought, 2012. (in Persian)
17. Pirhadi, Mohammad Reza, *Transfer of Ownership in Sale Contracts*, Tehran: Jungle, 2011. (in Persian)
18. Qomi, Mirza Abu al-Qasem, *The Compilation of Dispersed Opinions*, Volume 3, Tehran: Keyhan Institute, 1992. (in Arabic)
19. Shahidi, Mehdi, *Formation of Contracts and Obligations*, Tehran: Lawyer, 1998. (in Persian)

20. Shahidi, Mehdi, *The Principles of Contracts and Obligations*, Tehran: The Age of Law, 2000. (in Persian)
21. Tabatabaei, Sayyed Mohammad Kazem, *Marginal Notes on al-Makāsib*, Volume 3, Qom: Dawn of light, 2008. (in Arabic)

Articles

22. Alavi, Sayyed Mohammad Taqi and Morteza Asadlou, "An Analytical Study on the Effects of the Retention of Title Clause", *Judiciary Law Journal*, Volume 79, Issue 89, 2015, PP 7-29. (in Persian)
23. Amini, Mansour, "Economic Inequality Between Seller and Buyer in Sale Contracts", *Legal Research Quarterly*, Volume 13, Issue 52, 2010, PP 53-86. (in Persian)
24. Asgari, Hekmatollah, "Retention of Title Clause in Iranian Law", *Legal Research Quarterly*, Volume 13, Issue 2, 2010, PP 319-367. (in Persian)
25. Karimi, Abbas and Hadi Shabani Kandesari, "An Attempt to Rewrite the Theory of Ineffectiveness of Moraei", *Quarterly Journal of Judicial Law Review*, Volume 17, Issue 58, 2012, PP 157-188. (in Persian)
26. Karimi, Abbas and Hadi Shabani Kandesari, "Legal Status "Mora'a" as a State within the Validity, Invalidity and Lack of Influence", *Journal of Private Law Studies*, Volume 47, Issue 4, 2017, PP 683-702. (in Persian)
27. Nik-Nejad, Javad, "Legal Acts Contrary to the Buyer's Rights in Suspended Sale Contracts", *Islamic Law Quarterly*, Volume 14, Issue 53, 2017, PP 149-173. (in Persian).
28. Roshan, Mohammad, Ghafour Khoeini and Azad Fallahi, "Investigating the Legal Status of Marai and Comparing It with Similar Institutions", *Judiciary Law Journal*, Volume 81, Issue 97, 2017, PP 143-162. (in Persian)
29. Sa'eedi, Mohammad Ali, and Gholamreza Yazdani, "A Comparative Study of the Retention of Title Clause", *Criminal law Doctorines*, Volume 7, Issue 14, 2010, PP 55-88. (in Persian)
30. Shokouhi-Zadeh, Reza, "The Legal Nature of the Retention of Title Clause in Iranian and French Law", *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 46, Issue 4, 2016, PP 533-552. (in Persian)
31. Taleb Ahmadi, Habib, "Voidable Transactions in Iranian Law", *Judiciary Law Journal*, Volume 67, Issue 43, 2003, PP 71-92. (in Persian)



Original Article

Economic Critique of Penalty Clauses and the Necessity of Reforming Article 230 of the Iranian Civil Code

Vahid Faghihi Mohammadi¹ , Gholamali Seifi Zinab², Alireza Alipanah³

ABSTRACT

In contractual agreements, parties commonly include a liquidated damages clause, under which a predetermined amount is to be paid in the event of a breach. Liquidated damages represents the parties' mutual agreement to ensure the performance of obligations. One of its advantages is that in order to claim damages, there is no need to prove actual harm or establish causality between the wrongful act and the resulting damage. Such features encourage the parties to include this clause and make it a popular tool in contracts, especially in cases where there is a possibility of breach of obligation or the impossibility of proving actual damages in practice. However, it is necessary to question whether the absolute and unconditional enforcement of this clause is always logical, fair and economical. Article 230 of the Civil Code states: "If it is stipulated in a contract that in case of breach the breaching party shall pay a certain sum as compensation, the judge may not award more or less than that amount." In other words, the amount agreed upon between the parties (liquidated damages) is recognized as the final and enforceable damages and the court cannot adjust or change it. According to the aforementioned article, the arbitrator or judge is obliged to use the same amount as the criterion and refrain from violating the provisions of the contractual clause. However, in some cases, the absolute implementation of this rule in practice may lead to unfair and unjust results, especially when the economic, social, or even personal circumstances of one of the parties have changed after the conclusion of the contract. In contrast, in common law systems such as England, an excessive penalty clause is not enforceable. English courts do not automatically accept the parties' agreement; if the stipulated amount significantly exceeds the estimated actual loss, the clause is considered a penalty clause and declared unenforceable. In English law, the principle is that of actual and reasonable compensation for damages, not punishment for the breaching party. Therefore, judges distinguish between a "reasonable lump sum" and a "penalty clause" and consider a penal clause to be valid only if it is justified in economic and equitable terms. In other words, penalty clauses are not enforceable in English law unless they are reasonably related to anticipated loss, rather than merely designed to punish or intimidate the breaching party. In law and economics literature, the classical view is that the penalty clause hinders the efficiency of the market and contracts. Classical economists believe that after the conclusion of the contract, conditions may arise in which the performance of the obligation is more costly for the obligor than its benefit. In such scenarios, breaching the contract while paying fair compensation - known as efficient breach- can yield better results for all parties and society. However, excessive penalty clauses distort this

How to Cite: Faghihi Mohammadi, Vahid, Seifi Zinab, Gholamali, Alipanah, Alireza, "Economic Critique of Penalty Clauses and the Necessity of Reforming Article 230 of the Iranian Civil Code", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:125-142.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.230749.2457>

Received: 26/01/2024-Accepted: 01/07/2024

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

Corresponding Author Email: vfmlawyer@gmail.com

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

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



Copyright: © 2025 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/>).

mechanism by reducing the incentive to pursue economically beneficial breaches. They also hinder optimal resource reallocation and may force performance in situations where breach would be more efficient outcome for the society. However, recent analyses in economic law indicate that a penalty clause is not necessarily always detrimental to efficiency and may even be beneficial in some cases. From this perspective, a clear fixed amount for breach can operate as a pre-arranged option that enhances transparency and predictability in contractual relationships. In this case, the parties know from the outset what amount they will receive in the event of a breach and can better adjust their economic decisions. Some studies show that a penalty clause can also facilitate efficient breach; on the one hand, the need to file a lawsuit in court to determine the amount of damage is reduced from this perspective and, on the other hand, as a deterrent, it forces the obligor to pursue long-term interests and perform obligations on time. Such a clause can also be considered an alternative to an insurance contract. Despite the aforementioned benefits, an exorbitant penalty clause should not be enforced unconditionally. The contemporary approach of legal scholars is that a penalty clause must have a "reasonable economic role" in the contract. If the opposite is proven (i.e. if it is found that the parties imposed the onerous condition solely as a punishment or unfair pressure), its implementation is unacceptable. It is also necessary to distinguish between the terms of supplementary contracts and contracts concluded through fair negotiation. In summary, it can be acknowledged that although the obligation is a useful tool for ensuring the performance of contractual obligations, the absolute implementation of an excessive penalty clause does not necessarily lead to justice and economic efficiency. From the perspective of modern economic law, a penalty clause can be constructive when it is applied in the contract with a clear economic purpose; otherwise, it should be viewed with greater consideration and, in necessary cases, the possibility of adjusting the clause should be provided. Accordingly, it seems necessary to revise article 230 of the Iranian Civil Code so that in the cases of excess and unfairness, the court can adjust the amount of the penalty clause and reduce its unfair consequences, without questioning the principle of parties' autonomy in the entire contract.

KeyWords: Fixed Damage Clause, Penalty Clause, Efficiency, Efficient Breach



نقد اقتصادی شرط کیفری و لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی

وحید فقیهی محمدی^۱، غلامعلی سیفی زیناب^۲، علیرضا عالی پناه^۳

چکیده

مزایای غیرقابل انکار وجه التزام، از جمله عدم نیاز به اثبات ورود خسارت و رابطه سببیت میان فعل زیان بار و ضرر وارده، متعاملین را به درج چنین شرطی ترغیب می کند. ماده ۲۳۰ قانون مدنی، که انصراف به موضوع وجه التزام دارد، مقرر داشته است: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم نماید.» نص فوق چنین به ذهن متبادر می کند که وجه التزام، هر چند گزاف، لازم الاتباع است. در حالی که در حقوق کشور انگلستان وجه التزام گزاف که از آن به شرط کیفری تعبیر می شود، برخلاف شرط خسارت مقطوع، لازم الاجرا نبوده است؛ زیرا مطابق تحلیل کلاسیک اندیشمندان اقتصادی، شرط کیفری مانع تحقق کارایی و نقض کارآمد قرارداد می شود. با این حال در تحلیل نوین نهاد مزبور، چنین شرطی نه تنها مانع تحقق کارایی نبوده، بلکه عاملی برای تسهیل نقض کارآمد قرارداد است. مطابق خوانش جدید، شرط صرفاً در مواردی که نقش اقتصادی خاصی در قرارداد ایفا نکرده و غیرمنصفانه است، نباید معتبر شمرده شود. در پژوهش حاضر سعی بر آن است که با نگاهی تطبیقی و از طریق پیشنهاد بازنگری در ماده ۲۳۰ قانون مدنی، رویکرد پیش گفته لحاظ شود و اعتبار شرط وجه التزام گزاف، در فرضی که نقش اقتصادی خاصی ایفا نمی کند و وجود آن در قرارداد غیرمنصفانه است، بررسی شود.

کلید واژگان: شرط خسارت مقطوع، شرط کیفری، کارایی، نقض کارآمد.

استناد به این مقاله: فقیهی محمدی، وحید، سیفی زیناب، غلامعلی، عالی پناه، علیرضا، «نقد اقتصادی شرط کیفری و لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۱۲۵-۱۴۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.230749.2457>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۱۱

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

/ایمیل نویسنده مسئول: vfmlawyer@gmail.com

۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۳. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

Copyright: © 2025 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

عدم ایفای تعهدات قراردادی ازسوی هریک از متعاقدين، علی‌الاصول موجب حق مراجعه به مرجع قضایی برای ذی‌نفع تعهد است. خواهان، جز در موارد استثنایی، می‌تواند علاوه بر الزام متخلف به اجرای عین تعهد، خسارت ناشی از نقض عهد را مطالبه کند. ظفرمندی خواهان در دعوای مطالبه خسارت منوط به آن است که ورود زیان به وی و رابطه سببیت میان عدم ایفای تعهد و ضرر وارده اثبات شود. امری که علی‌رغم تحقق در عالم ثبوت، از حیث اثباتی توأم با دشواری است. ضمن آنکه نه همه خسارات، بلکه صرفاً زیان‌های قابل پیش‌بینی که در قلمرو انتظار متعاملین قرار گیرد، قابلیت مطالبه دارد.^۱ با عنایت به نص ماده ۲۲۱ قانون مدنی، نقض تعهد قراردادی در حقوق ایران، فقط در سه فرض ذی‌نفع را مستحق دریافت خسارت می‌کند: اینکه جبران خسارت در عقد تصریح شده یا تعهد عرفاً به‌منزله تصریح باشد یا قانون عهدشکن را مکلف به جبران خسارت بداند.^۲ برای مطالبه خسارت قراردادی در حقوق کشور انگلستان نیز علاوه بر آنکه خسارات غیرمستقیم قابلیت مطالبه ندارد،^۳ اثبات وجود رابطه سببیت میان خسارت وارده و عهدشکنی متعهد^۴ ضروری است. هرچند در نظام حقوقی موصوف، تعیین رقم خسارت ناشی از نقض عهد در زمان انعقاد قرارداد، زیان‌دیده را از چالش‌های مذکور رهایی می‌بخشد، شرط خسارت قراردادی به‌شرط کیفری^۵ و شرط خسارت مقطوع^۶ تقسیم شده و شرط کیفری لازم‌الاجرا نیست.^۷ مبنای بی‌اعتباری قسم نخست از شروط آن است که هیچ‌یک از متعاقدين در فرض عدم تقصیر، نباید به هزینه طرف دیگر بر دارایی خود بیفزاید.^۸ علاوه بر آن با شرط کیفری، در حقیقت خسارت ناشی از نقض عهد محاسبه نمی‌شود، بلکه غرض از درج آن صرفاً تهدید و ارعاب متعهد به اجرای تعهد و مجازات وی در صورت استنکاف از ایفای تعهدات قراردادی است.^۹ ممکن است متعاملین در پی تخمین میزان خسارت واقعی ناشی از نقض عهد بوده و با این مقصود شرطی در قرارداد درج کنند که مبلغ آن با زیان وارده ناشی از عدم ایفای تعهد تناسب داشته باشد. اما این احتمال وجود دارد بعداً مشخص شود برآورد آنها صحیح نبوده است. در چنین حالتی شرط نافذ و لازم‌الاجرا خواهد بود.^{۱۰} اینکه عبارات تبلور یافته در قرارداد حاوی شرط کیفری است یا خسارت مقطوع، با دادگاه است و از حیث زمانی نیز ملاک تشخیص، زمان انعقاد قرارداد است.^{۱۱} در حقوق ایران و به شرح منعکس در ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی، بدون لحاظ تفکیک فوق، شرط وجه التزام، هرچند گزاف، لازم‌الاجراست.

در مقاله حاضر تلاش بر آن است شرط کیفری یا همان وجه التزام گزاف، از حیث تحلیل اقتصادی بررسی شود. بنابراین دکترین شرط کیفری دلایل اقتصادی لازم‌الاجرا بودن آن و ماده ۲۳۰ قانون مدنی مورد بررسی قرار گرفته است. ذکر این نکته لازم

^۱. کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۸۷، ص ۲۱۱، (یادداشت ۱ ذیل ماده ۲۲۱ ق.م).

^۲. به نظر بعضی از اساتید حکم این ماده در حقوق کنونی زائد به شمار می‌آید (کاتوزیان، ناصر، **دوره حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۴: اجرای قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۹۰، ص ۲۶۹). برای ملاحظه نظر مخالف، نک: محقق داماد، سید مصطفی،

نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۴۶۷.

^۳. McKendrick, E. *Contract Law*, London: Macmillan Education, Palgrave, 2015, P 358.

^۴. Elliot, K. and F Quinn. *Contract Law*, Harlow: Pearson Education Limited, 2011, P 337.

^۵. Penalty Clause

^۶. Liquidated Damages

^۷. Monahan, G. *Essential Contract Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2001, P 159.

^۸. Oughton, D. and Martin Davis. *Source Book on Contract Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, PP 12-13.

^۹. Suff, M. *Essential Contract Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, P 123; Benson, P. *Theory of Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, P 322.

^{۱۰}. Suff, Op. Cit., P 123.

^{۱۱}. Monahan, Op. Cit., P 159.

است که در آثار حقوق دانان ایرانی به تحلیل اقتصادی شرط کیفری عنایت شده،^۱ ولیکن اثر پیشرو از حیث نتیجه‌گیری نگارندگان، متفاوت با آثار پیشین بوده و ماده ۲۳۰ قانون مدنی نیز از حیث تحلیل اقتصادی مورد نقد قرار گرفته است.

۱. رویکرد منتقدین و حامیان شرط کیفری

تعمق در دکتترین شرط کیفری حکایت از آن دارد که مفهوم آن دستخوش بررسی و بحث‌های فراوان بوده و دلایل متعددی از سوی حامیان و منتقدین شرط مزبور ارائه شده است. به‌منظور مذاقه در ادله ایشان و پیوند بحث با موضوع مقاله حاضر، در این بخش دلایل منتقدین و حامیان دکتترین شرط کیفری در دو بخش مجزا مورد بررسی قرار گرفته است.

۱.۱. ادله منتقدین شرط کیفری

منتقدین اعتبار شرط کیفری وجود آن را مانع نقض کارآمد قرارداد می‌دانند. درک استدلال ایشان، نیازمند تبیین مفهوم پیش‌گفته است. نقض کارآمد دربردارنده وضعیتی است که در آن عدم ایفای تعهد قراردادی برخلاف اجرای آن به نفع متعهد است. ضمن آنکه متعهدله نیز به‌دلیل دریافت خسارت به میزانی که زیان او را به‌طور کامل پوشش می‌دهد، متحمل ضرری نمی‌شود.^۲ چنین محاسبه‌ای براساس معیاری که کالدور-هیکس^۳ از کارایی ارائه داده است، صورت می‌پذیرد.^۴ مطابق معیار هیکس، چنانچه میزان بهره اشخاصی که از وضعیت جدید سود می‌برند به حدی باشد که بتواند زیان سایرین را در همین وضعیت جبران کند، کارایی تحقق یافته است. با لحاظ سنجه مزبور، چنانچه حرکت از وضعیت «الف» به «ب» موقعیت زیان‌دیده را به شکل قبل از ورود زیان بازگرداند «کارایی» تحقق یافته است. البته در سنجه هیکس، جبران زیان انتزاعی است، بنابراین لازم نیست منتفعان از تخصیص منابع، در عمل، ضرر زیان‌دیدگان را جبران کنند. بلکه چنانچه منفعتی که نصیب آنها شده، به قدری باشد که امکان جبران خسارت زیان‌دیدگان فراهم آید و همچنان وضعیت جدید برای ایشان سودمند باشد، «کارایی» محقق شده است.^۵ مثال پیش‌رو به‌منظور روشن شدن موضوع بیان می‌شود. A اتومبیل خود را در ازای مبلغ ۵۰۰ دلار به B فروخته، ولیکن پس از انعقاد قرارداد قیمت آن به ۷۰۰ دلار افزایش می‌یابد. متعاقب آن C به A برای خرید همان خودرو قیمت ۱۰۰۰ دلار را پیشنهاد می‌کند. مقتضای تئوری نقض کارآمد این است که A قرارداد خود با B را نقض کند، به وی ۲۰۰ دلار خسارت انتظاری^۶ را کارسازی کند و اتومبیل را به C

۱. پاسبان، محمدرضا، پرویز رحمتی و سارا غریبی، «تحلیل اقتصادی نهاد وجه التزام، با تأکید بر نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی»، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۱۴-۲۸؛ عابدی، محمد، «تحلیل اقتصادی و حقوقی اعتبار شرط کیفری (وجه التزام)»، دو فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۰، شماره ۴، ۱۳۹۲، صص ۵۷-۷۷.

۲. Halson, R. *Liquidated Damages and Penalty Clause*, Oxford: Oxford University Press, 2018, N. 4.38.

همچنین نک:

Hillman, R. A. *The richness of contract law: An analysis and critique of contemporary theories of contract law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, PP 218-220.

۳. Kaldor-Hicks

۴. انصاری، مهدی، «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۱، شماره ۱، ۱۳۹۰، صص ۳۹-۵۷، ص ۴۰.

۵. Altman, A. *Arguing about Law (an Introduction to Philosophy of Law)*, USA: Wadworth publication Company, 1996, P 155.

۶. Expectation Damages

خسارتی که به متعهدله برای از دست دادن آنچه به‌طور منطقی می‌توانست از معامله منعقد شده به دست آورد، داده می‌شود.

(Garner, B. A. *Black's Law Dictionary*, U.S.A: Thomas Reuters, 2009, P 446).

بفروشد. چراکه به این ترتیب B قادر است با خسارت دریافتی، خودروی دیگری خریداری کند و A نیز از فروش ماشین به سود خواهد برد.^۱ درحالی که اگر عدم ایفای تعهد قراردادی توأم با خسارت ۶۰۰ دلاری باشد، نقض قرارداد رجحانی به اجرای آن نخواهد داشت؛ زیرا نقض عهده مستلزم پرداخت ۶۰۰ دلار به B خواهد بود که آشکارا افزون بر خسارت انتظاری است.^۲ نتیجه آنکه فراتر بودن خسارت قراردادی نسبت به زیان واقعی به این دلیل که متعهد را به اجرای قرارداد اجبار می کند، منجر به ناکارآمدی می شود. درحالی که ممکن است هزینه ایفای تعهد قراردادی بیش از سودی باشد که در صورت اجرای قرارداد عاید متعهد می شود. بنابراین شروط کیفری مانع از نقض کارآمد قرارداد می شوند،^۳ در چنین فروشی حقوق و امتیازات ایجاد شده برای متعاملین، مذاکره مجدد را دشوار می کند و متعهد بر آن است که در هر صورت به ایفای تعهد قراردادی مبادرت کند؛ زیرا به پرداخت مبلغی قابل توجه به متعهدله در صورت عدم ایفای تعهد اشراف دارد. این درحالی است که منفعت نقض قرارداد بیش از اجرای آن است. به علاوه بیم الزام به پرداخت خسارت قراردادی سبب می شود متعهد برای اطمینان یافتن از ایفای عهده، مبالغی هنگفت که از حیث اقتصادی کارآمد نیست هزینه کند. در مقابل از آنجاکه نقض عهده برای متعهدله سودمند است، باعث می شود اقدامات احتیاطی کمی برای جلوگیری از نقض قرارداد انجام دهد. مواردی که در مجموع به کاهش سود احتمالی قرارداد منتهی می شود.^۴

مضاف بر این نقد، اندراج شرط در مواردی دلالت بر اشتباه متقابل یا رفتار غیرمنصفانه دارد. چنانچه متعاقدين زیان ناشی از نقض عهده را به صورت نادرست تخمین زنند، گزینه بر اشتباه متقابل بوده و محاسبه نادرست توسط یکی از ایشان و بهره برداری به وسیله طرف دیگر، حکایت از غیرمنصفانه بودن شرط دارد. آنچه مسلم است اینکه در هر دو فرض لازم الاجرا نبودن شرط کیفری موجه است.^۵ در حقوق ایران نمی توان معیار هیکس را به طور کامل مورد پذیرش قرار داد؛ زیرا طرح دعوای مطالبه وجه التزام مستلزم پرداخت هزینه دادرسی از سوی خواهان است، فرایند رسیدگی طولانی و فرجام آن نیز قابل پیش بینی دقیق نیست. بنابراین محتمل است که متعهد از شرط وجه التزام، بیم چندانی نداشته باشد و متعهدله نیز با اشراف به عدم امکان پیش بینی فرجام دعوا، برای اجرای تعهد مساعدت لازم با متعهد را به عمل آورد. دست کم می توان گفت ذی نفع تعهد به امید دریافت خسارت، مانع ایفای تعهدات متعهد نخواهد شد.

۱.۲. ادله حامیان شرط کیفری

علی رغم انتقادهای ذکر شده بسیاری از تحلیلگران اقتصادی با استناد به دلایل ذیل بر این عقیده اند که شرط کیفری باید لازم الاجرا باشد.

(۱) وجه التزام مندرج در قرارداد، نسبت به خسارت تعیین توسط دادگاه برتری دارد؛ زیرا منبعث از اراده متعاقدين است. سعی طرفین عقد بر آن است که مبلغ تعیین شده در قرارداد، منطبق با زیان واقعی زیان دیده باشد و هدف جبران کامل خسارت را برآورده کند. تصور عدم مطابقت شرط خسارت مقطوع با زیان واقعی در موارد متعدد صحیح نیست. متعاقدين بیش از سایرین نسبت به ارزش شخصی کالاها و تعهدات خود اشراف دارند، بنابراین میزان خسارت

¹. Nordin, E. "The Penalty Clause Bias", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 21, Issue 1, 2014, P 172.

². Ibid, PP 172-173.

³. Hatzis, A. "Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty Clause in Common Law and Civil Contract Law", *International Review of Law and Economics*, Volume 22, Issue 4, 2002, P 394.

⁴. Klass, G. "Contracting for Cooperation in Recovery", *Yale Law Journal*, Volume 117, Issue 1, 2007, P 55.

⁵. Miceli, T. J. *The Economic Approach to the Law*, California: Stanford University Press, 2004, P 150.

قراردادی بالحاظ همین معیار صورت می گیرد. به علاوه شرط دربردارنده خسارتی بیش از زیان واقعی می تواند به معنای در نظر گرفتن حق بیمه باشد.^۱ بنابراین در مواجهه با متعاملین ریسک گریز درج شرط کیفری منطقی خواهد بود. در فرضی که اجرای قرارداد ارزش شخصی قابل توجهی برای یکی از طرفین دارد و برای جبران خسارت ناشی از نقض عهد احتمالی، بهترین بیمه گر ممکن خود عهدشکن باشد، نیز همین امر مصادق خواهد داشت.^۲ به عنوان مثال، یکی از دانش آموختگان دانشگاه ویرجینیا با شرکت اتوبوسرانی قرارداد منعقد می کند تا راننده شرکت او و دوستانش را به محل برگزاری مسابقات بسکتبال، که تیم دانشگاه در آن بازی می کند، ببرد. در چنین قراردادی، ارزش شخصی رسیدن به مقصد در زمان مقرر، برای یکی از طرفین قرارداد، بسیار فراتر از ارزش متعارف آن است. بنابراین باید پذیرفت دادگاه نمی تواند به درستی ارزش شخصی اجرای قرارداد را برای او معین کند. در مثال پیش گفته، از آنجاکه اجرای قرارداد ارزش شخصی قابل توجهی برای ذی نفع دارد، حاضر می شود مبلغی افزون بر ارزش متعارف پرداخت کند. بدیهی است پرداخت مبلغ غیرمتعارف، مشروط بر این است که شرکت اتوبوسرانی درج مبلغی به عنوان شرط کیفری در قرارداد را پذیرفته و در صورت نقض عهد این مبلغ به متعهدله پرداخت گردد. بنابراین چنانچه ارزش متعارف خدمات دریافتی در فرض پیش گفته ۵۰۰ دلار باشد، ذی نفع حاضر است مبلغ ۶۰۰ دلار پرداخت نماید.^۳ تفاوت میان ارزش قرارداد و ارزش بازار (یعنی ۱۰۰ دلار) به مثابه حق بیمه است.^۴ در عقد بیمه، کارسازی حق بیمه از سوی بیمه گذار با هدف جبران خسارت احتمالی صورت می پذیرد. در این مثال نیز اجرای قرارداد برای دانش آموخته ارزش شخصی معتنا بهی دارد. به همین دلیل او حاضر است تفاوت قیمت پیش گفته را پرداخت نماید تا در صورت نقض عهد، شرکت اتوبوسرانی خسارت قراردادی مقرر را پرداخت کند. برای متعهدله غالباً شرط کیفری نسبت به بیمه نمودن قرارداد توسط شخص ثالث مرجح است. چرا که در هزینه های معامله صرفه جویی شده و قرارداد بیمه اغلب خسارات غیرمالی (مانند مثالی که ذکر شد) را به اندازه کافی پوشش نمی دهد. ضمن آنکه در فرضی که ارزش شخصی قرارداد بسیار فراتر از قیمت بازار باشد، حق بیمه قابل توجهی به آن تعلق خواهد گرفت.^۵

(۲) استدلال دیگر دادگاه ها برای امتناع از اجرای شرط کیفری این است که در صورت الزام متعهد به پرداخت مبلغ مقرر در شرط، بیش از زیان وارده به زیان دیده از او جبران خسارت می شود. حامیان شرط کیفری در رد استدلال مزبور چنین بیان می کنند که در صورت عدم اجرای شرط، عهدشکن است که چیزی بیش از آنچه باید به دست آورد، تحصیل کرده است؛ زیرا متعهدله با این انگیزه قیمتی فراتر از قیمت بازار به متعهد پرداخت کرده که در قرارداد شرط کیفری درج، و اجرای قرارداد بیمه شود.^۶ بنابراین با عدم اجرای شرط کیفری، متعهد درعین حال که حق بیمه، یعنی تفاوت قیمت بازار و قیمت قراردادی را اخذ نموده، تعهدی به پرداخت خسارت ندارد.^۷

(۳) دلیل دیگر معتقدین به اجرای شرط کیفری این است که متعهد با پذیرش درج شرط کیفری پایبندی خود به ایفای

^۱ Hatzis, Op. Cit., P 390.

^۲ Cooter, R. and Thomas Ulen. *Law and Economics*, New York: Addison-Wesley pub, Sixth Edition, 2012, P 322.

^۳ Goetz, Ch. And Robert E Scott. "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", *Columbia Law Review*, Volume 77, Issue 554, 1977, PP 578-579.

^۴ Cooter and Ulen, Op. Cit., P 322.

^۵ Hatzis, Op. Cit., P 390.

^۶ Ibid, P 390.

^۷ Ibid, P 391.

تعهد را به متعهدله نشان می‌دهد و سبب جلب اطمینان او می‌شود.^۱ توضیح اینکه هرچند متعهد نیز قادر نیست به‌طور قطع از اجرای تعهدات قراردادی خود مطمئن باشد، اصولاً نسبت به میزان توانمندی خود نسبت به ایفای تعهدات قراردادی اشراف دارد. به همین دلیل قادر است احتمال نقض قرارداد را تخمین زند. درحالی‌که متعهدله از میزان توانایی او آگاه نیست و برآوردی در این خصوص ندارد. به همین دلیل اشخاصی که به‌احتمال فراوان قادر به اجرای تعهدات خود باشند، با درج شرط کیفری در قرارداد موافقت می‌کنند. بنابراین چنانچه متعهدله درخصوص اینکه کدام یک از ارائه‌دهندگان کالا یا خدمات بیش از دیگران به تعهدات خود پایبند است مردد باشد، پذیرش درج شرط کیفری در قرارداد کم‌هزینه‌ترین راه برای این تمایز خواهد بود.^۲ برای مثال در قرارداد احداث بنا، اصولاً سازنده از توانایی خود برای ایفای تعهد و تکمیل پروژه در تاریخ مقرر اطمینان دارد. در مقابل ممکن است کارفرما در توانایی او برای رعایت ضرب‌الاجل تردید داشته باشد. در چنین فرضی پذیرش وجه التزام گراف یا همان شرط کیفری، قرینه بر آن است که سازنده تردیدی درمورد اتمام بهنگام پروژه ندارد. بدین ترتیب شرط مذکور می‌تواند ارزان‌ترین راه برای سازنده جهت انتقال اعتبار به کارفرما باشد.^۳ نتیجه آنکه شروط کیفری با نشان دادن قصد جدی طرفین درخصوص پایبندی به مفاد قرارداد، امکان انعقاد قراردادهای کارآمد را افزایش می‌دهد.

۴) عدم اجرای شرط کیفری توسط دادگاه، به‌جای آنکه متعاملین را از اندراج شرط منصرف کند، سبب می‌شود متعاملین در قرارداد به‌جای واژه «جریمه»، لفظ «پاداش» را مورد استعمال قرار دهند. به‌عنوان نمونه بیعی منعقد شده که به‌موجب آن فروشنده متعهد است در ازای مبلغ ۹۰ دلار کالایی را در عرض یک ماه به خریدار تحویل دهد. خریدار برای این کالا ۱۰۰ دلار ارزش قائل است. فروشنده به‌موجب قرارداد متعهد می‌شود در صورت نقض عهد جریمه‌ای معادل ۲۵ دلار پرداخت کند. بنابراین در صورت اجرای قرارداد سود خالص خریدار ۱۰ دلار (۹۰-۱۰۰) و سهم فروشنده ۹۰ دلار خواهد بود؛ در فرض نقض عهد فروشنده، خریدار سودی معادل ۳۵ دلار (۹۰-۱۲۵) به‌دست می‌آورد؛ درحالی‌که فروشنده معادل ۳۵ دلار جریمه می‌شود. دادگاه‌های کامن‌لا این جریمه را احتمالاً شرط کیفری به‌شمار می‌آورد و از اجرای آن امتناع می‌کنند.^۴ ازاین‌رو متعاملین برای نیل به مقصود خود درخصوص محاسبه خسارت ناشی از نقض عهد و اطمینان از اجرای شرط توسط دادگاه، عبارت «جریمه» را با «پاداش» جایگزین می‌کند و در قرارداد تصریح می‌شود خریدار هنگام انعقاد قرارداد به فروشنده ۶۵ دلار پرداخت کند و در صورت ایفای تعهد در زمان مقرر ۲۵ دلار نیز به‌عنوان پاداش در وجه وی

^۱ Butler, Henry N. Christopher Drahozal and Joanna Shepherd. *Economic Analysis of Law for Lawyers*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2014, P 248; Miceli, T. J. *Economics of the law: Torts, contracts, property, litigation*, Oxford: Oxford University Press, 1997, P 87; Harrison, J. L. *Law and Economics in a Nutshell* (Nutshell Series), Kindle Edition, 2011, PP 151-153.

^۲ Rea, S. "Efficiency implications of penalties and liquidated damages", *Journal of Legal Studies*, Volume 13, Issue 1, 1984, P 156.

^۳ Veljanovski, C. *Economic Principles of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, P 165.

رگه‌هایی از این دیدگاه را در رویه قضایی ایران نیز می‌توان ملاحظه کرد. برای مثال شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی ارومیه به شرح دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۴۴۱۰۹۰۰۴۴۳ و با این استدلال که موارد بطلان شرط در قانون حصری است و خواهان بدون اکراه و اجبار و به منظور جلب اعتماد طرف مقابل و دادن اطمینان خاطر جهت ایفای تعهد خود در موعد مقرر درج وجه التزام به مبلغ سه برابر ثمن را پذیرفته، دعوای خواهان مبنی بر ابطال شرط را وارد ندانسته و حکم به بی‌حقی او صادر کرده است. لازم به ذکر است که شعبه سوم دیوان عالی کشور به شرح دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵ و با این استدلال که چنین شرطی غرری به شمار می‌آید دادنامه معترض‌عنه را نقض کرده است (به نقل از باستانی‌نامقی، رضا، جواد پیری و امیرصادق رحمانی، *شرط وجه التزام نامناسب در پرتو رویه قضایی*، ناظر علمی: عبدالصالح شاهنوش فروشانی، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، بی‌تا، ص ۱۷).

^۴ Cooter and Ulen, Op. Cit., P 322.

کارسازی شود. بنابراین سود خریدار از اجرای قرارداد ۱۰ دلار (۲۵-۶۵) و سهم فروشنده ۹۰ دلار (۲۵+۶۵) خواهد بود. فروشنده در صورتی که تعهد خود را ایفا نکنند، باید به خریدار خسارت واقعی وارده یعنی ۱۰۰ دلار را پرداخت کند و در نتیجه خریدار سود خالصی معادل ۳۵ دلار (۶۵-۱۰۰) به دست می آورد. فروشنده نیز متحمل ضرر معادل ۳۵ دلار (۶۵-۱۰۰) می شود. چنان که ملاحظه می شود نتیجه قرارداد اخیر مشابه قرارداد حاوی شرط کیفری است. به این ترتیب می توان گفت عدم اجرای شرط کیفری موجب می شود متعاملین در قرارداد به جای واژه «جریمه» از لفظ «پاداش» استفاده کنند.^۱ البته دادگاه در فرایند رسیدگی به اختلاف و تفسیر مفاد قرارداد، مقید به مفهوم تحت‌اللفظی واژگان قراردادی نیست و در صورتی که اثبات شود استعمال لفظ پاداش در راستای جریمه متعهد در فرض نقض عهد صورت گرفته، اعمال مقررات حاکم بر شروط کیفری با مانعی مواجه نیست.

۲. تحلیل دکترین شرط کیفری در پیوند با نقض کارآمد قرارداد

انتقاد اصلی بر دکترین شرط کیفری جلوگیری آن از نقض کارآمد است. خسارت قراردادی فراتر از زیان واقعی ناکارآمد است؛ زیرا متعهد را، حتی در فرضی که هزینه ایفای تعهد از سود خالص دریافتی طرفین قرارداد بیشتر باشد، به انجام آن مجبور می کند. بنابراین در فرضی که نقض کارآمد ممکن است و خسارت انتظاری برای جبران زیان‌های ناشی از نقض کافی باشد، شرط کیفری یا خسارت قراردادی به عنوان عاملی جهت تهدید متعهد عمل می کند و مانع نقض قرارداد می شود. چراکه دربردارنده مبلغی بسیار بیشتر از مبلغ مورد نیاز برای جبران زیان است. در این حالت، شرط، متعهد را به ایفای تعهد قراردادی، درحالی که اجرای قرارداد ناکارآمد است، مجبور می کند.^۲ این استدلال از این حیث که بین انواع مختلف خسارت قراردادی تفاوت قائل نمی شود، محل انتقاد است:

۲.۱. اثر نوع قرارداد در پیوند با شرط کیفری و نظریه نقض کارآمد

(۱) برخی قراردادها بدون رضایت متعهد و بدون توجه به خسارت واقعی، حاوی خسارت قابل توجهی در قالب شرط است. مبلغ مزبور حاصل چانه زنی و مذاکره طرفین نبوده، بلکه بدون اطلاع یا رضایت متعهد در قرارداد درج شده است. نمونه چنین شروطی را در قراردادهای الحاقی می توان یافت. در مواردی از این دست، قیمت قرارداد منعکس کننده شرط کیفری نیست و درخصوص شرط خسارت هیچ توافق واقعی بین طرفین وجود ندارد. بلکه درج شرط مزبور ناشی از انحصار یا مواردی از این دست است. در این موارد شرط کیفری ناکارآمد محسوب می شود؛ زیرا ممکن است مورد سوءاستفاده متعهدله قرار گیرد و از نقض کارآمد قرارداد جلوگیری کند.^۳ حقوق دانان که دکترین شرط کیفری را در تعارض با اصل آزادی قراردادی نمی دانند،^۴ به این دسته از شروط نظر دارند. در حقیقت درج شرط کیفری در توافقات موصوف، ناشی از عدم برابری قدرت چانه زنی طرفین در این قبیل قراردادها، مانند قراردادهای مصرف کننده، است.^۵ در مقابل باید گفت همه شروط کیفری مندرج در قراردادهای مصرف کننده با هدف سوءاستفاده درج نمی شود.^۶ در قراردادی تجاری که

^۱. Ibid, P 323.

^۲. Hatzis, Op. Cit., PP 392-393.

^۳. Ibid, P 393.

^۴. Atiyah, P. S. *Freedom of Contract and the New Right, (Essay on Contract)*, Oxford: Clarendon Press, 1990, P 369.

^۵. Hatzis, Op. Cit., P 393.

^۶. Ibid, P 394.

طرفین آن از قدرت چانه‌زنی برابر برخوردارند و نسبت به میزان ریسک قراردادی اشراف دارند، هرگونه مذاکره در خصوص تخصیص ریسک، خواه در قالب شرط خسارت مقطوع یا سایر طرق جبرانی خسارت، باید الزام‌آور تلقی شود.^۱

به همین دلیل بنا به اعتقاد پاره‌ای از نویسندگان، دادگاه در ارزیابی قابلیت اجرای شرط خسارت قراردادی نباید به بررسی سازگاری شرط با قواعد سنتی حاکم بر خسارت‌ها بپردازد؛ ضمن آنکه این امر که آیا تخمین خسارت ممکن بوده است یا نه، نباید مورد توجه قرار گیرد؛ بلکه دادگاه باید در این خصوص که آیا شرط آگاهانه و منصفانه مورد مذاکره قرار گرفته یا نه، تحقیق کند. تردیدی نیست که معیارهای ارائه شده برای تمییز شرط خسارت مقطوع از شرط کیفری می‌تواند شاهد مفیدی برای تشخیص منصفانه بودن مذاکرات باشد. به این ترتیب، شرط خسارت قراردادی، صرفاً در فرضی که ثابت شود مذاکرات متعاملین غیرمنصفانه بوده، باید مردود اعلام شود.^۲ حتی در این موارد و زمانی که شرط کیفری غیرمنصفانه به نظر می‌رسد، ممکن است نقش اقتصادی خاصی، مانند حق وثیقه،^۳ داشته باشد.^۴ و بنابراین شرط کیفری را در این موارد نباید یک‌سره نادیده گرفت، بلکه دادگاه صرفاً در صورتی که شرط کیفری نقش اقتصادی خاصی در قرارداد نداشته و علاوه بر آن غیرمنصفانه باشد، باید از اجرای آن صرف‌نظر کند. در غیر این صورت باید به خواست و اراده طرفین احترام نهد و شرط را اجرا کند.

(۲) نوع دوم قراردادها در یک بازار رقابتی انعقاد یافته یا متعاملین به اندازه کافی در زمینه آن اطلاعات داشته و خبره محسوب شوند. در این دسته از قراردادهای تجاری، شرط کیفری آزادانه توسط طرفین پذیرفته می‌شود. در این حالت شرط حاوی خسارت قراردادی، حاصل چانه‌زنی برابر طرفین است و عدم اجرای آن توسط دادگاه ناکارآمد است. زیرا متعاقدين را از مزایای شرط مندرج در قرارداد محروم می‌کند و در عوض نقض کارآمد قرارداد را پیشنهاد می‌دهد.^۵

بنابراین زمانی که شرط کیفری نقش اقتصادی مهمی از قبیل انتقال اطلاعات، حفاظت از ارزش‌های شخصی طرفین و... ایفا می‌کند و خسارت قراردادی تمام زیان‌های واقعی را پوشش می‌دهد، اساساً استناد به نظریه نقض کارآمد اهمیتی نداشته و تشبث به آن محلی از اعراب ندارد.^۶

(۳) دسته سوم شروط کیفری شروطی‌اند که در زمان انعقاد قرارداد معقول به نظر می‌رسیده، ولیکن متعاقباً مشخص می‌شود مبلغ آن قابل توجه و بیش از حد است. این شروط به طور معمول برای تأمین غرضی متعده‌لهی که نمی‌خواهد ریسک کند یا به منظور انتقال اطلاعات در قرارداد درج می‌شود.^۷ ممکن است لازم‌الاجرا بودن این قبیل شروط به این دلیل که معلوم شده خسارت مندرج در آن بیش از زیان واقعی بوده، به لحاظ اخلاقی مناسب نباشد؛ زیرا خسارت مورد انتظار طرفین صرفاً در زمان انعقاد قرارداد معقول به نظر می‌رسیده است و به همین دلیل احتمال دارد انگیزه‌هایی برای رفتار ناکارآمد فراهم شود. این وضعیت، به‌ویژه زمانی که سود حاصل از قرارداد نسبت به مبلغ مندرج در شرط کاهش

^۱ Birmingham, R. L. "Breach of Contract, Damage, Measures and Economic Efficiency", *Rutgers Law Review*, Volume 24, Issue 273, 1970, P 273.

^۲ Barton, J. H. "The economic basis of damages for breach of contract", *Journal of Legal Studies*, Volume 1, Issue 2, 1972, PP 286-287.

^۳ Security Interest

^۴ Hatzis, Op. Cit., P 394 .

^۵ Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

^۶ Hatzis, Op. Cit., P 394.

^۷ در همین خصوص نک:

Farber, D. L. "Contract Law and Modern Economic Theory", *Northwestern University Law Review* , Issue 78, 1983, PP 303-339.

^۸ Hatzis, Op. Cit., P 394.

می‌یابد، بسیار متداول است. در چنین مواردی، متعهدله نقض قرارداد را بر اجرای آن ترجیح می‌دهد؛ زیرا مبلغی که متعهد در صورت نقض قرارداد باید پرداخت کند، بیش از سودی است که متعهدله از اجرای قرارداد می‌تواند به‌دست آورد. به‌این ترتیب ذی‌نفع با عدم همکاری یا اخلال در ایفای تعهد، تا جایی که دادگاه متوجه رفتار او نشود، سعی در ترغیب متعهد برای نقض قرارداد خواهد کرد. از دیگر سو، هنگامی که متعهد به سوءاستفاده متعهدله پی ببرد، در فراهم کردن شواهدی برای اثبات عملکرد سوء متعهدله خواهد کوشید. مجموع این عوامل به از بین رفتن منابع منتهی شده و بنابراین ناکارآمد است.^۱ بنابراین زمانی که احدی از متعاملین از اجرای شرط کیفری بیش از اجرای قرارداد سود برده و می‌تواند به‌نحو عمل کند که به نقض قرارداد توسط متعهد منتهی شود، شرط مزبور باید غیرقابل اجرا باشد.^۲ این دسته از نویسندگان در جهت اثبات ادعای خود به دعوای «بلندفورد علیه اندرو»^۳ و «آیرون ترید پروداکت علیه ویلکف»^۴ استناد می‌کنند. از آنجاکه در این دو پرونده متعهدله با دریافت مبلغ شرط کیفری بیش از اجرای قرارداد منتفع می‌شد، در راستای اخلال در ایفای تعهد خوانده و نقض تعهد گام برداشته است.

البته به اعتقاد برخی نویسندگان در این فرض نیز معتبر شمردن شرط کیفری مطلوب است.^۵ در حقیقت اگر بیم آن رود که متعهدله در این موارد موجب نقض قرارداد شود، این موضوع در قیمت قرارداد یا سایر شرایط آنکه توسط طرفین مورد مذاکره قرار گرفته، منعکس می‌شود. شرط کیفری در این حالت نشان‌دهنده این واقعیت است که منفعت حاصل از شرط برای متعهدله بیش از هزینه‌ای است که برای متعهد به‌همراه دارد. ضمناً برای جلوگیری از رفتار فرصت‌طلبانه متعهدله می‌توان در قرارداد شرط کرد در صورت انجام چنین رفتاری توسط وی، شرط کیفری قابل اجرا نیست.^۶

۲.۲. نقد و بررسی تئوری نقض کارآمد

به‌طور کلی نظریه نقض کارآمد از جهات مختلف مورد انتقاد واقع شده است؛^۷ چنان‌که یکی از نویسندگان بیان کرده است: «در دنیای واقعی «نقض» بار معنایی مطلوبی ندارد. تقریباً هیچ‌کس به نقض قرارداد اعتراف نمی‌کند و متهم نمودن شخصی به نقض قرارداد شروع یک دعواست. در دنیای واقعی تجارت، فرصت‌های کسب سود از طریق نقض کارآمد آن‌قدر نادرند که تقریباً وجود ندارند».^۸ مضاف بر آن در نقد نظریه مزبور گفته شده خسارت مقرر در حکم دادگاه تمام زیان‌های وارده به متعهدله را جبران نمی‌کند. در حقیقت مسائلی از قبیل عدم جبران خسارات غیرمستقیم و بلاجبران ماندن خسارات غیرمادی مانع از آن است که با حکم دادگاه، خسارات متعهدله به‌صورت کامل جبران شود. بنابراین می‌توان گفت در چنین فروضی اجرای قرارداد بیش از نقض آن برای متعهدله مفید فایده است و نمی‌توان گفت نقض قرارداد

^۱ به‌طور کلی «کارایی» به این معناست که منابع، کالاها و خدمات به نحوی تخصیص یابد که بیشترین بازده به دست آید (Veljanovski, Op., Cit., P 32)؛ بنابراین از آنجاکه در این حالت تخصیص منابع به‌نحو مطلوب صورت نمی‌گیرد، کارایی محقق نمی‌شود.

^۲ Clarkson, K. Miller, Roger Leroy Miller and Timothy J. Moris. "Liquidated damages vs. penalties: Sense or nonsense?, In: Goldberg, Victor P. *Readings in the Economics of Contract Law*, 1982, PP 366-378.

^۳ Blandford v Andrews (1599) 78 Eng Rep 930.

^۴ Iron Trade Products Co v Wilkoff Co 116 A 150 (1922).

^۵ Miceli, Op. Cit., P 87.

^۶ Hatzis, Op. Cit., p.395.

^۷ در همین خصوص، نک:

Macneil, I. R. "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", *Virginia Law Review*, Volume 68, Issue 5, 1982, P 963; Friedman, D. "The Efficient Breach Fallacy", *The Journal of Legal Studies*, Volume 18, Issue 1, 1989, PP 1-2.

^۸ Macneil, I. R. "Contract Remedies: A Need for a Better Efficiency Analysis", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Volume 144, Issue 1, 1988, P 21.

برای هر دو طرف کارآمد است. ایراد دیگر نظریه نقض کارآمد این است که طرفداران آن غالباً هزینه مذاکره مجدد را که پس از نقض بر طرفین بار می‌شود، لحاظ نمی‌کنند.^۱ علی‌رغم انتقادات وارد به نظریه نقض کارآمد، از نظر نگارندگان، تئوری مزبور در فروضی که کارآمد بودن نقض محل تردید نیست، به عدالت اقتصادی نزدیک‌تر است؛ زیرا در مجموع سبب می‌شود قراردادی به‌شدت نامتوازن و ناعادلانه به هر قیمت ممکن و تحت هر شرایط توسط متعهد اجرا نشود؛ زیرا نظریه پیش‌گفته این مجوز را به متعهد اعطا می‌کند تا در فرضی که قرارداد به نفع هیچ‌یک از متعاقدين نباشد، بتواند از اجرای آن امتناع کند و درعین حال زبان‌های متعهدله نیز جبران شود. نکته دیگر آنکه در دعاوی متعدد مربوط به حوزه مسئولیت مدنی قراردادی، تمام خسارات زیان‌دیده جبران نمی‌شود؛ اما چالش مزبور نشئت گرفته از طرق ارزیابی زیان است و نقص ماهوی به نظریه نقض کارآمد به حساب نمی‌آید. به عبارت دیگر این موضوع امری فنی و مرتبط با نحوه تقویم و ارزیابی خسارات است که باید در موضع خود مورد بحث و بررسی قرار گیرد و نمی‌تواند اصل نظریه را مخدوش و بی‌اعتبار کند.

۳. جمع‌بندی؛ تقسیم شروط کیفری به شروط کارآمد و ناکارآمد

به اعتقاد گروهی، لازم‌الاتباع بودن شرط خسارت قراردادی متعاقدين را مکلف می‌کند برای انعقاد قرارداد در هر نوبت، موضوع خسارت قراردادی را مورد بحث قرار دهند و این امر یکی از ایرادات وارد به نظریه لازم‌الاجرا بودن خسارات قراردادی است؛ چراکه مستلزم افزایش هزینه معاملات است. درحالی‌که تحمیل هزینه در سایر طرق جبران خسارت صرفاً در فرض نقض قرارداد ایجاد خواهد شد.^۲ استدلال مزبور مخدوش است؛ زیرا این گزاره که در صورت اجرای شرط خسارت قراردادی، متعاملین در هر نوبت انعقاد قرارداد ملزم به مذاکره باشند، منطقی نیست. در حقیقت درج شرط خسارت قراردادی الزامی نیست و در اکثر اوقات، به‌ویژه در بازارهای رقابتی، که خسارت انتظاری، زیان‌های طرفین را به قدر کافی پوشش می‌دهد، صرف زمان و پول برای مذاکره درخصوص شرط خسارت قراردادی ناکارآمد خواهد بود.^۳ در صورتی‌که متعهدله ریسک‌گریز باشد، ممکن است از متعهد درخواست کند در قرارداد شرط خسارت مقطوع یا شرط کیفری درج شود. با وجود این، مذاکره با متعهدله درخصوص چنین شروطی فقط در فرضی محقق می‌شود که افزایش قیمت قرارداد با افزایش ارزش قرارداد برای او، که به عواملی مانند احتمال نقض قرارداد بستگی دارد، پوشش داده شود.^۴ ضمناً هزینه گفت‌وگو درخصوص خسارات قراردادی از هزینه تعیین خسارت توسط دادگاه کمتر است.^۵ نکته پایانی آنکه گفته شده دکترین شرط کیفری از این لحاظ که می‌تواند به افزایش هزینه‌های طرح دعاوی ابطال شرط، منتهی شود، محل انتقاد است.^۶ اما حقیقت آن است که افزایش مبلغ شرط با احتمال نقض قرارداد هم‌بستگی معکوس دارد و از آنجاکه درج مبلغ قابل توجه در شرط سبب می‌شود نقض قرارداد صورت نگیرد و پرداخت مبلغ شرط از متعهد درخواست نشود، دلیلی برای طرح این دعوا وجود ندارد.^۷

^۱ Halson, Op. Cit., N. 4.40.

^۲ Polinsky, M. "Risk Sharing through Breach of Contract Remedies", *Journal of Legal Study*, Volume 12, Issue 2, 1983, PP 444.

^۳ Hatzis, Op. Cit., P 396.

^۴ Ibid, P 396.

^۵ Friedman, D. *Law's Order, What Economic Has to do with Law and Why Is Matter*, New Jersey: Princeton University Press, 2000, P 151.

^۶ Rubin, P. "Growing a legal system in the post-communist economies", *Cornell International Law Journal*, Volume 27, Issue 1, 1994, P 1-47.

^۷ Hatzis, Op. Cit., P 396.

برای جمع‌بندی می‌توان گفت استدلال هیچ‌یک از دو گروه را نمی‌توان به‌طور کامل نادیده انگاشت. علت این امر را باید در این نکته که شروط کیفری به دو دسته کارآمد و ناکارآمد قابل تقسیم است، جست‌وجو کرد. شروط کیفری کارآمد هدف اقتصادی دارد؛ بیمه ارزان‌تری ارائه می‌دهد؛ از هزینه‌های معاملاتی می‌کاهد؛ تقسیم خطر را تسهیل می‌کند؛ نقض کارآمد را ساده می‌کند؛ از عهدشکنی‌های ناکارآمد جلوگیری و ارزش‌های شخصی طرفین را جبران می‌کند. در مقابل شروط کیفری ناکارآمد خطرهای احتمالی به‌همراه دارد و مجازاتی ناعادلانه محسوب می‌شود. دادگاه‌های کامن‌لا بین این دو دسته از شروط تفاوت قائل نیستند و به‌طور مطلق از اجرای شروط کیفری خودداری می‌کنند. این امر حاوی تناقض است؛ چراکه متعاقدين اگر چه می‌توانند تقریباً درخصوص تمام قواعد حقوقی پیش‌فرض گفت‌وگو و قرارداد را متناسب با نیازهای خود طراحی کنند، اما حتی افراد خبره و ماهر امکان تعیین خسارت دلخواه خود را ندارند. زیرا با تلقی خسارت به‌عنوان شرط کیفری، دادگاه از اجرای آن امتناع می‌کند. این نحوه مواجهه دادگاه‌ها با شرط کیفری برای متعاقدين هزینه به‌همراه دارد. در حقیقت عدم اجرای شروط کیفری، که به‌عنوان «وثیقه حسن انجام کار» عمل می‌کند، شرکت‌های جدید کارآمدی را که باوجود ارائه «وثیقه حسن انجام کار» بالاتر قادر به رقابت با شرکت‌های ناکارآمد نیستند، تضعیف می‌کند. به‌علاوه عدم اجرای شرط کیفری نه‌تنها به زیان متعاملین خبره است، بلکه از طرف‌های قراردادی ضعیف‌تر نیز حمایت نمی‌کند؛ چراکه می‌توان آن را در قالب پاداش در قرارداد درج کرد و به‌این ترتیب امکان‌رهایی از دکتترین شرط کیفری فراهم می‌شود. چنانچه طرف قوی‌تر بتواند با طراحی هوشمندانه از این قید رهایی یابد، چه فایده‌ای بر این قواعد مترتب است؟ طرف قراردادی ضعیف‌تر به‌طور معمول از اینکه شروط کیفری اجرا نمی‌شود، اطلاعی ندارد و حتی در فرض آگاهی، نمی‌تواند شروط کیفری پنهان را تشخیص دهد.^۱ به‌این ترتیب هیچ دلیلی که بر مبنای آن دادگاه‌های کامن‌لا به این شدت از اجرای شروط کیفری امتناع کنند وجود ندارد. شروط کیفری باید لازم‌الاجرا باشد و صرفاً باید از اجرای آن دسته از شروطی که هم غیرمنصفانه بوده و هم نقش اقتصادی خاصی در قرارداد ایفا نمی‌کند ممانعت شود.^۲

۴. نقد ماده ۲۳۰ قانون مدنی

برخلاف نظام حقوقی کشور انگلستان در نظام حقوقی کشورمان میان شروط کیفری و خسارت مقطوع قراردادی، تفکیک به عمل نیامده است. نص قانونی ناظر به موضوع، ماده ۲۳۰ قانون مدنی است که مطابق آن متعاقدين می‌توانند نسبت به تعیین خسارت قراردادی اقدام کنند. به عقیده بعضی از اساتید، شرط مزبور در هر حال، ولو آنکه گزاف باشد، صحیح و معتبر است.^۳ قسمت پایانی این ماده که اشعار می‌دارد: «... حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم نماید» مؤید چنین رویکردی است. در مقابل برخی بر این عقیده‌اند که شرط وجه التزام در صورتی که گزاف باشد لازم‌الاجرا نیست. در نظام حقوقی کشورمان بحث نقض کارآمد و آثار اقتصادی مرتبط با آن مورد عنایت قرار نگرفته است و علاوه بر آن حقوق‌دانان که وجه التزام گزاف را لازم‌الاجرا نمی‌دانند نیز درخصوص ضمانت اجرای درج چنین شروطی اتفاق نظر ندارند. گروهی بر این عقیده‌اند که محکمه باید شرط وجه التزام را تعدیل

^۱. Ibid, PP 397-398.

^۲. Ibid, PP 398-99.

^۳. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۱، الحاقات، تجدیدنظر و تطبیق با قوانین جدید: فاطمه زارعی، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶، ص ۲۵۰.

کند؛^۱ درحالی که به عقیده برخی دیگر، شرط در این حالت باطل است.^۲ مطابق مطالب پیش گفته، از حیث اقتصادی مزایای غیرقابل انکاری بر شرط وجه التزام مترتب است و بی اعتباری آن به صرف اینکه مرجع قضایی چنین استنباط کند که مبلغ مندرج در شرط گزاف است، قابل پذیرش نیست. نتیجه آنکه شرط مزبور جز در مواردی که غیرمنصفانه بوده و مضاف بر آن نقش اقتصادی خاصی در قرارداد ندارد، اصولاً لازم الاتباع است. درمورد نقش اقتصادی شرط در قرارداد، می توان معیارهای ارائه شده در حقوق کشور انگلستان را مدنظر قرار داد. علاوه بر آن، به عقیده نگارندگان، این شرط حتی در جایی که گزاف است نباید به طور کامل از قرارداد حذف شود، بلکه صرفاً وجه گزاف بودن آن باید از قرارداد زدوده شود؛ به این معنا که دادگاه در صورتی که وجه التزام را گزاف یافت، باید آن را تا میزان ضرر واقعی متعهدله کاهش دهد؛^۳ البته با لحاظ این قید که خسارات واقعی تمام زیان های وارده به متعهدله، از قبیل خسارات غیرمستقیم یا زیان های غیرپولی را که ممکن است از منظر قانون جزء خسارات قابل وصول محسوب نشود، دربرمی گیرد.^۴

به این ترتیب، می توان گفت هرچند مقرر قانونی موصوف از این حیث که اجرای شرط وجه التزام گزاف را یک سره منع نمی کند، شایسته تقدیر است؛ اما از آنجاکه (دست کم در ظاهر امر) شرط وجه التزام گزاف را حتی در فرضی که غیرمنصفانه بوده و نقش اقتصادی خاصی ندارد، لازم الاجرا می داند، محل انتقاد است. در حقیقت با اعتباربخشی به وجه التزام گزاف در تمام حالات، نه فقط نقض کارآمد محقق نخواهد شد، بلکه قرارداد به جای تنظیم گری روابط متعاقدين، زمینه اجحاف به یکی از اطراف عقد را فراهم خواهد کرد. به دیگر بیان، ماده ۲۳۰ قانون مدنی در جایی که متعاملین از قدرت چانه زنی برابری برخوردارند و به خوبی از اثر شرط خسارت قراردادی آگاهی دارند مفید است؛ زیرا به ایشان اجازه می دهد با تراضی نسبت به مبلغ خسارت احتمالی ناشی از نقض عهد، کالا و خدمات خود را ارزش گذاری و به تعبیر تحلیل گران اقتصادی اجرای قرارداد را بیمه کنند. باوجود این، هنگامی که توازن در قدرت چانه زنی طرفین وجود نداشته و شرط، مورد مذاکره قرار نگرفته باشد، مانند قراردادهای الحاقی، مفاد شرط از حیث تحلیل اقتصادی ناکارآمد و غیرمفید است؛ زیرا متعهد

۱. محقق داماد، سید مصطفی و خشایار اسفندیاری فر، «عدالت قضایی و نقش آن در مطالبه خسارت قراردادی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸، ۱۳۹۸، صص ۴۵-۴۶. مقصودی پاشاکی، رضا، «مطالعه تطبیقی وجه التزام»، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸، صص ۳۵۴-۳۶۵.

۲. حاتمی، علی اصغر و عبدالرضا صادقی، «شرط وجه التزام غیر عادلانه»، *دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۱، ص ۶۲. عابدیان، میرحسین، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها؛ لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران»، *دوفصلنامه آموزه های حقوق کیفری*، دوره ۲، شماره ۱۹، ۱۳۸۵، ص ۳۲.

۳. Obeidat, Yusuf Mohammad Gassim, "The Penalty Clause in English Law: A Critical Analysis and Comparison with Jordanian Law", PhD Thesis, *University of Leeds School of Law Centre for the Study of Business Law and Practice*, 2004, P 30.

۴. در بعضی از آرای صادره صرفاً به بطلان وجه التزام گزاف اشاره شده است؛ ازجمله دادنامه شماره ۱۳۶۱ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۲۲ صادره از شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (به نقل از: موسوی، سید عباس، *رویه قضایی: تبلور اصول حقوقی در آرای محاکم عالی*، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۳۶۱)، بی آنکه به اثر بطلان این شرط اشاره شده باشد؛ در بعضی از آرای صادره نیز دادگاه شرط را به طور کامل از قرارداد حذف کرده و متعهدله را وفق قواعد عمومی مسئولیت مدنی مستحق مطالبه خسارت دانسته است (دادنامه شماره ۹۲۰۸۱۵۵۷۹۰۰۰۱۳۹۰۰۹۱۴۰۰ صادره از شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی پرند)؛ بعضی از محاکم نیز که به تعدیل وجه التزام گزاف نظر دارند، در مقام کاهش وجه التزام گزاف به اینکه شرط باید تا میزان زیان واقعی وارد آمده به متعهدله کاهش یابد توجه نداشته اند (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۸۸۵۳۰۰۵۳ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی اسلام شهر؛ دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۸۸۵۳۰۰۵۳ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۸۸۵۳۰۰۵۳ صادره از شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۸۸۵۳۰۰۵۳ صادره از شعبه ۳۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران). به نقل از: باستانی نامقی، پیری و رحمانی، پیشین، صص ۴۵-۳۹.

باید در صورت ناتوانی از اجرای مفاد عقد مبلغ مقرر را هر چند به مشقت و سختی دچار شود، پرداخت کند. بنابراین ماده ۲۳۰ قانون مدنی به جهت به رسمیت شناختن شرط وجه التزامی، که هم غیرمنصفانه است و هم در قرارداد نقش اقتصادی خاصی ندارد، محل انتقاد است و از این رو اصلاح آن پیشنهاد می‌شود. در واقع قدرت اراده متعاقدين تا جایی نفوذ خواهد داشت که منجر به انعکاس شرطی غیرمنصفانه و بدون کارکرد و نقش اقتصادی در قرارداد نشود. با این معیار چنانچه متعهد ثابت کند مفاد شرط نه تنها غیرمنصفانه است، بلکه نقش اقتصادی خاصی در قرارداد ندارد، خسارت قابل مطالبه از سوی ذی‌نفع تا میزان ضرر واقعی وی کاهش خواهد یافت.

نتیجه‌گیری

درج شرط وجه التزام قراردادی مزایای غیرقابل انکاری دارد. از جمله اینکه در پرتو چنین شرطی می‌توان خسارات غیرپولی را، که ممکن است با اعمال سنجه ارزیابی قانونی قابل مطالبه نباشد، جبران کرد. علاوه بر آن می‌توان در تعیین مبلغ شرط، خسارات غیرمستقیم را، که علی‌الاصول از حیث قانونی قابلیت مطالبه ندارد، لحاظ کرد. در عین حال شرط مزبور می‌تواند عاملی برای جلب اعتماد متعاملین باشد. به همین جهت باید بر این عقیده بود که وجه التزام ولو آنکه گزاف باشد برای دادگاه لازم‌الاتباع است. باین حال در موارد استثنایی که اثبات شود مبلغ مقرر، غیرمنصفانه بوده و رقم آن بدون وجود نقش اقتصادی خاص در قرارداد تعیین شده است، باید از اجرای آن جلوگیری کرد. در حالت اخیر نیز باید مبلغ شرط را تا میزان ضرر واقعی ذی‌نفع کاهش داد. البته در تعیین زیان واقعی ذی‌نفع باید خسارات غیرمستقیم وی را لحاظ کرد و از حیث اثباتی نیز بار اثبات رابطه سببیت را از عهده وی برداشت. به این ترتیب، متعهدله از مزایای درج شرط، از قبیل عدم نیاز به اثبات رابطه سببیت و پوشش خسارات غیرمستقیم، بهره‌مند شده، ضمن آنکه به علت زدوده شدن وجه گزاف بودن، متعهد نیز مورد حمایت قرار می‌گیرد. مضاف بر آن نه تنها با حذف کامل شرط وجه التزام گزاف هزینه‌ای که در مذاکرات برای درج این شرط به طرفین تحمیل شده است هدر می‌رود، بلکه ممکن است به دارا شدن بلاجهت متعهد نیز بینجامد. ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی بر آن دلالت دارد که شرط خسارت قراردادی در هر حال، ولو آنکه گزاف باشد، لازم‌الاجراست. مقرر مزبور از این حیث که به طرفین اختیار داده تا با اراده خود و بنا بر ارزش شخصی کالا و خدماتشان، به تعیین خسارت بپردازند قابل تقدیر است؛ زیرا برخلاف حقوق کشور انگلستان، از انعقاد قراردادهایی که می‌تواند ثروت جامعه را افزایش دهد جلوگیری نمی‌شود. مع الوصف مقرر مزبور از این جهت که شرط وجه التزام غیرمنصفانه را، که نقش اقتصادی خاصی در قرارداد ندارد، لازم‌الاجرا می‌داند محل انتقاد است و باید این اختیار را به مرجع قضایی داد تا شرط وجه التزام گزاف و غیرمنصفانه‌ای را که فاقد نقش اقتصادی خاص در قرارداد است تا میزان زیان واقعی وارده به متعهدله کاهش دهد. از این رو پیشنهاد می‌شود ماده ۲۳۰ قانون مدنی با لحاظ نکات فوق‌الاشعار اصلاح شود.

منابع

کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۱، الحاقات، تجدیدنظر و تطبیق با قوانین جدید: فاطمه زارعی، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶.
۲. باستانی نامقی، رضا، جواد پیری و امیرصادق رحمانی، **شرط وجه التزام نامناسب در پرتو رویه قضایی**، ناظر علمی: عبدالصالح شاهنوش فروشانی، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، بی‌تا.

۳. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۴: اجرای قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۹۰.
۴. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۸۷.
۵. محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
۶. موسوی، سید عباس، *رویه قضایی: تبلور اصول حقوقی در آرای محاکم عالی*، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۴۰۰.

مقاله

۷. انصاری، مهدی، «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۱، شماره ۱، ۱۳۹۰، صص ۵۷-۳۹.
۸. پاسبان، محمدرضا، پرویز رحمتی و سارا غریبی، «تحلیل اقتصادی نهاد وجه التزام، با تأکید بر نظام حقوقی کامن لا و رومی ژرمنی»، *دوفصلنامه دانش حقوق مدنی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۱۴-۲۸.
۹. حاتمی، علی اصغر و عبدالرضا صادقی، «شرط وجه التزام غیر عادلانه»، *دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۱، صص ۵۹-۱۰۴.
۱۰. عابدی، محمد، «تحلیل اقتصادی و حقوقی اعتبار شرط کیفری (وجه التزام)»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره ۲۰، شماره ۴، ۱۳۹۲، صص ۷۷-۵۷.
۱۱. عابدیان، میرحسین، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها: لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۲، شماره ۱۹، ۱۳۸۵، صص ۳-۴۳.
۱۲. محقق داماد، سید مصطفی و خشایار اسفندیاری، «عدالت قضایی و نقش آن در مطالبه خسارت قراردادی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸، ۱۳۹۸، صص ۴۹-۲۵.

رساله

۱۳. مقصودی پاشاکی، رضا، «مطالعه تطبیقی وجه التزام»، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.

References

Books

1. Altman, A. *Arguing about Law (an Introduction to Philosophy of Law)*, USA: Wadworth publication Company, 1996.
2. Atiyah, P. S. *Freedom of Contract and the New Right, (Essay on Contract)*, Oxford: Clarendon Press, 1990.
3. Bastani Nameghi, Reza, Javad Piri and Amir Sadegh Rahmani, *Improper Liquidated Damages Clauses in Light of Judicial Practice*, Supervised by: Abdolsaleh Shahnnoosh Foroushani, Tehran: Judiciary's Research Institute, n.d. (in Persian)
4. Benson, P. *Theory of Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001
5. Butler, Henry N. Christopher Drahozal and Joanna Shepherd. *Economic Analysis of Law for Lawyers*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2014.
6. Cooter, R. and Thomas Ulen. *Law and Economics*, New York: Addison-Wesley pub, Sixth Edition, 2012.
7. Elliot, K. and F Quinn. *Contract Law*, Harlow: Pearson Education Limited, 2011.
8. Emami, Sayyed Hassan. *Civil Law*, Volume 1, Additions, Revisions and Adaptation to New Legislation by: Fatemeh Zare'i (Emami), Tehran: Islamic, 2007. (in Persian)

9. Friedman, D. *Law's Order, What Economic Has to do with Law and Why Is Matter*, New Jersey: Princeton University Press, 2000.
10. Garner, B. *Black's Law Dictionary*, U.S.A: Thomas Reuters, 2009.
11. Halson, R. *Liquidated Damages and Penalty Clause*, Oxford: Oxford University Press, 2018.
12. Harrison, J. *Law and Economics in a Nutshell*, (Nutshell Series), Kindle Edition, 2011.
13. Hillman, R. *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.
14. Katouzian, Nasser, *Civil Law: General Rules of Contracts*, Volume 4: Contract Performance, Tehran: Sahami Company Publishing, Sixth Edition, 2011. (in Persian)
15. Katouzian, Nasser, *The Civil Code in the Current Legal System*, Tehran: Mizan, 2008. (in Persian)
16. McKendrick, E. *Contract Law*, London: Macmillan Education, Palgrave, 2015.
17. Miceli, T. J. *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
18. Miceli, T. J. *The Economic Approach to the Law*, California: Stanford University Press, 2004.
19. Mohaghigh Damad, Sayyed Mostafa, *General Theory of Stipulations and Obligations in Islamic Law*, Tehran: Center for the Publication of Islamic Sciences, 2009. (in Persian)
20. Monahan, G. *Essential Contract Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2001.
21. Mousavi, Sayyed Abbas, *Judicial Practice: The Embodiment of Legal Principles in High Court Decisions*, Tehran: Khorsandi, First Edition, 2021. (in Persian)
22. Oughton, D. and Martin Davis. *Source Book on Contract Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000.
23. Suff, M. *Essential Contract Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000.
24. Veljanovski, C. *Economic Principles of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Articles

25. Abedi, Mohammad, "Economic and Legal Analysis of Penalty Clause", *Bi-Quarterly Journal of Encyclopedia of Economic Law*, Volume 20, Issue 4, 2013, PP 57-77. (in Persian)
26. Abedian, Mir Hossein, "A Comparative Study on the Enforceability of Penal Clauses in Contracts: Necessity of Revising Article 230 of the Civil Code of Iran", *Bi-Quarterly Journal of Criminal Law Doctorines*, Volume 2, Issue 19, 2006, PP 3-43. (in Persian)
27. Ansari, Mehdi, "The Theory of Efficient Breach in Contract Law", *Privat Law Studies Quarterly*, Volume 41, Issue 1, 2011, PP 39-57. (in Persian)
28. Barton, J. H. "The Economic Basis of Damages for Breach of Contract", *Journal of Legal Studies*, Volume 1, Issue 2, 1972. PP 277-304.
29. Birmingham, R. L. "Breach of Contract, Damage, Measures and Economic Efficiency", *Rutgers Law Review*, Volume 24, Issue 273, 1970, PP 273-292.
30. Clarkson, K. Miller, Roger Leroy Miller and Timothy J. Moris. "Liquidated Damages vs. Penalties: Sense or Nonsense?", In: Goldberg, Victor P. *Readings in the Economics of Contract Law*, 1982, PP 152-160.
31. Farber, D. L. "Contract Law and Modern Economic Theory", *Northwestern University Law Review*, Issue 78, 1983, PP 303-339.
32. Friedman, D. "The Efficient Breach Fallacy", *The Journal of Legal Studies*, Volume 18, Issue 1, 1989, PP 1-24.
33. Goetz, Ch. And Robert E Scott. "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", *Columbia Law Review*, Volume 77, Issue 554, 1977, PP 554-594.
34. Hatami Ali Asghar and Abdolreza Sadeghi, "The Unjust Penalty Clause", *Bi-Quarterly Journal Legal Knowledge and Research*, Volume 1, Issue 2, 2012, PP 59-104. (in Persian)

35. Hatzis, A. "Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty Clause in Common Law and Civil Contract Law", *International Review of Law and Economics*, Volume 22, Issue 4, 2002, PP 381–406.
36. Klass, G. "Contracting for Cooperation in Recovery", *Yale Law Journal*, Volume 117, Issue 1, 2007, PP 2–68.
37. Macneil, I. R. "Contract Remedies: A Need for a Better Efficiency Analysis", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Volume 144, Issue 1, 1988, PP 6–30.
38. Macneil, I. R. "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", *Virginia Law Review*, Volume 68, Issue 5, 1982, PP 947–969.
39. Mohaghegh damad, Sayyed Mostafa and Khashayar Esfandiari far, "Judicial Justice and Its Role in Seeking Contractual Damages", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 83, Issue 108, 2019, PP 25-49. (in Persian)
40. Nordin, E. "The Penalty Clause Bias", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 21, Issue 1, 2014, PP 162_186.
41. Pasban, Mohammad Reza, Parviz Rahmati and Sara Gharibi, "Economic Analysis of the Entity of Liquidated Damages; with an Emphasis on the Legal System of Common Law and Civil Law", *Bi-Quarterly Journal of Civil Law Knowledge*, Volume 3, Issue 2, 2014, PP 14-28. (in Persian)
42. Polinsky, M. "Risk Sharing through Breach of Contract Remedies", *Journal of Legal Study*, Volume 12, Issue 2, 1983, PP 427–444.
43. Rea, S. "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages", *Journal of Legal Studies*, Volume 13, Issue 1, 1984, PP 147–167.
44. Rubin, P. "Growing a Legal system in the Post-Communist Economies", *Cornell International Law Journal*, Volume 27, Issue 1, 1994, PP 1_47.

Thesis

45. Maghsoudi Pashaki, Reza, "A Comparative Study of Penalty Clauses", PhD Thesis, *Shahid Beheshti University*, 2009. (In Persian)
46. Obeidat, Yusuf Mohammad Gassim, "The Penalty Clause in English Law: A Critical Analysis and Comparison with Jordanian Law", PhD Thesis, *University of Leeds School of Law Centre for the Study of Business Law and Practice*, 2004.



Original Article

Components of the New Approach to the Role of the Judge of Execution of Criminal Sentences

Mohammad Mahdi Saghian¹, Marefat Najafi² 

ABSTRACT

Punishment and its execution have consistently stood as some of the most complex and controversial aspects of criminal justice throughout the evolution of criminal law. From early legal systems to modern frameworks, the enforcement of penalties has always raised numerous philosophical, legal, and practical questions. In contemporary criminal law, punishment is not merely a final outcome of the judicial process but is recognized as one of the most critical phases in the broader criminal justice system. It is no longer seen as a purely administrative follow-up after the sentencing, but as an integral part of the criminal proceedings. In practice, the implementation phase represents the point at which the coordinated efforts of various components of the criminal justice system—including law enforcement, judiciary, correctional institutions, and other actors—converge to enforce the punishment on the convicted individual. This stage not only involves the execution of a court order but also reflects broader societal objectives, including deterrence, retribution, rehabilitation, and the protection of public interests. Moreover, the execution stage directly affects the rights and dignity of the convict as well as the interests of victims and society. Given this importance, the execution of criminal sentences has increasingly become a focus of scholarly debate and legislative reform. Modern trends emphasize that this phase should not be purely mechanical or punitive; rather, it must be humane, individualized, and oriented toward the long-term goals of social reintegration. The humanization of punishment is a growing theme in comparative criminal law, highlighting that punishment serves its purpose best when it contributes to preventing reoffending and restoring social order, not merely causing suffering and social exclusion. Some advanced legal systems, such as that of France, have introduced significant structural reforms to elevate the execution phase to a judicial process. In this model, the “Sentence Enforcement Judge” is not merely an executive authority, but a judicial authority with real powers. This judge can interpret, modify, or adapt the sentence execution according to the individual circumstances of the convict, progress in rehabilitation programs, and the requirements of justice and proportionality of the sentence. A notable feature of the French system is the authority granted to the sentence enforcement judge to adjust certain aspects of a punishment without returning the matter to the sentencing court. This approach reflects a recognition that sentencing should not be static or identical for everyone; rather, it should be flexible and responsive to the individual situation of the convict and the needs of public safety. In practice, such discretion allows for conditional release, sentence modification, and the use of alternatives to imprisonment in appropriate circumstances. The model also relies on the principles of restorative justice, which aim to repair the harm caused by the crime and

How to Cite: Saghian, Mohammad Mahdi, Najafi, Marefat, "Components of the New Approach to the Role of the Judge of Execution of Criminal Sentences", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:143-158.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.230291.2430>

Received: 17/01/2023-Accepted: 26/11/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

2. Phd Candidate, Faculty of Law, Theology & Political Science, Islamic Azad University: Qeshm Branch, Qeshm, Iran

Corresponding Author Email: marefatnajafi@yahoo.com



Copyright: © 2025 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/>).

reintegrate the offender into society. By placing the judge at the center of the sentence enforcement phase, the process of sentencing goes beyond mere administrative formalities and aligns with the principles of fairness, humanity, and individualization of punishment. Rehabilitation programs, vocational training, and psychological counseling often become central components of the sentence, and the sentencing judge oversees these elements to ensure that they are in the best interests of both the convict and society. By contrast, in many other legal systems, including Iran, the execution phase is largely administrative in nature. Although the responsible official may hold the title "Judge of Sentence Enforcement," the role is often limited to overseeing formal and administrative aspects of the execution of sentences. Independent judicial discretions is minimal, and decisions rarely adapt to the evolving conditions of the offender or society. As a result the system relies too much on formality and formalism, and opportunities for rehabilitation and reintegration are not fully realized. These limitations pose significant challenges. Without meaningful judicial oversight, the execution of sentences may fail to account for individual differences among offenders, and opportunities for parole, suspension, or alternatives to incarceration will not be used effectively. Modern criminal justice theories increasingly support the idea that effective sentence enforcement requires trained, empowered judges who can respond to real-world complexities rather than apply rigid rules mechanically. Scholars and reform advocates have suggested several measures for improvement. First, specialized and ongoing training should be provided to sentence enforcement judges, focusing on psychology, criminology, and restorative justice principles. Second, the law should expand their powers to make decisions tailored to the individual circumstances of the convicted person. Third, the justice system should actively support rehabilitation programs, community sanctions, and alternatives to incarceration in safe conditions. In summary, the execution of criminal punishments is far more than the mechanical fulfillment of a court ruling. It represents the stage where justice is either completed or undermined, depending on how thoughtfully and fairly it is conducted. Legal systems that treat this phase as a core judicial process—rather than a mere administrative duty—are more likely to achieve the deeper goals of criminal justice. By granting real judicial powers, promoting individualization of punishments, and integrating rehabilitation programs, the criminal justice system can serve both the interests of society and the convicted individual, and bring punishment to its true purpose: justice, restoration, and sustainable social stability.

KeyWords: Judge of Execution of Criminal Sentences, Supervision, Assistant Prosecutor of Execution of Sentences, Execution of Punishment



مؤلفه‌های رویکرد نوین به جایگاه قاضی اجرای احکام کیفری

محمد مهدی ساقیان^۱، معرفت نجفی^۲

چکیده

کیفر و اجرای آن همواره از چالش‌برانگیزترین موضوعات عرصه عدالت کیفری در طول تاریخ حقوق کیفری محسوب می‌شوند. امری که در دوره مدرن حقوق کیفری نیز به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مراحل فرایند کیفری و جزوی از مفهوم دادرسی کیفری تلقی می‌شود؛ به‌گونه‌ای که در عمل مرحله‌ای است که منجر به تلاقی تلاش‌های کنشگران نظام عدالت کیفری در محکوم کردن شخص مستحق محکومیت و اجرای کیفری است که اهداف برجسته‌ای چون بازدارندگی، اصلاح و بازپروری را در کنار تأمین منافع جامعه و قربانی جرم دنبال می‌کند. بر این اساس، حساسیت‌های مرحله اجرای احکام کیفری و بایسته‌های مربوط به اشخاص درگیر در این مرحله سبب شده تا توجه‌های زیادی در این زمینه در پهنه نظام‌های حقوق کیفری کشورهای گوناگون ایجاد شود. در این راستا، در برخی کشورها همچون فرانسه، با تلقی مرحله اجرای احکام کیفری به‌عنوان یکی از مراحل قضایی دادرسی و قاضی محسوب شدن مجری احکام، اقدام به واگذاری برخی اختیارات قضایی همچون امکان تعدیل کیفرهای تعیین‌شده در مرحله دادرسی را بدون ارجاع به دادگاه صادرکننده حکم فراهم کرده‌اند. امری که در عمل موجب ایجاد شأن قضایی برای قاضی اجرای احکام در برخی موارد قانونی شده است. این درحالی است که در پهنه نظام دادرسی کیفری در ایران، هرچند با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و به‌موجب ماده ۴۸۹ آن، نهاد قاضی اجرای احکام کیفری به‌عنوان یک مقام قضایی نسبتاً مستقل مورد شناسایی قرار گرفته است، قاضی اجرا از شأن قضایوتی به‌دور بوده و پررنگ بودن جنبه اجرایی و نظارتی منجر به اداری شدن شأن مقامات قضایی در این حوزه شده است. باوجود این، به‌نظر می‌رسد تلاش برای شکل‌دهی به شأن قضایی قضات اجرای احکام در متناسب‌سازی و شخصی‌سازی مجازات‌ها مؤثر باشد و بتواند گامی مطلوبی را در راستای تحقق اهداف نظام عدالت کیفری ایجاد کند.

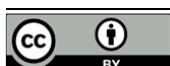
کلید واژگان: قاضی اجرای احکام کیفری، نظارت، دادیار اجرای احکام، اجرای کیفر.

استناد به این مقاله: ساقیان، محمد مهدی، نجفی، معرفت، «مؤلفه‌های رویکرد نوین به جایگاه قاضی اجرای احکام کیفری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۱۴۳-۱۵۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.230291.2430>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۶

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
 ۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد قشم، قشم، ایران
- ایمیل نویسنده مسئول: marefatnajafi@yahoo.com



Copyright: © 2025 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

به‌طور سنتی بازدارندگی به‌عنوان یکی از اهداف اصلی کیفر محسوب می‌شود که در دو سطح عام و خاص مورد بررسی قرار گرفته است. بُعد خاص بازدارندگی با استفاده از اصولی چون فردی کردن تعیین کیفر و ایجاد تناسب میان ترتیبات اجرای احکام کیفری با وضعیت خاص محکوم، به‌عنوان جلوه بارزی از قضایی شدن مرحله اجرای احکام بر پهنه نظام‌های دادرسی کیفری مطرح است. اجرای احکام به‌معنای اجرای حکم دادگاه و در پاره‌ای از موارد به‌معنای اجرای رأی دادگاه است.^۱ بنابر یک تعریف، به مجموعه اعمالی که به‌منظور به مرحله عمل درآوردن حکم دادگاه انجام می‌گیرد، اجرای احکام اطلاق می‌شود.^۲ اجرای احکام و دستورات مراجع قضایی همواره به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مرحله دادرسی کیفری مطرح بوده است؛ چراکه فقدان پشتوانه اجرایی، آرای مراجع را فاقد اعتبار می‌کند. در حقیقت محکوم‌له در مرحله اجرای رأی است که طعم شیرین احقاق حق خود را می‌چشد و محکوم‌علیه نیز متوجه می‌شود که زیر پا گذاردن حقوق دیگران بدون مجازات نخواهد ماند.^۳

در این خصوص، برخی نظام‌های دادرسی کیفری در چارچوب قوانین آیین دادرسی کیفری با ترسیم جایگاهی ویژه برای قاضی اجرای احکام کیفری درصددند تا با اتخاذ این رویکرد پیشرو، به کارآمدی هرچه بیشتر مرحله اجرای احکام کیفری در تحقق اهداف شناخته‌شده کیفر دست یابند. در نظام حقوقی فرانسه با تأکیداتی که بر جایگاه قاضی اجرای احکام کیفری در اوایل قرن بیستم می‌شد،^۴ قاضی اجرای احکام کیفری از نیمه قرن بیستم میلادی به‌تدریج بروز پیدا کرد.^۵ این امر از آنجا نشئت می‌گرفت که مرحله تعیین و اجرای کیفر در این کشور از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بوده است. دیدگاهی که خود دارای زمینه‌های تاریخی در حقوق روم است. در واقع، نظام کیفری فرانسه ایده به‌کارگیری قضات در امر نظارت و بازدید از زندان‌ها را از حقوق روم اقتباس کرده است.^۶ در این راستا، کمیته اجرای احکام کیفری به‌موجب ماده ۱-۴۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه از سال ۱۹۸۹ میلادی رویکرد نوینی را مطرح کرد و در عمل تبدیل به مرجع عالی رسیدگی به اعتراضات مربوط به تصمیمات کیفری شد. باوجود این، در حال حاضر حوزه اختیارات قاضی اجرای احکام کیفری در فرانسه افزایش یافته و به‌موجب ماده ۱-۷۱۲ قانون آیین دادرسی این کشور قاضی اجرای مجازات در مرحله اجرای کیفر در موارد قانونی اقدام به تصمیم‌گیری می‌کند. براساس ماده مذکور، قاضی اجرای کیفر در شرایط مصرح قانونی، اقدام به تعیین شیوه‌های اجرای کیفرهای سالب آزادی یا برخی کیفرهای محدودکننده آزادی و هدایت و نظارت بر شرایط اجرای آنها می‌کند. ازاین‌رو می‌توان قاضی اجرای احکام کیفری را دارنده نقش بسیار مهم در تحقق

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۹۱، ص ۱۵۰.

۲. بهرامی، بهرام، *آیین دادرسی مدنی*، تهران: نگاه بینه، چاپ ششم، ۱۳۸۲، ص ۳۴۷.

۳. مدنی کرمانی، عارفه، *اجرای احکام مدنی*، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۱۳. برخی مرحله اجرای احکام کیفری را به دوران مصرف دارو تشبیه کرده‌اند. بیمار به پزشک مراجعه می‌کند، نسخه پزشک معالج را می‌گیرد و راه درمان را می‌شناسد. ازاین‌رو، ضروری است تا به توصیه پزشک عمل کند و داروهای لازم را مصرف نماید. امری که شبیه به مرحله اجرای احکام کیفری است: آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۹۵، ص ۱۴؛ خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: شهر دانش، چاپ چهل و پنجم، ۱۴۰۱، ص ۴۸۴.

۴. در چهارمین کنگره حقوق جزا که در سال ۱۹۳۷ میلادی در پاریس تشکیل شد، بر اهمیت نقش قاضی در اجرای کیفر و اقدامات تأمینی و تربیتی تأکید شد. رفاهی، سیدعلی اصغر، «وظایف و اختیارات قاضی اجرای احکام در حقوق فرانسه و مقایسه آن با حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، *دانشگاه تهران، مجتمع آموزشی عالی قم*، ۱۳۸۲، ص ۲.

۵. بولک، برنار، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۶، ص ۱۳۳.

۶. Plawski, S. *Droit penitentiaire*, Lille: Presses University du Septentrion, 1997, P 278.

متناسب سازی و فردی سازی کیفر دانست. این درحالی است که در نظام دادرسی کیفری ایران تا پیش از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، این دادیار اجرای احکام بود که به عنوان معاون دادستان تحت نظارت و ریاست وی به اجرای احکام کیفری مبادرت می ورزید. از این رو، نهاد اجرای احکام و قاضی اجرای احکام مستقلاً در نظام دادرسی کیفری ایران مورد شناسایی قرار نگرفته بود.^۱ با این حال، با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و به موجب ماده ۴۸۹ آن و نیز برخی موارد قانون مجازات اسلامی، نهاد قاضی اجرای احکام کیفری به عنوان یک مقام قضایی نسبتاً مستقل مورد شناسایی قانون گذار قرار گرفته است.

براین اساس، با وجود تحولات قانونی صورت گرفته و ضرورت ایجاد نهاد قاضی اجرای احکام کیفری آنچه اهمیت دارد، این است که بررسی شود این نهاد در راستای اصل قضایی شدن اجرای احکام کیفری برای تحقق اصول بنیادینی چون اصل فردی کردن کیفر تا چه حدی موفق بوده و به منظور تقویت، نیازمند برخورداری از چه بایسته هایی است. براین اساس، در نوشتار حاضر با رویکردی تحلیلی-توصیفی و نگاهی به نظام دادرسی کیفری کشور فرانسه، به بررسی ابعاد گوناگون این موضوع، از رهگذر نیاز به اتخاذ رویکردی نوین پیرامون آن پرداخته خواهد شد. در این راستا، ضرورت دارد تا مؤلفه های رویکرد نوین به قاضی اجرای احکام کیفری مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد. از این رو، پژوهش حاضر در سه قسمت به بررسی این مؤلفه ها، یعنی استقلال ساختاری، استقلال قضایی و قضایی محسوب شدن تصمیمات، خواهد پرداخت.

۱. استقلال ساختاری

زمانی می توان از قضایی شدن مرحله اجرای احکام کیفری سخن گفت که در گام نخست قاضی اجرای احکام کیفری از جایگاه مستقلی در پهنه نظام دادرسی کیفری برخوردار باشد.^۲ این امر با توجه به کارکردهای نوینی که برای این نهاد قائل شده اند، امری اجتنابناپذیر به نظر می رسد. برای نمونه قاضی اجرای احکام کیفری در فرانسه در حوزه صلاحیت خود از اختیار تخفیف کیفر نسبت به اشخاص زندانی، تعلیق و تقسیم کیفر، اشتغال در فعالیت های خارج از زندان، استقرار تحت نظارت الکترونیک، نظام نیمه آزادی، اجازه مرخصی، اجازه خروج تحت الحفظ و آزادی مشروط مطابق مواد ۷۲۱، ۷۲۱-۱، ۷۲۹-۱، ۷۲۰-۱، ۷۲۳، ۷۲۳-۷، ۷۲۳-۳، ۷۲۳-۶ و ۷۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری برخوردار است. امری که گستردگی طیف آن ارتباط معناداری با جایگاه این قاضی در نظام دادرسی کیفری دارد. در این نظام، قاضی اجرای احکام به عنوان یک قاضی نشسته در دادگاه شهرستان مشغول به خدمت است. این قضات پس از اعلام نظر توسط شورای عالی صاحب منصبان قضایی از سوی آیین نامه ای خاص تعیین می شوند، خاتمه فعالیت این قضات توسط همین شورا صورت می پذیرد و در صورت منع یک قاضی اجرای احکام کیفری به صورت موقت از اجرای وظایف، قاضی جانشین او توسط رئیس دادگاه شهرستان تعیین می شود.^۳

۱. در فاصله زمانی احیای دادرسی و تا زمان اجرایی شدن قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۹۲ و اصلاحی آن مصوب ۹۴ قضات اجرای احکام براساس قانون آیین دادرسی سال ۱۳۷۸ انجام وظیفه می نمودند. وظایف آنان و اجرای احکام دادگاه ها نیز براساس مواد ۲۸۱ و ۲۸۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری سال ۷۸ انجام می شد. اجرای احکام در هر حال تحت نظارت مستقیم دادگاه صادرکننده حکم اولیه انجام می شد. این امر سبب می شد تا قسمت زیادی از وقت دادگاه ها، که رسالت مهم آنها رسیدگی عادلانه و صدور حکم است، درگیر جریان اجرای حکم بوده و قضات اجرای حکم جزئی ترین موضوعات را از قاضی دادگاه استعلام و این موضوع به صورت جدی در روند رسیدگی دادگاه اختلال ایجاد می کرد. امری که سبب شد که نقش این قضات مجری بیشتر به امور اداری شبیه باشد تا امور قضایی.

۲. گلدوست جویباری، رجب، **آیین دادرسی کیفری**، تهران: جنگل، چاپ شانزدهم، ۱۴۰۱، ص ۱۳۵.

۳. بولک، پیشین، ص ۱۳۵.

در این ساختار، قاضی اجرای احکام کیفری اقدام به تعیین شیوه و چگونگی اجرای مجازات در خصوص هر محکومی می‌کند و با کسب نظر کمیسیون اعمال مجازات‌ها، با توجه به وضعیت محکوم، مجازات را نسبت به او اعمال می‌کند. این درحالی است که جایگاه قاضی اجرای احکام کیفری در ایران باوجود تلاش‌هایی که برای استقلال آن شده، همچنان محل مناقشه است. به موجب مواد ۴۸۴ و ۴۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری، قاضی اجرای احکام زیرمجموعه نهاد معاونت اجرای احکام کیفری است و این نهاد نیز زیر نظر دادستان به عنوان بالاترین مقام دادرسی عمل می‌کند. افزون بر موارد مذکور، یکی از مهم‌ترین شاخصه‌های استقلال ساختاری قاضی اجرای احکام در تعامل این نهاد با کنشگران مهم نظام دادرسی کیفری تعریف می‌شود. براین اساس، شیوه تعامل قاضی اجرای احکام کیفری با سه دسته از کنشگران مهمی که در تعامل مستقیم با آنها قرار دارد، یعنی دادستان، ضابط و سازمان زندان‌ها، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱. ارتباط نهاد مجری حکم با دادستان

دادستان که در حوزه قضایی هر شهرستان ریاست دادرسی را برعهده دارد، مدعی‌العموم و نماینده جامعه به حساب می‌آید و در مواردی که حفظ حقوق عمومی و مصالح جامعه اقتضا می‌کند، به نمایندگی از جامعه اقامه دعوا کرده، تعقیب را آغاز می‌کند.^۱ در ایران فرایند اجرای مجازات نیز جزو وظایف دادستان است. ریاست و نظارت بر نهاد معاونت اجرای احکام کیفری برعهده دادستان است. در واقع، نهاد مزبور زیرمجموعه دادستانی محسوب می‌شود.^۲ باین حال، به جز این ارتباط ساختاری، تعامل خاصی میان اجرای احکام و دادستانی وجود ندارد. در برخی موارد نیز دادستان و قاضی اجرای احکام کیفری از وظایف مشابهی برخوردارند. برای نمونه، مطابق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی بدون آنکه قانون‌گذار ترتیب یا اولویت خاصی مقرر کند، چنین بیان کرده است که دادستان یا قاضی اجرای احکام کیفری نیز پس از اجرای یک‌سوم مجازات می‌توانند از دادگاه صادرکننده حکم قطعی، تقاضای تعلیق کنند. مشابه همین امر در ماده ۵۸ قانون مزبور آمده است. مطابق این ماده دادستان یا قاضی اجرای احکام می‌توانند پیشنهاد آزادی مشروط را به دادگاه صادرکننده حکم ارائه دهند. در مقابل، در نظام دادرسی کیفری فرانسه، در موارد مشابه با موارد فوق، استقلال عمل وجود ندارد. به گونه‌ای که مطابق ماده ۶-۷۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری این کشور آرای راجع به زندان باز، تقسیط و تعلیق مجازات‌ها، استقرار تحت نظارت الکترونیکی و آزادی مشروط، در پایان مذاکره توافقی ارائه می‌گشود که ازجمله اعضای مذاکره مذکور، دادستان و قاضی اجرای احکام کیفری است. در صورتی این موارد بدون مذاکره توافقی اعطا می‌شود

۱. مصدق، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، تهران: جنگل، چاپ پنجم، ۱۳۹۴، ص ۷۸؛ آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: سمت، ۱۳۹۷، ص ۵۱.

۲. دادرسی که یک نهاد اصیل حقوق قضایی فرانسه است، در بسیاری از کشورهای جهان وجود دارد. به گونه‌ای که می‌توان گفت امروزه اکثریت قریب به اتفاق کشورها دارای دادرسی و نهاد دادستانی هستند. حبیبی تبار، جواد، *گام به گام با نهاد دادرسی*، قم: گام به گام، ۱۳۸۸، ص ۳۴. دادرسی در کشورهای مختلف دارای کارکردهای خاصی هستند؛ ولی اکثر کشورها کارکرد این نهاد را بیشتر اجرایی تا قضایی دانسته و آن را زیرمجموعه قوه مجریه (غالباً وزارت دادگستری) قرار داده‌اند و یکی از وظایفی که برعهده دادرسی گذارده شده، اجرای آرای مختلف کیفری و نظارت بر آن است که هم دارای جنبه‌های اجرایی و هم جنبه‌های قضایی است. لازم به ذکر است مبنای نظری قابل اعتنائی در زمینه جایگاه مطلوب دادرسی و دادستانی در میان قوا وجود ندارد و این موضوع در مباحث مربوط به تفکیک قوا نیز مغفول مانده است. اسناد بین‌المللی هم شکل خاصی از جایگاه حقوقی-اساسی یا نهادی را در مورد دادستانی توصیه نکرده‌اند و اصولاً هیچ متن الزام‌آوری در مورد دادستانی وجود ندارد. باین حال، در نظام حقوق اساسی مدرن، بر مبنای تفکیک قوا، موقعیت این نهاد در میان سه قوه اهمیت بسیاری دارد. جلالی، محمد و سعید برخوردار، «بررسی تطبیقی عوامل مؤثر بر جایگاه حقوقی-اساسی دادستانی در میان قوا»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۲۱، شماره ۶۳، ۱۳۹۸، ص ۱۳۱.

که قاضی اجرای احکام موافقت دادستان شهرستان را جلب کند.

۱.۲. ارتباط نهاد مجری حکم با پلیس

مطابق ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری، نیروی انتظامی موظف به تمکین از دستورات قاضی اجرای احکام در جهت اجرای حکم است. ضمانت اجرای عدم تمکین به دستورات قاضی اجرای احکام کیفری نیز در ذیل ماده مزبور مشخص شده است. متخلف علاوه بر تعقیب انتظامی و اداری، به مجازات مقرر در ماده ۵۷۶ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ محکوم می‌شود.

در نظام کیفری فرانسه نیز پلیس قضایی موظف به تبعیت از دستورات قاضی اجرای مجازات در موارد الزامی شده است. برای مثال، مطابق ماده ۳-۱۶-۷۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، در مواردی پلیس این کشور موظف است براساس دستور قاضی اجرای مجازات‌ها یا جانشین وی، هر شخص تحت نظارت قاضی اجرای مجازات‌ها را، که علیه او دلایل موجهی مبنی بر احتمال عدم رعایت الزاماتی از قبیل ممنوعیت ارتباط با برخی اشخاص مانند بزه‌دیده یا حضور در محل یا برخی مکان‌ها یا مناطق موردنظر وجود دارد، دستگیر کند.

۱.۳. ارتباط نهاد مجری حکم با سازمان زندان‌ها

در حقوق فرانسه سازمان زندان‌ها زیر نظر وزیر دادگستری قرار می‌گیرد. این سازمان از یک سازمان مرکزی برخوردار است. قاضی اجرای مجازات به‌عنوان یک نهاد قضایی در کنار سازمان زندان‌ها انجام‌وظیفه می‌کند.^۱ براین‌اساس، قاضی اجرای احکام کیفری موظف است در چارچوب بررسی وضعیت اجرای مجازات‌ها بازدیدهای منظمی از زندان‌های این کشور داشته باشد و هر ساله گزارشی را در این زمینه به وزارت دادگستری ارائه کند.

بی‌تردید یکی از نهادهایی که در تعامل مستقیم با قاضی اجرای احکام کیفری قرار دارد، سازمان زندان‌هاست. در نظام دادرسی کیفری فرانسه به‌موجب ماده ۷-۷۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری، نماینده سازمان زندان‌ها مکلف است تا درخصوص تدابیر مربوط به دوره تأمینی، آزادی مشروط یا تعلیق مجازات اعلام‌نظر کند. بنابراین پیشنهاد آزادی مشروط، مطابق ماده ۳-۷۳۰ قانون مزبور، توسط سازمان اداره زندان و قاضی اجرای مجازات ارائه می‌شود و پرونده بر مبنای پیشنهاد قاضی اجرای مجازات و پس از جلب نظر کمیسیون اجرای مجازات، شکل می‌گیرد. این کمیسیون مطابق با ماده ۱۱۷-۱ قانون مزبور از قاضی اجرای مجازات، دادستان شهرستان و رئیس مؤسسه زندان تشکیل می‌شود. بدین‌ترتیب در چنین مواردی قاضی اجرای احکام کیفری در تعامل با سازمان زندان‌ها قرار دارد.

مطابق تبصره ۲ ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری ایران، رئیس قوه قضائیه می‌تواند در زندان‌ها به استقرار معاونت اجرای احکام مبادرت ورزد. همچنین مطابق ماده ۵۱۹ قانون مزبور، رئیس زندان مکلف است هرگونه انتقال یا اعزام زندانی به زندان یا حوزه‌های قضایی دیگر و نیز بازگشت وی را بلافاصله و حسب مورد، به قاضی اجرای احکام کیفری یا مرجع قضایی مربوط به‌طور کتبی و با ذکر ادله و سوابق اطلاع دهد. براین‌اساس، قاضی اجرای احکام کیفری را می‌توان رکن اجرایی سازمان زندان‌ها دانست که از وظیفه نظارت بر زندان‌ها برخوردار است. از این‌رو، نهاد مزبور در حدود قوانین و مقررات مکلف به تبعیت از دستورات قاضی اجرای احکام کیفری است.

^۱. بولک، پیشین، ص ۱۳۲.

۲. استقلال قضایی

ساختار سازمانی دستگاه قضایی از دو الگو تبعیت می‌کند: اول، استقلال کارکردی دستگاه قضایی در تصمیم‌گیری قضایی، اما وابسته به قوه مجریه در امور اداری و مالی و دوم، ایجاد یک دستگاه قضایی مستقل که از صلاحیت‌های لازم درخصوص مسائل مربوط به اداره و بودجه این دستگاه برخوردار باشد. الگوی نخست در اروپا و به‌ویژه در انگلیس و آلمان غالب است و الگوی دوم، در آمریکا و تعداد کمی از کشورهای اروپای غربی و بسیاری از کشورهای آمریکای لاتین قابل ملاحظه است.^۱

مطابق اسناد بین‌المللی اتهامات کیفری باید در دادگاهی مستقل مورد رسیدگی قرار گیرد. در این راستا مطابق ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸: «هر شخص با مساوات کامل حق دارد که دعوی‌اش در دادگاهی مستقل و بی‌طرف، منصفانه و علنی رسیدگی شود و چنین دادگاهی درباره حقوق و الزامات وی، یا هر اتهام جزایی که به او زده شده تصمیم بگیرد.» در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در اصول متعددی اصل استقلال شناسایی شده است. برای نمونه اصول ۵۷ و ۱۵۶ قانون اساسی قابل ذکر است. در این چارچوب، استقلال قضایی را می‌توان قدرت دادرسی تصمیم‌گیری آزادانه درخصوص موضوعات ارجاعی تفسیر کرد.^۲ آزادی نظر و استقلال در رسیدگی از لوازم دادرسی منصفانه است. در حقیقت، دادرسی منصفانه ایجاب می‌کند تا قضات از حیث نهادی و شخصی مستقل از هرگونه نفوذ و کنترل قدرت سیاسی و اجرایی عمل کنند.^۳

۲.۱. مبانی استقلال قضایی

مطابق یکی از آرای صادره از دیوان عالی کشور کانادا، استقلال قضایی را می‌توان به استقلال «ساختاری» و استقلال «شخصی» تقسیم‌بندی کرد. مطابق رأی مذکور، استقلال قوه قضائیه از سایر نهادهای حکومتی از نوع استقلال ساختاری است و استقلال شخصی، مربوط به یک قاضی خاص می‌شود که باید از سایر اعضای قوه قضائیه و دیگران مستقل باشد.^۴

استقلال ساختاری دستگاه قضایی بر مبنای نظریه تفکیک قوا قابل تحلیل است. بی‌تردید مطابق نظریه مذکور لازمه پویایی هر نظام حکومتی، پذیرش اصل تفکیک قواست. امری که باوجود نسبی بودن مفهوم استقلال، آنها را در انجام وظیفه، مستقل محسوب می‌کند. از این رو، قوه قضائیه نیز به‌عنوان یکی از قوای حاکم در کشور باید در مناسبات مالی-بودجه‌ای، اداری و انتصاب قضات مستقل باشد. امری که در چارچوب شکل‌گیری ساختار مناسب قضایی از اهمیت برخوردار می‌شود. افزون بر این، استقلال رأی و تصمیم‌گیری قضایی که اشاره به استقلال شخصی یا انفرادی قضات دارد، در مفهوم کلی استقلال قضایی گنجانده می‌شود. قاضی باید در تصمیم‌گیری‌های قضایی خود مستقل عمل کند و بدون تأثیرپذیری از سایر قوا یا عوامل خارجی، از اختیار آزاد در تصمیم‌گیری بر مبنای مؤلفه‌های حرفه‌ای برخوردار باشد.

^۱ Office of democracy and governance. Guidance for promoting judicial independence and impartiality, Washington DC: US agency for International Development, 2002, P 158.

^۲ Kelly, William. "An Independent Judiciary: the core of the rule of law", *International center for criminal law reform and criminal justice policy*, Available at: <http://www.iccir.law.ubc.ca>

^۳ کاظمی جویباری، مهدی، «قرائت جرم‌شناختی موازین دادرسی عادلانه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸، ص ۷۲.

^۴ تنگستانی، محمدقاسم، *استقلال و مسئولیت قوه قضائیه*، تهران: میزان، ۱۳۹۷، ص ۴۲.

۲.۲. حدود استقلال قاضی اجرای احکام کیفری

در رویکرد نوین به قاضی اجرای احکام کیفری، اصل استقلال قضایی و الزامات آن، در مرحله اجرای احکام به عنوان یکی از اصول دادرسی منصفانه محسوب می شود. براین اساس، لازمه عملکرد مطلوب نهاد و قاضی اجرای احکام کیفری این است که مانند سایر مقامات قضایی در طول فرایند دادرسی کیفری، با برخورداری از استقلال، مطابق قواعد قانونی، عمل کند.

با نگاهی به نظام عدالت کیفری فرانسه و به ویژه نظام دادرسی کیفری این کشور به طور مشهودی می توان بیان کرد که قاضی و دادگاه اجرای احکام کیفری در فرانسه در شرایط مقرر قانونی، اقدام به تعیین شیوه های اصلی اجرای مجازات های سالب آزادی یا سایر مجازات های محدودکننده آزادی و نظارت بر شرایط اجرای آن را دارند. از این رو، علاوه بر وجود یک نقش نظارتی برای این نهاد، تبیین ترتیبات مربوط به اجرای مجازات محدودکننده آزادی، متوجه قاضی اجرای کیفر و دادگاه اجرای مجازات شده است. افزون بر این، آرای مربوط به زندان باز، تقسیط و تعلیق مجازات ها، استقرار تحت نظارت الکترونیکی و آزادی مشروط پس از نظر نماینده اداره زندان ها، آن هم در پایان مذاکره ترافیعی، برگزار شده در اتاق مشاوره که در جریان آن قاضی اجرای احکام کیفری درخواست های دادرسی و ملاحظات محکوم و در صورت اقتضا توضیحات وکیل وی را مورد استماع قرار می دهد، صادر می شوند. همچنین، چنانچه محکوم در زندان باشد، مذاکرات مذکور قابلیت انجام در زندان را دارد. افزودنی است که قاضی اجرای احکام افزون بر موارد اضطراری، پس از کسب نظر کمیسیون اعمال مجازات، می تواند به کاهش محکومیت گروهی از افراد اقدام کند که در بازسازی خود با جامعه تلاش مضاعفی دارند. در نظام کیفری ایران با توجه به مواد ۴۸۴، ۴۸۵ و ۴۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، قانون گذار افزون بر اعطای نقش نظارتی به قاضی اجرای احکام در خصوص اجرای آرای قطعی و امور مربوط به زندانیان، در بندهای «پ» و «ث» ماده ۴۸۹ قانون یادشده به ترتیب «اعلام نظر» و «اتخاذ تصمیم» را نسبت به موارد مصرح برعهده قاضی مجری حکم گذارده است. مطابق بند «پ» مذکور، قاضی اجرای احکام موظف به اعلام نظر در خصوص زندانیانی است که واجد شرایط عفو و آزادی مشروط مطابق قوانین و مقررات شناخته می شوند. در این چارچوب، مستند به ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، صدور حکم به آزادی مشروط صرفاً در اختیار دادگاه صادرکننده حکم قطعی شناخته شده و قاضی اجرای احکام کیفری در این زمینه اختیاری بر تصمیم گیری ندارد. در واقع، مطابق ماده مزبور، قاضی اجرای احکام صرفاً موظف است که اگر شرایط مقرر برای آزادی مشروط موجود بود، از دادگاه صادرکننده حکم تقاضای آزادی مشروط کند. در مقابل دادگاه نیز در پذیرش یا رد این تقاضا اختیار تام دارد. همچنین مطابق بند «ث» ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری، قاضی اجرای احکام مکلف است در خصوص محکومان خاص، مانند سالمندان، مبتلایان به بیماری های روانی و بیماری های جسمی صعب العلاج و سایر افراد محکوم نیازمند به مراقبت ویژه، تصمیماتی را اتخاذ کند. همان طور که مشاهده می شود، قانون گذار در این بند برخلاف بند سابق، که از عبارت «اعلام نظر» استفاده کرده بود، از عبارت «اتخاذ تصمیم» استفاده کرده است. در همین چارچوب، قانون گذار در ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی کیفری بیان داشته که چنانچه محکوم علیه به بیماری جسمی یا روانی مبتلا باشد و اجرای مجازات موجب تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی وی شود، قاضی اجرای احکام کیفری با کسب نظر پزشکی قانونی تا زمان بهبودی، اجرای مجازات را به تعویق می اندازد. چنانچه در جرائم تعزیری امیدی به بهبودی بیمار نباشد، قاضی اجرای احکام کیفری پس از احراز بیماری محکوم علیه و مانع بودن آن برای اعمال مجازات با ذکر دلیل، پرونده را برای تبدیل به مجازات مناسب دیگر با در نظر گرفتن نوع بیماری و مجازات به مرجع صادرکننده رأی قطعی ارسال می کند.

بدین‌سان، قاضی اجرای احکام کیفری در خصوص تبدیل مجازات از نظر دادگاه صادرکننده رأی قطعی تبعیت می‌کند و فقط در خصوص تعویق اجرای کیفر مستقل است. علاوه بر این، با نگاهی به قوانین، به‌ویژه اختیارات مصرح برای قاضی اجرای احکام کیفری در قانون مجازات اسلامی، نمی‌توان نشانی از استقلال در تصمیم‌گیری برای این مقام دید. برای نمونه، مطابق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی، قاضی اجرای احکام می‌تواند از دادگاه صادرکننده حکم قطعی با وجود شرایط مقرر در این ماده، تقاضای تعلیق نماید. موارد مشابهی در خصوص تعلیق اجرای مجازات مذکور در ماده ۴۶ و آزادی مشروط مذکور در ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی، وجود دارد. امری که تأثیرپذیری این مقام را در گروهی موافقت دادگاه قرار داده است و رأساً اختیاری بر اصدار قرار تعلیق اجرای مجازات ندارد. از این‌رو، استقلال این مقام همواره مورد تردید است.

۳. قضایی محسوب‌شدن تصمیمات

بی‌تردید یکی از مؤلفه‌های مهم در رویکرد نوین به قاضی اجرای احکام، قضایی محسوب‌شدن تصمیمات این نهاد است. در این راستا، نوع نگاه به جایگاه قاضی اجرای احکام کیفری در پهنه نظام دادرسی، که در واقع گونه‌شناسی تصمیمات آن محسوب می‌شود، از اهمیت برخوردار است. افزون بر این، قابلیت اعتراض یا عدم اعتراض به تصمیمات قاضی اجرای احکام نیز شاخص دیگری است که در این زمینه اثرگذار است.

۳.۱. گونه‌شناسی تصمیمات نهاد اجرا

به‌طور کلی برای شناخت گونه‌های تصمیمات نهاد اجرا، شناخت ساختار دادسرا از اهمیت برخوردار می‌شود. علت این امر این است که به‌طور سنتی اجرای احکام به‌عنوان بخشی از وظایف دادسرا مطرح بوده و طبیعتاً ساختار این نهاد در ماهیت این تصمیمات تأثیرگذار است. در این راستا، سه الگو وجود دارد که بر مبنای آن می‌توان به گونه‌شناسی تصمیمات نهاد دادسرا و به تبع آن نهاد اجرا پرداخت. الگوی اول دادسرا را در ساختار قوه مجریه قرار داده، الگوی دوم دادسرا را ملحق به قوه قضائیه دانسته و الگوی سوم نیز دادسراها را مستقل از هر دو قوه پیش گفته دانسته است. در الگوی قرار گرفتن دادسرا در ساختار قوه مجریه، نظام‌های حقوقی فرانسه، انگلستان، هلند، آلمان و آمریکا قابل ذکرند. در الگوی ملحق بودن دادسرا به قوه قضائیه، می‌توان از ایران و ایتالیا یاد کرد. در الگوی دادسراهای مستقل نیز نظام‌های حقوقی شیلی و آفریقای جنوبی را می‌توان نام برد. در کشورهایی که دادسرا وابسته به قوه مجریه است، مقامات آن از جمله دادستان اصطلاحاً «قاضی» نیستند؛ بلکه طرف‌دار حقوق و منافع هیئت حاکمه محسوب می‌شوند. بنابراین، اجرای احکام نیز بیشتر ماهیت اجرایی دارد. اما در کشورهایی که دادسرا وابسته به قوه قضائیه است، دادستان و مقامات دادسرا «قاضی» محسوب می‌شوند و اجرای احکام کیفری بیشتر جنبه قضایی به خود می‌گیرد.

به‌طور تاریخی، در پهنه نظام دادرسی کیفری فرانسه اجرای احکام در چارچوب وظایف دادسرا تعریف می‌شد.^۱ در این راستا، مطابق ماده ۷۰۷-۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه «دادسرا و طرف‌های دعوا، اجرای حکم مجازاتی را که مربوط به هریک از آنها است دنبال می‌کنند». براین اساس، اجرای احکام کیفری در چارچوب مفهوم عمومی، جزو وظایف

^۱ در برخی از کشورها، وظیفه اجرای احکام کیفری برعهده «دادگاه» قرار داده شده است. حال این دادگاه می‌تواند «دادگاه صادرکننده حکم» یا «دادگاه مستقل» باشد. این دیدگاه در پرتو اصل قضایی کردن اجرای احکام، اصل استقلال قضایی و همچنین اصل تفکیک قوا، شکل گرفته است. براین مبنای اجرای مجازات یک امر قضایی بوده و باید توسط قوه قضائیه، دادگاه و قاضی مستقل اجرا شود.

Hodgson, Jacqueline. Hierarchy, Bureaucracy and Ideology in "French Criminal Justice: Some Empirical Observations", *Journal of Law and Society*, Volume 29, Issue 2, 2003, P 3.

دادسرا محسوب می‌شد. برای نمونه اگر در نتیجه یک حکم^۱ کیفری شخص به مجازات حبس محکوم می‌شد، دادسرا باید اجرای آن را تضمین می‌کرد. در واقع، اگر مجازات از نوع زندان بود، دادسرا باید اقدام به زندانی کردن محکوم می‌کرد و اگر مجازات جریمه نقدی بود، دادسرا موظف بود نسبت به دریافت آن اقدام کند.^۲

از اواسط قرن بیستم میلادی، فرانسه نیز مانند برخی کشورهای جهان، در صدد موضوعیت بخشیدن و ارج نهادن به مرحله اجرای احکام کیفری افتاد و با پیش‌بینی نهادهای قاضی اجرای مجازات و دادگاه اجرای مجازات، در صدد ارائه راهکارهای جدید و نظام‌مند برای تحقق اهداف اجرای کیفر برآمد.

در واقع در این دوره آنچه مدنظر قرار گرفت، این بود که اهداف عالی مجازات، یعنی اصلاح و باز اجتماعی کردن محکوم، زمانی قابل تحقق است که تمامی تدابیر و اقدامات در طول دوره اجرای محکومیت به درستی صورت پذیرد. همین امر زمینه‌ساز شکل‌گیری عنوان قاضی اجرای کیفر در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۹۵۸ فرانسه شد.^۳ این امر در نهایت منجر به شکل‌گیری دادگاه اجرای مجازات در سال ۲۰۰۵ در این کشور شد.^۴ مطابق ماده ۷-۷۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، این دادگاه در زمینه اجرای مجازات دارای اختیاراتی است^۵ و مانند تصمیمات قاضی اجرای مجازات، تصمیمات این دادگاه نیز می‌تواند توسط محکوم، دادستان شهرستان و دادستان استان، مورد اعتراض و تجدیدنظرخواهی قرار گیرد.^۶

نتیجه این تحولات استقلال قاضی اجرای مجازات از یک سو، نسبت به دادسرا و از سوی دیگر، هم‌شأن شدن آن با دادگاه است؛^۷ امری که منجر به آن شد که تصمیمات این نهاد از حالت اجرایی صرف، به قضاوتی شدن تبدیل شود.

۱. رودسرای، حسن، «قضایی شدن اجرای احکام کیفری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱، ص ۲.

۲. پرو، روزه، **نهادهای قضایی فرانسه**، ترجمه شهرام ابراهیمی، عباس تدین و غلامحسین کوشکی، تهران: سرسیل، ۱۳۸۴.

۳. Plawski, Op. Cit., P 250.

۴. طبق ماده ۱-۷۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری این کشور، نهاد اجرای احکام از دو شعبه قاضی اجرای مجازات و دادگاه اجرای مجازات تشکیل شده است. طبق ماده ۳-۷۱۲: «در حوزه دادگاه تجدیدنظر یک یا چند دادگاه اجرای مجازات که صلاحیت محلی آن با صلاحیت یک یا چند دادگاه شهرستان آن حوزه در ارتباط است و توسط آیین‌نامه تعیین می‌شود، تشکیل می‌گردد. دادگاه اجرای مجازات از یک رئیس و دو مستشار که توسط رئیس شعبه اول از میان قضات اجرای مجازات حوزه دادگاه تجدیدنظر برگزیده می‌شوند، تشکیل می‌شود... مذاکرات حضوری که این مرجع به آن اقدام می‌کند، در مقر دادگاه‌های مختلف شهرستان حوزه دادگاه تجدیدنظر یا در مؤسسات زندانی حوزه برگزار می‌شود».

۵. از جمله تدابیر دوره تأمین، آزادی مشروط یا تعلیق مجازات که در صلاحیت قاضی اجرای مجازات نیست، با رأی موجه این دادگاه، مورد موافقت، اصلاح، تعویق، رد یا باطل می‌گردد. نک: ماده ۷-۷۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه.

۶. نگاه کنید: ماده ۱۱-۷۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه. همچنین رسیدگی به اعتراض به برخی قرارهای این نهاد، در صلاحیت رئیس شعبه اجرای مجازات دادگاه تجدیدنظر و رسیدگی به اعتراض به برخی از آرای این نهاد، در صلاحیت شعبه اجرای مجازات دادگاه تجدیدنظر است. در مورد اخیر، جلسه رسیدگی به اعتراض با حضور رئیس دادگاه و دو مستشار و همچنین حضور یک مسئول انجمن بازپروری محکوم و یک مسئول انجمن کمک به بزه‌دیدگان تشکیل می‌شود. نگاه کنید: ماده ۱۲-۷۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه.

۷. این قاضی در انجام وظایف خود از معاونان و اشخاص متعددی همچون مأموران تعلیق مراقبتی، مددکاران اجتماعی، نمایندگان افتخاری و... یاری می‌جوید. نقش او بسیار گسترده و از جمله وظایف او عبارت از نظارت و دخالت در آنچه به چگونگی رفتار زندانیان مربوط می‌شود «وعده خروج، اعمال آزادی مشروط، نظام نیمه آزادی، استقرار در بیرون از زندان، تعلیق آزمایشی، خدمات عام‌المنفعه و...» است. همچنین وی نوعی سرپرستی بر همه کسانی، که مجازات خود را در محیط باز می‌گذرانند، دارد. برای نمونه شخصی که به تعلیق مجازات محکوم شده و تحت مراقبت قرار دارد یا کسی که از آزادی مشروط بهره‌مند شده است، تحت نظارت قاضی اجرا قرار دارد. پرو، روزه، پیشین، ص ۶۶۰. همچنین، قضات اجرای مجازات برای نظارت مطلوب بر اجرای احکام، با مراکز بازپروری و مراقبت همکاری می‌کنند. این مراکز از مشاورانی تشکیل شده که هم از لحاظ حقوقی و هم از نظر مددکاری اجتماعی، آموزش‌دیده‌اند. نقش مشاور در این است که همواره باید با قاضی اجرای مجازات در تماس باشد و وی را از نحوه اجرای مشکلات اجرایی و اینکه آیا مجازات به‌خوبی اجرا می‌شود یا خیر، مطلع کند. رضوی‌فرد، بهزاد، **جلوه‌هایی از حقوق کیفری فرانسه**، مجموعه مقالات و سخنرانی‌های میشل مسه و برنات اوبر، تهران: علامه طباطبائی، ۱۳۹۵، ص ۶۲.

در مقابل، در ایران اجرای احکام برعهده قاضی و معاونت اجرای احکام کیفری، به عنوان زیرمجموعه دادسراست. کلیه قضات دادسرا دارای پایه قضایی‌اند. دادسرا ذیل قوه قضائیه قرار می‌گیرد و طبیعتاً نهادهای زیرمجموعه دادسرا و مقامات آن، ازجمله معاونت اجرای احکام کیفری و قاضی اجرای احکام نیز در مجموعه قوه قضائیه جای دارند. بنابراین اجرای مجازات، امری با ماهیت قضایی شناخته شده که باید توسط قوه قضائیه اجرا شود.

در ایران دادگاه نیز نقش قابل توجهی در اجرای احکام کیفری دارد. در واقع، اگرچه اجرای احکام بر عهده دادسرا و مقامات آن قرار داده شده است، اما قضات دادگاه در این زمینه از اختیاراتی برخوردارند. ازجمله اینکه امکان بهره‌برداری محکومان از نهادهای ارفاقی همچون تعلیق اجرای مجازات یا آزادی مشروط یا اعمال ضمانت اجراهای تخلف از آن، با پیشنهاد محکوم، دادستان و قاضی اجرای احکام، برعهده دادگاه صادرکننده حکم قرار گرفته است. افزون بر این، در حوزه قضایی بخش که دادسرا وجود ندارد، اجرای احکام کیفری برعهده دادگاه است. ضمن آنکه رفع ابهام و اجمال از رأی محکومیت، با دادگاه صادرکننده رأی قطعی است. بنابراین، با صدور حکم محکومیت، ارتباط دادگاه با رأی صادره قطع نمی‌شود و قاضی دادگاه همچنان در چگونگی اجرای رأی خود دارای صلاحیت است. امری که در نهایت منجر به کاهش وجه قضایی بودن تصمیمات قاضی اجرای احکام می‌شود و تصمیمات این نهاد را به وجه نظارتی و اجرایی تقلیل می‌دهد.

۳.۲. قابلیت اعتراض به تصمیمات

بی‌تردید یکی از مؤلفه‌های قضایی محسوب شدن تصمیمات، به اعتبار مقام تصمیم‌گیرنده، قابلیت اعتراض به آنها است. در این راستا، نظام دادرسی کیفری فرانسه با اتخاذ رویکردی قابل تحسین در چارچوب پذیرش شأن قضایی برای قاضی اجرای احکام کیفری، حق اعتراض به تصمیمات قاضی و دادگاه اجرای احکام مجازات را مورد شناسایی قرار داده است. امری که بی‌شک منجر به تضمین حقوق محکومان خواهد شد.

بدین سان، در فرانسه مطابق قوانین و مقررات، تصمیمات اخذ شده توسط قاضی اجرای احکام در موارد قانونی از قابلیت اعتراض برخوردار شده است. در این راستا، تصمیمات قاضی اجرای کیفر و دادگاه اجرای مجازات می‌توانند مورد تجدیدنظرخواهی قرار گیرند. تجدیدنظرخواهی با توجه به موارد قانونی، در شعبه اجرای مجازات‌های دادگاه تجدیدنظر مشتمل بر رئیس و دو مستشار صورت می‌پذیرد یا نزد رئیس مطرح می‌شود (ماده ۷۱۲-۱). بدین سان، تصمیمات اتخاذی توسط قاضی اجرای کیفر از قابلیت اعتراض برخوردار شده است.

در این راستا، ماده ۷۱۲-۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری اصلاحی ۲۰۱۴ فرانسه نیز قابل توجه است. مطابق این ماده، تصمیمات قاضی اجرای کیفر و دادگاه اجرای مجازات‌ها می‌توانند با تجدیدنظرخواهی از سوی محکوم، دادستان شهرستان و دادستان استان از تاریخ ابلاغ تا مهلت‌های مقرر در این ماده مورد اعتراض قرار گیرند.

این درحالی است که مطابق قانون ایران، حق اعتراض به تصمیمات قضات اجرای احکام مورد شناسایی قرار نگرفته است. در این راستا، با توجه به قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری و اختیارات مصرح قانونی برای قاضی اجرای احکام، هیچ نشانی از قابلیت اعتراض به تصمیمات وجود ندارد. برای نمونه عدم اعلام وجود شرایط لازم برای تعلیق مجازات به دادگاه مطابق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی در هیچ مقرره‌ای قابل اعتراض دانسته نشده است. در سایر موارد اختیار قاضی اجرای احکام هم همین امر جاری است (ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی در خصوص آزادی مشروط، ماده ۷۷ قانون مزبور در خصوص تشدید، تخفیف، تبدیل یا توقف مجازات مورد حکم و نیز ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری درمورد پیشنهاد اجرای نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی). براین اساس، نه اقدام

براساس مواد پیش گفته و نه عدم اقدام توسط قاضی اجرای احکام کیفری قابل اعتراض شناخته نشده است.

نتیجه گیری

بی تردید در فرایند دادرسی کیفری، اجرای احکام یکی از مهم ترین مراحل است که نقش اساسی در احقاق حقوق دارد. در واقع، نتیجه تلاش هایی که در مراحل دیگر رسیدگی صورت می پذیرد، در مرحله اجرای حکم نهفته است. اهمیت این امر سبب شده تا در عصر حاضر، نگرش به اجرای احکام نسبت به گذشته تغییر یابد؛ امری که این مرحله را تبدیل به مرحله ای فنی، دقیق و برخوردار از سازوکارهای پیچیده کرده است.

در این چارچوب و برای افزایش کارآمدی این مرحله، در گام نخست ایده جداسازی مرحله اجرای احکام از مرحله دادرسی مطرح شد. به تدریج با توجه به اهمیتی که فردی سازی مجازات پیدا کرد و نقش قابل توجه مرحله اجرای کیفری در این موضوع، قضایی شدن این مرحله در دستور کار قرار گرفت. براین اساس، مؤلفه های این رویکرد نوین به جایگاه قاضی اجرای احکام در سه موضوع مهم از قابلیت تحلیل برخوردار شد. این موارد عبارتند از: استقلال ساختاری، استقلال قضایی و قضאותی محسوب شدن تصمیمات؛ امری که با نگاه به رویکرد نظام دادرسی کیفری فرانسه به وضوح قابل مشاهده است. با این حال، با وجود تلاش های قابل توجهی که در قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری ایران صورت گرفته، اما همچنان تا شمول کامل رویکرد جدید بر نهاد قاضی اجرای احکام، فاصله بسیار است. در این راستا، به منظور رسیدن به وضعیت مطلوب توجه به نکاتی ضروری به نظر می رسد:

نخست؛ در خصوص قاضی اجرای احکام و حوزه فعالیت او، قوانین از انسجام برخوردار نیست و به طور پراکنده ای در قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات وجود دارد. از این رو، برای هر اقدام مؤثری در این زمینه به نظر می رسد باید اقدام به رفع این پراکندگی تقنینی به نحو شایسته کرد. روشن است که محتوای قانون مجازات ماهوی بوده و قانون آیین دادرسی از محتوای شکلی برخوردار است؛ امری که باید در تدوین قوانین و مقررات و وضع آنها مورد توجه قرار گیرد. در این راستا، به منظور هرچه بهتر اجرا شدن احکام کیفری همانند مقررات مربوط به اجرای احکام مدنی، تدوین قانون جامع اجرای احکام کیفری می تواند بسیار راهگشا باشد.

دوم؛ با توجه به نقش مهم قاضی اجرای احکام و با عنایت به این که در نظام های کیفری دنیا انتخاب و گزینش این قاضی در شرایط سخت گیرانه تر صورت می گیرد و در نظام قضایی فرانسه این قاضی از بین قضات محاکم برای سه سال از سوی وزارت دادگستری منصوب می شود و دارای اختیارات وسیع بوده و مقام حکم دارد، در قانون آیین دادرسی کیفری جدید ایران، قانون گذار به رسم و سنت گذشته که قضات تازه منصوب شده را به امر اجرای احکام می گمارد، در تبصره ماده ۴۸۵ بدون قید شرایط سخت گیرانه، فقط به شرط داشتن سه سال سابقه خدمت قضایی اکتفا نکرده است. براین اساس، محتمل است به دلیل کمبود کادر قضایی و تراکم بیش از حد پرونده های اجرایی و عدم تجربه کافی، هدف اعمال نهادهای ارفاقی که همان بازپذیری اجتماعی است مغفول بماند. با توجه به فعالیت های عملی نگارندگان و در گفت و گوهای صورت گرفته با مقامات قضایی، یکی از مهم ترین دغدغه های موجود این است که به دلیل تراکم بیش از حد پرونده ها، موضوع قضایی شدن مرحله اجرای احکام، به نحوی که در کشورهای پیشرو انجام می گیرد، بدون رفع شدن موانع امکان پذیر نیست. این امر از یک سو، مستلزم استقلال قضایی و قضایی محسوب شدن تصمیمات قاضی اجرای احکام کیفری و از سوی دیگر، حضور مقامات قضایی با تجربه مناسب و به تعداد کافی است تا از بار اجرایی-اداری شدن این مرحله کاسته و شرایط قضایی شدن آن مهیا شود.

سوم؛ در نظام اجرای احکام کیفری ایران، اختیارات اعطایی به قاضی اجرای احکام، در بسیاری از موارد ناکافی است و این قاضی صرفاً پیشنهاددهنده محسوب می‌شود. تبصره ۲ ماده ۱۵۰ و ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری دلالت بر این دارد که اجرای رأی زیر نظر «دادگاه نخستین» صورت می‌پذیرد. امری که از یک‌سو، به دلیل وجود وظایف مهم‌تر برای دادگاه، یعنی رسیدگی و صدور حکم عادلانه، و از سوی دیگر، حساسیت‌های اجرای احکام، چندان مطلوب به نظر نمی‌رسد. از این رو، ضروری است تا مقنن در اصلاحات بعدی قوانین مربوط، قضایی شدن کامل مرحله اجرای حکم را در دستور کار خود قرار دهد.

منابع

کتاب

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۹۵.
۲. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: سمت، ۱۳۹۷.
۳. بولک، برنار، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، تهران: مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۶.
۴. بهرامی، بهرام، *آیین دادرسی مدنی*، تهران: نگاه بینه، چاپ ششم، ۱۳۸۲.
۵. پرو، روزه، *نهادهای قضایی فرانسه*، ترجمه شهرام ابراهیمی، عباس تدین و غلامحسین کوشکی، تهران: سرسبیل، ۱۳۸۴.
۶. تنگستانی، محمدقاسم، *استقلال و مسئولیت قوه قضائیه*، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۹۱.
۸. حبیبی تبار، جواد، *گام به گام با نهاد دادرسی*، قم: گام به گام، ۱۳۸۸.
۹. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: شهر دانش، چاپ چهل و پنجم، ۱۴۰۱.
۱۰. رضوی فرد، بهزاد، *جلوه‌هایی از حقوق کیفری فرانسه*، مجموعه مقالات و سخنرانی‌های می‌شل مسه و برنات اوبر، تهران: علامه طباطبائی، ۱۳۹۵.
۱۱. گلدوست جویباری، رجب، *آیین دادرسی کیفری*، تهران: جنگل، چاپ شانزدهم، ۱۴۰۱.
۱۲. مدنی کرمانی، عارفه، *اجرای احکام مدنی*، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۱۳. مصدق، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، تهران: جنگل، چاپ پنجم، ۱۳۹۴.

مقاله

۱۴. جلالی، محمد و سعید برخورداری، «بررسی تطبیقی عوامل مؤثر بر جایگاه حقوقی-اساسی دادستانی در میان قوا»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۱، شماره ۶۳، ۱۳۹۸، صص ۱۳۱-۱۶۲.

پایان نامه

۱۵. رفاهی، سیدعلی اصغر، «وظایف و اختیارات قاضی اجرای احکام در حقوق فرانسه و مقایسه آن با حقوق ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، مجتمع آموزشی عالی قم، ۱۳۸۲.
۱۶. رودسرابی، حسن، «قضایی شدن اجرای احکام کیفری»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.
۱۷. کاظمی جویباری، مهدی، «قرائت جرم‌شناختی موازین دادرسی عادلانه»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.

References

Books

1. Akhouni, Mahmoud, *Criminal Procedure Code*, Eighth Edition, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance, 2016. (in Persian)
2. Ashouri, Mohammad, *Criminal Procedure Code*, Volume 1, Tehran: Samt, 2018. (in Persian)
3. Bahrami, Bahram, *Civil Procedure Code*, Tehran: Bayyeneh Look, Sixth Edition, 2003. (in Persian)
4. Bolek, Bernard, *Criminal Law*, Translated by: Ali Hossein Najafi Abrand-Abadi, Tehran: Majd, Seventh Edition, 2007. (in Persian)
5. Goldoust Jooybari, Rajab, *Criminal Procedure Code*, Tehran: Jungle, 16th Edition, 2022. (in Persian)
6. Habibi Tabar, Javad, *Step by Step with the Judiciary*, Qom: Step by Step, 2009. (in Persian)
7. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Detailed Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, Sixth Edition, 2012. (in Persian)
8. Khaleghi, Ali, *Criminal Procedure Code*, Volume 1, Tehran: Shahr-e-Danesh, 45th Edition, 2022. (in Persian)
9. Madani Kermani, Arefeh, *Execution of Civil Laws*, Tehran: Majd, First Edition, 2006. (in Persian)
10. Mosaddegh, Mohammad, *Criminal Procedure Code*, Tehran: Jungle, Fifth Edition, 2015. (in Persian)
11. Perrou, Rog  , *French Judicial Institutions*, Translated by: Shahram Ebrahimi, Abbas Tadayyon and Gholam-Hossein Koushki, Tehran: Sarsabil, 2005. (in Persian)
12. Plawski, S. *Prison Law*. Lille: University Press of the North, 1997. (in French)
13. Razavi Fard, Behzad, *Manifestations of French Criminal Law*, Collection of Articles and Lectures by Michel Mass   and Bernadette Auber, Tehran: Allameh Tabatabaei, 2016. (in Persian)
14. Tangestani, Mohammad Ghasem, *Independence and Responsibility of the Judiciary*, Tehran: Mizan, 2018. (in Persian)

Articles

15. Hodgson, Jacqueline. Hierarchy, Bureaucracy and Ideology in "French Criminal Justice: Some Empirical Observations", *Journal of Law and Society*, Volume 29, Issue 2, 2003, PP 227-257.
16. Jalali, Mohammad and Sa'eed Barkhordari, "Comparative study of Factors Affecting the Fundamental Legal Status of the Prosecution Among the Branches of Government", *Quarterly Journal of Public Law Research*, Volume 21, Issue 63, 2019, PP 131-162. (in Persian)
17. Kelly, William. "An Independent Judiciary: the Core of the Rule of Law", *International Center for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*, Available at: <http://www.iccir.law.ubc.ca>
18. Office of democracy and governance. Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Washington DC: US Agency for International Development, 2002.

Theses

19. Kazemi Jouybari, Mehdi, "Criminological Reading of Fair Trial Standards," Master's Thesis, *Shahid Beheshti University*, 2009. (in Persian)
20. Refahi, Sayyed Ali Asghar, "Duties and Powers of the Judge in Enforcement of Sentences in French Law and Its Comparison with Iranian Law," Master's Thesis, *University of Tehran, Qom Higher Educational Complex*, 2003. (in Persian)
21. Roudsarabi, Hassan, "Judicialization of Criminal Sentence Enforcement," Master's Thesis, *Shahid Beheshti University*, 2012. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Independence versus Accountability: A Reflection on Judicial Oversight in the United States Legal System

Ayatollah Jalili¹, Farshid Dehghan², Mehrad Momen³ 

ABSTRACT

Beyond other power structures, it is the Judiciary that creates the most significant challenges and requirements within the framework of the doctrine of separation of powers. As Montesquieu and some jurists contended, the Judiciary, in contrast to the Legislature, has no restrictive function. This holds true insofar as it concerns ordinary judges, who are strictly bound by and committed to the law and lack the authority to adjudicate the validity of laws. However, this is not entirely the case for American-style supreme courts and constitutional courts, which can effectively confine the legislative authority of lawmakers within the boundaries of the Constitution. nevertheless, the separation of powers does not inherently entail courts' independence in general or constitutional courts in particular. Perhaps if there were a fused legislative and executive branch, both subject to the effective oversight of an independent constitutional court, this relationship would be observed more clearly. The most crucial doctrine in analyzing the legal accountability of government is the separation of powers. The essence of this doctrine lies in the Legislature enacting laws, the Executive enforcing them, and the Judiciary - within the framework of adjudicating individual disputes - determining whether the law has been correctly interpreted and applied. This tripartite division of functions prevents the excessive concentration of power in any single branch of government, enables each branch to counterbalance the others, and ensures that legal disputes concerning governmental authority are resolved with utmost integrity by an independent judiciary under the rule of law. The phrase "rule of law" is a slogan that has been invoked throughout history for numerous political purposes. The rule of law means that no individual, regardless of their position, is "above" the law. Hence, the emphasis on "accountability" is one of the cornerstones of good governance and a key issue. Holding political leaders publicly accountable is a fundamental characteristic of representative democracy. Here, the judge serves as an intermediary between the government and citizens. However, in this study, what matters is understanding how a judicial system balances concerns regarding independence with those regarding accountability – The question can be considered only after which one can ponder whether the system conducts this action in a manner that would yield an effective judiciary. If independence means freedom from the oversight of other government branches and voters, how can we prevent judicial negligence or abuse of the law? Judicial accountability is a fundamental democratic imperative in federal and state systems like the those of the United States. Simply put, judges must be accountable to the people for their role in upholding the Constitution through fair and impartial enforcement of the law. Yet, judicial

How to Cite: Jalili, Ayatollah, Dehghan, Farshid, Momen, Mehrad, "Independence versus Accountability: A Reflection on Judicial Oversight in the United States Legal System", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:159-178.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234859.2685>

Received: 03/03/2024-Accepted: 08/07/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran

2. PhD, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran

3. PhD Candidate, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran

Corresponding Author Email: m.momen@stu.qom.ac.ir



Copyright: © 2025 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/>).

accountability is a concept often misunderstood at best and abused at worst. It has become a rallying cry for those who, in reality, seek to dictate fundamental judicial outcomes. The notion of accountability is appealing in itself. Judges who reach decisions contrary to the will of the majority of other judges ought to be "accountable." Meanwhile, the Drafters embedded the concept of judicial independence within the judiciary as a means of safeguarding the rule of law. Judicial independence is a vital mechanism empowering judges to make decisions that may be unpopular yet correct, thereby affirming the principle that no person or group, however powerful, is above the law. It also sustains the ideal that the rule of law protects minorities from the tyranny of the majority. In addressing judicial oversight and the realization of independence or the emphasis on accountability by this structure, this study takes a deeper look at the U.S. legal system and its various dimensions. Judicial independence implies that the judiciary should not fear sanctions for the decisions it makes. Accordingly, an independent judiciary can protect individual rights against unlawful encroachment or abuse of power by the government. However, if this independence is exercised without restraint, it may itself become a source of irreparable harm. Thus, an independent judiciary must also be accountable for its actions. But assuming this independence, to whom is the judiciary accountable? Does the principle of governmental accountability apply to the judiciary as well? This study seeks to demonstrate that independence and accountability are interdependent and two sides of the same coin in the judicial system - in a sense, they are not contradictory but complementary. Judicial independence from other policymakers in society increases the potential for delayed decision-making, disregard for certain evidence, and erroneous or legally irrelevant rulings. Independent judges, though a necessary condition for the rule of law, can also pose a threat to it - in a sense, if judicial supremacy expands, the rule of law will not be realized. Despite extensive scholarly literature on judicial oversight in Iranian public law, the issue of independence and accountability, with an absolute emphasis on the U.S. legal system and relying solely on non-Iranian scholars, has been less explored. Therefore, this study employs a descriptive-analytical method, drawing on research literature and conventional approaches in the U.S. legal system, to examine this issue under several headings. First: What is the basis of accountability and its conceptual meaning? Next, we analyze the challenges between the role of the judicial structure in the U.S. presidential system and then elucidate what is known as public opinion and the nature of democracy. Finally, we examine and explain the stance of independence or accountability in the realm of judicial oversight. The findings of the study indicate that judicial accountability is a necessary but insufficient condition for realizing the rule of law. Moreover, many commentators argue that judicial independence and democratic accountability are intertwined in an irreconcilable tension. However, this study emphasizes that these competing ideals are not ends in themselves but means to a more significant goal: the realization of an efficient judicial system with acceptable performance. Nevertheless, in pursuit of this goal, the U.S. Constitution grants judges broad independence while placing them within an institution subject to intense political and public scrutiny.

KeyWords: Judicial Oversight, Judicial Accountability, Judicial Independence, U.S. Legal System, Demands of Public Opinion



استقلال یا پاسخ‌گویی: تأملی بر نهاد نظارت قضایی در نظام حقوقی ایالات متحده

آیت‌اله جلیلی^۱، فرشید دهقان^۲، مهرداد مؤمن^۳

چکیده

استقلال و پاسخ‌گویی دو روی یک سکه در نظام قضایی تلقی می‌شوند؛ به یک معنا، این دو نه در تعارض، بلکه مکمل یکدیگر تعریف می‌شوند. استقلال قضات از سایر متولیان سیاست‌گذاری در جامعه، امکان تعلل در تصمیم‌گیری، نادیده‌انگاری برخی از ادله موجود، و صدور تصمیمات نادرست یا مبتنی بر قوانین غیرمرتبط را افزایش می‌دهد. قضات مستقل، به‌رغم آنکه شرط لازم برای حکومت قانون محسوب می‌شوند، می‌توانند تهدیدی برای آن نیز باشند؛ به یک معنا، اگر حاکمیت قضات تسری یابد، حکومت قانون تحقق نخواهد یافت. یافته‌های این پژوهش که با روش توصیفی-تحلیلی و با تکیه بر ادبیات پژوهش و مشی متعارف در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا انجام پذیرفته است، حاکی از آن است که پاسخ‌گویی قضایی شرط لازم، اما ناکافی برای تحقق حکومت قانون است. به‌علاوه، بسیاری از مفسران معتقدند که استقلال قضایی و پاسخ‌گویی دمکراتیک نیز در تنشی آشتی‌ناپذیر با یکدیگر قرار دارند. این درحالی است که پژوهش حاضر تأکید دارد که این آرمان‌های رقیب، خود هدف نیستند، بلکه ابزاری برای یک هدف مهم‌ترند که همان تحقق سیستم قضایی کارآمد با عملکرد مقبول است. مع‌الوصف، به‌دنبال دستیابی به این هدف، قانون اساسی ایالات متحده استقلال گسترده‌ای به قضات داده است و درعین حال آنها را در نهادی قرار می‌دهد که در معرض نظارت سیاسی شدید هستند.

کلید واژگان: نظارت قضایی، پاسخ‌گویی قضایی، استقلال قضایی، نظام حقوقی ایالات متحده، مطالبات افکار عمومی.

استناد به این مقاله: جلیلی، آیت‌اله، دهقان، فرشید، مؤمن، مهرداد، «استقلال یا پاسخ‌گویی: تأملی بر نهاد نظارت قضایی در نظام حقوقی ایالات متحده»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۱۷۸-۱۵۹.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234859.2685>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۱۸

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
 ۲. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
 ۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
- ایمیل نویسنده مسئول: m.momen@stu.qom.ac.ir



Copyright: © 2025 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

فراتر از سایر سازمان‌های قدرت، این قوه قضائیه است که چالش‌ها و الزامات زیادی را در چارچوب دکتین تفکیک قوا ایجاد کرد. چنان‌که مونتسکیو و برخی حقوق‌دانان معتقد بودند که قوه قضائیه در مقایسه با مقننه هیچ عملکرد تحدیدی ندارد. این درست است، تا آنجا که به قاضی عادی مربوط می‌شود که به‌شدت ملزم و متعهد به قانون است و صلاحیت تصمیم‌گیری در مورد صحت‌سنجی قوانین را ندارد. اما این امر برای دادگاه‌های عالی در نوع آمریکایی آن و برای دادگاه‌های قانون اساسی تا حدی صادق نیست؛ به‌گونه‌ای که این دادگاه‌ها می‌توانند به‌طرز مؤثری صلاحیت تقنینی قانون‌گذار را به مرزهای قانون اساسی محدود کنند. با این حال، تفکیک قوا متضمن استقلال دادگاه‌ها به‌طور عام و دادگاه قانون اساسی به‌طور خاص نیست. شاید اگر قوای مقننه و مجریه مختلط وجود داشت و هر دو تحت نظارت مؤثر دادگاه قانون اساسی مستقل بودند، می‌توانستیم این رابطه را واضح‌تر مشاهده کنیم.

مهم‌ترین دکتین در تحلیل پاسخ‌گویی حقوقی حکومت، تفکیک قوا است. جوهره این دکتین بر این اساس است که قوه مقننه قانون را وضع می‌کند، قوه مجریه آن را اجرا می‌کند و قوه قضائیه - در چارچوب رسیدگی به اختلافات فردی - بررسی می‌کند که آیا قانون به‌درستی تفسیر و اجرا شده است یا خیر. این تقسیم سه‌جانبه کارکردها از تمرکز بی‌رویه قدرت در هر یک از شاخه‌های حکومت جلوگیری می‌کند؛ هر شاخه را قادر می‌سازد تا با سایر شاخه‌ها تعادل برقرار کند و تضمین می‌کند که اختلافات حقوقی درباره قدرت حکومت در کمال سلامت توسط یک قوه قضائیه مستقل حل و فصل می‌شود. بر این اساس، یک قوه قضائیه مستقل می‌تواند از حقوق فردی در برابر تجاوز غیرقانونی یا سوءاستفاده از قدرت توسط حکومت محافظت کند.^۱

در سوی دیگر، در سرتاسر جهان، اضمحلال دموکراسی و حوزه جمعی در حال افزایش است و مقامات سیاسی به آرامی ستون‌های رقابت دموکراتیک مانند آزادی‌های سیاسی، انتخابات سالم و مطبوعات آزاد را تضعیف می‌کنند. این تحلیل تدریجی اغلب به فروپاشی دموکراسی ختم می‌شود. در همین راستا، گفته می‌شود که مکانیسم‌های پاسخ‌گویی، شامل نظارت پارلمانی و قضایی، فشارهای جامعه مدنی و رسانه‌ها، رقابت انتخاباتی بین-حزبی و درون-حزبی، نقش مهمی در توقف این فرایند داشته‌اند. این علل در کنار اعمال محدودیت‌های نهادی - مانند محدودیت‌های دوره ریاست‌جمهوری یا استقلال قضایی - و عوامل زمینه‌ای - به‌ویژه رکود اقتصادی و خشم عمومی در مورد رسوایی‌های فساد - و فشارهای همزمان از سوی جامعه مدنی بر مقامات متصدی، عملاً اضمحلال را متوقف کرده‌اند.^۲

در نهایت، با وجود ادبیات تحقیق گسترده در مورد نهاد نظارت قضایی در حقوق عمومی ایران، مسئله استقلال و پاسخ‌گویی با تأکید مطلق بر نظام حقوقی ایالات متحده و صرفاً با استناد به اندیشمندان غیرایرانی کمتر مورد پژوهش بوده است. از این‌رو، در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده ذیل چند عنوان این مقوله را مورد مذاقه قرار خواهیم داد. نخست اینکه؛ محور موجد پاسخ‌گویی و مفهوم پاسخ‌گویی چیست؟ سپس، چالش‌های مطرح میان نقش ساختار قضایی در نظام ریاستی ایالات متحده با آنچه تحت عنوان افکار عمومی و ماهیت دموکراسی شناخته می‌شود مورد مذاقه و تحلیل قرار می‌دهیم و در نهایت به بررسی و تبیین موضع استقلال یا پاسخ‌گویی در حوزه نظارت قضایی خواهیم پرداخت.

^۱ McMillan, John. "Re-thinking the Separation of Powers", *Federal Law Review*, Volume 38, Issue 3, 2010, P 425.

^۲ Laebens, Melis G. and Anna Lüthmann. "What Halts Democratic Erosion? The Changing Role of Accountability", *Democratization*, Volume 28, Issue 5, 2021, PP 908-928.

۱. حکومت قانون؛ ایده نظارت تقنینی و بازنگری قضایی

عبارت «حکومت قانون» شعاری است که در فراخوانی تاریخ برای مقاصد سیاسی بسیاری استفاده شده است. مراد از حکومت قانون این است که هیچ فردی، فارغ از هر جایگاهی که داشته باشد، «فراتر از» قانون نیست. به یک معنا، اقدامات دولتی باید در برابر مجموعه‌ای از ضابطه‌های ازپیش تعیین شده پاسخگو باشد. امروزه، با توجه به اقدامات وسیعی که به ابتکار دولت‌ها صورت می‌پذیرد، ایده حکومت قانون معمولاً با نظارت و بازنگری قضایی تجلی می‌یابد. این بدان معناست که تصمیمات دولت باید اولاً شفاف باشد و در وهله دوم در محک آن ضابطه‌های ازپیش تعیین شده‌ای باشد که توسط نهادهای مستقل، مثلاً دادگاه، اعمال می‌شود. این ضابطه‌های ازپیش تعیین شده در خلال قوانین اساسی، قوانین عادی، مقررات اداری یا ادبیات حقوق عمومی آمده است که به‌طور کلی ما آن را «قانون» می‌نامیم.

باین‌حال، قانون متر و معیار تبیین همه تصمیمات دولت نیست. دلیل آن شاید وجود مواردی است که خارج از چهارچوب قوانین مقرر در جریان‌اند؛ صلاحیت‌های تخییری که در دست مقامات عمومی و سازمان‌های ذی‌قدرت است. این همان ایده اصلی حکومت قانون است: پاسخ‌گویی حکومت (شامل پاسخ‌های قضایی به دعاوی خصوصی) به ضابطه‌های ازپیش تعیین شده و اعمال شده توسط نهادهای مستقل، مثلاً دادگاه، از مجرای رویه‌ای که می‌تواند عملاً توسط زیان دیده استفاده شود. باین‌حال، حتی در این مقوله نیز موضوعات مناقشه‌آمیزی وجود دارد. قوانینی که تصمیمات حکومت به آنها پاسخگو است، ناگزیر اجازه می‌دهد مقام مجری تا حدی صلاحیت تخییری داشته باشد؛ اما صلاحدید مفرط، اصل پاسخ‌گویی را نفی می‌کند. گستره این صلاحیت و اینکه چه میزان از این اختیار بیش از حد قلمداد بشود، محل مشاجره و اختلاف است. در برخی از مناسبات حکمرانی، مانند مسائل سیاست خارجی، این صلاحیت به‌قدری اجتناب‌ناپذیر و گسترده است که گاهی به‌طور کلی از پاسخ‌گویی قانون می‌گریزد.

اعمال صلاحیت تخییری توسط مقامات اداری در تعارض با ایدئال حکومت قانون پاسخ‌گویی تمام‌عیار آنها در برابر قانون در قبال تصمیماتشان است؛ باین‌حال، صلاحیت تخییری به‌عنوان یکی از مختصات دولت اداری مدرن پذیرفته شده است. پس به ناگزیر، این پرسش شکل می‌گیرد که اگر قرار است فرایند تصمیم‌گیری با ایدئال حکومت قانون مطابقت داشته باشد، حدّ یقف صلاحیت تخییری مقامات عمومی ذیل ضابطه‌ها تا کجاست؟ امروزه در سرتاسر جهان به‌طور فزاینده‌ای مرسوم است که نهادهای مقننه بر کمّ و کیف اجرای قانون توسط قوه مجریه در فرایندی که نظارت تقنینی نامیده می‌شود، احاطه داشته باشند. ازسوی دیگر، درجاتی از تفکیک قوا به‌واسطه حکومت قانون مفروض است. برای قانون بودن، قوانین باید ازپیش تعیین شده باشند. به تعبیر دیگر، اغلب، ساختِ قانون یک عمل پیشینی و اعمال آن عملی پسینی است.

تأکید بر «پاسخ‌گویی» یکی از سنگ‌بناهای تحقق حکمرانی خوب و موضوعی کلیدی است. قدرت عمومی در پاسخ‌گو نگاه داشتن رهبران سیاسی یکی از مشخصه‌های بنیادین دموکراسی نمایندگی است.^۱ برای درک بهتر این موضع و امکان‌سنجی عملکرد قانون و قانون‌گذار در راستای امر نظارت، براساس دکترین حاکمیت پارلمانی،^۲ تنها پارلمان حق وضع یا لغو هر قانونی را دارد و هیچ شخص یا نهادهای حق نادیده گرفتن یا کنار گذاشتن قوانین مصوب پارلمان را ندارد. در کنار این ساختار، قوه قضائیه ابزاری برای اعمال حکومت قانون و تضمین آن تلقی می‌شود. قاضی واسطه میان حکومت

^۱ Mechkova, Valeriya, Anna Lührmann, and Staffan I. Lindberg. "The Accountability Sequence: From De-Jure to De-Facto Constraints on Governments", *Studies in Comparative International Development*, Volume 54, 2019, P 40.

و شهروندان است.^۱ اما در این پژوهش، آنچه اهمیت دارد این است که بدانیم چگونه یک نظام قضایی نگرانی‌های ناظر به استقلال را با نگرانی‌های ناظر به پاسخ‌گویی متعادل می‌کند و تنها پس از آن است که می‌توان به این فکر کرد که آیا نظام این کار را به‌گونه‌ای انجام می‌دهد که یک قوه قضائیه کارآمد ایجاد کند.^۲

اگر استقلال به معنای آزادی از نظارت سایر ارکان حکومتی و رأی‌دهندگان است، چگونه می‌توان از نادیده‌انگاری یا سوءاستفاده قضات از قانون جلوگیری کرد؟ پاسخ‌گویی قضایی یک بایسته اساسی دموکراتیک در دولت‌های فدرال و ایالتی مانند ایالات متحده است. به بیان ساده، قضات باید به‌خاطر نقش قانون اساسی، با اجرای منصفانه و بی‌طرفانه قانون در برابر مردم پاسخ‌گو باشند. باین‌حال، پاسخ‌گویی قضایی مفهومی است که اغلب در بهترین حالت موجب سوءتفاهم می‌شود و در بدترین حالت مورد سوءاستفاده قرار می‌گیرد. پاسخ‌گویی قضایی به یک فریاد اجماع برای کسانی بدل شده است که در واقعیت می‌خواهند نتایج قضایی بنیادینی را دیکته کنند. مفهوم پاسخ‌گویی در صورت خود جذاب است؛ قضاتی که به نتایجی دست می‌یابند که با اراده اکثریت سایر قضات در تعارض باشد، باید 'پاسخ‌گو' باشند.^۳

این درحالی است که مؤسسان فدرال، مفهوم استقلال قضایی را به‌عنوان ابزاری برای تضمین حکومت قانون در بطن قوه قضائیه قرار دادند. استقلال قضایی مکانیسم حیاتی است که به قضات قدرت می‌دهد تا تصمیماتی بگیرند که ممکن است نامحبوب، اما درعین‌حال صحیح باشد و از این طریق قوه قضائیه این اصل را تأیید می‌کند که هیچ شخص یا گروهی، هرچند قدرتمند، فراتر از قانون نیست. همچنین این آرمان که حکومت قانون از اقلیت در برابر استبداد اکثریت محافظت می‌کند را زنده نگاه می‌دارد. اما یک قوه قضائیه مستقل هم مستلزم آن است که هر قاضی در اعمال اختیارات خود مستقل باشد و هم اینکه قوه قضائیه به‌عنوان یک کل مستقل بوده و حوزه صلاحیت‌های آن از مداخله نادرست دو قوه دیگر حکومت صیانت شود. به عبارت دیگر، استقلال قضایی هم جنبه فردی و هم جنبه نهادی دارد.^۴

در موضعی دیگر، یکی از مکانیسم‌های بازنگری اساسی، شناسایی صلاحیت دادگاه‌ها برای بررسی مطابقت قوانین یا اقدامات حکومت با قانون اساسی است. این نهاد، که در ادبیات حقوقی اغلب «بازنگری قضایی» نامیده می‌شود، اصالتاً از نظم اساسی ایالات متحده سرچشمه می‌گیرد و اکنون یکی از ویژگی‌های فراگیر حکومت‌هاست؛ به‌طوری‌که تقریباً سه‌چهارم قانون‌های اساسی موجود آن را شناسایی کرده‌اند.^۵ اهمیت این نهاد از آن لحاظ است که قضات را به مرجع تفسیر نهایی درمورد موضوعاتی تبدیل کرده است که قبلاً منحصراً ماهیت سیاسی داشتند. باین‌حال، نهاد بازنگری قضایی در برخی کشورها پذیرفته نشده است؛ به‌عنوان مثال، کشور انگلستان دارای سنت دیرپای حاکمیت پارلمانی است که نمایندگان مردم در قوه مقننه را بر هر مرجع دیگری مقدم می‌شناسد و قائل به محدودیت تقنین از مجرای بازنگری قضایی نیست.

¹ Burbank, Stephen B. "The Architecture of Judicial Independence", *Southern California Law Review*, Volume 72, 1999, PP 317-18.

² Ferejohn, John A. and Larry D. Kramer. "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint.", *New York University Law Review*, Volume 77, 2002, PP 964.

³ O'Connor, Sandra Day. "Judicial Accountability Must Safeguard, Not Threaten, Judicial Independence: An Introduction", *Denver University Law Review*, Volume 86, 2008, P 2.

⁴ Ibid.

⁵ Ginsburg, Tom and Mila Versteeg. "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?" *Journal of Law, Economics, & Organization*, Issue 30, Issue 3, 2014, P 590.

در تضاد نسبی با مقوله حکومت قانون ضروری است اشاره شود که در بین ساختارهای سه قوه رایج: سازمان‌های اداری نیز نقش اساسی در تدوین و اجرای سیاست‌های ملی ایفا می‌کنند. محور این نقش، اعمال صلاحیت تخییری آنهاست. بدیهی است چنین صلاحیتی باید با رعایت احترام به حکومت قانون تحدید و تنسیق شود. در نظام حقوقی ایالات متحده حصول اطمینان از محدود بودن دامنه این صلاحیت‌ها از اهم انتظارات از دادگاه‌های تجدیدنظر است. یافته‌ها نشان می‌دهد که موفقیت سازمان‌های اداری به ملاحظات سیاسی وابسته است و سازمان‌ها زمانی موفق می‌شوند که تصمیمات آنها با ترجیحات سیاستی قضات سازگار باشد. باین حال، متغیرهایی که عناصر مدل قانونی را دربرمی‌گرفتند نیز با موفقیت مرتبط بودند. روی هم رفته، به نظر می‌رسد که دادگاه‌های استیناف هم به نگرانی‌های حقوقی و هم به ترجیحات سیاسی پاسخ می‌دهند. بر همین اساس، به نظر می‌رسد دادگاه‌ها این انتظار را برآورده می‌کنند که بدترین سوءاستفاده از صلاحیت تخییری را با تحمیل حکومت قانون محدود کنند.^۱

در اهمیت پدیده «صلاحیت‌های تخییری» همین بس که سازمان‌های اداری فدرال، به باور برخی حقوقدانان، «تدوین گران اصلی» سیاست هستند. مرکز نقش‌آفرینی سازمان‌های اداری به عنوان سیاست‌گذار، صلاحیت تخییری گسترده‌ای است که توسط آنها اعمال می‌شود. درحالی‌که وفاق گسترده‌ای از ضرورت و اجتناب‌ناپذیری صلاحیت تخییری در درون سازمان‌های اداری وجود دارد، یک اجماع هنجاری بر تحدید حدود این اختیار با رعایت اولویت‌های سیاسی رئیس‌جمهور و کنگره علاوه بر الزامات ماهوی و رویه‌ای حکومت قانون، وجود دارد. باین حال، نه تبعیت از مافوق سیاسی و نه وفاداری به حکومت قانون را نمی‌توان مشخصه همه اقدامات اداری فرض کرد. شواهد فراوانی مبنی بر سوءاستفاده از صلاحیت تخییری و تسهیل مداخله سلاقی شخصی یا سوگیری‌های سیاسی در تصمیمات اداری وجود دارد. صلاحیت تخییری وجه تاریک خود را دارد؛ چراکه با ترغیب و توان بخشی مقامات به رفتار تبعیضی مفرط، ممکن است منافع عمومی را ذیل منافع خصوصی قرار دهد و بر شهروندان ظلم کند.^۲ در نتیجه این نگرانی، برخی از صاحب‌نظران توصیه کرده‌اند که محدودیت‌های قانونی در اعمال اختیارات اداری وجود داشته باشد. «شکل سنتی» چنین تلاش‌هایی برای ایجاد محدودیت بر اختیارات اداری بازنگری توسط مراجع شبه کیفری، دیوان‌ها و تریبونال‌های نسبتاً مستقل مختلف، اغلب دادگاه‌های عمومی، بوده است.^۳ در این زمینه، بازنگری قضایی در قاموس بررسی بی‌قانونی و کنترل مقامات اداری جهت جلوگیری از اخذ تصمیمات اداری براساس ترجیحات شخصی یا سیاسی قلمداد می‌شود. نهاد بازنگری قضایی مکانیسم مهمی برای پاسخ‌گویی قانونی حکومت است؛ باوجود این، ابهاماتی درباره نقش مناسب آن در نظام تفکیک قوا باقی می‌ماند. اعمال بازنگری قضایی تخصص-محور می‌تواند باعث ایجاد سیاست‌های آگاهانه‌تر شود. همچنین، بازنگری حقوقی سیاست‌های عمومی توسط دادگاه‌های تخصصی می‌تواند دامنه اطلاعات موجود برای سیاست‌گذاری عمومی را بهبود بخشد.^۴ بنابراین، می‌توان اذعان کرد که مطابق اصل حکومت قانون، قضات به رغم استقلال قضایی، حتی در مواردی که از صلاحیت تخییری برخوردارند، باید بر اُس، نَص و مَرّ قانون حکم صادر کنند و با رعایت الزامات شایسته قانون در پیشگاه عمومی در قبال تصمیماتشان نیز پاسخ‌گو باشند.

¹ Humphries, Martha Anne and Donald R. Songer. "Law and Politics in Judicial Oversight of Federal Administrative Agencies", *Journal of Politics*, Volume 61, Issue 1, 1999, P 207.

² Schuck, Peter H. *Foundations of Administrative Law*, New York: Oxford University Press, 1994, P155.

³ Ibid, P 156.

⁴ Dragu, Tiberiu and Oliver Board. "On Judicial Review in a Separation of Powers System", *Political Science Research and Methods*, Volume 3, Issue 3, 2015, P 486.

۲. نظارت قضایی؛ استقلال یا پاسخ‌گویی

در اشاره به موضوع نظارت قضایی و تحقق استقلال یا تأکید بر پاسخ‌گویی از سوی این سازمان، نگاهی عمیق‌تر به نظم حقوقی ایالات متحده و زوایای مختلف آن خواهیم داشت. استقلال قضایی به این معناست که قوه قضائیه به‌خاطر تصمیماتی که می‌گیرد، بیم از تحریم نداشته باشد. با فرض این استقلال، قوه قضائیه پاسخ‌گوی چه کسی است؟ آیا اصل پاسخ‌گویی همه تصمیمات حکومت در مورد قوه قضائیه نیز صدق می‌کند؟ باید گفت که استقلال قوه قضائیه، به‌عنوان شرط لازم برای اجرای ایدئال حکومت قانون، احتمالاً به‌معنای استقلال تمام‌عیار نیست، بلکه متوقف بر مسائل بنیادین و دارای ماهیت اساسی است. به‌رغم پذیرش برخی صلاحیت‌های اجتناب‌ناپذیر و درعین‌حال نظارت‌ناپذیر حکومت و به‌عنوان یک ضرورت عملی، صلاحیت‌های تخییری گسترده در قوه قضائیه می‌تواند به نسبت سایر نهادهای حکومت در دسرسازتر باشد.

در مقایسه نهادهای حکومتی، به‌نظر می‌رسد در حوزه قضایی، صلاحیت‌های تخییری کمتر مشمول پاسخ‌گویی سیاسی هستند. بدیهی است اگر قضات اساساً دامن‌دار صلاحیتی نامحدود داشته باشند، این خطر وجود دارد که آن صلاحیت‌ها در راستای منافع مقامات حکومتی نیز اعمال شود و به‌تبع آن با اقدامات خارج از شمول نظارت قضایی، بنیاد حکومت قانون در ورطه آسیب جدی قرار گیرد.^۱ اما قانون اساسی ایالات متحده به‌طور خاص به استقلال قضایی اشاره نمی‌کند؛ این را می‌توان دلیلی متقن بر آن دانست که استقلال قضایی وسیله‌ای برای رسیدن به یک هدف است، نه خود هدف. پاسخ‌گویی درون-رکنی مناسب برای اجتناب از پاسخ‌گویی میان-ارکانی نامناسب ضروری است. در سوی دیگر، توجه به روی دیگر سکه- یعنی استقلال قضایی- مستلزم این است که پاسخ‌گویی متضمن اثرات نابجا نباشد. ایجاد دوگانگی میان «قانون» و «سیاست قضایی» اشتباه است؛ زیرا مانند استقلال و پاسخ‌گویی قضایی، قانون و سیاست قضایی رویه‌های متفاوتی از یک سکه‌اند. این دو متضاد نیستند، بلکه مکمل همدیگرند.^۲

براین‌اساس، پاسخ‌گویی قضایی را می‌توان هزینه‌هایی تعریف کرد که یک قاضی انتظار دارد در صورت انحراف نامتعارف رفتاری و تصمیمات خود از ضابطه‌های عمومی شناسایی شده متحمل شود. به‌علاوه، آثار پاسخ‌گویی قضایی متوجه قضات و اقدامات آنها- به‌صورت فردی- و نه قوه قضائیه به‌عنوان یک شاخه از ساختار حکومت است. همچنین، منظور از رفتار و تصمیم قاضی به‌ترتیب جنبه‌های رویه‌ای و ماهوی است.^۳ با این تعاریف، از یک منظر، استقلال قضایی به دو نوع تقسیم می‌شود: «استقلال شخصی قضات» و «استقلال نهادی قوه قضائیه». این زمینه‌های استقلال در نهایت، به بروز آنچه فلد و ویت استقلال عملی^۴ و قانونی^۵ می‌نامند منجر می‌شود.^۶ استقلال قضایی، هرچند یک شرط لازم برای بی‌طرفی قضات است، ممکن است آن را نیز به مخاطره بیندازد؛ گاهی استقلال قضات زمینه بی‌رغبتی برای دانش‌افزایی، اِهمال یا حتی فساد را در پی دارد.

اغلب تصور می‌شود که استقلال قضایی و پاسخ‌گویی قضایی غایات متعارض‌اند؛ درحالی‌که، این دو نه تنها لزوماً اهداف

^۱. Whitford, William C. "The Rule of Law", *Wisconsin Law Review*, 2000, P 727.

^۲. Burbank, Stephen B. "On the Study of Judicial Behaviors: Of Law, Politics, Science and Humility." In: What's Law Got to Do with It?: *What Judges Do, Why They Do It, and What's at Stake*, Geyh, Charles Gardner (ed.) Stanford: Stanford University Press, 2011, P 51.

^۳. Voigt, Stefan. "The Economic Effects of Judicial Accountability: Some Preliminary Insights", *European Journal of Law and Economics*, Volume 19, Issue 2, 2005, P 100.

^۴. De Facto Independence

^۵. De Jure Independence

^۶. Voigt, Stefan and Lars P. Feld. "Economic growth and judicial independence: cross-country evidence using a new set of indicators", *European Journal of Political Economy*, Volume 19, Issue 3, 2003, P 520.

متعارضی نیستند، بلکه می‌توانند ابزارهای مکملی برای دستیابی به بی‌طرفی قضایی، و در نتیجه آن، حکومت قانون باشند. از این رو، یک قوه قضائیه مستقل شرط لازم برای تحقق حکومت قانون خواهد بود. قضات مستقل، به‌رغم آنکه شرط لازم برای حکومت قانون‌اند، می‌توانند تهدیدی برای آن نیز باشند؛ به یک معنا، اگر حاکمیت قضات تسری یابد، حکومت قانون تحقق نخواهد یافت. این تنش آشکار باعث شده است که برخی از صاحب‌نظران تصور کنند یک مبادله میان استقلال قضایی و پاسخ‌گویی قضایی ضروری می‌کند؛ در حالی که لزوماً این‌طور نیست و امکان داشتن یک قوه قضائیه مستقل و در عین حال پاسخ‌گو وجود دارد. در همین سو، براساس ایده کنترل و تعادل،^۱ شاخه‌های مختلف حکومت یکدیگر را کنترل می‌کنند. بنابراین، حوزه اختیارات قضایی با محدودیت‌ها و واریسی قوه قضائیه توسط سایر قوا کنترل و تعدیل می‌شود. البته تشخیص اینکه آیا یک تصمیم با ضابطه‌های عمومی شناسایی شده مطابقت دارد یا خیر، کار دشواری است.

ساده‌لوحانه است اگر تصور کنیم که کار قضات صرفاً و اساساً تسری هنجارهای عمومی به موارد خاص است.^۲ بازنگری قضایی نیز که پیش از این مورد اشاره قرار گرفت، یک شکل واکنشی از پاسخ‌گویی است؛ گرچه نتوانسته است در تمام حوزه‌های حکومت مرکزی نفوذ کند. دادگاه‌ها تمایل دارند از مسائل مربوط به امنیت ملی و سیاست‌های پولی بر این اساس که «نظارت‌ناپذیر و غیرقابل دادخواهی در محاکم»^۳ اند و در اصل دغدغه‌های مجلس قانون‌گذاری‌اند، اجتناب کنند. واضح است که بازنگری قضایی در دولت مرکزی نیز امری نادر است.^۴ اصطلاح «پاسخ‌گویی» اکنون در شئون مختلف وظایف تحلیلی، بلاغی^۵ و اجرایی حکمرانی دموکراتیک به چشم می‌خورد^۶ و استقلال قضایی به معنای مصونیت از نظارت یا نقد نیست.^۷ واکنش قضات به منتقدان باید پاسخ به نقدها و نه نقادی آنها باشد؛ اگر قضات نقد منتقدان را نادرست و غیرمنصفانه می‌دانند، باید با پاسخ‌گویی بخردانه و نه با انتقاد و برافراشتن پرچم سرخ استقلال قضایی، تصمیمات و اقدامات خود را توضیح دهند.^۸ تلاش حقوق‌دانان، بر همین اساس، باید در راستای ارائه صورت‌بندی ملایمی از کنش‌های قضایی باشد که استقلال قوه قضائیه (زیرا هیچ‌کس طرفدار قوه قضائیه وابسته نیست) پاسخ‌گویی قوه قضائیه (زیرا هیچ‌کس طرفدار قوه قضائیه فراتر از قانون نیست) را تسهیل می‌کند.

استقلال قضایی و پاسخ‌گویی قضایی چالش‌هایی را ایجاد می‌کنند که برای دموکراسی ما بسیار جذاب، دشوار و حائز اهمیت است. به ما گفته می‌شود که قوانین «آن محدودیت‌های خردمندانه‌ای‌اند که ما را رهایی می‌بخشند». به گواه تاریخ و تجربه ادوار مختلف، در دوران استبداد در قوه مجریه و اطاعت زنجیره‌ای در قوه مقننه، دادگاه‌های مستقل پاسخ‌گو سنگر آزادی ما هستند.^۹ پرواضح است یک قوه قضائیه مستقل کلید حفظ حکومت قانون در یک جامعه آزاد است.^{۱۰} اما استقلال قضایی بدون پاسخ‌گویی می‌تواند - در عمل - منجر به یک دستگاه قضایی کاملاً خودتنظیم، جدا از جامعه و

^۱. Checks and Balances

^۲. Voigt, 2005, Op. Cit., 101.

^۳. Non-Justiciable

^۴. Flinders, Matthew. "Mechanisms of Judicial Accountability in British Central Government", *Parliamentary Affairs*, Volume 54, Issue 1, 2001, PP 62-3.

^۵. Analytical and Rhetorical Tasks

^۶. Mulgan, Richard. "Accountability: An Ever-Expanding Concept?" *Public Administration*, Volume 78, Issue 3, 2000, P 555.

^۷. Rotunda, Ronald D. "Judicial Transparency, Judicial Ethics, and a Judicial Solution: An Inspector General for the Courts", *Loyola University Chicago Law Journal*, Volume 41, 2009, PP 305.

^۸. Ibid.

^۹. Burbank, Stephen B. "Reconsidering Judicial Independence: Forty-Five Years in the Trenches and in the Tower", *University of Pennsylvania Law Review Online*, Volume 168, 2019, P 34.

^{۱۰}. Préfontaine, Daniel C. and Jennifer Lee. "The Rule of Law and the Independence of the Judiciary", *Revue québécoise de droit international*, Volume 11, 1998, P 163.

غیر پاسخ‌گو شود.^۱ فقدان پاسخ‌گویی قضایی شناسایی عملکرد ضعیف دادگاه‌ها را دشوار می‌کند و در نتیجه از بهبود روند دادگاه‌ها جلوگیری می‌کند.^۲ تحقیقات معاصر اغلب بر سنجش ابعاد مختلف کیفیت عملکرد دادگاه متمرکز شده است. ابعاد کیفی دادگاه شامل استقلال، پاسخ‌گویی، اثربخشی، کارآمدی، و بهره‌وری است.^۳

در ایالات متحده و سایر نظام‌های ریاستی، تفکیک مطلق قوا^۴ اغلب یک اصل بنیادین قانون اساسی است. باین‌حال، در بریتانیا و سایر حوزه‌های قضایی کامن‌لا، نظریه تفکیک از اهمیت کمتری برخوردار است. در بریتانیا، دفاتر و مؤسسات قدرتمندی برای دستیابی به تعادل بین حکومت و پارلمان نضج یافته است. این نظام بیشتر شبیه توازن قوا^۵ است تا تفکیک محض سه قوه، یا چیزی که وال‌تر باگهوت «تلفیق قوا»^۶ در قانون اساسی انگلستان نامیده است. بر اساس دکترین تفکیک قوا، نهادهای اصلی حکومت- مجریه، مقننه و قضائیه- باید به‌منظور حفظ آزادی‌ها و محافظت در برابر استبداد، استقلال عملکردی داشته باشند. قانون اساسی ایالات متحده کاملاً به تفکیک قوا پایبند است. ماده اول به صلاحیت‌های قانون‌گذار می‌پردازد؛ ماده دوم قدرت اجرایی را به رئیس‌جمهور می‌دهد و ماده سوم یک قوه قضائیه مستقل ایجاد می‌کند. رئیس‌جمهور در فرایندی مجزا از کنگره انتخاب می‌شود و به‌عنوان بخشی از مجلس قانون‌گذاری حضور ندارد. دیوان‌عالی می‌تواند اقدامات کنگره و رئیس‌جمهور را خلاف قانون اساسی اعلام کند. باین‌حال، در عمل، بسیاری از کشورها در سودای تفکیک مطلق قوا نیستند، بلکه مصالحه‌ای را انتخاب می‌کنند که در آن برخی از عملکردها بین نهادهای دولت مشترک است. در بریتانیا، اختیارات پارلمان، حکومت و دادگاه‌ها کاملاً درهم تنیده شده‌اند. در واقع، قوه مجریه و مقننه در یک ارتباط تنگاتنگ، به‌عنوان «تلفیقی تقریباً واحد» دیده می‌شود.

در مقیاس جهانی، تفکیک قوا از درجات اجرایی بسیار متفاوتی برخوردار بوده است. نظام‌های حکومتی پارلمانی معمولاً قوای مقننه و مجریه را به‌جهت تسریع در امور درهم می‌آمیزند. در مقابل، قوا در نظام‌های ریاستی به‌شدت از هم منفک‌اند. یک نظریه حقوقی در صورتی قابل‌اعتنا است که به‌جای ابهام، در تنویر مسائل بکوشد و به ما بفهماند در تلاحم عالم حقوقی چه چیزی در خطر واقعی است. قوه قضائیه مستقل یکی از بنیانی‌ترین مشخصه‌های حکومت قانون است. براساس حکومت قانون، باید با همه افراد، از جمله کسانی که حکومت می‌کنند، یکسان رفتار شود.^۷

در باب مدیریت قضایی، برنک استقلال قضایی را در معیت پاسخ‌گویی قضایی مفهوم‌سازی می‌کند و نقاط فشار را در رابطه بین آنها مکمل و نه متعارض توصیف می‌کند. او به نکته مشابهی (که در بالا توضیح داده شده است) درباره برهم‌کنش قانون و سیاست‌گذاری در تصمیم‌گیری قضایی اشاره می‌کند. به‌زعم برنک، اگر به‌درستی درک شود، هیچ‌یک از رویه‌های سکه مخالف یا منافی دیگری نیست؛ بلکه، مکمل یکدیگرند و در تنشی سازنده هم‌زیستی می‌کنند. این نکته را نیز باید مدنظر قرار داد که مسائل مربوط به استقلال قضایی همچنان در ایالات متحده مطرح است. اغلب تعریف دقیقی از اصطلاح استقلال قضایی ارائه نمی‌شود. استقلال قضایی ریشه در دکترین تفکیک قوا دارد. همچنین مبتنی بر الزامات

¹. Garoupa, Nuno and Pedro C. Magalhães. "Public Trust in the European Legal Systems: Independence, Accountability and Awareness", *West European Politics*, Volume 44, Issue 3, 2020, P 695.

². Stachowiak-Kudła, Monika and Jakub Kudła. "Measuring the Prestige of Administrative Courts", *Quality & Quantity*, Volume 57, 2022, P 2.

³. Camminitello, Ida, Rosaria Lombardo and Jean-François Durand. "Robust Partial Least Squares Regression for the Evaluation of Justice Court Delay", *Quality & Quantity*, Volume 51, Issue 2, 2017, P 824.

⁴. Absolute Separation of Powers

⁵. Balance of Powers

⁶. Fusion of Powers

⁷. Voigt, Stefan and Bernd Hayo. "Judicial Independence: Why Does De Facto Diverge from De Jure?" *SSRN Scholarly Paper no. 4330951*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2023.2.

شایسته قانونی و استانداردهای اخلاقی است که قضات را ملزم می‌کند تا با مذاقه و بی‌طرفانه به اصدار رأی اقدام کنند. استقلال قضایی بستگی به این دارد که جامعه به سلامت دادگاه‌ها ایمان داشته باشد.^۱ قضات دادگاه ایالتی مستقل از قضات فدرال هستند. آنها اقتدار خود را از قوانین اساسی و عادی ایالتی می‌گیرند. تقریباً تنها محدودیت‌هایی که توسط قانون اساسی فدرال برای قضات ایالتی اعمال می‌شود، الزام پیروی از قوانین فدرال به وقت ضرورت، رعایت الزامات شایسته قانونی و حقوق برابر افراد در برابر قانون است. قوانین ایالتی مکانیسم‌های مختلف برای انتخاب قضات، از جمله از مجرای انتخابات عمومی را مشخص می‌کنند. قضات ایالتی به ندرت انتصاب مادام‌العمر دارند و باید به صورت دوره‌ای حد نصاب آرا عمومی لازم را کسب کنند؛ این الزام برای ابقای قضات، تهدیدی برای استقلال قضایی است. در قانون اساسی اکثر ایالت‌ها، ابتدائاً فرایند استیضاح برای برکناری قضات متخلف پیش‌بینی شده بود؛ با این حال، در سال‌های اخیر بسیاری از ایالت‌ها از این مدل فاصله گرفته‌اند. از منظر استقلال قضایی، نظام‌های انتخاب و ابقای قضایی ایرادهای اساسی دارند. قضات و نامزدهای قضایی ممکن است نتوانند قانون را به درستی در مورد کسانی که وضعیت آنها را تعیین و کنترل می‌کنند، اعمال کنند. در حالی که انتخاب مردمی قضات با انتقادهای فراوان روبه‌رو است، نظامات انتصاب-چه از مجرای سیاست‌مداران و چه توسط هیئت‌های اجرایی خاص- از آثار سوء مصون نیستند.^۲

مسئله استقلال قضایی دارای ابعاد مختلف است. یکی از جنبه‌های آن مبتنی بر دکترین تفکیک قوا در ایالات متحده است. جنبه‌های دیگری نیز دارد که براساس رعایت الزامات شایسته قانونی و اخلاقی است که به موجب آن قضات باید در تصمیم‌گیری‌های خود بی‌طرف باشند. در نهایت، نمی‌توان برای داشتن قوه قضائیه‌ای مستقل، اکسیر واحدی تجویز کرد. از قضات انتظار می‌رود که وجدان فردی خود را با امعان نظر قانون و محدودیت‌های موجود در نظام قضایی دنبال کنند. اما قضاتی که از مقام خود سوءاستفاده می‌کنند، باید پاسخ‌گو باشند. اگر پاسخ‌گو نباشند، اعتماد عمومی به نظام قضایی زایل خواهد شد.

اعتماد عمومی عنصر ضروری برای یک قوه قضائیه مستقل است. کاملاً قابل درک است که بسیاری از قضات در کشورهای پسا-کمونیستی^۳ یا پسا-توتالیتار^۴ نسبت به هرگونه تلاش وزارت دادگستری یا هر گروهی حتی در درون قوه قضائیه برای نظارت بر نحوه انجام وظایف قاضی بسیار محتاط‌اند. در بسیاری از این جوامع پسا-اقتدارگرا،^۵ شهروندان معتقدند که قضات فاسدند. چه این تصور درست باشد چه نباشد، نمی‌توان آن را نادیده گرفت. موارد فساد باید به سرعت افشا و مجازات شوند تا استقلال قضایی حفظ شود.^۶ مسئله استقلال قضایی با ظهور مسائل و مشکلات جدید، در بستر تغییر و بنابراین مستلزم بررسی مجدد است. نه تنها قضات، بلکه وکلا، سیاست‌مداران و شهروندان همگی باید در بحث و تصمیم‌گیری پیرامون آن مشارکت داشته باشند. مانند سایر موضوعات عمومی، بازنگری در قوانین حرفه‌ای در مواقع ضروری برای رویارویی با چالش‌های جدید و ایجاد شفافیت در عملکردها، بهتر از توسل درون‌گرایانه به خودتنظیمی و امتیازات حرفه‌ای، از استقلال قضایی حراست می‌کند.^۷

¹ Seng, Michael P. "What Do We Mean by an Independent Judiciary", *Ohio Northern University Law Review*, Volume 38, 2011, P 133.

² Ibid, PP 138-9.

³ Post-Communist

⁴ Post-Totalitarian

⁵ Post-Authoritarian

⁶ Ibid, P 190.

⁷ Ibid, P 191.

۳. استقلال قضایی و پاسخ‌گویی دموکراتیک؛ ایده دولت مدرن و مطالبات افکار عمومی

«اضمحلال دموکراتیک» فرایندی است که طی آن مقامات عمومی منتخب- که در انتخابات مردمی به قدرت دست یافته‌اند- به تدریج اما به طور بنیادین نهادهای دموکراتیک را تضعیف می‌کنند. پدیده‌ای که تنها در دوران پسا-جنگ سرد به شکل وسیعی رایج بوده است. برای جلوگیری از این مسئله، آنچه در عمل اهمیت دارد، محدودیت‌های عملی^۱ بر حکومت‌هاست و نه فقط وضع قوانینی^۲ که ممکن است منعکس‌کننده آنچه در واقعیت اتفاق می‌افتد نباشند.^۳ مکانیسم‌های پاسخ‌گویی می‌توانند نقش برجسته‌ای در دفاع از نهادهای دموکراتیک در برابر تلاش‌های فرسایش‌گر حکومت‌ها ایفا کنند. رسانه‌ها و جامعه مدنی، انتخابات و احزاب سیاسی، نظارت پارلمانی و قضایی با بسیج افکار عمومی علیه مقامات مستبد خودکامه، تحریم و برکناری مقامات به رغم ادعای بسیاری از جوامع، حکومت قانون دستاورد اندکی است. این امر تا اندازه‌ای به این دلیل است که شرط ضروری حکومت قانون، قوه قضائیه مستقل است؛ نهادی ظریف که استقرار آن دشوار است و استمرار آن دشوارتر. به گواه تاریخ، استقلال قضایی ابتدا باید توسط قانون اساسی تنسيق و تضمین شود و مهم‌تر از آن، توسط قوه قضائیه از مجرای اقدامات آن به دست آید و دائماً بازآفرینی شود. به عبارت دیگر، استقلال قضایی عنصر لازم برای قضاات در جهت اجرای عدالت است که خود مادامی دوام می‌آورد که قضاات عدالت را اجرا کنند. بدیهی است اجرای عدالت به تنهایی کفایت نمی‌کند؛ مردم باید آشکارا و بدون تردید اجرای آن را ببینند.^۴

بسیاری از مفسران معتقدند که استقلال قضایی و پاسخ‌گویی دموکراتیک در تنش آشتی‌ناپذیری با یکدیگر قرار دارند. این در حالی است که این آرمان‌های رقیب، خود هدف نیستند، بلکه ابزاری برای هدفی مهم‌تر محسوب می‌شوند: یک نظام قضایی کارآمد ممکن است یکی از آنها یا حتی هر دو در نیل به این هدف والا قربانی شوند. به دنبال دستیابی به این هدف، قانون اساسی ایالات متحده استقلال گسترده‌ای به قضاات داده است و در عین حال آنها را در نهادی قرار می‌دهد که در معرض نظارت سیاسی شدید است. در اثر این آسیب‌پذیری، پویایی ایجاد می‌شود که دادگاه‌های فدرال و به‌ویژه دیوان عالی نقش خود-تنظیم‌گری مؤثری به خود می‌گیرند. از این منظر، این نظام خویشتن‌داری نهادی، طیف وسیعی از دکرترین‌های قضایی- نسبت به آنچه قبلاً درک شده بود- را دربرمی‌گیرد. همسوسازی اهداف دوگانه قوه قضائیه، یعنی مشروعیت دموکراتیک و مشروعیت قانونی، مستلزم نگاه متعادل‌تری است؛ زیرا حفظ استقلال قوه قضائیه به همان اندازه و بلکه بیش از آنکه متأثر از فشارهای سیاسی خارجی باشد در دستان خود قاضی است.^۵ استقلال و پاسخ‌گویی باید در رابطه با بازیگران دیگر (استقلال از چه کسی یا چه چیزی؟، پاسخ‌گویی به چه کسی یا چه چیزی؟) درک شوند. در نتیجه، پاسخ‌گویی قضایی باید متوجه عموم مردم شود؛ از جمله اصحاب دعوا که اختلافات آنها را دادگاه حل می‌کند؛ بنابراین منافع مشروع^۶ در رسیدگی‌های دادگاهی که برای عموم آزاد است و در تصمیمات قضایی قابل دسترسی دارند.

پاسخ‌گویی قضایی همچنین باید متوجه نمایندگان مردم باشد که بودجه را برای قوه قضائیه تخصیص می‌دهند و قوانین مصوب آنها در دادگاه‌ها تفسیر و اعمال می‌شود و در نتیجه منافع مشروع در حصول اطمینان از اینکه قوه قضائیه در مصرف بودجه اختصاص‌یافته تا چه میزان مسئولانه عمل کرده است و قوانین عمومی که توسط دادگاه‌ها تفسیر و اعمال شده است، تا چه میزان منافع عمومی را تأمین کرده است. در نهایت، پاسخ‌گویی قضایی باید به عنوان یک نهاد در دادگاه‌ها

¹. De Facto Constraints

². De Jure Rules

³. Laebens & Lührmann, Op. Cit., P 911.

⁴. Ellis III, Thomas S. "Sealing, Judicial Transparency and Judicial Independence", *Villanova Law Review*, Volume 53, 2008, P 940.

⁵. Ferejohn & Kramer, Op. Cit., P 962.

⁶. Legitimate Interest

و قوه قضائیه تثبیت شود؛ هم به این دلیل که استقلال قضایی فردی اساساً به نفع استقلال نهادی^۱ است و هم اینکه اگر قرار است از پاسخ‌گویی ناخواسته بین-ارکانی^۲ حکومت اجتناب شود، وجود مکانیسم پاسخ‌گویی مناسب درون-رکنی^۳ ضروری است.^۴ استقلال قضایی ضروری اما ناکافی است. قضات باید مورد احترام و همچنین پاسخ‌گو باشند تا با بهره‌گیری از موقعیت‌های خود برای منافع خصوصی، انگیزه‌های خود را برای آلوده شدن به فساد کاهش دهند.^۵ پاسخ‌گویی نیازمند شبکه‌ای از نمایندگی‌هاست که در دادگاه‌های عالی به اوج خود می‌رسد. به دنبال این استدلال، قوه قضائیه به عنوان عنصر اصلی در ایجاد پاسخ‌گویی عمل می‌کند. بنابراین، وقتی توانایی دادگاه‌های عالی برای محدود کردن قوه مجریه تضعیف شود، پاسخ‌گویی قوی وجود نخواهد داشت.

فساد فقط محصول ضعف پاسخ‌گویی در سیستم است.^۶ بی‌اعتمادی به قوه قضائیه عامل تعیین‌کننده‌ای در فسادهای تجربی و ادراکی است. یک نظام قضایی شکست‌خورده و غیرقابل اتکا، انگیزه مشارکت در فساد و توجیه انجام آن را به افراد می‌دهد؛ در نتیجه شیوع فساد را افزایش می‌دهد. همچنین، یک نظام قضایی که دارای عملکرد ضعیفی است با تقویت حس مصونیت از مجازات در افراد باعث افزایش سطح ادراک از فساد می‌شود. لهذا، اعتماد به نظام قضایی، که سنگ‌بنای یک دموکراسی سالم است، نقش کلیدی در پرورش «اخلاق مدنی»^۷ ایفا می‌کند. نارضایتی از عملکرد نهادهای سیاسی موجود می‌تواند «خاستگاه مشروعیت»^۸ را که برای بقای طولانی مدت یک رژیم دموکراتیک ضروری است، از بین ببرد.^۹ در همین راستا، می‌توان شفافیت را «درجه‌ای که دسترسی به اطلاعات دولتی امکان‌پذیر است»، تعریف کرد.^{۱۰} در محافل سیاست‌گذاری بین‌المللی، کمتر واژه‌ای محبوبیتی فراتر از «شفافیت» به دست آورده است. شفافیت را به عنوان پاسخی درخور برای نگرانی‌های مطرح‌شده در حوزه پاسخ‌گویی دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی می‌شناسند. اگر «ضعف دموکراسی» نقل محافل بررسی مشکلات حکمرانی جهانی در عصر حاضر باشد، شفافیت پاسخ‌گوینده و قطعی در حل آن است.^{۱۱}

سیاست‌های دولت باز مروج دولتی است که شفاف و در معرض نظارت عمومی باشد؛ همچنین برای هرکس، در هر زمان و هر مکان قابل دسترسی باشد و دیگر اینکه پاسخ‌گوی ایده‌ها و خواسته‌های جدید باشد. این پارادایم جدید فرصتی را برای دولت‌ها فراهم می‌کند تا در نقش خود تجدیدنظر کنند و فرهنگ جدیدی مبتنی بر شفافیت،^{۱۲} پاسخ‌گویی^{۱۳} و

¹ Institutional Independence

² Inappropriate Interbranch Accountability

³ Appropriate Intrabranh Accountability

⁴ Burbank, Stephen B. and Barry Friedman (eds.). "Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach", *Thousand Oaks, CA: Sage*, 2002, P 912.

⁵ Rose-Ackerman, Susan, and Bonnie J. Palifka. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press, Second Edition, 2016, P 383.

⁶ Lluberes, George G. Controlling political corruption in Latin America: institutional constraints on executive power, *Western Michigan University*, 2017, P 55.

⁷ Civic Morality

⁸ Reservoir of Legitimacy

⁹ Bohn, Simone R. "Corruption in Latin America: Understanding the Perception-Exposure Gap", *Journal of Politics in Latin America*, Volume 4, Issue 3, 2012, P 87.

¹⁰ Kohler, Jillian Clare, Timothy Ken Mackey and Natalia Ovtcharenko. "Why the MDGs Need Good Governance in Pharmaceutical Systems to Promote Global Health", *BMC Public Health*, Volume 14, Issue 1, 2014, P 70.

¹¹ Hale, Thomas N. "Transparency, Accountability, and Global Governance", *Global Governance*, Volume 14, Issue 1, 2008, P 73.

¹² Transparency

¹³ Accountability

انسجام عملکردی^۱ را ترویج کنند. همچنین، این یک باور پذیرفته‌شده عمومی است که دولت مدرن مستلزم صداقت، پاسخ‌گویی و حکومت قانون است؛ بدون اینها، هیچ نظامی نمی‌تواند به‌گونه‌ای عمل کند که منافع عمومی را ارتقا دهد.^۲ یک نظام قضایی فعال و کارآمد به افراد این حس را القا می‌کند که دولت تمام تلاش خود را می‌کند تا هم فساد را ریشه‌کن کند و هم افرادی را که در آن دخیل‌اند محاکمه کند.^۳ اینجا لازم است تمایز نظری میان شفافیت پیشینی و پسینی قائل شد؛ این نکته را خاطرنشان کرد که صرف انتشار اطلاعات برای پاسخ‌گو شمردن دولت‌ها کافی نیست. پاسخ‌گویی واژه‌ای نسبتاً مدرن است. در آموزش، سلامت، عدالت مدنی و کیفری، تجارت، و به‌ویژه در سیاست، بحث‌هایی درمورد اینکه چه کسی باید به چه کسی، برای چه چیزی و تحت چه قوانین پایه‌ای پاسخ دهد، وجود دارد. ظهور دولت تنظیم‌گر که اغلب با سیاست‌های خصوصی‌سازی بین‌المللی و تغییر «درون حکومت» نسبت داده می‌شود، بستر ساز تأکید مجدد بر بحث‌های مربوط به پاسخ‌گویی و شفافیت شده است. استقلال قضایی قبل از هر چیز یک مفهوم ارتباطی است که بر ارتباطات میان قوه قضائیه و سایر بازیگران در عرصه سیاسی - عموماً بر تعامل با شاخه‌های سیاسی قدرت - تمرکز می‌کند. بر این اساس استقلال زمانی تضمین می‌شود که قدرت قضایی از ارکان سیاسی محافظت شود؛ به‌عنوان مثال، با این استدلال که منطقی است در جهت اینکه قوه قضائیه بتواند نقش انتصابی قانون اساسی خود را در کنترل و تعدیل قدرت‌های دولتی در یک دموکراسی ایفا کند، باید تحت کنترل سایر قدرت‌های دولتی نباشد. به عبارت دقیق‌تر، دادگاه‌ها فقط کنترل‌گر سایر ارکان نیستند، بلکه مشمول کنترل‌گری آن ارکان نیز هستند. ثانیاً، ادغام پاسخ‌گویی و شفافیت در یک مفهوم، به‌جای روشن‌سازی و مرزبندی مشخص، به ابهام بیشتر دامن می‌زند؛ زیرا شفافیت به خودی خود مفهومی پیچیده است. شفافیت فقط درمورد دسترسی نیست، بلکه درباره جست‌وجوپذیری^۴ و قابل فهم بودن^۵ اطلاعات قابل دسترسی نیز است. شفافیت پاسخ‌گویی حداقل به این معنا که شفافیت پیش‌نیاز پاسخ‌گویی است، به هم مرتبط‌اند، اما باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرند. در مجموع، شفافیت مفهومی جداگانه است که بیشتر به‌عنوان شرایط احتمالی عمل می‌کند که ممکن است بر اینکه آیا شکل خاصی از پاسخ‌گویی مجموعه خاصی از نتایج را به‌همراه خواهد داشت یا خیر، عمل می‌کند.^۶

قوه قضائیه‌ای که در حوزه عمومی مورد اعتماد است، شانس بیشتری برای کسب استقلالی که از لحاظ وجودی برای عملکرد خود به آن نیازمند است دارد و دارای مصونیت بیشتری در مقابل نفوذ است.^۷ برخی بین استقلال به‌عنوان وسیله و به‌عنوان هدف تفاوت قائل‌اند. استقلال، اصل و ارزش اصلی قوه قضائیه و همچنین معیار عملکرد آن است. این مسئله در بسیاری از اسناد پایه‌ای تصریح شده است. برای نمونه، بند اول ماده شش دادگاه اروپایی حقوق بشر تصریح می‌کند که هر کس در تعیین حقوق و تعهدات مدنی یا هرگونه اتهام کیفری علیه او حق دارد در یک زمان معقول توسط یک فرد مستقل رسیدگی عادلانه و علنی داشته باشد و همچنین به دادگاه بی‌طرفی که به‌موجب قانون تشکیل شده است دسترسی

¹. Integrity

². Stukalo, Anatoliy. *OSCE Handbook on Combating Corruption*, Vienna: OSCE, 2016, P 33.

³. Bohn, Op. Cit., P 91.

⁴. Findability

⁵. Understandability

⁶. Kosař, David and Samuel Spáč. "Conceptualization(s) of Judicial Independence and Judicial Accountability by the European Network of Councils for the Judiciary: Two Steps Forward, One Step Back", *International Journal for Court Administration*, Volume 9, Issue 3, 2018, P 42.

⁷. Van Dijk, Franka and François Van Dijk. "Judicial Independence and Perceptions of Judicial Independence", In: *Perceptions of the Independence of Judges in Europe: Congruence of Society and Judiciary*, Dijk, F. V. The Hague: Eleven International Publishing, 2021, P 19.

داشته باشد. در همین راستا، رئیس دیوان دادگستری اتحادیه اروپا به اختصار بیان می‌کند، «... اصل استقلال قضایی جوهره حق بنیادین بر حمایت قضایی مؤثر است».^۱ قاضی اگر مستقل و بی‌طرف نباشد و طرفین دعوا او را چنین بدانند، نمی‌تواند داور مؤثری باشد.^۲

استقلال قضایی عموماً به عنوان ویژگی اساسی نظامات لیبرال-دمکراسی تلقی می‌شود. بنابراین، آیا ما نمی‌خواهیم قضات در تفسیر و اجرای قانون، قضاوت مستقل خود را اعمال کنند، اما تا زمانی که خیلی مستقل نباشند. در واقع، قضات باید در برابر مردم، به ویژه در برابر نهادهای دمکراتیک، پاسخگو باشند. با افزایش نقش دادگاه‌ها در سراسر جهان، کشور به کشور با آنچه پروفیسور آلن پترسون به اختصار به عنوان معمای تنش ظاهراً لاینحل بین استقلال قضایی و پاسخ‌گویی قضایی توصیف می‌کند، مواجه شده است.^۳ در اثر تعارض برای موازنه میان استقلال و شفافیت قضایی، تمایل برای برتری بخشی اولی نسبت به دومی پدیدار شده است. اغلب گفته می‌شود که استقلال و شفافیت نیز همتابان ضروری یکدیگر یا دو روی یک سکه‌اند.

برخی از صلاحیت‌ها و اختیارات صرفاً براساس ذات کارکردی دادگاه‌ها به آنها واگذار شده است. بدیهی است در فقدان این صلاحیت‌ها، دادگاه نه می‌تواند حیثیت خود را حفظ کند، نه صناعت خود را انجام دهد و نه هدف وجودی خود را به انجام برساند. به یک معنا، صلاحیت‌های ذاتی دادگاه برای اعمال صلاحیت، اجرای عدالت و حفظ استقلال و تمامیت آن ضروری است. پرواضح است این صلاحیت‌ها باید صراحتاً در قانون اساسی یا به واسطه اقدام تقنینی قانون‌گذار اعطا شده باشد. اینجا ضروری است میان قوانین مصنوع قضایی^۴ و قوانین مورد مذاقه قضایی^۵ تفکیک قائل شد. قضات در قضاوت، بهتر از وضع قوانین‌اند و اگر می‌خواهیم استقلال قضات را حفظ کنیم، نباید از محدود کردن آنها به حوزه برتری نسبی خود دریغ کنیم.^۶ هرگاه قاضی براساس منافع شخصی یا بنا بر مصالح شغلی مثلاً اجتناب از توبیخ، تصمیمی می‌گیرد، عمل او موجب تضعیف و فروکاست حکومت قانون می‌شود.

پرواضح است یک قوه قضائیه مستقل و شرافتمند برای حکومت قانون ضروری است. آینده می‌تواند مانند گذشته به طرز فجیع ظالمانه و مستبدانه شود. آیین‌پرست می‌تواند به اندازه نیاکان پرستی فاجعه‌آمیز باشد. اگر حکومت بخواهد همچنان وظایف تاریخی خود را انجام دهد باید بر شکنندگی استقلال قوه قضائیه فدرال و نیاز به پاسخ‌گویی دادگاه‌های فدرال-در برابر اصحاب دعوا، سایر نهادهای دولتی و سایر دادگاه‌ها- واقف باشد.^۷ حکومت قانون به ابتدای پیش‌بینی‌پذیری و بی‌طرفی ماهوی قواعد حقوقی نسبت به افراد، از آنها در برابر اقدامات خودسرانه یا تبعیض‌آمیز حکومت دفاع می‌کند. ما از اهمیت حکومت قانون برای جامعه، دمکراسی و نوع تمدنی که می‌خواهیم می‌دانیم؛ باری، به ندرت وقت می‌گذاریم تا به این فکر کنیم که مؤلفه‌های حکومت قانون چیست و چگونه از تداوم آن اطمینان یابیم.

¹ Lenaerts, Koen. "New Horizons for the Rule of Law within the EU", *German Law Journal*, Volume 21, Issue 1, 2020, P 32.

² Burbank, and Barry Friedman, Op. Cit., P 8.

³ Peri, Andrea. "Judicial Independence vs. Judicial Accountability: Judicial Selection Models for Constitutional Courts: A Comparative Analysis", *Comparative Law Review*, Volume 3, 2012, PP 1-2.

⁴ Judicially-Created Rules

⁵ Judicially-Scrutinized Rules

⁶ Yeazell, Stephen C. "Judging Rules, Ruling Judges", *Law and Contemporary Problems*, Volume 61, Issue 3, 1998, P 252.

⁷ Burbank, Stephen B. "Judicial Accountability to the Past, Present, and Future: Precedent, Politics and Power", *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, Volume 28, Issue 1, 2005, P 22.

تجربه دموکراتیک ایالات متحده دو کمک مهم به حکومت قانون داشت: یکی اصل برتری قضایی و دیگری اصل استقلال قضایی. استقلال قضایی و برتری قضایی رهیینه دوام حکومت قانون تحت فشارهای سیاسی موجود در هر مقطع زمانی خاص‌اند. بدیهی است دور نگاه داشتن قضات از نفوذ سیاسی به پیش‌برد بهتر این مهم می‌انجامد. البته نه اصل برتری قضایی و نه اصل استقلال قضایی ضامن حکومت قانون نیستند؛ باین حال، سنگ‌بناهای مهمی برای آن محسوب می‌شوند که به‌آسانی قابل اغماض نیستند. مسئله استقلال قضایی بحث در چارچوب علقه حزبی یا جناحی نیست؛ بلکه شهروندان نیک دریافتند که این مهم برای زدودن رگه‌های تبعیض جزء حذف‌ناشدنی است. اگر شما یک قوه مقننه منتخب از مجرای فرایندی دموکراتیک دارید، چرا بهتر نیست به این نمایندگان انتخابی و نه قضات انتصابی، اجازه تفسیر قانون اساسی داده شود؟ ابتکار نظام قضایی ایالات متحده در اجرای حکومت قانون سازگار کردن برتری قضایی با استقلال قضای است؛ به‌طوری‌که این استقلال قضات را قادر می‌کند تا وظایفی را که آن برتری به آنها می‌دهد به‌نحو شایسته انجام دهند.^۱

نتیجه‌گیری

در این پژوهش به بررسی مسئله «استقلال یا پاسخ‌گویی» سیستم قضایی در نظام ریاستی ایالات متحده پرداخته شد. نظامی که در آن قضات و قوه قضائیه نقشی مهم و مستمر دارند. استقلال و پاسخ‌گویی قضایی دو مفهوم مکمل یکدیگر تلقی می‌شوند که هیچ‌یک به خودی‌خود هدف نبوده، بلکه وسیله‌ای برای رسیدن به هدف (یا گستره‌ای از اهداف) است. این اهداف اساساً به عملکرد قضایی فردی مربوط نمی‌شود، بلکه بیشتر به عملکرد دادگاه‌ها و نظامات قضایی مربوط می‌شود. در واقع، هیچ ترکیب ایدئالی از استقلال و پاسخ‌گویی وجود ندارد، بلکه ترکیب مناسب، به اهداف کسانی که متصدی معماری سازمانی با توجه به یک دادگاه یا نظام قضایی خاص هستند وابسته است. ابتکار نظام قضایی ایالات متحده در اجرای حکومت قانون، سازگار کردن برتری قضایی با استقلال قضایی است؛ به‌طوری‌که، این استقلال قضات را قادر می‌کند تا وظایفی را که آن برتری به آنها می‌دهد به‌نحو شایسته انجام دهند. قوه قضائیه‌ای که در جامعه مورد اعتماد است، شانس بیشتری برای کسب استقلالی که از لحاظ وجودی برای عملکرد خود به آن نیازمند است دارد و دارای مصونیت بیشتری در مقابل نفوذ است.

همچنین، برخی بین استقلال به‌عنوان وسیله و هدف تفاوت قائل‌اند. استقلال اصل و ارزش اصلی قوه قضائیه و همچنین معیار عملکرد آن است. این مسئله در بسیاری از اسناد پایه‌ای تصریح شده است. برای نمونه، بند اول ماده (۶) دادگاه اروپایی حقوق بشر تصریح می‌کند که هرکس در تعیین حقوق و تعهدات مدنی یا هرگونه اتهام کیفری علیه خود حق دارد در یک زمان معقول توسط یک فرد مستقل رسیدگی عادلانه و علنی داشته باشد و همچنین به دادگاه بی‌طرفی که به‌موجب قانون تشکیل شده است دسترسی داشته باشد. به یک معنا، اصل استقلال قضایی جوهره حق بنیادین بر حمایت قضایی مؤثر است.

به‌علاوه، مسئله استقلال قضایی دارای ابعاد مختلف است. یکی از جنبه‌های آن مبتنی‌بر دکتین تفکیک قوا در ایالات متحده است. جنبه‌های دیگری نیز دارد که براساس رعایت الزامات شایسته قانونی و اخلاقی است و به‌موجب آن قضات باید در تصمیم‌گیری‌های خود بی‌طرف باشند. در نهایت، نمی‌توان برای داشتن قوه قضائیه‌ای مستقل، اکسیر واحدی

¹. Boies, David. "Judicial Independence and the Rule of Law", *Washington University Journal of Law & Policy*, Volume 22, 2006, P 62.

تجویز کرد. باری، از قضات انتظار می‌رود که وجدان فردی خود را با امان نظر قانون و محدودیت‌های موجود در نظام قضایی دنبال کنند. اما قضاتی که از مقام خود سوءاستفاده می‌کنند باید پاسخ‌گو باشند. اگر پاسخ‌گو نباشند، اعتماد عمومی به نظام قضایی زایل خواهد شد. اعتماد عمومی عنصر ضروری برای یک قوه قضائیه مستقل است. در بسیاری از جوامع پسا-اقتدارگرا، شهروندان معتقدند که قضات فاسدند. چه این تصور درست باشد چه نباشد، نمی‌توان آن را نادیده گرفت. موارد فساد باید به سرعت افشا و مجازات شوند تا استقلال قضایی حفظ شود. مسئله استقلال قضایی با توجه به مسائل و مشکلات نوپدید، در حال توسعه و بنابراین مستلزم بررسی مجدد است. پس، نه تنها قضات، بلکه وکلا، سیاستمداران و شهروندان همگی باید در بحث و تصمیم‌گیری پیرامون آن مشارکت داشته باشند. مانند سایر موضوعات عمومی، بازنگری در قوانین حرفه‌ای در مواقع ضروری برای رویارویی با چالش‌های جدید و ایجاد شفافیت در عملکردها، که بهتر از توسل درون‌گرایانه به خودتنظیمی و امتیازات حرفه‌ای، از استقلال قضایی حراست می‌کند.

منابع

کتاب

۱. طوسی، نظام‌الملک، ۴۴۱، *گزیده سیاست‌نامه*، انتخاب و شرح از جعفر شعار، تهران: قطره، ۱۳۷۵.

References

Books

1. Burbank, Stephen B. "On the Study of Judicial Behaviors: Of Law, Politics, Science and Humility." In: *What's Law Got to Do with It?: What Judges Do, Why They Do It, and What's at Stake*, Geyh, Charles Gardner (ed.) Stanford: Stanford University Press, 2011, PP 45-78.
2. Burbank, Stephen B. and Barry Friedman (eds.). "Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach", *Thousand Oaks*, CA: Sage, 2002.
3. Lluberes, George G. *Controlling Political Corruption in Latin America: Institutional Constraints on Executive Power*, Western Michigan University, 2017.
4. Rose-Ackerman, Susan, and Bonnie J. Palifka. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press, Second Edition, 2016.
5. Schuck, Peter H., *Foundations of Administrative Law*, New York: Oxford University Press, 1994.
6. Stukalo, Anatoliy. *OSCE Handbook on Combating Corruption*, Vienna: OSCE, 2016.
7. Tusi, Nezam al-Molk, 441, *A Selection of the Book of Recommendations*, Selected and Explained by Ja'far Sho'ar, Tehran: Drop, 1996. (in Persian)

Articles

8. Bohn, Simone R. "Corruption in Latin America: Understanding the Perception-Exposure Gap." *Journal of Politics in Latin America*, Volume 4, Issue 3, 2012, PP 67-95.
9. Boies, David. "Judicial Independence and the Rule of Law", *Washington University Journal of Law & Policy*, Volume 22, 2006, PP 57-70.
10. Burbank, Stephen B. "Judicial Accountability to the Past, Present, and Future: Precedent, Politics and Power", *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, Volume 28, Issue 1, 2005, PP 19-61.
11. Burbank, Stephen B. "Reconsidering Judicial Independence: Forty-Five Years in the Trenches and in the Tower", *University of Pennsylvania Law Review Online*, Volume 168, 2019, PP 18-34.

12. Burbank, Stephen B. "The Architecture of Judicial Independence", *Southern California Law Review*, Volume 72, 1999, PP 315–351.
13. Cammitiello, Ida, Rosaria Lombardo and Jean-François Durand. "Robust Partial Least Squares Regression for the Evaluation of Justice Court Delay", *Quality & Quantity*, Volume 51, Issue 2, 2017, PP 813–827.
14. Dragu, Tiberiu and Oliver Board. "On Judicial Review in a Separation of Powers System", *Political Science Research and Methods*, Volume 3, Issue 3, 2015, PP 473–492.
15. Ellis III, Thomas S. "Sealing, Judicial Transparency and Judicial Independence", *Villanova Law Review*, Volume 53, 2008, PP 939–972.
16. Ferejohn, John A. and Larry D. Kramer. "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint.", *New York University Law Review*, Volume 77, 2002, PP 962–1039.
17. Flinders, Matthew. "Mechanisms of Judicial Accountability in British Central Government", *Parliamentary Affairs*, Volume 54, Issue 1, 2001, PP 54–71.
18. Garoupa, Nuno and Pedro C. Magalhães. "Public Trust in the European Legal Systems: Independence, Accountability and Awareness", *West European Politics*, Volume 44, Issue 3, 2020, PP 690–713.
19. Ginsburg, Tom and Mila Versteeg. "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?" *Journal of Law, Economics, & Organization*, Issue 30, Issue 3, 2014, PP 587–622.
20. Hale, Thomas N. "Transparency, Accountability, and Global Governance", *Global Governance*, Volume 14, Issue 1, 2008, PP 73–94.
21. Humphries, Martha Anne and Donald R. Songer. "Law and Politics in Judicial Oversight of Federal Administrative Agencies", *Journal of Politics*, Volume 61, Issue 1, 1999, PP 207–220.
22. Kohler, Jillian Clare, Timothy Ken Mackey and Natalia Ovtcharenko. "Why the MDGs Need Good Governance in Pharmaceutical Systems to Promote Global Health", *BMC Public Health*, Volume 14, Issue 1, 2014, PP 1–8.
22. Kosař, David and Samuel Spáč. "Conceptualization(s) of Judicial Independence and Judicial Accountability by the European Network of Councils for the Judiciary: Two Steps Forward, One Step Back", *International Journal for Court Administration*, Volume 9, Issue 3, 2018.
23. Laebens, Melis G. and Anna Lührmann. "What Halts Democratic Erosion? The Changing Role of Accountability", *Democratization*, Volume 28, Issue 5, 2021, PP 908–928.
24. Lenaerts, Koen. "New Horizons for the Rule of Law within the EU", *German Law Journal*, Volume 21, Issue 1, 2020, PP 29–34.
25. McMillan, John. "Re-thinking the Separation of Powers", *Federal Law Review*, Volume 38, Issue 3, 2010, PP 423–443.
26. Mechkova, Valeriya, Anna Lührmann, and Staffan I. Lindberg. "The Accountability Sequence: From De-Jure to De-Facto Constraints on Governments", *Studies in Comparative International Development*, Volume 54, 2019, PP 40–70.
27. Mulgan, Richard. "Accountability: An Ever-Expanding Concept?" *Public Administration*, Volume 78, Issue 3, 2000, PP 555–573.
28. O'Connor, Sandra Day. "Judicial Accountability Must Safeguard, Not Threaten, Judicial Independence: An Introduction", *Denver University Law Review*, Volume 86, 2008, PP 1–6.
29. Peri, Andrea. "Judicial Independence vs. Judicial Accountability: Judicial Selection Models for Constitutional Courts: A Comparative Analysis", *Comparative Law Review*, Volume 3, 2012, PP 1–30.
30. Préfontaine, Daniel C. and Jennifer Lee. "The Rule of Law and the Independence of the Judiciary", *Revue Québécoise de Droit International*, Volume 11, 1998, PP 163–186.
31. Rotunda, Ronald D. "Judicial Transparency, Judicial Ethics, and a Judicial Solution: An Inspector General for the Courts", *Loyola University Chicago Law Journal*, Volume 41, 2009, PP 301–325.
32. Seng, Michael P. "What Do We Mean by an Independent Judiciary", *Ohio Northern University Law Review*, Volume 38, 2011, PP 133–191.

33. Stachowiak-Kudła, Monika and Jakub Kudła. "Measuring the Prestige of Administrative Courts", *Quality & Quantity*, Volume 57, 2022, PP 1–26.
34. Van Dijk, Franka and François Van Dijk. "Judicial Independence and Perceptions of Judicial Independence", In: *Perceptions of the Independence of Judges in Europe: Congruence of Society and Judiciary*, Dijk, F. V. The Hague: Eleven International Publishing, 2021, PP 7-28.
23. Voigt, Stefan and Bernd Hayo. "Judicial Independence: Why Does De Facto Diverge from De Jure?" SSRN Scholarly Paper no. 4330951. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2023.
35. Voigt, Stefan and Lars P. Feld. "Economic Growth and Judicial Independence: Cross-Country Evidence Using a New Set of Indicators", *European Journal of Political Economy*, Volume 19, Issue 3, 2003, PP 497-527.
36. Voigt, Stefan. "The Economic Effects of Judicial Accountability: Some Preliminary Insights", *European Journal of Law and Economics*, Volume 19, Issue 2, 2005, PP 127–140.
37. Whitford, William C. "The Rule of Law", *Wisconsin Law Review*, 2000, PP 723–727.
38. Yeazell, Stephen C. "Judging Rules, Ruling Judges", *Law and Contemporary Problems*, Volume 61, Issue 3, 1998, PP 229–252.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Analysis of the Effects of Describing the Court's Decision in Appointing Arbitrator: A Comparative Study of Iran's Legal System and Common Law

Adel Ebrahimpoor Asanjan¹, Mehrdad Etemad Gharamaleki²

ABSTRACT

Over the past few decades, arbitration has established itself as one of the most effective and efficient mechanisms in various legal systems for alternative dispute resolution, particularly in civil and commercial legal contexts. In light of recent developments and the growing trend toward privatized dispute resolution mechanisms, the inclusion of arbitration clauses in contracts results in the exclusion of judicial authorities' jurisdiction and the allocation of disputes to arbitral tribunals. Nonetheless, the scope and manner of court intervention in the arbitration process remain central concerns. This issue has long attracted scholarly attention from both the viewpoint of protecting the independence of arbitration institution and the need to ensure fair and effective enforcement of arbitration. Although minimal judicial interference is the prevailing principle, courts inevitably play a decisive role at certain pivotal stages, especially in selection and appointment of arbitrators. This intervention, although limited, serves a complementary function in guaranteeing the efficiency of arbitration, particularly where the parties' agreement is incomplete, ambiguous, or unenforceable, or when one party refuses to fulfill its obligations regarding the appointment of arbitrators. The appointment of an arbitrator by the court constitutes a fundamental and practical issue, the analysis of which necessitates a thorough examination of the legal nature of the court's decision in this process, whether it is administrative or judicial. This examination is crucial because each attributes entails distinct and conflicting legal consequences particularly regarding the possibility of objection, appeal, and other procedural remedies. In Iranian legal system, the legislator has remained silent on court's decision description when appointing an arbitrator. This lacuna has led to divergent views within legal doctrine and judicial practice, resulting in varied interpretations and inconsistent case law in similar cases. This study adopts a comparative approach to examine and analyze the issue within both the Iranian legal system and common law jurisdictions. The primary objective is to explore and determine the legal nature of the court's decision in appointing arbitrators and to elucidate the legal effects and implications associated with its characterization as either administrative or judicial. Some legal scholars and judicial authorities believe that court's decision regarding the appointment of an arbitrator possesses a judicial nature. This perspective is grounded in the premise that, before reaching such a decision, the court is compelled to ascertain certain substantive and procedural conditions, including the existence and validity of the arbitration agreement, the parties' competence, the arbitrability of the subject matter, and compliance with mandatory rules related to

How to Cite: Ebrahimpoor Asanjan, Adel, Etemad Gharamaleki, Mehrdad, "Analysis of the Effects of Describing the Court's Decision in Appointing Arbitrator: A Comparative Study of Iran's Legal System and Common Law", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:179-194.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235417.2716>

Received: 18/04/2024-Accepted: 21/12/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

Corresponding Author Email: ebrahimpooradel@gmail.com

2. L.L.M Student, Faculty of Law, University of Tehran: College of Farabi, Qom, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

public order. These considerations necessitate a form of substantive and quasi-adversarial examination by the court, going beyond the mere performance of administrative or formal duties. Accordingly, the court's decision in this process is not merely confirmatory or procedural but entails a judicial review of the parties' legal status and their arbitration agreement. Furthermore some distinctions have been made among the various cases of appointing an arbitrator. For instance, when the court appoints an arbitrator on behalf of a party due to that party's refusal or default, given the existence of a dispute and the necessity to address the claims, the court's decision is considered judicial in nature and is therefore subject to appeal and review by higher authorities. From this perspective, the judicial description of these types of decisions is based on the adversarial nature of the process and the role of the arbitrator as a substitute for the judge in resolving the dispute. Consequently, the court's decision in this matter has legal effects similar to judicial rulings and is subject to the same rules governing court decisions with respect to the right of appeal, appellate review, and the principles of fair trial. In contrast to the judicial perspective, another group of scholars argue that the court's decision regarding the appointment of an arbitrator is administrative rather than judicial in nature. Accordingly, the court's intervention in the arbitrator appointment process does not stem from the initiation of an adversarial lawsuit. First, the request for arbitrator appointment is inherently not a claim, unlike judicial proceedings, does not require adherence to all formalities of filing a lawsuit. Second, this decision can be delegated by the courts; this is a matter that faces serious limitations in judicial decisions and is considered to be non-judicial in nature. Third, the court's role in this process is primarily limited to verifying the existence or absence of an arbitration agreement, without the need to hold hearings, examine evidence, or make adversarial determinations on the merits of the dispute. From this standpoint, the court refrains from delving into the substantive issues of the arbitration matter or contract details. Fourth, recognizing the administrative nature of this decision better aligns with the fundamental philosophy of arbitration, which is founded on the principles of independence and limited court intervention. Within the framework of this analysis, even in cases where a preliminary examination of certain conditions (such as the existence of a valid arbitration agreement or the competence of the parties) is necessary, this examination is not considered a judicial proceeding, but is carried out solely in order to fulfill the formal conditions and begin the work of the arbitral authority. This viewpoint, by distinguishing between the two stages of "establishing the arbitration grounds" and "appointing the arbitrator," holds that although the first stage may be quasi-judicial in nature to some extent, the second stage, namely issuing the final decision to appoint the arbitrator, is of an administrative nature that differs from judicial decisions in terms of structure, purpose, and consequences. Therefore, considering the conceptual analysis and the practical implications of each possible characterization, interpreting the court's decision appointing an arbitrator as an administrative act appears more convincing. This interpretation not only aligns with the fundamental principles aimed at minimizing court interference in arbitration but also functionally facilitates and expedites the arbitration process while preserving the independence of the arbitral institution. Even in cases where preliminary examinations are conducted, such procedures should not be construed as indicative of the judicial nature of the final decision, because the principle of the administrative nature of arbitrator appointment process remains, and the court's interventions are made solely to ensure the validity and enforceability of the arbitration.

KeyWords: Appointing Arbitrator, Arbitration, Administrative Description, Judicial Description, Court Intervention in Arbitration Proceedings



تحلیلی بر آثار توصیف تصمیم دادگاه در تعیین داور (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و کامن لا)

عادل ابراهیم پور اسنجان^۱، مهرداد اعتماد قراملکی^۲

چکیده

امروزه نهاد داوری به عنوان یکی از کارآمدترین روش های حل و فصل اختلافات مدنی و تجاری محسوب می شود. با درج شرط داوری در قرارداد یا توافق بر رسیدگی به اختلافات به طریق نهاد داوری، صلاحیت محاکم قضایی تخصیص می خورد؛ بنابراین در چنین مواردی مداخله دادگاه ها در فرایند داوری محدود و به صورت حداقلی است. اما در برخی از اختلافات از جمله انتخاب داور، طرفین دعوا ناگزیر به محاکم رجوع می کنند. تعیین داور توسط دادگاه موضوع مهم و کاربردی است که باید ماهیت این تصمیم مورد بررسی قرار گیرد که آیا این تصمیم از ماهیت اداری برخوردار است یا واجد وصف قضایی است؟ بدیهی است، هنگامی که انتخاب داور مستلزم رسیدگی قضایی نباشد، ماهیت تصمیم دادگاه اداری است و در مواقعی که دادگاه ها وجود قرارداد یا شرط داوری و اعتبار آن را احراز می کنند، به صورت قضایی رسیدگی می کند و در نتیجه ماهیت تصمیم دادگاه در انتخاب داور قضایی است.

کلید واژگان: انتخاب داور، داوری، توصیف اداری، توصیف قضایی، مداخله دادگاه ها در رسیدگی داوری

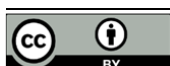
استناد به این مقاله: ابراهیم پور اسنجان، عادل، اعتماد قراملکی، مهرداد، «تحلیلی بر آثار توصیف تصمیم دادگاه در تعیین داور (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و کامن لا)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۱۷۹-۱۹۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235417.2716>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۱

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران
 ایمیل نویسنده مسئول: ebrahimpooradel@gmail.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: دانشکده گان فارابی، قم، ایران



Copyright: © 2025 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

داوری، سازوکار خصوصی حقوقی برای حل و فصل اختلافات طرفین قرارداد در خارج از دادگاه است؛ به بیان دیگر «[داوری] جایگزین دادگاه ملی است... که با توافق طرفین به داوری، روابط و اختلافات آنها از صلاحیت دادگاهها خارج می شود.»^۱ با وجود این، با توجه به صلاحیت عام محاکم دادگستری، مداخله دادگاه مقرر داوری در روند تشکیل، اداره و اتخاذ برخی از تصمیمهای احتیاطی دیوان داوری امری اجتنابناپذیر است.^۲ به سخن دیگر، داوری بدون حدی از مداخله دادگاهها نمی تواند به حیات خود ادامه دهد؛ ولی این دخالت باید مرزبندی و تحدید شود؛ چراکه ممکن است به ابزاری جهت دوری از هدف ارجاع امر به داوری مبدل شود.^۳ از جمله این موارد موضوع مداخله دادگاه در انتخاب داور است. مواد ۴۵۹، ۴۶۰، ۴۶۴، ۴۶۷، ۴۶۸ و ۴۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) و ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین المللی (مصوب ۱۳۷۶) قواعد مربوط به دخالت دادگاهها را در تعیین داور، مشخص کرده است. در صورتی که در انتخاب داور اختلافی حاصل شود، رفع این اختلاف حسب مورد براساس مقررات قانون آیین دادرسی مدنی یا قانون داوری تجاری بین المللی توسط دادگاه صورت خواهد پذیرفت.

این موضوع پرسشی را به ذهن متبادر می کند که ماهیت تصمیم دادگاه در انتخاب داور جنبه قضایی دارد یا واجد صفت اداری است؟ در صورت قائل شدن به ماهیت قضایی تصمیم فوق، این تصمیم مشمول آثاری نظیر امکان تجدیدنظرخواهی، تنظیم به صورت دادنامه، ابلاغ به اصحاب دعوا، قاعده فراغ دادرسی قرار گرفته و از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار خواهد شد؛ باین حال در صورت قائل شدن به اداری بودن ماهیت آن، آثار فوق الذکر وجود نداشته و تصمیم دادگاه قطعی خواهد بود.^۴

باتوجه به سکوت قوانین موضوعه در نظام حقوقی ایران در خصوص موضوع فوق، نظرهای متفاوتی مطرح شده و این اختلاف نظر در رویه قضایی^۵ نیز منعکس شده است. با وجود این، در تعدادی از نظامهای حقوقی نظیر هند موضوع اداری یا قضایی بودن ماهیت تصمیم دادگاه در انتخاب داور مورد بررسی قرار گرفته است.

در این پژوهش تلاش بر آن است ضمن بررسی دیدگاهها و استدلالهای موافقان و مخالفان هر دو نظریه در حقوق ایران و با مطالعه تطبیقی در برخی نظامهای حقوقی نظیر ایالات متحده آمریکا، انگلستان، استرالیا و هندوستان راه حل مناسبی که سازگاری بیشتری با اصول حقوقی داشته باشد، شناسایی و ارائه شود.

۱. ماهیت تصمیم انتخاب داور توسط دادگاه

در قوانین و مقررات اکثر قریب به اتفاق کشورهای مورد مطالعه در پژوهش حاضر درمورد اینکه ماهیت تصمیم داور اداری

۱. مافی، همایون، *تشریح بر قانون داوری تجاری بین المللی ایران*، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۷، ص ۴.

۲. شایان ذکر است مداخله دادگاهها در امر داوری را باید تا حد امکان محدود نمود؛ چراکه اصل در این امر، عدم مداخله دادگاههاست. صلحی، جلال، «حدود مداخله دادگاههای ملی در روند داوری»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۷، شماره ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۴، ص ۲۵۰؛ کیا، حسن، محسن محبی و عیسی امینی، «رویکرد قضایی به بی اعتباری رأی داوری داخلی»، *نشریه پژوهشهای حقوقی*، دوره ۲۰، شماره ۴۷، ۱۴۰۰، صص ۱۴۳-۱۶۴. ص ۱۶۱.

۳. مافی، همایون و جواد پارسافر، «دخالت دادگاهها در رسیدگیهای داوری در حقوق ایران»، *فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی*، دوره ۱۷، شماره ۵۷، ۱۳۹۱، ص ۱۰۵.

۴. شمس، عبدالله. *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: دراک، ۱۳۹۴، صص ۲۶۶-۲۶۷.

۵. گفتنی است برخی از آرای قضایی در اختیار نویسندگان پژوهش حاضر بوده است و ممکن است آرای دیگری در این زمینه صادر شده باشد که به منظور عدم دسترسی به آنها مورد اشاره واقع نشود.

است یا قضایی، حکمی مقرر نشده است؛ باین حال حقوق دانان و محاکم با توجه به تفاسیری که از ماهیت تصمیم خود دارند، رویکرد متفاوتی نسبت به موضوع اتخاذ کرده‌اند که در ادامه بررسی می‌شود.

۱.۱. دیدگاه قضایی بودن ماهیت تصمیم انتخاب داور توسط دادگاه

پاره‌ای از قضا و حقوق دانان در پاسخ به مسئله مذکور بر این باورند که ماهیت این تصمیم، قضایی است. استدلال‌های صورت گرفته در آرای برخی از محاکم و حقوق دانان به شرح ذیل است.

الف) در نظام حقوقی هند، به نظر اکثریت قضا در رأی SBP & Co. v. Patel Engineering Ltd دیوان عالی این کشور، دادگاه‌ها زمانی داور را تعیین می‌کنند که وجود قرارداد یا شرط داوری و اعتبار آن را احراز کنند. به بیان دیگر، صرف وجود یا نبود قرارداد یا شرط فوق برای انتخاب داور توسط دادگاه کفایت نمی‌کند.^۱ در رأی اشاره شده چنین استدلال شده است: «... دادگاه‌ها، در صورت درخواست [اصحاب دعوا]، می‌توانند یک داور یا دیوان داوری را منوط به ماهیت توافق بین طرفین و پس از اطمینان از وجود شرایط تعیین داور، مطابق بند (۶) بخش ۱۱ [قانون داوری و سازش مصوب ۱۹۹۶ هند]^۲ تعیین کنند...».

این رویکرد در آرای برخی از محاکم ایران نیز قابل مشاهده است. به موجب دعوای مطروحه در شعبه ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید صدر تهران، خواهان دعوا (شرکت خصوصی)، تعیین داور را از دادگاه درخواست کرده است؛ باوجود این در دفاعیه خوانده (شرکت دولتی) ادعا شده است که براساس اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران،^۳ تصویب هیئت وزیران در موضوع ارجاع اموال عمومی و دولتی به نهاد داوری ضروری است؛ چراکه شرکت خوانده از جمله شرکت‌های دولتی است. به علاوه، مطابق ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی ایران^۴ تعیین شرط داوری درخصوص اموال دولتی ممنوع و باطل است. دادگاه در مقام رسیدگی به دعوا مطروحه، ابتدا شرایط اصل ۱۳۹ قانون اساسی و احراز، و سپس مبادرت به انتخاب داور کرده است. در ادامه، با توجه به اینکه دادگاه به صرف درخواست طرفین نمی‌توانست داور را انتخاب کند و همچنین انتخاب داور مستلزم بررسی قضایی شرایط اصل فوق است، رأی خود را قضایی توصیف کرده است. به بیان دیگر، به علت اینکه دادگاه شرایط مقدماتی و اعتبار شرط داوری را احراز کرده است (دادگاه بررسی قضایی انجام داده است)، ماهیت تصمیم توسط دادگاه قضایی توصیف شده است. در این پرونده دادگاه ضمن بیان استدلال‌های خود مبتنی بر رد ادعای خوانده، مقرر داشته است: «... با توجه به مراتب فوق [استدلال‌های پیشین دادگاه] و نظر به اینکه از سوی خواهان داور اختصاصی تعیین و طی اظهارنامه به خوانده اعلام و ابلاغ گردیده است و با عنایت به استنکاف شرکت خوانده از معرفی داور اختصاصی و در نتیجه عدم تعیین داور توسط طرفین، دادگاه درخواست خواهان را درخور اجابت و پذیرش دانسته [است...]. و نظر به اینکه تصمیم ماهیت قضایی دارد، ظرف مهلت ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ

^۱. See cass: SBP & Co. v. Patel Engineering. Ltd. (2005) 8 SCC 618; Available at: <https://indiankanon.org/doc/1641452>.

^۲. در بخش ۱۱ قانون داوری و سازش هند (مصوب ۱۹۹۶)، فروض مختلف انتخاب داور(ان) تأذیه شده است.

^۳. اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران مقرر داشته است: «صلح دعوای راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوای خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند».

^۴. ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است: «ارجاع دعوای راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوای خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است».

قابل اعتراض در دادگاه‌های محترم تجدیدنظر مرکز استان تهران است»^۱.

ب) به نظر عده‌ای، باید بین داور اختصاصی و غیراختصاصی تفاوت قائل شد. در داوری اختصاصی، تصمیم دادگاه به علت ماهیت توافقی آن حکم قلمداد می‌شود و از ماهیت قضایی برخوردار است؛ «... چراکه تعیین داور اختصاصی که مستلزم طرح دعوا «الزام به تعیین داور مستنکف» است، دعوایی تمام‌عیار محسوب می‌شود، زیرا مستلزم دخالت در حق طرف مقابل است و دادگاه ابتدا خوانده را دعوت می‌کند تا حق خود را اعمال کند و در صورت امتناع، از جهت «الحاکم ولی الممتنع» داور اختصاصی او را تعیین و حکم بر نصب داور می‌نماید و بدیهی است که این امر توافقی محسوب شده و مستلزم تجدیدنظرخواهی خوانده است»^۲. بنابراین ماهیت تعیین داور اختصاصی توسط دادگاه، حکم قضایی و قابل تجدیدنظرخواهی است.

در دادنامه شماره ۵۲۶ مورخ ۱۳۸۲/۶/۳ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران موضوع پرونده شماره ۲۵۵/۱۵/۸۲ مقرر شده است: «... تعیین داور اختصاصی برای طرف اختلاف، بدو یک کار توافقی نیست؛ ولی در جریان کار ممکن است جنبه توافقی پیدا کند که در مواد ۴۶۱، ۴۶۹، ۴۷۰ و ۴۷۱ آیین دادرسی مدنی زمینه‌های آن مشخص شده است؛ بنابراین در صورتی که طرف اختلاف در خارج از دادگاه داور اختصاصی خود را تعیین و معرفی نکند و پس از ابلاغ دادخواست تا پایان جلسه رسیدگی نیز نسبت به اصل قرارداد با شرط داوری ایراد نداشته باشد و در عین حال داور خود را هم تعیین و معرفی نکند، تنها وظیفه دادگاه این است که طبق ماده ۴۷۶ و ۴۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی برای طرفین داور تعیین کند و طبق ماده ۴۷۱ همان قانون، ضمن ابلاغ به طرف ذی‌نفع اخطار کند که اگر جهت رد دعوا وجود دارد اعلام نماید و در صورتی که علت رد دعوا وجود نداشته، پرونده را مختومه سازد. در نتیجه بعد از انتخاب داور تنها مسئله‌ای که پیش‌روی دادگاه قرار دارد (علت رد) است که اگر ادعا شد مورد رسیدگی قرار خواهد داد؛ در غیر این صورت کار دادگاه خاتمه یافته است»^۳.

در داوری غیراختصاصی، تصمیم دادگاه در انتخاب داور ماهیت حکم یا قرار ندارد چراکه این دعوا ماهیت توافقی ندارد تا شامل حکم موضوع ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی شود؛ «... همچنین اصولاً و از نظر قواعد دادرسی، باید به دنبال تحقق دعوا صادر شود و در اینجا دعوایی وجود ندارد؛ بلکه دخالت دادگاه از جهت مساعدت در فرایند داوری است نه نظارت قضایی»^۴. بنابراین تصمیم دادگاه در مورد تعیین داور، هرچند ماهیت قضایی دارد، اما قرار نیز تلقی نمی‌شود.

۱.۲ دیدگاه اداری بودن ماهیت تصمیم انتخاب داور توسط دادگاه

در نقطه مقابل، برخی در پاسخ به مسئله مورد بحث اعتقاد دارند که ماهیت این تصمیم اداری است. عمده دلایل این عده عبارت‌اند از:

الف) درخواست انتخاب داور دادخواهی نیست و نیازمند رعایت تمام شرایط دادخواست مقرر در ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی نیست؛^۵ البته به علت اینکه درخواست علی‌الاصول به دادگاه عمومی ارجاع می‌گردد، بایستی در برگ

۱. شماره دادنامه ۹۸۰۹۹۷۲۱۶۲۱۰۱۳۳۶ مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۲۸ رجوع کنید به: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/56947>

۲. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص ۳۴۱.

۳. رجوع کنید به: همان، ص ۳۴۲-۳۴۱.

۴. خدابخشی، پیشین، ۳۵۳.

۵. شمس، عبدالله. *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳، تهران: دراک، ۱۳۹۶، ص ۵۲۷.

مخصوص نوشته شود؛ اما هزینه‌ای به آن تعلق نمی‌گیرد.^۱ به عنوان مثال، در آرای صادره از شعبه ۱۵ و ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ مقرر شده است که درخواست تعیین داور از موارد ترافی و اختلافی نیست و دادگاه مکلف به اظهارنظر در قالب صدور رأی نیست، بلکه با تصمیم اداری قابل انجام است. در رأی شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اظهار شده است: «... دادگاه با توجه به محتویات پرونده، از آنجاکه درخواست تعیین داور از موارد ترافی و اختلافی نبوده تا محکمه مکلف به اظهارنظر در قالب صدور رأی باشد بلکه صرفاً با تصمیم اداری قابل انجام است...». همچنین در رأی صادره از شعبه ۱۵ همان مرجع مقرر شده است: «... لیکن از آنجا که وصف مرضی‌الطرفین مورد توافق طرفین موضوع تعیین داور را صرفاً با توافق طرفین واجد آثار قانونی می‌داند و تعیین داور توسط دادگاه به لحاظ اینکه واجد وصف مذکور نبوده خارج از توافق اراده طرفین است. فلذا بر تصمیم دادگاه [بدوی] ایراد خاصی وارد نیست؛ لکن، با عنایت به اینکه درخواست تعیین داور واجد وصف ترافع نبوده، لذا تصمیم دادگاه را قابلیت تجدیدنظرخواهی ندانسته [است]». همچنین نظر فوق از مفهوم مخالف رأی صادره از دیوان عالی کشور هند^۳ نیز استنباط می‌شود که اظهار داشته است: «... دادگاه الزامی به صدور حکم قضائی برای تعیین داور ندارد...».

به موجب نظریه مشورتی^۴ شماره ۷/۹۵/۲۸۹۸ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۲، «... درخواست تعیین داور از سوی دادگاه طرح دعوی ترافی نیست، بنابراین مستلزم تعیین وقت رسیدگی و صدور حکم نیست...؛ زیرا در مورد رسیدگی ترافی، دادگاه باید مبادرت به صدور حکم کند، نه صرفاً اظهار ظر». گفتنی است به موجب رأی صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۵ در تأیید ادله فوق مقرر شده است: «... با عنایت به اینکه اقدام دادگاه در تعیین داور مطابق مقررات مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی، نوعی اقدام اداری بوده و از موارد موضوع مواد ۳۳۱ و ۳۳۲ قانون مرقوم نبوده [است] و قابلیت تجدیدنظرخواهی ندارد...».

همچنین آرای دیگری در این زمینه صادر شده است که نصب داور از جانب دادگاه، اقدامی ترافی تلقی نمی‌شود. به عنوان مثال، در دادنامه شماره ۴۰ مورخ ۱۳۸۳/۰۱/۱۹ موضوع پرونده شماره ۸۲/۱۵/۸۹۴ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در این مورد مقرر شده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی شرکت... از رأی شماره ۱۵۷۱ در تاریخ ۱۳۸۱/۰۹/۰۹ صادره از شعبه ۷ دادگاه عمومی تهران که تقاضای شرکت مذکور را برای تعیین داور برای طرف دعوا به علت عدم ارائه قبولی داور شرکت نامبرده غیرقابل استماع اعلام کرده است. هر چند طبق آگهی منتشر شده در شماره ۱۶۳۲۳ روزنامه رسمی اوراق تعهدآور شرکت تجدیدنظرخواه با دو امضا معتبر است و دادخواست نیز از اوراق تعهدآور محسوب می‌شود، نظر دادگاه برای تعیین داور برای طرف دعوا ترافی نیست و بدو دعوا محسوب نمی‌شود؛ بنابراین اساساً تصمیمی که دادگاه در این خصوص می‌گیرد قابل تجدیدنظرخواهی نیست و بدو دعوا محسوب

^۱. همان.

^۲. رأی شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۹۸، مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۱۸؛ رجوع کنید به: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7715>. رأی شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۸۲۱۶۰۱۰۰۱۷۲، مورخ ۱۳۹۴/۰۵/۱۴؛ رجوع کنید به: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/24437>.

^۳. See cass: Sundaram Finance Ltd. vs. NEPC India Ltd., (1999) 2 SCC 479; Available at: <https://indiankanoon.org/doc/507484>.

^۴. شعبانیان، محمدرضا. *رویه قضایی در حقوق داور، تهران: پژوهاک عدالت*، ۱۴۰۱، ص ۷۰.

^۵. رأی شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۱۴۶، مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۰۷؛ رجوع کنید به: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6616>.

نمی‌شود...»^۱.

در دادنامه دیگری به شماره ۱۳۱۱ مورخ ۱۳۸۴/۰۹/۳۰ موضوع پرونده شماره ۱۳۵۲-۸۴ از همان شعبه، تصمیم دادگاه درخصوص نصب داور رأی تلقی نشده و تجدیدنظرخواهی برای آن منتفی دانسته شده است. در این رأی آمده است: «درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای... به وکالت از شرکت به طرفیت آقای... نسبت به دادنامه شماره ۳۸۲ - ۱۳۸۴/۴/۲۵ صادره از شعبه پانزده دادگاه عمومی (حقوقی) تهران که به موجب آن درخواست تجدیدنظرخواه مبنی بر تعیین داور منتهی به صدور حکم به بطلان دعوا گردیده است؛ از توجه به اوراق پرونده، آنچه از مواد ۴۵۴ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی به دست می‌آید، این است که در صورتی که طرفین در قرارداد خود درخصوص اختلاف خود اخذ نظر داور را لازم دانسته‌اند و در تعیین داور توافق حاصل نشود، می‌توانند به دادگاه مراجعه و درخواست تعیین داور نمایند و دادگاه نیز نسبت به موضوع اتخاذ تصمیم می‌نماید؛ پس اولاً صدور رأی درخصوص خواسته خواهان مبنی بر تعیین داور فاقد وجهت است؛ بلکه دادگاه صرفاً مبادرت به اخذ تصمیم قضایی می‌نماید. ثانیاً طرفین درخصوص تعهدات پایان قرارداد و غیره حسب ماده ۱۰ [قرارداد] اخذ نظر داور را مقرر داشته‌اند. ثالثاً هرچند تصمیم دادگاه در تعیین داور قابلیت تجدیدنظرخواهی ندارد؛ ولی چون درهرحال این تصمیم به صورت دادنامه صادر شده [است]؛ بنابراین دادگاه با استناد به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض آن، پرونده را برای اقدام مقتضی به دادگاه نخستین اعاده می‌نماید.^۲ همچنین در رأی صادره از شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی^۳ به موجب دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۵۱۳۲۸۰۱۱۶۴ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۷ و رأی صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۴ به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۰۷۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۲۹ مقرر شده است که در خواست تعیین داور، فاقد وصف ترافعی است.

ب) نظر پاره‌ای از نویسندگان و آرای قضائی متعدد در نظام حقوقی کشور هند بر این است که دادگاه‌ها در انتخاب داور (موضوع بخش ۱۱ قانون داوری و سازش هند (مصوب ۱۹۹۶)) به عنوان یک «دادگاه» عمل نمی‌کنند. به عبارتی، اگرچه دادگاه‌ها محل رفع اختلاف است و در این زمینه تصمیم می‌گیرند، اما تصمیم آنها حین اعمال اختیارات بخش ۱۱ واجد وصف قضایی نیست.^۵ به بیان دیگر قضات دادگاه‌ها در این تصمیم هیچ وظیفه قضایی را انجام نمی‌دهند و کارکردی از مقام قضایی ندارند.

پ) ماهیت اختیار انتخاب داور توسط دادگاه تحت بخش ۱۱ قانون داوری و سازش هند (مصوب ۱۹۹۶) اداری محسوب می‌شود نه قضایی یا شبه قضایی؛ چراکه رئیس دادگستری در انتصاب دیوان داوری، وظیفه اداری را انجام می‌دهد و هیچ

۱. زندگی، محمدرضا، **داوری؛ رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی**، تهران: جنگل، ۱۳۹۳، ص ۱۰. به نظر برخی، «استدلال مستتر در این رأی مبنی بر اینکه تصمیم دادگاه در نصب داور را به دلیل ترافعی نبودن موضوع قابل تجدیدنظر ندانسته است، به سایر قواعد نصب داور توسط دادگاه نیز قابل سرایت است.» رجوع کنید به: توکلی، محمد مهدی. **نصب داور، احکام و آثار آن**، تهران: میزان، ۱۴۰۱، ص ۱۲۱.

۲. زندگی، پیشین، ص ۱۰۰.

۳. خدابخشی، پیشین، ص ۳۵۱.

۴. افتخار جهرمی، گودرز و مصطفی‌السان، **آیین دادرسی مدنی**، جلد ۳، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۴۲۰.

۵. Ador Samia Private Limited vs. Peekay Holdings Limited and Ors., (1998) 8 SCC 572; Sudhir S. Kotwal and Mrs. Asmita A. Vaidya. "Supreme court of INDIA on arbitral tribunal", *An International Multidisciplinary Research e-Journal*, 2016, P 47, Available at: <https://indiankanoon.org/doc/78969>; Konkan Railways Corporation Ltd. vs. Rani Construction Pvt. (2002) 2 SCC 388; Available at: <https://indiankanoon.org/doc/1752565>.

وظیفه‌ای برای اقدام قضایی از سوی وی وجود ندارد.^۱ به عبارت دیگر، زمانی که رئیس دادگستری در مورد فوق وظیفه اداری به عمل می‌آورد، هیچ‌گونه تمایزی بین آن انتخاب و تعیین داور توسط دادگاه وجود ندارد، در نتیجه با استفاده از قیاس می‌توان اظهار داشت که انتخاب داور توسط دادگاه، عمل اداری است.

ت) عده‌ای در مقام پاسخ به ادله^۲ موافقان دیدگاه قضایی بودن موضوع پژوهش معتقدند که دادگاه در انتخاب داور، باید فقط وجود یا عدم وجود موافقت‌نامه یا شرط داوری را مورد توجه قرار دهد؛ اگر این موافقت‌نامه یا شرط احراز گردد، انتخاب داور توسط دادگاه صورت می‌پذیرد.^۳ به بیان دیگر، صرف احراز وجود یا فقدان موافقت‌نامه یا شرط داوری برای انتخاب داور توسط دادگاه کافی بوده و نیازی به برگزاری محاکمه و بررسی ادله موجود در این خصوص احساس نمی‌شود.^۴ در تأیید این استدلال به موجب رأی *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. v. Aksh Optifibre Ltd.* در توافقی نام داوری با شرایط خاص به دادگاه‌ها اعطا شده است و مراجع مذکور فقط اسناد و مواد ذکر شده در پرونده را بررسی می‌کنند.^۵ همچنین در بخش ۱۱ قانون فوق، از عبارات رئیس دادگستری و انتصاب استفاده شده است که نشان‌دهنده حداقل مداخله قضایی است.^۶ همچنین در بخش ۱۱ صرفاً روند تعیین داور پیش‌بینی شده است و رویه اتخاذ شده نباید بر صلاحیت دیوان داوری برای تعیین اعتبار موافقت‌نامه داوری تأثیر بگذارد.^۷

ث) موضوع دیگری که در رد نظریه قضایی بودن ماهیت یاد شده باید به آن توجه کرد، لزوم توجه به قابلیت تفویض تصمیم‌های اداری دادگاه‌ها برخلاف تصمیمات قضایی است؛^۸ براساس بخش ۱۱ قانون مورد اشاره، تفویض اختیارات رئیس دادگستری در تعیین داور به «هر شخص یا مؤسسه‌ای» نشان از آن دارد که عمل مربوطه از ماهیت اداری برخوردار است، چراکه تصمیم قضایی برعکس عمل اداری قابل تفویض نیست.^۹

۲. آثار تصمیم انتخاب داور توسط دادگاه

همان‌طور که در مقدمه مقاله ذکر شد، تصمیمات قضایی از آثار بیشتری در مقایسه با تصمیمات اداری دادگاه‌ها برخوردارند. یکی از مهم‌ترین آثار این تصمیم، قابلیت یا عدم قابلیت اعتراض تصمیم دادگاه حسب مورد از طریق واخواهی یا

^۱. استدلال اقلیت Mr. C.K. Thakker در رأی *SBP & Co. v. Patel Engineering. Ltd.* (2005) 8 SCC 618 دیوان عالی هندوستان.

^۲. رجوع کنید به: شماره ۱-۱، بند الف.

^۳. Nayak, Sarthak and Hitabhilash Mohanty. "The nature of function discharged by the court in appointing the arbitrator: judicial or administrative?", 2019, P 4; Available at: <https://ssrn.com/abstract=3328229>.

^۴. به موجب قانون داوری و سازش هند (مصوب ۱۹۹۶ و اصلاحی ۲۰۱۵)، دادگاه‌ها در بخش (الف) ۱۱ باید مورد توجه قرار دهند که آیا موافقت‌نامه داوری یا شرط وجود دارد یا خیر؟ (Ibid., 9).

See Cass. CCC Builders Merchant Private Limited vs. Container Corporation of India Limited, 247 (2018) DLT 192, Available at: <https://supremetoday.ai/doc/judgement/01100059232>.

^۵. See cass: *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. v. Aksh Optifibre Ltd.*, 2005 (3) Arb. L.R. 1 (SC), Available at: <https://indiankanon.org/doc/847271>.

^۶. سیاست و هدف قانونگذاری اساساً به حداقل رساندن مداخله دادگاه در مرحله تعیین داور است و این قصد همانطور که در بخش ۱۱ (الف) گنجانده شده است باید مورد توجه قرار گیرد: Nayak, et al. Op. Cit.

^۷. Ibid., 6; See Cass. *Duro Felguera, S.A. v. Gangavaram Port Ltd.*, (2017) 9 SCC 729.

^۸. شمس، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، پیشین، ص ۲۶۶.

^۹. Nayak, et al. Op. Cit., P 7.; Malhotra, O. P. "Opening the PANDORA'S box: AN analysis of the supreme court's decision in *SBP & Co. v. Patel Engineering. Limited*", *Student Advocate Committee*, 2007, P 73.

تجدیدنظرخواهی آن است. پاره‌ای از قضاات^۱ قائل به قابل اعتراض بودن این تصمیم هستند. در مقابل برخی از قضاات^۲ معتقدند تصمیم فوق قطعی و غیرقابل اعتراض است. در نظریه مشورتی^۳ شماره ۲۳۲۷/۹۳/۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۲۵ نیز تصمیم دادگاه راجع به تعیین داور قطعی و غیرقابل تجدیدنظر اعلام شده است.

به نظر می‌رسد تصمیم دادگاه راجع به انتخاب داور در شرایطی که انتخاب داور مستلزم رسیدگی و احراز شرایط مقدماتی برای تعیین داور نیست، امری قطعی و غیرقابل اعتراض است؛ چراکه همان‌گونه که ذکر شد، ماهیت این تصمیم اداری است و یکی از ویژگی‌های ذاتی این‌گونه تصمیم‌ها، قطعی بودن آنهاست. از طرفی دادگاه‌ها صرفاً در جهت رفع اختلاف اظهار نظر نمی‌کنند و با دعوا به مفهوم خاص آن مواجه نمی‌شوند. البته شایان ذکر است، در مواردی که انتخاب داور مستلزم رسیدگی و احراز شرایط مقدماتی برای تعیین داور است، این تصمیم از ماهیت قضایی برخوردار است که می‌توان با رعایت مفاد قوانین مربوط به آیین رسیدگی حسب مورد نسبت به آن، درخواست رسیدگی قضایی از طریق واهی یا تجدیدنظرخواهی کرد.

با مطالعه تطبیقی در قانون نمونه آنسیترال در مورد داور تجاری بین المللی^۴ و برخی از کشورها نظیر ایالات متحده آمریکا، انگلستان و استرالیا، نظریه عدم قابلیت تجدیدنظرخواهی تقویت می‌شود. بند ۵ ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال مقرر داشته است: «تصمیم اتخاذ شده درباره موضوعاتی که به موجب بندهای (۳) یا (۴) به عهده دادگاه یا مرجع دیگر مذکور در ماده ۶ گذارده شده، قابل اعتراض نیست...». همچنین به موجب بند ۴ ماده ۱۷ قانون داور انگلستان، ماده ۱۲۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی ایالت کالیفرنیا آمریکا و بند ۵ ماده ۱۱ قانون داور تجاری استرالیا، انتخاب داور توسط دادگاه را قطعی و غیرقابل تجدیدنظر اعلام کرده است. البته گفتنی است، علی‌رغم اینکه کشورهای مورد بررسی در قوانین و مقررات مربوطه، غیرقابل اعتراض بودن این تصمیم را بیان داشته‌اند، اما در کشورهای فوق، مقرره‌ای در خصوص ماهیت قضایی یا اداری تصمیم دادگاه در انتخاب داور مشاهده نمی‌شود. باین‌همه، گفتنی است قابلیت یا عدم قابلیت اعتراض این تصمیم، دلالت بر ماهیت قضایی آن ندارد؛ چراکه ممکن است قانون‌گذار تصمیم قضایی را قطعی و غیرقابل اعتراض تلقی کند. (نظیر آنچه در ماده ۳۳۰ و مفهوم مخالف ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی مستفاد می‌گردد).

همه تصمیم‌هایی که دادگاه‌ها امروزه از حیث مساعدت به داور تعیین داور، جایگزینی داوران و... اتخاذ می‌کنند،

۱. رأی شعبه ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید صدر تهران به شماره دادنامه ۹۸۰۹۹۷۲۱۶۲۱۰۱۳۳۶ مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۲۸؛ رأی شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی خمین به شماره دادنامه ۸۸۰۹۹۸۸۶۵۰۱۰۰۱۴۱ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۵ رجوع کنید به خدابخشی، پیشین، ص ۳۵۰؛ رأی شعبه ۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۲۱۶۸۵۰۰۵۲۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۱ رجوع کنید به: پژوهشگاه قوه قضائیه.

مجموعه آرای قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۴۰۱، ص ۳۲۵.

۲. رأی شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۹۸ مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۱۸ رجوع کنید به: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7715>؛ رأی شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به ترتیب به شماره دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۲۴۷ مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۱۱ و ۱۳۹۳/۰۸/۰۴ رجوع کنید به: پژوهشگاه قوه قضائیه. پیشین، ص ۳۲۵؛ رأی صادره از شعبه ۲۶ دادگاه عمومی (حقوقی) تهران به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۸۶۰۰۶۰۴ رجوع کنید به: توکلی، پیشین، ص ۱۲۳ و رأی صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۱۰۷۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۲۹ رجوع کنید به: افتخار جهرمی و السان. پیشین، ص ۴۲۰.

۳. شعبانیان، پیشین، ص ۷۱.

۴. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

۵. بند ۳ ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال بیان داشته است: «در داور سه نفره، هر طرف یک داور انتخاب می‌کند و دو داور منتخب طرفین، داور سوم را تعیین خواهند کرد. اگر یکی از طرفین ظرف سی روز از تاریخ دریافت درخواست طرف مقابل در این خصوص، داور خود را تعیین نکند، یا اگر دو داور منتخب دو طرفین نتوانند ظرف سی روز از تاریخ انتصابشان درباره تعیین داور سوم توافق نمایند، بنابه تقاضای یکی از طرفین، تعیین داور سوم توسط دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ مشخص شده است، تعیین خواهد شد.»

از جمله تصمیم‌هایی هستند که در قالب دستور قضایی دادگاه صادر می‌شوند و قابلیت اعتراض و تجدیدنظر ندارند.^۱ علی‌رغم ویژگی عدم قابلیت اعتراض، این تصمیم‌های مساعدتی قابل عدول‌اند و دادگاهی که این تصمیم را اتخاذ کرده است، چنانچه متوجه اشتباه خود شود، حق عدول از تصمیم خود را خواهد داشت.^۲ تصمیم تعیین داور توسط دادگاه و برخی از تصمیم‌های مشابه از خصوصیت امر اعتبار قضاوت شده نیز برخوردار نیستند؛ چنانچه هریک از طرفین دعوا، مجدداً درخواست خود را مبتنی بر انتخاب داور یا تصمیم‌های مشابه مطرح کند، ممکن است دادگاه داور را تعیین نماید و دیوان داورى تشکیل شود.^۳ همچنین تصمیم‌های فوق شامل آثاری نظیر عدم ابلاغ به اصحاب دعوا، عدم شمول قاعده فراغ دادرس و... است.

۳. ضمانت اجرا

در مواردی ممکن است فردی که دادگاه وی را به‌عنوان داور تعیین کرده است، به مجازات تکمیلی محکوم و در نتیجه از حق داورى محروم شده باشد. همچنین گاهی دادگاه بدون توافق طرفین، شخصی را به‌عنوان داور انتخاب می‌کند که شرایط لازم برای داورى را ندارد؛ مانند شخصی که سن او کمتر از ۲۵ سال است^۴ یا محجوری که به‌سبب محدودیت‌های قانونی، ذاتاً صلاحیت داورى ندارد. به‌علاوه، در برخی موارد، پیش‌شرط‌های قانونی نیز برای انتخاب داور وجود دارد که ممکن است دادگاه بدون رعایت پیش‌شرط‌ها داور را انتخاب کند؛ سؤالی که اینجا مطرح می‌شود این است که آیا تعیین چنین داورى ازسوی دادگاه، که متعاقباً منجر به صدور رأی داورى توسط دادور منتخب دادگاه می‌شود، می‌تواند از موجبات بطلان رأی داورى باشد؟ با توجه به اینکه در این موضوع، اگر قایل به ماهیت اداری چنین تصمیمی باشیم، بحث اعتبار امر مختومه مطرح نخواهد بود، بنابراین می‌توان گفت که اگر به ماهیت اداری داورى قائل باشیم، چنین رأیی به‌دلیل ایرادهای مذکور قابل اعتراض خواهد بود.

رویکرد دیگری که می‌توان برای تصمیم صادره از سوی دادگاه در خصوص انتخاب داور قائل شد، ماهیت قضایی آن است. البته ممکن است با فرض قائل شدن به ماهیت قضایی نیز، داورى که ازسوی دادگاه انتخاب شده است دارای ایراداتی که در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی^۵ ذکر شده، باشد که در این صورت به رأی صادره ازسوی دادگاه درخصوص انتخاب داور می‌توان اعتراض کرد. به‌بیان ساده‌تر، در صورتی که تصمیم دادگاه واجد ماهیت قضایی باشد، رأی صادره ازسوی دادگاه قابل اعتراض خواهد بود.

حال با فرض این مسئله که داوران درخصوص موضوعی رأیی صادر کردند، آیا می‌توان با استناد به ایرادات مطروحه در خصوص داوران در قانون، از مرجع صالح قضایی تقاضای ابطال رأی صادره ازسوی داور یا داوران را نمود؟ به‌عبارت دیگر،

۱. همتی کلوانی، احمد. *نظارت دادگاه‌ها در داورى ملی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲، ص ۸۱.

۲. همان، ص ۸۲.

۳. همان.

۴. به موجب بند ۱ ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه نمی‌تواند کسانی را که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین.

۵. ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی به موارد ابطال رأی داور اشاره دارد که به این شرح است: (۱) رأی صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد. (۲) داور نسبت به مطلبی که موضوع داورى نبوده رأی صادر کرده است. (۳) داور خارج ازحدود اختیار خود رأی صادر نموده باشد. در این صورت فقط آن قسمت از رأی که خارج از اختیارات داور است ابطال می‌گردد. (۴) رأی داور پس از انقضای مدت داورى صادر و تسلیم شده باشد. (۵) رأی داور با آنچه در دفتر املاک یا بین اصحاب دعوا در دفتر اسناد رسمی ثبت شده و دارای اعتبار قانونی است مخالف باشد. (۶) رأی به وسیله داورانی صادر شده که مجاز به صدور رأی نبوده‌اند (۷) قرارداد رجوع به داورى بی‌اعتبار بوده باشد.

این ایرادات می‌تواند از موجبات ابطال رأی باشد؟

به نظر می‌رسد با توجه به این نکته که داور به موجب رأی دادگاهی که ماهیت قضایی دارد و از اعتبار امر مختومه برخوردار است، انتخاب شده است؛ یعنی داور قبلاً از صلاحیت‌های لازم برای داوری برخوردار شده است. به عبارت دیگر، چون انتخاب داور در قالب یک رأی (رأی قضایی) صادر شده و از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار است و رأی صادره از کلیه ویژگی‌های یک رأی صحیح برخوردار است، لذا از این نظر نمی‌توان به بند ۶ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی استناد کرد. البته می‌توان به نفس رأی و محتوای آن اعتراض کرد، ولی به دلیل اینکه رأی صادره یک فرایند قضایی نسبتاً طولانی را طی کرده است، نمی‌توان در مقام بطلان رأی داوری درخواست صدور حکم به بطلان رأی داوری به جهت عدم صلاحیت داور را کرد.

همچنین ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که اغلب نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف قائل به این موضوع اند که آرای صادره داوری قابل اعتراض نیست، مگر در موارد معدودی که قانون‌گذار آن را مشخص کرده است. برای مثال در قانون FAA ایالات متحده آمریکا^۱ موارد صدور رأی به بطلان آرای داوری در دادگاه‌های تجدیدنظر بسیار محدود است و در مواردی حتی دیده شده است که با وجود توافق طرفین مبنی بر عدم قبول داور تعیین شده از سوی دادگاه و مراجعه به دادگاه برای تعیین داور جدید، دادگاه‌ها چنین توافقی را به رسمیت نشناخته و بر قضاوت امر توسط داور تعیین شده قبلی، اصرار ورزیده‌اند.

نتیجه‌گیری

با توجه به بررسی استدلال‌های دو نظریه پیش‌گفته درخصوص ماهیت تصمیم دادگاه در انتخاب داور، قائل شدن به ماهیت اداری تصمیم فوق از قوت بیشتری برخوردار است. در این خصوص به نظر برخی از نویسندگان، مداخله دادگاه‌ها در امر داوری را باید تا حد امکان محدود کرد؛ چراکه اصل در این امر عدم مداخله دادگاه‌هاست. مواقعی که انتخاب داور مستلزم رسیدگی قضایی نیست، بدیهی است ماهیت این تصمیم اداری است. به عنوان مثال، اگر دو شخص حقیقی در قرارداد یا شرط داوری، داور را تعیین نکرده باشند و اختلاف حاصل شود، در این صورت دادگاه داور مناسبی انتخاب می‌کند که ماهیت این تصمیم بی‌شک اداری است.

ممکن است تصور شود، زمانی که دادگاه‌ها وجود قرارداد یا شرط داوری و اعتبار آن را احراز می‌کنند، رسیدگی قضایی انجام داده و در نتیجه ماهیت تصمیم قضایی است؛ علی‌رغم اینکه قضات دادگاه‌ها در مرحله اعتبارسنجی و بررسی مقدمات نهاد داوری، فعل قضایی انجام می‌دهند، اما صرف انتخاب داور توسط دادگاه‌ها عمل اداری تلقی می‌شود و نباید بررسی مقدمات نهاد داوری را، که امر قضایی است، به مرحله انتخاب داور تسری داد؛ هرچند که این انتخاب ناشی از رسیدگی قضایی باشد. به بیان دیگر باید میان بررسی مقدمات قرارداد یا شرط داوری، که نیازمند رسیدگی قضایی است، با مرحله انتخاب داور توسط دادگاه تفکیک قائل شد؛ انتخاب داور از سوی دادگاه، هرچند به دنبال بررسی‌های قضایی اولیه انجام می‌شود، اما این بررسی‌ها تنها مربوط به احراز شرایط داوری، مانند صحت و اعتبار قرارداد یا شرط داوری هستند. پس از ارزیابی قضایی، تعیین داور، خود به عنوان تصمیم اداری تلقی می‌شود. بنابراین، نمی‌توان ماهیت اداری تصمیم نهایی را با رسیدگی‌های قضایی اولیه یکسان دانست؛ با توجه به عدم وجود دخالت قضایی مستمر در فرایند داوری، دادگاه‌ها صرفاً به دلیل اینکه نیاز به تأیید یا بررسی برخی مقدمات دارند، نباید تصمیم

¹. Federal Arbitration Act.

نهایی‌شان را قضایی توصیف کنند. این فرایند بیشتر از آنکه تصمیم قضایی باشد، تصمیم اداری است که با هدف تعیین چارچوب برای داوری مستقل انجام می‌شود.

به عنوان مثال، اگر اموال عمومی یا دولتی موضوع نهاد داوری قرار گیرند، به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی، صحت داوری حسب مورد منوط به تصویب هیئت وزیران یا مجلس شورای اسلامی است. در این خصوص دادگاه ابتدا این موضوع را بررسی می‌کند که این اموال دولتی محسوب می‌شوند یا خیر؟ و متعاقباً در صورت وجود یا عدم مصوبه مزبور اقدام به انتخاب داور یا رد دعوا می‌نماید و خود را از هرگونه تکلیفی در این خصوص بی‌نیاز می‌بیند. بررسی این موضوع و اعتبارسنجی این فرایند مستلزم رسیدگی قضایی است. پس از رسیدگی قضایی، چنانچه شرط فوق محقق شده باشد، دادگاه‌ها داور را تعیین می‌کنند که صرف این انتخاب ماهیت اداری دارد؛ لیکن چون انتخاب داور به همراه انتخاب شرایط فوق صورت می‌پذیرد و عملاً امکان تفکیک بخش‌های رأی وجود ندارد، دادگاه مربوط رأی خود را قضایی توصیف می‌کند. به سخن دیگر، اگرچه از نظر ماهوی، رأی دادگاه در مورد انتخاب داور، اداری است، به دلیل اینکه این تصمیم در کنار تصمیمات قضایی قرار می‌گیرد، ممکن است نتوان به طور دقیق بخش اداری و بخش قضایی رأی را از یکدیگر تفکیک کرد. این امر می‌تواند باعث ایجاد سردرگمی در تفسیر ماهیت رأی دادگاه شود. با این حال، رویکرد غالب این است که انتخاب داور، حتی اگر ناشی از رسیدگی قضایی باشد، یک تصمیم اداری تلقی می‌شود.

منابع

کتاب

۱. افتخار جهرمی، گودرز و مصطفی‌السان، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳، تهران: میزان، ۱۳۹۹.
۲. پژوهشگاه قوه قضائیه، *مجموعه آرای قضایی*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۴۰۱.
۳. توکلی، محمد مهدی، *نصب داور، احکام و آثار آن*، تهران: میزان، ۱۴۰۱.
۴. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۵. زندی، محمدرضا، *رویه قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران در امور مدنی*، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.
۶. شعبانیان، محمدرضا، *رویه قضایی در حقوق داوری*، تهران: پژوهاک عدالت، ۱۴۰۱.
۷. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲، تهران: دراک، ۱۳۹۴.
۸. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳، تهران: دراک، ۱۳۹۶.
۹. مافی، همایون، *تشریح بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران*، تهران: دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، ۱۳۹۷.
۱۰. همتی کلوانی، احمد، *نظارت دادگاه‌ها در داوری ملی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲.

مقاله

۱۱. کیا، حسن، محسن محبی و عیسی امینی، «رویکرد قضایی به بی‌اعتباری رأی داوری داخلی»، *نشریه پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۲۰، شماره ۴۷، ۱۴۰۰، صص ۱۴۳-۱۶۴.
۱۲. مافی، همایون و جواد پارسافر، «دخالت دادگاه‌ها در رسیدگی‌های داوری در حقوق ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۱۷، شماره ۵۷، ۱۳۹۱، صص ۱۰۵-۱۳۰.
۱۳. مصلحی، جلال، «حدود مداخله دادگاه‌های ملی در روند داوری»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۷، شماره ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۴، صص ۲۴۹-۲۸۲.

آراء دادگاه‌ها

۱۴. دادنامه به شماره ۱۳۱۱، مورخ ۱۳۸۴/۰۹/۳۰ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۱۵. دادنامه به شماره ۴۰، مورخ ۱۳۸۳/۰۱/۱۹ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۱۶. دادنامه به شماره ۸۸۰۹۹۸۸۶۵۰۱۰۰۱۴۱، مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۵ صادره از شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی خمین.
۱۷. دادنامه به شماره ۹۰۰۹۹۷۵۱۳۲۸۰۱۱۶۴، مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۷ صادره از شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی.
۱۸. دادنامه به شماره ۹۱۰۰۷۸، مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۲۹ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۱۹. دادنامه به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۸۶۰۰۶۰۴، صادره از شعبه ۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
۲۰. دادنامه به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۱۴۶، مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۰۷ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲۱. دادنامه به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۹۶۸، مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۰۴ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲۲. دادنامه به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۹۸، مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۱۸ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲۳. دادنامه به شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۶۸۵۰۰۵۲۴، مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۱ صادره از شعبه ۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
۲۴. دادنامه به شماره ۹۳۰۹۹۸۲۱۶۰۱۰۰۱۷۲، مورخ ۱۳۹۴/۰۵/۱۴ صادره از شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲۵. دادنامه به شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۲۴۷، مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۱۱ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲۶. دادنامه به شماره ۹۸۰۹۹۷۲۱۶۲۱۰۱۳۳۶، مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۲۸ صادره از شعبه ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید صدر تهران.

References

Books

1. Eftekhari Jahromi, Goodarz and Mostafa Elsan, *Civil Procedure*, Volume 3, Tehran: Mizan, 2020. (in Persian)
2. Hemmti Kalvani, Ahmed, *Supervision of the Courts In National Arbitration*, Tehran Sahami Publishing Company, 2023. (in Persian)
3. Judiciary Research Institute, *Collection of Judicial Opinions*, Tehran: Press & Publishing Center of Judiciary, 2022. (in Persian)
4. Khodabakhshi, Abdollah, *Arbitration Law and Cases Related to It In Judicial Procedure*, Tehran: Sahami Publishing Company, 2019. (in Persian)
5. Mafi, Homayoun, *A Commentary on Iran's International Commercial Arbitration Law*, Tehran: University of Judicial Sciences and Administrative Services, 2018. (in Persian)
6. Sha'banian, Mohammad Reza, *Judicial Procedure In Arbitration Law*, Tehran: Echo of Justice, 202۲. (in Persian)
7. Shams, Abdollah, *Civil Procedure*, Volume 2, Tehran: Derak, 2015. (in Persian)
8. Shams, Abdollah, *Civil Procedure*, Volume 3, Tehran: Derak, 2017. (in Persian)
9. Tavakoli, Mohammad Mehdi, *Nomination of Arbitrators, Its Rules and Results*, Tehran: Mizan, 2022. (in Persian)
10. Zandi, Mohammad Reza, *Arbitration; Judicial Procedure of Courts of Appeal of Tehran Province in Civil Affairs*, Tehran: Jungle, 2014. (in Persian)

Articles

11. Kia, Hassan, Mohsen Mohebbi, Eisa Amini, "Judicial Approach to the Annulment of the Internal Arbitration Award", *Journal of Legal Research*, Volume 20, Issue 47, 2021, PP 143-164. (in Persian)

12. Mafi, Homayoun and Javad Parsafar, "Court Intervention in Arbitration Proceedings under Iranian Law", *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*: Volume 17, Issue 57, 2012, PP 105-130. (in Persian)
13. Malhotra, O. P. "Opening the PANDORA'S Box: An Analysis of the Supreme Court's Decision in SBP & Co. v. Patel Engineering. Limited". *Student Advocate Committee*, 2007.
14. Moslehi, Jalal, "The Limits of National Courts Intervention In the Arbitration Process", *Journal of Public law research*, Volume 7, Issues 15 & 16, 2005, PP 249-282. (in Persian)
15. Nayak, Sarthak and Hitabhilash Mohanty, "The Nature of Function Discharged by the Court In Appointing the Arbitrator: Judicial or Administrative? ", 2019.
16. S. Kotwal, Sudhir and Dr. Mrs. Asmita A. Vaidya, "Supreme court of INDIA on arbitral tribunal". *An International Multidisciplinary Research e-Journal*, 2016.

Cases

17. Ador Samia Private Limited vs. Peekay Holdings Limited and Ors., (1998) 8 SCC 572.
18. CCC Builders Merchant Private Limited vs. Container Corporation of India Limited, 247 (2018) DLT 192.
19. Decree No. 8809988650100141, dated 2010/12/16, Branch 1 of Khomin General Court of Law. (in Persian)
20. Decree No. 9009975132801164, dated 2012/01/17, Branch 8 of the Court of Appeal of Khorasan Razavi Province. (in Persian)
21. Decree No. 910078, dated 2012/11/19, Branch 15 of the Court of Appeal of Tehran Province. (in Persian)
22. Decree No. 9109970228600604, Branch 26 of Tehran General Court of Law. (in Persian)
23. Decree No. 9309970221000146, dated 2014/04/27, Branch 10 of the Court of Appeal of Tehran Province. (in Persian)
24. Decree No. 930997022100968, dated 2014/10/26, Branch 10 of the Court of Appeal of Tehran Province. (in Persian)
25. Decree No. 930997022150098, dated 2014/08/09, Branch 15 of the Court of Appeal of Tehran Province. (in Persian)
26. Decree No. 9309972168500524, dated 2014/11/12, Branch 85 of Tehran General Court of Law. (in Persian)
27. Decree No. 9309982160100172, dated 2015/08/05, Branch 37 of the Court of Appeal of Tehran Province. (in Persian)
28. Decree No. 9409970221000247, dated 2015/06/01, Branch 10 of the Court of Appeal of Tehran Province. (in Persian)
29. Decree No. 9809972162101336, dated 2019/11/19, Branch 89 of Tehran Shahid Sadr Judicial Complex of General Court of Law. (in Persian)
30. Decree No.1311, dated 2005/12/21, Branch 15 of the Court of Appeal of Tehran Province. (in Persian)
31. Decree No.40, dated 2004/03/28, Branch 15 of the Court of Appeal of Tehran Province. (in Persian)
32. Duro Felguera, S.A. v. Gangavaram Port Ltd., (2017) 9 SCC 729.
33. Konkan Railways Corporation Ltd. vs. Rani Construction Pvt. (2002) 2 SCC 388.
34. SBP & Co. v. Patel Engineering. Ltd. (2005) 8 SCC 618.
35. Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. v. Aksh Optifibre Ltd., 2005 (3) Arb. L.R. 1 (SC).
36. Sundaram Finance Ltd. vs. NEPC India Ltd., (1999) 2 SCC 479.

Websites

37. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/24437>.
38. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/56947>.
39. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6616>.
40. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7715>.
41. <https://indiankanoon.org/doc/1641452>.
42. <https://indiankanoon.org/doc/1752565>.
43. <https://indiankanoon.org/doc/507484>.
44. <https://indiankanoon.org/doc/78969>.
45. <https://indiankanoon.org/doc/847271>.
46. <https://ssrn.com/abstract=3328229>.
47. <https://supremetoday.ai/doc/judgement/01100059232>.



Original Article

States' Obligations to Protect the Marine Environment Against Climate Change: An Analysis of the ITLOS Advisory Opinion

Mahnaz Rashidi¹, Mahshid Ajeli Lahiji²

ABSTRACT

Climate change and its adverse effects have attracted the attention of the international community since at least the 1990s and numerous efforts have been made to regulate state behavior in tackling climate change, most notably through the adoption of international climate treaties such as the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), the 1997 Kyoto Protocol, and the 2015 Paris Agreement. Despite these binding treaty documents, how to deal with the increasing trend of climate change remains one of the most important concerns of the world today. According to the UNFCCC, "Climate Change" means a change of climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and is separate from natural climate changes that occur over time'. The adverse impacts of climate change on ecosystems and human life have been well-documented in various scientific reports issued by the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). Among the most vulnerable elements of the climate system are the oceans and seas, which cover over 70 percent of the planet's surface. Notably, the relationship between climate change and seas is a reciprocal one. On the one hand, undeniable scientific evidence points to the severe impacts of climate change on the marine environment, including ocean acidification due to carbon absorption, rising sea temperatures, melting ice, sea-level rise leading to the submersion of low-lying island nations, threats to coral reefs, and harm to marine biodiversity. On the other hand, oceans and seas play a vital role in regulating the Earth's climate by absorbing and redistributing carbon dioxide and heat, and are considered one of the most important sinks for greenhouse gases. Despite this significant interactions, the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), the most important international treaty document in the field of the law of the sea, contains no reference to climate change. Given that communities residing in small island developing states (SIDS) are disproportionately affected by the adverse effects of climate change on the oceans, the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (COSIS) submitted a request for an advisory opinion from ITLOS concerning the following two questions: What are the specific obligations of State Parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea (the "UNCLOS"), including under Part XII: (a) to prevent, reduce and control pollution of the marine environment in relation to the deleterious effects that result or are likely to result from climate change, including through ocean warming and sea level rise, and ocean acidification, which are caused by anthropogenic greenhouse gas emissions into the atmosphere? (b) to protect and preserve the marine environment in relation to climate change impacts, including ocean warming and sea level rise, and ocean acidification? The issuance of the

How to Cite: Rashidi, Mahnaz, Ajeli Lahiji, Mahshid, "States' Obligations to Protect the Marine Environment Against Climate Change: An Analysis of the ITLOS Advisory Opinion", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:195-214.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.236198.2762>

Received: 14/07/2024-Accepted: 08/12/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: ma.rashidi@shahed.ac.ir

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



Copyright: © 2025 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/>).

advisory opinion by ITLOS on 21 May 2024 in response to these questions marks a milestone in the articulation of states' obligations to protect and preserve the marine environment from adverse effects of climate change. In this opinion, ITLOS, as the foremost judicial body in the field of the law of the sea, interpreted the provisions of the 1982 UNCLOS in order to combat climate change. Accordingly, the central research question of this study is: What are the obligations of states under international law, from the perspective of ITLOS, to address the harmful effects of climate change on the marine environment? This article adopts a descriptive-analytical approach to examine the ITLOS advisory opinion and thereby identify and elaborate on the legal obligations of states concerning the impacts of climate change on oceans and seas. Through an in-depth analysis of the Tribunal's reasoning, it becomes evident that the advisory opinion constitutes an important step toward clarifying and delineating the scope of states' obligations to eliminate and mitigate the adverse effects of climate change on the marine environment. The findings of this study indicate that, although UNCLOS does not stipulate obligations regarding climate change and its harmful effects, ITLOS, through an evolutionary interpretation, establishes a linkage between two key obligations under the Convention—namely, the duty to prevent, control and reduce marine pollution and the obligation to protect and preserve the marine environment—on the one hand, and the need to address climate change on the other hand. The Court has identified anthropogenic greenhouse gas emissions as pollution of the marine environment, and the Court's emphasis on the obligation of States to prevent, control and reduce such pollution, as well as their commitment to ensure that no damage is caused to territories outside the State's jurisdiction by such pollution, requires that States not only reduce anthropogenic greenhouse gas emissions themselves, but also monitor the activities of the private sector in their areas of jurisdiction. This interpretation places a heavier burden of responsibility on major greenhouse gas-emitting countries, particularly industrialized nations. According to the Tribunal, states' obligations to prevent marine pollution from greenhouse gases and to preserve the marine environment from the adverse effects of climate change are obligations of conduct. In other words, states must exert their best efforts to fulfill these obligations, which are to be assessed based on a stringent due diligence standard. The Tribunal's emphasis on the application of a stringent due diligence standard for implementing states' obligations to address climate change in the marine environment necessitates the establishment of national systems, including legislation and enforcement mechanisms, and the monitoring of their effective implementation. Therefore, adopting laws and frameworks aimed at reducing greenhouse gas emissions to combat marine pollution and to preserve the marine environment from the negative impacts of climate change constitutes part of the states' obligations under international law of the sea. The Tribunal's emphasis on the stringent due diligence standard reflects the seriousness with which it regards the issue of climate change impacts on the marine environment.

KeyWords: International Tribunal for The Law of The Sea (ITLOS), Climate Change, Marine Pollution, Marine Environment, Stringent Due Diligence



تعهدات دولت‌ها به حفاظت از محیط‌زیست دریایی در برابر تغییرات اقلیمی: واکاوی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی حقوق دریاها

مهناز رشیدی^۱، مهشید آجلی لاهیجی^۲

چکیده

صدور نظر مشورتی دیوان بین‌المللی حقوق دریاها در ۲۱ می ۲۰۲۴، نقطه‌عطفی در رابطه با تعهدات دولت‌ها برای حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی در برابر تغییرات اقلیمی قلمداد می‌شود. در این نظر، مهم‌ترین مرجع قضایی در حوزه حقوق دریاها، اقدام به تفسیر مفاد کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲ در راستای مقابله با تغییرات اقلیمی کرد. لذا، سؤال اصلی این پژوهش آن است که از نظر ایتلوس، تعهدات دولت‌ها در حقوق بین‌الملل برای مقابله با آثار زیان‌بار تغییرات اقلیمی در پهنه‌های دریایی چیست؟ نتایج این نوشتار، که با روش توصیفی-تحلیلی و با تکیه بر منابع کتابخانه‌ای فراهم آمده، نشان می‌دهد، اگرچه کنوانسیون حقوق دریاها تعهداتی را در رابطه با مقابله با تغییرات اقلیمی و رفع آثار زیان‌بار آن مقرر نداشته است، دیوان، با تفسیری تکاملی، میان دو تعهد مندرج در این سند، یعنی تعهد به پیشگیری، کنترل و مقابله با آلودگی دریایی و همچنین تعهد به حفظ محیط‌زیست دریایی از یک سو و مقابله با تغییرات اقلیمی از سویی دیگر، پیوند برقرار کرده است. همچنین دیوان، معیار مراقبت مقتضی سختگیرانه را به‌عنوان شاخصی برای اجرای تعهدات مذکور در نظر آورده که به معنی ایجاد یک سیستم ملی برای قانون‌گذاری، اجرا و تضمین انجام فعالیت‌های مقابله‌ای با تغییرات اقلیمی است.

کلیدواژگان: دیوان بین‌المللی حقوق دریاها، تغییرات اقلیمی، آلودگی دریایی، محیط‌زیست دریایی، مراقبت مقتضی سخت‌گیرانه

استناد به این مقاله: رشیدی، مهناز، آجلی لاهیجی، مهشید، «تعهدات دولت‌ها به حفاظت از محیط‌زیست دریایی در برابر تغییرات اقلیمی: واکاوی نظر مشورتی دیوان بین‌المللی حقوق دریاها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۱۹۵-۲۱۴.

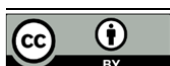
DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.236198.2762>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۸

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: ma.rashidi@shahed.ac.ir

۲. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

Copyright: © 2025 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

پهنه‌های دریایی که بیش از ۷۰ درصد سطح کره زمین را پوشانده‌اند، یکی از تأثیرپذیرترین عناصر در برابر تغییرات اقلیمی‌اند.^۱ ارتباط میان تغییرات اقلیمی با دریاها ارتباطی دوسویه است. از یک سو، مستندات علمی غیرقابل انکاری درخصوص آثار تغییرات اقلیمی بر محیط زیست دریایی وجود دارد.^۲ از سوی دیگر، اقیانوس‌ها و دریاها از طریق جذب و بازتوزیع دی‌اکسیدکربن و گرما تأثیر مستقیمی در تنظیم آب و هوای کره زمین دارند.^۳ به‌طوری‌که بیش از ۹۰ درصد از گرما در سامانه اقلیمی توسط اقیانوس‌ها جذب می‌شوند.^۴

باوجود آنکه کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲ به‌عنوان جامع‌ترین سند بین‌المللی دریایی به موضوع حفاظت از محیط‌زیست دریایی پرداخته است، اما صراحتاً موضوع تغییرات اقلیمی و تکلیف دولت‌ها به چگونگی مقابله با آن را مطرح نکرده است.^۵ از آنجاکه دولت‌های جزیره‌ای کوچک بیشترین آسیب را از آثار تغییرات اقلیمی بر دریاها متحمل می‌شوند، کمیسیون دولت‌های جزیره‌ای کوچک در تغییرات اقلیمی و حقوق بین‌الملل (از این پس: کمیسیون)^۶ با اتخاذ رویکرد استفاده فعالانه از مراجع قضایی و دیپلماتیک،^۷ با ثبت درخواستی در دفتر دیوان بین‌المللی حقوق دریاها (ایتلوس) در ۲۰ دسامبر ۲۰۲۲^۸ خواهان صدور نظر مشورتی نسبت به این دو سؤال شد:

تعهدات خاص دولت‌های عضو کنوانسیون ملل متحد در حقوق دریاها، ازجمله ذیل بخش ۱۲، نسبت به:

الف) پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی محیط‌زیست دریایی در رابطه با آثار زیان‌باری که ناشی یا احتمالاً ناشی از تغییرات اقلیمی ایجاد شده توسط انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی به جو است، ازجمله از طریق گرمایش جهانی و بالا آمدن آب دریاها و اسیدی شدن اقیانوس چیست؟

ب) نسبت به حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی در رابطه با آثار تغییرات اقلیمی، ازجمله گرمایش جهانی و بالا آمدن آب دریا و اسیدی شدن اقیانوس چیست؟^۹

کمیسیون مذکور بر مبنای ماده ۳(۳) توافقنامه مؤسس کمیسیون و با اشاره به ماده ۲۱ اساسنامه دیوان و نیز ماده ۱۳۸

۱. علی حسینی آزاد، *حقوق بین‌الملل محیط زیست دریایی*، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۴۰۲، ص ۳۱۷.

۲. See: IPCC, Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate, 2019.

۳. Johansen, E. The Role of the Oceans in Regulating the Earth's Climate: Legal Perspectives, In: Johanson. E. Signe Veierud Busch and Ingvild Ulrikke Jakobsen (eds), *The Law of the Sea and Climate Change: Solutions and Constraints*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, PP 1-21.

۴. Silverman-Roati . K and Bönnemann. M. "The ITLOS Advisory Opinion on Climate Change", *Verfassungsblog*, 22 may 2024. Available at: <https://verfassungsblog.de/the-itlos-advisory-opinion-on-climate-change/> (last visited on: 08/01/2024).

۵. Papanicolopulu. I. "The climate change advisory opinion request at the ITLOS", QIL, Zoom-in 102, 2023, P 9. Available at: <https://eprints.soas.ac.uk/41964/1/2023%20QIL%20AO%20ITLOS.pdf> (last visited on: 06/30/2024).

۶. این کمیسیون در پی انعقاد توافقنامه‌ای در ۳۱ اکتبر ۲۰۲۱ ایجاد شد. همه اعضای این توافقنامه، عضو کنوانسیون ملل متحد در حقوق دریاها هم هستند.

۷. Rothwell. D. R. "Climate Change, Small Island States, and the Law of the Sea: The ITLOS Advisory Opinion Request", *American Society of International Law*, Volume 27, Issue 5, 2023, P 5. Available at: https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_Insights_2023_V27_I5.pdf. (last visited on 07/01/2024).

۸. برای ملاحظه روند تصمیم بر ایجاد کمیسیون و درخواست نظریه مشورتی ن. ک. به:

Roland Holst, R. J. "Taking the Current When It Serves: Prospects and Challenges for an ITLOS Advisory Opinion on Oceans and Climate Chang", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Volume 32, Issue 2, 2022, PP 217-225, P 217.

۹. Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Request for an Advisory Opinion of 12 December 2022, P 2.

قواعد دادرسی آن و همچنین با توجه به ماده ۲(۲) توافقنامه، که اختیار درخواست نظر مشورتی از ایتلوس را به کمیسیون می‌دهد، از دیوان تقاضای صدور نظر مشورتی نمود و دیوان پس از احراز صلاحیت و صلاحدید خود،^۱ در ۲۱ می ۲۰۲۴ نظر مشورتی تاریخی و مهم خود را در این زمینه صادر کرد.

بنابراین سؤال اصلی این نوشتار آن است که تعهدات دولت‌ها برای حفظ محیط‌زیست دریایی در برابر تغییرات اقلیمی در حقوق بین‌الملل از رهگذر نظر مشورتی صادره از ایتلوس چیست؟ در پاسخ به این سؤال فرض بر آن است که تعهدات دولت‌ها در بخش ۱۲ کنوانسیون حقوق دریاهای بر موضوع تغییرات اقلیمی نیز بار می‌شود. به‌منظور ارزیابی این فرضیه، این پژوهش در سه مبحث ساختاربندی شده است. نظر به اینکه عامل اصلی ایجاد تغییرات اقلیمی انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی، و محور اصلی حقوق مقابله با تغییرات اقلیمی، تعهد به کاهش انتشار این نوع گازهاست، اولین موضوعی که به آن پرداخته خواهد شد آن است که آیا دیوان انتشار گازهای گلخانه‌ای را به‌عنوان آلودگی دریایی به‌شمار می‌آورد؟ سپس در بخش دوم، تعهدات دولت‌ها در مقابله با تغییرات اقلیمی در دریاهای از منظر ایتلوس مورد بررسی قرار خواهد گرفت و با توجه به اینکه دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای در ضمن بیان تعهدات دولت‌ها، یکی از شاخصه‌های اصلی اجرای تعهدات را استاندارد مراقبت مقتضی در نظر آورده است، در بخش نهایی به تبیین قلمروی مفهومی و معیارهای این استاندارد پرداخته خواهد شد. روش تحقیق در راستای انجام این پژوهش، توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر گردآوری داده‌های کتابخانه‌ای است. بنابراین تأکید اصلی مقاله پیش‌رو، تحلیل یافته‌های دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای در موضوع تعهدات حقوقی بین‌المللی دولت‌ها برای مقابله با تغییرات اقلیمی است.

۱. شناسایی گازهای گلخانه‌ای انسانی به‌عنوان آلودگی دریایی

بدون تردید یکی از مهم‌ترین یافته‌های دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای، شناسایی گازهای گلخانه‌ای انسانی به‌عنوان نوعی «آلودگی محیط‌زیست دریایی»^۲ بود. زیرا این مسئله که انتشار گازهای گلخانه‌ای به‌ویژه از کشتی‌ها نوعی آلوده‌کننده دریایی محسوب می‌شود یا خیر، همواره محل بحث و چالش بوده است.^۳ دیوان برای پاسخ‌گویی به سؤال اول در راستای بیان تعهدات دولت‌ها در زمینه پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی محیط‌زیست دریایی، ابتدا در پی حل این مسئله برآمد که آیا می‌توان انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی را به‌عنوان مصداقی از آلودگی محیط‌زیست دریایی طبق ماده ۱(۱)(۴) به‌شمار آورد.^۴

ازاین‌رو، دیوان نخست به تعریف آلودگی محیط‌زیست دریایی ذیل کنوانسیون حقوق دریاهای پرداخت که مقرر می‌دارد: «آلودگی محیط‌زیست دریایی به معنای ورود مواد یا انرژی، به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم، توسط انسان به محیط‌زیست دریایی، ازجمله مصب‌ها، به‌نحوی است که منجر یا احتمالاً منجر به چنان آثار زیان‌باری شود که به منابع زنده و حیات دریایی آسیب وارد کند، سلامت انسانی را در خطر قرار دهد، مانع فعالیت‌های دریایی مانند ماهیگیری و دیگر استفاده‌های مشروع از دریا شود و باعث خدشه به کیفیت آب دریا برای استفاده و کاهش امکانات رفاهی گردد».^۵

^۱. Request for Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Advisory Opinion, Case no. 31, 21 May 2024, ITLOS Reports 2024, paras. 83-122. (hereinafter: ITLOS Advisory Opinion on Climate Change)

^۲. Pollution of marine environment

^۳. Shi, Y. "Are Greenhouse Gas Emissions from International Shipping a Type of Marine Pollution?", *Marine Pollution Bulletin*, Volume 113, Issues 1-2, 2016, P 186.

^۴. ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 159.

^۵. United Convention on Law of the Sea (UNCLOS), 1982, Art. 1(1)(4).

این تعریف به جای ارائه فهرستی از مواد آلاینده، سه معیار برای تعیین آنچه چنین آلودگی ایجاد می‌کند، مقرر می‌دارد: (۱) باید ماده یا انرژی باشد (۲) این ماده یا انرژی توسط انسان‌ها، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، به محیط‌زیست دریایی وارد شود؛ و (۳) چنین ورودی باید منجر یا احتمالاً منجر به آثار زیان‌بار گردد.^۱ شروط مذکور برای تحقق آلودگی دریایی جمع می‌هستند. دیوان در تطبیق انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی و آثار آن با معیارهای پیش گفته، به این نتیجه رسید که درخصوص معیار اول، با تأکید بر معنای موسع اصطلاحات «ماده»^۲ و «انرژی»^۳، «ماده» را به هر نوع خاصی از ماده با خواص یکسان یا هر نوع از ماده با ترکیب شیمیایی معین دانست. همچنین دیوان با اشاره به یافته کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیرش نسبت به تعریف «آلودگی اتمسفری»- و به‌خصوص نسبت به «ورود انرژی»- در پیش‌نویس اصول راهنمای ۲۰۲۱ در حفاظت از جو، گرما را نیز نوعی انرژی تلقی می‌کند.^۴ از معنای معمول کلمه «گاز» و از تعاریف کنوانسیون چارچوب ملل متحد درباره تغییرات اقلیمی^۵ و هیئت بین‌الدولی تغییر اقلیم از اصطلاح «گازهای گلخانه‌ای» مشخص است که اینها مواد هستند و اولین معیار تعریف آلودگی محیط‌زیست دریایی محقق شده است.^۶

درخصوص معیار دوم، دیوان انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی توسط انسان را امری واضح می‌پندارد^۷ و به این نتیجه می‌رسد که ورود گازهای گلخانه‌ای انسانی به محیط‌زیست دریایی می‌تواند به‌صورت مستقیم (از طریق جذب و حل دی‌اکسید کربن به‌وسیله اقیانوس) یا غیرمستقیم (از طریق به دام انداختن حرارت (گرما) و ورود این انرژی حرارتی به‌طور غیرمستقیم در اقیانوس) باشد و به‌این ترتیب، دیوان تحقق شرط دوم آلودگی دریایی را نیز احراز کرد.^۸

مطابق معیار سوم، برای اینکه ورود مواد یا انرژی داخل در معنی «آلودگی دریایی» قرار گیرد، باید منجر یا احتمالاً منجر به «چنان آثار زیان‌باری شود که به منابع زنده و حیات دریایی آسیب بزند، سلامت انسانی را در خطر قرار دهد، مانع از فعالیت‌های دریایی از جمله ماهیگیری و دیگر استفاده‌های مشروع از دریا، کاهش کیفیت آب دریا برای استفاده و کاهش امکانات رفاهی شود». دیوان بیان می‌دارد که مصادیق «آثار زیان‌بار» مذکور در ماده ۱(۱)(۴) کنوانسیون، جامع و انحصاری نیست و محدود به مناطق دریایی نشده است. همچنین این تعریف به آثار زیان‌بار واقعی (بالفعل) یا احتمالی (بالقوه) اشاره دارد. دیوان خاطرنشان می‌کند که این تعریف کیفیت «احتمال» آثار زیان‌بار و سطح «آسیبی» را که می‌تواند اثر زیان‌بار در نظر گرفته شود، مشخص نمی‌کند.^۹

سپس دیوان در بیان آثار ورود گازهای گلخانه‌ای و گرما به محیط‌زیست دریایی با اشاره به گزارش‌های هیئت بین‌الدول تغییرات اقلیمی که با اطمینان بالا انجام شده و توسط دولت‌ها تصدیق شده است،^{۱۱} اظهار می‌دارد که ورود گازهای گلخانه‌ای انسانی به محیط‌زیست دریایی باعث گرمایش اقیانوسی، بالا آمدن سطح آب دریاها و اسیدی شدن اقیانوس‌ها

^۱ ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 161.

^۲ Substance

^۳ Energy

^۴ ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 163.

^۵ ILC, Draft Guidelines on the Protection of the Atmosphere, 2021, Commentary to Guideline 1, subpara. (b))

^۶ مطابق بند ۵ ماده ۱ کنوانسیون چارچوب تغییرات اقلیمی: «گازهای گلخانه‌ای» به معنی آن قسمت از اجزای گازی اتمسفر است که طبیعی و ناشی از فعالیت بشر بوده و تشعشع مادون قرمز را جذب نموده و دوباره منتشر می‌نمایند»:

United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 1992, Art. 1(5).

^۷ ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 164.

^۸ Ibid, Paras. 165, 172-173.

^۹ Ibid, Paras. 172-173.

^{۱۰} Ibid, Para. 174.

^{۱۱} Ibid, Para. 175.

و در نهایت منجر به آثار زیان‌باری بر محیط‌زیست دریایی و ماورای آن می‌شود. بنابراین آثار تغییرات اقلیمی و اسیدی شدن اقیانوس، معیار مربوط به «آثار زیان‌بار» مندرج در ماده ۱(۱)(۴) کنوانسیون را تأمین می‌کند. در پرتوی موارد فوق‌الذکر، دیوان به این نتیجه رسید که انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی به جو، آلودگی محیط‌زیست دریایی داخل در معنی ماده ۱(۱)(۴) کنوانسیون را ایجاد می‌کند.^۱

۲. تعهد دولت‌ها در خصوص مقابله با تغییرات اقلیمی در دریاها

براساس پاسخ دیوان به سؤالات مطروحه، تعهدات دولت‌ها در خصوص مقابله با تغییرات اقلیمی در دریاها مشتمل بر تعهد به پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی دریایی و نیز تعهد به حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی است. از نظر ایتلوس، تعهد به حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی تعهدی جامع‌تر نسبت به مقابله با آلودگی دریایی است.^۲ باوجود تأیید این نظر، که قلمروی تعهد به حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی، شامل پیشگیری و کاهش آلودگی دریایی می‌شود، به زعم نگارندگان، هر دو تعهد بخشی از تعهد کلی‌تر دولت‌ها به مقابله با تغییرات اقلیمی و رفع آثار زیان‌بار آن در دریاها به‌شمار می‌آیند. توضیح آنکه، نظام حقوقی مقابله با تغییرات اقلیمی، حول دو تعهد بنیادین بنا شده است: کاهش و سازگاری. تعهد به کاهش به معنی کاستن از میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای و همچنین جذب گازهای گلخانه‌ای موجود در جو است؛ به‌نحوی که تغییرات اقلیمی آینده را کاهش دهد^۳ و سازگاری، به تعدیل سیستم اکولوژیکی، اجتماعی و اقتصادی در واکنش به تغییرات اقلیمی و آثار آن اشاره دارد.^۴ نظر به نقش دریاها به‌عنوان جاذب کربن و نیز تأثیرپذیری آنها از تغییرات اقلیمی، تعهد به پیشگیری و مقابله با آلودگی دریایی و نیز حفظ محیط‌زیست دریایی در هر دو تعهد پایه‌ای کاهش و سازگاری اقلیمی نقشی اساسی دارد.^۵ از این‌رو، در بخش اول، به تعهد دولت‌ها درباره پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی دریایی پرداخته می‌شود و سپس تعهد به حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی مورد نظر قرار می‌گیرد.

۲.۱. تعهد به پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی دریایی

دیوان با دستیابی به این نتیجه، که انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی مصداقی از آلودگی دریایی هستند، در پاسخ به سؤال اول، درصدد بیان تعهدات دولت‌ها برای پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی دریایی ناشی از این گازها برآمده است. این‌طور دریافت می‌شود که دیوان در این زمینه قائل به دو دسته تعهدات اصلی یا ماهوی و تعهدات فرعی یا شکلی است. تعهدات اصلی تعهداتی‌اند که به‌طور مستقیم تکلیف دولت‌ها در پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی دریایی را مقرر می‌دارند و تعهدات شکلی اقدامات عملی‌اند که لازمه اجرای تعهد اصلی‌اند.

^۱ Ibid, Paras. 175-179.

^۲ Ibid, Para. 152.

^۳ IPCC, Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, R.K. Pachauri and L.A. Meyer (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 2014, P 76.

^۴ United Nations Climate Change, "Adaptation and Resilience", Available at: <https://unfccc.int/topics/adaptation-and-resilience/the-bigpicture/introduction#:~:text=It%20refers%20to%20changes%20in,and%20future%20climate%20change%20impacts> (last visited on 11/06/2024)

^۵ Craig, R. K. "Mitigation and Adaptation", In: Johanson, E. Signe Veierud Busch and Ingvild Ulrikke Jakobsen (eds), *The Law of the Sea and Climate Change: Solutions and Constraints*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, PP 74-80.

بند ۱ ماده ۱۹۴ کنوانسیون تعهد به اتخاذ همه اقدامات ضروری به پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی دریایی از هر منبع را مقرر می‌دارد. با توجه به اینکه انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی به جو، آلودگی محیط‌زیست دریایی را ایجاد می‌کند، بند ۱ ماده ۱۹۴ نسبت به چنین آلودگی اعمال می‌شود.^۱ این تعهد هم بر آلودگی‌های بالفعل و هم آلودگی‌های بالقوه قابل اعمال است. بند ۱ ماده ۱۹۴، دولت‌ها را متعهد به اتخاذ همه اقدامات ضروری با هدف کاهش و کنترل آلودگی دریایی موجود از چنین انتشاری و در نهایت پیشگیری از وقوع چنین آلودگی‌ای می‌کند. بنابراین این تعهد متضمن توقف فوری آلودگی دریایی از انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی نیست.^۲ از این رو، نوعی سازگاری میان ماده ۱۹۴ (۱) کنوانسیون حقوق دریاها با هدف مندرج در بند ۱ ماده ۴ توافقنامه پاریس وجود دارد. این ماده مقرر می‌دارد: «به منظور دستیابی به هدف درجه حرارت بلند مدت مقرر در ماده ۲، اعضا با هدف دستیابی به اوج جهانی انتشار گازهای گلخانه‌ای تا حد ممکن، ضمن شناسایی اینکه این موضوع برای کشورهای در حال توسعه عضو نیازمند زمان طولانی‌تری است، متعهد به کاهش سریع آن مطابق با بهترین دانش موجود هستند...».^۳

بند ۱ ماده ۱۹۴ کنوانسیون هیچ معیار مشخصی نسبت به آنچه اقدامات ضروری را تشکیل می‌دهد، مقرر نمی‌کند و آن را به صلاحدید دولت‌ها واگذار کرده است. با وجود این، دیوان به منظور محدود ساختن حاشیه صلاحیدیدی دولت‌ها بیان می‌دارد که اقدامات ضروری باید به طور عینی تعیین شود^۴ و معیارهای لازم را مقرر می‌دارد: بهترین دانش در دسترس، قواعد و استانداردهای بین‌المللی و روش‌های موجود و ظرفیت‌های دولت و ابزارهای موجود.^۵

برای معیار اول، دیوان ضمن توجه به نقش کلیدی علم، ارزیابی‌های هیئت بین‌الدول تغییرات اقلیمی مربوط به خطرهای مرتبط به اقلیم و کاهش تغییرات اقلیمی را نیازمند توجه خاص می‌داند.^۶ البته نظر دیوان آن است که در تعیین اقدامات ضروری، قطعیت علمی لازم نیست. در نبود چنین قطعیتی، دولت‌ها باید رویکرد محتاطانه‌ای را در تنظیم آلودگی دریایی از گازهای گلخانه‌ای در پیش بگیرند.^۷ لازم به توجه است که رویه ایتلوس، درج رویکرد احتیاطی در تعداد روبه‌رشدی از معاهدات و دیگر اسناد بین‌المللی را آغازی بر روند عرفی کردن آن می‌داند.^۸ با توجه به صدمه جدی و غیرقابل بازگشتی که ممکن است از طریق آلودگی ناشی از انتشار گازهای گلخانه‌ای به محیط‌زیست دریایی وارد شود، رویکرد احتیاطی، آن گونه که با بهترین دانش موجود ارزیابی شده، ضرورت بیشتری دارد.^۹

قواعد و استانداردهای بین‌المللی راهنمای دیگری برای ارزیابی اقدامات ضروری‌اند. در چارچوب تغییرات اقلیمی، این قواعد و استانداردها در معاهدات و اسناد مختلف اقلیمی از جمله کنوانسیون چارچوب و توافقنامه پاریس و دیگر معاهدات مرتبط یافت می‌شوند. در خصوص ارتباط میان کنوانسیون ۱۹۸۲ و توافقنامه پاریس، دیوان بر این نظر است که توافقنامه پاریس، کنوانسیون را در خصوص تعهد به تنظیم آلودگی دریایی ناشی از انتشار گازهای گلخانه‌ای کامل می‌کند؛ اما

^۱. Ibid, Para. 197.

^۲. Ibid, Para. 199.

^۳. Paris Agreement, 2015, Art. 4(1).

^۴. ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 206.

^۵. Ibid, Para. 207.

^۶. Ibid, Para. 208.

^۷. Open Society Foundations, "ITLOS Advisory Opinion on Climate Harm and the Marine Environment: a Summary", 21 May 2024, Available at: <https://www.justiceinitiative.org/newsroom/itlos-advisory-opinion-on-climate-harm-and-the-marine-environment-a-summary> (last visited on: 07/01/2024).

^۸. Responsibilities and Obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 10, at p. 47, para. 135; ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 213.

^۹. ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Paras. 205-213.

توافقنامه پاریس نسبت به کنوانسیون، «حقوق خاص»^۱ نیست. به علاوه، حمایت و حفاظت از محیط زیست دریایی به عنوان یکی از اهداف کنوانسیون ۱۹۸۲ صرفاً با اجرای تعهدات توافقنامه پاریس محقق نمی شود.^۲ ذکر این نکته ضروری می نماید که اگرچه دیوان با اشاره به سایر قواعد بین المللی برای تعیین اقدامات ضروری، تلاش بر انسجام بخشی میان قواعد بین المللی داشته است، از این لحاظ که این نظر می توانست با تفصیل بیشتری به ارتباط بخشی میان تعهد دولت ها در ارائه «اسناد مشارکت ملی»^۳ و معیارهای لازم الرعایه در صدور آنها ذیل توافقنامه پاریس و تعهد به «اتخاذ اقدامات ضروری» به موجب ماده ۱۹۴ کنوانسیون حقوق دریاهای پیردازد، محل انتقاد است.^۴

در مورد معیار سوم، بند ۱ ماده ۱۹۴ دولت ها مقرر می دارد که مقدار و محتوای اقدامات ضروری می تواند بسته به روش های در دسترس دولت ها و توانمندی هایشان در زمینه های علمی، فنی، اقتصادی و مالی متفاوت باشد.^۵ در این راستا، کنوانسیون چارچوب و توافقنامه پاریس اقدام به شناسایی اصل مسئولیت مشترک، اما متفاوت کرده اند. اصل مسئولیت مشترک، اما متفاوت به عنوان یکی از اصول اساسی نظام حقوقی تغییرات اقلیمی، بر این ایده بنا نهاده شده که اگرچه همه دولت ها به انجام اقدامات مقابله ای با تغییرات اقلیمی متعهدند، دولت های توسعه یافته به دلیل نقش تاریخی بیشتر در ایجاد وضعیت کنونی اقلیمی و نیز توان مالی و فنی بالاتر، مسئولیت بیشتری نسبت به کشورهای در حال توسعه برعهده دارند.^۶ دیوان بیان می دارد که هرچند کنوانسیون ۱۹۸۲ به این اصل اشاره نمی کند، برخی عناصر مشترک با این اصل را در بر می گیرد. بر این اساس، قلمروی اقدامات تحت این مقرر، یعنی کاهش گازهای گلخانه ای انسانی موجد آلودگی دریایی، باید بین دولت های توسعه یافته و در حال توسعه متفاوت باشد. البته وظیفه اقدام فقط برعهده دولت های توسعه یافته نیست، هرچند آنها باید به رهبری خود ادامه دهند.^۷ این بیان دیوان، یادآور بند ۴ ماده ۴ توافقنامه پاریس است که مسئولیت هدایت اهداف کاهش انتشار مطلق را برعهده دولت های توسعه یافته می نهد و دولت های در حال توسعه باید تلاش های کاهشی خود را افزایش دهند و در طول زمان به حرکت به سوی تحدید انتشار یا اهداف کاهشی تشویق شوند.^۸ به زعم دیوان تعهد ذیل بند ۱ ماده ۱۹۴ دولت ها یک تعهد به وسیله^۹ است، نه یک تعهد به نتیجه.^{۱۰} اما لازمه انجام این تعهد این است که دولت ها با «مراقبت مقتضی»^{۱۱} در اتخاذ اقدامات ضروری عمل کنند.^{۱۲}

تعهد اصلی دیگر مطروحه توسط دیوان، تعهد ذیل بند ۲ ماده ۱۹۴ کنوانسیون حقوق دریاهاست. این قاعده ناظر بر مقابله با آلودگی فرامرزی است. به موجب این بند، کنوانسیون از دولت ها می خواهد همه اقدامات ضروری را اتخاذ کنند تا

^۱. Lex specialis

^۲. Ibid, Para. 224.

^۳. Nationally Determined Contribution (NDC)

^۴. Voigt, C. "ITLOS and the Importance of (Getting) External Rules (Right) in Interpreting UNCLOS", Verfassungsblog on Matters Constitutional, 29 May 2024. Available at: <https://verfassungsblog.de/itlos-and-the-importance-of-getting-external-rules-right-in-interpreting-unclos/> (last visited on: 09/11/2024).

^۵. Ibid, Para. 225.

^۶. عبدالهی، محسن و سعیده معرفی، «اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت در حقوق بین الملل محیط زیست»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۲، شماره ۲۹، ۱۳۸۹، ص ۲۰۱.

^۷. Ibid, Para. 229.

^۸. Paris Agreement, Op. Cit., Art. 4 (4).

^۹. Obligation of conduct

^{۱۰}. Obligation of result

^{۱۱}. ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 233.

^{۱۲}. Due diligence

^{۱۳}. See: Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area, Op. Cit., P 10, at P 41, Para. 111; ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 234.

تضمین نمایند دو وضعیت اتفاق نمی‌افتد: اول، اقدامات تحت صلاحیت یا کنترل آنها باعث خسارت ناشی از آلودگی به دولت‌های دیگر یا محیط‌زیست آنها نشود؛ دوم، آلودگی ناشی از حوادث یا اقدامات تحت صلاحیت یا کنترل آنها فراتر از مناطقی که بر آن حقوق حاکمیتی خود را اعمال می‌کنند، انتشار نیابد.^۱ مبنای این تعهد اصل جلوگیری از ضرر است که در اصل ۲۱ اعلامیه استکهلم و اصل ۲ اعلامیه ریو منعکس شده و در نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به مشروعیت تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای مورد توجه قرار گرفته است.^۲

عبارت «اقدامات تحت صلاحیت یا کنترل آنها»^۳ در این ماده، اقدامات بخش عمومی و خصوصی را در مناطق تحت صلاحیت یا کنترل دولت‌ها شامل می‌شود. به این ترتیب، دولت‌ها مکلف شده‌اند نسبت به تمام اقدامات تحت صلاحیت و کنترل خود، مراقبت مقتضی کنند. همچنین به زعم دیوان، درخصوص آلودگی فرامرزی، که محیط‌زیست سایر دولت‌ها را متأثر کند، معیار مراقبت مقتضی حتی می‌تواند، نسبت به بند ۱ سخت‌گیرانه‌تر باشد.^۴ به نظر می‌رسد سخت‌گیری بیشتر دیوان در این زمینه، ناظر بر مفهوم موسع‌تر «محیط‌زیست»^۵ در بند ۲ نسبت به قلمروی شمول «محیط‌زیست دریایی»^۶ در بند ۱ باشد. به عبارت دیگر، دولت‌ها در بند ۲ مکلف‌اند، تضمین کنند که آلودگی موجب ایراد آسیب به همه عناصر محیط‌زیست، و نه منحصرأ نسبت به محیط‌زیست دریایی نمی‌شود. درخصوص ارتباط بند ۱ و ۲ ماده ۱۹۴ کنوانسیون، باید با قاضی جسوس هم‌نظر بود که معتقد است، هدف و وضعیت بند ۱ و ۲ ماده ۱۹۴ با یکدیگر متفاوت است؛ زیرا بند ۱ صرفاً ناظر بر پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی ناشی از انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی به محیط‌زیست دریایی بوده و بند ۲ بر تضمین پیشگیری از آلودگی فرامرزی به محیط‌زیست توجه دارد، اما از لحاظ نقش مهم هر دو تعهد در کنترل آلودگی و حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی، مکمل یکدیگرند.^۷

این ماده از حیث اینکه دولت را برای فعالیتهای آلاینده بخش خصوصی مسئول دانسته حائز اهمیت است؛ زیرا امروزه بخش مهمی از انتشار گازهای گلخانه‌ای توسط نهادهای خصوصی تجاری- صنعتی انجام می‌شود و این تعهد، یعنی تضمین متابعت بخش غیردولتی از عدم ایراد آسیب فرامرزی زیست‌محیطی و عدم انتشار آلودگی نیز برآمده از تعهد به مراقبت مقتضی است.^۸

سپس دیوان به تعهدات خاص دولت‌ها درخصوص جلوگیری، کاهش و کنترل آلودگی از منابع متفاوت، که قسمت‌های ۵ و ۶ بخش ۱۲ کنوانسیون آمده، اشاره می‌کند و بر تعهد به اتخاذ قوانین و مقررات ملی و اجرای قواعد ملی و بین‌المللی را مورد نظر قرار می‌دهد.^۹ اما دیوان قلمروی سؤال را فقط محدود به آلودگی ناشی از منابع مستقر در خشکی، کشتی‌ها و هواپیماها می‌داند که و مواد مرتبط با این موضوعات ۲۰۷، ۲۱۱ و ۲۱۲ است.^{۱۰} باید توجه داشت که رویکرد دیوان در محدود کردن دایره سؤال قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا انتشار گازهای گلخانه‌ای از دیگر منابع مانند دامپینگ (دفع زباله در دریا) یا فعالیتهای در بستر دریا در هر دو ناحیه تحت صلاحیت دولت‌ها و منطقه اعماق دریاها نیز موجب انتشار

^۱. ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 245.

^۲. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, P 226, at P 242, Para. 29; ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 246.

^۳. Activities under their jurisdiction or control

^۴. Ibid, Paras. 254-256 and 258.

^۵. Environment

^۶. Marine environment

^۷. ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Declaration of Judge Jesus, Paras. 8-9 and 16.

^۸. Open Society Foundations, Op. Cit.

^۹. ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Paras. 259-260.

^{۱۰}. Ibid, Para. 264.

گازهای گلخانه‌ای موجب آلودگی دریایی خواهند شد و مشخص نیست دیوان بر چه اساسی سایر منابع انتشاردهنده را مستثنا کرده است. این موضع انتقادی در اعلامیه قاضی پاولک نیز مطرح شده است.^۱ علاوه بر تعهدات پیش گفته، ایتلوس در بیان تعهدات دولت‌ها به پیشگیری، کنترل و مقابله با آلودگی دریایی برخی تعهدات فرعی را نیز مطرح می‌کند که تسهیل‌کننده اجرای تعهدات اصلی مذکورند.

۲.۱.۱. تعهد به همکاری

همکاری برای مقابله با تغییرات اقلیمی ویژگی مرکزی و اصلی دارد.^۲ این موضوع در بیانیه ۲۰۳۰ نیز به درستی منعکس شده است که ماهیت جهانی تغییرات اقلیمی مستلزم بیشترین همکاری بین‌المللی ممکن با هدف کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای و سازگاری با آثار منفی ناشی از آن است.^۳ در چارچوب نظام حقوقی بین‌المللی مقابله با تغییرات اقلیمی، همکاری در هر سه سند معاهده‌ای کنوانسیون چارچوب ۱۹۹۲، پروتکل کیوتو ۱۹۹۷^۴ و توافقنامه پاریس ۲۰۱۵^۵ مطرح شده است. از نظر دیوان، «تعهد به همکاری اصلی بنیادین در جلوگیری از آلودگی محیط‌زیست دریایی ذیل بخش دوازدهم کنوانسیون و حقوق بین‌الملل است».^۶

اصل همکاری در کنوانسیون ۱۹۸۲ موجب سه تعهد برای دولت‌های عضو است: اولین تعهد، ناظر بر همکاری در تکوین و تدوین قواعد، معیارها، رویه‌ها و فرایندهای توصیه‌شده، هماهنگ با کنوانسیون و بر مبنای دانش علمی در دسترس است؛ دوم، تعهد به انجام تحقیقات علمی و تشویق تبادل اطلاعات و داده‌ها در زمینه آلودگی دریایی ناشی از انتشار گازهای گلخانه‌ای و خطرهای و شیوه‌های جبران آن است؛ سوم ایجاد معیار علمی مناسب به منظور تکوین و تدوین قواعد، معیارها و رویه‌ها و فرایندهای توصیه‌شده به منظور مقابله با آلودگی دریایی ناشی از چنین منشأی بر مبنای آن است.^۸ تعهد به همکاری مندرج در ماده ۱۹۷ کنوانسیون یک نوع تعهد به‌وسیله است. این مقرره، دولت‌ها را به دستیابی به نتیجه هنجاری متعهد نمی‌کند، اما مشارکت معنادار آنها در ایجاد و تشریح قواعد، استانداردها و رویه‌های پیشنهادی برای حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی را لازم می‌دارد.^۹

^۱ ITLOS, Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal), Declaration of Judge Pawlak, ITLOS Reports 2024. Para. 6.

^۲ Rudall, J. "The Obligation to Cooperate in the Fight against Climate Change", *International Community Law Review*, Volume 23, Issues 2-3, 2021, P 184.

^۳ Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, UN Doc. A/RES/70/1, 21 October 2015, Para. 31.

^۴ UNFCCC, Op. Cit., Preamble and Arts. 3, 4, 5, 6, 7 and 9.

^۵ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 1997, 1997, Arts. 2, 10 and 13.

^۶ Paris Agreement, 2015, Art. 6.

^۷ MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, P 95, at P 110, Para. 82; see also: Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, P 10, at P 25, para. 92; Request for Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion, 2 April 2005, ITLOS Reports 2015, P 4, at P 43, Para. 140; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, P 14, at P 49, Para. 77; ITLOS, Op. Cit., Para. 296.

^۸ ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 321.

^۹ Ibid, Para. 307.

۲.۱.۲. تعهد به ارائه کمک فنی

ارائه کمک فنی و انتقال فناوری یکی از تعهدات مهم در نظام حقوقی تغییرات اقلیمی است که از اصل مسئولیت مشترک، اما متفاوت ناشی می‌شود. در باب تعهد به کمک فنی، دیوان ضمن اشاره به مواد ۲۰۲ و ۲۰۳ کنوانسیون، راجع به کمک‌های علمی و فنی برای کشورهای در حال توسعه و رفتار ترجیحی نسبت به این دولت‌ها، بیان می‌دارد که این دو ماده صراحتاً به اصل مسئولیت مشترک، اما متفاوت اشاره نمی‌کند، ولی می‌تواند متضمن عنصری از این اصل باشد.^۱

۲.۱.۳. تعهد به نظارت و ارزیابی زیست‌محیطی

با توجه به تحلیل دیوان، تعهد به نظارت و ارزیابی زیست‌محیطی که در مواد ۲۰۴، ۲۰۵ و ۲۰۶ کنوانسیون بیان شده است، متضمن سه تعهد است: (۱) تعهد به نظارت و ارزیابی پیشینی نسبت به فعالیت‌های برنامه‌ریزی شده تحت صلاحیت یا کنترل دولت‌ها؛ (۲) تعهد به نظارت و ارزیابی مستمر بر فعالیت‌های انجام شده تحت صلاحیت یا کنترل؛ (۳) انتشار گزارش‌های نظارت و ارزیابی آثار زیست‌محیطی. تعهد به مراقبت مقتضی و تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی کاملاً درهم تنیده‌اند و اگر ارزیابی آثار زیست‌محیطی انجام نشود، تعهد به مراقبت مقتضی امکان اجرایی شدن ندارد.^۲ مطابق نظر دیوان، دولت‌ها به‌هنگام ارزیابی آثار زیست‌محیطی باید هر دو آثار خاص و تجمعی فعالیت‌های برنامه‌ریزی شده بر محیط‌زیست دریایی را در نظر آورند.^۳

رویکرد ایتلوس در این نظریه برآمده از رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در این زمینه است. از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری، ارزیابی آثار زیست‌محیطی یک قاعده حقوق بین‌الملل عام است که محتوای آن باید در هر مورد به‌طور خاص تعیین شود. اما نظارت و ارزیابی آثار زیست‌محیطی فعالیت‌ها، هم پیش از انجام و آغاز به کار آنها لازم است و هم استمرار این نظارت و ارزیابی در طول فعالیت اقدامات ضرورت دارد.^۴

علی‌رغم جامعیت تحلیل دیوان در بیان تعهد به مقابله با آلودگی دریایی ناشی از گازهای گلخانه‌ای، عدم اشاره دیوان به تعهدات برآمده از نظام بین‌المللی حقوق بشر مورد انتقاد است؛ زیرا کنوانسیون حقوق دریاها در ماده ۱(۴) در تعریف آلودگی محیط‌زیست دریایی، زیان به سلامت و بهداشت را مورد نظر قرار داده است.^۵ همچنین مقدمه توافقنامه پاریس ضرورت توجه دولت‌ها به ملاحظات حقوق بشری به‌هنگام اتخاذ اقدامات اقلیمی را اعلام کرده است.^۶ بیانیه صادره از کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سال ۲۰۱۸ نیز آثار حقوق بشری تغییرات اقلیمی را به تفصیل شرح داده است.^۷ از این‌رو، دیوان می‌توانست با برقراری ارتباط میان اتخاذ اقدامات ضروری برای پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی دریایی

^۱ Ibid, Para. 329.

^۲ Yiallourides.C and Deva. S. "A Commentary on ITLOS' Advisory Opinion on Climate Change", British Institute of International and Comparative Law, 24 May 2024. Available at: <https://www.biicl.org/blog/77/a-commentary-on-itlos-advisory-opinion-on-climate-change> (last visited on 07/01/2024).

^۳ ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 365.

^۴ ضیایی، سید یاسر و مهناز رشیدی، «ماهیت و محتوای تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی در پرتو رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۱۳، شماره ۳، ۱۴۰۰، ص ۱۳۱.

^۵ UNCLOS, Op. Cit., Art. 1(1)(4).

^۶ Paris Agreement, Op. Cit., Preamble.

^۷ See: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Climate change and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: statement, (E/C.12/2018/1), 2018.

با برخی حق‌های بشری از جمله حق بر محیط‌زیست سالم، دایره وسیع‌تری از تعهدات دولت‌ها را بیان کند. این انتقاد در نظرات جداگانه برخی قضات نیز مطرح شده است.^۱

۲.۲. تعهد به حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی

ماده ۱۹۲ کنوانسیون ۱۹۸۲ در طرح تعهد به حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی، مشتمل است بر: (۱) تعهد به حمایت از محیط‌زیست دریایی که به وظیفه پیشگیری، یا حداقل کاهش آسیب زیست‌محیطی مرتبط است. (۲) تعهد به حفاظت از محیط‌زیست دریایی که شامل حفظ سلامت اکوسیستم و توازن طبیعی محیط‌زیست دریایی است.

ماده ۱۹۲ تعهدی کلی بر دولت‌های متعاقد بار می‌کند که از محیط‌زیست دریایی حمایت و حفاظت کنند. این قاعده بر همه نواحی اعمال می‌شود و می‌تواند در مقابله با همه انواع تخریب محیط‌زیست دریایی مورد استناد قرار گیرد. این تعهد نیز یک تعهد به مراقبت مقتضی، اما معیار این مراقبت سختگیرانه است.^۲

از نظر دیوان، بند ۵ ماده ۱۹۴ کنوانسیون مبنی بر حفاظت از اکوسیستم‌های شکننده و زیستگاه گونه‌های در حال انقراض و در معرض خطر و تهدید و سایر انواع حیات دریایی در برابر تغییرات اقلیمی و اسیدی شدن اقیانوس‌ها، مرتبط به سؤال دوم است. به بیان دیوان، تعهدات خاص کنوانسیون راجع به حفاظت از منابع زنده دریا در بخش‌های پنجم و هفتم آن، به‌ویژه مواد ۶۱ درمورد حفاظت از منابع زنده در منطقه انحصاری اقتصادی، مواد ۱۱۷ و ۱۱۹ درمورد حفاظت از منابع زنده دریای آزاد، تعهد به همکاری در حفاظت از منابع زنده دریایی در مواد ۶۳، ۶۴ و ۱۱۸ کنوانسیون و تعهد ذیل ماده ۱۹۶ درخصوص مدیریت ورود گونه‌های بیگانه به محیط‌زیست دریایی از دیگر تعهدات مرتبط با حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی در برابر آثار تغییرات اقلیمی محسوب می‌شوند.

۳. اعمال معیار «مراقبت مقتضی سخت‌گیرانه»^۳ در مقابله با تغییرات اقلیمی در دریاها

ایتلوس در نظر مشورتی صادره در سه مورد اقدام به معرفی معیار مراقبت مقتضی سخت‌گیرانه کرده است: (۱) پیشگیری، کاهش و کنترل آلودگی دریایی، (۲) جلوگیری از ایراد آسیب فرامرزی، (۳) حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی. یافته‌های دیوان درخصوص هر یک از سه تعهد به این شرح است:

دیوان درخصوص آلودگی دریایی ناشی از انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی توضیح می‌دهد که برای دستیابی به نتیجه موردنظر آنچه طبق بند ۱ ماده ۱۹۴ مورد نیاز است، دستیابی به اهداف نیست، اما لازمه انجام این تعهد این است که دولت‌ها با مراقبت مقتضی تمام اقدامات لازم برای این منظور را اتخاذ کنند^۴ و یک سیستم ملی شامل قوانین، رویه‌های اداری و مکانیسم اجرایی برای تنظیم فعالیت‌های مرتبط با انتشار گازهای گلخانه‌ای برای دستیابی به هدف موردنظر ایجاد کنند.^۵ این امر تعهد به تصویب مقررات ارزیابی آثار زیست‌محیطی را شامل می‌شود که ممکن است باعث آلودگی قابل توجه به محیط‌زیست دریایی یا تغییرات مهم و مضر آن از طریق انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی شود.^۶ به علاوه،

^۱ ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Declaration of Judge Infante Caffi; Declaration of Judge Kittichaisaree.

^۲ ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, para. 400.

^۳ Stringent due diligence

^۴ Ibid, Para. 238.

^۵ Ibid, Para. 235.

^۶ Ibid, Para. 367.

دیوان در نظر می‌گیرد که معیار مراقبت مقتضی، که دولت‌ها باید در مورد آلودگی دریایی ناشی از انتشار گازهای گلخانه‌ای اعمال کنند، لازم است که سخت‌گیرانه باشد. با این حال، اجرای آن ممکن است با توجه به توانمندی‌ها و منابع در دسترس کشورها متفاوت باشد.^۱

با توجه به بند ۲ ماده ۱۹۴ در مورد الزام دولت‌ها به اتخاذ همه اقدامات لازم برای اطمینان از اینکه فعالیت‌های تحت صلاحیت یا کنترل آنها باعث آسیب فرامرزی نمی‌شود یا اینکه آلودگی ناشی از حوادث یا فعالیت‌های تحت صلاحیت یا کنترل آنها فراتر از مرزها نمی‌رود، دیوان بر این نکته تأکید کرد که با توجه به آلودگی فرامرزی، که بر محیط‌زیست سایر دولت‌ها تأثیر می‌گذارد، معیار مراقبت مقتضی می‌تواند حتی سخت‌گیرانه‌تر در نظر گرفته شود.^۲

تعهد ذیل ماده ۱۹۲ کنوانسیون در راستای حمایت و حفاظت از محیط‌زیست دریایی نیز دارای دامنه وسیعی است و هر نوع زیان یا تهدید نسبت به محیط‌زیست دریایی را شامل می‌شود. معیار مراقبت مقتضی ذیل این تعهد نیز با توجه به خطرهای بالای زیان جدی و جبران‌ناپذیر به محیط‌زیست دریایی در برابر آثار تغییرات اقلیمی و اسیدی شدن اقیانوس‌ها سخت‌گیرانه است.^۳

مفهوم «مراقبت مقتضی»، در لغت به معنی احتیاط منطقی است و در اصطلاح حقوقی به معنی اعمال آن میزان از مراقبت و هوشیاری است که منطقاً از سوی فرد متعارفی که در صدد اجرای تعهدی است انتظار می‌رود.^۴ از این رو، مراقبت مقتضی در حقوق بین‌الملل ضابطه‌ای است که دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی را به اعمال نهایت دقت و حداکثر مراقبت در انجام تعهدات معاهداتی و عرفی خود ملتزم می‌گرداند. این تکلیف گاهی صرفاً ناظر بر تعهدات رفتاری است، فارغ از اینکه نتیجه این اعمال دقت و احتیاط چه باشد و در مواردی هم می‌تواند تعهد به حصول نتیجه مطلوب مدنظر قرار گیرد.^۵ بنابراین، قلمروی اجرایی و مفهومی این استاندارد، براساس شخص متعهد، نوع تعهد و آسیبی که باید پیشگیری شود، متغیر است. ویژگی‌های این استاندارد عبارت‌اند از: اولاً، مراقبت مقتضی تعهد شکلی است. یعنی استاندارد است که به‌منظور سنجش رفتار دولت‌ها در اجرای تعهدی دیگر صورت می‌گیرد. دوماً، قلمروی این استاندارد ثابت نیست و محتوا و گستره آن برحسب حوزه مورد چالش و اوضاع و احوال تغییر می‌کند. ثالثاً، تعهد به مراقبت مقتضی تعهدی مستمر است و در طول زمان اجرا می‌شود و تا زمانی که ریسک‌های مرتبط وجود دارد، دولت‌ها متعهد به نظارت بر اجرای تعهدات و انجام اقدامات مناسب برای کاهش آنها هستند.^۶

کنوانسیون حقوق دریاها گرچه صراحتاً مراقبت مقتضی را مطرح نمی‌کند، با این حال، رژیم حفاظت از محیط‌زیست دریایی آن بر مبنای مراقبت مقتضی شکل گرفته است.^۷ پیش‌تر، علاوه بر دیوان بین‌المللی دادگستری،^۸ در نظر مشورتی

^۱. Ibid, Para. 241.

^۲. Ibid, Para. 256.

^۳. Ibid, Para. 400.

^۴. حدادی، مهدی و بهرام مرادیان، «مفهوم مراقبت بایسته در حقوق بین‌الملل و مقررات گروه ویژه اقدام مالی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۶، شماره ۶۱، ۱۳۹۸، ص ۱۶۷.

^۵. Kulesza, J. "Human Rights Due Diligence", *William & Mary Bill of Rights Journal*, Volume 30, Issue 265, 2021, P 265.

^۶. حدادی و مرادیان، پیشین، صص ۱۶۸ و ۱۶۹.

^۷. Papanicolopulu, I. "Due Diligence in the Law of the Sea" In: Krieger, H, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford: Oxford University Press, 2020, PP 147 and 149.

^۸. ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, Para. 187.

سال ۲۰۱۱ شعبه ایتلوس، به ماهیت تعهدات دولت‌ها در این زمینه اشاره کرد.^۱ شعبه دیوان ویژگی‌های مذکور در خصوص استاندارد مراقبت مقتضی را تأیید می‌کند، زیرا این شعبه بر این باور بود که مراقبت مقتضی، لزوماً تعهدی برای دستیابی به نتیجه مقرر شده نیست، بلکه تعهدی برای به‌کارگیری ابزارهای کافی به‌منظور انجام بیشترین تلاش ممکن برای دستیابی به این نتیجه است.^۲ در نظر مشورتی سال ۲۰۱۵ دیوان راجع به وظایف دولت‌ها برای جلوگیری از ماهیگیری غیرقانونی نیز مجدداً این موضوع تأیید شد.^۳ به‌زعم شعبه ایتلوس، تعهد به مراقبت مقتضی دولت‌ها را ملزم می‌کند در قالب نظام حقوقی خود اقداماتی اتخاذ کنند که «از حیث منطقی مناسب باشد».^۴ تعهدات مراقبت مقتضی متغیرند و محتوای آنها ممکن است در طول زمان و در پرتو دانش جدید علمی و تکنولوژیکی و نیز با توجه به خطرهای مطرح در یک فعالیت خاص تغییر کند.^۵ به‌علاوه، دولت‌ها به انجام اقداماتی مشخص متعهد نیستند. اما همین امر دارای پتانسیل تقویت و گسترش روزافزون دامنه وظایفی است که دولت‌ها در راستای حفاظت از محیط‌زیست دریایی برعهده دارند.

علاوه بر این به‌زعم شعبه دیوان، تعهد به مراقبت مقتضی تعهدی عینی است، به این معنا که کنوانسیون حقوق دریاهای به‌دنبال تضمین کنترل دولت بر فعالیت‌های بخش خصوصی تحت صلاحیت خود و رعایت استانداردهای ملی از سوی این نهادهاست.^۶ این موضوع، با توجه به فعالیت گسترده بخش خصوصی در دریا و عدم التزام مستقیم آنها به قواعد حقوق بین‌الملل، حائز اهمیت است.

در نهایت، با توجه به اینکه مراقبت مقتضی غالباً به‌عنوان تعهد به‌وسیله شناسایی می‌شود، التزام به تعهد به مراقبت مقتضی اصولاً چندان سخت‌گیرانه به نظر نمی‌رسد، اما تعهد کلی به مراقبت مقتضی اغلب با قواعد تفصیلی درمورد اقداماتی که باید اتخاذ شود در همان سند یا اسناد دیگر همراه است. برای مثال، طبق طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به جلوگیری از آسیب فرامرزی،^۷ حداقل معیارهای مواجهه دولت‌ها با آسیب فرامرزی در قالب تعهدات متنوعی مانند همکاری با سایر دولت‌ها و سازمان‌ها، اتخاذ اقدامات ضروری در حوزه تقنین، اجرایی و طراحی مکانیسم‌های نظارتی و ارزیابی اثر زیست‌محیطی تبیین شده است. در همین راستا، ایتلوس نیز بر این نکته تأکید کرده که تعهد به مراقبت مقتضی نباید به‌عنوان تعهدی که اعمال آن تماماً به صلاحیت دولت‌ها بستگی دارد یا لزوماً نیازمند درجه پایین‌تری از تلاش برای رسیدن به نتیجه موردنظر است، دیده شود.^۸ در واقع، جسورانه‌ترین اقدام دیوان در قالب نظر مشورتی ارائه شده به‌عبارتی تفسیر تعهدات مندرج در کنوانسیون حقوق دریاهای در خصوص مراقبت مقتضی در چارچوب رژیم تغییر اقلیمی بوده که به اعمال سخت‌گیرانه آن با توجه به شرایط موجود انجامیده است. آنچه انجام این تکلیف را پیچیده‌تر می‌کند، برقراری ارتباط میان تعهد به مراقبت مقتضی با اقدام احتیاطی است.

^۱ Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, Op. Cit., Para. 110.

^۲ Ibid.

^۳ ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Paras. 126–129

^۴ Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, Op. Cit., Para. 120.

^۵ Ibid. Para. 117.

^۶ Ibid, Para. 116.

^۷ ILC, Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, 2001.

^۸ ITLOS Advisory Opinion on Climate Change, Op. Cit., Para. 257.

نتیجه‌گیری

نظریه مشورتی ایتلوس در موضوع تغییرات اقلیمی اقدامی مهم در راستای شفاف‌سازی و تعیین قلمروی تعهدات دولت‌ها نسبت به رفع آثار زیان‌بار تغییرات اقلیمی بر پهنه‌های دریایی قلمداد می‌شود که موجد آثار مهمی است. شناسایی انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی به‌عنوان آلودگی محیط‌زیست دریایی و تأکید دیوان بر تعهد دولت‌ها به پیشگیری، کنترل و کاهش این نوع آلودگی‌ها و نیز بیان تعهد دولت‌ها به تضمین عدم ایراد آسیب ناشی از این نوع آلودگی به دولت‌های دیگر یا مناطق خارج از حاکمیت دولت‌ها، لازم می‌دارد که نه‌فقط دولت‌ها خود انتشار گازهای گلخانه‌ای انسانی را کاهش دهند، بلکه باید بر فعالیت بخش خصوصی داخل در حیطه صلاحیت خود نظارت، و عدم انتشار آلودگی و آسیب‌های ناشی از آنها را به مناطق دیگر تضمین کنند. بدیهی است در صورت عدم اتخاذ اقدامات ضروری در راستای تعهد مذکور در مناطق تحت صلاحیت، زمینه ایجاد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها فراهم خواهد شد. بنابراین با این استدلال، کشورهای صنعتی و به‌ویژه نفتی که دارای تأسیسات ساحلی یا دریایی نفتی‌اند، مسئولیت خاصی برای نظارت بر این فعالیت‌ها در سرزمین و یا مناطق تحت صلاحیت خود خواهند داشت. همچنین توجه دیوان به مسئولیت کشورهای محل ثبت کشتی‌ها یا کشورهای صاحب پرچم برای پیشگیری از انتشار گازهای گلخانه‌ای به‌عنوان آلودگی دریایی لازم می‌دارد که دولت‌ها تجهیزات و استانداردهای حمل‌ونقل دریایی را در راستای کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای به‌روزرسانی کنند.

تفسیر کنونی ایتلوس از اصطلاح «آلودگی محیط‌زیست دریایی» و شمول آن بر گازهای گلخانه‌ای، تفسیر قضایی از کنوانسیون حقوق دریاهاست و ناظر بر اجرای مفاد آن توسط دولت‌های عضو است، ولی از آنجاکه تعریف کنونی ارائه شده از آلودگی محیط‌زیست دریایی در این سند در اغلب کنوانسیون‌های محیط‌زیست دریایی منطقه‌ای مانند کنوانسیون کویت و یا قوانین داخلی اکثر کشورها مورد استفاده قرار گرفته است، این تعریف نمودی عرفی یافته است و برای دولت‌های غیرعضو کنوانسیون نیز از باب عرف الزام‌آور باشد.

توجه و تأکید دیوان بر استاندارد مراقبت مقتضی سخت‌گیرانه، متضمن الزام به ایجاد یک سیستم ملی دربردارنده قوانین و مکانیزم‌های اجرایی در این زمینه و همچنین هوشیاری نسبت به اجرای مؤثر این قوانین و رویه‌هاست. بنابراین وضع قوانین و ایجاد چارچوب‌های اجرایی مانند تشکیل نهادهای مناسب، آموزش و استخدام پرسنل و... در راستای کاهش انتشار و مقابله با آثار زیان‌بار تغییرات اقلیمی ازجمله الزامات کشورها در این زمینه است که باید با توجه به شرایط و مقتضیات هر دولت و منطقه تحت تأثیر، امکانات در دسترس و متناسب با بهترین دانش موجود و با رویکردی احتیاطی اتخاذ شود.

در نهایت، به‌عنوان یک تحلیل کلی، نظریه مشورتی مذکور تلاش کرده در چارچوب تعهدات دولت‌ها ضمن کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲ اقدام به تفسیر تکاملی قواعد موجود برای مقابله با پدیده تغییرات اقلیمی کند و درعین‌حال، تعهد مضاعفی در این زمینه بر دولت‌ها تحمیل نکند و به نظر می‌رسد دیوان در انجام این مهم، موفق عمل کرده است. باوجود این، واگذار کردن نوع اقدامات اتخاذی به صلاح‌دید دولت‌ها و ارائه استاندارد مراقبت مقتضی سخت‌گیرانه، بدون تعریف دقیق آن، از رویکرد بسیار احتیاطی دیوان نشئت می‌گیرد. درعین‌حال، دیوان تلاش کرده دایره صلاح‌دید دولت‌ها را با ارائه معیارهایی محدود کند و با تأکید بر سخت‌گیرانه بودن مراقبت مقتضی، نگرانی خود از آثار زیان‌بار تغییرات اقلیمی بر محیط‌زیست دریایی و لزوم جدیت دولت‌ها در مقابله با این پدیده را ابراز دارد. به‌نظر می‌رسد، همین رویکرد احتیاطی در تفسیر قواعد موجود، در نظریه مشورتی قریب‌الصدور دیوان بین‌المللی دادگستری در زمینه تغییرات اقلیمی نیز به کار گرفته شود.

منابع

کتاب

۱. حسینی آزاد، علی، *حقوق بین الملل محیط زیست دریایی*، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۴۰۲.

مقاله

۲. حدادی، مهدی و بهرام مرادیان، «مفهوم مراقبت بایسته در حقوق بین الملل و مقررات گروه ویژه اقدام مالی»، *مجله حقوقی بین المللی*، دوره ۳۶، شماره ۶۱، ۱۳۹۸، صص ۱۶۵-۲۰۲.
۳. ضیایی، سید یاسر و مهناز رشیدی، «ماهیت و محتوای تعهد به ارزیابی آثار زیست محیطی در پرتو رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۱۳، شماره ۳، ۱۴۰۰، صص ۱۳۱-۱۶۰.
۴. عبدالمهی، محسن و سعیده معرفی، «اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت در حقوق بین الملل محیط زیست»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۲، شماره ۲۹، ۱۳۸۹، صص ۱۹۹-۲۲۴.

References

Books

1. Craig. R. K. "Mitigation and Adaptation", In: Johanson. E. Signe Veierud Busch and Ingvild Ulrikke Jakobsen (eds), *The Law of the Sea and Climate Change: Solutions and Constraints*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
2. Hosseini Azad, Ali. *International Marine Environmental Law*. Tehran: Ganj-e-Danesh, First Edition, 2022. (in Persian)
3. Johansen, E. *The Role of the Oceans in Regulating the Earth's Climate: Legal Perspectives*, In: Johanson. E. Signe Veierud Busch and Ingvild Ulrikke Jakobsen (eds), *The Law of the Sea and Climate Change: Solutions and Constraints*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
4. Papanicolopulu, I. "Due Diligence in the Law of the Sea" In: Krieger. H, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (eds). *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford: Oxford University Press, 2020.

Articles

5. Abdollahi, Mohsen and Sa'eideh Mo'arefi, "Common but Differentiated Responsibility Principle in International Environmental Law", *Public Law Research Quarterly*, Volume 12, Issue 29, 2010 PP 199-224. (in Persian)
6. Haddadi, Mehdi and Bahram Moradian, "The Concept of Due Diligence in International Law and FATF Regulations", *Journal of International Law Review*, Volume 36, Issue. 61, 2019, PP 165-202. (in Persian)
7. Kulesza, J. "Human Rights Due Diligence", *William & Mary Bill of Rights Journal*, Volume 30, Issue 265, 2021, PP 265-289.
8. Roland Holst, R. J. "Taking the Current When It Serves: Prospects and Challenges for an ITLOS Advisory Opinion on Oceans and Climate Change", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Volume 32, Issue 2, 2022, PP 217-225.
9. Rudall, J. "The Obligation to Cooperate in the Fight against Climate Change", *International Community Law Review*, Volume 23, Issues 2-3, 2021, PP 184-196.
10. Shi, Y. "Are Greenhouse Gas Emissions from International Shipping a Type of Marine Pollution?", *Marine Pollution Bulletin*, Volume 113, Issues 1-2, 2016, PP 187-192.

11. Ziaee, Sayyed Yaser and Mahnaz Rashidi, "The Nature and Content of the Obligation to Environmental Impact Assessment in the Light of the ICJ Case Law", *Journal of Legal Studies*. Volume 13, Issue 3, 2021, PP 131-160. (in Persian)

Documents and Awards

12. Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Request for an Advisory Opinion of 12 December 2022 .
13. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Climate Change and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Statement, (E/C.12/2018/1), 2018.
14. ILC, Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, 2001.
15. ILC, Draft Guidelines on the Protection of the Atmosphere, 2021.
16. IPCC, Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, R.K. Pachauri and L.A. Meyer (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 2014.
17. IPCC, Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate, 2019.
18. Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 1997.
19. Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003.
20. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.
21. MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001.
22. Paris Agreement, 2015.
23. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010.
24. Request for Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Advisory Opinion, Case no. 31, 21 May 2024 .ITLOS Reports 2024.
25. Request for Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion, 2 April 2005, ITLOS Reports 2015.
26. Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal), Declaration of Judge Pawlak, ITLOS Reports 2024.
27. Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011.
28. Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, UN Doc. A/RES/70/1, 21 October 2015.
29. United Convention on Law of the Sea (UNCLOS), 1982.
30. United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 1992.

Websites

31. Open Society Foundations, "ITLOS Advisory Opinion on Climate Harm and the Marine Environment: a Summary", 21 May 2024, Available at: <https://www.justiceinitiative.org/newsroom/itlos-advisory-opinion-on-climate-harm-and-the-marine-environment-a-summary> (last visited on: 07/01/2024).
32. Papanicolopulu. I. "The Climate Change Advisory Opinion Request at the ITLOS", QIL, Zoom-in 102, 2023. Available at: <https://eprints.soas.ac.uk/41964/1/2023%20QIL%20AO%20ITLOS.pdf> (last visited on: 06/30/2024).
33. Rothwell. D. R. "Climate Change, Small Island States, and the Law of the Sea: The ITLOS Advisory Opinion Request", American Society of International Law, Volume 27, Issue. 5, 2023,

- Available at: https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_Insights_2023_V27_I5.pdf (last visited on 07/01/2024).
34. Silverman-Roati. K and Bönnemann. M. “The ITLOS Advisory Opinion on Climate Change”, *Verfassungsblog*, 22 may 2024. Available at: <https://verfassungsblog.de/the-itlos-advisory-opinion-on-climate-change/> (last visited on: 08/01/2024).
35. United Nations Climate Change, “Adaptation and Resilience”, Available at: <https://unfccc.int/topics/adaptation-and-resilience/the-big-picture/introduction#:~:text=It%20refers%20to%20changes%20in,and%20future%20climate%20change%20impacts> (last visited on 11/06/2024)
36. Voigt, C. “ITLOS and the Importance of (Getting) External Rules (Right) in Interpreting UNCLOS”, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 29 May 2024. Available at: <https://verfassungsblog.de/itlos-and-the-importance-of-getting-external-rules-right-in-interpreting-unclos/> (last visited on: 09/11/2024).
37. Yiallourides.C and Deva. S. “A Commentary on ITLOS' Advisory Opinion on Climate Change”. *British Institute of International and Comparative Law*, 24 May 2024. Available at: <https://www.biicl.org/blog/77/a-commentary-on-itlos-advisory-opinion-on-climate-change> (last visited on 07/01/2024).

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Analysis of the Legal Status of Subject Matter in Information-Based Contracts

Ali Saatchi¹, Faezeh Teymourimoghaddam²

ABSTRACT

In today's world, where different sciences are rapidly advancing, social exchanges are primarily based on information, which may have various terminological definitions across various sectors. In the Iranian legal system, a definition of information can be found in Paragraph (a) of Article 1 of the "Law on Free Access to Information" enacted in 2009. According to this article, information is defined as "any type of data contained in documents, stored in software form, or recorded by any other means." It is worth noting that despite the different definitions and types of information in diverse fields, information has gained a special status in contracts between individuals as the subject of the transaction. The aim of information-based contracts is the exchange of information that is not publicly available and is transferable as valuable and intangible assets. Notable examples include the sale of technical knowledge for the production of a product or the provision of specialized consultancy services. The inherent characteristics of information, such as intangibility, simultaneous usability by multiple individuals, increasing value compared to other assets, and easier accessibility, necessitate the independent definition of "information-based contracts," identification of transferable types of information, and formulation of legal rules appropriate to this type of contract. Therefore, considering the aforementioned materials and the silence of our country's research literature on information-based contracts, the present study seeks to use a descriptive-analytical approach, while identifying appropriate legal bases for concluding information-based contracts and introducing contractual formats appropriate to the subject of these contracts, to explain the most important effects of information being traded in the field of contract law. The findings of this research indicate that not all types of information are necessarily tradable, and only those with economic value can be accepted as the subject of a transaction. These are generally divided into two main categories: first, specialized information, which usually lacks exclusivity and can be accessed by various experts. Access to this type is often intended to solve temporary problems and usually does not generate specific profits for the user. Second, information with intellectual property aspects, which is entirely exclusive and accessible only through the owner. The commercialization of such information and the mass production of resulting products can bring significant financial benefits. Although access to both types of information requires payment and the presence of an information owner, the main difference lies in the method of use and the resulting financial benefits. Therefore, considering the mentioned differences, it is necessary to draft contractual forms appropriate to each type of information. For this purpose, service provision contracts can be used for specialized information, and license agreements can serve as appropriate formats for the exchange of intellectual information. Regarding the first one, it is necessary to draft a contract that is based on the general provisions

How to Cite: Saatchi, Ali, Teymourimoghaddam, Faezeh, "Analysis of the Legal Status of Subject Matter in Information-Based Contracts", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:215-232.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237159.2788>

Received: 07/10/2024-Accepted: 04/01/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Corresponding Author Email: alisaatchi@um.ac.ir

2. Ph.D. Candidate, Faculty of Law & Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran



Copyright: © 2025 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/>).

of service contracts and specifically tailored to information as the subject matter. This approach can also be observed in European documents as well as certain service contracts, such as construction, design, and treatment contracts. While these contracts fall under the category of service-based contracts, they have their own specific contractual frameworks and terms. Regarding the intellectual property, given the widespread commercialization goals and the nature and characteristics of intellectual property rights, one of the most suitable contractual frameworks for the development and commercial use of intellectual assets is a license agreement, which is also accepted under Iranian law. Another important result of this study is the fundamental distinction between information-based and goods exchange contracts. Given the nature and characteristics of information, the legal rules governing information-based contracts—whether at the stage of formation, execution, or termination—differ fundamentally from those of goods-based contracts. These differences are evident in areas such as contractual expectations and legal remedies. It seems that in all types of information-based contracts, given the specific characteristics and requirements of information as the subject of the transaction, the status of contractual expectations will be different from other contracts. For example, in goods contracts, the contractual expectation that the goods are free of defects at the time of conclusion is accepted (Article 423 of the Civil Code); however, in the context of information-based contracts, such an expectation is not applicable. Since information does not have a physical existence at the time of contract formation, quality assessment generally becomes apparent only after use. Thus, even after contract conclusion, the information may be defective, and invoking legal remedies related to defects may be possible. Also, guaranteeing the absence of any defects in information-based contracts in the field of intellectual property, such as software or inventions, is unreasonable and contrary to prevailing practices, since some degree of error is always present in such information. In this case, beyond the need to reconsider the concept of defect, given the irreversible nature of information, usual legal remedies cannot be applied to defective information, and other legal solutions must necessarily be identified and utilized. Therefore, although one of the purposes of contract termination due to defect in the subject matter is to prevent harm to the parties and return them to their pre-contractual state, this is not possible in information contracts. Because of the intangible nature of information, it cannot be returned, and thus termination of the contract due to a defect would result in the unjust enrichment of one party, which is legally unacceptable. In this case, the subject matter may be considered as destroyed, and according to the first clause of Article 429 of the Civil Code, the only remedy would be to receive compensation (Arsh), without the possibility of contract termination. It is emphasized that this view, due to the nature of information and the impossibility of returning the defective subject matter in information-based contracts, distinguishes such contracts from others.

KeyWords: Legal Effects, Information, Service-Based Contracts, License, Intellectual Property



واکاوی وضعیت حقوقی مورد معامله در قراردادهای اطلاعاتمحور

علی ساعتچی^۱، فائزه تیموری مقدم^۲

چکیده

«مورد معامله» عبارت است از موضوعی که در قرارداد مورد توافق طرفین واقع می‌شود و بر مبنای ماده ۲۱۴ قانون مدنی و نظر حقوق دانان داخلی، به دو قسم «مال» یا «عمل» قابل تفکیک است. از این رو، قراردادها را نیز می‌توان به دو دسته «قراردادهای کالامحور» و «قراردادهای خدماتمحور» تقسیم کرد. با این حال، نظر به رشد فناوری و پیشرفت‌های علمی صورت گرفته، امروزه با قراردادهایی تحت عنوان «قراردادهای اطلاعاتمحور» مواجه هستیم که غرض از انعقاد آن، مبادله اطلاعاتی است که در دسترس همگان نبوده و به عنوان مالی با ارزش و البته ناملموس، از قابلیت نقل و انتقال برخوردار است. بنابراین با توجه به جایگاه اطلاعات در این قراردادها، باید به این سؤال مهم پاسخ داد که آیا قواعد حقوقی فعلی که از دیرباز در خصوص قراردادهای کالامحور وضع شده، همچنان برای قراردادهای اطلاعاتمحور نیز قابل اعمال است یا این قراردادها قواعد حقوقی ویژه خود را می‌طلبند؟ نتایج این پژوهش حکایت از آن دارد که از سویی با توجه به ویژگی‌های اطلاعات و از سوی دیگر اقسام مختلف آن، کلیه قواعد حاکم بر قراردادهای کالا، مناسب قراردادهای اطلاعاتمحور نبوده و بنابراین قراردادهای یادشده جدای از اینکه از برخی جهات همچون «انتظارات قراردادی» و «ضمانت اجرا» با سایر قراردادها متفاوت‌اند که ساختار و احکام خاص خود را نیازمندند. به همین منظور، می‌توان قراردادهای اطلاعاتمحور را برحسب نوع اطلاعات در دو حوزه خدمات و مالکیت فکری جای داد و ضمن تدوین احکام خاص این نوع قراردادها، قالب‌های قراردادی متناسب با آن را نیز معرفی کرد.

کلید واژگان: آثار حقوقی، اطلاعات، قراردادهای خدماتمحور، لیسانس، مالکیت فکری.

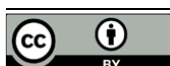
استناد به این مقاله: ساعتچی، علی، تیموری مقدم، فائزه، «واکاوی وضعیت حقوقی مورد معامله در قراردادهای اطلاعاتمحور»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۲۱۵-۲۳۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237159.2788>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
 ایمیل نویسنده مسئول: alisaatchi@um.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران



Copyright: © 2025 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

پیدایش مناطق جغرافیایی جدید و گسترش جوامع انسانی از جمله عوامل اثرگذار بر سیر تحول نظام اقتصادی است؛ نظامی که ابتدا بر زمین و موضوع تأمین کالا متمرکز بود و سپس با رشد بیشتر جوامع بشری و پیچیده شدن روابط آنها، به موضوعات دیگری نظیر لزوم ارائه خدمت به اشخاص و رفع نیازهای آنان در مسائلی همچون حمل و نقل، بانکداری و... توجه کرد. در این راستا، ورود به عصر ارتباطات و اقتصاد دانش محور نه تنها بر اهمیت نقش ارائه خدمات در کنار تأمین کالاهای مورد نیاز انسان‌ها افزود، که اسباب توجه به موضوعات دیگری را فراهم آورد که پیش از آن چندان سابقه نداشت. توجه به مفهوم «اطلاعات» و انعقاد «قراردادهای اطلاعات محور» از همین موارد است. قراردادهایی که دیگر در آنها سخن از یک شیء خارجی ملموس به عنوان مورد معامله نیست؛ بلکه هدف، تبادل اطلاعاتی است که به عنوان یک مال ارزشمند، متعلق به مالک اطلاعات است و وی می‌تواند از طریق مبادله آن، کسب سود کند. لذا گزارف نیست اگر ادعا شود که امروزه غالباً معاملات افراد چه در حوزه داخلی و چه در حوزه بین‌المللی بر سه محور کالا، خدمات یا اطلاعات قرار دارد.^۱ حتی می‌توان فراتر رفت و معتقد بود که در دنیای کنونی، تجارت جهانی بر حول دو محور اصلی «فناوری» و «اطلاعات» در حرکت است و «اطلاعات» موضوع اصلی مبادلات تجاری را تشکیل می‌دهد.

گفتنی است، تفاوت‌های ذاتی موجود میان کالا و اطلاعات از جمله ماهیت غیرملموس اطلاعات، این پرسش مهم را به وجود می‌آورد که چنانچه اطلاعات در یک قرارداد در جایگاه مورد معامله قرار گیرد، آیا تفاوتی میان قواعد حاکم بر قراردادهای مرتبط با کالا و اطلاعات وجود دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، با عنایت به اینکه بیشتر قواعد حقوق قراردادهای متناسب با نظام کالا شکل گرفته است، آیا بازاندیشی در این قواعد و متناسب‌سازی آنان با اقتضائات خاص قراردادهای اطلاعات محور، ضروری است؟ البته باید توجه داشت که تفاوت میان کالا و اطلاعات، تفاوت در ماهیت و مالیت داشتن موارد یادشده نیست؛ چراکه در مالیت اطلاعات تردیدی وجود ندارد تا در نتیجه آن اطلاعات در طبقه اموال قرار نگیرد. بلکه تفاوت در مورد خصوصیات و برخی ویژگی‌های ذاتی اطلاعات است که موجب می‌شود این گونه اموال اقتضائات خاص خود را داشته باشند.

شایان ذکر است که درخصوص موضوع پژوهش حاضر، در حقوق داخلی تاکنون پژوهش مستقلی صورت نگرفته است و تنها برخی از نویسندگان^۲ در مقاله‌ای تحت عنوان «حقوق اطلاعات از منظر تحلیل اقتصادی» به صورت کلی به مباحث مبنایی و اقتصادی حقوق اطلاعات پرداخته‌اند. در مقابل، وضعیت در ادبیات پژوهشی حقوق خارجی متفاوت بوده و دغدغه شناخت اطلاعات به عنوان مورد معامله، از ناحیه برخی دکتترین مورد توجه قرار گرفته است. یکی از نویسندگان پیشرو در این زمینه پروفیسور «ریموند نیمر»^۳ است که در گام نخست با کتابی تحت عنوان «حقوق اطلاعات»^۴ در سال ۱۹۹۶ به این مسئله توجه کرد و سپس در مقالات متعدد دیگری با عناوینی چون «لیسانس در زیرساخت اطلاعات جهانی: ناهماهنگی در فضای مجازی»^۵ یا «صدور مجوز در اقتصاد اطلاعاتی معاصر: آنچه دادگاه‌ها و UCITA^۶ در مورد

^۱ Kissman, L. "Revised Article 2 and Mixed Goods/Information Transactions: Implications for Courts", Santa Clara Law Review, Volum 44, Issue 2, 2004, P 563.

^۲ انصاری، باقر و اسماعیل انصاری، «حقوق اطلاعات از منظر تحلیل اقتصادی»، دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۱، صص ۲۱-۱.

^۳ Raymond Nimmer

^۴ Law of information

^۵ Nimmer, R. T. "Licensing on the Global Information Infrastructure: Disharmony in Cyberspace", Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 16, Issue 2, 1996.

^۶ Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA)

قلمرو حقوق قراردادهای در عصر اطلاعات می‌گویند»^۱، به بررسی وجوه دیگر این موضوع پرداخته است. مطالعه منابع مورد اشاره نشان از آن دارد که نویسندگان به توجیه به وضعیت ویژه اطلاعات در عصر کنونی به عنوان یک مال باارزش، به بررسی جایگاه اطلاعات در بستر قراردادهای مختلف از جمله قراردادهای لیسانس پرداخته است. حال با توجه به مطالب پیش گفته و با عنایت به سکوت ادبیات پژوهشی کشورمان در خصوص قراردادهای اطلاعات محور، پژوهش حاضر درصدد است تا به شیوه توصیفی-تحلیلی، ضمن شناسایی بسترهای حقوقی مناسب برای انعقاد قراردادهای اطلاعات محور و معرفی قالب‌های قراردادی متناسب با موضوع این قراردادها، به تبیین مهم‌ترین آثار مترتب بر مورد معامله واقع شدن اطلاعات در عرصه حقوق قراردادهای پردازد و در کنار پاسخ‌گویی به سؤالات و رفع ابهامات موجود، به غنای هرچه بیشتر نظام حقوقی ایران کمک کند.^۲

۱. مفهوم‌شناسی

شناسایی مفاهیم بنیادین مرتبط با پژوهش، جدای از اینکه سبب درک بهتر موضوع خواهد شد، راه را برای شناسایی سایر مفاهیم و مسائل جزئی مرتبط با پژوهش نیز هموار می‌کند. از این رو، در ادامه و به جهت ارائه تحلیل صحیح‌تر از قراردادهای اطلاعات محور، به شناسایی و تعریف دو اصطلاح «مورد معامله» و «اطلاعات» به عنوان مفاهیم مبنایی این پژوهش پرداخته می‌شود.

۱.۱. مورد معامله

مورد معامله در اصطلاح حقوقی «چیزی است که در قرارداد موضوع تعهد واقع می‌شود»^۳. ماده ۲۱۴ قانون مدنی نیز بدون ارائه تعریف جامعی از اصطلاح یادشده، مورد معامله را «مال» یا «عملی» دانسته است که تعهد به تسلیم و یا ایفاء آن صورت گیرد.^۴ البته در خصوص عمل باید توجه داشت که علی‌رغم سکوت مقنن، همواره اجرای مثبت یک عمل مدنظر نبوده و گاهی خودداری از انجام یک عمل نیز مورد تعهد است.^۵

حال با توجه به تعاریف پیشین و علی‌رغم نظر مخالف برخی حقوق‌دانان^۶ که مفهوم مورد معامله را مجموعه امور توافق شده و تملیک یا تعهدات متقابلی می‌دانند که دو طرف با عقد آن را ایجاد کرده‌اند، به نظر مورد معامله را می‌توان مال یا عملی دانست که تعهد مندرج در قرارداد بر آن واقع می‌شود. به عنوان نمونه، در عقد بیع، مبیع به عنوان مال مورد معامله شناخته می‌شود و بنابراین لازم است مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی باشد.^۷ همچنین در قراردادهای مشاوره،

^۱. Nimmer, R. T. "Through the Looking Glass: What Courts and UCITA Say About the Scope of Contract Law in the Information Age", *Duquesne Law Review*, Volume 38, Issue 2, 2000.

^۲. لازم به ذکر است که در ایالات متحده آمریکا و در سال ۱۹۹۹، قانون نمونه‌ای تحت عنوان «قانون متحد الشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای» (Uniform Computer Information Transaction Act) به تصویب رسیده که تاکنون در دو ایالت ویرجینیا و مریلند مورد پذیرش قرار گرفته است (Lipinski, 2013, P 272). بنابراین، ایالات متحده آمریکا از جمله نظام‌های پیشرو در این زمینه به شمار می‌رود.

^۳. صفایی، سیدحسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۱۳۸.

^۴. «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند».

^۵. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنوتی، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پورفرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جلد ۲، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱، ص ۳۷۷.

^۶. قاسم‌زاده، سید مرتضی، *اصول قراردادها و تعهدات*، تهران: دادگستر، ۱۴۰۱، ص ۱۳۵.

^۷. داراب‌پور، مهراب و محمدرضا داراب‌پور، *حقوق قراردادها*، جلد ۱، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، ص ۱۲۶.

سخن از انتقال مال نیست، بلکه انجام عمل مشاوره و در واقع ایفای یک خدمت به عنوان مورد معامله مدنظر است.^۱ باید توجه داشت که برخلاف دیدگاه برخی^۲ مورد معامله با موضوع قرارداد متفاوت است؛ زیرا موضوع قرارداد به عنوان امری اعتباری، چیزی نیست مگر ماهیت حقوقی و آثار حقوقی که محل همکاری دو یا چند اراده است. بنابراین ماهیت حقوقی موضوع قرارداد را تشکیل می دهد^۳ که این موضوع گاهی تعهد و در برخی موارد تملیک یا اسقاط تعهد یا ایجاد اذن و.. است. این در حالی است که مورد معامله به عنوان یک بحث خارجی و متعلق به عالم واقع، مال یا عملی است که موضوع قرارداد به آن تعلق می گیرد. لذا بنابر نظر برخی نویسندگان،^۴ مورد معامله را می توان «متعلق موضوع قرارداد» نامید و از این لحاظ میان این دو اصطلاح تفکیک کرد.

۱.۲. اطلاعات

اطلاعات، که در لغت به معنای داده های تفسیر شده یا داده ای با معنی است،^۵ در حوزه های مختلف ممکن است تعاریف اصطلاحی متنوعی از آن ارائه شود. در نظام تقنینی ایران و در بند الف ماده ۱ «قانون دسترسی آزاد به اطلاعات» مصوب ۱۳۸۸، می توان تعریف اطلاعات را مشاهده کرد. به موجب این ماده، اطلاعات عبارت است از «هر نوع داده که در اسناد مندرج باشد یا به صورت نرم افزاری ذخیره گردیده و یا با هر وسیله دیگری ضبط شده باشد». همچنین وفق بند ۳۵ ماده ۱ قانون معاملات اطلاعات رایانه ای ایالات متحده آمریکا، اطلاعات عبارت است از «داده ها، متن، تصاویر، صداها، برنامه های رایانه ای که شامل گردآوری و تلفیق آن ها نیز می شود».^۶ بنابراین در ایالات متحده آمریکا، عناصر اطلاعات شامل متن، صدا، تصویر و یا تلفیقی از این موارد است.^۷

گفتنی است اطلاعات ممکن است در حوزه های مختلف و با اهداف متفاوت مورد استفاده قرار گیرد. از این نظر، اطلاعات در سه محور اطلاعات عمومی، اطلاعات تخصصی و اطلاعات دارای جنبه های مالکیت فکری قابل تقسیم بندی است. توضیح بیشتر آنکه، اطلاعات ممکن است صرفاً موضوعاتی باشد که جنبه عمومی داشته و شخص با یک جست و جوی ساده در منابع مختلف و غالباً به صورت رایگان به آن دست می یابد و نیاز خود را رفع می کند. حتی در مواقعی هم که دسترسی به این اطلاعات رایگان نیست، کاربر می تواند از طریق انعقاد قرارداد «خرید و فروش اطلاعات»^۸ به راحتی و بدون نیاز به حضور هیچ واسطه ای به اطلاعات مورد نظر خود دست یابد. اما در پاره ای از موارد، اطلاعات از ناحیه فرد متخصص ارائه می شود و به عنوان راهنما در مسیر شخص مورد استفاده قرار می گیرد. بنابراین در مورد این دسته از اطلاعات، ضمن لزوم بهره مندی از حضور شخص متخصص، دریافت آن اطلاعات از طریق انعقاد قرارداد «ارائه اطلاعات»^۹ و در ازای

۱. شیروی، عبدالحسین، **حقوق قراردادها**، تهران: سمت، ۱۴۰۱، ص ۸۴.

۲. طاهری، حبیب الله، **حقوق مدنی**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۵۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۰، ص ۱۵۵.

۴. محقق داماد، قنواتی، وحدتی شبیری و عبدی پورفرد، پیشین.

۵. Aamodt, A. and Mads Nygard. "Different roles and mutual dependencies of data, information, and knowledge- An AI perspective on their integration", *Data & Knowledge Engineering*, Volume 16, Issue 3, 1995, P 197.

۶. Article 1 (35): "Information" means data, text, images, sounds, mask works, or computer programs, including collections and compilations of them.

۷. Stamatoudi, I. A. *Copyright and Multimedia Products: A Comparative Analysis*, New York: Cambridge university press, 2003, P 15.

۸. Sale of information

۹. Supply of information

پرداخت مبلغ خواهد بود. به عنوان مثال مشاوره‌های آموزشی، حقوقی، پزشکی و... از جمله این موارد است. از همین توضیحات، تفاوت میان اطلاعات عمومی و تخصصی قابل دریافت است. بدین صورت که اطلاعات دسته نخست از سابق وجود داشته، به عنوان یک کالا قابلیت خرید و فروش دارد؛ اما اطلاعات نوع دوم همزمان با انعقاد قرارداد ایجاد و به عنوان یک خدمت به کاربر عرضه می‌شود.^۱

چهره سوم اطلاعات را می‌توان در حوزه مالکیت فکری مشاهده کرد. اطلاعاتی که به عنوان یک دستاورد فکری، نتیجه سال‌ها فعالیت علمی و تخصصی است، اصالت دارد و از طریق هیچ متخصص دیگری نمی‌توان به آن اطلاعات دست یافت.

ممکن است در نگاه نخست، تفاوت چندانی میان اطلاعات تخصصی و اطلاعات فکری به نظر نرسد؛ زیرا دستیابی به هر دو اطلاعات رایگان نیست و حضور یک شخص به عنوان صاحب اطلاعات ضروری است؛ اما به نظر می‌رسد تفاوت این دو قسم از اطلاعات در شیوه به کارگیری و منافع مادی حاصل از دسترسی به اطلاعات برای شخص کاربر است. بدین معنا که در اطلاعات تخصصی، این اطلاعات اصولاً جنبه انحصاری ندارد و دسترسی به آن از طریق اشخاص متخصص متعدد امکان پذیر است. همچنین این اطلاعات برای رفع موانع و مشکلات موقتی بوده و دسترسی به آنها اصولاً بدون سودآوری خاصی برای کاربر اطلاعات است. این درحالی است که اطلاعات فکری جنبه انحصاری دارد و از طریق هیچ شخصی جز مالک اطلاعات نمی‌توان به آن دست یافت. همچنین از طریق تجاری‌سازی این اطلاعات و تولید انبوه محصولات حاصل از اطلاعات یادشده، می‌توان منافع مالی سرشاری را کسب کرد. به هر ترتیب، در اطلاعات عمومی و تخصصی، کاربر اطلاعات صرفاً به جهت نبود فرصت کافی برای مطالعه، دسترسی آسان یا نداشتن تخصص در موضوع مورد نظر اقدام به انعقاد قرارداد می‌کند و لذا قاعدتاً هیچ‌گونه استفاده تجاری از آن اطلاعات نخواهد داشت.^۲ حال آنکه در قراردادهای اطلاعات محور حوزه مالکیت فکری، استفاده تجاری مطرح است.^۳

۲. شناسایی بسترها و قالب‌های قراردادی مناسب

گسترش روزافزون قراردادهای اطلاعات محور، شناسایی بسترهای اصلی انعقاد این قراردادها و همچنین قالب قراردادی مناسب آنها را ضروری می‌کند. از این رو در ادامه، پس از تبیین جایگاه تبادل اطلاعات در دو حوزه خدمات و مالکیت فکری، قالب‌های قراردادی مناسب این دو حوزه معرفی خواهد شد.

۲.۱. قراردادهای اطلاعات محور در حوزه خدمات

هرچند قراردادهای مبادله کالا به سبب قدمت و نقشی که در تأمین نیازهای اولیه جوامع انسانی ایفا می‌کنند همچنان از

^۱ Von Bar, C., Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: European law publishers, 2008, P 553.

^۲ Noncommercial redistribution

^۳ Nimmer, R. T. "Licensing in the Contemporary Information Economy", *Journal of Law and Policy*, Volume 8, 2002, P 108.

توجه به این نکته ضروری است که مفهوم اطلاعات شخصی افراد، که از آن تحت عنوان «داده شخصی»^۴ تعبیر می‌شود، از حیث قواعد حقوقی مرتبط با آن (برای مطالعه بیشتر، ر.ک. قناد و شریف، ۱۴۰۰؛ لطیف‌زاده و همکاران، ۱۴۰۰؛ انصاری، ۱۴۰۲) به صورت کامل متمایز از اطلاعات در مفهوم مورد نظر این پژوهش است. چراکه مفهوم داده شخصی مرتبط با مباحث حریم خصوصی است و برخلاف اطلاعات موضوع این نوشتار، عموماً مورد معامله قرار نمی‌گیرند.

اهمیت بسیاری برخوردارند، به طور قطع این اهمیت مانع توجه به سایر قراردادها از جمله قراردادهای ارائه خدمت نخواهد شد؛ قراردادهایی که به سبب رشد چشمگیر خود در عرصه داخلی و بین المللی، مورد توجه ویژه برخی نظام های حقوقی^۱ نیز قرار گرفته اند.

به لحاظ حقوقی هر چند «موافقت نامه عمومی تجارت خدمات (گاتس)»^۲ به عنوان یکی از مهم ترین اسناد مرتبط با بحث خدمات شناخته می شود، در این سند تعریفی از اصطلاح خدمت و به تبع آن قراردادهای خدمات محور ارائه نشده است. باین حال، مطابق شرح ماده ۱:۱۰۷ اصول حقوق اروپایی قراردادهای خدمات محور (PELSC)، «تأمین خدمات فرایندی است که در آن یک فراهم کننده خدمات همه تصمیمات ممکن را به منظور دستیابی به هدف بیان شده یا مورد نظر مشتری اتخاذ می کند. این تصمیمات شامل انجام کاری است که - به جز خدمات صرفاً فکری- معمولاً با استفاده از مواد و مؤلفه هایی به عنوان ابزار به انجام می رسد»^۳.

حال با توجه به تعاریف و توضیحات پیشین، به نظر می توان قرارداد ارائه خدمت را توافقی دانست که یک طرف در جایگاه ارائه دهنده خدمت، متعهد می شود تا خدمتی را به دیگری ارائه دهد و در مقابل آن اجرتی دریافت کند.^۴ گفتنی است با عنایت به تفکیک قراردادهای ارائه خدمت از قراردادهای کالا، از آنجاکه در قراردادهای اطلاعات محور نیز اطلاعات به عنوان یک کالا شناخته نمی شود، بلکه تبادل اطلاعات به عنوان ارائه یک خدمت مدنظر است، این دسته از قراردادها را می توان در دسته قراردادهای خدمات محور جای داد. البته نکته قابل توجه آن است که مقصود از اطلاعات در این نوع قراردادها، اطلاعات تخصصی است که از سمت شخص متخصص به دریافت کننده اطلاعات عرضه می شود. بنابراین، مشاوره های پزشکی، حقوقی، تحصیلی و... از نوع قراردادهای اطلاعات محوری اند که در حوزه خدمات و مطابق احکام و ضوابط آن منعقد می شوند.

نکته قابل توجه آنکه هر چند برخی قراردادهای ارائه اطلاعات در دسته بندی قراردادهای خدمات محور جای می گیرند، اقتضائات خاص اطلاعات به عنوان مورد معامله از جمله عدم عینیت و ارتباط با قوای فکری اشخاص ایجاب می کند تا این نوع قراردادها در برخی احکام و ضوابط از سایر قراردادهای ارائه خدمت متمایز شود و در نتیجه به قالب قراردادی مناسب خود نیاز داشته باشند. گفتنی است این نکته در اسناد اروپایی مرتبط با قراردادهای ارائه خدمت نیز اشاره شده و قرارداد ارائه اطلاعات به عنوان خدمات غیرمادی^۵ از برخی جهات همچون تعهدات طرفین و برخی ضوابط

۱. اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۶ و برای نخستین بار «اصول حقوق اروپایی قراردادهای خدمات محور» (Principal European law service contract) را تدوین و عرضه کرد. همچنین در کتاب چهارم از قسمت پیش نویس جامع مشترک مرجع (Draft Common Frame of References) نیز قراردادهای ارائه خدمت را مستقل از سایر قراردادها معرفی کرده و به تبیین احکام و ضوابط مرتبط با آن پرداخته است.

۲. General Agreement on Trade in Services (GATS)

این سند از سال ۱۹۹۵ و با هدف تسهیل تجارت خدمات توسط سازمان تجارت جهانی تهیه و لازم الاجرا شده است. برای مطالعه در خصوص این سند، (ر.ک. گالاچر، اسکات، «موافقت نامه عمومی تجارت خدمات سازمان جهانی تجارت و تجارت بین المللی خدمات حقوقی»، ترجمه مسعود کمالی اردکانی، مجله حقوقی بین المللی، دوره ۲۵، شماره ۳۹، ۱۳۸۷، صص ۲۹۹-۳۱۲).

۳. Barendrecht, M. et al. *Principles of European Law on Service Contract*, Berne: European Law Publishers Ltd, 2007, P 216.

۴. خورسندیان، محمدعلی و میلاد امیری، «مطالعه تطبیقی تعهدات طرفین قراردادهای خدمات در حقوق ایران و اروپا»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۹۹؛ ساعتچی، علی و فرزاد جاویدی آل سعدی، *قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای خدمات محور*، تهران: مجد، ۱۳۹۷، صص ۱۷-۱۸.

۵. Intellectual services

قراردادی از سایر قراردادهای خدمات مادی^۱ متمایز شده است.^۲ البته باوجود این تمایز ذاتی، مقررات ویژه‌ای نسبت به این دسته از قراردادها در اصول حقوق اروپایی یا طرح مشترک مرجع پیش‌بینی نشده است و عموماً قواعد ویژه این موارد از رویه قضایی قابل استنباط است. باین‌حال، در نظم حقوقی فعلی، این رویکرد جدید وجود دارد که قراردادهای اطلاعات‌محور، از آنجاکه با اموری فکری و ذهنی در ارتباط است، اقتضائات خاصی نسبت به سایر قراردادهای خدماتی دارد. از همین رو، معرفی قالب قراردادی مناسب برای انعقاد قراردادهای اطلاعات‌محور در حوزه خدمات ضروری می‌نماید. در این راستا، در نظام حقوقی ایران هرچند در باب احکام قراردادهای ارائه خدمت و اقسام آن با مقررات جامعی مواجه نیستیم، به‌نظر با تمسک به برخی از قوانین و مقررات همچون «آیین‌نامه خرید خدمات مشاوره مصوب ۱۳۸۸» و اصلاحات بعدی آن، می‌توان قالب قراردادی مناسب برای تبادل اطلاعات را قالب قرارداد خرید خدمت توصیف و این تلقی را ایجاد کرد که عقد بیع به‌عنوان یک قالب قراردادی مناسب برای قراردادهای اطلاعات‌محور حوزه خدمات مناسب خواهد بود.

در مخالفت با دیدگاه مذکور و با عنایت به موضوع و شیوه اجرای عقد بیع و همچنین ویژگی‌ها و اقتضائات خاص قراردادهای ارائه خدمت (که در ابتدای همین قسمت به آن اشاره شد)، عقد بیع قالب مناسبی برای قراردادهای اطلاعات‌محور حوزه خدمات نخواهد بود. به‌عبارت دیگر، در عقد بیع که عبارت است از «تملیک عین در برابر عوض معلوم»، جدای از موضوع، ماهیت و جنس مورد معامله، که کاملاً متفاوت از قراردادهای ارائه خدمت است، عموماً تسلیم مبیع و پرداخت ثمن در مدت کوتاهی رخ می‌دهد و فرایند اجرای تعهد چندان طولانی نیست. بنابراین، وجود تمایزهای ذاتی موجود میان این دو دسته قرارداد، امکان استفاده از عقد بیع به‌عنوان قالب قراردادی ویژه برای قراردادهای اطلاعات‌محور حوزه خدمات را منتفی می‌کند. لذا تدوین یک متن قراردادی که با توجه به احکام کلی قراردادهای ارائه خدمت و مقتضیات خاص اطلاعات به‌عنوان مورد معامله تنظیم شده باشد، ضروری است. این رویه را می‌توان در اسناد اروپایی و درمورد برخی قراردادهای خدماتی، همچون قرارداد ساخت، طراحی، درمان و... نیز مشاهده کرد؛ قراردادهایی که هرچند در گروه قراردادهای خدمات‌محور جای می‌گیرند، از قالب‌ها و شروط قراردادی اختصاصی خود برخوردارند. بنابراین، درمورد قراردادهای اطلاعات‌محور نیز می‌توان به همین شیوه عمل کرد و قالب قراردادی خاص آن را تنظیم کرد که بی‌شک مستلزم توجه ویژه و شناخت ابعاد مختلف قراردادهای یادشده است.

۲.۲. قراردادهای اطلاعات‌محور در حوزه مالکیت فکری

از دیگر حوزه‌هایی که به‌عنوان یک بستر مناسب برای انعقاد قراردادهای اطلاعات‌محور شناخته می‌شود، می‌توان به حوزه حقوق مالکیت فکری با محوریت حقوق مالکیت صنعتی اشاره کرد. توضیح بیشتر آنکه، امروزه دارایی‌های فکری اشخاص که جنبه عینی و ملموس ندارند و حاصل تراوشات ذهن خلاق و فعالیت‌های بعضاً علمی پدیدآور آن‌اند، به اشکال مختلف زیر چتر حمایت قانون قرار گرفته‌اند. حقوق مالکیت صنعتی شاخه‌ای از حقوق مالکیت فکری است که در تلاش است تا با شناسایی مصادیقی همچون اختراع، اسرار تجاری، دانش فنی و... به حمایت از این نوع دارایی‌ها و صاحبان آنها بپردازد. باین‌حال، صاحب این نوع دارایی‌ها مجاز است به دلایلی همچون عدم توانایی مالی در تجاری‌سازی و نداشتن بازار مناسب برای عرضه محصول تولیدی، محصول فکری خود را به دیگری انتقال دهد یا مجوز بهره‌برداری از آن را اعطا کند.

^۱. Material services

^۲. Von Bar, C., Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. Op, Cit., P 902; Barendrecht, et al. Op, Cit., P 687.

نکته قابل توجه آنکه در موقعیت‌های یادشده، این اطلاعات است که به‌عنوان یک دارایی ارزشمند و به‌عنوان مورد معامله، میان طرفین رد و بدل می‌شود. بنابراین، انعقاد قراردادهای اطلاعات محور در حوزه مالکیت فکری از جایگاه مهمی برخوردار است. البته توجه به این مورد نیز ضروری است که قراردادهای اطلاعات محوری که در حوزه مالکیت فکری منعقد می‌شوند، از دو جهت (۱) حدود موضوعی و (۲) معیارهای ارزیابی اجرای تعهدات قراردادی با سایر قراردادهای اطلاعات محور متمایزند. بدین معنا که از نظر حدود موضوعی، از آنجاکه اطلاعات به‌عنوان یک دارایی فکری، غیر ملموس است و با حس قابل شناسایی نیست، لاجرم از طریق واژگان و عبارات در قراردادها قابل شناخت است. این حدود شامل نوع استفاده، مدت آن و مکان جغرافیایی استفاده از اطلاعات است. به عبارت دیگر، در این موارد، بهره‌برداری از اطلاعات به‌صورت کنترل شده است، در قالب مدت زمان مشخص است و دارنده حق استفاده در قلمرو جغرافیایی خاصی را دارد.^۱

از لحاظ معیار ارزیابی اجرای تعهدات قراردادی نیز قراردادهای اطلاعات محور حوزه مالکیت فکری با سایر قراردادها وضع متفاوتی دارد. توضیح آنکه در حقوق قراردادها، برای ارزیابی اجرای تعهدات قراردادی اشخاص، معیارهای مختلفی قابل استفاده است. به‌عنوان مثال معیارهایی همچون حسن‌نیت،^۲ انصاف،^۳ معقولیت^۴ یا بهترین تلاش^۵ مواردی‌اند که به‌وسیله آنها می‌توان اجرای تعهدات قراردادی طرف مقابل را بازشناسی کرد. اما نکته حائز اهمیت آن است که برخلاف سایر قراردادها، معیار سنجش این موارد در حقوق قراردادهای اطلاعات محور مالکیت فکری به‌صورت شخصی است.^۶ به عبارت دیگر، در قراردادهای اطلاعات محور این حوزه، با توجه به اینکه موضوع قرارداد اصولاً براساس خواست و نیاز مشتری است، معیار ارزیابی مشتری نیز برای اجرای تعهدات طرف مقابل، معیار شخصی^۷ است و نسبت به معیارهای عینی^۸ سنجش اجرای تعهدات، دارای برتری است.

صرف‌نظر از موارد یادشده، در خصوص قالب قراردادی مناسب برای انتقال اطلاعات در حوزه مالکیت فکری نیز، همان‌طور که دکترین حقوقی این حوزه تأکید دارند، لازم است از قالبی استفاده شود که با ماهیت حقوق مالکیت فکری، که همانا امکان استفاده همزمان آن در مناطق و افراد مختلف است، سازگاری داشته باشد.^۹ دلیل این مهم نیز آن است که در قراردادهای اطلاعات محور، انتقال‌گیرنده می‌تواند با اقدام به تجاری‌سازی گسترده از منافع آن بهره‌مند شود. در این وضعیت، یکی از بهترین قالب‌های قراردادی مناسب برای توسعه و استفاده تجاری از دارایی فکری قرارداد لیسانس است.^{۱۰} در واقع، «تجاری‌سازی اطلاعات»^{۱۱} به‌عنوان ویژگی ذاتی قراردادهای حوزه مالکیت فکری شناخته، و این خصیصه موجب می‌شود که فضای معاملاتی قرارداد لیسانس متفاوت از قرارداد فروش کالا باشد و در نتیجه، قواعد حاکم بر قرارداد لیسانس

^۱. Jacques, W. *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Northampton: Edward Elgar, 2013, P 261.

^۲. Good faith

^۳. Fair dialing

^۴. Reasonableness

^۵. Best effort

^۶. Ibid.

^۷. Concrete

^۸. Abstracto

^۹. ساعتچی، علی و امید محمدی‌نیا، «تحلیل حقوقی قواعد حقوقی حاکم بر قراردادهای لیسانس (مطالعه رویکرد نظام حقوقی آمریکا و رهنمودهایی برای نظام حقوقی ایران)»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره ۲۸، شماره ۱۹، ۱۴۰۰، ص ۸۰.

^{۱۰}. Nimmer, R. T. "Essay on Article 2's Irrelevance to Licensing Agreements", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Volume 40, Issue 1, 2006, P 235.

^{۱۱}. Commercialization of information

متفاوت از قواعد نظام کالامحور شود.^۱ به همین دلیل قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای ایالات متحده آمریکا در این خصوص عنوان می‌کند: «لیسانس به معنای قراردادی است که اجازه دسترسی یا استفاده، توزیع، به کارگیری، تغییر یا بازتولید اطلاعات یا حقوق ناشی از اطلاعات را می‌دهد، اما صریحاً دسترسی یا استفاده‌ای محدود را مجاز می‌داند که شامل همه حقوق مربوط به اطلاعات نباشد...»^۲. لذا همان گونه که در تفسیر و توضیحات ماده ۱۰۲ قانون مزبور تأکید شده، لیسانس توافقی است که مفاد آن درباره انتقال مشروط یا محدود اطلاعات یا اعطای حقوق قراردادی محدود درباره اطلاعات یا اجازه به استفاده از اطلاعات است و در هر مورد با توجه به توافق صریح طرفین یا عرف قراردادی موجود تعیین می‌شود.

در حقوق داخلی ایران نیز هرچند قانون‌گذار در «قانون مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳» قالب مشخصی برای این گونه قراردادهای معرفی نکرده، انتقال و اعطای مجوز بهره‌برداری حقوق مالکیت صنعتی را مورد پذیرش قرار داده است. باین حال، در بخشنامه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور تحت عنوان «موافقت‌نامه، پیوست‌ها، شرایط عمومی و شرایط اختصاصی قرارداد واگذاری لیسانس و دانش فنی برای فرایند تولید محصول» مصوب ۱۰ آذر ۱۳۸۳، صراحتاً قالب قراردادی مورد استفاده در قراردادهای حاوی دانش فنی و اختراع را «لیسانس» معرفی کرده است.^۳ لذا در حقوق داخلی ایران و برخلاف قراردادهای اطلاعات محور حوزه خدمات، درخصوص اطلاعات دارای جنبه‌های مالکیت فکری، قالب قراردادی متناسب با آن مورد پذیرش قرار گرفته است.

۳. بررسی برخی آثار مهم «اطلاعات» به مثابه مورد معامله در حقوق قراردادهای

پذیرش اطلاعات به عنوان مورد معامله در قراردادهای سبب خواهد شد تا قراردادهای اطلاعات محور از برخی جهات همچون «انتظارات قراردادی» و «ضمانت اجرا» با سایر قراردادهای به‌ویژه قراردادهای خرید و فروش کالا متمایز شوند. بنابراین، در این قسمت به شرح و تبیین این وجوه تمایز پرداخته خواهد شد.

۳.۱. انتظارات قراردادی

یکی از موضوعات مهم در شکل‌گیری و اجرای تعهدات طرفین، موضوع «انتظارات قراردادی»^۴ است. در یک تعریف مبنایی، مقصود از انتظارات قراردادی مجموعه‌ای از مقاصد و اهدافی است که طرفین با انعقاد قرارداد به دنبال کسب آن‌اند. انتظاراتی برخاسته از تجربیات، رفتارهای هنجارمند طرفین و سایر شرایط حاکم در زمان انعقاد قرارداد که غالباً در مرحله اجرای تعهدات ظهور و بروز دارد.

گفتنی است، بحث انتظارات قراردادی را می‌توان به صورت ضمنی از برخی قوانین و مقررات ملی و بین‌المللی استنباط کرد. به عنوان نمونه، مطابق جزء (ب) از بند دوم ماده ۳۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا،^۵ «کالا باید متناسب با هر نوع

^۱ Nimmer, R. T., "Breaking Barriers: The Relation between Contract and Intellectual Property Law", *Berkeley technology law journal*, Volume 13, 1998, P 832.

^۲ Article 102(a) (41) (2002) (defining "License" as a grant of limited rights in information "whether or not the transferee has title to a licensed copy").

^۳ «لیسانس» به معنی انتقال حق ساخت، استفاده و فروش اختراعاتی است که به عنوان حق اختراع، مورد حمایت قانونی هستند و شرح جزئیات آن در اسناد و مدارک پیمان آمده است. هرچا متن پیمان ایجاب نماید، لیسانس همچنین به معنی حق استفاده از دانش فنی و اطلاعات فنی مربوط، براساس مفاد پیمان خواهد بود.

^۴ Contractual expectation

^۵ UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)

مقصود خاصی باشد که به نحو صریح یا ضمنی در زمان انعقاد قرارداد به آگاهی بایع رسیده باشد، مگر اینکه اوضاع و احوال حاکی از آن باشد که مشتری به مهارت و تشخیص بایع اعتماد نکرده و یا اعتماد وی نامعقول بوده است». بنابراین، فروشنده موظف است کالایی را به طرف مقابل تسلیم کند که مناسب با هدف و استفاده خاصی باشد که مدنظر دارد؛ ولو این هدف با استفاده معمول و عرفی کالا مطابقت نداشته باشد.^۱ همچنین در ماده ۳۱۵-۲ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده آمریکا^۲ نیز بیان شده است: «در صورتی که در حین انعقاد قرارداد، فروشنده از هدف خاصی که به خاطر آن کالا خریداری شده آگاه باشد، و خریدار هم به مهارت یا قضاوت فروشنده در انتخاب یا تهیه کالای مناسب اعتماد نماید، این شرط ضمنی وجود دارد که کالا باید مناسب آن هدف خاص باشد».

گفتنی است «قصد طرفین» و «ماهیت خاص مورد معامله»، از جمله معیارهای شناسایی انتظارات قراردادی است. در خصوص معیار نخست، انتظارات قراردادی را می توان به دو معیار انتظارات عام و خاص قراردادی تفکیک کرد. مراد از انتظارات عام قراردادی انتظاراتی است که غالباً بر مبنای اصل حاکمیت اراده و با توجه به قصد طرفین تعیین می شود. به عبارت دیگر، در بحث انتظارات عام قراردادی، هدف، شناسایی انتظارات معمولی^۳ طرفین از انعقاد قرارداد است که عموماً بر مبنای اهداف عمومی طرفین و با تمسک به عرف قراردادی مشخص می شود. اما در نقطه مقابل، انتظارات خاص قراردادی به انتظارات یکی از طرفین قرارداد اطلاق می شود که براساس قصد خاص او از انعقاد قرارداد قابل شناسایی است. به عنوان نمونه، در برخی مواقع، متناسب بودن کالا با استفاده خاص مشتری مدنظر است؛ به طوری که خریدار علت خرید و جهت مصرف خود را بیان کرده و مورد قبول فروشنده نیز واقع شده است.^۴

همچنان که اشاره شد، یکی دیگر از عوامل شناسایی انتظارات قراردادی، ماهیت مورد معامله و انتظارات معمول از آن است^۵ که طبیعتاً در اقسام مختلف مورد معامله متفاوت خواهد بود.

با توجه به این توضیحات، به نظر می رسد که در کلیه اقسام قراردادهای اطلاعات محور، با توجه به ویژگی ها و اقتضائات خاص اطلاعات به عنوان مورد معامله، وضعیت انتظارات قراردادی متفاوت از سایر قراردادها خواهد بود. به عنوان مثال، در قراردادهای کالا، انتظار قراردادی مبنی بر عدم معیوب بودن کالا در زمان انعقاد قرارداد مورد پذیرش قرار گرفته است (ماده ۴۲۳ قانون مدنی)؛ حال آنکه در زمینه قراردادهای اطلاعات محور چنین موضوعی قابل پذیرش نیست؛^۶ چراکه به دلیل عدم وجود خارجی اطلاعات در زمان انعقاد قرارداد، ارزیابی کیفیت اصولاً بعد از استفاده آشکار می شود. لذا حتی پس از انعقاد قرارداد نیز امکان معیوب بودن اطلاعات و در نتیجه امکان تمسک به ضمانت اجرای مرتبط با عیب مورد معامله ممکن است. همچنین تضمین فقدان هرگونه عیب و نقص در قراردادهای اطلاعات محور حوزه مالکیت فکری همچون اطلاعات موجود در نرم افزار یا اختراع، غیرمنطقی و خلاف عرف موجود است؛ چراکه همواره درصدی از خطا در این گونه اطلاعات ملاحظه می شود.^۷

۱. صفایی، سید حسین، محمود کاظمی، مرتضی عادل، و اکبر میرزائزاد، *حقوق بیع بین المللی*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷، ص ۱۲۶.

۲. Uniform Commercial Code (UCC)

۳. Ordinary commercial expectation

۴. ر.ک. جعفرزاده، میرقاسم و علی ساعتچی، «تحلیل حقوق قراردادی انتظارات تجاری در قرارداد لیسانس اختراع»، *فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی*، دور ۲۵، شماره ۹۰، ۱۳۹۹، صص ۱۷۲-۱۷۳.

۵. Schulze, R. *Common European Sales Law (CESL) Commentary*, C.H. Beck; Hart Pub; Nomos, 2012, P 472.

۶. Hull, K. "The Overlooked Concern with the Uniform Computer Information Transactions Act", *Uniform Computer Information Hastings Law Journal*, Volume 51, Issue 6, 2000, P 1401.

۷. UCITA Comment, 2002, P 136.

۳.۲. تفاوت در ضمانت اجرا

یکی از تفاوت‌های قابل اشاره قراردادهای اطلاعات محور با سایر قراردادها، بحث تفاوت در ضمانت اجراست. به عبارت دیگر، پذیرش اطلاعات به عنوان مورد معامله در قراردادها سبب می‌شود تا آن دسته از ضمانت اجراها و احکامی که عموماً در قراردادهای دیگر اجرا می‌شود، در این قراردادها وضع متفاوتی داشته باشد. به عنوان نمونه، از آنجاکه در قراردادهای اطلاعات محور و به ویژه قراردادهای ارائه اطلاعات تخصصی، انجام موضوع قرارداد توسط شخص صاحب اطلاعات دارای اهمیت است و انتخاب این شخص اصولاً بر اساس سطح تحصیلات، سوابق شغلی، تجربیات عملی و... صورت می‌گیرد؛ به نظر در صورت امتناع شخص از انجام موضوع تعهد و عدم امکان الزام وی، اجرای قرارداد به هزینه متعهد و توسط شخص دیگر، چندان موجه نیست و فسخ قرارداد معقول تر است. بنابراین، هرچند در نظام حقوقی ایران و مستند به مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در خصوص تخلف از شرط فعل ضمن عقد بر لزوم قرارداد و در نتیجه استثنائی بودن حق فسخ تأکید شده است^۱، با این حال، به نظر می‌رسد در بحث قراردادهای اطلاعات محور و با عنایت به مقتضیات خاص مورد معامله در این قراردادها، باید از اجرای ماده ۲۳۸ گذشت و حکم ماده ۲۳۹ را مستقیماً اعمال کرد. البته در پاسخ به این ایراد که حکم مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در خصوص شروط ضمن عقد است و برای تعهدات اصلی قراردادی کارایی ندارد، همداستان با برخی نویسندگان حقوقی^۲، حکم مواد یادشده در خصوص شروط ضمن عقد به قیاس اولویت برای نقض تعهدات اصلی قراردادی نیز مجری است و به لحاظ منطقی تفاوتی میان تعهدات فرعی و اصلی قراردادی وجود ندارد.^۳ شایان ذکر است توجه به ماهیت موضوع مورد معامله در حقوق قراردادها و تأثیر آن بر ضمانت اجرای قراردادی در حقوق داخلی ایران نیز مورد توجه قرار گرفته است. در این راستا می‌توان به عقد اجاره اشاره کرد؛ عقدی که موضوع آن تملیک منفعتی است که از سویی جنبه مادی و ملموس ندارد و از سوی دیگر، در زمان تملیک فاقد وجود خارجی و بالفعل است.^۴ لذا در خصوص خیار عیب در عقد اجاره، وفق ماده ۴۸۰ قانون مدنی، عیبی که بعد از عقد و قبل از قبض منفعت در عین مستأجره حادث شود، موجب خیار است و اگر عیب در اثنای مدت اجاره حادث شود، نسبت به بقیه مدت خیار ثابت است. بنابراین اگرچه مطابق ماده ۴۲۳ قانون مدنی، اصولاً خیار عیب در زمان عقد ایجاد می‌شود؛ اما از آنجایی که در عقد اجاره، منافع به عنوان موضوع قرارداد به صورت تدریجی به وجود می‌آید، خیار عیب نیز براساس موضوع قرارداد دارای حکم خاص می‌شود. بنابراین خیار عیب در اثنای قرارداد نیز استمرار دارد. همچنین ماده ۴۸۶ قانون مدنی در باب تکلیف موجر به پرداخت هزینه‌های تعمیرات عین مستأجره تا انتهای قرارداد نیز دلالت بر این مهم دارد. حال در خصوص قراردادهای اطلاعات محور نیز خصایص مورد معامله بر ضمانت اجرا اثرگذار است. توضیح بیشتر آنکه، در صورت معیوب بودن مورد معامله در قراردادهای کالامحور، می‌توان با تمسک به خیار عیب از گزینه فسخ قرارداد بهره برد و با اعمال آن، وضعیت طرفین قرارداد را به حالت اولیه بازگرداند. در این راستا، برخی نویسندگان^۵ معتقدند که همچون قراردادهای

۱. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸، صص ۱۹۱-۱۹۳.

۲. شیروی، پیشین، ص ۲۴۸.

۳. برای مطالعه نظرات فقهی و حقوقی، ر.ک. خیری جبر، علی، سید محمد مهدی قبولی درافشان و اعظم انصاری، «تأثیر تخلف از انجام تعهدات قراردادی در پیدایش حق فسخ (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و برخی نظام‌های حقوقی اسلامی و غربی)»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۵، شماره ۴، ۱۳۹۷، صص ۱۰۵-۱۱۵.

۴. الشریف، محمد مهدی، «از تملیک تا تعهد: تأملی بر تأثیر حقوق فرانسه در تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۳۱.

۵. محمودی، اصغر، *حقوق قراردادهای انتقال فناوری*، تهران: جنگل، ۱۳۹۳، صص ۱۲۶-۱۲۷.

کالا، در قرارداد لیسانس نیز چنانچه اختراع موردنظر معیوب باشد (به این معنا که اختراع انتقال داده شده از حیث تجاری انتظارات لیسانس گیرنده را برآورده نکند یا از حیث فنی، کارکرد مناسب را نداشته باشد)، می‌توان از خیار عیب استفاده کرد. باوجود این، درمورد قراردادهای اطلاعات محور به نظر می‌رسد جدای از ضرورت بازاندیشی در مفهوم عیب، لازم است سازوکار دیگری برای اجرای این گونه خیار در قراردادهای اطلاعات وضع کرد. علت نیز ماهیت غیر ملموس و غیر فیزیکی اطلاعات به عنوان مورد معامله و عدم امکان استرداد آن اطلاعات است.^۱ به بیان دیگر، هر چند باوجود سکوت قانون مدنی در باب مفهوم عیب، فقها و حقوق دانان تلاش کرده‌اند تا تعاریف و ضوابط مختلفی برای شناسایی مفهوم عیب ارائه کنند،^۲ اما این تعاریف غالباً ناظر به بحث کالا و مورد معامله معیوب است که جنبه مادی و ملموس دارد. بنابراین به نظر می‌رسد با فراگیر شدن قراردادهای اطلاعات محور، لازم است تعریف و معیار دیگری از مفهوم عیب در اطلاعات ارائه داد. در این راستا، مطلوب است که به تبعیت از ماده ۴۲۶ قانون مدنی به عرف قراردادی این نوع معاملات مراجعه و مفهوم اطلاعات معیوب را مشخص کرد. علاوه بر این، هر چند یکی از اهداف فسخ قرارداد به جهت عیب مورد معامله، جلوگیری از ضرر طرفین و بازگشت وضعیت آنان به حالت قبل از انعقاد قرارداد است، باین حال مورد اخیر در خصوص قراردادهای اطلاعات امکان پذیر نیست؛ چراکه اطلاعات به جهت ماهیت غیر فیزیکی خود قابلیت استرداد ندارد و لذا فسخ قرارداد به دلیل عیب مورد معامله به نحوی موجب دارا شدن ناعادلانه یکی از طرفین خواهد شد که طبیعتاً به لحاظ حقوقی مورد پذیرش نیست. بنابراین در این موقعیت می‌توان مورد معامله را در حکم تلف دانست و وفق بند نخست ماده ۴۲۹ قانون مدنی، بدون امکان فسخ قرارداد صرفاً ارش دریافت کرد. تأکید می‌شود که دیدگاه اخیر به سبب ماهیت اطلاعات و عدم امکان استرداد مورد معامله معیوب در قراردادهای اطلاعات محور است که اسباب تمایز قراردادهای یاد شده از سایر قراردادها را فراهم می‌آورد.

نتیجه گیری

در دنیای کنونی و با توجه به پیشرفت روزافزون علوم مختلف، بیشتر تبادلات جامعه بر پایه اطلاعات صورت می‌پذیرد. اطلاعاتی که هر چند در حوزه‌های مختلف دارای تعاریف و اقسام متنوعی است، در قراردادهای میان اشخاص و به عنوان مورد معامله، از جایگاه مهمی برخوردار است. قراردادهایی که هدف از انعقاد آن، مبادله اطلاعاتی است که در دسترس همگان نیست و به عنوان مالی با ارزش و البته ناملموس، قابل نقل و انتقال است که در این راستا، می‌توان به فروش دانش فنی تولید یک محصول یا ارائه مشاوره‌های تخصصی اشاره کرد.

گفتنی است، برخی ویژگی‌های ذاتی اطلاعات، همچون ناملموس بودن، امکان استفاده همزمان اشخاص مختلف در زمان واحد، ارزش فزاینده آن نسبت به سایر دارایی‌ها و امکان دسترسی آسان تر، شناسایی مفهوم مستقل «قراردادهای اطلاعات محور»، اقسام مختلف اطلاعات قابل نقل و انتقال و تنظیم قواعد حقوقی متناسب با این دسته از قراردادها را ضروری می‌نماید. در این خصوص، نتایج این پژوهش حکایت از آن دارد که هر گونه اطلاعاتی لزوماً به عنوان مورد معامله قابل پذیرش نیست؛ بلکه اطلاعاتی می‌تواند به عنوان مورد معامله پذیرفته شود که دارای ارزش اقتصادی باشد که در این مورد می‌توان از دو دسته اطلاعات یاد کرد: نخست، اطلاعات تخصصی و دیگری، اطلاعات دارای جنبه‌های مالکیت فکری.

۱. ر.ک. انصاری و انصاری، پیشین، ص ۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۶، صص ۳۸۵-۳۸۷؛ صفایی، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، صص ۲۹۹-۳۰۰.

گفتنی است که هرچند در دو قسم اطلاعات یادشده، دستیابی به هر دو اطلاعات رایگان نیست و حضور یک شخص به عنوان صاحب اطلاعات ضروری است، تفاوت، در شیوه به کارگیری و منافع مادی حاصل از دسترسی به اطلاعات برای شخص کاربر است. بدین معنا که در اطلاعات تخصصی، این اطلاعات اصولاً جنبه انحصاری ندارد و دسترسی به آن از طریق اشخاص متخصص متعدد امکان پذیر است. همچنین این اطلاعات برای رفع موانع و مشکلات موقتی بوده و دسترسی به آنها اصولاً بدون سودآوری خاصی برای کاربر اطلاعات است. این درحالی است که اطلاعات فکری جنبه انحصاری دارد و از طریق هیچ شخصی جز مالک اطلاعات نمی توان به آن دست یافت. همچنین از طریق تجاری سازی این اطلاعات و تولید انبوه محصولات حاصل از اطلاعات یادشده، می توان منافع مالی سرشاری را کسب کرد. لذا با عنایت به تفاوت های یادشده، تنظیم قالب قراردادی متناسب با هریک از اطلاعات مذکور ضروری می کند. به همین منظور می توان از قراردادهای ارائه خدمت برای ارائه اطلاعات تخصصی و از قراردادهای لیسانس به عنوان قالب مناسب تبادل اطلاعات فکری نام برد.

از دیگر نتایج مطالعه پیش رو، می توان به تمایز بنیادین قراردادهای اطلاعات محور و قراردادهای تبادل کالا اشاره کرد. به عبارت دیگر، با توجه به ماهیت و ویژگی اطلاعات، قواعد حقوقی قراردادهای اطلاعات محور چه در زمینه تشکیل و اجرای قرارداد و چه در خصوص قواعد حقوقی حاکم بر انحلال آن تفاوت های بنیادینی با نظام حقوقی قراردادهای مبتنی بر کالا دارد. تفاوت های موجود در بحث انتظارات قراردادی و ضمانت اجراهایی همچون خیار عیب از جمله موارد قابل اشاره است. به عنوان نمونه، در خصوص مورد اخیر، جدای از لزوم بازاندیشی در مفهوم عیب، با توجه به خصیصه بازگشتناپذیری اطلاعات، در خصوص اطلاعات معیوب نمی توان از ضمانت اجرای معمول استفاده کرد و لاجرم باید به شناسایی و استفاده از راهکارهای حقوقی دیگر اقدام کرد.

منابع

کتاب

۱. انصاری، باقر، **حقوق داده ها و هوش مصنوعی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲.
۲. داراب پور، مهرباب و محمدرضا داراب پور، **حقوق قراردادها**، جلد ۱، تهران: جنگل، ۱۳۹۴.
۳. ساعتچی، علی و فرزاد جاویدی آل سعدی، **قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای خدمات محور**، تهران: مجد، ۱۳۹۷.
۴. شیروی، عبدالحسین، **حقوق قراردادها**، تهران: سمت، ۱۴۰۱.
۵. صفایی، سید حسین، محمود کاظمی، مرتضی عادل و اکبر میرزائاد، **حقوق بیع بین المللی**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.
۶. صفایی، سیدحسین، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان، ۱۳۹۴.
۷. طاهری، حبیب الله، **حقوق مدنی**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۸. قاسم زاده، سید مرتضی، **اصول قراردادها و تعهدات**، تهران: دادگستر، ۱۴۰۱.
۹. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۶.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۰.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
۱۲. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنوتی، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پورفرد، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد ۲، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.
۱۳. محمودی، اصغر، **حقوق قراردادهای انتقال فناوری**، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.

مقاله

۱۴. انصاری، باقر و اسماعیل انصاری، «حقوق اطلاعات از منظر تحلیل اقتصادی»، دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۱، صص ۱-۲۱.
۱۵. جعفرزاده، میرقاسم و علی ساعتچی، «تحلیل حقوق قراردادی انتظارات تجاری در قرارداد لیسانس اختراع»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دور ۲۵، شماره ۹۰، ۱۳۹۹، صص ۱۶۹-۱۸۴.
۱۶. خورسندیان، محمدعلی و میلاد امیری، «مطالعه تطبیقی تعهدات طرفین قراردادهای خدمات در حقوق ایران و اروپا»، دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۹۷، صص ۱۲۱-۱۴۶.
۱۷. خیری جبر، علی، سید محمدمهدی قبولی درافشان و اعظم انصاری، «تأثیر تخلف از انجام تعهدات قراردادی در پیدایش حق فسخ (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و برخی نظام‌های حقوقی اسلامی و غربی)»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۵، شماره ۴، ۱۳۹۷، صص ۹۳-۱۲۲.
۱۸. ساعتچی، علی و امید محمدی‌نیا، «تحلیل حقوقی اقتصادی قواعد حقوقی حاکم بر قراردادهای لیسانس (مطالعه رویکرد نظام حقوقی آمریکا و رهنمودهایی برای نظام حقوقی ایران)»، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۸، شماره ۱۹، ۱۴۰۰، صص ۶۴-۸۷.
۱۹. الشریف، محمدمهدی، «از تملیک تا تعهد: تأملی بر تأثیر حقوق فرانسه در تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۲۹-۵۸.
۲۰. قناد، فاطمه و الهام شریف، «مطالعه اجمالی حمایت از داده‌های شخصی در نظام حقوقی ایران و سند مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا»، دوفصلنامه حقوق فناوری‌های نوین، دوره ۲، شماره ۴، ۱۴۰۰، صص ۱-۲۲.
۲۱. گالاچر، اسکات، «موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات سازمان جهانی تجارت و تجارت بین‌المللی خدمات حقوقی»، ترجمه مسعود کمالی اردکانی، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۲۵، شماره ۳۹، ۱۳۸۷، صص ۲۹۹-۳۱۲.
۲۲. لطیف‌زاده، مهدیه، سید محمدمهدی قبولی درافشان، سعید محسنی و محمد عابدی، «تحلیل بستر قانونی حمایت از داده شخصی در اتحادیه اروپا»، پژوهشنامه پردازش و مدیریت اطلاعات، دوره ۳۷، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۴۳۹-۴۷۲.

References

Books

1. Ansari, Bagher, *Data Law and Artificial Intelligence*, Tehran: Sahami Company Publishing, 2023. (in Persian)
2. Barendrecht, M. et al. *Principles of European Law on Service Contract*, Berne: European Law Publishers Ltd, 2007.
3. Darab-Pour, Mehrab and Mohammad Reza Darab-Pour, *Law of Contracts*, Volume 1, Tehran: Jungle, 2014. (in Persian)
4. Jacques, W. *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Northampton: Edward Elgar, 2013.
5. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volume 2, Tehran: Mizan, 2001. (in Persian)
6. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volume 3, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2019. (in Persian)
7. Katouzian, Nasser, *Introductory Course of Civil Rights: Legal Practices*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2017. (in Persian)
8. Lipinski T. A. *The Librarian's Legal Companion for Licensing Information Resources and Services*, Chicago: Neal-Schuman, 2013.
9. Mahmoudi Asghar, *Law of Technology Transfer Agreements*, Tehran: Jungle, 2014. (in Persian)
10. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, Jalil Ghanavati, Sayyed Hassan Vahdati Shobyiri and Ibrahim Abdi Pour-Fard, *Contract Law in Jurisprudence Emamieh*, Volume 2, Tehran: Seminary and University Research Institute, 2012. (in Persian)

11. Qasem-Zadeh, Sayyed Morteza, *Principles of Contracts and Obligations*, Tehran: Dadgostar, 2022. (in Persian)
12. Sa'atchi, Ali and Farzad Javidi Al- Saadi, *General Rules Governing Service-based Contracts*, Tehran: Majd, 2018. (in Persian)
13. Safa'ei Sayyed Hossein, Mahmoud Kazemi, Morteza Adel and Akbar Mirza-Nejad, *International Sales Law*, Tehran: University of Tehran, 2018. (in Persian)
14. Safa'ei, Sayyed Hossein, *General Rules of Contracts*, Tehran: Mizan, 2014. (in Persian)
15. Schulze, R. *Common European Sales Law (CESL) Commentary*, C.H. Beck; Hart Pub; Nomos, 2012.
16. Shiravi Abdol-Hossein, *Law of Contracts*, Tehran: Samt, 2022. (in Persian)
17. Stamatoudi, I. A. *Copyright and Multimedia Products: A Comparative Analysis*, New York: Cambridge university press, 2003.
18. Taheri, Habibollah, *Civil Rights*, Qom: Islamic Publication Office, 1997. (in Persian)
19. Von Bar, C., Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: European law publishers, 2008.

Articles

20. Aamodt, A. and Mads Nygard. "Different Roles and Mutual Dependencies of Data, Information, and Knowledge- An AI Perspective on Their Integration", *Data & Knowledge Engineering*, Volume 16, Issue 3, 1995, PP 191-222.
21. Alsharif, Mohammad Mehdi, "From Transfer of Ownership to Obligation: The Influence of French Law on the Analysis of the Lease Contracts in the Iranian Law", *Quarterly Journal of Comparative Studies on Islamic and Western Law*, Volume 1, Issue 2, 2014, PP 29-58. (in Persian)
22. Ansari, Bagher and Esmail Ansari, "Economic Analysis of Information Law", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law Review*, Volume 3, Issue 2, 2012, PP 1-21. (in Persian)
23. Gallacher, Scott, General Agreement on Trade in Services (GATS) ", Translated by: Masoud Kamali Ardakani, *International Legal Journal*, Volume 25, Issue 39, 2009, PP 229-317. (in Persian)
24. Ghannad, Fatemeh and Elham Sharif, "Comprehensive Study of Personal Data Protection in Iran's Legal System and European General Data Protection Regulations", *Bi-Quarterly Journal of Modern Technologies Law*, Volume 2, Issue 4, 2021, PP 1-22. (in Persian)
25. Hull, K. "The Overlooked Concern with the Uniform Computer Information Transactions Act", *Uniform Computer Information Hastings Law Journal*, Volume 51, Issue 6, 2000, PP 1391-1412.
26. Jafarzadeh, Mirghasem and Ali Sa'atchi, "Analysis of contract law of commercial expectations in patent license", *Quarterly Journal of Judicial Law Views*, Volume 25, Issue 90, 2020, PP 169-184. (in Persian)
27. Kheiri Jabr, Ali, Sayyed Mohammad Mahdi Ghabouli Dorafshan and Azam Ansari, "Effect of Violating the Contractual Obligations in Emergence of the Avoidance: A Comparative Study of Iranian Law and Some Islamic and Western Legal Systems", *Quarterly Journal of Comparative Studies on Islamic and Western Law*, Volume 5, Issue 4, 2018, PP 93-122. (in Persian)
28. Khorsandian, Mohammad Ali and Milad Amiri, "A Comparative Study between European and Iranian Laws of Service Contracts", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law Review*, Volume 9, Issue 1, 2018, PP 121-146. (in Persian)
29. Kissman, L. "Revised Article 2 and Mixed Goods/Information Transactions: Implications for Courts", *Santa Clara Law Review*, Volum 44, Issue 2, 2004, PP 561-594.
30. Latif-Zadeh, Mahdieh, Sayyed Mohammad Mahdi Ghabouli Dorafshan, Saeed Mohseni and Mohammed Abedi, "Analysis of the Legal Framework for the Protection of Personal Data in the European Union", *Journal of Information Processing and Management*, Volume 37, Issue 2 , 2021, PP 439-472. (in Persian)

31. Nimmer, R. T. "Breaking Barriers: The Relation between Contract and Intellectual Property Law", *Berkeley Technology Law Journal*, Volume 13, 1998, PP 255-317.
32. Nimmer, R. T. "Essay on Article 2's Irrelevance to Licensing Agreements", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Volume 40, Issue 1, 2006, PP 827-889.
33. Nimmer, R. T. "Licensing in the Contemporary Information Economy", *Journal of Law and Policy*, Volume 8, 2002, PP 235-260.
34. Nimmer, R. T. "Licensing on the Global Information Infrastructure: Disharmony in Cyberspace", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Volume 16, Issue 2, 1996, PP 224-247.
35. Nimmer, R. T. "Through the Looking Glass: What Courts and UCITA Say About the Scope of Contract Law in the Information Age", *Duquesne Law Review*, Volume 38, Issue 2, 2000, PP 99-169.
36. Sa'atchi, Ali and Omid Mohamadinia, "legal and economic Analysis of applicable legal rules on license contract (Examination of US legal System approach to present guidance for Iranian Legal system", *Quarterly Journal of Encyclopedia of Economic Law*, Volume 28, Issue 19 , 2021, PP 64-87. (in Persian)



Original Article

Lapse of Time in Labour Lawsuits in Light of Administrative Court of Justice Procedure

Javad Mahmoudi¹

ABSTRACT

Despite detailed research on the origin and effects of the statute of limitations in private law cases, this issue has not been examined much in labour cases. The main question in the present study is whether the application of the statute of limitations in labour lawsuits is generally accepted? What are the current legal positions and the practical procedures of the Administrative Court of Justice on this issue and what are its challenges? The hypothesis is that official authorities and branches of the Court, in light of the legal bill approved by the Revolutionary Council, have been considering the permissibility of the statute of limitations in labour cases for about a decade, but gradually, with the explicit repeal of the provisions of that bill by the Labour Law of 1980, the official procedures in this regard changed and, in a different approach and in line with the protection of the right to work and its branches, the citation to the statute of limitations has been rejected. Overall, the aforementioned development is evaluated as positive and supportive, but some legislative developments in the field of the Administrative Court of Justice, especially in expressing the legal deadlines for appealing against the rulings of the authorities in labour law, can institutionalize the statute of limitations in labour relations, which is not evaluated as fair from the perspective of the protective dimension of labour law. This research is done through a library and descriptive-analytical method examining the laws and judicial procedures. The unanimous decision of the General Board of the Court in 2003, in rejecting the statute of limitations in labour claims, implicitly repeals the unanimous decision of 1996. This development should be evaluated in order to ensure the protective aspects of the labour law and the right to appeal and to consider its rules mandatory. Of course, the 2003 unanimous ruling can be challenged in this regard, as it is based solely on the declaration of the general repeal of the Revolutionary Council's resolution by the 1990 Labour Law, and the Court did not refer to the lack of clarification on the lapse of time in the aforementioned law and the exception of the lapse of time against the originality and application of the right to appeal. In addition, it is obvious that in the case of workers who benefited during the time of the Revolutionary Council's resolution, invoking the existence of the lapse of time is not prohibited. In addition, at present, due to the notification and implementation of the Law of the Administrative Court of Justice Amendment (10/2/2013) and in implementation of Note 2 of Article 16 of that law, the deadline for objecting the final decisions of quasi-judicial authorities (including the authorities subject to Article 157 of the Labour Code, namely the Determination Board and the Labour & Employer Dispute Resolution Board) has been announced as three months for individuals within the country and six months for individuals residing abroad from court ruling delivery date. Filing a lawsuit in the Court to reverse the judgment outside the prescribed deadlines is somehow an implicit acknowledgement of the lapse of time in those lawsuits. If this assumption is accepted, the unanimous decision of the General

How to Cite: Mahmoudi, Javad, "Lapse of Time in Labour Lawsuits in Light of Administrative Court of Justice Procedure", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:233-244.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233320.2602>

Received: 05/10/2023-Accepted: 29/10/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Literature & Humanities, Shahrood University, Shahrood, Iran
Corresponding Author Email: mahmoudi.javad@sku.ac.ir



Copyright: © 2025 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/>).

Board of the Court in 2003 has been changed by the intervention of the legislator, and therefore, during the reign of the Court's reform law, lapse of time has been accepted at least in appealing against the final judgment of the relevant authorities subject to the Labour Code. It seems that the Legislator and the judiciary should look at the issue of lapse of time without considering the corresponding provisions in the rules of private law and by considering the aspects of human rights and its close connection with the human dignity of workers and ignore it as much as possible. Apart from that, the Revolutionary Council resolution was passed in an environment where, firstly, the Labor Law approved by the government after the revolution had not yet been passed, and secondly, the passage of the Labor Law was delayed for several years due to fundamental conflicts between the Islamic Consultative Assembly and the jurists of the Guardian Council regarding the necessity of passing that law or being content with hiring the persons rules stipulated in the Civil Code. Unanimous decision of the General Board of the Court in 2003 in rejecting the passage of time in labor lawsuits implicitly repeals the unanimous decision of 1996 of court. This development should be evaluated in order to ensure the protective aspects of the Labour Law and the right to appeal and to consider its rules mandatory. The recognition of lapse of time in labor law is incompatible with the philosophy of its emergence; that is, protecting workers and making labor relations fair. It is better that the legislator and the judges of the Court, in their decisions and opinions, get committed to the requirements of labor law and the need to guarantee the updated fundamental rights of workers. Therefore, it is necessary to pay attention to the spirit of labor law and to consider the historical, economic, social and human rights reasons for turning to labor law in the country and gradually distancing from jurisprudential rules and articles related to the hiring of individuals in the civil law.

KeyWords: Lapse of Time, Worker, Administrative Court of Justice, Labour Lawsuits, Labour Proceedings



مرور زمان در دعاوی کار در پرتو رویه دیوان عدالت اداری

جواد محمودی^۱

چکیده

مرور زمان به مثابه یکی از موانع حق دادخواهی در حقوق خصوصی به رسمیت شناخته شده است. به استناد آن مفهوم، برخی حقها به دلیل گذشت مدت زمانی از نقض آنها دیگر در پیشگاه دادگاهها قابل مطالبه نیستند. دعاوی کار، برخاسته از متن قانون کار و مقررات اجرایی مربوطه، قرارداد کار و نیز پیمانهای جمعی، بخش مهمی از رسیدگیها در مراجع شبهقضایی مرتبط و نیز دیوان عدالت اداری را تشکیل میدهند. با وجود پژوهشهای مفصل درباره خاستگاه و آثار مرور زمان در دعاوی موضوع حقوق خصوصی، این موضوع در دعاوی کار، چندان مورد بررسی قرار نگرفته است. پرسش اصلی در پژوهش پیشرو آن است که آیا اساساً اعمال مرور زمان در دعاوی کار پذیرفته است؟ موضع قوانین جاری و نیز رویههای عملی دیوان عدالت اداری در این باره و چالشهای آن چیست؟ فرضیه آن است که مراجع رسمی و نیز شعب دیوان در پرتو لایحه قانونی مصوب شورای انقلاب تا حدود یک دهه به جواز مرور زمان در دعاوی کار، نظر دادهاند، اما به تدریج با اعلام نسخ صریح مفاد آن لایحه از سوی قانون کار ۱۳۶۹ رویههای رسمی در این باره، تغییر یافت و در رویکردی متفاوت و در راستای حمایت از حق بر کار و فروعات آن، استناد به مرور زمان، مردود شمرده شده است. در مجموع، تحول یادشده، مثبت و حمایتی ارزیابی می شود، ولی برخی تحولات قانونگذاری در حوزه دیوان عدالت اداری، به ویژه در بیان مواعید قانونی اعتراض به آرای مراجع موضوع قانون کار می تواند مرور زمان در روابط کار را نهادینه سازد که از منظر بُعد حمایتی قانون کار، عادلانه ارزیابی نمی شود. نتایج پژوهش پیشرو، که تحلیلی و توصیفی است، می تواند مورد استفاده عموم کارگران، خط مشی گذاران حوزه کار و نیز فعالان کارگری قرار گیرد.

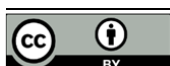
کلید واژگان: مرور زمان، کارگر، دیوان عدالت اداری، دعاوی کار، دادرسی کار

استناد به این مقاله: محمودی، جواد، «مرور زمان در دعاوی کار در پرتو رویه دیوان عدالت اداری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۲۳۳-۲۴۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233320.2602>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۸

۱. استادیار، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: mahmoudi.javad@sku.ac.irCopyright: © 2025 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

مرور زمان^۱ یکی از تأسیسات حقوقی نوین است که به استناد عدم قابلیت اثبات حق‌ها از حیث قضایی یا به‌منظور کاهش تراکم دعاوی در دادگاه‌ها به کار گرفته می‌شود و از نظر حقوقی، «دلیل پایان یافتن یک توافق حقوقی به‌دلیل یک محدودیت زمانی توافق شده گذشته»^۲ است؛ بدین معنا که حق لزوماً موجود نیست، بلکه احتمال تحقق آن، وجود دارد، ولی مطالبه آن در مراجع قضایی، امکان‌پذیر نیست. آن مفهوم از نظر قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، «عبارت از گذشتن مدتی است که به‌موجب قانون، پس از انقضای آن مدت، دعوی شنیده نمی‌شود»^۳ و از نگاه صاحب‌نظران، «مدتی است که پس از سپری شدن آن، دعوا به شرط ایراد خوانده در اولین جلسه دادرسی شنیده نمی‌شود»^۴. در برابر آن، مواعید و مهلت‌های قانونی مانند مهلت اعتراض به رأی غیرقطعی، مصداق مرور زمان نیستند؛ به این معنا که کلاً حق اعتراض از بین رفته است و دیگر وجود خارجی ندارد.

شورای نگهبان در مقام اعمال اختیارات شرعی مطلق خود^۵، استناد به مرور زمان در دعاوی مدنی موضوع مواد ۷۳ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی را خلاف شرع دانست.^۶ البته بعدها اداره حقوقی دادگستری، امکان استناد به آن را در برخی قوانین ویژه (مانند قانون تجارت)، کماکان، مجاز دانست.^۷ بدیهی است که نظر مشورتی اداره حقوقی نمی‌تواند در برابر نظریه شورای نگهبان یا در مقام نسخ آن قرار گیرد. از این‌رو، موضع رسمی لازم‌الاجرا، نظریه آن شورا است.

دعاوی کار، مربوط به اختلافات مربوط به قانون و قرارداد کار است.^۸ آیا در دعاوی یاد شده، مرور زمان پذیرفته است و می‌توان مفاد نظریه شورای نگهبان را به دعاوی کار نیز تعمیم داد؟ در زیر، بحث را درباره برخی مزایای مقرر در قانون کار و نیز حق بیمه، پی می‌گیریم. نخستین بار، شورای انقلاب با ارائه برداشتی از قانون کار مصوب ۱۳۳۹ کوشید تا ضمن اذعان به ضرورت وجود مرور زمان در دعاوی کار، مهلت خاصی برای آن، مقرر کند. براساس مصوبه آن شورا، «مزایای ناشی از حقوق مندرج در قانون کار و مقررات تابعه و کمک عائله‌مندی از تاریخ اقامه دعوی در مراجع حل اختلاف به مدت یک‌سال قبل، قابل وصول بوده و دعاوی قبل از یک سال مذکور، مشمول مرور زمان است. به استثنای مزد مرخصی استحقاقی استفاده نشده در موقع ترک کار یا اخراج یا فوت کارگر یا تعطیل کارگاه که تا دو سال آخر کار مطابق تبصره ۲ ماده ۱۵ قانون کار، قابل پرداخت خواهد بود»^۹.

^۱. Lapse of time

^۲. Cambridge Dictionary: the reason for a legal agreement ending, because an agreed time limit has passed.

^۳. ماده ۷۳۱.

^۴. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۱، تهران: دراک، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ص ۱۶۳.

^۵. اصل چهارم قانون اساسی.

^۶. نظریه شماره ۷۳۵۷ مورخ ۶۱/۱۱/۲۷. البته آن شورا طی نظریه شماره ۳۵۰۶ مورخ ۱۳۷۱/۵/۱۳ درخصوص دامنه شمول نظریه پیشین خود، اعلام کرد که: «اطلاق نظریه شماره ۷۳۵۷ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷ شورای نگهبان، شامل دعاوی اشخاص حقیقی و یا حقوقی که در قوانین و مقررات کشورشان مرور زمان پذیرفته شده است نمی‌شود». آن شورا نامه مورخ ۱۳۸۷/۴/۱ معاون رئیس‌جمهور وقت را بی‌پاسخ گذاشت. نامه، دایر بر این بود که «با توجه به اینکه قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ درباره مرور زمان، سکوت کرده است ... آیا علی‌رغم سکوت قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ نظریه شماره ۳۵۰۶ مورخ ۱۲ مرداد ۱۳۷۱ آن مرجع محترم همچنان در رابطه با دعاوی خارجیان، قابلیت استناد دارد یا خیر؟».

^۷. نظریه شماره ۲۵۵۵/۲/۹۶ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۵.

^۸. ماده ۱۵۷ قانون کار.

^۹. لایحه قانونی راجع به مرور زمان مربوط به دعاوی مزایای قانونی ناشی از حقوق مندرج در قانون کار و مقررات تابعه و کمک‌عائله‌مندی و حقوق مندرج در مواد ۳۲ و ۳۳ قانون مذکور مصوب ۱۳۵۹/۳/۱۰.

براساس تبصره آن مصوبه قانونی نیز «مرور زمان جهت استفاده حقوق مندرج در مواد ۲۲ و ۲۳ قانون کار نیز از تاریخ اخراج یا فسخ قرارداد کار یک سال است مگر درباره ذیل ماده ۳۳ که همان ۱۵ روز، منوط اعتبار است.^۱ باید دید در فضای تصویب قانون نوین کار در ۱۳۶۹ آیا برداشت شورای انقلاب، همچنان پذیرفته است یا خیر؟ موضع رویه قضایی در این باره چیست؟

۱. رویه قضایی ناظر به پذیرش مرور زمان

دیوان عدالت اداری در چند رأی، مرور زمان در دعاوی کار را پذیرفته است:

۱.۱. رأی وحدت رویه شماره ۶۸ مورخ ۱۳۷۵/۵/۲ هیئت عمومی دیوان

در آن رأی به لایحه قانونی شورای انقلاب، استناد و عملاً موضع آن شورا درباره مرور زمان در دعاوی کار را پذیرفته است. براساس آن رأی:

«... براساس لایحه قانونی راجع به مرور زمان مربوط به دعاوی مزایای قانونی ناشی از حقوق مندرج در قانون کار و مقررات تابعه و کمک‌عائله‌مندی و حقوق مندرج در مواد ۳۲ و ۳۳ قانون مزبور مصوب ۵۹/۳/۱۰ شورای انقلاب اسلامی «مزایای ناشی از حقوق مندرج در قانون کار و مقررات تابعه و کمک‌عائله‌مندی از تاریخ اقامه دعوی در مراجع حل اختلاف به مدت یک سال، قابل وصول بوده و دعاوی قبل از یک سال، مشمول مرور زمان می‌باشد».

آن رأی در مقام حل تعارض آرای شعب دیوان بود و طی آن، رأی شعبه هفدهم، تأیید شد که طبق آن:

«شعبه هفدهم در رسیدگی به پرونده ... موضوع شکایت ... به طرفیت کارخانه چیت‌سازی بهشهر به خواسته ابطال آراء ۶۹/۴/۳۰ و ۶۹/۷/۱۴ شورای کارگاه و هیئت حل اختلاف بهشهر به شرح دادنامه شماره ۲۹، ۲۸، ۲۷ مورخ ۷۱/۱/۱۸ چنین رأی صادر نموده است: «رأی مزبور که طی آن به استناد به لایحه قانونی راجع به مرور زمان مربوط به دعاوی مزایای ناشی از حقوق مندرج در قانون کار و مقررات تابعه و کمک‌عائله‌مندی و حقوق مندرج در مواد ۳۲ و ۳۳ قانون مزبور مصوب ۱۳۵۹/۳/۱۰ شورای انقلاب، شکایت شکات مشمول مرور زمان، تشخیص و رد گردیده، خالی از ایراد و اشکال قانونی است، علی‌هذا حکم به رد شکایت، صادر و اعلام می‌شود.»

۱.۲. رأی شماره ۱۱۳ مورخ ۱۳۷۸/۲/۲۵ شعبه ۸ دیوان

شعبه یادشده صراحتاً اعلام کرد: «نظر به اینکه به موجب لایحه قانونی مصوب ۵۹/۳/۱۰ شورای انقلاب، دعاوی مزایای قانونی ناشی از حقوق مندرج در قانون کار جز آن چه در این لایحه مستثنی گردیده، مشمول مرور زمان یک ساله شناخته شده است و با عنایت به اینکه در قانون جدید کار مصوب سال ۶۹ لایحه قانونی مذکور، صراحتاً نسخ نگردیده و موضوع شکایت مطروحه نیز از جمله مستثنیات مصرح در لایحه قانونی نبوده و توجه به مفاد رأی وحدت رویه ۶۸-۷۲/۵/۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که دلالت بر باقی بودن اعتبار لایحه قانونی شورای انقلاب پس از تصویب قانون جدید کار دارد، ایراد و اشکالی از این لحاظ به رأی معترض‌عنه مشهود نیست، شکایت مردود تشخیص می‌شود...».

۱. تبصره ماده ۱۵۷ قانون کار.

۱.۳. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۸۰۰۴۳۸ مورخ ۱۳۹۲/۳/۱۱ شعبه ۱۸

در رأی یاد شده نیز مقرر شده است:

«... شاکی اظهار داشته است: مشتکی عنه [اداره کار] به سنوات خدمت و مطالبات وی علی‌رغم ارائه به هیئت به بهانه امر مختوم‌بها توجه ننموده و برخلاف قانون و اصول دادرسی حکم به محکومیت وی را صادر کرده است. لذا تقاضای نقض رأی شماره ... مورخ ... را دارد. مشتکی عنه [اداره کار] به شرح لایحه دفاعیه اظهار داشته است: «چون شاکی قبلاً مدارک خود را ارائه نکرده و هیئت حل اختلاف، رسیدگی نموده است، لذا [اعتبار] امر مختوم‌بها دارد.» دیوان با بررسی مدارک ابرازی از جمله شکایت شاکی و دفاعیه طرف شکایت، ادعای مطروحه را مقرون به صحت تشخیص داده [ازیرا] به استناد مواد ۳۴ و ۱۰۱ و ۱۴۸ از قانون کار، رسیدگی هیئت مطابق موازین نبوده، تا مشمول امر مختوم‌به تلقی شود. هیئت می‌توانست پس از تحقیقات جامع از محل کارگاه، اتخاذ تصمیم نماید. عدم توجه به قانون آمره، موجب مخدوش بودن اساس رأی صادره سابق است. از طرفی سابقه و حق کارگر در هیچ حالتی مشمول مرور زمان امر مختوم نمی‌شود، لذا حکم به ورود شکایت و نقض رأی معترض‌عنه و ارجاع امر به هیئت هم‌عرض، جهت رسیدگی مجدد، صادر و اعلام می‌کند.»

۱.۴. رأی شماره ۹۰۱۶۰۷/۲۰ مورخ ۱۳۹۱/۷/۱۶ شعبه ۲۰

دیوان در مورد مطالبه حق بیمه - به‌عنوان یکی از حق‌های تبعی قانون کار - با پذیرش ضمنی لایحه قانونی شورای انقلاب، حق بیمه را از آن مستثنا دانسته است:

«نظر به شرح شکایت و منطوق آرای وحدت رویه شماره‌های ۳۹۲ مورخ ۸۲/۱۰/۷ و ۶۸ مورخ ۷۲/۵/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که صرف مزایای قانونی ناشی از کار آنها قبل از تصویب قانون کار ۶۹ را مشمول مرور زمان دانسته است و حق بیمه، ضمن اینکه جزو مزایای مذکور نیست، اصولاً از حقوق آمره عمومی است که حتی قابل مصالحه توسط کارگر و کارفرما نیز نیست. علی‌هذا و مستنداً به مواد ۱ و ۴ و ۷ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ حکم به ورود شکایت شاکی و نقض رأی مورد اعتراض در خصوص آن قسمت از حق بیمه قبل از مورخ ۶۹/۱۲/۱۵ که مورد رأی قرار نگرفته صادر و اعلام می‌دارد پرونده به هیئت هم‌عرض ارجاع می‌شود تا با احراز مدت زمان رابطه کاری طرفین قبل از سال ۶۹ نسبت به حق بیمه آن اظهار نظر ماهوی نمایند...». دیوان در رأی بالا به‌روشنی، مرور زمان در دعوای مطالبه حق بیمه را نپذیرفته و به خروج موضوعی مصوبه شورای انقلاب از بیمه پرداخته و علاوه بر آن برای تقویت دیدگاه خود به وصف «قاعده آمره داشتن» بیمه نیز استناد کرده است.

۲. رویه قضایی ناظر به عدم پذیرش مرور زمان

در رأی وحدت رویه شماره ۳۲۹ مورخ ۸۲/۱۰/۷ هیئت عمومی دیوان برخلاف رویه‌های پیشین، عملاً مرور زمان در دعوای کار نادیده گرفته شده است:

براساس آن رأی، «نظر به اینکه به‌موجب ماده ۲۰۰ قانون جدید کار مصوب ۱۳۶۹، موضوع لایحه قانونی راجع به مرور زمان مربوط به دعوای و مزایای قانونی ناشی از حقوق مندرج در قانون کار مصوب ۱۳۵۹/۳/۱۰ شورای انقلاب اسلامی، ملغی گردیده است و مجوزی برای اعمال آن وجود ندارد، بنابراین دادنامه شماره ۲۹ مورخ ۱۳۸۰/۱/۲۲ در کلاس پرونده شماره ۲۰۴۱/۷۹/۴ ... اصح‌الرأیین تشخیص می‌گردد.»

حسب دادنامه شماره ۲۹ یاد شده، «... اعتراض شاکی نسبت به رأی قطعی مورخ ۱۳۷۱/۲/۲۶ هیئت حل اختلاف اداره کار و امور اجتماعی قائم‌شهر، وارد به نظر می‌رسد؛ زیرا حسب سوابق امر، متعاقب طرح دعوی از ناحیه عده‌ای از کارگران شرکت ذغال‌سنگ البرز مرکزی از جمله شاکی در اداره کار درخواست مطالبه سنوات خدمت، پاداش سنوات خدمت، پاداش سنوات خدمت قبل از بازنشستگی هیئت مزبور به موجب رأی صادره فوق صرفاً به عنوان این که کارگران شاکی در سال ۶۷ بازنشسته و در تاریخ ۷۰/۱۰/۲۶ مبادرت به طرح شکایت در اداره کار نموده‌اند، با استناد به مقررات قانون کار سابق، موضوع را مشمول مرور زمان تشخیص و رأی اداره کار و خدمات اشتغال سوادکوه، مبنی بر مردود بودن شکایت را عیناً مورد تأیید، قرار داده است. در صورتی که با عنایت به قانون جدید کار مصوب سال ۱۳۶۹ و تصریح ماده ۲۰۰ آن دائر بر لغو کلیه مقررات مغایر و در نظر گرفتن لایحه قانونی راجع به مرور زمان مصوب ۵۹/۳/۱۰ شورای انقلاب اسلامی و رأی شماره ۶۸ مورخ ۷۲/۵/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به هر تقدیر، ناظر به مواد ۳۲ و ۴۴ قانون کار سابق بوده و منصرف از مورد می‌باشد. به این کیفیت، استناد هیئت حل اختلاف به مقررات قانون کار سابق از حیث شمول مرور زمان، نسبت به مورد محمل و مجوز قانونی نداشته و رأی معترض‌عنه به جهات فوق غیرموجه و مخدوش به نظر می‌رسد.»^۱

۳. ارزیابی تعارض آرا

مواضع دوگانه و متناقض دیوان درباره مرور زمان در دعاوی کار به محافل اقتصادی- صنعتی نیز کشیده شد؛ براساس اظهارات رئیس کمیسیون «حمایت قضایی و مبارزه با فساد» اتاق بازرگانی تهران در تاریخ ۱۳۹۸/۹/۲۴ در نشست یازدهم آن، «براساس مصوبه شورای انقلاب از ابتدای انقلاب تا سال ۱۳۸۲، مرور زمان در رسیدگی به شکایات مربوط به حقوق و دستمزد، کارکرد داشته است و افراد خارج از زمان تعیین شده نمی‌توانستند، شکایتی مطرح کنند. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری برای برقراری وحدت رویه میان شعب خود در سال ۱۳۸۲، قید مرور زمان را برداشت و پس از آن، افراد امکان آن را یافتند که برای نمونه، پس از ۲۰ سال از کارفرمای خود برای حقوق و دستمزد، شکایت کنند ... در سال گذشته حدود ۸۰ هزار شکایت به این اداره، منعکس شده و در سال جاری، تعداد این شکایات از مرز ۵۰ هزار شکایت نیز گذشته است. ظاهراً گروهی به عنوان دلال در میانه قرار گرفته‌اند و شکایت را به عنوان راهکار پیش‌روی کارگران و بازنشستگان قرار می‌دهند.»

در برابر اعلام شد: «... مصوبه شورای انقلاب مربوط به سال ۱۳۵۹ است... در این ماده واحده که راجع به مرور زمان مربوط به دعاوی مزایای ناشی از حقوق کار است، به این نکته اشاره شده که از تاریخ اقامه دعوی در مراجع حل اختلاف به مدت یک سال قبل، قابل وصول بوده و دعاوی قبل از یک سال مذکور، مشمول مرور زمان است؛ به استثنای مزد مرخصی استحقاقی استفاده نشده در موقع ترک کار یا اخراج یا فوت کارگر یا تعطیل کارگاه که تا دو سال آخر کار، قابل پرداخت خواهد بود. از سال ۱۳۸۲، مصوبه شورای انقلاب با رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری، ملغی شده و مرور زمان، منتفی شده است. این مسئله سبب شده که بنگاه‌های اقتصادی تحت فشار قرار گیرند. شاید طرح دوباره این مسئله در دیوان عدالت اداری، راهگشا باشد.»^۲

۱. رأی شعبه دهم به شماره دادنامه ۸۴۱، مورخ ۱۳۷۵/۶/۸.

۲. به نقل از:

چرا چنین تعارضی دیده می‌شود؟ آیا قانون نوین کار مصوب ۱۳۶۹ لایحه قانونی شورای انقلاب را نیز به تبع نسخ قوانین کار و کشاورزی پیشین^۱ نسخ کرده است؟

براساس یک ارزیابی به نظر می‌رسد که قانون کار ۶۹ که مصوب قانونگذار عام - مجلس شورای اسلامی - است برخلاف لایحه قانونی که در شرایط اضطراری به تصویب قانونگذار استثنایی - شورای انقلاب - رسیده، ناظر به همه ابعاد روابط کار است و اصولاً برتر شمرده می‌شود و با لحاظ عدم تصریح به مرور زمان در قانون اخیر، مواضع دیوان در رد آن را باید مورد حمایت قرار داد.

ازسوی دیگر، در مقام همراهی با بخشی دیگر از رویه دیوان، مصوبه شورای انقلاب را همچنان مجری و معتبر دانست؛ زیرا قانون کار فعلی صراحتاً قوانین کار و کار کشاورزی پیشین را منسوخ کرد، ولی مصوبه شورای انقلاب ناظر به اعلام بقای مرور زمان به عنوان یک تأسیس حقوقی مرتبط با قانون کار پیشین و نه بخشی از متن آن بوده و در قانون کار ۶۹ نیز به روشنی نسخ نشده است. مصوبه شورای انقلاب خود از جهاتی قابل تأمل است: از یک سو، مصوبه شورای انقلاب بدون تصریح قانون کار ۱۳۳۹ به پذیرش مرور زمان، رأساً به ایجاد و تجویز آن دست زده و ازسوی دیگر، این امر بدون لحاظ ناسازگاری آن با حق بر دادخواهی و آمره بودن قواعد حقوق کار صورت پذیرفته است.

براساس یک ارزیابی واقع‌بینانه‌تر، سیاست قانونگذار درباره پذیرش مرور زمان در دعاوی کار، حداکثر در فواصل سال‌های ۵۹ تا ۶۹ مجری و معتبر است و با تصویب قانون کار ۶۹ به دلیل عدم تصریح آن قانون و مقررات مرتبط به مرور زمان و لحاظ حق بر دادخواهی و دسترسی به دادگاه صلاحیتدار - به عنوان حقوق بنیادین کارگران - مرور زمان، دیگر از وجاهت قانونی برخوردار نیست. با لحاظ ابعاد حمایتی حقوق کار نیز اذعان به استمرار مرور زمان در راستای محدود کردن حقوق شغلی و صنفی کارگران، ارزیابی می‌شود. به نظر می‌رسد استدلال به مرور زمان در زمان اجرای قانون کار فعلی، سیر قهقریایی روابط کار و بازگشت به دوره پیش از تصویب آن قانون و در نتیجه، احیای حکومت قواعد عام قانون مدنی و اجاره اشخاص بر روابط کارگر و کارفرما را تسریع می‌کند؛ امری که خلاف بُعد حمایتی آن قانون و فلسفه تصویب آن به شمار می‌رود.

در مجموع، این استدلال که مصوبه شورای انقلاب به موجب قانون موخر مصوب ۱۳۶۹ ملغی شده، باوجود آنکه از حیث نتیجه، پذیرفتنی است، ولی مصوبه آن شورا را باید به دلیل عدم تصریح به مرور زمان در آن قانون مؤخر و نه اعلام لغو صریح آن منتفی دانست.

از دیدگاه برخی صاحب‌نظران، «در حقوق کار ایران به طور کلی موضوع مرور زمان، محل اختلاف است؛ معتقدان به جریان مرور زمان بر طلب کارگر از بابت مزد می‌گویند از آنجاکه مزد، تنها درآمد کارگر و دریافت آن برای ادامه زندگی او و خانواده‌اش ضروری است و کارگر آن را بهنگام دریافت می‌کند، تصور اینکه مزد به مدت طولانی مطالبه نشود، بعید به نظر می‌رسد. در برابر این نظر، برخی از استادان حقوق کار، مانند ساواتیه، فرض پرداخت کامل مزد را که موجب صدق مرور زمان نسبت بدان می‌شود، درست نمی‌دانند و بر این عقیده‌اند که وضع تبعیت کارگر و ترس او از اخراج، ممکن است مانع شود مزد خود را به محض پرداخت نشدن فوراً مطالبه کند.

عده‌ای هم مانند محمد نبیب شنب در کتاب «شرح قانون کار لبنان» معتقدند که در صورت جریان مرور زمان باید تاریخ شروع مرور زمان را از هنگام پایان قرارداد کار و قطع رابطه طرفین دانست (مثلاً زمان اخراج) و در زمان برقراری رابطه استخدامی، مرور زمان جریان پیدا نمی‌کند.

۱. قانون کار کشاورزی، مصوب ۱۳۵۳/۳/۷.

در ایران، تا پیش از تصمیم شورای انقلاب در فرض قائل شدن به جریان مرور زمان در دعاوی بین کارگر و کارفرما به استناد به حکم قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ (درباره دعاوی حقوقی مندرج در بند ۳ ماده ۷۴۰) مدت آن باید یک سال احتساب می‌شد.

هرچند در سال ۱۳۶۱ شورای نگهبان در ارتباط با مرور زمان مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی و برخی قوانین دیگر اعلام کرد که بیشتر فقهای شورای مذکور، مرور زمان را مخالف با موازین شرع تشخیص داده‌اند، اما مراجع حل اختلاف همچنان به استناد مصوبه سال ۵۹ شورای انقلاب مرور زمان را تا یک سال احتساب می‌کردند. رویه مراجع مذکور در زمان حکومت قانون کار سال ۳۷ می‌توانست موجه محسوب شود، ولی پس از تصویب قانون کار سال ۶۹ چگونه؟ از آنجاکه قانون کار ۶۹ در خصوص مرور زمان مزد و دیگر مطالبات کارگر ساکت است و مصوبه سال ۵۹ شورای انقلاب هم در واقع محدودیت‌هایی در راه اجرای مقررات قانونی سال ۳۷ (با ذکر مواد قانون کار مزبور)، پدید آورده بود، استناد به مصوبه سال ۵۹ از سوی مراجع حل اختلاف پس از لازم‌الاجرا شدن قانون کار سال ۶۹ دیگر وجهی ندارد... با آنکه از لحاظ رعایت نظم جامعه، پذیرفتن اثبات دعوا و استناد مرور زمان، منطقی به نظر می‌رسد، حال که در دعاوی دیگر، این امر را به‌آسانی نمی‌پذیرند، نمی‌توان مطالبات کارگران را مشمول مرور زمان دانست.^۱

از یک منظر دیگر، «به استناد مواد ۶۶ و ۷۱ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ استثنای مندرج در ذیل ماده‌واحد مذکور، راجع به مزد مرخصی استحقاقی استفاده نشده، تغییر کرده و به‌موجب مقررات اشاره شده به‌جز مرخصی استحقاقی استفاده نشده که حتی با گذشت سالیان متمادی به مأخذ ذخیره مندرج در قانون قابل مطالبه است، مرور زمان سایر موضوعات، یعنی مزایای ناشی از حقوق مندرج در قانون کار و مقررات تابعه صرفاً از یک سال قبل از طرح دعوی در مراجع حل اختلاف، قابل وصول می‌باشد و قبل از آن، مشمول مرور زمان بوده و قابل وصول نیست در همین ارتباط رأی وحدت رویه شماره ۶۸-۷۲/۵/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری صادر شده است. از سوی دیگر به موجب رأی وحدت رویه ۳۹۲ مورخ ۸۲/۷/۱۰ ماده ۲۰۰ قانون جدید کار ۶۹ موضوع لایحه قانونی راجع به مرور زمان انقلاب، ملغی اعلام شده است... بنا به مراتب فوق، هرچند صدور رأی وحدت رویه اخیرالذکر برخلاف رأی وحدت رویه سابق در موضوع واحد بدون تغییر قوانین و مقررات در فاصله صدور دو رأی، موافق اصول حقوقی نمی‌باشد، لیکن به‌لحاظ مؤخر بودن رأی اخیرالصدور، همچنین نظریه اکثریت فقهای شورای نگهبان، مبنی بر خلاف شرع بودن مرور زمان در موارد مشابه می‌توان بر این عقیده، اظهار نظر نمود که در حال حاضر، مطالبات و حقوق مندرج در قانون کار، مشمول مرور زمان نمی‌گردد.^۲ به‌نظر می‌رسد که نتیجه‌نهایی نظریات بیان شده در رد مرور زمان از منظر بُعد حمایتی داشتن قانون کار و فلسفه تصویب آن قابل دفاع است.

نتیجه‌گیری

در دعاوی کار، تصریح شورای انقلاب به وجود و بقای مرور زمان در حوزه‌هایی از قانون کار ۱۳۳۹ و موضع دوگانه دیوان درباره پذیرش آن مصوبه یا لغو آن با اجرای قانون کار ۱۳۶۹ به پاره‌ای چالش‌های حقوقی انجامیده که بر روابط کار تأثیر نهاده است. به‌نظر می‌رسد ابعاد حمایتی قانون کار، به‌ویژه بازتاب آن در مرور زمان مقرر در مصوبه شورای انقلاب، نادیده گرفته شده است.

۱. عراقی، عزت الله، *حقوق کار*، جلد ۲، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۳، صص ۱۹۱ تا ۱۹۳.

۲. موحدیان، غلامرضا، *حقوق کار*، تهران: فکرسازان، چاپ پنجم، ۱۳۹۰، صص ۱۸۷ تا ۱۸۹.

آن مصوبه از این منظر قابل ارزیابی است که در زمانی شکل گرفت که هنوز قانون کار پس از انقلاب به تصویب نرسیده بود و به نظر می‌رسد، نوع نگاه آن شورا نیز برگرفته از مبانی استوار بر فقه سنتی بود که براساس آن، اصولاً روابط میان کارگر و کارفرما زیرمجموعه حقوق خصوصی و قواعد عام مقرر در قانون مدنی (اجاره اشخاص) ارزیابی می‌شود و نتیجتاً این نگاه با اقتضائات قانون کار و ابعاد حمایتی آن ناسازگار است. بنا به مراتب، از حیث نظری، اذعان آن شورا به مرور زمان در روابط کار از این منظر مردود است.

در یک ارزیابی نهایی از رویه‌های متناقض دیوان عدالت اداری نیز باید گفت: رأی وحدت رویه شماره ۳۲۲ سال ۱۳۸۲ هیئت عمومی دیوان در مقام رد مرور زمان در دعاوی کار به‌طور ضمنی در مقام نسخ رأی وحدت رویه شماره ۶۸ سال ۱۳۷۵ آن مرجع است. این تحول را باید در راستای تضمین ابعاد حمایتی قانون کار و حق بر دادخواهی و آمره دانستن قواعد آن ارزیابی کرد. البته رأی وحدت رویه ۱۳۸۲ از این حیث می‌تواند به چالش کشانیده شود که صرفاً بر اعلام نسخ کلی مصوبه شورای انقلاب از سوی قانون کار سال ۱۳۶۹ استوار است و دیوان به عدم تصریح به مرور زمان در قانون یادشده و استثنا بودن مرور زمان در برابر اصالت و اطلاق حق بر دادخواهی اشاره و استنادی نکرده است. علاوه بر آن، بدیهی است درمورد کارگران ذی‌نفع در زمان حکومت مصوبه شورای انقلاب، استناد به وجود و جریان مرور زمان بلامانع است.

فارغ از موارد یاد شده، از آنجاکه از زمان تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۲ مهلت اعتراض به آرای قطعی مراجع شبه قضایی (از جمله مراجع موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار یعنی شورای تشخیص و هیئت حل اختلاف کارگری و کارفرمایی) برای اشخاص داخل کشور، سه ماه و برای افراد مقیم خارج از کشور، شش ماه از تاریخ ابلاغ رأی اعلام شده است، طرح دعوا در دیوان به خواسته نقض آن آرا، خارج از مواعد مقرر مردود است؛ این رویه بیانگر وجود مرور زمان در آن دعاوی است. در صورت پذیرش این فرض، مفاد رأی وحدت رویه سال ۱۳۸۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با دخالت قانونگذار متحول شده و از این رو در زمان حکومت قوانین دیوان عدالت اداری از سال ۱۳۹۲ تا به امروز، تحقق مرور زمان حداقل در اعتراض به آرای قطعی مراجع مربوطه موضوع قانون کار پذیرفته شده است.

اذعان به مرور زمان در حقوق کار با فلسفه وضع آن قانون یعنی حمایت از کارگران و عادلانه ساختن روابط کار، ناسازگاری فاحشی دارد. بهتر است که قانونگذار و دادرسان دیوان در تصمیمات و آرای خود به اقتضائات حقوق کار و لزوم تضمین روزآمد حقوق بنیادین کارگران ملتزم باشند. از این رو، توجه به روح قانون کار و لحاظ دلایل تاریخی، اقتصادی، اجتماعی و حقوق بشری روی آوردن به قانون کار در کشور و فاصله گرفتن تدریجی از قواعد فقهی و مواد مربوط به اجاره اشخاص در قانون مدنی، آثار منفی اذعان به مرور زمان در این باره، لازم است.

بنا به مراتب بالا، به نظر می‌رسد که قانونگذار و در پی آن دادرسان باید بدون لحاظ مقررات متناظر در قواعد موضوع حقوق خصوصی در حوزه مرور زمان و با مدنظر قرار دادن جنبه‌های حقوق بشری روابط کار و ارتباط تنگاتنگ آن با کرامت انسانی کارگران به بحث مرور زمان بنگرند و تا حد ممکن آن را لحاظ نکنند تا حق بر دادخواهی به‌عنوان یک اصل بنیادین شهروندی، مجال تحقق بیشتری داشته باشد.

از این رو، نظر نهایی نویسنده آن است که صرف‌نظر از مصوبه شورای انقلاب- که فارغ از انتقادات وارده به آن، در زمان خود لازم‌الاجراست- رأی وحدت رویه شماره ۳۲۲ سال ۱۳۸۲ دیوان عدالت اداری در راستای ابعاد حمایتی قانون کار و سازگار با فلسفه تصویب آن قانون است و مواعید مقرر در قوانین دیوان عدالت اداری از سال ۱۳۹۲ تا به امروز (در باب

مدت زمان اعتراض به آرای قطعی مراجع شبه قضایی و از جمله مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما را نمی توان در زمره مصادیق مرور زمان شمرد؛ بلکه آن مواعید منصرف از مرور زمان و صرفاً مربوط به نظم دادرسی اند. بنابراین مفاد رأی وحدت رویه سال ۱۳۸۲ آن مرجع همچنان لازم الاجرا و حاکم است.

منابع

کتاب

۱. عراقی، عزت الله، *حقوق کار*، جلد ۲، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
۲. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۱، تهران: دراک، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
۳. موحیدیان، غلامرضا، *حقوق کار*، تهران: فکرسازان، چاپ پنجم، ۱۳۹۰.

قانون

۴. قانون کار کشاورزی، ۱۳۵۳.
۵. قانون کار، ۱۳۳۹.
۶. قانون کار، ۱۳۶۹.
۷. لایحه قانونی راجع به مرور زمان مربوط به دعاوی مزایای قانونی ناشی از حقوق مندرج در قانون کار و مقررات تابعه و کمک عائله مندی و حقوق مندرج در مواد ۳۲ و ۳۳ قانون مذکور مصوب ۱۳۵۹/۳/۱۰.

آراء دیوان عدالت اداری

۸. رأی وحدت رویه شماره ۶۸ مورخ ۱۳۷۵/۵/۲ هیئت عمومی.
۹. رأی وحدت رویه شماره ۳۲۹، مورخ ۸۲/۱۰/۷ هیئت عمومی.
۱۰. رأی شماره ۱۱۳، مورخ ۱۳۷۸/۲/۲۵ شعبه ۸ دیوان.
۱۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۸۰۰۴۳۸، مورخ ۱۳۹۲/۳/۱۱ شعبه ۱۸.
۱۲. رأی شماره ۹۰۱۶۰۷/۲۰، مورخ ۱۳۹۱/۷/۱۶ شعبه ۲۰.

نظریه ها

۱۳. نظریه شماره ۷۳۵۷ مورخ، ۶۱/۱۱/۱۲ شورای نگهبان.
۱۴. نظریه شماره ۲/۹۶/۲۵۵۵، مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۵ اداره حقوقی دادگستری.
۱۵. نظریه اکثریت نشست یازدهم کمیسیون «حمایت قضایی و مبارزه با فساد» اتاق بازرگانی تهران، مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۴.

References

Books

1. Araghi, Ezattollah, *Laboure law*, Volume 2, Tehran: Samt, Second Edition, 2014. (in Persian)
2. Movahedian, Gholamreza, *Laboure Law*, Tehran: Fekrsazan, Fifth Edition, 2011. (in Persian)
3. Shams, Abdollah, *Civil Procedure Law*, Tehran: Derak, Volume 1, Second Edition, 2002. (in Persian)

Laws

4. Agricultural Labour Law, 1974. (in Persian)
5. Laboure law, 1960. (in Persian)
6. Laboure law, 1990. (in Persian)
7. The legal bill regarding the passage of time related to claims for legal benefits arising from the rights contained in the labour law and subordinate regulations and family assistance and the rights contained in articles 32 and 33 of the said law was approved 1980/05/31. (in Persian)

Decisions of the Court of Administrative Justice

8. Decision No. 113, dated 1999 of 8 Branch. (in Persian)
9. Decision No. 901607/20, dated 2012 of 18 Branch. (in Persian)
10. Decision No. 9209970901800438, dated 2013 of 18 Branch. (in Persian)
11. Unanimity decision No, 329 issued of general assembly in 2003. (in Persian)
12. Unanimity decision No. 68 issued of general assembly in 1996. (in Persian)

Opinions

13. Opinion No. 2/96/2555 dated 2017 of the Legal Department of Justice. (in Persian)
14. Opinion No. 7257 dated 1062 of the Guardian Council. (in Persian)
15. Opinion of the majority of the 11th meeting of the "Judicial support and anti-corruption" commission of the Tehran Chamber of Commerce, dated 2019/12/15. (in Persian)



Original Article

Jurisprudential and Legal Foundations of Public Order

Yaghoub Alizadeh¹ 

ABSTRACT

Public order is a fundamental and complex concept in legal systems, simultaneously playing a dual role in preserving social cohesion and limiting individual freedoms. This concept, long a focal point for governments and jurists alike, is considered both a tool for ensuring public peace and security, and a key standard in defining the legal boundaries between citizens and the state. In the Islamic Republic of Iran, public order has a special place because, in addition to its customary and legal aspects, it also has a jurisprudential and religious basis and is tied to the teachings of Islamic Sharia. Thus, explaining its jurisprudential and legal basis is essential for understanding how this concept functions within Iranian law. The core question of this study is: On what foundations is public order in the Islamic Republic of Iran based, and how does it affect the scope of individual and social freedoms? To answer this question, a descriptive-analytical method and a library-based approach have been employed. Jurisprudential sources, Quranic exegesis, statutory laws, the Iranian Constitution, and the views of jurists and legal scholars have been examined to provide a precise picture of the theoretical and practical foundations of public order in Iran's jurisprudence and legal system. Findings show that public order in Iran is a blend of classical legal elements and principles of Islamic Sharia, making it distinct from its counterpart in secular legal systems. In other words, in Iran's legal system, public order is not confined solely to preserving security and public peace, but is also intertwined with religious and moral values - a characteristic that fundamentally sets it apart from secular approaches. From an Islamic jurisprudential perspective, security in its various psychological, moral, social, and political dimensions is the core element of public order. The Qur'an outlines instances of disruption to public security -such as moharebeh (armed insurrection), apostasy, fasad fi'l-ard (corruption on earth), and sedition - and emphasizes the need to maintain societal stability as essential for realizing a "virtuous life" (hayat tayyiba). In this framework, adherence to Islamic norms, obedience to divine commands, fulfillment of promises and social solidarity are not only moral virtues but also foundational elements of public order. Shi'a jurisprudence, through institutions like hisbah and institutionalizing the practice of enjoining good and forbidding evil, provides practical mechanisms to prevent disorder and protect the structure of the Islamic society. Accordingly, Shi'a jurists emphasize the "preservation of societal order" (hifz al-nizam) as a key religious imperative, maintaining that a breakdown of social order can even justify suspending certain religious rules to prevent chaos. From this viewpoint, a society lacking security and cohesion not only fails to achieve social justice but also undermines the legitimacy of its government. Moreover, fidelity to promises is presented in religious texts as one of the vital pillars sustaining social order and public trust. In such a way that disregard for collective obligations is considered to be a cause of instability in the entire society. On the other hand, from a legal perspective, public order is explained based on three main elements: public security, public comfort, and public health.

How to Cite: Alizadeh, Yaghoub, "Jurisprudential and Legal Foundations of Public Order", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp:245-264.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235691.2728>

Received: 13/05/2024-Accepted: 15/06/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Theology, Islamic Jurisprudence and Law, Payame Noor University, Tehran, Iran
 Corresponding Author Email: y_alizadeh@pnu.ac.ir



Copyright: © 2025 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/>).

Iranian criminal law - particularly in the section on ta'zir punishments - criminalizes behaviors such as armed insurrection, espionage, forming illegal armed groups, blasphemy, destruction of public property, and environmental pollution, all aimed at protecting society from internal and external threats. Public security as a key foundation ensures public calm, prevents violence, and defends territorial integrity, principles strongly emphasized in the Constitution and penal codes. Public peace refers to guaranteeing citizens' psychological comfort in social, urban, and family environments; laws against social nuisances, noise pollution, unauthorized gatherings, and urban disturbances serve this purpose. The third component, public health, focuses on safeguarding physical and mental well-being and controlling biological hazards and epidemics. Health regulations - overseeing the quality of water, food, and air and combating the spread of contagious diseases - reinforce this pillar of public order. Moreover, in Iran's legal system, the concepts of "Islamic criteria" and "public interest" complement public order and significantly influence the regulation of freedoms. Article 4 of the Constitution, which subjects all laws to Islamic criteria, has effectively bound public order inseparably to Sharia teachings. This connection is reflected in restrictions on expression, education, employment, and lifestyle, while also reinforcing the legitimacy of Islamic legislation. Moreover, cultural and moral matters are also encompassed under public order in Iran, reflecting a significantly broader interpretation of this concept compared to secular systems. Another important finding is the relationship between public order and citizens' rights in the Islamic Republic. While public order imposes limits on certain freedoms, its absence would render freedoms meaningless. In other words, rights and liberties cannot be realized without order; at the same time, unrestrained invocation of public order can lead to despotism and the violation of freedoms. Therefore, emphasizing a balance between the two through clear legislation, effective judicial oversight, and adherence to human rights standards is essential for the fair implementation of public order. Although the Iranian Constitution explicitly mentions "public order" only in Article 165, the content of numerous other articles that restrict freedoms invoking public interest, Islamic norms, or public morality have, in effect, served to realize public order. In conclusion, public order in Iran is a multifaceted composite concept shaped by Islamic teachings, jurisprudential principles, legal considerations, and social interests. This concept not only guarantees government continuity and social stability but also provides the foundation for the exercise of legitimate rights and freedoms. A precise understanding of its constituent elements and a delineation of its boundaries from related concepts are essential for effective legislation, fair adjudication, and proper enforcement of the law. Ultimately, strengthening the supportive capacities of public order - while avoiding its instrumentalization - ensures justice, security, and human dignity within the framework of Islamic law.

KeyWords: Public Order, Security, Islamic Standards, Public Comfort, Public Interests, Individual and Social Freedoms



بنیان‌های فقهی حقوقی نظم عمومی

یعقوب علیزاده^۱

چکیده

نظم عمومی در همه جوامع از اهمیت بالایی برخوردار است؛ زیرا بستر توسعه و تعالی است. از طرفی رابطه تنگاتنگ نظم عمومی با آزادی‌های فردی و اجتماعی بررسی آن را ضروری ساخته است. نظم عمومی در هر جامعه‌ای تابعی از ارزش‌های آن جامعه است. براین اساس، مسئله مورد بررسی در مقاله حاضر این است که بنیان‌های فقهی حقوقی که نظم عمومی بر آن متنی است، کدام است؟ مقاله حاضر توصیفی تحلیلی بوده و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به بررسی موضوع مورد اشاره پرداخته شده است. یافته‌های مقاله بر این امر دلالت دارد که امنیت و آسایش عمومی، رعایت موازین اسلامی و عدم سرپیچی از احکام خداوند، مبارزه با کفار و تعدی کنندگان، مقابله با فساد و تفرقه، اعتصام به حبل‌الله و وفای به عهد مهم‌ترین عناصر و بنیان‌های فقهی نظم عمومی است. امنیت عمومی، مصالح عمومی و بهداشت عمومی نیز بنیان‌های حقوقی نظم عمومی از دیدگاه حقوقی است. در فقه و حقوق ایران، نظم عمومی نسبت به آزادی‌های فردی و اجتماعی در اولویت است. نظم عمومی باعث محدودیت‌هایی در برخی آزادی‌های فردی و اجتماعی می‌شود. این وضعیت در حقوق اساسی ایران نیز مصداق داشته و در برخی موارد آزادی‌های فردی با هدف تحقق نظم عمومی محدود شده است. هرچند نظم عمومی زمینه تحقق آزادی‌های فردی و اجتماعی را فراهم می‌کند؛ زیرا در فقدان نظم عمومی، نمی‌توان از تحقق آزادی‌های فردی و اجتماعی سخن به میان آورد، اما به نظر می‌رسد لازم است سازوکارهای تقنینی حمایت از آزادی‌های فردی و اجتماعی در مواجهه با نظم عمومی تقویت شود.

کلید واژگان: نظم عمومی، امنیت، موازین اسلامی، آسایش عمومی، مصالح عمومی، آزادی‌های فردی و اجتماعی

استناد به این مقاله: علیزاده، یعقوب، «بنیان‌های فقهی حقوقی نظم عمومی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۲۴۵-۲۶۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235691.2728>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۶

۱. استادیار، دانشکده الهیات، فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: y_alizadeh@pnu.ac.ir



Copyright: © 2025 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

نظم عمومی از دوران کهن مهم‌ترین دغدغه انسان‌ها بوده است. امنیت و نظم زیربنای تأمین نیازهای انسانی است. از این رو دغدغه اصلی یک حکومت تأمین امنیت است؛ چراکه در صورت توفیق تأمین امنیت، شایستگی و صلاحیت حکومت به اثبات می‌رسد.^۱ فصل ممیز نظم عمومی در جوامع مختلف، هنجارها و ارزش‌هایی است که هر جامعه برمبنای ارزش‌های دینی خود داراست. تلاش تمام جوامع و حکمرانان و هدف وضع تمام قوانین مدنی و کیفری برقراری نظم و ممانعت از وقوع هرج و مرج و بی‌سامانی است. در فرایند شکل‌گیری جامعه بشری، ارزش‌ها و مصالح عالی پا به عرصه وجود نهادند که ریشه‌های مذهبی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی داشته و عمدتاً از جامعه‌ای به جامعه دیگر شکل متفاوتی به خود گرفته‌اند و در قالب نظم عمومی در نظام‌های حقوقی حمایت شده‌اند.^۲ از سوی دیگر، با توجه به نوع نظام‌های حقوقی، این مفهوم می‌تواند تعاریف و عناصر متفاوتی را به خود بگیرد. از آنجاکه جمهوری اسلامی ایران، نظامی مبتنی بر آموزه‌های اصیل اسلامی است و دین رسمی و پذیرفته‌شده آن اسلام و مذهب شیعه جعفری اثنی‌عشری است و از سوی دیگر، براساس اطلاق اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات باید مطابق موازین اسلام باشند، لذا مفهوم نظم عمومی و عناصر سازنده آن می‌تواند بسیار متفاوت از سایر نظام‌های حقوقی و کشورهای دیگر باشد. همین امر تبیین عناصر و بنیان‌های نظم عمومی از منظر قرآن کریم را به یک ضرورت مبدل ساخته است؛ زیرا قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر متون دینی به‌ویژه آیات قرآن تنظیم و تدوین شده است. از طرفی از آنجاکه «نظم عمومی می‌تواند مستمسکی برای تحدید، تضییق یا انکار حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان قرار گیرد».^۳ از این رو مفهوم نظم عمومی مانند بسیاری از مبانی و اصول حقوق عمومی (نظیر منفعت عمومی)، تعیین قلمرو و عناصر سازنده آن دشوار است؛ زیرا به مرور زمان و برحسب نیازها، مفاهیم و نگرش‌ها نیز تحول و تکامل می‌یابند.^۴ از طرفی، از آنجاکه نظم عمومی یکی از مفاهیم کلیدی در هر نظام حقوقی است که همواره به‌عنوان یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های مشترک حکومت و شهروندان به‌شمار می‌رود؛ چنان‌که بقای هر حکومت، مبتنی بر وجود نظامی پایدار است و این مسئله نیز می‌تواند مستمسکی برای تحدید، تضییق یا انکار حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان قرار گیرد. نظم عمومی در زمره مفاهیم بنیادین، معمول و درعین حال پرچالش در قلمرو حقوق داخلی است. این مفهوم، علاوه بر نقش محدودکننده حقوق و آزادی‌های شهروندی در قلمرو داخلی، کارکرد حمایتی را نیز از حقوق و آزادی‌های شهروندی داراست. اصولاً تحدید حقوق و آزادی‌های عمومی با استناد به مفاهیمی مانند نظم عمومی ناگزیر است؛ زیرا حیات جمعی وابسته به محدود کردن حقوق و آزادی‌ها بوده و همچنان‌که استبداد و محو مطلق حقوق و آزادی‌ها امری ناشایست و قبیح است. نظم عمومی یکی از عناوین تحدیدی حقوق و آزادی است که همواره محل بحث و اختلاف نظر است. بر همین اساس، در مقاله حاضر تلاش شده به بررسی این مهم پرداخته شود. سؤالی که در این خصوص در مقاله حاضر مطرح و بررسی می‌شود، این است که بنیان‌هایی که نظم عمومی بر آن استوار است از منظر فقهی و حقوقی چیست؟ فرضیه مقاله نیز بدین شکل قابل طرح است که «امنیت عمومی، رعایت

۱. زاهدی اصل، محمد، *مبانی مددکاری اجتماعی*، تهران: علامه طباطبایی، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۵۲.

۲. حدادی، مهدی، «مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین‌الملل با نظم‌های حقوق ملل»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۷، شماره ۱۶، ۱۳۸۹، صص ۱۶۸-۱۶۹.

۳. منصوریان، مصطفی، *آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی (بررسی مفهوم نظم عمومی)*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ چهارم، ۱۳۸۴، ص ۱۲.

۴. عباسی، بیژن، *حقوق اداری*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۱۸۴.

موازین اسلامی و تبعیت از دستورات خداوند، عدم تفرقه و حفظ وحدت، عدم فساد بنیان‌های نظم عمومی از منظر فقهی و در حقوق موضوعه نیز امنیت و آسایش عمومی، رعایت قوانین اسلامی عناصر اصلی نظم عمومی است که تخطی از آن مجازات شدیدی به دنبال دارد». به‌منظور بررسی سؤال و فرضیه مورد اشاره ابتدا مفهوم و ماهیت نظم عمومی بررسی شده، سپس به بررسی فقهی بنیان‌های نظم عمومی پرداخته شده و در ادامه از رویکرد حقوق موضوعه بحث شده و در نهایت رابطه نظم عمومی و حقوق شهروندی تحلیل شده است.

۱. مفهوم و ماهیت نظم عمومی

اصطلاح نظم عمومی از دو واژه «نظم» و «عمومی» تشکیل شده است که نظم در اصطلاح به‌معنای تعادل ارتباطات و وضع منظم اشیا نسبت به یکدیگر و در این ترتیب به‌معنای حرکت و گردش موزون و بر طبق قاعده است که قاعده این نظم در هر جامعه‌ای اخلاق و مذهب، ساختار اقتصادی، نظام حقوقی، سیاسی و فرهنگ ملی را در هر قوم فراهم می‌آورد و دولت آن را تضمین می‌کند^۱ که این عوامل اصول و ارزش‌های حاکم بر یک جامعه را شکل می‌دهند.^۲ نظم عمومی به نظامی گفته می‌شود که از طریق قوانین و مقررات برای برقراری آرامش و امنیت در حوزه عمومی و در سطح کلان کشور برقرار می‌شود.^۳ از دیدگاه برخی حقوق‌دانان، نظم عمومی عبارت است از: «مجموعه تأسیسات حقوقی و قوانین وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور و یا راجع به صیانت امنیت و اخلاق در روابط مردم که اراده افراد جامعه در خلاف جهت آنها بلااثر باشد». بنابراین، نظم عمومی به‌طور آشکار با منافع و مصالح جامعه مرتبط است و طبیعت آن به‌گونه‌ای است که همه افراد باید آن را محترم شمرند و تجاوز به آن غیرممکن باشد.^۴ برخی دیگر نیز نظم عمومی را مترادف با قواعد آمری می‌دانند که افراد نمی‌توانند به‌وسیله قراردادهای خصوصی، آن قواعد را نقض کنند و مخالفت با نظم عمومی را چیزی جز نقض مقررات آمری نمی‌دانند.^۵

درخصوص امکان ارائه تعریف از نظم عمومی برخی معتقدند به‌دلیل طبیعت خاص این اصطلاح، اصولاً نمی‌توان تعریف جامع‌ومانی از نظم عمومی ارائه کرد.^۶ از این‌رو، برخی به‌دلیل دشوار بودن شناخت عناصر تشکیل‌دهنده نظم عمومی، از ارائه تعریف آن صرف‌نظر کرده‌اند^۷ و بعضی دیگر عقیده دارند مفهوم نظم عمومی همانند اصطلاح اخلاق حسنه، امری ساده و آسان است، اما تطبیق آن با موضوعات خارجی و آگاهی از مصادیق آن امری دشوار است؛ لیکن به‌طور کلی، برخلاف نظم عمومی است که ارتکاب آن ایجاد هیجان و تشنج اجتماعی می‌کند و موجب اخلال می‌شود.^۸ به‌نظر می‌رسد که تعریف نشدن نظم عمومی، بدین دلیلی باشد که نظم عمومی مفهومی پیچیده، با ابعاد و جنبه‌های

۱. کاتوزیان، ناصر، *گامی به سوی عدالت*، جلد ۱، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۵۱؛ احمدی و استانی، عبدالغنی، *نظم عمومی در حقوق خصوصی*، تهران: روزنامه رسمی، چاپ اول، ۱۳۴۱، ص ۳۶.

۲. حسینی، علی، *نظم عمومی و حاکمیت قانون در اسلام*، قم: سلوک جوان، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ص ۳۵.

۳. حبیب‌زاده، محمدجعفر، *رژیم قانونی بودن حقوق کیفری (عامل مؤثر بر رشد و توسعه)*، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، دوره ۶۲ شماره ۲۳، ۱۳۷۷، صص ۵۶-۳۱.

۴. کاتوزیان، پیشین، ص ۵۲.

۵. الماسی، نجادعلی، *تعارض قوانین*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ هفتم، ۱۳۷۹، ص ۱۲۹.

۶. الماسی، نجادعلی، *تعارض قوانین*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ پنجم، ۱۳۷۸، ص ۹۵.

۷. سلجوقی، محمود، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص ۶۸.

۸. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۴، تهران: نشر اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۶۸، ص ۸۵.

قضایی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی است؛ بدین معنا که در یک نگرش اجتماعی، نظم عمومی را می‌توان اساساً ایجادکننده صلح درونی در جامعه سیاسی دانست که بدون آن تشکیل جامعه سیاسی امکان‌پذیر نیست. در نظریه قرارداد اجتماعی هم بر این اندیشه تأکید می‌شود که انسان با پشت‌سر نهادن وضع طبیعی، حقوق را جایگزین زور عریان کرد که نظم عمومی در این مفهوم (صلح درونی) شرط ضروری بهبودی و خوشبختی آدمیان است.^۱ به‌طور کلی هر نظام حقوقی در کل حافظ منافع، مصالح و ارزش‌های جامعه خود است و با نظم بخشیدن به اعمال و رفتار تابعان و محدود کردن آزادی اراده افراد مانع سقوط و ازهم‌پاشیدگی بنیان اجتماعی می‌شود.^۲ پس منافع عمومی در گرو حفظ نظم جامعه است. اراده هیچ‌کس نمی‌تواند این نظم را نقض کند و نیز منافع عمومی جامعه ارتباط مستقیم و معناداری با نظم جامعه دارند. لذا به‌نوعی از مهم‌ترین معیارهای تشخیص قواعد مربوط به نظم عمومی محسوب می‌شود؛ زیرا قوانین و قواعدی که هدف بی‌واسطه آنها حفظ و حمایت از منافع عمومی است، در اعداد مهم‌ترین قواعد مربوط به نظم عمومی هستند.^۳ در تعریف نظم، مفهوم نفع عمومی جایگاه محوری دارد؛ به‌گونه‌ای که نفع عمومی عنصر مقدم نظم تلقی می‌شود.^۴ بنابراین نظم عمومی مدلول قواعدی است که حافظ اصول و ارزش‌های جامعه است و چون این امور از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت‌اند، هر جامعه‌ای نظم عمومی مختص به خود را دارد. نظم عمومی مفهومی پرکاربرد در مطالعات حقوقی است. این مفهوم در عین حال سهل و ممتنع است؛ به این معنا که حقوق‌دانان و به‌تبع قانون‌گذاران همواره بر صیانت آن تأکید و با هر عاملی که آن را مختل کند، به مدد ابزارهای اداری، حقوقی و کیفری مناسب برخورد می‌کنند. باوجود این، در مقام تفصیل، نظم عمومی از آنجاکه با ارزش‌های اساسی و منابع حقوق در هر نظام حقوقی ارتباط وثیقی دارد، کاملاً مفهومی مکان‌مند و در عمل زمان‌مند است. به همین دلیل شناسایی این مفهوم در فقه و نظام حقوقی ایران، در گرو شناخت بنیان‌های فقهی و حقوقی آن است.

۲. بنیان‌های نظم عمومی از منظر فقه

در این مبحث از بنیان‌های نظم عمومی در فقه بحث می‌شود.

۲.۱. امنیت

از منظر فقهی، بسیاری از عواملی که در ایجاد امنیت روحی و روانی در زندگی توأم با آرامش، نقش حیاتی و اساسی دارد، عملکرد انسان است. یکی از اساسی‌ترین پایه‌های سعادت در زندگی انسان «امنیت» است. در پرتو امنیت است که تمام شئون و ابعاد مختلف اقتصادی، اجتماعی، اخلاقی و علمی در مسیر طبیعی جریان دارد. اخلال در نظم و امنیت جامعه مصداق محاربه است، چه این عمل به‌قصد براندازی نظام سیاسی صورت گرفته باشد و چه به‌قصد دیگری. برخی «اسلحه کشیدن و خون ریختن و تجاوز به اموال و نوامیس مردم و آتش زدن خرمن‌ها و ایجاد رعب و وحشت در اجتماعی و

۱. گرجی، علی‌اکبر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۱۲۵.

۲. حدادی، پیشین، صص ۱۷۸-۱۷۷.

۳. مدنیان، غلامرضا، «نظم عمومی در حقوق اسلامی ایران»، رساله دکتری، تهران: مجتمع آموزش عالی تهران، ۱۳۹۰، ص ۱۴۵.

۴. بیات کیمیتی، مهناز، «ارزیابی مصلحت عمومی در قوانین اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵، ص ۹۵.

مانند این‌ها را مصداق محاربه در آیه مورد بحث می‌دانند.^۱ «محارب به هر کسی گفته می‌شود که برای ترساندن مردم اسلحه برکشد، چه در خشکی و چه دریا، چه شب و چه در روز، چه در داخل شهر و چه در خارج آن.»^۲ در قرآن ابعاد مختلف امنیت، نظیر امنیت روانی، مورد توجه قرار گرفته است. علت اصلی مقابله با اخلاف در نظم سیاسی، اجتماعی و مثلاً محاربه نیز در حقیقت برهم زدن آرامش زندگی شهروندان است. از میان این نمونه‌ها نگاهی تحلیلی به جرم ارتداد و مجازات آن بی‌مناسبت نخواهد بود. ارتداد در حکم اخلاف در امنیت فکری فرهنگی جامعه است. ارتداد (خارج شدن از دین یا انکار ضروری دین و مذهب) می‌تواند با هرگونه رفتار یا گفتاری تحقق یابد؛ ولی باید دقت کرد که در این بین، چیزی که اهمیت دارد این است که این خروج و کفر بعد از اسلام آوردن، باید خردمندانه باشد تا بتوان بیان کرد که ارتداد صورت گرفته است. در حقیقت، زمانی می‌توان گفت فردی مرتد است که وی با دانایی به اینکه اسلام دین حق و حقانیت و به بیان دیگر کامل‌ترین و برترین دین است، از آن خارج شود؛ یا همواره می‌داند مسئله‌ای از امور الزامی دین و مذهب است، آن را انکار کند.

۲.۲. رعایت موازین اسلامی و عدم سرپیچی از احکام خداوند

یکی دیگر از بنیان‌های نظم عمومی رعایت دستورهای خداوند است. عدم سرپیچی از دستورهای خداوند نیازمند تشکیل حکومت است. یکی از دلایل وجوب حکومت در نزد مسلمانان، حکم عقل به ضرورت آن برای حفظ نظم عمومی و جامعه اسلامی است.^۳ آیت‌الله سیستانی، از فقهای برجسته معاصر، از ادله اثبات ولایت فقیه در امور عامه را حفظ نظم عمومی و جلوگیری از اخلاف نظام می‌داند و در پاسخ به سؤالی درباره مطلق یا مقید بودن ولایت فقیه می‌گوید: «در امور عمومی که حفظ نظام اجتماعی بر آن متوقف است ولایت فقیه عادلانه به‌عنوان متصدی انجام امور عمومی نزد مردم، ثابت شده است.»^۴

امور حسبیه از احکام فقهی اسلام در ارتباط با اداره جامعه و امور ضروری آن است. امور حسبیه از قواعد دینی به‌شمار می‌رود که از همان صدر اسلام، رسول خدا و خلفای راشدین برای حفظ مصالح مسلمین، خود اداره آن را به عهده می‌گرفتند. بعداً سازمان حسبه به‌وجود آمد و فقها و حقوق‌دانان مسلمان از وجوب حسبه و ضرورت تأسیس آن سخن گفتند.^۵

امور حسبیه را چنین تعریف کرده‌اند: «امور حسبیه عبارت است از کارهایی که از نظر شارع مطلوب و از نظر زندگی اجتماعی اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. تصدی امور مربوط به جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، فتوا، قضاوت، شهادت، رسیدگی به اموالی که صاحبانشان معلوم نیست. اموال قاصرین، مسائل مربوط به بهداشت عمومی و کلیه کارهایی که بدون آن

۱. قرشی، سید علی‌اکبر، *قاموس قرآن*، جلد ۲، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۷۱، ص ۱۱۴؛ عروسی حویزی، عبدعلی بن جمعه، *تفسیر نورالانقلین*، جلد ۱، قم: اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۶۲۵.

۲. محقق حلی، جعفر بن حسن، *تسرایع الاسلام*، تهران: نشر استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۳۲۵؛ مکارم شیرازی، ناصر و همکاران، *تفسیر نمونه*، جلد ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۳۶۰.

۳. مصباح یزدی، محمدتقی، *بحثی ساده و کوتاه پیرامون حکومت اسلامی و ولایت فقیه*، تهران: سازمان تبلیغات، چاپ سوم، ۱۳۷۳، ص ۵۹.

۴. سیستانی، علی، *احکام الدین بین السائل و المجیب بی تاء الحلقه الرابعه*، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۰۱ ه.ق، ص ۷۶.

۵. هاشمی، محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی*، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ص ۲۴۲.

هرج و مرج و اختلاف در جامعه به وجود می‌آید، از امور حسبیه شمرده شدند.^۱ مهم‌ترین وظایف نهاد حسبه در اسلامی از این قرار بوده است: ۱- بازداشتن از کارهای ناشایست، ۲- ترازو و پیمانه، ۳- نرخ، ۴- تقلب در خرید و فروش، ۵- جلوگیری از باده‌گساری و کارهای نامشروع، ۶- نظافت شهرها، ۷- نصب و عزل قیّم، امور صغار، وصیت، ارث و برخی مسائل قضایی.^۲ حسبه رابطه تنگاتنگی با حفظ نظم عمومی دارد؛ به گونه‌ای که برای حفظ نظام سیاسی، اجتماعی مسلمانان این نهاد به وجود آمده است: «امور حسبیه اموری است که به یقین می‌توان گفت شارع مقدس راضی به وانهادن آنها به حال خود نیست و حتماً باید مسئولی عهده‌دار تصدی آنها شود. این موارد نیز در غیبت امام(ع) از جمله اختیارات ولی فقیه خواهد بود.»^۳ براساس آنچه گفته شد، در آیات قرآن، رعایت موازین اسلامی و عدم سرپیچی از احکام خداوند از عناصر نظم عمومی است که لازمه این امر تأسیس حکومت اسلامی است.

۲.۳. وفای به عهد

در آیات قرآن، نظم در معاشرت و وفا به عهد و پیمان از نظر اسلام جزء عالی‌ترین فضائل انسانی به شمار می‌آید و باعث تحقق نظم عمومی می‌شود. مهم‌ترین سرمایه یک جامعه اعتمادی است که افراد به یکدیگر دارند و هر آنچه این اعتماد و هم‌بستگی را تقویت کند، مایه سعادت و پیشرفت جامعه است و هر کاری بر آن لطمه وارد کند، عامل شکست و هرج و مرج است. از جمله اموری که اعتماد عمومی و خصوصی را شکوفا می‌کند، وفای به عهد یا صدق در وعده است. خداوند، «صَادِقُ الْوَعْدِ» است و حضرت اسماعیل(ع) را نیز به این وصف می‌ستاید و می‌فرماید: «او در وعده‌هایش راست‌گو بود.» در آیه ۱ سوره مائده آمده است: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قراردادهای خود پایبند باشید». کلام این آیه یک دستور عمومی، بر وفا نسبت به پیمان‌ها و قراردادهاست. در آیه ۱ سوره مائده آمده است: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید به عهد خود پایبند باشید». ظاهر این دستور عمومی که بر وفای نسبت به پیمان‌ها و قراردادهای تأکید کرده است، همه مصادیق آن است، از تعاملات مبتنی بر قرارداد میان افراد و اقشار گرفته تا آن دسته از مقررات که همگان در زندگی جمعی خود بر ضرورت آن تأکید می‌کنند.

گسست‌های اجتماعی و واگرایی زمانی رخ می‌نماید که افراد جامعه با یکدیگر پیمان و عهدی را نبندند و گرایش به همکاری برای رفع نیازها و خواسته‌ها کاهش یابد. در این صورت است که افراد جامعه به جای اینکه به یکدیگر پیوند بخورند با بیرون از جامعه خویش پیوند می‌خورند و همکاری و همگرایی میان درون و بیرون جامعه افزایش می‌یابد؛ به گونه‌ای که فروپاشی جامعه امری پذیرفتنی و طبیعی می‌شود. هر جامعه‌ای اگر بر وفای به عهد و پیمان‌های خویش پافشاری و اصرار داشته باشد و افراد آن مقید و پایبند به اصول اخلاقی چون وفای به عهد باشند، همگرایی و همکاری در میان افراد آن افزایش می‌یابد و وفای به عهد به عنوان عنصر قوام‌بخش جامعه عمل می‌کند. این گونه است که به جای همکاری‌های بیرون و درون، همکاری میان افراد جامعه و درون افزایش می‌یابد. آیات فوق نمونه‌های از بنیان نظم عمومی در قرآن کریم است که البته تمام این مصادیق در علم فقه مدنظر فقها قرار گرفته است و در حوزه حفظ نظم عمومی و منع اختلال در نظم عمومی، در ابواب مختلف فقه شاهد اظهار نظر فقها هستیم. این مطلب در مباحث بعدی همین فصل قابل ملاحظه است.

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، *فقه سیاسی*، جلد ۱، تهران: امیرکبیر، چاپ دوم، ۱۳۶۶، ص ۲۶۷.

۲. هاشمی، پیشین، ص ۲۴۷.

۳. عمید زنجانی، پیشین، ص ۲۶۷.

۳. بنیان‌های نظم عمومی از منظر حقوقی

از آنجاکه نظم عمومی به مجموعه نیازهای بنیادین و اساسی تعریف می‌شود که برای عمل به منافع عمومی و صیانت از امنیت، آسایش و آرامش عمومی و حمایت از افراد ضروری است، لذا حفظ نظم عمومی و جلوگیری از اختلال در آن، مبنایی برای اطاعت از قوانین و مقررات است.^۱ بنابراین، عناصر سازنده نظم عمومی در نظام‌های حقوقی به‌طور خلاصه در این موارد قابلیت مطرح شدن را دارند.

۳.۱. امنیت و آسایش عمومی

«امنیت» اساسی‌ترین نیاز بشر است و به همین دلیل، تأمین یا حفظ آن نخستین وظیفه حکومت‌هاست. حکومت‌ها برای حفظ نظم عمومی و آرامش اجتماعی ناچار به وضع قواعدی‌اند تا با رعایت آنها روابط شهروندان به‌گونه‌ای تنظیم شود که هرکس بدون ایجاد تهدید برای امتیازها و ارزش‌های دیگران، از امتیازها و ارزش‌های خویش بهره‌گیرد.^۲ امنیت یا فارغ بودن از تهدید تجاوز یا آمادگی برای تهدیدات و خطرات در اشکال گوناگون آن، اعم از امنیت فردی و امنیت خانوادگی، که در آموزه‌های وحیانی مورد تأکید قرار گرفته است. امنیت اجتماعی به‌عنوان زیرساخت نظم عمومی در آموزه‌های وحیانی به شکل‌های گوناگون مورد توجه قرار گرفته و تأمین آن وظیفه بشریت دانسته شده است. پس نعمت امنیت ریشه در همه نعمت‌ها دارد؛ زیرا هرگاه امنیت از بین برود، سایر مسائل رفاهی و مواهب مادی و معنوی نیز به خطر خواهد افتاد.

بنابراین، امنیت عمومی به‌عنوان نخستین عنصر کلاسیک نظم عمومی، به‌معنای نبود هرگونه عوامل و خطراتی است که نظم مادی موجود در جامعه را برهم زند و موجب خسارات مالی یا جانی اشخاص شود و انجام اقداماتی به‌منظور پاسداری از یکپارچگی سرزمینی کشور، حفظ منافع مردم و پیشگیری از جرائم است.^۳ به‌بیان دیگر، تأمین امنیت عمومی درواقع شامل اقداماتی است که دولت به‌منظور حفظ تمامیت ارضی کشور، حفظ منافع شخصی افراد و حتی پیشگیری از جرائم انجام می‌دهد. برقراری نظم عمومی بیشتر متوجه امور مادی و صوری جامعه نظیر دفع توطئه علیه دولت، جلوگیری از ارتکاب جرم و تخلفات و ... است. علاوه بر این موارد، دولت موظف به اتخاذ تدابیر و اقداماتی در خصوص وقایع و حوادث طبیعی (مانند زلزله، سیل، حریق و ...) و حوادث غیرطبیعی (مانند حوادث رانندگی است.^۴

در نظام حقوقی ایران، نسبت به جرائمی که امنیت عمومی کشور را به خطر می‌اندازند، جرم‌انگاری صورت گرفته است. بر این اساس، در قانون مجازات اسلامی، مصادیق جرائم مخل امنیت عمومی و مجازات هریک از آنها ذکر شده است. به موجب ماده ۴۹۸ ق.م. مصوب ۱۳۷۵ (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده)، «هرکس با هر مرام، دسته، جمعیت یا شعبه جمعیتی بیش از دو نفر در داخل یا خارج از کشور تحت هر اسم یا عنوانی تشکیل دهد یا اداره نماید که هدف آن برهم زدن امنیت کشور باشد و محارب شناخته شود، به حبس از دو تا ده سال محکوم می‌شود. با توجه به آنچه ذکر شد،

۱. موسی‌زاده، ابراهیم، *حقوق اداری*، تهران: دادگستر، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۳، ص ۱۳۰.

۲. اسماعیلی، محسن و حسین امینی، «معناشناسی برخی از هنجارهای اسلامی در قانون اساسی با محوریت مفهوم موازین اسلامی»، *دوفصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۴، شماره ۱۱، ۱۳۹۴، صص ۲۴-۱.

۳. عباسی، پیشین، ص ۱۸۵.

۴. موسی‌زاده، رضا، *حقوق اداری*، جلد ۱ و ۲، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۶، ص ۵۲.

مهم‌ترین مصادیق جرائم علیه امنیت عمومی کشور عبارت‌اند از:

الف) محاربه: شامل اسلحه کشیدن برای ترساندن مردم، برهم زدن امنیت از طریق سرقت مسلحانه و قطع‌الطریق، تشکیل یا اداره با عضویت در دسته یا جمعیت به قصد برهم زدن امنیت کشور (مواد ۴۹۸ و ۴۹۹ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵)، تبلیغ علیه نظام یا به نفع گروه‌های مخالف نظام (ماده ۵۰۰ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵).

ب) جاسوسی: شامل مطلع کردن اشخاص فاقد صلاحیت از اسرار یا اسناد یا تصمیمات راجع به سیاست داخلی یا خارجی کشور (ماده ۵۰۱ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵)، ورود به اماکن ممنوعه برای کسب اطلاع از اسرار سیاسی یا نظامی یا امنیتی (ماده ۵۰۳ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵)، جمع‌آوری اطلاعات طبقه‌بندی‌شده باهدف برهم زدن امنیت (ماده ۵۰۵ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵)، اخفای جاسوسان یا معرفی جاسوس به کشورهای بیگانه (ماده ۵۱۰ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵).

پ) توهین: شامل توهین به مقدسات اسلام و انبیا و ائمه طاهرين (ماده ۵۱۳ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵)، توهین به امام خمینی و مقام معظم رهبری (ماده ۵۱۴ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵).

ت) تخریب: شامل آتش زدن اموال به قصد مقابله با حکومت اسلامی (ماده ۶۷۵ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵)، اتلاف و سوزاندن اسناد دولتی (ماده ۶۸۱ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵)، نهب و غارت و اتلاف اموال به صورت جمعی (ماده ۶۸۳ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵)، تخریب جنگل‌ها، درختان و مراتع (ماده ۶۸۶ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵)، خرابکاری در وسایل و تأسیسات مورد استفاده عمومی به منظور اخلال در نظم و امنیت عمومی (ماده ۶۸۷ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵).

ث) اقدام برای جدا کردن قسمتی از قلمرو حاکمیت ایران: به موجب ماده ۲۰ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۰۹، «هر نظامی که به نحوی از انحاء برای جدا کردن قسمتی از قلمرو حاکمیت جمهوری اسلامی ایران یا برای لطمه وارد کردن به تمامیت ارضی یا استقلال کشور جمهوری اسلامی ایران اقدام نماید به مجازات محارب محکوم می‌شود».

اما نظام حقوقی ایران برای تأمین امنیت عمومی به عنوان یکی از عناصر سازنده نظم عمومی، ارگان‌ها و نهادهای مختلفی را در قوانین گوناگون پیش‌بینی کرده است، از جمله اصل ۱۴۳ قانون اساسی مقرر داشته است: «ارتش جمهوری اسلامی ایران پاسداری از استقلال و تمامیت ارضی و نظام جمهوری اسلامی کشور را برعهده دارد». با توجه به اصل یاد شده، حدود و ثغور کشور را بدون ابتکارات نظامی نمی‌توان به حال خود رها کرد. بنابراین، کشور باید مجهز به پیشرفته‌ترین ابزار و نیروی نظامی باشد تا در مواقع خطر، حراست و نگهداری استقلال و تمامیت ارضی را تأمین کند.^۱

علاوه بر این، یکی دیگر از عناصر اساسی نظم عمومی، آسایش عمومی است که ارتباط تنگاتنگی با امنیت عمومی دارد. آسایش عمومی به مفهوم نبود هرگونه آزار و ناراحتی در جامعه است که از حدود متعارف و عادی زندگی در جامعه خارج باشد و جلوگیری از اقدامات مخل آسایش مردم را شامل شود.^۲ به بیان دیگر، تأمین آسایش عمومی به واسطه جلوگیری از ناهنجاری‌های اجتماعی و اقداماتی که مخل آسایش مردم است، نظیر مزاحمت‌ها، سروصداها و... تحقق می‌یابد.^۳ این عنصر نظم عمومی، طیف وسیعی از سازمان‌ها و نهادهای دولتی را دربر می‌گیرد که یکی از آنها «نیروی انتظامی» است که مطابق ماده ۳ قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، یکی از اهداف آن

۱. هاشمی، محمد، *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۲۳۳.

۲. عباسی، پیشین، ص ۱۸۹.

۳. موسی‌زاده، پیشین، ص ۵۲.

تأمین آسایش عمومی و فردی است. در این راستا، نیروی انتظامی وظیفه دارد تا از دعوای و نزاع‌ها جلوگیری، با مزاحمت‌ها و سروصدای زیاد در محیط کار، کوچه و معابر عمومی به‌ویژه در شب و تجمع و ازدحام در مکان‌های عمومی مقابله کند.^۱ در نظام حقوقی ایران، اقدام علیه بهداشت عمومی نیز در شمار مصادیق جرائم علیه آسایش عمومی پیش‌بینی شده است. تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده در این خصوص مقرر داشته است: «هر اقدامی که تهدید علیه بهداشت عمومی شناخته شود از قبیل آلوده کردن آب آشامیدنی با توزیع آب آشامیدنی آلوده، دفع غیربهداشتی فضولات انسانی و دامی و مواد زائد، ریختن مواد مسموم‌کننده در رودخانه‌ها، زباله در خیابان‌ها و کشتار غیرمجاز دام، استفاده غیرمجاز فاضلاب خام یا پساب تصفیه‌خانه‌های فاضلاب برای مصارف کشاورزی ممنوع می‌باشد و مرتکبین، چنانچه طبق قوانین خاص مشمول مجازات شدیدتری نباشند، به حبس تا یک سال محکوم می‌شوند» (ماده ۶۸۸ ق.م. مصوب ۱۳۷۵). جرائم علیه آسایش عمومی جرائمی‌اند که اعتماد عمومی را خدشه‌دار و جو ناامنی و بی‌اعتمادی ایجاد می‌کنند. برای مثال جرائمی نظیر جعل و تزویر، اعتماد عمومی را نسبت به صحت اسناد و اوراق بهادار و اسکناس‌ها، که از بنیان‌های اقتصادی یک جامعه‌اند، از بین می‌برند. از مهم‌ترین مصادیق جرائم علیه آسایش عمومی جعل، تزویر و قلب سکه است. از مصادیق جعل در قانون مجازات اسلامی می‌توان به جعل احکام، امضا، مهر یا فرمان و یا دستخط مقامات دولتی، جعل اسکناس و اوراق بهادار، جعل مدارک تحصیلی و ... اشاره کرد و از مصادیق قلب سکه می‌توان ساختن یا وارد کردن یا ترویج سکه تقلبی طلا و نقره را نام برد. بنابراین در حوزه جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی از جرائمی صحبت می‌شود که مستقیماً با امنیت ملی یا آسایش عمومی در ارتباط‌اند.

امنیت افراد دارای مقوله‌های متعدد و جلوه‌های مختلفی است. امنیت عمومی یکی از مهم‌ترین مقوله‌های مربوط به امنیت محسوب می‌شود. اهمیت مقوله امنیت عمومی به‌اندازه‌ای زیاد است که این امر به‌عنوان یکی از اهداف مشروع در کنار نظم عمومی، جهت محدود کردن اعمال برخی از حقوق و آزادی‌ها در نظام بین‌المللی حقوق بشر مورد شناسایی قرار گرفته است؛ زیرا امنیت عمومی با مصالح و منافع کل جامعه در ارتباط است و دولت‌ها می‌توانند برای حمایت از آزادی‌های کل جامعه، مانع برخی آزادی‌های فردی شوند. اصطلاح امنیت عمومی در اسناد حقوق بشری، غالباً در کنار اصطلاحاتی چون امنیت ملی، امنیت شخصی، نظم عمومی، اخلاق عمومی، سلامت (بهداشت) عمومی مشاهده می‌شود، ولی باوجود ارتباط بین این اصطلاحات از ابعاد مختلف، معانی و مفاهیم آنها با یکدیگر متفاوت بوده و هرکدام از آنها شرایط و ویژگی‌های خاص مربوط به خود را دارند.

۳.۲. موازین اسلامی

یکی از مسائلی که در اصول مختلف قانون اساسی ایران مورد تأکید قرار گرفته و همچنین، مبنایی برای توجیه محدودیت بر حقوق و آزادی‌هاست، مسئله موازین اسلامی است. در این خصوص، باید گفت که جمهوری اسلامی ایران در میان نظام‌های سیاسی، نظامی است که دین اسلام و مذهب شیعه جعفری اثنی‌عشری در تمام شئون آن رسمیت کامل دارد. در این نظام، دین و مذهب به‌عنوان علت وجودی تشکیل حکومت، رابطه تنگاتنگی با دولت دارند و نیز الگویی تمام‌عیار و مسلط برای کلیه تشکیلات و قوای عالی و اداره امور کشور از صدر تا ذیل محسوب می‌شود. با عنایت به نخستین اصل قانون اساسی که مقرر داشته است: «حکومت ایران جمهوری اسلامی است که ملت ایران،

۱. عباسی، پیشین، ص ۱۶۹.

براساس اعتقاد دیرینه‌اش به حکومت حق و عدل قرآن، در پی انقلاب اسلامی پیروزمند خود ... به آن رأی مثبت داد»، رسمیت اسلام و شیعه که در اصل دوازدهم این قانون بدان تصریح شده است، یک واقعیت اعتقادی و اجتماعی است که حفظ آن طبعاً خواست اکثریت ملت ایران بوده است.^۱

اما عبارت «موازین اسلامی» می‌تواند قابلیت تفاسیر متعددی را داشته باشد. به عبارت دیگر، پرسش این است که موازین اسلام و مبانی آن، بر چه اساسی بنا نهاده شده‌اند؟ آیا مقصود از موازین اسلام که به عنوان توجیهی برای محدودیت‌های آزادی در نظام حقوقی اسلام در نظر گرفته شده است، احکام اسلام است یا خیر؟

برای پاسخ دادن به این پرسش‌ها نیازمند تحقیق در مفهوم «موازین اسلامی» هستیم. از مشروح مذاکرات نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ۱۳۵۸، به وضوح، اهمیت هنجارهای برتر اسلامی، به خصوص عنوان «موازین اسلامی»، از جهات مختلف دریافت می‌شود. مسائل مربوط به موضوع موازین اسلامی، در مذاکرات نمایندگان این مجلس عبارت است از منحصر بودن هنجار بالادستی در موازین اسلامی، لزوم ارجاع موازین اسلامی به مذهب شیعه اثنی عشری، ضرورت تعیین مرجع تشخیص موازین اسلامی، نسبت قوانین و مقررات مصوب با موازین اسلامی از حیث ابتدای بر آنها، با رعایت کامل آنها، مطابق با آنها، عدم مخالفت با آنها و عبارات مانند آن، درج موازین اسلامی در یک اصل یا تکرار در همه اصول، تفاوت موازین اسلامی با دیگر هنجارهای اسلامی از لحاظ شمول بر انواع مختلف قوانین و مقررات از جمله خود قانون اساسی.

بنابراین، در نظام حکومتی مبتنی بر ایدئولوژی جمهوری اسلامی ایران، یکی از مرزهای روشن محدودیت بر حقوق فردی، اخلال در مبنای عقیدتی جامعه است. باین حال، صرف وجود یا داشتن عقیده مخالف با نظام حکومتی، مستوجب عقوبت قانونی تلقی نمی‌شود و مناقشه صرفاً در زمانی محقق می‌شود که فرد مخالف بخواهد عقیده خود را با توسل به روش‌های غیرمجاز اشاعه داده یا ترویج کند. مثلاً هرگاه فردی بخواهد به مبانی دین غالب افراد تعرض کند یا بنیان‌های عقیدتی افراد جامعه را هدف قرار دهد، بدیهی است که در این مواقع، عمل مرتکب برخلاف نظم عمومی جامعه شمرده می‌شود و حاکمیت اجتماعی با آن به مقابله برمی‌خیزد. به عنوان مثال، در اسلام، اخلال در مبنای عقیدتی جامعه تحت عنوان حکم فقهی «ارتداد» مطرح می‌شود و مرتد درواقع کسی است که به اخلال در افکار و عقاید مسلمانان مبادرت ورزد. در این حالت، رسیدگی به عمل مجرمانه مذکور با تشریفات خاصی همراه است، اما همین امر می‌تواند موجباتی برای محدودیت بیشتر حقوق و آزادی‌ها در نظر گرفته شود. به عبارت دیگر، توجیه اینکه موازین اسلامی از عناصر نظم عمومی است، خود می‌تواند ایجادکننده محدودیت باشد؛ از جمله اینکه آموزش و پرورش رایگان حق همه ملت و تأمین وسایل آن وظیفه دولت است (اصل ۳۰ ق.). امروزه تعلیم و تربیت برای همگان امری حیاتی است؛ پس همه افراد اعم از غیرمسلمانان نیز همانند سایرین، حق برخورداری از امکانات آموزشی را به ترتیبی که قانون اساسی مقرر داشته است، دارند. بنابراین، هیچ‌یک از افراد ملت را، به هر فرقه یا گروهی که وابسته باشند، نمی‌توان از تحصیل بازداشت.^۲ بر این اساس، نهادی مثل وزارت آموزش و پرورش، با استناد به موازین اسلامی مندرج در کتاب‌های درسی که آموزش داده می‌شوند و به این بهانه که تحصیل همزمان غیرمسلمانان و اقلیت‌های دینی در مدارس مسلمانان ممنوع است و آن را خلاف نظم عمومی در قالب موازین اسلامی تلقی کند، نمی‌تواند از این طریق، حقوق و آزادی‌های افراد مذکور را محدود، مضیق و لغو کند.

۱. هاشمی، پیشین، ص ۱۶۷.

۲. هاشمی، پیشین، ص ۵۸۹.

۳.۳. مصالح عمومی

یکی از دیگر از موارد محدودکننده حقوق و آزادی‌ها در قانون اساسی، که به‌نوعی توجیهی در جهت مقوله نظم عمومی تلقی می‌شود، مصالح عمومی است. پرسش این است که مصالح عمومی چیست و چگونه می‌تواند موجهی برای تغایر با نظم عمومی تلقی شود؟

«مصالح عمومی» مرکب از دو واژه «مصالح» (جمع «مصلحت» و متضاد «مفسده») و واژه «عمومی» است. هر پدیده یا فعلی، چنانچه متصف به خیر باشد، دارای مصلحت و چنانچه متصف به شر باشد، دارای مفسده است. پدیده یا عمل خیر ناشی از وجود عینی با اعتباری حسنی است که مفید باشد و عمل شر نیز عین یا اعتبار قبیحی است که زیان‌آور تلقی شود. بنابراین، هر مصلحتی، دارای دو عنصر حسن و مفید بودن و هر مفسده‌ای ناشی از قبح و زیانمندی است. براساس این تعریف، روشن می‌شود که تفسیر مصلحت به پسندیده و خوب (حسن) یا تفسیر آن به منفعت، در حقیقت تعریفی تک‌بعدی و ناقص است؛ زیرا به هر عملی که فی حد نفسه خوب باشد، مصلحت گفته نمی‌شود، مگر آنکه مفید نیز باشد، چنان‌که به هر پدیده یا عمل سودمندی نیز مادام که پسندیده نباشد، مصلحت گفته نمی‌شود.^۱

«قاعده مصلحت» در فقه شیعه دارای معانی متعددی است که عبارت‌اند از: ۱. ضرورت حفظ نظام، حاکمیت اسلام و حراست از موجودیت دین؛ ۲. رعایت مصلحت عمومی در برابر مصالح فردی؛ ۳. مصلحت‌های رعایت شده در ضمن احکام کلی اسلام مانند مصلحت حفظ جان، مال و حیثیت افراد و مصلحت مصونیت عقل؛ ۴. قاعده نظم عمومی و رعایت نظام شایسته زندگی بشری؛ ۵. مصلحت‌هایی که شریعت اسلام راضی به ترک یا معطل گذاشتن آنها نیست و باید در حفظ آن کوشید.^۲

با توجه به آنچه گفته شد، «مصالح عمومی» عبارتی کلی، کش‌دار و قابل تفسیر است. در مقام مقایسه مصلحت با منفعت نیز می‌توان گفت که اولاً، از حیث مفهومی، دایره شمول مصلحت مضیق‌تر از منفعت است؛ چراکه مصلحت همه منفعت‌ها را دربر نمی‌گیرد، بلکه تنها منافعی را دربر می‌گیرد که در شرع، خوب و پسندیده باشند^۳ و شرع آنها را تأیید کرده باشد. ثانیاً، از حیث جغرافیایی، دایره شمول مصلحت گسترده‌تر از منفعت است؛ زیرا مصلحت (به‌ویژه در معنای شرعی آن) بیانگر اصول واحدی است و همه افراد نوع انسان را شامل می‌شود؛ در حالی که منفعت، به تناسب واحدهای سیاسی مختلف، معنا و مصادیق متنوعی به خود می‌گیرد. ثالثاً، از حیث مبنایی، منفعت یک مفهوم پوزیتیویستی است و معیارهایی صرفاً مادی و عینی دارد، در حالی که مصلحت (به‌ویژه در نگاه دروندینی) حاوی معیارها و ضوابطی فرامادی است.^۴

به‌هر حال، مصالح عمومی در نظام حقوقی ایران و به‌ویژه در قانون اساسی، به‌عنوان محدودکننده حقوق و آزادی‌ها به‌شمار می‌رود و می‌تواند توجیهی در برابر نظم عمومی نیز تلقی شود. به‌عنوان مثال، به‌موجب اصل ۲۸ ق.ا آمده است: «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف ... و مصالح عمومی و ... نیست برگزیند ...». مصالح عمومی مذکور در اصل فوق بدان معناست که هیچ‌کس نمی‌تواند شغلی داشته باشد که شغلش مصالح عمومی را تهدید و در نتیجه، نظم عمومی را از این طریق مختل کند. مثلاً فردی نمی‌تواند شغل فروش اسلحه داشته و در کشور مبادرت به فروش اسلحه کند؛ زیرا شغل مذکور مصالح عمومی را به خطر می‌اندازد و موجب هرج‌ومرج در کشور می‌شود و در نتیجه، با نظم عمومی

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، *قواعد فقه سیاسی*، جلد ۹، تهران: امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۹۳.

۲. همان، ص ۳۳.

۳. موسی‌زاده، ابراهیم، *حقوق اداری*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۱۵۱.

۴. افتخاری، اصغر، «مصلحت شرعی و حاکمیت سیاسی»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، دوره ۳، شماره ۹، ۱۳۷۷، صص ۱۲۴-۹۴.

در تضاد است. نمونه دیگری که می‌توان ذکر کرد، این است که یکی از خصایل اخلاقی بسیار ارزشمند انسان، امانت و امانت‌داری است و خیانت در امانت همواره مورد مذمت قرار می‌گیرد و گناهی نابخشودنی تلقی می‌شود. در این راستا، دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره ۵۹۱ مورخ ۱۳۷۳/۰۱/۱۶، با غیرقابل گذشت دانستن جرم خیانت در امانت، بیان داشته است: «خیانت در امانت از جرائم مضر به حقوق خصوصی و مصالح عمومی است. رضایت مدعی خصوصی یا استرداد شکایت موضوع حق الناس را در جرم مزبور منتفی می‌سازد، لیکن به ضرورت مصلحت جامعه و حفظ نظم عمومی تعزیر شرعی یا حکومتی مجرم لازم است. ازسوی دیگر، همین مصالح عمومی که توجیهی برای نظم عمومی تلقی می‌شود، می‌تواند موجباتی برای نادیده گرفتن حقوق و آزادی‌ها تلقی شود. به عنوان مثال، حق داشتن محیطی پاک برای زندگی سالم و نیز حق مالکیت، از اساسی‌ترین حقوق شهروندان محسوب می‌شوند. اما امروزه این حقوق با مخاطرات جدی مواجه شده‌اند؛ زیرا رشد بی‌رویه شهرها و تهدیدات زیست‌محیطی، با کشیده شدن صنایع آلاینده به حریم روستاها، این حقوق را تهدید می‌کنند. بر همین اساس، برای چاره‌جویی این معضل فزاینده (که با افزایش جمعیت شهری و تبدیل مداوم روستاها به شهر نیز همراه بوده است، باید طرح‌های هادی را به منظور توسعه شهرها و روستاها به اجرا گذارند و نهادهایی را متولی اجرای این طرح‌ها کنند. عملی کردن طرح‌های مذکور موجب می‌شود که در موارد عدیده‌ای، میان مالکیت اشخاص و مصلحت عمومی تعارضاتی به وجود آید. در این موارد، نهاد مجری نمی‌تواند با استناد به قاعده نظم عمومی، در قالب مصالح عمومی موجب تضییع حقوق مالکانه افراد شود.

۳.۴. بهداشت عمومی

بهداشت عمومی به عنوان یکی از عناصر کلاسیک سازنده نظم عمومی، به معنای نبود هرگونه عامل و خطری است که سبب بیماری شود و همچنین، شامل تأمین بهداشت است؛ یعنی اقدامات لازم به منظور بهبود کیفیت زندگی و تندرستی مردم، از جمله جلوگیری از شیوع میکروب‌ها و انجام مراقبت‌های درمانی. بدین منظور، نهادی مانند شهرداری موظف است دستور نظافت معابر را بدهد؛ بر کارخانه‌ها، آب‌ها و غذاهای عرضه شده در بازار و فروشگاه‌های مواد غذایی نظارت کند و از وقوع آتش‌سوزی، سیل، بهم‌ن و شیوع بیماری‌های همه‌گیر و واگیردار جلوگیری کند.^۱ به بیان دیگر، بهداشت عمومی، علم و هنر پیشگیری از بیماری‌ها، افزایش طول عمر و ارتقای سلامت افراد با کوشش‌های سازمان‌یافته جامعه است که از طریق یک رشته اقدامات نظیر بهسازی محیط، کنترل بیماری‌های واگیر، آموزش بهداشت، سازمان‌دهی خدمات بهداشتی و درمانی و پزشکی، بیماری‌یابی، تشخیص گروه‌های در معرض خطر بیماری و در نهایت تشخیص سریع و درمان به موقع و کامل بیماری‌ها شکل می‌گیرد. به طور کلی، در بهداشت عمومی اساس بیشتر تأکید بر جنبه‌های اجتماعی تندرستی است که هدف کلی آن تأمین شرایط لازم برای رفاه فردی و اجتماعی و اغلب فعالیت‌های آن مرتبط با امر پیشگیری و درمان است. بهداشت خوب، پایه و اساسی است که بر مبنای آن پیشرفت‌های اجتماعی شکل می‌گیرد.^۲

امروزه یکی از دغدغه‌های اصلی دولت‌ها، پیرامون بهداشت و سلامت جامعه است و دولت‌های حاکم با به کارگیری نظام‌های متفاوت بهداشتی و درمانی درصدد برطرف کردن نقایص بهداشتی‌اند؛ مثال نظام‌های بیمه‌ای یا تأمین اجتماعی از بزرگ‌ترین نظام‌هایی محسوب می‌شوند که در این حوزه مشغول به فعالیت‌اند. باید اذعان کرد حوزه بهداشت و سلامت

^۱ عباسی، پیشین، صص ۱۸۵-۱۸۴.

^۲ اسلامی‌تبار، شهریار، بهنام واعظ و افشین سلیمانی، «نگاهی اجمالی به تحولات بهداشت و جوانان»، فصلنامه مطالعات جوانان، دوره ۱، شماره‌های ۱-۲، ۱۳۸۱، صص ۱۷۳-۱۷۲.

تقریباً با تمام حوزه‌های دیگر از جمله نظم عمومی، رفاه همگانی، سیاست اجتماعی و غیره ارتباط تنگاتنگی دارد. به‌طور کلی در حوزه بهداشت دو روش وجود دارد: اول بهداشت عمومی و دوم مراقبت‌های پزشکی؛ دولت‌ها نسبت به این دو روش، منش‌های متفاوتی را اتخاذ نموده‌اند. برخی روش اول را تقویت و سرمایه‌گذاری می‌کنند و برخی روش دوم را. گفتنی است که بهداشت عمومی برنامه‌ای است برای پیشگیری از انواع بیماری‌های جسمی و روحی؛ درحالی‌که مراقبت‌های پزشکی اغلب در مقام درمان و مراقبت‌های بعد از درمان ظاهر می‌شود و سهم اندکی در پیشگیری از بیماری‌ها را دارد؛ پس نقش بهداشت عمومی نسبت به مراقبت‌های پزشکی در سلامت و بهداشت جامعه دوچندان است. همچنین با توجه به دامنه فعالیت‌های بهداشت عمومی، شاهدهیم که این حوزه بخش عظیمی از حوزه کلی بهداشت و سلامت را تحت پوشش قرار می‌دهد و نسبت به مراقبت‌های پزشکی جایگاه ویژه‌ای دارد.

۴. تعامل نظم عمومی و حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی

آنچه در رابطه حقوق و آزادی‌های شهروندان و نظم عمومی اهمیت دارد، همساز کردن این دو است، مسئله‌ای که می‌تواند نظام‌های سیاسی حقوقی را به واکنش‌های متفاوتی وادارد. از یک‌سو، حمایت مطلق‌گرایانه از نظم عمومی می‌تواند به توسعه و تقویت رفتارهای مستبدانه منجر شود و ازسوی دیگر، حمایت بی‌قیدوشرط از آزادی‌های فردی و گروهی نیز می‌تواند در مواردی به ایجاد اغتشاش بینجامد. بنابراین، بهترین راه‌حل این است که مقامات عمومی با مبنا قرار دادن حقوق و آزادی‌های شهروندان، فقط به‌قدر ضرورت و به‌صورت استثنایی مبادرت به اتخاذ اقدامات محدودکننده کنند.^۱ افزون بر آن، نظم عمومی همانند بسیاری از مفاهیم و اصول حقوق عمومی (نظیر منفعت عمومی)، براساس مقتضیات زمانی و مکانی ممکن است تعاریف متفاوتی به خود بپذیرد. این مسئله به‌ویژه در مواجهه با حقوق و آزادی‌های شهروندان نمود بیشتری می‌یابد و قابلیت تفسیر، تعبیر و استنباط‌های متفاوتی را در برابر حقوق و آزادی‌ها ایجاد می‌کند و محدودیت‌هایی را برای آنها به وجود می‌آورد، تا جایی که رابطه نظم عمومی با حقوق و آزادی‌ها را به چالش می‌کشاند.

گفتنی است که در قانون اساسی ایران، فقط در یک مورد عبارت «نظم عمومی» به‌کار برده شده و آن‌هم در اصل ۱۶۵ این قانون است که بیان می‌دارد: «محاکمات، علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلامانع است، مگر آنکه به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد».

اما این بدین معنا نیست که سایر معیارها و شروط هیچ ارتباطی به نظم عمومی ندارند، بلکه حقوق و آزادی‌های شهروندی مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی که عمدتاً براساس معیارهایی همچون عدم مخالفت با اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران و حقوق عمومی مورد تحدید واقع شده‌اند، مصادیق نظم عمومی به شمار می‌روند.

لذا نظم عمومی در اشکال متفاوت در قانون اساسی موجب تحدید حقوق شهروندان می‌شود که عبارت‌اند از: عدم اخلاص به مبانی اسلام و موازین اسلامی، عدم نقض استقلال، آزادی، وحدت ملی، عدم مخالفت با مصالح عمومی، عدم مخالفت با حقوق دیگران و عدم مخالفت با حقوق عمومی و منافی عفت عمومی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، هشت اصل به این امور اختصاص دارد که موضوع این اصول، شغل، آموزش، مسکن، تأمین اجتماعی، تعیین محل اقامت، حق تابعیت، منع سلب تابعیت، حق مالکیت و حق کسب‌وکار است.

^۱ گرجی، پیشین، ص ۱۰۷.

آن دسته از حقوق و آزادی‌های شهروندی که مربوط به کرامت انسانی‌اند در قانون اساسی بدون هیچ قید و شرطی بیان شده‌اند. کرامت انسانی فقط ارزش شایسته حمایت مطلق است که مشمول هیچ گونه استثنا و محدودیتی نمی‌شود.^۱ حقوقی مانند حق حیات، منع بردگی، منع شکنجه، حق داشتن عقیده (و نه اظهار آن) از جمله حقوق و آزادی‌های غیرقابل تحدید، غیرقابل تعلیق و بنیادین محسوب می‌شوند.^۲ به همین دلیل قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز آن دسته از حقوق و آزادی‌های شهروندان را که مربوط به کرامت انسانی هستند بی‌قید و شرط بیان کرده است. حقوق و آزادی‌های بی‌قید و شرط بیشترین اصول قانون اساسی و حقوق شهروندی (یعنی حدود بیست اصل از حقوق و آزادی‌های شهروندی بی‌قید و شرط آمده است) را در برمی‌گیرد. اصل ۴۷ و ۳۳ به وسیله به حکم قانون محدود شده و در اصل ۴۱، سلب تابعیت ایرانی مشروط به درخواست خود فرد ذکر شده و در اصل ۲۸ حق بر شغل و آزادی اشتغال مشروط به عدم مخالفت با اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران شده است.

با توجه به آنچه ذکر شد، در یک جمع‌بندی کلی می‌توان گفت که در قانون اساسی ایران مسائلی به عنوان محدودیت آزادی‌های شهروندان ذکر شده است که در موارد بسیاری می‌تواند فراتر از چهره کلاسیک عناصر نظم عمومی، چهره‌ای جدید را به این عرصه ببخشند که فرضیه مفهوم ایرانی نظم عمومی را تقویت می‌کند. به عبارت دیگر، می‌توان این مسائل را خطوط قرمز حقوق و آزادی‌ها در قانون اساسی ایران و توجیهاتی برای نظم عمومی در نظام حقوقی ایران دانست.

نتیجه‌گیری

متون فقهی و حقوقی بسیاری، در بردارنده واژه نظم عمومی است و تعریف‌های متعددی از آن به عمل آمده است، لیکن برای تشخیص مصادیق نظم عمومی ضابطه دقیقی ارائه نشده است. نقطه مشترک مذکور در این تعریف‌ها، ارتباط مفهوم نظم عمومی با منافع و مصالح عمومی جامعه است. از این رو، برخی از حقوق دانان، منافع عمومی را ضابطه تعیین قواعد امری می‌دانند و قوانینی را که به منظور حفظ منافع جمعی افراد یک جامعه وضع می‌شوند، قوانین دارای جنبه نظم عمومی و امری می‌نامند. بدیهی است که غالب قوانین جنبه اجتماعی دارد و مصلحتی عام در وضع آن، مدنظر قانون‌گذار بوده است.

تعریف نظم عمومی و مصادیق و عناصر آن می‌تواند با توجه به نوع هر جامعه سیاسی و نظام حقوقی آن، متفاوت و متغیر باشد. اسلام دارای آموزه‌هایی لازم برای طراحی نظریه امنیت، متناسب با اوضاع و احوال این عصر و زمان در تمام ابعاد آن از جمله معنوی، فردی و اجتماعی، سیاسی و نظامی، اقتصادی و حقوقی است. از منظر فقهی، امنیت، آسایش عمومی، عدم فساد و تفرقه در میان مردم، عدم سرپیچی از دستوره‌های خداوند و مواردی چون وفای به عهد بنیان‌های نظم عمومی در فقه است. در حقوق ایران نیز به تبع آموزه‌های فقهی، امنیت عمومی، مصالح و منفعت عمومی و بهداشت مهم‌ترین عناصر نظم عمومی است. افزون بر عناصر کلاسیک نظم عمومی نظیر امنیت عمومی، بهداشت عمومی و آسایش عمومی، با توجه به پیشرفت روزافزون زندگی بشری و مقتضیات روز، به نظر می‌رسد که نظم عمومی نیز قابلیت وسعت

۱. عبداللہی، محسن، «رویکردی پست‌مدرن به سه ضلع توسعه سیاسی دولت-جامعه مدنی-شهروندی»، نشریه سیاست، دوره ۴۲، شماره ۱، ۱۳۹۱، صص ۲۴۲-۲۲۵.

۲. قربان‌نیا، ناصر، **حقوق بشر و حقوق بشردوستانه**، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۳۹۳؛ قاری سید فاطمی، سید محمد، «حق حیات»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۵، شماره‌های ۳۱-۳۲، ۱۳۸۹، صص ۱۶۶-۱۴۹.

بیشتر و مصادیق متنوع‌تری را داشته باشد؛ به گونه‌ای که مواردی همچون کرامت و عزت انسانی و اخلاق حسنه و حتی زیبایی‌های عمومی مانند زیبایی فضاهای شهری را نیز می‌توان عنصر نظم عمومی دانست.

درخصوص تعامل نظم عمومی با حقوق و آزادی فردی و اجتماعی باید گفت که حقوق و آزادهای فردی و عمومی شهروندان از موضوعات مهم در قلمرو حقوق شهروندی است و گستره بحث آن در قلمرو حقوق اساسی از یک زاویه و حقوق بشر از زاویه دیگر قرار دارد. انسان باآنکه آزاد آفریده شده است، و طبق حقوق اساسی، برخوردار از انواع آزادی‌های فردی و عمومی است، این حق به این معنا نیست که با هیچ‌گونه عوامل تحدیدکننده‌ای مواجه نباشد. از یک سو یکی از اهداف محدودیت‌های حقوق شهروندی و حقوق بشر، حفظ نظم عمومی است. و از سوی دیگر بدون وجود امنیت و نظم عمومی نمی‌توان از اعمال و اجرای حقوق شهروندی در یک جامعه سخن به میان آورد.

براساس آنچه گفته شد، میان نظم عمومی و حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی نوعی تقابل و تعارض موجود است؛ به این صورت که در مقام برقراری نظم عمومی براساس منافع اجتماعی و ایجاد نظام‌های مختلف سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و غیره حقوق شهروندان در معرض تهدید قرار می‌گیرد. در واقع، نه تنها همپوشانی بین دو مفهوم نظم عمومی و حقوق شهروندی وجود ندارد، بلکه فراتر از تباین رابطه تقابل نیز وجود پیدا می‌کند. بر همین اساس لازم است دید وسیع نسبت به حقوق شهروندی را لحاظ کنیم؛ یعنی آن را مجموعه حقوق و تکالیف متقابل دولت و فرد بینگاریم (و نه فقط حقوق فرد در برابر دولت). در این صورت رابطه این دو عموم خصوص بوده و در مقام تداخل این دو نیاز به اولویت‌بندی وجود خواهد داشت.

منابع

فارسی

کتاب

۱. احمدی واستانی، عبدالغنی، *نظم عمومی در حقوق خصوصی*، تهران: روزنامه رسمی، چاپ اول، ۱۳۴۱.
۲. الماسی، نجادعلی، *تعارض قوانین*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ پنجم، ۱۳۷۸.
۳. الماسی، نجادعلی، *تعارض قوانین*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ هفتم، ۱۳۷۹.
۴. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۴، تهران: اسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۸.
۵. حسینی، علی، *نظم عمومی و حاکمیت قانون در اسلام*، قم: سلوک جوان، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
۶. زاهدی اصل، محمد، *مبانی مددکاری اجتماعی*، تهران: علامه طباطبائی، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۷. سلجوقی، محمود، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
۸. عباسی، بیژن، *حقوق اداری*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۹. عروسی حویزی، عبدعلی بن جمعه، *تفسیر نورالتقلین*، جلد ۱، قم: اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۰. عمید زنجانی، عباسعلی، *قواعد فقه سیاسی*، جلد ۹، تهران: امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۸۴ ه.ق.
۱۱. عمید زنجانی، عباسعلی، *فقه سیاسی*، جلد ۱، تهران: امیرکبیر، چاپ دوم، ۱۳۶۶ ه.ق.
۱۲. قربان‌نیا، ناصر، *حقوق بشر و حقوق بشردوستانه*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۱۳. قرشی، سید علی اکبر، *قاموس قرآن*، جلد ۲، تهران: دارالکتب الإسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۷۱.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، *گامی به سوی عدالت*، جلد ۱ و ۲، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۱۵. گرجی، علی اکبر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۸.

۱۶. محقق حلی، جعفر بن حسن، *تسرایع الاسلام*، تهران: استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ه.ق.
۱۷. مصباح یزدی، محمدتقی، *بحثی ساده و کوتاه پیرامون حکومت اسلامی و ولایت فقیه*، تهران: سازمان تبلیغات، چاپ سوم، ۱۳۷۳.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر و همکاران، *تفسیر نمونه*، جلد ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۷۴.
۱۹. منصوریان، مصطفی، *آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی (بررسی مفهوم نظم عمومی)*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
۲۰. موسی‌زاده، ابراهیم، *حقوق اداری*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۲۱. موسی‌زاده، ابراهیم، *حقوق اداری*، تهران: دادگستر، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۳.
۲۲. موسی‌زاده، رضا، *حقوق اداری*، جلد ۱ و ۲، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
۲۳. هاشمی، محمد، *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۲۴. هاشمی، محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی*، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۱.

مقاله

۲۵. اسلامی تبار، شهریار، بهنام واعظ و افشین سلیمانی، «نگاهی اجمالی به تحولات بهداشت و جوانان»، *فصلنامه مطالعات جوانان*، دوره ۱، شماره‌های ۲-۱، ۱۳۸۱، صص ۱۸۸-۱۷۲.
۲۶. اسماعیلی، محسن و حسین امینی، «معناشناسی برخی از هنجارهای اسلامی در قانون اساسی با محوریت مفهوم موازین اسلامی»، *دوفصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۴، شماره ۱۱، ۱۳۹۴، صص ۲۴-۱.
۲۷. افتخاری، اصغر، «مصلحت شرعی و حاکمیت سیاسی»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، دوره ۳، شماره ۹، ۱۳۷۷، صص ۱۲۴-۹۴.
۲۸. حبیب‌زاده، محمدجعفر، «رژیم قانونی بودن حقوق کیفری (عامل مؤثر بر رشد و توسعه)»، *مجله حقوقی و قضایی دادگستری*، دوره ۶۲، شماره ۲۳، ۱۳۷۷، صص ۵۶-۳۱.
۲۹. حدادی، مهدی، «مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین‌الملل بانظم‌های حقوق ملل»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۷، شماره ۱۶، ۱۳۸۹، صص ۱۸۴-۱۵۷.
۳۰. عبداللهی، محسن، «ویکردی پست‌مدرن به سه ضلع توسعه سیاسی دولت-جامعه مدنی-شهروندی»، *نشریه سیاست*، دوره ۴۲، شماره ۱، ۱۳۹۱، صص ۲۴۲-۲۲۵.
۳۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، «حق حیات»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۵، شماره‌های ۳۱-۳۲، ۱۳۸۹، صص ۱۶۶-۱۴۹.

پایان‌نامه

۳۲. بیات کمیتکی، مهناز، «ارزیابی مصلحت عمومی در قوانین اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵.
۳۳. مدنیان، غلامرضا، «نظم عمومی در حقوق اسلامی ایران»، رساله دکتری، تهران: مجتمع آموزش عالی، ۱۳۹۰.

عربی

کتاب

۳۴. سیستانی، علی، *احکام الدین بین السائل و المجیب بی تاء الحلقه الرابعه*، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۰۱ ه.ق.

References

Books

1. Abbasi, Bijan, *Administrative Law*, Tehran: Dadgostar, Second Edition, 2011. (In Persian)
2. Ahmadi Vaasetani, Abdolghani, *Public Order in Private Law*, Tehran: Official Gazette, First Edition, 1962. (In Persian)
3. Almasi, Nejad Ali, *Conflict of Laws*, Tehran: University Publishing Center, Seventh Edition, 2000. (In Persian)
4. Almasi, Nejad Ali, *Conflict of Laws*, Tehran: University Publishing Center, Fifth Edition, 1999. (In Persian)
5. Amid Zanjani, Abbas Ali, *Political Jurisprudence*, Volume 1, Tehran: Amir Kabir, 1946. (In Persian)
6. Amid Zanjani, Abbas Ali, *Principles of political jurisprudence*, Volume 9, Tehran: Amir Kabir, First Edition, 1964. (In Persian)
7. Arusi Howeyzi, Abd-e-Ali Ibn Jom'eh, *Tafsir Noor al-Thaqalayn*, Interpretation of Noor al-Thaqalayn, Volume 1, Qom: Esmaeiliyan, Fourth Edition, 1994. (In Persian)
8. Emami, Sayyed Hassan, *Civil Law*, Volume 4, Tehran: Islamic, Third Edition, 1989. (In Persian)
9. Ghorban-Nia, Nasser, *Human Rights and Humanitarian Law*, Tehran: Institute of Culture and Islamic Thought, First Edition, 2008. (In Persian)
10. Gorji, Ali Akbar, *Foundations of Public Law*, Tehran: Jungle, Second Edition, 2009. (In Persian)
11. Hashemi, Mohammad, *Human Rights and Fundamental Freedoms*, Tehran: Mizan, First Edition, 2005. (In Persian)
12. Hashemi, Mohammad, *Constitutional Law of the Islamic Republic*, Volume 1, Tehran: Mizan, Second Edition, 2002. (In Persian)
13. Hosseini, Ali, *Public Order and Rule of Law in Islam*, Qom: Young Behavior, Third Edition, 2007. (In Persian)
14. Katouzian, Nasser, *A Step Toward Justice*, Volumes 1–2, Tehran: Faculty of Law and Political Science, First Edition, 2008. (In Persian)
15. Makarem Shirazi, Nasser, et al. *Standard Interpretation*, Volume 4, Tehran: Islamic Book House, First Edition, 1995. (In Persian)
16. Mansourian, Mostafa, *Introduction to Concepts of Public Law (Study of Public Order Concept)*, Tehran: Guardian Council Research Institute, Fourth Edition, 2005. (In Persian)
17. Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi, *Simple and Concise Discussion on Islamic Government and Guardianship of the Jurist*, Tehran: Islamic Propagation Organization, Third Edition, 1994. (In Persian)
18. Mohaghegh Helli, Jafar Ibn Hassan, *Islamic Sharia*, Tehran: Esteghlal, Second Edition, 1988. (In Persian)
19. Mousa-Zadeh, Ebrahim, *Administrative Law*, Tehran: Dadgostar, 13th Edition, 2014. (In Persian)
20. Mousa-Zadeh, Ebrahim, *Administrative Law*, Tehran: Dadgostar, Second Edition, 2009. (In Persian)
21. Mousa-Zadeh, Reza, *Administrative Law*, Volumes. 1–2, Tehran: Mizan, Eighth Edition, 2007. (In Persian)
22. Qorashi, Sayyed Ali Akbar, *Quran Dictionary*, Volume 2, Tehran: Islamic Book House, Sixth Edition, 1992. (In Persian)
23. Saljoughi, Mahmoud, *Private International Law*, Volume 2, Tehran: Mizan, Third Edition, 2003. (In Persian)
24. Sistani, Ali, *The Rulings of Religion Between the Questioner and the Respondent, Part Four*, Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1980. (In Arabic)

25. Zahedi Asl, Mohammad, *Foundations of Social Work*, Tehran: Allameh Tabataba'ei, First Edition, 2002. (In Persian)

Articles

26. Abdollahi, Mohsen, "A Postmodern Approach to the Triad of Political Development: State–Civil Society–Citizenship", *Journal of Politics*, Volume 42, Issue 1, 2012, PP 225–242. (In Persian)
27. Eftekhari, Asghar, "Shari'a-Based Expediency and Political Sovereignty", *Islamic Government Quarterly*, Volume 3, Issue 9, 1998, PP 94–124. (In Persian)
28. Eslami Tabar, Shahrirar, Behnam Va'ez and Afahin Soleymani, "A Brief Look at Youth and Health Developments", *Quarterly Journal of Youth Studies*, Volume 1, Issues 1–2, 2002, PP 172–188. (In Persian)
29. Esmacili, Mohsen and Hossein Amini, "Semantic Analysis of Some Islamic Norms in the Constitution with Emphasis on the Concept of Islamic Principles", *Bi-Quarterly Journals of Public Law Knowledge*, Volume 4, Issue 11, 2015, PP 1–24. (In Persian)
30. Ghari Sayyed Fatemi, Sayyed, Mohammad, "The Right to Life", *Journal of Legal Research*, Volume 5, Issues 31–32, 2010, PP 149–166. (In Persian)
31. Habib-Zadeh, Mohammad Jafar, "The Principle of Legality in Criminal Law: A Factor in Legal Development", *Justice Legal and Judicial Magazine*, Volume 62, Issue 23, 1998, PP 31–56. (In Persian)
32. Hadadi, Mehdi, "Comparison of the Concept and Function of Public Order in International Law and National Legal Systems", *Private Law Quarterly*, Volume 7, Issue 16, 2010, PP157–184. (In Persian)

Thesis

33. Bayat Komiteki, Mahanaz, "Evaluation of Public Interest in the Constitutional and Islamic Republic of Iran Constitutions", Master's Thesis, *Tehran: Shahid Beheshti University*, 2006. (In Persian)
34. Madanian, Gholam Reza, "Public Order in Iranian Islamic Law", PhD Thesis, *Tehran: Higher Education Complex*, 2011. (In Persian)



Original Article

The Aesthetic Sovereignty; A Theological Approach to A Secular Concept "The National Sovereignty in the Constitution of the Islamic Republic of Iran"

Kaveh Pouladi¹ 

ABSTRACT

This study aims to achieve two objectives. Initially, it aims to elucidate the notion of national sovereignty as outlined in the Constitution of the Islamic Republic of Iran through a historical-phenomenological approach. This analysis explores the socio-political processes of the revolutionary forces, specifically the Constitutional Assembly, which resulted in a document influenced by advocates of religious and hybrid ideological viewpoints. The analysis centers on dimensions that illustrate the preeminence of Sharia over modern law, wherein law is evaluated independently of its intrinsic substance and rationale. The legal notion of sovereignty represents a meticulously structured document that, through its brevity, effectively addresses a philosophical dilemma (the conflict between determinism and free will). Nevertheless, owing to its disparate objective, neglect of a systematic legal methodology, and absence of continuity within legal institutions, this refined formulation has not been integrated into the legal domain; rather than fostering unity, it has engendered duality (the legal form itself). This essay, as the concluding segment of a tripartite analysis on national sovereignty in Iran, aims to outline the historical development of this notion. The legal form is shaped by socio-political forces and their arrangement, and it is defined by ideas articulated in a cohesive linguistic structure. This relationship offers an inside viewpoint for comprehending the legal structure. An external perspective is essential to trace the evolution of the form across history and to comprehend its connection to its origin—specifically, the heritage that underlies the form and through which force and cognition reestablish their interplay. This foundation also elucidates the continuity or rupture of a thought. The legacy of the past holds significance within the context of the life-world (Lebenswelt) and imparts historicity to it. The life-world is a product of the ego's intentionality and the resulting intersubjectivity, which is defined within a framework of linguistic, cultural, and other traditions. This place is a sedimented reality that connects past and future generations; it is an encounter through which the formation of the new and the trajectory of communal transformations are established. The analysis of the relationship between legal forms and historical heritage involves initially evaluating each form individually and subsequently in connection to other forms (the relational legal form). In the Constitution of the Islamic Republic, referred to as The Aesthetic Sovereignty, the engagement with historical legacy is both antiquarian and selective. In the Constitutional Constitution, referred to as The Janusian Sovereignty (the second segment of the study), we see a fusion of critical and ecclesiastical (antiquarian) interaction. In the period of the legal treatises (Rasa'el) composed before and after the Constitutional Constitution—

How to Cite: Pouladi, Kaveh, "The Aesthetic Sovereignty; A Theological Approach to A Secular Concept "The National Sovereignty in the Constitution of the Islamic Republic of Iran" ", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp: 265-286.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.227388.2227>

Received: 08/06/2022-Accepted: 26/06/2022

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities & Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran
 Corresponding Author Email: kavehpouladi@uok.ac.ir



Copyright: © 2025 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/>).

referred to as Sovereignty as Monarchy (the initial segment of the study)—a discernible thread of critical engagement with historical heritage emerges, wherein local contexts are examined through the lens of universal political theory. The historical development of national sovereignty is shaped by the interplay among these three kinds. The 1980 legislator inherited both forms; however, they continued the conflicts within Constitutional law and perpetuated them. They did not utilize the legal treatises (Rasa'el) from the Constitutional Revolution or their subsequent academic development, thus remaining disconnected from a systematic legal framework. This transpired because of the prevalence of Sharia arguments lacking a legal basis, which ultimately led to confusion. Ultimately, it may be emphasized that the legal form consistently has the capacity to extract purpose from one facet of the past to another and to facilitate renewal, thereby allowing for the revelation of something novel. This potential can consistently reveal history as a primary source and prompt the reexamination and evaluation of the legal framework. Contrary to this potential is the prioritization of a singular characteristic, reducing reality to that element, like to the bed of Procrustes, anticipating its Theseus.

KeyWords: National Sovereignty, Constitution, The Aesthetic Sovereignty, The Janusian Sovereignty, Sovereignty as Monarchy.



حاکمیت زیبایی‌شناسانه؛ نگرشی لاهوتی به مفهومی ناسوتی «مفهوم حاکمیت ملی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»

کاوه پولادی^۱

چکیده

نوشتار حاضر دو شریقه داشته است. نخست، جهد نموده به صورت‌بندی قانون‌اساسی ج. ا. پیرامون حاکمیت ملی نزدیک شود. بدین اعتبار، از اسلوب پدیدارشناسی تاریخی تمتع جسته تا مطالعه را در پرتو نور آورد. در این راستا، به مفصل‌بندی نیروهای اجتماعی سیاسی انقلاب (عام) و مجلس بررسی قانون‌اساسی (خاص) پرداخته که حاصل آن تدوین قانونی با حضور طرفداران منظرگاه الهی و بخشی از دیدگاهی که تلفیقی نام نهادیم، بوده است. سپس از مرتبت امر نظری حجاب‌افکنی صورت‌گرفته و دو محور تشتت زبان فقهی حقوقی و تلقی از سنخ حکومت را از نظر گذرانیده است. در فرم حقوقی، حاکمیت تأسیسی تحریری زیبا داشته؛ اما، در ساحت حقوقی سیاسی به ثنویت منتهی گشته است (فرم حقوقی فی‌نفسه). دوم، از آنجایی که نوشتار، پاره واپسین از تتبعات سه‌گانه‌ای پیرامون حاکمیت ملی در ایران است؛ در جست‌وجوی ترسیم سیر تاریخی مفهوم مزبور و گسست یا استمرار در فهم آن بوده است. بدین آیین، در بخشی به نسبت مجزای هر فرم با معرفت تاریخی روی آورده و در بخشی دیگر به نسبت پیوسته فرم‌ها با یکدیگر عنایت ورزیده است (فرم حقوقی نسبتی). حاکمیت مندرج در قانون‌اساسی ج. ا. با تاریخ مواجهه‌ای نگهبانانه و گزینش‌گرانه را تجربه نموده است. قانون‌اساسی مشروطه نیز مواجهه‌ای نقادانه و نگهبانانه با معرفت تاریخی داشته و در رسالات حقوقی آن عصر رگه‌ای از مواجهه انتقادی چشم‌نواز بوده است. نهایتاً، در این تطور تاریخی، حاکمیت ملی در منزلگاه آخرین‌اش، تعارضات قانون‌اساسی مشروطه را مرتفع نموده و بدان استمرار بخشیده است. همچنین، بهره‌ای از رسالات حقوقی و سنجش‌های موجود در آن نبرده است.

کلید واژگان: حاکمیت ملی، قانون‌اساسی، حاکمیت زیبایی‌شناسانه، حاکمیت ژانوسی، حاکمیت به‌مثابه سلطنت.

استناد به این مقاله: پولادی، کاوه، «حاکمیت زیبایی‌شناسانه؛ نگرشی لاهوتی به مفهومی ناسوتی «مفهوم حاکمیت ملی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۲۶۵-۲۸۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2022.227388.2227>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۰۵

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: kavehpouladi@uok.ac.ir



Copyright: © 2025 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

هَلْدِرلین در فرازی از سروده‌هایش، بیان می‌دارد؛ *آن چنان بخواهی ماند که آغاز نمودی*. سخنی ژرف، گویای ستیزه انسان در بستر زمان و آنچه از آن سر برمی‌کشد. هرچه از گذر زمان درآید، وجودی را برخواهد ساخت. فهم مفاهیم در گذرگاه زمانی و در میانه استمرار آغاز و گسست از آن صورت می‌پذیرد. زین‌رو، عبارت فوق، امکان آغازهای آغازی دگر را نیز ارزانی می‌دارد؛ هر سنخ آغاز در تعیین نسبت با گذشته به صورت سلبی یا ایجابی قرار می‌گیرد. باری، آینده، گذشته است؛ هر مفهومی در نسبت با چنین میراثی درون‌مایه‌اش را بازمی‌یابد و نطفه‌های سنجش‌گری و تمایزگذاری میان تعینات متکثر ریشه از آن می‌گیرد. نکته ظریف، چگونگی به درک سپردن میراث برآمده از گذشته است. چنین میراثی در فرم حقوقی حک شده و می‌توان با کوشش فراوان آن را فاش نمود؛ هرچند سهل است و ممتنع. می‌توان میان خطوط مفهومی مزبور و نوشتار پیش‌رو نسبتی برقرار نمود و حکاکي گذشته را بر پیکره امروزین «حاکمیت تأسیسی ایرانی» به مثابه یک تعین خاص تاریخی، بازجست. دریافت از چنین مفهومی در نسبت با گذشته، فرم حقوقی را سبب شد که بر تنسيق مناسبات و نحوه تصمیم‌گیری جمعی سایه بگستراند. در پاره‌های پیشین تتبع با اتکا به فرم حقوقی، گذرگاه‌هایی از بحث را برجسته نمودیم. در پاره نخست، مواجهات با حاکمیت ملی در رسالات حقوقی صدر مشروطه را پی‌گرفتیم؛ تحریرات که در بستر تاریخی‌شان رفته‌رفته به مفهوم حاکمیت ملی دقت فزون‌تری بخشیدند و با تمتع از اندیشه سیاسی جهان‌شمول به امر محلی اندیشیدند.^۱ در پاره دومین به قانون اساسی مشروطه به مثابه نخستین تجربه قانون‌گذاری نظر افکندیم و دلایل ناهمساز بودن حاکمیت تأسیسی مندرج در آن در نسبت میان فرم، اندیشه و ترکیب نیروهای سیاسی اجتماعی را مورد ارزیابی قرار دادیم.^۲ برخلاف رسالات حقوقی که به سبب ترجمه کتب فلسفه سیاسی و تحلیل‌های حقوقی آکادمیک درون‌مایه آن جلا داده شد و می‌توانست تمهیدات درخوری برای فرم آتیه حقوقی فراهم آورد؛ قانون اساسی مشروطه با سیاست درآمیخت و در نتیجه عدم تعادل در کارکردهای حقوقی و تفوق یکی از چهره‌های حاکمیت بر دیگری را موجب گردید. در دو پاره مزبور، بررسی در درون فرم حقوقی (رسمی/دکترین) شکل گرفت. به لسان سوسوری، تتبع در سطح همزمانی^۳ بود؛ اما پاره سومین تتبع در سطح درزمانی^۴ خواهد بود. بدین آیین، در پی آنیم فرم حقوقی را در سیر تطور تاریخی‌اش حول محور حاکمیت ملی مورد مذاقه قرار دهیم. بر این بنیاد، چنین پرسشی قابل درنگ نمودن است که تجربه دومین قانون‌گذاری اساسی در ایران (۱۳۵۸ ه. ش) در باب حاکمیت ملی استمرار همان منظرگاه سابق بوده یا آغازی دگر را نوید می‌دهد؟ به سخنی باریک‌اندیشانه، چگونه نحوه مواجهه فرم جدید حقوقی با میراث گذشته عینیت‌یافته است؟ جهت پاسخ بدین امر، نخست باید ساخت درونی فرم حقوقی را بر محوریت حاکمیت ملی از نظر بگذرانیم و در آن بسان پاره‌های پیشین، ترکیب نیروها و اندیشه مندرج در فرم را ترسیم نماییم. دوم، نسبت فرم حقوقی و میراث تاریخی را تعیین کنیم و جهت روشنایی بخشیدن به سیر تاریخی بحث،

۱. نک: پولادی، کاوه، «حاکمیت به منزله سلطنت؛ مصداقی در جایگاه مفهوم "اندیشه حاکمیت ملی از مواجهات آغازین تا استحاله آن در رسالات حقوقی عصر مشروطه"، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۵، شماره ۱۰۰، ۱۴۰۱، صص ۳۵۳-۳۸۳.

۲. نک: پولادی، کاوه، «حاکمیت ژانوسی؛ مفهوم‌پردازی حاکمیت ملی در قانون اساسی مشروطه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱، ۱۴۰۳، صص ۲۱۱-۲۲۸.

۳. Synchrony

۴. Diachrony

جهت مطالعه تفصیلی، نک: سوسور، فردیناند، *دوره زبان‌شناسی عمومی*، ترجمه کورش صفوی، تهران: هرمس، ۱۳۸۲، صص ۱۱۷-۱۳۵.

نسبت دو تتبع پیشین با معرفت تاریخی را نیز مورد اشاره قرار دهیم. النهایه، با ترسیم فرم حقوقی به صورت فی نفسه و بیان نسبت‌های مجزای هر کدامین از مراحل تاریخی حاکمیت ملی، به سوی نسبت‌های توأمان آنها ره می‌سپاریم تا سیر حرکتی این مفهوم در ایران معاصر در پرتو نور آید. بدین واسطه، این تتبع رویکردی درونی برونی خواهد داشت؛ دیدگاهی درونی به فرم و منظرگاهی برونی بدان در نسبت با معرفت تاریخی و همچنین دو فرم پیشین تاریخی‌اش.

۱. تمهیدات روش‌شناختی؛ نسبت‌های مفهومی و معرفت تاریخی

۱.۲. حرکت از درون به سوی برون فرم حقوقی

در پاره‌های پیشین، بنا را بر این نهادیم تا با پیش‌بردِ تتبعات، روش‌شناسی نیز ژرفا یابد. زین‌رو، در دو پاره گذشته، برحسب مسئله مطروحه نسبت‌های مفهومی فی‌مابین فرم حقوقی و امر مادی (نیروهای تأسیس‌گر) و امر نظری (اندیشه یکپارچه‌گر) برقرار نمودیم.^۱ کنون، در مطالعه حاضر، می‌باید مؤلفه «میراث گذشته» را به بحث بیفزاییم. از این حیث که ما در پی تطور تاریخی مفهوم حاکمیت ملی حرکت آغاز نمودیم، ضرورت پرداختن بدین مؤلفه مشخص می‌گردد. فرم حقوقی به واسطه نیروهای اجتماعی سیاسی و نحوه آرایش آنها تأسیس می‌گردد و از رهگذر اندیشه در قالب زبانی یکپارچه تعین می‌یابد. چنین نسبتی، منظرگاهی درونی در فهم فرم حقوقی است؛ اما، جهت شناسایی حرکت فرم در طول تاریخ، منظرگاهی بیرونی ضرور خواهد بود و چگونگی مواجهه با نقطه آغازین. به سخن دیگر، میراثی که در پس‌پشت فرم قد برافراشته و با پشتوانه و در نسبت با آن است که نیرو و اندیشه، ترکیب خود را بازمی‌یابند. همچنین بر مبنای آن است که استمرار یا گسست یک مفهوم فهمیده می‌شود. میراث گذشته، در پس نسبت‌های فرم‌ساز مستتر بوده و سبب تکرر فرم‌های حقوقی شده است. نسبت‌های مفهومی مذکور الگوی عامی خواهند بود که در سیاق اجتماعی متکثری قابل بهره‌مندی‌اند و ما آن را در زمینه خاص ایرانی‌اش به کار می‌بندیم. تمام نیروها، چه آنانی که فرم را تأسیس می‌نمایند و چه نیروی مادی که در شکل‌دادن به فرم، نقشی ندارند (نیروی فراموش‌شده)، در نسبت با گذشته تاریخی قرار دارند. سنخ نخست، جریان حاکم را شکل می‌دهد و به مرتبت فرمانروایی صعود می‌نماید و سنخ دومین، با وجود کنش‌مندی به مرتبت فرمان‌بری سقوط می‌کنند. نیروی مادی اخیر در نظام حقوقی تأسیس‌شده به واسطه کنش مدنی، اسباب بر ملا نمودن تعارضات درونی فرم، پیش نهادن مسائل پیچیده، بازنگری و حتی انقلاب اجتماعی علیه فرم موجود را فراهم می‌آورند. این اثرگذاری، شکل دمکراتیک برخورد نیروهای فرم‌ساز و فراموش‌شده‌اند؛ اما، در صورت غیردمکراتیک‌اش، چنین مواجهه‌ای به خشونت و سرکوب منتهی می‌گردد. در تتبع پیش‌رو، بر رسیدن نیروهای اجتماعی سیاسی فرم‌ساز مطمئن‌نظراند. اشتراک هر دو نیرو در مواجهه با میراث گذشته و افتراقشان در قرائت از آن است. میراث گذشته در چارچوب زیست جهان^۲ معنا می‌شود و بدان تاریخت^۳ می‌بخشد. زیست‌جهان به منزله امری داده‌شده، حاصل حیث‌التفاتی^۴ اگو و اشتراک بین‌الادھانی^۵

^۱. پولادی، پیشین، صص ۲۱۷-۲۱۸.

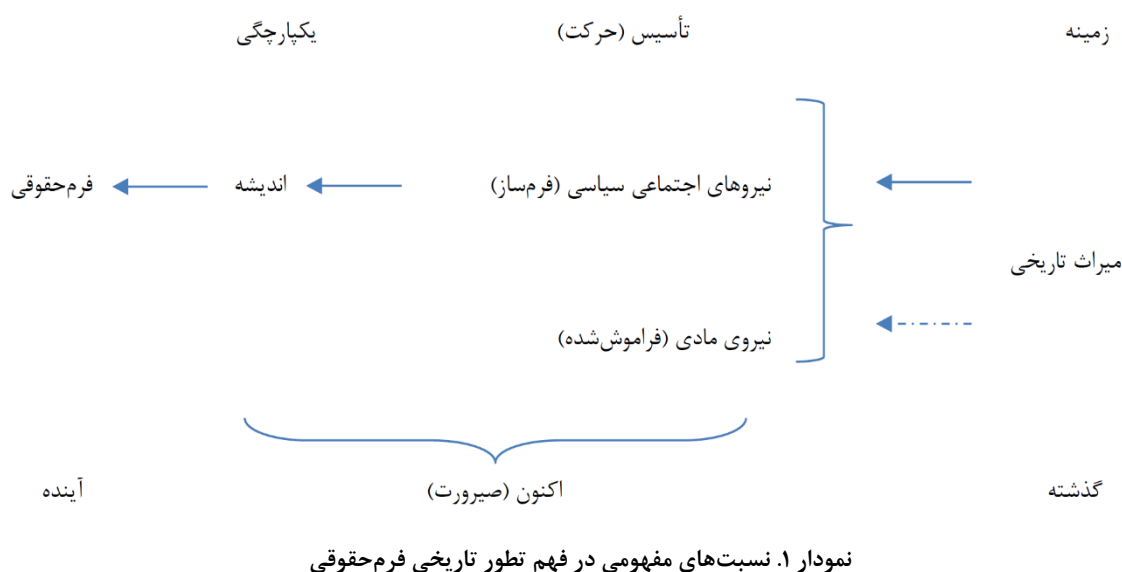
^۲. Life-world

^۳. Geschichte

^۴. Intentionality

^۵. Intersubjectivity

برآمده از آن است که در شبکه‌ای از سنت‌های زبانی، فرهنگی و غیره متعین می‌گردد.^۱ چنین فضایی امر رسوب‌شده‌ای است که نسل گذشته و آینده را به هم پیوند می‌دهد؛ مواجهه‌ای که شکل‌پذیری امر جدید و تغییرات آتیه جمعی در نسبت با آن، مسیر خود را باز می‌یابد.^۲ به کلام گوته‌ای، آنچه از پدران خود به ارث برده‌اید، چنان در اختیار بگیرید که گویی از آن شماست.^۳ از این حیث، گذشته به مثابه آغاز می‌تواند بارها احیا و مورد سنجش قرار گیرد. فرم حقوقی حاصل سویه‌ای از حیث‌التفاتی است که به تجربه درمی‌آید و همواره با قصد نسبت خاصی از گذشته همراه است. در این نسبت، فرم در گذشته خود را باز می‌گسترده یا گذشته را به همان‌سان پذیرا می‌گردد. تتبع پیش‌رو، با افق پدیدارشناسی تاریخی در ساحت حقوق درهم می‌آمیزد و با این اسلوب، در صدد فهم نسبت‌های مفهومی با محوریت حاکمیت ملی گام برداشته است.^۴



۱.۳. مواجهات با میراث گذشته؛ حصول معرفت تاریخی

پیرامون نحوه مواجهه با گذشته و معرفت تاریخی حاصل از آن می‌توان پنج قسم را قصد نمود. نخست، مواجهه نگهبانانه است که با گذشته به مثابه یک امر بی‌نقص و کامل مواجه می‌گردد و گویی ما به منزله کاهنان معبد گذشته، می‌باید از آن پاسداری به عمل آوریم. بدین‌سان، گذشته به مرتبت تقدس برکشیده می‌شود و آدمی در برابر آن حقیر به نظر می‌آید. در کلام نیچه‌ای، چنین مواجهه تاریخی، نفیس‌گونه (دیرینه)^۵ نام می‌گیرد که گویی روح آدمی در درون اشیای

۱. نک: هوسرل، ادموند، *تأملات دکارتی*، ترجمه عبدالکریم رشیدیان، تهران: نشر نی، ۱۳۸۱، صص ۱۸۴-۱۹۵.

۲. Husserl, Edmund, *The Crisis of European Sciences and Transcendental Phenomenology*, Translated by: David Carr, Evanston: Northwestern University Press, 1970, P 71.

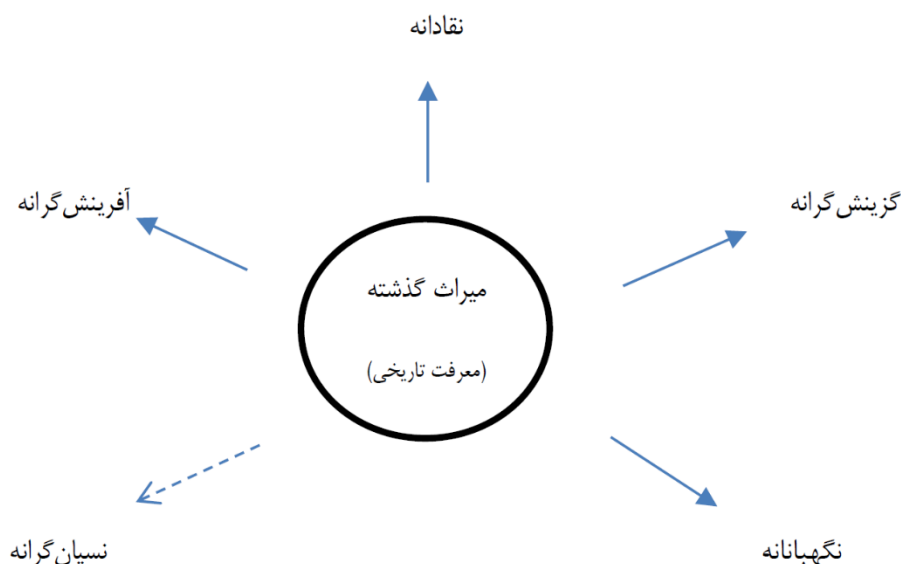
۳. کوفمان، والتر، *کشف ذهن؛ گوتنه، کانت و هگل*، جلد ۱، ترجمه سهراب ابوتراب و فریدالدین رادمهر، تهران: چشمه، ۱۳۸۵، ص ۹۰.

۴. جهت ملاحظه تحلیل پدیدارشناسانه متفاوت از نسبت زیست‌جهان و گذشته در منظرگاه علوم اجتماعی، نک:

Schutz, Alfred. *The Phenomenology of the Social World*, Translated by: Fredrick Lehnert, Evanston: Northwestern University Press, 1967, PP 207- 214.

۵. Antiquarian

گذشته دمیده شده و در آن منزلگاهی برمی‌گزیند.^۱ مواجهه دومین، گزینش گرانه است که با تاریخ نه در کلیتش، بل با بخش‌هایی از آن روبه‌رو می‌شود که به اقتضای وضعیت به‌جای کل تاریخ تکیه می‌زند. گویی تاریخ از هنگامه‌ای خاص آغازیده و همه‌چیز می‌باید با آن نقطه آغاز در پیوند باشد یا صرفاً برش‌هایی از آن برگزیده و مابقی به خاک سپرده می‌شود. امری که به‌سان رادعی بر سر آغازگاه‌های تاریخی دگر قرار می‌گیرد و گزاره‌های مخالف با خود را تحریف می‌نماید. باین‌حال، چنین مواجهه‌ای در اشکال جزئی‌اش، گاهی می‌تواند به منفعتی منجر شود و تغییری را ایجاد نماید.^۲ مواجهه‌ای دگر، نقادانه است که در آن گذشته نه امری مقدس بل قابل آموختن و سنجش است؛ گذشته تنها یک برهه است به‌همان‌سان که اکنون نیز. هنگامه فراتر رفتن از مرتبه نقادی، تاریخ را وارد مرحله‌ای جدید می‌سازد که مواجهه آفرینش‌گرانه را شکل می‌بخشد و موجب گسستی در مناسبات بنیادین زیست جمعی می‌گردد و برای این مهم می‌باید بر شانه‌های شناخت و سنجش قرار گیرد تا بتواند آینده را درنوردد. مواجهه واپسین نسیان‌گرانه است. میان ملت و رخدادهای تاریخی از سرگذرانده‌اش، حجابی حاصل می‌آید که گویی آنان همواره در وضعی به سر می‌برند که بدون زمینه‌اش بدان می‌نگرند و نسبت تاریخی قطع می‌گردد. به‌کلام دگر، وضعیتی است غیرتاریخی نسبت به وضعیت تاریخی یک ملت. بدین‌سان تکرار مکرر اشتباهات، مجازات فراموشی‌شان می‌گردد. میان این مواجهات فوق‌الاشاره، نه مرز قاطع بل التقاط در جریان است. توضیح اینکه همواره چنین نیست که مردمانی در یک مواجهه به سر برند و ممکن است در تطور تاریخی جمعی‌شان مواجهه تغییر یابد. این امر گویای آن است که تاریخ وجهی تکاملی ندارد، بل دارای سویه‌های نوشوندگی است. مواجهات پنج‌گانه مزبور، لزوماً سویه‌ای مثبت یا جلوه‌ای منفی ندارند. آنچه به آنان معنا می‌بخشد، شیوه تجلی‌شان در رخدادهای تاریخی است.



نمودار ۲. مواجهات با میراث گذشته

^۱ Nietzsche, Friedrich. *Untimely Meditations*, Translated by: R. J. Hollingdale, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, P 73.

^۲ بسان خوانش متأخر مفسران حقوق رم در راستای استقلال جمهوری‌های ایتالیا از امپراطوری، نک: اسکینر، کوئنتین، *بنیادهای اندیشه سیاسی مدرن*، جلد ۱، ترجمه کاظم فیروزمند، تهران: آگه، ۱۳۹۳، صص ۳۵-۴۷.

۲. مرتب‌ت‌ امر مادی؛ تأسیس و نیروهای اجتماعی سیاسی

۲.۱. مفصل‌بندی نیروهای عام انقلاب و خاص مجلس بررسی نهایی ق. ۱

برحسب مفهوم حاکمیت ملی، بنا داریم آرایش نیروهای اجتماعی سیاسی انقلاب را از یکدیگر بازشناسیم (ترکیب عام) و از آن راهی به سوی آرایش «مجلس بررسی نهایی طرح قانون اساسی» بجویم (ترکیب خاص). در پی نفی نظام سلطنتی، طیف نیروهای فرم‌ساز قانون اساسی مشروطه (سلطنت، شریعت و مشروطیت) دچار استحاله گردید و ترکیب جدیدی از نیروها سر برآورد. می‌توان این نیروها را به سه منظرگاه «اراده ملی»^۱، «اراده الهی» و «تلفیقی» قابل تقسیم دانست.

منظرگاه نخست، طرفداری از حاکمیت ملی و اندیشه سکولار را پیشه نمود. می‌توان عمدتاً روشنفکران و سیاستمداران لیبرال، احزاب ملی و طرفداران آنان (برخی از اقشار متوسط شهرنشین) را در این جرگه گنجانده. ایشان در شیوه اداره کشور بر دموکراسی پارلمانی تأکید داشتند.^۲ همچنین در ذیل این قسم، روشنفکران و احزاب چپ نیز نام‌بردارند که از حق بر تعیین سرنوشت ملت‌ها به‌منزله اصلی فرازین مدافعه به عمل می‌آوردند.^۳

منظرگاه دومین به‌جانب اصالت شریعت و حاکمیت الهی کشیده شدند که عمدتاً از سه نیرو جان می‌گیرد: نیروی نخست، متشکل از روحانیونی بودند که قرائت سیاسی از اسلام داشتند. اینان با طرح ولایت‌فقیه آیت‌الله خمینی همراه بودند و از شاگردان و پیروان ایشان به‌حساب می‌آمدند.^۴ (خوانش تشیع سیاسی). بدنه سنتی جامعه، نیروی دوم این منظرگاه را برمی‌سازد که نیروی مادی عظیمی برای انقلاب مهیا نمودند. جبهه روحانیون به اعتبار اشتراک در اعتقادات دینی، توان بسیج آنان را به‌دست آوردند (خوانش دینی توده‌ای). نیروی سومی که در این جرگه قابل طبقه‌بندی‌اند، بازاریان بودند که تحت‌الوای باورهای مذهبی، روحانیت و رهبری انقلاب قرار داشتند و در پیروزی آن نیز نقش اقتصادی پررنگی را عهده‌دار بودند.^۵ برگزیدن «جمهوری اسلامی» به‌عنوان سنخ حکومت، این طیف را در جایگاه برجسته‌ای می‌نشانده.

منظرگاه سومین، در میانه دو ساحت فوق درون‌مایه خویش را باز می‌یابد. بدین معنا که برخی از این جریان‌های سیاسی، اصالتاً ریشه در منظرگاه اراده ملی یا الهی دارند؛ اما به‌سبب قرائت خاصشان از مسائل سیاسی و اجتماعی، خود را به‌مثابه جریان مستقل عرضه نمودند. این نیروهای تلفیقی متشکل از سه طیف‌اند؛ بخشی انشعابی است از منظرگاه نخست و نیروهای ملی و لیبرال که به‌سبب اعتقاد به پیوند دین و سیاست و همچنین تعلق به ایران دوستی، جریان نهضت آزادی را تشکیل دادند.^۶ (خوانش ملی مذهبی). بخشی دیگر از نیروهای مارکسیستی (چپ) منشعب شدند که بسیاری از واژگان و اندیشه‌های این طیف، به‌شکل اسلامی‌اش عرضه گشتند و برخی از روشنفکران و گروه‌های طیف اسلامی نیز در پی

۱. قابل به‌بازگفتن است که نباید اراده ملی را با امر دمکراتیک خلط نمود. میان امر اخیر و اندیشه ایرانی به‌سختی می‌توان نسبتی یافت.

۲. نک: میلانی، محسن، *شکل‌گیری انقلاب اسلامی؛ از سلطنت پهلوی تا جمهوری اسلامی*، ترجمه مجتبی عطارزاده، تهران: گام نو، ۱۳۸۷، ص ۱۵۳.

۳. از این طیف می‌توان به حزب توده ایران اشاره نمود. نک: آبراهامیان، پروانه، *ایران میان دو انقلاب*، ترجمه احمد گل محمدی و محمد ابراهیم فتاحی، تهران: نشر نی، ۱۳۷۷، صص ۳۲۷-۳۲۸ و همچنین از دیگر نیروهای این طیف، نک: بشیریه، حسین، *دیباچه‌ای بر جامعه-شناسی سیاسی ایران (دوره جمهوری اسلامی)*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۱، صص ۳۲-۳۳.

۴. جهت مطالعه پیرامون دسته‌بندی روحانیون پیشا انقلاب، نک: سمیعی، محمد، *نبرد قدرت در ایران*، تهران: نشر نی، ۱۴۰۱، صص ۵۵۷-۵۶۱.

۵. امانت، عباس، *تاریخ مدرن ایران*، تهران: کتاب پارسه، ۱۳۹۷، ص ۱۴.

۶. نک: جعفریان، رسول، *جریان‌های مذهبی - سیاسی ایران سالهای ۱۳۳۰-۱۳۵۷*، تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۸۰، صص ۲۰۶-۲۲۱.

سنخی از امتزاج میان اصول اسلامی و مارکسیستی برآمدند.^۱ ردپای ادبیات مزبور در برخی مضامین و آرمان‌های قانون اساسی آشکار است. این طیف، امر دینی را با روحیه انقلابی درآمیخته و از آن وسیله‌ای برای تغییر سیاسی بهره می‌بردند. آنان دین را از روحانیت تمیز می‌دادند و به سنجش اسلام روحانیتی می‌پرداختند (خوانش دینی ایدئولوژیک من‌های روحانیت). جریان سومین از منظرگاه الهی منشعب می‌گردد؛ طرفداران این طیف هم آشنایی با علوم جدید داشتند و هم دارای زمینه‌ای مذهبی بودند و از طریق خوانش اسلام انقلابی (عمدتاً از طریق آموزه‌های شریعتی) وارد جریانه مبارز گردیدند. باوجود اینکه این طیف متأثر از خوانش ایدئولوژیک بود؛ اما، به‌سوی روحانیت کشیده شده و به صف خوانش تشیع سیاسی نزدیک گشتند (خوانش اسلام انقلابی روحانی محور).^۲

تمام جریان‌های مزبور (ترکیب عام) که سهمی در انقلاب داشتند، بر سر انتخاب نوع حکومت و تفاوت در مواضع سیاسی از جریان اصلی جدا شدند و امکان ورود به «مجلس بررسی نهایی طرح قانون اساسی» را نیافتند (نیروی مادی فراموش شده).^۳ نهایتاً، قانون اساسی حاصل مشارکت بخش خاصی از نیروهای اجتماعی سیاسی بود. این نیروها شامل خوانش تشیع سیاسی (منظرگاه الهی)، اسلام انقلابی روحانی محور، خوانش ملی و مذهبی (منظرگاه تلفیقی) می‌شدند. اغلب ترکیب خاص ذکر شده بر دیگر نیروها، نهادهای جدید قانون اساسی را تأسیس نمود. ترکیب سه‌گانه فوق دارای سهم برابری در کرسی‌های مجلس بررسی نبودند. اکثریت این کرسی‌ها از آن نگرش اول و دوم گشتند و کرسی‌های اقلیت نیز از نگرش سومین برگزیده شدند. از ۷۳ تن اعضا مجلس ۶۰ تن روحانی و عضو حزب جمهوری اسلامی یا جامعه روحانیت مبارز تهران و یا جامعه مدرسین حوزه علمیه قم بودند. بقیه نیز از اعضا و هواداران نهضت آزادی شمرده می‌شدند.^۴ به اعتبار حقوقی، مفهوم حاکمیت در مجلس بررسی، محل برخورد نیروهای اکثریت و اقلیت است که این ثنویت خود را در چندگانگی نهادهای مبتنی بر قانون اساسی آشکاره نموده است.^۵ شایان عنایت است که میزان آشنایی اعضای مجلس از علوم جدید و بالخصوص حقوق و علوم اجتماعی بسی اندک بود. توضیح آنکه از مجموع اعضای مجلس بررسی، ۱۶ تن دارای تحصیلات عالی (علوم جدید) و در این میان ۸ تن علاوه بر تحصیلات قدیم، دارای تحصیلات جدید نیز بودند. همچنین تعداد ۶ تن تحصیلات مرتبط با حقوق و علوم اجتماعی را در سوابق خود داشتند.^۶ بدین سان، ترکیب اکثریت/اقلیت مذکور با سوابق علمی‌شان، برداشت حقوقی (مدرن) را به دنبال می‌آورد که بناست به‌منزله ابزاری در اختیار شریعت قرار گیرد و به قانون دیگرگونه‌ای مبدل گردد. گزاره‌های فوق‌الذکر، تمهیداتی را برمی‌سازد تا توان ورود به مذاکرات مجلس بررسی پیرامون حاکمیت تأسیسی فراهم گردد.

۱. جهت مشاهده احزاب این طیف، نک: همان، صص ۲۳۱-۲۳۵ و از دیگر نیروها، جریان حسینیه ارشاد در دوره دوم بر پایه آموزه‌های علی شریعتی نیز قابل ذکر است. برای ملاحظه نمونه این آموزه‌ها، نک: شریعتی، علی، **تشیع علوی و تشیع صفوی**، مجموعه آثار ۹، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱.

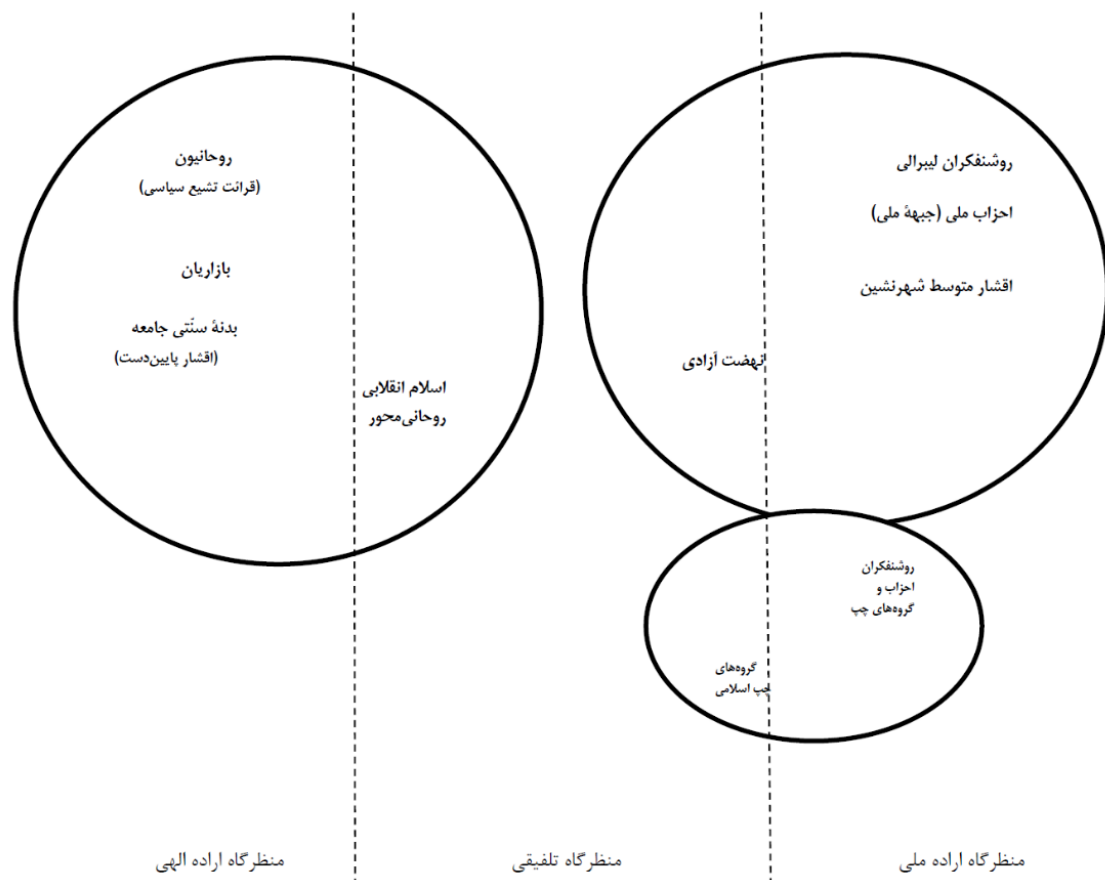
۲. می‌توان بازگفت که این آرایش نیروهای سیاسی - اجتماعی را می‌بایست در جریانات فکری دهه ۴۰ جستجو نمود که در این میان آرای جلال آل احمد و علی شریعتی از اهمیت بسزائی برخوردار بودند. جهت مطالعه مبسوط، نک: نیک‌پی، امیر، **مدرنیته، سیاست و سکولاریزاسیون**، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹. فزون بر منبع مذکور، این قسمت از نوشته، دین وافر به گفتگوهای جان‌افزا با دکتر نیک‌پی گرامی داشته که شایسته می‌دانم، قدردانی خویش را از ایشان ابراز نمایم.

۳. جهت دیدن دیدگاه احزاب و گروه‌های سیاسی پیرامون متن اولیه منتشرشده قانون اساسی، نک: معین فرد، محمدرضا، **سیر تدوین و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۶.

۴. بشیریه، پیشین، ص ۳۹ و همچنین؛ **راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸، اضافات، ص ۴۰۸.

۵. آبراهامیان، یرواند، **تاریخ ایران مدرن**، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷، صص ۱۶۲-۱۶۵.

۶. نک: همان، صص ۳۳۵-۴۰۵.



نمودار ۳. ترکیب نیروهای اجتماعی سیاسی انقلاب بر حسب حاکمیت تأسیسی

۲.۲. مفهوم‌پردازی حاکمیت ملی در آینه مشروح مذاکرات

قانون اساسی به نگارش درآمده (۱۳۵۸ ه. ش) به مثابه دومین تجربه قانون‌گذاری اساسی، اصطلاح «حاکمیت» را در فصل پنجم و تحت عنوان «حق حاکمیت ملت و قوای ناشی از آن» برگزید و نخستین اصل در ذیل آن (اصل ۵۶) به تعریف حاکمیت اختصاص یافت؛ اما، این اصل، راه طولانی را سپری نموده تا به نگارش امر وزینش رسیده است. در «نخستین پیش‌نویس رسمی قانون اساسی»^۱ اصل مزبور چنین تن به نگارش سپرده بود: «اصل ۱۲: حاکمیت ملی از آن همه مردم است و باید به نفع عموم به کار رود و هیچ فرد یا گروهی نمی‌تواند این ودیعه الهی را به خود اختصاص دهد.»^۲ در نگارش این اصل، حاکمیت در معنای مدرن آن، ملحوظ نظر قرار گرفته بود؛ اما آن را نه حق (مدرن)، بل امانت الهی به حساب می‌آوردند. حاکمیت، آمیزه‌ای از حق و تکلیف است؛ تکلیف به‌دوش گرفتن بار امانت و حق اجرای این تکلیف. انسان‌ها مختارند؛ اما می‌باید به چارچوب نظام خداوندی نیز پایبند باشند.^۳ این متن اولیه، با تغییراتی، شالوده پیش‌نویس دولت

۱. نک: کاتوزیان، ناصر، *گذری بر تدوین پیش‌نویس قانون اساسی*، در: *گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)*، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۳۸۰.

۲. نک: کاتوزیان، ناصر، *نقدی تحلیلی بر پیش‌نویس قانون اساسی*، در: *گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)*، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۴۲۵.

۳. نک. همان، ص ۴۲۴.

موقت قرار گرفت. در تحریر اصل فوق، از ادبیات اعلامیه حقوق بشر و شهروند (۱۷۸۹) متابعت شد؛ اما به منزله حقی در نظر آمد که در عبارت نخست به «مردم» و در ادامه به «الوهیت» قابل انتساب بود.^۱ امری که تفکیک‌ناپذیری و وحدانیت حاکمیت ملی را زائل می‌نمود. هنگامه قرائت اصل مزبور در صحن مجلس بررسی نیز حق حاکمیت ملی را «حق تعیین سرنوشت الهی» در نظر آوردند و از ادبیات پیچیده‌تری در نگارش آن بهره بردند.^۲

جهت پذیرش یا واژنش این اصل، بحث‌های فراوانی میان نمایندگان مجلس بررسی درگرفت. برخی از مخالفین اصل حاکمیت، با خلط میان اتکا به آرای عمومی و مشارکت مردمی بیان شده در بند هشتم اصل ۳، اصل ۶، ۷ و ۸ ذکر این اصل را در قانون اساسی زائد می‌دانستند.^۳ به نظر می‌رسد، دلیل این نظرات را می‌توان در عدم آشنایی کافی این دسته از نمایندگان با ادبیات حقوق اساسی، اهمیت مفهوم حاکمیت و چیرگی زبان فقهی جستجو نمود. در جبهه مقابل، معنای حاکمیت (ملی) و ذکر برخی از مؤلفه‌های آن در بیان برخی از نمایندگان موافق تحریر این اصل، بازتاب داشت. یکی از نمایندگان اظهار نمود: «این اصل از اصل سوم اعلامیه حقوق بشر... ناشی می‌شود [که] همین حق را... حق الهی کرده‌اند و به ملت داده‌اند».^۴ نماینده‌ای دگر اشاره داشت، حاکمیت ملی غیر از اتکا به آرای عمومی است و امری است که کشور را می‌سازد.^۵ در جایی دیگر از مذاکرات، حاکمیت در معنای استقلال (بعد خارجی) در مقابل دیگر ملل به کار برده شد.^۶ این مباحث پیرامون معنای حاکمیت ملی، فرع بر مسئله و دغدغه اصلی مجلس بررسی است و آن موضوع اساسی به آشتی میان دو سنخ قرائت در باب حاکمیت بازمی‌گردد تا در عین بهره‌مندی از تجارب کشورهای دیگر بتوان آن را به زبان فرهنگ اسلامی به‌درآورد.^۷ احدی از نمایندگان، موضوع حاکمیت مکتوب در قانون اساسی را به تعریف حاکمیت خدا، حاکمیت انسان و بیان رابطه میان آنها بازمی‌گرداند و باور دارد که نکته اصلی نحوه برقراری این نسبت است و حاکمیت در قانون اساسی می‌باید به این امور بپردازد.^۸ در بخش دیگر از مباحث و با ابراز دل‌نگرانی پیرامون عدم ایجاد واگرایی در متن قانون، موضوع جمع میان منشأ الهی و انسانی به وضوح بیشتری جلوه‌گری می‌نماید: «باید مابین این دو اصل... حاکمیت مردم و حکومت اسلام را... تلفیق بدهیم... حاکمیت ملی معنایش روشن است و زائیده آزادی فردی است، این آزادی را کجا محدود می‌کنیم، آنجایی که به دلخواه خودش... در قالب اسلام این آزادی خودش را محدود کرد».^۹

این ذهنیتی است که بناست مبنای دولت جدید قرار گیرد. سخن بر سر امکان چنین تلفیقی نیست، بحث آن است که چنین موضوعی محتاج پشتوانه نظری است که بتواند با باریک‌اندیشی در زوایای مختلف موضوع، امکان (یا عدم) آن را اثبات و در چارچوب ساختار حقوقی تعریف نماید. عدم بهره‌مندی از چنین پشتوانه‌ای و شتاب در تصویب این اصل

^۱ راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیشین، ص ۷.

^۲ صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، جلسه ۲۰، ص ۵۱۰.

^۳ برای نمونه، نک. همان، ص ۵۱۴، آقای سید حبیب هاشمی‌نژاد، همچنین؛ صص ۵۱۷-۵۱۷، آقای عبدالرحیم ربانی شیرازی.

^۴ همان، ص ۵۱۹، عبدالرحمان حیدری.

^۵ همان، ص ۵۲۵، عبدالله جوادی آملی.

^۶ همان، ص ۵۲۰، ابوالحسن بنی‌صدر.

^۷ همان، ص ۵۲۳، محمد حسینی‌بهشتی (نائب‌رئیس).

^۸ همان، ص ۵۱۷، محمد یزدی.

^۹ همان، ص ۵۳۰، رحمت‌الله مقدم‌مراغه‌ای.

بنیادین در قانون اساسی که به اشکال مختلف در صورت مذاکرات بدان اشارت رفته است،^۱ قانون اساسی را بر پایه‌های استوار حقوقی قرار نمی‌دهد و مناقشات را نه مرتفع که توسیع می‌بخشد. وجه آغازین این امر، خود را در قالب تعارض حاکمیت ملی و نهاد تازه تأسیس «ولایت فقیه» نشان می‌دهد که نمایندگان موافق با نهاد مزبور، جهد می‌نمایند تا اساس این تعارض را بلاجهت قلمداد نموده و خنثی سازند.^۲ در قوام‌بخشی به این استدلال، نایب رئیس نیز نظر به عدم تخالف میان این دو موضوع می‌دهد؛ بدین صورت که «وقتی که اصل پنجم [ولایت فقیه] را به این صورت قبول کردید که چه فردی باشد و چه شورا باشد، اینها به‌هرحال با انتخاب مردم و با پذیرش مردم سروکار دارد تا او دنبالش نباشد، تمامیت ندارد و شأنیت هم ندارد...».^۳ در ادامه، ایشان موضوع اصل ولایت فقیه را از بابت «تشریع» و حاکمیت ملی را از حیث «تنفیذ» معتبر می‌دانستند.^۴ سخنان ایشان در باب این اصل، با نطقی غرّاً صورت گرفت و توأمان با همبسته نمودن اکثریت و خاموشی‌گزینی اقلیت بود. نکته ظریف آنکه در بررسی اصل حاکمیت، مذاکرات دیگر نه برمبنای منطق حقوقی بل برحسب ضرورت فقهی‌اش ادامه می‌یابد. به سخنی دیگر، تعارض بیرونی فقه و حقوق مبدل به تعارضات درون فقهی می‌گردد که با عنایت به ترکیب نیرو در مجلس، امکان رسیدن به نتیجه را سهل می‌نمود. در جلسه آتی (بیست و یکم) کفایت مذاکره بسی زود هنگام اعلام گردید و منتهی به تصویب اصل ۵۶ فعلی گردید.

۳. مرتبت امر نظری؛ تعارض در اندیشه و حجاب افکنی از آن

کنون، می‌بایست با باریک‌بینی پرده از تعارضات برکشید که حاکمیت ملی را دچار چالش می‌نمایند. مفهوم مذکور با دو محور در تقابل قرار می‌گیرد: در باب زبان به‌کارگیری در فرم (زمینه فرم) و نحوه تلقی از حکومت (درون فرم).

۳.۱. زمینه فرم؛ استمرار تشتت زبان فقهی حقوقی

نسبت دین (شرع) و سیاست (عرف) دامنه‌ای بس کهن دارد که در اشکال مختلفی چهره عیان نموده است. در دوران باستان در قالب پادشاهی و فره ایزدی،^۵ در دوران اسلامی در ثنویت خلافت و حکومت‌های ایرانی بروز یافته است.^۶ تا در دوران صفویه، تشیع به‌منزله دین رسمی اعلام و سبب آمیختگی دو قلمرو گردد.^۷ اما در صدر مشروطه میان این ساحت در متنی حقوقی، مواجهه‌ای مدرن صورت پذیرفت. در این برهه است که اراده ملت موضوعیت می‌یابد و به‌شکل نیرویی مستقل ابراز وجود می‌دارد. در متن قانون اساسی مشروطه، دو نیروی سنتی به‌همراه ملت سبب تحریر حاکمیت تأسیسی گشتند. اما در قانون اساسی (۵۸ ه. ش) و با غروب سلطنت، دو نیروی برجای مانده، فرم حقوقی را صورت‌بندی نمودند. در تحریر قانون جدید، شریعت با سیاست آمیخته و نقش آن توسیع فزونی یافت. ملت نیز به‌واسطه آن که اکثریت مسلمان

۱. سال‌ها بعد رئیس مجلس بررسی نیز بر نیاز به تأمل بیشتر و عدم تعجیل در تدوین و تصویب قانون اساسی صحه نهادند.

۲. همان، ص ۵۱۲، میرزا جواد حاجی‌ترخانی تهرانی.

۳. همان، ص ۵۲۳، نایب رئیس مجلس. همچنین نک: شعاع‌حسینی، فرامرز، *بهشتی از زبان بهشتی*، جلد ۳، تهران: انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، ۱۳۹۱، ص ۲۴.

۴. جهت مشاهده استدلال مشابه دیگر، نک: همان، ص ۵۱۵، جعفر سبحانی.

۵. نک: کاتوزیان، محمدعلی، *تضاد دولت و ملت؛ نظریه تاریخ و سیاست در ایران*، ترجمه علیرضا طیب، تهران: نشر نی، ۱۳۸۰، صص ۸۰-۹۷.

۶. نک: آجودانی، ماشاءالله، *مشروطه ایرانی*، تهران: اختران، ۱۳۸۲، صص ۵۵-۵۶.

۷. نک: سیوری، راجر، *در باب صفویان*، ترجمه رمضان علی روح‌الهی، تهران: مرکز، ۱۳۹۴، صص ۱۶۱-۱۶۶.

هستند، در نظر آورده شد و به سرزمین شریعت الحاق گردید. بدین واسطه، شریعت مُنتَقِمِ نقش فراموش شده‌اش در قانون اساسی مشروطه گردید. با حضور اکثریتی خوانش تشیع سیاسی در مجلس بررسی، حاکمیت تأسیسی از این منظر نگریده شد. چنین وحدتی در دوران پیشامدرن، با سازِ زندگی مردمان هم‌آهنگ بود؛ اما، در ساحتِ حقوق مدرن مبدل به ثنویت می‌گشت؛ چراکه اقتضائات زندگی جمعی در قالبِ فرم حقوق عینیت می‌یابد، به همان سان که در دوران گذشته در فرمِ اسطوره یا دین قابل درک می‌نمود. بدین آیین، تقابلِ دو زبان شکل می‌گیرد؛ به کار بستن دو زبانِ مختلف (فقهی حقوقی) در توضیح یک وضع مشترک (قانون اساسی) که نه درکِ واحدی از تعاریف دارند و نه در پی غایات یکسانی‌اند؛ بدین سان، نتیجه گفت‌وگویشان سترون می‌ماند. موضوع حاکمیت تأسیسی در ساختار مدرن و با اهداف و کارکردهای مشخصی قابل طرح است و بدین واسطه، ضرورتِ پیدایی آن موجه می‌گردد؛ حال آنکه در مجلس بررسی، غالباً استدلالاتی مطابق با منطق فقهی و بدون در نظر آوردنِ ضرورت در انداختن مفاهیم و زمینه حقوقی سیاسی (مدرن) در جریان بوده است. این امر، سبب آن می‌گردد که «ژرفای محل نزاع»، صرفاً پاسخی انتزاعی جهت غلبه در بحث یابد؛ در صورتی که اصل مسئله پاسخ در خوری نمی‌یابد و از چشمان پنهان می‌ماند. اما آن چنان که حادث است، ناگاه خود را آشکار می‌سازد و گرفتاری‌های فراوانی را در عمل (رویه) سیاسی به بار می‌آورد. این امر از آن حیث برجستگی می‌یابد که بازاندیشی نسبتِ دولت و کلیسا یکی از بن‌مایه‌های حقوق عمومی مدرن شمرده می‌شود و با اشکال مختلفی در طی سده شانزدهم تا امروز سنجیده شده است. می‌توان چهار نسبت بنیادین را قابل ترسیم دانست: الف) برتری مطلق دین بر سیاست، ب) تفوق سیاست بر دین (برداشت ابزاری)، ج) جدایی کامل دو حوزه که این نظر در واکنش به نظریه (ب) طرح گردید (برداشت لیبرالی)، د) سنجش اشکال دین سنتی و نقادی ماهیت دین (برداشت انتقادی).^۱ نگرش قانون اساسی در نسبت نخست به سر می‌برد. هر چند در دهه‌های بعد از انقلاب، در راستای نقد دین‌سالاری و کوشش برای ارائه بدیل سیاسی لائیک، پاره‌ای از روشنفکران و فعالان سیاسی را به درنگ نمودن واداشته است؛^۲ اما این امر در سطح اندیشه باقی‌مانده و خویشی و پیوندی با خوانش رسمی حقوقی نیافته است. بدین آیین، مهم‌ترین معضل اسلام سیاسی در ایران، که تله تقابلی بین حاکمیت‌قراردادی و حاکمیت‌الهی است، پابرجا باقی مانده است.^۳

۳.۲. ولایت فقیه و حاکمیت ملی

مرحوم نائینی بحث ثابت و متغیر را در باب حکومت مطرح کرده و آن را در زمره احکام متغیر بر شمرده است؛ زین‌رو، ضابطه‌ای شکلی برای حکومت مورد نظر قرار نداده، بل ضوابط ماهوی برای آن منظور نموده است.^۴ اسباب مخالفت با استبداد نزد ایشان نیز ریشه در این امر دارد.^۵ این نگرش، امکان انطباق سنخ حکومت با شرایط زمانه را مهیا می‌دارد. بر این مبناست که در دو دهه پیشانقلاب، حکومت اسلامی به جای سلطنت مطرح می‌گردد. حکومتی مشروط به قرآن و سنت که در آن فقیه مأموریتی الهی دارد.^۶ زین‌رو، حکومت اسلامی امری نه سلبی، بل ایجابی است و در مراحل تطور

۱. جهت دیدن مبسوط بحث، نک: باریه، موریس، *دین و سیاست در اندیشه مدرن*، ترجمه امیر رضایی، تهران: قصیده‌سرا، ۱۳۹۴.

۲. وثیق، شیدان، *لائسیتیه چیست؟*، تهران: اختران، ۱۳۸۴، صص ۱۶۰-۲۰۳.

۳. فیرحی، داود، *دولت و بحران قانون*، تهران: نشر نی، ۱۴۰۰، ص ۲۵۷.

۴. محمدی گرگانی، محمد، *جستاری بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳، صص ۲۰-۲۱.

۵. نک: فیرحی، داود، *آستانه تجدّد در «شرح تنبیه الامه و تنزیه المله»*، تهران: نشر نی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۲.

۶. خمینی، روح‌الله، *حکومت اسلامی (ولایت فقیه)*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸، صص ۴۴ و ۴۷-۵۰.

تشیع سیاسی، گامی به پیش شمرده می‌شود.^۱ در بحبوحه انقلاب، حکومت اسلامی به صورت «جمهوری اسلامی» به درآمد. در مسیر تدوین قانون اساسی، حکومت جدیدالتأسیس دست به نهادسازی زد و ولایت فقیه به مثابه تجلی حکومت اسلامی، جامه حقوقی بر تن نمود. از آن حیث که در اسلام، حکومت موضوعیت دارد؛ زین‌رو، نسبت به دیگر مفاهیم حقوقی به سان حاکمیت بیگانه ماند. بدین سبب بود که برخی از نمایندگان مجلس بررسی، ضرورت پرداختن به حاکمیت در قانون اساسی را درک نمی‌کردند. در مقدمه قانون اساسی نیز پیرامون شیوه حکومت سخن گفته شده نه حاکمیت. فزون‌بر این، از حیث تاریخی تقدم نوع حکومت و شیوه نهادسازی آن بر مفهوم‌پردازی حاکمیت تأسیسی در جلسه مربوطه مجلس بررسی بسی اثرگذار بود؛ گویی دعوای اصلی پیش از این در برگزیدن سنخ حکومت و نهاد ولایت فقیه از سر گذرانیده شده بود و اکنون می‌باید در باب منشأ مشروعیت تصمیم گرفته شود. زین‌رو، محل نزاع خود را فی مابین حاکمیت ملی (امر حقوقی) و ولایت فقیه (امر فقهی) عینیت می‌بخشید. قرائتی، حکومت جمهوری اسلامی را برآمده از جامعه‌ای مکتبی (ایدئولوژیک) دانسته و آن را برپایه صرف آرای مردم نمی‌نهد. ایشان از آن حیث که مکتب اسلام را انتخاب نموده‌اند، انتخاب‌های مابعد خود را محدود نموده‌اند. بر این بنیاد، نهاد ولایت فقیه حجیت می‌یابد.^۲ در مقابل، اندیشه‌ای در جریان بود که تکیه اسلام را بر قوانین متغیر نمی‌گذارد و معتقد بود که اسلام باید حاکم باشد ولی به طبقه‌ای خاص منحصر نشود.^۳

فزون‌بر این مناقشه، از حیث نظری سخن گفتن له یا علیه حکومت انتخابی قانون اساسی، به تعیین تکلیف با این دو شرط بازمی‌گردد؛ نخست، حاکمیت (الهی انسانی) و حکومت مبتنی بر آن، می‌باید توانایی ایجاد نهادهای سیستماتیک و یکپارچه را داشته باشد. دوم، نهادهای مؤسس می‌باید به صورتی متعادل عمل نمایند. توضیح اینکه هنگامی حکومت انتخابی قابل مدافعه خواهد بود که نهادهای مندرج در قانون اساسی به سوی جرگه اسلامیت یا جمهوریت آن کشیده نشوند. چنانچه در بحران‌های سیاسی و اجتماعی به صورت یکپارچه عمل ننمایند، قابل مدافعه به نظر نمی‌رسد. چنانچه شاهد تفوق بخشی از نهادها بر بخشی دگر باشیم، سنجش آغازیده و پشتوانه نظری حکومت انتخابی در قانون اساسی، محل پرسش واقع می‌گردد. در چنین شرایطی، منشأ مشروعیت به گونه‌ای صوری بروز می‌یابد و کارکرد نهادهای مبتنی بر اراده ملی و نسبت آن با نهادهای اسلامیت از حالت تعادل خارج گردد. به سخنی ظریف، گویی حاکمیت ملی مبدل به امری الحاقی می‌شود نه زمینه‌ای.

از حیث عملی نیز سبب مستور ماندن قسمی از تعارضات قانون اساسی در آن برهه زمانی، حاصل اشتیاق برآمده از انقلابی نوپا بود. به گونه‌ای که انقلابیون گمان می‌داشتند با همان اسلوب توفیق در عمل سیاسی، می‌توان در عرصه اندیشه نیز ظفرمند گردند؛ حال آنکه این وادی را اسبابی دگر لازم است. باری، عمل بدون اندیشه، خلأیی ایجاد می‌نماید که صرفاً تجربه و گذر زمان، آن را عیان می‌سازد. مضمون چنین دغدغه‌ای در باب آتیه کشور، در سخنان یکی از نمایندگان عیان بود: «این اصل [حاکمیت] اشکالش این است که باوجودی که شما خودتان تنظیم کرده‌اید... در نظر آقایان با اصل ولایت فقیه تناقض و تضاد دارد و معلوم نیست که بعد از بیست سال دیگر، مورد سوءاستفاده قرار نگیرد.»^۴

۱. نک: کدیور، محسن، *نظریه‌های دولت در فقه شیعه*، تهران: نشر نی، ۱۳۷۶، صص ۲۶-۲۸.

۲. *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، پیشین، جلسه ۱۵، صص ۳۸۰-۳۸۱، نائب‌رئیس مجلس.

۳. همان، صص ۳۷۴-۳۷۵، رحمت‌الله مقدم‌مراغه‌ای.

۴. همان، ص ۵۱۹، سیدمحمد کیاوش.

۴. بازگشت به امر حقوقی؛ از فرم فی نفسه به سوی فرم نسبتی

۴.۱. طراز فرم فی نفسه؛ متن زیبایی‌شناسانه و حاکمیت ثنویت‌گرا

با عنایت به ترکیب نیروها و اندیشه پس‌پشت فرم، کنون می‌باید نگاهی درونی به فرم افکنده و حدود مفهومی آن را بر حسب حاکمیت ملی مشخص نمود. در نظر برخی، تحریر اصل ۵۶ ق. ۱ شاهکاری در قانون‌گذاری است که موفق به جمع دو نظریه حاکمیت (الهی انسانی) گردیده و نشان داده است که تضاد میان‌شان برقرار نیست؛^۱ هرچند، در آن برهه تاریخی، مناقشات در باب اصل نو نوشته، سر به مهر باقی‌ماند؛ اما گشودن آن روشی درخور در سنجش قانون‌اساسی و تغییر مرتبت نظری برای دست یازیدن به یکپارچگی حقوقی است. توضیح اینکه این اصل می‌باید پایه‌گذار نظام حقوقی و نیز یگانگی در قدرت سیاسی باشد؛ اما تن به ثنویت سپرده است.^۲ در ظاهر امر، حاکمیت مذکور به صورتی واحد به نگارش درآمده؛ اما چون نیک بنگریم دریافتی دگر صادق است. باری، نهادهای قانون‌اساسی حول دو محور «اسلامیت» و «جمهوریت» به سامان گشته‌اند و هر کدام بخشی از حاکمیت را اعمال می‌نمایند و تا هنگامه حدوث رخدادی حیاتی و تصمیم‌سازی درباره‌اش، این ثنویت مبرهن نمی‌گردد. رویه سیاسی، حکایت از تفوق یک بخش (اسلامیت) از آن بر بخش دیگر آن (جمهوریت) دارد. این امر فاش‌کننده بنیاد دوگانه اصل ۵۶ و معنای «حاکم واقعی» در معنای اشمیتی دارد.^۳ همچنین به نظر می‌رسد، ثنویت مورد اشاره با تقدم حاکمیت بر حکومت مرتبط باشد. تحریر شفاف و بدون شبهه در ابواب قانون‌اساسی، ضامن گذر جامعه سیاسی از تنگنای آتیه و خلق انسجام ملی خواهد بود.

به نظر آن می‌رسد که اصل ۵۶ ق. ۱ دارای دو خصیصه است: زیبایی‌شناسانه و غیرحقوقی؛ چرا که نگارش زینده اصل مزبور، سبب آن می‌گردد تا ایرادات از چشمان دور ماند و چون ژرف بنگری، آنها را بخوای دید. باری، زیبایی آن بدان است که یکی از معضلات تاریخ فلسفه را به صورت وحدت وجود^۴ در موجزترین وجه خویش بیان نموده است؛ اما مسئله جبر و اختیار امری است در ساحت فلسفه نه حقوق. حال آنکه ما در بستر قانون اساسی و ملزومات آن قرار گرفته‌ایم. در تاریخ فلسفه سیاسی، وحدت وجود با اندیشه اسپینوزا گره خورده است؛ ایشان با بهره بردن از روش هندسی دکارت و گذار از ثنویت‌های وی، قائل به وحدت‌گرایی متافیزیکی^۵ گردید. اسپینوزا این اندیشه را در عالم سیاست پی گرفت و بر بنیاد آن، سنت فکری سیاسی دگرگونه‌ای را درمی‌افکند که برخلاف قرائت رایج لیبرالی آن است. در عرصه نظریه سیاسی

۱. بدین آیین، این اصل پایه‌گذار در بازنگری سال ۶۸ دستخوش تغییر نگشت و تاکنون نیز نیازی به تفسیر از سوی شورای نگهبان نداشته است.
۲. وحدت در نظریه حاکمیت، همبسته با تشکیل دولت‌مدن است. (وحدت در درون سیاست) در طراز دیگری از بحث، ثنویت سیاست از دیگر حوزه‌ها، ضرورت شکل‌پذیری امر سیاسی است. (ثنویت در برون سیاست) در جمهوری اسلامی، درکی خلاف‌آمد گزاره‌های بالا صورت‌پذیرفته است. جهت مطالعه در گستره جوامع اسلامی، نک: بدیع، برتران، *مطالعه تطبیقی دولت در جوامع مسیحی و در جوامع اسلامی*، ترجمه احمد نقیب‌زاده، تهران: علم، ۱۳۹۱.

3. See: Schmitt, Carl. *Political Theology*, Translated by: G. Schwab, Massachusetts: MIT Press. 1985, P 5.

همچنین، جهت مطالعه پیرامون پیشینه قرائت ثنویت‌گرا، نک: طباطبایی، جواد، *مفهوم ولایت مطلقه در اندیشه سده‌های میانه*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۰.

4. Pantheism

5. Metaphysical Monism

6. See: Della Rocca, Michael. *Spinoza*, London & New York: Routledge, 2008, PP 42-69.

اسپینوزایی، فرونی حق نسبتی توأمان با فزونی قدرت دارد.^۱ سیاست با تفلسف و میل با عقل نسبت می‌یابد. وی به‌منظور درانداختن وحدت‌گرایی متافیزیکی و ورود آن در پهنه سیاسی حقوقی دست به خلق نظریه زده و با معرفت به ملزومات این دو ساحت، آنها را از درون به هم پیوند داده است.^۲ حال که قانون‌اساسی نیز در پی درانداختن طرحی وحدت‌گرایانه است؛ می‌باید این وحدت را فی‌مابین تمامی اجزا نظام حقوقی برقرار سازد و بدون «خطای مقولاتی»، آن را به کارکردهای حقوقی کارا متصل نماید.^۳ با تمهید چنین، این تحریر زیبایی‌شناسانه می‌تواند در ساحت حقوق سکنی‌گزیند؛ ورنه، صرفاً بسان امری زیبا باقی خواهد ماند.

۴.۲. طرازِ فرم نسبتی؛ مواجهه‌ای نگهبانانه و گزینش‌گرانه با معرفت تاریخی

سخن گفتن از نسبتِ فرم حقوقی و میراث گذشته، فهم ژرفی را به ارمغان می‌آورد و حقوق را از صرفِ شناخت فی‌نفسه به‌سوی شناختی نسبتی سوق می‌دهد. این امر نسبتی، نخست در تلاقی هر کدامین فرم‌های حقوقی با میراث گذشته صورت می‌گیرد و سپس در نسبت میان فرم‌های حقوقی با یکدیگر تا سیر تاریخی ترسیم گردد.

مواجهه امر تاریخی و قانون‌اساسی ج. ا. در پرتو حاکمیت ملی در دو سطح قابل ملاحظه است. در سطحی، مواجهه تاریخی با امر مدرن است که با منظرگاهی نگهبانانه پیوند می‌یابد. گذشته، امری اصیل و امر مدرن، اعتباری است؛ این مهم در نسبت‌سنجی میان حاکمیت ملی و ولایت فقیه قابل درنگ نمودن است. هرچند پذیرش فرم قانون‌اساسی مبین امری مدرن به نظر می‌رسد؛ اما این مهم به‌واسطه قوام یافتن حکومت جدید و جایگزینی آن با فرم قبلی صورت گرفته است نه اعتقاد به منطق حقوق مدرن. امر مدرن وسیله‌ای است که جلای امروزین گذشته را می‌باید سبب گردد نه استحاله آن را. سطح دگر، حاکی از مواجهه‌ای گزینش‌گرانه دارد که به‌صورت خاص با ساحت امر حقوقی درمی‌آمیزد. گویی تاریخ ایران از دوره اسلامی‌اش آغازیده و قبل از آن تاریخی قابل‌تصور نیست. زین‌رو، حقوق می‌باید با این نقطه آغاز تطابق یابد، ولو با نادیده انگاشتن منطق درونی‌اش. در بطن قانون اساسی، این امر به دو نحو بروز یافت: (۱) رودررویی جزئی: شریعت با ساختار قانون‌اساسی به‌صورتی جزء‌به‌جزء روبه‌رو شد. این مواجهه، مضامین حقوقی را به‌سوی جعلِ مفاهیمی متناسب با نظام مکتبی کشانید. به‌سخنی، تقابل در میانه «نظامی از مفاهیم حقوقی» در برابر «ایده‌های پراکنده فقهی» بروز یافت. (۲) رودررویی کلی: این امر به نهادسازی با منطق فقهی و ورود آن به قانون‌اساسی بازمی‌گردد. چنانچه در امر پیشین، حقوق زمینه بود و فقه واکنشی بدان؛ در این ساحت، فقه به‌صورتی کنش‌مند وارد عرصه می‌گردد.

نسبتِ فرم حقوقی مشروطه با گذشته تاریخی نیز با دو مواجهه گره می‌خورد: نخست، به‌سبب پذیرش یک قانون‌اساسی مدرن براساس ایستادگی نیروی اجتماعی سیاسی جدیدی در مناسبات قدرت (اراده ملت) مواجهه‌ای انتقادی لحاظ می‌شود (امر زمینه‌ای). دوم، از حیث الحاق امر فقهی و دست‌اندازی سلطنت در متن مرتبط با حاکمیت تأسیسی،

^۱. See: Negri, Antonio. *Subversive Spinoza*, Translated by: Timothy S. Murphy, M, Hardt, T, Stolze and Ch, Wolfe. Manchester & New York: Manchester University Press, 2004, PP 18- 19.

^۲. هریس، ارول، *طرح/جمالی فلسفه اسپینوزا*، ترجمه مصطفی شهرآیین، تهران: نشرنی، ۱۳۸۹، صص ۱۸۹- ۲۰۸ و همچنین Balibar, Étienne, *Spinoza and Politics*, Translated by: Peter Snowdon, London and New York: Verso, 2008, PP 101- 124.

^۳. هرچند می‌باید تبار حاکمیت مندرج در ق.ا را در بستر فلسفه اسلامی (ملاصدرا) و عرفان (ابن عربی) جست‌وجو نمود؛ اما، اشاره به اسپینوزا از این حیث صورت پذیرفت که الگویی درخشان در تمتع از اصول متافیزیکی در ساحت سیاسی به‌صورت سیستماتیک را پیش‌روی می‌نهد. در پایان، ذکر این شوربختی ضرور است که بنابه ملاحظات تحمیلی، نوشته حاضر با اصل متن نویسنده فاصله‌ای چشمگیر یافته است.

مواجهه‌ای نگرهبانانه است. همچنین در رسالات حقوقی مشروطه که از طرح مضمون تا جعل مفهوم سلطنت ملی و به بار نشستن آن در فضای آکادمیک را دربرمی‌گیرد؛ رگه‌ای انتقادی قابل پی‌جویی است. برخی دکترین‌های حقوقی از اساس مشروطیت به مثابه امر خلاف‌آمد گذشته، مدافعه به عمل آورده و حتی‌المقدور ناخالص‌ها را کم اهمیت جلوه می‌دهند. برخی دگر منتقد تعارضات ذاتی مشروطه ایرانی‌اند و در پی فراتر رفتن از آن هستند. این دو مرحله (قانون اساسی مشروطه / رسالات)، خود به‌منزله میراث حقوقی گذشته در اختیار قانون‌گذار اساسی ۵۸ بود که می‌توانست از آن بهره برگیرد.

نتیجه‌گیری

تتبع حاضر شریطه‌ای دوگانه بر گرده داشت: نخست، در پی فهم حاکمیت ملی در قانون اساسی ج. ا. بود. (طرازِ فرم فی‌نفسه) زین‌رو، در مرتبت امر مادی، به مفصل‌بندی ترکیب نیروهای عام انقلاب و خاص مجلس بررسی قانون اساسی پرداخت و نشان داد که نیروهای مجلس از منظرگاه الهی و بخشی از منظر تلفیقی تشکیل یافته بود. سپس در مرتبت امر نظری گام نهاد و آن را در دو محور «زبان متشنت فقهی و حقوقی» و «تلقی از سنخ حکومت» پی‌جویی نمود؛ محورهایی که در آنها، مضمون و منطق درونی حقوق با خدشه همراه بوده است. مفهوم حاکمیت مندرج در قانون اساسی، مبین نگارش متن زیبایی‌شناسانه‌ای است که به ایجاز، توان حل یک معضل فلسفی (مسئله‌ی جبر و اختیار) را یافته است؛ اما، این بیان زیبا، به سبب افتراق در غایت، عدم عنایت به‌روش سیستماتیک حقوق و نیز عدم استمرار در نهادهای حقوقی، به ساحت حقوق ره نبرده و به‌جای وحدت به ثنویت منتهی گشته است. شریطه دومین آن نیز به ترسیم‌طور تاریخی فرم بازمی‌گردد که هر سه پاره تتبع در باب حاکمیت ملی در نسبت با یکدیگر آن سیر را برمی‌سازند. در این سطح، بخشی در نسبت فرم حقوقی با میراث گذشته به‌صورت مجزا و سپس به‌شکل پیوسته با دیگر فرم‌ها مطمح نظر بود (طرازِ فرم نسبتی). توضیح اینکه در قانون اساسی ج. ا. که می‌توان آن را «حاکمیت زیبایی‌شناسانه» نام نهاد، با معرفت تاریخی مواجهه‌ای نگرهبانانه و گزینش‌گرانه صورت پذیرفته است. در قانون اساسی مشروطه که نام «حاکمیت ژانوسی» بر آن نهادیم (پاره دوم تتبع)، نیز با امتزاج از مواجهه انتقادی و نگرهبانانه روبه‌رویم. در مرحله رسالات حقوقی که در پیش و پس از قانون اساسی مشروطه به تحریر درآمدند و نام «حاکمیت به‌مثابه سلطنت» بر آن قابل اطلاق بود (پاره نخست تتبع)، رگه‌ای از مواجهه انتقادی با میراث گذشته قابل شناسایی است که با فهم اندیشه سیاسی جهان‌شمول به امر محلی اندیشیده است. در نسبت میان این سه فرم، تطور تاریخی حاکمیت تأسیسی متعین می‌گردد. قانون‌گذار اساسی ۵۸ هر دو این فرم‌ها را در ارثیه‌اش به‌همراه داشت؛ اما در مسیر تعارضات قانون مشروطه گام برداشت و بدان استمرار بخشید. از رسالات حقوقی مشروطه و پرورش آن در سطح آکادمیک (در دهه‌های بعدی) طرفی نیست؛ بدین‌سان از یک فرم سیستماتیک حقوقی به‌دور ماند. امری که به‌سبب رجحان استدلالات فقهی بدون زمینه حقوقی صورت پذیرفت و در عمل آشفتگی به‌بار آورد. النهایه، می‌توان بازگفت، فرم حقوقی همواره امکان برگرفتن قصد از یک‌سویه گذشته به سویه دیگر و نوشوندگی را داراست تا امر جدیدی رُخ عیان دارد. چنین امکانی در جهانی از پیش بنیاد نهاده، می‌تواند مدام، تاریخ به مثابه سرچشمه آغازین را آشکار نماید و سبب‌سازِ احیا و سنجش فرم حقوقی گردد. خلاف‌آمد این امکان، برین دانستن یک‌سویه و تقلیل امر واقع بدان است که بسان تخت پروکروستیس خواهد بود که در انتظار تیسئوسی به‌سر می‌برد.

منابع

کتاب

۱. آبراهامیان، یرواند، *ایران میان دو انقلاب*، ترجمه احمد گل محمدی و محمد ابراهیم فتاحی، تهران: نشر نی، ۱۳۷۷.
۲. آبراهامیان، یرواند، *تاریخ ایران مدرن*، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷.
۳. آجودانی، ماشاءالله، *مشروطه ایرانی*، تهران: اختران، ۱۳۸۲.
۴. اسکینر، کوئنتین، *بنیادهای اندیشه سیاسی مدرن*، جلد ۱، ترجمه کاظم فیروزمند، تهران: آگه، ۱۳۹۳.
۵. امانت، عباس، *تاریخ مدرن ایران*، تهران: کتاب پارسه، ۱۳۹۷.
۶. باریه، موریس، *دین و سیاست در اندیشه مدرن*، ترجمه امیر رضایی، تهران: قصیده‌سرا، ۱۳۹۴.
۷. بدیع، برتران، *مطالعه تطبیقی دولت در جوامع مسیحی و در جوامع اسلامی*، ترجمه احمد نقیب‌زاده، تهران: علم، ۱۳۹۱.
۸. بشیریه، حسین، *دیباچه‌ای بر جامعه‌شناسی سیاسی ایران (دوره جمهوری اسلامی)*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۱.
۹. جعفریان، رسول، *جریان‌های مذهبی سیاسی ایران سال‌های ۱۳۲۰-۱۳۵۷*، تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۸۰.
۱۰. خمینی، روح‌الله، *حکومت اسلامی (ولایت فقیه)*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
۱۱. سمیعی، محمد، *نبرد قدرت در ایران*، تهران: نشر نی، ۱۴۰۱.
۱۲. سوسور، فردیناند، *دوره زبان‌شناسی عمومی*، ترجمه کورش صفوی، تهران: هرمس، ۱۳۸۲.
۱۳. سیوری، راجر، *در باب صفویان*، ترجمه رمضان علی روح‌الهی، تهران: مرکز، ۱۳۹۴.
۱۴. شریعتی، علی، *تشیع علوی و تشیع صفوی*، مجموعه آثار ۹، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱.
۱۵. شعاع حسینی، فرامرز، *بهشتی از زبان بهشتی*، جلد ۳، تهران: انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، ۱۳۹۱.
۱۶. طباطبایی، جواد، *مفهوم ولایت مطلقه در اندیشه سده‌های میانه*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۰.
۱۷. فیرحی، داوود، *آستانه تجدد در «شرح تنبیه الامه و تنزیه المله»*، تهران: نشر نی، ۱۳۹۷.
۱۸. فیرحی، داوود، *دولت و بحران قانون*، تهران: نشر نی، ۱۴۰۰.
۱۹. کاتوزیان، محمدعلی، *تضاد دولت و ملت؛ نظریه تاریخ و سیاست در ایران*، ترجمه علیرضا طیب، تهران: نشر نی، ۱۳۸۰.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، *گذری بر تدوین پیش‌نویس قانون اساسی*، در: *گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)*، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۴.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، *نقدی تحلیلی بر پیش‌نویس قانون اساسی*، در: *گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)*، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۴.
۲۲. کدیور، محسن، *نظریه‌های دولت در فقه شیعه*، تهران: نشر نی، ۱۳۷۶.
۲۳. کوفمان، والتر، *کشف ذهن؛ گوته، کانت و هگل*، جلد ۱، ترجمه ابوتراب سهراب و فریدالدین رادمهر، تهران: چشمه، ۱۳۸۵.
۲۴. محمدی‌گرگانی، محمد، *جستاری بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳.
۲۵. معین‌فرد، محمدرضا، *سیر تدوین و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۶.

۲۶. میلانی، محسن، *شکل‌گیری انقلاب اسلامی؛ از سلطنت پهلوی تا جمهوری اسلامی*، ترجمه مجتبی عطارزاده، تهران: گام نو، ۱۳۸۷.
۲۷. نیک‌پی، امیر، *مدرنیته، سیاست و سکولاریزاسیون*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹.
۲۸. هریس، ارول، *طرح اجمالی فلسفه اسپینوزا*، ترجمه مصطفی شهرآیین، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹.
۲۹. هوسرل، ادموند، *تأملات دکارتی*، ترجمه عبدالکریم رشیدیان، تهران: نشر نی، ۱۳۸۱.
۳۰. وثیق، شیدان، *لایسیسته چیست؟*، تهران: اختران، ۱۳۸۴.

مقاله

۳۱. پولادی، کاوه، «حاکمیت به منزله سلطنت؛ مصداقی در جایگاه مفهوم "اندیشه حاکمیت‌ملی از مواجهات آغازین تا استحاله آن در رسالات حقوقی عصر مشروطه"»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۱۰۰، ۱۴۰۱، صص ۳۵۳-۳۸۳.
۳۲. پولادی، کاوه، «حاکمیت ژانوسی؛ مفهوم‌پردازی حاکمیت‌ملی در قانون اساسی مشروطه»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۷، شماره ۱، ۱۴۰۳، صص ۲۱۱-۲۲۸.

قوانین و مذاکرات

۳۳. تفاسیر شورای نگهبان قانون اساسی.
۳۴. *راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸.
۳۵. *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
۳۶. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

References

Books

1. Abrahamian, Eravand, *Iran between Two Revolutions*, Translated by: Ahmad Gol-Mohammadi and Mohammad Ebrahim Fattahi, Tehran: Nay Publication, 1998. (In Persian)
2. Abrahamian, Ervand, *A History of Modern Iran*, Tehran: Nay Publication, 2008. (In Persian)
3. Ajodani, Mashallah, *Iranian Constitution*, Tehran: Akhtaran, 2003. (In Persian)
4. Amanat, Abbas, *Modern History of Iran*, Tehran: Parseh Book, 2018. (In Persian)
5. Badie, Bartaran, *The Two States: Power and Society in the West and in the Land of Islam*, Translated by: Ahmad Naghib-Zadeh, Tehran: Science, 2014. (In Persian)
6. Balibar, Étienne, *Spinoza and Politics*, Translated by: Peter Snowdon, London and New York: Verso, 2008.
7. Barbier, Maurice, *Religion and Politics in Modern Thought*, Translated by: Amir Rezaei, Tehran: Poet, 2015. (In Persian)
8. Bashirieh, Hossein, *Introduction to Political Sociology in Iran (Islamic Republic Era)*, Tehran: Contemporary View, 2002. (In Persian)
9. Della Rocca, Michael. *Spinoza*, London & New York: Routledge, 2008.
10. Feirahi, Davoud, *Modern State and Legal Crisis*, Tehran: Nay Publication, 2021. (In Persian)
11. Feirahi, Davoud, *The Threshold of Renewal In "Explanation of the Punishment of the Nation and the Purification of the Nation"*, Tehran: Nay Publication, 2018. (In Persian)

12. Harris, Errol Eustace, *Spinoza's Philosophy; Outline*, Translated by: Mostafa Shahr-Aeen, Tehran: Nay Publication, 2011. (In Persian)
13. Husserl, Edmund, *The Crisis of European Sciences and Transcendental Phenomenology*, Translated by: David Carr, Evanston: Northwestern University Press, 1970.
14. Hussrel, Edmund, *Cartesian Meditations*, Translated by: Abdolkarim Rashidian, Tehran: Nay Publication, 2002. (In Persian)
15. Jafarian, Rasoul, *Religion – Political Movements in Iran (1941- 1979)*, Tehran: Cultural Institute of Contemporary Knowledge and Thought, 2001. (In Persian)
16. Kadivar, Mohsen, *Theories of State in Shi'a*, Tehran: Nay Publication, 1997. (In Persian)
17. Katouzian, Mohammad Ali, *Iranian History and Politics: The Dialectic of State and Society*, Translated by: Alireza Tayyeb, Tehran: Nay Publication, 2001. (In Persian)
18. Katouzian, Nasser, "A look at the Draft Constitution", In: *Toward Justice (Selected Papers)*, Volume 1, Tehran: Mizan, 2015. (In Persian)
19. Katouzian, Nasser, "An Analytical Critique of the Draft Constitution", In: *Toward Justice (Selected Papers)*, Volume 1, Tehran: Mizan, 2015. (In Persian)
20. Khomeini, Rouhollah, *The Islamic Government*, Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Books, 1999. (In Persian)
21. Kufmann, Walter, *Discovering the Mind; Goethe, Kant & Hegel*, Volume 1, Translated by: Aboutorab Sohrab and Faridoddin Radmehr, Tehran: Fountain, 2006. (In Persian)
22. Milani, Mohsen, *The Making of Iran's Islamic Revolution from Monarchy to Islamic Republic*, Translated by: Mojtaba Attaradeh, Tehran: New Step, 2008. (In Persian)
23. Mohamadi Gorgani, Mohammad, *An introduction to the constitution of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Shahr-e Danesh, 2014. (In Persian)
24. Moien Fard, Mohammadreza, *The Codification & Ratification of the constitution of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Islamic Revolution Documents Center, 2007. (In Persian)
25. Negri, Antonio. *Subversive Spinoza*, Translated by: Timothy S. Murphy, M, Hardt, T, Stolze and Ch, Wolfe. Manchester & New York: Manchester University Press, 2004.
26. Nietzsche, Friedrich. *Untimely Meditations*, Translated by: R. J. Hollingdale, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
27. Nikpey, Amir, *Modernity, Politics & Secularization*, Tehran: Contemporary View, 2020. (In Persian)
28. Sami'ei, Mohamamd, *Contest for Power in Iran*, Tehran: Nay Publication, 2022. (In Persian)
29. Saussure, Ferdinand de, *Writings on General Linguistics*, Translated by: Kourrosh Safavi, Thran: Hermes, 2003. (In Persian)
30. Savory, Roger, *Studies on the History of Safavid Iran*, Translated by: Ramezan Ali Rouhollahi, Tehran: Centre, 2015. (In Persian)
31. Schmitt, Carl. *Political Theology*, Translated by: G, Schwab, Massachusetts: MIT Press. 1985.
32. Schutz, Alfred. *The Phenomenology of the Social World*, Translated by: Fredrick Lehnert, Evanston: Northwestern University Press, 1967.
33. Shari'ati, Ali, *Alawi Shi'e and Safavi Shi'e*, Volume 9, Tehran: Sahami Company Publishing, 1992. (In Persian)
34. Sho'a Hosseini, Faramarz, *Beheshti from the Language of Beheshti*, Volume 3, Tehran: Cultural Heritage and Honors Association, 2012. (In Persian)
35. Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought*, Volume 1, Translated by: Kazem Firouz-Mand, Tehran: Agah, 2014. (In Persian)
36. Tabataba'ei, Javad, *Theocracy in Medieval Ages Thought*, Tehran: Contemporary View, 2001. (In Persian)
37. Vasigh, Shaydan, *What is Laicism?* Tehran: Akhtaran, 2005. (In Persian)

Articles

38. Pouladi, Kaveh, "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*, Volume 25, Issue 100, 2022, PP 353-383. (In Persian)
39. Pouladi, Kaveh, "The Janusian Sovereignty; Investigation of the Conceptualization of National Sovereignty in the Iranian Constitution of 1906-07", *Legal Research Quarterly*, Volume 27, Issue 105, 2024, PP 211-228. (In Persian)

Laws and Negotiations

40. Constitution of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)
41. Detailed report of the discussions of the Parliament on the final review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Tehran: General Directorate of Cultural Affairs and Relations of the Islamic Consultative Assembly, 1985. (In Persian)
42. Guardian Council Interpretations on Constitution. (In Persian)
43. Guide to using the detailed minutes of the final deliberations of the Parliament of the Islamic Republic of Iran's Constitution, Tehran: General Directorate of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly, 1989. (In Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Legal Research
Volume 28, Issue 111, 2025

Table of Contents

Impact of Mantaqa Al-Faraq Theory on General Issues of Contract Law, with a Special Approach to Administrative Contracts	1
<i>Sayyed Mostafa Mohaghegh Damad, Mahdi Niazabadi, Bahareh Arab</i>	
Jury Institution in Iran with a Look at the Legal Systems of England and France	21
<i>Babak Habibi, Mohammad Ashouri, Bagher Shamloo</i>	
Analysis of the Legal and Economic Aspects of Money	39
<i>Abbas Karimi, Taha Arabasadi, Amir Ghaffari</i>	
The Balance of "Benefit and Harm" As a Basis for Individual Autonomy Violations During Health Crises	57
<i>Hassan Mohseni, Neda Hamekanmorad</i>	
Legal Analysis of Joint Work in the Software Industry with a Comparative View	73
<i>Parviz Savrai</i>	
The Legal Impact of Revolutions on the Modern Concept of Law: A Legal Study of the Philosophy and History of the Revolution Focusing on French, British and American Revolutions	91
<i>Amin Sedighi Neyshabour, Mohammad Jalali, Asadollah Yavari</i>	
The Jurisprudential – Legal Status of Conflicting Transactions Regarding The Customer's Right To Sell, Including the Retention Of Ownership Clause	109
<i>Javad Niknejed, Aliakbar Naderi Semiromi</i>	
Economic Critique of Penalty Clauses and the Necessity of Reforming Article 230 of the Iranian Civil Code.....	125
<i>Vahid Faghihi Mohammadi, Gholamali Seifi Zinab, Alireza Alipanah</i>	
Components of the New Approach to the Role of the Judge of Execution of Criminal Sentences ..	143
<i>Mohammad Mahdi Saghian, Marefat Najafi</i>	
Independence versus Accountability: A Reflection on Judicial Oversight in the United States Legal System	159
<i>Ayatollah Jalili, Farshid Dehghan, Mehrdad Momen</i>	
Analysis of the Effects of Describing the Court's Decision in Appointing Arbitrator:A Comparative Study of Iran's Legal System and Common Law	179
<i>Adel Ebrahimpoor Asanjan, Mehrdad Etemad Gharamaleki</i>	
States' Obligations to Protect the Marine Environment Against Climate Change: An Analysis of the ITLOS Advisory Opinion	195
<i>Mahnaz Rashidi, Mahshid Ajeli Lahiji</i>	
Analysis of the Legal Status of Subject Matter in Information-Based Contracts.....	215
<i>Ali Saatchi, Faezeh Teymourimoghaddam</i>	
Lapse of Time in Labour Lawsuits in Light of Administrative Court of Justice Procedure	233
<i>Javad Mahmoudi</i>	
Jurisprudential and Legal Foundations of Public Order.....	245
<i>Yaghoub Alizadeh</i>	
The Aesthetic Sovereignty; A Theological Approach to A Secular Concept "The National Sovereignty in the Constitution of the Islamic Republic of Iran"	265
<i>Kaveh Pouladi</i>	

Legal Research

Volume 28, Issue 111, 2025

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 : Mansour Amini

Executive Director: Shahrzad Haddadi

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*

Mahmoud Bagheri, *Professor of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran*

Francesca Bettio, *Professor of Economics, University of Siena, Italy*

Mohammad Reza Pasban, *Associate Professor of Private Law, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran*

Abdollah Shams, *Private Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Abdolhossein Shiravi Khozani, *Professor of International Trade Law, Tehran University of: Farabi Campus, Qom, Iran*

Abbas Shiri Varnamkhasti, *Professor of Criminal Law and Criminology, Tehran 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 Nadjafi Abrandabadi, *Professor of Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Text editor: Bahareh Arab, Elham Vahdanifar

Layout managing: Marzieh Barekat

Cover Design: Marzieh Barekat

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

- ▶ **Impact of Mantaqa Al-Faraq Theory on General Issues of Contract Law, with a Special Approach to Administrative Contracts**
Sayyed Mostafa Mohaghegh Damad, Mahdi Niazabadi, Bahareh Arab
- ▶ **Jury Institution in Iran with a Look at the Legal Systems of England and France**
Babak Habibi, Mohammad Ashouri, Bagher Shamloo
- ▶ **Analysis of the Legal and Economic Aspects of Money**
Abbas Karimi, Taha Arabasadi, Amir Ghaffari
- ▶ **The Balance of "Benefit and Harm" As a Basis for Individual Autonomy Violations During Health Crises**
Hassan Mohseni, Neda Hamekanmorad
- ▶ **Legal Analysis of Joint Work in the Software Industry with a Comparative View**
Parviz Savrai
- ▶ **The Legal Impact of Revolutions on the Modern Concept of Law: A Legal Study of the Philosophy and History of the Revolution Focusing on French, British and American Revolutions**
Amin Sedighi Neyshabour, Mohammad Jalali, Asadollah Yavari
- ▶ **The Jurisprudential – Legal Status of Conflicting Transactions Regarding The Customer's Right To Sell, Including the Retention Of Ownership Clause**
Javad Niknejed, Aliakbar Naderi Semiromi
- ▶ **Economic Critique of Penalty Clauses and the Necessity of Reforming Article 230 of the Iranian Civil Code**
Vahid Faghihi Mohammadi, Gholamali Seifi Zinab, Alireza Alipanah
- ▶ **Components of the New Approach to the Role of the Judge of Execution of Criminal Sentences**
Mohammad Mahdi Saghian, Marefat Najafi
- ▶ **Independence versus Accountability: A Reflection on Judicial Oversight in the United States Legal System**
Ayatollah Jalili, Farshid Dehghan, Mehrad Momen
- ▶ **Analysis of the Effects of Describing the Court's Decision in Appointing Arbitrator: A Comparative Study of Iran's Legal System and Common Law**
Adel Ebrahimipoor Asanjan, Mehrdad Etemad Gharamaleki
- ▶ **States' Obligations to Protect the Marine Environment Against Climate Change: An Analysis of the ITLOS Advisory Opinion**
Mahnaz Rashidi, Mahshid Ajeli Lahiji
- ▶ **Analysis of the Legal Status of Subject Matter in Information-Based Contracts**
Ali Saatchi, Faezeh Teymourimoghaddam
- ▶ **Lapse of Time in Labour Lawsuits in Light of Administrative Court of Justice Procedure**
Javad Mahmoudi
- ▶ **Jurisprudential and Legal Foundations of Public Order**
Yaghoub Alizadeh
- ▶ **The Aesthetic Sovereignty; A Theological Approach to A Secular Concept "The National Sovereignty in the Constitution of the Islamic Republic of Iran"**
Kaveh Pouladi