



Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2023.48363.5008>



Research Article

Feasibility Study and Effect of Legal System Engineering from a Private Law Perspective

Mohammad Taheri¹, Abbas Karimi^{2*}, Bakhtyar Abaslo³

1. Department of Private Law, Tehran Central Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran
2. Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
3. Department of Private Law, Tehran Central Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 19-09-2023

Accepted: 24-11-2023

Abstract

Introduction

Lawyers have neglected to describe and analyze the influence of social phenomena and the legal effects of juridical incidents. They have not studied methods for calculating and evaluating the effects of legislative, administrative, and judicial rulings, nor have they paid sufficient attention to developing the necessary tools to influence the social sphere. Instead, legal scholars continue to focus on traditional rules and comparative legal systems, striving to advance legal frameworks. However, public satisfaction with the legal system and its efficacy has declined, prompting economists to employ economic analysis to assess and reform legal systems. Meanwhile, social engineering has emerged, advocating utopian ideals and competing with legal science.

Additionally, the current legal system faces numerous challenges, including:

- Rising litigation rates, procedural delays, and psychological burdens on parties;

Please cite this article as:

Taheri, M., Karimi, A., Abaslo, B (2025). Feasibility Study and Effect of Legal System Engineering from a Private Law Perspective. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 1-36.
<https://doi: 10.22099/JLS.2023.48363.5008>.

* Corresponding author:

E-mail address: abkarimi@ut.ac.ir

- Escalating sudden violence and the need to enhance public satisfaction with justice distribution;
- Overcriminalization and prison overcrowding;
- High litigation costs and the limited effectiveness of government-provided legal aid;
- Declining reliance on attorneys and reduced interest in notarization;
- Failure to address unfair legal victories;
- Neglect of the relationship between the legal system and norm reinforcement;
- The weakening of family institutions;
- The expanding scope and cost of government responsibilities.

Given these issues, this research aims to develop a general theory and practical tools to advance private rights and reduce reliance on criminal law. By examining the natural processes of social phenomena—where each layer is governed by distinct dimensions and legal rules—this study seeks to answer the following key questions:

1. How can fundamental legal disputes, such as the substance of natural proceedings, be analyzed using an engineering approach?
2. How can insights from psychology, economics, information technology, cultural studies, social engineering, and power strategies be synthesized into a legal theory?
3. How can this theory help perceive the geometry of social conflicts (the "game environment")?
4. How can a mathematical function be formulated to calculate justice status and engineer the effects of legislative, administrative, and judicial decisions to address the aforementioned issues?

Methods

The hypothesis posits that by analyzing and describing various forms of social conflicts using interdisciplinary findings, an engineering approach can be applied to assess social disputes. By recognizing different conflict patterns and enhancing legal system functions, new regulatory tools can be developed to engineer justice status. The proposed solutions are examined through descriptive, analytical, comparative, and innovative engineering research.

Findings

The study reveals that culture emerges from the interplay between philosophy and civilization, forming the foundation of a society's legal system. Furthermore, the legal system's functions reinforce social norms. In

the Islamic legal framework, the system's purpose is to distribute legislative justice in accordance with Sharia objectives, which serve as its foundational principles. According to Article 156 of the Constitution, if rights derived from Islamic law are violated or denied, the legal system must redistribute justice. Therefore, drawing on expert opinions and scientific findings, a multi-objective function—applicable to AI—can be formulated to engineer legislation, administrative actions, and judicial interpretations. Additionally, based on game theory and behavioral economic analysis, decision-making within the "game environment" can be systematically engineered.

Results

The proposed theory of legal system engineering, grounded in private law and varying interpretations of crime within Islamic legal philosophy, is presented. This theory can be applied to engineer behaviors in preemptive, interventionary, and post-conflict scenarios to uphold justice.

Keywords: private law, engineering, Sharia objectives, legal system, justice.



امکان سنجی و آثار مهندسی نظام حقوقی با رویکرد حقوق خصوصی

محمد طاهری^۱، عباس کریمی^{۲*}، بختیار عباسلو^۳

۱. گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۲. گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۳. گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۰۷

چکیده

مقدمه: حقوقدانان از استمرار بخشیدن به توصیف و تحلیل تأثیر و تأثر پدیده‌های اجتماعی و آثار حقوقی وقایع حقوقی در معنای اعم غافل شده‌اند و هیچ‌گاه به شیوه محاسبه و ارزیابی آثار ایقاع‌های تقنینی، اداری و قضایی و تمهید ابزارهای لازم برای تأثیرگذاری بر فضای اجتماعی، توجه نکرده‌اند. حال این که در چنین شرایطی که حقوقدانان همچنان به مطالعه قواعد کهن و حتی مطالعه سایر نظام‌های حقوقی مشغول هستند و تلاش برای حفظ پیشرو بودن نظام‌های حقوقی را دارند، احساس رضایت‌مندی از عالم حقوق و کارایی آن، بیش‌ازپیش کم‌رنگ‌تر می‌شود؛ به‌طوری‌که علمای اقتصاد نیز برای ارزیابی و تحول‌آفرینی، روی به تحلیل اقتصادی حقوق آورده‌اند. از سوی دیگر مهندسی اجتماعی نیز متولد و آرمان اتوپیا (آرمان‌شهر) را وعده می‌دهد و به رقابت با حقوق برخاسته است.

وانگهی در کنار افزایش روزافزون شمار دعاوی در مراجع قضایی، اطلاع دادرسی‌ها و نیاز به آمارگیری از توزیع عدالت به جای آمارگیری از شمار پرونده‌ها، جمعیت بالای محکومان کیفری و

استناد به این مقاله:

طاهری، محمد؛ کریمی، عباس و عباسلو، بختیار (۱۴۰۴). امکان‌سنجی و آثار مهندسی نظام حقوقی با رویکرد حقوق خصوصی، مجله مطالعات حقوقی. ۱۷. (۲). ۳۶-۱.

E-mail address: abkarimi@ut.ac.ir

* نویسنده مسئول:

زندانیان، هزینه‌های بالای دادرسی، محدود بودن کارایی نهاد اعسار و وکالت معاضدتی، کاهش مراجعه به وکیل دادگستری، کاهش تنظیم سند رسمی، گسسته شدن ارتباط دوسویه میان نظام حقوقی و تقویت هنجارها، تضعیف شدن نهاد خانواده و افزوده شدن بی‌دربی بر مسئولیت‌ها و هزینه‌های دولت از اهم مسائل پیش‌روی نظام حقوقی بودند. بدین روی، تمهید نظریه عمومی و ابزار برای حل مسائل پیش‌روی نظام حقوقی به‌عنوان یک راه‌حل جامع و مانع و تلاش برای توسعه حقوق خصوصی و مضیق‌تر کردن قلمروی حقوق جزا، از مهم‌ترین اهداف این تحقیق بودند؛ بدین ترتیب برآنیم، با توجه به این که پدیده‌های اجتماعی ابعاد مختلفی دارند و هر لایه‌ای از آن‌ها در عین حال موضوع یکی از علوم منطبق از فلسفه و احاطه شده توسط گروهی از قواعد حقوقی هستند، بدین مسئله بپردازیم که برای رصد و صیانت از وجود روال طبیعی در آن‌ها چگونه می‌توانیم به شیوه مهندسی برای تبیین مفاهیم بنیادین حقوقی چون ماهیت خود روال طبیعی (عدالت) ورود کرده و بر پایه مفاهیم حقوقی و مفاهیم حاصل از علوم دیگر اعم از روان‌شناسی، اقتصاد، اطلاعات و فناوری اطلاعات، مطالعات فرهنگی، مهندسی اجتماعی و استراتژی‌های قدرت و جنگ نرم اجتماعی، نظریه‌ای عمومی برای تبیین و صیانت از روال طبیعی در پدیده‌های اجتماعی ارائه کنیم و دریابیم که چگونه از علم حاصل از این نظریه می‌توان برای درک هندسه فضای پیرامون روابط و موضوع اختلاف و فراهم کردن معادله محاسبه وضعیت توزیع روال طبیعی (عدالت) و مهندسی آثار ایقاع‌های تقنینی، قضایی و اداری به‌منظور مواجهه با مسائل مزبور کمک گرفت؟

روش‌ها: فرضیه این بود که با تحلیل و توصیف صورت‌های مختلف منازعات اجتماعی به‌وسیله علوم مرتبط می‌توان آن‌ها را به شیوه مهندسی، تحلیل کرد و با شناخت صورت‌های مختلف منازعات اجتماعی و تکمیل نظام دادرسی و تمهید ابزارهای جدید برای تنظیم‌گری می‌توان گستره عدالت را مهندسی کرد. پس به شیوه توصیفی، تحلیلی، تطبیقی و شیوه ابتکاری مهندسی، راه‌حل، مورد پژوهش بنیادین قرار گرفت.

یافته‌ها: حکایت از این دارند از آنجایی که فرهنگ از تضارب فلسفه و تمدن، شکل گرفته و بنیان‌ها نظام حقوقی در جامعه را تعیین می‌کند، اعمال نظام حقوقی نیز با تقویت هنجارهای فرهنگی، همبستگی دارد. در این میان نظام حقوقی اسلامی، بر این فلسفه استوار است که نصیب عادلانه تشریع شده در خصوص مقاصد شریعت را که همان بنیان‌های کلی نظام حقوقی اسلامی است، به ازای هر شخص بر قرار نگه دارد و مطابق اصل ۱۵۶ قانون اساسی در صورت تضییع و یا انکار حق بر آمده از عدالت موصوف، به باز توزیع آن بپردازد. در راستای حل مسائل پیش‌روی نظام حقوقی، همان‌گونه که رجوع به کارشناسی موجه است، بر پایه فلسفه حقوق اسلامی تبیین شده، از یافته‌های دیگر علوم برای

طراحی نظریه و معادله ریاضی عدالت، به‌صورت یک تابع چند هدفه که امکان بارگذاری بر روی هوش مصنوعی را دارد، به‌منظور تمهید معیار مهندسی تقنین، مقررات‌گذاری و تفسیر قوانین و مقررات، بهره‌گرفته و تبیین شد که بر مبنای علمی چون نظریه بازی‌ها و تحلیل اقتصادی با رویکرد رفتاری، می‌توان انتخاب‌ها را نیز در هندسه دعاوی (محیط بازی) مهندسی کرد.

نتیجه‌گیری: بنابراین اندیشه مهندسی نظام حقوقی با رویکرد حقوق خصوصی بر حسب تبیین دگرگونه از مفهوم جرم با ابزارهای خودش، به‌منظور صیانت و توزیع عدالت ارائه شد و می‌تواند به مهندسی پیشینی، میان جبهه‌ای و پسینی رفتارها و پیامدهای آن‌ها نیز بپردازد.

واژگان کلیدی: حقوق خصوصی، مهندسی، مقاصد شریعت، نظام حقوقی، عدالت.

سرآغاز

حقوق دانان از توصیف و تحلیل تأثیر و تأثر پدیده‌های اجتماعی و آثار حقوقی وقایع حقوقی در معنای اعم غافل شده‌اند و مطالعات را در حد اثر اکراه در عقد یا جرم یا اثر ارباب در وقوع جنایت باقی گذاشته‌اند و هیچ‌گاه به شیوه محاسبه و ارزیابی آثار ایقاع‌های تقنینی، اداری و قضایی و تمهید ابزارهای لازم برای تأثیرگذاری بر فضای اجتماعی اطراف ایقاعات مورد اشاره، توجه نکرده‌اند. حال این که در چنین شرایطی که حقوق دانان همچنان به مطالعه قواعد کهن و حتی مطالعه سایر نظام‌های حقوقی مشغول هستند، احساس رضایت‌مندی از عالم حقوق و کارایی آن، بیش از پیش کم‌رنگ شده است و انسان‌ها علم حقوق را از درک جامع مسائل خود فارغ می‌پندارند، به‌طوری که علمای اقتصاد نیز برای ارزیابی و تحول‌آفرینی، به تحلیل اقتصادی حقوق روی آورده‌اند، از سوی دیگر، مهندسی اجتماعی متولد شده و آرمان اتوپیا را وعده می‌دهد و به رقابت با حقوق برخاسته است و روان‌شناسان در حالی ملجأ و پناه مردم از فشارهای روانی دعاوی شده‌اند که طرح دعاوی از نظر حقوقی، خود ملجأ و وسیله مرسوم تظلم خواهی هستند؛ بسیاری از اختلافات نیز، چاره نمی‌شود و به شکل دیگری و اغلب خودسرانه و بدون هم‌اندیشی با وکیل به دادرسی سپرده می‌شوند و بر آمار پرونده‌های قضایی می‌افزایند.

وانگهی در کنار افزایش روزافزون شمار دعاوی در مراجع قضایی، اطلاع دادرسی‌ها، فشارهای روانی ناشی از طبیعت دادرسی‌ها، بروز خشونت‌های ناگهانی، نیاز به افزایش رضایت‌مندی از دادرسی‌ها و آمارگیری از میزان توزیع عدالت به جای آمارگیری از ورودی و خروجی پرونده‌های دعاوی، روند افزایش قوانین کیفری و نیاز به کاهش تعداد محکومان کیفری و زندانیان مربوطه، هزینه‌های بالای دادرسی، محدود بودن کارایی نهاد اعسار و محدود بودن توان نهاد وکالت معاضدت، کاهش رغبت مراجعه به وکیل دادگستری، کاهش رغبت به تسجیل معاملات با تنظیم سند رسمی، پیچیده شدن رو به ازدیاد زندگی اجتماعی و لزوم پیشگیری از پیروز شدن بی‌حق در دعا و لزوم

حمایت از ضعیف‌ذی‌حق در برابر اشخاص مقتدر بی‌حق، گسسته شدن ارتباط دو سویه و همبستگی مثبت میان نظام حقوقی و تقویت هنجارها، تضعیف شدن نهاد خانواده و افزوده شدن پی‌درپی بر مسئولیت‌ها و هزینه‌های دولت در معنای اعم کلمه، از جمله مسائلی پیش روی نظام حقوقی کنونی هستند؛ بدین‌روی برآنیم، با توجه به این که پدیده‌های اجتماعی ابعاد مختلفی دارند و هر لایه‌ای از آن‌ها در عین حال موضوع یکی از علوم منشق از فلسفه هستند و با قواعد حقوقی احاطه شده‌اند، به این مسئله پرداخته شود که برای صیانت از وجود روال طبیعی در آن‌ها چگونه می‌توان به شیوه مهندسی برای تبیین مفاهیم بنیادین حقوقی چون ماهیت خود روال طبیعی (عدالت) وارد شد و بر پایه مفاهیم حقوقی و مفاهیم حاصل از علوم دیگر اعم از روان‌شناسی، اقتصاد، اطلاعات و فناوری اطلاعات، مطالعات فرهنگی، مهندسی اجتماعی و استراتژی‌های قدرت و جنگ نرم اجتماعی، نظریه‌ای عمومی برای تبیین و صیانت از روال طبیعی در پدیده‌های اجتماعی ارائه داد و دریافت که چگونه از علم حاصل از این نظریه می‌توان برای درک هندسه فضای پیرامون روابط و موضوع اختلاف و فراهم کردن معادله محاسبه وضعیت توزیع روال طبیعی (عدالت) و مهندسی آثار ایقاع‌های تقنینی، قضایی و اداری برای مواجهه با مسائل مزبور کمک گرفت؟

بدین‌روی، برای طراحی نظریه، به ترتیب با دو عنوان «چیستی نظام حقوقی و امکان‌سنجی تأثیرپذیری آن از تطور مفهوم مهندسی» و «مکانیسم نظام حقوقی و سنجش محقق کردن توأم امنیت و عدالت» در این نوشتار بحث خواهد شد، اما تمهید ابزارهای متأثر کردن درباره روابط و موضوع اختلاف به مثابه ابرازهای راه‌حل، از ظرفیت این نوشته خارج است و به آن در نوشتار دیگری پرداخته می‌شود.

۱. چیستی نظام حقوقی و امکان‌سنجی تأثیرپذیری آن از تطور مفهوم مهندسی

در این مبحث، ضمن واکاوی ماهیت حقوق و اندیشه‌های عدالت و ارتباط آنها با هم و نیز ارتباط آنها با نظام حقوقی و پس از ارائه فلسفه حقوقی-اسلامی، در بند نخست، به

اندیشه‌های بنیادین راجع به جوهره و مبانی نظام حقوقی توجه می‌شود و سپس تطور مفهوم مهندسی به موازات تحول فلسفه برای امکان‌سنجی مهندسی نظام حقوقی از نظر خواهد گذشت و سرانجام در بند دوم، به طراحی اندیشه مهندسی نظام حقوقی، بر پایه فلسفه حقوقی-اسلامی ارائه‌شده، پرداخته خواهد شد.

۱-۱. مبانی و جوهره و امکان‌سنجی مهندسی نظام حقوقی

در این بند با دو تقسیم فرعی، به چستی عدالت، حقوق، نظام حقوقی و ارتباط آنها با یکدیگر و نقش فلسفه در این باره پرداخته شده است تا سپس بتوان به کمک دیگر علوم تجربی و عقلی مرتبط، مبتنی بر فلسفه حقوقی-اسلامی ارائه‌شده، جوهره نظام حقوقی به روش هندسی تحلیل و به امکان‌سنجی مهندسی نظام حقوقی برای توزیع آن، پرداخته شود.

۱-۱-۱. نقش فلسفه فکری حاکم بر جامعه بر تفسیر جوهره نظام‌های حقوقی

می‌دانیم که فلسفه به معنای خردگرایی است (Arjamandsiahpoush, 2010: 12) و همه علوم به فلسفه و نیز پاره‌ای از نتایج علوم دیگر در پیشبرد خویش، محتاج هستند؛ خاستگاه فلسفه شرق است و ۳۵۰ سال پیش فلسفه اسلامی، با تلاش‌های ملاصدرا معروف به صدرالمتهالین که منطق ریاضی را به کار بست، به نقطه استوار خویش رسید (Tabatabai and Motahari, no date: 11-12).

او همه موجودات را تجلی وجود باری تعالی و در این میان، انسان را تنها موجود دارای مراتب دانست (Rezaei and Shahnazari, 2107: 6,12). این در حالی است که فلسفه غرب بعد از یک دوران خاموشی هزارساله با ظهور فلاسفه عقل‌گرایی چون دکارت و اسپینوزا در اروپای قاره‌ای که به منطق ریاضی متکی بودند و با روی کار آمدن تجربه‌گرایانی چون جان لاک، بارکلی و دیوید هیوم در بریتانیا و سپس با انقلاب کوپرنیکی امانوئل کانت و نظریه دیالکتیکی هگل و اتکای او به تاریخ در فلسفه و

همچنین مکتب فایده‌گرایی جرمی بنتام انگلیسی ادامه یافت و بعد از آن، از یک‌سو با اندیشه فلسفی کارل مارکس رنگ سیاسی گرفت (Cohen, 2019: 27, 35-54, 96) و از سوی دیگر، با اندیشه‌های زیگموند فروید، روان‌شناسی متحول شد و سرانجام فلسفه غرب با تفکر اومانیستی ژان پل سارتر بیش از پیش به ورطه انحطاط و سقوط کشیده شد. این در حالی است که می‌دانیم بنیان‌هایی که نظام حقوقی را احاطه کرده‌اند در سطح فلسفه تعریف می‌شوند، هابز این بنیان‌ها را پنج مطلوب بنیادین (Hikmatnia, 2014: 7, 10, 32) در آخرین تحول مهم فلسفی غرب، جان رالز، قرارداد اجتماعی را منحصراً مطلوب بنیادین دانست (Nemati, 2017:107) اما از منظر فقه امامیه از مال، نسل، نفس، عقل، دین و عرض به‌عنوان مقاصد شریعت بحث می‌شود (Hikmatnia, 2014: 17). بدین‌روی تعارض عقیده مشهود است و چون اندیشه‌ها [فلسفه]، رکن معنوی و تمدن، رکن مادی «فرهنگ» است تضارب این دو، هویت و به تعبیر روان‌شناسان شخصیت اعضای جامعه را می‌سازد (Velayati, 2014: 19). به نظر، فرهنگ با نظام حقوقی همبستگی دارد و باید در مطالعات تطبیقی از امکان تزاخم روال ناشی از فلسفه فکری بیگانه، آگاه بود.

با وجود این، برای جامعه ایرانی که از منظر جامعه‌شناسی، از سنخ کژمردن است و در آن وجه غالب روابط، مدنی نیست (Jalaipour, 2010: 27, 33-34)، برای بهبود وضعیت دادرسی، که ضمانت اجرای صلاحیت دولت در معنای عام آن است، بدون آسیب‌شناسی چندوجهی، تنها برخی به لزوم دو مرحله‌ای شدن نظام دادرسی مدنی ایران مانند حقوق فرانسه و انگلیس نظر داده‌اند (Mohseni, 2007: 92, 93, 96, 112) که نظام کشف دلیل این نوع نظام دادرسی مدنی دو مرحله‌ای، در آمریکا نیز متأثر از حقوق انگلیس ایجاد شده است (Safari, 2021: 175) و برخی دیگر، از ایجاد نظام آماری هماهنگ با در نظر گرفتن هزینه‌های پولی و غیر پولی [فشارهای روانی و فرصت‌های از دسته رفته] سخن به میان آورده‌اند (Shahbazinia et al., 2019: 477). و برخی تحقق عدالت را وابسته به مهارت نسبت به زمان و مکان استناد به ادله و غلبه بر محدودیت

صلاحیت محاکم معرفی کرده‌اند (Shams, 2015: 211, 363) اما به نظر برای رسیدن به نظریه جامع باید بنیان‌های نظام حقوقی و فلسفه وجودی آن را تبیین کرد. پس در ضمن پرهیز از آثار اندیشه فلاسفه غربی، باید آیه ۱ سوره علق که نخستین سوره و آیه‌ای بود که بر پیامبر اکرم نازل شد و آیات شریفه ۱۸ سوره آل عمران، ۴۷ سوره انبیاء، ۳۶ سوره یس، آیه ۵۴ سوره انعام و ۳۵ سوره نور را که از خلقت همه موجودات به اقتضای رحمت خداوند و از عدالت به مثابه میزان نظام صدور این رحمت، خبر می‌دهند را شروع اندیشه حقوقی-اسلامی، دانست. مقاصد شریعت که در فقه امامیه از آن بحث شده است به نظر قالب کلی تمام صور رحمت خداوند و بنیان‌های کلی نظام حقوقی هستند و فلسفه وجودی نظام حقوقی صیانت از عدالت تشریعی، به‌عنوان روال طبیعی (میزان) در بهره‌گیری از این بنیان‌هاست.

از نظر فلسفی، مرتبه عدالت پیش از حق (Karimi et al., 2017: 269) امری فرازمانی و مکانی، چند ساحتی و توزیعی از منظر فیلسوفان مسلمان (Namazi and Lashkari, 2012: 112-114) و مطابق با حکمت ۴۳۷ نهج‌البلاغه «روال طبیعی امور» معرفی شده است. بدین ترتیب، صور این عدالت توزیعی، اصل استحقاق و در مواقع ضرورت، جایگزین شدن اصل نیاز درخصوص حسب مورد، مواهب طبیعی و میراث و در سایر موارد، معامله به مثل متوازن است. بدین روی، برخلاف آنکه جرم‌شناسان، حتی درباره تعریف جرم اتفاق نظر ندارند (Abdul Fattah and Rahiminejad, 2002: 139) به نظر مستفاد از آیه ۲ سوره شریفه «ص»، مقابله به مثل با غرور و سرکشی انسان، که قواعد مدنی ضمانت اجرای کارآمد برای درهم شکستن آن نیست، صورت عدالت توزیعی است.

این پیوندی را که فلسفه میان علوم مختلف، به لحاظ چند ساحتی بودن مبنای حق (عدالت)، برقرار می‌کند، راسکو پاند، رئیس اسبق دانشکده حقوق دانشگاه هاروارد، نیز مورد توجه قرار داده است (McManaman, 1958: 1) اما به نظر پارادایم حقوق تحقیقی بود که آن را به صورت مردود به پراگماتیسم حقوقی و سپس واقع‌گرایی، فروکاست. بدین صورت، با لحاظ مبانی فلسفه و علوم متعدد و از جمله روان‌شناسی که از فلسفه مشتق

شده و استعدادی که درخصوص تبیین مبنای انتخاب و چگونگی ادراک آدمی و علت بروز خشونت‌های ناگهانی دارد (Abdul Maliki, 2105: 21, 24, 25, 28, 152- 153, 214,) به نظر می‌رسد که دادرسی را باید پدیده‌ای اجتماعی دانست که جبهه تقابل اشخاصی است که تعارض منافع دارند (برای توضیح-توزیع عدالت) و نبرد اراده‌های ایشان، با اضلاع اطلاعاتی، اقتصادی، روان‌تنی، مادی و حقوقی، برای تسخیر اذهان اشخاص انشاءکننده اعمال قضایی و اداری برای حاکم شدن در دعوا است و بدین روی دعوا را نیز باید تعارض اراده‌ها بر اثر تعارض منافع برای صدور دادنامه مطابق با باور طرف پیروز دانست؛ پس چگونه می‌توان نظریه‌ای را برای کاهش میل اشخاص به چنین تعارضی برای صیانت از روال طبیعی امور (عدالت) طراحی کرد؟ این پرسشی است که پاسخ آن در قسمت بعدی، پی گرفته خواهد شد.

۱-۱-۲. تطور مهندسی به موازات تحول فلسفه و امکان‌سنجی مهندسی نظام حقوقی

مهندسی که استفاده خلاقانه و کاربردی از علم و مرتبط با فرهنگ است (Farshad, 1983: 15, 16) پس از نوزایی علمی در علوم انسانی نیز مورد توجه قرار گرفته و به تأسیس جامعه‌شناسی و سپس در سال ۱۹۰۹ میلادی طبق نظریه ویلیام تولمان به شکل‌گیری مهندسی اجتماعی، منجر شده است (Taliban, 2018: 9, 30, 33). مهندسی اجتماعی را نیز به نوبه خود در حقوق، راسکو پاند، به‌عنوان فرایند ایجاد سازگاری بین تعارض‌ها برای تأمین بیشترین منافع با کمترین اتلاف و اصطکاک، مورد توجه قرار داده است. (McManaman, 1958: 45) برخی دیگر نیز آن را از منظر حقوقی، منتج به مهندسی فرهنگی قلمداد کرده‌اند (Matnuh, 2017: 120). منتها بنا بر منابع علمی، پس از بحران جامعه‌شناسی، برخی از احتیاج به جعبه نظریه‌ها برای اعمال مهندسی اجتماعی سخن گفته‌اند و اعتقاد داشته‌اند که «عدالت» همان جعبه تئوریک مورد نیاز است (Taliban, 2018: 40, 57, 59). اما به نظر می‌رسد، جعبه تئوریک مهندسی در اجتماع، حقوق است و اندیشه مهندسی نظام حقوقی با رویکرد حقوق خصوصی که از فلسفه و

علوم مرتبط برای همسو کردن وجوه مختلف نظام حقوقی کمک می‌گیرد و با تمهید و استفاده از ابزارها برای برطرف کردن یا دست‌کم کمتر کردن مشکلات اجتماعی، برای صیانت از روال طبیعی (عدالت)، برمی‌خیزد را باید تفکر مهندسی در حقوق دانست.

بر این اساس (صیانت نظام حقوقی از عدالت)، مواجهه دادخواهی را با قضاوت در ماهیت که مطابق اصل ۳۴ قانون اساسی وسیله معمول بازتوزیع عدالت است، باید مهندسی و به طریق اولی احتمال وقوع آن را پیش‌بینی‌پذیر کرد؛ زیرا به نظر از «قرار» فصل خصومت برآمده و بازتوزیع عدالت انتظار نمی‌رود. بدین منظور باید از قاعده تعمیم اصل اساسی شمارش $n_1, n_2, \dots, n_r$ بهره بگیریم (Ross, 2006: 2). پس چون می‌دانیم مجموعه شرایطی که ضمانت اجرای دادخواست دارند دوازده مورد (Shams, 2016: 23-25, 27, 30) و برای هریک از شرایط دو حالت وجود یا نبود را می‌توان در نظر گرفت، می‌توانیم احتمال به جریان افتادن دادخواست را محاسبه کنیم؛ البته شرایط ارشادی ناشی از به کار بستن سامانه‌های رایانه‌ای حسب اعمال تبصره ۲ ماده ۶۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، تحقق تمام شرایط برای ارسال دادخواست را، جزء تعیین بها و محاسبه و پرداخت صحیح هزینه دادرسی دعاوی مالی را که به مهارت وابسته هست، حتمی می‌کند، پس می‌توان برای شرایط دیگر یک حالت یعنی حالت وجود داشتن را در نظر گرفت. قابل توجه است که در دعاوی غیرمالی این دو استثنا از شرایط ارشادی نیز مطرح نمی‌شود و حتی پاره‌ای از دعاوی، منوط به رعایت شرایط شکلی دادخواست نیستند.

با وجود این، شرایط عمومی دعوا نیز حتی در امور حسبی با توجه به مواد ۱ و ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، جزء در برخی موارد استثنایی، به نظر در همه امور باید برقرار باشد تا درباره ماهیت به قضاوت بپردازد، منتها، ایرادهای دعوا، مجموعاً سیزده مورد و در چهار دسته، گنجانده شده‌اند (Shams, 2015: 427-456)؛ از جمله این که گاه به علت وجود قانونی، ماهوی یا شکلی، صدور قرار عدم استماع دعوا، چون مانعی محقق می‌شود (Shams, 2016: 242) چون چهار

شرط دعوا، شرطی و نه شرط دیگر پیشامدی مستقل است، با لحاظ این که احتمال وقوع قرار عدم استماع دعوا $\frac{1}{n}$ و طبق محاسبه پواسون $n=1/5$ قابل محاسبه است (poisson, 2013: 37) احتمال ورود دعوا را در ماهیت می‌توانیم محاسبه کنیم. احتمال وقوع یک پیشامد به صورت $P(A) = N(A)/N(S)$ (Ross, 2006: 51) احتمال وقوع پیشامد شرطی به صورت $P(E/F) = P(EF)/P(F)$ (Ross, 2003: 14) و احتمال وقوع توأم چند پیشامد مستقل به صورت $P(EF) = P(E)P(F)$ (Ross, 2003: 24) قابل محاسبه هستند و می‌دانیم نظریه احتمال (عدم قطعیت ناشی از تصادف) و منطق فازی (عدم قطعیت ناشی از درجه ویژگی قابل انتساب) (Bashiri, 2009: 418) به صورت مکمل قابل استفاده هستند (شکوری‌کیگری، ۱۳۸۹، ص ۲۷) و منطق کوانتومی نیز برای محاسبه آنچه در محاسبه، هم قابل وقوع و هم غیرقابل وقوع است (Sciama, 1961: 472)، کاربرد دارد و می‌تواند به‌رغم شباهت با منطق فازی برحسب تفاوت ناشی از مربع ریشه عدمی که دارد (Kreinovich et al., 2011: 1) امکان بررسی لایه‌های پنهان منطق فازی را فراهم کند (Schmitt et al., 2009: 1)

پس با توجه به این که می‌توانیم طبق منطق فازی، عددی از بازه بسته [۰، ۱] را به عنصر عضو یک پدیده نسبت دهیم (Bashiri, 2013:12; Shakuri Katigeri, 2010:4; Sabahi, 2009: 419) بنا بر توزیع احتمال پیشین (H. Bowker and Lieberman, 2009: 168) می‌توانیم قدرت اثباتی دلیل دادخواه را متکی بر قاعده اصله‌الظهور قبل از تعارض ادله، دارای قدرت اثباتی بدون خدشه، در نظر بگیریم و بدین ترتیب می‌توانیم برای آن $x = 1$ و درجه دلیل معارض را اگر اماره قضایی باشد: $0/3$ ، اگر اماره قانونی باشد: $0/2$ و اگر سند عادی که با نظریه کارشناسی یا عدم تعرض، اصالت آن پذیرفته شده باشد ۱ بدانیم، بدین ترتیب، می‌توانیم به طریق زیر، وقوع به جریان افتادن دادخواست، ورود قضاوت در ماهیت و صدور حکم له دادخواه را به این صورت محاسبه کنیم:

$$n_1 \times n_2 \times n_3 \times n_4 \times n_5 \times n_6 \times n_7 \times n_8 \times n_9 \times n_{10} \times n_{11} \times n_{12} =$$

احتمال به جریان افتادن دادخواست دعوای مالی:

$$P(A) = \frac{N(A)}{N(S)} = \frac{1}{4096}$$

احتمال به جریان افتادن دادخواست دعوای مالی با بهره‌گیری از رفتار ارشادی:

$$2 \times 2 \times 1 \times 1 \times 1 \times 1 \times 1 \times 1 \times 1 \times 1 \times 1 = 4$$

$$P(A) = \frac{N(A)}{N(S)} = \frac{1}{4} \text{ یا } 25\%$$

اما بنا بر این روش، احتمال به جریان افتادن دعوای غیرمالی: ۵۰٪ و احتمال به جریان

افتادن دعوایی که منوط به رعایت تشریفات شکلی دادخواست نیست، ۱۰۰٪ است.

احتمال رعایت ۴ شرط دعوای شرط متناظر در دادخواست:

$$P = \frac{\frac{1}{16} \times \frac{1}{4}}{\frac{1}{4}} = \frac{1}{16}$$

احتمال وقوع توأم رعایت ۴ شرط مورد اشاره همراه با ۹ شرط دیگر و ورود قضاوت

به ماهیت: $P = \frac{1}{16} \times \frac{1}{384} = \frac{1}{6144}$ و محاسبه توان اثباتی ادله دادخواه در شرایط بی‌خبری

از احتمال وقوع اثبات متناقض، بدین صورت است:

$$f(x, j) = \sum_{i=1}^{\infty} \text{evidence number} - |x \times j|^u$$

$x = Px = u$: احتمال وقوع اثبات متناقض و $j = pj$: احتمال وقوع درجه‌ای از

قضاوت راجع به ارزش اثباتی دلیل معارض، است و بدین ترتیب:

$$P(X) = \left(\frac{1}{n}\right)^6 \times (0/2 \times 0/3) = 0/005267489712$$

$$p_j = \frac{1}{\sqrt{11}} \times (0 + 0/1 + 0/2 + 0/3 + 0/4 + 0/5 + 0/6 + 0/7 + 0/8 + 0/9$$

$$+ 1) = 1/658312395$$

$$f = 1 - \left| 0.005267489712 \times 1/658312395 \right|^{0.005267489712}$$

$$= 0.02466084094$$

و اگر $V \in \{0, 1\}$ و P_v (Probability of victory) نماد احتمال صدور حکم له دادخواه و P_s (Probability of decision about subsentive) را نماد احتمال ورود قضاوت به ماهیت بدانیم:

$$p_v = p_s \times f \times v$$

$$v = \frac{1}{\sqrt{2}} \times (0 + 1) = 0.7071067812$$

بدین روی، می‌توان احتمال صدور حکم له دادخواه در امر حقوقی را به معنای اعم که با بی‌خبری از احتمال وقوع اثبات متناقض مطرح شده 0.02838191383% ، در دادخواهی به دیوان عدالت اداری با لحاظ مواد ۱۶ تا ۲۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰ و ماده ۵۳ همان قانون، برابر 0.0002724663728 یا 0.2724663728% و در شکایت کیفری، احتمال صدور قرار جلب به دادرسی را معادل 0.1743784786% یا 17.43784786% محاسبه کرد؛ پس بر مبنای فلسفه پیش‌گفته برای مهندسی تقنین و تفسیر قوانین و مقررات برای افزایش احتمال توزیع عدالت در ماهیت امر، باید محاسبه توزیع عدالت در آنات زمانی و تشخیص نقض آن را تمهید کرد که در قسمت بعدی به آن پرداخته می‌شود، اما برای محاسبه شیوه تصمیم‌گیری در دعاوی و مهندسی آن به منظور توزیع عدالت، به نظریه بازی‌ها و تحلیل اقتصادی حقوق، احتیاج است.

در این رابطه، درباره دادرسی به معنایی که منظور این نوشتار و بستر تعارض اراده‌ها (دعوا) است، دستاورد یافته‌ها از میانه نظریه بازی‌ها، این است که چنین نبردی، مصداق بازی پویا با اطلاعات ناقص است. پیش‌تر پیوستگی منطق این نظریه با حقوق ایران، مورد توجه منابع علمی قرار گرفته است (Habibi and Habibi:2014: 167, 172,173)

دادرسی] حداقل یکی از بازیگرها، اطلاعات بیشتری درباره پیامد بازی دارد. همچنین در این بازی‌ها، اطلاعات به صورت نامتقارن است. در بازی‌های پویا با اطلاعات ناقص بازیگران به صورت متوالی، تصمیم می‌گیرند و اقدام می‌کنند و زمانی چنین تعارضی تثبیت می‌شود و به تعبیر نظریه بازی‌ها با رسیدن به تعادل، متوقف می‌شود که در کل مسیر بازی، تعادلی حاکم شود که درخصوص این نوع از بازی‌ها، «بیزین نش کامل» نامیده می‌شود (Abdoli, 2014: 126,127,128)، در چنین وضعیتی نه تنها استراتژی انتخاب‌شده بازیگران [طرف‌های دعوا] بلکه تغییر حالت آنها و تغییر حالات محیط در ایجاد بازی جدید مؤثر است (Asghari, 2019: 50, 58).

بر این اساس، با در نظر گرفتن این که تحلیل اقتصادی حقوق با نظریه بازی‌ها از نظر وجود رفتارهای استراتژیک، وجه اشتراک دارد (Badini and Ishraghi Arman, 2011:26, 30) برای تحلیل چگونگی انتخاب‌های متأثر از قواعد بازی، باید به تحلیل اقتصادی حقوق رجوع و بدین ترتیب، مبنای مواجهه عقل را با قواعد به کار بستن ابزاری برای تأمین مقاصد شریعت اسلامی مبتنی بر تشخیص حسن و قبح امور در چارچوب حکم شارع، تعبیر کنیم (Mohaghegh Damad and Kikhaifarzaneh, 2019: 197,199). وانگهی در تحلیل اقتصادی حقوق به اطلاعات از دیدگاه «اقتصاد اطلاعات» نیز نگریسته می‌شود و این اصطلاح بیانگر هزینه‌های دسترسی به اطلاعات شامل زمان و پول است (Salvatore, 2021: 507).

بدین روی، به نظر می‌رسد که تحلیل اقتصادی به شیوه مزبور نه تنها نقش قواعد ناظر را بر شکل پذیرش دعوا در تغییر پیامدها و برهم زدن تعادل نش نشان می‌دهد، بلکه تحلیل اقتصادی حقوق نشان می‌دهد که شخصی که اطلاعات بیشتری دارد با ایجاد دعاوی بازی‌ساز و اعمال فشار یا برگزیدن دعاوی پیچیده‌ای که شخص کمتر مطلع با لحاظ مفهوم اقتصاد اطلاعات، قادر نیست اطلاعاتی برای چنین دعاوی جمع‌آوری کند، او را وادار می‌کند که مقاومت را رها سازد. وانگهی ممکن است با

توجه به هندسه دادرسی و وجود وجوه مختلف تهاجم در دادرسی، که تعریف آن ارائه شد، شخص کمتر مطلع، بر اثر ناتوانی در مقابله با فشار روانی ناشی از دادرسی و همچنین ندانستن چگونگی کمک گرفتن برای رفع این فشار، حق‌خواهی را رها کند یا وادار شود به کمتر از حق خود سازش کند که به نظر نوعی سوءاستفاده از وضعیت اضطرار و صورت دادن معامله‌ای از روی اکراه با وضعیت غیرنافذ، محسوب می‌شود.

بدین منظور، نه تنها برای مهندسی نظام حقوقی از مجرای تقنین، مقررات‌گذاری و تفسیر قوانین و مقررات برای افزایش احتمال توزیع عدالت در ماهیت امر بلکه برای تشخیص نقض عدالت و امکان‌سنجش وضعیت توزیع عدالت در آنات زمانی (قبل و بعد از دادرسی‌ها و سایر ایقاع‌های مراجع حقوق عمومی) با در نظر گرفتن وجود اضلاع مختلف تهاجم، باید تابع توزیع عدالت را تمهید و تغییر وضعیت آن را قابل تشخیص و موضع مناسب را برای ایجاد تعادل نش کارا (برقراری عدالت و توقف دعاوی)، شناسایی کرد. امری که مطالعه آن به قسمت بعدی واگذار می‌شود.

۲-۱. عدالت جوهره نظام حقوقی و نقطه مستعد اتصال علوم و طراحی اندیشه مهندسی

در حقوق از هر دو چهره منطق صوری و ماهوی استفاده می‌شود و حقوق امری میانه دو قطب افراطی [منطق ریاضی و تجربی] برحسب نوع اعتقاد به مبانی حقوق است که در سطح فلسفه مورد بحث قرار می‌گیرد. تصمیم دادگاه را جو دادرسی می‌سازد و قاضی برای عدالت شهودی که در وجدان خود می‌یابد، استدلال می‌کند و این اختیار قاضی، به نسبت ابهامی که در مفهوم و قلمروی قاعده حقوقی وجود دارد و ظرفیت توصیف مسائل موضوعی، فزونی می‌یابد (Katouzian, 2021: 11,16, 17, 44,53)؛ از این روی، به نظر می‌رسد که ابعاد مختلف ترسیم‌شده در هندسه دادرسی برای مغلوب کردن طرف دعوی و برانگیختن احساس شهودی قاضی اهمیت می‌یابد که آن را P_v هنگام روش‌نمایی محاسبه صدور حکم له خواهان، نمایش دادیم.

می‌دانیم که توجه اندیشمندان در دهه‌های گذشته به روش‌نمایی محاسبه برای چنین وضعیت‌های (مانند عدالت) چندوجهی است. در این خصوص، توابع چند هدفه MODM^۱ برای طراحی و تعیین مطلوبیت متغیر وابسته‌ای به کار گرفته می‌شوند که به صورت چندین هدف در قالب تابع برای بهینه کردن در یک تابع کلی‌تر چند هدفه مطرح می‌شوند (Asgharpour, 2009: 1)؛ صورت کلی یک تابع چند هدفه را می‌توان به صورت زیر نمایش داد:

$$f(x) = \{f_1(x), f_2(x), \dots, f_k(x)\}$$

این روش‌نمایی به بردار بیشینه (یا کمینه) کردن مسئله معروف است و محدودیت‌های ممکن برای مقادیر ممکن آن $g(x)$ با علائم ریاضی حسب مورد پیرامون آن، بیان می‌شوند (Asgharpour, 2009: 2). به نظر می‌رسد درخصوص مسئله محاسبه توزیع عدالت، نسبت به بنیان‌های نظام حقوقی که همان مقاصد شریعت هستند با در نظر گرفتن نقطه آغاز و انحلال اهلیت تمتع، می‌توان تابع بهینه توزیع عدالت را با محدودیتی به صورت زیر نمایش داد:

$$f(x) = \{f_1(x), f_2(x), f_3(x), f_4(x), f_5(x), f_6(x)\}$$

$$s, t: g(x) \geq 0$$

همچنین به نظر می‌رسد که مسئله طراحی تابع وضعیت توزیع عدالت را می‌توان به کمک تابع چند هدفه، بدون مداخله دادن ترجیحات احساسی به کمک روش‌های معروف به $L-P$ متریک، محاسبه کنیم که منظور از این مجموعه روش‌ها، حداقل کردن انحراف توابع هدف در یک تابع چند هدفه، نسبت به یک وضعیت مطلوب است (Asgharpour, 2009: 11). چون ارزش $L-P$ متریک، می‌تواند متأثر از مقیاس اندازه‌گیری از اهداف موجود واقع شود (در صورت متفاوت بودن مقیاس‌ها) دو روش‌نمایی زیر معرفی شده است:

$$L - P = \left\{ \sum_{j=1}^k \gamma_j \left[\frac{f_j(x^{*j}) - f_j(x)}{f_j(x^{*j})} \right] \right\}^{1/p}$$

$$L - P = \left\{ \sum_{j=1}^k \gamma_j \left[\frac{f_j(x^{*j}) - f_j(x)}{f_j(x^{*j}) - f_j(x^{\sim j})} \right] \right\}^{1/p}$$

در روش‌نمایی دوم، فاصله متریک بین صفر و یک خواهد بود و از این روی قابل استفاده در محاسباتی از نوع فازی است (Asgharpour, 2009: 13). بدین ترتیب، نخست، با لحاظ اجزای مثبت و منفی که ممکن است نهاد دارایی هر شخص از آن برخوردار باشد، به نظر می‌رسد تابع هدف مالی بدین‌گونه قابل روش‌نمایی است:

$$f(x) = \sum_{i=0}^{\infty} x_i - \sum_{i=0}^{\infty} d_i$$

در این تابع x بیانگر معادل ریالی اجزای مثبت نهاد دارایی و d بیانگر معادل ریالی اجزای منفی دارایی یعنی تعهدات در معنای اعم است که البته تبیین روش تمهیدشده برای محاسبه انواع وقایع حقوقی به معنای اعم از ظرفیت این نوشتار فراتر است. دوم، برای فراهم شدن امکان نظارت بر وضعیت بنیان نسل، به نظر تابع هدف نسل با توجه مبانی شرعی و حقوقی ازدواج و برحسب ارزیابی کیفی از میزان تحقق اهداف این عقد مقدس، به صورت زیر قابل محاسبه است:

$$f(x, y) = \frac{x \times y}{\bar{x}}$$

در این رابطه x وضعیت زوجه در زندگی مشترک، y وضعیت زوج در زندگی مشترک و $\bar{x}$ میانگین وضعیت هریک از زوجین بدون داشتن زندگی مشترک است که به صورت فازی برحسب نظریه کارشناسان خانواده، با تابع عضویت دارای نمایش زیر، ارزیابی و محاسبه می‌شود.

$$\mu_{\bar{A}}(X): X \rightarrow [0, 1]$$

آنگاه با رابطه معروف به مرکز ثقل (COG)، می‌توان غیر فازی اعداد حاصل را به دست آوریم (Bashiri and Hosseinijo, 2009: 420, 434). سوم: درخصوص تمهید تابع

هدف نفس، می‌توان بر این عقیده بود که ابتکار شریعت اسلامی و پیشرو بودن آن در تحلیل اقتصادی خسارت وارد بر ابدان را باید شیوه‌ای برای تحلیل رقمی وضعیت جسمانی و حتی روحی اشخاص بدانیم. در این خصوص با توجه به قواعد عمومی دیه مستفاد از مواد ۵۴۹، ۵۵۴، تبصره ماده ۵۵۱، ۵۶۲، ۵۶۳، ۵۶۹، ۷۰۹، ۷۱۰ و ۶۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و با لحاظ این که از نظر متخصصان بافت‌شناسی یک دستگاه زیستی زنده، مجموعه‌ای از بافت‌هاست که برای هدف مشترکی فعالیت می‌کنند و هریک، عملکردی برای حفظ حیات دارند و انسان دارای ۷۸ دستگاه زیستی است که در این شمارش ۲۰۶ استخوان انسان و دندان‌های او یک دستگاه محسوب می‌شوند (M J.Lee, 2022) می‌توانیم رابطه زیر را برای محاسبه وضعیت تابع هدف نفس برقرار بدانیم:

$$f(x) = \sum_{i=1}^{78} x_i - c_d$$

در این رابطه، هر x_i بیانگر میزان یک دیه کامل و c_d بیانگر میزان آسیب وارده است، چنین برداشتی امکان کنترل وضعیت سلامت اشخاص و آسیب‌های وارده را به آنها صرف‌نظر از علت آن با تجمیع اطلاعات پزشکی و پزشکی قانونی، فراهم می‌کند و تابع هدف نفس را بیش از پیش به حوزه مسئولیت مدنی و حتی حوزه حقوق عمومی مرتبط می‌سازد.

چهارم: عقل بنیان دیگری است که شریعت مترصد صیانت از آن است. از منظر ماده ۶۷۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ عقل منفعتی است که زائل کردن آن موجب پرداخت دیه کامل و ایجاد نقص در عقل، موجب ارش است. این حکمی است که منابع معتبر فقهی نیز بر آن معتقدند (Shahid Thani, 2001: 676). در این رابطه دانستیم که وضعیت سلامت روان که با پرسش‌نامه چندوجهی مینه‌سوتا ارزیابی می‌شود، در واقع به عقل معطوف است و به هر روی، به نظر می‌رسد تابع هدف عقل را می‌توانیم به صورت زیر ترسیم کنیم:

$$f(x) = y$$

در این تابع x برابر میزان خروجی آزمون روان‌شناختی مورد استفاده است که $f(x)$ نیز دقیقاً همان مقدار را می‌یابد.

پنجم: بنیان دیگری که شریعت، صیانت آن را دنبال می‌کند دین است. از دیدگاه توزیع عدالت، بنا بر اصل استحقاق در عرصه آموزش برای بررسی وضعیت بهینگی آن و ترسیم تابع هدف در این خصوص، باید بنا را بر بنیان کهنی بگذاریم که فقیهان بدان پرداخته‌اند. دانستیم که تفاوت در دین موجب تفاوت در دیه از منظر فقه بوده است که اکنون بنا بر حکم قانون و نظر حکومتی رهبری، جنبه برابری یافته است. به هر روی می‌توانیم از منطق فازی برای ترسیم تابع هدف آن استفاده کنیم، تابعی که دامنه آن و تبعاً، برد آن بر مبنای نظریات کارشناسان مصاحبه‌کننده یا اظهارات خود شخص در مواقع مختلف، قابل ارزیابی و تقویم است.

$$\mu(x) = \frac{\sum_{i=1}^{\infty} x_i}{n}$$

در این رابطه، x_i تعداد نظریات کارشناسی یا تعداد دفعات خوداظهاری و n تعداد نظریات یا خوداظهاری است که منجر به محاسبه به صورت میانگین می‌شود که از نظر آماری جزء شاخص‌های مرکزی است. ششم: تابع هدف عرض را می‌توان با توجه به قاعده صحت و در نظر گرفتن وجود عرض برای هر شخصی، ۱۰۰٪ یا معادل ۱ در بازه بسته [۰ و ۱] محسوب کرد و آن را به این صورت بیان کرد:

$$f(x) = 1 - x$$

در این رابطه، x بیان‌کننده میزان خسارات وارده به عرض است که به نظر راساً یا به اتکای نظریه کارشناس، دادگاه آن را تعیین می‌کند.

بنابراین، عدالت آن نقطه تلاقی است که استعداد پیوند دادن زمینه کاربرد علوم مختلف را به یکدیگر دارد. اندیشه مهندسی نظام حقوقی نیز که از همین استعداد برمی‌خیزد، پس از بررسی رابطه امنیت و عدالت و نیز بررسی مکانیسم کنونی نظام حقوقی در هندسه دعاوی (محیط بازی)، برای صیانت از عدالت بر مبنای حقوق

خصوصی، به تمهید ابزارهایی برای مهندسی رفتارها نیاز دارد؛ پس حال باید مکانیسم کنونی نظام حقوقی را سنجید تا بعد بتوان ابزارهای مورد نیاز و تعریف عملیاتی این مهندسی را تمهید و تبیین کرد.

۲. مکانیسم نظام حقوقی و امکان‌سنجی محقق کردن توأم امنیت و عدالت

در این بند برآنیم که نظریه مهندسی نظام حقوقی را بر مبنای حقوق خصوصی مورد مطالعه قرار دهیم تا پی ببریم آیا می‌تواند انتظار لازم را برای محقق کردن امنیت از نظام حقوقی نیز تأمین نماید، از طریق به ترتیب: الف) مکانیسم نظام حقوقی و مسئله رابطه عدالت با امنیت؛ ب) مکانیسم کنونی نظام حقوقی برای محقق کردن عدالت توأم با امنیت در هندسه دعاوی.

۲-۱. مکانیسم نظام حقوقی و مسئله رابطه عدالت با امنیت

مکانیسم در لغت‌نامه انگلیسی به معنای دفاع یک موجود زنده برای حفظ بقا یا اجتناب کردن از عسر و خطر نیز آمده است (Person, 2013: 1055) و می‌دانیم که جامعه دارای نظم و امنیت، جامعه‌ای است که اشخاص از مصونیت حقوق خودشان، اطمینان خاطر داشته باشند (Taheri et al., 2016: 13, 69, 70)؛ وانگهی بنا بر تحقیقات انجام‌شده در دانشگاه دفاع ملی، مبنای بنیادین امنیت، خود عدالت است (Mirhosseini, 2020: 153-154)؛ بدین روی به نظر می‌رسد که علم حقوق که در ذات خود به محقق کردن عدالت به مثابه روال طبیعی امور می‌پردازد و به تبع، اندیشه مهندسی نظام حقوقی بر مبنای حقوق خصوصی که بر آن مبتنی است، در واقع امنیت را نیز به ارمغان می‌آورد.

آنان که امنیت حقوقی را نیز رکن دولت حقوقی می‌دانند بر ارتباط امنیت و عدالت صحنه می‌گذارند و محقق کردن این دو مهم را کار قواعد حقوقی می‌دانند. از نظر اینان امنیت حقوقی تمام کارکرد نظم حقوقی را دربرمی‌گیرد و شامل تمام قواعد ماهوی و

شکلی حقوقی می‌شود (Vizhe, 2011: 95, 96, 97)؛ بدین روی، به نظر می‌رسد مفهوم دولت حقوقی، عدالت و امنیت را مجزای از ابتناء اعمال خود بر قواعد حقوقی نمی‌بیند؛ در حالی که مفهوم امنیت بدون این قید، دولت ناظم را راهکار می‌پندارد؛ بنابراین به نظر می‌رسد رابطه منطقی مفهوم امنیت و امنیت حقوقی را، که عدالت مبنای آن است، باید متساوی بدانیم. اکنون باید نظری بر این مسئله انداخت که چگونه با نقض بُعدی از امنیت و عدالت، جبهه دادرسی مطرح می‌شود و مکانیسم کنونی نظام حقوقی برای برقرار کردن امنیت در هندسه دعاوی، چگونه است؛ مطالعه این مهم در قسمت بعدی به انجام خواهد رسید.

۲-۲. مکانیسم نظام حقوقی و امکان‌سنجی محقق کردن توأم امنیت و عدالت در هندسه دعاوی

اکنون که دانستیم که تمام اشکال امنیت، وضعیتی مرتبط با قواعد حقوقی دارد و اجرای عدالت، مستوجب تأمین امنیت است، باید بنگریم که مکانیسم کنونی نظام حقوقی در برابر نقض امنیت چگونه است و با ترسیم هندسه دعاوی در جوامع امروزی (محیط بازی)، این مکانیسم را در اضلاع متعدد آن، تحلیل کنیم، امری که به ترتیب در دو قسمت به انجام خواهد رسید.

۲-۲-۱. مکانیسم کنونی نظام حقوقی و امنیت حقوقی

امنیت، حاصل وجود عدالت و نیز پیامد بازتوزیع مجدد آن به نظر می‌رسد، بدین روی، آنچه در مسیر تحقق بخشیدن به عدالت در روابط اجتماعی اشخاص می‌گذرد، اهمیت می‌یابد؛ زیرا به نظر می‌رسد دعوا که برای رسیدن به عدالت درخصوص حق تضییع یا انکارشده مطرح می‌شود، خود پیامدی از نقض امنیت حقوقی است، امنیتی که به موجب مباحثی که در این نوشتار گذشت، دانستیم آیین‌های دادرسی که برخی، از آن با نام حقوق تضمین‌کننده یاد کرده‌اند (Shams, 2015: 18) نه تنها گاه به ابزاری برای

جلوگیری از اثبات حق مرتبط با آن تبدیل می‌شوند، بلکه راهکاری برای ممانعت از راه افتادن دعوای موازی، متوالی یا موازی-متوالی ندارد و وجوه نبرد اطلاعاتی، اقتصادی، روانی و مادی (محیط بازی) را دربرنمی‌گیرد و ابزار یا روشی برای مدیریت اثر آنها بر سرانجام دادرسی، ارائه نمی‌کند.

در دوران جدید، برخلاف گذشته، انسان‌ها برای یکدیگر دام‌های بسیار ظریفی می‌گسترانند و حتی بی‌گناه‌ترین انسان نیز ممکن است، دچار شبکه‌ای ظریف و حساب‌شده از بدخواهی و نادرستی و خیانت شود و به ناحق به زیر چکش سنگین قضاوت، در هم کوبیده شود (Villa, 2010: 197) و علاوه بر آن، تحقق عدالت به قدرت اقتصادی و تحمل هزینه‌ها وابسته است (Katouzian, a, Vo 1, 2014: 235) بدین روی، برخی با تکیه بر نقل‌قولی از پل دوران، به‌طور ضمنی آن را می‌پذیرند که تساوی حقوقی بدون برخورداری از برابری اقتصادی، کارگر نخواهد افتاد (Iraqi, 2007: 69)؛ و بدین‌گونه به نظر می‌رسد که می‌توان امنیت کامل را به اطلاعات، تاب‌آوری، پایگاه اجتماعی و توان اقتصادی وابسته دانست. حتی این نارسایی در تأمین امنیت در بعد اثباتی نیز مطرح است؛ زیرا برخی آورده‌اند هرچند که مفهوم دلیل نمایاندن و پیدا کردن واقعیت را در برمی‌گیرد اما با این‌همه ممکن است امری را که واقعیت نیست، واقعیت بنمایاند (Shams, 2014: 29).

پس باید در نظر گرفت با چه استراتژی‌هایی اشخاص می‌توانند امنیت و به تبع آن وضعیت عادلانه را نقض کنند و نظام حقوقی کنونی، چه واکنشی دارد تا سپس بررسی شود که با چه ابزارهایی می‌توان در تکمیل ظرفیت‌های حقوقی کنونی در جهت اندیشه مهندسی نظام حقوقی بر مبنای حقوق خصوصی، به برقراری و بازتوزیع عدالت رسید در شرایطی که ابعاد مذکور نامتوازن است. مطالعه استراتژی‌های مورد اشاره به قسمت بعدی محول شده است و تمهید ابزارها در نوشتار دیگری، پی گرفته خواهد شد.

۲-۲-۲. ترسیم هندسه دعاوی و امکان‌سنجی محقق کردن توأم امنیت و عدالت

تبیین شد که تنازع اجتماعی براساس دانش کنونی بشر هندسه‌ای پنج وجهی دارد. از نظر «علم تحلیل اطلاعات» آنچه در ظرف ادراک حواس قرار می‌گیرد و پیامدهای آن ارزیابی می‌شود، «داده» است که پس از سازمان‌دهی ذهنی - به مفهومی که به مناسبت اشاره به رویکرد روان‌شناختی گذشت - اطلاعات فراهم می‌شود و سپس از میانه پردازش و تحلیل این اطلاعات، بینش به وجود می‌آید و سرانجام پس از تعمیق ادراک، به دانش منتهی می‌شود (Hull and Seiterbaum, 2019: UNO) براساس همین نقش اطلاعات در تصمیم‌گیری است که امروزه اطلاعات را محور قدرت و جزء لاینفک مدیریت امور به شمار می‌آورند (Fadaei, 1997: 1)؛ زیرا در برابر انبوه اطلاعاتی که به ذهن انسان می‌رسد، پدیده‌های مانند آلودگی اطلاعات، ارعاب و اغوای اطلاعاتی در کمین تصمیم‌گیرنده است، آلودگی اطلاعاتی، تباہ شدن ذهن در مواجهه با انبوه اطلاعات آمیخته و ارعاب اطلاعاتی منفعّل شدن شخص و تسلیم شرایط شدن و افزایش آسیب‌پذیری است. اغوای اطلاعاتی نیز در واقع اطلاع نیست، بلکه عملیات با اطلاعات و مورد سوءاستفاده قرار دادن مخاطب است (Fadaei, 1997: 12,13). از نظر حقوقی نیز، فراتر از عرصه تحلیل اقتصادی حقوق، «اطلاعات» در حوزه علم حقوق و فراهم کردن امکان احقاق حق، مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. در این خصوص، بنا بر ماده ۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب سال ۱۳۸۷، اطلاعات عبارت است از هر نوع داده که در اسناد مندرج باشد یا به صورت نرم‌افزاری ذخیره یا با هر وسیله دیگری ضبط شده باشد.

وانگهی اثر انتقال ناصحیح اطلاعات محدود به سیر دادرسی (بازی علامت‌دهی) نیست و از جمله در حقوق قراردادهای، خیار تدلیس را، که به معنی اختیار فسخ عقد به علت فریفته شدن و پنهان‌کاری طرف عقد است، به نظر باید در شمار آلودگی اطلاعاتی بدانیم؛ زیرا بنا بر نظر حقوق‌دانان «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود» و این عملیات فریبنده می‌تواند با دروغ گفتن نیز انجام شود و

وصفی موهوم را از نظر عرفی به مورد معامله نسبت دهد (Katouzian, General rules of contracts, Vo 5, 2015: 278, 280 and 281).

اما تحلیل تهاجم اقتصادی، با نظریه‌های اقتصادی ممکن می‌شود؛ اقتصاد خرد، نظریه بررسی رفتارهای انفرادی بازیگران اقتصادی خرد است (Salvatore, 2021: 2)؛ یافته‌های آن، درخصوص دادخواهی نیز صادق پنداشته شده است؛ زیرا بنا بر منابع علمی، دادخواهی و احقاق حق، مستلزم پرداخت هزینه است که نه تنها به‌عنوان منبع درآمد دولت بلکه اهرم مؤثری شمرده می‌شود که ادعاهای واهی و تراکم کاری مراجع را تا حد زیادی تعدیل می‌کند (Shams, 2016: 55,62) و این نگاهی است که در اقتصاد خرد نیز با عنوان وابستگی تقاضا به تابع قیمت و درآمد مطرح می‌شود (Salvatore, 2021: 19, 20).

وانگهی در روند اجرای حکم نیز پرداخت هزینه‌هایی با لحاظ امتناع محکوم‌علیه، بر محکوم‌له تحمیل می‌شود که در این میان به نظر می‌رسد، نهاد اعسار در این خصوص کارآمد نیست؛ البته نه تنها بنا بر منابع پژوهشی، گاه سازمان حقوقی اعسار می‌تواند به پنهان کردن وضعیت مالی حقیقی و مانع اجرای حکم و اضرار به محکوم‌له منجر شود (Akrami and Hatami, 2020: 59, 97)، بلکه می‌دانیم، گستره رویارویی اقتصادی دو حریف به موجب دادرسی دعوای مالی، به لزوم پرداخت هزینه‌های دادرسی و استفاده از امتیاز ناشی از استناد به مواد ۵۳ و ۶۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ یا رویارویی اقتصادی آنها بعد از ختم دادرسی و قطعی شدن حکم، با بهره‌گیری از فشار اقتصادی مواد قانونی معین‌شده درخصوص هزینه‌های اجرایی، محدود نمی‌شود؛ امری که با اتکا به قضایای رویکرد اقتصاد رفتاری قابل استنباط است.

در این رویکرد، یافته‌های علوم متعددی با یکدیگر تلفیق شده‌اند، مبنای انتخاب‌ها نیز خرد متعارف و همه‌چیزدانی، فرض نمی‌شود و جامعه و تجارب پیشین مؤثر در شکل‌گیری انتخاب‌ها لحاظ می‌شوند. بدین روی، شهرت به داشتن اخلاق منطبق با

هنجارهای اجتماعی و قابل اعتماد بودن، رغبت دیگران را به مبادله اقتصادی افزایش می‌دهد و مخدوش شدن اعتبار به پیامدهای اقتصادی ناخوشایند، می‌انجامد و در این میان، نهادهای حاکم هستند که با تعیین قواعد بازی، انگیزه‌ها و انتخاب‌ها را متأثر می‌کنند. بدین ترتیب رویکرد اقتصاد متعارف، که ذهن را منبع غیرکمیابی می‌داند، مردود دانسته می‌شود (Altman, 2019: 1, 9, 10, 15, 26, 38, 67, 76, 170-171) برخی دیگر از منابع نیز در این خصوص، نقش جامعه و تجارب پیشین را در شکل‌گیری انتخاب‌ها تأیید می‌کنند (Timuri et al., 2017: 1)؛ بدین روی، براساس توجه اقتصاد رفتاری به عوامل غیرپولی به‌خصوص عصب‌شناختی و روان‌شناسی است که می‌تواند توضیح دهد چرا اطاله دادرسی و درگیر شدن در روند طولانی دادرسی، حتی اگر بدون حکم یا قرار به پایان برسد، اشخاص را خشمگین می‌کند. پس تهاجم اقتصادی در نظم حقوقی کنونی امری شدنی است و مکانیسم سازمان حقوقی اعسار، برای کنترل آن به اندازه کافی کارآمد نیست.

به‌علاوه ضلع دیگر دادرسی به معنای پویای آن (محیط بازی) می‌تواند تهاجم روانی باشد؛ دانستیم که حالت روانی اشخاص و شخصیت آنها، بر مبنای تجارب و افکاری است که آنها را در برگرفته و باور آنها و به تبع آن، استراتژی آنها را تعیین می‌کند، پس اکنون جنگ و عملیات روانی باید مورد توجه قرار گیرد. برخی بر این نظر هستند که جنگ روانی پدیده‌ای نوین نیست بلکه در طول تاریخ وجود داشته و اخص از عملیات روانی است؛ آنها جنگ روانی را استفاده برنامه‌ریزی‌شده از تبلیغات برای تحریف عقاید، تضعیف روحیه و بی‌اعتبار کردن انگیزه‌ها می‌دانند (Moradi et al., 2016: 149, 150 and 151). به تصریح برخی، جنگ روانی را ممکن است افرادی به وجود آورند که از این قواعد و اصول روان‌شناسی اطلاعی ندارند؛ در عین حال، اطمینان و استقامت را به ناتوانی و انفعال و کاهلی را به طغیانی علیه هدف تبدیل کنند (Nasr, 2008: 107)؛ بدین روی به اعتقاد برخی دیگر، جنگ روانی نوعی تبلیغات ناسالم، همراه با فریب و نیرنگ است (Zulfaqari, 2012: 30). وانگهی امروزه عملیات روانی نیز که

تلاش‌های برنامه‌ریزی‌شده برای تغییر ادراک و رفتار «هدف» و همچنان مطرح است، دیگر مانند گذشته محدود به ابزارهای ساده و ابتدایی مانند صدای بلند برای ترساندن نیست (4، 1-2: Farhangi and Ahmadzadeh Kermani, 2007). تنقیح مناط ماده ۴۹۹ قانون مجازات اسلامی باب دیات مصوب سال ۱۳۹۲ درخصوص ارباب موجب حرکت ناخودآگاه و آسیب و ماده ۵۰۱ همان قانون درخصوص ارباب منتج به مرگ یا آسیب و نیز حکم مقرر در بند «الف» ماده ۲۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ که یکی از شرایط صدور قرار بازداشت موقت متهم را اثر آزاد بودن متهم بر وقوع امتناع شهود از ادای شهادت، مقرر کرده است، گویای آن است که قانون‌گذار خود نیز به برخی از آثار عملیات روانی در نقض عدالت نسبت به بنیان‌ها، توجه داشته است.

از سوی دیگر، به نظر می‌رسد که از منظر توجه به مقاصد شریعت، جزء عرض و دین، بر بقیه مقاصد که شامل مال، نسل، نفس و عقل است، توسل به زور یا خشونت می‌تواند موجب خسارت شود و ضلع تهاجم مادی رقم بخورد، امری که باید از منظر حقوق جزا برای بررسی مکانیسم کنونی نظام حقوقی، به تفصیل بررسی شود که از ظرفیت این نوشتار خارج است؛ البته از دیدگاه فقهی و حقوق خصوصی نیز توسل به زور و خشونت برای تضییع اموال را تحت عنوان قاعده اتلاف مورد بررسی قرار می‌دهند (Mohaghegh Damad, 2015:109,114,115). در حقوق موضوعه ایران نیز به موجب مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۰۷، به ترتیب اتلاف و تسبیب، مستوجب ضمان قهری به شمار آمده است. همچنین به موجب ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب سال ۱۳۳۹، وارد کردن خسارت، مستوجب تحقق مسئولیت مدنی، مقرر شده است. از منظر حقوق اداری نیز به نظر می‌رسد که توسل به زور یا خشونت علاوه بر ضمانت اجرای مقرر در قانون مدنی و قوانین جزایی، مشمول بند ۱ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب سال ۱۳۷۱ و مستوجب مجازات انتظامی است.

در ضلع حقوقی نیز به‌رغم آنکه مطابق اصل ۳۴ قانون اساسی، دادخواهی، حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند برای دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع کند

و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی منع کرد که به موجب قانون حق دارد به آن مراجعه نماید (Hashemi, 2014: 377-378) اما در این میان به نظر می‌رسد که صلاحیت نظام حقوقی و مبرا بودن محکوم‌له یا ذی‌نفع اعمال اداری انشاء یا اقدام شده علیه دیگری از هرگونه مسئولیتی، گاه انگیزه‌ای می‌شود تا هر شهروندی بخواهد این صلاحیت را به سود خویش به کنترل درآورد. برخی منابع علمی نیز بر آن‌اند که گاه ابزارها و وسایل حقوقی به جای آنکه به ایجاد همبستگی اجتماعی بیانجامد، تضاد و ستیز اجتماعی را تشدید می‌کند؛ زیرا گروه‌هایی که قدرت حقوقی را در جامعه در دست دارند، از آن به‌عنوان سلاحی برای ایمن داشتن و افزوده‌تر کردن منافع خویش، بهره می‌برند (Arjamandsiahpoush, 2010: 203). در همین خصوص، قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی مصوب سال ۱۳۱۵، نشان می‌دهد که قانون‌گذار این لایه از پدیده‌های اجتماعی را شناخته است. وانگهی بنا بر منابع علمی، گاه بدون تخلف قاضی یا کارکنان اداری مراجع قضایی یا اداری، ممکن است این مراجع مورد سوءاستفاده ابزاری قرار گیرند، تقلب به قانون یکی از این روش‌هاست و با به کار بستن مهارت در استفاده از راه‌های مناسب حقوقی، متفاوت است (Katouzian, General rules of contracts, Vol. 1, 2014: 225). همچنین به موجب قانون مجازات، اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌نمایند مصوب سال ۱۳۰۷، تبانی اشخاص برای طرح دعاوی واهی و بردن مال غیر یا تضییع حق دیگری، از سوی قانون‌گذار مورد شناسایی قرار گرفته است. حال پس از واکاوی ضعف‌های مکانیسم کنونی نظام حقوقی در هندسه منازعات (محیط بازی)، اکنون باید ابزارهای مورد نیاز اندیشه مهندسی نظام حقوقی بر مبنای حقوق خصوصی تمهید و تعریف عملیاتی آن، که از آثار ارائه این نظریه است، تبیین شود، امری که از حوصله این نوشتار خارج است و در نوشتاری دیگر، مطرح خواهد شد.

فرجام سخن

فرهنگ از تضارب فلسفه و تمدن، شکل گرفته است و بنیان‌های نظام حقوقی را در جامعه تعیین می‌کند. وانگهی اعمال نظام حقوقی نیز با تقویت هنجارهای فرهنگی، همبستگی دارد. در این میان نظام حقوقی اسلامی، بر این فلسفه استوار است که نصیب عادلانه تشریع شده درخصوص مقاصد شریعت را، که همان بنیان‌های کلی نظام حقوقی اسلامی است، به ازای هر شخص برقرار نگه دارد و مطابق اصل ۱۵۶ قانون اساسی در صورت تضییع یا انکار حق برآمده از عدالت موصوف، به بازتوزیع آن پردازد. بر این اساس، همان‌گونه که رجوع به کارشناسی مباح و موجه است، بر پایه فلسفه، از یافته‌های دیگر علوم برای طراحی نظریه و معادله ریاضی عدالت، به صورت یک تابع چند هدفه که امکان بارگذاری بر روی هوش مصنوعی را دارد، به‌منظور تمهید معیار مهندسی تقنین، مقررات‌گذاری و تفسیر قوانین و مقررات، بهره گرفته و تبیین شد که بر مبنای علوم چون نظریه بازی‌ها و تحلیل اقتصادی با رویکرد رفتاری، می‌توان انتخاب‌ها را نیز در هندسه دعاوی (محیط بازی) مهندسی کرد؛ بنابراین اندیشه مهندسی نظام حقوقی با رویکرد حقوق خصوصی برحسب تبیین دگرگونه از مفهوم جرم با ابزارهای خودش، به‌منظور صیانت و توزیع عدالت، می‌تواند به مهندسی پیشینی، میان‌جبهه‌ای و پسینی رفتارها و پیامدهای آنها نیز پردازد.

References

- Abdul Fattah, E. & Rahiminejad, I. (2002). What is crime and what are the criteria for criminalization?، *Judicial Law*, 66(41), 135-160[in Persian].
- Asgharpour, M. J. (2009). *Multi-criteria decision makin*. Tehran: University of Tehran,[in Persian].
- Arjamandsiahpoush, I. (2010). *Sociology of law*. Tehran: Jamehshenasan[in Persian].
- Abdoli, the hero. (2014). *Game theory and its applications*. Tehran: Side [in Persian].
- Abdul Maliki, S. (2015). *Basics of psychology*. Tehran: Science [in Persian].

- Altman, M. (2019). *behavioral economy*. Translator: Mohsen, Renani. Tehran: Avand Danesh [in Persian].
- Asghari, N. (2019). The effect of games on each other in game theory, Dissertation for receiving a doctorate degree in Mathematics (Analysis), University of Semnan, supervisor: Ishaghi, Majid and Ghaffari Ali [in Persian].
- Akrami, Z. & Hatami, A. A. (2020). Dismissal from the convicted and deviations of the proceedings in the mirror of the law on the manner of execution of financial convictions. *Legal Studies*, 12(2), p 59-100 [in Persian].
- Bashiri, M. & Hosseini, S. A. (2009). *Industrial systems design*. Tehran: Shahid University [in Persian].
- Badini, H. & Ishraghi Armani, M. (2011). Predicting the behavior of parties to contracts and disputes based on game theory, *Comparative Law Studies*, 2(1), 25-50 [in Persian].
- Cohen, M. (2019). history of philosophy. Translator: Shafghati, Mehdi. Tehran: Avand Danesh [in Persian].
- Dadger, Y. (2008). Dimensions and performance of game theory in different disciplines, *Legal Research*, 11(47), 101-137 [in Persian].
- Farshad, M. (1983). *History of engineering in Iran*. Tehran: Gaish [in Persian].
- Fadaei, Gh. (1997). *The importance and role of information in decision making*. Tehran: Majlis Research Center, report No 3701188 [in Persian].
- Farhangi, A. A., Ahmadzadeh Kermani, R. (2007). Mental operations, language and the structure of consciousness. *Journal of Cultural and Communication Studies*, 3(8), 1-16 [in Persian].
- H. Bowker, A. & Lieberman, G. (2009). *Engineering statistics*. Translator: Mahluji, Hashem. Tehran: Academic Publishing Center [in Persian].
- Hashemi, S. M. (2014). *Fundamental rights of the Islamic Republic of Iran*. Vol 2, Tehran: Mizan [in Persian].
- Habibi, B. & Habibi, Sh. (2014). Analyzing the theory of civil litigation games with emphasis on cooperative litigation game. *Studies in Contemporary Comparative Law*, 6(11), 167-193.
- Hikmatnia, M. (2014). Fundamental rules in law and the methodology of their verification and development, *Islamic Law*, 11(42), 7-37 [in Persian].
- Hull, W. & Gray, S. (2019). *Information analysis - how to think in complex environments*. Tehran: Educational and Research Institute of Defense Industries, Future Research Center of Defense Science and Technology [in Persian].
- Iraqi, E. (2007). *salary*. Vol 1, Tehran: Samt [in Persian].

- Jalaipour, H. (2010). Iran is modern. *Iranian Journal of Sociology*, 11(1), 22-48 (in Persian).
- Katouzian, N. (2014). *General rules of contracts*, Vol. 1, Tehran: Sahami Publishing [in Persian].
- Katouzian, N. (2014). *Moin contracts of the advanced period*, vol. 1, Tehran: Sohami Publishing [in Persian].
- Kreinovich, V., Kohout, L. & Kim, E. (2011). Square root of 'not': a major difference between fuzzy and quantum logics. *International Journal of General Systems*, 40(1), 111-127 .
- Katouzian, N. (2015). *General Rules of Contracts*, Vol. 5, Tehran, Sahami Publishing [in Persian].
- Karimi, A., Ayen, A. & Shirvani, K. (2017). *The general theory of justice in the science of law*. Tehran: Judge [in Persian].
- Katouzian, N. (2021). *Philosophy of Law*. Vol 3, Tehran: Ganj Danesh [in Persian].
- lisa, M J.Lee. (2022). *How many organs are in the human body?:* <https://www.livescience.com/how-many-organs-in-human-body.html>
- McManaman, L. J. (1958). Social engineering: The legal philosophy of Roscoe Pound, *John's L. Rev.*, 33, 1.
- Mohseni, H. (2007). Civil justice system. *Private Law Studies*, 38(1), 81-116 [in Persian].
- Mohaghegh Damad, S. M. (2015). Rules of jurisprudence-civil sector. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center [in Persian].
- Moradi, W., Tayibi-Jebeli, M. & Heydari, M. A. (2016). Jurisprudence and legal analysis of psychological operations. *Research Journal of Islamic Law*, 17(2), 149-173 [in Persian].
- Matnuh, H. (2017). *Law as a Tool of Social Engineering*. Paper presented at the 1st International Conference on Social Sciences Education- "Multicultural Transformation in Education, Social Sciences and Wetland Environment"(ICSSE 2017).
- Mohaghegh Damad, M. & Kikhaifarzaneh, M. A. (2019). Reason in the basics of economic analysis of law compared to Islamic law (based on the ideas of Allameh Tabatabai (RA)), *Fiqh and Fundamentals of Islamic Law*, 52(1), 183 - 203 [in Persian].
- Mirhosseini, Vahid. (2020). Investigating the role of direct and indirect factors of the sense of judicial justice in promoting public security in the Islamic Republic of Iran, *National Security Journal*, 10(37), 151-175 [in Persian].
- Namazi, H. & Lashkari, A. (2012). balance and justice approaches; Digging into the approach of Shahid Sadr and Shahid Motahari to balance, *Marafet Islamic Economy*, 3(2), 122-97 [in Persian].

- Nemati, Mohammad. (2017). Reviewing and criticizing the book "John Rawls' Theory of Justice" with an emphasis on the definition of justice, *Critical Research Journal of Humanities Texts and Programs, Research Institute of Humanities and Cultural Studies*, 17(3), 103-122 [in Persian].
- Person. (2013). *Advanced American Dictionary*. china: Pearson Education.
- Poisson, Siméon-Denis. (2013). *Researches into the Probabilities of Judgements in Criminal and Civil Cases* Oscar Sheynin, Trans.). Paris: NG-Verlag (Viatcheslav Demidov Inhaber).
- Ross, Sh. (2003). An introduction to statistics and probability. Translator: Majid, Asadi; Georgia, Boghronia. Mashhad: Ferdowsi University of Mashhad [in Persian].
- Nasr, S. (2008). *mental war*. Translator: Haqit Kashani, Mahmoud. Tehran: Soroush (in Persian).
- Ross, Sh. (2006). *Basics of probability*. Translator: Parsian, Ahmed; Hamdani, Ali. Isfahan: Sheikh Baha'I [in Persian].
- Rezaei, I. & Shahnazari, J. (2017). Investigation and analysis of the relationship between man and nature in Mulla Sadra's philosophy, *philosophical-theological researches*, 199(3), 5-24 (in Persian).
- Salvatore, D. (2021). *Theory and issues of microeconomics*. Translator: Arbab, Hamidreza. Tehran: Nashrani [in Persian].
- Sciama, DW. (1961). On the Interpretation of the Einstein-Schrödinger Unified Field Theory, *Journal of Mathematical Physics*, 2(4), 472-477.
- Shahid Thani, Z. bin A. (2001). *Argumentative jurisprudence (translation of Tahrir al-Rawzah fi Sharh al-Lamaa)*. Qom: Kitab Taha [in Persian].
- Schmitt, I., Nürnberger, A., and Lehrack, S. (2009). *On the relation between fuzzy and quantum logic*, Views on Fuzzy Sets and Systems from Different Perspectives , 417-438: Springer.
- Shakuri Katigeri, A. (2010). *Fuzzy probability*, thesis for obtaining a master's degree, Khwaja Nasreddin Tusi University of Technology, Supervisor: Hashemi Perst, Moqtadi and Hashem Parvaneh Meshya [in Persian].
- Sabahi, F. (2013). *Theory of logic and imprecise reasoning based on extended fuzzy logic: with an applied approach to judicial and medical decision-making*, Dissertation for Doctorate Degree, Ferdowsi University of Mashhad, Supervisor: Akbarzadeh Totunchi, Mohammad Reza [in Persian].
- Shams, A. (2014). *Evidence to prove the case*. Tehran: Drak [in Persian].
- Shams, A. (2015). *Advanced civil procedure*. Vol 1, Tehran: Drak [in Persian].
- Shams, A. (2016). *Advanced civil procedure*. Vol 2, Tehran: Drak [in Persian].

- Shahbazinia, M. & Hemti, Mojtabi and Javan, Sadiqeh. (2019). Evaluating access to justice in Iran's civil justice system, private law studies, No. 3, p 463-482 [in Persian].
- Safari, N. (2021). *An introduction to the American civil justice system*. Maragheh: Maragheh University [in Persian].
- Taliban, M. R. (2018). *Sociology, social engineering and revolution*. Tehran: Imam Khomeini Research Institute (RA) [in Persian].
- Taheri, Z., Hashemian Far, S. A. & Nematullahi, Z. (2016). *Sociology of security and sense of security*. Tehran: Jamehshenasan [in Persian].
- Timuri, A., Renani, M. & Mohammadi, A. Hamid. (2017). Criticism of rational choice from the perspective of competing approaches: behavioral economics, laboratory and brain sciences, *Iran's Economic Research Journal*, 22(73), 1-43 [in Persian].
- Tabatabai, M. & Hossein, Motahari, M. (No date). *Principles of realism philosophy and method*. Volume 1, Tehran: Sadra [in Persian].
- Villa, A. (2010). *Forensic psychology*. Translator: Kaynia, Mahdi, Vol 1, Tehran: Majd Scientific and Cultural Assembly [in Persian].
- Vizhe, M.R. (2011). Legal security as a condition for realizing judicial security, *Strategy*, No 58, p 95-130 [in Persian].
- Velayati, A. A. (2014). *Islamic culture and civilization*. Qom: Maarif Publishing [in Persian].
- Zulfaqari, M. (2012). *psychological operations; Information warfare and strategic deception*. Tehran: Imam Sadiq University (AS) [in Persian].





Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/JLS.2024.48668.5038>



Research Article

Investigation of Property Division Claims

Esmat Hashemi^{1*}, Hajar Azari², Touba Shakeri Golpayegani³

1. Ph.D. Student in women studies, women's rights in Islam, Faculty of Humanities, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran
2. PhD in Criminal Law, Assistant Professor, Department of Women's Studies, Faculty of Humanities, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran
3. Ph.D. in Jurisprudence and Criminal Law, Assistant Professor, Department of Women's Studies, Faculty of Humanities, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 25-10-2023

Accepted: 19-03-2024

Abstract

Introduction

Iranian law, like that of many Islamic countries, has accepted the system of financial independence of couples. However, the condition of dividing assets equally, like other conditions in the marriage contract, is completely optional, and its enforceability stems from the principle of *pacta sunt servanda* ("keeping promises"). Unlike laws in countries such as France, it is not mandatory. Therefore, its implementation requires mutual agreement from the beginning. This research seeks answers to these fundamental questions: What factors cause the ineffectiveness of the equal asset division clause? And what effect does each spouse's misconduct have on family court rulings regarding the application of this clause?

Research Method

This research was conducted using qualitative methods of content analysis of judicial opinions and interviews with lawyers and judges. By examining

Please cite this article as:

Hashemi, E., Azari, H., Shakeri Golpayegani, T (2025). Investigation of Property Division Claims. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 37-80. <https://doi.org/10.22099/JLS.2024.48668.5038>

* Corresponding author:

E-mail address: e-hashemi@modares.ac.ir

more than three hundred judicial documents related to divorce cases and 52 property division cases, the study analyzed judges' reasoning criteria, adopting the principles of dynamic interpretive jurisprudence, legal expediency, and critical discourse analysis of law.

Research Findings

Some attribute the ineffectiveness of the equal division clause to the contract's wording, while others blame its implementation. Regardless of the ambiguity of the term "misconduct" in the text, its interpretation and application depend on judicial discretion. In many cases, what one judge considers misconduct based on personal culture, beliefs, or taste may not be viewed similarly by another judge.

According to family law experts, the equal division clause can deter hasty and unreasonable divorces only when fault in divorce and misconduct by either spouse are considered as the basis for the divorce request. This requires establishing legal procedures to determine the wife's misconduct in court while also accounting for the husband's misconduct when determining the wife's share under the property division clause.

The findings reveal that concealing, transferring, or selling property before filing for divorce is a common practice among husbands to deprive wives of their financial rights. Proving the existence of marital assets is difficult for women, and judges' divergent interpretations of the clause's phrasing ("up to half of the property") lead to inconsistent rulings in similar cases, increasing the potential for judicial bias.

Additionally, in many cases, wives filed for divorce due to unbearable spousal behavior, effectively allowing husbands to divorce without financial consequences. After four decades, it is logical to review and amend the standard marriage contract terms in light of divorce cases and judicial challenges, proposing revisions for judicial authorities to consider. By modifying these terms or adopting fairer judicial procedures—or through new interpretations based on dynamic jurisprudence and legal expediency—greater emphasis could be placed on fault in divorce rather than merely the divorce request itself.

Conclusion

Legal scholars and judges have proposed amendments to either the clause's wording or judicial procedures. Shifting focus from the

"divorce request" to "fault in divorce" could improve outcomes. Currently, determining a wife's misconduct is done quickly and without expert input, according to interviewed judges. If this determination—which significantly affects women's financial rights—were made more carefully, with input from family counselors and consideration of underlying factors, including the degree of the husband's fault and misconduct, it would better serve justice and fairness.

Keywords: Property Division Clause, Wife's Financial Rights, Judicial Procedure, Property Division Lawsuits.



بررسی دعاوی تنصیف دارایی

عصمت هاشمی^۱، هاجر آذری^۲، طوبی شاکری گلپایگانی^۳

۱. دانشجوی دکترای مطالعات زنان، گرایش حقوق زن در اسلام، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. دکترای حقوق جزا، استادیار، گروه مطالعات زنان، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۳. دکترای فقه و حقوق جزا، استادیار، گروه مطالعات زنان، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۳

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: حقوق ایران مانند بسیاری از کشورهای اسلامی نظام استقلال مالی زوجین را پذیرفته است. بااین حال شرط تنصیف دارایی مانند بقیه شروط ضمن عقد، کاملاً اختیاری و الزام آن از بابت اصل وفای به عهد بوده و برخلاف قوانین کشورهایمانند فرانسه، جنبه امری ندارد. لذا چگونگی اجرای آن نیز از ابتدا با تراضی طرفین قابل توافق است. در این پژوهش در جستجوی پاسخ به این سؤالات اساسی هستیم که چه عواملی موجب ناکارآمدی شرط تنصیف دارایی می‌شود؟ و اینکه سوء معاشرت هریک از زوجین در صدور احکام دادگاه‌های خانواده در مورد اعمال شرط تنصیف دارایی زوج چه تاثیری دارد؟

روش: این تحقیق با استفاده از روش کیفی تحلیل محتوای آراء و مصاحبه با حقوقدانان و قضات انجام پذیرفت. با بررسی بیش از سیصد دادنامه قضایی مربوط به پرونده‌های طلاق و ۵۲ پرونده در موضوع تنصیف دارایی، معیارهای قضات در استدلال رأی، با رویکرد مبانی مکتب تفسیری پویا و مصلحت‌گرایی و در پرتو تحلیل گفتمان انتقادی حقوق بررسی شده است.

استناد به این مقاله:

هاشمی، عصمت؛ آذری، هاجر و شاکری گلپایگانی طوبی (۱۴۰۴). بررسی دعاوی تنصیف دارایی، مجله مطالعات حقوقی، ۱۷، (۲)، ۸۰-۳۷.

یافته‌ها: برخی علل ناکارآمدی شرط تنصیف را به متن این قرارداد مربوط می‌دانند و برخی به چگونگی اجرای آن نسبت می‌دهند. صرف‌نظر از ابهام‌زایی عبارت «سوء معاشرت» در متن، تفسیر و بیان مصادیق و چگونگی احراز آن با قاضی است. در بسیاری از مواقع با توجه به فرهنگ و اعتقادات و سلیقه شخصی قاضی، اموری سوء معاشرت محسوب می‌شود که در نظر قاضی دیگر اینگونه نیست. از نظر متخصصان حقوق خانواده، بازدارندگی شرط تنصیف دارایی از طلاق‌های شتاب‌زده و بی‌دلیل، وقتی است که عنصر تقصیر در طلاق و سوء معاشرت زن یا مرد به‌عنوان زمینه‌ساز درخواست طلاق مورد توجه قرار گیرد و نیز در کنار ایجاد رویه قضایی در احراز سوء معاشرت زن در دادگاه، نقش سوء معاشرت مرد نیز در تعیین میزان سهم زن در اجرای شرط انتقال دارایی لحاظ گردد. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد مخفی‌کاری و انتقال و فروش اموال قبل از درخواست طلاق توسط مرد امر رایجی است که هدف از آن محروم کردن زن از حقوق مالی‌اش است. دشواری اثبات وجود دارایی‌های دوران زوجیت برای زن و تشتت آراء قضات در تعیین سهم زن از تنصیف دارایی به استناد متن شرط عبارت «تا نصف دارایی»، باعث افزایش تشتت آراء در دعاوی قضایی مشابه و احتمال اعمال سلیقه قاضی و یا اعمال نفوذ در آراء دادرسان می‌شود. همچنین در بسیاری از پرونده‌ها درخواست طلاق زن معلول رفتار غیرقابل تحمل همسر و درواقع تصمیم مرد برای طلاق بدون هزینه بوده است. بعد از چهار دهه، منطقی است با ارزیابی و اصلاح شروط ضمن عقد مندرج در قبale‌ها با توجه به پرونده‌های طلاق و مشکلات رویه‌های قضایی، پیشنهاد اصلاحی در متن این شروط مورد توجه مراجع قضایی قرار گیرد تا با تغییر و جانشینی یک رویه قضایی منصفانه‌تر و یا تفسیری جدید از متن تعهد تنصیف، بر اساس مکاتب تفسیری پویا و رویکرد مصلحت حقوقی به عنصر تقصیر در طلاق بیش از درخواست طلاق تأکید شود.

نتیجه‌گیری: پیشنهادهایی برای اصلاح متن شرط یا فرایند قضایی توسط نویسندگان حقوقی و قضات مطرح شده است. اینکه به جای عبارت «درخواست طلاق» به عنصر تقصیر در طلاق توجه شود، احراز سوء معاشرت زنان در دادگاه - به اقرار قضات مصاحبه‌شده - در رویه فعلی بسیار آسان و سریع و بدون نظر کارشناسی صورت می‌گیرد. اگر اثبات چنین موضوع مهمی که مرتبط با استحقاق زن نسبت به حقوق مالی اوست با تأمل و دقت بیشتر و نظر کارشناسی مشاوران خانواده و با عطف نظر به عوامل زمینه‌ساز سوء معاشرت احتمالی و حتی همراه با احراز میزان تقصیر و سوء معاشرت مرد باشد، در تحقق عدالت و انصاف موثرتر خواهد بود.

واژگان کلیدی: شرط تنصیف دارایی، حقوق مالی زوجه، رویه قضایی، دعاوی تنصیف دارایی.

سرآغاز

در حقوق ایران، یکی از راهکارهای برابری در زمینه حقوق اقتصادی بین زوجین، درج شروط ضمن عقد ازجمله شرط تنصیف دارایی زوج^۱ در ایام زوجیت در عقدنامه‌هاست. باین حال ناآگاهی زوجین از ظرفیت حقوقی این شروط و عدم ضمانت اجرای مؤثر و راه‌های متعدد برای فرار از تأدیه حقوق مالی زوجه مانند سوء معاشرت و خشونت‌های خانگی توسط مردان، رویه قضایی و نوع مشورت متصدیان حقوقی در محاکم به زنان، موجب می‌شود بسیاری از زنان به‌اجبار از پیگیری‌های قضایی برای دستیابی به حقوق مالی خود منصرف شوند و در صورت طرح دعاوی حقوقی نیز شاهد تشتت آراء محاکم و رویه‌های قضایی مختلف در پرونده‌های طلاق به‌ویژه در اجرای شرط تنصیف باشند.

ازنظر متخصصان حقوق خانواده، بازدارندگی شرط تنصیف دارایی از طلاق‌های شتاب‌زده و بی‌دلیل، وقتی است که عنصر تقصیر در طلاق و سوء معاشرت زن یا مرد به‌عنوان زمینه‌ساز درخواست طلاق موردتوجه قرار گیرد و نیز در کنار ایجاد رویه قضایی در احراز سوء معاشرت زن در دادگاه، نقش سوء معاشرت مرد نیز در تعیین میزان سهم زن در اجرای شرط انتقال دارایی لحاظ شود. استفاده نامطلوب از حق طلاق توسط مرد، نوعی ظلم و سوء رفتار محسوب می‌شود و حمایت از طرف آسیب‌پذیر یعنی زن ایجاب می‌کند حمایتی اقتصادی برای زن در نظر گرفته شود. در این راستا تنصیف دارایی در شروط مالی ضمن عقد، برای حمایت اقتصادی از زنان مطلقه موجب هزینه برای مرد در اقدام به طلاق است. بعد از گذشت چهار دهه از درج این شرط در عقدنامه‌ها و افزایش آمار طلاق توافقی و طلاق به درخواست زوجه و تشتت آراء

۱. در ضمن عقد نکاح و عقد خارج لازم، زوج شرط می‌نماید که هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه، تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار او نباشد، زوج موظف است تا نصف دارائی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل کند.

قضایی در تعیین سهم زنان، نیاز به بررسی میزان کارآمدی شرط تنصیف دارایی احساس می‌شود. اختلاف سلیقه دادرسان در تشخیص مصداق سوء معاشرت زن و عدم توجه به تقصیر مرد در تقاضای طلاق توسط زن، رسیدگی‌های قضایی را با پیچیدگی‌ها و دشواری‌هایی مواجه کرده است؛ به نحوی که یکی از علل افزایش طلاق به درخواست زن و طلاق توافقی در جامعه، عدم ضمانت اجرای کافی برای این نوع تعدی و امکان فرار از هزینه طلاق توسط مردان است. در تحقیقات داخل کشور برای افزایش کارایی شرط تنصیف دارایی پیشنهادهایی توسط لیلا دژخواه (2007)، ابراهیم حاجی‌زاده شیر مرد (2009) و آتنا مفیدیان (2016) مطرح شده است که بیشتر به اهمیت و ضرورت اصلاح متن شرط تنصیف در شروط ضمن عقد پرداخته‌اند. در منابع خارجی نیز به لزوم حمایت اقتصادی از زنان پس از طلاق توجه کرده‌اند. طبق نظریه بکر^۱ (۱۹۷۴)، تصمیم بر طلاق یا ادامه زندگی مشترک، وابسته به محاسبه سود و زیان این تصمیم برای فرد است و در صورت عدم اشتغال در درازمدت یا از دست دادن درآمد، احتمال طلاق بیشتر می‌شود (Kraft, 2006).

لوئیس و هاتچینسون (1991) در مقاله «حقوق زنان و حادثه طلاق در جوامع پدرسالار»، بی‌مسئولیتی مردان و وابستگی مالی زنان به مردان را از عوامل آسیب‌پذیری زنان در اثر طلاق معرفی می‌کنند (Lewis & Hutchinson, 1991). در بررسی قوانین خانواده در بیشتر کشورهای عربی جهت حمایت اقتصادی از زن بعد از طلاق، بخش زیادی از مهریه در ابتدای ازدواج و بعد از عقد به زوجه تأدیه می‌شود و در صورت طلاق زن توسط مرد، بدون علت موجه، زوجه حق نفقه‌ای شامل حق مسکن یا حفظ اقامتگاه زمان زوجیت به مدت یک تا سه سال را داراست (Welchman, 1998). بنابراین به نظر می‌رسد حمایت مالی از زن مطلقه از طریق قوانین مناسب محقق می‌شود.

و مرد برای فرار از پرداخت مهریه سنگین یا اجرای شرط تنصیف، متوسل به سوء معاشرت نمی‌شود.

چگونگی تفسیر تعهداتی نظیر شروط ضمن عقد که در عقدنامه‌های ازدواج از پیش تدوین شده، توسط برخی قضات و تحلیل آراء محاکم درباره چگونگی تنصیف دارایی زوج در هنگام طلاق، با تأکید بر موضوع سوء معاشرت زوجین، موضوعی است که در این مقاله به روش کیفی و تحلیل گفتمان بررسی شده است. تحلیل کیفی محتوا با گردآوری و طبقه‌بندی اطلاعات برگرفته از متن دادنامه ۵۲ پرونده طلاق و استخراج آراء قضایی مرتبط با تنصیف دارایی صورت گرفت. نظرات برخی قضات و حقوقدانان نیز درباره دعاوی تنصیف دارایی در تحلیل آراء مورد استفاده قرار گرفت. نهایتاً کدگذاری اولیه و نهایی و تعیین مقوله‌های اصلی از متن آراء محاکم و تحلیل آراء توسط نویسندگان این تحقیق انجام شد. با وجود محدودیت دسترسی به پرونده‌های محاکم، پرونده‌های مورد بررسی از دسته موضوع‌های چالشی و دارای آراء نقض شده یا دارای استدلال‌های خاص هستند. از آنجاکه روش تحقیق کیفی است تنها تعدادی از پرونده‌ها که دارای آراء متفاوت یا نقض شده در محاکم عالی بوده و یا دارای استدلال‌های خاص‌تر بوده‌اند مورد بررسی کیفی قرار گرفته‌اند؛ بنابراین به پرونده‌های مشابه یا آرای ابرام شده کمتر ارجاع شده است. نقد آراء با مشورت گروهی از قضات بازنشسته و وکلا و مشاوران حقوقی باتجربه صورت گرفته تا فرض نقص یا کمبود پیشینه تحقیقات مشابه و تأیید و ارجاع منابع مکتوب که در تحقیقات کتابخانه‌ای مطرح می‌شود جبران شود. با این حال نمی‌توان ادعا کرد آراء در دسترس محقق، نمونه‌ای مشابه همه آراء محاکم کشور و نمایشگر رویه قضایی سایر محاکم باشد؛ از آنجاکه در این تحقیق گزیده‌ای از پرونده‌ها مورد بررسی قرار گرفته‌اند، تعمیم نتایج پژوهش‌های کیفی از جمله نتایج این تحقیق، مطرح نیست.

۱. مبانی حقوقی و فقهی شرط تنصیف دارایی

نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به خصوص حقوق مدنی که به طور عمده مبتنی بر فقه شیعه است نظام استقلال مالی زن و شوهر را بر مبنای آیه ۳۲ سوره نساء «للرجال نصیب مما اكتسبوا و للنساء نصیب مما اكتسبن»^۱ پذیرفته است. همچنین حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» (Allameh Majlesi, 1983, Vol 2:272) بیانگر یکی از مشهورترین قواعد فقهی در تثبیت مالکیت است و بر اصل استقلال مالی اشخاص دلالت دارد. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل ۴۶ بیانگر همین مطلب است: «هر کس مالک کسب و کار مشروع خویش است و هیچ کس نمی تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود، امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند». در مواد ۹۵۶ و ۹۵۸ و ۱۱۱۸ قانون مدنی نیز این اصل بیان شده است. حقوق ایران مانند بسیاری از کشورهای اسلامی نظام استقلال مالی زوجین را پذیرفته است و حتی شرط اشتراک اموال را در شروط ضمن عقد، باطل می داند. باین حال شرط تنصیف دارایی مانند بقیه شروط ضمن عقد، کاملاً اختیاری و الزام آن از بابت اصل وفای به عهد و آیه «اوفوا بالعقود» بوده و برخلاف قوانین کشورهایمانند فرانسه، جنبه امری ندارد. به دیگر بیان، این شرط در حکم قواعد تکمیلی است که التزام به آن مستلزم پذیرش و امضای مرد در ذیل شرط در سند رسمی ازدواج است. لذا چگونگی اجرای آن نیز از ابتدا با تراضی طرفین قابل توافق است.

۲. رویکرد قضات در تفسیر قوانین

در بررسی آرای قضایی، رویکرد قضات در تفسیر قوانین دارای اهمیت است. روش های تفسیر قوانین در دو قالب کلی مکاتب پویا و مکاتب ثابت شناخته می شوند.

۱. برای مردان از آنچه به دست می آورند نصیبی است و برای زنان نیز نصیبی.

متن‌گرایی، قصد‌گرایی و منشأ‌گرایی نوین در قالب مکاتب ثابت قرار می‌گیرند که تصور می‌شود رویکرد قضات در دادگاه‌های ما متمایل به این نوع تفسیر از قوانین است. در ذیل مکاتب پویا نیز رئالیسم (واقع‌گرایی)، پراگماتیسم (عمل‌گرایی) و فرایند حقوقی عنوان می‌شوند (Yavari et al, 2016). قصد‌گرایی از دوران قدیم مورد توجه بوده و نمونه برجسته آن توجه کلیسا به این مکتب در تفسیر متون مقدس است. در این مکتب قاضی باید مطابق قصد و نیت قانون‌گذار، قانون را تفسیر کند (Faqih Larijani, 2012:33). برخی تحقق‌گرایان مانند کلسن معتقدند که قانون و عدالت دو چیز متفاوت هستند که ارتباطی با یکدیگر ندارند (Kelsen, 1970). قلمرو حقوق از عدالت جداست و دادرس باید به حقوق توجه کند نه به عدالت (Perelmant, 1963). وظیفه اصلی دادرس تشخیص راه‌حلی عادلانه متناسب با مصالح اجتماعی و موافق تعالی انسان است. از سوی دیگر به اعتقاد پیروان مکتب حقوق طبیعی مانند لئون فولر و جان فینیس که در رأس آن‌ها هستند، هدف قواعد حقوقی، اجرای عدالت است و هیچ مصلحتی برتر از آن وجود ندارد. دادرس باید در خدمت عدالت باشد و دیوان‌عالی کشور نیز وجدان حقوقی جامعه است که بر عادلانه بودن قوانین باید نظارت داشته باشد (Ansari, 2012). بررسی آرای قضایی در پرونده‌های طلاق تفاوت‌هایی را در رویکرد قضات دادگاه‌های بدوی و محاکم عالی نشان می‌دهد. به نظر می‌رسد کثرت آرا بدوی نقض شده در محاکم دیوان عالی به دلیل مصلحت‌اندیشی و رویکرد عدالت محوری این دسته از قضات باشد. به عنوان مثال اجبار و اکراه زن در تقاضای طلاق به دلیل سوء معاشرت مرد و قصد فرار مرد از انجام تعهد تنصیف دارایی به زیان زنان مطلقه بوده و منطبق با مصلحت جامعه نیست. این نوع استدلال منطبق با مکاتب پویا بوده و در آرای صادر شده از محاکم دیوان عالی بیشتر مشاهده می‌شود. عدالت محوری و مصلحت اجتماعی ایجاب می‌کند در رویه قضایی، تقصیر زن و مرد در همه پرونده‌ها لحاظ شود، در حالی که متن شرط تنصیف دارایی و رویه اغلب قضات به‌ویژه محاکم بدوی بیشتر به احراز سوء معاشرت زن توجه دارد.

۳. نقش سوء معاشرت زوجین در زمینه‌سازی طلاق

توصیه به معاشرت نیکو با همسران در سنت پیامبر اکرم و معصومین (ع) جایگاه ویژه‌ای دارد. پیامبر اکرم (ص) فرمودند «برادرم جبرئیل به من خبر داد و همواره سفارش زنان را می‌کرد تا آنجا که گمان کردم برای شوهر جایز نیست که به زنش اف بگوید (Nouri, 1988:252). امیرالمؤمنین امام علی (ع) نیز می‌فرمایند «بر زنان سخت نگیرید و بلا تکلیفشان نگذارید» (Ansarian, 2000: 271). در جستجوی کلمات قرانی کلمه «معروف» ۳۶ بار تکرار شده که ۱۹ مورد آن در رابطه تعامل مردان با زنان به‌کار رفته است. حفظ و تداوم زندگی مشترک خانوادگی و رشد انسانیت و نسل سالم در بستر ناامنی و خشونت، امکان‌پذیر نیست. خشونت خانگی به معنای آن است که یکی از زوجها در رابطه خانوادگی رفتاری تهاجمی، خشن و تخریبی نسبت به دیگری اعمال کند. خشونت خانگی، سوءاستفاده از قدرت و ایجاد کنترل برونی فرد دیگری است که با خشونت‌گر رابطه نزدیکی دارد و در زیر یک سقف زندگی می‌کنند (Ezazi, 2004). تأثیر مخرب خشونت روانی بر بنیان خانواده، کمتر از خشونت جسمی نیست. خشونت روانی هر نوع رفتار و گفتار خشنی است که سلامت روحی و روانی فرد را با خطر مواجه سازد و مصادیق آن عبارت‌اند از انتقاد ناروا و مداوم، تهدید به طلاق، سرزنش کردن، مسخره کردن، محدود کردن رفتار و حرکات، اجبار به کارهای خلاف طبع و ایجاد ناامنی (Jawanmard, 2011). این بُعد از خشونت در مردان و زنان نسبت به هم دیده می‌شود و از سوی مردان بیشتر گزارش می‌شود. این موضوع که بیشتر مواقع، علت طلاق محسوب می‌شود، خود معلول از بین رفتن کارکرد عاطفی خانواده و عوامل دیگر است. از دیدگاه لاک از بین رفتن توجه و محبت بین زوجین باعث فروپاشی و ازهم‌گسیختگی زندگی زناشویی و افزایش رفتارهای خشونت‌آمیز می‌شود (Conger et al, 1990). یافته‌های پژوهشگران نشان می‌دهد خشونت خانگی در ابعاد گوناگون آن، یکی از برگ خریدهای افزایش طلاق در جامعه است (Seifzadeh and Ghanbari Barzian, 2013). خشونت علاوه بر آسیب‌های جسمی بر سلامت روان و

احساس ارزشمندی زنان اثر می‌گذارد و دل‌زدگی زناشویی را افزایش می‌دهد (Shoaa, 2016). همچنین بدسرپرستی، ضعف حمایت خانوادگی، خشونت و تعارض والدین، خشونت زناشویی، فقر، اعتیاد و طلاق از جمله عوامل مهمی هستند که زمینه ازهم‌گسیختگی و نابسامانی خانواده را فراهم می‌کنند (Afrasiabi and Dehghani, 2016). در مطالعه دیگر ۲۰۶ زن متقاضی طلاق مورد بررسی قرار گرفتند. در اکثریت زنان مورد مطالعه خشونت خانگی، خشونت کلامی، خشونت اقتصادی و خشونت فیزیکی در سطح متوسط، خشونت روانی در سطح زیاد و خشونت جنسی در سطح کم گزارش شده است. همچنین خشونت در سال‌های اولیه زندگی مشترک، بیشتر عنوان شده است (Yari Nasab and Amini, 2019). نتایج پژوهش‌های دیگر نشان داد که در میان زنان متأهل شهر تهران رابطه معناداری بین خشونت خانگی و طلاق عاطفی وجود دارد (Latifian et al, 2017)؛ اما این دسته از زنان به دلایل مختلفی از جمله فشار هنجارهای اجتماعی که طلاق را تأیید نمی‌کند و به دلایل احتمال از دست دادن بچه‌ها، برچسب‌های اجتماعی، محرومیت منزلتی، نبود حمایت‌های اجتماعی و قانونی، ماندن در روابط خشونت‌آمیز را بر طلاق ترجیح می‌دهند (Najafi Tawana and Jamshidi, 2024).

در قوانین فقه و حقوق خانواده ایران توجه ویژه‌ای به نقش تمکین زن و حسن معاشرت یا سوء معاشرت او شده است. محرومیت از نفقه و عدم استحقاق زوجه نسبت به شرط تنصیف دارایی در صورت طلاق، از جمله ضمانت اجرای این‌گونه تقصیرهاست. ولی در مورد سوء معاشرت مرد تنها تسهیل طلاق برای زن پیشنهاد می‌شود که گاه مطلوب بعضی از مردان است تا از این بیراهه و به شیوه ستمگری، آسان‌تر به هدف خود یعنی طلاق کم‌هزینه دست یابند. به لحاظ فقهی دو وظیفه برای زوجه در برابر زوج مطرح است که عبارت‌اند از تمکین جنسی و اخذ اذن از زوج برای خروج از منزل، در نقطه مقابل وظایف چهارگانه زوج در برابر زوجه عبارت‌اند از پرداخت نفقه، پرداخت مهریه، تکلیف نسبت به حق مضاجعه و حق مواقعه (Habibi

(Tabar and Farahani, 2014). مسئله خودداری شوهر از ادای حقوق جنسی زن، عملاً همسرش را در معرض آسیب‌های روانی و یا نابهنجاری‌های اجتماعی ازجمله خیانت قرار می‌دهد یا گرایش به خشونت و خودکشی و قتل را افزایش می‌دهد (Tavajohi, 2010). در دادگاه‌های خانواده، از طرفی، قضات مرد به اقرار خود و یا طبق برخی پژوهش‌های میدانی ازجمله این تحقیق، سوء معاشرت زنان را به دلیل تفاوت‌های فرهنگی یا اقتضائات محلی، برجسته‌تر می‌بینند. از طرف دیگر بسیاری از این زنان، آشنا به حقوق خود نبوده و تحت تأثیر جو دادگاه قادر به دفاع از خود یا استفاده از مشاوره وکیل شایسته نیستند.

۴. عوامل و متغیرهای تأثیرگذار بر طرز تلقی محاکم از سوء معاشرت زوجین

در دادگاه، معمولاً سوء معاشرت هر یک از زوجین بر اساس نظر کارشناس روان‌پزشکی معتبر یا ارائه مدرک صوتی یا تصویری و نیز گواهی شهود اثبات می‌شود. همچنین با اقرار زوجه به ترک منزل مشترک، نشوز وی ثابت می‌شود. برخی از محاکم به زمینه‌های نشوز زوجه و چگونگی استمرار آن توجه داشته و برخی به آن اهمیت نمی‌دهند. این رویکرد قضات، بر چگونگی صدور رأی به نفع زن و استحقاق شرط تنصیف دارایی تأثیرگذار است.

۴-۱. توجه به اختلال شخصیتی زوجین در زمینه‌سازی طلاق

ادعای سوء معاشرت زن در بیشتر طلاق‌های به درخواست مرد، برای محروم کردن زن از حق تنصیف دارایی، امری رایج است. در بررسی پرونده‌های در دسترس این پژوهش، مشاهده می‌شود که دادگاه دیوان عالی، در مواردی که مرد به دلیل بیماری روانی و اختلال شخصیتی (به تشخیص کارشناس قضایی و با احراز دادگاه)، زن را

جدول ۱. عوامل و متغیرهای تأثیرگذار بر طرز تلقی محاکم از سوء معاشرت

نظر کارشناس روان‌پزشکی	ترک منزل مشترک	فحاشی و تهدید	نشوز
پرونده شماره ۳۲ رأی بدوی: زوج دارای شخصیت پارانویید و وسواسی که همراه با افکار سوءظن نسبت به افراد خانواده است که نیاز به درمان روان‌پزشکی دارد.	پرونده شماره ۳۵ رأی فرجامی: اقدام زوجه به ترک منزل که در مقام مقابله با درخواست طلاق زوج و در جریان رسیدگی به این دعوی صورت گرفته و یک حرکت انفعالی برای زوجه محسوب بوده و مصداق نشوز وی را نداشته و نمی‌تواند مسقط حقوق قانونی وی بوده باشد.	پرونده شماره ۴۳ رأی بدوی: سوء معاشرت و با سوء رفتار زوج به گونه ایست که ادامه زندگی را غیرقابل تحمل می‌کند.	پرونده ش ۴۰ رأی بدوی: علیرغم ادعای نشوز زوجه توسط زوج تعیین ۵۰ میلیون تومان نخله به دلیل طولانی بودن سال‌های زندگی مشترک و اعلام تبرعی بودن کارهای منزل توسط زوجه و ناچیز بودن مهریه.

متهم به سوء معاشرت می‌کند توجه کرده است؛ یعنی ممکن است این موضوع صرفاً به دلیل روانی بوده و با نیت و قصد فرار از تعهد مالی توسط مرد نباشد. لذا اثبات سوء معاشرت هر یک از زن و مرد و شناسایی میزان تقصیر هر دو طرف در طلاق و شناسایی زمینه‌های ایجاد سوء معاشرت در صدور آراء و تعیین سهم زن مهم است. در گزارش پرونده شماره ۲۲- ادعای سوء معاشرت زن توسط مرد برای فرار از تعهد شرط تنصیف یا به دلیل بیماری روانی زوج در رأی دیوان مطرح شده است. درحالی‌که خود مرد نیز از طرف زن متهم به سوء معاشرت بوده و مدارکی در دادگاه ارائه شد. بدیهی است که مرد دارای بیماری روانی نیز باید هم به دلیل طلاق و هم سوء معاشرت خود غرامت دهد ولی اگر سوء معاشرت مرد به دلیل فرار از تعهد و سوءاستفاده از قانون باشد، مانند وادار کردن زن به درخواست طلاق با تهدید و اجبار و ایجاد عسر و

حرج، ضروری است بیشتر مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد و فرد مقصر، تاوان بیشتری بپردازد. در پرونده شماره ۲۳^۱ ادعای سوء معاشرت زوجین نسبت به هم مطرح می‌شود و ادعای مرد در رأی بدوی برای محرومیت از حقوق مالی زن تأثیرگذار است ولی در دیوان این واکنش اعتراضی زن به دلیل زمینه‌سازی از طرف مرد طبیعی محسوب می‌شود و مانع استحقاق زن نسبت به حقوق خود نیست.

۲-۴. نقش ترک منزل مشترک در اثبات سوء معاشرت

ترک منزل به مدت طولانی به‌خصوص در مورد زن موجب اثبات نشوز او است ولی در صورت توجه این رفتار با دلایل منطقی مثل لزوم حفظ حیات و خطر جانی، سوء معاشرت محسوب نمی‌شود.

رأی دیوان عالی در پرونده شماره ۲۲ «... از طرفی زوج در دادخواست تقدیمی مدعی ترک منزل مشترک از طرف زوجه و عدم تمکین وی نشده بلکه به جهت سوء معاشرت و عدم توافق اخلاقی فی‌مابین درخواست طلاق کرده است و اگر در جریان رسیدگی به دعوی طلاق، زوجه منزل مشترک را ترک کرده باشد که زوج هم‌چنین ادعایی را مطرح کرده است و این اقدام زوجه به ترک منزل که در مقام مقابله با درخواست طلاق زوج و در جریان رسیدگی به این دعوی صورت گرفته و یک حرکت انفعالی برای زوجه محسوب بوده و مصداق نشوز وی را نداشته و نمی‌تواند مستقط حقوق قانونی وی بوده باشد».

۳-۴. اثبات سوء معاشرت زوجین به دلیل فحاشی و تهدید

در پرونده شماره ۲۲، ادعای عدم تمکین زن به دلیل سوء معاشرت مرد با پاسخ زن و اشاره به سوء معاشرت مرد به این بیان است: «... به لحاظ نداشتن امنیت جانی از تاریخ

۹۰/۴/۱۹ جلد ۱ از شوهرم زندگی می‌کنم...» این دلیل توسط دیوان عالی پذیرفته می‌شود درحالی‌که دادگاه بدوی بر اساس این ادعا رأی بر بی حقی زن نسبت به حق تنصیف و اجرت‌المثل صادر کرده بود: «... در مورد اجرت‌المثل ایام زوجیت با توجه به ادعای زوج مبنی بر عدم تمکین زوجه، وی را مستحق دریافت اجرت‌المثل یا نصف دارایی نمی‌داند». ولی دیوان ترک منزل زن را مصداق نشوز ندانسته و آن را واکنشی نسبت به طرح دعوای زوج و یک حرکت انفعالی و طبیعی می‌داند. در این پرونده توجه به عنصر تقصیر در طلاق و زمینه‌سازی برای سوء معاشرت واکنشی زن و برجسته کردن تغییر رفتار زن به عنوان عدم تمکین و سوء معاشرت برای محروم کردن او از حقوق مالی توسط زن خواهان طلاق، موردتوجه قاضی دیوان قرار گرفته است و با رویکرد عدالت‌خواهی و مصلحت‌گرایی و در نظر گرفتن قصد و انگیزه طرفین، رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر را نقض و اصلاح کرده است.

۴-۴. اثبات سوء معاشرت به دلیل نشوز

رویه برخی دادگاه‌ها درباره احراز نشوز و سوء معاشرت زن سهل‌گیرانه و برخی سخت‌گیرانه‌تر است. نمونه آرای نقض‌شده در پرونده‌های گوناگون نشان می‌دهد، در دادگاه عالی، احتمال نقض رأی محاکم بدوی به نفع زنان بیشتر است. گزارش پرونده شماره ۲۳^۱ ادعای سوء معاشرت زوجین را نسبت به هم مطرح می‌کند و ادعای مرد در رأی بدوی تأثیرگذار است؛ ولی در دیوان، این واکنش اعتراضی زن با پذیرش دلیل او مبنی بر زمینه‌سازی از طرف مرد، طبیعی محسوب می‌شود و زمینه صدور رأی به نفع زن را موجب می‌شود. در این پرونده عنصر تقصیر در طلاق و زمینه‌سازی برای سوء معاشرت واکنشی زوجه، موردتوجه قاضی دیوان قرار گرفته است. در پرونده شماره ۲۴ زن در دفاع از خود دلیل عدم تمکین خود را فحاشی و سوء معاشرت همسر اعلام

کرده است. «... و زوجه نیز با تقدیم لایحه و تکذیب اظهارات خواهان تقاضای ردّ دعوی وی را کرده است و گفته عدم تمکین به خاطر ایراد ضرب و شتم و بعضاً تهمت و فحاشی از سوی زوج بوده...» همان‌طور که در برخی پرونده‌ها سوء معاشرت مرد از سوی زن، همراه با درخواست طلاق توسط مرد مطرح شد در پرونده شماره^{۲۴} نیز علیرغم درخواست طلاق توسط مرد، سوء معاشرت طرفین نسبت به هم ادعا شده ولی میزان تقصیر دو طرف در نتیجه صدور رأی یکسان نیست. به نظر می‌رسد، سوء معاشرت مرد و دشواری اثبات آن، سبب وادار کردن زن به درخواست طلاق و در نتیجه معافیت مرد از هزینه‌های طلاق است. در این پرونده صدور رأی به نفع زن و با تعیین سهم حداکثر ۵۰ درصد دارایی، نشان‌دهنده عدم احراز سوء معاشرت او توسط دادگاه است. در صورت پذیرش ادعای مرد مبنی بر عدم تمکین زن و سوء معاشرت وی، حق ناشی از شرط تنصیف دارایی به زن تعلق نمی‌گرفت. برخی معتقدند اثبات سوء معاشرت مرد به همراه درخواست طلاق توسط مرد درحالی‌که زن مقصر در طلاق نباشد، موجب می‌شود قاضی به حکم وجدان و عدالت‌خواهی و اختیار قانونی خود در تعیین سهم زن، بیشترین سهم مالی از شرط تنصیف، یعنی نیمی از دارایی ایام زوجیت را برای زن، در صدور رأی قائل شود.

۴-۵. سوء معاشرت مرد در دعاوی طلاق

در پرونده شماره^{۲۵} خواهان زوجه بوده با خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش و طلاق به علت سوء رفتار زوج، اعتیاد زوج و ازدواج مجدد زوج. رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور مبنی بر نقض دادنامه تجدیدنظر صادر شد. رأی فرجامی استحقاق زوجه را برای اجرت‌المثل یا نحلّه در صورت اقرار صریح زوجه به تبرعی بودن کارهای منزل

۱. دادنامه ۴۰۵-۱۳۹۲/۴/۲

۲. دادنامه ۹۳۰۹۹۷-۹۳ تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۳

اعلام کرد. استدلال دیوان عالی این است که: «... از این اظهارات زوجه که من زندگی‌ام را دوست داشتم و مثل اکثر زنان بابت دریافت حقوق و مزد کار نمی‌کردم چنین استنباط می‌شود که زوجه به شرط استمرار این زندگی قصد دریافت حقوق و مزد نداشته. حال که این استمرار به لحاظ اقدامات زوج با ازدواج مجدد و اعتیاد به مواد مخدر به مخاطره افتاده است تبرعی دانستن کار و فعالیت زوجه در ایام زندگی مشترک موجه نبوده و با عدالت سازگار نیست... برخلاف استنباط دادگاه تجدیدنظر، زوجه در صورت عدم تعیین اجرت‌المثل مستحق نحله خواهد بود...» در این پرونده و پرونده‌های مشابه و بسیاری از طلاق‌های توافقی که تقاضای طلاق از طرف زن و به دلیل سوء معاشرت مرد بوده و زن خواهان تمامی حقوق مالی خود از جمله تنصیف دارایی است؛ تنها حق نحله برای زن در نظر گرفته می‌شود و میزان نحله که با رأی دادگاه و نظر کارشناسی تعیین می‌شود، معمولاً به اندازه شرط تنصیف، تأثیر بازدارندگی از سوء معاشرت مرد را ندارد درحالی‌که برای مردان متمکن متقاضی طلاق یا دارای سوء معاشرت، می‌توان میزان نحله را در حد وسعشان یا به‌اندازه‌ای که بازدارنده باشد، افزایش داد. البته این نکته را باید در نظر داشت که در اکثر پرونده‌های طلاق به درخواست زن، رأی بر حق دریافت نحله صادر نمی‌شود. حکم نحله در موارد طلاق به درخواست زن، در مواردی که زن مطالبه اجرت‌المثل نداشته صادر شده است. بررسی پرونده‌های طلاق نشان می‌دهد که زنان نحله را بر اجرت‌المثل ترجیح می‌دهند چون نحله ربطی به اثبات دارایی‌های مرد در دوران زوجیت ندارد و کل دارایی مرد مشمول حکم نحله می‌شود. اثبات سوء معاشرت زن توسط مرد موجب می‌شود که مرد بتواند زن را با کمترین هزینه و بدون نحله و تنصیف دارایی طلاق دهد اما با اثبات سوء معاشرت مرد، برای زن تنها حق طلاق قضایی ایجاد می‌شود؛ درحالی‌که هدف مرد در این موارد طلاق بدون هزینه بوده و قصد زن از درخواست طلاق، رهایی از خشونت همسر بوده و طلاق خلعی (به معنای کراهت یک‌طرفه از جانب زن) به صرف بذل بخشی از مهریه، به‌واقع تحقق نیافته است.

گزارش پرونده شماره ۱۳۲

«... وکیل منتخب زوج با تقدیم لایحه و بیان عدم تمکین خاص و عام خواننده دعوی از زوج خواهان و داشتن سوء معاشرت و طرح پرونده‌های کیفری و حقوقی علیه زوج که سلب آرامش روحی و روانی از وی کرده تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش را کرده و کپی بعضی مدارک ضمیمه اوراق پرونده شده است و زوجه نیز با تقدیم لایحه و تکذیب اظهارات خواهان تقاضای ردّ دعوی وی را کرده است و گفته عدم تمکین به خاطر ایراد ضرب و شتم و بعضاً تهمت و فحاشی از سوی زوج بوده که کپی مدارک ضمیمه شده در اوراق پرونده مؤید است. نظر کمیسیون پزشکی قانونی: ... در حال حاضر آقای ذ.ب. جنون ندارد ولی ویژگی‌هایی از شخصیت پارانویید و وسواسی که همراه با افکار سوءظن نسبت به افراد خانواده است که نیاز به درمان روان پزشکی دارد».

رأی دیوان عالی در پرونده شماره ۳۳

«... با امعان نظر و مذاقه در جامع از اوراق و محتویات پرونده نظر به اینکه در تمامی مراحل تحقیق و جلسات دادرسی این زوج بوده که اصرار بر طلاق داشته و از طرفی نشوز زوجه برابر محتویات پرونده فاقد ادله و مدارک اثباتی قابل استناد بوده و از طرفی بین وجود حق برای زوجه نسبت به اجرت‌المثل و حق بند الف شرط ضمن عقد تهافت و تعارض وجود ندارد و اجرت‌المثل که عقد اجاره منتقل بوده و بر فرض عدم استحقاق زوجه نسبت به بند الف اجرت‌المثل در صورت احراز علی ای حال به قوت خود باقی است».

ادعای سوء معاشرت زوجه توسط زوج به دلیل بیماری روانی زوج یا برای فرار از تعهد شرط تنصیف در رأی دیوان مطرح شده است و توجه دادگاه به اینکه مرد به دلیل بیماری روانی و اختلال شخصیتی زن را متهم به سوء معاشرت می‌کند نیز دارای اهمیت

است. لذا اثبات سوء معاشرت هریک از زن و مرد و شناسایی میزان تقصیر هر دو طرف در طلاق و شناسایی زمینه‌های ایجاد سوء معاشرت در صدور آراء و تعیین سهم زوجه در پرونده‌های مشابه با ایجاد رویه قضایی امکان‌پذیر است. روشن است که فرد دارای اختلال روانی نیز باید هم به دلیل طلاق و هم سوء معاشرت خود غرامت دهد ولی اگر سوء معاشرت به دلیل فرار از تعهد و سوءاستفاده از قانون باشد؛ مانند وادار کردن زوجه به درخواست طلاق با تهدید و اجبار و ایجاد عسر و حرج، ظلم بزرگ‌تری است که در بسیاری از مواقع از آن غفلت می‌شود و یا به دلیل رویکرد نص‌گرایی قضات نادیده گرفته می‌شود؛ در نتیجه باعث سوءاستفاده مردانی می‌شود که در حقیقت خود خواهان طلاق‌اند ولی نمی‌خواهند هزینه آن راپردازند.

در پرونده شماره ۱۳۴ ادعای سوء معاشرت زوجین نسبت به هم مطرح می‌شود و ادعای مرد در رأی بدوی برای محرومیت از حقوق مالی زن تأثیرگذار است ولی در دیوان این واکنش اعتراضی زن به دلیل زمینه‌سازی از طرف مرد طبیعی محسوب می‌شود و مانع استحقاق زن نسبت به حقوق خود نیست.

رأی دیوان عالی در پرونده شماره ۵۲

«... از طرفی زوج در دادخواست تقدیمی مدعی ترک منزل مشترک از طرف زوجه و عدم تمکین وی نشده بلکه به جهت سوء معاشرت و عدم توافق اخلاقی فی‌مابین درخواست طلاق کرده است و اگر در جریان رسیدگی به دعوی طلاق، زوجه منزل مشترک را ترک کرده باشد که زوج هم‌چنین ادعایی را مطرح کرده است و این اقدام زوجه به ترک منزل که در مقام مقابله با درخواست طلاق زوج و در جریان رسیدگی به این دعوی صورت گرفته و یک حرکت انفعالی برای زوجه محسوب بوده و مصداق نشوز وی را نداشته و نمی‌تواند مستقط حقوق قانونی وی بوده باشد».

ادعای عدم تمکین زن به دلیل سوء معاشرت مرد با پاسخ زن و اشاره به سوء معاشرت مرد به این بیان است: «... به لحاظ نداشتن امنیت جانی از تاریخ ۹۰/۴/۱۹ جدا از شوهرم زندگی می‌کنم...» این دلیل توسط دیوان عالی پذیرفته می‌شود درحالی‌که دادگاه بدوی بر اساس این ادعا رأی بر بی حقی زن نسبت به حق تنصیف و اجرت‌المثل صادر کرده بود. در رأی بدوی: «... در مورد اجرت‌المثل ایام زوجیت با توجه به ادعای زوج مبنی بر عدم تمکین زوجه، وی را مستحق دریافت اجرت‌المثل یا نصف دارایی نمی‌داند». ولی دیوان ترک منزل زن را مصداق نشوز نمی‌داند و آن را واکنشی نسبت به طرح دعوای مرد و یک حرکت انفعالی و طبیعی می‌داند. در این پرونده توجه به عنصر تقصیر در طلاق و زمینه‌سازی برای سوء معاشرت واکنشی زن و برجسته کردن تغییر رفتار زن به عنوان عدم تمکین و سوء معاشرت برای محروم کردن او از حقوق مالی توسط مرد خواهان طلاق، مورد توجه قاضی دیوان قرار گرفته است و با رویکرد عدالت‌خواهی و مصلحت‌گرایی و در نظر گرفتن قصد و انگیزه طرفین، رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر را نقض و اصلاح کرده است.

پرونده شماره ۱۳۶ گزارش خلاصه پرونده «... وکیل منتخب زوج با تقدیم لایحه و بیان عدم تمکین خاص و عام خواننده دعوای از زوج خواهان و داشتن سوء معاشرت و طرح پرونده‌های کیفری و حقوقی علیه زوجه که سلب آرامش روحی و روانی از وی کرده تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش را کرده و کپی بعضی مدارک ضمیمه اوراق پرونده شده است و زوجه نیز با تقدیم لایحه و تکذیب اظهارات خواهان تقاضای ردّ دعوای وی را کرده است و گفته عدم تمکین به خاطر ایراد ضرب و شتم و بعضاً تهمت و فحاشی از سوی زوج بوده...».

همان‌طور که در برخی پرونده‌ها سوء معاشرت زوج از سوی زوجه همراه با درخواست طلاق توسط زوج مطرح شد در این پرونده نیز علیرغم درخواست طلاق

توسط زوج، سوء معاشرت طرفین نسبت به هم ادعا شده صدور رأی به نفع زن حاکی از عدم احراز سوء معاشرت و عدم نشوز او توسط دادگاه است. در صورت پذیرش ادعای مرد مبنی بر عدم تمکین زن و سوء معاشرت وی، حق ناشی از شرط تنصیف دارایی به زن تعلق نمی‌گرفت.

پرونده شماره ۴۳^۱ در رأی بدوی، شوهر زن به دلیل سوء معاشرت، محکوم می‌شود: «... زوج به اتهام فحاشی و تهدید به جزای نقدی و شلاق محکوم شده و نیز طبق دادنامه شماره ۹۲۱۰۰۰۹۰ شعبه اول دادگاه - دعوی تمکین ردّ شده و در این شرایط زوج به تکلیف است از نظر دادگاه تخلف از شرط ۲ سند نکاحیه صورت گرفته و سوء معاشرت و با سوء رفتار زوج به گونه ایست ادامه زندگی را غیرقابل تحمل می‌کند مستنداً به مواد ۱۸ - ۱۹ - ۲۴ الی ۲۷ - ۳۲ و ۳۴ قانون حمایت خانواده و مواد ۱۱۳۳ و ۱۱۳۹ و ۱۱۴۷ و ۱۱۴۶ و ۱۱۵۰ و ۱۱۰۹ قانون مدنی گواهی عدم امکان سازش بین زوجین صادر می‌کند با توجه به اینکه تخلف از شرط ضمن العقد از نظر دادگاه صورت گرفته زوج می‌تواند به اینکه از زوج جهت اجرای صیغه طلاق خود را مطلقه کند نوع طلاق بائنی است...» این رأی با اعتراض مرد و درخواست تجدیدنظر در پرونده بعدی مطرح می‌شود.

رأی تجدیدنظر در پرونده شماره ۴۴ به نفع مرد صادر می‌شود و رأی بدوی را نقض می‌کند^۲: «...این شعبه پس از رسیدگی طی دادنامه شماره ۱۰۰۸۸۴ - ۹۲/۹/۱۲ با این استدلال که محکومیت تجدیدنظرخواه با یک فقره تهدید و فحاشی نمی‌تواند دلیل بر سوء رفتار زوج باشد آن‌هم در طول زندگی مشترک لذا اعتراض تجدیدنظرخواه وارد است با نقض رأی تجدیدنظر خواسته مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی

۱. دادنامه ۱۰۰۸۴۴ - ۹۲/۶/۳۱

۲. دادنامه ۱۰۰۸۸۴ - ۹۲/۹/۱۲

حکم به ردّ دعوی خواهان صادر می‌کند». این رأی با اعتراض زن به درخواست فرجام‌خواهی منجر می‌شود.

رأی دیوان به نفع مرد صادر می‌شود: «...اعتراض فرجام‌خواه به کیفیتی نیست که نقض رأی فرجام‌خواسته را ایجاب کند بر مبنای و جهات استدلال دادگاه هم‌خداشه‌ای وارد نیست مستنداً به ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی با ردّ فرجام‌خواهی فرجام‌خواه دادنامه فرجام‌خواسته را ابرام می‌کند» در مواردی که نسبت به سوء معاشرت زوج شکایت و گزارش مکرر وجود نداشته باشد، ممکن است از سوی دادگاه نتیجه‌گیری شود که سوء معاشرت شدید نبوده، قابل تحمل بوده یا مستمر نبوده است. در این پرونده نیز ادعای سوء معاشرت مرد توسط همسرش از سوی دادگاه تجدیدنظر و دادگاه عالی پذیرفته نمی‌شود.

۴-۶. عوامل زمینه‌ساز سوء معاشرت زن

رویه برخی دادگاه‌ها درباره احراز نشوز و سوء معاشرت زوجه سهل‌گیرانه و برخی سخت‌گیرانه‌تر است.

به نظر دادیار (کارشناسی ارشد حقوق، خانم ۳۵ ساله):

- «... احراز تخلف زوجه از وظایف همسری که مانع استحقاق و اعمال شرط مزبور است گرچه به‌قدر زیادی بستگی به سلیقه قضایی دادگاه رسیدگی‌کننده دارد لیکن در عمل رویه قضایی بر این قرار نگرفته که با یک محکومیت تمکین یا احراز یک سابقه سوء اخلاق بدون آنکه شدت و استمرار آن احراز شود، زوجه از این حق محروم شود...».

گزارش پرونده شماره ۱۳۲

«... وکیل منتخب زوج با تقدیم لایحه و بیان عدم تمکین خاص و عام خواننده دعوی از زوج خواهان و داشتن سوء معاشرت و طرح پرونده‌های کیفری و حقوقی علیه زوج که سلب آرامش روحی و روانی از وی کرده تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش را کرده و کپی بعضی مدارک ضمیمه اوراق پرونده شده است و زوج نیز با تقدیم لایحه و تکذیب اظهارات خواهان تقاضای ردّ دعوی وی را کرده است و گفته عدم تمکین به خاطر ایراد ضرب و شتم و بعضاً تهمت و فحاشی از سوی زوج بوده که کپی مدارک ضمیمه شده در اوراق پرونده مؤید است. نظر کمیسیون پزشکی قانونی... در حال حاضر آقای ذ.ب. جنون ندارد ولی ویژگی‌هایی از شخصیت پارانویید و وسواسی که همراه با افکار سوءظن نسبت به افراد خانواده است که نیاز به درمان روان‌پزشکی دارد».

رأی دیوان عالی

«... با امعان نظر و مذاقه در جامع از اوراق و محتویات پرونده نظر به اینکه در تمامی مراحل تحقیق و جلسات دادرسی این زوج بوده که اصرار بر طلاق داشته و از طرفی نشوز زوجه برابر محتویات پرونده فاقد ادله و مدارک اثباتی قابل استناد است...».

در این پرونده، توجه دادگاه به این موضوع که مرد به دلیل بیماری روانی زن را متهم به سوء معاشرت می‌کند در رأی صادره ملاحظه می‌شود. لذا اثبات سوء معاشرت هریک از زن و مرد و شناسایی میزان تقصیر هر دو طرف در طلاق و شناسایی زمینه‌های ایجاد سوء معاشرت ضروری است. منطقی است که بیمار روانی نیز تاوان سوء معاشرت خود را بپردازد.

پرونده شماره ۱۳۴ دادنامه ادعای سوء معاشرت زوجین را نسبت به هم مطرح می‌کند و ادعای مرد در رأی بدوی تأثیرگذار است. ولی در دیوان این واکنش اعتراضی زن موردپذیرش واقع می‌شود. با پذیرش دلیل او مبنی بر اینکه تغییر رفتار او ناشی از سوء معاشرت مرد و واکنشی طبیعی بوده در نتیجه، استحقاق زن نسبت به حقوق خود در رأی صادره تأیید می‌شود.

رأی دیوان عالی:

«... اگر در جریان رسیدگی به دعوی طلاق، زوجه منزل مشترک را ترک کرده باشد که زوج هم‌چنین ادعایی را مطرح کرده است و این اقدام زوجه به ترک منزل که در مقام مقابله با درخواست طلاق زوج و در جریان رسیدگی به این دعوی صورت گرفته و یک حرکت انفعالی برای زوجه محسوب بوده و مصداق نشوز وی را نداشته و نمی‌تواند مستقط حقوق قانونی وی بوده باشد».

ادعای عدم تمکین زوجه در پاسخ زوجه با اشاره به ایجاد زمینه‌های رفتار خود با این عبارات است: «... به لحاظ نداشتن امنیت جانی جدا از شوهرم زندگی می‌کنم...» این دلیل در رأی فرجامی پذیرفته می‌شود. در رأی بدوی: «... در مورد اجرت‌المثل ایام زوجیت با توجه به ادعای زوج مبنی بر عدم تمکین زوجه، وی را مستحق دریافت اجرت‌المثل یا نصف دارایی نمی‌داند.» ولی دیوان ترک منزل زوجه را مصداق نشوز نمی‌داند و آن را واکنشی نسبت به طرح دعوای زوج و یک حرکت انفعالی و طبیعی می‌داند. در این پرونده توجه به عنصر تقصیر در طلاق و زمینه‌سازی برای سوء معاشرت واکنشی زوجه، موردتوجه قاضی دیوان قرار گرفته است.

پرونده شماره ۱۳۶ گزارش خلاصه پرونده «... وکیل منتخب زوج با تقدیم لایحه و بیان عدم تمکین خاص و عام خوانده دعوی از زوج خواهان و داشتن سوء معاشرت و طرح پرونده‌های کیفری و حقوقی علیه زوج که سلب آرامش روحی و روانی از وی کرده تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش را کرده و کپی بعضی مدارک ضمیمه اوراق پرونده شده است و زوجه نیز با تقدیم لایحه و تکذیب اظهارات خواهان تقاضای ردّ دعوی وی را کرده است و گفته عدم تمکین به خاطر ایراد ضرب و شتم و بعضاً تهمت و فحاشی از سوی زوج بوده...».

در این پرونده نیز علیرغم درخواست طلاق توسط زوج، سوء معاشرت طرفین نسبت به هم ادعا شده به نظر می‌رسد سوء معاشرت زوج و دشواری اثبات آن، حربه‌ای برای وادار کردن زوجه به درخواست طلاق و فرار از هزینه‌های طلاق توسط زوج است.

از نظر قانون و عرف، سوءاستفاده از حق طلاق توسط مرد، درجایی که بی‌دلیل موجه اقدام به درخواست طلاق و تقاضای گواهی عدم امکان سازش می‌کند نوعی ظلم و سوء رفتار محسوب می‌شود و نظم اجتماعی و حمایت از طرف آسیب‌پذیر یعنی زن ایجاب می‌کند غرامتی مالی برای مرد و حمایتی اقتصادی برای زن در نظر گرفته شود. لذا استفاده از این حق قانونی و شرعی همراه با هزینه‌ای برای فرد مقصر در طلاق است؛ چه مرد که درخواست طلاق از ناحیه اوست و باید حقوق مالی زوجه را بپردازد و چه زن، اگر در زمینه‌سازی یا درخواست طلاق مقصر بوده و پیش‌قدم می‌شود و در نتیجه برای رسیدن به آرزوی جدایی و رهایی، درخواست طلاق می‌دهد لذا از بخشی از حقوق مالی خود صرف‌نظر می‌کند؛ اما در مواردی که دلیل درخواست طلاق زوجه، سوء معاشرت زوج و تقصیر مرد است، سکوت و بی‌تفاوتی قانون و دادرس نسبت به عنصر تقصیر و اراده باطنی هر یک از زوجین و اجبار و اکراه در تقاضای

طلاق توسط زوجه، منطقی نیست. یکی از علل افزایش طلاق به درخواست زوجه و طلاق توافقی در جامعه ما عدم ضمانت اجرای کافی برای این نوع تعدی و امکان فرار از هزینه طلاق توسط مردان با اعمال سوء معاشرت است. درحالی که طلاق حلال است و سوء معاشرت نوعی ظلم و حرام است. در جامعه اسلامی انتظار است که قانون و شرع در کنار هم قرار گرفته و به مدد اخلاق اسلامی جلوی بی‌نظمی و بی‌عدالتی و سوءاستفاده از خلأهای قانونی را بگیرند. رویکرد مصلحت‌گرایی و تفسیر پویا با اختیار قضایی می‌تواند توانی معادل تنصیف دارایی یا کمتر از آن بر مرد مقصر در طلاق تحمیل کند هرچند زوجه به اجبار و اکراه دادخواست طلاق دهد. بازدارندگی شرط تنصیف دارایی از طلاق‌های شتابزده و بی‌دلیل، وقتی است که به عنصر تقصیر در طلاق و سوء معاشرت زن یا مرد به‌عنوان زمینه‌ساز درخواست طلاق بیش از نوع درخواست طلاق توسط زوج یا زوجه توجه شود.

از آنجاکه یکی از موانع استحقاق زوجه از شرط تنصیف دارایی سوء معاشرت زوجه است معمولاً در کشاکش جدایی، زن از طرف شوهر به سوء معاشرت متهم می‌شود. دادیار (کارشناسی ارشد حقوق، خانم ۳۵ ساله) به سهل‌گیری احراز نشوز زوجه در دادگاه و عدم نیاز به حکم قبلی اشاره کرده است. همچنین در اظهارنظر یکی از قضات همکار این تحقیق بیان شده: هرچند طبیعی است که در نفس و ذات درخواست طلاق از طرف هر یک از زوجین باشد نوعی ناسازگاری و عدم رضایت نهفته است؛ ولی از آنجاکه اصل بر عدم تنصیف است و اجرای تنصیف استثناء بوده و نیاز به اثبات دارد با کمترین نشانه بدخلقی زن در دادگاه، برای قاضی محرز می‌شود که زن دارای سوء معاشرت است و از تنصیف دارایی محروم می‌شود. (بخشی از بیانات قاضی بازنشسته، دکترای حقوق، مرد، ۵۸ ساله)

در پرونده شماره ۱۳۴^۱ در رأی بدوی صادره ادعای زوج مبنی بر سوء معاشرت زوجه برای محرومیت زوجه از حقوق مالی او تأثیرگذار است ولی در دیوان این واکنش اعتراضی زوجه مانع استیفای حقوق او نیست. در این پرونده توجه به زمینه‌سازی برای سوء معاشرت واکنشی زوجه به عنوان عدم تمکین برای محروم کردن او از حقوق مالی توسط زوج خواهان طلاق، مورد توجه دادگاه قرار گرفته و قاضی دیوان عالی در رأی فرجامی با در نظر گرفتن قصد و انگیزه طرفین، رأی بدوی و تجدیدنظر را نقض و اصلاح کرده است.

در پرونده شماره ۲۳۶^۲ نیز زوجه در دفاع از خود دلیل عدم تمکین خود را فحاشی و سوء معاشرت همسر اعلام کرده:

«... و زوجه نیز با تقدیم لایحه و تکذیب اظهارات خواهان تقاضای ردّ دعوای وی را کرده است و گفته عدم تمکین به خاطر ایراد ضرب و شتم و بعضاً تهمت و فحاشی از سوی زوج بوده...» صدور رأی به نفع زن در خصوص تنصیف دارایی در این پرونده حاکی از عدم احراز نشوز و سوء معاشرت او توسط دادگاه است. بررسی ادعای زن مبنی بر سوء معاشرت همسرش، سوء معاشرت و عدم تمکین زن را در یک مقطع زمانی کوتاه توجیه می‌کند.

۵. مقوله عدالت و انصاف در رویه قضایی

انصاف مفهوم گسترده‌ای است که در بسیاری از پرونده‌های طلاق از جمله شرط تنصیف دارایی با موضوع‌های متنوع قابل انطباق است. زمانی که تفسیر خشک از متن و مفاد قانون با هدف عدالت‌طلبی و روح قانون مغایرت داشته و سبب محرومیت طرف آسیب‌پذیر می‌شود، برای اصلاح روند دادرسی نیاز به رویه قضایی است. این رویکرد

۱. دادنامه ۱۴۵۱ مورخ ۹۱/۸/۷

۲. دادنامه ۱۴۵۳-۹۲-۱۳۹۲/۱۲/۵

در استدلال آراء محاکم دیوان عالی با فراوانی بیشتری مشاهده می‌شود. همان‌گونه که توجه به اصل انصاف و مصلحت در فقه و قانون مدنی موجب می‌شود با اثبات سوء معاشرت مرد و عسر و حرج زن حتی در صورت عدم تمکین، حق نفقه زن و سایر حقوق او محفوظ بماند. بررسی پرونده‌های متعدد در این پژوهش نشان می‌دهد در اجرای تعهد شرط تنصیف با وجود احراز سوء معاشرت مرد و تقصیر او در طلاق توسط دادگاه و نظر کارشناسان، غالباً این موضوع در محاکم بدوی در صدور رأی به نفع زنان مطلقه مورد توجه قرار نمی‌گیرد ولی در محاکم عالی، رویکرد عدالت محوری بر نص‌گرایی غلبه دارد و احتمال نقض آراء بدوی به نفع حقوق زنان بیشتر است.

جدول ۲. دسته‌بندی آراء محاکم سه گانه و نقد آراء

شماره پرونده	رأی بدوی	رأی تجدیدنظر	رأی دیوان	نقد رأی
۲۲			توجه به این امر که در مورد شرط تنصیف دارایی تعیین میزان تا نصف دارایی تحصیل شده به نظر دادگاه است	تشکیک آراء محاکم رأی به ضرر زوجه
۲۳		اموالی که از طریق ارث در مالکیت زوج استقرار یافته اموال محصله در دوران زوجیت که حاصل تلاش و کوشش طرفین بوده باشد محسوب نمی‌شود		عدم تعیین حق نحله با وجود تمکن مالی زوج رأی به ضرر زوجه

شماره پرونده	رأی بدوی	رأی تجدیدنظر	رأی دیوان	نقد رأی
۲۴		...اینکه میزان تعیین شده نحله از ناحیه دادگاه اجرت المثل تلقی می شود		دلیلی بر اولویت اجرت المثل بر نحله وجود ندارد به ویژه در عدم مطالبه زوجه. نحله بیشتر به نفع زنان است. رأی به ضرر زوجه
۳۲	ادعای سوء معاشرت زوجه و عدم تمکین زوجه رد شده و زوجه مستحق شرط تنصیف دانسته شده است			توجه به سوء معاشرت زوج و عوامل زمینه ساز نشوز زوجه رأی به نفع زوجه
۳۳			بین وجود حق برای زوجه نسبت به اجرت المثل و حق بند الف شرط ضمن عقد تهافت و تعارض وجود ندارد	امکان جمع اجرت المثل و تنصیف دارایی تعارض آراء به نفع زوجه
۳۴	محرومیت زوجه از حقوق مالی تنصیف و اجرت المثل و نفقه			اشاره به کمترین سوء معاشرت زوجه برای محرومیت او از حقوق مالی بدون در نظر گرفتن عوامل زمینه ساز توسط مرد رأی بدوی به ضرر زوجه

شماره پرونده	رأی بدوی	رأی تجدیدنظر	رأی دیوان	نقد رأی
۳۵ نقض رأی تجدیدنظر استحقاق زوجه نسبت به تنصیف و اجرت المثل و...			این اقدام زوجه به ترک منزل که در مقام مقابله با درخواست طلاق زوج و در جریان رسیدگی به این دعوی صورت گرفته و یک حرکت انفعالی برای زوجه محسوب بوده و مصداق نشوز وی را نداشته و نمی‌تواند مستقط حقوق قانونی وی بوده باشد	توجه به سوء معاشرت زوج و عوامل زمینه‌ساز نشوز زوجه رأی فرجامی به نفع زوجه
۳۶	رد ادعای نشوز زوجه			توجه به سوء معاشرت زوج و عوامل زمینه‌ساز نشوز زوجه رأی به نفع زوجه
۳۹			در صورتی که زوجه حاضر به ادامه زندگی مشترک نباشد استحقاق تعیین اجرت المثل و نخله را نیز با توجه به مفاد قانون حمایت خانواده نخواهد داشت	تأثیر نشوز زوجه در حقوق مالی رأی به ضرر زوجه
۴۳	اینکه تخلف از شرط ضمن العقد از نظر دادگاه صورت گرفته زوج می			شروط ضمن عقد برای وکالت زوجه در طلاق در مورد فحاشی و تهدید زوج

شماره پرونده	رأی بدوی	رأی تجدیدنظر	رأی دیوان	نقد رأی
	تواند به اینکه از زوج جهت اجرای صیغه طلاق خود را مطلقه کند			مؤثر است. رأی به نفع زوجه
۴۴		این استدلال که محکومیت تعجیل نظرخواه با یک فقره تهدید و فحاشی نمی تواند دلیل بر سوء رفتار زوج باشد آن هم در طول زندگی		استدلال رأی در اثبات وکالت طلاق زوجه سخت گیرانه است رأی به ضرر زوجه
۵۲			استحقاق زوجه را برای مطالبه حق الزحمه به رسمیت شناخته و آن را منوط به درخواست طلاق از طرف مرد نکرده است.	تعارض آراء رأی به نفع زوجه
۴۰	میزان ۵۰ میلیون تومان نحله توسط دادگاه بدوی تعیین شد			ادعای نشوز و عدم تمکین زوجه توسط زوج مانع تعیین نحله نیست. رأی به نفع زوجه

نتیجه مقایسه و تحلیل آرای بررسی شده نشان می دهد: آرای بدوی در تحقیق حاضر، بیشتر قانون محور و نص گرا بوده است. در آرای دادگاه بدوی توجه به سوء معاشرت زوجه بیشتر است. آرای تجدیدنظر بیشتر در تأیید آرای بدوی و نص گرا به

نظر می‌رسد؛ اما تحلیل آرا دیوان عالی کشور، نشان می‌دهد استدلال برخی قضات مبتنی بر عدل و انصاف است و در این دعاوی توجه به سوء معاشرت زوج و زوجه توأم صورت گرفته است. همچنین صدور رأی به نفع زنان و تأمین خواسته آن‌ها در محاکم دیوان عالی بیشتر بوده است.

فرجام سخن

هدف از تدوین و ابلاغ متن فعلی شروط ضمن عقد توسط شورای عالی قضایی و گنجاندن آن در عقدنامه‌ها، پیشگیری از طلاق‌های ظالمانه و سوءاستفاده از حق طلاق مطلق توسط مردان و همچنین حمایت مالی از زن و جبران ضرر ناشی از گسیختن کانون خانواده، برای زنان مطلقه است. گرچه این حق، قبل از این تاریخ وجود داشته و اکنون نیز تنها با قبول و امضای طرفین معتبر است، می‌تواند با متن‌های دیگر که وضوح بیشتری داشته یا حقوق بیشتری را برای زوجه با شرایط آسان‌تر فراهم کند، جایگزین شود. شکی نیست که این اقدام شورای عالی قضایی در سال‌های ۶۱ و ۶۲ جنبه حمایتی و آگاهی‌بخشی داشته و از نظر آموزش همگانی و هدایت عرف اجتماعی به پیش‌بینی حقوق مالی بیشتر برای زنان در بدو ازدواج و کاهش طلاق‌های ناموجه از سوی مردان مؤثر بوده است. ولی به مرور خلأهای مهم در متن این شروط، آشکار و راه‌های فرار از آن، توسط مردان بکار گرفته شد. بررسی پرونده‌های طلاق، نشان می‌دهد در بسیاری از پرونده‌ها درخواست طلاق زن، معلول رفتار غیرقابل تحمل همسر و درواقع تصمیم مرد برای طلاق بدون هزینه بوده است؛ درحالی‌که در قرآن کریم این‌گونه رفتار مردان برای طلاق زنان نهی شده است. بعد از چهار دهه، منطقی است با ارزیابی و اصلاح شروط ضمن عقد مندرج در قباله‌ها، با توجه به پرونده‌های طلاق و مشکلات رویه‌های قضایی، پیشنهاد اصلاحی در متن این شروط، موردتوجه مراجع قضایی قرار گیرد تا با تغییر و جانشینی یک‌رویه قضایی منصفانه‌تر و یا تفسیری جدید

بر اساس مکاتب تفسیری پویا و رویکرد مصلحت حقوقی به عنصر تقصیر در طلاق، بیش از درخواست طلاق، تأکید شود.

تفسیر پویا از متن فعلی تعهد تنصیف دارایی، موجب پیشگیری از سوء معاشرت مردانی می‌شود که در گذشته شرط تنصیف دارایی تدوین شده در دهه شصت را امضا کرده‌اند و در صورت تشکیل پرونده طلاق، زنان مطلقه‌ای که به دلیل تقصیر و سوء معاشرت مردان درخواست طلاق داده‌اند نیز از نتایج منصفانه این تحول و تفسیر جدید برخوردار می‌شوند. به‌طور خلاصه این پژوهش ادعا دارد که تقصیر و سوء معاشرت زوج یک عامل مهم در افزایش طلاق‌های به درخواست زن و فرار از تعهد شرط تنصیف دارایی توسط مردان و ناکارآمدی این شرط است. در برخی آرای قضایی به عامل تقصیر مرد در طلاق توجه نمی‌شود. نتیجه و پیشنهاد اینکه توجه به عامل تقصیر در طلاق و سوء معاشرت مرد در آراء قضایی بر مبنای رویه قضایی منصفانه، موجب کارآمدی بیشتر شرط تنصیف دارایی در جهت اهداف اصلی تدوین‌کنندگان متن شرط تنصیف دارایی و همسو با خواست جامعه و حقوقدانان خواهد بود. نتایج حاصل از مطالعات و ملاحظه آرای قضایی، این فرضیه را تقویت می‌کند که بررسی همه‌جانبه و مذاقه در دعاوی خانوادگی و تعیین میزان تقصیر زوجین در موضوع طلاق به کاهش خشونت خانگی و سیر نزولی آمار طلاق کمک می‌کند. انصاف و منطق حکم می‌کند چنانچه سوء معاشرت زن مستمر نباشد، از موجبات تقلیل حق او در شرط تنصیف باشد نه اساساً محرومیت کامل وی از این شرط ضمن عقد. فلسفه این شرط در وهله اول برای حمایت از زنان مطلقه و حاصل سال‌ها تجربه و مطالعات آسیب شناسانه در حوزه زن و خانواده بوده است. چه‌بسا سال‌ها زن در تمکین و سازگاری با مرد به سر برده و شاید مدتی در تلاطم بحران‌های خانوادگی و به علت زمینه‌سازی و سوء معاشرت مرد واکنش‌های اعتراضی داشته و چه‌بسا، زن خواهان حفظ زندگی مشترک بوده و هدف مرد فروپاشی کانون خانواده باشد. در این مواقع نمی‌توان نسبت به حقوق مالی زنان بی‌توجه بود و انتظار می‌رود قانون‌گذار در موارد خلأ قانونی، ضمن استفاده

از رویه قضایی و فتاوی فقها و ظرفیت‌های فقه امامیه، با رویکرد عادلانه توأم با مصلحت و در نظر گرفتن عنصر تقصیر و اراده واقعی افراد، جلوی سوءاستفاده از حق و قانون را بگیرد. بررسی آرا قضایی که به دلیل کثرت آن‌ها دیگر به یک رویه تبدیل شده است نشانگر غفلت از نقش سوء معاشرت و تقصیر مرد در بروز طلاق و درخواست زوجه برای طلاق در بسیاری از پرونده‌ها است. در متن شرط تنصیف اشاره به سوء معاشرت مرد نشده و از عبارت «طلاق به درخواست زوجه نباشد» استنباط می‌شود که در اجرای شرط باید طلاق به درخواست مرد بوده و به دلیل سوء معاشرت و تقصیر زوجه نباشد. صرف‌نظر از ابهام‌زایی عبارت «سوء معاشرت» در متن، تفسیر و بیان مصادیق و چگونگی احراز آن با قاضی است. در بسیاری از مواقع با توجه به فرهنگ و اعتقادات و سلیقه شخصی قاضی، اموری سوء معاشرت محسوب می‌شود که در نظر قاضی دیگر این‌گونه نیست یا در تداول عرفی و عامه و فرهنگ محلی یک استان، ممکن است مصادیق سوء معاشرت، گسترده‌تر از استان دیگر باشد یا بالعکس. حتی با توجه به شرایط روحی و تجربیات شخصی قاضی، سخت‌گیری کمتر یا بیشتری در احراز سوء معاشرت زن بروز کند.

پیشنادهایی برای اصلاح متن شرط یا فرایند قضایی توسط نویسندگان حقوقی و قضات مطرح شده است. اینکه به جای عبارت «درخواست طلاق» به عنصر تقصیر در طلاق توجه شود، راهکار و جایگزین مناسبی برای شروط معین چایی فعلی و موجب افزایش آگاهی حقوقی زوجین است. از آنجاکه تغییر متن شرط تنصیف برای پرونده‌های کنونی طلاق و ازدواج‌های قبل از تغییر متن شرط، کاربرد ندارد، این ظرفیت در ایجاد رویه قضایی وجود دارد که نمونه‌هایی از رأی برخی قضات که در استدلال به انصاف و احسان توجه بیشتری کرده‌اند سرمشق عدالت‌طلبی شوند تا نص‌گرایی افراطی مانع دادرسی عادلانه نباشد. احراز سوء معاشرت زنان در دادگاه، در رویه فعلی بسیار آسان و سریع و بدون نظر کارشناسی صورت می‌گیرد. اگر اثبات چنین موضوع مهمی که مرتبط با استحقاق زن نسبت به حقوق مالی اوست با تأمل و دقت بیشتر و نظر

کارشناسی مشاوران خانواده و با عطف نظر به عوامل زمینه‌ساز سوء معاشرت احتمالی، بی‌تفاوتی و تغییر رفتار زن و حتی همراه با احراز میزان تقصیر و سوء معاشرت مرد باشد، در تعیین حداقل سهم زوجه در شرط تنصیف دارایی با تعیین درصد ثابت، از تشتت آراء محاکم در این زمینه پیشگیری می‌کند.

جدول ۳. تحلیل آراء قضایی در دعاوی تنصیف دارایی

شماره پرونده	نوع رأی	رأی	مستندات رأی	استدلال رأی	نقد رأی	مقوله مقوله اصلی	مقوله فرعی
۳	بدوی	استحقاق زوجه برای اجرت‌المثل					
۲۲	فرجامی	توجه به این امر که در مورد شرط تنصیف دارایی تعیین میزان تا نصف دارایی تحصیل شده به نظر دادگاه است		اختیار دادگاه	تشتت آراء محاکم	تفسیر قضایی	وسعت اختیار دادگاه
۲۳	تجدیدنظر	اموالی که از طریق ارث در مالکیت زوج استقرار یافته اموال محصله در دوران زوجیت که حاصل تلاش و کوشش طرفین بوده باشد محسوب نمی‌شود		هیچ اموال دیگری که زوج در دوران زوجیت خود با زوجه به دست آورده باشد تعریف نکرده	عدم تعیین حق نخله با وجود تمکن مالی زوج	تفسیر قضایی	دشواری اثبات دارایی زوج توسط زوجه
۲۴	تجدیدنظر	... اینکه میزان تعیین شده نخله از ناحیه دادگاه اجرت‌المثل تلقی می‌شود			دلیلی بر اولویت اجرت‌المثل بر نخله	تفسیر قانونی	اولویت اجرت‌المثل بر نخله

شماره پرونده	نوع رأی	رأی	مستندات رأی	استدلال رأی	نقد رأی	مقوله فرعی	مقوله اصلی
					وجود ندارد به ویژه در عدم مطالبه زوجه نحله بیشتر به نفع زنان است		
۳۲	بدوی ۱۲/۲۰/۱۳۹۰	ادعای سوء معاشرت زوجه و عدم تمکین زوجه رد شده است و زوجه مستحق شرط تنصیف دانسته شده است		زوج دارای شخصیت پارائوید و وسواسی همراه با سوءظن نسبت به افراد خانواده است که نیاز به درمان روان پزشکی دارد		توجه به سوء معاشرت زوج و عوامل زمینه ساز نشوز زوجه	عدالت و انصاف
۳۳	فرجامی	بین وجود حق برای زوجه نسبت به اجرت المثل و حق بند الف شرط ضمن عقد تهافت و تعارض وجود ندارد	تبصره ۶ ماده واحده			تعارض آراء به نفع زوجه امکان جمع اجرت المثل و تنصیف دارایی	تفسیر قانونی

شماره پرونده	نوع رأی	رأی	مستندات رأی	استدلال رأی	نقد رأی	مقوله فرعی	مقوله اصلی
۳۴	بدوی ۸/۷ ۱۳۹۱	محرومیت زوجه از حقوق مالی تنصیف و اجرت المثل و نفقه		ادعای سوء معاشرت زوجه	اشاره به کمترین سوء معاشرت زوجه برای محرومیت او از حقوق مالی بدون در نظر گرفتن عوامل زمینه ساز توسط مرد	اثبات سوء معاشرت مستمر زوجه	تفسیر قضایی
۳۵	فرجامی	نقض رأی تجدیدنظر استحقاق زوجه نسبت به تنصیف و اجرت المثل و ...		این اقدام زوجه به ترک منزل که در مقام مقابله با درخواست طلاق زوج و در جریان رسیدگی به این دعوی صورت گرفته و یک حرکت انفعالی برای زوجه محسوب بوده و مصادق نشوز وی را نداشته و نمی تواند مستقط حقوق قانونی وی بوده باشد	اختیار دادگاه و توجه به عوامل زمینه ساز و تقصیر طرفین	توجه به سوء معاشرت زوج و عوامل زمینه ساز نشوز زوجه	عدالت و انصاف

شماره پرونده	نوع رأی	رأی	مستندات رأی	استدلال رأی	نقد رأی	مقوله فرعی	مقوله اصلی
۳۶	بدوی	رد ادعای نشوز زوجه		ادعای سوء معاشرت دوطرفه		توجه به سوء معاشرت زوج و عوامل زمینه ساز نشوز زوجه	عدالت و انصاف
۳۷	بدوی	... طبق مذهب ایشان و قانون احوال شخصیه به زوجه اجرت المثل و یا نحله تعلق نمی گیرد.		رعایت قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب زوجین لازم الرعایه بوده			
۳۸	فرجامی	نقض رأی تجدیدنظر استحقاق زوجه (با مذهب رسمی دیگر) برای مطالبه حقوق مالی	بند الف ماده ۴۰۱ و بند ۵ ماده ۳۷۱ آئین دادرسی	در وضعیت موجود که تفصیر یا عدم تفصیر زوجه در طلاقیه که به تصمیم زوج اعمال می شود روشن نشده است،		پرداختن اجرت المثل قانونی است و ربطی به مذهب زوجین ندارد	تفسیر قانونی

شماره پرونده	نوع رأی	رأی	مستندات رأی	استدلال رأی	نقد رأی	مقوله مقوله اصلی
۳۹	فرجامی	در صورتی که زوج حاضر به ادامه زندگی مشترک نباشد استحقاق تعیین اجرت المثل و نحله را نیز با توجه به مفاد قانون حمایت خانواده نخواهد داشت	قانون حمایت خانواده	مفاد قانون حمایت خانواده	اجرت المثل یا نحله اصولاً در تقاضای طلاق درخواست می شود نشوز مانع اجرت المثل نیست. اجرت المثل سال های قبل از نشوز قابل مطالبه است	تأثیر نشوز زوج در حقوق مالی
۴۰	بدوی	میزان ۵۰ میلیون تومان نحله توسط دادگاه بدوی تعیین شد		به دلیل طولانی بودن سال های زندگی مشترک و اعلام تبرعی بودن کارهای منزل توسط زوج و ناچیز بودن مهریه	ادعای نشوز و عدم تمکین زوج به موجب مانع تعیین نحله نمی شود.	عدالت وان صاف
۴۱	فرجامی	ایرام و تأیید رأی تجدیدنظر درباره میزان نحله		ادعای وسع مالی مرد برای افزایش نحله	اختیار قاضی	اعمال سلیقه قاضی به جای کارشناسی

شماره پرونده	نوع رأی	رأی	مستندات رأی	استدلال رأی	نقد رأی	مقوله فرعی	مقوله اصلی
						اعتراض زوجه نسبت به قلت نحله تعیین شده توسط قاضی مسموع دادگاه نیست.	
۴۲	تجدید نظر	تعیین اجرت المثل به مبلغ بیست میلیون ریال و حذف مبلغ نحله از رأی دادگاه بدوی	دادنامه شماره ۱۵ مورخ ۲۸/۵/۱۳۹۳ هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور	مؤید نظر بر ترتیبی بودن حقوق سه گانه یادشده و مانع الجمع بودن آن ها، دادنامه شماره ۱۵ مورخ ۲۸/۵/۱۳۹۳ هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور است.	دادگاه تجدید نظر برخلاف دادگاه بدوی به اعلام تبرعی بودن عمل زوجه توسط او توجهی نکرده است.	اولویت اجرت المثل بر نحله	تفسیر قانونی
۴۳	بدوی	اینکه تخلف از شرط ضمن العقد از نظر دادگاه صورت گرفته زوجه می تواند به اینکه از زوج جهت اجرای صیغه طلاق خود را مطلقه کند	مستنداً به مواد ۱۸ - ۱۹ - ۲۴ الی ۲۷ - ۳۲ و ۳۴ قانون حمایت خانواده و	زوج به اتهام فحاشی و تهدید به جزای نقدی و شلاق محکوم شده از نظر دادگاه تخلف از شرط		ظرفیت شروط ضمن عقد برای وکالت طلاق زوجه	عدالت و انصاف

شماره پرونده	نوع رأی	رأی	مستندات رأی	استدلال رأی	نقد رأی	مقوله فرعی	مقوله اصلی
			مواد ۱۱۳۳ و ۱۱۳۹ و ۱۱۴۷ و ۱۱۴۶ و ۱۱۵۰ و ۱۱۰۹ قانون مدنی	۲ سند نکاحیه صورت گرفته و سوء معاشرت و با سوء رفتار زوج به گونه ایست ادامه زندگی را غیر قابل تحمل می کند			
۴۴	تجدید نظر	نقض رأی بدوی اعتراض تجدید نظر خواه وارد است	مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی	با این استدلال که محکومیت تجدید نظر خواه با یک فقره تهدید و فحاشی نمی تواند دلیل بر سوء رفتار زوج باشد آن هم در طول زندگی مشترک	سخت گیری در اثبات وکالت طلاق زوج به ضرر زوج است	دشواری اعمال وکالت طلاق طبق شروط ضمن عقد و طلاق بر اساس ماده ۱۱۳۰	عدالت و انصاف
۵۲	فرجامی ایراد به بخشی از رأی بدوی	از ابتدا باید از طریق مصالح اقدام به تأمین خواسته زوج می کرد و در صورت عدم امکان مصالح به دنبال شروط مالی احتمالی در سند ازدواج می رفت	صدر تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق	استحقاق زوج را برای مطالبه حق الزحمه به رسمیت شناخته و آن را منوط به درخواست طلاق از طرف مرد نکرده است.	تعارض آراء به نفع زوج		تفسیر قانونی

References

- Afrasiabi, H. Dehghani, D. R. (2016). Representation of the disordered family from the point of view of women involved in divorce in Yazd city, *Journal of Sociology of Social Institutions*, 4(10), 211-230 [In Persian].
- Aminzadeh, H. M. (2013). Dividing the property of spouses in Iranian and English law, Master's thesis, Islamic Azad University, Central Tehran Branch. [In Persian].
- Ansarian, H. (2000). *Family System in Islam*, Qom: Umme Abiha Publishing [In Persian].
- Ansari, B. (2012). *The role of the judge in the evolution of the legal system*, Mizan Publishing House [In Persian].
- Asadi, L. S. (2003). Legal works on divorce at the request of the husband, *Nedaye Sadegh Quarterly*, 116-125 [In Persian].
- Conger, R. D. et al. (1990). Linking economic hardship to marital quality and instability. *Journal of Marriage and the Family*, 52(2) 643-656.
- Dezhkhah, L. (2007). Divorce and the challenge of property division, *Women's Strategic Studies Journal*, 35 (40) 129-130 [In Persian].
- Ezazi, Sh. (2004). *Family violence of battered women*, Tehran: Sali publication [In Persian].
- Faqih Larijani, F. (2012). Objectivist hermeneutics and the theory of interpretation of the constitution (with emphasis on the opinions of the Guardian Council), PhD thesis, Faculty of Law, Shahid Beheshti University [In Persian].
- Habibi Tabar, J. Farahani, E. (2014). *Islamic Studies of Women and Family*, 2(1), 49-70 [In Persian].
- Hajizadeh Shirmard, E. (2009). The place of custom in Iranian law and judicial procedure, master's thesis in private law, University of Tehran, Qom campus [In Persian].
- Javanmard, B. (2011). Violence against women and its types in the light of Iran's criminal law discourse in support of victimized women, *Judish magazine*, No. 69 (11) 6-13 [In Persian].
- Kelsen, H. (1970). *The Pure Theory of Law*, Translation from the Second German Edition by Max Knight, University of California Press.
- Kraft, K. (2006). An Economic Analysis of Financial Support After Divorce, *International Game Theory Review*, 8 (4) 561-570.
- Latifian, M. Arshi, M. Alipour, F. Quaid Amini Haroni, Gh. (2017). Investigation of the relationship between domestic violence and emotional divorce among married women in Tehran in 2016. *Social Work Quarterly*, 5(2) 5- 12 [In Persian].
- Lewis, I. M., & Hutchinson, P. (1991). Rights in Women and The Incidence of Divorce in Patrilineal Societies, *Man, New Series*, 26 (2) 349-350

- Majlesi, M. B. (1983). *translated by Bihar Al-Anwar*, translated by Abolhasan Mousavi Hamdani [In Persian].
- Mofidian, A. (2016). The conditions and scope of the property division clause in the marriage contract, private law master's thesis, North Amol University [In Persian].
- Najafi Tawana, Ali. Jamshidi, M. (1402). Criminological investigation of domestic violence against women and its impact on divorce, *Scientific Quarterly Journal of Judicial Law Perspectives*, 28(101), 225-250 [In Persian].
- Nouri, M. H. (1988). *Mostadrak Al-vasayel*, Beirut. Al-ol Bayt, Vol. 14 [In Arabic].
- Perelmant, Ch. (1963). *The Idea of Justice*, New York: The Humanities Press.
- Seifzadeh, A., Ghanbari Barzian, A. (2013). Examining the role of violence on the divorce rate, *Women and Society Scientific-Research Quarterly*, 4 (3), 125-150 [In Persian].
- Shua Kazemi, M. (2016). Family violence, marital dissatisfaction and sense of self-worth in ordinary women who refer to the family court of Tehran, *Al-Zahra University Women's Research Institute*, 5(1), 35-52 [In Persian].
- Tavajohi, A. (2010). The necessity of criminalizing unmarried couples, *Women's Strategic Studies Journal*, 48(12), 219-252 [In Persian].
- The Family Law Act*, (1996): <http://www.opsi.gov.uk/acts1996/0996027.htm>.
- Welchman, L. (1998). *Women and Muslim Family Laws in Arab States (A Comparative Overview of Textual Development and Advocacy)*, Amsterdam University Press.
- Yari Nasab, F. Amini, K. (2019). The amount and type of domestic violence in women applying for divorce, referring to the Forensic Medicine Organization of Boyer Ahmad city, *Iranian Journal of Forensic Medicine*, 25(4), 39-44 [In Persian].
- Yavari, A. Moradi Berlian, M. Mehraram, P. (2016). *Principles and criteria of judicial interpretation in public law*, Judicial Research Institute [In Persian].



Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.49226.5094>



Research Article

Critical Study of the Credit Approach to Complicity

Mohamad Hadi Sadeghi^{1*}, Fateme Mahdipour², Seyed Mohamad Mahdi Sadati³

1. Associate Prof., Department of Criminal and Criminology Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran
2. Ph.D. Student in Criminal and Criminology Law, International Campus, Shiraz University, Shiraz, Iran
3. Assistant Prof., Department of Criminal and Criminology Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran

Article history:

Received: 10-01-2024

Accepted: 22-05-2024

Abstract

Introduction

Complicity is one of the forms of cooperation in committing a crime, and examining its nature can clarify its distinction from other concepts such as aiding and abetting. Substantial research has been conducted on complicity. A scrutiny of these studies reveals that some writers have neglected the nature of complicity in Iranian law. For example, some scholars have proposed a different definition for complicity in *taziri* crimes to address group criminal activities and organized crimes, while others consider unity of intent essential for establishing complicity. Given the negative consequences of overlooking the nature of complicity, this article aims to explain its nature within Iran's legal system, resolve some ambiguities surrounding complicity, and clarify the boundary between complicity and aiding and abetting. Accordingly, the main question of the article is: *What is the nature of complicity in Iranian law?*

Please cite this article as:

Sadeghi, M.A., Mahdipour, F., Sadati, S.M.M (2025). Critical Study of the Credit Approach to Complicity. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 81-110. <https://doi: 10.22099/JLS.2024.49226.5094>.

* Corresponding author:

E-mail address: sadeghi@shirazu.ac.ir

Methods

This article employs an analytical-critical method and relies on library resources. The first part critiques creditable theories on complicity, the second part presents the author's perspective—namely, the real nature of complicity—and the third part examines the elements of complicity under the real approach.

Results

In creditable theories, the criterion for establishing complicity depends on the will of the legislator, and factors such as intention, conspiracy, and psychological characteristics influence its realization. However, in the real approach, the nature of complicity is not subject to the will of custom, the legislator, jurists, or even Sharia. Complicity is a material fact that arises when multiple factors intervene in the occurrence of an act in such a way that the act is attributable to all intervening factors. This definition applies to all crimes, and the nature of complicity does not depend on the type of offense committed.

Consequently, to achieve objectives such as combating organized crime, it is not permissible to adopt a different definition of complicity in *taziri* crimes. The legislator's discretion in this area does not imply that it is unregulated, nor does it justify actions contrary to jurisprudential and legal standards or the real nature of complicity.

In this approach, complicity pertains to the *actus reus* of the crime, and unlike aiding and abetting, it does not involve the constituent elements of the crime itself. Intention, conspiracy, and other psychological characteristics do not affect the realization of complicity. Rather, these characteristics may influence the nature of the perpetrators' liability. Contrary to creditable views that exclude the possibility of complicity in unintentional crimes, the real approach acknowledges complicity even in such cases.

Under the real approach, complicity requires four main elements, and the absence of any one precludes its realization:

1. Multiplicity of factors
2. Causal association of the factors
3. Occurrence of a single event
4. Attribution of the crime to all factors

Conclusions

Complicity, contrary to what creditable theories (such as the subjective approach and crime control theory) propose, is a real and external reality. Recognizing its material nature is essential for defining complicity and articulating its elements. Legal provisions related to complicity—such as

Articles 125 and 535 of the Islamic Penal Code—must be analyzed and interpreted in light of this nature.

Keywords: Attribution in complicity, Elements of complicity, Complicity, Creditable approach, Real approach.



مطالعه انتقادی رویکرد اعتباری به شرکت در جرم

محمدهادی صادقی^۱، فاطمه مهدی‌پور^۲، سید محمدمهدی ساداتی^۳

۱. دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، پردیس بین‌الملل، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
۳. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۰

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: شرکت در جرم یکی از اشکال همکاری در ارتکاب جرم است که توجه به ماهیت آن، می‌تواند تفاوت آن با سایر نهادهای مشابه در حقوق کیفری ازجمله معاونت در جرم را روشن سازد. در خصوص شرکت در جرم پژوهش‌های درخوری صورت گرفته است که تدقیق در این پژوهش‌ها، بی‌توجهی برخی نویسندگان به ماهیت شرکت در جرم در حقوق ایران را نشان می‌دهد. به عنوان مثال، برخی برای مقابله با فعالیت‌های مجرمانه گروهی و جرائم سازمان‌یافته، پیشنهاد ارائه تعریفی متمایز برای شرکت در جرائم تعزیری را مطرح کرده و بعضی وحدت قصد بین شرکای جرم را برای تحقق شرکت ضروری دانسته‌اند. با توجه به پیامدهای منفی این بی‌توجهی، این نوشتار با هدف تبیین ماهیت شرکت در جرم در نظام حقوقی ایران، رفع ابهامات موجود و روشن ساختن مرز شرکت و معاونت در جرم به رشته تحریر درآمده است. بر همین اساس پرسش اصلی مقاله این است که ماهیت شرکت در جرم در حقوق ایران چیست.

استناد به این مقاله:

صادقی، محمدهادی؛ مهدی‌پور، فاطمه و ساداتی، سید محمدمهدی (۱۴۰۴). مطالعه انتقادی رویکرد اعتباری به شرکت در جرم. مجله مطالعات حقوقی، ۱۷. (۲). ۸۱-۱۱۰.

E-mail address: sadeghi@shirazu.ac.ir

*نویسنده مسئول:

روش‌ها: نوشتار حاضر به روش تحلیلی-انتقادی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به نگارش درآمده است. بخش اول مقاله به نقد و بررسی دیدگاه‌های اعتباری‌نگر در خصوص شرکت در جرم، بخش دوم به تبیین دیدگاه مختار مقاله یعنی ماهیت حقیقی شرکت و بخش سوم به بررسی ارکان شرکت در جرم در رویکرد حقیقی پرداخته است.

یافته‌ها: دیدگاه‌های اعتباری‌نگر، ضابطه تحقق شرکت در جرم را تابع جعل و اراده قانونگذار دانسته و قصد، تبانی و ویژگی‌های روانی را در تحقق شرکت مؤثر می‌دانند. بعضی از این دیدگاه‌ها با تجویز استناد عنصر مادی جرم به دیگری، جرم را به تبانی‌کنندگانی که در ارتکاب عنصر مادی دخالت نداشت‌هاند نیز منتسب کرده و مجازات شرکت در جرم را برای آنان پیش‌بینی می‌کنند. اما در رویکرد حقیقی، شرکت در جرم امری است که ماهیت آن تابع اراده عرف، قانونگذار، فقیه و یا حتی شارع نیست. شرکت در جرم واقعی مادی است که با مداخله بیش از یک عامل در حدوث امری محقق می‌شود؛ به‌نحوی که آن امر مستند به همه عوامل مداخله‌گر باشد. این تعریف برای همه جرائم صادق است و ماهیت شرکت تابع نوع جرم ارتكابی که عوامل متعدد در تحقق آن دخالت داشته‌اند، نیست. همچنین نمی‌توان توان برای نیل به اهداف و مقاصدی مانند مبارزه با جرائم سازمان‌یافته و گروهی تعریفی متفاوت از شرکت در جرائم تعزیری ارائه کرد. در واقع با وجود برخورداری قانونگذار از آزادی عمل در زمینه جرائم تعزیری، ضوابط پیشنهادی قانونگذار در خصوص شرکت در این جرائم نمی‌تواند مغایر با موازین فقهی، اصول حقوقی و ماهیت حقیقی شرکت در جرم باشد. در رویکرد حقیقی، جایگاه شرکت در عنصر مادی جرم است و لذا برخلاف معاونت در جرم نمی‌توان توان از عناصر سه‌گانه قانونی، مادی و روانی در مورد شرکت در جرم سخن گفت. قصد، تبانی، اطلاع شرکا از وجود یکدیگر و سایر ویژگی‌های رکن روانی نیز تاثیری در تحقق شرکت در جرم ندارد. در واقع ویژگی‌های روانی هرچند در ماهیت ضمان هر یک از شرکاء می‌تواند مؤثر باشد ولی در تحقق واقعیت شرکت مداخلیتی نخواهد داشت. برخلاف دیدگاه‌های اعتباری‌نگر که امکان شرکت در جرائم غیرعمدی را منتفی می‌دانند، در رویکرد حقیقی شرکت در جرائم غیرعمدی نیز امکان‌پذیر است. در رویکرد حقیقی تحقق شرکت در جرم منوط به وجود چهار رکن اصلی است که در صورت نبود هر یک از ارکان، شرکت محقق نشده و امکان اسناد صدمه یا خسارت به همه مداخله‌کنندگان به‌عنوان شریک در جرم منتفی می‌شود. این ارکان عبارت‌اند از تعدد عوامل، هم‌عرض بودن عوامل، حدوث امر واحد و اسناد نتیجه به همه عوامل.

نتیجه‌گیری: شرکت در جرم بر خلاف آن چه در دیدگاه‌های اعتباری‌نگر مانند رویکرد ذهنی و نظریه کنترل جرم مطرح شده، امری حقیقی و واقعی خارجی است. توجه به ماهیت حقیقی و مادی شرکت

در جرم در ارائه تعریف و بیان ارکان و عناصر آن ضروری است و مواد قانونی مرتبط با شرکت مانند مواد ۱۲۵ و ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی بایستی با در نظر گرفتن ماهیت شرکت در جرم تحلیل و تفسیر شود.

واژگان کلیدی: ارکان شرکت در جرم، استناد در شرکت، رویکرد اعتباری، رویکرد حقیقی، شرکت در جرم.

سرآغاز

مطالعه حقوق کیفری نظام‌های مختلف حقوقی، در رابطه با نحوه مواجهه با مداخله‌کنندگان در ارتکاب جرم نشان می‌دهد که کشورهای گوناگون معمولاً یکی از نظریه‌های چهارگانه نفی شرکت و معاونت، پذیرش شرکت در کنار مباشرت و نفی معاونت، پذیرش معاونت در کنار مباشرت و نفی شرکت و پذیرش سه عنوان مستقل مباشرت، شرکت و معاونت را برگزیده‌اند. نظریه «نفی شرکت و معاونت»، عناوین مباشر و مباشرین را برای کسانی که به نحو مستقیم یا غیرمستقیم در ارتکاب جرم دخالت دارند کافی می‌داند و بر این اساس عناوین شرکت و معاونت در جرم را نفی می‌کند. قانون مجازات عمومی نروژ و طرح جدید قانون جزای فدرال سوئیس با الهام از آموزه‌های این نظریه تدوین شده است (Sheikh al-Islami, 2016: 146-147).

در نظریه «پذیرش شرکت در کنار مباشرت و نفی معاونت» در کنار مباشرت، شرکت در جرم نیز پذیرفته شده است، لیکن عنوان معاونت وجود ندارد. در این نظریه در رابطه با معاونت دو دیدگاه مستقل وجود دارد؛ دیدگاه نخست، اساساً معاون را مجرم محسوب نمی‌کند و لذا نهادی به‌عنوان معاونت در جرم را به رسمیت نمی‌شناسد. رد پای این تفکر در نظریه حقوقی یهود دیده می‌شود. در این نظریه حقوقی ضرب‌المثلی با این مضمون وجود دارد که جرم مستلزم آلودگی مرتکب است و آلودگی تنها از طریق دست داشتن در ارتکاب جرم به وجود می‌آید. راهنمایی، مشاوره، یاری و حتی دستور دادن به مجرم اصلی ممکن است به خاطر تسهیل وقوع جرم، امری خطا محسوب شود ولی سبب آلودگی معاون نمی‌شود (Fletcher, 2004: 316). مطابق دیدگاه دوم معاون، مجرم و عمل وی بخش جداناپذیر عمل مباشر جرم محسوب می‌شود ولی توجیهی برای تفکیک آن از مبحث شرکت در جرم دیده نمی‌شود^۱ (Dressler, 2008).

۱. ماده ۴۰ قانون مجازات مصر

431). در این دیدگاه مفهوم شرکت در جرم توسعه می‌یابد و مداخلات غیرمستقیم و تبعی و ازجمله رفتارهای معاون، اشتراک در جرم محسوب می‌شود.

در نظریه «پذیرش معاونت در کنار مباشرت و نفی شرکت» عنوان شرکت در جرم وجود ندارد و قانون‌گذار عنوان معاونت را در کنار مباشرت برای مقابله با مداخله‌کنندگان در جرم کافی می‌داند. قانون مجازات فرانسه^۱ ازجمله قوانینی است که به تبعیت از این نظریه تدوین شده و فقط عناوین مباشرت و معاونت در آن دیده می‌شود.

در نظریه «پذیرش سه عنوان مباشرت، شرکت و معاونت» این سه عنوان تفکیک می‌شود و این تفکیک بیانگر آثار متفاوت مترتب بر هر یک از عناوین است. برخی از کشورهای عربی از نظریه مزبور پیروی کرده‌اند.

نظریه‌های پیش‌گفته بازتاب رویکرد متفاوت هر نظام به مفهوم و ماهیت اشکال مداخله در ارتکاب جرم و ازجمله شرکت است. درواقع وجود نظریه‌های گوناگون در رابطه با شیوه‌های ارتکاب جرم و مرزبندی بین آن‌ها مبتنی بر مبانی و رویکرد موردقبول هر نظام حقوقی در خصوص مفاهیم مباشرت، شرکت و معاونت است. با این توضیح، تبیین نظریه موردپذیرش حقوق کیفری ایران در مورد اشکال مداخله در ارتکاب جرم نیز مستلزم شناخت مبانی و رویکردهای آن نسبت به مفاهیم مباشرت، شرکت و معاونت است. حقوق‌دانان ایرانی با تفکیک عناوین شرکت و معاونت در جرم کوشیده‌اند ضمن تعریف و بازتعریف این مفاهیم، ضوابط مدونی برای تمیز آنان از یکدیگر تبیین کنند و احکام و آثار مترتب بر هر یک را بررسی کنند. مطالعه پژوهش‌های موجود نشان می‌دهد که در بسیاری از موارد تعاریف، ضوابط و ارکان ارائه‌شده در خصوص مفاهیم مذکور بدون توجه به مبنا و رویکرد حقوق ایران نسبت به ماهیت این مفاهیم است.

۱. ماده ۴-۱۲۱ قانون جزای فرانسه

در خصوص شرکت در جرم که موضوع پژوهش حاضر است نیز پژوهش‌هایی به صورت اختصاصی صورت گرفته است که خلاً عدم توجه به ماهیت شرکت در جرم و رویکرد حقوق ایران نسبت به آن، در آن‌ها مشاهده می‌شود. تلاش برخی نویسندگان برای توسعه مفهوم شرکت در جرائم تعزیری برای مقابله با فعالیت‌های مجرمانه گروهی و جرائم سازمان‌یافته، ضروری دانستن وحدت قصد بین شرکای جرم (Yousefian Shouredeli and Rasouli Astani, 2017: 241) و یا اعتقاد به عدم لزوم هم‌عرض بودن عوامل برای تحقق شرکت در جرم با توجه به قسمت پایانی ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی^۱ (Haji Dehabadi, 2016: 393) از جمله پیامدهای این بی‌توجهی است و این امر، ضرورت تبیین ماهیت شرکت در جرم در نظام حقوقی ایران را روشن می‌سازد. لذا اگرچه در رابطه با شرکت در جرم و ارکان آن، به‌ویژه بعد از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پژوهش‌های درخوری صورت گرفته ولی پژوهش مستقلی در خصوص موضوع مقاله حاضر انجام نشده است.

بر همین اساس، نوشتار حاضر درصدد پاسخ به این پرسش است که ماهیت شرکت در جرم چیست. پاسخ به این پرسش، مرزهای معاونت و شرکت در جرم را نیز تا حدود زیادی روشن می‌سازد. رویکرد حقوق ایران به شرکت در جرم، رویکردی مادی، حقیقی و واقعی است. برای اثبات این فرضیه ضمن بررسی انتقادی نظریات مبتنی بر اعتباری انگاری شرکت در جرم، دیدگاه مختار نویسندگان ارائه و ارکان و شرایط لازم برای تحقق شرکت در جرم تحلیل می‌شود.

۱. «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند، کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد ضامن است مانند آن‌که یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته ضامن است مگر آن‌که همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت، شرکت در جرم محسوب می‌شود»

۱. دیدگاه‌های مبتنی بر اعتباری‌انگاری شرکت در جرم

«شرکت در جرم» از جمله نهادهای مهم حقوق کیفری است که در نظام حقوقی ایران در دوره‌های مختلف قانون‌گذاری بخشی از مواد قانونی را به خود اختصاص داده است.^۱ در خصوص شرکت در جرم و ضابطه آن، با توجه به مبانی مختلف، نظریات متعدد و متفاوتی ارائه شده است. برخی از این نظریات، شرکت در جرم را امری حقیقی و واقعیاتی خارجی می‌دانند که برای تحقق آن، وجود ارکان و شرایطی ضروری است و توافق و تبانی مداخله‌کنندگان نمی‌تواند جایگزین این ارکان شود. در مقابل، نظریاتی وجود دارند که با اعتباری دانستن شرکت در جرم، استناد حقیقی جرم به مرتکبان را برای تحقق شرکت در جرم ضروری نمی‌دانند. لازم به ذکر است که در تفکیک مذکور، اعتباری در مقابل حقیقی است، نه در مقابل مادی؛ زیرا ممکن است شرکت در جرم امر مادی و درعین‌حال اعتباری باشد مانند مواردی که برخی از مصادیق معاونت در جرم، شرکت محسوب می‌شود (Najafi and Sadeghi and Shahbazinia, 2018: 358). در این بخش، مهم‌ترین دیدگاه‌هایی که شرکت در جرم را امری اعتباری محسوب کرده‌اند بررسی می‌شود.

۱-۱. رویکرد ذهنی^۲

رویکرد ذهنی در حقوق کیفری توجه خود را از کلیه امور مربوط به یک مسئله در سطح کلان آن، منصرف ساخته و بر «خواست، استنباط، ارزیابی و تفسیر» فرد درگیر در یک پدیده کیفری متمرکز می‌شود. این رویکرد تأکید ویژه‌ای بر وضعیت ذهنی و درونی مرتکب دارد (Menatinejad, 2021: 20). بر همین اساس شرکت در جرم در این رویکرد

۱ ماده ۲۷ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴، ماده ۲۷ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲، ماده ۲۰ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱، ماده ۴۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.

بر اساس توافق و تفاهم در رکن روانی جرم تعریف می‌شود. هرگاه دو یا چند نفر به‌طور صریح یا ضمنی توافق بر ارتکاب جرمی کنند و یک یا چند نفر از آنان در راستای توافق، مرتکب جرم موردنظر شوند، شریک جرم هستند. در این رویکرد، شرکت در رکن روانی مرتکبین وجود دارد و لازم نیست تمام توافق‌کنندگان در رکن مادی جرم مداخله داشته باشند. درواقع، مشارکت جنایی دارای دو رکن است؛ نخست: دو یا چند نفر در ارتکاب جرم به‌صورت صریح یا ضمنی توافق به ارتکاب جرم خاصی داشته باشند. دوم: یک یا چند نفر در عملیات اجرایی جرم موردتوافق، مداخله داشته باشند. با توجه به اشتراط تبانی برای تحقق شرکت در جرم در این رویکرد، امکان تحقق شرکت در جرائم غیرعمدی که امکان تبانی در آن‌ها وجود ندارد، منتفی است (Forutan, 2017: 229-230).

مفاد قاعده پینکرتون^۱ در حقوق آمریکا که در دعوای برادران پینکرتون مطرح شد به آموزه‌های این رویکرد نزدیک است. در این دعوی والت^۲ و دنیل^۳ برای ارتکاب برخی جرائم با یکدیگر تبانی کردند، لیکن فقط والت، جرائمی را در راستای توافق صورت گرفته مرتکب شد و دنیل در زندان بود. دادگاه بدوی هر دو برادر را هم به جرم تبانی و هم جرائمی که والت برای پیشبرد توافق مرتکب شده بود محکوم کرد. دنیل به استناد پرونده *Sall U.S. v* به رأی دادگاه اعتراض کرد و بیان داشت که وی نباید به جرائمی که برادرش در غیاب وی مرتکب شده است، محکوم شود. پرونده در دادگاه عالی ایالات متحده مطرح شد و قضات دادگاه با وجود پرونده *Sall* رأی دادگاه بدوی مبنی بر محکومیت دنیل را تأیید کردند و اعلام داشتند که از این به بعد در پرونده‌های کیفری همه تبانی‌کنندگان، مسئول همه جرائمی هستند که برای پیشبرد توافق انجام می‌شود، حتی اگر خود آن‌ها در ارتکاب آن جرائم دخالت نداشته باشند (Blakeley and Poortvilet,

1. Pinkerton theory

2. Walter

3. Daniel

2023). با صدور رأی دادگاه عالی ایالات متحده، قاعده پینکرتون شکل گرفت و از آن زمان تاکنون دادگاه‌های این کشور در پرونده‌های تبانی به این قاعده استناد می‌کنند. قاعده مزبور از جمله موارد تجویز استناد عنصر مادی جرم به دیگری است (Robinson, 1984: 16-22). برای استناد به این قاعده، علاوه بر ضرورت اثبات تبانی و جرائمی که برای پیشبرد تبانی توسط یکی یا برخی از تبانی کنندگان ارتکاب یافته است، باید ثابت شود که به‌طور منطقی ارتکاب این جرائم به‌عنوان نتیجه ضروری یا طبیعی تبانی قابل پیش‌بینی بوده است (Manning, 2006: 90).

در حقوق ایران، برخی بر این باورند که در جرائم تعزیری می‌توان با توجه به مصالحی مانند پیشگیری از وقوع جرائم سازمان‌یافته، نقش توسعه‌دهنده برای رابطه استناد را پذیرفت و همه اعضای باند مجرمانه را شریک جرم محسوب کرد. به نظر ایشان به دلیل وجود قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» از نظر فقهی مانعی برای این توسعه وجود ندارد و فرقی نمی‌کند که مرتکب فعل حرام را شریک در جرم یا معاون در جرم و ... بدانیم. در هر صورت وی مرتکب فعل حرام شده و قابل تعزیر است. مثلاً یکی از جرائم تعزیری رشا و ارتشا است. حال اگر کسی در سازمانی باندی را تشکیل دهد که از ارباب رجوع رشوه بگیرد همه اعضا اعم از سردسته و ... را می‌توان شریک در جرم به شمار آورد و هیچ مشکل فقهی ایجاد نمی‌شود (Haji Dehabadi, 2018: 141-142). در نقد این نظر می‌توان گفت چنین دیدگاهی به‌دوراز دقت نظرهای فقهی و حقوقی و ناشی از بی‌توجهی به مفاد قاعده التعزیر لکل عمل محرم و ماهیت رابطه استناد است. رابطه استناد مبین پیوند فعل و نتیجه است؛ فعل و نتیجه‌ای که هر دو از اجزای رکن مادی جرم بوده و دارای طبیعتی واقعی هستند. امور ذهنی مانند قصد یا تبانی که ماهیتی غیرمادی دارند استعداد ایجاد یا قطع ارتباط علمی بین دو پدیده را ندارند و استناد نتیجه به قصد یا تبانی امری غیرواقعی و به‌دوراز واقعیت است (Sadeghi, 2016: 72-73). به‌منظور تحقق مصلحت‌هایی مانند پیشگیری از جرائم سازمان‌یافته نمی‌توان واقعیت رابطه استناد و شرکت در جرم را نادیده گرفت. علاوه بر این، نتیجه پذیرش این مطلب که فرقی نمی‌کند

مرتکب فعل حرام را شریک در جرم یا معاون بدانیم و در هر صورت قابل تعزیر است، بیهوده انگاشتن تلاش قانون‌گذار برای تعریف جرائم تعزیری و تعیین مجازات تعزیری متناسب با هر جرم است. ضمن این‌که یکسانی نوع قضایی کیفر یعنی تعزیر، دلالت بر یکسانی نوع موقعیت مرتکب در وقوع جرم ندارد.

۱-۲. رویکرد مختلط

رویکردی که ترکیبی از دیدگاه‌های رویکرد ذهنی و رویکرد عینی^۱ را مبنای نظریه‌پردازی در حقوق کیفری قرار می‌دهد به رویکرد مختلط معروف است. بر اساس این رویکرد، شرکت در جرم زمانی محقق می‌شود که دو یا چند نفر توافق و تبانی بر ارتکاب جرم خاصی داشته باشند و تمامی آن‌ها مرتکب رکن مادی جرم شوند (Ghomashi, 2006: 36). تفاوت این دیدگاه با دیدگاه پیش‌گفته این است که در این دیدگاه برای تحقق شرکت، علاوه بر لزوم توافق و تبانی عوامل بر ارتکاب جرم، دخالت همه آن‌ها در رکن مادی جرم موردنظر ضروری است. در واقع این رویکرد، از تلفیق نظریه عینی و ذهنی در ارتکاب جرم استفاده می‌کند و معنای مضیقی از شرکت در جرم ارائه می‌دهد (Forutan, 2017: 232-233). در این رویکرد تبانی برای تحقق شرکت در جرم، شرط لازم است ولی کافی نیست و دخالت همه تبانی‌کنندگان در رکن مادی جرم نیز ضروری است.

لزوم احراز عنصر هماهنگی و تبانی عوامل متعدد برای احراز شرکت در جرم، در تألیفات حقوقی پیش از انقلاب نیز دیده می‌شود. دادستان وقت کل کشور، تبانی قبلی را از عناصر اصلی شرکت در جرم می‌دانست و با اشتراط تبانی در شرکت در جرم، شرکت در جرم را از ارتکاب جرم توسط مجرمین متعدد مستقل که توافقی میان آن‌ها وجود ندارد متمایز می‌دانست (Aliabadi, 2005: 331-334). بر این اساس برخی حقوق‌دانان اظهار

داشتند: «قدر مشترک این است که همکارها باید قبل از ارتکاب جرم، قرار همکاری با یکدیگر گذاشته باشند یعنی برای ارتکاب جرم و تقسیم کار بین آن‌ها موافقت قبلی حاصل شده باشد، والا اگر قبلاً توافق نظر بین آن‌ها حاصل نشده باشد و بر سیل اتفاق چند نفر در ارتکاب جرمی شرکت کرده باشند، شریک یا معاون جرم محسوب نشده و بلکه هر یک از آن‌ها بالانفراد فاعل اصلی محسوب و عمل هریک از آن‌ها جرم علی حده محسوب می‌شود» (Samii, 1969: 113).

اغلب شارحان قوانین کشورهای اسلامی از جمله مصر، سوریه، لبنان و عراق نیز به ضرورت تبانی و توافق قبلی بین مداخله‌کنندگان اشاره کرده و بر این باورند که «شرکای جرم باید نسبت به ارتکاب جرم از پیش اتفاق نظر داشته باشند و با قصد مشترک نسبت به اجرای آن اقدام کنند. به عبارت دیگر، باید فکر یا قصد مجرمانه واحد در ذهن همه شرکا جریان داشته باشد، به طوری که هر یک بداند و آگاه باشد که وی فقط قصد ارتکاب جرم نداشته و با دیگری در ارتکاب جرم مشارکت می‌کند. این ممکن نیست مگر این که پیش از ارتکاب جرم به نحوی از انحا بر ارتکاب آن توافق کنند و شبه جمعیتی را تشکیل دهند. به عنوان مثال هرگاه چند نفر بدون مواضعه قبلی شخصی را مورد ایراد ضرب قرار داده و سبب فوت وی شوند فقط در قبال ایراد ضرب ساده مسئول خواهند بود اما اگر عمل آن‌ها مبتنی بر مواضعه و توافق قبلی باشد، همه آن‌ها به اتهام ایراد ضرب منتهی به فوت (قتل) پاسخگو خواهند بود» (Mostafa Mahmud, 1961: 252).

در حقوق کیفری آلمان نظریه جدیدی تحت عنوان سلطه بر عمل یا کنترل جرم^۱ مطرح شده است که مبتنی بر اعتباری‌انگاری شرکت در جرم است و می‌توان آن را ذیل عنوان رویکرد مختلط مطرح کرد. این نظریه که برای اولین بار توسط راکسین^۲ به صورت قاعده‌مند مطرح شد، معیار اساسی برای ترسیم مرز بین شرکا و معاونین را

1. doctrine of 'act-domination' or control
2. Claus Roxin

کنترل و سلطه بر عمل مجرمانه می‌داند. کنترل بر جرم به این معنی است که انجام یا عدم انجام ارکان سازنده جرم در اختیار فرد است. طبق این معیار شریک جرم بر ارتکاب جرم سلطه و کنترل دارد ولی معاون بدون داشتن کنترل و تسلط، در ارتکاب جرم همکاری می‌کند. شریک جرم نقش کلیدی در جریان ارتکاب جرم دارد و می‌تواند با اراده خود جرم را انجام دهد یا مانع ارتکاب آن شود. در مقابل معاون بدون داشتن کنترل بر فرایند جرم، نقش فرعی و حاشیه‌ای دارد و صرفاً در ارتکاب جرم مساعدت می‌کند یا ارتکاب آن را تسهیل می‌کند (Jain, 2011:165, Ohlin: 2015, 520). برخی از نویسندگان ایرانی بر این باورند که چون قانون‌گذار در کم و کیف مجازات تعزیری از آزادی عمل برخوردار است می‌توان همه کسانی را که با تبانی قبلی یکی از مقدمات مستقیم جرم را ایجاد کرده‌اند و بر فرایند ارتکاب جرم تسلط دارند، شریک جرم محسوب کرد. به عبارت دیگر هرگاه عمل مداخله‌کننده به گونه‌ای باشد که در صورت عدم موفقیت در ارتکاب جرم، بتوان وی را به اتهام شروع به آن جرم تحت تعقیب قرار داد به طور منطقی می‌توان در صورت تکمیل جرم، او را شریک جرم محسوب کرد (Yousefian Shouredeli and Rasouli Astani, 2017: 258-259).

دیدگاه مذکور ضابطه تحقق شرکت در جرم را امکان کنترل جرم توسط عوامل مداخله‌کننده می‌داند و در پاسخ به این سؤال که چه کسانی قادر به کنترل جرم هستند بیان می‌دارد عواملی که در صورت عدم تکمیل جرم مورد توافق، بتوان آن‌ها را تحت عنوان شروع به آن جرم تحت تعقیب قرار داد، در صورت تکمیل جرم، شریک در جرم خواهند بود. این پاسخ نه تنها مفهوم شرکت در جرم را روشن نمی‌کند بلکه این سؤال اساسی را به ذهن متبادر می‌کند که شروع به جرم چیست و چه اقدام‌هایی جزء عملیات مقدماتی جرم و چه اقدام‌هایی شروع به جرم محسوب می‌شود. تشخیص شروع به جرم از اعمال مقدماتی به دلیل نبود مرز دقیق میان آن‌ها هیچ‌گاه آسان نبوده و در این خصوص سه نظریه عینی، ذهنی و مختلط ارائه طریق کرده‌اند (Sharifi, 2021: 36-37) و اندیشمندان حقوق کیفری بر اساس گرایش مورد قبول خود، هر کدام معیار خاصی را

برای شروع به جرم پذیرفته‌اند (Habibzadeh and Farhoudinia, 2001: 102). بیان تفصیلی هر یک از این نظریه‌ها و معیارها خارج از رسالت این نوشتار است لیکن این که برای تبیین و تعریف یک مفهوم (شرکت در جرم)، ضابطه‌ای ارائه شود که حدود و ثغور آن از موارد اختلافی در حقوق کیفری است، ایراد اساسی نظریه کنترل جرم است. ضمن این که بر فرض پذیرش این ضابطه، پیشنهاد آن برای شرکت در جرائم تعزیری در حقوق کیفری ایران (Yousefian Shouredeli and Rasouli Astani, 2017: 258-259) غیرمنطقی به نظر می‌رسد. درست است که در جرائم تعزیری به موجب قواعدی مانند التعزیر بمایراه الحاکم، اختیاراتی به قانون‌گذار تفویض شده ولی اقدام قانون‌گذار نمی‌تواند مغایر با مبانی مسلم فقهی و حقوقی باشد. ضمن این که مجرای قاعده مزبور زمانی است که رفتار مستوجب تعزیری به وقوع پیوسته، همه ارکان مسئولیت کیفری محقق است و به دلیل مشخص نبودن نوع یا میزان مجازات تعزیری، تعیین کم و کیف مجازات تعزیری به حاکم واگذار می‌شود. در مانحن فیه، مفهوم شرکت در جرم و ضابطه تفکیک آن از سایر اشکال مداخله در ارتکاب جرم محل بحث است و نه نوع یا میزان تعزیر. ضوابط حاکم بر مفهوم شرکت، امری قضایی نیست که به حاکم واگذار شود و استناد به قاعده مذکور برای پذیرش نظریه کنترل جرم در خصوص شرکت در جرائم تعزیری فاقد وجهت به نظر می‌رسد.

۲. تبیین دیدگاه مختار: حقیقی بودن ماهیت شرکت

برخلاف دیدگاه‌های پیش‌گفته که شرکت در جرم را امری اعتباری و تابع اراده قانون‌گذار می‌دانند، شرکت امری حقیقی و مادی است که تحقق آن تابع اعتبار و اراده معتبر نیست. شرکت نه تنها تابع اراده قانون‌گذار نیست بلکه تابع اراده عرف، فقیه و حتی شارع نیست. در حقیقت، شرکت واقعیتی مادی است که با مداخله بیش از یک عامل در حدوث امری محقق می‌شود به نحوی که تحقق آن امر مستند به همه عوامل مداخله کننده است.

فروض مختلفی برای تحقق شرکت قابل تصور است؛ گاهی شرکت در امری ممکن است ضمانی به دنبال نداشته باشد مانند مشارکت دو یا چند نفر در ساخت و احداث بنا، گاهی شرکت، مداخله بیش از یک عامل در حدوث امری است که موجب ضمان مدنی یا کیفری است مانند شرکت در ورود خسارت به دیگری یا شرکت در جرم که به ترتیب ضمان مدنی و کیفری را به دنبال خواهد داشت، گاهی بر رفتار یکی از شرکا، ضمان مدنی و بر رفتار شریک دیگر، ضمان کیفری مترتب است، در مواردی نیز ممکن است یکی از شرکا ضامن باشد ولی ضمانی متوجه شریک دیگر نباشد. در همه این موارد، شرکت ماهیت واحدی دارد؛ امری حقیقی است که تابع جعل، وضع و قرارداد نیست. آری ضمان، امری اعتباری و حقوقی است اما موضوع و متعلق ضمان یعنی شرکت، امری حقیقی است و نه حقوقی. با این توضیح تعریف شرکت در امور مدنی و کیفری و در همه جرائم واحد است.

برخی مفهوم شرکت در جرائم مستوجب قصاص، دیه، حد و تعزیر را متفاوت دانسته و بدون ارجاع به منابع فقهی بیان داشته‌اند که «فقها در باب قصاص و دیات از لفظ «اشتراک در جنایت» و در باب حدود و تعزیرات از لفظ «شراکت در جرم» استفاده کرده‌اند» (Forutan, 2017: 229). از نظر ایشان در فقه امامیه بین الفاظ فوق تفاوت معنایی وجود دارد ولی قانون‌گذار نسبت به این تفاوت بی‌توجه بوده است (Forutan, 2017: 235). با تدقیق در متون فقهی چنین تفکیکی مشاهده نمی‌شود و در مواردی مانند بحث پیرامون شرکت در سرقت حدی از واژه «اشترکا» استفاده شده است (Fazel Hendi, 1992: 68, Musavi Sabzevari, 1995: 611) که از باب افتعال بوده و مصدر آن اشتراک است نه شراکت؛ بنابراین گرچه حکم ضمان شرکا در حدود، قصاص، دیات و تعزیرات متفاوت است ولی مفهوم شرکت در این جرائم یکسان است و این امر نتیجه منطقی رویکرد حقیقی به شرکت در جرم است.

از دیگر نتایج حقیقی دانستن ماهیت شرکت، پذیرش مادی بودن آن است. شرکت در جرم، واقعیتی خارجی است که جایگاه آن در رکن مادی جرم است و عمد، قصد و

سایر ویژگی‌های رکن روانی تأثیری در تحقق آن ندارد. شرکت از امور واقعی و حقیقی است که علم به مشارکت در آن شرط نیست؛ یعنی لازم نیست مداخله‌کنندگان بدانند شریک هستند تا شریک محسوب شوند. به‌عنوان مثال هرگاه دو نفر بدون قصد مشارکت در قتل و بدون اطلاع از تصمیم یکدیگر و تبانی قبلی به سمت فرد دیگری تیراندازی کنند و تیر هر دو به او اصابت کرده و موجب کشته شدن وی شود، هر دو نفر شریک در قتل محسوب می‌شوند (Marashi Shushtari, 1995: 108).

در حقوق کیفری ایران، شرکت در جرم در مفهوم اعتباری آن وجود ندارد و نمی‌توان با بهره‌گیری از مفاهیمی مانند عمد، قصد، هماهنگی قبلی، تبانی و توافق، شرکت در جرم به نحو اعتباری را بنا نهاد (Najafi and Sadeghi and Shahbazinia, 2018: 357). (شرکت، واقعیتی مادی است که برآیند تأثیر هم‌زمان عوامل متعدد است به‌نحوی که پیوند واقعی بین صدمه یا خسارت با فعل شرکا، موجب اسناد نتیجه به همه آن عوامل می‌شود؛ بنابراین ویژگی‌های روانی هرچند در ماهیت ضمان هر یک از شرکا می‌تواند مؤثر باشد ولی در تحقق واقعیت شرکت، احراز رابطه استناد و ثبوت ضمان شرکا، مداخلیتی نخواهد داشت (Sadeghi, 2013: 150).

گرچه اقدام قانون‌گذار در تصویب برخی موارد مانند قسمت اخیر ماده ۵۳۵ ق.م.ا. سبب شده است که بعضی نویسندگان وحدت قصد را شرط لازم و مؤثر برای تحقق شرکت در جرم بدانند (Yousefian Shouredeli and Rasouli Astani, 2017: 241) ولی همان‌گونه که در ادامه به تفصیل خواهد آمد این اقدام را باید نتیجه غفلت و بی‌توجهی قانون‌گذار به اصول حقوقی و موازین فقهی دانست. ضمن این که پیش‌بینی فرض تحقق شرکت با اجتماع عوامل عامد و غیر عامد در ماده ۳۶۹ ق.م.ا. و به‌طور کلی تصریح به امکان مشارکت در جرائم غیر عمدی در ماده ۱۲۵ ق.م.ا.، به‌روشنی بر عدم تأثیر قصد و عمد در تحقق شرکت در جرم در حقوق ایران دلالت دارد.

۳. ارکان شرکت در جرم در رویکرد حقیقی

منظور از رکن چیزی است که سایر امور مبتنی بر آن باشد و خود مبتنی بر امر دیگری نباشد. رکن در مفهوم جزایی بر دو نوع رکن اصلی و رکن مفروض است. در این بخش درصدد بررسی ارکان اصلی شرکت هستیم یعنی اموری که در قوام شرکت داخل بوده و جزء حقیقت آن به شمار می‌رود.

تحقق شرکت در جرم منوط به وجود چهار رکن اصلی است که در صورت نبود هر یک از ارکان، شرکت محقق نشده و امکان اسناد صدمه یا خسارت به همه مداخله کنندگان به‌عنوان شریک در جرم منتفی می‌شود. این ارکان عبارت‌اند از: ۱- تعدد عوامل، ۲- هم‌عرض بودن عوامل، ۳- حدوث امر واحد (فعل یا نتیجه) و ۴- اسناد نتیجه به همه عوامل؛ بنابراین تحقق شرکت منوط به وجود بیش از یک عامل در ارتکاب جرم است و چنانچه افراد و عوامل دخالت کننده در جرم در طول یکدیگر قرار داشته و تأثیر فعل هر یک منوط به وجود دیگری باشد، شرکت در جرم محقق نخواهد بود. هم‌چنین لازم است در نتیجه تأثیر هم‌زمان عوامل متعدد، امر واحدی محقق شده و وقوع جرم برآیند اعمال و اقدامات انجام‌شده به‌وسیله آن‌ها باشد؛ به‌طوری‌که بتوان با توجه به سرایت اثر افعال شرکا، جرم را مستند به همه آن‌ها دانست. با این توضیح، عمد، قصد و تبانی از ارکان شرکت در جرم نیست و در مواردی که عمد و قصد وجود داشته باشد شرکت در جرم عمدی و چنانچه عمد و قصد نباشد شرکت در جرم غیرعمدی خواهد بود. در ادامه توضیحات بیشتری در خصوص ارکان شرکت ارائه می‌شود.

۳-۱. تعدد عوامل

تحقق شرکت منوط به مداخله بیش از یک عامل در ارتکاب جرم است. عوامل دخیل در ارتکاب جرم به سه صورت «مباشرت»، «سبب» و «شرط» منحصر هستند. منظور از تعدد عوامل به‌عنوان یکی از ارکان شرکت، تعدد عوامل مؤثر در حدوث نتیجه و اضرار

است و نه همه عوامل دخیل در حدوث نتیجه. مباشرت و سبب، عوامل مؤثر در حدوث نتیجه و شرط، عامل غیر مؤثر است (Sadeghi and Mirzaei, 2015: 42). شرکت ممکن است با اجتماع مباشرین محقق شود مانند این که هر یک از مباشرین با شیء برنده قسمتی از بدن فرد را مجروح ساخته و موجب مرگ وی شوند و یا به اتفاق هم سنگی را از بلندی بر فردی انداخته و موجب مرگ وی شوند. اجتماع اسباب نیز می تواند باعث تحقق شرکت شود مانند موردی که یک نفر قهوه فرد را مسموم و دیگری غذای وی را مسموم کرده و قهوه و غذای مسموم منتهی به مرگ فرد شوند. در صورتی که فردی غذای دیگری را مسموم کرده و دیگری وی را به شدت مجروح سازد و فرد در اثر مسمومیت و جراحت فوت کند، شرکت در جرم با اجتماع سبب و مباشر محقق می شود. با این توضیح ایجادکننده شرط هیچ گاه نمی تواند شریک در جرم باشد، زیرا جرم به شرط اسناد داده نمی شود. شرط ممکن است در صورت وجود عناصر لازم برای تحقق معاونت، به عنوان معاون جرم تحت تعقیب قرار گیرد (Sadeghi, 2013: 340).

برخی تحقق شرکت را منوط به دخالت عامل انسانی در وقوع جرم دانسته و از به کار رفتن واژه هایی مانند «عده ای» در قانون مجازات به این نتیجه رسیده اند که هیچ گاه شرکت در جرم نمی تواند با دخالت عامل غیرانسانی محقق شود (Qomashi, 2006: 35). همان گونه که در مثال های ذکر شده در متون فقهی دیده می شود ممکن است عوامل غیرانسانی نیز در تحقق جرم مشارکت داشته باشند (Jabei Ameli, 457-458, Mousavi, 514). گرچه عوامل مؤثر در تحقق شرکت غالباً افراد انسانی هستند.

عوامل متعدد گاهی با مداخله در رفتار واحد و گاهی با افعال متعدد، مرتکب جرم می شوند؛ مانند این که شرکا با کمک یکدیگر فردی را به دریا یا آتش می افکنند. در این صورت، شرکت در جرم با مداخله عوامل متعدد در فعل واحد محقق می شود. گاهی شرکت با مداخله عوامل متعدد و با انجام افعال متعدد توسط آن ها محقق می شود. در این صورت هر یک از شرکا فعل مجرمانه جداگانه ای انجام می دهند و تأثیر افعال متعدد

آن‌ها به وقوع جرم واحد منتهی می‌شود؛ مانند این‌که یک نفر ضربه‌ای به سر قربانی و دیگری ضربه‌ای به سینه وی وارد می‌کند و مرگ نتیجه تأثیر هر دو ضربه تشخیص داده می‌شود؛ بنابراین تعدد عامل، لازمه تحقق شرکت است و عوامل متعدد گاهی با فعل واحد و گاه با افعال متعدد در وقوع جرم مداخله می‌کنند.

۲-۳. هم‌عرض بودن عوامل

اجتماع عوامل متعدد ممکن است به‌صورت طولی یا عرضی باشد. برای تحقق شرکت در جرم لازم است اجتماع عوامل متعدد به نحو عرضی باشد و فعل یا افعال عوامل متعدد در عرض یکدیگر به وقوع جرم منتهی شود (Sadeghi, 2013: 335, Mirmohamadsadeghi, 2013: 396, Taherinasab, 2009: 395-396). اجتماع طولی عوامل دخیل در ارتکاب جرم موجب تحقق شرکت در جرم نخواهد بود.

برخی از حقوق‌دانان لزوم هم‌عرض بودن عوامل برای تحقق شرکت را ضروری ندانسته و مستند قول خود را مسئله ۲۷۲^۱ کتاب دیات مرحوم خوئی و قسمت پایانی ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی ذکر کرده‌اند (Haji Dehabadi, 2016: 393). مسئله فوق‌الذکر در رابطه با اجتماع طولی اسباب است که مرحوم خوئی بعد از ذکر مثال سنگ و چاه و بیان نظر مشهور مبنی بر ضمان سبب مقدم در تأثیر، با اشکال بر استدلال نظر مشهور، به تساوی ضمان اسباب نظر داده‌اند. صرف‌نظر از مطالبی که به تفصیل در نقد دیدگاه مرحوم خوئی و توجیه و تعلیل نظر مشهور بیان شده است (Sadeghi, 2013: 147-149) بعید است بتوان از حکم به ضمان همه اسباب در اجتماع طولی، ضروری نبودن اجتماع عرضی عوامل برای تحقق شرکت را استنباط کرد.

۱. «لو اجتمع سببان لموت شخص كما اذا وضع احد حجرا -مثلا- فی غیر ملكه و حفر الآخر بئرا فیه فعرثر بالحجر و سقط فی البئر فمات فالاشهر ان الضمان علی من سبقت جنايته و فیه اشکال فالظاهر ان الضمان علی کلّیهما. نعم اذا كان احدهما متعدیا كما اذا حفر بئرا فی غیر ملكه و الآخر لم یکن متعدیا كما اذا وضع حجرا فی ملكه فمات العائر بسقوطه فی البئر فالضمان علی المتعدی» (Mousavi Khoei, 2007: 322).

مستند دوم نویسندگانی که هم‌عرض بودن عوامل را برای تحقق شرکت در جرم ضروری نمی‌دانند قسمت پایانی ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی است. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به‌صورت طولی دخالت داشته باشند کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد ضامن است مانند آن‌که یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت کسی که سنگ را گذاشته ضامن است مگر آن‌که همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت شرکت در جرم محسوب می‌شود».

قانون‌گذار در این ماده حکم اجتماع طولی اسباب را بیان کرده و به‌درستی سبب مقدم در تأثیر را ضامن می‌داند اما در قسمت اخیر ماده، قصد را در استناد جرم به عوامل، مؤثر دانسته و مقرر می‌دارد چنانچه همه اسباب طولی قصد ارتکاب جرم را داشته باشند شرکت در جرم محقق می‌شود.

این اقدام قانون‌گذار سبب شده برخی تحقق شرکت در جرم با اجتماع طولی عوامل را نیز ممکن دانسته و هم‌عرض بودن عوامل برای تحقق شرکت را ضروری ندانند. این در حالی است که تصویب این مقررۀ اقدامی غیرمنطقی، برخلاف موازین فقهی و حقوقی و مغایر با واقعیت مادی شرکت است. شرکت واقعیتی مادی است که با عمد و قصد و سایر ویژگی‌های رکن روانی کاملاً بیگانه و غیر مرتبط است و تنها با اجتماع عوامل متعدد در عرض یکدیگر محقق می‌شود و تحقق آن به‌صورت اجتماع طولی عوامل غیرممکن است.

قسمت اخیر ماده ضمن عدول از رویکرد فقیهان شیعی در موضوع شرکت در جرم، واقعی بودن اسناد نتیجه به هر یک از شرکا را لازم ندانسته و تأثیر و تأثر دو پدیده مادی یعنی فعل و نتیجه را تابع امری ذهنی یعنی عمد و قصد تصور کرده است درحالی‌که تأثیر فعل، ربطی به عمد و قصد نداشته و متأثر از آن شدت و ضعف نمی‌یابد. از طرف دیگر این اقدام موجبات به‌هم‌ریختگی موازین حاکم بر دو نهاد

شرکت و معاونت را فراهم کرده است، زیرا بسیاری از صورت‌های معاونت، دخالت در جرم بر نحو تسبیب است و در تمام موارد وحدت قصد معاون با مرتکب برای تحقق معاونت ضرورت دارد. درحالی‌که بنا بر آنچه در این ماده آمده چنانچه مرتکب اصلی بالتسبیب مرتکب جرم شود کسی که معاون وی بوده به موجب قسمت اخیر این ماده باید شریک شناخته شود درحالی‌که رفتار وی بر اساس ماده ۱۲۶ از مصادیق معاونت در جرم است (Sadeghi, 2013: 151).

با روشن شدن ضرورت اجتماع عرضی عوامل برای تحقق شرکت در جرم، این سؤال مطرح می‌شود که ضابطه اجتماع عرضی عوامل چیست.

به نظر می‌رسد معیار تشخیص اجتماع عرضی عوامل، هم‌زمانی تأثیر عوامل در حدوث نتیجه واحد است. در اجتماع عرضی، هیچ‌یک از عوامل مقدم یا مؤخر بر دیگری نیست هرچند این عوامل در وجود هم آیند یا دارای تقدم و تأخر باشند. در فروض پیچیده و مردد، تشخیص تأثیر هر یک از عوامل و احراز هم‌زمانی اثر آن‌ها در حدوث نتیجه با ارزیابی‌های کارشناسانه امکان‌پذیر است (Sadeghi, 2013: 100-101). عواملی که در عرض یکدیگر اجتماع می‌کنند ممکن است همه مباشر یا همه سبب یا برخی مباشر و بعضی دیگر سبب باشند.

چنانچه دخالت عوامل متعدد در وقوع جرم به نحوی باشد که تأثیر هر یک متوقف بر وجود دیگری باشد مورد از مصادیق اجتماع طولی عوامل خواهد بود؛ مانند آن‌که کسی چاهی را حفر کند و دومی سنگی را در کنار آن قرار دهد و موجب لغزش مجنی علیه و آسیب وی شود. در اجتماع طولی، عدم هم‌زمانی و تقدم و تأخر تأثیر عوامل مهم است بدون این‌که هم‌زمانی یا تقدم و تأخر در حدوث و ایجاد عوامل از اهمیت برخوردار باشد (Sadeghi, 2014: 101). اجتماع طولی عوامل مؤثر در حدوث نتیجه واحد، منحصر به دو صورت اجتماع سبب و مباشر و اجتماع اسباب است و اجتماع طولی مباشرین غیرقابل تصور است.

برخی با بیان این مطلب که فقها در خصوص اجتماع عرضی نظر متقنی نداده‌اند و بدون اشاره به مفهوم اجتماع عرضی به بیان حکم آن پرداخته‌اند، دو معیار برای اجتماع عرضی عوامل ارائه کرده‌اند؛ معیار اول، هم‌زمانی در ایجاد عامل تلف و معیار دوم، تجزیه‌ناپذیر بودن عامل ایجاد تلف (Saadat Mostafavi and Aminzadeh, 2011: 70).

در توضیح معیار اول نوشته‌اند که اگر اسباب به‌طور هم‌زمان اثرگذار باشند به‌نحوی که عرفاً هم‌زمان، عامل تلف را ایجاد کرده باشند و نتوان سبب اول را از سبب آخر تشخیص داد، مورد از مصادیق اجتماع عرضی اسباب خواهد بود (Saadat Mostafavi and Aminzadeh, 2011: 70). مثالی که برای این معیار ذکر شده این است که مهندسانی با هم قطعات اتومبیلی را مونتاژ کنند و در سر هم کردن قطعات دقت کافی را به عمل نیاورده و در اثر این بی‌مبالاتی اتومبیل معیوب شود و خریدار بی‌اطلاع از عیب نهانی سوار اتومبیل شده و دچار آسیب شود. در این فرض مهندسان که اسباب تلف هستند هم‌زمان به ایجاد اتومبیل پرداخته‌اند و در حقیقت عامل تلف را هم‌زمان ایجاد کرده‌اند و نمی‌توان یکی از ایشان را بر دیگری مقدم دانست؛ البته منظور از هم‌زمانی در ایجاد عامل تلف، هم‌زمانی عرفی است و دقت فلسفی در این موارد لازم نیست (Aminzadeh, 2018: 122).

در توضیح معیار دوم بیان داشته‌اند که «هرگاه نتوان عامل ایجاد تلف را به اجزای مختلف تقسیم کرد و درعین حال آن عامل، خود توسط چند ایجاد شده باشد، خسارت به همه آن اسباب نسبت داده می‌شود و اسبابی که عاملان ایجاد آن می‌باشند، در مسئولیت شریک‌اند. برای مثال هرگاه چند نفر با شهادت دروغ خود باعث شوند قاضی حکم به قصاص یا اجرای حد در مورد کسی بدهد، عامل اجرای قصاص یا حد، شهادت دروغ بوده که توسط شاهدان ایجاد شده یا اگر چند نفر با هم شخصی را با تهدید مجبور به ارتکاب جنایتی کنند، از آنجاکه عامل جنایت مذکور تهدید است که توسط چند سبب واقع شده و نمی‌توان تهدید را به اجزاء مختلف تقسیم کرد، خسارت وارده به همه اسباب به‌صورت مساوی منتسب است، هرچند در زمان‌های مختلف،

سبب‌سازی کرده باشند مثلاً شاهدان به نوبت شهادت دروغ داده‌اند که اگرچه شهادت آن‌ها در زمان‌های مختلف بوده، اما با توجه به نتیجه حاصله، آن‌ها در عرض هم قرار می‌گیرند. درواقع عامل ایجاد تلف، امری واحد و بسیط است که توسط چند سبب ایجاد شده اما قابل تجزیه نیست» (Aminzadeh, 2018: 123).

به نظر می‌رسد معیارهای پیش‌گفته از دقت کافی برخوردار نبوده و نمی‌توانند همه موارد اجتماع عرضی را دربرگیرند. معیار «هم‌زمانی تأثیر عوامل» با توضیحی که داده شد می‌تواند تمامی موارد اجتماع عرضی را پوشش دهد و نیازی به ارائه دو معیار برای تشخیص هم‌عرض بودن عوامل نیست. ضمن این‌که معیار تجزیه‌ناپذیر بودن عامل تلف درواقع به هم‌زمانی تأثیر بازگشت دارد.

۳-۳. حدود امر واحد

شرکت زمانی محقق می‌شود که اجتماع عوامل متعدد، منتهی به حدود امر واحد شود؛ خواه همه عوامل با مداخله در رفتار واحدی موجب وقوع جرم شوند و خواه با انجام افعال و اعمال متعدد. هرگاه دخالت چند عامل به وقوع نتایج متعدد منجر شده باشد، شرکت در جرم واقع نشده است، زیرا تحقق شرکت به دخالت عوامل متعدد در حدود نتیجه واحد مشروط است (Sadeghi, 2013: 336). اگر دو عامل در ایجاد دو نتیجه دخالت داشته باشند نسبت هر عامل با نتیجه مربوطه بررسی و عامل ضامن نسبت به هر یک از نتایج مشخص می‌شود. به‌عنوان مثال اگر دو نفر به قصد قتل صدماتی را بر مجنی‌علیه وارد کنند که فقط یکی از آن‌ها در وقوع قتل مؤثر باشد شرکت در قتل محقق نشده است و یکی در برابر قتل و دیگری نسبت به جنایت مادون نفس ضامن خواهد بود.

۳-۴. استناد جرم به همه عوامل

یکی از ارکان تحقق شرکت در جرم، استناد جرم به همه عوامل دخیل در وقوع جرم است؛ بنابراین مداخله‌کنندگان نه فقط باید در عرض یکدیگر باشند بلکه لازم است به نحوی در وقوع جرم واحد مؤثر باشند که استناد جرم به فعل همه آن‌ها احراز شود (Sadeghi, 2013: 337).

برخی معتقدند «استناد» بالاصاله یکی از شرایط تحقق شرکت در جرم نیست و بر این باورند استناد جرم به همه عوامل دخیل در ارتکاب جرم، نتیجه طبیعی مداخله هر یک از عوامل در رکن مادی جرم است و قانون‌گذار در ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی، استناد را به‌عنوان قیدی توضیحی و نه تقییدی بیان کرده است (Sadeghi and Najafi, 2018: 381). در پاسخ باید گفت استناد بالاصاله از شرایط تحقق شرکت است و لزوماً با مداخله چند عامل در ارتکاب جرم احکام شرکت جاری نمی‌شود. تردید در صلاحیت تأثیر فعل یکی از شرکا به جهت نوع فعل یا میزان شدت آن از جمله مواردی است که مانع جریان احکام شرکت می‌شود. همان‌گونه که در جنایات، تردید در استناد مرگ به یکی از عوامل به نحو اشتراک باعث جریان قاعده درأ و سقوط قصاص می‌شود. بنابراین شرکت در جرم در صورتی محقق می‌شود که جرم ارتكابی برآیند اقدامات انجام‌شده توسط همه عوامل مداخله‌کننده باشد به‌گونه‌ای که بتوان با توجه به سرایت افعال عوامل، جرم را مستند به همه آن‌ها دانست.

با توجه به آنچه بیان شد برای تحقق شرکت در جرم، اجتماع عوامل متعدد در عرض یکدیگر، حدوث نتیجه واحد و استناد جرم به همه عوامل ضروری است و با انتفای هر یک از ارکان مذکور، شرکت در جرم محقق نخواهد شد.

فرجام سخن

شناخت ماهیت شرکت در جرم به جهت آثار مترتب بر آن از اهمیت زیادی برخوردار است. با تبیین ماهیت این مفهوم، تعریف، حدود و ثغور و تفاوت آن با سایر اشکال همکاری در ارتکاب جرم مانند معاونت در جرم روشن می‌شود. برخی از رویکردهای موجود در حقوق کیفری، شرکت در جرم را امری اعتباری و تابع اراده قانون‌گذار قلمداد کرده‌اند. نتیجه پذیرش ماهیت اعتباری این است که می‌توان تبانی یا قصد را در تحقق شرکت دخیل دانست و با توسعه مفهوم آن، جرم را به عواملی که در ارتکاب آن دخالت مادی نداشته‌اند منتسب دانست. مبهم بودن ضابطه تحقق شرکت در جرم و مرز آن با نهادهایی مانند معاونت در جرم، مهم‌ترین انتقاد وارد بر این رویکرد است.

در مقابل، بر اساس رویکرد حقیقی، شرکت در جرم واقعیتی خارجی است که حقیقت دارد، تحقق آن تابع اراده قانون‌گذار، فقیه یا شارع نیست و صورتی از مداخله در ارتکاب رکن مادی جرم است که بدون نیاز به تبانی و هماهنگی قبلی، وحدت قصد بین شرکا یا اطلاع شرکا از وجود یکدیگر محقق می‌شود. با توجه به ماهیت حقیقی، اگر در خصوص معاونت در جرم می‌توان از «مرتکب اصلی» و «معاون» سخن گفت، در شرکت در جرم، تفکیک شرکا از یکدیگر با عناوینی مانند «مرتکب اصلی» و «شریک» نادرست است. با پذیرش این رویکرد، شرکت در جرم را می‌توان «مداخله بیش از یک عامل در حدوث امر واحد به نحوی که آن امر مستند به همه عوامل باشد» تعریف کرد. این تعریف برای همه جرائم اعم از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات صادق است و نمی‌توان با استناد به قواعدی مانند «التعزیر بما یراه الحاکم» و یا مصالحی مانند ضرورت مقابله با جرائم گروهی و سازمان‌یافته، تعریف متمایزی برای شرکت در جرائم تعزیری ارائه کرد، اگرچه احکام توزیع ضمان شرکا و میزان مسئولیت آن‌ها در حدود، قصاص، دیات و تعزیرات متفاوت است.

تعدد عوامل، اجتماع عرضی عوامل متعدد، حدوث نتیجه واحد و استناد نتیجه به همه عوامل مداخله‌گر، ارکان و عناصر لازم و کافی برای تحقق شرکت در جرم هستند.

تعدد عوامل ممکن است به صورت اجتماع مباشرین یا اجتماع سبب و مباشر و یا اجتماع اسباب باشد. عوامل متعدد ممکن است با دخالت در فعل واحد مانند انداختن سنگ بزرگی بر قربانی جرم با کمک یکدیگر یا با افعال متعدد مانند وارد کردن جراحت توسط یکی و مسموم کردن قربانی توسط دیگری، در حدوث نتیجه دخالت داشته باشند. گرچه دخالت عوامل ممکن است در فعل واحد و یا افعال متعدد باشد ولی نتیجه حاصل از اجتماع عوامل متعدد، لزوماً باید واحد باشد تا بتوان از تحقق شرکت در جرم سخن گفت. برخلاف معاونت در جرم، هم عرض بودن عوامل و استناد نتیجه به همه آنها برای تحقق شرکت ضروری است و «همزمانی تأثیر عوامل» کامل ترین معیار برای تشخیص اجتماع عرضی است. بر اساس این معیار، همزمانی حدوث و پیدایش عوامل اهمیتی ندارد و آنچه شرکت در جرم را محقق می سازد همزمانی تأثیر عوامل است؛ خواه اجتماع عوامل در یک زمان باشد و خواه در زمان های مختلف.

با توجه به آنچه گذشت، توجه به ماهیت حقیقی و مادی شرکت در جرم در ارائه تعریف و بیان ارکان و عناصر آن ضروری است و مواد قانونی مرتبط مانند مواد ۱۲۵ و ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی نیز بایستی با در نظر گرفتن ماهیت شرکت در جرم تحلیل و تفسیر شود. استنباط امکان تحقق شرکت در جرم با اجتماع طولی عوامل یا لزوم وحدت قصد برای تحقق شرکت در جرم از ماده ۵۳۵، نشان از بی توجهی به ماهیت این مفهوم دارد و برخلاف منطق حقوقی حاکم بر نظام کیفری ایران است.

References

- Aliabadi, A. (2005). *Judicial Standards of the General Boards of the Supreme Court*, V. 1. Tehran, Publishing Company, First Edition. [In Persian]
- Aminzadeh, M. (2018). The Rule and Regulation of the Simultaneous Accumulation of Causes, *Two Quarterly Study of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Law*, 13 (39), 113-127. [In Persian]
- Blakeley, S. and Poortvliet, K. (2023). Pinkerton v. U. S. Case Brief, study.com/learn/lesson.
- Dressler, J. (2008). Reforming Complicity Law: Trivial Assistance as a

- Lesser Offence?, *Ohio State Journal Law*, vol. 5, no.2, 427-448.
- Fazel Hendi, M. (1995). *Kashf al-Letham*, V. 10, Qom, Al-Nashr al-Islami Institute. [In Arabic]
- Fletcher, G.P. (2004). *Fundamental concepts in Criminal Law*, Translated by S.M. Seyedzadeh, Mashhad, University Razavi of Islamic Sciences Publications. [In Persian]
- Forutan, M. (2017). *The Perpetrator of the Crime in Iranian Criminal Law with a Comparative Study in Iranian and English Law*, Tehran, Khorsandi publications, First Edition. [In Persian]
- Habibzadeh, M, J. and Farhoudinia, H. (2001). Preliminaries in Iranian Criminal Law, *Journal of the School of Literature and Human Sciences (Tabriz)*, 43, 95-120. [In Persian]
- Haji Dehabadi, A. (2018). Attribution and Its Role in “Participation in Crime”, *Journal of Legal Research*, 53, 107-146. [In Persian]
- Haji Dehabadi, A. (2016), *Crimes against Persons (Murder)*, Tehran, Mizan Legal Foundation, First Edition. [In Persian]
- Jabei Ameli, Z. (n.d). *Masalek al-Afham*, V. 2, Qom, Basirati Publications. [In Arabic]
- Jain, N. (2011). “The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law”, *Chicago journal of international criminal law*, 12(1), 159-200.
- Manning, M. (2006). A Common Law Crime Analysis of Pinkerton v. United States: Sixty Years of Impermissible Judicially Created Criminal liability, *Montana Law Review*, 67(1), 89-119.
- Marashi Shushtari, M.H. (1995). Lectures on Criminal Jurisprudence, PHD Course, Tarbiat Modares University. [In Persian]
- Menatinejad, S. (2021). *Objective and Subjective Criteria in Criminal Law*, Tehran, Mizan Legal Foundation, Second Edition. [In Persian]
- Mirmohamad Sadeghi, H. (2014). *Crimes against persons*, Tehran, Mizan Legal Foundation, 14th Edition. [In Persian]
- Mostafa Mahmoud, M. (1961). *Description of Penal Code*, Qahere, Dar al-Kutob al-Arabi. [In Arabic]
- Mousavi Khomeini, R. (n.d). *Tahrir al-Vasile*, V.2, Qom, Ismailian Press Institute. [In Arabic]
- Mousavi Khoei, A. (2007). *Mabani Takmelat al- Menhaj*, V. 42, Qom, Institute for Revival of Imam Khoei Works. [In Arabic]
- Mousavi Sabzevari, A. (1992). *Mohazab al-Ahkam*, V.28. [In Arabic]
- Najafi, H. and Sadeghi, M. and Shahbazinia, M. (2018). Jointness in Torts; Comparative Study in US and Iranian Law Emphasizing the Concept of Attribution, *Two Quarterly of Islamic Law*, 20 (2), 353-398. [In Persian]
- Ohlin, J.D. (2015). “Co-perpetration: German dogmatic or German

- invasion?" The law and practice of the International Criminal Court: a critical account of challenges and achievements*, Carsten Stahn ed., Oxford University Press.
- Qomashi, S. (2006). Examining Participation in Crime, *Faculty of Literature and Human Sciences Quarterly*, 1, 30-46. [In Persian]
- Robinson, P. H. (1984). Imputed Criminal Liability, *The Yale Law Journal*, vol. 93, no. 4, 609-676.
- Saadat Mostafavi, M. and Aminzadeh, M. (2011). *The Multiplicity of Factors Causing Damage in Iranian Law and Imami Jurisprudence*, Tehran, Imam Sadiq University Publications, First Edition. [In Persian]
- Sadeghi, M.H. (2012). The Accumulation Indirect Causes in the Islamic Penal Code 1392, *Criminal Law Doctrines*, 6, 33-56. [In Persian]
- Sadeghi, M.H. (2014). The Accumulation the Direct and Indirect Causes in the Islamic Penal Code 1392, *Journal of Legal Research of Shiraz University*, 6 (2), 97-123. [In Persian]
- Sadeghi, M.H. (2016). *Compensation to Physical Injuries*, Tehran, Mizan Legal Foundation, first edition. [In Persian]
- Sadeghi, M.H. (2014). *Crimes against Persons*, Tehran, Mizan Legal Foundation, 20th edition. [In Persian]
- Sadeghi, M.H. and Mirzaei, M. (2015). Factors Involved Damages and Explanation of their Distinguishing Criteria, *Islamic Law*, 13 (48), 37-71. [In Persian]
- Samii, H. (1969). *Criminal Law*, Tehran, Press Company Publications. [In Persian]
- Sharifi, M. (2021). An Inquiry on Changes of Beginning the Crime in the Iranian Penal System, *Journal of Legal Research*, 20 (46), 29-54. [In Persian]
- Taheri Nasab, S.Y. (2009). *Causation Relationship in the Criminal Law of Iran and England*, Tehran, Dadgostar Publications, First Edition. [In Persian]
- Sheikh al-Islami, A. (2016). The Basics of Legal Developments in the Realm of Those Involved in Committing Crimes, *Journal of Criminal Law Research*, 8 (1), 135-162. [In Persian]
- Yousefian Shuredeli B. and Rasouli Astani, L. (2017). Reconsidering the Definition of the Concept of "Co-Perpetration" for Tackling Coordinated Group Criminal, *Journal of Criminal Law Research*, 9 (1), 237-262. [In Persian]



Research Article

A Critical Analysis of Polybius' Theory of the Cycle of Constitutional Decline

Abolfazl Ghasemi Shiri¹, Babak Basri^{2*}, Mehdi Sheikh Mohad³, Ruhullah Rahimi⁴

1. Student in Department of Public Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran
- 2, 3 & 4. Assistant Prof, Department of Public Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran

Article history:

Received: 25-02-2024

Accepted: 02-06-2024

Abstract

Introduction

Polybius was a Greek philosopher and historian. One of his most significant theories, and the focus of this paper, is the cycle of constitutions. The collapse of governments, the lack of continuity in legal structures, and public disorder manifested in internal conflicts led Polybius to investigate the causes of these instabilities. Through his theory of the constitutional cycle, he sought to demonstrate that a balanced constitution ensures the interests of all social classes and achieves legal and social stability. The main questions this article addresses are the concept and function of Polybius' constitutional cycle, along with a critical examination of it. The research method is descriptive-analytical, with data collected through library research. The findings suggest that contrary to Polybius' view - which holds that merely designing a balanced constitution through the combination of all powers and different social classes provides an escape from the cycle of decay, and that a perfect constitution guarantees governmental survival - in reality no law or structure is so complete as to be independent of continuous public oversight

Please cite this article as:

Ghasemi Shiri, A., Basri, B., Sheikh Mohad, M., Rahimi, R (2025). A Critical Analysis of Polybius' Theory of the Cycle of Constitutional Decline. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 111-140.
<https://doi.org/10.22099/JLS.2024.49588.5120>

* Corresponding author:

E-mail address: baseribabak@gmail.com

by citizens. Any restriction on such oversight leads inevitably to corruption and decay.

The central question of political philosophy concerns why people obey public authority and what governance truly represents. Governments have traditionally been categorized into two types - healthy and corrupt, or good and bad - based on the number of rulers and their performance. Accordingly, governments can be divided into three forms in each category: good rule by one person constitutes monarchy, while bad rule by one person is tyranny; good rule by a few represents aristocracy, while bad rule by a few is oligarchy; majority rule conducted well constitutes a republic, while poor majority rule represents ochlocracy or mob rule. It is crucial to note that the criterion distinguishing good from bad governments is their consideration or disregard of public interest. When governance aims at universal benefit, the number of rulers becomes secondary. It is on this principle that Aristotle considers any governmental form with this objective to be essentially republican.

In practice, however, good governments proved unstable and prone to degeneration into corrupt forms, while corrupt forms themselves lacked durability due to structural deficiencies. Consequently, political philosophers sought solutions that could achieve greater stability, thereby better serving collective interests. Without stability, rights, regulations, peace, and social structures become perpetually disrupted, making individual and group interests difficult to realize and defend. Polybius termed this phenomenon of continuous constitutional transformation the "cycle of constitutional decay." His proposed solution was a mixed government combining all three simple, healthy governmental forms, ensuring the participation, oversight, and cooperation of society's three fundamental powers: the monarchical, the aristocratic, and the popular.

Was Polybius the originator of this concept? Or had earlier thinkers identified this cycle of decay and proposed solutions? Furthermore, is Polybius' conception complete and unassailable, or does his theory itself warrant criticism? Polybius developed his ideas through studying great Greek philosophers, particularly Plato and Aristotle. Additionally, the constitutional systems of the Roman Republic and Spartan Republic provided practical models that led him to conclude mixed government was the sole escape from constitutional decay.

Methods

The research employs a descriptive-analytical method, with data gathered through library research. This article's contribution lies not only in re-examining Polybius and his theory, but in assessing its strengths and weaknesses while evaluating its contemporary relevance. While substantial

literature exists on Plato and Aristotle's legal-political thought in constitutional studies, Polybius' contributions to this field have received less attention. Indeed, the Roman Republic's golden age appears understudied by constitutional scholars, making this article particularly novel. The study first presents Polybius' cycle of constitutional decay, then analyzes its characteristics, examines criticisms against it, discusses its contemporary applications, and finally presents conclusions.

Results

Polybius' conception as an Achaean aristocrat and later Roman Republican aristocrat - regarding the perpetual decay cycle of simple constitutions (where one class or power dominates) and its solution (a government incorporating all three social classes where powers mutually check each other creating balance) - finds precedents in Plato and Aristotle's works, whom Polybius explicitly cites in his *Histories*' sixth book.

However, Polybius made this theory distinctly his own through original elaborations and clear articulation, such that subsequent thinkers accepted it as a comprehensive framework for understanding political history. Notable adherents included Cicero and Machiavelli - both Italians, the former born shortly after Polybius' death, the latter during the Renaissance - who employed his ideas. Both accepted mixed government as uniquely capable of ensuring stability and equilibrium, though Cicero supplemented it with natural law theory and public interest considerations, while Machiavelli emphasized individual agency and the productive potential of class conflict when properly channeled.

Polybius viewed political revolutions as natural phenomena, with his emphasis on simple governments' inherent corruption leading to citizen disenfranchisement (though he cautioned the Roman Senate against oppressing the masses, warning that disturbing their natural tranquility could unleash unpredictable destructive forces).

Conclusions

As a historian, Polybius provides no empirical evidence or systematic reasoning for his theory beyond historical observation. He fails to explain why governmental corruption must precisely span one generation, or why the cycle must follow his prescribed sequence. Nor does he consider whether oligarchy might directly follow tyrannical monarchy's collapse. However, recognizing that cyclical historical views predominated in ancient Greece makes his constitutional cycle theory more comprehensible.

Keywords: Polybius, cycle of constitutional decline, mixed government, oversight and balance, universal oversight, republic.



تحلیلی نقادانه بر نظریه چرخه زوال قوانین اساسی از دیدگاه پولیبیوس ابوالفضل قاسمی شیرازی^۱، بابک باصری^۲، مهدی شیخ موحد^۳، روح الله رحیمی^۴

۱. دانشجوی دکتری تخصصی گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران
۲، ۳، ۴. استادیار گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران

اطلاعات مقاله تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۳

چکیده

مقدمه: پولیبیوس فیلسوف و مورخ یونانی است. از مهم‌ترین نظریه‌هایش چرخه قوانین اساسی است که در مرکز توجه این نوشتار قرار خواهد گرفت. فروپاشی دولت‌ها، عدم استمرار ساختار حقوقی و بی‌نظمی عمومی که در قالب کشمکش‌های داخلی رخ می‌دهد، پولیبیوس را به این فکر رساند که علت این بی‌ثباتی‌ها را بیابد. وی با طرح نظریه چرخه قوانین اساسی درصدد القاء این اندیشه بود که با وجود یک قانون اساسی متوازن، منفعت همه طبقات اجتماعی تأمین و ثبات حقوقی و اجتماعی حاصل می‌گردد. پرسش اصلی این مقاله، چیستی مفهوم و کارکرد چرخه پولیبیوسی قوانین اساسی است که همراه با مطالعه انتقادی آن خواهد بود. حاصل این که برخلاف نظر پولیبیوس که صرف طراحی یک قانون اساسی متعادل برآمده از ترکیب همه قوا و طبقات مختلف جامعه را، راه برون‌رفت از چرخه زوال می‌داند و این که یک قانون اساسی کامل، ضامن بقای حکومت است؛ درواقع هیچ قانون و ساختاری آن‌قدر کامل نیست که بی‌نیاز از نظارت مستمر و همگانی شهروندان باشد و هر محدودیتی بر این نظارت، نتیجه‌ای جز فساد و زوال نخواهد داشت.

استناد به این مقاله:

قاسمی شیرازی، ابوالفضل؛ باصری، بابک؛ شیخ موحد، مهدی و رحیمی روح الله (۱۴۰۴). تحلیلی نقادانه بر نظریه چرخه زوال قوانین اساسی از دیدگاه پولیبیوس. *مجله مطالعات حقوقی*، ۱۷. (۲). ۱۴۰-۱۱۱.

E-mail address: baseribabak@gmail.com

* نویسنده مسئول:

پرسش اصلی فلسفه سیاسی چرایی تبعیت از قدرت عمومی و چیرستی حکمرانی است. اگر حکومت نفع همه را هدف خود قرار دهد، دیگر تعداد حاکمان چندان اهمیتی ندارد. بر همین اصل است که ارسطو هر نوع حکومتی را با این هدف، جمهوری می‌داند. اما آنچه در عمل واقع می‌شد، عدم ثبات حکومت‌های خوب و تنزل به اشکال بد بود. اشکال بد نیز به خاطر ناکارآمدی ساختاری دیری نمی‌پاییدند. به همین خاطر اندیشمندان و فلاسفه سیاست درصدد یافتن راهکاری بودند که از آن طریق بتوان به ثبات بیشتری دست‌یافت تا در نتیجه آن نفع همگان نیز بیشتر حاصل شود، زیرا در صورت عدم ثبات، حقوق و نظامات و آرامش و اساساً ساختار جامعه مرتب به هم می‌ریزد و در نتیجه منافع افراد و گروه‌ها قابل تحقق و دفاع نیست. پولیبیوس واقعیت تغییرات مداوم قوانین اساسی و ساختار حکومت‌ها را چرخه زوال قوانین اساسی می‌نامد و پیشنهاد او برای قطع این رویه، حکومت مختلط به‌مثابه ترکیبی از هر سه شکل ساده و سالم حکومت است که متضمن دخالت و نظارت و همکاری هر سه قدرت واقعی جامعه یعنی خاندان سلطنت، بزرگان و نجبا و اشراف و توده مردم است. آیا پولیبیوس را می‌توان مبتکر این ایده دانست؟ یا این که پیش از او نیز اندیشه‌های وروانی بوده‌اند که به این چرخه زوال اشاره و برای برون‌رفت از آن راهکاری ارائه کرده‌اند. این پرسش مطرح می‌شود که آیا ایده پولیبیوس کامل و خلل‌ناپذیر است و یا این که بر تئوری او نیز نقد وارد است؟

پولیبیوس ایده خود را از مطالعه آثار فیلسوفان بزرگ یونان یعنی افلاطون و ارسطو گرفته است و نیز رژیم حقوقی حاکم بر جمهوری روم و البته جمهوری اسپارت که نمونه‌هایی عملی بوده‌اند او را به این نتیجه رسانیده‌اند که حکومت مختلط تنها راه برون‌رفت از چرخه زوال قوانین اساسی است.

روش‌ها: روش تحقیق توصیفی-تحلیلی است که به شیوه کتابخانه‌ای به گردآوری داده‌ها پرداخته شده است. نوآوری این مقاله این است که علاوه بر بازشناسایی پولیبیوس و نظریه او به بررسی نقاط قوت و ضعف آن و همچنین نقد نظریه وی می‌پردازد و تلاش می‌شود تا قابلیت آن برای روزگار معاصر مورد مطالعه قرار گیرد. اگرچه مطالب فراوانی در مورد دیدگاه‌های حقوقی - سیاسی افلاطون و ارسطو در حقوق اساسی وجود دارد اما کمتر مطلبی در مورد پولیبیوس و نظرات او در این عرصه قابل مشاهده است. در واقع به نظر می‌رسد مقطع طلایی جمهوری روم کمتر مورد مطالعه و بررسی استادان حقوق اساسی قرار گرفته است و از این لحاظ مقاله حاضر پیشینه قابل ذکری ندارد. در این مقاله ابتدا چرخه زوال قوانین اساسی به روایت پولیبیوس معرفی خواهد شد و سپس ویژگی‌های این روایت مورد تحلیل قرار می‌گیرد. پس از آن انتقادات وارد بر آن بررسی خواهد شد، آنگاه به کارویژه‌های چرخه پولیبیوسی قدرت در دوران معاصر پرداخته و در آخر نتیجه‌گیری مقاله بیان می‌شود.

یافته‌ها: ایده پولیبیوس به عنوان فردی از طبقه اشراف جامعه آخایی‌ها و سپس عضوی از طبقه اشراف جمهوری روم، مبنی بر چرخه لایزال زوال قوانین اساسی ساده که در آن صرفاً یک طبقه یا قدرت اجتماعی حاکمیت دارد و راه برون‌رفت از آن یعنی حکومتی مرکب از هر سه طبقه جامعه یعنی خاندان و قدرت شاهی، اشراف و توده مردم که در آن این سه قدرت یکدیگر را محدود می‌کنند در نتیجه تعادل و ثبات در جامعه برقرار می‌شود، در آثار پیشینیان همچون افلاطون و ارسطو قابل ردیابی و شناسایی است و به نظر می‌رسد پولیبیوس نیز آن‌ها را مطالعه کرده چنانکه در جلد ششم تاریخش به صراحت از افلاطون و دیدگاه متقدم او نام می‌برد. اما آنچه هست، او این ایده را با توضیحات مقدماتی و تکمیلی خود و نیز بیان شیوا و همه فهم از آن خود کرده چنانکه متفکران پس از او این نظریه را به مثابه توضیحی کافی و کامل از تاریخ اندیشه‌های سیاسی و روش فهم آن پذیرفته‌اند. از جمله این افراد سیسرو و ماکیاولی هستند. هر دو ایتالیایی که اولی چند سالی پس از مرگ پولیبیوس پا به این جهان نهاد است و دومی در آغاز رنسانس همچنان از محصول اندیشه او استفاده می‌کند. این دو متفکر سیاست و حقوق نیز پیشنهاد او یعنی حکومت مختلط را به عنوان تنها حکومتی که ضامن ثبات و تعادل و توازن قدرت‌هاست می‌پذیرند. اگرچه سیسرو با آموزه قانون طبیعی و اهمیت نفع همگانی و ماکیاولی با تأکید بر عاملیت فردی و مفید بودن و لزوم کشمکش‌های میان طبقات و افراد بر اساس تضاد منافع تا وقتی که در جهت منافع مشترک است، ایده اولیه را تکمیل می‌کنند.

پولیبیوس چرخه انقلاب‌های سیاسی را امری طبیعی می‌داند و تأکید او بر طبیعی بودن فساد ذاتی اشکال ساده حکومت منجر به سلب عاملیت شهروندان یا در حاشیه رفتن آن‌ها می‌شود.

نتیجه‌گیری: پولیبیوس در مقام مورخ برای نظریه‌ای که آن را مستند به مشاهدات تاریخی خود می‌داند، شاهد مثالی ذکر نمی‌کند و دلیلی نمی‌آورد که چرا حتماً باید یک نسل بگذرد تا حکومت‌ها فاسد شوند و چرا حتماً باید طبقه الگوی او این فرآیند فراز و فرود طی شود و آیا ممکن نیست پس از زوال موناشرشی به تیرانی، الیگارشی حاکم شود؟ هرچند اگر بپذیریم که در یونان باستان تلقی دوری از تاریخ رایج بوده است آنگاه برداشت چرخشی او از زوال قوانین اساسی فهمیدنی‌تر می‌شود.

واژگان کلیدی: پولیبیوس، چرخه زوال قوانین اساسی، حکومت مختلط، نظارت و تعادل، نظارت همگانی، جمهوری.

سرآغاز

شاید بتوان ادعا کرد پرسش اصلی فلسفه سیاسی چرایی تبعیت از قدرت عمومی و چپستی حکمرانی است و از دیرباز پرسش از بهترین نوع حکومت در نزد اندیشمندان مطرح بوده است. معمولاً حکومت‌ها را بر اساس تعداد حاکمان و نحوه عملکردشان به دو دسته سالم و فاسد یا خوب و بد تقسیم کرده‌اند. بر این اساس، هر دو دسته متفاوت شیوه‌های حکومت، خود به سه روش قابل تقسیم‌اند؛ یعنی حکومت یک نفره خوب، پادشاهی است و حکومت یک نفره بد، خودکامگی. حکومت یک گروه اندک خوب آریستوکراسی است و حکومت یک گروه اندک بد الیگارشی. حکومت اکثریت به شیوه بد اوباش‌سالاری یا حکومت عوام است و حکومت اکثریت با روش خوب، جمهوری است. ذکر این نکته ضروری است که ملاک عملکرد خوب و بد حکومت‌ها، لحاظ کردن یا لحاظ نکردن نفع همگان است. درواقع، اگر حکومت نفع همه را وجهه همت خود قرار دهد، دیگر تعداد حاکمان چندان اهمیتی ندارد. بر همین اصل است که ارسطو هر نوع حکومتی را با این هدف، جمهوری می‌داند. اما آنچه در عمل واقع می‌شد، بی‌ثباتی حکومت‌های خوب و تبدیل و تنزل آنها به اشکال بد بود. طبیعتاً اشکال بد نیز به خاطر ناکارآمدی ساختاری دیری نمی‌پاییدند (Machiavelli, 2015:44)؛ به همین خاطر بود که اندیشمندان و فلاسفه سیاست و علم الاجتماع دنیای کهن در صدد یافتن راهکاری بودند که از آن طریق بتوان به ثبات و دوام بیشتری دست یافت تا در نتیجه آن نفع همگان نیز بیشتر حاصل شود. چراکه در صورت بی‌ثباتی و تغییرات مکرر و پیاپی، حقوق و نظامات و آرامش و اساساً ساختار جامعه مرتب به هم می‌ریزد و در نتیجه، منافع افراد و گروه‌ها قابل تحقق و دفاع نیست. پولیبیوس^۱ واقعیت تغییرات مداوم قوانین اساسی و ساختار حکومت‌ها را «چرخه

۱. پولیبیوس زاده ۲۰۰ ق.م در مگالوپولیس، درگذشته ۱۲۰ ق.م در روم (Klosko, 2020:327) و زاده خانواده‌ای سرشناس از اتحادیه آخایی‌هاست. در دوره‌ای زندگی می‌کرد که حیطه قدرت روم به یونان رسیده بود. پس از جنگ پودنا روم بر یونان و مقدونیه چیره گشت و از قضا پولیبیوس با سردار فاتح پودنا، آمیلیوس پائولوس آشنا گشت و از همینجا طرح دوستی او با فرزندش ریخته شد. شهرت پولیبیوس به کتاب مفصل تواریخ است با بیش از چهل جلد

زوال قوانین اساسی^۱ می‌نامد و پیشنهاد او برای قطع این رویه، حکومت مختلط^۲ به مثابه ترکیبی از هر سه شکل ساده و سالم حکومت است که متضمن مداخله و نظارت و همکاری هر سه قدرت واقعی جامعه یعنی خاندان سلطنت، بزرگان و نجبا و اشراف، و توده مردم است. آیا پولیبیوس را می‌توان مبتکر این ایده دانست؟ یا این که پیش از او نیز اندیشه‌ورزانی بوده‌اند که به نحوی به این چرخه زوال اشاره و نیز برای برون‌رفت از آن راهکاری ارائه کرده‌اند. همچنین این پرسش مطرح می‌شود که آیا ایده پولیبیوس کامل و خلل‌ناپذیر است یا این که بر تئوری او نیز نقد و ایراد وارد است؟

به نظر می‌رسد پولیبیوس ایده خود را از مطالعه آثار فیلسوفان بزرگ یونان یعنی افلاطون و ارسطو گرفته است و نیز رژیم حقوقی حاکم بر جمهوری روم و البته جمهوری اسپارت که نمونه‌هایی عملی بوده‌اند او را به این نتیجه رسانیده‌اند که حکومت مختلط تنها راه برون‌رفت از چرخه زوال قوانین اساسی است. نوآوری این مقاله این است که علاوه بر بازشناسایی پولیبیوس و نظریه او به بررسی نقاط قوت و ضعف آن و همچنین نقد نظریه وی می‌پردازد و تلاش می‌کند تا قابلیت آن را برای روزگار معاصر مورد مطالعه قرار دهد. اگرچه مطالب فراوانی در مورد دیدگاه‌های حقوقی - سیاسی افلاطون و ارسطو در حقوق اساسی وجود دارد کمتر مطلبی در مورد پولیبیوس و نظریات او در این عرصه قابل مشاهده است. در واقع، به نظر می‌رسد استادان و پژوهشگران حقوق اساسی کمتر به مطالعه و بررسی مقطع طلایی جمهوری روم پرداخته‌اند و از این لحاظ مقاله حاضر پیشینه‌چندانی ندارد. در این مقاله، ابتدا چرخه زوال قوانین اساسی به روایت پولیبیوس معرفی خواهد شد و سپس ویژگی‌های این روایت تحلیل می‌شود. پس از آن، انتقادهای

که البته تنها ۵ جلد اول و قسمت‌هایی از سایر آنها از جمله کتاب ششم که بیشتر مورد نظر است باقی مانده است. قصد پولیبیوس از نگارش چنین اثر عظیمی ثبت و بازگویی شگفتی کارستان رومیان است و این به خاطر شیوه ویژه‌ای بود که ایشان برای اداره کشور خود داشتند یعنی حکومت مختلط.

1. Anacyclosis
2. Mixed Government

وارد بر آن بررسی خواهد شد، آنگاه به کارویژه‌های چرخه پولیبیوسی قدرت در دوران معاصر پرداخته و در آخر نتیجه‌گیری ارائه می‌شود.

۱. چرخه زوال قوانین اساسی به روایت پولیبیوس

پولیبیوس در جلد ششم از مجموعه تواریخ خود (Polybius, 2002: 349) توضیح می‌دهد که آگاهانه به خاطر این که قصد دارد به قانون اساسی روم بپردازد، سلسله‌گفتارهای خود را قطع می‌کند. در ادامه ضمن شرحی مفصل و البته ایده‌پردازانه و کمتر مبتنی بر مشاهدات یا مطالعات تاریخی، به ریشه‌یابی مفاهیمی همچون احترام، قدرشناسی، عدالت، حمایت از دیگران و تشکیل اجتماعات بشری بزرگ می‌پردازد و از این میانه، صورت نخستین پادشاهی که مبتنی بر ویژگی‌های بارز شخص شاه اعم از قدرت بدنی و ذهنی و فداکاری برای دیگران و رعایت منافع افراد تحت سرپرستی و ساده‌زیستی و شرح می‌دهد و می‌افزاید که نسل پس از شخص شاه بنیان‌گذار که قدرت را به ارث برده‌اند و الزاماً واجد صفات برتر پدر نیستند، به جای ادامه راه و روش او در عدالت و رعایت نفع مردم، به خودکامگی روی می‌آورند؛ در نتیجه، فرزندان و بهترینان انجمن، که نمی‌توانند بی‌حرمتی و ننگ ستم را تاب آورند، علم شورش برمی‌افرازند و بساط حکومت تک نفره برچیده می‌شود و دولت بهترین‌ها یا همان آریستوکراسی بر سر کار می‌آید که مبتنی است بر شرافت و شایستگی زمامداران و اساساً چون واکنشی در برابر خودکامگی بوده است به آن‌سو میل نمی‌کند، اما دوباره پس از گذشت یک نسل، ارزش‌ها مبدل می‌شود. جانشینان ایشان دیگر صاحب فضایل و برترین افراد جامعه خود نیستند بلکه در پی ثروت، قدرت و شهوترانی خود دست تجاوز به مال و ناموس مردمان می‌آیند؛ نام چنین رژیم‌ی الیگارشی است. در برابر، اکثریت مردمان نمی‌توانند چنین ستم‌کاری و درازدستی‌ای را تاب آورند و در نتیجه الیگارشی ساقط و حکومت اکثریت یعنی دموکراسی برقرار می‌شود که طبیعتاً مهم‌ترین اصل آن آزادی و احترام به برابری همگان است؛ اما باز گذر زمان، گوهر این رژیم را نیز فاسد می‌کند وقتی که

نسل بعدی بر سر کار می‌آید که چندان خاطره‌ای از دوران سیاه ظلم و تجاوزکاری الیگارش‌ها ندارد و در نتیجه ارزش آزادی و برابری را نمی‌داند. پس حاکمان جدید، جامعه را به هرج و مرج می‌کشانند و عملاً آن را مضمحل می‌کنند. حالا دیگر قاعده و قانونی نیست؛ پس آنان که حاکم می‌شوند اوباشی بیش نیستند که صرفاً می‌خواهند انگل‌گونه از قیل دیگران بخورند و برخوردار شوند؛ یعنی هر کس هر چقدر که بتواند از دیگران اخاذی خواهد کرد. گروهی از مردمان پس از مدتی جانشان به لب می‌رسد و تنها یک چیز را با تمام وجود آرزو می‌کنند، قدرت قهاری که نظم و انضباط را برقرار کند و بتواند جلوی تعدیات بی‌پایان اوباش را بگیرد و این یعنی بازگشت به سلطنت. پولیبیوس می‌گوید این چرخه یعنی حرکت از موناشرشی به تیرانی و سپس تحویل آن به آریستوکراسی و الیگارشی و سپس در مرحله بعد دموکراسی و حکومت اوباش و باز رسیدن به خانه نخست یعنی پادشاهی، بدون توقف در جوامع بشری در حال وقوع است. چراکه سه صورت سالم حکومت یعنی پادشاهی، آریستوکراسی و دموکراسی، که در صورت رعایت نفع همگان می‌توان آنها را جمهوری دانست، ذاتاً مستعد فساد و تنزل و تبدل به سه صورت فاسد حکومت یعنی استبداد، الیگارشی و اوباش‌سالاری هستند. درست همان‌طور که آهن زنگ می‌زند و کرم چوب را می‌خورد. زنگ زدن آهن و کرم‌خوردگی چوب همان‌قدر طبیعی است که سقوط پادشاهی به جباریت. در نتیجه، این چرخه شوم لایزال ادامه دارد (Polybius, 2002: 353-355).

ولی آیا هیچ راه برون‌رفت و امید نجاتی نیست؟ اینجاست که پولیبیوس از جایگاه بیشتر فلسفی به مقام تاریخ‌نگاری خود نزدیک می‌شود و با شرح شیوه مملکت‌داری روم و نیز اشاره به اسپارت، تنها راه بیرون آمدن از این گرداب هلاک را حکومت مختلط معرفی می‌کند (Klosko, 2020: 331)؛ البته ذکر این نکته ضروری است که پولیبیوس بر اخلاق حاکم بر جامعه اعم از اشراف و عوام مبنی بر دوری از تجمل و ساده‌زیستی به‌عنوان پایه سلامت و قدرت ایشان تأکید می‌کند (w.wallbank, 1964: 39-64).

پولیویوس اشکال مرسوم پیشین را ساده می‌نامد چراکه در الگوی پیشنهادی او حکومت ترکیبی است از هر سه شکل ساده پیشین. اساساً هدف از تألیف ششمین جلد از مجموعه مفصل تواریخ او شرح شیوه حکومت و رژیم حقوقی روم است و چرخه انقلاب‌های سیاسی یا چرخه قوانین اساسی یا قانونمندی طبیعی پیدایش نظم سیاسی و پیامدهای آن، به مثابه مقدماتی است که منجر به استدلال به نفع حکومت مختلط می‌شود. پولیویوس برای ارائه الگوی موفق خروج از این چرخه، دو نمونه برتر ارائه می‌کند: اسپارت و روم. (اگرچه از موارد دست دومی هم نام می‌برد. درواقع پولیویوس قوانین اساسی همسایگان روم را نیز بررسی کرده است و از آن میان کارتاژ را شبیه‌ترین به آن می‌داند و این نشانگر تداوم روش و سنت مقایسه‌ای است که ارسطو بنا نهاد. پس، پولیویوس با آگاهی از سایر قوانین، رژیم روم را بر آنها برمی‌گزیند (Martinez, 2024: 5)؛ علاوه بر این، به نظر می‌رسد او برای کسب اطلاع از چگونگی رخدادهای تاریخی به محل وقوع آنها نیز سفر کرده و افزون بر گفت‌وگو با افراد محلی، جغرافیا را نیز بررسی کرده است و با لحاظ این‌چنین عملکردی است که او با اتکا به منابع محلی و تلفیق آنها تاریخی جهانی در مورد جمهوری فراگیر و به عبارتی جهانی روم می‌نویسد (Leoni, 2021: 3-28). اسپارت قسمتی از یونان است اما به جای آن که مانند آتن و دیگر دولت‌شهرهای یونانی دستخوش انقلابات و فروپاشی‌های مداوم جوامع و حکومت‌ها باشد، برای مدت طولانی ثبات خود را با قدرت حفظ می‌کند و رمز این تداوم حکومت و ثبات، قانون اساسی است که منسوب به لیکورگوس است، پادشاهی که در هاله‌ای از اسطوره قرار گرفته است اما بنا بر نقل مشهور، آنچه او تحت عنوان قانون اساسی به مردمش ارائه کرد پیشتر مورد تأیید خدایان در معبد دلفی قرار گرفته بود. قانونی که سنگ بنای آن برابری و ساده‌زیستی مفرط و نفی ثروت‌اندوزی و طرد شیوه‌های معمول دادوستد با سیم و زر و استفاده از پول‌های آهنی و نوعی زیست اشتراکی و پادگانی است. این ویژگی‌ها به‌خصوص ثبات حکومت و برابری اقتصادی و زندگی دسته‌جمعی، بسیار مورد پسند و آرزوی بسیاری از

اندیشمندان جهان باستان مانند افلاطون (Pappas 2010, 1389:243)، گزنون (Xenophon, 2019:5) و پولیبیوس است. اگرچه ارسطو آن را چندان نمی‌پسندد. نمونه موفق دیگر جمهوری روم است، حکومتی مختلط که بیشتر از اسپارت، آزادی، حق انتخاب و فردیت در آن لحاظ شده است. در واقع در سال ۵۰۹ پیش از میلاد در روم اعلام جمهوری شد. به عبارت دقیق‌تر، مجلس سنا که در روم قدمت زیادی داشت، پادشاه را به درون شهر راه نداد و مردم نیز از این تصمیم حمایت کردند. پس از آن دو کنسول به انتخاب سنا و زیر نظر آن، وظایف شاه را برای مدت یک سال عهده‌دار شدند. به مرور مقامات بسیار دیگری نیز به وجود آمدند. رفته رفته عوام نیز صاحب قدرت بیشتری شدند و چون همین عوام بودند که ارتش پیاده روم را ساختند و روم به شدت متکی به ارتش بود؛ در نتیجه آن، مردم عادی این قدرت را یافتند که با اصرار و به مرور خواسته‌های خود را پیش ببرند. از جمله مهمترین امتیازات اعطایی به عوام، ایجاد مقام تربیون به مثابه نماینده مردم بود که قدرت وتوی مصوبات سنا را داشت. با این توصیف اجمالی متوجه می‌شویم که دو کنسول انتخابی سنا به مثابه ساختار پادشاهی، سنای تشکیل شده از سناتورهای اشرافی و موروثی در جایگاه آریستوکراسی و سایر قدرت‌هایی که مردم داشتند از جمله جایگاه تربیون‌ها نماد دموکراسی بود (Nardo, 2005:37) هرچند ساده‌زیستی و اتکای بسیار جدی و خدشه‌ناپذیر به ارتش و نیروهای مسلح، روم را تا حدود زیادی با اسپارت مشابه می‌سازد (Nardo, 2007:35)، اما مهم‌ترین وجه فارق این دو، فرایندی و تعاملی بودن قانون اساسی روم است. بدین معنی که تعادل و توازن که میان طبقات مختلف اجتماع در روم برقرار شد، امری دفعی و دستوری نبود بلکه محصول قرن‌ها کشمکش و زدوخورد میان اشراف و عوام بود (Malet, 2005:43).

۲. ویژگی‌های روایت پولیبیوس از چرخه زوال قوانین اساسی

۱. او خود در کتاب ششم تاریخش از افلاطون به عنوان پیشگام ایده چرخه زوال قانون اساسی یاد می‌کند و البته می‌افزاید که احتمالاً بیان افلاطون همه فهم نیست و تلاش من در ایضاح و بسط مطلب است (Polybius, 2002: 351). هرچند این را هم باید افزود که افلاطون این چرخه را یکسره رو به قهقرا می‌دید (Plato, 2021: 449)؛ چراکه او در جمهور خود با بیانی فلسفی از چرخه‌ای صحبت می‌کند که به علت از دست دادن عدالت رخ می‌دهد اما در خوانش پولیبیوسی ما شاهد اوج و فرود پیوسته میان اشکال ساده خوب و بد، در میانه یک چرخش کلی همیشگی میان پادشاهی و حکومت اوباش هستیم. ارسطو اما در سیاست ملاکی عینی‌تر دارد. حکومت خوب، حکومتی با دوام است که در جهت نفع همه افراد و گروه‌ها می‌کوشد نه فقط یک طبقه یا فرد خاص؛^۱ لذا به نظر می‌رسد چرخه مورد نظر ارسطو، بیشتر حاکی از تغییر است تا زوال. پس افلاطون و ارسطو پیشگامان پولیبیوس در ایده چرخه انقلاب سیاسی هستند، هرچند او مطلب را از آن خود کرده و از ابهام کاسته و بر وضوح و رسایی آن افزوده است.
۲. برای فساد اشکال ساده خوب حکومت، یک نسل باید بگذرد.
۳. این فساد امری طبیعی و از این رو اجتناب‌ناپذیر است.
۴. با ترکیب سه شکل ساده سالم حکومت می‌توان از چرخه زوال بیرون رفت یا دست‌کم آن را کند کرد.

۱. از مطالعه آثار ارسطو، پولیبیوس، سیسرو و حتی ماکیاولی می‌توان فهمید که وقتی از جمهوری (Republic) سخن می‌گوییم منظور شیوه حکومتی است که مستقل از تعداد حاکمان و نامی که بر آن می‌نهند، در عمل هدف خود را تأمین منافع مشترک همه افراد و طبقات بداند. اساساً ریپابلیک در لغت مترادف منافع مشترک است؛ به این معنا انتخابی بودن مناصب دولتی، حق رأی و دموکراتیک بودن به معنای امروزی کلمه، وجود مقام ریاست جمهوری و... ربطی به اصل مفهوم و کاربرد باستانی جمهوری ندارد هرچند امروزه ما آن را این‌گونه می‌فهمیم.

۵. قوانین بشری مبنایی آنچنان طبیعی دارند که می‌توان ریشه آن را به حفظ نسل رسانید که با حیوانات مشترک است. پس درواقع اصل اساسی همه قوانین بر سازنده رژیم‌های سیاسی، دفاع از هم‌نوعان و فداکاری برای آنهاست و کسب شرف و افتخار از این راه (Landa, 2012: 7).

۶. آغاز و پایان درهم تنیده‌اند. درواقع پولیبیوس در مقام فیلسوف تاریخ است و تحلیلی گذشته‌نگر و انتقادی دارد (Landa, 2015: 9).

۳. نگاهی انتقادی به نظریه پولیبیوس

پولیبیوس در مقام مورخ از ذکر شواهد تاریخی در مورد تبدیل ناگزیر اشکال خوب به بد، آن هم به همان ترتیب مورد نظرش خودداری می‌کند. به بیان دیگر، او بیشتر تئوری‌پردازی می‌کند تا تاریخ‌نگاری. به‌عنوان مثال، دلیلی ارائه نمی‌کند که چرا یک نسل باید بگذرد تا فساد رخ دهد؟ و چرا همیشه و در تمام موارد یک نسل؟ (Dastmalchi, 2013: 39) همچنین هیچ توضیح قانع‌کننده‌ای نمی‌دهد که چرا چرخه، مداوم باید با همان توالی همیشگی رخ دهد. چرا همیشه موناشرشی به تیراتی و سپس به آریستوکراسی و الیگارشی و بعد به دموکراسی و حکومت اوباش منتهی می‌شود؟ چگونه است که امکان تبدیل تیرانی به حکومت اوباش وجود ندارد؟ و مورد تأمل برانگیز و تعیین‌کننده دیگر آن که او بر طبیعی بودن این چرخه تأکید دارد (Hermans, 1991: 8)؛ علاوه بر این، او آن‌چنان این طبیعی بودن را مطرح می‌کند که گویی قانونی است تخلف‌ناپذیر که اراده بشری تأثیری در کم و کیف آن ندارد. درست مثل چرخش فصول؛ در نتیجه جایی برای شهروندان آگاه، مسئولیت‌پذیر و کنشگر باقی نمی‌ماند (Fontata, 2001: 15). آنگاه این پرسش به میان می‌آید که پس چگونه لیکورگوس یک‌تنه با قانون اساسی ابداعی‌اش این چرخه را شکست و شگفت‌انگیزتر آن که مردمان روم توانستند در طی سال‌ها جدل و جدال و فراز و نشیب به ترکیبی قانونی دست پیدا کنند که ثبات حکومت و آزادی و حقوق اساسی آنها را پاس دارد. آیا

این نشانگر آن نیست که جزمیت مدنظر پولیبیوس نادرست است و انسان‌های صاحب اراده و تجربه و دانش، توان تغییر رویه‌های عمومی و قدیمی را دارند؟ اگر بپذیریم که در یونان باستان تاریخ را نه خطی بلکه دوره‌ای و دورانی می‌دیده‌اند (Klosko, 2020:331)، آنگاه نگاه پولیبیوس حاکی از روح زمانه و نظریه غالب فرهنگی عصر خود است؛ البته به نظر می‌رسد خود چرخه زوال از ایده کلی‌تر چرخه زندگی و مرگ یعنی تولد، رشد، شکوفایی، توقف و درنهایت زوال و مرگ اتخاذ شده است که هم ریشه در مشاهدات طبیعی دارد و هم انتزاعی است از سیر صعود و نزول جوامع بشری که در اندیشه‌های سوفسطایان و رواقیون می‌توان نشانه‌هایی از آن یافت (W.wallbank, 1964: 258). همچنین این نکته را نیز باید افزود که افلاطون اگر از چرخه انقلاب‌ها و تنزل حکومت‌ها سخن می‌گوید به این دلیل است که می‌خواهد بر اهمیت عدالت تأکید کند و نشان دهد که از دست دادن آن چه آثار سوئی دارد و بر این اساس، شرحی که می‌دهد نه حکایت از امر واقع بلکه تمثیلی است برای انظار مخاطب، اما به نظر می‌رسد پولیبیوس این امر را حمل بر واقعیت کرده و سپس آن را مقدمه‌ای برای حصول به نتیجه یعنی برتری و به‌قاعده بودن و کارایی حکومت مختلط روم قرار داده است؛ البته در این که جمهوری روم حکومتی بادوام، شکوفا و متعادل در جهت نفع همگان بود تردیدی نیست اما همچنین به نظر می‌رسد احتمالاً پولیبیوس به دنبال این توضیح نیز بوده است که چگونه یونان و مقدونیه و اسپارت و کارتاژ و... با آن همه عظمت و شکوه و جلال و ثروت به دست رومیان فتح شد؟ اگر طبق تئوری او پیش برویم حکومت‌های ساده یونان و حکومت‌های از تعادل خارج‌شده کارتاژ و اسپارت (که دیگر در قید رعایت ترکیب و توازن طبقات مختلف اجتماع یعنی خاندان شاهی، اشراف و عامه مردم نیستند) به‌طور طبیعی رو به زوال بودند، مضاف بر این که روم حکومتی متعادل و قاعده‌مند داشت. پس شکست ایشان در برابر روم امری است طبیعی و تخلف‌ناپذیر. بر اساس این تحلیل، سنگینی شکست اتحادیه آخایی و سایر یونانیان برای پولیبیوس تحمل‌پذیر و عقلایی می‌شود.

اما با همه این تفصیل، ایده چرخه انقلاب سیاسی، برای آیندگان تبدیل به ایده‌ای کاملاً جا افتاده و توضیحی دقیق از تاریخ یا فلسفه تاریخ تلقی شده است و در نتیجه، محصول حکومت مختلط و لزوم و روایی آن نیز معقول و لازم‌الاجرا دانسته شد. به‌عنوان نمونه بارز سیسرو با قبول دیدگاه پولیبیوس می‌گوید وقتی تنها یک گونه خاص حکومت یعنی یک طبقه خاص بدون لحاظ منافع طبقات دیگر حاکم شود انحطاط رخ می‌دهد، اما وقتی حکومتی متکثر داریم به‌طور طبیعی تعادل و توازن و ثبات در پی می‌آید علت البته واضح است و آن چیزی نیست جز کنترل و مهار قدرت طبقات اجتماعی و سیاسی توسط یکدیگر (Cicero, 2020: 41)؛ البته سیسرو به قانون طبیعی و جهان‌شمولی آن و یکسانی نهاد بشر در سراسر جهان باورمند است (Enayat, 1998: 126) و همچنین منافع مشترک را خط قرمز و هدف عالی حکومت بیان می‌کند و با این دو ویژگی تا حدودی از پولیبیوس متمایز می‌شود؛ چراکه پولیبیوس علت تجاوز نکردن هر قدرت را از حدود خود ترس از سایر قوا می‌داند (Polybius, 2002: 361) اما سیسرو منافع جمهور را علت آن بیان می‌کند.

نمونه تأثیرپذیرفته دیگر ماکیاولی است که در تأثیرگذاری‌اش بر تاریخ اندیشه و عمل سیاسی تردیدی نیست. او نیز در ابتدای کتاب *گفتارها* بدون آن که از پولیبیوس نام ببرد شرح چگونگی تغییر و جابه‌جایی حکومت‌های ساده را بیان می‌کند تا در نهایت به ضرورت راه برون‌رفت برسد که همان حکومت مختلط است (Machiavelli, 2015: 44)؛ البته وجه فارغ تلقی ماکیاولی از پولیبیوس آشکار است. ماکیاولی برخلاف بسیاری تصریح می‌کند که تنازعات و درگیری‌های اجتماعی برآمده از تضاد منافع و دیدگاه‌ها نه تنها بد نیست بلکه برای رشد و شکوفایی و پیشرفت جامعه ضروری و مفید است (Machiavelli, 2015: 48). این بدان معناست که افراد را صاحب اراده مستقل و دارای تأثیر واقعی و عینی بدانیم و برای تاریخ آن جزمیت پولیبیوسی قائل نباشیم.

اساساً حکومت مختلط، مستقل از این که از مطالعه آثار پولیبیوس یا دیگران آموخته شده باشد یا تحت تأثیر جمهوری و سپس امپراتوری روم پذیرفته شده باشد، شیوه‌ای

است که از دنیای باستان تا دورهٔ رنسانس و عصر مدرن قابل ردگیری و مطالعه است (Held, 2007:49) به عبارت دیگر، آن کشورها یا ملت‌هایی که حکومتی متعادل و با دوام داشته‌اند معمولاً حکومتی مختلط دارند. گرچه نحوهٔ اختلاط قوا در هر کشور و عصر و دوره‌ای متفاوت است (L.sklar, 2003:3).

۴. کارویژه‌های چرخهٔ پولیبیوسی قدرت در دوران معاصر

مطالعهٔ یونان باستان همیشه مورد توجه، مفید و مسحورکننده بوده و هست. اما معمولاً همسایهٔ آنها (چه از لحاظ جغرافیایی، چه از زاویهٔ قرابت فکری و فلسفی و چه از بعد زمانی) روم باستان، مخصوصاً در مطالعات حقوقی کمتر مورد توجه قرار گرفته است. شاید علت، همان درخشش ستارگان فرهنگ و فلسفهٔ یونان باشد اما فراموشی جمهوری روم (و در ادامه امپراتوری روم که تا پیش از جنگ جهانی اول همچنان آثاری از آن در اروپا باقی است) ما را از فهم بهتر و جامع‌تر حقوق و سیاست دنیای قدیم، اروپا و بلکه جهان محروم می‌کند و در میانهٔ این تاریخ شکوفا و شگفت‌انگیز، پولیبیوس پل باشکوهی است که دو دنیای همسایه را با هم مرتبط کرده و راه آمیختگی آنها را گشوده است. او که مسحور کشورداری رو به توسعه و باسعهٔ رومیان است که در بازهٔ زمانی کوتاهی همهٔ قدرت‌ها و فرهنگ‌های باستانی و پرافتخار همجوار خود را به زیر بیرق خود آورده است، در پی فهم راز پیروزی ایشان متوجهٔ قانون اساسی و شیوهٔ حکمرانی متمایز آنها می‌شود (Durant, 2017:42). حکومتی منشوروار که از هر زاویه‌ای طوری می‌نماید: اگر به جانب قدرت کنسول‌ها توجه کنیم شاید ما را متقاعد کند که با حکومتی با دو پادشاه مواجه‌ایم. اگر به ضلع سنا نظر کنیم، آن را حکومتی اشرافی می‌یابیم. اما اگر تریبون‌ها و قدرت بزرگ رد و قبول عموم مردم را بنگریم، تردیدی در این به خود راه نمی‌دهیم که با دموکراسی روبه‌رو هستیم. بدین ترتیب، این قدرت‌های واقعی جامعه با هم در تعامل‌اند و به‌طور طبیعی جلوی تعدیات یکدیگر را سد می‌کنند و در نتیجهٔ آن، جامعه و سیاست به توازن، و حکومت به ثبات، و عموم

مردم به آرامش و حقوق خود می‌رسند. پولیبیوس سرّ توفیق روم را در قانون اساسی آن می‌یابد؛ چراکه آن را به‌مثابه شیوه کار و دستورالعملی می‌داند که بر اساس آن است که مردان سیاست، مشق می‌کنند و عموم مردم با اتکای به آن در پی تحقق حقوق خود هستند و چون همه باور دارند که این قانون اساسی، حقوق و آزادی‌های آنها را تضمین کرده و از زیاده‌خواهی‌های سایر طبقات پیشگیری می‌کند و در نتیجه نفع همگان، که همان نفع طبقات مختلف و نفع هر فرد هر طبقه است، تأمین می‌شود، با جان و دل برای میهن خود می‌کوشند و از بذل جان نیز دریغ ندارند بلکه آن را بالاترین افتخار و مایه سربلندی و آبروی خود می‌دانند (Polybius, 2002:384)؛ از این‌رو، به نظر می‌رسد از نظریه پولیبیوس نکاتی کاربردی بتوان استنتاج کرد، بدین ترتیب:

۱. ضرورت وجود قانون با منشأ و هدف حفظ نسل و منافع و رضایت همه طبقات و گروه‌ها به‌مثابه عدالت. بر این اساس، اگر تفسیر پولیبیوس را از نحوه شکل‌گیری جوامع بشری و نخستین نظامات حکومتی و چگونگی وضع قوانین و هدف حکومت‌ها بپذیریم؛ می‌توان تئوری اینهمانی رضایت همگانی برآمده از تأمین منافع فردی و گروهی را با عدالت ارائه داد؛ بر این اساس، جامعه‌ای مبتنی بر عدالت است که در آن افراد و طبقات طبیعی مختلف پس از اعمال قدرت‌های خود و پس از برقراری توازن میان قدرت‌ها و طبقات، از جایگاه اجتماعی خود و در نتیجه میزان بهره‌مندی و تأمین منافع خود رضایت دارند و نشانه ساده این روایت، همانا ثبات پایداری و تداوم حکومت است که اگرچه با تضادها و کشمکش‌های طبیعی و نیازمند اصلاح به پیش می‌رود، ساختار سیاسی را نسبت به حوادث بنیان‌کنی ایمن می‌کند که نام انقلاب بر آن می‌نهیم. پس با پذیرش و لحاظ این تئوری صاحب نظریه‌ای کاربردی و ملموس از عدالتیم که به بسیاری از مناقشات فلسفی سیاسی پایان می‌دهد.

۲. ضرورت وجود قانون اساسی و این که باید با در نظر گرفتن هدف تأمین منافع فردی و طبقاتی و با روش تعادل و توازن قوا به مثابه دستورالعمل قدرت‌های واقعی جامعه به گونه‌ای به آن عمل شود که در نهایت رضایت همه تأمین گردد.

۳. اگر هر طبقه‌ای از قانون اساسی راضی نباشد بدان معناست که آن را متضمن حقوق خود نمی‌یابد یا قدرت خود را فراتر از چیزی می‌داند که در قانون لحاظ شده است که نتیجه چنین برداشتی طبیعتاً برهم خوردن تعادل، نظم و آزادی جمعی و فردی خواهد بود.

۴. در جامعه‌ای که می‌خواهد رو به توسعه و سعادت باشد راهی جز کسب رضایت همه قدرت‌های اجتماعی نیست.

۵. همچنین در این میانه نکته مهم همان محدود شدن و کنترل شدن قدرت با قدرت دیگر است که اگرچه پولیبیوس بر آن نام مشخصی نمی‌گذارد تا از این طریق برجسته شود، امروزه ما آن را تحت عنوان نظارت و تعادل^۱ بسیار مهم می‌شماریم. بدین معنا که چنانکه پیشتر توضیح دادیم اساساً آنچه جمهوری روم را حکومتی مختلط می‌کرد همان وجه نظارت و تعادل آن یا به عبارت دیگر، موازنه قدرت‌های عینی و طبقاتی اجتماعی است که یکدیگر را مهار می‌کنند و با یکدیگر در تعامل و تعادل‌اند. در حکومت مختلط اگرچه عملاً سه قوه قانون‌گذاری، اجرا و قضا وجود دارد و قواعدی نیز برای واگذاری آنها به افراد پیش‌بینی شده است که می‌تواند به تعبیری معادل قانون یا عرف لحاظ شود، در عین حال، ما هنوز در مرحله پیش از ارائه نظریه تفکیک قوا هستیم و هرچه هست تأکید بر پخش‌شدگی قدرت سیاسی میان نمایندگان قدرت‌های طبقاتی است. نه پولیبیوس و نه حتی ارسطو بر کل این فرایند و مفهوم، نامی ننهادند اما امروزه آن را نظارت و تعادل و مهار قدرت با قدرت می‌نامیم و نمونه‌های امروزی آن را می‌توان در ساختار

حقوقی سیاسی فدرال امریکا یافت و مباحث نظری مربوط به آن را در مقالات فدرالیست پدران بنیان‌گذار آن مطرح شده است.

شگفت‌انگیز این که در اینجا به فردی می‌رسیم که نقطه عطف و پیوند جهان قدیم و جدید است. کسی که برای پدران بنیان‌گذار به‌عنوان پیشگو و سروش عالم غیب است و کتابش چونان انجیل سیاسی. کسی که مفهوم توازن قوا را در مرکز نظریه خود قرار داد. او یعنی منتسکیو نمونه بارز کسانی است که با مطالعه و الگو قرار دادن جهان باستان و به‌طور خاص جمهوری روم دیدگاهی روزآمد ارائه کرد و همه دنیای حقوق و سیاست پس از خود را متأثر ساخت. او در کتاب خود روح *القوانین* به‌طور مفصل درباره روم باستان سخن گفته است. درواقع منتسکیو دو الگو دارد: یکی روم و دیگری انگلستان، که در هر دو، صورتی از حکومت مختلط حکمفرماست. به همین دلیل و با دقت بیشتر در فصول مختلف روح *القوانین* و بازخوانی تئوری او مبنی بر شناسایی قوای سه‌گانه و تعیین حدود برای هر یک متوجه می‌شویم که او بیش از آن که به تفکیک قوا نظر داشته باشد متمایل به تعادل و توازن قواست و به این اعتبار او در مقام میانجی متفکران دنیای باستان همچون پولیبیوس و جهان جدید عصر خود و به نوعی در حال دستکاری و به‌روز رسانی ایده حکومت مختلط است. او مطابق الگوی قدیم هیچ‌گاه لزوم رعایت حقوق موروثی اشراف و ضرورت وجود این طبقه را رد نمی‌کند و آنها را برای تعادل قوا و رعایت حقوق عامه ضروری می‌داند (Montesquieu, 1970: 103-105). پس با این تعبیر او تئوری حکومت مختلط را از طریق تأکید بر تشکیل سه قوه مجزا بر اساس قانون و نظام بخشیدن به آنها و جلوگیری از تداخلات و پیچیدگی‌های مرسوم حکومت مختلط قدیم، به‌روز و تکمیل کرده است. در عین حالی که همچنان بر لزوم حفظ قدرت‌های طبقاتی به‌عنوان مهارهای عینی قدرت یکدیگر تأکید می‌کند و راز برهم خوردن ثبات و ناکامی جمهوری روم را نیز در برهم خوردن همین تعادل می‌داند (Montesquieu, 1970: 307)؛ البته نکته تمایز دیگر میان منتسکیو

به عنوان نماینده جهان نو و پولیبیوس در مقام متفکر جهان باستان، آن است که اولی بر آزادی سیاسی و اهمیت آن تأکید دارد و این که رژیم حقوقی باید آن را تضمین کند، و دومی بر ثبات و دوام حکومت به مثابه نشانه برون رفت از چرخه زوال تأکید می کند، اما آنچه هر دو را به هم پیوند می دهد، انگشت نهادن بر ضرورت نظارت و تعادلی است که به نظر هر دو از طریق حکومت مختلط تأمین می شود؛ یعنی کنترل قدرت با قدرت. به همین خاطر است که منتسکیو بر مقننه دو رکنی با سنای موروثی و حق مطلق شاه بر قوه مجریه و امتیاز ویژه برای اشراف در موقع محاکمه و مانند این ها تأکید می کند (Montesquieu, 1970:305-306).

پولیبیوس حکومت مختلط را راه برون رفت از چرخه زوال پایان ناپذیر حکومت ها می داند و با این استدلال چنانکه مفصلاً توضیح داده شد، قانون اساسی روم و اسپارت را می ستاید و توصیه می کند و رمز موفقیت آنها را ترکیب متعادل سه قدرت شاهی، اشراف و عام می داند. در نقطه مقابل قوانین اساسی کارتاژ، کِرت و... چون از مرز تعادل گذشتند و توازن قدرت ها به دلیل زیاده خواهی یک گروه و همراهی، سکوت، مماشات، رضایت، توجیه، تأیید و تکرار دیگران برهم خورد، حکومت فاسد و ساقط شد، اما به نظر می رسد این تمام ماجرا نیست. پولیبیوس آن قدر زیاد نیست تا شکست قانون اساسی مختلط روم را نظاره کند اما این اتفاق افتاد. پس آیا حکومت مختلط نیز خود به همان عارضه حکومت های ساده دچار می شود و در نتیجه درون چرخه زوال است؟ به نظر می رسد که چنین است، اما ایراد کار، مطابق برداشت ما نه در حکومت مختلط و ناکافی بودن یا نادرست بودن آن بلکه در تشخیص نادرست مرکز ثقل جامعه، حکومت، هر نوع قانون و فراتر از همه قانون اساسی است. پولیبیوس که خود در جایی دیگر از جلد ششم تاریخش، ملاک و معیار خوبی و بدی مردم و جامعه را در قانون و آداب و رسوم می داند و با دقت و به درستی میان قانون و آداب و رسوم فرق می گذارد (Polybius, 2002:379) - آن چنان که ارسطو نیز در سیاست با بینشی مثال زدنی، عرف را برتر از قانون

نوشته و شخص حاکم می‌داند (Aristotles, 2021: 195)، - اگرچه با این تشخیص و تفکیک، قدری به مرکز ثقل نزدیک شده است نیروی گریز از مرکز باور او به طبیعی و تخلف‌ناپذیر پنداشتن چرخه (که نشانگر قدرت سنت ایده‌آل‌گرایی یونانی است که میان صورت و مثال فاصله‌ای پرشدنی قائل است و زمان، حرکت و تغییر را موجب دوری از ایده‌آل می‌داند (w.wallbank, 1964: 261) و تأکید بیش از حد بر حکومت مختلط به‌عنوان معجونی که علاج درد زوال است)، باعث شده است تا بیشتر به فرم‌ها و ساختارها متوجه باشد و در نتیجه از قدرت عاملیت، اختیار و کنشگری بر سازندگان جامعه یعنی شهروندان غفلت کند.

۶. درواقع ما با ابطال ایده پولیبیوس مبنی بر اهمیت بنیادین قانون اساسی به‌عنوان مجموعه‌ای که اگر خوب نوشته شده باشد جامعه به‌خوبی پیش می‌رود و اگر ناقص باشد حکومت وارد چرخه زوال و سرایشی فروپاشی می‌شود؛ مرکز ثقل را تغییر می‌دهیم؛ یعنی نظارت همگانی و پیوسته و فراگیر شهروندان را تنها ضامن بقای سلامت جامعه سیاسی و حقوق اساسی می‌دانیم. در نتیجه، شهروندان، صاحب حق اظهار نظر و مشارکت در سرنوشت سیاسی جامعه خود هستند و حذف آنها به فاجعه منجر می‌شود.

جالب اینجاست که نمونه اسپارت پیش روی پولیبیوس بوده است، اما از آن غفلت کرده است؛ چراکه اگر آن را واقعاً حکومت مختلط و جمهوری بدانیم نه مانند ارسطو که چنین نظری ندارد و اسپارت را حاوی خودکامگی الیگارشی‌ها می‌داند (Aristotles, 2021: 81)، زوال و فروپاشی آن نتیجه نمایشی شدن نظارت و حق انتخاب مردم و تسلط و سیطره کامل اشراف بر جامعه و بسیج همه توان کشور در جهت مطامع آنها و البته به اسم منافع همگان بود (Berger et al, 1379: 117). اسپارت برای حفظ برتری خود نسبت به آتن به همکاری و اخذ کمک مالی و نظامی از پارس و جنگ با بقیه یونان تن در داد (Polybius, 2002: 381) و در درون خود نیز دو طبقه پریلیک‌ها و ایلوت‌ها را فاقد حقوق می‌دانست (Berger et al,

11:2000) و با شهروندان خود نیز صرفاً مثل سپر و سرنیزه رفتار می‌کرد. شهروندان عملاً به چیزی گرفته نمی‌شدند تا این که بخواهند واقعاً صاحب حق انتخاب و نظارت باشند. برابری تحمیلی اقتصادی نیز نمی‌توانست تا ابد ادامه یابد به‌خصوص اگر جامعه و مردم آن قرار بود با انسان‌ها و جوامع دیگر روابط عادی و سالمی برقرار کنند. تهی کردن جامعه از فردیت و حقوق بنیادین آن از جمله، بنیادین‌ترین حقی که برساننده فردیت و استقلال و اتکای او به خود است یعنی مالکیت، که در غیاب آن انسان، شیء یا در بهترین حالت برده است، چون خلاف ساختار احساس و عقل و غریزه انسانی است، خیلی زود مورد اعتراض انسان‌های سالم و طبیعی قرار خواهد گرفت.

همچنین فروپاشی جمهوری روم نیز نتیجه برهم خوردن تعادل قوا (Lucas, 2003: 304-305) و سیطره فرماندهان صاحب نفوذ و ثروت بی‌حساب در میان توده لشکریان به‌مثابه توده مردم و نیز سناتورها به‌عنوان اعیان و اشراف، و بازیچه ساختن جمهوری و مقام‌های حکومتی از جمله کنسول و دیکتاتور بود (Nardo, 2005: 23-24). در چنین وضعیتی مردم و نمایندگان آنها و حتی سناتورهایی که می‌خواستند آزادی و شرافت خود را حفظ کنند به‌راحتی حذف می‌شدند. پس طبیعی بود که جمهوری سقوط کند؛ وقتی جز اسمی بی‌مسمای از آن باقی نمانده بود (Karofkin, 2000: 26) و این خود نکته‌ای است درخور تأمل و توجه که آنچه در حقوق مورد تأکید است اگر قانون نامیده می‌شود نه صرف سیاهی‌هایی بر سپیدی، که کار ویژه‌ها، اهداف و نتایج حاصله است. آنچه حاکمیت قانون^۱ خوانده می‌شود، حاکمیت اصول و قواعدی است برآمده از خواست همگان و تحت نظارت همگان. نظارتی بی‌وقفه و جامع. حاکمیت قانون بدون این ویژگی‌ها حاکمیت به وسیله قانون^۲ خواهد بود و درست در نقطه مقابل آن. با این توضیح، قانون اساسی البته جایگاهی رفیع دارد به شرط آن که با فرض کامل بودنش،

1. Rule of Law

2. Rule by Law

دست از نظارت نکشیم و بپذیریم که شهروندان که قانون تجلی خواست آنان است، این جایگاه را دارند که آن را مورد تجدید نظر قرار دهند تا از این طریق، قانون با عرف و خواست به روز شهروندان هماهنگ شود.

اما پرسش بنیادین این است که با فرض بر هم خوردن تعادل قدرت‌ها و تمرکز آن در ید واحد و در نتیجه بروز فساد و سپس گسترش آن در ساختار سیاسی و به تبع آن کل جامعه، آیا شهروندان از این فساد برکنار خواهند بود؟ پاسخ آن است که معمولاً سیاستمداران به دلیل شرکت در دولت و نزدیکی به مراکز اعمال فشار و محدودیت و منابع مالی بیشتر در محدوده خطر فسادند تا عموم مردم که از این مراکز فاصله دارند. علاوه بر این گستردگی و تنوع جوامع امروزی و توزیع و ایجاد آگاهی در آن از طریق ارتباط و تعامل آن با جوامع دیگر که امروزه بسیار آسان است باعث می‌شود که در مقام مقایسه ساختار سیاسی همچون برکه‌ای و جامعه شهروندان همچون دریایی متصل به اقیانوس و دریاها و رودهای دیگر باشند؛ در نتیجه، برکه برای جلوگیری از خشکی یا گندیدگی چاره‌ای جز حفظ اتصال و تعامل مستمر با دریای مردم ندارد. بر این اساس، بنا به فرض اگر سازکار نمایندگی انتخابات تفکیک قوا تعادل و توازن حکومت مختلط و امثال آن ناکارآمد یا دچار فساد و فرسودگی شد آیا معقول آن است که باز با توسل به همان ساختار و قوانین و عاملان درصدد اصلاح برآیم یا این که راه برون رفت از مشکل رجوع بی قید و شرط به مردم در مقام موضوع و هدف و پدیدآوران و پذیرندگان قانون و ساختار سیاسی است؛ بنابراین ترتیب دادن و پیش‌بینی کردن قواعد و مقررات خاص و کاملاً کانالیزه شده برای رجوع مستقیم به نظریات مردم و حتی تعیین شیوه‌ها و ملاک‌هایی برای تصویب آن نظریات یا کنترل نتایج آن و انطباق آنها با اصولی غیر از نظریات مستقیم مردم نقض غرض و بی‌معنی کردن نظرخواهی مستقیم از مردم به‌عنوان صاحبان اصیل حق است که خود فسادانگیز و تباهی‌آور است.

این نکات درباره نقصان‌ها و ابطال تئوری پولیبیوس به‌راحتی قابل فهم و استنتاج و برای امروز کاملاً کاربردی و ضروری است.

فرجام سخن

ایده پولیبیوس به عنوان فردی از طبقه اشراف جامعه آخایی‌ها و سپس عضوی از طبقه اشراف جمهوری روم، مبنی بر چرخه لایزال زوال قوانین اساسی ساده، که در آن صرفاً یک طبقه یا قدرت اجتماعی حاکمیت دارد و راه برون رفت از آن یعنی حکومتی مرکب از هر سه طبقه جامعه یعنی خاندان و قدرت شاهی، اشراف و توده مردم که در آن این سه قدرت یکدیگر را محدود می‌کنند؛ در نتیجه تعادل و ثبات در جامعه برقرار می‌شود، در آثار پیشینیان همچون افلاطون و ارسطو قابل ردیابی و شناسایی است و به نظر می‌رسد پولیبیوس نیز آنها را مطالعه کرده چنانکه در جلد ششم تاریخش به صراحت از افلاطون و دیدگاه متقدم او نام می‌برد. اما آنچه هست، او این ایده را با توضیحات مقدماتی و تکمیلی خود و نیز بیان شیوا و همه فهم از آن خود کرده؛ چنانکه متفکران پس از او این نظریه را به مثابه توضیحی کافی و کامل از تاریخ اندیشه‌های سیاسی و روش فهم آن پذیرفته‌اند. از جمله این افراد سیسرو و ماکیاولی هستند. هر دو ایتالیایی که اولی چند سالی پس از مرگ پولیبیوس پا به این جهان نهاد و دومی در آغاز رنسانس همچنان از محصول اندیشه او استفاده می‌کند. این دو متفکر سیاست و حقوق نیز پیشنهاد او یعنی حکومت مختلط را به عنوان تنها حکومتی می‌پذیرند که ضامن ثبات و تعادل و توازن قدرت‌هاست. اگرچه سیسرو با آموزه قانون طبیعی و اهمیت نفع همگانی، و ماکیاولی با تأکید بر عاملیت فردی و مفید بودن و لزوم کشمکش‌های میان طبقات و افراد بر اساس تضاد منافع تا وقتی که در جهت منافع مشترک است، ایده اولیه را تکمیل می‌کنند.

پولیبیوس چرخه انقلاب‌های سیاسی را امری طبیعی می‌داند و تأکید او بر طبیعی بودن فساد ذاتی اشکال ساده حکومت منجر به سلب عاملیت شهروندان یا در حاشیه رفتن آنها می‌شود (اگرچه خود او به سنا توصیه می‌کند به توده‌ها فشار وارد نیابد چراکه ایشان طبیعی دریاگونه دارند، اگر آرامش طبیعی آنها به هم بخورد ممکن است آن چنان توفانی برپا شود که آثار فاجعه‌بار آن قابل پیش‌بینی و جبران نباشد (Podes, 1991:7).

پولیبیوس در مقام مورخ برای نظریه‌ای که آن را مستند به مشاهدات تاریخی خود می‌داند، شاهد مثالی ذکر نمی‌کند و دلیلی نمی‌آورد که چرا حتماً باید یک نسل بگذرد تا حکومت‌ها فاسد شوند و چرا حتماً باید طبق الگوی او این فرآیند فراز و فرود طی شود و آیا فی‌المثل ممکن نیست پس از زوال مונارشی به تیرانی، الیگارش حاکم شود؟ هرچند اگر بپذیریم که در یونان باستان تلقی دوری بودن تاریخ رایج بوده است آنگاه برداشت چرخشی او از زوال قوانین اساسی قابل فهم‌تر می‌شود.

امروزه در زمانه‌ای که بیش از دو هزار سال از دنیای پولیبیوس فاصله گرفته است همچنان می‌توان نکاتی کاربردی در حیطه حقوق اساسی از آن آموخت. با تأیید این سخنان او: ضرورت تعادل و توازن قوای جامعه و محدودیت قدرت با قدرت و اهمیت قانون اساسی به عنوان دستور کار و شیوه‌نامه اداره کشور و با هدف حفظ منافع مشترک و رضایت همگان برای عدالت و تحقق جمهوری؛ و با رد و ابطال بخشی از تئوری او: یعنی معرفی حکومت مختلط و قانون اساسی مبتنی بر آن به عنوان تنها راه خروج از چرخه و حکومتی که انتظار می‌رود همچنان با ثبات باقی بماند، به ضرورت نظارت همه‌جانبه و فراگیر شهروندان به عنوان اصلی‌ترین ضامن حفظ سلامت و تعادل نظام حقوقی پی برد.

درواقع این چنین به نظر می‌رسد که اگر پولیبیوس بر عاملیت شهروندان و ضرورت نظارت آنان تأکید می‌کرد و این عنصر را نیز به تئوری خود می‌افزود دیگر چندان جای ایرادی نداشت. هرچند می‌دانیم که در عصر او هنوز فردیت افراد و حقوق و لوازم مترتب بر آن، آن‌چنانکه ما امروزه می‌فهمیم و پذیرفته‌ایم مطرح نیست. اگرچه اندکی بعدتر تحت تأثیر فلسفه رواقی، ایده قانون طبیعی و حقوق طبیعی بر یکسانی انسان‌ها و حقوق ذاتی الهی یا طبیعی آنها تأکید می‌کند اما حتی این آموزه نیز با درک مدرن ما از مقوله حقوق فردی فاصله دارد. درواقع حقوق مدرن، فرد محور و مبتنی بر قانون اساسی به مثابه قرارداد اجتماعی و معطوف به حل مسائل این جهانی است و قانون را برآمده از خواست عموم مردم بدون لحاظ هرگونه تمایزی می‌داند (Basri, 2018: 161).

162). و از این لحاظ شکافی عمیق میان تلقی باستانی پولیبوس از قانون و برداشت مدرن ما وجود دارد، اما اگر پارلمان‌های امروزی را تجلی قدرت و اعمال نفوذ طبقه عامه (مجلس عوام انگلستان را در برابر مجلس لردها به یاد آوریم) و سازکار توزیع قدرت را در جوامع همان تقابل و تعامل افراد و گروه‌های قدرتمند یعنی دارندگان ثروت، دانشمندان علوم تخصصی، صاحبان صنایع، زمین‌داران بزرگ، تکنوکرات‌ها، تکنیسین‌ها و سیاستمداران حرفه‌ای و اهالی رسانه و... ببینیم، جوامع مدرن تفاوت بنیادینی با نمونه‌های باستانی ندارند مگر در این نکته که امروز ما صاحب اسنادی بین‌المللی و رسمی و مورد تأیید همگان هستیم به نام اعلامیه‌های جهانی حقوق بشر که بر انواع و اقسام حقوق فردی و جمعی انسان‌ها صرف‌نظر از هر نوع فرق و امتیازی تأکید دارد و به‌طور مشخص منشأ حق را فرد بشر می‌داند و مالکیت او را بر خویش و دستاوردهای خود به رسمیت می‌شناسد.

اما همچنان به نظر می‌رسد که مطالعه تاریخ حقوق به‌ویژه بخش‌های کمتر خوانده شده می‌تواند فهم ما را از سیر تحول مفاهیم حقوق اساسی کامل‌تر کند و با ارائه شواهد تاریخی از حکومت‌های با ثبات^۱ و رو به توسعه‌ای مانند جمهوری روم و اصولی که بر آن مبتنی بود، به ما یادآوری نماید که دستاوردها و پیشرفت‌های حقوق ما در نسبت با پیشینیان، چندان انقلابی و رادیکال به چشم نمی‌آید و هنوز چیزهای زیادی می‌توان از آنها آموخت.

۱. ثبات حکومت برای متفکران دنیای باستان ارزش بالایی دارد.

(Elias Neibart (2020), Our mixed regime: An institution that blends stability with liberty / Degree of bachelor of arts with honors / Judd Owen / Emory university

و این علاوه بر آنکه به ما می‌فهماند که حکومت‌های آن زمان نوعاً دیری نمی‌پاییده‌اند، متضمن این مفهوم مهم نیز هست که آحاد مردم و طبقات مختلف از حکومت و قانون اساسی آن راضی بودند. پس ثبات به این تعبیر، نه به معنای ایستایی و رکود، بلکه حاوی عنصر تعامل، توازن و رضایت همگانی یا همان منافع مشترک (جمهوری) است. اگر این برداشت را بپذیریم آنگاه صفت ثبات به‌درستی مورد توجه همه متفکران باستان بوده است.

References

- Aristotle (2021). *Politics*, translated by Hamid Enayat, Tehran: Elmifarhangi [In Persian]
- Basri, Babak (2018). *Comparative constitutional law*, Tehran: Islamic Azad University [In Persian]
- Berger, A. et al (2000). *History of the ancient world, second volume, Greece*, translated by Sadegh Ansari and others, Tehran: Andisheh [In Persian]
- Cicero (2020). *How to run a country*, translated by Shahaboddin Abbasi, Tehran: Parseh [In Persian]
- Dastmalchi, P. (2013). *Democracy, a selection from Information Magazine, No. 284*, Tehran: Tavana Institute [In Persian]
- Durant, W. (2017). *The Story of Civilization, Volume Three*, translated by Hamid Enayat and others, Tehran: Elmifarhangi [In Persian]
- Enayat, Hamid (1998). *Foundation of Political Philosophy in the West*, Tehran, Zemestan [In Persian]
- Fontata, B. (2001). *The Invention of the Modern Republic*, translated by Mohammad Ali Mousavi Faridni, Tehran: Shiraz [In Persian]
- Held, D. (2007). *The Development of the Modern State*, translated by Abbas Mokhbar, Tehran: Agah [In Persian]
- Hermans. M. A. (1991). *Polybius' history of the Anacyclosis of Constitutions*, University of Cape Town.
- Karofkin, F. (2000). *History of Ancient Rome*, translated by Gholamhossein Mateen, Tehran: Mehvar [In Persian]
- Klosko, G. (2020). *History of Political Theory, Classical Period*, translated by Khashayar Dehimi, Tehran: Ney [In Persian]
- Landa. J.A.G (2023). Evolucion, Anaciclocis y dialectica social de la Historia,(last seen :1402/5/12) in :https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4215930
- Landa. J.A.G (2023). Logica de la narratividad segun polibio,(last seen: 1402/5/12) in :https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2695867
- Leoni. A.M.M. (2021). *Local knowledge and authority in Polybius' histories*, Universidad Nacional de Córdoba.
- Lieberman, D. (1999). *The Mixed Constitutions and the Common Law*, University of California, Berkeley
- Lucas, H. (2003). *A Short History of Civilization Vol 1*, translated by Abdul Hossein Azarang, Tehran: Sokhan [In Persian]
- Machiavelli, Niccolo (2015). *Discorsi*, translated by Mohammad Hasan Lotfi, Tehran: Khwarazmi [In Persian]
- Malet, Albert (2005). *World History, second volume*, translated by Gholamhossein Zirakzadeh, Tehran: Samir [In Persian]

- Martinez. J. G. (2008). *Polybius and the Rise of Rome to Hegemonic Power*, (last seen: 1402/7/24), in http://www.academia.edu/30032460/Polybius_and_The_Rise_of_Rome_to_Hegemonic_Power
- Matic',I. (2016). *The concept of mixed Government in classical and early modern republicanism*
- Montesquieu (1970). *The Spirit of Law*, translated by Ali Akbar Mohtadi, Tehran: Amir Kabir.
- Nardo, D. (2007). *The Decline and Fall of the Roman Empire*, translated by Sohail Sommi, Tehran: Qoqnoos [In Persian]
- Nardo, D. (2005). *The Decline and Collapse of the Roman Empire*, translated by Manouchehr Mesech, Tehran: Qoqnoos [In Persian]
- Neibart, E. (2020). *Our Mixed Regime*, An Institution that blends stability with liberty, Emory University
- Pappas, N. (2010). *Routledge Philosophy Guidebook to Plato and the Republic*, translated by Behzad Sabzi, Tehran: Hekmat [In Persian]
- Perfitt, A. (2008). *The Roman Republic in Polybius' histories and Cicero's Republic and Laws*, Academia.edu
- Plato (2021). *Republic*, translated by Fouad Rouhani, Tehran: Elmifarhangi [In Persian]
- Podes. S. (1991). *Polybius and his theory of anacyclosis: problems of ancient political theory*, University of Tübingen
- Polybius (2002). *The Histories, Book Six*, translated by Evelyn s.shuckburg, Cambridge, Ontario
- Sklar, R.L (2005). *The premise of mixed Government in African political studies*, University of California, Los Angeles.
- w. wallbank (1964). *Polybius and the Roman state*, Cambridge,mass,etc.Vol 5,lss4
- Xenophon (2019). *Laws of Sparta*, translated by Morteza Amirmojahedi, Tehran: Ekhu Cultural Group [In Persian]



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.49877.5138>



Research Article

An Analytical Overview of the Arbitration Rules of the Arbitration Centre of Iran Chamber (ACIC) and the Dubai International Arbitration Centre (DIAC) 2022

Seyed Mustafa Meshkat*

Department of International Trade Law & Intellectual Property and Cyberspace Law
Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran

Article history:

Received: 04-04-2024

Accepted: 26-07-2024

Abstract

Introduction

The ever-growing complexity of international commerce necessitates efficient and reliable mechanisms for resolving disputes. Institutional commercial arbitration has emerged as a preferred alternative to traditional litigation, offering several advantages. These include the flexibility to choose expert arbitrators with specialized knowledge in the relevant field, the ability to conduct proceedings in a neutral forum, and the potential for faster and more cost-effective resolution compared to court systems. This paper focuses on two prominent arbitration centers in the Middle East: the Arbitration Centre of Iran Chamber (ACIC) and the Dubai International Arbitration Centre (DIAC). Both institutions recently undertook significant revisions to their arbitration rules, aiming to enhance their effectiveness in handling contemporary commercial disputes.

Please cite this article as:

Meshkat, S.M (2025). An Analytical Overview of the Arbitration Rules of the Arbitration Centre of Iran Chamber (ACIC) and the Dubai International Arbitration Centre (DIAC) 2022. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 141-180. <https://doi: 10.22099/JLS.2024.49877.5138>.

* Corresponding author:

E-mail address: S_Meshkat@sbu.ac.ir

Methods

This study adopts a descriptive-analytical approach. It first examines the status of arbitration at both the federal and emirate levels within the United Arab Emirates. Building upon this foundational understanding, the study proceeds to analyze the key principles and drafting mechanisms reflected in the Arbitration Rules of the Arbitration Centre of Iran Chamber (ACIC) and the 2022 Rules of the Dubai International Arbitration Centre (DIAC). Ultimately, the research seeks to identify the essential components of a well-structured and dynamic legal framework for commercial arbitration.

Results and Discussion

This research investigates which of these arbitration centers has demonstrably better adapted its capabilities to meet the evolving demands of international commerce.

A comparative analysis of the recent rule revisions by the ACIC and DIAC reveals a shared focus on embracing technological advancements and streamlining emergency arbitration procedures. Both institutions have incorporated provisions that facilitate the use of video conferencing and electronic document exchange, reflecting the growing importance of technology in facilitating efficient and cost-effective dispute resolution. Additionally, both centers have introduced expedited procedures for handling emergency arbitration requests, catering to situations where swift action is crucial to protect a party's interests.

However, a closer examination of the revisions reveals that DIAC has implemented a wider range of measures that significantly strengthen its position as a leading international arbitration center. These measures go beyond technological integration and address some key concerns for parties considering arbitration:

- **Enhanced Transparency and Conflict of Interest Management:** DIAC's revised rules establish clearer and more rigorous procedures for disclosing potential conflicts of interest on the part of arbitrators. This fosters greater trust in the impartiality of the arbitral tribunal and upholds the integrity of the arbitration process. Additionally, the rules provide a more transparent framework for challenging arbitrator appointments, ensuring a fair and balanced composition of the tribunal.
- **Explicit Disqualification of Arbitrators:** This approach allows arbitrators to conduct the arbitration process without fear of liability or consequences. Moreover, this exemption from liability further encourages stakeholders to engage in commercial arbitration activities. It also protects arbitrators from frivolous claims and helps safeguard the

arbitration environment from the disclosure of confidential information—an issue of particular importance in commercial affairs.

- **Confidentiality Preservation:** Recognizing the importance of protecting sensitive commercial information, DIAC's amendments offer stronger safeguards for confidentiality throughout the arbitration process. This is particularly important for parties engaged in disputes involving trade secrets or other commercially sensitive information.
- **Selecting the Dubai International Financial Center (DIFC) as the Default Arbitration Seat:** This strategic move by DIAC positions it within a well-established and respected financial hub. The DIFC boasts a sophisticated legal framework specifically designed for international commercial transactions. By designating the DIFC as the default arbitration seat, DIAC offers parties the advantage of a familiar and well-regarded legal environment for resolving disputes.

Conclusion

This paper has examined the recent rule revisions undertaken by the ACIC and DIAC. While both institutions have embraced technological advancements and expedited procedures, DIAC has demonstrably established a more robust and internationally attractive framework for commercial arbitration. This is primarily due to its focus on transparency, conflict of interest management, arbitrator disqualification, confidentiality, and the selection of the DIFC as the default arbitration venue. These features contribute to a more efficient, reliable, and user-friendly arbitration process, solidifying DIAC's position as a preferred choice for resolving international commercial disputes.

Nevertheless, it is expected that arbitration centers, including the Arbitration Centre of Iran Chamber (ACIC), will adopt a more modern and transparent approach in drafting their commercial arbitration rules, especially at the international level. Such an approach would foster greater confidence among parties and enable these institutions to play a more effective role in the dispute resolution process. Achieving this goal, however, requires a thorough examination of measures adopted by other international arbitration centers, followed by necessary reforms in the field of international commercial arbitration.

Keywords: Arbitration, Institutional Arbitration, Arbitration Centre of Iran Chamber (ACIC), Dubai International Arbitration Centre (DIAC), International Trade.



جستاری بر قواعد داوری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران ۱۴۰۲ و مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) ۲۰۲۲

سید مصطفی مشکات*

گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۱۶

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: پیچیدگی فزاینده تجارت بین‌المللی، مستلزم وجود سازوکارهایی کارآمد و قابل‌اعتماد برای حل و فصل اختلافات است. داوری تجاری نهادی به‌عنوان جایگزینی مطلوب برای دادرسی سنتی ظهور کرده و مزایای متعددی را ارائه می‌دهد. از جمله این مزایا می‌توان به انعطاف‌پذیری در انتخاب داورانی متخصص با دانش تخصصی در حوزه مربوطه، امکان رسیدگی در یک محل بی‌طرف و قابلیت حل و فصل سریع‌تر و مقرون‌به‌صرفه‌تر در مقایسه با نظام‌های دادگاهی اشاره کرد. این مقاله بر دو مرکز داوری برجسته در خاورمیانه تمرکز دارد: مرکز داوری اتاق ایران و مرکز داوری بین‌المللی دبی. هر دو نهاد اخیراً بازنگری‌های قابل توجهی با هدف ارتقا کارآمدی خود در رسیدگی به اختلافات تجاری در قواعد داوری انجام داده‌اند.

روش: در این جستار تلاش می‌شود با اتکا به رویکرد توصیفی-تحلیلی، ابتدا جایگاه داوری در سطوح فدرال و محلی امارات متحده عربی تبیین گردد. در ادامه، با بهره‌گیری از آشنایی حاصل‌شده، اصول و تدابیر اساسی در قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران (۱۴۰۲) و مرکز داوری بین‌المللی دبی

استناد به این مقاله:

مشکات، سید مصطفی (۱۴۰۴). جستاری بر قواعد داوری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران ۱۴۰۲ و مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) ۲۰۲۲. مجله مطالعات حقوقی، ۱۷ (۲)، ۱۸۰-۱۴۱.

E-mail address: S_Meshkat@sbu.ac.ir

* نویسنده مسئول:

(DIAC) ۲۰۲۲ مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد تا در نهایت، مؤلفه‌های یک نظام حقوقی متناسب و بومی‌ای داورى تجارى شناسایی شود.

یافته‌ها: این پژوهش بررسی می‌کند که کدام یک از این مراکز داورى توانسته‌اند به شکل مؤثرتری قابلیت‌های خود را با نیازهای در حال تحول تجارت بین‌المللی تطبیق دهند. تحلیل تطبیقی بازنگری‌های اخیر قواعد داورى در ACIC و DIAC نشان می‌دهد که هر دو نهاد تمرکز مشترکی بر پذیرش پیشرفت‌های فناورانه و تسهیل در روند داورى اضطراری داشته‌اند. هر دو مرکز، مقرراتی را برای تسهیل استفاده از ویدئوکنفرانس (داورى مجازى) و تبادل الکترونیکی اسناد در قواعد خود گنجانده‌اند که نشان‌دهنده اهمیت روزافزون فناوری در ارتقا کارآمدی و کاهش هزینه‌های حل و فصل اختلافات است. افزون‌براین، هر دو نهاد روندهای تسریع‌شده‌ای برای رسیدگی به درخواست‌های داورى اضطراری پیش‌بینی کرده‌اند تا در شرایطی که اقدام فوری برای حمایت از منافع یکی از طرفین ضرورى است، امکان واکنش سریع وجود داشته باشد. با این حال، بررسی دقیق‌تر بازنگری‌ها نشان می‌دهد که DIAC دامنه وسیع‌تری از اصلاحات را اجرا کرده است که جایگاه آن را به عنوان یک مرکز داورى بین‌المللی پیشرو تقویت می‌کند. این اصلاحات فراتر از یکپارچه‌سازی فناوری بوده و به برخی از دغدغه‌های اصلی طرفین داورى نیز پرداخته‌اند:

- **افزایش شفافیت و مدیریت تعارض منافع:** قواعد اصلاح‌شده DIAC روندهای شفاف‌تر و سخت‌گیرانه‌تری برای افشای تعارض منافع احتمالی از سوی داوران پیش‌بینی کرده‌اند. این امر موجب تقویت اعتماد به بی‌طرفی هیئت داورى و حفظ سلامت فرایند داورى می‌شود.
- **سلب صریح صلاحیت داوران:** در شمار تدابیر موجود در قواعد (DIAC) ۲۰۲۲، مسئولیت زدایی مدنی و کیفری به صورت توأمان از داوران است. اتخاذ چنین نگرشی باعث می‌شود تا داوران فارغ از هرگونه واکنش و عقوبتی فرایند داورى را انجام دهند. وانگهی، سلب مسئولیت باعث تشویق هرچه بیشتر کنشگران در زمینه انجام فعالیت‌های مرتبط با داورى تجارى می‌شود. همچنین چنین روشی به نوعی از داوران در مقابل طرح ادعاهای واهی نسبت به ایشان محافظت می‌نماید و محیط داورى را نیز از افشا اطلاعات محرمانه مصون می‌دارد؛ این مسئله به‌ویژه در حوزه فعالیت‌های تجارى اهمیت بیشتری نیز دارد.
- **حفظ محرمانگی:** با توجه به اهمیت حفاظت از اطلاعات تجارى حساس، اصلاحات DIAC تدابیر قوی‌تری برای حفظ محرمانگی در سراسر فرایند داورى در نظر گرفته‌اند. این موضوع به‌ویژه برای طرف‌هایی که اختلافات آن‌ها شامل اسرار تجارى یا اطلاعات محرمانه اقتصادی است، اهمیت دارد.

• انتخاب مرکز مالی بین‌المللی دبی (DIFC) به‌عنوان محل داوری پیش‌فرض و اصلی: این

تصمیم راهبردی از سوی DIAC موجب قرار گرفتن آن در بستری معتبر و توسعه‌یافته از منظر حقوقی شده است. DIFC دارای چهارچوب حقوقی پیشرفته‌ای است که به‌طور خاص برای پاسخ‌گویی به نیازهای تراکنش‌های تجاری بین‌المللی طراحی شده است. با تعیین DIFC به‌عنوان محل پیش‌فرض داوری، DIAC این مزیت را به طرفین ارائه می‌دهد که اختلافات خود را در محیطی آشنا و معتبر از حیث حقوقی حل و فصل کنند.

نتیجه‌گیری: این مقاله به بررسی بازنگری‌های اخیر قواعد داوری ACIC و DIAC پرداخته است. اگرچه هر دو نهاد پیشرفت‌های فناورانه و روندهای تسریع‌شده را در قواعد خود لحاظ کرده‌اند، اما DIAC چهارچوبی منسجم‌تر و جذاب‌تر در سطح بین‌المللی برای داوری تجاری ارائه کرده است. این برتری عمدتاً ناشی از تمرکز DIAC بر شفافیت، مدیریت تعارض منافع، سلب صلاحیت داوران، حفظ محرمانگی و انتخاب DIFC به‌عنوان محل داوری پیش‌فرض است. این ویژگی‌ها منجر به فرایندی کارآمدتر، قابل‌اعتمادتر و کاربرپسندتر می‌شود و جایگاه DIAC را به‌عنوان گزینه‌ای ترجیحی برای حل اختلافات تجاری بین‌المللی تثبیت می‌کند.

بااین‌حال، انتظار می‌رود مراکز داوری، از جمله مرکز داوری اتاق ایران، در روند تدوین قواعد داوری تجاری خود - به‌ویژه در سطح بین‌المللی - رویکردی روزآمدتر و شفاف‌تر در پیش گیرند تا با ایجاد اطمینان‌خاطر بیشتر در میان اشخاص، نقش مؤثری را در فرآیند حل اختلاف ایفا کنند. این موضوع نیز جز با مطالعه و بررسی تدابیر اتخاذی از ناحیه سایر مراکز داوری بین‌المللی و به دنبال آن، ایجاد اصلاحات لازم در حوزه داوری تجاری بین‌المللی حاصل نخواهد شد.

واژگان کلیدی: داوری، داوری سازمانی، مرکز داوری اتاق ایران، مرکز داوری دبی، تجارت بین‌الملل.

سرآغاز

داوری تجاری سازمانی^۱ خواه در سطح ملی و خواه در سطح بین‌المللی به‌عنوان یکی از شیوه‌های پرتعداد حل اختلاف در میان بازرگانان و شرکت‌های تجاری مدنظر قرار گرفته است. درحقیقت، تسریع فرآیند رسیدگی، محرمانگی اطلاعات، خبرگی داوران از جمله مهمترین اوصافی است که منجر به ترغیب اشخاص به ارجاع اختلاف‌های خود به داور می‌شود.

در حال حاضر، نهادهای متعددی به‌ویژه در مراکز اقتصادی و سیاسی کشورها در جهت پیشبرد داور تجاری تأسیس شده‌اند. در این میان، مرکز داور اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران (از این پس، مرکز داور اتاق ایران) و همچنین مرکز داور بین‌المللی دبی (DIAC) قرار دارند که به‌ویژه با اصلاح قواعد داور خود (به ترتیب در سال‌های ۱۴۰۲ و ۲۰۲۲) گام‌های رفیعی را در زمینه تناسب‌سازی قواعد خود با مقتضیات روز و جذابیت‌آفرینی هرچه بیشتر برداشته‌اند.

در این مسیر، مرکز داور بین‌المللی دبی (DIAC) به‌ویژه تلاش کرده است تا با سازگار نمودن قواعد داور خود با الزامات روز فضای بازرگانی بین‌المللی، جذابیت بیشتری در عرصه رفع اختلافات تجاری تحصیل نماید. در این زمینه، مطابق با آخرین گزارش سالانه^۲ منتشرشده، ارزش دعاوی ارجاع‌شده به این مرکز داور حدود ۳۰۱ میلیارد دلار تنها در سال ۲۰۲۲ بوده است.^۳ این اعداد و ارقام حاکی از آن است که دعاوی بازرگانی بین‌المللی ارزشمندی در این مرکز داور مشمول رسیدگی و فصل

1. Institutional commercial arbitration.

در داور سازمانی، طرفین اختلاف به داور یک سازمان داور و اجرای مقررات آن توافق می‌کنند. جریان داور در داور سازمانی براساس قواعد از پیش طراحی شده در مؤسسات داور به عمل می‌آید و طرفین اختلاف از خدمات و سازکارهای از پیش تعیین‌شده این نهادها برخوردار می‌شوند. (Mafi, 2017: 47).

2. Annual report.

3. To see this report, please refer to the following link: <https://www.diac.com/wp-content/uploads/2023/06/diac-annual-report-2022.pdf> (Accessed: January 30, 2024)

خصوصیت قرار می‌گیرد. با این اوصاف، مقایسه قواعد این مرکز داوری و تحولاتی که اخیراً طی کرده است می‌تواند در شناسایی چهارچوبی مناسب به منظور داوری تجاری سازمانی مفید قلمداد شود.

خوشبختانه مرکز داوری اتاق ایران نیز در سال ۱۴۰۲^۱ با اصلاحات متعددی که در قواعد داوری خود انجام داده است روش مناسب و پویایی را به‌خصوص در عرصه به کارگیری فناوری‌های روز، برگزاری جلسات مجازی رسیدگی و داوری سریع و اضطراری در پی گرفته است؛ با وجود این، کماکان برخی از نارسایی‌ها از قبیل توجه نکردن کامل به مقوله پیشگیری از تعارض منافع، پیش‌بینی ناپذیری فرآیند داوری (در برخی موارد مثل عدم احصای انواع دستورهای موقت) و همچنین فقدان شناسایی قواعد حفظ محرمانگی به صورت مناسب ملاحظه می‌شود؛ مواردی که چنانچه مدنظر قرار گیرند، می‌تواند موجب ترفیع بیشتر مرکز داوری اتاق ایران در سطوح منطقه و بین‌الملل شوند.

پرسشی که اکنون مدنظر مخاطبان قرار می‌گیرد آن است که چه عواملی موجب می‌شود که مراکز داوری تجاری جذابیت بیشتری نزد بازرگانان و شرکت‌های تجاری داشته باشند؟ در پاسخ به‌عنوان فرضیه گفتنی است استفاده از مکانیسم‌های فناوری روز در جهت تسهیل فرآیند داوری و انجام از راه دور آن همگام با تبیین جزئیات و شفافیت لازم در انشای تدابیر ناظر بر روند داوری به‌ویژه در زمینه داوری سریع و اضطراری، حفظ محرمانگی، سلب مسئولیت داوران و مدیریت تعارض منافع مؤلفه‌های یک راهبرد مناسب در حوزه داوری تجاری سازمانی را تشکیل می‌دهد که به‌طور قابل ملاحظه‌ای بر جذابیت آن نزد اشخاص نیز می‌افزاید.

با این اوصاف، در طی این جستار تلاش بر آن است تا با اتکا به مطالعه توصیفی - تحلیلی در وهله نخست به تبیین جایگاه داوری در سطوح فدرال و امارت‌های امارات

1 . <https://arbitration.ir/rules/arbitration-rules/> (accessed: January 30, 2024)

متحده عربی مبادرت شود و متعاقب بر آشنایی صورت گرفته، اهم اصول و تدابیر انشایی در پرتو قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ و همچنین مرکز داوری بین المللی دبی (DIAC) ۲۰۲۲ بررسی و ارزیابی شوند تا سرانجام مشخص شود که یک نظام حقوقی متناسب و پویا در حوزه داوری تجاری از چه مؤلفه‌هایی برخوردار است.

۱. جایگاه داوری تجاری در امارات متحده عربی (فدرال و امارت‌ها)

با توجه به موقعیت جغرافیایی و سیاسی امارات متحده عربی، جایگاه داوری تجاری در امارات متحده عربی در سطوح فدرال و امارت‌ها به ترتیب زیر تشریح و واکاوی می‌شود.

۱-۱. سطح فدرال

تحولاتی را که امارات متحده عربی به منظور اصلاح و نوسازی قوانین و عملکرد داوری آن صورت داده است می‌توان در دو سطح خاص مورد بحث قرار داد: تغییرات در سطوح فدرال و امارت‌ها؛ در سطح فدرال، دولت امارات متحده عربی دو گام مهم برداشته است: الحاق به کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی در سال ۲۰۰۶ و تصویب قانون جدید داوری فدرال ۲۰۱۸ (با اصلاحات ۲۰۲۳) که براساس قانون نمونه آنسیترا ل تنظیم شده است (AlQahtani, 2022: 188).

البته باید توجه داشت که قانون داوری فدرال ۲۰۱۸^۱ (با اصلاحات ۲۰۲۳) در مناطق آزاد مالی^۲ قابل اجرا نیست؛ بدین ترتیب، مرکز مالی بین‌المللی دبی (DIFC)^۳ و بازار

1. The Arbitration Law. To see the text of the law, please see the following link https://elaws.moj.gov.ae/UAE-MOJ_LC-En/00_ARBITRATION%20AND%20RECONCILIATION/UAE-LC-En_2018-05-03_00006_Kait.html?val=EL1 (accessed: January 30, 2024)

2. Financial free zones.

3. The Dubai International Financial Centre (DIFC).

منطقه آزاد مالی دبی به موجب صدور یک فرمان فدرال در سال ۲۰۰۴ تأسیس شد. این منطقه آزاد به نام مرکز بین‌المللی مالی دبی (DIFC) مورد خطاب قرار گرفت. در این خصوص، در پی اصلاحات قانون اساسی امارات

جهانی ابوظبی (ADGM)^۱ دو منطقه آزاد مالی در امارات به شمار می‌آیند که قوانین و دادگاه‌های مخصوص به خود را دارند (Javeed, 2021: 3).

۱-۲. سطح امارت‌ها

در سطح امارت‌ها، امارت دبی تغییرات مهمی را در حوزه داوری پدید آورده است؛ از جمله اهم این تحولات عبارت است از: اصلاحات در قواعد داوری مرکز داوری بین المللی دبی (DIAC) در سال ۲۰۰۷ [همراه با اصلاحات ۲۰۲۲] و اصلاح قوانین داوری مرکز مالی بین‌المللی دبی (DIFC) در سال ۲۰۰۸؛ جملگی این پیشرفت‌ها گام‌های رو به جلو در ارتقا جایگاه امارات متحده عربی و به‌ویژه دبی به‌عنوان یک مرکز داوری بین‌المللی محسوب می‌شود (AlQahtani, 2022: 188).

در یک نمای گسترده، امروزه هر امارت در امارات متحده عربی، حداقل یک مرکز داوری دارد. بر این اساس، مؤسسات داوری مهم در امارات به شرح زیر ذکر می‌شوند:

۱) مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC)^۲: یکی از مؤسسات داوری پیشرو در امارات است. این مرکز را در سال ۱۹۹۴ اتاق بازرگانی دبی به‌عنوان مرکز مصالحه تجاری و داوری^۳ تأسیس کرد و سرانجام در سال ۲۰۰۷ به «مرکز داوری

متحده عربی^۳ (ماده ۱۲۱ آن) و شناسایی صلاحیت برون‌مرزی^۳ برای مرکز بین‌المللی مالی دبی (DIFC) به آن مرجع اجازه داده شده است که قوانین (کد) تجاری خود را مطابق با بهترین استانداردهای حوزه‌های قضایی عمده مالی جهان تشکیل دهد. International Commercial Courts: The Future of Transnational Adjudication 2022: 214)

1. The Abu Dhabi Global Market (ADGM).

بازار جهانی ابوظبی (ADGM) یک منطقه اقتصادی است که استقلال قانونی و قضایی نسبت به سیستم حاکم در امارت ابوظبی دارد. این موضوع که به موجب قانون سال ۲۰۱۳ (قانون شماره ۴ ابوظبی ۲۰۱۳) ایجاد شد، سیستم قانون‌گذاری و قضایی مستقلی را برای بازار جهانی یادشده ایجاد کرد؛ این سیستم شامل دو دادگاه است: دادگاه بدوی و دادگاه تجدیدنظر که با قوانین آنگلو ساکسون اداره می‌شود. (Najjar, 2017: 94)

2. The Dubai International Arbitration Centre (DIAC).

3. The Center for Commercial Conciliation and Arbitration.

بین‌المللی دبی» تغییر نام داد. بر این اساس، قواعد داوری این مرکز نیز در سال ۲۰۰۷ منتشر شد که پس از گذشت چند سال، در سال ۲۰۲۲^۱ مشمول اصلاحات عمده‌ای قرار گرفت.

قواعد مرکز داوری بین‌المللی دبی ۲۰۲۲ تحولات مهمی را نسبت به قواعد مشابه در سال ۲۰۰۷ در برداشته است. در این رابطه، مقرراتی درخصوص داوری چند قرارداد، ادغام داوری‌ها و الحاق شخص ثالث که در قواعد سال ۲۰۰۷ به سکوت برگزار شده بودند به موجب قواعد ۲۰۲۲ وارد مقررات مرکز داوری بین‌المللی دبی شدند. افزون بر آن، در مقطع کنونی این امکان برای اشخاص به رسمیت شناخته شده است که برای داوری سریع و اضطراری درخواست دهند و از یک‌سری تدابیر موقتی هم بهره‌مند شود؛ بدین‌ترتیب، قواعد داوری ۲۰۲۲ گامی مهم در جهت نوسازی نظام داوری تجاری موجود در امارات متحده برداشته است که به مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) این اجازه را می‌دهد که با اتاق بازرگانی بین‌المللی و دیوان داوری بین‌المللی لندن رقابت نماید (Kaliuzhna, 2022: 905).

(۲) مرکز تجاری، سازش و داوری ابوظبی (ADCCAC):^۲ این مرکز را در سال ۱۹۹۳ اتاق بازرگانی و صنعت ابوظبی تأسیس کرد و مرکز اصلی آن نیز در ابوظبی قرار دارد؛

(۳) مرکز داوری تجاری بین‌المللی شارجه (تحکیم):^۳ مرکز مذکور در سال ۲۰۰۹ با فرمان شماره ۶ ملوکانه^۴ در سال ۲۰۰۹ تأسیس شد؛

1. <https://www.diac.com/wp-content/uploads/2023/05/DIAC-2022-Rules-EN.pdf> (accessed: February 1, 2024)

2. Abu Dhabi Commercial, Conciliation and Arbitration Centre (ADCCAC).

3. Sharjah International Commercial Arbitration Centre (Tahkeem).

4. Amiri decree.

۴) مرکز تجاری و داوری رأس الخیمه:^۱ مرکز یادشده در سال ۲۰۰۸ تأسیس شد (Javeed, 2021: 3).

۵) مرکز داوری دبی-لندن (DIFC-LCIA): قبل از قانون DIFC در سال ۲۰۰۸، داوری‌ها در DIFC عمدتاً براساس قانون داوری مرکز مالی بین‌المللی دبی ۲۰۰۴ انجام می‌شد که هیچ‌گونه مشارکت رسمی از ناحیه موسسه داوری DIFC نداشت. در ۱۷ فوریه ۲۰۰۸، DIFC با دیوان بین‌المللی داوری لندن (LCIA)^۲ برای ایجاد مرکز داوری دبی-لندن (DIFC-LCIA) مشارکت نمود. بر این اساس به گفته شیخ محمد [حاکم امارت دبی]^۳، تأسیس مرکز داوری دبی-لندن بخشی از راهبردی است که به موجب آن، قرار است دبی به‌عنوان مرکز داوری بین‌المللی مطرح شود. این گامی مهم برای دبی است که به جایگاه آن به‌عنوان یکی از قطب‌های پیشرو در جهان تأکید و یک محیط کاری کارآمد برای رونق شرکت‌های محلی و بین‌المللی ایجاد می‌کند (Ahmed, 2014: 15).

با وجود این، باید متذکر شد در ۲۰ سپتامبر ۲۰۲۱، حاکم دبی با صدور فرمان شماره (۳۴) به انحلال مرکز داوری دبی-لندن و مرکز داوری دریایی امارات^۴ حکم داد؛ بدین صورت، به موجب فرمان یادشده، کارکنان و دارایی‌های آن مرکز به مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) منتقل شد (Blackaby 2023: 4)؛ بنابراین در حال حاضر، مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) از مرکزیت بیشتری در حوزه داوری تجاری در سطح منطقه برخوردار شده است.

1. Ras Al-Khaimah Commercial and Arbitration Centre.

2. The London Court of International Arbitration (LCIA).

۳. در اینجا منظور از شیخ محمد به‌طور دقیق، محمد بن راشد آل مکتوم، حاکم امارت دبی است.

4. The Emirates Maritime Arbitration Centre.

۲. اصول و تدابیر مترتب بر فرآیند داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ و مرکز

داوری بین‌المللی دبی (DIAC) ۲۰۲۲

به منظور حفظ انسجام کلام، ابتدا به تبیین و بررسی اصول ناظر بر فرآیند داوری مرکز داوری اتاق ایران و مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) مبادرت می‌شود و متعاقب آن، تدابیر اتخاذی در نهادهای داوری یادشده با تمرکز بر اصلاحاتی که در مقطع زمانی اخیر صورت گرفته است مطالعه و ارزیابی می‌شود.

۱-۲. اصول حاکم بر داوری

در این فراز، تشریح و بررسی اصول ناظر بر قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران و مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) در دستور کار قرار می‌گیرد.

۱-۱-۲. اصل صلاحیت بر صلاحیت

یکی از اصول مهم حاکم بر نظام داوری، اصل آلمانی صلاحیت بر صلاحیت^۱ است. اصل یادشده که یکی از اصول اساسی را در زمینه داوری مدرن تشکیل می‌دهد به این معناست که دیوان داوری صلاحیت تصمیم‌گیری در مورد صلاحیت خود را دارد (Abugu and Oduwole, 2020: 1).

منطق اساسی اصل صلاحیت بر صلاحیت، این گزاره ساده است که داوران در اتخاذ تصمیم در موضوع مورد اختلاف صلاحیت دارند؛ این مسئله که منصفانه قلمداد می‌شود از منافع جامعه و همچنین منافع طرفین اختلاف محافظت می‌کند. افزون بر آن، اجازه دادن به داوران برای ادامه فرآیند داوری ممکن است به طرفین در جلوگیری از تأخیر غیرضرور در حل و فصل اختلاف خود کمک کند. به‌طور کلی، می‌توان چنین نتیجه گرفت که پذیرش گسترده این اصل در نظام‌های حقوقی دنیا با این پیش‌فرض

1. Principle of competence-competence (Kompetenz-Kompetenz).

مورد تأکید قرار می‌گیرد که وقتی داوران اختیار تعیین صلاحیت خود را داشته باشند، در زمان و هزینه صرفه‌جویی می‌شود و نتیجه عادلانه‌ای نیز حاصل می‌شود (Synková, 2013: 71).

در این مسیر، طبق ماده ۱-۶ از قواعد داوری مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) ۲۰۲۲، اصل صلاحیت بر صلاحیت به رسمیت شناخته شده است. در این خصوص، وفق ماده یادشده، دیوان داوری این صلاحیت را دارد تا نسبت به هرگونه ایراد و اعتراضی نسبت به صلاحیت خود شامل وجود، اعتبار، قلمرو، قابلیت اجرا و تفسیر قرارداد داوری اظهارنظر نماید.

به علاوه متذکر می‌شود در مقطع کنونی، طبق ماده ۱۹ قانون داوری فدرال ۲۰۱۸ (همراه با اصطلاحات بعدی)^۱ اصل صلاحیت بر صلاحیت مدنظر قانون‌گذار فدرال امارات متحده عربی نیز واقع شده است. این در صورتی است که در حوزه مقررات ناظر بر قواعد داوری داخلی ایران، اصل یادشده هنوز به رسمیت شناخته نشده است. در این باره گفته شده است ظاهر ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹^۲ حاکی از آن است که با فقدان توافق صریح یا ضمنی طرفین، نمی‌توان قائل بر صلاحیت داور در تعیین صلاحیت خود شد. بر این اساس، در مرحله پیش از صدور رأی داوری، مرجع قضایی اختیار اظهارنظر راجع به اعتبار اصل قرارداد داوری را ندارد مگر اینکه این امر به تبعیت از موضوعی دیگر در دادگاه مطرح شود. پس از صدور رأی، طرفین می‌توانند ابطال رأی صادره را به دلیل خروج موضوعی اختلاف یا عدم قابلیت داوری از دادگاه درخواست نمایند (Jahanian and Shahbazinia 2019: 50-51).

از سوی دیگر، قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ همسو با قواعد (DIAC) ۲۰۲۲، اصل صلاحیت بر صلاحیت را پذیرفته است. بر این اساس، مطابق با بند ۲ ماده

1. The arbitral tribunal's competence to rule on its own jurisdiction.

۲. طبق ماده قانونی مذکور: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید».

۱۲: «داور می‌تواند در مورد حدود صلاحیت خود و همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقت‌نامه داوری، نفیاً و یا اثباتاً اتخاذ تصمیم نماید. ارجاع اختلافات و دعاوی به «مرکز داوری»، به منزله پذیرش این اختیار «داور» خواهد بود».

۲-۱-۲. اصل تفکیک‌پذیری

یکی دیگر از اصول مهم ناظر بر نظام داوری را اصل تفکیک‌پذیری^۱ تشکیل می‌دهد؛ اصطلاح «تفکیک‌پذیری موافقت‌نامه داوری»^۲ مبین این مفهوم است که شرط داوری در یک قرارداد از قرارداد اصلی که بخشی از آن محسوب می‌شود، قابل تفکیک و مستقل است. از این دکترین در متون مختلف به‌عنوان استقلال موافقت‌نامه داوری و جدایی‌پذیری توافق‌نامه داوری نیز یاد می‌شود.

دکترین تفکیک‌پذیری پیامدهای عمیقی در حقوق داوری دارد. یکی از پیامدهای مهم داوری این است که ممانعت از داوری را دشوار می‌کند. به‌ویژه آنکه بطلان قرارداد اصلی بر اعتبار شرط داوری تأثیری ندارد؛ زیرا این دو قرارداد متفاوت تلقی می‌شوند. در این خصوص، قاضی شوبل^۳ معتقد است وقتی طرفین قراردادی را منعقد می‌کنند که حاوی یک شرط داوری است، آنها عملاً دو قرارداد منعقد می‌کنند که دوقلوی داوری^۴ از هرگونه نقص مادرزادی یا ناتوانی اکتسابی توافق‌نامه اصلی جان سالم به در می‌برد (Tesfay, 2021: 155).

بر این اساس، به موجب بند نخست از ماده ۶ قواعد مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) ۲۰۲۲، اصل تفکیک‌پذیری و استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی پذیرفته شده است. همچنین شایان ذکر است، در سطح فدرال نیز قانون‌گذار امارات

1 . Principle of Separability.

2 . Separability of arbitration agreement.

3 . Justice Schwebel.

4 . Arbitral twin.

متحده عربی در ماده ۶ قانون داوری فدرال ۲۰۱۸ (با اصلاحات بعدی)^۱ مبادرت به شناسایی استقلال توافق‌نامه داوری کرده است. این در حالی است که در نظام حقوقی ایران، قاعده استقلال شرط داوری فقط در قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ به صراحت پذیرفته شده و تنها در داوری‌های موضوع همان قانون یعنی داوری‌های تجاری بین‌المللی قابل اعمال است. منتها درخصوص داوری‌های موضوع قانون آیین دادرسی مدنی به خاطر فقدان مقرره صریحی در این زمینه، اعمال این قاعده محل تردید و گفت‌وگوهای فراوانی است (Zare and Salimi, 2018: 465).

با وجود این، قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ مبادرت به پذیرش اصل استقلال داوری کرده است؛ از این‌رو، به موجب بند نخست ماده یادشده: «شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد، به‌عنوان موافقت‌نامه مستقل تلقی می‌شود و تصمیم «داور» درخصوص بطلان، فسخ، خاتمه و ملغی‌الاثربودن اصل قرارداد، تأثیری در شرط داوری ندارد و فی نفسه به منزله بطلان یا عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

پذیرش اصل تفکیک‌پذیری از ناحیه مرکز داوری اتاق ایران، گامی ارزنده درجهت ارتقا سطح داوری تجاری و پیوند هرچه بیشتر آن نهاد با رویه موجود در مراکز داوری بین‌المللی دنیا محسوب می‌شود. به بیانی روشن‌تر، تدوین‌کنندگان قواعد یادشده با احتساب نارسایی موجود در قانون آیین دادرسی مدنی، با پذیرش صریح اصل تفکیک‌پذیری، شفافیت‌زایی را در انشای قواعد داوری در دستور کار قرار داده‌اند.

۳-۱-۲. اصل رفتار مساوی با طرفین

اصل رفتار مساوی با طرفین در شمار اصول بنیادین ناظر بر روند داوری محسوب می‌شود؛ لازمه رفتار مساوی با طرفین اختلاف آن است که داور یا داوران، حق هریک از

1 . Autonomy of the arbitration agreement.

طرفین اختلاف را به منظور دادخواهی محترم بشمارد و فرصت لازم را در اختیار هر دو طرف به جهت طرح ادعاها و دفاعیه قرار دهد.

در این مسیر، در ماده ۱-۱۷ قواعد داوری مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) تأکید شده است که هدف اصلی این قواعد آن است که همه داوری‌ها به‌طور عادلانه، منصفانه، بی‌طرفانه، کارآمد و متناسب انجام شوند. همچنین به موجب ماده ۲-۱۷ قواعد یادشده از لزوم ارائه فرصت معقول برای طرفین اختلاف به جهت طرح ادعاهای خود تصریح به میان آمده است.

اصل رفتار مساوی با طرفین در قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ نیز به‌دقت در کانون توجه قرار گرفته است. این مسئله تا بدانجا اهمیت یافته که عنوان ماده ۲۸ قواعد مذکور به «رفتار مساوی با طرفین» اختصاص پیدا کرده است. وفق ماده یادشده: «رفتار داور با طرفین باید با رعایت مساوات، بی‌طرفی و منصفانه باشد و با لحاظ کردن مدت داوری، به هر کدام از آنان فرصت معقول براساس جدول زمان‌بندی که در جلسه مدیریت پرونده تهیه می‌گردد برای طرح ادعا یا دفاع و ارائه دلایل داده شود.» همان‌طور که از نظر گذشت، ایجاد فرصت لازم برای طرح ادعا و دفاع که لازمه رسیدگی توافقی محسوب می‌شود در قواعد هر دو مرکز داوری به شرح پیش‌گفته مدنظر قرار گرفته است.

۲-۱-۴. اصل حفظ محرمانگی

اصل حفظ محرمانگی^۱ یکی از اصول مهم داوری را تشکیل می‌دهد. اصل یادشده به‌ویژه راجع به داوری اختلافات تجاری از اهمیت بیشتری نیز برخوردار است؛^۲ زیرا

1. Confidentiality principle.

۲. البته برخلاف داوری تجاری، در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی، گذار از محرمانگی به شفافیت (البته نه به صورت کامل) در حال تحقق است؛ در این‌باره گفته شده است، در داوری‌های سرمایه‌گذاری با توجه به حضور دولت و مسئولیت مالی بالقوه‌ای که از این داوری‌ها ناشی می‌شود و نهایتاً باید از بودجه ملی پرداخت شود

بازرگانان تمایل ندارند که اطلاعات و اسرار تجاری آنها که گاه بسیار ارزنده نیز به حساب می‌آید نزد سایر رقبا و مردم فاش شود؛ چه بسا افشای چنین اطلاعاتی موجبات سوءاستفاده و رقابت ناسالم را فراهم آورد.

حفظ محرمانگی در داوری از چنان اهمیتی برخوردار است که قاضی بروکینگ،^۱ در دعوای *Esso Australia Resources v Plowman* (Esso Australia) مقرر می‌دارد: «من فکر می‌کنم ما باید یک قاعده قانونی را به رسمیت بشناسیم که یک شرط ضمنی^۲ از توافقات داوری آن است (که طرفین در صورت انتخاب ممکن است آن را کنار بگذارند) که داوری‌ها باید در فضای خصوصی رسیدگی شوند. این به معنای عدم حضور دیگران است مگر اینکه طرفین به حضور افراد دیگر رضایت دهند» (Ristovska, 2021, 415).

بر این اساس، ماده ۳۸ قواعد (DIAC) ۲۰۲۲ به نحو صریح اصل حفظ محرمانگی اطلاعات موجود در فرآیند داوری را مدنظر قرار داده است؛ از این رو، طرفین اختلاف و اعضای دیوان داوری موظف هستند که به‌عنوان یک اصل کلی،^۳ تمامی احکام و قرارهای صادرشده در داوری را همراه با تمامی اطلاعات ایجادشده به منظور انجام داوری را نزد خود محرمانه نگاه دارند؛ البته این اصل بنا به قسمت آغازین ماده یادشده دو استثناء دربردارد: نخست آنکه طرفین اختلاف به نحو اجتماع و به صورت کتبی توافق بر افشا اطلاعات داشته باشند و دوم آنکه قانون حاکم بر مقر داوری اجازه افشاء اطلاعات مدنظر را بدهد.

موجب مطرح شدن نفع عمومی می‌شود که در داوری‌های تجاری قابل ملاحظه نیست؛ علاوه بر نفع عمومی، قدرت برتر دولتی که می‌تواند موجب مداخله در فرآیند داوری و تحت تاثیر قرار دادن آن شود شفافیت را در این دسته از داوری‌ها توجیه می‌کند (Khadem Razavi and Rastgou Khiavi, 2021: 124).

1. Justice Brooking.
2. Implied term.
3. General principle.

ماده ۳۸ قواعد (DIAC) ۲۰۲۲ برخلاف ماده ۶ پیوست اول و همچنین ماده ۱ پیوست دو قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)^۱ که تنها داوران و کارکنان دیوان بین‌المللی داوری را موظف به حفظ محرمانگی کرده است، طرفین اختلاف را نیز دربر گرفته است؛ بدین ترتیب، توسعه قلمرو ملتزمان به حفظ محرمانگی در داوری تجاری گام مثبتی تلقی می‌شود که در جهت مقابله با هرگونه سوءاستفاده احتمالی و اطمینان خاطر بیشتر طرفین اختلاف به کار گرفته شده است.

در سوی دیگر، حفظ محرمانگی چنان‌که شایسته است در قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ مدنظر قرار نگرفته است؛ البته این موضوع در قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ نیز به سکوت برگزار شده است.^۲ این در صورتی است که شناسایی قواعد حفظ محرمانگی به صورت مناسب نه تنها اهمیت بالایی در حوزه داوری‌های تجاری خواه در سطح داخلی و خواه در سطح بین‌المللی دارد بلکه یکی از انگیزه‌های اصلی اشخاص را مبنی بر ارجاع اختلاف‌های خود به مراکز داوری نیز تشکیل می‌دهد.

۲-۲. سیاست‌ها و تدابیر ناظر بر روند داوری

در طی فراز حاضر با مراجعه به قواعد داوری مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) ۲۰۲۲ و مقایسه آن با قواعد مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ تلاش می‌شود تا ارزیابی

1 . To see the rules, please refer to the following link: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/#block-accordion-51> (accessed: February 8, 2024)

۲ . در این زمینه، آیین‌نامه داوری پیشنهادی توسط کمیسیون تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنستیرال) اصلاحی ۲۰۱۲ در زمینه تعهد جامع محرمانه بودن داوری بر عهده طرفین دعوی یا داوران و مراکز داوری ساکت است؛ با وجود این، بند ۳ ماده ۲۸ این آیین‌نامه به جنبه خصوصی بودن جلسات داوری اشاره کرده است. همچنین بند ۵ ماده ۳۴ آن، انتشار رأی داوری را با شرایطی از جمله موافقت طرفین تجویز کرده است (Taghipour, 2013: 317).

مناسبی نسبت به تعیین یک چهارچوب پویا و روزآمد در حوزه داوری تجاری در دسترس قرار گیرد.

۲-۱-۲. رویکرد فناورانه و انعطاف‌پذیری

قواعد منتشرشده DIAC 2022 مجموعه‌ای از نوآوری‌های آیینی را با هدف کاهش زمان، هزینه و نگرانی‌های زیست‌محیطی ارائه می‌نماید. برخلاف قواعد DIAC 2007، قواعد DIAC 2022 مقرر می‌دارد که درخواست‌های داوری، اظهارات و دادخواست‌ها را می‌توان به صورت الکترونیکی ثبت و مبادله کرد.^۱

افزون بر آن، قواعد DIAC 2022 انعطاف‌پذیری بیشتری را برای دادگاه‌ها به جهت استماع اظهارات طرفین و شاهدان فراهم می‌آورد؛ بدین ترتیب، در مقطع کنونی، دادگاه انعطاف بیشتری برای برگزاری جلسات استماع از طریق تلفن یا کنفرانس ویدیویی و همچنین حضوری دارد. اکنون به شاهدان اجازه داده می‌شود تا در جلسه استماع حضور یابند و شهادت بدهند، احکام را می‌توان به صورت الکترونیکی یا فیزیکی امضا کرد. در نتیجه، داوران دیگر مجبور نیستند برای امضای فیزیکی احکام داوری به دبی پرواز کنند (Kaliuzhna, 2022: 904).

از سوی دیگر، مرکز داوری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران در قواعد اخیر خود در سال ۱۴۰۲ نیز عملکرد فناوری‌مدار را در رسیدگی‌های داوری به رسمیت شناخته است. این موضوع در لوای گام مناسبی همسو با الزامات روز جامعه

۱. البته اتخاذ چنین رویکرد فناورانه‌ای تنها به قواعد (DIAC) ۲۰۲۲ منصرف نمی‌شود بلکه در سطح فدرال نیز به موجب اصلاحات ۲۰۲۳ قانون داوری امارات متحده عربی، امکان استفاده از فناوری‌های لازم به منظور اجرای فرآیند داوری و جلسات رسیدگی مجازی به رسمیت شناخته شده است (ماده ۲۸ اصلاحی قانون داوری فدرال ۲۰۲۳).

بشر و تسهیل فرآیند داوری مد نظر قرار می‌گیرد. در این خصوص، مواد ۴ و ۴۰ قواعد ۱۴۰۲، در جهت الکترونیکی کردن روند داوری، امکان ثبت درخواست داوری، تبادل لوایح و همچنین ابلاغ رأی را از طریق سامانه ثبت الکترونیکی مرکز داوری فراهم نموده‌اند. افزون بر آن، وفق بند ۷ ماده ۳۲ قواعد مذکور، امکان رسیدگی در بستر مجازی نیز مهیا شده است؛ وفق بند اخیر: «داور می‌تواند با ذکر دلایل موجه، تمام یا بخشی از جریان رسیدگی را به صورت مجازی برگزار نماید، مگر آنکه طرفین خلاف آن توافق کرده باشند یا مرکز داوری دلایل داور را موجه تشخیص ندهد».

با این اوصاف، کنشگران مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) عملکرد بهتری را در انشای قواعد راجع به استفاده از فناوری (ابزارهای مناسب برای ارتباط مجازی)^۱ در روند داوری اتخاذ کرده‌اند؛ چراکه در قواعد مذکور، به صورت صریح و شفاف امکان استفاده از فناوری‌های ارتباط از راه دور به جهت برگزاری جلسه مقدماتی، رسیدگی، استماع شهادت شهود و غیره (مواد ۲-۹، ۳-۴، ۲۰-۲ و ۲۶-۷) با جزئیات تبیین شده است. این شفافیت در قواعد مذکور ارتقا سطح داوری را نیز همراه خود دارد.

۲-۲-۲. داوری سریع و داور اضطراری

داوری سریع و داور اضطراری^۲ در شمار تدابیری تلقی می‌شود که در کانون توجه مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) قرار گرفته است. داوری به شیوه یادشده می‌تواند به شکل چشمگیری در زمان و هزینه‌ها صرفه‌جویی نماید. به علاوه، گاهی اوقات نوع و ماهیت اختلاف ایجاب می‌کند که به صورت سریع و اضطراری بررسی و حل و فصل شود. در این گونه موارد، برقراری نظام داوری سریع و اضطراری می‌تواند کارساز و متناسب با نیازهای طرفین اختلاف در نظر گرفته شود.

1. Appropriate means of virtual communication.

2. Prompt arbitration and emergent arbitrator.

در این مسیر، براساس قواعد مرکز داوری بین‌المللی دبی 2022 (DIAC)، طرفین می‌توانند برای کمک اضطراری درخواست دهند. در صورتی که مرکز، دلایل اولیه را برای چنین امری احراز کند، یک داور اضطراری^۱ منصوب خواهد کرد. داور اضطراری با در نظر گرفتن ادعاهای هر دو طرف رسیدگی را انجام می‌دهد و ممکن است بر این اساس، دستور مقدماتی نیز صادر کند. پس از تشکیل دیوان داوری، داور اضطراری اختیارات خود را از دست می‌دهد و دستورات وی را ممکن است دیوان در حین رسیدگی یا با رأی نهایی در پایان آن اصلاح یا لغو کند (Draguiev, 2023: 46).

به علاوه، به موجب پیوست اول و دوم قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ نیز به ترتیب داوری سریع و اضطراری مد نظر قرار گرفته است. در این زمینه، وفق بند ۱ پیوست نخست قواعد پیش‌گفته با عنوان داوری سریع: «هریک از طرفین می‌تواند هم‌زمان با درخواست داوری و حداکثر تا زمان «نصب داور» از «مرکز داوری» درخواست رسیدگی سریع نمایند، مشروط بر اینکه: الف) مبلغ خواسته واقعی شامل مجموع مبالغ دعوای اصلی و متقابل بیش از ده میلیارد ریال در داوری‌های داخلی، یا بیش از یکصد هزار یورو در داوری بین‌المللی نباشد؛ ب) طرفین به‌طور صریح بر رسیدگی سریع توافق کنند ...».

همان‌طور که مشاهده می‌شود امکان داوری سریع به صورت نسبی و محدود شناسایی شده است. این موضوع نمی‌تواند منطبق با نیازهای طرفین قلمداد شود؛ چه بسا تعیین تکلیف فوری اختلاف به مراتب بیشتر از رقم اختلاف برای طرفین اهمیت داشته باشد؛ از این حیث، احترام کامل به توافق طرفین، که مبنای داوری را نیز دربرمی‌گیرد، مستلزم آن است تا داوری سریع به صورت مطلق در نظر گرفته شود.

افزون بر آن، طبق ماده ۱ پیوست ۲ قواعد ۱۴۰۲ مرکز داوری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، نصب داور اضطراری نیز به رسمیت شناخته شده است. در

1 . The emergency arbitrator.

این رابطه آمده است: «هریک از طرفین که نیاز فوری به دستور موقت مطابق ماده ۲۷ این قواعد داشته باشند، می‌تواند تا قبل از «نصب داور»، درخواست خود برای نصب داور اضطراری و صدور دستور موقت توسط داور اضطراری را به «مرکز داوری» تسلیم نمایند، مگر آنکه طرفین خلاف آن توافق کنند...» به علاوه، وفق ماده ۵ پیوست قواعد یادشده، داور اضطراری که به صلاحدید مرکز داوری نصب شده است از صلاحیت صدور دستور موقت به مثابه قواعد (DIAC) ۲۰۲۲ نیز برخوردار است.

۲-۲-۳. صدور قرار موقت

صدور قرارهای موقت^۱ یکی دیگر از صلاحیت‌های مرکز داوری بین‌المللی دبی را تشکیل می‌دهد. بر این اساس، به موجب ماده ۱ ضمیمه ۲ قواعد (DIAC) ۲۰۲۲، دیوان داوری مجاز است مجموعه متنوعی از تدابیر را تا قبل از صدور حکم نهایی اتخاذ نماید؛ بدین ترتیب، وفق ماده مذکور: «۱.۱ دیوان می‌تواند بنا به درخواست یکی از طرفین، دستور اقدامات موقت را براساس شرایطی صادر کند که با توجه به اوضاع و احوال موجود مناسب می‌داند، و در حمایت از این اقدامات، دستور مقدماتی صادر نماید. دیوان موظف است خلاصه دلایل لازم را برای صدور چنین دستوری به صورت کتبی ارائه کند: ۱/۲ قرار موقت هر اقدام موقتی است که در هر زمانی قبل از صدور حکم نهایی، به موجب آن دیوان، به‌عنوان نمونه و بدون محدودیت، به یک طرف دستور می‌دهد تا:

- الف) مبادرت به حفظ یا بازگرداندن وضعیت موجود تا پایان حل اختلاف نماید؛
- ب) اقدامی به منظور پیشگیری انجام دهد یا از انجام اقدامی خودداری کند که احتمالاً باعث جلوگیری از:

۱. ایراد آسیب فعلی یا قریب‌الوقوع؛ یا ۲. لطمه زدن به خود فرآیند داوری می‌شود؛

1. Interim measures.

ج) دستوری برای جلوگیری از ائتلاف دارایی‌ها صادر کند که ممکن است از طریق آن حکم بعدی جبران شود؛

د) ادله و شواهدی که ممکن است برای حل و فصل اختلاف مرتبط و با اهمیت باشند، از بین برده نشوند؛

ه) ارائه تأمین یا تضمین مالی به منظور پرداخت هزینه‌های داوری از جمله حق‌الزحمه نمایندگان قانونی و هرگونه هزینه‌های صورت گرفته توسط ایشان به علاوه‌ی هزینه‌های طرف دیگر به میزان و شکلی که دیوان با در نظر گرفتن اوضاع و احوال جاری تعیین می‌کند.

صلاحیت داوران در مقام صدور دستور موقت به موجب ماده ۲۷ قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ نیز به رسمیت شناخته شده است. در این رابطه، وفق بند ۱ ماده یادشده: «در صورت درخواست هریک از طرفین، داور به محض نصب و دریافت پرونده می‌تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین تکلیف فوری است، هر دستور موقتی را که مناسب تشخیص می‌دهد صادر نماید ...».

با این مراتب مشاهده می‌شود که قواعد مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) جزئیات بیشتری را در خصوص تعریف و قلمرو قرار موقت تبیین نموده است. اتخاذ چنین تدبیری باعث می‌شود تا صلاحیت داور به‌طور دقیق مشخص و از هرگونه سوء استفاده احتمالی داور از صلاحیت خود نیز جلوگیری شود. به علاوه، عملکرد داور برای طرفین اختلاف نیز قابل پیش‌بینی می‌شود که همین مسئله نیز موجب اطمینان خاطر بیشتر به فرآیند داوری به‌خصوص در حوزه بین‌الملل می‌گردد.

۴-۲-۲. ادغام پرونده‌های مرتبط و اضافه شدن ثالث

یکی دیگر از تدابیر موجود در قواعد مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) ۲۰۲۲، شناسایی ادغام پرونده‌های مرتبط و اضافه شدن ثالث^۱ است. بر این اساس، ادغام

1. Consolidation and joinder.

دعاوی به طرفین این اجازه را می‌دهد که با رعایت شرایط مصرح در ماده ۸ قواعد پیش گفته، چندین دعاوی را در یک داوری ادغام کنند. این ماده قوانین مذکور را به طور گسترده با ماده ۹ قوانین اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) ^۱ مطابقت می‌دهد.

افزون بر آن، مشابه با ماده ۷ قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) ۲۰۲۱، در قواعد مرکز داوری بین‌المللی دبی ۲۰۲۲ نیز به اشخاص ثالث اجازه داده شده است که قبل از تشکیل دیوان داوری با توافق طرفین یا با اجازه دیوان داوری در موارد زیر به آن ملحق شود: (۱) یک دیوان داوری در مورد اختلافی تشکیل شده و هیچ داوری در اختلافات دیگر منصوب نشده است؛ یا (۲) یک دیوان داوری در چندین داوری تعیین شده است. در ضمن، در صورتی که همه طرفین با الحاق موافقت کنند یا دیوان تشخیص دهد که شخص ثالث، طرف قرارداد داوری مربوطه است، شخص ثالث ممکن است پس از تشکیل دیوان داوری نیز به آن ملحق شود.

مواد ۸ و ۹ قواعد قواعد مرکز داوری بین‌المللی دبی ۲۰۲۲ همچنین تضمین می‌نمایند که دیوان می‌تواند به طور مؤثر به تمام دعاوی بین طرفین رسیدگی و اطمینان حاصل کند که طرف‌های مناسب اختلاف جملگی به داوری ملحق شده‌اند. بر همین اساس، به موجب قواعد داوری اتاق بازرگانی، صنعت، معدن و تجارت ۱۴۰۲ نیز مقوله ورود و جلب ثالث همراه با ادغام داوری پیش‌بینی شده است؛ بدین ترتیب، مواد ۹ و ۱۰ قواعد پیش گفته به ترتیب به ادغام و الحاق ثالث به فرآیند داوری اختصاص پیدا کرده‌اند. در این خصوص شایان توجه است که در تبیین احکام ادغام و الحاق ثالث به داوری، قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) مدنظر قرار گرفته است.

با این اوصاف متذکر می‌شود، شناسایی تدابیر مربوط به ادغام پرونده‌های مرتبط و اضافه‌شدن ثالث در فرآیند داوری به داوران این فرصت را می‌دهد تا فرآیند داوری را به صورت کارآمدتر و مؤثرتری مدیریت نمایند؛ این مسئله به‌ویژه زمانی اهمیت می‌یابد

1. <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/> (accessed: February 4, 2024)

که اختلافات مرتبطی میان طرفین اختلاف وجود دارد یا اینکه اشخاص متعددی در داوری مشارکت می‌نمایند.

۲-۲-۵. مقر داوری

یکی از تدابیر ارزنده در قواعد (DIAC) ۲۰۲۲، شناسایی مرکز مالی بین‌المللی دبی (DIFC) به‌عنوان مقر داوری^۱ است. بر این اساس، قسمت نخست از ماده ۲۰ قواعد یادشده مقرر کرده است که چنانچه طرفین اختلاف به صورت دیگری توافق نکرده باشند، مقر داوری اولیه مرکز مالی بین‌المللی دبی (DIFC) خواهد بود؛ البته دیوان داوری پس از مشاوره با طرفین اختلاف، این امکان را دارد تا مکان دیگری را نیز به‌عنوان مقر داوری تعیین نماید.^۲

مزیت مترتب بر شناسایی مرکز مالی بین‌المللی دبی (DIFC) به‌عنوان مقر داوری آن است که نهاد یادشده به صورت تخصصی در حوزه مسائل مدنی و تجاری بین‌المللی کنشگری می‌نماید. بر این اساس، دادگاه‌های تجاری بین‌المللی^۳ در شمار یکی از ارکان این مرکز بازرگانی بین‌المللی فعالیت می‌نمایند. در این خصوص شایان توجه است، قانون شماره ۹ دبی در سال ۲۰۰۴ مرکز پیش‌گفته^۴ و سه نهاد متعلق به آن را تأسیس کرد. در این میان، نهاد قضایی مرکز بین‌المللی مالی دبی همراه با دادگاه‌های مرکز

1. Seat of the arbitration.

منظور از مقر داوری، محل و پایگاه حقوقی داوری است نه محل عینی، فیزیکی یا جغرافیایی داوری (Mafi, 2017: 260).

۲. به نظر می‌رسد، امکان جابه‌جایی مقر داوری پیامدهای مناسبی را به دنبال نداشته باشد؛ زیرا چنانچه مقر نخستین، مرکز مالی بین‌المللی دبی (DIFC) انتخاب شود که مقرات آیین دادرسی خاص خود (خارج از سیستم فدرال است) را دارد و سپس مقر دیگری در امارات متحده عربی انتخاب شود، قواعد آیین دادرسی مقر داوری مشمول قانون داوری فدرال امارات متحده عربی خواهد بود.

3. International Commercial Courts.

4. https://www.difccourts.ae/wp-content/uploads/2017/10/Dubai12of2004_amended2011.pdf (accessed: January 31, 2024)

بین‌المللی مالی دبی قرار دارند. علاوه بر این، قانون مرکز بین‌المللی مالی دبی (DIFC) بیان می‌کند که منطقه آزاد، خارج از حوزه قضایی دبی است. مرکز بین‌المللی مالی دبی (DIFC) قوانین خاص خود را دارد. به‌طور خلاصه، قوانین مرکز بین‌المللی مالی دبی (DIFC) آن را متمایز از قوانین فدرال و قوانین حاکم در دبی می‌داند. دادگاه‌های مناطق آزاد صلاحیت رسیدگی به دعاوی مدنی و تجاری را دارند؛ از این رو، این دادگاه‌ها نمی‌توانند به پرونده‌های کیفری رسیدگی کنند (Kamøy, 2020: 101). این موضوع صلاحیت اختصاصی این نوع از محاکم را به‌خوبی نشان می‌دهد که تنها امکان ورود به پرونده‌های مدنی و تجاری را دارند.

با این مراتب، انتخاب مرکز مالی بین‌المللی دبی (DIFC) به‌عنوان مقر دآوری پیش فرض و اولیه نشان از رویکرد تخصصی و همچنین شناسایی نوعی نظام همکاری و تقسیم کار میان نهادهای حل اختلاف تجاری بین‌المللی دارد؛ اتخاذ چنین نگرشی نه تنها باعث تشویق بازرگانان و شرکت‌های تجاری مبنی بر طرح اختلافات خود در یک بستر تخصصی مالی و تجاری بین‌المللی می‌شود بلکه موجب هم‌افزایی با مرکز مالی بین‌المللی دبی نیز می‌گردد. این هم‌افزایی و مشارکت میان مرکز دآوری بین‌المللی دبی و دادگاه‌های تجاری بین‌المللی مستقر در مرکز مالی بین‌المللی دبی منجر به ارتقا سطح فرآیند فصل خصومت و مرکزیت بیشتر دبی در مسیر حل اختلافات تجاری به‌ویژه در سطح بین‌الملل می‌شود.

از سوی دیگر، مطابق با ماده ۲۹ قواعد دآوری مرکز دآوری اتاق ایران ۱۴۰۲، چنانچه مقر دآوری در دآوری بین‌المللی تعیین نشده باشد یا ابهام داشته باشد، تعیین مقر با دیوان دآوری است که می‌تواند تعیین این موضوع را به داور ارجاع دهد. تدوین‌کنندگان ماده یادشده به مثابه آنچه در ماده ۲۰ قانون دآوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ آمده است، عمل نموده‌اند. در این باره گفته شده است، این ماده [ماده ۲۰ قانون مذکور] از یک نظام دوگانه الگوبرداری کرده است؛ بدین ترتیب که آزادی طرفین را براساس اصل حاکمیت اراده در انتخاب محل دآوری به رسمیت می‌شناسد؛ در مرحله

دوم و در صورت توافق نداشتن طرفین، دیوان داوری در ارتباط با محل داوری با احتساب اوضاع و احوال دعوی و سهولت دسترسی طرفین تعیین تکلیف می‌نماید (Mafi, 2017: 260).

با این مراتب بهتر آن است تا برای ایجاد اطمینان و شفافیت بیشتر، مقر داوری به صورت پیش‌فرض و اولیه (در صورت فقدان توافق مخالف) تعیین شود. تصریح به چنین مسئله‌ای با ارتقا سطح پیش‌بینی‌پذیری روند داوری، باعث اطمینان‌خاطر بیشتر اشخاص در ارجاع اختلافات خود به مراکز داوری می‌شود.

۲-۲-۶. زبان دلخواه و استفاده از داوران خارجی

زبان مورد استفاده در فرآیند داوری موجود در مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) بر پایه توافق طرفین یا زبان موافقت‌نامه داوری گزینش می‌شود؛ البته برخی از نویسندگان مدعی هستند که در شمار دلایل اصلی جذابیت مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC)، استفاده از زبان انگلیسی در انجام مراحل داوری است (AlQahtani, 2022: 49)؛ این در صورتی است که در ماده ۲۱ قواعد (DIAC) ۲۰۲۲ با عنوان زبان داوری،^۱ به صراحت آمده است که در صورت توافق نداشتن مخالف طرفین، زبان داوری به زبانی است که موافقت‌نامه داوری با آن نگارش یافته است؛ البته در صورتی که در تنظیم موافقت‌نامه داوری از بیش از یک زبان استفاده شده باشد، دیوان داوری در مورد زبان مورد استفاده تصمیم‌گیری خواهد نمود؛ مگر اینکه در موافقت‌نامه داوری ذکر شده باشد که داوری باید به بیش از یک زبان انجام شود.

وانگهی محدودیتی برای گزینش داوران بر پایه ملیت آنها وجود ندارد کما اینکه تمامی افرادی که به صورت حرفه‌ای مبادرت به انجام داوری تجاری می‌نمایند و از دانش کافی نیز برخوردار هستند می‌توانند درخواست خود مبنی بر عهده‌دار شدن سمت

داوری در مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) را به صورت آنلاین در وبگاه آن مرکز ارائه نمایند.^۱

با توجه به بند ۱ ماده ۳۰ قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲: «در صورت عدم تعیین زبان داوری توسط طرفین، «داور» با مشورت با طرفین و با توجه به قرارداد و اوضاع و احوال پرونده، زبان داوری را تعیین می‌کند.» همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در صورت توافق نداشتن طرفین، داور مبادرت به تعیین زبان داوری می‌نماید؛ این در صورتی است که راه‌حل قواعد مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) ۲۰۲۲ بهتر ارزیابی می‌شود؛ زیرا به دور از هرگونه ابهامی به‌وضوح در مورد زبان داوری تعیین تکلیف کرده است. این مسئله به‌ویژه در حوزه تجارت بین‌الملل موجبات اطمینان‌خاطر بیشتر اشخاص و سرانجام ترغیب ایشان را به ارجاع اختلافات خود به مرکز داوری برخوردار از قواعد صریح و قابل پیش‌بینی فراهم می‌آورد.

درخصوص استفاده از داوران خارجی، قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ ساکت است؛ با وجود این، در ماده ۱۵ قواعد این مرکز آمده است که در داوری‌های بین‌المللی، در صورت طرح نکردن ایراد از سوی طرفی که تابعیت یکسان با «داور» ندارد، امکان نصب داور واحد یا سرداور با تابعیت یکسان با هریک از طرفین اختلاف میسر است. این موضوع به‌طور ضمنی نشان می‌دهد که تمهیدی مبنی بر استفاده از داوران خارجی در این مرکز نیز دیده شده است؛ هرچند که فرآیند انتخاب‌شدن به این سمت چندان دقیق تعیین نشده است.

1. To apply the request, please refer to the following link: <https://www.diac.com/en/adr-services/become-a-diac-arbitrator> (accessed: February 10, 2024)

۷-۲-۲. شفافیت‌زایی و پیشگیری از تعارض منافع

ایجاد شفافیت^۱ و پیشگیری از تعارض منافع^۲ یکی دیگر از تدابیر مصرح در قواعد (DIAC) ۲۰۲۲ را تشکیل می‌دهد. در این مسیر، وفق قسمت نخست ماده ۲۲ قواعد یادشده، هریک از طرفین اختلاف که شخص یا اشخاص ثالثی آنها را تأمین مالی کرده‌اند باید این موضوع را بی‌درنگ همراه با تعیین هویت سرمایه‌گذار و اینکه آیا سرمایه‌گذار دارای اعتبار است یا خیر، برای همه طرف‌های دیگر در اختلاف و مرکز داوری افشا کند. آشکارسازی چنین موضوعی نه تنها زمینه ایجاد هرچه بیشتر شفافیت را فراهم می‌آورد بلکه پیشگیری از تحقق تعارض منافع را نیز به دنبال خواهد داشت.

به علاوه، وفق قسمت دوم ماده ۲۲ قواعد (DIAC) ۲۰۲۲، طرفین از انعقاد هرگونه توافق تأمین مالی با شخص ثالث منع شده‌اند که می‌تواند زمینه‌ساز وقوع تعارض منافع میان تأمین‌کننده مالی ثالث^۳ با اعضای دیوان داوری شود؛ البته طرفی که وارد چنین توافق‌نامه مالی شده است مکلف شناخته شده که چنین تأمین مالی را به سایر طرفین درگیر، مرکز و دیوان داوری اطلاع دهد.

از طرف دیگر، ماده ۵-۷ قواعد (DIAC) ۲۰۲۲ مقرر می‌دارد که طرفین اختلاف تنها در صورت موافقت دیوان داوری این حق را پیدا می‌کنند تا نمایندگان خود را تغییر دهند یا به تعداد آنها اضافه نمایند. در رابطه با این موضوع، دیوان داوری موظف است وجود تعارض منافع احتمالی^۴ را بررسی کند.

با این مراتب باید اذعان نمود که کنشگران مرکز داوری بین‌المللی دبی روش مناسبی را در حوزه مدیریت تعارض منافع^۵ برگزیده‌اند؛ بدین ترتیب که ابتدا بررسی و شناسایی وجود تعارض منافع احتمالی در دستور کار قرار گرفته است و سپس تدابیری به منظور

1 . Transparency.

2 . Prevention of the conflict of interests.

3 . The third-party funder.

4 . The potential for conflicts of interest.

5 . Managing conflicts of interest.

خشی‌سازی آن (از طریق افشای آن به سایر طرف‌های درگیر در روند حل اختلاف و تکلیف مرجع داوری با در نظر گرفتن آن در روند داوری) مدنظر قرار گرفته است. با این همه، مدیریت تعارض منافع تا اندازه‌ای نیز مدنظر تدوین‌کنندگان قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ قرار گرفته است. در این زمینه، در ماده ۱۱ قواعد پیش‌گفته آمده است که امکان مخالفت داور با معرفی، انتخاب، تغییر یا افزودن نماینده جدید، که در اثنای رسیدگی صورت می‌گیرد، وجود دارد که پیش‌بینی این موضوع به دلیل وجود تعارض منافع احتمالی بین داور و نماینده مدنظر است؛ در صورتی که داور به این مسئله اهتمام نوزد، ممکن است مقوله جرح داور وفق بند ۱ ماده ۱۸ قواعد یادشده^۱ پیش آید.

همچنین به موجب بند ۴ ماده ۱۷ قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲: «هرگونه تردید درخصوص تکلیف به افشای واقعیات، اوضاع و احوال و روابط موجود میان «داور» و طرفین باید به نفع افشاء تفسیر شود.» اگرچه تکلیف به افشا (با توجه به معیار عینی)^۲ که در این بند مدنظر قرار گرفته است در جهت مقابله با تعارض منافع، اقدامی ارزنده قلمداد می‌شود اما تنها منصرف به روابط میان داور و طرفین اختلاف دانسته شده است؛ از این رو، درخصوص وجود تعارض منافع احتمالی میان اشخاص ثالث با داور (از طریق قراردادهای تأمین مالی ثالث با یکی از طرفین) تصریحی ملاحظه نمی‌شود. در مجموع باید اذعان نمود، در قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲، تعارض منافع از طریق تأمین مالی شخص یا اشخاص ثالث در کانون توجه قرار نگرفته است.

۱. طبق این بند: « «داور» در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود، باعث تردید موجهی نسبت به بی‌طرفی و استقلال او شود یا فاقد اوصافی باشد که طرفین تعیین کرده اند».

۲. در این خصوص آمده است: «تعیین معیار عینی برای استقلال و بی‌طرفی؛ یعنی بررسی جرح و اعتراض نسبت به استقلال و بی‌طرفی داور یا به عبارت دیگر، بررسی اینکه آیا داور فاقد صلاحیت داوری است یا خیر. علاوه بر اصول راهنمای قانون بین‌المللی وکلا، در بند ۲ ماده ۱۲ قانون نمونه آنسیترال راجع به داوری تجاری بین‌المللی

۱۹۸۵ نیز پیش‌بینی شده است.» (Mafi and Fallah 2017: 172)

۸-۲-۲. مسئولیت‌زدایی از داوران

در شمار تدابیر موجود در قواعد (DIAC) ۲۰۲۲، مسئولیت‌زدایی مدنی و کیفری به صورت توأمان از داوران^۱ است. اتخاذ چنین نگرشی باعث می‌شود تا داوران فارغ از هرگونه واهمه و عقوبتی فرآیند داوری را انجام دهند. وانگهی، سلب مسئولیت باعث تشویق هرچه بیشتر کنشگران در زمینه انجام فعالیت‌های مرتبط با داوری تجاری می‌شود. همچنین چنین روشی به نوعی از داوران در مقابل طرح ادعاهای واهی نسبت به ایشان محافظت می‌نماید و محیط داوری را نیز از افشا اطلاعات محرمانه مصون می‌دارد؛ این مسئله به‌ویژه در حوزه فعالیت‌های تجاری اهمیت بیشتری نیز دارد.

در این مسیر، ماده ۴۱ قواعد یادشده به‌صراحت مقرر می‌دارد که هیچ یک از اعضای دیوان یا مرکز داوری، در قبال هر فعل یا ترک فعل نسبت به هیچ شخص یا طرفی در رابطه با داوری، که به موجب قواعد این داوری صورت گرفته است، مسئول به حساب نمی‌آیند. در ضمن، در مقطع کنونی، داوران درباره داوری صورت‌گرفته فاقد مسئولیت کیفری نیز قلمداد می‌شوند. بر این اساس، به موجب فرمان فدرال شماره ۲۴ در اکتبر ۲۰۱۸، ماده ۲۵۷ از قانون مجازات امارات متحده عربی حذف شده است؛ بدین‌صورت، دیگر مسئولیت کیفری متوجه داوران نمی‌شود؛ این گام مثبت دیگری برای تبدیل امارات متحده عربی به یک کشور دوستدار داوری در جهان به شمار می‌آید (Javeed, 2021: 3). با این مراتب، باید اذعان نمود امارات متحده عربی در سطوح فدرال و امارت‌ها، موضع مناسبی را در حذف مسئولیت داوران اتخاذ کرده است؛ چنین نگرشی به نهادهای سازی و استقرار هرچه بیشتر نهاد داوری تجاری بین‌المللی در امارات متحده عربی و رقابت نزدیک آن با دیگر مراکز داوری تجاری بین‌المللی در دنیا مساعدت می‌نماید.

در قواعد منتشرشده مرکز داوری اتاق ایران ۱۴۰۲ نیز مقوله معافیت از مسئولیت داوران پیش‌بینی شده است. در این مسیر، طبق ماده ۴۸ قواعد مذکور: «مسئولیت

1 . Exclusion of liability.

دبیرکل، کارکنان «مرکز داور»، اعضای «دیوان داور مرکز داور»، «داور» و داور اضطراری، از حیث اجرای مقررات مربوط به داور، تحت «قواعد داور» و سایر آیین‌نامه‌های «مرکز داور» همان است که به موجب قوانین مربوط مقرر شده است و مسئولیت دیگری متوجه ایشان نخواهد بود.» مبنای اعطای چنین معافیت از مسئولیتی، قراردادی است؛ بدین ترتیب چنین معافیتی تنها می‌تواند بخشی از مسئولیت مدنی را (جز خسارت‌های عمدی) در برگیرد؛ البته برخی از نویسندگان بر این اعتقاد هستند که برخلاف عنوان این ماده (ماده ۶۶ سابق اتاق بازرگانی)، بحث از معافیت مسئولیت داوران مطرح نیست بلکه داوران نیز مشمول ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ قرار دارند^۱ (Taghipour, 2014: 82)؛ اگرچه انتظار بر آن است تا صراحت بیشتری در مسئولیت نداشتن داوران در ماده ۴۸ قواعد به کار گرفته می‌شد، این موضوع مانع از آن نمی‌شود که سلب مسئولیت داوران را وفق قواعد یادشده (معافیت قراردادی از مسئولیت) به کلی انکار کرد.

با وجود این، برخلاف قانون فدرال داور امارات متحده عربی ۲۰۱۸ (همراه با اصلاحات بعدی)، وفق نظام حقوقی ایران، مسئولیت کیفری داوران درباره داور صورت گرفته مستثنا در نظر گرفته نشده است؛ از این رو، داوران می‌توانند به خاطر رفتار خود در فرآیند داور مشمول تعقیب و محاکمه نیز قرار گیرند. بر این اساس، قانون‌گذار در ماده ۵۸۸ قانون تعزیرات^۲ ۱۳۷۵ جرم‌انگاری خاصی را نسبت به داوران

۱. مطابق با ماده قانونی یادشده: «هرگاه در اثر تدلیس، تقلب یا تقصیر در انجام وظیفه داوران ضرر مالی متوجه یک طرف یا طرفین دعوا گردد، داوران برابر موازین قانونی مسؤول جبران خسارت وارده خواهند بود.»

۲. برخلاف نظام حقوقی ایران، در کشورهایی مانند انگلستان و ایالات متحده آمریکا و دیگر کشورها با نظام حقوقی کامن‌لا، مصونیت داوران (Arbitral immunity) به صورت مطلق یا محدود پذیرفته شده است. به نقل از: (Mafi and Hussein Moghadam, 2017: 90)

۳. طبق ماده قانونی مذکور: «هریک از داوران و ممیزان و کارشناسان اعم از اینکه دادگاه معین کرده باشد یا طرفین، چنانچه در مقابل اخذ وجه یا مال به نفع یکی از طرفین اظهارنظر یا اتخاذ تصمیم نماید به حبس از شش

انجام داده است. این در صورتی است که شناسایی مسئولیت کیفری برای داوران به‌ویژه در حوزه داوری سازمانی، که داوران حرفه‌ای و آگاه به کنشگری می‌پردازند نه تنها نمی‌تواند بازدارندگی^۱ لازم را داشته باشد بلکه می‌تواند بر سطح کیفی داوری نیز اثر سوء داشته باشد؛ زیرا داور همواره نگران طرح دعاوی واهی کیفری علیه خود است؛ بنابراین حتی در مواردی که داور از وظایف حرفه‌ای خود خارج شده است نیز می‌توان از ضمانت اجرای دیگر از قبیل ایراد جرح، حذف داور از فرآیند رسیدگی، بطلان تصمیمات چنین داوری یا ضمانت اجرای سازمان و مرکز داوری (مقام ناصب) علیه شخص داور از قبیل توبیخ، جریمه نقدی و اخراج از مرکز داوری استفاده نمود.

فرجام سخن

با کاوشی که در طی این نوشتار صورت گرفت مشخص شد، مرکز داوری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران همراه با مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) اصلاحات سازنده و متناسبی را در پیشبرد داوری تجاری بین‌المللی انجام داده‌اند. این تحولات که در حوزه استفاده از فناوری روز در فرآیند داوری، برگزاری جلسات رسیدگی مجازی، داوری سریع و اضطراری، الحاق ثالث و ادغام پرونده‌ها پدید آمده است این دو مرکز داوری را به یکدیگر نزدیک کرده است.

با این اوصاف، تدوین‌کنندگان قواعد مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) شفافیت و صراحت بیشتری را در انشای قواعد یادشده به خرج داده‌اند. اتخاذ چنین روشی بر پیش‌بینی‌پذیری فرآیند داوری به‌طور قابل ملاحظه‌ای می‌افزاید. این موضوع به‌ویژه در عرصه تجارت بین‌المللی، اطمینان خاطر بیشتری را برای طرفین اختلاف پدید می‌آورد؛ زیرا مراحل مختلف روند داوری نه تنها اندکی ابهام ندارد بلکه این آگاهی و فراست نیز

ماه تا دو سال یا مجازات نقدی از ۲۵/۰۰۰/۰۰۰ تا ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال محکوم و آنچه گرفته است به‌عنوان مجازات مودی به نفع دولت ضبط خواهد شد.»

1. Deterrence.

به اصحاب اختلاف منتقل می‌شود که داور به‌طور دقیق در حیطه صلاحیت از پیش تعیین‌شده کنشگری می‌کند. آشکار است که عدم شفافیت لازم و ابهام‌زایی می‌تواند به سوءاستفاده احتمالی داور از صلاحیت خود یا پیدایش باورهای نادرست نسبت به فرآیند داوری و درنهایت، موجب سوءظن و بدگمانی به مرکز داوری شود.

افزون بر آن، مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) با به کارگیری مکانیسم‌های متنوعی به‌ویژه استفاده از داوران خارجی، مدیریت مناسب مقوله تعارض منافع، مسئولیت‌زدایی صریح از داوران و انتخاب مرکز مالی بین‌المللی دبی (DIFC) به‌عنوان مقر داوری بر سیمای بین‌المللی خود افزوده است. انتخاب مرکز مالی بین‌المللی یادشده به‌عنوان مقر داوری (به صورت پیش‌فرض) با توجه به شهرت و تجربه‌ای که این نهاد، درباره رسیدگی تخصصی به مسائل مدنی و تجاری بین‌المللی دارد، موجب تعامل هرچه بیشتر با مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC) و سرانجام هم‌افزایی با آن شده است؛ با این حال، در این مسیر نباید از نقش قانون فدرال داوری امارات متحده عربی ۲۰۱۸ (همراه با اصلاحات ۲۰۲۳) در پیاده‌سازی و توسعه اصول داوری و همچنین انتقای مسئولیت کیفری داوران راجع به داوری صورت‌گرفته نیز غفلت کرد.

از سوی دیگر، اگرچه قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران در سال ۱۴۰۲، تحولات سازنده و روزآمدی را در پیشبرد داوری تجاری سازمانی در برداشته است ولی در برخی موارد مثل مقابله با تعارض منافع و رعایت محرمانگی، رویکرد جامع و جزئی‌نگری هنوز در پیش نگرفته است. در این باره، مقابله با تعارض منافع از طریق قراردادهای تأمین مالی اشخاص ثالث با طرفین اختلاف به صورت شایسته مورد توجه واقع نشده است. به علاوه، به ترسیم قواعد حفظ محرمانگی نیز به صورت مناسب توجه نشده است.

با این حال، انتظار می‌رود مراکز داوری، از جمله مرکز داوری اتاق ایران، در روند تدوین قواعد داوری تجاری خود - به‌ویژه در سطح بین‌المللی - رویکردی روزآمدتر و شفاف‌تری را در پیش گیرند تا با ایجاد اطمینان‌خاطر بیشتر در میان اشخاص، نقش

مؤثری را در فرآیند حل اختلاف ایفا کنند. این موضوع نیز جز با مطالعه و بررسی تدابیر اتخاذی از ناحیه سایر مراکز داوری بین‌المللی و به دنبال آن، ایجاد اصلاحات لازم در حوزه داوری تجاری بین‌المللی حاصل نخواهد شد.

با توجه به مطالعات و بررسی‌های انجام‌شده، توصیه می‌شود مرکز داوری اتاق ایران تدابیر زیر را در پیش گیرد تا جایگاه خود را در میان نهادهای داوری تجاری بین‌المللی ارتقا دهد:

- انشای قواعد شفاف و کامل در حوزه مقابله با تعارض منافع توأم با ضمانت اجرای صریح: در این خصوص، شایسته است تا راجع به التزام به افشای قراردادهای تأمین مالی اشخاص ثالث با هریک از طرفین اختلاف که زمینه وقوع تعارض منافع را فراهم می‌آورد، تدابیر لازم و پیشگیرانه اتخاذ شود - تعیین چهارچوب و انواع دستورهای موقت: در جهت ایجاد شفافیت هرچه بیشتر در قواعد داوری، توصیه می‌شود تا چهارچوب کلی صلاحیت داور در حوزه دستورات موقت به‌صراحت تعیین شود؛ اتخاذ چنین نگرشی، سطح پیش‌بینی‌پذیری فرآیند داوری را ارتقا می‌دهد و با ایجاد بستری شفاف و قابل پیش‌بینی، موجب ترغیب تجار به جهت ارجاع اختلافات خود به این مرکز می‌شود.
- انشا قواعد حفظ محرمانگی همراه با ضمانت اجرای متناسب: در این خصوص شایسته است تا در مقام انشاء قواعد حفظ محرمانگی، توسعه دامنه ملتزمان به حفظ محرمانگی (اشخاصی که در فرآیند داوری مداخله دارند) نیز در دستور کار قرار گیرد؛ در پیش گرفتن چنین نگرشی باعث می‌شود که طرفین اختلاف از سوءاستفاده‌های احتمالی ناشی از افشای اطلاعات آنها به‌ویژه توسط رقبای بازرگانی خود مصونیت یابند.
- شناسایی نظام رسیدگی سریع به صورت مطلق: احتساب اصل حاکمیت اراده ایجاب می‌کند تا فارغ از مبلغ موضوع دعوی، امکان رسیدگی سریع برای

اشخاصی مهیا شود که خواهان آن هستند مگر ماهیت اختلاف به گونه‌ای باشد که وفق نظر مرکز داوری، امکان رسیدگی سریع وجود نداشته باشد.

- تصریح لازم در حوزه مسئولیت‌زدایی از داوران: با توجه به پیش‌بینی نظام مسئولیت داوران در قوانین موضوعه، شایسته است حداقل در حوزه معافیت قراردادی از مسئولیت داوران، تدوین‌کنندگان قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران صراحت بیشتری را در دستور کار قرار دهد تا از هرگونه تفسیر و تشتت رأی احتمالی از این حیث نیز جلوگیری به عمل آید.

References

- Abugu, U., & Oduwale, A. (2020). An Overview of the Principle of Competence-Competence in International Commercial Arbitration. *Chukwuemeka Odumegwu Ojukwu University Journal of Private and Public Law*, 2(1): 1-7.
- Ahmed, M., Almutawa., A., F., M., Maniruzzaman. (2014). The UAE's Pilgrimage To International Arbitration Stardom - A Critical Appraisal of Dubai as a Centre of Dispute Resolution Aspiring to be a Middle East Business Hub. *The Journal of World Investment and Trade*, 15(2):193-244. doi: 10.1163/22129000-01502006
- Alcolea, L. C. (2022). The Rise of the International Commercial Court: A Threat To The Rule Of Law? , *Journal of International Dispute Settlement*, 13(3), 413-442.
- AlQahtani, A. H. (2022). The Dubai Experience: Evaluating The Effectiveness and Efficiency of International Commercial Arbitration Laws in the Arab Region (*Doctoral Dissertation, Macquarie University*).
- AlQahtani, A. H. (2022). The Dubai Experience: Evaluating The Effectiveness and Efficiency of International Commercial Arbitration Laws in The Arab Region (*Doctoral Dissertation, Macquarie University*).
- Antonopoulou, G. (2023). The 'Arbitralization' of Courts: The Role of International Commercial Arbitration in the Establishment and The Procedural Design of International Commercial Courts. *Journal of International Dispute Settlement*, idad007.
- Blackaby KC, N., Partasides KC, C., Redfern, A. (2023). *Redfern and Hunter on International Arbitration: Student Version*. United Kingdom: OUP Oxford.

- Dimitropoulos, G. (2021). International Commercial Courts in The 'Modern Law of Nature': Adjudicatory Unilateralism in Special Economic Zones. *Journal of International Economic Law*, 24(2), 361-379.
- Draguiev, D. (2023). *Interim Measures in Cross-Border Civil and Commercial Disputes: Interim Relief Proceedings in International Litigation and Arbitration*. Germany: Springer International Publishing.
- International Commercial Courts: *The Future of Transnational Adjudication*. (2022). India: Cambridge University Press.
- International Commercial Courts: *The Future of Transnational Adjudication*. (2022). India: Cambridge University Press.
- Ismail, F. (2022). *Islamic Finance in the Financial Markets of Europe, Asia and America*. (n.p.): Taylor & Francis.
- Jahanian M, Shahbazinia M. (2019). Application of the Competence-Competence Principle in Arbitrability of Claims, Comparative Analysis of Iranian and American Law. *Comparative Law Review*. 23 (2) :33-56. [In Persian]
- Javeed, A. (2021). Arbitration Law in the UAE: An Overview on Jurisdiction. Available at SSRN 3991916. 1-9.
- Kaliuzhna, O. (2022). Comparative Analysis of How Emerging Arbitration Hubs Like South Korea and The Uae Compete for Dominance in the International Arena. *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 51, 897.
- Kamøy, K. (2020). *Diversity of Law in the United Arab Emirates: Privacy, Security, and The Legal System*. United Kingdom: Taylor & Francis.
- Mafi, H. (2017). A Commentary on Iran's International Commercial Arbitration Law. Tehran: University of Judicial Sciences and Administrative Services. [In Persian]
- Mafi, H., Hussein Moghadam, S.H. (2017). Conception and Scope of Arbitrators' Liability. *Legal Research Quarterly*. 17 (66): 81-111. [In Persian]
- Mafi, H., & Falah, M. (2014). Conflict Of Interest in International Arbitration with an Emphasis on the International Bar Association Guidelines. *International Organizations Quarterly*. 1(2), 161-180. [In Persian]
- Najjar, N. (2017). *Arbitration and International Trade in the Arab Countries*. Netherlands: BRILL.
- Rastbod, M., Rostami, E. (2018). Study the Separability of Arbitration Clause in Iranian and American Law. *Comparative Law Review*. 9 (2): 619-638. [In Persian]
- Razavi Khadem, G., Rastgou Khiavi, R. (2021). Confidentiality status in arbitration regarding investment disputes. *Judicial Law Review*. 25 (92): 107-127. [In Persian]

- Ristovska, M. (2021, May). The Principle of Confidentiality in International Arbitration. in IBANESS Conference Series-Plovdiv/Bulgaria (Vol. 15, No. 2, pp. 415-421).
- Synková, S. (2013). *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage: A Comparative Analysis of The English, German and Swiss Legal Order*. Germany: Springer International Publishing.
- Taghipour, B. (2013). Confidentiality of Arbitration International Tade. *Journal of Private Law*. 10 (2): 313-347. [In Persian]
- Taghipour, B. (2014). «Liability of Arbitrators in the Law of Iran and some Countries». *Comparative Law Review*. 5 (1): 57-85. [In Persian]
- Tesfay, S. Y. (2021). *International Commercial Arbitration: Legal and Institutional Infrastructure in Ethiopia*. Germany: Springer International Publishing.
- The International Compendium of Construction Contracts: A Country By Chapter Review*. (2021). Germany: De Gruyter. Germany: De Gruyter.
- Zare, M., Salimi, M. (2018). Legal Nature and Separability of Arbitration Clause from the Main Contract from the Stand Point of Judicial Precedent. *Private Law Studies Quarterly*. 48 (3): 453-472. [In Persian]





Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.49886.5139>



Research Article

Unregistered Transfer of Company Shares and Rights of Third Parties: Boundaries of Invalidity and Its Effects

Khadije Shirvani^{1*}, Hamid Kabiri Shahabad²

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Damghan University-Damghan-Iran
2. Assistant Professor of Private Law, Faculty of Law, Political Science and History, Yazd University, Yazd – Iran

Article history:

Received: 06-04-2024

Accepted: 16-08-2024

Abstract

Introduction

Shares of joint-stock companies are among the assets that have attracted significant public attention for trading in recent years. The principle of free transferability of shares in joint-stock companies is a key factor in this regard. However, when an individual seeks to acquire shares from another party, concerns arise regarding the transferor's ownership and its continuity until the transfer is completed. Subsequent transfers of the same shares also present challenges.

According to Article 40 of the Amended Bill of the Commercial Code (1969), the transfer of registered shares that are not recorded in the company's share registry is invalid against the company and third parties. The primary objectives of this study are to analyze the rationale behind share registration, examine the legal consequences of non-registration, and delineate the rights between transferees and third parties in cases of conflict.

Please cite this article as:

Shirvani, Kh., Kabiri Shahabad, M (2025). Unregistered Transfer of Company Shares and Rights of Third Parties: Boundaries of Invalidity and Its Effects. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 181-214. <https://doi: 10.22099/JLS.2024.49886.5139>

* Corresponding author:

E-mail address: kh.shirvani@du.ac.ir

Additionally, the article addresses questions such as the legal status of the first transferee (where the formalities of Article 40 were not observed) compared to a second transferee (where the transfer formalities were properly followed).

Methods

This research adopts an analytical-descriptive approach, utilizing library-based resources including laws, judicial rulings, and legal scholarship. By examining the legal foundations of share registration and analyzing statutory provisions such as Article 40 of the Amended Commercial Code and Article 754 of the New Commercial Bill, the authors elucidate the effects of unregistered share transfers.

Results

If a share transfer is not recorded in the company's share registry, the contract between the transferor and transferee remains valid but cannot be enforced against the company or third parties. Consequently, the transferee's recourse is to compel the transferor to register the transfer in the company's share registry.

1. Non-enforceability Against the Company:

- This is absolute - the transfer only becomes enforceable upon registration.
- The company's awareness of the transfer does not affect this principle.

2. Non-enforceability Against Third Parties:

- This is conditional, depending on:
 - a) The third party's lack of knowledge of the transfer
 - b) The third party's beneficial interest in maintaining the transferor's ownership
- If third parties are aware of the transfer, it remains enforceable against them even if unregistered.

3. Conflict in Multiple Transfers:

- If the transferor first transfers shares to Transferee A (unregistered) and then to Transferee B (registered):
 - a) If Transferee B knew of the first transfer, the second transfer is voidable and subject to ratification or rejection by Transferee A.
 - b) If Transferee B was unaware, the first transfer is unenforceable against them. Transferee B is recognized as the rightful owner, while Transferee A can only seek compensation from the transferor.

4. Encumbrances or Attachment Before Registration:

- If shares are pledged or attached by a third party before registration, the rights of bona fide third parties prevail over those of the transferee.

- Although security interests are not recorded in the share registry, third parties relying on the registry's information are protected. Thus, any claim for compulsory registration must respect these third-party rights.

Conclusions

Registration of share transfers in the company's registry is a legal necessity to prevent future disputes. Failure to register exposes the transferee to significant risks, including loss of ownership or conflicts with third-party rights. Proposed amendments to Article 40 should:

1. Clarify the definition of non-registration
2. Define the rights of the first transferee in cases of multiple transfers
3. Strengthen protections for bona fide third parties with precise conditions

This study demonstrates that the share registration system benefits not only the company but all stakeholders, and that adherence to registration formalities reduces legal complexities.

Keywords: shares, transferee, share register document, transfer, third party.



انتقال بدون ثبت سهام شرکت و حقوق منتقل الیه و اشخاص ثالث؛ مرزهای ناسازگاری و آثار آن

خدیدجه شیروانی^{۱*}، حمید کبیری شاه آباد^۲

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران

۲. استادیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و تاریخ دانشگاه یزد، یزد، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۱۸

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: سهام شرکت‌های سهامی از جمله اموالی است که در سال‌های اخیر برای دادوستد مورد توجه عموم مردم بوده است. اصل آزادی نقل و انتقال سهام در شرکت‌های سهامی از عوامل مؤثر بر این مهم محسوب می‌شود. اما اگر شخصی بخواهد سهامی را از دیگری به انتقال بگیرد، از جمله دغدغه‌هایی که برای وی مطرح می‌شود مالکیت ناقل و بقای آن تا زمان انتقال است. همچنین است نقل و انتقالات بعدی که نسبت به همین سهام واقع می‌شود. بر اساس ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷)، انتقال سهام بانامی که در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشود، در برابر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است. هدف اصلی این پژوهش، تحلیل فلسفه ثبت سهام، ضمانت اجرای عدم ثبت و تعیین مرزهای حقوقی میان منتقل الیه و اشخاص ثالث در موارد تعارض است. همچنین، مقاله به دنبال پاسخ‌گویی به سؤالاتی مانند وضعیت حقوقی منتقل الیه نخست که تشریفات ماده ۴۰ در معامله با او رعایت نشده در مقابل منتقل الیه دوم با رعایت تشریفات انتقال است.

استناد به این مقاله:

شیروانی، خدیجه و کبیری شاه‌آباد، حمید (۱۴۰۴). انتقال بدون ثبت سهام شرکت و حقوق منتقل الیه و اشخاص ثالث؛ مرزهای ناسازگاری و آثار آن. *مجله مطالعات حقوقی*، ۱۷. (۲). ۱۱۴-۱۸۱.

روش‌ها: این پژوهش با روش تحلیلی - توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای شامل قوانین، آرای قضایی و دیدگاه‌های حقوقی انجام شده است. نویسندگان با بررسی مبانی حقوقی ثبت سهام و تحلیل مواد قانونی مانند ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت و ماده ۷۵۴ لایحه جدید تجارت، به تبیین آثار عدم ثبت انتقال سهام بانام پرداخته‌اند.

یافته‌ها: در صورت عدم ثبت نقل و انتقال سهام بانام در دفتر ثبت سهام شرکت، قرارداد بین ناقل و منتقل‌الیه صحیح اما در برابر شرکت و اشخاص ثالث غیرقابل استناد است. بنابراین، راهکار منتقل‌الیه سهام، الزام ناقل به ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت است. عدم قابلیت استناد در برابر شرکت مطلق است و فقط با ثبت نام منتقل‌الیه در دفتر ثبت سهام شرکت، این انتقال در برابر شرکت قابل استناد می‌شود. آگاهی شرکت از نقل و انتقال تأثیری در عدم قابلیت استناد ندارد. اما عدم قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث با توجه به فلسفه ثبت سهام مقید به عدم آگاهی و ذینفع بودن ایشان است. بنابراین اگر اشخاص ثالث از نقل و انتقال سهام آگاه باشند، حتی اگر ثبت انجام نشده باشد، انتقال در برابر ایشان قابل استناد است.

چنانچه ناقل بعد از انتقال سهام به منتقل‌الیه و قبل از ثبت انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت، آن را به دیگری منتقل کند و انتقال دوم در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت شود؛ در این صورت اگر منتقل‌الیه دوم از انتقال اول آگاه باشد، قرارداد انتقال اول در برابر او قابل استناد است و معامله دوم، فضولی و غیرنافذ و منوط به تنفیذ یا رد معامله از سوی منتقل‌الیه اول است. اما اگر منتقل‌الیه دوم از انتقال اول آگاه نباشد، در این صورت وی به دفتر ثبت سهام شرکت و پایگاه اطلاعاتی آن اعتماد کرده است و از آنجا که هدف از ثبت سهام شرکت حمایت از اشخاص ثالث ناآگاه است، در این فرض باید از منتقل‌الیه دوم حمایت و حقوق مکسب وی محترم شمرده شود. بنابراین، قرارداد انتقال اول در برابر منتقل‌الیه دوم قابل استناد نیست، اما قرارداد انتقال دوم در برابر منتقل‌الیه اول قابل استناد است. در نتیجه به جهت حفظ حقوق مکسب منتقل‌الیه دوم امکان الزام به ثبت وجود ندارد. در این فرض با توجه به تعذر دائمی و مطلقی که در رابطه بین ناقل و منتقل‌الیه اول ایجاد شده، این رابطه حقوقی منحل و منتقل‌الیه اول باید برای استرداد عوض پرداختی به ناقل مراجعه کند. همچنین امکان طرح دعوی مسئولیت مدنی بر مبنای مسئولیت غیرقراردادی علیه ناقل به جهت جبران خسارت وارده به منتقل‌الیه اول نیز امکان‌پذیر است.

چنانچه ناقل بعد از انتقال سهام به منتقل‌الیه و قبل از ثبت انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت، آن را نزد دیگری وثیقه قرار دهد یا از سوی شخص ثالثی توقیف شود، در این صورت نیز شخص ثالث به اطلاعات مندرج در دفتر ثبت سهام شرکت اعتماد کرده است، پس باید از وی حمایت شود. لذا همواره

حقوق صاحب حق عینی تبعی بر حق منتقل الیه مقدم خواهد بود. هرچند حق عینی تبعی در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نمی‌شود، اما از آنجایی که صاحب حقوق عینی تبعی به اطلاعات دفتر ثبت سهام شرکت اعتماد کرده و حقوق وی بر اساس مالکیت ناقل ایجاد شده است باید از سوی منتقل الیه رعایت شود. بنابراین اگر دعوای الزام به ثبت سهام به نام منتقل الیه نیز مطرح شود، با حفظ حقوق عینی تبعی این دعوا پذیرفته می‌شود.

نتیجه‌گیری: ثبت انتقال سهام بانام در دفتر ثبت سهام شرکت یک ضرورت حقوقی است تا از تعارضات آینده جلوگیری شود. عدم ثبت انتقال، منتقل الیه را در معرض خطرهای جدی مانند از دست دادن مالکیت یا تعارض با حقوق شخص ثالث قرار می‌دهد. پیشنهاد می‌شود ماده ۴۰ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت به این صورت اصلاح گردد که عدم ثبت انتقال را به صورت شفاف‌تر تعریف کند، حقوق منتقل الیه نخست را در صورت انتقال‌های متعدد مشخص کند و حمایت از اشخاص ثالث ناآگاه را با شرایط دقیق‌تری تنظیم کند. این پژوهش نشان می‌دهد که نظام ثبت سهام شرکت نه تنها به نفع شرکت بلکه به نفع تمام ذی نفعان است و رعایت تشریفات ثبت از پیچیدگی‌های حقوقی می‌کاهد.

واژگان کلیدی: دفتر ثبت سهام، سهام، شخص ثالث، منتقل الیه، نقل و انتقال.

سرآغاز

سهام شرکت‌های سهامی از جمله اموالی است که مخصوصاً در سال‌های اخیر برای دادوستد مورد توجه عموم مردم بوده است. اصل آزادی نقل و انتقال سهام در شرکت‌های سهامی از عوامل مؤثر بر این مهم محسوب می‌شود (Isaei Tafershi, 2016: 33; Shoarjan Sattari, 2002: 65; Eskini, 2008: 141)، اما اگر شخصی بخواهد سهامی را از دیگری به انتقال بگیرد، از جمله دغدغه‌هایی که برای وی مطرح می‌شود مالکیت ناقل و بقای آن تا زمان انتقال است. همچنین است نقل و انتقالات بعدی که نسبت به همین سهام واقع می‌شود. هرچند اگر سهام بی‌نام باشد به دلیل تبلور ارزش آن در ورقه سهام وجود این برگه در ید شخص براساس اصول حاکم بر اموال اماره بر مالکیت او است. هم‌چنانکه به موجب ماده ۳۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) «سهم بی‌نام به صورت سند در وجه حامل تنظیم و ملک دارنده آن شناخته می‌شود، مگر خلاف آن ثابت گردد و نقل و انتقال این‌گونه سهام با قبض و اقباض انجام می‌شود...»، اما اگر سهام بانام باشد در این صورت ورقه سهم صرفاً یک سند است که باید دید آیا محتوای سند با واقعیت منطبق است یا خیر؟ به عبارت دیگر، ورقه سهام یک مشیر است و باید مشارالیه آن را جست‌وجو کرد. اینجاست که قانون‌گذار می‌باید برای استواری و استحکام در روابط معاملاتی اشخاص سازکاری بیاندیشد. بر همین اساس، قانون‌گذار در ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷)^۱ ثبت نقل و انتقال سهام را با نام شرکت سهامی در دفتر ثبت سهام شرکت

۱. «انتقال سهام بانام باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد و انتقال‌دهنده یا وکیل یا نماینده قانونی او باید انتقال را در دفتر مزبور امضا کند. در موردی که تمام مبلغ اسمی سهم پرداخت نشده است، نشانی کامل انتقال‌گیرنده نیز در دفتر ثبت سهام شرکت قید و به امضای انتقال‌گیرنده یا وکیل یا نماینده قانونی او رسیده و از نظر اجرای تعهدات ناشی از نقل و انتقال سهام معتبر خواهد بود. هرگونه تغییر اقامتگاه نیز باید به همان ترتیب به ثبت برسد و امضاء شود. هر انتقالی که بدون رعایت شرایط فوق به عمل آید از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است.»

الزامی کرده و تخطی از آن را موجب بی اعتباری معامله در برابر شرکت و اشخاص ثالث دانسته است.

درخصوص ماده مزبور و حدود اجرای آن سؤالاتی مطرح می شود از جمله اینکه اساساً بی اعتباری مذکور در این ماده به چه معناست؟ آیا مقصود قانون گذار بطلان مطلق است یا بطلان نسبی یا عدم قابلیت استناد؟ چه اشخاصی ذیل مفهوم شخص ثالث قرار می گیرند؟ مثلاً آیا مرجع قضایی نیز شخص ثالث محسوب می شود؟ عدم اعتبار در برابر شرکت به چه معناست؟ آیا شرکت شخص منتقل الیه را پیش از ثبت نقل و انتقال به عنوان سهام دار شرکت شناسایی نمی کند؟ اینها سؤالاتی است که تاکنون کم و بیش راجع به آن مطالبی در نظام حقوقی کشور ارائه شده است؛ هرچند هنوز ناگفته هایی نیز درباره آنها وجود دارد. برای نمونه برخی (Hemmatkar, 2008:101-128) به ضمانت اجرای ثبت نکردن نقل و انتقال سهام شرکت پرداخته و درنهایت عدم ثبت را در جایی در برابر شرکت و اشخاص ثالث غیرقابل استناد دانسته اند که اصل انتقال سهام محل نزاع نباشد. وقتی شخص ثالث ادعای حقی نسبت به سهام دارد و اعمال حق او در تراحم با حق خریدار سهام قرار می گیرد، دادگاه باید براساس تقدم و تأخر نقل و انتقال صورت گرفته تصمیم بگیرد. ایشان بدون توجه به فلسفه ثبت سهام و دایره اشخاص ثالث این موضع را بیان کرده اند.

برخی دیگر (Isaei Tafreshi, SokoutiNasimi, 2003: 35-58) به توجیه قابلیت بیع سهام شرکت سهامی پرداخته و انعقاد عقد بیع را در مورد سهام بدون مانع قانونی یا عرفی دانسته اند و درباره ماده ۴۰ سکوت اختیار کرده اند.

اما سؤال اصلی، که دغدغه ذهنی نویسندگان این مقاله است و علت اصلی تدوین این مقاله و جنبه نوآوری آن محسوب می شود، فرضی است که در برخی موارد در جامعه امروز دیده می شود. با این توضیح که فردی سهام خود را در شرکت سهامی به شخص (الف) منتقل می کند، اما این انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نمی شود و مجدداً همین سهام را به شخص (ب) منتقل می کند و این بار نقل و انتقال در دفتر ثبت

سهام شرکت ثبت می‌شود. حال آیا منتقل‌الیه دوم را نیز باید در زمره اشخاص ثالث محسوب کرد تا قرارداد منتقل‌الیه اول در برابر وی نیز غیرمعتبر باشد؟ همچنین اگر این وضعیت برای منتقل‌الیه اول وجود داشته باشد، تکلیف قرارداد بین او و ناقل منعقدشده چه خواهد بود؟ چه حقوقی برای منتقل‌الیه اول ایجاد می‌شود؟ علاوه بر این، اگر قبل از ثبت نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت، سهام به نفع طلبکاران ناقل توقیف شود، وضعیت توقیف و انتقال چگونه خواهد بود؟ اینها سؤالات اساسی است که مقاله حاضر برای پاسخگویی به آن تدوین شده و برای رسیدن به پاسخ آنها لازم است ابتدا مقدماتی مانند مبنای ثبت سهام شرکت و ضمانت اجرای آن مورد بررسی قرار گیرد و سپس به این سؤالات پرداخته شود. با توجه به اینکه در زمان نگارش این مقاله لایحه تجارت در حال بررسی است، لازم است ذکر شود که ماده ۷۴۵ این لایحه نیز شبیه ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) است. این ماده بیان می‌دارد: «هرگونه واگذاری یا نقل و انتقال سهام از طریق بازار بورس یا خارج از بورس و با رعایت قوانین و مقررات مربوط صورت می‌گیرد و در سامانه‌های الکترونیکی شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه دارای مجوز از سازمان بورس و اوراق بهادار ثبت می‌شود. همچنین، هرگونه توقیف و توثیق سهام و رفع آنها نیز باید در سامانه‌های مذکور ثبت گردد. هرگونه انتقال، توقیف و توثیق سهام و رفع آنها بدون رعایت تشریفات مذکور نسبت به شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است». تفاوت این دو ماده در تشریفات ثبت است، اما ضمانت اجرای هر دو مشابه است؛ بنابراین یافته‌های این مقاله در صورت لازم‌الاجرا شدن مقررات لایحه جدید قانون تجارت نیز مفید فایده خواهد بود.

به همین منظور مقاله حاضر در چند قسمت موضوع را تحلیل و بررسی می‌کند. در قسمت اول فلسفه ثبت سهام با نام در دفتر ثبت شرکت مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ در قسمت دوم ضمانت اجرای ثبت نکردن نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت تحلیل می‌شود. در این قسمت مفهوم شخص ثالث و وضعیت نقل و انتقال سهامی روشن

می‌شود که در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشده است. در قسمت سوم نیز به سؤال اصلی تحقیق یعنی انعقاد دو قرارداد راجع به سهام واحد و ثبت یکی و ثبت نکردن دیگری و حقوق منتقل الیه‌م پرداخته می‌شود.

۱. فلسفه ثبت انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت

چرا قانون‌گذار فرایند ثبت سهام بانام را در دفتر ثبت سهام شرکت پیش‌بینی و برای عدم ثبت نیز ضمانت اجرا وضع کرده است؟ پاسخ به این سؤال می‌تواند در تحلیل ابعاد مختلف موضوع مؤثر واقع شود.

به نظر می‌رسد برای پاسخ به این سؤال ابتدا باید از دید حقوق اموال به موضوع نگریسته شود. در حوزه حقوق اموال، اطلاعاتی که درباره یک مال ارائه می‌شود، جنبه حمایت از حقوق اشخاص ثالث را دارد. توضیح آن این است که یکی از اصول حاکم بر حقوق عینی از جمله حق مالکیت، اصل تأثیر مطلق است. به موجب این اصل، حقوق عینی مستقیماً بر موضوع خودش، صرف‌نظر از اینکه مال در تصرف چه کسی باشد اعمال می‌شود و در برابر همه اشخاص قابل استناد و اجراست و صاحب حق عینی می‌تواند هر شخصی را از استفاده، بهره‌برداری و انتقال مال موضوع حق خود منع کند (Akkermans, 2008: 95)؛ بنابراین، به موجب تأثیر مطلق، اشخاص ثالث باید حقوق عینی را محترم بشمارند و از تجاوز به آن خودداری نمایند و نقض این مهم مستوجب عقاب است (Van Erp, Akkermans, 2012: 1012).

طبیعتاً الزام اشخاص ثالث به حقی که بدون رضایت آنها ایجاد شده است، مستلزم کسب اطلاعات در مورد چنین حقی است. به عبارت دیگر، اگر اشخاص ثالث به حقی ملزم باشند که بدون رضایت آنها ایجاد شده است و از آنها توقع رعایت و احترام داشته باشیم، منطقی‌ایجاب می‌کند که این اشخاص بتوانند حداقل اطلاعات و آگاهی در مورد چنین حقی کسب کنند. بر این اساس، برخی به این موضوع اشاره کرده‌اند که «حقوق عینی نمی‌تواند با یک اقدام خصوصی اعطا شود و فقط برای طرفین مستقیم (ناقل و

منتقل الیه) شناخته شده باشد» (Reid, 2016, para: 602) بلکه چون این اقدامات می‌تواند بر حقوق اشخاص ثالث مؤثر باشد، لذا این اشخاص باید درمورد آنها بدانند یا حداقل، راهی برای معلوم کردن و تشخیص آنها داشته باشند. برخی دیگر معتقدند در حقوق مالکیت یک مشخصه منفی وجود دارد که به موجب آن دیگران از دسترسی به یک شیء منع می‌شوند و اگر قابلیت رؤیت برای این حقوق وجود نداشته باشد، برخورد با نقض این حقوق قابل توجیه نخواهد بود (Van Erp, 2009: 27). پس به خودی خود اطلاع عمومی نسبت به مالکیت برای اشخاص ثالث مطلوب است (Reid, 2016, para: 602).

از طرف دیگر و از منظر اقتصادی، انعقاد قرارداد راجع به انتقال حقوق از جمله حق مالکیت، مستلزم اطمینان طرفین قرارداد از وجود شرایط و مقدمات لازم برای انعقاد آن است. در میان شرایط و مقدمات، اعتبار مالکیت منتقل‌کننده اهمیت به‌سزایی دارد. هر تردیدی درباره اعتبار مالکیت وجود داشته باشد، فروش را دشوار و ارزش مال را کاهش می‌دهد. درواقع شرط ضروری برای کارایی اقتصادی در انتقال اموال، زوال تردید و اطمینان نداشتن در مورد مالکیت است. از طرف دیگر، هر امری که بتواند علاوه بر تأیید مالکیت و ایجاد اطمینان، هزینه دریافت اطلاعات را نیز کاهش دهد از نظر اقتصادی بسیار مطلوب است. به همین جهت، تحلیل کارکردی از نظام‌های مالکیت هم در حقوق و هم اقتصاد، بر ایجاد اطمینان در معاملات بازار و پایین آوردن هزینه‌های اطلاعات متمرکز است (Hansmann, Kraakman, 2002: 384). بر همین اساس، نظام ثبت مالکیت ایجاد می‌شود. در نظام ثبت مالکیت، اطلاعات مربوطه به وضعیت قانونی اموال در یک پایگاه اطلاعاتی نگهداری می‌شود، به گونه‌ای که خریداران بالقوه قادر باشند اطلاعات لازم را درمورد وضعیت حقوقی اموالی به دست بیاورند که در صدد تملک آن هستند. برخی، کارکرد اقتصادی یک نظام ثبت را در سطح گسترده اقتصاد خرد و اقتصاد توسعه تحلیل کرده‌اند و معتقدند نظام‌های ثبت به‌عنوان عامل ضروری برای موفقیت اقتصاد تلقی می‌شوند (De soto, 2000: 12-28, 49-62)؛ لذا برخی

این نکته را متذکر می‌شوند که «ثبت‌ها باید عمومی باشند و اساساً این یک اصل است که ثبت‌ها کارکرد ارائه اطلاعات را برای عموم مردم دارند» (Gretton, 2001:135-136).

با این نگاه دفتر ثبت سهام شرکت‌های سهامی را باید نوعی نظام ثبت تلقی کرد؛ زیرا ثبت مالکیت سهام بانام در این دفتر از یک طرف سبب ایجاد پایگاه اطلاعاتی برای اشخاص ثالث می‌شود. به گونه‌ای که اشخاص ثالث می‌توانند اطلاعات لازم را در مورد مالک سهام از طریق این دفتر به دست بیاورند و بدانند باید به حقوق مالکیت چه اشخاصی احترام بگذارند و چه اشخاصی می‌توانند حقوق ناشی از سهام را اعمال کنند. همچنین از آنجایی که تمامی اموال یک شخص، وثیقه عمومی پرداخت طلب طلبکاران آن شخص محسوب می‌شود، از طریق اطلاعات این دفتر مشخص می‌شود که آیا شخص بدهکار نسبت به سهام شرکت مالکیت دارد یا خیر و مالکیت وی مطلق است یا مقید؛ تا بتوانند قابلیت توقیف آن را ارزیابی کنند. بدیهی است علاوه بر اشخاص ثالث، خود شرکت نیز همواره از طریق این پایگاه اطلاعاتی می‌تواند آخرین اطلاعات را از سهام‌داران خود به دست بیاورد و از طریق آن نسبت به اعمال حقوق ناشی از سهم مانند حق شرکت در مجامع عمومی و رأی دادن آنها نظارت داشته باشد. از طرف دیگر، اطلاعات مندرج در این دفتر تأییدکننده مالکیت شخصی است که نام وی در این دفتر به‌عنوان مالک و دارنده سهم درج شده است؛ بنابراین، اگر اشخاص بخواهند ادعای شخصی که خود را مالک تعدادی از سهام شرکتی معرفی کرده، راستی‌آزمایی کنند باید به این دفتر مراجعه و به اطلاعات آن اعتماد کنند. هم‌چنانکه ادعای مالکیت سهام در برابر شرکت نیز باید از طریق این دفتر راستی‌آزمایی شود. در غیر این صورت، هیچ مرجعی برای ارائه اطلاعات راجع به مالکیت دارنده سهم وجود ندارد. همه اینها تأییدکننده این مهم است که دفتر ثبت سهام شرکت به‌عنوان یک نظام ثبت محسوب و اساساً قانون‌گذار با به رسمیت شناختن آن درصدد ایجاد یک پایگاه اطلاعاتی از سهام‌داران برای هر شرکت سهامی بوده است.

باید توجه نمود ورقه سهمی را که شرکت‌های سهامی صادر می‌کنند مشیر است و مشارالیه آن محتویات دفتر سهام شرکت است؛ بنابراین، تصرف ورقه سهم نمی‌تواند به خودی خود مستند قابل اعتمادی برای مالکیت دارنده این برگه باشد؛ لذا از این جهت وضع ضمانت اجرا از سوی قانون‌گذار برای ثبت نکردن نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت از جهت عدم ثبت در یک نظام ثبتی، کاملاً منطقی است. این ضمانت اجرا در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲. ضمانت اجرای عدم ثبت نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت

با توجه به عبارت ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) که در آن نقل و انتقال سهام صرفاً در برابر شرکت و اشخاص ثالث بی‌اعتبار تلقی شده و درخصوص طرفین قرارداد هیچ سخنی به میان نیامده است، به نظر می‌رسد قانون‌گذار ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد را برای نقل و انتقال سهام بدون ثبت در نظر گرفته است. براساس ماده ۲۳۱ قانون مدنی، قراردادها اثر نسبی دارند و هر عقد نسبت به طرفین و قائم مقام آنها مؤثر است و برای اشخاص ثالث حق و تکلیف ایجاد نمی‌کند، اما قرارداد به‌عنوان رویدادی اجتماعی در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است (Shahidi, 2007: 294-295). با وجود این، مواردی وجود دارد که قرارداد بین طرفین صحیح است، اما بنا به دلایلی در مقابل اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد. درحقیقت، قرارداد غیرقابل استناد قراردادی است که معتبر و موجد آثار حقوقی بوده، اما وجود آن در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد نیست؛ بنابراین، استنادناپذیری قرارداد وضعیتی حقوقی است که براساس آن قرارداد میان طرفین صحیح و الزام‌آور است، اما اشخاص ثالث می‌توانند آن را نادیده بگیرند. درنتیجه، عدم قابلیت استناد قرارداد در مقابل اشخاص ثالث نیازی ندارد که دادگاه حکم بطلان قرارداد را صادر نماید و به‌طور ذاتی عقد در مقابل آنان قابلیت استناد ندارد و اثری بر آن بار نمی‌شود (Shahidi, 2008: 59).

لازم است یادآوری شود که برخی وضعیت عدم قابلیت استناد به قرارداد را در برابر اشخاص ثالث مشابه عدم نفوذ مراعی^۱ تلقی می‌کنند و معتقدند عدم نفوذ مراعی می‌تواند جایگزین عدم قابلیت استناد شود. طرفداران این دیدگاه معتقدند تعمق دقیق در نهاد «عدم نفوذ مراعی» حکایت از این امر دارد که در صورت عدم استناد شخص ثالث به حق خود و ایجاد مانع برای صحت عقد یا در صورت تأمین حقوق وی، وضعیت عقد را باید صحیح دانست و نیازی به تنفیذ بعدی ثالث یا هرکس دیگر ندارد. در این صورت به نظر می‌رسد که بین نهاد عاریتی «عدم قابلیت استناد» و «عدم نفوذ مراعی» تفاوتی وجود نداشته باشد و نهاد اخیر در حقوق داخلی کفایت کند (Karimi, 2012:164) هرچند برخی به نقد این دیدگاه پرداخته‌اند (Roshan, Khoeini, Falahi, 2016) و در این مقاله نیز فرصت بررسی این دیدگاه و نقد آن وجود ندارد، اما اجمالاً به نظر می‌رسد عدم نفوذ مراعی را باید در جایی استفاده کرد که شخص ثالث حقی نسبت به مال موضوع قرارداد داشته باشد. مصادیقی مانند معامله مال مرهونه، معامله وراث نسبت به اموال موضوع ترکه قبل از تسویه، معامله قبل از اعمال حق شفعه از سوی شفیع یا معامله نسبت به مالی که موضوع معامله دارای خیار شرط است، همه نشان از این موضوع دارد. اگر چه ممکن است در این فروض نیز بین عدم قابلیت استناد و عدم نفوذ مراعی وحدت مصداق وجود داشته باشد، ممکن است مصداقی وجود داشته باشد که به دلیل ضرورتی تحت شمول عدم قابلیت استناد قرار گیرد، ولی به دلیل نبود مبنای گفته‌شده (تعلق حق شخص ثالث) عدم نفوذ مراعی با آن تناسب نداشته باشد. اتفاقاً ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) مصداقی است که شاهد این مدعاست. اگر نقل و انتقال سهام بدون ثبت در برابر اشخاص ثالث و شرکت

۱. در تعریف عدم نفوذ مراعی گفته شده است: «عدم نفوذ مراعی وضعیت عقدی است که از حیث مقتضای نقضی ندارد، ولی تعلق حق شخص یا اشخاص ثالث به مورد معامله مانع از نفوذ عقد یا تداوم آثار آن می‌گردد»، در حالی که در عدم نفوذ موقوف یکی از شرایط تحقق عقد مفقود است؛ بنابراین، مقتضای تشکیل عقد وجود ندارد و نفوذ عقد موقوف به حصول آن شرط است (Karimi, 2012:161).

بی اعتبار باشد، این بی اعتباری نه اینکه ناشی از تعلق حق شخص ثالث یا شرکت نسبت به سهام موضوع نقل و انتقال باشد، بلکه ناشی از رعایت نکردن یک ضرورت است. این ضرورت همان ارائه و به روزرسانی اطلاعات در پایگاه اطلاعاتی دفتر ثبت سهام شرکت با هدف آگاهی اشخاص ثالث است که قبلاً درخصوص مبانی ثبت سهام به آن اشاره شد. برخی نیز در مورد معیار طبقه بندی مصادیق استنادناپذیری معتقدند استنادناپذیری در ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) ناشی از رعایت نکردن انتشار است (Robati, Mohseni, Ghabooli Dorafshan, 2019: 101).

این مهم به درستی درباره ثبت معاملات اموال غیرمنقول در دفتر املاک وفق ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک نیز مورد توجه برخی قرار گرفته است (Khodabakhshi, 2010: 39-9)؛ لذا می بینیم حداقل یک مصداق وجود دارد که عدم قابلیت استناد قابل توجیه است؛ اما عدم نفوذ مراعی مبنایی ندارد؛ بنابراین نمی توان این دو وضعیت را کاملاً منطبق با یکدیگر دانست.

با توجه به مطالب گفته شده مشخص می شود که حکم بی اعتباری موضوع ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) را نمی توان بر بطلان نسبی حمل نمود؛ زیرا قابلیت ابطال، ضمانت اجرای وضعیت بطلان نسبی قرارداد است (Katouzian, 2006: 307) و اشخاص ذی نفع می توانند ابطال قرارداد را از مرجع قضایی درخواست کنند که به اعتقاد برخی، ابطال قرارداد به غیر از موارد استثنایی اثر قهقرایی دارد و به گذشته سرایت می کند (Mohseni, Ghabooli Dorafshan, 2011: 248)؛ لذا اگر وضعیت ثبت نکردن نقل و انتقال سهام، بطلان نسبی باشد، در نتیجه آن باید هریک از طرفین قرارداد این اختیار را داشته باشد که ابطال آن را از مرجع قضایی درخواست کند. در حالی که در ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) چنین اختیاری اعطا نشده و اساساً هیچ یک از طرفین قرارداد، اشخاص ثالث و شرکت نمی توانند دعوای ابطال قرارداد نقل و انتقال سهام را به دلیل عدم ثبت در دفتر ثبت سهام شرکت مطرح کنند. این در حالی است که در ماده ۱۳۱ لایحه قانونی اصلاح

قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) که برخی آن را مصداقی از بطلان نسبی (قابلیت ابطال) در نظام حقوقی ایران و به عنوان ضمانت اجرای ممنوعیت معاملات مدیران شرکت سهامی با شرکت دانسته‌اند (Ghabooli Dorafshan, Mohseni, 2010: 406)؛ صراحتاً از قابلیت ابطال آن معاملات از سوی شرکت در مرجع قضایی سخن گفته است. هرچند برخی دیگر ضمانت اجرای ممنوعیت معاملات مدیران شرکت‌های سهامی را با شرکت عدم نفوذ این معاملات می‌دانند (Khoubyari, Razi, 2021: 120).

وانگهی براساس مبانی ثبت سهام شرکت، که مطرح شد، نمی‌توان چنین ضمانت اجرایی را برای عدم ثبت نقل و انتقال سهام در نظر گرفت؛ زیرا وضعیت بطلان نسبی که اساساً زائیده نظام حقوقی غربی است، در مواردی مطرح می‌شود که یکی از ارکان لازم برای عقد با خللی مواجه باشد مانند اشتباه در معاملات، اکراه و نفوذ ناروا و معاملات صغیر، مجنون و مست.^۱

در نتیجه براساس مبانی ثبت سهام باید بی‌اعتباری موضوع ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) را بر غیرقابل استناد بودن حمل نمود (Kaviani, 2023: 311; Pasban, 2023: 252) و چنانچه نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشود، شرکت و اشخاص ثالث می‌توانند قرارداد را نادیده بگیرند و آن را در حکم عدم فرض کنند. گویی قانون‌گذار برای نقل و انتقال سهام یک نظام دوگام را ایجاد کرده است؛ گام اول انعقاد قرارداد موجب نقل و انتقال می‌شود که بدون هیچ تشریفاتی بین طرفین صحیح و منشأ آثار است و گام دوم ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت است و اگر این گام برداشته نشود، نقل و انتقال در برابر اشخاص ثالث و شرکت قابل استناد نیست. باید توجه کرد که نادیده گرفتن نقل و انتقال بدون ثبت

۱. برای مطالعه این مصادیق ر.ک: (Khoubyari, Razi, 2021: 120).

شرکت سبب می‌شود شرکت حقوق وابسته به سهام را برای سهام‌دارانی اعمال کند که نام وی به‌عنوان مالک در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت شده باشد.^۱

۳. مقید بودن عدم قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث

مطالبی که در قسمت‌های قبل بیان شد، نشان داد ثبت نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت به منظور آگاهی و حمایت از اشخاص ثالث و حتی شرکت صورت می‌گیرد. به همین جهت، نقل و انتقال سهام بدون ثبت در برابر شرکت و اشخاص ثالث غیرقابل استناد است. سؤال آن است که منظور از اشخاص ثالث چه کسانی هستند؟ آیا تمام اشخاص غیر از طرفین معامله، شخص ثالث موضوع ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) محسوب می‌شوند؟ یا اینکه شخص ثالثی که نقل و انتقال سهام بدون ثبت در برابر وی غیرقابل استناد است، شاخصه‌هایی دارد؟ اگر پاسخ مثبت باشد این شاخصه‌ها کدام‌اند؟ به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از اشخاص ثالث در ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) تمام اشخاص به جز طرفین قرارداد و قائم مقام آنها نیست؛ بلکه اشخاص خاصی هستند که قانون‌گذار نقل و انتقال سهام بدون ثبت را در برابر آنها نادیده فرض می‌کند؛ بنابراین، براساس مبانی ثبت سهام و تحلیلی که ارائه می‌شود، در ادامه شاخص‌های شخص ثالث موضوع ماده ۴۰ تعیین و تبیین می‌شود.

۱. حقوق وابسته به سهام به دو دسته حقوق مالی و حقوق غیرمالی تقسیم می‌شوند. حقوق غیرمالی عبارتند از: حق داشتن گواهینامه موقت سهام و ورقه سهام، حق حضور در مجامع عمومی، حق رأی، حق کسب اطلاع، حق مشارکت در تصدی امور شرکت و حق دعوت مجامع عمومی. حقوق مالی وابسته به سهام هم عبارتند از: حق مشارکت در سود و ذخایر شرکت، حق تقدم در خرید سهام جدید شرکت، حق انتقال سهام، حق توثیق سهم، حق اقامه دعوی بطلان یا مسئولیت علیه شرکت، مدیران و بازرسان، حق افزایش نیافتن تعهدات مالی شریک در شرکت و حق تملک سرمایه شرکت پس از انحلال و تصفیه. (Isaei Tafreshi, Shoarian Sattari, 2002: 24).

۳-۱. ناآگاهی

گفته شد از منظر حقوق اموال و در چارچوب تأثیر مطلق حقوق عینی منطقی است که اشخاص ثالث بتوانند در مورد حقی که به آن ملزم هستند آگاهی به دست بیاورند. این آگاهی با ثبت حقوق عینی در نظام ثبت و به تعبیری از طریق انتشار آن حاصل می‌شود. حال اگر این آگاهی برای اشخاص ثالث ایجاد نشود، در جهت حمایت از ایشان، باید قرارداد موجد حق عینی در برابر اشخاص ثالث ناآگاه غیرقابل استناد باشد. اگر شخص ثالث به هر طریقی از حقوق عینی نسبت به اموال آگاه باشد یا آگاه شود، دیگر استنادپذیری در مقابل وی هیچ مبنایی ندارد. برخی نیز به درستی به این نکته اشاره کرده‌اند (Saatchi, Mohaghegh Damad, Haghani, 2017: 17).^۱

برخی دیگر نیز از مجرای حسن نیت به موضوع نگریسته‌اند و معتقدند استنادپذیری در برابر شخص ثالث با حسن نیت است و ناآگاهی شخص ثالث را از عنصر حقوقی از مصادیق حسن نیت دانسته‌اند (Robati, Mohseni, Ghabooli Dorafshan, 2019: 105).^۲ بر همین اساس، اگر شخص ثالث در انعقاد قرارداد نقل و انتقال سهام اصالتاً یا به نمایندگی دخالت داشته باشد یا به هر طریقی از وجود این قرارداد آگاه باشد، برای نمونه شاهد انعقاد قرارداد باشد، قرارداد مزبور در برابر وی قابل استناد خواهد بود، حتی اگر این نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشده باشد؛ البته باید توجه نمود که اصل بر ناآگاهی است و شخصی که خلاف اصل را ادعا می‌کند باید بار اثبات را به دوش بکشد.

۱. «درواقع حکم استنادپذیری عموماً نوعی «حمایت از ثالث» است و این حمایت از ثالث با اهداف و انگیزه‌های گوناگونی به عمل می‌آید و در بسیاری از موارد این حمایت به دلیل «ناآگاهی» ثالث صورت می‌گیرد».

۲. «به منظور استفاده شخص ذی‌نفع از اصل استنادپذیری، «حسن نیت» وی شرط است. برای مثال، در استنادپذیری ناشی از عدم انتشار، اصولاً اطلاع شخص ثالث از عنصر حقوقی انتشار نیافته، عنصر حقوقی انتشار یافته را در برابر وی قابل استناد می‌کند».

۲-۳. ذی نفع بودن

زمانی حمایت از اشخاص ثالث ناآگاه در برابر انتقال یا ایجاد حقوق عینی مطرح می‌شود که شخص ثالث از بقای وضعیت سابق حقوق عینی منفعتی ببرد. برای نمونه، اگر مالکیت در کانون توجه قرار گیرد، حمایت از شخص ثالث زمانی اهمیت می‌یابد که وی از بقای مالکیت شخص نسبت به مال منفعت ببرد. بر همین اساس، نقل و انتقال سهامی که در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت نمی‌رسد در برابر اشخاص ثالثی که در بقای مالکیت ناقل، ذی نفع باشند غیرقابل استناد است. به عبارت دیگر، شخص ثالثی حق استناد به ماده ۴۰ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) را دارد که از نادیده گرفتن قرارداد موضوع ماده ۴۰ مذکور نفع ببرد و به تعبیری از عنصر حقوقی زیان ببیند (Robati, Mohseni, Ghabooli Dorafshan, 2019: 105). برای نمونه شخصی که از ناقل سهام طلبکار باشد و بخواهد این سهام را توقیف کند، شخصی که بخواهد این سهام را به‌عنوان وثیقه قبول کند، شخصی که بخواهد سهام مزبور را از ناقل به انتقال بگیرد، حتی سایر سهام‌داران شرکت از جهت اینکه ناقل ممکن است یکی از اشخاصی باشد که در نظر ایشان شایستگی انتخاب به‌عنوان مدیر شرکت را داشته باشد؛ همه از جمله اشخاص ثالثی هستند که در تغییر وضعیت حق مالکیت سهام ذی نفع هستند؛ البته درواقع نیز زمانی که شخص ثالث بخواهد از بقای مالکیت ناقل استفاده کند و اصطلاحاً نفع ببرد، ممکن است با قرارداد نقل و انتقال سهام مواجه شود که باتوجه به اصل عدم آگاهی مزیت عدم قابلیت استناد برای او وجود دارد، در این فرض، ناقل یا منتقل‌الیه باید آگاهی او را اثبات کند تا این مزیت را از بین ببرد؛ لذا ذی نفع بودن از شاخصه‌های بدیهی برای شخص ثالث موضوع ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) محسوب می‌شود.

براساس شرط مزبور می‌توان گفت مرجع قضایی در برابر نقل و انتقال سهامی که در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشده باشد، شخص ثالث محسوب نمی‌شود؛ زیرا مرجع قضایی نفعی در غیرقابل استناد بودن قرارداد نقل و انتقال سهام ندارد؛ بنابراین، نقل و

انتقال سهام بدون ثبت در دفتر ثبت سهام شرکت همواره می‌تواند در مرجع قضایی مورد استناد قرار گیرد.

۴. مطلق بودن عدم قابلیت استناد در برابر شرکت

عدم قابلیت نقل و انتقال سهام بدون ثبت همواره در برابر شرکت غیرقابل استناد است و شرط ناآگاهی و ذی‌نفع بودن شرکت از نقل و انتقال شرطیت ندارد. به عبارت دیگر، عدم قابلیت استناد به نقل و انتقال سهام بدون ثبت برخلاف اشخاص ثالث، در برابر شرکت مطلق است؛ زیرا هم‌چنانکه قبلاً نیز گفته شد، شرکت باید همواره به اطلاعات مندرج در پایگاه اطلاعاتی دفتر ثبت سهام شرکت تمسک کند تا آخرین اطلاعات را از سهام‌داران خود به دست بیاورد و از طریق آن نسبت به اعمال حقوق ناشی از سهم مانند حق شرکت در مجامع عمومی و رأی دادن آنها نظارت داشته باشد و لذا اثبات خلاف مندرجات آن در برابر شرکت امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین، چنانچه بر اساس مفهوم مخالف ماده ۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) نقل و انتقال سهام در شرکت سهامی خاص و به موجب اساسنامه این شرکت منوط به موافقت مجمع عمومی شرکت یا مدیران شرکت باشد و این موافقت صورت گیرد، اما نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت نرسد، باز هم این نقل و انتقال در برابر شرکت غیرقابل استناد است؛ زیرا شرکت با نقل و انتقال موافقت کرده است، اما این نقل و انتقال باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد تا در برابر شرکت قابل استناد باشد. لذا اثبات آگاهی یا ذی‌نفع نبودن شرکت نسبت به قرارداد نقل و انتقال سهام تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند صورت گیرد تا به تبع آن وضعیت عدم قابلیت استناد را در برابر شرکت تغییر دهد. وضعیت قابلیت استناد در برابر شرکت فقط با ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت محقق می‌شود.

۵. راهکار منتقل‌الیه سهام در فرض عدم ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت

مطابق آنچه تاکنون بیان شد، ثبت نکردن نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت سبب عدم قابلیت استناد به آن در برابر اشخاص ثالث ناآگاه و ذی‌نفع و شرکت است. حال سؤال آن است که منتقل‌الیه چه راهکاری برای حفظ حقوق خود دارد. برای این منظور ابتدا راهکار پیش روی شرکت و سپس در برابر اشخاص مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱. راهکار منتقل‌الیه سهام در برابر شرکت

در قسمت‌های قبل گفته شد نقل و انتقال سهامی که در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت نرسد، در هر صورت در برابر شرکت غیرقابل استناد است و هیچ قیدی برای این مهم وجود ندارد؛ بنابراین، تنها راهکاری که منتقل‌الیه سهام می‌تواند به آن تمسک نماید تا حقوق خود را در برابر شرکت تعقیب کند، ثبت نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت است. برای این موضوع نیز راهی جز الزام ناقل به ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت از طریق مرجع قضایی وجود ندارد. بدیهی است تا زمانی که ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت صورت نگیرد، شرکت صرفاً ناقل را به‌عنوان سهام‌دار شناسایی می‌کند و تمامی حقوق سهام از جمله حق دریافت سود را نیز برای وی به رسمیت می‌شناسد، اما پس از ثبت، منتقل‌الیه به‌عنوان سهام‌دار به رسمیت شناخته می‌شود و حقوق سهام از جمله حق دریافت سود نیز برای او قابل تعقیب است؛ البته در این خصوص منتقل‌الیه می‌تواند با طرح دعوی تمامی مبالغی را که از تاریخ انعقاد قرارداد به‌عنوان سود سهام به ناقل پرداخت شده است از وی مطالبه کند؛ زیرا قرارداد نقل و انتقال سهام بین خود این اشخاص صحیح بوده و از زمان انعقاد منشأ آثار بوده است.

۵-۲. راهکار منتقل الیه سهام در برابر اشخاص ثالث

راهکار منتقل الیه سهام فاقد ثبت در برابر اشخاص ثالث، اثبات آگاهی ایشان یا ذی‌نفع نبودن آنهاست؛ البته عملاً شخصی که در بقای مالکیت ناقل ذی‌نفع باشد، در برابر قرارداد نقل و انتقال سهام با مشکل مواجه می‌شود؛ لذا صرفاً شخصی که ذی‌نفع است برای حقوق خود اقدام می‌کند و در نتیجه اثبات ذی‌نفع نبودن مصداقی نخواهد داشت؛ بنابراین اثبات آگاهی شخص می‌تواند از حقوق منتقل الیه محافظت کند. اما اگر آگاهی شخص ثالث به اثبات نرسد، شخص منتقل الیه راهکاری جز ثبت نقل و انتقال سهام خود ندارد که این مهم نیز با الزام ناقل به ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت صورت می‌گیرد. در این فرض، ذی‌نفع بودن شخص ثالث به جهت اینکه سهام، مجدداً به وی منتقل شده یا در رهن او قرار گرفته یا وی آن را توقیف کرده است، در تعارض با حقوق منتقل الیه سهام قرار می‌گیرد و این تعارض منشأ آثاری خواهد بود که باید مورد توجه قرار گیرد؛ زیرا براساس مبنای گفته‌شده، دفتر ثبت سهام شرکت یک نظام ثبت است و ثبت نکردن نقل و انتقال، موجب ناآگاهی اشخاص ثالث می‌شود. در نتیجه، شخص ثالث براساس اطلاعات مندرج در دفتر ثبت سهام شرکت که تأییدکننده مالکیت ناقل سهام است، حق را اعم از مالکیت یا حق عینی تبعی برای خود ایجاد کرده و نقل و انتقال سهام نیز چون در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت نرسیده در برابر وی قابل استناد نیست. حال، منتقل الیه می‌خواهد با الزام ناقل به ثبت نقل و انتقال سهام، این انتقال را در برابر همه قابل استناد کند؛ این فرض در تعارض با حقوقی است که به موجب ناآگاهی برای شخص ثالث ایجاد شده است و اساساً نباید خللی به حقوق وی وارد کند؛ لذا در ادامه به تعارض حق شخص ثالث و منتقل الیه سهام پرداخته و ابعاد رابطه منتقل الیه سهام با ناقل نیز تبیین می‌شود.

۵-۲-۱. تعارض حق مالکیت ثالث با حق منتقل الیه سهام

فرضی را در نظر بگیریم که ناقل ابتدا سهام خود را به شخص (الف) منتقل کرده، اما این انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشده است، مجدداً ناقل سهام خود را به شخص (ب) منتقل کرده و این بار انتقال مزبور در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت شده است. حال حق شخص (الف) به عنوان منتقل الیه اول با حق شخص (ب) به عنوان منتقل الیه دوم که نسبت به رابطه اول ثالث محسوب می شود در تعارض قرار می گیرد و باید دید وضعیت انتقال دوم و حقوق منتقل الیه اول چگونه خواهد بود. برای بررسی این موضوع لازم است ابتدا فرضی را مورد مطالعه قرار دهیم که شخص (ب) علم دارد که ناقل برای بار نخست، سهامش را به شخص (الف) منتقل کرده است. در این صورت سؤال این است که شخص (الف) در مقابل شخص (ب) چه حقی دارد؟ فرض دوم حالتی است که شخص (ب) به انتقال سهام برای بار نخست به شخص (الف) جاهل است. در ادامه دو فرض بررسی می شوند.

فرض نخست: علم منتقل الیه دوم به انتقال سابق سهام

همان گونه که پیشتر اشاره شد، یکی از شاخصه های لازم برای اینکه به موجب ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) نقل و انتقال سهام در برابر شخص ثالث غیرقابل استناد باشد، ناآگاهی شخص است. در فرضی که شخص (ب) با علم به این امر که سهام برای بار نخست به شخص (الف) منتقل شده و با وجود این، حاضر می شود سهام را مجدداً به انتقال بگیرد، همان گونه که پیشتر بیان شد، هرچند انتقال اول در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشده باشد، نمی توان قرارداد انتقال سهام را به شخص الف در برابر شخص (ب) غیرقابل استناد دانست؛ زیرا عدم قابلیت استناد برای حمایت از شخص ثالثی بود که به جهت ثبت نشدن در دفتر ثبت سهام شرکت ناآگاه بود. درواقع، هیچ یک از اهداف مقنن و حمایت هایی که در نظر داشته، برای چنین دارنده ای وضع نشده است و او به جهت اطلاع از معامله اول استحقاق ندارد حمایت

شود (Khodabakhshi, 2018: 90)؛ بنابراین، با اثبات آگاهی شخص ثالث دیگر حمایت از وی با غیرقابل استناد نمودن موجه نیست؛ لذا در این فرض همان‌گونه که بیان شد معامله بین ناقل و شخص (الف) به‌عنوان طرفین قرارداد اول صحیح و مالکیت سهام نیز به وی منتقل و این مالکیت در برابر شخص (ب) نیز قابل استناد است. در نتیجه معامله دوم، فضولی، غیرنافذ و منوط به تنفیذ شخص (الف) (منتقل الیه اول) است؛ لذا شخص (الف) می‌تواند دعوایی با خواسته: ۱- اعلام بطلان معامله بین ناقل و شخص (ب)؛ ۲- الزام ناقل به ثبت نام وی در دفتر ثبت سهام شرکت را مطرح کند. از جهت کیفری نیز با تحقق شرایط لازم عنوان مجرمانه فروش مال غیر برای ناقل و خرید مال غیر برای منتقل الیه محقق شده است. دقیقاً چنین فرضی در مورد تعارض سند عادی با سند رسمی نیز قابل تصور است و برخی به‌درستی معتقدند تئوری غیرقابل استناد بودن در جایی که دارنده سند رسمی از معامله سابق با سند عادی اطلاع دارد، یا معامله را در شرایطی همراه با قصور و بی‌توجهی به اصل اعتماد مشروع انجام می‌دهد، از کارایی ساقط می‌شود و دارنده سند عادی می‌تواند ابطال سند و بطلان معامله را با سند رسمی از دادگاه درخواست کند (Khodabakhshi, 2018: 90). درخصوص رابطه شخص (ب) با ناقل نیز باید توجه کرد که در این فرض، شخص (ب) که عالم به وضعیت انتقال نخست بوده است، فقط برای دریافت ثمنی که به ناقل پرداخت کرده است می‌تواند به وی مراجعه کند.

فرض دوم: جهل منتقل الیه دوم به انتقال سابق سهام

در فرضی که شخص (ب) نسبت به انتقال ابتدایی سهام به شخص (الف) جهل داشته و از طرفی انتقال اول در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشده، اما انتقال دوم ثبت شده است؛ با توجه به مبنای ثبت سهام که قبلاً بیان شد، شخص (ب) براساس دفتر ثبت سهام شرکت و اعتماد به پایگاه اطلاعاتی آن از انتقال اول آگاه نبوده و حمایت از وی مستلزم غیرقابل استناد دانستن انتقال اول در برابر او است. به عبارت دیگر، شخص (ب) از

مالکیت شخص (الف) آگاه نبوده تا ملزم به این مالکیت و لوازم آن باشد؛ لذا شخص (ب) به عنوان منتقل‌الیه دوم در برابر شخص (الف) شخص ثالث محسوب می‌شود و قرارداد انتقال اول در برابر وی نیز غیرقابل استناد است. اما انتقال دوم چون در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت شده، در برابر همه از جمله منتقل‌الیه اول (شخص الف) قابل استناد است؛ زیرا شخص (ب) به پایگاه اطلاعاتی دفتر ثبت سهام شرکت اعتماد کرده و براساس آن نیز ناقل، مالک بوده است. به عبارت دیگر، اطلاعات دفتر ثبت سهام شرکت تأییدکننده مالکیت ناقل است نه منتقل‌الیه اول. اساساً این از ویژگی‌های نظام‌های دو گام است که تا زمان تحقق نیافتن گام دوم، مالکیت یا هر حق عینی دیگری در برابر دیگران از جمله منتقل‌الیه بعدی قابل استناد نیست. در نتیجه، در این فرض چون شخص (الف) نمی‌تواند در برابر شخص (ب) به مالکیت خود استناد کند، طرح دعوا بر مبنای مالکیت خود و رد معامله دوم امکان‌پذیر نیست. از طرفی دعوای الزام به ثبت نیز قابلیت استماع ندارد؛ زیرا اولاً نام منتقل‌الیه دوم (شخص ب) در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت شده و این مهم در برابر منتقل‌الیه اول (شخص الف) نیز قابل استناد است و ثانیاً ثبت نام منتقل‌الیه اول در دفتر ثبت سهام شرکت با حقوق مکتسبه منتقل‌الیه دوم، که به نظام ثبت اعتماد کرده است، منافعی خواهد بود. درواقع ما شخص (ب) را به چیزی ملزم می‌کنیم که هیچ آگاهی از آن نداشته است؛ بنابراین، عملاً شخص (الف) در برابر شخص (ب) خلع سلاح است و در این فرض شخص (ب) هرچند مؤخر بر شخص الف مالک شده است، به جهت برداشتن گام دوم، مالکیت خود را در برابر همگان قابل استناد می‌کند و از مزایای آن نیز برخوردار می‌شود.

از طرفی، معامله‌ای میان ناقل و شخص (الف) به عنوان منتقل‌الیه نخست صحیح بوده و براساس آن منتقل‌الیه مالک شده و مالی را به عنوان عوض انتقال به ناقل پرداخته است. حال با توجه به فرض مطرح‌شده معامله صحیح بین ناقل و منتقل‌الیه اول (شخص الف) قابلیت اجرا ندارد و این شخص نمی‌تواند به آثار مالکیت خود استناد کند و انتفاع لازم را از آن ببرد؛ گویی قرارداد بین این دو عقیم شده است؛ بنابراین،

به طور کلی باید گفت منتقل الیه اول (شخص الف) متضرر شده است و باید درصدد جبران ضرر وی برآمد. ساده ترین راه جبران ضرر برای منتقل الیه اول (شخص الف)، به هم خوردن رابطه وی با ناقل و استرداد عوض پرداخت شده است. برای این منظور باید وضعیت قرارداد ناقل و منتقل الیه اول را در فرض مطروحه بررسی کرد.

به نظر می رسد در این فرض اجرای تعهد ناقل در مقابل منتقل الیه متعذر شده و درواقع ناقل نمی تواند سهام را به او تسلیم کند. به تعبیر دیگر به موجب ماده ۳۶۷ قانون مدنی «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری، به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد». از طرف دیگر، به موجب ماده ۳۶۹ قانون مدنی «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است ...». در مانحن فیه وقتی نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت صورت نمی گیرد، منتقل الیه اول (شخص الف) نمی تواند در آن هیچ گونه تصرفی داشته باشد و انتفاع ببرد و درواقع سهام به وی تسلیم نشده است. به عبارت دیگر، ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت را به موجب ماده ۳۶۹ قانون مدنی تسلیم محسوب می کنیم. از طرف دیگر، با توجه به موارد گفته شده، این تسلیم الان متعذر شده و امکان تسلیم وجود ندارد. آیا در این صورت خیار تعذر تسلیم برای منتقل الیه ایجاد می شود؟ در تعریف خیار تعذر تسلیم گفته شده است که عبارت است از حق فسخ قرارداد در صورتی که اجرای تعهد در صورتی که به دلایلی که خارج از اراده متعاقدين است، برای مدت زمان محدودی ناممکن شود (Banaei Eskouei, 2013: 46). حقوق دانان برای تعذر تسلیم، فروض مختلفی را بررسی کرده اند که عبارت اند از: ۱. تعذر اجرای تعهد در زمان عقد قرارداد وجود داشته است؛ ۲. تعذر اجرا طاری و موقت است؛ ۳. تعذر اجرا طاری و جزئی است؛ ۴. تعذر اجرا مطلق و دائمی است که در این فرض تعهد ساقط و قرارداد منحل می شود؛ زیرا منطقاً نمی تواند متعهد به امر غیرممکن باشد؛ تفاوت نمی کند که تعذر مطلق و دائمی ناشی از تقصیر متعهد باشد، چنانکه وی مال مورد معامله را تلف کند، یا ناشی از حادثه خارجی باشد که قابل انتساب به متعهد نیست (Safaei, 2007: 303). بر این اساس، در فرض

مورد اشاره تعذر اجرا مطلق و دائمی است؛ زیرا انتقال سهام با رعایت ماده ۴۰ ل.ا.ق.ت، به منتقل‌الیه دوم صورت گرفته و باتوجه به مطالب بیان شده معامله نخست در برابر وی قابل استناد نیست؛ بنابراین، با انتقال سهام به منتقل‌الیه دوم با رعایت تشریفات ماده ۴۰، تعذر مطلق و دائمی ایجاد و در نتیجه، قرارداد منفسخ می‌شود و منتقل‌الیه نخست باید برای دریافت ثمن پرداختی و خسارات وارد به خود به ناقل رجوع کند. بر این اساس، منتقل‌الیه اول (شخص الف) باید با استناد به موادی مانند ماده ۲۴۰ قانون مدنی دعوایی به خواسته اعلام انفساخ قرارداد و استرداد عوض معامله خود با ناقل طرح کند تا بتواند عوض پرداختی را به او مسترد نماید؛ البته ممکن است گفته شود تعذر تسلیم در این فرض دائمی نیست و امکان دارد قرارداد بین ناقل و منتقل‌الیه دوم به جهتی منحل شود و قابلیت ثبت سهام به نام منتقل‌الیه اول در دفتر ثبت سهام شرکت فراهم گردد؛ در این صورت، باید زمانی که امکان ثبت سهام به نام منتقل‌الیه اول وجود ندارد، با وحدت ملاک از مواد ۴۸۸ و ۵۲۸ قانون مدنی قائل به ایجاد خیار تعذر تسلیم به نفع وی باشیم. در این فرض، خواسته دعوای وی اعلام فسخ قرارداد و استرداد عوض معامله خواهد بود. از طرفی می‌توان ثبت سهام را در دفتر ثبت سهام شرکت تعهدی برای ناقل محسوب کرد که وی از آن تخلف کرده و امکان الزام او نیز به جهت ثبت نام منتقل‌الیه دوم در دفتر ثبت سهام شرکت وجود ندارد؛ لذا بر این مبنا نیز می‌توان با وحدت ملاک از ماده ۲۴۰، ۳۷۶، ۳۹۵، ۴۷۶ و ۵۳۴ قانون مدنی برای منتقل‌الیه اول خیار فسخ در نظر گرفت. هرچند در هر دو فرض تقصیر ناقل در انتقال مجدد سهام غیرقابل چشم‌پوشی است و او باید تاوان کار خود را بدهد؛ بنابراین، طرح دعوای مسئولیت مدنی بر مبنای مسئولیت غیرقراردادی برای جبران خسارت ناشی از این اقدام ناقل نیز موجه خواهد بود.

۵-۲-۲. تعارض حق عینی تبعی ثالث با حق منتقل الیه سهام

فرضی را در نظر بگیریم که ناقل سهام خود را به شخص (الف) منتقل کرده، اما این انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشده است؛ از طرفی سهام مزبور بعد از این انتقال به نفع طلبکاران ناقل و با دستور مقام قضایی توقیف شده است. یا اینکه ناقل بعد از انتقال سهام به منتقل الیه (شخص الف)، سهام خود را نزد دیگری وثیقه قرار می‌دهد. در این فروض نیز باید مرز بین حق منتقل الیه و صاحب حق عینی تبعی مشخص و آثار آن را روشن کرد.

بی‌تردید اگر صاحب حق عینی تبعی از قرارداد انتقال آگاه باشد، هم‌چنانکه قبلاً نیز گفته شد، انتقال سهام به شخص (الف) در برابر ایشان قابل استناد بوده و لذا شخص (الف) در مورد توقیف قضایی نسبت به اعتراض ثالث اجرایی در مرحله اجرای احکام اقدام و حق خود را تثبیت می‌کند و در مورد وثیقه قراردادی نیز اقدام ناقل مصداق معامله فضولی بوده و شخص الف می‌تواند آن را تأیید یا رد کند که حسب مورد آثار آن مشخص می‌شود.

اما اگر صاحب حق عینی تبعی از قرارداد انتقال آگاه نباشد و نقل و انتقال سهام نیز در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نشده باشد، در این فرض بدون آگاهی صاحب حق عینی تبعی از نقل و انتقال سهام و با اعتماد به اطلاعات ناشی از دفتر ثبت سهام شرکت و پایگاه اطلاعاتی آن، حقی به سود وی ایجاد شده است؛ لذا هم‌چنانکه گفته شد دیگر نمی‌توان حق وی را نادیده گرفت. هرچند این حق عینی تبعی براساس ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نمی‌شود - و این مهم نیز باید در ماده مزبور دیده می‌شد که بحث در این خصوص از حوصله این مقاله خارج است؛ بنابراین، در این فرض اگر منتقل الیه بخواهد سهام به نام وی در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت شود باید با حفظ حقوق عینی تبعی این ثبت انجام شود. در نتیجه همواره صاحب حق عینی تبعی می‌تواند طلب خود را محل حاصل ناشی از فروش این سهام وصول کند و منتقل الیه در این باره دفاعی نخواهد داشت.

فرجام سخن

دفتر ثبت سهام شرکت به عنوان یک نظام ثبت محسوب و اساساً قانون گذار با به رسمیت شناختن آن در صدد ایجاد یک پایگاه اطلاعاتی از سهام داران برای هر شرکت سهامی بوده است؛ زیرا ثبت مالکیت سهام بانام در این دفتر از یک طرف سبب ایجاد پایگاه اطلاعاتی برای اشخاص ثالث و شرکت راجع به اطلاعات لازم در مورد مالک سهام، مطلق یا مقید بودن مالکیت وی می شود. از طرف دیگر، اطلاعات مندرج در این دفتر تأیید کننده مالکیت شخصی است که نام وی در این دفتر به عنوان مالک و دارنده سهم درج شده است و راستی آزمایی ادعای مالکیت سهام از طریق آن صورت می گیرد. در صورت ثبت نکردن نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت، قرارداد بین ناقل و منتقل الیه صحیح، اما در برابر شرکت و اشخاص ثالث غیر قابل استناد است؛ بنابراین، راهکار منتقل الیه سهام، الزام ناقل به ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت است.

عدم قابلیت استناد در برابر شرکت مطلق است و فقط با ثبت نام منتقل الیه در دفتر ثبت سهام شرکت، این انتقال در برابر شرکت قابل استناد می شود. آگاهی شرکت از نقل و انتقال تأثیری در عدم قابلیت استناد ندارد. اما عدم قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث با توجه به فلسفه ثبت سهام مقید به آگاهی نداشتن و ذی نفع بودن ایشان است؛ بنابراین اگر اشخاص ثالث از نقل و انتقال سهام آگاه باشند، حتی اگر ثبت انجام نشده باشد، انتقال در برابر ایشان قابل استناد است.

چنانچه ناقل بعد از انتقال سهام به منتقل الیه و قبل از ثبت انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت، آن را به دیگری منتقل کند و انتقال دوم در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت شود؛ در این صورت اگر منتقل الیه دوم از انتقال اول آگاه باشد، قرارداد انتقال اول در برابر او قابل استناد است و معامله دوم، فضولی و غیر نافذ و منوط به تنفیذ یا رد معامله از سوی منتقل الیه اول است. اما اگر منتقل الیه دوم از انتقال اول آگاه نباشد، در این صورت وی به دفتر ثبت سهام شرکت و پایگاه اطلاعاتی آن اعتماد کرده است و از آنجاکه هدف از

ثبت سهام شرکت حمایت از اشخاص ثالث ناآگاه است، در این فرض باید از منتقل الیه دوم حمایت و حقوق مکتسب وی محترم شمرده شود؛ بنابراین، قرارداد انتقال اول در برابر منتقل الیه دوم قابل استناد نیست، اما قرارداد انتقال دوم در برابر منتقل الیه اول قابل استناد است. در نتیجه به جهت حفظ حقوق مکتسب منتقل الیه دوم امکان الزام به ثبت وجود ندارد. در این فرض با توجه به تعذر دائمی و مطلق که در رابطه بین ناقل و منتقل الیه اول ایجاد شده، این رابطه حقوقی منحل و منتقل الیه اول باید برای استرداد عوض پرداختی به ناقل مراجعه کند. همچنین امکان طرح دعوی مسئولیت مدنی بر مبنای مسئولیت غیرقراردادی علیه ناقل به جهت جبران خسارت وارده به منتقل الیه اول نیز امکان پذیر است.

چنانچه ناقل بعد از انتقال سهام به منتقل الیه و قبل از ثبت انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت، آن را نزد دیگری وثیقه قرار دهد یا آن را شخص ثالثی توقیف کند، در این صورت نیز شخص ثالث به اطلاعات مندرج در دفتر ثبت سهام شرکت اعتماد کرده است، پس باید از وی حمایت شود؛ لذا همواره حقوق صاحب حق عینی تبعی بر حق منتقل الیه مقدم خواهد بود. هر چند حق عینی تبعی در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت نمی شود، اما از آنجایی که صاحب حقوق عینی تبعی به اطلاعات دفتر ثبت سهام شرکت اعتماد کرده و حقوق وی براساس مالکیت ناقل ایجاد شده است باید منتقل الیه آن را رعایت کند؛ بنابراین اگر دعوی الزام به ثبت سهام به نام منتقل الیه نیز مطرح شود، با حفظ حقوق عینی تبعی این دعوا پذیرفته می شود.

پیشنهاد

براساس مطالب گفته شده متن ذیل برای اصلاح ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت و عندالزوم لایحه جدید قانون تجارت به قانون گذار پیشنهاد می شود:

«ماده ۴۰: نقل و انتقال سهام بانام باید در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت گردد. در صورت عدم ثبت، نقل و انتقال در برابر شرکت و اشخاص ثالث ناآگاه غیرقابل استناد و کان لم یکن است. بنابراین:

تا زمانی که نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام ثبت نشود شرکت، منتقل‌الیه را به‌عنوان سهام‌دار شناسایی نمی‌کند و ناقل می‌تواند حقوق ناشی از سهام را استیفا نماید. الزام ناقل به ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت امکان‌پذیر است. بعد از ثبت نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام شرکت، حقوق سهام از زمان انعقاد قرارداد متعلق به منتقل‌الیه خواهد بود و نه از زمان ثبت.

حق مالکیت ناشی از نقل و انتقالی که برای اشخاص ثالث ناآگاه قبل از ثبت نقل و انتقال سهام ایجاد و در دفتر ثبت سهام شرکت ثبت شود، در برابر منتقل‌الیه مقدم قابل استناد و بر حقوق او مرجح خواهد بود. در این صورت امکان الزام ناقل به ثبت نقل و انتقال مقدم در دفتر ثبت سهام شرکت وجود ندارد.

هرگونه حقوق ناشی از توثیق قراردادی و توقیف قضایی که برای اشخاص ثالث ناآگاه قبل از ثبت نقل و انتقال سهام در دفتر ثبت سهام و براساس مندرجات آن ایجاد شود، در برابر منتقل‌الیه مقدم قابل استناد است و باید وی آن را رعایت کند. در این صورت، الزام به ثبت نقل و انتقال در دفتر ثبت سهام شرکت با رعایت حقوق ثالث امکان‌پذیر خواهد بود.

در اجرای دو بند قبل منتقل‌الیه می‌تواند برای جبران خسارت قراردادی و غیرقراردادی خود به ناقل مراجعه کند».

References

- Akkermans, B. (2008). *The principle of numerus clausus in European property law*, 1st ed., Oxford: Intersentia.
- Banaei Eskouei, M. (2013). Forced and contractual liquidation of an excused contract, *Knowledge of Civil Law*, 1 (2), 45-54. [In Persian].
- Eskini, R. (2008). *Business Law: Companies*, Vol. 2, Tehran: Samt Publications, [In Persian].
- Ghobuli Dorafshan, M. & Mohseni, S. (2010). Realm of Relative Nullity, *Public law Research*, 13 (34), 401-426. [In Persian].
- Gretton, G. (2001). The integrity of property law and the property registers, *Scottish Law Times*.
- Hansmann, H. & Kraakman, R. (2002). *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, *The Journal of Legal Studies*, 31 (S2), 373-420.
- Hemmatkar, H. (2008). The scope of the invalidity of the transfer of shares of joint stock companies against the company and third parties (commentary on the last part of Article 40 of the Trade code Amendment Bill), *Journal of legal research*, (2), 101-128. [In Persian].
- Hernando, D. (2003). *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, London: Basic Books.
- Isaei Tafershi, M. (2016). *Analytical Discussions of Business Companies*, Tehran, Vol. 2, Tehran: Tarbiat Modares University Publications, [In Persian].
- Isaei Tafershi, M. & Shoarian Sattari, I. (2002). share and rights arising from it in companies, *law and policy research*, 4(7), 21-49. [In Persian].
- Isaei Tafreshi, M. & Sokouti Nasimi, R. (2003). Sale of shares of joint stock companies, *Social and Human Sciences of Shiraz University, special letter of law*, 21(2), 35-58, [In Persian].
- Karimi, A. (2012). An attempt to organize the theory of lack of influence of Mora'i, *Judicial Law Perspectives Quarterly*, 17(58), 157-188. [In Persian].
- Katouzian, N. (2006). *Civil law course - general rules of contracts, vol. 2: conclusion and validity of the contract, theory of nullity and invalidity*, Tehran: Ganj Danesh. [In Persian].
- Kaviani, K. (2024). *Law of commercial companies (Business Law 2)*, Tehran: Mizan Publications. [In Persian].
- Khoubyari, H. & Razi, P. (2021). Criticism of the status of contract revocation in Iranian law and its comparison with common law, *Comparative Research Quarterly of Islamic and Western Laws*, 28(2), 99-128. [In Persian].

- Khodabakhshi, A. (2010). Another Interpretation of Article 22 of Registration of Documents and Real Properties Act, *Judiciary Legal Journal*, 74 (71), 9-39. [In Persian].
- Khodabakhshi, A. (2018). Non-Cited Concept of Ordinary Document Against Official Document: Judicial Procedure and Solutions, *Journal of Culmination of Law*, 4 (1), 78-101.[In Persian].
- McCarthy, F., Chalmers, J. & Bogle, S. (2015). *Essays in Conveyancing and Property Law in Honour of Professor Robert Rennie*, London: Open Book Publishers.
- Mohseni, S. & Ghabooli Dorafshan, M. (2011). The Concept and Effects of Relative Nullity, *Knowledge and Development Magazine (Scientific-Research)*, 33 (17), 245- 271. [In Persian].
- Pasban, M. (2023). *Laws of commercial companies*, Tehran: Samt Publications. [In Persian].
- Robati, M., Mohseni, S. & Ghabuli Dorafshan, M. (2019). General rules of unenforceability in commercial law, *Journal of Comparative Law Studies*, 11 (1), 99-121. [In Persian].
- Roshan, M., Khoeini, G. & Falahi, A. (2016). Examining the legal status of Morai and comparing it with similar institutions, *Judiciary Law Journal*, 81 (97), 143-162, [In Persian].
- Saatchi, A., Mohaghegh Damad, M. & Haqqani, S. (2017). Reexamination of unenforceability of legal acts a comparative analysis with french law, *Legal Research Quarterly*, 21 (83), 11-34. [In Persian].
- Safaei, H. (2007). *General rules of contracts*, Tehran: Mizan publications.
- Shahidi, M. (2007). *Civil law, 3: Effects of Contracts and Obligations*, Tehran: Majd Publications, [In Persian].
- Shahidi, M. (2008). *Civil law, 2: Principles of Contracts and Obligations*, Tehran: Majd Publications, [In Persian].
- van Erp, S. (2009). Security interests: A Secure Start for the Development of European Property Law, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, No. 5, Vienna/Berlin: Lit Verlag, 3-39.
- van Erp, S. & Akkermans, B. (2012). *Ius Commune Casebooks for the common law of Europe. Text, cases and materials on property law*, 1st edition, Oxford: Hart Publishing.



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.49887.5150>



Research Article

Legal-judicial challenges of criminal protection of government capital in joint-stock companies

Reza Hashemzadeh Shorjeh¹, Mohammad Reza Rahmat^{2*}, Abas Kalantary³,
Sayad Ahmmad Mirkhalili⁴

1. Ph.D.in , Department of criminal and criminologh law, Faculty of Theology and Studies, University of Meybod, Iran
2. Assistant Prof, Department of criminal and criminologh law, Faculty of Theology and Studies, University of Meybod, Iran
3. Prof, Department of Figh and Islamic law, Faculty of Theology and Studies, University of Yazd, Iran
4. Assistant Prof, Department of Figh and Islamic law, Faculty of Theology and Studies, University of Meybod, Iran

Article history:

Received: 24-04-2024

Accepted: 14-10-2024

Abstract

Introduction

In companies where the government holds shares, economic crimes may occur against their assets and properties more frequently than in other companies. Since these companies are linked to public interests and government assets, there is usually no significant challenge in providing criminal protection for government investments in state-owned companies, and current judicial practices and laws function effectively in this regard. However, the main challenge lies in providing criminal protection for companies where the government holds 50% or less of the shares. The current legal framework lacks explicit provisions for such companies, which may lead to legal gaps and varying interpretations. This study examines how the Iranian judicial system addresses these challenges and proposes solutions

Please cite this article as:

Hashemzadeh Shorjeh, R., Rahmat, M.R., Kalantary, A., Mirkhalili, S.A (2025). Legal-judicial challenges of criminal protection of government capital in joint-stock companies. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 215-242. <https://doi: 10.22099/JLS.2024.49887.5150>

* Corresponding author:

E-mail address: rahmat@meybod.ac.ir

based on criminal policy and judicial interpretations to strengthen the fight against such crimes. Additionally, it aims to provide practical suggestions for legal reforms and new regulations to improve the judicial system's performance in this area.

Methods

This research is applied in terms of purpose and qualitative in approach, conducted using a descriptive-analytical method. The statistical population includes specific judicial practices (such as opinions from the Legal Department of the Judiciary, Supreme Court rulings, and judgments from judicial authorities). Data analysis was performed through coding and categorizing various topics. The study also examines judicial interpretations and legislation from other countries for comparative analysis.

Results

Significant legal problems and gaps exist in protecting companies where the government holds partial ownership. These issues stem from deficiencies, ambiguities, and the absence of explicit provisions in criminal laws, which are indirectly addressed through judicial practices. Three main approaches are observed in Iran's judicial practice:

1. **First Approach:** Judges treat state-owned companies with less than 50% government ownership as private companies. Crimes committed by managers or employees against company assets are examined under general criminal laws (e.g., breach of trust, theft, fraud, or Article 258 of the Commercial Code).
2. **Second Approach:** This approach considers companies with government shares as government-affiliated. Crimes committed by their managers or employees are addressed under laws governing economic crimes by government employees.
3. **Third Approach:** Judges argue that since the government jointly owns all company assets, any violation of these assets constitutes an infringement on the government's share. Such crimes are investigated under laws related to economic crimes in state-owned companies.

While the first approach relies on general criminal laws, the second and third approaches focus on protecting public interests and government assets.

Conclusions

The problems indicate that Iran's judicial system lacks adequate legal texts for protecting government investments, particularly in cases of partial ownership. These gaps necessitate reforms and the introduction of precise, transparent, and dynamic regulations. Despite efforts to address these issues, no substantial

changes have been made to existing laws. For instance, members of Parliament recently proposed amending Article 598 of the Islamic Penal Code to ensure judicial uniformity and prevent the loss of government rights. This amendment specifically targets the misappropriation of government assets in non-governmental institutions and private companies.

Keywords: Economic crimes, Judicial procedure, Government shares, State company, Criminal policy.



چالش‌های تقنینی-قضایی حمایت کیفری از سرمایه دولت در شرکت‌های سهامی

رضا هاشم‌زاده شورجه^۱، محمدرضا رحمت^{۲*}، عباس کلانتری^۳، سید احمد میرخلیلی^۴

۱. دانش آموخته دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، ایران
۲. استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، ایران
۳. استاد و عضو هیئت علمی دانشگاه، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه یزد، ایران
۴. استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، ایران

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۶

چکیده

مقدمه: در شرکت‌هایی که دولت در آن‌ها سهام دارد، جرائم اقتصادی ممکن است به‌طور خاص علیه اموال و دارایی‌های شرکت‌ها بیشتر از سایر شرکت‌ها به وقوع بپیوندد. از آنجاکه این شرکت‌ها با منافع عمومی و دارایی‌های دولتی ارتباط دارند، در حمایت کیفری از سرمایه و سهام دولت در شرکت‌های دولتی معمولاً هیچ چالش خاصی وجود ندارد و رویه قضائی و قوانین موجود نقش خود را ایفا می‌کنند. با این حال، چالش اصلی نحوه حمایت کیفری از شرکت‌هایی است که دولت تا ۵۰ درصد یا کمتر سهام دارد. در قوانین فعلی کشور نص صریحی در خصوص این شرکت‌ها وجود ندارد و این امر می‌تواند منجر به خلاءهای قانونی و تفسیرهای متعدد شود. این تحقیق به بررسی و تحلیل نحوه برخورد سیستم قضائی ایران با این چالش‌ها می‌پردازد تا راهکارهایی مبتنی بر سیاست کیفری و تفاسیر قضائی برای تقویت مبارزه با این جرائم پیشنهاد شود. هدف این تحقیق همچنین ارائه پیشنهادها کاربردی برای اصلاح قوانین و گنجانیدن مقررات جدید به منظور بهبود عملکرد نظام قضائی در این زمینه است.

استناد به این مقاله:

هاشم‌زاده شورجه، رضا؛ رحمت، محمدرضا؛ کلانتری، عباس و میرخلیلی، سید احمد (۱۴۰۴). چالش‌های تقنینی-قضایی حمایت کیفری از سرمایه دولت در شرکت‌های سهامی. *مجله مطالعات حقوقی*. ۱۷، (۲)، ۲۴۲-۲۱۵.

روش: این تحقیق به لحاظ هدف، از نوع تحقیقات کاربردی است. از نظر رویکرد، این پژوهش در دسته تحقیقات کیفی قرار دارد که به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است. جامعه آماری این تحقیق شامل برخی از رویه‌های قضائی موجود (از جمله نظریه‌های اداره حقوقی قوه قضائیه، آرای وحدت رویه و آرای صادره از مراجع قضائی) است. تحلیل داده‌ها به روش کدگذاری و دسته‌بندی محورهای مختلف موضوع انجام شده است. برای تحلیل و مقایسه رویکردهای مختلف، به بررسی تفاسیر قضائی و قانون‌گذاری در سایر کشورها نیز پرداخته شده است.

یافته‌ها: در حمایت از شرکت‌هایی که بخشی از سهامشان متعلق به دولت است، مشکلات قانونی و خلاهای زیادی وجود دارد. این مشکلات به دلیل نقص، ابهام و عدم وجود نصوص صریح در قوانین کیفری، به‌طور غیرمستقیم با استفاده از رویه‌های قضائی قابل رفع است. در این زمینه، سه رویکرد در رویه قضائی ایران وجود دارد:

۱. رویکرد اول: در این رویکرد، قضات شرکت‌های دولتی که سهام آن کمتر از ۵۰ درصد است را به‌عنوان شرکت‌های خصوصی تلقی می‌کنند. بر این اساس، هرگونه جرم یا تخلفی که توسط مدیران یا کارکنان این شرکت‌ها علیه اموال و دارایی‌های آن صورت گیرد، تحت عناوین مختلف جرم (مانند خیانت در امانت، سرقت، کلاهبرداری یا مواد ۲۵۸ قانون تجارت) بررسی می‌شود؛

۲. رویکرد دوم: این رویکرد بر این استدلال است که شرکت‌هایی که دولت سهام دارد باید به‌عنوان شرکت‌های وابسته به دولت شناخته شوند. در این رویکرد، هرگونه جرم توسط مدیران یا کارکنان این شرکت‌ها طبق قوانین جرائم اقتصادی کارکنان دولتی رسیدگی می‌شود؛

۳. رویکرد سوم: در این دیدگاه، قضات معتقدند که چون دولت مشاعاً در تمامی اموال شرکت سهم دارد، هرگونه تعرض به اموال شرکت به معنای تعرض به سهم دولت است و جرائم مربوطه طبق قانون جرائم اقتصادی شرکت‌های دولتی بررسی می‌شود.

درحالی‌که رویکرد اول تنها به قوانین عمومی کیفری تکیه دارد، رویکردهای دوم و سوم بر دیدگاه خاصی برای حفاظت از منافع عمومی تکیه می‌کنند.

نتیجه‌گیری: این مشکلات نشان می‌دهد که متون حقوقی موجود در سیستم قضائی ایران به‌ویژه در حمایت از سرمایه‌های دولتی، با کاستی‌هایی روبه‌رو است. این کاستی‌ها نیازمند اصلاحات و قوانینی دقیق، شفاف و پویا هستند. با وجود تلاش‌هایی که در راستای برطرف کردن این مشکلات صورت گرفته است، هنوز اقدامات مشخصی برای اصلاح قوانین و آیین‌نامه‌های موجود انجام نشده است. به‌عنوان مثال، اخیراً نمایندگان مجلس شورای اسلامی برای ایجاد وحدت رویه و جلوگیری از تضییع حقوق دولت، طرح الحاق یک تبصره به ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی را پیشنهاد کرده‌اند. این

تبصره به‌طور خاص برای مبارزه با تضییع اموال دولتی در مؤسسات غیر دولتی و شرکت‌های خصوصی طراحی شده است.

واژگان کلیدی: جرائم اقتصادی، رویه قضایی، سهام دولت، سیاست جنایی، شرکت دولتی.

سرآغاز

در نظام اقتصادی کشور، فرآیند واگذاری اموال و دارایی‌های دولتی اعم از سهم، سهم الشرکه و... در شرکت‌ها و بنگاه‌ها و مؤسسات، به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی، به صورت کامل انجام نگرفته است و سهام دولت در برخی از شرکت‌ها همچنان در مالکیت دولتی باقی مانده و در مواردی میزان سهم، کمتر از حد نصاب لازم برای برخوردار شدن شرکت از عنوان شرکت‌های دولتی شده است؛ در نتیجه رفتارهای مجرمانه کارکنان و مدیران آنها علیه اموال و دارایی‌های شرکت در موارد بسیاری، تحت عنوان جرایم قابل گذشت (مانند خیانت در امانت) یا جرایمی که مجازات آنها بازدارندگی لازم را ندارد، باید مورد رسیدگی قرار گیرد؛ زیرا پذیرش وقوع جرایم اقتصادی و انتساب آن به کارکنان و مدیران شرکت‌های خصوصی بدون آنکه قانون‌گذار توجهی به تهیه و تصویب قوانین لازم و ایجاد سازکارهای ضروری، راجع به صیانت از اموال و دارایی‌های دولت در این شرکت‌ها داشته باشد، بسیار دشوار است. این در حالی است که برخی از نظام‌های حقوقی دنیا به مجازات‌دهی مفاسد اقتصادی شرکت‌های خصوصی متمایل شده‌اند؛ خواه سرمایه این شرکت‌ها تماماً خصوصی باشد و خواه میزانی از سهام آن متعلق به دولت باشد. با همین دیدگاه در کنوانسیون مریدا، پیشنهادهای متعددی به کشورهای عضو ارائه شده؛ نمونه آن درمورد ارتشاء در بخش خصوصی است که اعضاء این کنوانسیون به تقنین کیفری مناسب درباره تمامی رفتارهای ارتكابی در قالب وعده، ارائه یا دادن یا درخواست یا قبول امتیاز بی‌مورد به هر شخصی متعهد شده‌اند که در بخش خصوصی فعالیت می‌کند، تا چنانچه اشخاصی با زیر پا گذاشتن وظایف خود، عملی را انجام دهند یا از انجام آن خودداری نمایند و از این طریق اخلاقی در فعالیت‌های اقتصادی، مالی یا بازرگانی ایجاد کنند، رفتار

آنها به‌عنوان جرم کیفری تلقی شود؛^۱ این پیشنهادها درخصوص جرم تلقی کردن اختلاس در بخش خصوصی^۲ که در حین فعالیت‌های اقتصادی توسط شخصی که در این بخش فعالیت می‌کند نیز ارائه شده است.^۳ اما در رویه قضایی حاکم بر مراجع قضایی ایران، برخورد با جرایم واقع شده در شرکت‌های سهامی که دولت در آنها به‌عنوان احدی از سهام‌داران (۵۰ درصد یا کمتر از آن) شناخته شده، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد؛ برخی قائل به برخورد کیفری با متخلفان براساس متون کیفری مرتبط با جرایم اقتصادی کارکنان دولت هستند و برخی به امکان نداشتن وقوع جرایم اقتصادی کارکنان این شرکت‌ها تمایل دارند و متعاقب استعلام میزان سهام دولت از مراجع مرتبط و عدم احراز وصول حد نصاب سهام به بیش از ۵۰ درصد، قضات مبادرت به صدور قرار منع تعقیب یا حکم براءت می‌کنند؛ البته راجع به شیوه استعلام میزان سهام دولت و مراجع استعلام‌گیرنده و همچنین مبنای توزین سهام، نیز اختلاف در رویه وجود دارد؛ برخی در استعلام، صرفاً سهم مستقیم دولت را لحاظ می‌کنند و برخی دیگر سهام دولت را چه به صورت مستقیم و چه غیرمستقیم در شرکت‌های مربوطه، ملاک تشخیص میزان سهام می‌دانند. مسلماً شناسایی

۱. ماده ۲۱ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (مریدا) مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۲۰

۲. با توسعه بخش خصوصی با اعمال سیاست‌های اصل چهل و چهارم قانون اساسی به‌ویژه از سوی بانک‌ها، شعبه ۱۰۸۳ دادگاه عمومی تهران به موجب دادنامه شماره ۶۰۰۰۶۸ مورخ ۱۳۹۰/۰۳/۱۱ کارمند یکی از بانک‌های کشور را به اتهام اختلاس محکوم می‌کند، در حالی که بانک مذکور در زمان رسیدگی به صدور حکم، به بخش خصوصی واگذار شده بود. این محکومیت به موجب دادنامه شماره ۵۴۴ مورخ ۱۳۹۰/۰۶/۰۸ صادره از شعبه بیست و یکم دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید و قطعی شد. یکی از استندهای قانونی شعبه بدوی صادرکننده حکم، «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد» است که در یکی از مواد آن اختلاس را در بخش خصوصی پذیرفته است. با این حال، اداره حقوقی به موجب نظریه مشورتی شماره ۳۸۵۸/۷ مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۱۴ در پاسخ به استعلامی راجع به امکان استناد به قانون «الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد» برای مقابله کیفری با فساد در بخش خصوصی، نظر منفی داده و آن را خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات دانسته است.

۳. ماده ۲۲ همان قانون

رویه قضایی و تحلیل و تفسیر دقیق مبانی قانونی موجود در این حوزه، که مبتنی بر صیانت و حمایت از اموال و دارائی‌های دولتی (به معنای عام) است، می‌تواند علاوه بر اینکه مسیر مبارزه با هر گونه تخلف، انحراف یا سوءجریانی را راجع به سهام و سرمایه دولت در این شرکت‌ها هموار سازد، باعث افزایش قاطعیت در برخورد با جرایم واقع شده در این شرکت‌ها نیز شود؛ لذا در این مقاله سعی شده این مبانی که مبتنی بر حمایت از سهام و سرمایه دولت است از لابه‌لای آراء و تصمیمات قضائی در دسترس، استخراج و با سایر مؤلفه‌های نظری و متون تقنینی مورد بررسی قرار گیرد. درمورد حوزه جرایم اقتصادی مقاله‌ها و کتب متعددی تألیف و تدوین شده (خدائیان چگنی، ۱۳۹۱؛ میرسعیدی، زمانی، ۱۳۹۲) اما درباره واکاوی رویه قضایی و چالش‌های تقنینی راجع به حمایت کیفری از سهام دولت در برخورد با جرایم اقتصادی در شرکت‌های غیردولتی، سابقه تألیف و تدوینی وجود ندارد؛ بنابراین تحقیق حاضر از این جهت نوآورانه است. در جهت انجام تحقیق نیز علاوه بر مراجعه به منابع کتابخانه‌ای از آراء و تصمیمات قضائی مرتبط و در دسترس شعب تحقیق دادسرا و محاکم کیفری استفاده و متعاقب آن مورد بررسی، تحلیل و آسیب شناسی قرار گرفته است. در قسمت اول این مقاله، تعاریف مورد نظر بررسی قرار گرفته است و در قسمت دوم به استعمال و مشخص نمودن میزان سهام دولت در شرکت‌های سهامی توجه شده است و در قسمت سوم با نگاهی به رویه قضایی، رفتارهای مجرمانه را بر عناوین جزایی تطبیق داده است و درنهایت نیز چالش‌های نحوه حمایت از سهام و اموال دولتی در شرکت‌های غیردولتی بررسی شده است.

۱. تعاریف

۱-۱. **شرکت دولتی:** برای شناخت شرکت‌های دولتی می‌توان به قوانین مختلفی مراجعه کرد؛ از جمله قانون اساسی، قانون محاسبات عمومی، قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد (دادخدایی، ۱۳۹۰: ۳۴)،

قانون برگزاری مناقصات و قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات. در ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ شرکت دولتی واحد سازمانی مشخص معرفی شده که «با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد شود یا به حکم قانون یا دادگاه صالح ملی شده یا مصادره شده و به‌عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد.» یا «هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی ایجاد شود، مادام که پنجاه درصد سهام آن متعلق به شرکت‌های دولتی است، شرکت دولتی تلقی می‌شود.» در ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ هم شرکت‌های دولتی^۱ با همین مبنا تعریف شده است. طبق این مقررات در دو حالت شرکت دولتی ممکن است شکل بگیرد: حالت اول زمانی که به موجب قانون و برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت، شکل می‌گیرد و بیش از پنجاه درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت باشد و حالت دوم در فرضی که وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی انفرادی یا مشترک هر شرکت تجاری را از طریق سرمایه‌گذاری ایجاد نمایند؛ البته در صورتی که بیش از پنجاه درصد سهام آنها منفرد یا مشترک متعلق به واحدهای سازمانی مذکور باشد. شرکت‌های دولتی اصولاً به صورت سهامی به ثبت می‌رسند با این تفاوت که موضوع بازرسی و حسابرسی در شرکت‌های دولتی بر عهده سازمان حسابرسی گذاشته شده است و این را می‌توان وجه تمایز اصلی شرکت‌های دولتی با شرکت‌های سهامی دانست (اردشیری، ۱۳۸۹: ۵۴).

۱. شرکت‌های دولتی در حوزه‌های مختلف خود احکام مختلفی دارند از جمله: «احکام ناظر بر مجامع عمومی»، «احکام ناظر بر هیئت مدیره و مدیران عامل»، «احکام ناظر بر حسابرس مستقل و بازرس قانونی»، «احکام ناظر بر بودجه»، «احکام ناظر بر امور مالی»، «احکام ناظر بر امور معاملاتی»، «احکام ناظر بر طرح‌های عمرانی»، «احکام ناظر بر اموال»، «احکام ناظر بر امور استخدامی»، «احکام ناظر بر واگذاری»، «احکام ناظر بر انحلال»، «احکام ناظر بر معافیت‌ها و استثنائات قانونی» (عنبری و نوروزیان، ۱۴۰۲: ۳۲).

۱-۲. شرکت‌های غیر دولتی: طبق مفهوم مخالف ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور و ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، هر شرکتی که شرایط بیان‌شده در این مواد را نداشته باشد، شرکت غیردولتی یا به عبارتی شرکت خصوصی تلقی می‌شود حتی اگر دولت در این شرکت‌ها تا ۵۰ درصد سهام یا سرمایه آن شرکت را دارا باشد.

۱-۳. شرکت‌های سهامی: شرکت سهامی شرکتی است که سرمایه آن به سهام تقسیم شده و مسئولیت صاحبان سهام محدود به مبلغ اسمی سهام آنهاست. شرکت سهامی شرکت بازرگانی محسوب می‌شود ولو اینکه موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد و به دو نوع تقسیم می‌شود، شرکت سهامی عام و شرکت سهامی خاص. از جمله مقررات کیفری حاکم بر شرکت‌های سهامی، بندهای ۳ و ۴ ماده ۲۵۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت است.

۱-۴. شرکت‌های وابسته به دولت: در قوانین این شرکت‌ها به‌صراحت و به صورت مستقل تعریف نشده‌اند اما در برخی از مقررات کیفری، این نوع شرکت‌ها از حمایت کیفری برخوردارند (عنبری و نوروزیان، ۱۴۰۲: ۱۳). این نقص تعریف نشدن در قوانین باعث شد که هیئت دولت در تصویب‌نامه‌هایی در مقام ارائه تعریف از این شرکت‌ها برآید از جمله، مصوبه شماره ۶۹۲۱/ت/۲۱۲۴۴ هـ مورخ ۱۳۷۸/۰۵/۰۳ و همچنین تصویب‌نامه راجع به واریز یک درصد سود ناخالص شرکت‌های دولتی به حساب خزانه مصوب ۱۳۸۰/۵/۱۰ و همچنین مصوبه شماره ۲۳۷۰۸/ت/۲۴۵۳۷ هـ مورخ ۱۳۸۰/۰۵/۲۰ است که در تعریف این شرکت‌ها با مبنا قرار دادن ماهیت شرکت‌های دولتی، شرکت تابعه و وابسته به دولت را معرفی کرده و عنوان نموده که شرکت‌هایی که بیش از پنجاه درصد سهام یا سرمایه آن متعلق به شرکت دولتی یا دستگاه‌های دولتی یا متعلق به دستگاه اجرایی مربوطه باشد، شرکت تابعه و وابسته به دولت محسوب می‌شود (براری، ۱۴۰۲: ۲۱). اما از آنجایی که قانون‌گذار در بیان «شرکت‌های دولتی» و «شرکت‌های وابسته» به صورت مجزا و جداگانه مقصودی را دنبال می‌کرده است چنانکه در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و ماده واحده قانون تشکیل

سازمان حسابرسی مصوب ۱۳۶۲ و ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ و تبصره ۹ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳ به هر کدام از این شرکت‌ها مستقلاً اشاره نموده، از این رو مصوبه اخیر دولت، با این مبنا که «مفاد تصویب‌نامه با متن و روح قوانین جاری مخالف است و از آنجا که این موضوع موجب خروج بسیاری از شرکت‌هایی که سهام دولت و شرکت‌های دولتی در آنها کمتر از پنجاه درصد است، از شمول اکثر قوانین شده و بالقوه می‌تواند منشأ آثار سوئی گردد» از جانب سازمان بازرسی کل کشور در دیوان عدالت اداری، مورد اعتراض قرار گرفت و آن مرجع نیز به موجب رأی هیأت عمومی^۱ با این استدلال که «تعیین و احصاء خصوصیات ممیزه واحدهای دولتی و تابعه یا وابسته به آنها متضمن توجه به آثار حقوقی خاص به واحدهای مذکور است و در نتیجه وضع مقررات در جهت تعیین خصوصیات و ضوابط شرکت‌های تابعه و وابسته دولتی اختصاص به مقنن دارد» تصویب‌نامه موصوف را به جهت خارج بودن از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی، ابطال نمود تا اینکه تصویب‌نامه با تغییر دیدگاه سابق خود این شرکت‌ها را مجدداً تعریف کرد و بیان نمود که این شرکت‌ها شخصیت حقوقی مستقلی دارند که پنجاه درصد یا کمتر از پنجاه درصد از سهام یا سرمایه آن به صورت مجتمع یا منفرد متعلق به دستگاه‌های موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری است یا حداقل یکی از اعضای هیئت مدیره آنها را این دستگاه‌ها تعیین می‌کنند،^۲ هر چند این مصوبه نیز برحسب استدلال دیوان عدالت اداری، خارج از حدود اختیارات قوه مجریه محسوب می‌شود، این مصوبه از چند جهت قابل دفاع است: اولاً تعریف مندرج در آن با تعریف شرکت‌های وابسته به

۱. به شماره ۱۷۲/۸۱/هـ - مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۷

۲. مصوبه به شماره ۱۸۶۰۰۵/ت/۶۰۵۴۸ هـ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۰۸ با عنوان دستورالعمل ساماندهی حقوق و مزایای مدیران عامل و اعضای هیئت مدیره - هیئت عامل شرکت‌های دولتی، بانک‌ها و مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت و شرکت‌های تابع آنها و شرکت‌های تحت مدیریت دولت.

شرکت ملی نفت همسو است که در ماده ۴۹ قانون اساسی نامۀ ملی نفت مصوب ۱۳۹۵ بیان شده و آنها را شرکت‌های دانسته که ۵۰ درصد از سهام آنها یا کمتر از آن، متعلق به شرکت نفت است. ثانیاً این تعریف امکان اجرا و اعمال برخی از مقررات کیفری را در حوزه شرکت‌هایی فراهم می‌نماید که دولت در آنها ۵۰ درصد یا کمتر سهام دارد؛ به‌عنوان نمونه، هر گونه تعدی و تفریط در مورد اموال و دارایی‌های این شرکت حسب مورد می‌تواند مصداق تصرف غیرقانونی، تضییع اموال دولتی یا اختلاس باشد و از این جهت، این مصوبه قابلیت حفظ و صیانت از سرمایه و اموال دولتی را داراست. ثالثاً این تعریف می‌تواند جایگاه نظارتی سازمان بازرسی کل کشور و ضابطان خاص را به‌جهت بررسی، تحقیق و تفحص درباره عملکرد مدیران و کارکنان این شرکت‌ها و درنهایت حفظ و صیانت اموال و دارایی‌های دولت تقویت نماید.

۲. نحوه شناسایی میزان سهام و سرمایه دولت در رویه قضایی

یکی از چالش‌های مهم در حمایت از سهام دولت در شرکت‌های سهامی، به نحوه تشخیص میزان سهام دولت در این شرکت‌ها برمی‌گردد؛ بدین نحو که آیا صرفاً باید سهام دولت به صورت مستقیم و در بررسی آخرین لایه سهام‌داران ثبت‌شده در اداره ثبت شرکت‌ها، مورد لحاظ قرار گیرد؟ یا اینکه در این ارزیابی می‌توان سهام غیرمستقیم و در لایه‌های زیرین را در نصاب میزان سهام دولت نیز مورد نظر قرار داد؟ به‌عنوان مثال، اگر سهام‌داران شرکتی، «الف» به‌عنوان یک وزارتخانه دولتی کمتر از ۵۰ درصد از کل سهام شرکت را دارا و «ب» و «ج» به‌عنوان شرکت‌های خصوصی مابقی سهام را در مالکیت خود داشته باشند ولی دولت در شرکت «ج» نیز سهام‌دار محسوب شود و فرض بر این قرار گیرد که با جمع مقدار سهام «الف» در شرکت به صورت مستقیم و سهم آن در شرکت «ج» به صورت غیرمستقیم، بیش از ۵۰ درصد سرمایه شرکت را دارا خواهد شد، آیا در این فرض می‌توان آثار و احکام مرتبط با شرکت‌های دولتی را بر این شرکت نیز جاری دانست؟ قضات در آراء و تصمیمات قضایی متعددی قائل بر این هستند که

صرفاً باید سهام دولت به صورت مستقیم در سیاهه موجود در اداره ثبت شرکت‌ها یا وزارت امور اقتصادی و دارائی، لحاظ شود،^۱ اما این دیدگاه از چند جهت می‌تواند ایراد داشته باشد چراکه اولاً در جرایم اقتصادی که نسبت به اموال و دارایی‌های دولتی به وقوع می‌پیوندد به جهت ترجیح گزینه نظم عمومی بر حقوق فردی (دلیر، ۱۳۸۶: ۲۷۳)، بهره‌برداری صرف از تعابیری چون تفسیر به نفع متهم و تمسک بی‌چون و چرا به اصل براءت نمی‌تواند تأمین‌کننده منافع جامعه و حافظ این اموال باشد. توضیح اینکه در اصل اولیه، سیاست‌گذاران حوزه کیفر تلاش می‌کنند برای تحقق عدالت و حفظ حقوق و آزادی‌های فردی قواعدی یکسان را برای مقابله با همه مصادیق بزه و بزهکاری به کار بندند؛ مثلاً قواعد مربوط به حقوق متهم، ادله اثبات بزه، جلب و احضار متهم، نحوه دادرسی و... (جوان جعفری، ۱۳۸۹: ۱۷۳)، اما پابندی به برخی از آموزه‌های حقوقی صرف ممکن است از جهاتی لطمه به موازین و اصول حقوقی دیگر باشد و از طرفی هم نتواند به تحقق عدالت کمکی بکند؛ چراکه در برخی از جرایم مانند جرایم اقتصادی، سوء نیت‌ها بسیار پنهان هستند؛^۲ از این رو، منطق تقنینی و قضایی ایجاب می‌کند در برخی موارد بر این اصول، استثنائاتی وارد شود. این استثنائات همان نتیجه اعمال سیاست‌های

۱. پرونده به شماره ۹۹۰۹-۰۳۴۰ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان اهواز و پرونده شماره ۱۴۰۰-۰۲۵۶ شعبه

دهم بازپرسی دادسرای اهواز

۲. با توجه به دیدگاه‌های مختلف ارائه‌شده، به نظر می‌رسد که یکی از بهترین و مؤثرترین راهکارها برای مقابله و پیشگیری از جرایم شرکی، خصوصی‌سازی است. بر این اساس، باید برای گذار از مرحله اقتصاد دولتی به اقتصاد خصوصی، دقت فراوان نمود؛ زیرا این دوره منشاء و بستر ساز بسیاری از جرایم شرکی کلان است و لذا در این دوران، مدیریت صحیح و علمی در همه جوانب به‌خصوص در زمینه واگذاری اموال دولتی، بسیار مهم و سرنوشت‌ساز است. درمورد ایران نیز همان‌طور که ذکر شد، نگارنده معتقد است که کشور ایران که روند خصوصی‌سازی را شروع کرده است در دوران گذار قرار دارد و لذا زمینه‌ها برای انواع سوءاستفاده و تاراج دولتی فراهم است؛ بنابراین باید در نحوه واگذاری اموال دولتی به بخش خصوصی نهایت دقت را اعمال نمود و در این مورد می‌توان از تجربه کشورهای توسعه‌یافته و صنعتی که این دوران را سپری کرده‌اند، استفاده کرد تا دچار فساد مالی عظیم‌تر نشویم (صادق‌نژاد نائینی، ۱۳۹۶: ۲۰۲).

افتراقی‌سازی است (کوشا و دهقانی، ۱۳۹۶: ۹۱)؛ از این رو دیده می‌شود که برخلاف عموماً اصول کیفری، در برخی از مواضع مقننان یا کارگزاران، بدون تسامح و با لحاظ حقوق جامعه به موضوعات نگریسته‌اند. برخی از حقوق‌دانان مبتنی بر همین دیدگاه، تا آنجا پیش رفته‌اند که معتقدند جرایم اقتصادی را باید جرایم مادی صرف تلقی نمود که نیازی به اثبات برخورداری از عنصر روانی نباشد، چون مقدمه لازم قصد مجرمانه، علم به مجرمانه بودن رفتار ارتكابی است و چنین علمی درخصوص مرتکبان آن به سبب ماهیت فنی جرایم اقتصادی محرز است (سماواتی پیروز، ۱۳۹۰: ۶۶۱)؛ بنابراین مبارزه با جرایم اقتصادی در حوزه دارایی‌های دولت در شرکت‌ها، نیازمند مسیری متمایز و افتراقی در رویه قضایی است. ثانیاً درمورد نحوه توزین میزان سهام دولت در شرکت‌های سهامی، در قوانین نصی وجود ندارد و بهره‌گیری از تجزیه و تحلیل (آنالیز) سهام و جمع و لحاظ کل سرمایه دولت چه به صورت مستقیم و چه غیرمستقیم، برای تشخیص شرکت‌های دولتی با مانعی روبه‌رو نیست.

در رویه قضایی مرتبط با پرونده‌های جرایم اقتصادی برای تشخیص میزان سهام دولت، غالباً آخرین سهام‌داران و میزان سهام آنها، از اداره ثبت شرکت‌ها یا وزارت امور اقتصادی و دارائی، استعلام می‌شود و در صورتی که نصاب سهام مستقیم دولت بیش از ۵۰ درصد نباشد، قضات با مبنا قرار دادن این استعلام، وقوع جرم اقتصادی را علیه اموال و دارائی‌های دولتی منتفی می‌دانند.^۱ در حالی که با نگرش افتراقی در این حوزه، نباید صرفاً میزان سهام به صورت مستقیم ملاک دولتی یا خصوصی بودن شرکت‌ها محسوب شود و لازم است در صورت نیاز، سهام غیرمستقیم در میزان نصاب سهام دولت نیز لحاظ شود. اما استعلام سهام باید از چه مرجعی انجام پذیرد؟ در این باره در رویه قضایی مسیر واحدی دنبال نمی‌شود و با توجه به تنوع مراجع نظارتی نسبت به

۱. به عنوان نمونه، تصمیم‌های نهایی به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۵۶۴۰۷۱۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۳۰ و همچنین به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۱۱۲۵۵۴۴۰ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۰۶ از شعب بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان اهواز.

شرکت‌های دولتی، قضات ممکن است از وزارت امور اقتصادی و دارایی، دیوان محاسبات کشور، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، اداره ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری یا سازمان بازرسی کل کشور این استعلام را انجام دهند. ولی با توجه به جایگاه نظارتی و ویژه‌ای که سازمان بازرسی کل کشور دارد و با عنایت به دسترسی‌های این سازمان به کلیه اطلاعات مرتبط با سهام‌داران شرکت‌ها، استعلام از این مرجع، در پرونده‌های اقتصادی پیشنهاد می‌شود. این سازمان به استناد بند الف ماده ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، بازرسی مستمر تمام وزارتخانه‌ها، و اداره‌های دولتی و... را بر عهده دارد و از لحاظ تجزیه و تحلیل (آنالیز) سهام، گزارش‌های این سازمان دقت و شفافیت بالایی دارد.^۱

۳. رویکردهای قضایی از جهت تطبیق عناوین مجرمانه مرتبط با کارکنان دولت در

شرکت‌های غیردولتی

یکی دیگر از چالش‌های مهم در حمایت از سهام دولت در شرکت‌های سهامی مربوط می‌شود به مرحله تطبیق عناوین جزایی موجود در حوزه جرایم اقتصادی بر رفتار اشخاصی که علیه سرمایه یا سهام دولت در شرکت‌های سهامی اقدام می‌کنند. منشاء اولیه شکل‌گیری این چالش، نبود موازین واحد و یک‌پارچه در مبارزه با انحرافات اقتصادی در دو حوزه بخش خصوصی و دولتی است، چنان‌که غالب جرایم ارتكابی در بخش خصوصی را قانون جزء جرایم اقتصادی محسوب نمی‌کنند؛ و بدیهی است که اولین گام برای رفع این چالش، تدوین و تصویب قانونی پویا با پیش‌بینی و شناسایی تمامی رفتارهای مضر اقتصادی در حوزه شرکت‌های دولتی و خصوصی است. حال این سؤال پیش می‌آید اگر علم به وقوع جرم مدیران یا کارمندان یک شرکت خصوصی به

۱. به‌عنوان نمونه، گزارش اداره کل بازرسی استان خوزستان درباره تجزیه و تحلیل سهام یکی از شرکت‌های دولتی در پرونده به شماره ۰۳۴۲-۹۶۰ یکی از شعب بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب اهواز.

وجود آید و دولت در آن تا سقف ۵۰ درصد یا کمتر سهام یا سرمایه داشته باشد نحوه مواجهه کیفری به چه شکل خواهد بود؟ آیا در این فرض باید منتظر طرح شکایت از جانب همان مدیران برای رسیدگی به جرایم واقع شده علیه اموال و دارایی‌های آن شرکت ماند یا راهکار دیگری نیز وجود دارد؟ در اینجا نیز نوع و برخورد قضائی با توجه به شرایط فعلی، منبعث از تفاسیر قضایی متهافت و متفاوتی است؛ غالب آراء مراجع قضایی،^۱ بر عدم تطبیق عناوین جزائی مرتبط با جرایم مرتبط با کارکنان دولت در شرکت‌های موصوف دلالت دارد هرچند در برخی از نظریات قضائی، جاری شدن این قوانین را بر رفتارهای مضر اقتصادی علیه دارایی‌های دولت امکان‌پذیر می‌دانند. در اینجا هر کدام از نظریات موصوف که در آراء قضائی استفاده شده است، به صورت مجزا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱. حمایت نکردن رویه قضایی از سهام دولت با تمسک به اصل برائت و تفسیر به نفع متهم: در این فرض قضات براساس قواعد مرتبط با اصل برائت و تفسیر مضیق و به نفع متهم از هر گونه استناد به عناوین جزایی مرتبط با شرکت‌های دولتی درخصوص شرکت‌هایی خودداری می‌کنند که دولت در آنها کمتر از ۵۰ درصد سرمایه دارد. این دیدگاه برگرفته از همان آموزه‌های تعلیمی و تجمیعی مرتبط با کلیه جرایم و فاقد هرگونه نگاه افتراقی و ویژه است.^۲

۳-۲. حمایت رویه قضایی از سرمایه دولت با تطبیق عناوین جزائی اقتصادی و جرایم کارکنان دولت: این آراء و نظریات یک ملاک واحد را برای توجیه این تطابق ارائه نکرده‌اند بلکه در این مسیر استدلال‌های مختلفی مورد استفاده قرار گرفته است.

۱. به‌عنوان نمونه دادنامه‌های به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۰۷۸۹۱۵۳۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۸/۳۰ و همچنین به شماره

۱۴۰۱۱۱۸۱۸۱۹ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۲۹ شعب دادگاه کیفری دو شهرستان اهواز.

۲. تصمیم نهایی به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۰۵۹۳۲۳۱۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۷/۱۲ و همچنین تصمیم نهایی به

شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۰۹۱۳۹۳۲۵ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۰۵ و همچنین تصمیم نهایی شماره ۱۴۰۲۳۷۳۹۰۰۰۰۶۵۲۸۰ مورخ ۱۴۰۲/۰۳/۰۵

مورخ ۱۴۰۱/۰۱/۱۴ در شعب بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب اهواز.

به‌عنوان مثال در برخی از آراء، نوع فعالیت و کارکرد شرکت مبنای این تطبیق قرار گرفته است و در مواردی که شرکت براساس ضوابط و مقررات بخش دولتی اقدام به ارائه خدمات عمومی می‌نماید این شرکت را مورد حمایت مقررات جزائی کارکنان دولت دانسته است یا در نظری دیگر، ملاک این تطبیق انتصاب اعضای هیئت مدیره شرکت از طریق قوه مجریه یا دارا شدن کارمندان شرکت‌های یادشده از ردیف بودجه استخدامی از ناحیه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور است یا حقوق و مزایای کارکنان این شرکت‌ها از محل اعتبارات دولتی و بیت‌المال پرداخت می‌شود یا شمول مقررات دولتی بر ضوابط سازمانی مربوط به نقل و انتقالات و ترفیعات و رسیدگی به تخلفات درون سازمانی شرکت‌های مربوطه، قرار گرفته است، اما در این بین، دو طریق و تفسیر بیش از موارد دیگر در عمل مشاهده شده است که این موارد بررسی خواهند شد.

۱-۲-۳. استفاده از ماهیت شرکت‌های وابسته به دولت: به‌عنوان روش اول اینکه براساس آنچه درخصوص ماهیت شرکت‌های وابسته به دولت ارائه شد می‌توان شرکت‌هایی را که دولت در آنها کمتر از ۵۰ درصد سهام دارد وابسته به دولت فرض نمود و سپس به دلیل این تفسیر، عناوین جزایی مرتبط با شرکت‌های دولتی را نیز درخصوص این شرکت‌ها جاری دانست. طریقه اول برگرفته از همان نگاه افتراقی و ویژه در مبارزه با جرایم اقتصادی و در جهت جلوگیری از ایجاد و گسترش آثار سوء این جرایم است، این نگرش باعث می‌شود قضات در مقام تفسیر قوانین و مقررات مبهم و متعارض، نفع جامعه و حفظ حقوق دولت را بر سایر تفاسیر مرجح بدانند. هر چند اداره کل حقوقی قوه قضاییه در یکی از نظریات خود درباره ماهیت شرکت‌های وابسته به دولت چنین ابراز عقیده نموده است: «این شرکت‌ها شرکتی تجاری هستند که مطابق قسمت اخیر ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری از طریق سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی ایجاد شده و بیش از پنجاه درصد آن متعلق به شرکت‌های دولتی است. نظر به لزوم رعایت اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، اگر دولت در شرکتی صاحب درصدی از سهام یا سرمایه باشد ولی به لحاظ نرسیدن سهم دولت به نصاب

قانونی مذکور در تعاریف مربوط به شرکت دولتی و وابسته به دولت، آن شرکت مشمول عناوین مذکور نشود، استفاده غیرمجاز کارکنان آن از اموال چنین شرکتی، مشمول ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ یا مواد ۳ و ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ قرار نمی‌گیرد و ممکن است حسب مورد مصداق مقررات و مواد قانونی دیگر باشد.^۱ اما این نظریه از چند جهت ایراد دارد؛ اول اینکه قسمت اخیر ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری در مقام تعریف شرکت دولتی است نه شرکت‌های وابسته به دولت؛ دوم اینکه اگر قانون‌گذار تفاوتی بین این دو شرکت قائل نبود دلیلی نداشت که آنها را به صورت مستقل و مجزا از یکدیگر در قوانین و مقررات جزایی ذکر نماید.

۲-۲-۳. امتزاج سرمایه دولت با سایر سرمایه‌های شرکت: در این روش چنین استدلال می‌شود که اگر دولت در یک شرکت به هر میزان سهام‌دار باشد خواه یک درصد یا بیش از آن (تا ۵۰ درصد)، به جهت امتزاج اختیاری اموال دولت با دارائی‌ها شرکت در این فرض، دولت به‌طور مشاع در جزء جزء دارائی‌های شرکت حق مالکانه دارد و تعرض به هر بخش از اموال و دارائی‌های شرکت تعرض به سهم دولت نیز قلمداد می‌شود؛ لذا در جهت صیانت از اموال دولتی که مورد امتزاج قرار گرفته است باید کلیه اموال و دارائی‌های شرکت مورد صیانت و حمایت کیفری قرار گیرد. به‌عنوان نمونه، در یکی از پرونده‌های^۲ شعب بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان اهواز درباره برخی از کارمندان شرکت توزیع برق این شهرستان، که در مظان اتهام تشکیل شبکه اختلاس و پول‌شویی قرار گرفته بودند، بازپرس پرونده با این استدلال که «ماهیت حقوقی شرکت توزیع برق، که شرکتی است ارائه‌دهنده خدمات عمومی و از طرفی شرکت توزیع برق تا حدی از قدرت عمومی نیز برخوردار بوده و از سویی اگر،

۱. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه به شماره ۷/۹۸/۱۳۲۲ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۰۸

۲. پرونده به شماره ۰۳۵۲ - ۹۱۰ که مورخ ۱۳۹۴/۰۴/۲۲ منتهی به اتخاذ تصمیم نهایی به شماره ۹۴۰۹۹۷۶۱۱۴۰۰۵۹۴ شده است.

چه سهام دولت در شرکت کمتر از پنجاه در صد بوده لیکن دولت به‌طور مشاع در جزء جزء سهام شرکت سهم دارد و تعرض به هر بخش از اموال و دارایی‌های شرکت تعرض به سهم دولت نیز قلمداد می‌گردد» قرار جلب به دادرسی صادر و پرونده با کیفرخواست به دادگاه کیفری یک استان خوزستان ارسال و درنهایت در یکی از شعب این دادگاه، متهمان پرونده محکوم^۱ شده‌اند. قضات دادگاه در بخشی از دادنامه صادره درخصوص مبنای مجازات متهمان به اتهام اختلاس بیان داشتند: «مادامی که درصدی از سهام شرکت یادشده دولتی است اساساً قابل تشخیص و تفکیک نیست که میزان جرایم مالی به وقوع پیوسته توسط کارمندان شرکت ناظر به کدام بخش از کلیت سهام شرکت است آیا ناظر به میزان پنجاه به علاوه یک درصد است یا ناظر به میزان چهل و نه درصد و لذا نمی‌توان با این استدلال حقوق مربوط به بخش دولتی که سازمان‌دهنده تمامی فعالیت‌های شغلی کارمندان شرکت است را نادیده گرفت». یا در پرونده‌ای دیگر بازپرس در قرار جلب به دادرسی درخصوص اتهام احدی از کارمندان بانک صادرات به اتهام اختلاس توأم با جعل به‌جهت تطبیق رفتار ارتكابی کارمند بانک با عنوان مجرمانه مندرج در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری چنین استدلال نموده است:^۲ «از آنجا که طبق برگ آنالیز سهام بانک صادرات، دولت در این بانک به‌طور مشاعی سهام‌دار است و در مبلغ اختلاس شده هم دولت به نحو مشاعی سهام داشته و تفکیک نشده ضمن اینکه بانک‌داری یک نوع خدمت عمومی به حساب می‌آید و اگرچه مفهوم خدمت عمومی در قوانین موضوعه کشور به‌طور مشخص تعریف نشده قانون‌گذار در مواردی مانند ماده ۱۱ قانون جرایم رایانه‌ای در ماده ۷۳۹ قانون مجازات اسلامی کتاب تعزیرات آن را جزو مصادیق خدمت ضروری عمومی آورده است؛ این مرجع بانک صادرات را جزء

۱. دادنامه شماره ۹۶۰۰۹۹۷۶۱۲۱۵۰۰۲۷۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۲۵

۲. این قرار نهایی قبل از صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۸ با موضوع شمول مجازات مقرر در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نسبت به کارکنان بانک‌های خصوصی صادر شده است.

نهادهای قیدشده در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبان اختلاس، ارتشاء و کلاهبرداری قلمداد می‌نماید.^۱ این روش در رویه قضایی، طرفداران اندکی دارد هر چند نتیجه عملیاتی شدن این تفسیر با روش اول همسو و یکسان است ولی از جهت اتقان و قابل دفاع بودن ضعف جدی دارد.

۴. چالش‌شناسی قضایی در شمول عنوان جزائی تضییع اموال دولتی در شرکت‌های سهامی

اگر بتوان فرض را بر این گذاشت که ماهیت شرکت‌هایی که دولت در آنها کمتر از ۵۰ درصد سهام دارد، شرکت‌های وابسته به دولت هستند در این صورت چالش‌های متعددی ممکن است به وجود آید؛ از جمله آنها بحث انتساب بزه مندرج در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ است که در رویه قضایی در این خصوص نظریات و آراء متفاوتی صادر شده است؛ البته این مسائل مختص شرکت‌های موصوف نیست و درمورد بانک‌های خصوصی و شهرداری‌ها و نهادهای انقلابی نیز وجود دارد. برای مشخص شدن این تهافت آراء به برخی از استدلال‌های مندرج در آراء قضایی در این باره اشاره می‌شود. به عنوان نمونه، در قسمتی از قرار منع تعقیب^۲ یکی از شعب بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب اهواز درخصوص شکایت بانک ملت علیه احدی از کارمندان این بانک با موضوع اهمال منتهی به تضییع وجوه بانک، این‌گونه استدلال شده است: «طبق رأی وحدت رویه شماره ۷۹۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور کارکنان بانک‌های خصوصی که تحت نظارت بانک مرکزی به ارائه خدمات گسترده پولی و بانکی به مردم می‌پردازند از مصادیق مأموران خدمات عمومی محسوب می‌شوند و این مصادیق صرفاً ناظر به صدر ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی بخش

۱. پرونده به شماره ۹۵۰-۰۷۸۰ که در تاریخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۷ به شماره تصمیم نهایی ۹۶۰-۲۱۲۴ منتهی به صدور قرار جلب به دادرسی شده است.

۲. پرونده به شماره ۳۱۶-۰۳۹۰ که در تاریخ ۱۴۰۱/۱۰/۲۱ به شماره تصمیم نهایی ۹۷۳۱-۱۴۰۱ منتهی به صدور قرار منع تعقیب شده است.

تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ درمورد بزه تصرف غیرقانونی می‌باشد، و با توجه به لزوم تفسیر مضیق قوانین کیفری و تفسیر به نفع متهم، ایشان مشمول ذیل ماده اخیرالذکر و بزه تضییع اموال و وجوه دولتی به علت اهمال یا تفریط نمی‌باشند» همان‌گونه که از این استدلال برداشت می‌توان کرد بازپرس مصادیق دو رفتار مجرمانه مندرج در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، یعنی تصرف غیرقانونی و تضییع اموال و وجوه دولتی به علت اهمال یا تفریط را متفاوت دانسته و برای این تفسیر خود به قید «دولتی» پس از اموال و وجوه استناد نموده و این قید را صرفاً درباره اموال دولت به معنای اخص آن در نظر گرفته است؛ در حالی که صدر و ذیل ماده یک حکم راجع به تصرف اموال دولتی و تضییع و تفریط اموال دولتی بیان می‌دارد و رأی وحدت رویه شماره ۷۹۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در جهت شمول کل ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات بر کارمندان بانک‌های خصوصی و داخل بودن این افراد در مأموران خدمات عمومی اظهار نظر و عقیده کرده است و نظر دیوان عالی کشور بر تفکیک عناوین تضییع اموال و وجوه دولتی و تصرف غیرقانونی نبوده است و موجبی نیز در این خصوص لحاظ نشده است. یا در پرونده^۱ مشابه دیگر، بازپرس درخصوص اتهامات شهردار وقت شهرستان دایر بر تضییع اموال عمومی متعلق به شهرداری اقدام به صدور قرار منع تعقیب نموده و در رأی صادره این‌گونه استدلال کرده است: «مستفاد از قسمت اخیر ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ اهمال یا تفریط موجب تضییع اموال و وجوه دولتی صرفاً در اموال دولتی قابلیت تحقق دارد و در مانحن فیه با توجه به اینکه اموال متعلق به شهرداری بوده است و از اموال عمومی به شمار می‌آید لذا بزه عنوان‌شده قابلیت تحقق با توجه به اوصاف مذکور را ندارند» اما این قرار از چند جهت ایراد دارد: اول اینکه ذیل ماده موصوف را باید با صدر آن

۱. پرونده به شماره ۰۲۳۲-۹۷۰ که در تاریخ ۱۴۰۱/۰۴/۰۸ به شماره تصمیم نهایی ۶۱۳۴-۱۴۰۱ منتهی به صدور قرار منع تعقیب شده است.

مورد نظر قرار داد؛ چراکه از لحاظ نگارشی و ادبی هیچ قیدی به جهت تجزیه حکم ذیل ماده از جهت اشخاص با صدر ماده وجود ندارد و صرف بیان قید «دولتی» پس از «اموال و وجوه» نمی تواند چنین تقییدی را ایجاد کند و دوم اینکه با پذیرش این استدلال کلیه اشخاص صدر ماده که عنوان دولتی ندارند، باید از حکم ذیل ماده خارج کرد و چنین تخصیص اکثری از جانب قانون گذار بعید به نظر می رسد؛ در حالی که در موارد متعددی مقنن از واژه دولت، مفهوم کلی و عام آن را اراده کرده است که شامل تمامی کارکنان و کارمندان قوای سه گانه و حاکمیتی می شود.

فرجام سخن

راجع به نحوه حمایت از شرکت هایی که قسمتی از سرمایه یا سهام شرکت (تا ۵۰ درصد) متعلق به دولت است چالش ها و خلاء های قانونی متعدد وجود دارد که به جهت نقص، ابهام و عدم نص قوانین کیفری در این حوزه، لاجرم از رویه های قضایی برای ترمیم آن بهره گرفته می شود. رویه قضایی در این حیطه سه شیوه را در پیش گرفته است؛ روش اول این است که قضات، شرکت های موصوف را صرفاً یک شرکت خصوصی محسوب و هر گونه فعل یا ترک فعل مجرمانه ای را که مدیران یا دیگر کارکنان شرکت علیه اموال و دارائی های آن صورت می گیرد در قالب مصادیق ماده ۲۵۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت یا عناوین مجرمانه دیگر از قبیل خیانت در امانت یا سرقت یا کلاهبرداری و غیره مورد رسیدگی قرار دهند. روش دوم آن است که چنین شرکت هایی را به عنوان شرکت های وابسته به دولت فرض نمایند و رفتارهای مجرمانه مدیران یا دیگر کارکنان شرکت را حسب مورد مصداق عناوین جزائی مرتبط با جرایم اقتصادی کارکنان دولتی بدانند. و روش سوم آنکه قضات قائل بر این باشند که در این شرکت ها به جهت اینکه دولت به طور مشاع در جزء جزء اموال شرکت سهیم است، تعرض به هر بخش از اموال و دارائی های شرکت تعرض به سهم دولت نیز قلمداد می شود و لذا رفتارهای مجرمانه واقع شده علیه اموال این شرکت ها براساس

عناوین جزایی مرتبط با شرکت‌های دولتی می‌باید مورد بررسی و رسیدگی قرار گیرد. شیوه اول در رسیدگی و رویه قضایی دیدگاهی غالب و مبتنی بر همان قواعد عام و کلی در رسیدگی‌های کیفری است و شیوه‌های دوم و سوم مبتنی بر دیدگاه افتراقی و ویژه، به جهت حفظ منافع جامعه و صیانت از اموال دولتی به معنای عام آن است؛ هرچند نتیجه اعمال و اجرای روش دوم و سوم، واحد است اما روش دوم، توجهات لازم و قابل دفاع‌تری دارد. از طرفی نوع و نحوه شناسایی میزان سهام دولت در شرکت‌های سهامی نیز در رویه قضایی مسیر واحدی ندارد^۱ و در برخی از موارد صرفاً سهام و سرمایه مستقیم دولت در شرکت‌ها، در میزان نصاب سهام دولت در آن شرکت، لحاظ می‌شود و در برخی موارد دیگر میزان سهام هم به صورت مستقیم و هم به صورت غیرمستقیم در میزان نصاب مورد توجه قرار می‌گیرد که هر کدام از این روش‌ها آثار حقوقی متفاوتی را ایجاد می‌کند. همه آنچه بیان شد دلالت بر این مهم دارد که متون کیفری و حقوقی حال حاضر نظام قضایی ایران در مقابله با جرایم اقتصادی در شرکت‌های سهامی و به تبع آن حمایت از سهام و سرمایه دولت در این شرکت‌ها با کاستی‌های فراوانی روبه‌رو است که برای گذار از آن نیازمند قوانینی پویا، دقیق و روشن است؛ هرچند اقداماتی در جهت برطرف کردن این نواقص و کاستی‌ها انجام می‌گیرد؛ این تلاش‌ها تاکنون به متون حقوقی کشور افزوده نشده است؛ به عنوان نمونه، بابت همین تشتت آراء در مراجع قضایی و تفاسیر متعدد و متنوع از قوانین کیفری در این حوزه، نمایندگان مجلس شورای اسلامی بر آن شدند تا جهت ایجاد وحدت رویه قضایی و جلوگیری از تضییع و حیف و میل حقوق و اموال و دارایی‌های دولت و بیت‌المال حمایت‌های کیفری مناسب را فراهم سازند؛ از این رو، اقدام به تهیه طرح الحاق یک تبصره به ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نمودند و در

۱. به عنوان نمونه تصمیم نهایی به شماره ۱۴۰۱۳۷۱۰۰۰۱۲۶۹۴۰۹ مورخ ۱۴۰۱/۰۷/۰۹ و همچنین تصمیم به شماره

۱۴۰۱۳۷۰۱۰۰۰۲۳۶۸۷۰۳ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۱۳ دادسرای عمومی و انقلاب اهواز.

قسمتی از مقدمه (دلایل توجیهی) این طرح بیان کردند که با توجه به اینکه اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی جزء اصول شناخته شده حقوق جزاست امکان تسری مجازات‌های موضوع ماده ۵۹۸ قانون صدرالاشاره برای افرادی غیر از مواردی که در متن قانون احصاء شده، وجود ندارد لیکن امکان وجود اموال و وجوه دولتی در ساختارهایی جز آنچه در متن قانون مورد اشاره قرار گرفته، منتفی نیست و در عمل دارایی‌های دولت اعم از اموال و وجوه می‌تواند در شرکت‌ها، مؤسسات و نهادهایی غیردولتی موجود باشد. در این موارد تصرف غیرقانونی و تضییع اموال دولتی انجام شدنی است اما غیرقابل مجازات؛ زیرا رابطه استخدامی کارکنان با شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت وجود ندارد. با وجود آنکه بخشی از دارایی‌های دولت در مؤسساتی نظیر بانک‌های غیردولتی، بیمه‌های غیردولتی و نهادهای عمومی غیردولتی موجود و دچار تضییع می‌شوند که همین موضوع مرتکبان این نوع جرایم را در حاشیه امنی قرار می‌دهد و مجازات متناسب با جرائم ارتكابی برای ایشان در نظر گرفته نمی‌شود؛ بنابراین، در این طرح پیشنهاد نموده‌اند که «کارکنان هر سازمان، بنگاه، شرکت یا مؤسسه‌ای، صرف‌نظر از میزان سهام دولت در آن به هر نحوی از انحاء اعم از تعدی، اهمال یا تفریط سبب تضییع یا ورود خسارت به اموال دولت یا تفویت منافع متعلق به دولت گردند مشمول مجازات‌های مقرر در این ماده خواهند بود»؛ بنابراین می‌توان امید داشت پس از تصویب آن و همچنین دیگر طرح‌ها و لوایح ارائه شده به مجلس شورای اسلامی در ارتباط با تقویت مبارزه با جرایم اقتصادی برخی از چالش‌های مربوط به نحوه حمایت از سهام و سرمایه دولت در شرکت‌های سهامی مرتفع شود.

منابع

- اردشیر، علی (۱۳۸۹). سازوکارهای نظارت بر شرکت‌های دولتی، تهران: نوآور.
- براری، اکبر (۱۴۰۲). نظام حقوقی حاکم بر شرکت‌های دولتی و خصوصی‌سازی، تهران: انتشارات مجد.
- بهره‌مند بگ نظر، حمید (۱۳۸۹). سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال فساد و مطالعه تطبیقی آن با کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد/ رساله دکتری، دانشگاه تهران.
- جوان جعفری، عبدالرضا (۱۳۸۹). جرایم سایبر و رویکرد افتراقی حقوق کیفری، مجله دانش و توسعه، ۱۷(۳۴)، ۱۶۹-۱۹۲. Doi: <https://doi.org/10.22067/pm.v17i34.27358>
- حسینی، جعفر و مهر، نسرين (۱۳۹۴). نقدی بر مفهوم جرم اقتصادی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مجله مطالعات حقوقی کیفری و جرم‌شناسی، ۲(۳)، ۴۵-۶۹. DoI: [org/JQCLCS-201506-1031%20\(R1\)](https://doi.org/10.22067/pm.v17i34.27358)
- خداییان چگنی، ذبیح‌اله (۱۳۹۱). بررسی تطبیقی نظام عدالت کیفری فرانسه و ایران در مقابله با جرایم اقتصادی، مجله مطالعات حقوقی، ۴(۲)، ۳۱-۵۸. DoI: [10.22099/JLS.2013.1130](https://doi.org/10.22067/pm.v17i34.27358)
- دادخدایی، لیلا (۱۳۹۰). فساد مالی اداری و سیاست جنایی مقابله با آن، تهران: انتشارات میزان.
- دلیر، حمید (۱۳۸۶). اموال مرتبط با جرم در حقوق ایران و انگلستان و اسناد بین‌المللی/ رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی تهران.
- سماواتی پیروز، امیر (۱۳۹۰). آملی بر جرایم اقتصادی از منظر بایسته‌های حقوق جزای اقتصادی، نشریه تحقیقات حقوقی، ضمیمه شماره ۵۶، ۶۴۵-۶۷۶.
- صادق‌نژاد نائینی، مجید (۱۳۹۶). تحلیل جرایم شرکتی در پرتو نظام‌های اقتصادی، مجله حقوقی دادگستری، ۸۱(۹۹)، ۲۰۱-۲۲۷. DoI: [10.22106/ljz.2017.29233](https://doi.org/10.22067/pm.v17i34.27358)
- عنبری، محمد و نوروزیان، رضا (۱۴۰۲). اهم قوانین شرکت‌های دولتی، تهران: انتشارات دفتر امور شرکت‌های دولتی وزارت اقتصاد.
- کوشا، جعفر، دهقانی، محمدرضا (۱۳۹۶). سیاست جنایی در جرایم اقتصادی، دو فصلنامه دانش حقوق و مالیه، ۱(۲)، ۸۵-۱۰۱. Doi: [10.22034/ejs.2022.334504.1197](https://doi.org/10.22067/pm.v17i34.27358)
- معاونت مطالعات و ارزیابی سازمان خصوصی‌سازی (۱۳۸۵). مجموعه قوانین و مقررات واگذاری سهام دولتی و متعلق به دولت در برنامه‌های سوم و چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات سازمان خصوصی‌سازی.
- مهدوی پور، اعظم (۱۳۹۰). سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی، تهران: میزان.

میرسعیدی، منصور و زمانی، محمود (۱۳۹۲). جرم اقتصادی تعریف یا ضابطه، پژوهش حقوق کیفری، ۲(۴)، ۱۶۷-۱۹۹.

-آراء و پرونده‌ها

پرونده به شماره ۹۹۰۹-۰۳۴۰ مورد رسیدگی در دادگاه کیفری دو شهرستان اهواز
پرونده به شماره ۱۴۰۰-۰۲۵۶ مورد رسیدگی در دادسرای عمومی و انقلاب اهواز
پرونده به شماره ۰۷۸۰-۹۵۰ مورد رسیدگی در دادسرای عمومی و انقلاب اهواز
پرونده به شماره ۰۳۱۶-۹۹۰ مورد رسیدگی در دادسرای عمومی و انقلاب اهواز
پرونده به شماره ۰۲۳۲-۹۷۰ مورد رسیدگی در دادسرای عمومی و انقلاب اهواز
دادنامه به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۷۸۹۱۵۳۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۸/۳۰
دادنامه به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۱۱۱۸۱۸۱۹ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۲۹
دادنامه به شماره ۱۳۹۶/۰۹/۲۵ مورخ ۹۶۰۰۹۹۷۶۱۲۱۵۰۰۲۷۷
تصمیم نهایی به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۵۶۴۰۷۱۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۳۰
تصمیم نهایی به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۱۱۲۵۵۴۴۰ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۰۶
تصمیم نهایی به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۵۹۳۲۳۱۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۷/۱۲
تصمیم نهایی به شماره ۱۴۰۱۳۷۳۹۰۰۹۱۳۹۳۲۵ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۰۵
تصمیم نهایی به شماره ۱۴۰۲۳۷۳۹۰۰۰۰۶۵۲۸۰ مورخ ۱۴۰۲/۰۱/۱۴
تصمیم نهایی به شماره ۹۴۰۹۹۷۶۱۱۴۰۰۰۵۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۴/۲۲

- Anbari, M., & Norouzian, R. (2023). *Key Laws on State-Owned Enterprises*. Tehran: Ministry of Economy, Office of State-Owned Enterprises Publications. [In Persian]
- Ardshir, A. (2010). *Mechanisms for Supervising State-Owned Companies*. Tehran: Noavar. [In Persian]
- Bahreman Begnazar, H. (2010). *Iran's Legislative Criminal Policy Toward Corruption and Its Comparative Study with the United Nations Convention Against Corruption* (Ph.D. dissertation). University of Tehran. [In Persian]
- Barari, A. (2023). *The Legal System Governing State-Owned Companies and Privatization*. Tehran: Majd Publications. [In Persian]

- Dadkhodaei, L. (2011). *Financial Corruption and the Criminal Policy of Combat It*. Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Dalir, H. (2007). *Crime-Related Property in Iranian and English Law and International Instruments* (Ph.D. dissertation, supervised by R. Goldust Joibari). Shahid Beheshti University, Tehran. [In Persian]
- Hasani, J., & Mehra, N. (2015). *A Critique on the Concept of Economic Crime in the Islamic Penal Code of 2013*. *Journal of Criminal Law and Criminology Studies*, 2(3), 45–69. [https://doi.org/JQCLCS-201506-1031%20\(R1\)](https://doi.org/JQCLCS-201506-1031%20(R1)) [In Persian]
- Javan Jafari, A. (2010). *Cybercrimes and the Differential Approach of Criminal Law*. *Danesh va Towse'e (Knowledge and Development)*, 17(34), 169–192. <https://doi.org/10.22067/pm.v17i34.27358> [In Persian]
- Khodayian Chegini, Z. (2012). *Comparative Study of the Criminal Justice System of France and Iran in Combating Economic Crimes*. *Journal of Legal Studies*, 4(2), 31–58. <https://doi.org/10.22099/JLS.2013.1130> [In Persian]
- Koosha, J. & Dehghani, M. (2017). *Criminal Policy in Economic Crimes*, 1(2), 85–101. <https://doi.org/10.22034/ejs.2022.334504.1197> [In Persian].
- Mahdavi pour, A. (2011). *Differentiated Criminal Policy in the Field of Economic Crimes*. Tehran: Mizan. [In Persian]
- Mirsaeedi, M., & Zamani, M. (2013). *Economic Crime: A Definition or a Criterion?* *Criminal Law Research*, 2(4), 167–199. [In Persian]
- Privatization Organization - Research and Evaluation Department. (2006). *Compilation of Laws and Regulations on the Transfer of State and Government-Owned Shares in the Third and Fourth Development Plans of the Islamic Republic of Iran*. Tehran: Privatization Organization Publications. [In Persian]
- Sadeghnejad Naeini, M. (2017). *Analysis of Corporate Crimes in Light of Economic Systems*. *Judicial Law Journal*, 81(99), 201–227. <https://doi.org/10.22106/jlj.2017.29233> [In Persian]
- Samavati Pirooz, A. (2011). *A Reflection on Economic Crimes from the Perspective of the Essentials of Economic Criminal Law*. *Legal Research Journal*, Supplement, 56, 645–676. [In Persian]



Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.49891.5141>



Research Article

Mitigation of Strict Rules Governing Ejectment Claims Regarding Innocent Possessors of Adjacent Properties

Hossein Javar¹, Muhammad Yaghoubi Nader^{2*}

1. Associate Professor, Department of Private Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran
2. MA. In private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Article history:

Received: 08-04-2024

Accepted: 05-07-2024

Abstract

Introduction

Ownership is a foundational legal concept through which individuals may acquire comprehensive rights over property. It confers upon the owner the authority to exercise control, enjoy benefits, and exclude others. As such, the right to remove third parties from one's land is an inherent component of ownership. This premise underlies various legal actions, including eviction (khal' al-yad), recovery of possession, and claims for unlawful interference. The action for khal' al-yad is specific to immovable property and requires demonstration of the plaintiff's legal ownership and the defendant's unauthorized possession. Traditional jurisprudence in such claims does not consider factors such as intent, good or bad faith, mistake, or the possessor's knowledge of entitlement. The court's sole focus remains on establishing possession and the lack of lawful justification. When these conditions are

Please cite this article as:

Javar, H., Yaghoubi Nader, M (2025). Mitigation of Strict Rules Governing Ejectment Claims Regarding Innocent Possessors of Adjacent Properties. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 243-282. <https://doi.org/10.22099/JLS.2024.49891.5141>

* Corresponding author:

E-mail address: Yaghobi77nader@gmail.com

satisfied, the judiciary is compelled to issue an eviction judgment and, where appropriate, order the demolition of any unauthorized constructions.

Methods

This study employs a descriptive-analytical approach to examine how the Single Article Act of 1979 differs from the general rules governing *khal' al-yad* (eviction claims) and what legal strategies it offers for moderating the rigid principles traditionally applied in such claims.

Findings

In practice, however, the strict application of such stringent rules—particularly those derived from the doctrines of *ghasb* (usurpation) or deemed usurpation—can produce inequitable consequences. This is especially true when the possessor acted under a mistaken belief or in good faith, for instance, due to municipal surveying errors or misidentification by contractors. In such circumstances, enforcing demolition orders may destroy substantial investments made honestly and in reliance upon erroneous assumptions. Thus, a departure from the rigid framework is warranted where good faith possession is evident. Recognizing this imperative, the Iranian legislature enacted in 1979 the Legal Bill on the Removal of Encroachment and Compensation for Damage to Immovable Property. This legislation provides an exceptional remedy and permits the judiciary to deviate from conventional eviction norms in favor of equitable treatment of innocent possessors.

Results

The statute establishes specific conditions under which courts may invoke such an equitable remedy:

1. The properties must be adjacent;
2. There must be encroachment or *de facto* usurpation of the neighboring land;
3. The possessor must have acted in good faith or been unaware of the encroachment;
4. The encroachment must be attributable to mistake;
5. The loss to the rightful owner must be minimal when compared with the damage likely to be sustained by the possessor if demolition is ordered.

When these criteria are satisfied, the judge must initiate a special procedure that balances the interests of both parties. In such cases, the encroached portion is deemed legally lost, and the defendant is ordered to deposit its value with the judiciary. Once payment is made, the court issues a judgment mandating compensation to the rightful owner and authorizing the correction of title deeds accordingly. This exceptional statutory mechanism

represents a significant doctrinal shift toward equitable principles in property law. Furt her details of this Single Article Act, along with an analysis of relevant judicial rulings, are examined in this article.

Keywords: adjacent immovable property, good faith, action for eviction, possession, usurpation, demolition orders.

.



تعدیل قواعد سخت گیرانه خلع ید در خصوص متصرف ناآگاه در املاک مجاور حسین جاور^۱، محمد یعقوبی نادر^{۲*}

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران، قم

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۱۵

چکیده

مقدمه: از جمله رابطه‌هایی که اشخاص می‌توانند نسب به اموال پیدا کنند، مالکیت است که اختیار انواع تصرفات را به مالک اعطا می‌کند. لازمه اجرای عملی آن نیز حق اخراج اشخاص ثالث از ملک است؛ بنابراین منع دیگران از تعرض، تصرف، مزاحمت و ممانعت در استفاده از اموال، از چنین اوصافی نشئت می‌گیرد. دعاوی مربوط به حق اخراج اشخاص متصرف از جمله دعاوی تخلیه ید، خلع ید و تصرف عدوانی در همین رابطه به وجود آمده است. دعاوی خلع ید در زمره دعاوی اختصاصی اموال غیرمنقول است که به ویژگی‌های مالکیت خواهان، تصرفات غیرمجاز خوانده نیاز دارد تا متجاوز را بدون فوت وقت از ملک مالک اخراج کند. در دعاوی خلع ید به معنای اختصاصی خود، به دلیل حمایت از حقوق مالکین، به مسائل حاشیه‌ای نظیر عمد، عدوان، سهو، سوءنیت، حسن نیت، انگیزه و آگاهی به عدم استحقاق توجهی نمی‌شود و قانون توجّهات را به حمایت از حقوق مالک و خروج متصرف از ملک وی اختصاص می‌دهد. توجه قانونی در این باره بر تصرف و احراز آن معطوف است. به عبارت دیگر، همین قدر که دادرس، مالکیت خواهان، تصرف خوانده و عدم استحقاق متصرف و مجوز نداشتن وی را احراز کند، به خلع ید و عندالاقضاء، به قلع و قمع بنا و مستحذلّات حکم می‌کند و اصولاً عنصر دیگری را در رسیدگی خود لحاظ نمی‌کند.

استناد به این مقاله:

جاور، حسین و یعقوبی نادر، محمد (۱۴۰۴). تعدیل قواعد سخت‌گیرانه خلع ید در خصوص متصرف ناآگاه در املاک مجاور. مجله مطالعات حقوقی. ۱۷. (۲). ۲۸۲-۲۴۳.

روش‌ها: پاسخ به این پرسش که ماده‌واحد مصوب ۱۳۵۸، چه تفاوتی با قواعد عمومی دعوای خلع‌ید دارد و چه رهیافت‌هایی برای تعدیل قواعد سخت‌گیرانه دعوای خلع‌ید ارائه می‌دهد، با شیوه تحلیلی و توصیفی بررسی شده است.

یافته‌ها: در بسیاری از موارد، التزام کامل به اطلاق مقررات خلع‌ید و گستره قواعد حاکم بر غصب و در حکم غصب، مشکلات زیادی را به دنبال خواهد داشت. این قواعد سخت‌گیرانه، می‌تواند موجبات از بین رفتن سرمایه‌های اشخاص با حسن نیت را به وجود آورد و باعث نادیده‌گرفته‌شدن صداقت در رفتار و احترام اموال این دسته از افراد شود. به‌عنوان مثال، ممکن است به دلایلی نظیر اشتباه و قصور مأمور شهرداری، اشتباهات ثبتی، اشتباه سازندگان یا پیمانکاران، مالکی در پیاده کردن ساختمان خویش متعرض ملک مجاور خویش شود. در این هنگام است که انصاف، سکوت را بر خود برنمی‌تابد و به دنبال راهی برای حمایت از متصرف با حسن نیت می‌گردد. از این رو، انعطاف‌پذیری در مورد متصرف با حسن نیت، امری شایسته و راهی بایسته به‌سوی تعدیل قواعد دشوار خلع‌ید است. در همین راستا، قانون‌گذار ایرانی در سال ۱۳۵۸، با وضع ماده واحده‌ای به نام «لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک» در مسیر احیای انصاف گام برداشته است. در این ماده واحده، از قواعد اولیه و سخت‌گیرانه غصب و خلع‌ید اموال، به طور استثنایی عدول شده و احکامی استثنایی در نظر گرفته شده است. بررسی تحلیلی راجع به ماده واحده فوق، نشان می‌دهد این مقرر به‌عنوان استثنایی طلایی در برون‌رفت از معضل پیش‌گفته، در پرتو ملاحظه حُسن نیت متصرف، بوده و با بی‌نیازی از تغییر دعوا یا طرح دعوای مجدد، دادرس را به عدول از قواعد اولیه و صدور احکامی خارج از خواسته الزام کرده است.

نتیجه‌گیری: ماده‌واحد فوق برای حمایت از شخص با حسن نیت به دنبال ارکان و شرایطی می‌گردد. جمله این شرایط عبارت‌اند از: ۱. مجاورت املاک، ۲. تجاوز غاصبانه یا در حکم غاصبانه به ملک مجاور، ۳. وجود حُسن نیت در متجاوز به ملک همسایه یا جهل به رخداد تجاوز به ملک مجاور و رفتار صادقانه در ساخت‌وساز و احداث بنا در ملک مجاور، ۴. تجاوز به ملک همسایه در اثر اشتباه باشد، ۵. جزئی بودن ضرر مالک زمین در مقایسه با خسارات حاصل از قلع‌وقمع بنا و مستحدثاتی که به متصرف وارد می‌شود. پس از احراز شرایط فوق، دادرس موظف است در چارچوب آیینی اختصاصی، دعوا را به سوی جمع بین حق خواهان و خوانده حرکت دهد. در حقیقت دادرس، قسمت مورد تجاوز را در حکم تلف قرار داده و به خوانده (متجاوز) اعلام می‌کند تا مبلغ آن قسمت را به صندوق دادگستری تودیع کند. پس از پرداخت قیمت زمین، دادگاه حکم به پرداخت وجه به مالک و اصلاح اسناد مالکیتی صادر می‌نماید. جزئیات بیشتر از این ماده‌واحد و بررسی آرای قضایی، در این مقاله بررسی شده است.

واژگان کلیدی: املاک مجاور، حسن نیت، دعوای خلع‌ید، غصب، قلع‌وقمع.

سرآغاز

تصرفات غیرقانونی بر اموال دیگران، در همه نظام‌های حقوقی، به‌ویژه در نظام حقوقی اسلام^۱ مذموم شمرده شده و ضمانت اجراهای سنگینی برای پیشگیری وضعی از تعرض اشخاص به حقوق مالکان در نظر گرفته شده است. مشهور فقیهان امامیه، شخصی را که بر مال دیگری، به‌طور ناروا و به ناحق، مسلط شود، مستحق شدیدترین برخورد دانسته‌اند.^۲

اساساً شخص غاصب، به علاقه مالکیت مالک حمله‌ور شده که نه تنها مالک، بلکه امنیت روانی و اجتماعی جامعه را تهدید می‌کند و بر این اساس، برخورد شدید با وی توجیه‌پذیر است. علاقه مالکیت، که کامل‌ترین و عالی‌ترین درجه از سلطه اشخاص بر اموال است، این اجازه را به مالک می‌دهد که به شیوه‌های مختلف، بتواند از مال یا ملک خود استفاده‌های ممکن را ببرد، اما استفاده کامل مالک از ملک خویش، با منع تصرفات غاصبانه دیگران از ملک ملازمه دارد (Ameli [Shahid Sani], 1989: 9) که در دکتترین حقوقی، از آن تحت عناوین وصف انحصاری^۳ یا «حق اخراج» یاد می‌شود (Katouzian, 2018: 107-108). به عبارت دیگر، مالک با به کارگیری این حق، می‌تواند دیگران را از تعرض، مزاحمت و ممانعت در ملک خویش، منع کند و چنانچه تصرفی در ملک او به عمل آمده باشد، اخراج آنان را خواستار شود (Fraley, 2017: 517-538). مولانا جلال‌الدین در مثنوی خود چنین می‌سراید:

۱. «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (بقره: ۱۸۸)؛ «إِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخَبَارِ وَالرُّهْبَانِ لَيَأْكُلُونَ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ» (توبه: ۳۴).

۲. «الغاصب يُؤْخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ». برای مطالعه بیشتر رک به:

Alishahi Ghalee Joghi, A. (2010). Criticism and analysis of jurisprudential opinions about the rule «الغاصبُ يُؤْخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» And its instance realm, Journal of Jurisprudence And Principles, 44(89), 125-150, [In Persian].

3. Exclusive Possession

«گفت پیغمبر که دستت هرچه برد
باید در عاقبت واپس سپرد
ور نه از سرکشی راضی بدین
نک من و تو خانه قاضی دین»

در این میانه است که دعاوی مربوط به تصرف و مالکیت شکل می‌گیرد و مالک برای اخراج متجاوز از ملک خود، ناچار می‌شود به دادگری بی‌طرف متوسل شود. شماری از این دعاوی را می‌توان در قالب تخلیه‌ید، تصرف عدوانی، مزاحمت و ممانعت از حق و خلع‌ید برشمرد که سهم قابل توجهی از پرونده‌های حقوقی را در دادگستری به خود اختصاص داده‌اند. هر کدام از این دعاوی از زاویه دید خود به اخراج متجاوز از ملک توجه کرده و برای به مقصد رسیدن، ابزارها و مدارک خود را نیاز دارند. در میان دعاوی مربوط به تصرف و مالکیت، خلع‌ید با اختیاراتی که به مالک اعطا می‌کند، ضمانت اجرایی قوی‌تری دارد. دعوای خلع‌ید در معنای اختصاصی خود، دعوایی است که با توجه به مالکیت قطعی مالک، متجاوز را از ملک اخراج می‌کند و هیچ‌گونه دفاعی را در برابر خود، مسموع نمی‌داند.

با وجود اینکه قواعد اولیه در خصوص غصب اموال، اطلاق استثنایپذیری در تصرفات غاصبانه دارد (Mohaghegh Damad, 2005: 64-68)، اما التزام کامل به قلمرو این مقررات و بی‌اعتنایی به گستره قواعد حاکم بر غصب و در حکم غصب، مشکلات زیادی را به دنبال خواهد داشت. شمول گسترده این قواعد، گاه می‌تواند به از بین رفتن سرمایه‌های اشخاص با حُسن نیت و نادیده گرفتن صداقت این افراد در رفتار و احترام به اموال دیگران، منجر شود که به نظر می‌رسد دست‌کم در برخی از موارد، از عدالت به‌دور باشد. به همین دلیل باید گفت: «نمی‌شود همه را با یک چوب زد» و گاه لازم است میان افرادی که آگاه‌اند (حسن نیت ندارند) و افراد ناآگاه (در اشتباه)، تفاوت قائل شد (Keikha & Abin, 2020: 189-215; Ajeri Aysk & Muhammad Hasani, 2023: 7-8).

بر همین اساس، قانون گذار در ماده واحده‌ای ویژه، به نام «لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک»^۱ تغییر موضع داده و احکام مربوط به تصرفات غاصبانه افراد ناآگاه و در اشتباه را، متمایز از اشخاص آگاه، در نظر گرفته است. به موجب این ماده واحده، با تحقق شرایطی در املاک مجاور، که در این نوشتار بررسی شده است، قاضی دعوای خلع ید و قلع و قمع مستحدثات، پس از احراز شرایط ماده واحده، باید خواسته اولیه خواهان، مبنی بر خلع ید و قلع و قمع مستحدثات را کنار بگذارد و با ارجاع امر به کارشناسی و تعیین قیمت مقدار تجاوزشده به ملک خواهان و خسارت‌های واردشده و پس از احراز پرداخت مبالغ فوق به حساب صندوق دادگستری توسط خوانده (متصرف)، «حکم تأسیسی و سازنده» به «پرداخت وجه یادشده به مالک (خواهان)» و «اصلاح اسناد مالکیتی» صادر کند؛ بدون اینکه در این باره درخواست جدیدی نیاز باشد.

به منظور بررسی دقیق موضوعات، این نوشتار، مسئله حاضر را در دو قسمت بررسی کرده است؛ نخست، قواعد عمومی و اولیه مربوط به غصب در تجاوز به املاک و اصل عمومی تبعیت دادگاه از خواسته خواهان و دوم، نحوه حکومت و تصرف ماده واحده در قلمرو موضوعی دعوای عینی و دینی و میزان انحراف ماده واحده از قواعد عمومی و اولیه و شرایط و آیین رسیدگی به آن بررسی شده است.

۱. قواعد اولیه در تجاوز به املاک و لزوم تبعیت دادگاه از خواسته

در این قسمت، نخست، مفهوم و ارکان دعوای خلع ید و سپس، قاعده تبعیت دادگاه از خواسته (دعوای) مطرح شده و تغییرناپذیری دعوا، بررسی خواهد شد.

1. "Legal bill on resolving encroachment and compensation for estate adjacent"

۱-۱. مفهوم‌شناسی دعوای خلع ید

خلع ید^۱ در لغت در معنای چیزی را از دست کسی درآوردن، کندن و جدا کردن یا به سلطه و تسلط کسی بر چیزی خاتمه دادن آمده است (Ebn Manzor, 1993: 76; Johari, 1205: 1989). به‌رغم کاربرد بسیاری که این دعوا در عمل دارد، نه تنها تعریفی جامع و مانع قانون‌گذار از آن ارائه نداده است بلکه واژه خلع ید نیز در کلام قانون‌گذار ما به‌ندرت استفاده شده است. اصطلاح خلع ید در قانون مدنی، جز یک بار در ماده ۱۸ آن هم به‌عنوان مثالی برای دعوای غیرمنقول، بیان نشده است. در قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ نیز فقط در ماده ۶۹۳ بیان شده است، اما کامل‌ترین موادی که در مقایسه با سایر قوانین اصطلاح خلع ید را مورد استفاده بیشتری قرار داده است، مواد ۴۳، ۴۵ و ۴۸ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ است.

با توجه به مطالب فوق، پژوهشگران این عرصه، برای به دست آوردن معنای اصطلاحی خلع ید راهی جز رجوع به منابع دیگر حقوقی ندارند. پس از تورق آرای دکتین و قضات دادگستری، می‌توان گفت، خلع ید عبارت است از «انتزاع ید عدوان یا غاصبانه [و در حکم غصب] از مال غیر منقول» (Kazemi, 2019: 9). برخی استادان نیز با تفصیل بیشتری، در تعریف خلع ید چنین بیان داشته‌اند: «رفع تصرف از متصرف غیرمنقول به‌استناد حکم دادگاه یا سند رسمی یا حکم قانون» (Jafari Langharoodi, 2002: 1826).

قبل از آنکه به بررسی ارکان مربوط این دعوا بپردازیم، باید یادآور شد که قانون مدنی در مواد ۳۰۸ و ۳۱۰ غصب^۲ را بر دو قسم می‌داند: **نخست** آنکه، شخصی ملک دیگری را به نحو عدوان و با سوءنیت تصرف کرده باشد (غصب)؛ **دوم**، آنچه در حکم غصب است و دامنه‌ای گسترده‌تری از صورت اول دارد و مواردی که شخص، از سوی مالک یا قانون مأذون در تصرف بوده و پس از قطع اذن، از رد مال به مالک آن امتناع

1. Dispossession /Eviction /Expropriation

2. Usurpation /Confiscation

بورزد یا کسی که اشتباهی بر مال غیر، وضع ید کند به گمان اینکه مال برای خود اوست، در این مورد قرار می گیرد (Kashef Al-Ghita, 2000: 87; Ansari [Sheik] Azaam, 2000: 87; Kashef Al-Ghita, 2004: 114; Bojnordi, 2022, vol 1:326). همچنین ماده ۴۳۶ ق.م، فرض دیگری را نیز مشمول عنوان غاصب می داند و آن هنگامی است که شخصی مالی را حتی بدون سوء نیت و به طور مثال، بر اثر معامله فاسد، تصرف کند (Katouzian, 2007:410-411; Katouzian, 2019: 199-200; Mohaghegh Damad, 2005: 63-67; Jafari Langharoodi, 2012: 248). به همین دلیل، مطابق مواد ۳۰۳، ۳۰۴ و ۳۱۱ قانون مدنی، استناد به مواردی مثل فقدان عمد یا عدوان، ورود ضرر فاحش به غاصب در فرض قلع و قمع، دشواری رد، اشتباه، سهو یا حسن نیت، انگیزه تصرفات، استفاده یا عدم استفاده متصرف، آگاهی یا جهل متصرف به عدم استحقاق خود، اصولاً در برابر مالک بی تأثیر است (Katouzian, 2007: 204).

در هر حال، خواهان با جمع ارکان زیر می تواند خلع ید متجاوز یا غاصب را از ملک خود مطالبه کند (Eghdami, 2020: 77).

۱-۱-۱. اثبات مالکیت خواهان

مهم ترین رکن دعوی خلع ید، احراز مالکیت خواهان است.^۱ پیشتر، در اینکه آیا برای اثبات این دعوا، سند رسمی هم لازم است یا نه، اختلاف نظر وجود داشت؛ برخی قضات باور داشتند برای اجرای قواعد خلع ید، احراز مالکیت از طریق وجود سند رسمی و تشریفات مربوط به آن برای مالک، لازم است (دادنامه بدوی به شماره ۸۱/۳/۴۶۰ صادر شده در تاریخ ۱۳۸۱/۱۲/۰۵). اما برخی دیگر، با لحاظ اینکه وجود سند

۱. در فرضی که مالکان ملک مشاعی خواستار خلع ید باشند، با مقررات ویژه ای در خلع ید املاک مشاعی مواجه هستیم که بحث درباره آن در این مقاله نمی گنجد. برای مطالعه بیشتر رک. به:

Kazemnezhad Sanghrodi, H. (2018). «Examining the effects of eviction litigation in communal property», *Journal of Jurisprudence, Law and Criminal Sciences*, 3(8), 107-116, [In Persian].

رسمی، جزو شرایط صحت معامله در ماده ۱۹۰ قانون مدنی بیان نشده است و با استدلال به اینکه مواد قانون ثبت، صرفاً در مقام اثبات و نه در مقام ثبوت وضع شده‌اند، وجود سند رسمی را برای دعوای خلع ید لازم نمی‌دانستند (دادنامه بدوی به شماره ۸۱/۳/۳۱۵ صادر شده در تاریخ ۱۳۸۱/۰۹/۱۴).

در میانه این اختلاف که حسب تعارض آراء، به دیوان عالی کشور کشیده شد، دیوان در رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ در تاریخ ۱۳۸۳/۱۰/۰۱ بیان داشت: ^۱ «خلع ید، فرع بر اثبات مالکیت می‌باشد» و رأی صادره از دادگاهی را پذیرفت که به مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت استناد کرده بود و بر لزوم وجود سند رسمی برای دعوای خلع ید اعتقاد داشت (زینالی، ۱۳۹۴: ۲۳۵ و ۲۴۱). ^۲ درواقع، به حکم رأی وحدت رویه فوق، مالکیت خواهان در زمان اقامه دعوای خلع ید، ملاک است و نداشتن مالکیت رسمی، مانع از آن نیست که مالک، با سند عادی در دعوایی جداگانه یا هم‌زمان، دعوای الزام به تنظیم سند رسمی یا تنفیذ بیع‌نامه را اقامه و بعد از آن، دعوای خلع ید را اقامه کند (Kazemi, 2019: 32-34).

۱-۱-۲. احراز تصرفات خوانده

تصرف خوانده، رکن دیگر دعوای خلع ید است. اساساً، دعوا، نسبت به کسی که در ملک خواهان تصرف ندارد، توجه پیدا نمی‌کند و مطالبه مال، از کسی که متصرف نیست، اصلاً عقلایی نیست. بر همین اساس، ماده ۳۰۹ ق. م بیان می‌دارد: «هرگاه شخصی مالک را از تصرف در مال خود مانع شود، بدون آنکه خود او تسلط بر آن مال پیدا کند، غاصب محسوب نمی‌شود...»؛ بنابراین، صرف اینکه متجاوز، مانع استفاده مالک از ملک خود شود، برای تحقق عنوان غصب، کافی نیست و متجاوز باید بر مال

1. <https://Qavanin.Ir/Law/Printtext/181656>

۲. برای دیدن نظریه مشورتی موافق ر.ک به نظریه شماره ۷/۳۳۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه در تاریخ ۱۳۸۴/۰۲/۱۱ و برای دیدن نظریه مخالف ر.ک به نظریه شماره ۷/۳۵۷۲ در تاریخ ۱۳۸۶/۰۵/۲۹.

استیلا پیدا کند. به نظر می‌رسد استیلائی مدنظر قانون‌گذار، باید از لحاظ حقوقی ارزش داشته باشد و ممکن است به مباشرت یا به واسطه مسلط کردن دیگری باشد. به عبارتی دیگر، می‌توان گفت که در اینجا معیار تحقق استیلا، داوری عرف است و نشانه ثابتی ندارد (Emami, 2007: 414; Katouzian, 2019: 198; Gilani Najafi (A), Bi ta: 3; Katouzian, 2019: 198; Katouzian, 2007: 414; Emami, 2020: 424).

تصرفات خوانده در زمان تقدیم دادخواست خواهان، ملاک است و در زمانی که دعوای خلع ید مطرح می‌شود، متصرف باید بر ملک استیلا داشته باشد؛ بنابراین، حتی اگر متصرف، پس از اقامه دعوای خواهان، ملک را به دیگری منتقل یا واگذار نماید، اصل نسبی بودن در این مقام معتبر نیست و از ملک، خلع ید می‌شود. بر همین اساس، نظریه مشورتی شماره ۷/۵۱۸۵ در تاریخ ۱۳۷۵/۰۹/۱۸ اداره کل حقوقی بیان داشته است: «واگذاری ملک خلع ید شده به دیگری مانع اجرای حکم خلع ید نیست».

۱-۱-۳. احراز غیرمجاز بودن تصرفات خوانده

براساس تصریح فقیهان امامیه (Gilani Najafi (A), Bi ta: 3; Helli [Allame], 1992, vol 2: 219; Helli [Allame], 1999, vol 4: 519; Helli, 1984: 346; Helli [Muhaghegh], 1997, vol 3: 380; Abi [Fazel], 1993, vol 2: 184) و ماده ۳۰۸ ق.م، تصرفات خوانده در ملک خواهان باید عدوانی (غاصبانه) یا دست‌کم، بدون مجوز باشد (Katouzian, 2019: 189)؛ بنابراین، در حالتی که تصرفات خوانده به اذن قانونی یا قراردادی، مجاز باشد، دعوای خلع ید مسموع نیست (دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۵۵ مورخ ۱۳۹۵/۰۱/۲۹). بدیهی است اگر خواهان باز هم در همان مدتی که منشأ اذن از بین نرفته است، دوباره اقامه دعوا کند، حکم اعتبار امر مختوم را دارد و قرار رد دعوا صادر می‌شود، اما باید توجه داشت که چون تصرف، امری حادث و تجدیدپذیر است، دعوای خلع ید نیز، همانند دعوای اعسار، امری حادث است و اگر تصرفات به اعتبار زمان، تغییر کند یا منشأ اذن از بین

رفته باشد، دعوای خلع ید، مسموع است (Kazemnezhad, 2010: 34-35; Sanghrodi, 2018: 7-8).

۱-۱-۴. غیرمنقول بودن مال

به رغم اینکه ماده ۳۰۸ ق.م غصب را متوجه مال منقول یا غیرمنقول و حتی حق می داند، اما خلع ید به اموال غیرمنقول اختصاص دارد (Kazemnezhad Sanghrodi, 2018: 111). اختصاص دعوای خلع ید به اموال غیرمنقول در موادی مثل ماده ۱۸ قانون مدنی، ماده ۶۹۳ قانون مجازات اسلامی، رأی وحدت رویه ۶۷۲ (که به موجب آن، «خلع ید از اموال غیرمنقول فرع بر مالکیت است؛ بنابراین، طرح دعوای خلع ید از زمین قبل از احراز و اثبات مالکیت قابل استماع نیست) و رویه مسلم قضایی، منعکس شده است (Eghdami, 2020: 83).

۱-۲. قلع و قمع مستحدثات و رابطه آن با دعوای خلع ید

در زمانی که غاصب در ملک مورد تصرف، مستحدثاتی را ایجاد کند، به رغم اینکه قانونگذار جوازی مبنی بر قلع و قمع مستحدثات در متون قانونی ذکر نکرده است، چون متصرف، باید ملک را، به صورتی به مالک برگرداند که مالک، بدون مانع و مزاحم، بتواند مثل سابق، در ملک خود تصرف کند، چنانچه متصرف در ملک، بنایی ایجاد کرده باشد، مکلف است ملک را، بدون بنا و مستحدثات، به مالک رد کند (Ebn Haeri, 1997: 5; Barraj [Qazi], 1990: 110). از این رو، با اخذ وحدت ملاک از سایر مواد مشابه (مواد ۵۰۳ و ۳۱۳ از قانون مدنی و ماده ۱۶۴ از قانون آیین دادرسی مدنی) و توجه به نظریات مشهور فقیهان، می توان بر این عقیده بود که وقتی خواهان می تواند خلع ید از کل ملک را خواستار شود، به ملازمه، می تواند قلع و قمع مستحدثات روی عرصه را نیز از شخص غاصب (و در حکم غاصب) مطالبه کند. اختیار فوق برآمده از روایتی است که به موجب آن، عمل غاصب به هیچ وجه محترم نیست (Mufid, 1992: 83).

612; Helli [Allame], 1992: 186; Ameli [Shahid Sani], 1989: 11 ; Deylami, Sallar, 1983: 99
 و در قاعده احترام عمل قرار نمی
 گیرد، حتی اگر غاصب از این قلع و قمع زیان ببیند. فقهای امامیه در مواضع متعددی
 بر این اساس فتوا داده‌اند (Ebn) [Shahid Avval], 1996: 109; Khomeini, 1963: 329;
 [Barraj [Qazi], 1990, vol 2: 13; Tabarsi, 1989, vol 1: 621; Isfahani, 2001, vol 3: 88.

نکته مهم آنکه، دعوی خلع ید و دعوی قلع و قمع مستحدثات مستقل از یکدیگر هستند و خواهان، می‌تواند هر دو را با هم در یک دادخواست یا هر کدام را به صورت مستقل، مطرح کند. همچنین از ماده ۴۵ قانون اجرای احکام مدنی برداشت می‌شود که بقای مستحدثات بدون حضور غاصب، ادامه غصب نیست و ممکن است همانند تخلیه ملک استیجاری نیز، اموالی در ملک خلع ید شده باشد که باید حسب مورد درباره آنان تصمیم مقتضی گرفته شود. بر همین اساس، اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه ۷/۳۶۸۲ در ۱۳/۱۰/۱۳۷۵ بیان داشته است: «... وجود مستحدثات در محل اجرای حکم قطعی لازم‌الاجرا خلع ید مانع اجرای حکم صادره نمی‌باشد هرچند تعلق مستحدثات به محکوم علیه محرز باشد» (کمیسیون نشست قضایی، دادگستری تنکابن، خرداد ماه سال ۱۳۸۱).

۱-۳. قاعده تبعیت دادگاه از خواسته و تغییر نایذیری دعوا

از جمله اصول هنجاری، مهم و بنیادین آیین دادرسی مدنی، «اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی» است که گاه از آن، به عنوان اصل درخواست^۱ نیز یاد می شود (Poor Ostad, 2008: 103). از جمله عناصر این اصل این است که امور موضوعی در دعوا، به طرفین دعوا اختصاص دارد (Safyan & Meghdadi, 2021: 207) و دادگاه، جز در قلمرو ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی و برای کشف حقیقت و اصل تعاون ناشی از آن، در امور موضوعی مداخله مؤثر نمی کند (Poor Ostad, 2008: 113). به بیانی دیگر، دادگاه در تعیین

1 . The Principle of Application

موضوع دعوا اختیار و نقشی تعیین کننده ندارد (Shams, 2014: 3). اما صدور حکم، در اختیار دادگاه است که البته مبتنی بر جهات موضوعی، اسباب توجیهی و همیاری اصحاب دعوا در ارائه مستندات قانونی، به تشخیص خود، به صدور حکم مبادرت می کند. این محدودیتِ دادرس، علاوه بر اصل یاد شده، می تواند به بی طرفی دادرس هم متکی باشد. در هر حال، اصولاً و مطابق ماده ۲ و بند ۵ ماده ۵۵ و بند ۳ ماده ۲۵۶ و شقوق ۱ و ۲ ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه ها در حدود خواسته خواهان به دعاوی رسیدگی می کنند. به عبارت دیگر، دادگاه ها دعوا را فقط با توجه به صورتی مورد رسیدگی قرار می دهند که مدعی برای آن قائل است (Office of Studies and Research of the Supreme Court, 2013: 240).

باید دانست که دادرس، در مورد خواسته و دعوای طرح شده با سه محدودیت روبه رو است؛ نخست اینکه، بیش از خواسته نمی تواند رأی دهد (بند ۲ ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م)؛ دوم، با اجتماع همه شرایط اثباتی، کمتر از خواسته نمی تواند رأی دهد؛ سوم، نمی تواند خواسته را تغییر دهد یا از آن به خواسته دیگری عدول کند (ماده ۲ و بند ۱ ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م)؛ بنابراین، تغییر عنوان خواسته (دعوا)، بدون اینکه عنوان انتخابی، حسب مورد به خواهان (در دعوای اصلی) و خوانده (در دعوای متقابل)، قابل انتساب باشد، ناقض اصل تسلط طرفین بر جهات موضوعی دعوا و نیز با اصل تغییرناپذیری دعوا در تعارض است (Elsan & Mahmudi, 2018: 473).

۲. قواعد ثانویه و اختصاصی مربوط به املاک مجاور

در کنار اطلاق قواعد و مقرراتی که بررسی شد، در مورد املاک مجاور و با احراز شرایطی، حکمی خاص در نظر گرفته شده است که شایسته توجه و بررسی است.

۲-۱. تجاوز به املاک مجاور و حکم استثنائی آن

در اقدامی تحسین برانگیز، شورای انقلاب اسلامی، در تاریخ ۱۳۵۸/۰۹/۲۷، ماده واحده‌ای را در قالب لایحه قانونی به تصویب رساند که با لحاظ کیفیت حقوقی ماده واحده، اقدامی پسندیده و تاکنون نیز لازم‌الاجراست و خدشه‌ای به آن وارد نشده است. قانون‌گذار در این ماده واحده، در صورت تحقق شرایطی، قواعد عمومی مربوط به غصب را، از جمله حکم خلع ید و قلع و قمع ناشی از تجاوز به املاک مجاور را کنار زده و احکام ویژه‌ای را در این باره برقرار کرده است. به موجب ماده واحده «لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک»:

«در دعاوی راجع به رفع تجاوز و قلع ابنیه و مستحدثات غیرمجاز در املاک مجاور، هرگاه محرز شود که طرف دعوی یا ایادی قبلی او قصد تجاوز نداشته و بر اثر اشتباه در محاسبه ابعاد یا تشخیص موقع طبیعی ملک یا پیاده کردن نقشه ثبتی یا به علت دیگری که ایجادکننده بنا یا مستحدثات از آن بی‌اطلاع بوده تجاوز اتفاق افتاده و میزان ضرر مالک هم در مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحدثات متوجه طرف می‌شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد، در صورتی که طرف دعوی قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید دادگاه حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوی می‌دهد؛ در غیر این صورت، حکم به خلع ید و قلع بنا و مستحدثات غیرمجاز داده خواهد شد.

تبصره ۱: منظور از قیمت اراضی در این ماده بالاترین قیمت آن از تاریخ تجاوز تا تاریخ صدور حکم خواهد بود.

تبصره ۲: در صورتی که تجاوز به اراضی مجاز موجب کسر قیمت باقیمانده آن نیز بشود در احتساب ضرر مالک اراضی، منظور خواهد شد.

مطابق ماده واحده فوق، در مواردی که شرایط زیر جمع باشد، «با وجود اینکه تمام ارکان دعوی خلع ید و قلع و قمع مستحدثات فراهم است»، «برخلاف خواسته خواهان»، به خلع ید و قلع و قمع مستحدثات رأی داده نمی‌شود (Katouzian, 2007: 206).

۲-۱-۱. اضافه مساحت ملک همراه با تجاوز به املاک مجاور^۱ باشد؛ درحقیقت، مواردی وجود دارد که بهرغم اینکه با اضافه بنا مواجه هستیم اما چون به ملک غیر، تجاوزی نشده است از حکم ماده واحده فوق خروج موضوعی دارد و مطابق ماده ۱۴۹ قانون ثبت^۲ در صلاحیت هیئت نظارت ثبت، قابل رسیدگی است.^۳

۲-۱-۲. طرف دعوا (خوانده) یا ایادی قبلی او قصد تجاوز به ملک مجاور را نداشته و تجاوز بر اثر اشتباه، رخ داده باشد؛

۲-۱-۳. اشتباه بر اثر محاسبات نادرست رخ داده باشد (مانند اشتباه در محاسبه مترآژ یا پیاده کردن نقشه زمین و... این شرط به عوامل و ایادی سازنده مثل مهندس و معمار مربوط می‌شود)؛

۲-۱-۴. ایجادکننده و مالک مستحدثات از این اشتباه، بی‌اطلاع باشند (فقدان سوء نیت متصرف)؛^۴

1. Estate Adjacent

۲. ماده ۱۴۹ قانون ثبت: «نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد، ذی‌نفع می‌تواند قیمت اضافی را براساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود بنماید. در صورتی که اضافه مساحت در محدوده سند مالکیت بوده و به مجاوران تجاوزی نشده و در عین حال بین مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور قراری داده نشده باشد، اداره ثبت، سند را اصلاح و به ذی‌نفع اخطار می‌نماید تا وجه تودיעی را از صندوق ثبت دریافت دارد...».

۳. در همین راستا، شعبه سوم دیوان عالی کشور، به درستی در رأی خود متذکر این نکته شده است که رسیدگی به دعوایی که در آن تجاوزی به ملک مجاور صورت گرفته باشد، مستلزم احراز میزان تجاوز در مالکیت و رسیدگی قضایی و صدور حکم حسب ماده واحده یاد شده (صدور حکم خارج از خواسته) و در صلاحیت دادگاه است. اما اگر تجاوزی به املاک مجاور صورت نگرفته باشد و صرفاً ملک دارای اضافه بنا داشته باشد، ... به صورت موضوعی از حکم ماده واحده خارج است و مطابق ماده ۱۴۹ قانون ثبت در صلاحیت هیئت نظارت ثبت می‌باشد. برای مطالعه بیشتر رک به: دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۴۹۸ صادر شده در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۹.

۴. برای شناخت مفهوم سوء نیت و تمایز آن از حُسن نیت در حقوق داخلی و خارجی به ترتیب رک به:

۲-۱-۵. به نظر دادگاه، میزان خسارت وارده به خواهان (مالک زمین مورد تصرف)، در مقایسه با خسارت قلع و قمع (نسبت به مستحدثات ایجاد شده)، نسبتاً، جزئی باشد؛ ذیل بررسی این شرط، پاسخ به دو سؤال کاربردی، شایسته به نظر می‌رسد: نخست اینکه تا چه میزان تصرف پذیرفتنی است؟ اگر فردی براساس نقشه اجرایی، ملک خود را بر اثر اشتباه محاسباتی، به‌طور کامل در زمین مجاور بنا کند، آیا مشمول ماده واحده رفع تجاوز به املاک خواهد شد؟ در پاسخ می‌توان گفت، سیاق ماده واحده نشان می‌دهد که متصرف، در ضمن تصرفی که در ملک خود داشته، به صورت ناخواسته، مقداری هم در محدوده ملک مجاور وارد می‌شود و فرض سؤال از مصادیق ماده واحده شمرده نمی‌شود و ناگزیر، مشمول قواعد عمومی خلع ید خواهد شد. به علاوه، در نظریه شماره ۷/۱۴۰۰/۱۷۶ اداره حقوقی نیز به‌درستی اشاره شده است که «با توجه به استثنائی بودن مفاد لایحه (فوق)... و نظر به اینکه احداث بنا به‌طور کامل در پلاک ثبتی دیگر در اثر اشتباه یا لغزش حدود ثبتی، امری غیر از تجاوز جزئی به املاک مجاور است، موضوع، مشمول مفاد لایحه قانونی یادشده به نظر نمی‌رسد».

البته ممکن است صرفاً در حد احتمال و در قالب قیاس اولویت بتوان ادعا کرد، فرض سؤال، به طریق اولی در هدف و حکم ماده واحده داخل می‌شود؛ زیرا اولاً، ظاهر ماده واحده، جزئی بودن تصرف را ملاک قرار نداده و صرفاً به جزئی بودن خسارات مالک زمین نسبت به متجاوز اشاره کرده است و ثانیاً، به‌طور معمول، ارزش املاک مجاور، تا حدی به نسبت هم برابر هستند و با تعویض سند، خسارت مالک، به نحو مطلوب‌تری جبران می‌شود. از این رو، دادگاه می‌تواند از تکنیک‌هایی که ماده واحده در اختیار دادرس گذاشته است و با اعمال نوعی صلح قهری، با همان شرایط لایحه و

A. Eskini, R; Niazi Shahraki, R. (2007). «The Concept Of The Principle Of Good Faith And Fair Treatment», *Gawah Legal Quarterly*, (10), 3-2, [In Persian].

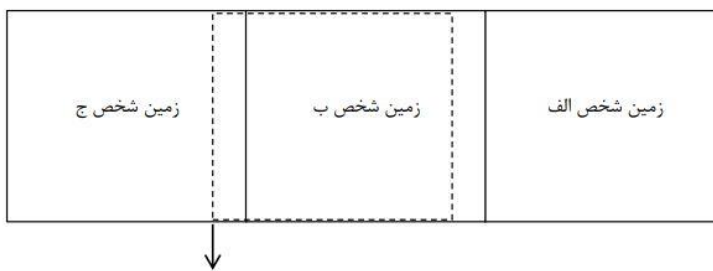
B. Hesselink, M. W. (2010). *The concept of good faith. Towards A European Civil Code*, Fourth Revised and Expanded Edition, p 619-649.

مشروط به جبران ضرر، به تبادل اسناد و پرداخت مابه‌التفاوت قیمت به نفع خواهان اقدام کند، اما مطابق آنچه در سؤال و جواب بعدی بیان می‌شود، تسری حکم ماده به فرض اشتباه در جانمایی ملک و تصرف کامل ملک مجاور، منطقی نخواهد بود و استدلال پیش‌گفته در به کارگیری قیاس اولویت، تضعیف می‌شود.

پرسش دوم این است که آیا لزوماً، ورود خسارت جزئی با تجاوز جزئی همراه است؟ به عبارت دیگر، هرچند که قانون‌گذار در ماده واحده فوق به خسارات جزئی مالک زمین نسبت به متجاوز سخن گفته است؛ فروضی متصور است که با اینکه خسارت جزئی بوده، اما تصرفات متجاوز عمده باشد؟ با توجه به ظاهر ماده که صحبتی از جزئی بودن تصرفات متصرف نمی‌کند و فقط در مقام مقایسه خسارت شخص متجاوز و مالک است که جزئی بودن نسبی را مطرح می‌کند، به نظر می‌رسد حتی در صورتی که تجاوز به ملک مجاور عمده باشد و زمین او را اشغال کرده باشد، در صورتی که خسارت مالک، نسبت به متصرف جزئی باشد، مشمول ماده واحده است و مالک نمی‌تواند حکم به قلع و قمع بنا را از دادگاه بگیرد و درحقیقت، خسارات جزئی لزوماً با تصرفات جزئی همراه نیست.

اما به نظر می‌رسد که ظاهر ماده واحده فوق به لحاظ اینکه با منطق سازگاری ندارد و برخلاف انصاف و عدالت است، قابل اتکا نیست و باید از برداشت فوق، گذر کرد. به همین دلیل و همان‌گونه که در رأی شعبه دیوان عالی کشور، در اعتراض به دادنامه شماره ۴۲۰/۲۳، صادر شده در تاریخ ۱۳۶۹/۰۷/۱۷ از سوی شعبه ۲۳ دادگاه حقوقی یک فومن و نظر کمیسیون نشست قضائی دادگستری مشهد در آذر ماه سال ۱۳۸۰ بیان شده است، این چنین برداشت می‌شود که اگر چه در ماده واحده تنها به خسارت جزئی اشاره شده است تجاوز جزئی در درون این عبارت مستتر است و برداشت مغایر، راهی برخلاف هدف قانون‌گذار را دنبال می‌کند؛ بنابراین، برای دور نشدن از هدف قانون‌گذار، تجاوز متصرف باید به صورت جزئی باشد تا مشمول ماده واحده لایحه شود.

درنهایت در صورت احراز شرایط فوق، براساس حکم قانون گذار، خواسته دعوا منقلب و دعوای عینی به دعوایی دینی تبدیل می شود. بدین ترتیب و به منظور برقراری نوعی نظم در نظام ثبتی و جلوگیری از تضییع بلاوجه اموال، حکم ماده واحده، بر حکم مندرج در مواد ۳۱۱ و ۳۱۲ قانون مدنی حاکم شده و درنتیجه، رأی بر محکومیت خوانده، طبق خواسته، صادر نمی شود (Jafari Langharoodi, 2012: 249 & Rashvand) (Bokani & Bagheri, 2022: 125-127) درحقیقت دادگاه در مقام تصمیم گیری، موظف به خروج از خواسته اولیه (خلع ید و قلع و قمع مستحدثات) و صدور رأی به موجب خواسته های حکمی به نفع خواهان و خوانده دعواست.



محدوده ای که شخص ب به اشتباه به زمین شخص ج متجاوز شده است .

در تصویر فوق، مصداقی رایج از فروض بالا به طور روشن ترسیم شده است. با توجه به فرض بالا، اولاً، شخص ب به ملک شخص ج تجاوز کرده است و صرفاً با اضافه بنا مواجه نشده است که در صلاحیت هیئت نظارت ثبت و ماده ۱۴۹ قانون ثبت قرار داشته باشد؛ ثانیاً، شخص (ب)، بدون قصد تجاوز به ملک مجاور زمین معین خود را در فضایی اشتباه پیاده کرده است. گزینه ای که نشانگر سوء نیت نداشتن اوست، این است که شخص (ب)، به همان مقداری که به ملک شخص (ج) تجاوز کرده از زمین شخص (الف) رها کرده است؛ ثالثاً چنانکه مشخص است، زمین بر اثر اشتباه محاسباتی مأموران ثبتی، پیمانکار یا مهندس و بنا رخ داده است؛ رابعاً شخص (ب)، یا ایجادکننده مستحدثات مثل مهندس و بنا، باید از این اشتباه در تجاوزات ناآگاه باشد و خامساً

خسارتی که بر اثر تجاوزات به ملک شخص (ج) وارد می‌شود، در مقایسه با خساراتی که به شخص (ب) بر اثر قلع و قمع مستحدثات وارد می‌شود، نسبتاً جزئی باشد. به عنوان مثال، شخص (ب) در ساختمان پیاده شده در زمین غصبی، ۱۲ طبقه آپارتمان ساخته است که خسارت وارده به ملک (ب) در صورت قلع و قمع بنا چیزی در حدود ۶۰ میلیارد تومان است. در حالی که در همان زمان خسارت وارده به شخص (ج) در اثر کسر شده مقدار زمین او چیزی در حدود ۵۰۰ میلیون تومان بوده است.

۲-۲. عدول از قواعد اولیه ماهوی و اصول بنیادین آیین دادرسی مدنی

احکام تعیین‌شده در ماده واحده رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک، هم از جهت مداخله در اصول مهم و حتی بنیادین آیین دادرسی مدنی و از جهات شکلی و هم از جهت ماهوی نوآورانه بوده و برخلاف قواعد اولیه است. از جهت ماهوی، همان‌گونه که بیان شد، احکام تصرف در مال غیر، اعم از غصب و در حکم غصب، مشترک است و براساس عموم و اطلاق این ادله، مالک حق دارد ملک خود را به مانند پیش از غصب، از متصرف پس بگیرد؛ حتی اگر این کار با قلع و قمع بنا همراه باشد. در حالی که به موجب ماده واحده، اگرچه مالک، خلع ید و قلع و قمع بنا و مستحدثات را درخواست کرده است، اما این «حق عینی» از وی سلب شده و به حق ماهوی دیگر، یعنی «حق مطالبه قیمت و خسارت» منقلب شده است و به تبع این انقلاب در حق، لازمه آن هم که «حق اصلاح سند» برای خواهان و خوانده است، به صورت قهری ایجاد شده است. به نظر می‌رسد که ایجاد حق اخیر و تبدل در دعوی خلع ید و قلع و قمع، براساس «ضابطه حکومت» و در تقدم یک دلیل بر دلیل دیگر، شکل گرفته و حسب مورد به «توسعه» در دامنه دلیل محکوم با یا «تحدید» آن منجر شده است؛^۱ زیرا

۱. برخی از نویسندگان قائل به تخصیص هستند (Jafari Langharoodi, 2012: 249; Safaei & Rahimi, 2011: 30). این تعبیر، در مورد پاره‌ای ابعاد حکمی ماده واحده موجه به نظر می‌رسد اما در مورد انقلاب دعوا، صحیح به نظر نمی‌رسد. درحقیقت، حکومت از چهار جهت با تخصیص متفاوت است: ۱. گرچه تخصیص همیشه به

حکومت، عبارت از تصرف یکی از دو دلیل در موضوع یا محمول دلیل دیگر به صورت «گسترش» یا «تحدید (تضییق)» است؛ یعنی یک دلیل (دلیل حاکم)، از افقی بالاتر و قوی تر، با شرح و تفسیر موضوع یا محمول دلیل دیگر (دلیل محکوم)، قلمرو آن را گسترده یا محدود می کند (Hakim, 1979: 88; Meshkini, 1992: 126). در حکومت، دلیل حاکم موجب سقوط دلیل محکوم نمی شود بلکه در مقام تفسیر دلیل محکوم است و بر آن مقدم می شود (Mozaffar, 1959: 207).

با ملاحظه مناسباتی که ماده واحده، در «قلمرو عمل قضایی» و با «تغییر سنخ دعوا (خواسته) از دعوای عینی به دعوای دینی» و با «تأسیس نوعی عمل عینی سازنده و قضایی»، برقرار کرده است، تکالیف ویژه‌ای را برای محکمه در دعوای عینی ایجاد کرده است. بدین ترتیب، ماده واحده نسبت به مقررات مربوط، لسان نظارتی دارد و با دقت بیشتر، معلوم می شود این نظارت از یک منظر، «تحدید ساحت موضوعی دعوای عینی» و از منظر دیگر، «گسترش در موضوع دعوای دینی» را به دنبال دارد.

به بیانی دیگر، از یک سو، وقتی ادبیات نظارتی ماده واحده را در مورد دعوای عینی و قلمرو موضوعی آن نظاره می کنیم، ماده واحده با تصرف در دامنه موضوعی این قبیل دعوای، از شمول آن می کاهد و موضوع ماده واحده را با حصول شرایط، از شمول دعوای عینی خارج می کند (حکومت به نحو تضییق در دامنه موضوعی دلیل محکوم) و بالطبع در قسم دیگر (دعوای دینی) داخل می کند و آن دسته از مقرراتی که ناظر به حقوق عینی است، مثل وجوب رد عین مال غیرمنتقول، خلع ید و قلع و قمع مستحدثات و اشجار را برمی دارد به تبع تحولی که در ناحیه موضوع ایجاد می کند. از

نحو تضییق است، اما حکومت می تواند هم به نحو توسعه و هم تضییق باشد؛ ۲. لسان بیان حکومت تفسیری و ناظر به محکوم (حکم اولیه) است اما خاص برای بیان حکمی بدون اینکه ناظر به عام باشد صادر شده است؛ ۳. حکومت وابسته به حکم اولیه است و در نبود حکم اولیه، صدور آن لغو است، اما تخصیص خود مستقل از حکم اولیه به حساب می آید، اما اگر عامی وجود نداشته باشد، خاص لغو به شمار نمی رود؛ ۴. دلیل حاکم، حتی اگر از جهت دلالت ضعیف باشد، بر محکوم مقدم می شود، اما در تخصیص صرفاً مواردی مقدم می شود که دلالت ظهوری قوی تری داشته باشد (Ghafi & Shariati, 2021, vol 3: 156-157).

سوی دیگر، وقتی از منظر دعاوی دینی نگاه می‌کنیم، ماده واحده با تصرف در قلمرو موضوعی دعاوی دینی، بر دامنه آن می‌افزاید و دعاوی موضوع ماده واحده را به‌رغم وصف عینی که دارد، به دعاوی دینی ملحق و آثار همان دعاوی را بر آن بار می‌کند (حکومت به نحو گسترش دامنه موضوعی دلیل محکوم).

نتیجه این حکومت در دو سوی قضیه، این است که دادگاه، اختیار و بلکه تکلیف دارد با حصول شرایط ماده واحده، برخلاف ماده ۲ و بند ۱ ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م، از خواسته و دعاوی عینی به دعاوی دینی عدول کند و آثار آن را نیز، با حصول «شرط عینی مندرج در ماده واحده (احراز پرداخت در صندوق دادگستری)»، بر خواهان تحمیل کند. به‌علاوه، لسان ماده از نوعی حکومت در مورد تلقی موضوع تصرف به مثابه مال تلف‌شده نیز حکایت دارد که در ادامه بحث اشاره خواهد شد.

از جمله نوآوری‌های دیگر ماده واحده، این است که به‌رغم اعتقاد دیرینه فقهای امامیه، ماده واحده فوق در جهت تفسیری موسع از «تلف حکمی» وضع شده است. توضیح آنکه، تلف مال، یا حقیقی یا حکمی است (Khoei, 1997: 292). تلف حقیقی به معنای از بین رفتن مال در خارج و تلف حکمی، به معنای فروپاشی عادت‌ی و عرفی سلطنت مالک معنا شده است بدون آنکه هیئت ظاهری مال در خارج از بین برود (Jazayeri, 1995: 627; Amoli, 1964: 369; Javaherkalam & haddadi Ardakani, 2023: 112).

در دیدگاه نخست، فقهای امامیه و به تبع آن نویسندگان قانون مدنی، با تفسیری مضیق و محدود، تلف حکمی را در برگیرنده مواردی نمی‌دانند که مالی غصبی به متصرف با حُسن نیت منتقل شده و مستحذاتی به صورت اعیانی بر روی زمین ایجاد کرده باشد.

۱. **التلف الحقیقی**، «فحکم بآنه یجب علی الضامن بذل عوض تمام المال ویزول ملکیه المالك عن العین لکونها تالفه من أصلها فلم یبق مورد للملکیه». **التلف الحکمی**، «و هو ذهاب سلطنه المالك عن ماله بحیث لا یكون عودها مرجواً کغرق المال فی البحر، فحکم فیه بآنه مورد لبدل الحیلولة، و یكون البدل عوضاً عن السلطنه الفائتة لا عن نفس العین، فیه باقیه علی ملک مالکها الاصلی» و **التلف الحکمی**، «و هو قطع سلطنه المالك عن ماله کالغرق و سرقة و نحوهما...».

این رویکرد مضیق از تلف حکمی با ظاهر مواد ۳۱۱ تا ۳۱۳ قانون مدنی سازگار است و بر این اساس، غاصب، به استرداد عین و قلع و قمع بنا و مستحذات محکوم می‌شود. در دیدگاه دوم، برخی دیگر از فقها و حقوق دانان با توجه به مقتضیات زمانی، مکانی و شرایط اجتماعی و اقتصادی، به دنبال ارائه راه‌حلی برای عبور از دشواری‌ها و صلابت قواعد مربوط به غصب برآمده‌اند. آنها با این استدلال که اولاً، ادله استنادی در باب غصب، نظیر «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» یا «کلُّ مغصوبٍ مردودٌ» با اشکال ضعف سندی روبه‌رو هستند و ثانیاً، مبنای دقیق حکم استرداد مال غصبی، بنای عقلاست که در مواردی همانند فرض مقاله، در صورت فقدان سوء نیت متجاوز یا خریدار، بنای عقلا بر لزوم استرداد عین مال دلالت ندارد و ثالثاً، فقهای امامیه در بیان تعدّر دسترسی به عین، بیشتر به تعدر عرفی و نه تعدر عقلی تکیه کرده‌اند و رابعاً، تعدر و دسترسی به مال مذکور در فقه، فاقد حقیقت شرعی و متشرعه است (Muhaghegh Damad, 2005: 62-64)، چنین نتیجه می‌گیرند که گسترش دامنه تلف حکمی به مواردی که از نظر عرف برگشت مال با خسارتی جبران‌ناپذیر همراه باشد، بلامانع است (-Rashvand Bokani & Bagheri, 2022: 125). این رویکرد در کلام فقیهانی که استرداد عین را، در فرضی که متصرف، در مال غصبی زراعت یا سازه‌ای را ایجاد کرده است، به وجود جهت عقلایی منوط می‌دانند، به روشنی قابل استفاده است (Isfahani, 1973, vol 2: 322).^۱

پرسش مقدّر آن است که اساساً، چرا در کنار عناوین حقیقی، عناوین حکمی یا در حکم حقیقی مطرح شده است؟ یا به عبارت بهتر چرا فقها یا قانون‌گذاران به عباراتی نظیر «کشف حکمی»، «قبض حکمی»، «اقرار حکمی»، «تصرف حکمی»، «رد حکمی» و «انحلال حکمی» روی آورده اند؟ (Ansari [Sheik Azaam], 2000, vol 2: 205; Mumen Qomi, 1988, vol 2: 289; Hosseini Haeri, 1965, vol 2: 289; Moravveji, 1995, vol 5: 289)

۱. «مسئله ۴۵: لو غرس أو بنی فی أرض غصبها....و للمالك إلزامه بالقلع و الهدم؛ إن كان له غرض عقلائی فی ذلک».

در حقیقت، هرگاه مفهوم حقیقی امری، ارکان و عناصر معنای واقعی را نداشته باشد، اما ضرورت‌های اجتماعی، عرفی، زمانی و مکانی، توسعه آن را اقتضا کند، فقیهان معنای حقیقی و تا حد امکان، آثار آن را به معنای حکمی نیز توسعه می‌دهند (Javaherkalam & Haddadi Ardakani, 2023: 113-114, 132-133). از این منظر، زمینه پذیرش تلف حکمی در دعاوی راجع به ماده واحده وجود دارد. به علاوه، با پیمایش کلمات فقیهان، معلوم می‌شود معیارهای تلف حکمی در سه مورد خلاصه می‌شود؛ فقدان سلطنت، عدم امکان نقل و انتقال و تغییر عرفی موضوع.

در فقدان سلطنت، همان‌طور که اشاره شد، با توجه به اینکه سلطنت مالک (دسترسی)، فاقد حقیقت شرعیه و متشرعه است، می‌توان از نگاه سختگیرانه مشهور فقیهان (Najafi [sahib] Javaher], bi ta, vol 37: 76; Gilani [Najafi] (B), Bi ta: 146; Isfahani,) 109: 3; Hosseini Ameli, 1998, vol 3: 604; 2001)، نسبت به سلطنت گذر کرد و معنای عرفی سلطنت را در نگاه اقلیت فقیهان پذیرفت (Khoei, 1957, vol 5: 479; Iravani, 1964,) 126: 3; Tabatabaei Qomi, 1992, vol 2: 75). سلطنت در معنای عرفی، به از دست دادن تسلط کامل، بالفعل و شایسته مالک بر مال خویش تعبیر شده است. اگر در جایی این وصف از تصرف و اقتدار مالک سلب شود، مالکیت، معنای عرفی خود را از دست می‌دهد. براساس این نظر، در دعاوی ماده واحده نیز، مالک تسلط خود را به بخشی از زمین خود که در ساختمان دیگری قرار گرفته است، به صورت بالفعل از دست داده و کنترل بر تصرفات لازم را، به نحو شایسته ندارد. همچنین بازگرداندن قسمت مورد تجاوز نیز هزینه‌های جبران‌ناپذیری را بر متصرف با حُسن نیت تحمیل می‌کند.^۱

۱. برخی از فقیهان معتقدند، اگر استرداد عین مغضوب موجب تلف مال غاصب و در نتیجه ورود ضرر مالی جبران‌ناپذیری به غاصب شود، مال مغضوب در حکم تلف است و استرداد آن واجب نخواهد بود، بلکه استرداد مثل یا قیمت آن کفایت می‌کند (Khomeini, Bi ta: 358; Mousavi Bojnordi, 1998, vol 4: 95; Muhaghegh) 79: 1; Damad, 1985, vol 1: 79).

در ممکن نبودن نقل و انتقال، هرچند از محل بحث از ماده واحده خارج است، به نظر برخی (Ansari [sheik Azaam], 2000, vol 3: 418)، هروقت تغییر موضوع به کیفیتی باشد که قابلیت تملک آن از بین برود، تلف حکمی رخ داده است. به نظر برخی دیگر، تغییر باید به حد استهلاك برسد تا تلف حکمی صادق باشد و آلا اگر تغییر وضوع کمتر از آن باشد، چون باعث سقوط مالکیت نمی‌شود، از مصادیق تلف حکمی محسوب نمی‌گردد (Khoei, 1957, vol 4: 192)، اما تغییر فاحش عرفی، نسبت به قبل و بعد از تصرف، با مسامحه عرفی، می‌تواند مصداق تغییر موضوع تلقی شود. به‌طور مثال، اگر قطعه سنگ یا طلایی به ناروا به دست شخصی افتاده باشد و او با هنر و صنعت خود قیمت مال را افزایش بدهد، دیگر نمی‌توان گفت همان مال سابق است و در این مثال، با تلف حکمی مواجه هستیم (Katouzian, 2007: 205-206). اگرچه این ضابطه را اکثریت نپذیرفته‌اند، اضافه کردن سوء نیت نداشتن متصرف، می‌تواند آن را با اقبال بیشتری مواجه کند؛ بنابراین، در فرضی که مقداری جزیی از ملک همسایه بر اثر اشتباهی خارج از اختیار به دست متصرف بیافتد و او ملک خویش را در چندین طبقه بر آن متراژ بنا کرده باشد، می‌توان به قواعد تلف حکمی استناد و استدلال کرد. این فرض به‌ویژه در جایی که در خواسته قلع و قمع بنا و مستحذات، تهمت سوء استفاده از حق مالک در میان باشد، قوی‌تر می‌شود و توجه به اصل ۴۰ قانون اساسی و ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی، دادگاه را در تصمیم‌گیری بر مبنای تلف حکمی مصمم‌تر می‌کند (Katouzian, 2007: 205). به علاوه، مصالح عمومی و اقتصادی اقتضا می‌کند تا حد امکان از اتلاف اموال جلوگیری شود.

در نتیجه، با توجه به موارد فوق و وحدت ملاک (تنقیح مناط) از مواد ۳۹ و ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی در عدم قابلیت دسترسی به مال، فقدان سلطنت عرفی و تباین عرفی مال، وحدت ملاک از رویه قضایی در مورد تلف حکمی دانستن انتقال مال به ثالث با حسن نیت، به نظر می‌رسد که گسترش تلف حکمی به دعاوی موضوع ماده

واحدۀ صحیح و مبنایی بوده است. درواقع، قانون‌گذار دعاوی موضوع ماده واحدۀ را حکماً و در قالب تلف شرعی [یا قانونی]^۱، از مصادیق تلف قرار داده است. به نظر برخی محققان، حکم تبصره اول ماده واحدۀ فوق مبنی بر پرداخت بالاترین قیمت، تخصیصی بر حکم ماده ۳۱۲ قانون مدنی مبنی بر قیمت حین الاداء است (Jafari, 2012: 251). به علاوه، در نظر گرفتن خسارت افت قیمت، در مورد زمین مورد تجاوز واقع شده، در سال ۱۳۵۸ و در شورای انقلاب، امری مهم و بدیع بوده است که بررسی و تحلیل آن به نوشتاری جداگانه واگذار می‌شود. از جهت شکلی و نیز از جهت تصرف در اصول مهم و بنیادین آیین دادرسی مدنی، اگرچه دادگاه در خواسته دعوا و صدور حکم، اصولاً، تابع دادخواست خواهان است و نمی‌تواند کمتر یا بیشتر یا خارج از آن، به نفع خواهان حکمی صادر کند (مواد ۲ و ۳ ق.آ.د.م) اما در ماده واحدۀ، به روشنی ملاحظه می‌شود به‌رغم اینکه عنوان خواسته، «خلع ید و قلع و قمع بنا و مستحذات» (از مصادیق دعوای عینی) است ولی دادگاه با جمع شرایط ماده واحدۀ، مجاز و بلکه مکلف است به «پرداخت قیمت تودیع شده به حساب صندوق دادگستری و خسارات به خواهان و اصلاح سند خواهان و خوانده» (از مصادیق دعوای دینی)، حکم کند که درحقیقت، تغییر قانونی خواسته و دعوا محسوب می‌شود که در نوع خود بدیع است و می‌تواند دست‌مایه تغییر قوانین و اقدامات قضائی بزرگ‌تر در قلمرو دعاوی مربوط به تصرفات غاصبانه و احکام خلع ید باشد. درواقع، برخلاف قاعدۀ تبعیت دادگاه از خواسته و تغییرناپذیری دعوا و بدون درخواست خواهان در مطالبه قیمت و خسارت، و بدون اینکه خوانده و خواهان در زمینه اصلاح

۱. تلف شرعی یا قانونی به مواردی اختصاص پیدا می‌کند که با اینکه مال در خارج موجود است و واقعاً قابلیت رد دارد، اما با توجه به وجود مانعی شرعی یا قانونی امکان بازگشت وجود ندارد. برای مطالعه بیشتر رک. به: Javaherkalam, M; Haddadi Ardakani, S. (2023). Criteria for identifying "judicial loss" in Islamic law; analyzing the rule of "transfer to a third party in good faith" in the judicial procedure and the plan to amend the civil law, Islamic Law Research Paper, 24 (1), 109-138, [In Persian].

سند، درخواست (دعوی) داشته باشند، این موارد به حکم قانون و با انعکاس در منطق رأی، تعیین تکلیف می شوند.

شایان ذکر است اقدام قانون گذار در تکلیف به دادگاه در این قبیل اقدامات قضایی و تصرف در امور شکلی و ماهوی قضیه، منحصر به مورد یادشده نبوده است. برای تقویت بحث و ذکر نمونه ای دیگر از اقدامات قضایی تجویز شده، می توان به تبصره ۳ ماده ۱۴۸ قانون اصلاح مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون اصلاح و حذف موادی از قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۶۵.۴.۳۱ و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۷۰ اشاره کرد. به موجب این ماده، «در مورد آن دسته از متقاضیان که اعیان آنها در اراضی دولت یا شهرداری ایجاد شده است، هیئت پس از دعوت از نماینده مرجع ذی ربط و احراز واقع چنانچه متقاضی فاقد واحد مسکونی باشد و زمین مورد تصرف بیش از ۲۵۰ متر مربع نباشد رأی به انتقال ملک به قیمت منطقه ای می دهد والا نسبت به مازاد ۲۵۰ متر مربع به قیمت عادلانه روز رأی خواهد داد و اگر متقاضی واحد مسکونی دیگری داشته باشد رأی به انتقال عرصه به قیمت عادلانه روز خواهد داد، نحوه ابلاغ دعوت نامه و وصول وجوه مربوط و ارجاع کار به کارشناس و سایر موارد اجرایی طبق آیین نامه این قانون خواهد بود».

همان طور که مشاهده می شود، در این ماده نیز به مانند دعاوی ماده واحده، قانون گذار بنا بر مصالح اجتماعی و اقتصادی، اقداماتی را برای هیئت حل اختلاف ثبت در نظر گرفته است. همچنین، به موجب نظریه مشورتی شماره ۲۰۲۳/۹۷/۷ مورخ ۱۳۹۷/۷/۲۸، «مستفاد از ماده ۱۳ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ و ماده ۱۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک کل کشور مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی درخصوص احداث بنا توسط اشخاص در اراضی متعلق به دولت که فاقد سند رسمی هستند؛ جهت احراز شرایط مذکور در تبصره های الحاقی به ماده ۱۴۸ قانون اخیرالذکر و اینکه احداث بنا و تصرفات قبل از سال ۱۳۷۰ بوده و یا خیر، منوط به احراز آن از طریق مراجع قضایی و قانونی ذی ربط است که پس از صدور حکم مرجع صالح به مجاز بودن

تصرفات و احداث بنا و اینکه قبل از سال ۱۳۷۰ بوده، شهرداری مکلف به پرداخت قیمت آن بر طبق قانون مربوط، به شخص ذی‌نفع خواهد بود.»؛ البته مقرر شده در تباین موضوعی با قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی قرار دارد؛ زیرا تبصره ماده ۳ ماده ۱۴۳ قانون ثبت در مورد «اراضی دولت و شهرداری‌ها» است و در قانون اخیر، به موجب ماده ۲، «اراضی دولتی، عمومی، کلی، منابع طبیعی و موات از شمول این قانون مستثنی شده‌اند»؛ بنابراین، احتمال نسخ، منتفی به نظر می‌رسد.

۲-۳. اقداماتی قضایی لازم در دعوی تجاوز به املاک مجاور؛

۲-۳-۱. عینی بودن عمل قضایی؛ چنانچه در ماده واحده گذشت، «... در صورتی که طرف دعوی قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید، دادگاه حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوی می‌دهد...». براساس متن صریح یادشده، صدور حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین، به «پرداخت بدوی و قبلی» قیمت اراضی مورد تجاوز، به علاوه خسارت برآمده از افت قیمت ملک، در مهلت تعیین‌شده دادگاه، منوط شده است. از این رو، شرط «تودیع قیمت و خسارت و ارائه سند پرداخت به دادگاه»، «جنبه عینی» دارد و از این منظر، عمل قضایی دادرسی، نسبت به این شرط، «عمل قضایی عینی» محسوب می‌شود. متصرف، بعد از پرداخت کل مبلغ، باید رسید آن را به شعبه تحویل دهد تا آنگاه، دادگاه حکم به پرداخت قیمت و خسارات به خواهان و اصلاح اسناد مالکیت طرفین صادر نماید. از آنجایی که قیمت

و خسارت را قبلاً متصرف، تودیع کرده است، حکم دادگاه، به آسانی اجرا می شود و مالک زمین، از این جهت با مشکلی مواجه نمی شود.^۱

۲-۳-۲. تأسیسی بودن احکام و اقدامات دادگاه؛ دادگاه براساس تکلیف قانونی، با لحاظ انقلاب دعوا، از دعوای عینی به دعوای دینی و تبدیل دعوای خلع ید (دعوایی عینی) به «پرداخت قیمت و خسارات و اصلاح سند» (دعوایی دینی) و بعد از آنکه قیمت زمین و حسب مورد خسارت افت قیمت، به صندوق دادگستری تودیع شد، بدون تقاضای طرفین، رأی مقتضی را صادر و با دستور به اداره ثبت، اصلاح اسناد طرفین، انجام می شود. این رأی، نسبت به پرداخت قیمت و خسارت تودیع شده به خواهان و نیز اصلاح سند خواهان و خوانده، جنبه تأسیسی دارد و نه کاشفیت.

۲-۳-۳. فرآیند رسیدگی؛ به عنوان مثال برای روند اجرای ماده واحده، می توان گفت اگر شخص (ب) به زمین شخص (ج) تجاوز کند و شخص (ج) دادخواست خلع ید از ملک و قلع و قمع مستحقات را اقامه کند، با فرض اینکه شرایط مذکور در ماده واحده موجود باشد، دادگاه به شخص (ب) اخطار می کند که ظرف مهلت معین، کل مبلغ خسارت (اصل خسارت + عنداللزوم افت قیمت مستند به نظریه کارشناسی) را به صندوق دادگستری تودیع کند و رسید آن را به شعبه تحویل دهد. اگر ظرف مدت تعیین شده، پول واریز شود، دادگاه به پرداخت مبلغ (تودیع شده) و خسارت افت قیمت به خواهان و اصلاح اسناد مالکیت طرفین حکم می دهد. به عنوان مثال، دادگاه زمین های اشخاص (ب) و (ج) را که هر کدام به متر اژ ۲۰۰ متر بوده است، به ترتیب، ۲۲۰ و ۱۸۰ متر تعیین می کند و دستور اصلاح متر اژ اسناد را به اداره ثبت ارسال می کند.

۱. باید دانست تکلیف پرداخت خسارتی که باید بدواً و قبل از صدور حکم پرداخت شود نیز، برای جلوگیری از ضرر خواهان است؛ زیرا اگر پرداخت را به بعد از صدور حکم موکول کنیم، امکان دارد خواهان با درخواست اعسار یا تقسیط خوانده مواجه شود و از این حیث متضرر گردد.

در فرض بالا، چنان‌که گذشت، رضایت خواهان (مالک زمین)، جایگاهی ندارد و دادرس با توجه به منطوق ماده واحده، حکمی خارج از خواسته صادر می‌کند. به بیانی دیگر، دادگاه با اجازه حاصل از ماده واحده، خواسته خواهان مبنی بر خلع ید از ملک و قلع و قمع بنا را نادیده می‌گیرد و دو خواسته‌ای که در دادخواست نبوده است (یکی، مطالبه قیمت و خسارت و دیگری، اصلاح اسناد مالکیت) را برای خواهان و خوانده لحاظ و مطابق آن، حکم مقتضی صادر می‌کند. بدیهی است، اگر سه شرط مذکور در ماده واحده وجود نداشته باشد یا کل مبلغ مربوط به قیمت (و کلیه خسارات) را خوانده به صندوق دادگستری پرداخت نکند، به موجب ذیل همین ماده واحده و براساس قواعد عمومی، به خلع ید از ملک و قلع و قمع مستحدثات حکم داده خواهد شد (کمیسیون نشست قضایی، دادگستری سلماس، تیرماه ۱۳۸۱؛ نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۷/۹۲/۱۸۳۹ در تاریخ ۱۳۹۲/۰۹/۲۳).

بر همین اساس، دادگاه تجدید نظر در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی دادگاه بدوی به شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۱۸۰ در تاریخ ۱۳۹۵/۰۲/۱۹ متذکر می‌شود که «رسیدگی به دعوی مشمول موضوع ماده واحده لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارت وارده به املاک، نیاز به طرح دعوی جداگانه نداشته و در همان دادرسی مربوط به دعوی خلع ید، رسیدگی ماهوی و صدور حکم خارج از خواسته صورت می‌گیرد».

با توجه به مطالب پیش‌گفته، بدیهی است رسیدگی به دعوی خلع ید و به تبع آن رسیدگی به مواردی که خارج از خواسته صورت می‌گرفت، در صلاحیت دادگاه است، اما فارغ از بداهت، می‌توان به اطلاق و تکرار واژه دادگاه در ماده واحده و دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۴۹۸ در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۹ اشاره کرد که بیان داشته: «با توجه به اینکه رسیدگی به دعوی فوق نیاز به احراز میزان تجاوز در مالکیت و صدور

حکم خارج از خواسته دارد، از صلاحیت هیئت نظارت ثبت خارج و در صلاحیت مراجع قضائی است.^۱

فرجام سخن

اگرچه حمایت تمام عیار از مالک در برابر تصرفات غیرمجاز، با اعطای اختیار خلع ید و قلع و قمع بنا و مستحذات، نوعی جبران عینی توأم با پیشگیری وضعی را در جامعه فراهم می‌آورد، اطلاق استثنای پذیر این حق و ضمانت اجرا، با عدالت همسو نیست و دست‌کم در برخی فروض، تفکیک میان افراد با حُسن نیت و بدون حُسن نیت، ضروری به نظر می‌رسد.

ماده واحده «راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مجاور»، در پاسخ به این نیاز و با جمع بین حقوق مالک زمین و متصرف، و البته با احراز قیودی از جمله اینکه، اولاً اضافه مساحت ملک همراه با تجاوز به املاک مجاور باشد؛ ثانیاً، طرف دعوا (خوانده) یا ایادی قبلی او قصد تجاوز به ملک مجاور را نداشته و تجاوز بر اثر اشتباه، رخ داده باشد؛ ثالثاً، اشتباه بر اثر محاسبات نادرست رخ داده باشد؛ رابعاً، ایجادکننده و مالک مستحذات از این اشتباه، بی‌اطلاع باشند؛ خامساً، به نظر دادگاه، میزان خسارت وارده به خواهان (مالک زمین مورد تجاوز)، در مقایسه با خسارت قلع و قمع (نسبت به مستحذات ایجاد شده)، نسبتاً جزئی باشد؛ از اطلاق قواعد اولیه دست کشیده و با تبدیل دعوای عینی به دینی، قسمت مورد تصرف را به عنوان تلف حکمی در نظر می‌گیرد. دادگاه تعیین قیمت قسمت مورد تجاوز و خسارت افت قیمت را به دلیل کسری متراژ زمین به کارشناس منتخب ارجاع می‌دهد. پس از تعیین قیمت و در مهلت تعیینی دادگاه، خوانده (متصرف بدون سوء نیت) می‌تواند با واریز کردن این

۱. پیشتر متذکر شدیم که اگر ملکی صرفاً با اضافه بنا مواجه باشد و تجاوزی به ملک دیگری صورت نگرفته باشد، در هیئت نظارت ثبت تعیین تکلیف خواهد شد.

میزان به صندوق دادگستری، از قلع و قمع بنای خود جلوگیری نماید. دادگاه نیز باید به پرداخت مبلغ تودیع شده به خواهان (مالک زمین) و اصلاح اسناد مالکیت طرفین حکم کند.

این ماده از جهت توجه به جمع بین حَقِّین، تفکیک احکام مربوط به افراد با حُسنیت و بدون حُسنیت در تصرف، توازن در اجرای قاعده تسلُّط (در ناحیه مالک)، قاعده لاضرر (در ناحیه متصرف)، اشاره به خسارت افت قیمت زمین، جلوگیری از اطاله دادرسی و ایجاد انضباط در قلمروی ثبتی، شایسته تقدیر است. همچنین، ماده واحده فوق به دلیل بی‌توجهی به تقصیر متصرف در بروز اشتباه، معلوم نبودن وضعیت تصرفات عمده، ذکر خسارات جزئی به جای تصرفات جزئی و بیان نکردن حالتی که زمین به‌طور کامل و به اشتباه در ملک دیگری جانمایی می‌شود؛ ضعف و ابهام دارد.

فروض زیر از ماده واحده فوق برداشت می‌شود:

جانمایی کامل ملک خود در زمین غصبی

تصرف جزئی در زمین و خسارت جزئی مالک، به نسبت خسارت متجاوز

تصرف جزئی در زمین و خسارت عمده مالک، به نسبت خسارت متجاوز

تصرف عمده در زمین و خسارت جزئی مالک، به نسبت خسارت متجاوز

تصرف عمده در زمین و خسارت عمده مالک، به نسبت خسارت متجاوز

تصرفات جزئی یا عمده از سوی متجاوز و ورود خسارتی جزئی و یکسان به مالک و متجاوز

از میان صورت‌های بالا، صورت اول، به صورت موضوعی و صورت‌های سوم و پنجم به دلیل عمده بودن خسارت مالک و با لحاظ احترازی بودن قیود ماده، داخل در مفهوم مخالف ماده شده و از شمول ماده واحده خارج می‌شوند. صورت دوم داخل در منطوق و هدف ماده، و صورت چهارم محل اختلاف است. هرچند شمول حالت چهارم با منطق اقتصادی و قواعد ثانوی حاکم بر ماده واحده سازگارتر است، ولی

علاوه بر دشواری اثبات ناآگاهی و انتساب حُسن نیت به متصرف، با سیاق ماده هماهنگ نیست و به دشواری می‌توان با ماده واحده تطبیق داد و به نظر می‌رسد که تجاوز جزئی در درون خسارت جزئی، مستتر است؛ بنابراین، برای دور نشدن از هدف قانون‌گذار، خسارت جزئی را باید همراه عقلی و منطقی با تصرفات جزئی دانست.

و اما در صورت ششم، به دلیل نبود برتری میان هیچ یک و ممکن نبودن ترجیح بلا مرجح، کماکان محل ابهام است، اما می‌توان گفت که قاعده لاضرر به نفع متصرف، با قاعده لاضرر به نفع مالک تعارض پیدا می‌کند و منجر به تساقط، و رجوع به قاعده تسلیط به نفع مالک و قواعد اولیه خلع ید می‌شود. اگرچه، حکومت ماده واحده و تقدم آن بر حقوق دعاوی ناشی از درخواست خلع ید، ادعای فوق را تقویت می‌کند، دور از فلسفه وضع ماده واحده به نظر می‌رسد.

References

Quran

Nahjul Balagha

Abi [Fazel], H.(1993). *Kashf Al-Romoz In Sharh Mokhtasar Al-Nafeh*, volume 2, Qom - Iran: Islamic Publications office, [In Arabic].

Aghakhani, A. (2021). The concept and scope of the decreed loss of the subject of the contract, with a looking at the English legal system. *Justice Journal*, 85 (116), p 33-57, [In Persian].

Alishahi Ghalee Joghi, A. (2010). Criticism and analysis of jurisprudential opinions about the rule «الغاصِبُ يُؤْخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» and its instance realm, *Journal Of Jurisprudence And Principles*, 44(89), 125-150, [In Persian].

Ameli [Shahid Avval], M. (1996). *Sharia Lessons in Emamieh Jurisprudence*, Qom - Iran: Islamic Publications Office, [In Arabic].

Ameli [Shahid Avval], M. (1989). *Al Lomeh Dameshghieh In Emamieh Jurisprudence*, Beirut - Lebanon: Dar Al-Turath - Dar Al-Islamiya, [In Arabic].

Ameli [Shahid Sani], Z. (1989). *Al-Rawzato Al-Bahiyya In Sharh Al-Lameh Al- Dameshghieh (with the footnote of Kalantar)*, volume 7, Qom: Ketab Faroushi Dawari, [In Arabic].

Amoli, M. (1964). *Mesbah Al-Hoda in Sharh Al-Ourva Al-Vosgha*, Bi ja, bi na.

Ansari [Sheik Azaam], M. (2000). *Forms Of Contracts And Terms*, Qom: Andisheh Islamic Society, [In Arabic].

- Ajeri Aysk, A., Muhammad Hasani, S. (2023). Judicial loss of usurped property sold to a buyer in good faith, with a look to jurisprudence (criticism of the proposal to amend Article 323 of the Civil Code). *Civil Jurisprudence Teachings Journal*, 15 (28), 3-26, [In Persian].
- Bazghir, Y. (2003). *Judicial Inferences Of The Supreme Court Of The Country In Civil Affairs In Usurpation And Objection To The Decisions Of The Commission Of Article 12 Of Urban Land And In The Water Distribution Law And In The Demand For Compensation*, Tehran: Ferdowsi Publications, [In Persian].
- Bojnordi, S. (2022). *Jurisprudence Rules*, vol. 1, Tehran: Ascension Institute, [In Persian].
- Deylami, Sallar, H. (1983). *Al Marasem Al Alaviie and Al Ahkam Al Nabaviie*, Qom: Al-Haramain Publications, [In Arabic].
- Dezfuli, M. (2000). *Forms of Contracts and Terms*, Qom: Andisheh Islamic Complex, [In Arabic].
- Ebn Barraj [Qazi], A. (1990). *Javaher Al- Feghhe – Aghaed Al-Jafariieh* , Qom: Islamic Publications office, [In Arabic].
- Ebn Manzor, A. (1993). *Lesan Al-Arab*, Edition 8, Beirut: dar al-sader Publications, [In Arabic].
- Eghdami, H. (2020). *Practical Analytical Guide to Civil Claims In Iran's Judicial System*, Tehran: Judiciary Press and Publishing Center, [In Persian].
- Elsan, M., Mahmudi, N. (2018). *The principle of immutability of litigation in Iranian and American law*, *Journal Of Comparative Law Studies*, 9(2),p 473-491, [In Persian].
- Emami, H. (2020). *Civil Law*, vol. 1, Edition 39, Tehran: Islamic publications, [In Persian].
- Eskini, R., Niazi Shahraki, R. (2007). The Concept Of The Principle Of Good Faith And Fair Treatment, *Gawah Legal Quarterly*, (10), 3-2, [In Persian].
- Fraley, J. The Meaning of Dispossession. *Indiana Law Review*, 50: pp 517-538.
- Ghafi, H; Shariati, S. (2021). *Principles Of Applied Jurisprudence*, Vol. 3, Edition 19, Tehran: Samt Publications, [In Persian].
- Gilani Fumani, M. (1426). *Jame Al-Masael*, vol. 2, Qom: Daftar Moazzam, [In Persian].
- Gilani Najafi (A), H. (Bi ta). *The Book of Usurpation*, Bi ja, Bi na, [In Arabic].
- Gilani Najafi (B), H. (Bi ta). *The Book of Lease*, Bi ja, Bi na, [In Arabic].
- Hakim, M. (1979). *Al-Ousol Al-Ammeh In Fegheh Al-Mogharen*, Edition 2, Qom: Alebyt Publication.

- Haeri, S. (1997). *Riyaz Al-Masael*, vol. 14, Qom - Iran: The Foundation of Ahl al-Bayt, [In Arabic].
- Helli [Allame], H. (1999). *Tahrir, Al-Ahkam Al-Sharie In Mazhab Emamieh*, vol. 4, Qom: Imam Sadeq Foundation, [In Arabic].
- Helli [Allame], H. (1992). *Rules of Rulings In Knowing What Is Permissible And What Is Forbidden*, vol. 2, Qom: Islamic Publications office, [In Arabic].
- Helli [Ebn Edris], M. (1997). *Al-Saraaer Al-Havi Letahrir Al-Phatavi*, vol. 2, Qom: Islamic Publications office, [In Arabic].
- Helli [Muhaghegh], N. (1997). *Al-Mukhtasar Al-Nafi In Fiqhhe Al-Emamieh*, vol. 2, Qom: Religious Publications Institution, [In Arabic].
- Helli [Muhaghegh], N. (1987). *Sharaieh Al-Islam in Masael Halal And Haram*, vol. 3, Qom: Esmaeilian Publications, [In Arabic].
- Helli, Y. (1984). *Al-Jameh Al-Sharaieh*, Qom: Seyyed al-Shahda Scientific Foundation, [In Arabic].
- Hesselink, M. W. (2010). The concept of good faith. *Towards A European Civil Code*, Fourth Revised and Expanded Edition, p 619-649.
- Https: Www.Ara.Jri.Ac.Ir
- Https: Www.Edarehoquqy.Eadl.Ir
- Https: Www.Neshast.Org
- Hosseini Haeri, S. (1965). *Mabahes Al-Ousoul*, Qom: dar al-bashir, [In Arabic].
- Hosseini Ameli, S. (1998). *Meftah Al-Kerameh*, Qom: Islamic Publications office, [In Arabic].
- Iravani, A. (1964). *Hashie Al-Makaseb*, Tehran: kia publication, [In Arabic].
- Isfahani, S. (2001). *Vasile Al-Nejat (with footnotes of Imam Khomeini)*, Qom: Foundation for organizing and publishing the works of Imam Khomeini, [In Arabic].
- Isfahani, S. (1973). *Vasile Al-Nejat (with notes Golpayegani)*, Vol. 3, Qom - Iran: Chapkhane Mehr, [In Arabic].
- Javaherkalam, M., Haddadi Ardakani, S. (2023). Criteria for identifying "judicial loss" in Islamic law; analyzing the rule of "transfer to a third party in good faith" in the judicial procedure and the plan to amend the civil law, *Islamic Law Research Paper*, 24 (1), 109-138, [In Persian].
- Jafari Langharoodi, M. (2012). *Collection of Civil Law*, Edition 4, Tehran: Ganj Danesh Publications, [In Persian].
- Jafari Langharoodi, M. (2002). *Extensive in Legal Terminology*, vol. 3, Edition 2, Tehran: Ganj Danesh Publications, [In Persian].
- Javaheri, E. (1989). *Al-Sabah - Taj Al-Lughah va Sihah Al-Arabiyya*, vol. 3, Beirut: Dar al-Im Lil-Malayan, [In Arabic].

- Jazayeri, M. (1995). *Huda Al-Talieb to Explain Al-Makasib*, vol. 3, Bi ja: Talieh al-Nur, [In Arabic].
- Johari, M. (2009). *Comparison of the Dispute of Removal Of Possession Of Aggression With Expropriation*, Edition 3, Tehran: Fekrsazan Publications, [In Persian].
- Johari, E. (1989). *Al-Sabah – Taj Al- Loghat and Sahah Al-Arabieh*, vol. 3, Birot: dar al-elm, [In Arabic].
- Kashani, H. (1998). *Taliqh Sharif in discussion of khiatrat and conditions*, Qom: Ayat Allah Kashani's office, [In Arabic].
- Kashef Al-Ghita, M. (2004). *Editing of The Magazine*, vol. 3, Tehran: Council for the convergence of Mazaheb, [In Arabic].
- Katouzian, A. (2019). *Juridical Facts Tort Liability*, Edition 2, Tehran: Ganj Danesh Publications, [In Persian].
- Katouzian, A. (2018). *Properties and Ownnership*, Edition 50, Tehran: Mizan Publications, [In Persian].
- Katouzian, A. (2007). *Obligations Outside The Contract - Forced Guarantee*, Vol. 1, Edition 7, Tehran: Teahan University Publications, [In Persian].
- Kazemi, M. (2019). *Dismissal, conflict of official and normal document; A review of the Judgment number 9709972993700410 of the second branch of the legal court of Rudbar district of Qasran, Tehran, Judgment Journal Of Justice*, 19(100), 1-41, [In Persian].
- Kazemnezhad Sanghrodi, H. (2018). *Examining the effects of eviction litigation in communal property*, *Journal of Jurisprudence, Law and Criminal Sciences*, 3(8), 107-116, [In Persian].
- Keikha, M., Abin, A. (2020). A critical Approach towards the strict policy of the institution of usurpation and the need to grade the responsibility (based on the quality of the involvement of the intrinsic element of good or bad faith), *Private Law Research*, 9(33), 2019, 189-219, [In Persian].
- Khoei, A. (1997). *Mosoueeh of Imam Khoei*, vol. 36, Qom: Foundation for the Revival of the Works of Imam Khoei, [In Arabic].
- Khoei, A. (1957). *Mesbah Al-Feghahe*, Qom: Davari, [In Arabic].
- Khoei, A. (2001). *Mabani Takmele Al-Menhaj*, Qom-Iraq: Baghdad society, [In Arabic].
- Khomeini, R. (1963). *Tahrir Al-Vasile*, vol. 3, Qom - Iran: Qom Seminary Modarres University, Islamic publications Office, [In Arabic].
- Khomeini, R. (Bi ta). *Ketab Al-Beieh*, Taghrir Muhammad Hasan Ghadiri, Qom - Iran: Institution of explaining and publishing Imam Khomeini, [In Arabic].
- Meshkini [Feiz], A. (1992). *Eslahat Al Osoul*, edition 5, Qom: Al Hadi.

- Mohaddesi, M. (2010). *Comparison of eviction and Dispossession lawsuits in terms of nature*, *Journal of The Bar Association*, (211), 29-64, [In Persian].
- Moravveji, A. (1995). *Tamhid Al-Vasael In The Explanation Of Al-Vasael*, Qom, school of Imam ali, [In Arabic]
- Mousavi Bojnordi, S. (1998). *Al Qavaed Al Feghhiiee*, Qom: Al hadi, [In Arabic].
- Mozaffar, M. (1959). *Ousoul Al-Feghhe*, Edition 4, Vol. 2, Hekmat Institution publication, [In Arabic].
- Mufid, M. (1992). *Al-Moqnaae*, Qom: Ganara Jahani Hazara Sheikh Mufid, [In Arabic].
- Muhaghegh Damad, M. (2005). *Jurisprudence Rules (Civil Part - Ownership and Liability)*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, [In Persian].
- Muhaghegh Damad, M. (1985). *Qavaed Feghhe*, Edition4, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, [In Persian].
- Mumen Qomi. (1988). *Ketab Al Salat*, Qom: Islamic publication office, [In Arabic].
- Najafi [Saheb Javaher], M. (Bi ta). *Jawahir Al-Kalam*, vol.37, Beirut: Dar Revived the Arab Heritage, [In Arabic].
- Najafi [Saheb Javaher], M. (2008). *Jawahir al-Kalam*, Tehran: Mortazavi, [In Arabic].
- Office of Studies and Research of the Supreme Court (2013). *Collection of votes of the unity of judicial procedure of the General Board of the Supreme Court*, Tehran: Shahr Danesh Institute, [In Persian].
- Poor ostad, M. (2008). *Sovereignty of civil litigants*, *Journal of Private Law Studies*, 38(3), 97-125, [In Persian].
- Rashvand Bokani, M., Bagheri, E. (2022). *Jurisprudential analysis of the aggrieved party's appeal to the court in extraordinary registration*, *Research and Development Quarterly in Comparative Law*, 5(16), 114-142, [In Persian].
- Rose, C. M. (1985). *Possession as the Origin of Property. Diss. Yale Law School*, 1830, 72-88.
- Rose, C. M. (2000). *Property and Expropriation: Themes and Variations in American law. Utah l. Rev.* 2000, p 1-38.
- Safyan, S., Meghdadi, M. (2021). *The principle of the petitioner's discretion in determining the title of the civil suit*, *Legal Journal of Justice*, 85(113), 207-233, [In Persian].
- Safaei, S., Rahimi, H. (2011). *Civil Liability (Extra-Contractual Obligations)*, Edition 2, Tehran: samt publication, [In Persian].

- Shams, A. (2002). *Procedure Civil*, vol. 3, Edition 2, Tehran: Mizan Publication, [In Persian].
- Shams, A. (2014). "Cause", *thematic matters and their description in civil litigation, Journal of Legal Research*, (65), 1-24, [In Persian].
- Tabarsi, A. (1989). *Al-Mutalef Men Al-Mukhtalef Between the Imams of the Salaf*, vol. 1, Mashhad: Islamic Research Academy, [In Arabic].
- Tabatabaei Qomi, S. (1992). *Omde Al-Mataleb in Taligh In Makaseb*, Qom: Mahallati, [In Arabic].
- Zeinali, M. (2015). *Expropriation Suit in Court Procedure*, Edition 3, Tehran: Chirag Danesh Publications, [In Persian].





Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.49941.5144>



Research Article

Analysis of the Position of "Automatism" under Iranian Criminal Law and Common Law

Sayed Mohsen Ghaemfard¹, Fatemeh Mohseni^{2*}

1. Assistant Prof., Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran
2. MA. in Criminal Law and Criminology, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Article history:

Received: 12-04-2024

Accepted: 05-06-2024

Abstract

Introduction

Since the brain's control over bodily organs is fundamentally governed by individual will, every bodily movement is attributed to the brain, and every brain command is attributed to the individual's will. While there is no doubt that all movements are controlled by the brain, there remains the possibility that the brain may automatically issue action commands to the body without conscious will. One example of such involuntary behavior is "automatism," which has emerged in Western legal systems as an independent defense against criminal charges. In Persian, "automatism" has been translated as "involuntarily," "unwillingness," and "spontaneous movement." This article adopts the latter translation as the most accurate. The primary objective of this article is to answer the following questions: What is the concept and position of automatism in common law, and what approach can be adopted regarding this matter under Iranian law?

Please cite this article as:

Ghaemfard, S.M., Mohseni, F (2025). Analysis of the Position of "Automatism" under Iranian Criminal Law and Common Law. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 283-322.
<https://doi: 10.22099/JLS.2024.49941.5144>

* Corresponding author:

E-mail address: ftm.mohseni93@gmail.com

Methods

This article employs a descriptive-analytical approach to examine the subject. The required data were primarily collected through library research, including books and academic articles. Additionally, relevant judicial decisions from the common law system were analyzed to provide a comprehensive and precise assessment of various aspects of the topic. This approach enables comparative analysis and critique of both theoretical and practical foundations.

Results

Automatism, which manifests solely as an act, occurs without will, is uncontrollable, unpreventable, and lacks prior planning or prediction. In essence, the action in automatism is attributed to the perpetrator's body rather than to their will or personality. This explanation suggests that automatism possesses two concurrent characteristics, with the predominance of one over the other influencing its perception as a defense: (1) the action originates from the doer, and (2) the action occurs without the doer's will. The article contends that what negates responsibility in such acts is that the act "occurred through" the person rather than being "committed by" them. In other words, while the "act" may be attributed to a person, the "criminal act" cannot be.

In common law, within the discussion of general defenses (justifications and excuses), the term "automatism" appears alongside other defenses such as mistake, insanity, intoxication, self-defense, and necessity. The common law legal system recognizes various factors—along with their resulting criminal acts—under the doctrine of automatism as grounds for negating criminal responsibility. These factors include sudden bodily movements caused by collisions with objects or animals, the use of certain drugs, internal conditions affecting brain function, actions committed while intoxicated or asleep, and conduct occurring immediately after waking or under the influence of terrifying dreams.

In Iranian legal sources, automatism has not been explicitly recognized as a general defense negating defendant responsibility, remaining largely unknown in both legislation and judicial decisions. Some scholars have attempted to classify automatism as a form of internal force; however, this interpretation faces significant objections. While "force" is not explicitly addressed in the Islamic Penal Code of 2013, Iranian law considers it from a jurisprudential perspective. Jurisprudential conceptions of force only encompass certain examples recognized under common law—specifically, external material force. Other forms of force recognized in common law (such as necessity or duress) are treated as independent concepts in

jurisprudence. Consequently, automatism cannot be categorized under internal force (whether mental or material), as Iranian law does not recognize internal force as a jurisprudential concept. This article briefly compares automatism with concepts of force, necessity, and insanity under Iranian law.

Conclusion

The status of attribution based on jurisprudential regulations and rules varies in cases of automatism: for some crimes, it may alter the type of responsibility, while for others, it may render responsibility unstable. This article, while examining automatism's position in common law, has determined its potential role in Iranian criminal law and concludes that the legislator should formally recognize automatism as one of the established general defenses.

Keywords: Automatism, Unwillingness, Involuntary Movement, General Defense, Criminal Liability, Force Majeure.



تحلیل جایگاه «حرکت خودبه‌خودی» در حقوق کیفری ایران و کامن‌لو

سیدمحسن قائم‌فرد^۱، فاطمه محسنی^{۲*}

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران
۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۴

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: از آنجاکه اصولاً اقدام مغز در دستور به اعضا، از سوی اراده فرد مدیریت می‌شود، هر حرکت عضو به مغز و هر فرمان مغز به اراده انسان منتسب می‌گردد. از این جهت که هر حرکتی دارای فرمان مغز است، هیچ‌گونه تردیدی نیست؛ اما همواره این امکان وجود دارد که مغز، به طور خودکار (اتوماتیک) و بدون اراده آگاه، فرمان عملی را به بدن صادر کند. یکی از مصادیق این رفتارهای غیرارادی، «اتوماتیزم» است که به‌عنوان یک دفاع مستقل در قالب ارتکاب اعمال مجرمانه، در غرب متداول شده است. اتوماتیزم در فارسی به «بی‌اختیاری و از خودبی‌خودی»، «بی‌ارادگی»، و «حرکت خودبه‌خودی» ترجمه شده که در این مقاله ترجمه اخیر صحیح‌تر تلقی و مورد استعمال قرار گرفته است. هدف این مقاله دستیابی به پاسخ این سؤال است که اتوماتیزم چه مفهوم و جایگاهی در کامن‌لو دارد و مطابق حقوق ایران چه رویکردی می‌تواند نسبت به این مقوله اتخاذ شود؟.

استناد به این مقاله:

قائم‌فرد، سیدمحسن و محسنی فاطمه (۱۴۰۴). تحلیل جایگاه «حرکت خودبه‌خودی» در حقوق کیفری ایران و کامن‌لو. مجله مطالعات حقوقی. ۱۷. (۲). ۳۲۲-۲۸۳.

E-mail address: ftm.mohseni93@gmail.com

* نویسنده مسئول:

روش‌ها: در این مقاله از روش توصیفی-تحلیلی برای بررسی موضوع استفاده شده است. داده‌های مورد نیاز عمدتاً از طریق مطالعه منابع کتابخانه‌ای، شامل کتاب‌ها و مقالات علمی گردآوری شده‌اند. همچنین برای تقویت تحلیل، آرای قضایی مرتبط با نظام حقوقی کامن‌لو مورد بررسی قرار گرفته‌اند تا ابعاد مختلف موضوع به صورت جامع و دقیق تحلیل شود. این رویکرد امکان بررسی تطبیقی و نقد مبانی نظری و عملی را فراهم می‌آورد.

یافته‌ها: حرکت خودبه‌خودی که تنها به صورت فعل واقع می‌شود، بدون اراده، غیرقابل کنترل، غیرقابل پیشگیری و بدون برنامه‌ریزی و یا پیش‌بینی قبلی است. در حقیقت رفتار واقع شده در حالت حرکت خودبه‌خودی منسوب به بدن مرتکب است، نه اراده و شخصیت او. با این توضیح می‌توان گفت حرکت خودبه‌خودی در درون خود دارای دو ویژگی توأمان است که ترجیح هر یک از این دو ویژگی بر دیگری در نوع تلقی آن به عنوان یک دفاع، مؤثر خواهد بود: «ارتکاب فعل از فاعل» و «بروز فعل بدون اراده فاعل». ادعای مقاله این است که آنچه موجب عدم مسئولیت در این گونه افعال است، این برداشت است که عملی از فردی «سرزده»، نه اینکه او «مرتکب» آن شده باشد. درواقع «فعل» به شخص منتسب است اما «فعل مجرمانه» خیر. در کامن‌لو در بحث از دفاعیات عام (علل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری)، درکنار دیگر دفاع‌ها مانند اشتباه، جنون، مستی، دفاع مشروع، اضطراب و غیره، اصطلاح «اتوماتیزم» نیز به چشم می‌خورد. مجموعه عواملی که در نظام حقوقی کامن‌لو با استناد به حرکت خودبه‌خودی، موجب عدم مسئولیت مرتکب دانسته شده‌اند شامل حرکت ناگهانی بدن در اثر برخورد یا مواجهه با شی یا حیوان، استفاده از برخی داروها، مشکلات داخلی مؤثر بر مغز، اقدامات در حال مستی و خواب و نیز اقداماتی است که بلافاصله پس از بیداری از خواب و تحت تأثیر یک رؤیای وحشتناک صورت گرفته است. حرکت خودبه‌خودی در منابع حقوقی ایران به عنوان یک اصطلاح حقوقی، صراحتاً به عنوان دفاع عام در عدم مسئولیت متهم پذیرفته نشده است و حداقل از حیث قانون‌گذاری و صدور حکم ناشناخته است. ممکن است برخی حرکت خودبه‌خودی را از مصادیق اجبار درونی بدانند؛ در ردّ این نظر باید گفت اجبار با اینکه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیامده، اما در حقوق ایران، اجبار از منظر فقه مدنظر است که تنها برخی مصادیق اجبار در کامن‌لو را دربرمی‌گیرد؛ یعنی اجبار به معنی فقهی آن تنها شامل اجبار مادی بیرونی از منظر کامن‌لو است و انواع دیگر اجبار عرفی جزء مصادیق اضطراب، اکراه و غیره است که در فقه به طور مستقل مورد بحث قرار گرفته‌اند. از این رو نمی‌توان حرکت خودبه‌خودی را ذیل اجبار درونی از نوع معنوی یا مادی آن قرار داد زیرا اساساً اجبار درونی در فقه و به تبع آن در حقوق ایران مدنظر نیست. در این مقاله، به نحو اجمال به مقایسه حرکت خودبه‌خودی با اجبار، اضطراب و جنون در حقوق ایران پرداخته شده است.

نتیجه‌گیری: بر اساس مقررات فقهی و قانونی در حرکت خودبه‌خودی بر اساس یک دیدگاه در برخی از جرایم نوع مسئولیت تغییر خواهد کرد و در برخی دیگر اساساً داشتن مسئولیت متزلزل خواهد شد. مقاله پیش‌رو ضمن بررسی جایگاه حرکت خودبه‌خودی در کامن‌لو، نقش آن را در حقوق کیفری ایران مشخص کرده و به این نتیجه رسیده است که مقنن باید حرکت خودبه‌خودی را در شمار دفاع‌های عام مورد استناد به رسمیت بشناسد.

واژگان کلیدی: اتوماتیزم، بی‌ارادگی، حرکت خودبه‌خودی، دفاعیات عام، مسئولیت کیفری.

سرآغاز

از حدود سال ۱۹۰۰ میلادی زمانی که برخی رفتارها در هیچ یک از حالت‌های جنون، مستی یا خواب قابل توجیه نبود و در عین حال به نظر قضات، مجرمانه نیز تلقی نمی‌شد، دفاع «اتوماتیزم»^۱ به عنوان دفاعی مستقل در غرب متداول شد (Jennings, 1962: 370). درواقع انسان می‌تواند مرتکب عملی شود که به هیچ وجه ارادی نیست و در صورت اثبات آن، نتیجه باید برائت باشد. اهمیت بحث از آن روست که از منظر پزشکی و بیولوژیک انسان، امکان وجود این وضعیت، اثبات شده، اما در حقوق ایران ماهیت آن به صورت اختصاصی مورد مطالعه قرار نگرفته است و تنها به تناسب در تألیفات حقوقی با ترجمه‌های گوناگون و غیرمنسجم از قبیل «ناهوشیاری» یا «بی‌اختیاری» (Clarkson, 2019: 62; Mir Mohammad Sadeghi, 2022: 223-234) استفاده شده است که باعث خلط مفهوم آن با مفاهیم اجبار، جنون و غیره می‌شود. از این رو، پژوهش حاضر، مناسب‌ترین ترجمه را «حرکت خودبه‌خودی» تشخیص داده است^۲ که با مطالعه کتابخانه‌ای به روش توصیفی-تحلیلی و با نگاهی بر کامن‌لو درصدد یافتن پاسخ این سؤال است که جایگاه حرکت خودبه‌خودی در حقوق کیفری ایران چیست. فرضیه این است که مقنن ایران نتوانسته است درخصوص حرکت خودبه‌خودی که از دفاعیات عام^۳ تبرئه‌کننده^۱ در کامن‌لو است نظر متقنی ارائه دهد و تنها برخی مصادیق

1. Automatism

۲. «خودکاری» نیز ترجمه مناسبی است اما ترجمه انتخاب شده رساتر است.

۳. این دفاعیات را از آن جهت «عام» (General Defences) می‌نامند که درمورد همه جرایم قابل استناد هستند و از این جهت با دفاعیات خاص (Particular Defences) متفاوت هستند که تنها در جرایم خاصی قابل اعمال‌اند (Mir Mohammad Sadeghi, 1999: 151). در دفاعیات عام معمولاً بین عوامل موجهه (Justification) و عوامل معذورکننده یا رافع مسئولیت کیفری (Excuses) تفکیک قائل می‌شوند. عوامل موجهه یا اسباب عینی مانع مسئولیت به معنی آن است که عمل متهم قابل رد و سرزنش نیست و از فاعل رفع تقصیر می‌شود، مثل آنچه در دفاع مشروع رخ می‌دهد. در دفاعیات رافع مسئولیت کیفری یا اسباب شخصی مانع مسئولیت، متهم مرتکب کار اشتباهی شده، لیکن وی معذور محسوب و از مسئولیت رها می‌شود. بدین ترتیب دفاعیاتی چون مستی، اشتباه،

آن را به صورت غیرمنسجم آورده است. با اینکه مقنن عبارات «اراده» و «اختیار» را با دقت به کار نبرده، اما ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، «مختار» بودن را شرط مسئولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات دانسته است. اختیار مرحله‌ای قبل از اراده است. اراده به معنای توانایی خواستن، و اختیار به معنای آزادی در انتخاب است. این دو کاملاً متمایز از هم هستند اما اختیار، شرط لازم برای تکوین اراده است؛ یعنی در صورت فقدان اراده، اختیار هم حتماً مفقود است (Sadeghi & Tanhaei, 2017: 45). از این‌رو، بی‌اختیاری که مرحله‌ای قبل از بی‌ارادگی است، موجب سلب مسئولیت کیفری می‌شود، به طریق اولی بی‌ارادگی هم باید رفع مسئولیت کیفری کند. در حرکت خودبه‌خودی نه اراده وجود دارد و نه به قیاس اولویت، اختیار. در جنایات طبق بند الف ماده ۲۹۲ قانون یادشده^۲ اگر بتوان عبارت «مانند آنها» را ناظر بر بی‌ارادگی، نه ناهوشیاری، تلقی کرد می‌توان اظهار نمود حرکت خودبه‌خودی از مصادیق خطای محض است. در غیرجنایات تکلیف مشخص نیست که آیا ضمان به‌طور کلی متفی است یا فقط در حدود و تعزیرات براءت صادر می‌شود؟ ماده ۱۵۳ قانون مذکور هم که بیان می‌دارد: «هر کس در حال خواب، بیهوشی و مانند آنها، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود مجازات نمی‌گردد...» در این مورد راهگشا نخواهد بود.

حرکت خودبه‌خودی از دیدگاه حقوق کیفری ایران، برای اولین بار در این پژوهش مورد بررسی قرار می‌گیرد. مقاله هادی غلامرضاروی و محمود یوسفوند (۱۳۹۷) با عنوان «تأثیر قوه قاهره در قتل و جرح ناشی از ترک فعل» تنها از این منظر که حرکت خودبه‌خودی ذیل قوه قاهره قرار می‌گیرد با بند ۲ مقاله یادشده، که جایگاه قوه قاهره را در قتل و جرح (با فعل یا ترک فعل) بررسی می‌کند، مرتبط است (Gholamreza Ravi &

جنون و صغر سن جزء عوامل معذورکننده هستند (Ardebili, 2020: 82; Mir Mohammad Sadeghi, 1999: 152) و حرکت خودبه‌خودی نیز در دسته عوامل معذورکننده قرار می‌گیرد.

1. Result in an Acquittal

۲. جنایت در موارد زیر خطای محض محسوب می‌شود: الف- در حال خواب و بیهوشی و مانند آنها واقع شود...

(Yosefvand, 2018). در برخی دکترین حقوقی هم انواع مصادیق حرکت خودبه‌خودی به تناسب ذیل انواع اجبار آورده شده است (Mir Mohammad Sedeghi, 2022: 223-234)، بدون آنکه شرایط استناد به آن و تفاوت آن با مفاهیم مشابه مورد بررسی قرار گیرد. از جمله مصادیق حرکت خودبه‌خودی، حرکت بدن در نتیجه ضربه به نقطه خاصی از بدن (مانند پرش پا بر اثر ضربه به زانو)، ترس، کاهش قند خون و غیره است. این پژوهش بعد از مفهوم‌شناسی حرکت خودبه‌خودی، مصادیق و شرایط استناد به آن را در کامن‌لو بیان می‌کند. در ادامه ضمن بررسی موضع فقه و حقوق ایران، حرکت خودبه‌خودی از دیگر مفاهیم مشابه، متمایز می‌شود و نقش آن در تزلزل ارکان جرم مورد بررسی قرار می‌گیرد. از آنجاکه این مفهوم در کامن‌لو قدمت بسیار و پرونده‌های گوناگونی دارد اما قوانین ایران نظر متقنی در مورد آن ندارند، برای فهم بهتر، ابتدا کامن‌لو بررسی می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی حرکت خودبه‌خودی

«Automatism» در فارسی به «بی‌اختیاری و از خودبی‌خودی» (Mir Mohammad Sadeghi, 1997: 7)، «بی‌ارادگی»، و «حرکت خودبه‌خودی» (Farrokh Siri, 1997: 12) ترجمه شده که در این مقاله ترجمه اخیر صحیح‌تر تلقی شده و مورد استعمال قرار گرفته است. این حالت در فرهنگ لغت، گاه به معنای عمل یا رفتاری که بدون اراده، هدف یا قصد منطقی رخ دهد، مانند راه رفتن در خواب، یا رفتاری که در وضعیت گسستگی ذهنی بدون هوشیاری انجام شود، آمده (Blak, 2009: 154) و گاه «رفتار غیرارادی بدون هوشیاری که سبب برخی اعمال خارجی می‌شود» (Dictionary of Oxford, 2002: 40) تعریف شده است. در تعریف حقوق‌دانان، حرکت خودبه‌خودی به عملی غیرارادی اطلاق شده که شخص از عملکرد خود آگاهی کامل ندارد (Swaيمان & et al., 2017) و هیچ کنترل آگاهانه‌ای نیز بر آن ندارد (Blair, 1997: 167) و معمولاً با شرایط نامناسب است و پس از آن ممکن است فرد هیچ خاطره‌ای از

اعمالش نداشته باشد (Fenwick, 1990: 4)؛ یا «عمل انجام‌شده به وسیله ماهیچه‌های بدن بدون هر گونه کنترل مغز» (Brown, 1991: 231)؛ یا حرکت بدن به نحوی که آن عضو هیچ دلیلی برای آن حرکت نداشته باشد و ثابت شود که شخص قادر نبوده از انجام آن فعل اجتناب نماید (از دست رفتن کنترل مؤثر) (Ashworth, 1387: 99).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در گروهی از تعاریف یادشده، حرکت خودبه‌خودی عمل کاملاً غیرارادی قلمداد شده است که دستگاه مغز و اراده فرد در بروز آن هیچ‌گونه نقشی ندارد و حتی نمی‌تواند مانع بروز آن شود. در دسته دیگر، حرکت خودبه‌خودی هر چند عمل بدون هوشیاری کامل تلقی شده، در عین حال، مغز و دستگاه کنترل اعمال بدن، دستور انجام چنین عملی را صادر کرده است. این تعاریف با یکدیگر در تناقض و تضاد نیستند؛ با اینکه غیرارادی با غیرهوشیارانه به یک معنی نیست اما هر دو گروه مقصودی واحد را اراده کرده‌اند و تفاوت در تعبیر موجب چنین برداشتی شده است، نه تفاوت در اصل تعریف. با این توضیح که هرگاه عملی از انسان سر می‌زند، بدون تردید منشأ آن تحت کنترل و هدایت ساختارهای مغزی است. حتی انسانی که در خواب بدون هر گونه اراده و هوشیاری و شعور، مبادرت به حتی اندک حرکتی می‌نماید، این حرکت از فرمان مغز ناشی شده است و بدین ترتیب نمی‌توان صدور عملی را از انسان تصور کرد که این عمل فاقد «منشأ مغزی» باشد. از سوی دیگر، فرمان صادرشده از مغز گاه «منشأ ارادی» دارد و گاه «منشأ ارادی» ندارد؛ یعنی گاه اراده انسان صدور دستوری را از مغز می‌خواهد و گاه مغز به طور خودکار و بدون اراده، فرمانی صادر می‌کند و از آنجا که اصولاً اقدام مغز در دستور به اعضا را اراده او مدیریت می‌کند، هر حرکت عضو به مغز و هر فرمان مغز، به اراده انسان منتسب می‌گردد. در حالی که چنان‌که اشاره شد گاه دستور مغز بدون اراده انسان موجب حرکت اعضا می‌شود؛ درست مانند دستگاه رایانه‌ای که هم کاربر می‌تواند آن را کنترل و پردازش کند و هم به موجب تعاریفی که از پیش برای آن طراحی شده، خود، سلسله پردازش‌هایی را بدون اراده کاربر انجام می‌دهد. مغز نیز در مواردی به موجب آنچه در خلقت اولیه برایش در

نظر گرفته شده، مبادرت به صدور فرمان‌هایی برای اعضا می‌نماید که اراده انسانی در آن نقش ندارد.

براساس توضیحات یادشده، حرکت خودبه‌خودی این‌چنین تعریف می‌شود: «حرکت خودبه‌خودی فعلی است که بدون اراده و کنترل مؤثر شخص از وی صادر می‌شود و او قادر نیست جلوی آن را بگیرد». درواقع در حرکت خودبه‌خودی رفتار واقع شده منسوب به بدن مرتکب است، نه اراده و شخصیت او. با این توضیح می‌توان گفت حرکت خودبه‌خودی در درون خود دو ویژگی توأمان دارد که ترجیح هر یک از این دو ویژگی بر دیگری در نوع تلقی آن به‌عنوان یک دفاع، مؤثر خواهد بود: اول، «ارتکاب فعل از فاعل» و دوم، «بروز فعل بدون اراده فاعل». از یک منظر «فعلی» که در حالت حرکت خودبه‌خودی واقع شده، او آن را ارتکاب داده و بالاخره می‌توان گفت که او آن «فعل» را «مرتکب» شده است. اما از منظر دیگر، آنچه در حالت حرکت خودبه‌خودی واقع شده، فعلی نیست که فرد، «مرتکب» آن شده باشد، بلکه عملی است که به دلیل شرایطی خارج از اراده‌اش، از او «سر زده» است. در واقع آنچه برای نسبت دادن فعل هر انسان به او لازم است، پیشینه فکری^۱ و تعلق «اراده» انسان به آن فعل است و چون در حرکت خودبه‌خودی، فعل از کسی سر می‌زند که وی هیچ‌گونه اراده‌ای در بروز و ظهور آن نداشته، نمی‌توان آن را به او نسبت داد. به عبارت دیگر، از یک منظر چون تصور می‌شود که فرد مرتکب فعل شده، رابطه انتساب شکل می‌گیرد که شرط اولیه تحقق هر گونه مسئولیت (اعم از مدنی و کیفری) است، و کسی که عملی در حالت حرکت خودبه‌خودی از او صادر شده، «فاعل» محسوب می‌شود. اما از منظر دیگر تردید در انتساب فعل به فرد است؛ یعنی نمی‌توان او را «فاعل» فعل یا «مرتکب» آن نامید. پس به‌راحتی منظر اول، عمل به فردی منتسب نمی‌شود که از جسم او حرکتی

۱. با این توضیح که از لحاظ زمانی، ذهنیت شخص (که نشان دهنده اراده وی است) باید مقدم بر عمل شخص یا نهایتاً متقارن با آن باشد.

ظاهر شده است. همچنین می‌توان مدعی شد که تردیدی در فقدان رابطه انتساب بین فرد و عمل ظاهرشده وجود ندارد و چنان‌که گذشت این رفتار با اراده و شخصیت او هیچ‌گونه ارتباط و انتسابی ندارد، بلکه عملی است که از بدن او ظاهر شده است، بدون اینکه او در وقوع آن نقشی یا در پیشگیری از آن قدرتی داشته باشد. بر اساس تصویر اول از حرکت خودبه‌خودی، آنچه موجب عدم مسئولیت در این‌گونه افعال است، فقدان رکن معنوی و نیت مجرمانه است؛ یعنی فرد عملی را مرتکب شده و رابطه انتساب او با عمل، مفروض تلقی شده و نهایتاً از آنجا که فاقد رکن معنوی است، قابلیت مجازات ندارد. این موضوع دقیقاً مانند آن چیزی است که در مورد صغیر یا مجنون گفته می‌شود. بر اساس تصویر دوم که اساس انتساب در آن مخدوش است، مبنای توجیه حرکت خودبه‌خودی، فقدان رکن مادی است؛ یعنی نمی‌توان گفت فرد مرتکب عملی شده یا عملی به او منتسب است تا نوبت به فرض وجود یا فقدان رکن معنوی برسد.

با دقت در این موضوع است که برخی تألیفات، حرکت خودبه‌خودی را از آن جهت دفاع تام دانسته‌اند که اساساً این‌گونه افعال را به لحاظ حقوقی «عمل» محسوب نکرده، حتی در مقابل جرایم با مسئولیت مطلق نیز دفاع محسوب می‌کنند یا گفته شده است در حرکت خودبه‌خودی متهم مرتکب جرم نشده است؛ زیرا رفتار خارجی وی ناشی از اراده یا تفکری نبوده و از این رو، چنین فردی باید مطلقاً تبرئه شود (Barker & Padfield, 1382: 320). همچنین در یک اثر دیگر آمده است: «حرکت خودبه‌خودی نشان‌دهنده رفتار خودکار است، در نتیجه مفاهیم عنصر مادی و عنصر معنوی را حذف می‌کند؛ زیرا مرتکب، کنترل داوطلبانه اعمال یا قصد خود را ندارد» (Beran, 2020: 1). در مقام تحلیل ماهیت حرکت خودبه‌خودی با توجه به دو دیدگاه ذکرشده، به نظر می‌رسد حرکت خودبه‌خودی در دیدگاهی که اساساً رکن مادی را مفقود می‌داند، نمی‌تواند در هیچ حالتی موجب مسئولیت باشد و در دیدگاهی که عمل قابلیت انتساب به فرد را پیدا می‌کند، تردیدی در فقدان اراده در بروز آن نیست و لاقلاً از حیث مسئولیت کیفری هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه فرد نخواهد بود. از آنجا که انتساب فعل مربوط به

رکن مادی و اراده مربوط به رکن روانی است و طبق تعریف، در حرکت خودبه‌خودی فرد فاقد اراده است، به نظر می‌رسد دیدگاه اول صحیح‌تر است و «فعل» منتسب به فاعل است، اما «فعل مجرمانه» منتسب به وی نیست. بدیهی است حرکت خودبه‌خودی فقط با فعل قابل تحقق است، نه ترک فعل.

۲. مصادیق حرکت خودبه‌خودی در کامن‌لو

مجموعه عواملی که در تألیفات و آرای دادگاه‌های کامن‌لو، افعال مجرمانه حادث شده به سبب هریک از آنها، با استناد به حرکت خودبه‌خودی، موجب عدم مسئولیت مرتکب دانسته شده‌اند، به شرح زیر قابل احصاء است:

۱-۲. حرکت ناگهانی بدن بر اثر برخورد یا مواجهه (با شیء یا حیوان)

در حقوق کامن‌لو، به نظریه معروف هجوم زنبورها^۱ در پرونده هیل علیه باکستر استناد شده است (Hill v. Baxter, 1958). در این پرونده که به دنبال تصادف فردی در حین رانندگی با دیگری و اتهام رانندگی خطرناک مطرح شد، متهم مدعی گشت تحت تأثیر یک بیماری ناشناخته، واقع شده و غیرهوشیار بوده است. لرد گودارد نظریه «هجوم زنبورها» را مطرح کرد. به موجب این نظریه فرضی، چنانچه راننده‌ای مورد هجوم دسته‌ای زنبور قرار گیرد و قادر به کنترل وسیله نقلیه نباشد، عمل او هرچند ناشی از مسلوب‌الارادگی نیست، در عین حال غیرارادی محسوب می‌شود و مصداق حرکت خودبه‌خودی خواهد بود (Barker & Padfield, 1382: 340).

۲-۲. استفاده از برخی داروها

در پرونده‌های متعددی که متهم رقیب عشقی خود را مجروح کرده (R v. Bailey, 1983) یا به‌عنوان پرستار به بیمار خود حمله‌ور شده (R v. Quick, 1973)، عمل مجرمانه ناشی از تزریق انسولین و کاهش قندخون بوده و متهم با استناد به حرکت خودبه‌خودی تبرئه شده است. همچنین در دعوای هاردی که متهم به دنبال توصیه همسرش مبنی بر خوردن قرص والیوم (خواب‌آور) کمد را به آتش کشیده بود، به استناد حرکت خودبه‌خودی غیرمسئول شناخته شد (R v. Hardie, 1984). مصرف الکل یا مواد مخدر مانع استناد به دفاع حرکت خودبه‌خودی می‌شود (R v. Lipman, 1970).

۲-۳. مشکلات داخلی مؤثر بر مغز

در دعوای چارلسون، فردی بدون دلیل واضح و مسلم با چکش ضربه‌ای به سر فرزند ده ساله‌اش زد و او را از پنجره به بیرون پرت کرد و باعث آسیب بدنی شدید شد. از طرفی بنا به شهادت شهود، وی، پدر خوبی بوده لیکن از یک غده (تومور مغزی) رنج می‌برده است که می‌توانسته باعث خشونت شود. او تبرئه شد با این استدلال که مغزش کنترلی بر اعضایش نداشته است (R. v Charlson, 1955).

۲-۴. خواب و اقدامات بلافاصله پس از بیداری از خواب

خواب‌گردی^۱ در برخی کشورهای دارای نظام کامن‌لو،^۲ به‌عنوان حرکت خودبه‌خودی مجنون^۳ و برانگیختگی ناگهانی ناشی از خواب در افراد غیرخواب‌گرد به‌عنوان حرکت

1. Somnambulism

۲. به‌عنوان مثال در حقوق انگلستان و ولز. همچنین دادگاه عالی کانادا وضعیت راننده‌ای را که در حالت خواب ۲۳ کیلومتر رانندگی کرده، به خانه والدین همسرش رفته و با چاقو به آنها حمله کرده بود را حرکت خودبه‌خودی مجنون تشخیص داد و او را تبرئه کرد (Gordon, 2000: 26).

3. Insane Automatism

خودبه‌خودی غیرمجنون^۱ طبقه‌بندی شده است (Ebrahim & Fenwick, 2008: 124). توضیح هر یک از مفاهیم یادشده در بند ۴ آمده است؛ از این رو، برای جلوگیری از تکرار مکررات و نیز حفظ انسجام مقاله، از تفصیل آن در این بخش چشم‌پوشی می‌شود.

۳. شرایط استناد به حرکت خودبه‌خودی در کامن‌لو

در کامن‌لو برای اینکه بتوان به دفاع حرکت خودبه‌خودی استناد جست، احراز دو امر لازم است:

۳-۱. وجود برخی شرایط

وجود برخی شرایط که نبود هریک از آنها موجب می‌شود عمل انجام‌شده مصداق حرکت خودبه‌خودی نباشد. مانند شرط «غیرارادی بودن» که حرکت خودبه‌خودی را از دفاع‌هایی مانند اضطراب و اکراه متمایز می‌سازد یا شرط «غیرقابل انتساب به دیگری بودن» که موجب می‌شود حرکت خودبه‌خودی از «اجبار» متمایز شود. بحث از این شرایط در مفهوم‌شناسی حرکت خودبه‌خودی گذشت و مقایسه آن با نهادهای مشابه در ادامه می‌آید.

۳-۲. فقدان برخی موانع

گاه هر چند شرایط تحقق حرکت خودبه‌خودی فراهم است، به دلایل عقلی یا سیاست جنایی، دفاع حرکت خودبه‌خودی به دلیل وجود این موانع پذیرفته نمی‌شود. این موانع، که به‌عنوان استثنائات استناد به دفاع حرکت خودبه‌خودی مورد بحث قرار گرفته‌اند، عبارت‌اند از: جنون^۲؛ مستی^۳؛ خطای پیشین^۴.

-
1. Sane Automatism
 2. Insanity
 3. Intoxication
 4. Prior Fault

۳-۲-۱. جنون

در کشورهای نظام کامن‌لو از یک‌سو در عموم تعاریف ارائه‌شده از حرکت خودبه‌خودی، نوعی فقدان اراده وجود دارد و از سوی دیگر در جنون نیز تحلیل افعال مجنون بر اساس وجود توهم یا فقدان قدرت تفکر صحیح صورت می‌پذیرد و مجنون توان کنترل و پیشگیری و عدم ارتکاب آن را ندارد. به‌رغم وجود اراده در ارتکاب جرم مجنون، چنین نتیجه‌گیری می‌شود که فرد در ارتکاب آن اراده‌ای نداشته است. بدین ترتیب، به‌رغم وجود این تمایز و آثار متفاوت آن، مرز مشخص و قاطعی بین جنون و حرکت خودبه‌خودی وجود ندارد. بر همین اساس است که گاه در تقسیم‌بندی حرکت خودبه‌خودی، از حرکت خودبه‌خودی مجنون و غیرمجنون نام برده شده است. حرکت خودبه‌خودی جبری درونی است که دلیل یا منشأ آن می‌تواند «درون» یا «بیرون» از ذهن باشد که برخی آن را به ترتیب، «حرکت خودبه‌خودی جنونی» و «حرکت خودبه‌خودی غیرجنونی» نامیده‌اند. تمایزی که از منظر پزشکی بر اساس ملاحظات کاملاً قراردادی استوار است. نمونه حرکت خودبه‌خودی با منشأ درونی، اتوماتیزم ناشی از صرع^۱ است. اعمالی که از فرد مصروع در حین حمله صرع نیز بروز می‌کند، هرچند در کامن‌لو به‌عنوان یکی از انواع جنون شناخته شده است، در عین حال می‌تواند به شرح فوق مصداق دیگری از حرکت خودبه‌خودی باشد. در حرکت خودبه‌خودی با منشأ بیرونی یا غیرجنونی، عوامل خارج از ذهن شخص منشأ حرکت خودبه‌خودی هستند. به عبارت دیگر، در حرکت خودبه‌خودی با منشأ بیرونی، شخص ذهنی عادی دارد که به‌طور موقت تحت تأثیر برخی عوامل خارجی قرار می‌گیرد. این امر موجب شده است حرکت خودبه‌خودی تعداد قابل توجهی از مصداق جنون را در خود جای دهد و این تداخل مصداق تا آنجا پیش رفته است که اساساً جنون یکی از موارد

۱. بیماری صرع، مجموعه‌ای از تشنجهای خودبه‌خودی ناگهانی و غیربرانگیخته است. به‌طور کلی، تشنج بر اثر برهم خوردن توازن طبیعی تحریک و مهار در دستگاه عصبی مرکزی ایجاد می‌شود (Moghaddasi & et al, 2021: 142).

حرکت خودبه‌خودی تلقی شده و سپس برای تفکیک هر یک از دیگری، ابتدا جنون به‌عنوان اولین استثناء استناد به حرکت خودبه‌خودی ذکر شده است (Scheb & Scheb, 2001: 326) و آنگاه به منظور تفکیک صحیح مصادیق جنون، دامنه بحث به تفاوت‌های جنون و حرکت خودبه‌خودی کشیده شده است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

جهت تعیین معیارهای تفکیک جنون و حرکت خودبه‌خودی در کامن‌لو باید بیان داشت که در پرونده‌های مرتبط با حرکت خودبه‌خودی از عباراتی استفاده می‌شود که ترکیب‌بندی آنها متفاوت از دفاع جنون است؛ از جمله این عبارات «متهم کنترل اعمال خود را از دست می‌دهد»، «هرگونه قدرت انتخاب خود را از دست می‌دهد»، «کیفیت و ماهیت اعمال خود را نمی‌شناسد»، «به‌طور داوطلبانه عمل نمی‌کند» و غیره (Mackay in Rumbold, 2019: xiv). با ملاحظه آرای که در این خصوص صادر شده است، می‌توان حداقل دو معیار را برای تفکیک جنون و حرکت خودبه‌خودی برشمرد:

معیار اول، داخلی یا خارجی بودن عامل است. به موجب برخی آراء، چنانچه عمل ارتكابی ناشی از عاملی خارجی باشد، حرکت خودبه‌خودی و چنانچه ناشی از عاملی داخلی باشد، جنون شناخته شده است. به‌عنوان مثال، افزایش قندخون در بدن ناشی از فعل و انفعالات داخل بدن و بدون تأثیر مستقیم عوامل خارجی است، در حالی که کاهش قندخون در افراد مبتلا به دیابت می‌تواند بر اثر تزریق انسولین (ناشی از عامل خارجی) باشد؛ بنابراین اعمال ارتكابی، چنانچه در نتیجه افزایش قند خون باشد می‌تواند مستند جنون واقع شود و چنانچه کمبود قندخون ناشی از تزریق انسولین باشد می‌تواند با دفاع حرکت خودبه‌خودی تفسیر شود (Ashworth, 1387: 102). در دعوای بینگهام به‌رغم آنکه متهم ۹۰ پوند در حبس داشت، به سرقت یک قوطی کوکاکولا و یک ساندویچ به ارزش ۱/۱۶ پوند به دلیل کمبود قندخون محکوم شده بود که دادگاه استیناف به استناد حرکت خودبه‌خودی او را تبرئه کرد (R v. Bingham, 1991).

این معیار موارد نقضی دارد؛ زیرا از یک‌سو برخی حرکات ناشی از عوامل داخلی مانند صرع هرچند به دلیل فقدان اراده در حرکات بدن، قاعداً باید از مصادیق بارز

حرکت خودبه‌خودی محسوب شود، اما در برخی از آرای صادره صرفاً به دلیل پیش-گفته (منشاء داخلی داشتن) به دفاع جنون استناد شده است. به‌عنوان مثال، در دعوای سالیوان فردی در حالت تشنج (صرع) با پا به سر و بدن همسایه‌اش ضربه زده بود. دادگاه از آن جهت که عامل مؤثر در ارتکاب عمل، عاملی داخلی است که بر مغز تأثیر می‌گذارد، آن را جنون تشخیص داد، نه حرکت خودبه‌خودی (R v. Sullivan, 1984). از سوی دیگر، علاوه بر غیرقابل توجیه بودن این معیار در برخی مصادیق، گاه به‌رغم داخلی بودن عامل به دفاع حرکت خودبه‌خودی استناد شده است؛ به‌عنوان مثال در دعوای چارلسون که پیشتر (بند ۳-۳-) گذشت. به مجموعه این نتایج، که به دلیل منجر شدن به تمایزات عجیب و غیرمنطقی انتقاد وارد شده است (Elliott & Quinn, 2008: 431) موجب شده تا این معیار نتواند معیار دائم و موفقی برای جداسازی حرکت خودبه‌خودی و جنون باشد. برخی نیز به‌صراحت منتقد خلط دو مفهوم فقدان آگاهی (جنون) و فقدان اراده (حرکت خودبه‌خودی) توسط قضات شده‌اند (Yeo, 2002: 446).

معیار دوم در تفکیک جنون و حرکت خودبه‌خودی در کامن‌لو، تکرار و عدم تکرار است. اگر حرکت خودبه‌خودی در نتیجه ناتوانی روانی^۱ باشد که قابلیت تکرار دارد و به متهم اجازه نمی‌دهد که رفتار خود را کنترل کند یا ماهیت و کیفیت عمل خود را درک کند، این امر به‌عنوان حرکت خودبه‌خودی جنونی طبقه‌بندی می‌شود (Beran, 2020: 1)؛ یعنی هرگاه عامل موجب ارتکاب، مستعد تکرار باشد، چنین عاملی جنون قلمداد شود و چنانچه علی‌الاصول تکرارشدنی نباشد به موجب دفاع حرکت خودبه‌خودی توجیه شود. در دعوای براتی، فردی متهم به خفه کردن دختری ۱۸ ساله بود و مدعی شد که در زمان قتل از یک بیماری روانی حرکتی رنج می‌برده است. دادگاه نظر داد که چنانچه هیئت منصفه دفاع جنون را رد کند، متهم می‌تواند متوسل به دفاع حرکت خودبه‌خودی شود و در مقام تعیین معیار تفکیک جنون و حرکت

1. Mental Infirmity

خودبه‌خودی اظهار نظر لرد دنینگ مبنای تصمیم قرار گرفت: «هر پریشانی روحی که خود را در قالب یک خشونت بروز می‌دهد و مستعد تکرار است، مرض روحی است» و سپس نتیجه‌گیری شد که «بیماری روانی حرکتی، جنون است» (Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland, 1963). همچنین در دعوای هنسی، عواملی همچون استرس، اضطراب و افسردگی هرچند می‌توانند ناشی از کارکرد عوامل خارجی باشند، عاملی خارجی برای ایجاد حرکت خودبه‌خودی دانسته نشده‌اند و دادگاه استیناف بیان داشته است که «این عوامل مستعد تکرار هستند و وصف حادثه بودن را به این دلیل در دعوای مطروحه منتفی کرده است». در این پرونده، متهم در توجیه رانندگی در زمانی که صلاحیت آن را نداشت، مدعی شد دچار قندخون بالا به دلیل مصرف نکردن انسولین بوده و عدم مصرف انسولین نیز ناشی از استرس و افسردگی وی بوده است (R v. Hennessy, 1989).

مقصود از مستعد تکرارپذیر بودن آن است که خصوصیات جسمی یا روحی بدن، اقتضای تکرار عمل غیرارادی را داشته باشد و با بروز هر عامل خارجی مشابه، مشابه عمل ارتكابی قبلی بروز داده شود. معیار دوم می‌تواند برای تشخیص و جداسازی حرکت خودبه‌خودی و جنون، از معیار اول معیار مناسب‌تری باشد.

در کامن‌لو، قانون مصوب مجلسی وجود ندارد که بر حرکت خودبه‌خودی حاکم باشد. بسته به تصمیمات قضائی که در طول سال‌ها و در حوزه‌های قضائی مختلف گرفته شده، حرکت خودبه‌خودی یک دفاع در کامن‌لو است. از این روست که قضات مختلف که با موارد کاملاً متفاوت سروکار دارند، تعاریف متفاوتی ارائه کرده‌اند (Rix, 2015: 242)، اما در سال ۲۰۱۳ کمیسیون حقوقی انگلیس، نقش حرکت خودبه‌خودی را به‌عنوان یک دفاع مورد بازنگری قرار داد. توصیه موقت^۱ کمیسیون حقوقی، لغو^۲ قواعد^۳

-
1. Provisional
 2. Abolish
 3. Rules

کامن‌لو در مورد هر دو دفاع حرکت خودبه‌خودی و جنون و جایگزینی آنها با یک دفاع قانونی جدید مبنی بر «عدم مسئولیت کیفری به دلیل شرایط پزشکی شناخته شده» است. این دفاع جدید شامل هر شرایط پزشکی‌ای می‌شود که منجر به اختلال در صلاحیت کامل مسئولیت کیفری شود؛ با انجام این کار، قانون منطقی‌تر می‌شود؛ زیرا تمایز پیچیده بین حرکت خودبه‌خودی مجنون و غیرمجنون از بین می‌رود. یکی از نتایج عملی این تفکیک در کشورهای دارای نظام کامن‌لو آن است که چنانچه دفاع متهم بر حرکت خودبه‌خودی استوار شود، از وی سلب مسئولیت می‌شود، در حالی که چنانچه دفاع متهم بر مبنای جنون باشد، باید برای مدت نامحدود روانه بیمارستان روانی گردد (Elliott & Quinn, 2008: 416). این رویکرد جدید به قیمت کاهش شدید شانس برائت در حرکت خودبه‌خودی است که دیگر به‌طور کامل از دادگاه رها نخواهند شد، بلکه مشمول اختیارات قضائی از جمله دستورات بیمارستانی و نظارتی خواهند بود (Rumbold from Mackay, 2019: xiv).

۳-۲-۲. مستی

بدون پرداختن به مباحث مربوط به ماهیت دفاع مستی و موارد مسئولیت و سلب مسئولیت مست در حقوق کامن‌لو، در مورد ممکن نبودن استناد به حرکت خودبه‌خودی در حالت مستی، دو نحوه تحلیل و استدلال وجود دارد:

تحلیل اول آن است که اساساً به‌ندرت می‌توان دلیلی آن‌قدر قوی یافت که ثابت نماید مستی فرد موجب مسلوب‌الاراده شدن او شده باشد (Ashworth, 1387: 103). در این تحلیل، مستی به‌طور تخصیصی از مقوله حرکت خودبه‌خودی خارج است. تحلیل دوم آن است که هرچند اراده و اختیار در حین ارتکاب عمل مجرمانه به‌کلی از مست سلب شده باشد، به دلیل سیاست کیفری خاص، دفاع حرکت خودبه‌خودی قابل استناد نیست؛ زیرا نباید به افراد اجازه داده شود از مستی، به‌ویژه در جرایم خشونت علیه اشخاص که در نتیجه مستی اتفاق می‌افتد، بهانه‌ای برای رفتار مجرمانه بسازند

(Elliott & Quinn, 2008: 430 & 436). در این تحلیل، مستی تخصیصاً از ذیل حرکت خودبه‌خودی خارج می‌شود. در تحلیل دوم، نیازی به بررسی این نیست که مستی موجب بی‌اختیاری کامل مرتکب شده باشد. شایان ذکر است به موجب تحلیل دوم، هرگاه خودِ مستی از روی بی‌اختیاری یا اضطرار حاصل شده باشد، می‌توان به دفاع حرکت خودبه‌خودی استناد کرد؛ زیرا آنچه موجب مسئولیت مست است، سیاست کیفری‌ای است که این سیاست شامل کسانی است که به اختیار به مستی مبادرت کرده باشند. این تحلیل به نوعی مستی را به شرط دیگر حرکت خودبه‌خودی یعنی (خطای پیشین) نزدیک می‌سازد، چه اینکه مست به‌رغم بی‌اختیاری در حال ارتکاب جرم، از آن جهت همچنان مسئول شناخته خواهد شد که خود، اراده را از خود سلب کرده است.

۳-۲-۳. خطای پیشین

این استثناء، مانع اصلی امکان استناد به دفاع حرکت خودبه‌خودی است که به موجب آن چنانچه فردی با آگاهی، مبادرت به عملی نماید که نتیجه طبیعی این اقدام، وقوع او در حالت حرکت خودبه‌خودی باشد، نمی‌تواند در صورت ارتکاب جرم به دفاع حرکت خودبه‌خودی تمسک جوید؛ زیرا در اینجا فرض بر این است که واقع شدن در وضعیت حرکت خودبه‌خودی قابل پیش‌بینی بوده و مرتکب با اختیار خود، عمل مقدماتی را انجام داده است؛ به‌عنوان مثال، راننده‌ای که بر اثر خستگی مفرط در حین رانندگی به خواب می‌رود و دچار حادثه می‌شود (Attorney-General's Reference, 1994)، حقیقتاً در حرکت خودبه‌خودی واقع شده است، ولی از آنجاکه از قبل می‌توانسته با وجود خستگی مفرط از رانندگی خودداری کند اما با ادامه دادن به رانندگی به خواب رفته و حادثه‌ای آفریده است بنابراین، نتوانسته است از دفاع حرکت خودبه‌خودی بهره‌مند شود (Rumbold, 2013: 827).

در عین حال، استثناء «خطای پیشین» با اشکال و ابهاماتی مواجه است. به‌عنوان نمونه، با این ایراد روبه‌روست که در هر حال، فعل واقع‌شده دارای پشتوانه اراده‌ای

ندارد که مبنای مسئولیت کیفری محسوب می‌شود. پس چگونه می‌توان فردی را مسئول دانست که بدون هرگونه اراده، فعلی مجرمانه از او سرزده است. بر همین اساس گفته شده است که «اعمال دکترین خطای پیشین از توجه به این نکته غافل است که مسئولیت کیفری کماکان به حرکات غیرارادی تعلق گرفته است» (Ashworth, 1387: 104). با این حال، رعایت مصالح در سیاست کیفری تا حد زیادی نادیده انگاشتن این ایراد را توجیه می‌نماید. دلیل منع استناد به دفاع حرکت خودبه‌خودی با وجود خطای پیشین، آگاهی از ریسک است (Ashworth, 1387: 104). به این معنا که مرتکب باید بداند در صورت خطا انجام دادن، با حالت حرکت خودبه‌خودی مواجه خواهد شد. چنانچه وقوع در حالت حرکت خودبه‌خودی صرفاً ناشی از یک خطای ساده باشد و متهم از پیشامدهای بعدی آگاهی نداشته باشد، می‌تواند از مزایای دفاع حرکت خودبه‌خودی بهره‌مند شود.

۴. حرکت خودبه‌خودی در فقه و حقوق ایران

از آنجاکه استناد به دفاع حرکت خودبه‌خودی منطقی به نظر می‌رسد و این دفاع در سیستم حقوقی ایران حداقل از حیث قانون‌گذاری و صدور حکم ناشناخته است، آشکار ساختن خلأ آن در قانون‌گذاری ایران اجتناب‌ناپذیر خواهد بود.

۴-۱. مقایسه حرکت خودبه‌خودی با اصطلاحات مشابه

مقایسه دفاع حرکت خودبه‌خودی با دیگر دفاع‌های مشابه می‌تواند از یک‌سو به ایجاد مرز بین حرکت خودبه‌خودی و دفاعیات دیگر کمک کند و از سوی دیگر، به شناخت دقیق حرکت خودبه‌خودی بیانجامد؛ بنابراین به مقایسه حرکت خودبه‌خودی با اجبار، اضطرار و جنون در حقوق ایران و بر اساس موازین فقهی پرداخته می‌شود:

۴-۱-۱. تفاوت حرکت خود به خودی و اجبار^۱

از اجبار در حقوق کیفری گاه به عنوان یک اصطلاح حقوق اسلامی و گاه به عنوان حقوق عرفی استفاده می شود. در اصطلاح حقوق اسلامی، اجبار در مقابل اکراه^۲ و به معنی فقدان اراده است (Gorji, 2007: 319; Feyz, 1997: 285) مانند آنکه فردی به دلیل حبس غیرقانونی، مرتکب ترک فعل مجرمانه شود؛ یا انگشت وی بدون اختیار او ذیل برگه ای زده شود، اما در اصطلاح حقوق جزای عرفی، اجبار یکی از عوامل رافع مسئولیت است و سنت رایج در جزای عمومی، تقسیم آن به اجبار مادی و معنوی و هر یک به داخلی و خارجی است (Saneei, 1993, 2: 56; Goldouzian, 1997: 197). در برخی تألیفات، بدون توجه به اینکه در شرح عوامل رافع مسئولیت، کدام یک از معانی اجبار (فقهی یا عرفی) مدنظر است، به طور مستقل دو اصطلاح اکراه و اجبار مطرح و در مقام توضیح اجبار، بدون توجه به اینکه مفهوم فقهی آن مدنظر است، تقسیم بندی عرفی آن مطرح می شود. اجبار به معنی فقهی آن تنها شامل تعدادی از مصادیق اجبار مادی بیرونی به معنای عرفی است و انواع دیگر اجبار عرفی جزء مصادیق اضطرار، اکراه و غیره است که به طور مستقل مورد بحث قرار گرفته اند.^۳ به عنوان مثال، عموم نویسندگان، نمونه بارز اجبار مادی بیرونی را عمل چوپانی می دانند که از ترس حمله گرگ، گوسفندان خود را به محل ممنوع چرا وارد کرده است^۴ (Saneei, 1993, 1: 56; Mir Mohammad Sadeghi, 2020: 342; Mir Mohammad Sadeghi, 2022: 222)، در حالی که به

۱. مقصود از اجبار در اینجا، عدم اراده است نه مفهومی عام که در ادبیات حقوقی، خصوصاً ادبیات حقوقی پیش از انقلاب اسلامی که اکراه و اضطرار را نیز شامل می شد.

۲. فقدان رضا و طیب خاطر

۳. حتی گاه اکراه نیز به اکراه مادی و معنوی تقسیم شده و در ذکر مثال، نمونه ای از اجبار مادی خارجی آورده شده است (Validi, 2003: 160-161; Shambayati, 1996: 80-88).

۴. با دقت در این موضوع که چوپان گوسفندان را وارد محل ممنوعه کرده، نه اینکه حمله گرگ باعث ورود آنان شده باشد.

موجب حقوق اسلامی و قانون مجازات اسلامی این عمل مصداق بارز اضطرار است؛ زیرا چوپان برای دفع خطر از خود و مال خود با اراده کامل به انجام عمل مجرمانه‌ای مبادرت ورزیده است.

با این توضیح، در این مقال سخن از مقایسه حرکت خودبه‌خودی با اجبار به معنی فقدان اراده است که تنها مصادیقی را از اجبار مادی بیرونی دربرمی‌گیرد (معنای فقهی). در هیچ یک از دو دفاع اجبار و حرکت خودبه‌خودی، عمل به صورت ارادی واقع نمی‌شود. بدین ترتیب، به لحاظ فقدان اراده تفاوتی بین حرکت خودبه‌خودی و اجبار نیست. اما در مقام تعیین تفاوت این دو دفاع می‌توان گفت که در حرکت خودبه‌خودی، «عمل»، مستقیماً از بدن فرد سرمی‌زند و منشأ قریب این حرکت، عکس‌العمل فیزیکی شخص مرتکب است، بدون اینکه شخص، حیوان و... قهراً و مستقیماً او را به انجام چنین عملی ملزم کرده باشد. در حالی که در اجبار، عامل دیگری موجب بروز عمل از فرد مجبور می‌شود، به نحوی که اعضاء و جوارح فرد مجبور، در خلق و ایجاد عمل نقشی ندارند. به عبارت دیگر، در حرکت خودبه‌خودی عمل واقع شده، «فعل» فاعل است که نتیجه فعالیت اعضاء بدن او (عملکرد ماهیچه‌ها و...) است؛ ولی در اجبار، مجبور در حالت «انفعال» است و نیرویی که موجب بروز فعل شده است، نشأت گرفته از نیروی بدن مجبور نیست؛ بلکه متعلق به غیرمجبور (انسان، حیوان و...) است و مجبور در حکم ابزار انجام فعل، به کار گرفته شده است. به عبارت دیگر، در اجبار به معنای فقهی، منشأ عمل فرد مجبور، قوه قاهره‌ای خارج از جسم اوست؛ ولی در حرکت خودبه‌خودی این قوه قاهره از خودِ جسم شخص نشأت می‌گیرد و بدین ترتیب، حرکت خودبه‌خودی از «اجبار» تفکیک می‌شود.^۱ به عنوان مثال، هرگاه توفان،

۱. قوه قاهره هر حادثه‌ای است که خارجی (خارج از حیطه قدرت)، پیش‌بینی‌ناپذیر و غیرقابل اجتناب باشد. قوه قاهره که ترجمه فورس مازور از حقوق فرانسه است، می‌تواند پاره‌ای حوادث ناشی از عمل انسان را نیز دربرگیرد؛ در حالی که عبارت Act of God تنها شامل حوادث غیرعادی خواهد بود که علل طبیعی دارند و بدون مداخله بشر روی می‌دهند. (Safaei, 1985: 112 & 114). بنا بر تعریف یادشده، «منشأ» قوه قاهره برای

کشتی حامل فردی را از مرز آبی کشوری به درون کشور دیگری بیاندازد، یا انگشت فردی با فشار شخص ثالث موجب فشار ماشه و شلیک گلوله شود، در این صورت مسافر کشتی یا صاحب انگشت را نمی‌توان در حالت حرکت خودبه‌خودی دانست، هرچند حضور در کشور دیگر بدون اراده او واقع شده است. چه اینکه فعل واقع شده متناسب به بدن فرد مجبور نیست. در حالی که چنانچه دست فردی بر اثر هجوم زنبورها ناخودآگاه به حرکت درآمده و موجب بروز حادثه‌ای شود، فرد را می‌توان در حالت حرکت خودبه‌خودی دانست. به این دلیل که منشأ قریب این حادثه حرکت دست فرد بوده که خود ناشی از عکس‌العمل غیرارادی درونی اوست. این تفاوت ماهوی میان اجبار و حرکت خودبه‌خودی به تفاوت آثار و احکام حقوقی و عرفی آنها می‌انجامد که یکی از آنها مسئولیت ناشی از جرم واقع شده در هریک از این دو حالت است. در اجبار اصولاً عمل ارتكابی قابلیت انتساب عرفی به مجبور را ندارد، اما مسئولیت یا سلب مسئولیت از فردی که در حالت حرکت خودبه‌خودی مرتکب عملی می‌شود، به‌روشنی و سادگی حالت اجبار نیست؛ زیرا به هر حال بدن فرد در وضعیت حرکت

تعیین مصادیق این مفهوم، حائز اهمیت نیست و در متن اصلی صرفاً برای تفکیک «اجبار در مفهوم فقهی» از «حرکت خودبه‌خودی» به این منشأ اشاره شد.

در فقه، عبارتی به‌عنوان قوه قاهره وجود ندارد و از واژه‌هایی چون جائحه یا امر سماوی، خوف عام، عذر خاص و عذر عام استفاده شده است (Hooshyar & et al, 2020: 121). درخصوص رابطه قوه قاهره و امر سماوی یا همان فعل الهی بسته به تعریف ارائه شده از قوه قاهره، دو حالت قابل تصور است: اول، صرف‌نظر از اینکه منشأ همه امور اراده الهی است، همه امور سماوی یا افعال الهی، قوه قاهره هستند، اما برخی از قوه قاهره‌ها، امر سماوی یا فعل الهی نیستند؛ مانند زندانی کردن یک شخص توسط دیگری؛ یعنی در حالت اول، رابطه قوه قاهره و امر سماوی عموم و خصوص مطلق با عمومیت قوه قاهره است. دوم، رابطه قوه قاهره و امر سماوی عموم و خصوص من‌وجه است که با آوردن مثال‌هایی این مورد شرح داده می‌شود. زلزله، سیل و مانند آنها هم مصادیق قوه قاهره هستند و هم مصادیق امر سماوی. زندانی کردن یک شخص توسط شخص دیگر، قوه قاهره هست اما مصادیق امر سماوی نیست. آنجاکه کودکی بدون تقصیر مرتکب فعل مجرمانه یا خسارت‌باری شود، برخی از فقها معتقدند مصادیق امر سماوی است. مثال اخیر نمی‌تواند مصادیقی از قوه قاهره تلقی شود. با این توضیحات، نگارندگان رابطه عموم و خصوص من‌وجه را صحیح‌تر تلقی می‌کنند.

خودبه‌خودی، حرکتی را انجام داده است و از سوی دیگر، مسئله منتسب نکردن عمل به مرتکب، به همان بداهت حالت اجبار نیست تا نافی مسئولیت او باشد. هم‌چنانکه انتساب عمل به وی نیز آن‌چنان بدیهی نیست تا منجر به ترتب آثار حقوقی آن شود.

۲-۴-۱. تفاوت حرکت خودبه‌خودی و اضطرار

مفهوم اضطرار در ادبیات حقوقی ایران به صورت منقح به کار برده نشده است. گاه مفهوم فقهی اضطرار مورد نظر است که به «نیاز شخصی» مبرمی اطلاق می‌شود که آدمی را به انجام کاری وامی‌دارد (Saneei, 1993, 1: 221) و گاه مفهوم فقهی ضرورت نیز بدان افزوده شده است که به معنی انجام عمل به منظور حفظ «جان یا مال دیگری» است (Ardebili, 2020: 88; Goldouzian, 1997: 42; Baheri, Dateless: 263) و گاه در تقسیم اجبار به مادی و معنوی و درونی و بیرونی، مثال‌های مسلمی ذکر شده که مصداق بارز اضطرار هستند. در مقابل، مواردی مانند اسقاط جنین توسط پزشک برای حفظ حیات مادر، مصداق اضطرار دانسته شده (Saneei, 1993, 1: 220)؛ در حالی که مصداق هیچ یک از عناوین اضطرار، اجبار و اکراه به معنی فقهی آن نیست.

در این مقال، در مقام مقایسه بین حرکت خودبه‌خودی و اضطرار، صرفاً مفهوم فقهی اضطرار مورد نظر است. در دفاعیاتی مانند اضطرار هرچند همانند حرکت خودبه‌خودی عامل بیرونی یا درونی، مضطر را به ارتکاب عملی وادار می‌سازد، اما مضطر با انتخاب عملی از خویشتن رفع خطر می‌نماید، در حالی که دارای اراده است. در حرکت خودبه‌خودی، عملی که از بدن فرد سرمی‌زند بدون هیچ‌گونه انتخاب وی و بدون اراده او واقع می‌شود و چه بسا این عکس‌العمل در مواردی تنها به زیان او باشد. بر این اساس، نمی‌توان مصادیق حرکت خودبه‌خودی را در دفاع اضطرار قرار داد یا مستندات سلب مسئولیت را از مضطر به حرکت خودبه‌خودی نیز تسری داد.

۴-۱-۳. تفاوت حرکت خودبه‌خودی و جنون

صرف‌نظر از تعاریف پزشکی و حقوقی جنون، که به‌راحتی و با قاطعیت نمی‌توان نسبت بین آن دو را بیان نمود^۱ و البته چنین تفکیکی در نتیجه بحث مقایسه جنون و حرکت خودبه‌خودی مؤثر است و نیز صرف‌نظر از اینکه در پرونده‌های متعدد در کشورهایی که حرکت خودبه‌خودی را به‌عنوان یکی از دفاعیات پذیرفته‌اند، گاه دفاع جنون و حرکت خودبه‌خودی به‌عنوان دفاع جایگزین یکدیگر به کار برده شده‌اند، به نظر می‌رسد تفکیک بین دفاع جنون و حرکت خودبه‌خودی در سیستم حقوقی ایران چندان مشکل نباشد؛ زیرا از آنجاکه برای تشخیص جنون گرفتن نظریه پزشکی قانونی الزامی است^۲ از دید روان‌پزشکان انواع جنون علائمی دارند که عبارت‌اند از هذیان، توهم، نقص شدید در شکل یا جریان تفکر، اختلال شدید خلق، نقص شدید شناختی، رفتار غیرمنطقی دائم یا مکرر و ناتوانی چشمگیر در مراقبت از خود (Bashiriyeh, 2008: 73; Hekmat, 1991: 85). یعنی فرد دارای اختلال جنون به دلیل اینکه توانایی تشخیص حسن و قبح اعمال خود را ندارد، فاقد مسئولیت کیفری شناخته می‌شود (Akefi & et al, 2023: 43) و در تمامی این موارد مجنون با اراده مبادرت به انجام عمل می‌نماید و در وجود اراده او در حین ارتکاب جرم و نیز انتساب عمل به وی هیچ‌گونه تردیدی نیست؛ در حالی که در حرکت خودبه‌خودی، بدن بدون هرگونه اراده‌ای، عمل یا عکس‌العملی را از خود بروز می‌دهد. به همین دلیل، نوبت به بحث در وجود اختلال در قوه تمیز و تفکر نمی‌رسد؛ بنابراین تفکیک بین جنون و حرکت خودبه‌خودی در سیستم حقوقی ایران با ایراد و ابهامی مواجه نیست.

۱. برخی نسبت بین مفهوم حقوقی و روان‌پزشکی جنون را با برهانی شبیه برهان خلف، عموم و خصوص مطلق برشمرده، مفهوم حقوقی جنون را عام و مفهوم روان‌پزشکی آن را خاص دانسته‌اند (Bashiriyeh, 2008: 91) که به نظر قابل نقد است.

۲. ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «هرگاه بازپرس در جریان تحقیقات احتمال دهد متهم هنگام ارتکاب جرم مجنون بوده است،... نظریه پزشکی قانونی را تحصیل می‌کند...».

۴-۲. تعیین مسئول در حرکت خودبه‌خودی

برخی مصادیق حرکت خودبه‌خودی به‌طور غیرمنسجم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ آمده است. تقسیم‌بندی زیر برای تعیین مسئول ارائه می‌شود:

۴-۲-۱. شرایط وقوع حرکت خودبه‌خودی را عامل انسانی دیگری ایجاد کرده باشد

در این فرض تردیدی نیست که از باب اقوی بودن سبب از مباشر، مسئولیت با عامل انسانی دیگری است که فعل صادره در حالت حرکت خودبه‌خودی به او منتسب است؛ مانند آنکه کسی ماری را به‌ناگاه به سمت کسی پرت کند و فرد مزبور ناخودآگاه مرتکب عمل مجرمانه‌ای شود. بدیهی است نوع مسئولیت نیز بر اساس شرایطی تعیین می‌شود که پرتاب‌کننده مار دارد. این موارد اعم از آن است که عامل انسانی مستقیماً شرایط حرکت خودبه‌خودی را ایجاد کرده یا اینکه حرکت خودبه‌خودی به دلیل عامل دیگری و البته در ابتدا توسط عامل انسانی واقع شده باشد؛ مانند آنکه انسانی سگ تعلیم‌یافته‌ای را وادار به حمله به کسی کند و با حمله سگ، فرد در شرایط حرکت خودبه‌خودی قرار بگیرد و فعل مجرمانه‌ای از او حادث شود. چنانچه فعل حادث‌شده موجب آسیب جسمانی شود، می‌تواند منطبق بر ماده ۴۹۹ قانون مجازات اسلامی است: «هرگاه کسی دیگری را بترساند و آن شخص بر اثر ترس بی‌اختیار فرار کند یا بدون اختیار حرکتی از او سر بزند که موجب ایراد صدمه بر خودش یا دیگری گردد، ترساننده حسب تعاریف جنایات عمدی و غیرعمدی مسئول است». همچنین می‌تواند مصداق تسبیب مذکور در ماده ۵۰۶ قانون یادشده باشد: «...کسی... خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به‌طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی‌شد...» و مطابق ماده ۵۲۶ همان قانون: «در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار... باشد فقط سبب ضامن است». همان‌طور که در مقدمه آمد، اراده، مرحله بعد از اختیار است؛ بنابراین هر جا که اختیار نباشد، اراده هم نیست و فقدان اراده می‌تواند مصداق حرکت خودبه‌خودی باشد و از آنجاکه بی‌اختیاری موجب عدم مسئولیت است، به طریق اولی

بی‌ارادگی هم عدم مسئولیت را به همراه دارد. چنانچه فعل حادث شده موجب خروج مال از حرز شود، حکم آن را شاید بتوان به نوعی از ماده ۲۷۲ استنباط کرد؛ آنجا که قانون‌گذار تصریح می‌کند: «هرگاه کسی مال را توسط... هر وسیله بی‌اراده‌ای از حرز خارج کند مباشر محسوب می‌شود...»؛ بنابراین، قانون در مورد مصادیقی که فعل حادث شده موجب آسیب جسمانی یا خروج مال از حرز باشد حکم صریحی دارد. درخصوص سایر موارد، در حال حاضر حکم عام ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی در غیردیه و ضمان مالی راهگشاست؛ زیرا از آنجاکه عامل انسانی دیگری که دارای اختیار و اراده و قصد یا تقصیر هست (ماده ۱۴۴)، حضور داشته، انتساب عرفی به نحو سبب به او محقق و دارای مسئولیت کیفری است، عامل غیرمختار و بی‌اراده مانند وسیله‌ای در دست او بوده است. در مورد دیه و ضمان مالی هم صرف انتساب عرفی به مرتکب کافی است (ماده ۴۹۲) تا مسئول پرداخت تلقی شود. با اینکه انتساب مادی به شخصی که در وضعیت حرکت خودبه‌خودی بوده، محقق است اما انتساب عرفی قطعاً منتسب به عامل انسانی مختار و باراراده خواهد بود.

۴-۲-۲. حرکت ناگهانی بدن بدون مداخله عامل انسانی دیگر

در این گونه موارد چنانچه «قصد مطلق فعل» (و نه قصد فعل واقع شده) برای شخصی که در چنین وضعیتی قرار گرفته، مفروض تلقی شود، مانند حرکت ناگهانی بدن بر اثر برخورد با شیء داغ یا تیز، در جنایات عمل وی مصداق خطای محض خواهد بود و عاقله فرد مسئول پرداخت خسارات بدنی وارده‌اند، اما چنانچه وجود «قصد مطلق فعل» نیز برای شخص احراز نشود، خطای محض دانستن عمل نیز وجهی ندارد. چنانکه بعضی از فقها در این گونه موارد موضوع را مصداق تلف سماوی تلقی می‌کنند،^۱ می-

۱. ... لا دلیل علیه مطلقاً مالم یستند القتل الیه بالاختیار لعمد او شبه عمد او خطا محض لو ضوح ان مجرد کونه سبباً له لا یوجب الضمان بدون تحقق ذلک ...، ...کان الموت بقضاء الله وقدره من دون ان یستند الی اختیار الشخص (Khoei, N.A: 223, 234, 261).

توان قائل به نبود هیچ‌گونه مسئولیت برای شخص در چنین حالتی شد. هم‌چنانکه این فتوا را در مورد عدم مسئولیت شخص هنگامی پذیرفته‌اند که در خواب مرتکب جنایتی شود^۱ (Khoei, Dateless: 234 & 261). در مقابل گروهی از فقها که عمل شخص خواب را به او مستند دانسته‌اند در نحوه مسئولیت شخص خواب، نظر واحد ندارند؛ برخی عمل ارتكابی او را مصداق شبه‌عمد (Shaid Thani, 1993: 330; Allameh Helli, 2000: 529; Mohaghegh) و برخی آن را مصداق خطای محض دانسته‌اند (Najafi, 1948: 177 & 223; Helli, 1989: 283; Shahid Awal, 1986: 297; Shahid Thani, Dateless: 132; Shirazi, 1989: 87) از منظر این گروه از فقها می‌توان گفت به قیاس اولویت هرگاه در حالت بیداری، عملی-هرچند غیرارادی- از شخصی سرزنند، عمل قابل انتساب به اوست و در جنایات، مسئولیت خطای محض را به دنبال خواهد داشت که مقنن نیز این نظر را پذیرفته است. اگر عبارت «مانند آنها» در بند الف ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ناظر بر بی‌ارادگی، نه ناهوشیاری، باشد، می‌توان حرکت خودبه‌خودی را در جنایات مانند خواب و بیهوشی موجب مسئولیت خطای محض دانست. علاوه بر موارد یادشده، به موجب ماده ۱۴۰ قانون مذکور، «اختیار» شرط مسئولیت است. بی‌ارادگی که مرحله بعد از بی‌اختیاری است نیز موجب سلب مسئولیت کیفری خواهد شد. شایان ذکر است عبارت «مانند آنها» را در ماده ۱۵۳ قانون مذکور^۲ نمی‌توان به‌سادگی ماده ۲۹۲ ناظر بر هر نوع بی‌ارادگی، نه صرفاً ناهوشیاری، دانست؛ زیرا ماده ۲۹۲ موجدِ مسئولیت و ماده ۱۵۳ رافعِ مسئولیت برای مرتکب رفتار مجرمانه است. آنجا که سخن از ایجاد مسئولیت برای بی‌اراده ناهوشیار است می‌توان با قیاس اولویت برای

۱ برخی نیز جانی شمردن شخص خواب را مقید به امکان استناد جنایت به او دانسته‌اند (Khomeini, N.A: 561) ... علی وجه یستند الاتلاف الیه... (Hosseini Rouhani, 2008: 168).

۲ هرکس در حال خواب، بیهوشی و مانند آنها، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود مجازات نمی‌گردد مگر اینکه شخص با علم به اینکه در حال خواب یا بی‌هوشی مرتکب جرم می‌شود، عمداً بخوابد یا خود را بی‌هوش کند.

بی‌اراده‌ی هوشیار (غیرخواب و غیربی‌هوش) هم قائل به مسئولیت شد. اما آنجا که سخن از رفع مسئولیت برای بی‌اراده ناهوشیار است، نمی‌توان به بی‌اراده هوشیار تسری داد؛ چراکه رفع مسئولیت برای مرتکب رفتار مجرمانه نیاز به تصریح مقنن دارد و قیاس اولویت نیز در اینجا کارساز نیست؛ زیرا بی‌اراده هوشیار اولی از بی‌اراده ناهوشیار نیست، بلکه ادنی است. از این رو، با اینکه مطابق ماده ۱۴۰ مرتکب حرکت خودبه‌خودی مسئولیت کیفری نخواهد داشت اما این ماده هم درباره اینکه ضمان کاملاً منتفی است یا فقط مجازات اجرا نمی‌شود، راهگشا نخواهد بود. لازم است مقنن در این مورد وارد عمل شود و با اصلاح قانون یا تصویب مواد جدید، اصل را بر این بنا نهد که در جنایات و غیرجنایات، حرکت خودبه‌خودی در حکم قوه قاهره تلقی شود و مسئولیتی برای شخصی که حرکت خودبه‌خودی از او سرزده، نباشد. دلیل این رویکرد همان‌طور که در بخش مفهوم‌شناسی آمد، این است که حرکت خودبه‌خودی از شخص «سرمی‌زند»، نه اینکه او «مرتکب» آن شود؛ یعنی با اینکه «فعل» به او منتسب است اما «فعل مجرمانه» به وی منتسب نیست. به نظر می‌رسد عرف جامعه نیز همین دیدگاه را داشته باشد. اصل انصاف که یکی از مبانی آن اخلاق است نیز منتفی به همین قاعده خواهد شد. چنانچه یک قاعده حقوقی با مبانی اخلاقی جامعه همسو باشد، اجرای آن آسان خواهد بود و از جمود قانون کاسته، در ایجاد عدالت حقیقی مؤثر خواهد بود (Ahmadizadeh & et al, 2022: 104). ماده ۵۰۰ قانون مجازات اسلامی نیز بیان می‌دارد: «در مواردی که جنایت یا هر نوع خسارت دیگر مستند به رفتار کسی نباشد، مانند اینکه بر اثر علل قهری واقع شود، ضمان منتفی است». اما اگر برخی اصرار بر این داشته باشند که انتساب عرفی محقق است (البته این ادعا در همه مصادیق حرکت خودبه‌خودی نیز صحیح نیست) و نیازی به احراز تقصیر در جنایات خطای محضی نیست که به مباشرت انجام می‌شود، (Mir Mohammad Sadeghi, 2020: 49)، می‌توان برخی مصادیق جنایات در وضعیت حرکت خودبه‌خودی را از مصادیق جنایات خطای محض محسوب کرد. در غیرجنایات مانند پرت کردن تخم‌مرغ به سمت یک سیاست‌مدار یا

انتشار مطلبی کذب با فشردن یک دکمه در رایانه شخصی (بدون احراز قصور و تقصیر و قابل پیش‌بینی یا پیشگیری بودن آن) بر اثر حرکت خودبه‌خودی نیز «فعل مجرمانه» به شخص مذکور منتسب نیست و نباید مسئولیت کیفری داشته باشد. در مورد ضمان نیز چنانچه حرکت خودبه‌خودی در حکم قوه قاهره تلقی شود، منتفی است. در صورت ارتکاب قصور و تقصیر که در کامن‌لو، «خطای پیشین» نامیده می‌شود، از نظر فقهی نیز قاعده «الإمتناع بالإختیار لاینافی الإختیار»^۱ می‌تواند مستند عدم جواز تمسک به دفاع حرکت خودبه‌خودی در چنین وضعیتی باشد. شهید ثانی در مورد مسئولیت کسی که در آتش افتاده و با وجود قدرت بر خروج، در آتش می‌ماند به این قاعده استناد کرده است.^۲ همچنین درباره شخصی که عالماً و عامداً مرتکب شرب خمر شده و در حین مستی عملی انجام دهد که موجب مجازات است، از آن جهت که از مصادیق قاعده «الإمتناع بالإختیار لاینافی الإختیار» است مستحق مجازات دانسته شده است (Amid Zanjani, 2009: 270).

۴-۲-۳. مصرف دارو و موارد مشابه

هرگاه تحت تأثیر قرار گرفتن بدن و سیستم عصبی ناشی از مصرف یا مصرف نکردن دارو در بیماری‌های خاص، مانند دیابت یا غیر آن باشد، در انتساب فعل به فاعل هیچ گونه تردیدی نیست و مسئولیت وی در قبال رفتار خویش مسلم است و در این باره بر اساس موازین فقهی و قانونی، علم داشتن یا نداشتن مصرف‌کننده دارو به خواص دارو یا اقدامات لازم پس از مصرف دارو برای از بین بردن آثار سوء داروها در انتساب فعل

۱. قاعده «الإمتناع بالإختیار لاینافی الإختیار» قاعده‌ای عقلی است و هرچند فقها در موارد متعدد به آن استناد کرده‌اند، لیکن به صورت مجزا از آن کمتر بحث شده و مستندات آن را عقل، تسالم و... دانسته‌اند (Mustafawi, 2001: 60).

۲. با ذکر این نکته که عدم خروج موجب صدق سببیت در اتلاف نفس است و قاعده الاختیار... دلیل احراز سببیت است (نه دلیلی مستقل) (Amid Zanjani, 2009: 9 & 278 From Shahid Thani).

به وی تغییری ایجاد نمی‌کند و نمی‌توان این اعمال را به‌عنوان اعمال غیرارادی و فاعل آن را فاقد مسئولیت دانست؛ زیرا فاعل در هر صورت، قصد یک رفتار (مصرف کردن یا نکردن) را داشته است. در جنایات، تشخیص نوع آن در همه موارد آسان نیست و با مفروض دانستن «قصد مطلق فعل» و به میزان قصد فعل و قصد نتیجه در هر مورد می‌توان احکام متفاوتی شامل خطای محض، شبه‌عمد و حتی عمد در نظر گرفت. در سایر جرایم، در صورتی که عنصر معنوی شامل عمد یا تقصیر مفقود باشد، مسئولیتی ثابت نخواهد بود.

۴-۲-۴. خواب

در حالتی که فرد پس از دیدن رؤیایی از خواب بیدار شود و آثار رؤیا موجب ارتکاب عملی مجرمانه از وی گردد؛ مانند آنکه شخص در خواب ببیند گروهی عنکبوت به فرزند وی حمله‌ور شده‌اند، با اضطراب از خواب برخیزد و بدون تعقل و تفکر و به تصور نجات فرزند از حمله عنکبوتان، وی را از پنجره به بیرون پرتاب نماید، برای رفع مسئولیت از مرتکب نمی‌توان به خواب استناد کرد. دقت در این نکته نیز لازم است که هرچند در زبان فارسی «خواب» برای هر دو مفهوم نوم^۱ و رؤیا^۲ به کار برده می‌شود، احکام قانونی تنها شامل «خواب بودن»^۳ است، نه «خواب دیدن». در این‌گونه حالات نیز با توجه به موازین فقهی، شخص هم بیدار است و هم قصد فعل واقع شده را دارد. اما اینکه اقدامات چنین شخصی بدون پیش‌زمینه فکری یا نشأت‌گرفته از اوهامی است که در خواب برای وی پدید آمده، موجب انتساب نکردن فعل به وی نمی‌شود و تنها موجب تغییر در نوع مسئولیت وی در جنایات خواهد شد^۴ و در غیرجنایات، تنها باید

1. Sleeping

2. Dream

3. Sleeping

۴. طبق بند الف ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شبه عمد خواهد بود.

مطابق بند پ ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی (اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم) از جهات تخفیف باشد.

بدیهی است چنانچه اعمال ارتكابی بر اثر غلتیدن در خواب یا خواب‌گردی باشد، با توجه به مبانی فقهی و توجیهاتی که در جمع بین مواد ۱۵۳^۱ و ۲۹۲^۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ وجود دارد، می‌توان حکم مسئله را دریافت. بدین صورت که در غیرجنایات، فاعل مجازات نمی‌شود و در جنایات به دلیل انتساب تنها دیه می‌پردازد. درباره ضمان در غیرجنایات بر اساس قواعد مسئولیت مدنی رفتار می‌شود. اما اگر افعال سرزده از شخص خوابیده از مصادیق حرکت خودبه‌خودی محسوب شود، پیشنهاد می‌شود در حکم قوه قاهره تلقی گردد.

فرجام سخن

«حرکت خودبه‌خودی» فعلی است که بدون اراده و کنترل مؤثر شخص از وی صادر شده و او قادر به جلوگیری از آن نیست. یعنی در درون خود دارای دو ویژگی توأمان است: «ارتکاب فعل از فاعل» و «بروز فعل بدون اراده فاعل». اینکه از منظر پزشکی، کدام رفتارها مصداق حرکت خودبه‌خودی محسوب می‌شوند، نیاز به مطالعه و بررسی تخصصی پزشکان و ارائه نتایج آن به جامعه حقوقی است، اما از منظر حقوقی رفتارهایی ذیل حرکت خودبه‌خودی قرار می‌گیرند که غیرارادی، غیرقابل کنترل و غیرقابل پیشگیری و بدون برنامه‌ریزی یا پیش‌بینی قبلی باشد؛ یعنی در هر پرونده قضائی لازم است نظر پزشکی قانونی درمورد آن رفتار اخذ شود تا مشخص گردد که حرکت خودبه‌خودی ویژگی‌های یادشده را دارد یا خیر. حرکت خودبه‌خودی که با

۱. هرکس در حال خواب، بیهوشی و مانند آنها، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود مجازات نمی‌گردد.

۲. جنایت در موارد زیر خطای محض محسوب می‌شود:

الف- در حال خواب و بیهوشی و مانند آنها واقع شود؛

جنون، اکراه، اجبار و مستی متفاوت است، از دفاعیات عام محسوب می‌شود و در دسته علل رافع مسئولیت کیفری قرار می‌گیرد. ممکن است برخی حرکت خودبه‌خودی را از مصادیق اجبار درونی بدانند؛ در ردّ این نظر باید گفت اجبار با اینکه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیامده، اما در حقوق ایران، اجبار از منظر فقه مدنظر است که تنها برخی مصادیق اجبار در کامن‌لو را دربرمی‌گیرد؛ یعنی اجبار به معنی فقهی آن تنها شامل اجبار مادی بیرونی از منظر کامن‌لو است و انواع دیگر اجبار عرفی جزء مصادیق اضطرار، اکراه و غیره است که در فقه به‌طور مستقل مورد بحث قرار گرفته‌اند. از این‌رو، نمی‌توان حرکت خودبه‌خودی را ذیل اجبار درونی از نوع معنوی یا مادی آن قرار داد؛ زیرا اساساً اجبار درونی در فقه و به تبع آن در حقوق ایران مد نظر نیست. حرکت خودبه‌خودی به‌عنوان دفاعی عام به‌طور کامل تبرئه‌کننده در کامن‌لو (در آرای قضائی و بدون قانون مصوب مجلس) پذیرفته شده است، اما قوانین ایران آن را مستقلاً به‌طوری که تمام مصادیق را در برگیرد به‌عنوان یک دفاع عام در عدم مسئولیت کیفری متهم نپذیرفته‌اند و از آنجا که مصادیق خارجی دارد، نیازمند بازنگری قانون است. پیشنهاد می‌شود تا تصویب قانونی صریح، این دیدگاه اتخاذ شود که در حرکت خودبه‌خودی فعل از شخص «سر می‌زند»، نه اینکه او مرتکب آن شود. در واقع با اینکه «فعل» به او منتسب است اما «فعل مجرمانه» به او منتسب نیست. از این‌رو، حرکت خودبه‌خودی در حکم قوه قاهره است. با عنایت به اینکه در برخی آراء کامن‌لو، حرکت خودبه‌خودی به اتوماتیزم مجنون و غیرمجنون تقسیم شده، به نظر می‌رسد این تفکیک لازم نبوده، بلکه کافی است نوعی تدابیر قضائی حسب نظر پزشکی قانونی به صورت مصادیقی تعیین شود؛ یعنی آنجا که امکان تکرار حرکت خودبه‌خودی طبق نظر پزشکی قانونی وجود دارد، برای پیشگیری از آن و کنترلش تدابیر قضائی مناسب به صورت مصادیقی در هر پرونده تعیین شود. در پایان، جدول بعد تطبیق کامن‌لو و حقوق کیفری ایران را حرکت خودبه‌خودی نشان می‌دهد:

کامن‌لو	حقوق کیفری ایران
دارای قدمت بسیار (از حدود سال ۱۹۰۰ میلادی) و مطروح در پرونده‌های متعدد	مفهومی مغفول‌مانده از نظر پژوهشگران و مقنن و خلط‌شده با مفاهیم مشابه در دکترین حقوقی
با اینکه قانون مصوب در این باره وجود ندارد، اما دفاعی به‌طور کامل تبرئه‌کننده در کنار سایر دفاعیات عام در پرونده‌های متعدد قضائی است و مصادیق آن قابل احصاء در «حرکت ناگهانی بدن بر اثر برخورد یا مواجهه (با شیء یا حیوان)»، «استفاده از برخی داروها»، «مشکلات داخلی مؤثر بر مغز» و «خواب و اقدامات بلافاصله پس از بیداری از خواب» است.	ماده جامعی برای تعیین احکام آن تصویب نشده است، هرچند مصادیقی از آن در مواد پراکنده وجود دارد.
دارای تقسیم‌بندی به شرح اتوماتیزم جنونی و غیرجنونی که باعث خلط مفهوم آن با دفاع جنون می‌شود.	بدون تقسیم‌بندی و دارای تمایز آشکار با دفاع جنون
اراده و به‌طور کلی، عنصر روانی مخدوش و باعث عدم تکوین عناصر سه‌گانه جرم است.	اراده و به‌طور کلی، عنصر روانی مخدوش و باعث عدم تکوین عناصر سه‌گانه جرم است.

References

- Ahmadizadeh, S. H., Mahmoudi Janaki, F., & Sheidaei, M. (2022). The Principle of Equity in Jurisprudence and Criminal Law of Iran. *Comparative Criminal Jurisprudence*, 2(4), 101-110. DOI: 10.22034/jccj.2022.366309.1113. [In Persian]
- Akefi, L., Iravanian, A., & Paknahad, A. (2023). The Scope of Mental Disorder Defense in the Criminal Systems of Iran and the United States of America. *Journal of Legal Studies*, 15(2), 73-110. DOI: 10.22099/jls.2023.41777.4528. [In Persian]
- Allameh Helli, J. H. (2000). *Tahrir al-Ahkam*. First Edition. Qom: Institute of Imam Sadiq. [In Arabic]
- Amid Zanjani, A. A. (2009). *The Rules of Jurisprudence*. Vol. 2. First Edition. Tehran: Samt. [In Persian]

- Ardebili, M. A. (2020). *General Criminal Law*. Vol. 1. 62th Edition. Tehran: Mizan. [In Persian]
- Ashworth, A.(1387). *Principles of criminal law*, Fifth edition, Tehran: Mizan.
- Baheri, M. (Dateless). *(Prescriptions) General Criminal Law*. Tehran: Elmi Brothers. [In Persian]
- Barker, D. & padfield,c.(1382). *Law made simple*, Tehran: Mizan.
- Bashiriyeh, T. (2008). The Interaction of Legal and Psychiatric Concepts of Insanity. *Law Quarterly, Faculty of Law and Political Sciences of Tehran University*, 38(3), 85-95. DOR: 20.1001.1.25885618.1387.38.3.5.6. [In Persian]
- Beran, R. G.(2020). “Automatism–A case of reality testing. *Forensic Science International: Mind and Law*, 1(1), 100019. DOI:10.1016/j.fsml.2020.100019
- Black, H. C.(2009). *Black’s Law Dictionary*. 9-th ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters.
- Blair, D.(1997). The medicolegal aspects of automatism. *Medicine, Science & the Law*, 17,167–182. DOI: 10.1177/002580247701700304
- Brown,W.J.(1382). *Gcse law*, 7th edition.Tehran: Majd
- Clarkson, C. (2019). *Analysis of the Basics of General Criminal Law*. Translated by Hossein Mir Mohammad Sadeghi. Third Edition. Tehran: Jungle. [In Persian]
- Dictionary of Law Oxford* (2002). Oxford University Press.
- Ebrahim, I.O., & Fenwick, P.(2008). Sleep-related automatism and the law. *Medicine, Science and the Law*, 48(2), 124-136. DOI:10.1258/rsmsl.48.2.124
- Elliott, C. & Quinn, F. (2008). *Criminal Law*. Translated by Ava Vahedi Navaei and Nastaran Ghazanfari. First Edition. Tehran: Mizan. [In Persian]
- Fenwick, P.(1990). Automatism, medicine and the law, *psychol med monograph suppl*, 17. 1–27. DOI: 10.1017/s0264180100000758
- Gholamreza Ravi, H., & Yosefvand, M. (2018). Effect of Force Majeure in Murder or Injury Arising from Omission. *Journal of Studies in Islamic Law & Jurisprudence*, 10(18), 133-154. DOI: 10.22075/feqh.2017.7696. [In persian]
- Goldouzian, I. (1997). *Iranian General Criminal Law*. Vol. 2. Fourth Edition. Tehran: Jihad University. [In Persian]

- Gordon, Gerald H.(2000). *The Criminal Law of Scotland*. Vol.I. Edinburg: W. Green.
- Gorji, A. (2007). *Legal Articles*. Fourth Edition. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Affairs. [In Persian]
- Hekmat, S. (1991). *Criminal Psychiatry*. First Edition. Tehran: Gutenberg. [In Persian]
- Hooshyar, M., Zare, M., & Ramezani, M. (2020). The Effects and Conditions of Act of God in the Imamieh Jurisprudence and Iranian Civil Law. *Academic Journal of Knowledge and Research of Law*, 6(1), 119-146. DOI: 10.22055/ajkrl.2022.38564.1069. [In Persian]
- Hosseini Rouhani, S. M. S. (2008). *Al-Sadiq Jurisprudence*. First Edition. Qom: Manshoorat al-Ijtihad. [In Arabic]
- Jennings, John.(1962). The Growth and Development of Automatism as a Defence in Criminal Law. *Osgoode Hall Law Journal*, 2(3). 370-382. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.2496>
- Khoei, S. A. Q. (Dateless). *Basics of Takmulat al-Minhaj*. The second part. Lebanon: Dar al-Zahra Beirut. [In Arabic]
- Khomeini, S. R. (Dateless). *Tahrir al-Wasilah*. First Edition. Qom: Dar al-Alam Press. [In Arabic]
- Farrokh Siri, M. (1997). *Dictionary of Criminal Terms*. Vol. 1. First Edition. Bandar Abbas: Chichika. [In Persian]
- Feyz, A. (1997). *Islamic General Criminal Law*. Vol. 1. Second Edition. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Affairs. [In Persian]
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (1997). *Dictionary of Criminal Law*. Second Edition. Tehran: Mizan. [In Persian]
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (1999). Classification of Delinquent Children in the English Penal System. *Legal Research Quarterly*. 2(25-26). 151-157. [In Persian]
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (2020). *Crimes Against Persons*. 28th Edition. Tehran: Mizan. [In Persian]
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (2022). *General Criminal Law*, Vol. 2. Second Edition. Tehran: Dadgostar Press. [In Persian]
- Moghaddasi, R. & Moazadi, A. A. & Qutbuddin, Z. (2021).«Epilepsy: Mechanisms of Seizures and Epilepsy». *Iranian Journal of Biology (Scientific)*. 5(10). 142-148. DOR: 20.1001.1.20089406.1400.5.10.17.5. [In Persian]

- Mohaghegh Helli, N. M. I. H. (1989). *Sharayee al-Islam*. First Edition. Beirut: Dar al-Zahra. [In Arabic]
- Mustafawi, S. M. K. (2001). *Rules, A hundred Jurisprudential Rule*. Fourth Edition. Qom: Islamic. [In Arabic]
- Najafi, M. H. I. B. I. A. N. (1948). *Jawaher al-Kalam*. Third Edition. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah. [In Arabic]
- Rix, K. J.(2015). The common law defence of automatism: A quagmire for the psychiatrist. *BJPsych Advances*, 21(4), 242-250. DOI:10.1192/apt.bp.113.012146
- Rumbold, J.(2013). Automatism and driving offences. *Journal of forensic and legal medicine*, 20(7), 825-829. DOI:10.1016/j.jflm.2013.06.014
- Rumbold, J.(2019). *Automatism as a Defence in Criminal Law*. First published, New York: Routledge
- Sadeghi, M. H., & Tanhaei, F. (2017). The Nature of the Freewill and Its Role in Criminal Law. *Journal of Criminal Law Research*, 6(21), 39-72. DOI: 10.22054/jclr.2018.12430.1217. [In Persian]
- Safaei, H. (1985). Force Majeure, Overview in Comparative Law and International Law and International Commercial Contracts. *International Law Review*, (3), 110-149. DOI: 10.22066/CILAMAG.1985.18456. [In Persian]
- Saneei, P. (1993). *General Criminal Law*. Vol. 1. Fifth Edition. Tehran: Ganj Danesh. [In Persian]
- Saneei, P. (1993). *General Criminal Law*. Vol. 2. Fifth Edition. Tehran: Ganj Danesh. [In Persian]
- Scheb.John M.& SchebII.John M.(2001). *Crimmal law*. First Edition. Tehran: Dadgostar.
- Shahid Awal, M. I. J. M. (1986). *Al-Loma al-Dameshqiyyah*. First Edition. Qom: Dar al-Naser. [In Arabic]
- Shahid Thani, Z. A. A. I. A. A. (1993). *Masalek al-Afham*. First Edition. Qom: Institute of Al-Maarif al-Islamiyah. [In Arabic]
- Shahid Thani, Z. A. A. I. A. A. (Dateless). *Al-Rawzat al-Bahiyah Fi Sharh al-Loma al-Damshqiyyah*. First Edition. Isfahan: Imam Amir al-Mominin School. [In Arabic]
- Shambayati, H. (1996). *General Criminal Law*. Vol. 2. Sixth Edition. Tehran: Wistar. [In Persian]
- Shirazi, S. M. (1989). *Jurisprudence*. Second Edition. Beirut: Dar al-Uloom. [In Arabic]

Swaiman, K. F., Ashwal, S., Ferriero, D. M., Schor, N. F., Finkel, R. S., Gropman, A. L., ... & Shevell, M.(2017). Swaiman's pediatric neurology e-book: *Principles and practice*. Sixth Edition. Elsevier Health Sciences.

Validi, M. S. (2003). *Criminal Liability*. Third Edition. Tehran: Amir Kabir. [In Persian]

Yeo, S. (2002). Clarifying automatism. *International journal of law and psychiatry*, 25(5), 445-458. DOI:10.1016/S0160-2527(01)00113-3

Cases:

Attorney-general's reference(No. 2 of 1992). QB 1994:91.

Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland, 1963 A.C. 386(1963).

Hill v. Baxter, 1958 Q.B.1 277 (1958).

R v Bailey, 1983 1 WLR 760 (1983).

R v Bingham, 1991 Crim LR 43 (1991).

R. v. Charlson, 1955 All E.R.1 859 (1955).

R v. Hardie, 1984 All E.R.3 835 (1984).

R v. Hennessy, 1989 1 WLR 297 (1989)

R v. Lipman, 1970 Q.B.1 152 (1970).

R v. Quick, 1973 All E.R.3 347 (1973).

R v. Sullivan, 1984 A.C. 156 (1984).



Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50044.5151>



Research Article

The Development of Thought on the UN's Role in Women's Issues: Capacities and Challenges for Women's Empowerment Globally and in Iran

Nooshafarin Azizi¹, Ebrahim Abbassi^{2*}

1. Ph.D. in Shiraz University, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran
2. Associate Professor of Shiraz University, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran

Article history:

Received: 27-04-2024

Accepted: 18-09-2024

Abstract

Introduction

Scientific studies examining existing approaches and capacities for women's empowerment not only enhance our theoretical understanding in this field but also provide an opportunity to assess its strengths and weaknesses within the context of Iranian society. This assessment represents a step toward empowering Iranian women, which constitutes the primary objective of this article. Our research hypothesis posits that the intellectual currents governing the United Nations' approach to women's issues have undergone significant transformations, with the adoption of empowerment as the foundational approach for the UN's women's institutions serving as evidence for this claim. Accordingly, we address the following question: What capacities and challenges does the United Nations' focus on women's empowerment approach present for beneficiaries and stakeholders?

Please cite this article as:

Azizi, N., Abbassi, E (2025). The Development of Thought on the UN's Role in Women's Issues: Capacities and Challenges for Women's Empowerment Globally and in Iran. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 323-368. <https://doi:10.22099/JLS.2024.50044.5151>

* Corresponding author:

E-mail address: e.abbassi.ir@gmail.com

Methods

This study employed library-documentary methods for data collection and utilized qualitative analysis with an analytical approach. Naila Kabeer's empowerment model served as the theoretical framework and analytical lens. This model emphasizes that women's empowerment depends on their critical awareness of conditions that perpetuate subordinate status, while also requiring access to three key elements: resources, agency, and control over achievements.

Results and Discussion

The research findings indicate that international institutions, particularly the United Nations, implemented numerous initiatives addressing women's issues long before empowerment theories entered the development paradigm through Third World intellectuals. These efforts were influenced by various discourses including feminist perspectives (liberal, Marxist, socialist, radical), development theories (modernization-oriented), and human rights frameworks. Notable examples include advocacy for equal citizenship rights between men and women, redefinition of the political sphere, criticism of governmental shortcomings in achieving gender equality, promotion of women's participation in development programs, and the connection between global peace/human rights and women's status in the contemporary world.

While many of these initiatives demonstrate significant potential - aligning with Naila Kabeer's empowerment theory through strengthening the triad of resources, agency, and achievements - they simultaneously reveal fundamental weaknesses in their approaches and corresponding programs. In recent years, the empowerment approach has become central to UN programs for women as a means to address these limitations and enhance capacities.

The focus on women's empowerment by international institutions has rendered their efforts more tangible and acceptable. At the local level, particularly in Iranian society, the study demonstrates that women have not remained isolated from these global developments. Iranian intellectuals and women's rights activists have been particularly influenced by the dominant intellectual currents within UN women's institutions, especially the empowerment approach.

Institutionally and operationally, the Iranian government has attempted to align with this approach, particularly in legal documents, human rights reports, and development programs. However, in practice, no coherent long-term strategy or institutional framework consistent with this approach has been implemented. Concepts related to women's empowerment have been reduced primarily to economic empowerment initiatives for female-headed

households - measures that often resemble welfare support more than genuine empowerment.

Conclusions

Under the empowerment approach, the United Nations has implemented numerous initiatives, most notably in institution-building, discourse formation, and facilitation. However, it is crucial to recognize that significant obstacles continue to hinder women's ability to benefit from international institutions' empowerment capacities. Among the most critical challenges are: the non-binding nature of international guidelines on women's empowerment; the UN's primary focus on governments as the main facilitators of empowerment across nations; the absence of strong civil societies in developing countries; and the ethnocentric (Western-centric) perspective prevalent in international institutions.

Keywords: Development, Empowerment, Iran, UN, Women.



تحولات فکری سازمان ملل در حوزه زنان؛ ظرفیت‌ها و چالش‌های آن برای توانمندسازی زنان ایران و جهان

نوش‌آفرین عزیزی^۱، ابراهیم عباسی^{۲*}

۱. دانش‌آموخته دکتری علوم سیاسی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

۲. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۸

چکیده

مقدمه: مطالعات علمی حول رویکردها و ظرفیت‌های موجود برای توانمندسازی زنان، علاوه بر این‌که می‌تواند دانش نظری ما در این راستا را افزایش دهد، فرصتی است تا نقاط ضعف و قوت این حوزه را متناسب با جامعه ایرانی مورد ارزیابی قرار داده و به‌این‌ترتیب گامی برای توانمندسازی زنان ایرانی که هدف اساسی نگارش این مقاله است برداریم. فرض ما در این پژوهش، بر آن بوده که جریان‌های فکری حاکم بر سازمان ملل در حوزه زنان، تحولات قابل توجهی نیز پیدا کرده و اتخاذ توانمندسازی، به‌عنوان رویکرد فکری حاکم بر نهادهای زنان این سازمان، می‌تواند شاهی بر این ادعا باشد که در همین رابطه به این پرسش پاسخ خواهیم داد؛ تمرکز سازمان ملل بر رویکرد توانمندسازی زنان چه ظرفیت‌ها و چالش‌هایی را برای منتفعان و مرتبطان در بر دارد؟

روش‌ها: در این پژوهش، داده‌ها به روش کتابخانه‌ای- اسنادی جمع‌آوری شده و به صورت کیفی و با رویکرد تحلیلی، مورد تجزیه، تحلیل و طبقه‌بندی قرار گرفتند و مدل توانمندسازی نایلاکیر به‌عنوان

استناد به این مقاله:

عزیزی، نوش‌آفرین و عباسی، ابراهیم (۱۴۰۴). تحولات فکری سازمان ملل در حوزه زنان؛ ظرفیت‌ها و چالش‌های آن برای توانمندسازی زنان ایران و جهان. *مجله مطالعات حقوقی*. ۱۷. (۲). ۳۶۸-۳۲۳.

E-mail address: e.abbassi.ir@gmail.com

* نویسنده مسئول:

چارچوب نظری و لنزی برای برای جمع‌آوری و تحلیل داده‌ها به کار برده شد؛ در این مدل، تأکید شده است که توانمندسازی زنان وابسته به آگاهی انتقادی آن‌ها از شرایطی است که موجب می‌شود در جایگاه زیردستی قرار گیرند و همچنین لازمی توانمندسازی آن‌ها، دسترسی به سه‌گانه منابع، عاملیت و کنترل دستاوردهاست.

یافته‌ها: یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد نهادهای بین‌المللی که مهم‌ترین آن‌ها سازمان ملل متحد است، قبل از آن‌که نظریات توانمندسازی توسط روشنفکران جهان سوم به پارادایم توسعه راه یابد، تحت تأثیر گفتمان‌های فمینیستی (لیبرال، مارکسیست، سوسیالیست، رادیکال و...)، گفتمان‌های توسعه (تجدد محور)، گفتمان‌های حقوق بشری و ... اقدامات متعددی در حوزه زنان انجام داده است؛ تلاش برای ایجاد حقوق شهروندی برابر زنان و مردان، بازتعریف دامنه سیاسی و نقد بدکارکردی‌های دولت در تحقق ایده برابری زنان و مردان، تلاش برای گسترش حضور زنان در برنامه‌های توسعه، گره زدن وضعیت صلح جهانی و حقوق بشر به جایگاه زنان در دنیای کنونی و ... مثال‌هایی از تأثیر و تغییر رویکردهای حاکم بر سازمان ملل برای بهزیستی زنان است که گرچه بسیاری از این اقدامات، ظرفیت‌های درخور توجهی دارند تا مطابق نظریه توانمندسازی نایلاکیر، سه‌گانه منابع، عاملیت و کنترل دستاوردها را که منجر به توانمندسازی زنان می‌شود، در آن‌ها تقویت کنند، لیکن نقاط ضعف اساسی نیز در این رویکردها و برنامه‌های متناسب با آن‌ها وجود داشته و دارد و در همین راستا و به منظور کاهش ضعف‌ها و ایجاد ظرفیت‌های بیشتر، در سال‌های اخیر رویکرد توانمندسازی، شاکله اساسی برنامه‌های سازمان ملل در حوزه زنان را تشکیل می‌دهد.

تمرکز نهادهای بین‌المللی بر رویکرد توانمندسازی زنان، باعث شده اقدامات و بسترسازی‌ها، شکل ملموس‌تر و قابل‌قبول‌تری به خود بگیرد و بررسی موضوع این پژوهش، در مقیاس محلی و متناسب با جامعه ایرانی نیز حاکی از آن است که زنان در ایران، از این تغییر و تحولات جهانی به دور نبوده‌اند و علاوه بر این‌که در حوزه مفهوم‌سازی و جریان‌سازی فکری، روشنفکران و فعالین حوزه زنان به نحو قابل توجهی تحت تأثیر رویکردهای فکری حاکم بر نهاد زنان سازمان ملل و به‌طور خاص رویکرد توانمندسازی قرار گرفته‌اند. در حوزه نهادسازی و عملیاتی کردن مفاهیم نیز، دولت سعی کرده به‌ویژه در اسناد حقوقی، گزارش‌های حقوق بشری و برنامه‌های توسعه، خود را متمایل به این رویکرد نشان دهد ولی در عمل، برنامه منسجم و طولانی‌مدت و نهادسازی متناسب با این رویکرد در کشور ما اتخاذ نشده و مفاهیم مرتبط با توانمندسازی زنان، در عمل به توانمندسازی اقتصادی زنان سرپرست خانوار و موارد این‌چنینی که آن‌هم بیشتر جنبه حمایت‌گری و نه توانمندسازی دارد تقلیل پیدا کرده است.

نتیجه‌گیری: سازمان ملل، ذیل رویکرد توانمندسازی، گستره‌ای از اقدامات را در دستورکار خود قرار داده‌اند که به‌طور کلی می‌توان نهادسازی، گفت‌وگو سازی و تسهیل‌گری را مهم‌ترین آن‌ها دانست. البته نباید از نظر دور داشت که موانع و ضعف‌های اساسی در راه زنان، به منظور بهره‌مندی از ظرفیت‌های نهادهای بین‌المللی برای توانمندسازی هم‌چنان وجود دارد که ازجمله مهم‌ترین آن‌ها، می‌توان به نبود ضمانت اجرایی برای دستورالعمل‌های نهادهای بین‌المللی در حوزه توانمندسازی زنان، توجه اصلی سازمان ملل به دولت‌ها به‌عنوان تسهیل‌گران اصلی توانمندسازی در کشورهای مختلف، نبود جوامع مدنی قوی در کشورهای در حال توسعه و نگاه قوم‌گرایانه (غرب‌محورانه) حاکم بر نهادهای بین‌المللی، اشاره کرد.

واژگان کلیدی: ایران، توانمندسازی، توسعه، زنان، سازمان ملل.

سرآغاز

نهادهای بین‌المللی در قالب کنوانسیون‌ها، قطعنامه‌ها، کنفرانس‌ها، برنامه‌ها، منشورها و نهادهایی‌ها و ارائه کمک‌های مالی، نسبت به موضوعات زنان و برقراری عدالت و برابری جنسیتی واکنش نشان داده‌اند؛ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، برنامه عمل پکن (۱۹۹۵)، سند توسعه هزاره (۲۰۱۵)، تأسیس کمیسیون مقام زنان در ۱۹۴۶، اعلام سال ۱۹۷۵ به‌عنوان سال بین‌المللی زنان، کنوانسیون لغو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹)، کنفرانس زنان در مکزیک، نام‌گذاری دهه زنان از سوی سازمان ملل در طی سال‌های ۱۹۸۵-۱۹۷۵، برگزاری کنفرانس زنان در کپنهاک در سال ۱۹۸۰، برگزاری کنفرانس زنان در نایروبی در سال ۱۹۸۵، برگزاری کنفرانس حقوق بشر در وین در سال ۱۹۹۳، برگزاری کنفرانس پکن در سال ۱۹۹۵، برگزاری کنفرانس پکن +۵ در سال ۲۰۰۰، تشکیل نهاد زنان ملل متحد در سال ۲۰۱۰، برنامه توسعه سازمان ملل و بسیاری دیگر از این موارد را می‌توان حاکی از توجه به زنان، پس از جنگ جهانی دوم و به‌ویژه پس از پایان جنگ سرد دانست (Baylis & Smith, 2004: 1327).

در این میان، شیوه توانمندسازی، در ذیل ایده‌های انتقادی از توسعه عمودی، در اواخر دهه ۱۹۷۰، جلب توجه کرد و در ارتباط با توانمندسازی زنان در توسعه نیز، نوشته‌های ایستر بوزروپ^۱ (۱۹۷۰) با عنوان نقش زنان در توسعه اقتصادی، با این نتیجه‌گیری که توسعه در کشورهای جهان سوم ناموفق بوده است، راه را برای ظهور این دیدگاه در توسعه هموار کرد. به گفته شارما (Sharma, 2000: 21)، استراتژی توسعه، نه تنها به دلیل تحقق ندادن وعده خود، بلکه به دلیل کار برخلاف منافع نوع زن، مورد بازخواست شدید قرار گرفت و انتشار کتاب توسعه، بحران‌ها و دیدگاه‌های جایگزین؛ چشم‌اندازهای زنان جهان سوم (Sen and Grown, 1987) به نقطه عطفی در این زمینه تبدیل شد. این کتاب حاصل تأمل محققان، اندیشه‌ورزان، فعالان و رهبران سیاسی

فمینیست جهان در حال توسعه است و موضع‌گیری‌های مورد توجه در این کتاب به نقش زنان در توسعه، خیلی زود با عنوان «رویکرد توانمندسازی» نام‌گذاری شد (Moser, 1989). رویداد فکری توانمندسازی علاوه بر این که سعی داشت خلأهای نظری را پس از شکست‌های توسعه دربرگیرد در قالب برنامه‌ها و پروژه‌های توانمندسازی نیز به کار گرفته شد؛ بنابراین، نظریات توانمندسازی زنان صرفاً معطوف به حوزه آکادمیک و تأملات اندیشه‌ورزی نبوده و به‌شدت عمل‌گرا نیز هست. رویکرد توانمندسازی زنان و توسعه، در دهه ۱۹۸۰ مورد توجه نهادهای بین‌المللی قرار گرفت و در دهه ۱۹۹۰ در کنفرانس پکن برجسته شد. برنامه اقدام اتخاذشده در کنفرانس چهارم جهانی زنان^۱ (FWCW) در سال ۱۹۹۵ پکن، یک دستورکار برای توانمندسازی زنان است (United Nations, 1995, 8; 1996:17) و هر پنج سال یک‌بار تجدید نظر و تأیید می‌شود.

جامعه ایرانی نیز مستثنا از رویدادها و خواست جهانی نیست و سیاست‌گذاران و محققان در حوزه زنان، برنامه‌ها، عملکرد و هدف‌گذاری‌های سازمان ملل به‌عنوان یک نهاد مشورتی و تسهیل‌گر در این حوزه زنان ایرانی را نادیده نگرفته و پژوهش‌ها و اقداماتی در ذیل آن انجام داده‌اند. برای مثال، می‌توان به مقاله «حقوق مالی زنان در نظام حقوقی ایران و هم‌خوانی آن با اسناد بین‌المللی» نوشته داود عباسی و شیرین رضوانی (۱۴۰۰)، اشاره کرد. در این مقاله سعی شده حقوق مالی زن در نظام حقوقی ایران و اسناد بین‌المللی مقایسه شود. یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد حقوق مذکور، کمابیش با اسناد حقوق بین‌المللی به‌ویژه کنوانسیون حقوق بشر و کنوانسیون لغو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان، میثاقین ۱۹۶۶، ۱۹۶۷ هم‌خوانی دارد؛ البته این هم‌خوانی عمیق نبوده و مطابق بررسی‌های انجام یافته در اکثر زمینه‌ها، سطحی بوده و عمق پیدا نکرده است. فاطمه اصطبار و دیگران (۱۴۰۰) نیز، در مقاله‌ای تحت عنوان «آسیب‌شناسی الحاق ایران به کنوانسیون بین‌المللی لغو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان» با استناد به این

1. Fourth World Conference on Women

گزاره که مطابق قانون اساسی ج.ا.ا، پذیرش هر قانون جدیدی در کشور، منوط به رعایت موازین اسلامی است، با نشان دادن موارد نقض این اصل در صورت پیوستن ایران به کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان، این امر را غیرقانونی دانسته و معتقد است به منظور کاهش فشارهای جهانی در این باره و بهتر کردن وضعیت زنان در جامعه، کشورهای اسلامی می‌توانند اعلامیه حقوق اسلامی زنان را تدوین کنند و بر مبنای این منشور اسلامی، قوانین داخلی خود را در ارتباط با زنان بازنگری نمایند.

به‌طور کلی می‌توان ادعا کرد بیشتر کارهای پژوهشی انجام‌گرفته در حوزه زنان و نهادهای بین‌المللی در کشور، از منظر حقوقی مورد توجه قرار گرفته‌اند و رویکرد توانمندسازی، در میان تحقیقات انجام‌شده، جامعه آماری چندان بالایی را نشان نمی‌دهد. گرچه مسلماً مشابهت‌هایی در پژوهش پیش رو با پژوهش‌های دیگر انجام‌گرفته در این حوزه وجود دارد تفاوت‌های اساسی در موضوع، شیوه و هدف تعریف‌شده این مقاله با سایر تحقیقات موجود در این حوزه به‌وضوح قابل مشاهده است. به این ترتیب، این پژوهش علاوه بر آنکه می‌تواند گامی باشد برای پر کردن خلاءهای پژوهشی موجود در این حوزه و توجه دغدغه‌مندان توسعه و مسائل زنان را در ایران به خود جلب کند، می‌تواند در تهیه برنامه‌های کاربردی توانمندسازی زنان نیز مورد توجه سیاست‌گذاران و فعالان این حوزه قرار گیرد. در این پژوهش، ما از نظریات توانمندسازی زنان و به‌طور خاص، رویکرد توانمندسازی نایلا کبیر به‌عنوان زاویه دید نظری بهره برده و در این چارچوب به جمع‌آوری داده‌ها به صورت کیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسنادی پرداخته‌ایم تا بتوانیم در ادامه با نگاهی تحلیلی-تبیینی و به صورت کیفی به اهداف تعریف‌شده در پژوهش دست یابیم و برای موارد اساسی همچون تأثیر رویدادهای فکری معطوف به بهزیستی زنان، بر برنامه‌های سازمان ملل در این حوزه و ظرفیت‌ها و چالش‌های تمرکز این سازمان بر رویکرد توانمندسازی زنان برای متفعان و مرتبطان جوابی مستدل و علمی بیابیم.

۱. چارچوب نظری؛ توانمندسازی زنان^۱

نظریه توانمندسازی زنان حاصل نظریات جهان‌سوم‌گرایان در الگوواره‌های فکری جنسیت و توسعه است. این نظریه، در پی تواناسازی زنان از راه توزیع مجدد قدرت در داخل خانواده و بین اجتماعات مختلف است (Nikooqadam, 2000: 626). در واقع نظریه توانمندسازی، سعی می‌کند قدرت را کمتر به صورت برتری فردی بر فرد دیگر و بیشتر از لحاظ توان زنان برای افزایش اتکا به خود، شناسایی کند (Rahmativala & Tajodin, 2014: 128). به هر روی، نظریات و مدل‌های متعددی در حوزه توانمندسازی ارائه شده اند که می‌توانند به عنوان دستگاه نظری در پژوهش‌های مرتبط با این حوزه، به کار گرفته شوند، اما از آنجا که نظریه توانمندسازی نایلا کبیر^۲ یکی از نظریات جامع از منظر مفهوم‌شناسی و تبیینی است، از دیدگاه نویسندگان، جوابگوی نیازهای نظری این پژوهش تشخیص داده شده است و مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۱-۱. نظریه توانمندسازی نایلا کبیر

نایلا کبیر، از تئوری انتخاب^۳ و گزینش‌های استراتژیک برای تعریف مفهوم توانمندی سود می‌جوید. او به‌رغم نگرش عمل‌گرایانه، تقلیل مفهوم عاملیت را به تصمیم‌گیری فردی و کنش‌های رؤیت‌پذیر مورد نقد قرار می‌دهد و توجه را به انگیزه‌ها و معنای درونی قدرت و مجموعه گسترده کنش‌های هدفمندی چون چانه‌زنی، مذاکره، مقاومت و اعتراض و نیز فرایندهای پیچیده‌تر شناخت جلب می‌کند (Khatam, 2009: 8). او، توانمندسازی را یک دگرگونی مجدد روابط قدرت بین زنان و مردان تعبیر می‌کند «به طوری که زنان، قدرت بیشتری بر زندگی خود و مردان، قدرت کمتری بر زندگی زنان دارند» (Kabeer, 1999: 464). کبیر، توانمندسازی را مفهومی با پتانسیل نظری و عملی

1. Women Empowerment

2. Naila Kabeer

3. Choice theory

می‌داند که ارزش آن، بیش از شعاری توخالی است. وی، لازم می‌داند که مفهوم قدرت را برای تبیین توانمندسازی تجزیه کند و بر همین اساس، توضیح می‌دهد: «ماهیت چند بعدی قدرت نشان می‌دهد استراتژی‌های توانمندسازی برای زنان باید بر «قدرت درون» به‌عنوان یک مکمل ضروری برای بهبود توانایی آنها در کنترل منابع، تعیین برنامه‌ها و تصمیم‌گیری بنا شود. قدرت از درون به «تشخیص و تحلیل تجربی» مسائل مربوط به زیردستی خود زنان و چگونگی حفظ آن نیاز دارد. «چنین قدرتی را نمی‌توان داد، باید خود تولید شود» (Kabeer, 1994). او بر اهمیت عناصری مانند احترام به خود و احساس عاملیت تأکید می‌کند و معتقد است تجزیه و تحلیل دقیق و تأملات روشنگرانه پیش‌شرط‌های لازم برای ایجاد شکل جدیدی از آگاهی است. این ایده مبتنی بر مفهوم پائول^۱ از «آگاهی انتقادی» است که در آن فرآیند توانمندسازی با یک فرآیند آموزشی مرتبط است. علاوه بر این، کبیر (۱۹۹۴) معتقد است که «عزت نفس و احساس به‌عنوان عامل فعال بودن» اصول اساسی توانمندسازی هستند. کبیر، ارزش کنش جمعی را نادیده نمی‌گیرد، بلکه آن را در دستیابی به توانمندی اجتماعی و همچنین سیاسی مفید می‌داند. به نظر او، روند توانمندسازی باید در تغییر سیاست‌های نهادهای دولتی و بازار تأثیر بگذارد که در نهایت زندگی زنان را شکل می‌دهد و محدود می‌کند. (Naz, 2006).

به این ترتیب می‌توان گفت از دیدگاه کبیر، قدرتمند شدن به گسترش توانایی افراد برای اتخاذ تصمیمات کلان و راهبردی زندگی در زمینه‌ای بازمی‌گردد که پیشتر، این توانایی از آنها دریغ شده بود. تغییر در توان انتخاب کردن را می‌توان به صورت تغییر در سه بعد اساسی مرتبط با هم دانست که به شخص توان انتخاب‌گری می‌دهند. این سه بعد عبارت‌اند از: «منابع»، که شرایطی را به وجود می‌آورند تا تحت آن انتخاب امکان پذیر شود؛ «عاملیت» در مرکز فرایندی قرار دارد که به واسطه آن انتخاب صورت می‌گیرد؛ و «دستاوردها» که عبارت‌اند از نتایج انتخاب‌ها. این ابعاد، متقابلاً به یکدیگر

وابسته‌اند؛ زیرا تغییر در هریک از آنها بر دیگران اثر می‌گذارد و از آنها اثر می‌پذیرد یا موجب پدید آمدن تغییر در آنها می‌شود (Khatam, 2009: 18). منابع ممکن است مادی، اجتماعی یا انسانی باشند. به عبارت دیگر، نه تنها به منابع اقتصادی مرسوم همچون زمین، تجهیزات، سرمایه کاری و غیره بلکه به منابع گوناگون انسانی و اجتماعی بازمی‌گردند که در خدمت افزایش توانایی انتخاب کردن قرار می‌گیرند. منابع انسانی، در فرد متجسم‌اند و دربرگیرنده دانش او، مهارت‌هایش، خلاقیتش، تخیلش و جز اینها هستند. از سوی دیگر، منابع اجتماعی متشکل از داعیه‌ها، تعهدات، و انتظاراتی هستند که ذاتی مناسبات، شبکه‌ها و ارتباطاتی‌اند که در عرصه‌های گوناگون زندگی وجود دارند و افراد را قادر می‌کنند که موقعیت و فرصت‌های زندگی خود را بیش از آن چیزی بهبود ببخشند که در تلاش‌های فردی آنها به‌تنهایی ممکن می‌شود. منابع از طریق نهادها و فرایندهای گوناگون توزیع می‌شوند و دسترسی به آنها را قواعد، هنجارها، و رویه‌هایی تعیین می‌کنند که در قلمروهای نهادی‌شده گوناگون متداول هستند (Kabeer, 2009: 19).

بعد دوم از قدرت با عاملیت مرتبط است؛ یعنی توانایی تعریف اهداف فردی و عمل کردن بر اساس آنها. عاملیت چیزی بیش از کنش‌های رؤیت‌پذیر است؛ دربرگیرنده معنا، انگیزه و هدفی است که افراد به فعالیت‌شان می‌دهند. معنایی که برای عاملیت‌شان، یا «قدرت درونی» قائل‌اند. در حالی که عاملیت، به‌ویژه در ادبیات اقتصادی، غالباً به منزله «تصمیم‌گیری فردی» به کار گرفته می‌شود؛ در واقع، دربرگیرنده مجموعه گسترده‌تری از کنش‌های هدفمند شامل چانه‌زنی، مذاکره، خدعه و نیرنگ، دخل و تصرف و تقلب، براندازی، مقاومت و اعتراض و نیز فرایندهای پیچیده‌تر شناختی بازانديشانه و تحلیلی است. عاملیت همچنین دربرگیرنده بازانديشی و کنش جمعی و فردی هم هست و بالاخره دستاوردها معرف نتایج برآمده از انتخاب‌های مختلف هستند (Kabeer, 1999: 338-342). به این ترتیب، توانمندسازی «فرآیندی است

که طی آن کسانی که از توانایی ساختن زندگی استراتژیک محروم شده‌اند انتخاب چنین توانایی را به دست می‌آورند» (Kabeer, 1999:346).

۲. اقدامات سازمان ملل در جهت توانمندسازی زنان

۱-۲. فمینیسم و سیاست‌گذاری‌های جهانی

کمیسیون مقام زن (CSW) یکی از اولین نهادهایی است که شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۶ تشکیل داد^۱ و مهمترین رکن سازمان ملل برای تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری در مورد جایگاه زنان محسوب می‌شود. این کمیسیون، درباره هر مسئله مرتبط با زنان، پیشنهادها و گزارش‌های خود را به سازمان ملل متحد ارائه کرده است و در موارد ضروری می‌تواند برای جلوگیری یا کاهش نقض حقوق زنان، اقدام بین‌المللی فوری انجام دهد.^۲ در اولین جلسه کمیسیون مقام زنان که در فوریه ۱۹۴۷ برگزار شد بر سه اصل مهم تأکید گشت: الف) آزادی و برابری برای توسعه انسانی ضروری است و بنابراین زنان به‌عنوان انسان حق دارند در آنها با مردان سهیم شوند؛ ب) سعادت و پیشرفت جامعه به میزانی بستگی دارد که زن و مرد در ساختن جامعه خود نقش مشخص داشته باشند؛ ج) زنان باید در مبارزه برای صلح، جلوگیری از تجاوز و حذف ایدئولوژی فاشیستی مشارکت فعال داشته باشند (E/281/Rev.1(1947), 11-2). این اصول، بعداً به‌عنوان سه هدف اولین کنفرانس سازمان ملل متحد در مورد زنان بیان گشت که در سال ۱۹۷۵ در مکزیک برگزار شد، و متعاقباً به سه موضوع دهه سازمان ملل متحد برای زنان (۱۹۷۶-۱۹۸۵) تبدیل شد: برابری،

1. ECOSOC Resolution establishing the Commission on the Status of Women. E/RES/2/11, 21 June 1946.

۲. اجلاس سالانه کمیسیون مقام زن طی ده روز کاری (اواخر فوریه تا اوایل مارس) در نیویورک برگزار می‌شود و در هر دوره اجلاس، موضوعاتی مشتمل بر موضوع اصلی، موضوع فرعی و موضوع فوق‌العاده، مطرح می‌شوند.

توسعه و صلح. با این حال، فراتر از این اصول، توافق اندکی در مورد اولویت‌ها و استراتژی‌ها وجود داشت؛ زیرا تعهدات سیاسی و گرایش‌های ایدئولوژیک کشورهای عضو متفاوت بود.

دیدگاه‌های رقابتی در سیاست، تقسیم‌بندی‌ها و رقابت‌های جنگ سرد، بحث‌ها و سیاست‌های کمیسیون مقام زن را شکل دادند، به‌ویژه در دهه‌های اولیه، زمانی که فمینیسم‌های لیبرال و مارکسیست، دیدگاه‌های اصلی رقابت را تشکیل می‌دادند. فمینیسم لیبرال با تقاضای فرصت‌های برابر برای آموزش زنان، حقوق انتخاباتی، مشارکت اقتصادی، دسترسی برابر به حوزه عمومی و ادغام در تمام نهادهای مردانه، به دنبال تغییر تدریجی از طریق اصلاحات قانونی و قوانین ضد تبعیض بود و دولت را دستگاهی می‌دانست که می‌تواند برای ایجاد فرصت‌های برابر برای زنان و همچنین، ایجاد برابری جنسیتی استفاده شود (Arta, 2015:3). مارکسیست‌ها با تلقی دولت به‌عنوان ابزار طبقه حاکم/مالک، رهایی زنان را تنها از طریق رهایی طبقه کارگر با یک انقلاب پرولتاریایی ممکن می‌دانستند که مالکیت خصوصی بر ابزارهای تولید را از بین ببرد و زنان را به سمت تولید سوق دهد. اولین نمایندگان کمیسیون مقام زن، از کشورهای بلوک غربی که عمدتاً از فمینیسم لیبرال پیروی می‌کردند، مشکلاتی که زنان را به دلیل جنسیت آنها تحت تأثیر قرار می‌داد در اولویت قرار دادند و حقوق شهروندی برابر را ترویج کردند و نگرش آنها تا دهه ۱۹۶۰ در این کمیسیون (مقام زن)، غالب بود و منجر به ایجاد معاهدات محدودی چون کنوانسیون حقوق سیاسی زنان (۱۹۵۲)، کنوانسیون تابعیت زنان متأهل (۱۹۵۷)، کنوانسیون توصیه در مورد رضایت به ازدواج، حداقل سن برای ازدواج و ثبت ازدواج (۱۹۶۲) شد؛ همچنین بر آداب و رسوم و اعمال خاص (مانند ختنه زنان، چند زنی و قیمت عروس) که برای زنان مضر تلقی می‌شد، انتقادهایی وارد آورد؛ البته به دلیل محدودیت رویکردی، نبود مقررات اجرایی، تصویب نکردن گسترده آن توسط کشورهای عضو، در عمل این معاهدات تأثیر محدودی از خود به‌جا گذاشتند (Arta, 2015:3).

روند استعمارزدایی که در دهه‌های ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ به اوج خود رسید، اعضای سازمان ملل را افزایش داد و توجه را به مسائل توسعه معطوف کرد. اعضای بلوک شرق، با حمایت برخی از کشورهای غیرمتعهد (جهان سوم)، بر ادغام زنان در روند توسعه تأکید کردند. نگرشی یک‌پارچه که به دنبال ایجاد فرصت‌های آموزشی برای زنان بود، با خواسته‌های لیبرال فمینیستی همسو شد و در غرب نیز مورد حمایت قرار گرفت. زمانی که کشورهای قدرتمند غربی شروع به ایجاد دفاتر «زنان در توسعه» در آژانس‌های توسعه خود کردند، «زنان در توسعه» (WID) به عنوان یک الگوی توسعه ظاهر شد (Chowdhry, 1995; Rathgeber, 1990)؛ با این حال، بر رویکرد «زن در توسعه» به دلیل پیروی از تئوری مدرنیزاسیون انتقادهایی وارد شد مبنی بر اینکه تجربه غربی را الگو قرار می‌دهد (Staudt, 1985; Kabeer, 1994). کشورهای بلوک شرق مجدداً با توجه به مسائل توسعه و اقتصاد، از اعلامیه لغو تبعیض علیه زنان (۱۹۶۷) حمایت کردند. این اعلامیه با تأیید مجدد هنجارهای برابری و پرداختن به مسائل مربوط به حقوق اقتصادی و اجتماعی، حمایت از مادران و استثمار از طریق فحشا، بستر محتوایی کنوانسیون لغو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان^۱ را مهیا و صورت‌بندی کرد. کمیته لغو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان، که به موجب کنوانسیون در سال ۱۹۷۹ تأسیس شد تلاش مهمی برای جبران تعصبات مردانه در رژیم حقوق بشر، به رهبری سازمان ملل بود (Charlesworth, 1995; Thornton, 2010). این کنوانسیون، علاوه بر شمارش مجموعه وسیعی از حقوق، تعریفی جامع از تبعیض (ماده ۱) ارائه می‌دهد و مکرراً دولت‌های عضو را موظف می‌کند اقداماتی را برای حذف تمامی قوانین و رویه‌های عرفی تبعیض‌آمیز علیه زنان انجام دهند، اما اعلامیه رفع تبعیض علیه زنان نمی‌توانست به نگرانی‌هایی مانند خشونت مبتنی بر جنسیت، حقوق باروری و آزادی‌های جنسی، پاسخ مناسبی دهد و علاوه بر این، به جز اشاره به زنان روستایی، زنان را موجودی همگن می

دانست؛ البته برخی از محدودیت‌های کنوانسیون لغو کلیه اشکال تبعیض زنان، بعداً به لطف ظهور گفتمان‌های فمینیستی جدید اصلاح شد.

موج دوم فمینیسم، در برخی از کشورهای غربی، از اواخر ۱۹۶۰ ظهور کرد. اگرچه فمینیسم لیبرال هنوز بر گفتمان عمومی تسلط داشت، فمینیست‌های رادیکال و سوسیالیست برای جلب توجه به تبعیت زنان،^۱ نه تنها در عرصه عمومی بلکه در حوزه خصوصی و برای بازتعریف دامنه «سیاسی» وارد بحث شدند. فمینیست‌های رادیکال، مجموعه‌ای از پیشنهادها را ارائه داده‌اند، از جمله جدایی طلبی (Firestone, 1970)،^۲ مادرسالاری (Bunch, 1975)^۳ و ممنوع کردن فحشا و پورنوگرافی (MacKinnon, 1989).^۴ فمینیسم سوسیالیستی از فمینیست‌های لیبرال، به دلیل تمرکز انحصاری آنها بر سرکوب جنسیتی و فمینیسم مارکسیستی به دلیل برخورد با ستم جنسیتی به عنوان یک مشتق از ستم طبقاتی انتقاد می‌کند و ادعا دارد که برابری جنسیتی تنها با پرداختن هم‌زمان به علل تبعیت در ساختارهای درهم تنیده تولید، تولید مثل، جنسیت و اجتماعی شدن کودکان می‌تواند به دست آید (Milett, 1969/2000؛ Mitchell, 1966). فمینیست‌های سوسیالیست، با تعریف پدرسالاری «به عنوان مجموعه‌ای از روابط اجتماعی که پایه مادی دارد و در آن روابط سلسله‌مراتبی بین مردان و همبستگی بین آنها وجود دارد که آنها را قادر می‌سازد بر زنان تسلط پیدا کنند» (Hartmann, 1975: 18)، ازدواج دگرجنس‌گرا (و در نتیجه هم‌جنس هراسی)، بچه‌دار شدن زنان و کار خانه‌داری،

۱. تبعیت زنان امری منتج از برابر ندانستن زنان با مردان بوده که منجر به فرو دست‌انگاری آنان شده و زنان در رتبه‌ای پایین‌تر از مردان قرار می‌گیرند و آنان را ملزم به فرمانبرداری از ساختارها، نهادها و انگاره‌های مردسالارانه می‌کند.

2. Firestone, Shulamith. 1970. *The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution*. New York: Bantam Books

3 12. Bunch, Charlotte. 1975. "Lesbians in Revolt," in *Lesbianism and the Women's Movement*, ed. Nancy Myron and Charlotte Bunch. Baltimore: Diana Press, 29-37

4. MacKinnon, Katherine. 1989. *Toward a Feminist Theory of the Sex*, Cambridge, MA: Harvard University Press

وابستگی اقتصادی زنان به مردان (که ترتیبات در بازار کار آن را اعمال می‌کند)، دولت و نهادهای متعدد مبتنی بر روابط اجتماعی بین مردان - باشگاه‌ها، ورزش، اتحادیه‌ها، حرفه‌ها، دانشگاه‌ها، کلیساها، شرکت‌ها و ارتش‌ها را از جمله روابط سلسله‌مراتبی مبتنی بر پدرسالاری برشمرده است و به آنها انتقاد وارد کرده‌اند (Arat, 2015: 8-19). فارغ از مباحث درگرفته میان فمینیست‌های لیبرال، رادیکال، مارکسیست و سوسیالیست، انتشار کتاب مشهور استر بوزروپ، اقتصاددان دانمارکی، نقش زنان در توسعه اقتصادی در سال ۱۹۷۰، پرسش‌هایی را درباره رویکرد «جنسیت خنثی» آژانس‌های کمک‌رسان و سیاست‌های توسعه ایجاد کرد. این مطالعه، با جلب توجه به ویژگی جنسیتی نیروی کار ارائه‌شده مردان و زنان، چه در بازار، به‌عنوان کارگران مزدبگیر و چه در حوزه خانگی به‌عنوان کارگران بدون مزد، به سهم قابل توجه این نیروی کار در اقتصاد ملی پرداخته است و الهام‌بخش بسیاری اقدامات و گفتمان‌سازی‌ها در حوزه زنان از جمله مفهوم سازی پارادایم‌های توسعه جایگزین، معروف به «زنان و توسعه» (WAD) و «جنسیت و توسعه» (GAD) به ترتیب در اواخر دهه ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ شد که هر دو رویکرد، جامع‌تر از رویکرد «زنان در توسعه» بودند (Arta, 2015: 677). در حالی که «رویکرد زن و توسعه»، از نظریه وابستگی نئومارکسیستی پیروی می‌کرد و بر نابرابری‌های بازتولیدشده سیاست‌های استعماری نو و ارزش کار باروری و بدون مزد زنان تأکید می‌کرد، «رویکرد جنسیت و توسعه» بر پیوند بین نقش‌های جنسیتی در حوزه‌های عمومی و خصوصی تأکید می‌ورزید و استراتژی‌های «از پایین به بالا» سازمان‌های مردمی را ترویج می‌کرد و به‌عنوان جایگزینی برای طرح‌های توسعه از بالا به پایین مورد توجه قرار گرفت که بر مردم کشورهای در حال توسعه تحمیل شده بود.^۱

۱. برای بحث مختصر در مورد این پارادایم‌ها، Rathgeber 1990 را ببینید.

۲-۲. حقوق بشر، توسعه پایدار و توانمندسازی زنان

در اواخر دهه ۱۹۸۰، کمیسیون جهانی محیط زیست و توسعه، مفهوم «توسعه پایدار» را نوعی از توسعه تعریف کرد که «نیازهای حال را برآورده می‌کند بدون اینکه توانایی نسل‌های آینده را برای تأمین نیازهای خود به خطر بیندازد.»^۱ به منظور دستیابی به توسعه پایدار، سه عنصر اصلی که باید هماهنگ شوند، رشد اقتصادی، شمول اجتماعی و محافظت از محیط زیست هستند. توسعه پایدار، با هدف ریشه‌کن کردن فقر از طریق ایجاد فرصت‌های بیشتر برای همه، کاهش نابرابری‌ها، بالا بردن استانداردهای اساسی زندگی و تقویت توسعه اجتماعی عادلانه، ارتباط تنگاتنگی با توانمندسازی زنان پیدا می‌کند. در واقع، توسعه پایدار بدون برابری جنسیتی حاصل نمی‌شود. توانمندسازی زنان عاملی اصلی برای دستیابی به رشد پایدار اقتصادی، توسعه اجتماعی و پایداری محیط زیست است. تقریباً در همه کشورها، زنان مسئولیت اصلی تغذیه، مراقبت از کودکان و مدیریت خانواده را به اشتراک می‌گذارند. در بیشتر کشورهای در حال توسعه، زنان در نگهداری از حیوانات، کشاورزی و تهیه و مصرف آب و سوخت، نقش عمده‌ای دارند. جنبش فراملی زنان با توجه به نگرانی فمینیست‌های جهان سوم در مورد زوال محیطی، بر پیوند بین منافع زنان، محافظت از محیط زیست و توسعه پایدار عادلانه تأکید کردند و نهایتاً تلاش زنان در فرایند کنفرانس ریو (Earth Summit, 1992) باعث شد یک فصل از بیانیه نهایی، به زنان و توسعه پایدار اختصاص داده شود و بیش از صد مرجع و توصیه‌های مربوط به زنان در دستورکار به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اسنادها در سطح جهانی گنجانده شود (Sudershan Kumar Pathania, 2017:74).

کنفرانس بین‌المللی جمعیت و توسعه ۱۹۹۴، اجلاس اجتماعی ۱۹۹۵ و چهارمین کنفرانس جهانی زنان در سال ۱۹۹۵، کار سازمان ملل متحد را، بر محیط زیست،

1 . A/42/27, Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development, see <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#IV>.

جمعیت، حقوق بشر، فقر و جنسیت و روابط بین اینها متمرکز کرد. زنان، «گروه اصلی» در نظر گرفته شدند که مشارکت آنها برای دستیابی به توسعه پایدار ضروری بود (Sudershan Kumar Pathania, 2017:74). خشونت علیه زنان، در دهه ۱۹۹۰ به کانون حمایت سازمان ملل متحد تبدیل شد. اعلامیه لغو خشونت علیه زنان که در سال ۱۹۹۳ تصویب شد، پیشنهاد می‌کند که زنان برخی از نقض‌های حقوق بشری را تجربه می‌کنند که منحصر به جنسیت آنهاست یا از شیوه‌ای که بر مردان تأثیر می‌گذارد متمایز است. کمیته تخصصی که بر اجرای کنوانسیون لغو تمامی اشکال تبعیض علیه زنان، نظارت می‌کند، قبلاً خشونت علیه زنان را، چه بازیگران دولتی یا خصوصی آن را مرتکب شوند، نوعی تبعیض تعریف کرده بود و تجاوز جنسی در دادگاه‌های بین‌المللی جنایت جنگی شناخته شد. در مارس ۱۹۹۴، کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل، قطعنامه ای را برای تعیین یک گزارشگر ویژه در مورد خشونت علیه زنان تصویب کرد. به دنبال شعار «حقوق زنان، حقوق بشر است»، کنفرانس جهانی حقوق بشر، که در ژوئن ۱۹۹۳ در وین برگزار شد، تأیید کرد که «حقوق بشر زنان و دختر بچه‌ها، جزء لاینفک، جدایی‌ناپذیر و تفکیک‌ناپذیر حقوق بشر جهانی است» (A/CONF.157/23).

چهارمین کنفرانس جهانی زنان که در سپتامبر ۱۹۹۵ در پکن برگزار شد، تأکید کرد که توانمندسازی، مشارکت کامل و برابری برای زنان، پایه و اساس صلح و توسعه پایدار است (Sudershan Kumar Pathania, 2017:74). در واقع توانمندسازی زنان، به گونه‌ای در گفتمان‌های توسعه مورد توجه قرار گرفته که حتی می‌توان گفت توانمندسازی بخشی از پارادایم توسعه است. در واقع کنفرانس پکن، فرصتی برای گسترش دستور کار ۲۱ ایجاد کرد؛ بنا بر این سند، اعلامیه پکن و پلتفرم اقدام، «دستور کاری برای توانمندسازی زنان» را تعیین کرد و خواستار «رفع همه موانع بر سر راه مشارکت فعال زنان در تمام حوزه‌های زندگی عمومی و خصوصی از طریق سهم کامل و برابر در اقتصاد، تصمیم‌گیری اجتماعی، فرهنگی و سیاسی گردید». این سند، علاوه بر شناسایی دوازده «منطقه مهم نگرانی» که نیاز به مداخله استراتژیک از جانب زنان و

دختران دارد، از گفتمان لیبرال فمینیستی فراتر می‌رود و بر مشکلات فقر، نابرابری‌های اقتصادی و نظامی‌گری؛ تأثیرات منفی سیاست‌های تعدیل ساختاری توجه و بر «علل ساختاری فقر» تأکید می‌کند و خواهان «تغییر بنیادین» و «جریان‌سازی جنسیتی» در طراحی، نظارت و ارزیابی سیاست‌ها و برنامه‌ها، توسط همه بازیگران مرتبط است (Arta, 2015: 679).

سازمان ملل، در سپتامبر ۲۰۰۰، سند هزاره را تصویب کرد و در آن، هشت هدف توسعه هزاره را با معیارهای مشخصی که باید تا سال ۲۰۱۵ یا قبل از آن محقق شود، تصویب کرد: (۱) ریشه کن کردن فقر شدید و گرسنگی؛ (۲) دستیابی به آموزش ابتدایی جهانی؛ (۳) ترویج برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان؛ (۴) کاهش مرگ و میر کودکان؛ (۵) بهبود سلامت مادر؛ (۶) مبارزه با HIV/AIDS، مالاریا و سایر بیماری‌ها؛ (۷) تضمین پایداری زیست محیطی؛ (۸) گسترش مشارکت جهانی برای توسعه (A/RES/55/2). به این ترتیب، توانمندسازی زنان و برابری جنسیتی، به یکی از اهداف مهم سازمان ملل تبدیل شد و به‌عنوان یکی از اصول اساسی حقوق بشر و توسعه پایدار مورد توجه قرار گرفت. این هدف تا آنجا قابل توجه بود که به اصلاحات ساختاری در سازمان ملل منجر شد. به این صورت که در جولای ۲۰۱۰، مجمع عمومی سازمان ملل متحد، نهاد زنان ملل متحد را برای برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان^۱ تأسیس کرد. با انجام این کار، کشورهای عضو سازمان ملل، گامی تاریخی در تسریع اهداف سازمان، در مورد برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان برداشتند. ایجاد نهاد زنان ملل متحد منابع و دستورات را برای تأثیر بیشتر گرد هم آورد و به ادغام چهار بخش مهم مربوط به زنان یعنی بخش پیشرفت زنان (DAW)، مؤسسه بین‌المللی تحقیقات و آموزش برای پیشرفت زنان (INSTRAW)، دفتر مشاور ویژه مسائل جنسیتی و پیشرفت زنان

1. The United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women

(OSAGI) و صندوق توسعه سازمان ملل متحد برای زنان (UNIFEM) انجамید (About UN Women, 2010).

نهاد زنان سازمان ملل متحد، از کشورهای عضو سازمان ملل متحد، برای دستیابی به برابری جنسیتی حمایت می‌کند و با دولت‌ها و جامعه مدنی برای طراحی قوانین، سیاست‌ها، برنامه‌ها و خدمات مورد نیاز برای اطمینان از اجرای مؤثر استانداردها به نفع واقعی زنان و دختران در سراسر جهان همکاری می‌نماید. این نهاد برای آنکه چشم انداز اهداف توسعه پایدار را برای زنان و دختران به واقعیت تبدیل کند فعالیت خود را در سطح جهانی گسترش داده است و از مشارکت برابر زنان در تمام جنبه‌های زندگی، با تمرکز بر چهار اولویت استراتژیک زیر حمایت می‌کند: رهبری، مشارکت و بهره‌مندی از سیستم‌های حکومتی؛ برخورداری از امنیت درآمد، کار شایسته و استقلال اقتصادی؛ برخورداری از زندگی عاری از هرگونه خشونت؛ مشارکت در ایجاد صلح و تاب‌آوری پایدار، اقدامات انسان‌دوستانه و پیشگیری از بلایای طبیعی و درگیری‌ها (Global Partnership for Sustainable Development Data, 2020).

رهبران جامعه جهانی در کنفرانس ریو+۲۰ که بیست سال پس از اولین اجلاس رسمی توسعه پایدار در سال ۲۰۱۲ برگزار شده بود به بررسی نتایج به دست‌آمده پرداختند. سرانجام مقرر شد تا اهداف توسعه پایدار بر مبنای کلیه اصول بیانیه ریو، دستور کار ۲۱ و برنامه اجرایی ژوهانسبورگ باشد و شرایط، ظرفیت‌ها و اولویت‌های متفاوت ملی کشورها را مدنظر قرار دهد. این اهداف پس از بحث و بررسی‌های متعدد در نهایت با عنوان دگرگونی و تحول در جهان ما: دستور کار ۲۰۳۰ برای توسعه پایدار پیشنهاد شد. به این ترتیب، بر اساس توافقات انجام‌شده، اهداف توسعه پایدار جایگزین اهداف توسعه هزاره پس از سال ۲۰۱۵ شد. این اهداف، هفده آرمان و ۱۶۹ شاخص، برای کشورهای مختلف در حوزه‌های متعدد اقتصادی، اجتماعی، نهادی و محیط زیستی، هدف‌گذاری کرده است (Sangachin, 2015:22). گرچه آرمان پنجم به‌طور اختصاصی به توانمندسازی و برابری جنسیتی می‌پردازد بسیاری از اهداف توسعه پایدار

با توانمندسازی زنان در ابعاد جنسیتی فقر، بهداشت، آموزش، اشتغال و امنیت، مرتبط است و می‌توان گفت در صورتی آرمان پنجم یعنی برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان محقق خواهد شد که دیگر اهداف مشخص‌شده نیز عملیاتی شوند و به عبارتی نمی‌توان توانمندسازی زنان و توسعه پایدار را به صورت اهدافی منفک از یکدیگر در نظر گرفت.

به این ترتیب، می‌توان ادعا کرد حقوق بشر و توسعه پایدار، مهمترین منابع سازمان ملل و از جمله نهاد زنان ملل متحد برای توانمندسازی زنان به شمار می‌آیند. بر همین اساس، برنامه استراتژیک ۲۰-۲۵ زنان ملل متحد به منظور دستیابی به اهداف توسعه پایدار دستور کار ۲۰۳۰ سازمان ملل متحد، طراحی شده و بیان می‌کند که زنان ملل متحد چگونه می‌توانند از دستورالعمل سه‌گانه پشتیبانی هنجاری، هماهنگی سیستم‌های بین‌المللی و فعالیت‌های عملیاتی برای بسیج اقدام فوری به جهت دستیابی به اهداف ۲۰۳۰ استفاده کنند. در این برنامه تأکید می‌شود با توجه به ماهیت به هم پیوسته چالش‌های جهانی، نهاد زنان سازمان ملل، بر روی شیوه‌های یکپارچه برای پرداختن به دلایل اصلی نابرابری و تأثیرگذاری بر تغییر سیستم‌های وسیع‌تر، به شرح ذیل، تمرکز خواهد کرد: حاکمیت و مشارکت در زندگی عمومی؛ توانمندسازی اقتصادی؛ پایان دادن به خشونت علیه زنان و دختران؛ زنان، صلح، امنیت و اقدامات بشردوستانه و کاهش خطر بلایا.

دستورالعمل سه‌گانه نهاد زنان ملل متحد (UN-Women)، به همراه شبکه جهانی و تخصص سیاست‌گذاری و برنامه‌نویسی عمیق، ظرفیت منحصر به فردی به این نهاد می‌بخشد و این نهاد را قادر می‌کند تا از کشورهای عضو برای تقویت هنجارها و استانداردهای جهانی به منظور برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان در سایر مناطق حمایت کند؛ ارتقاء هماهنگی و انسجام در سیستم سازمان ملل برای افزایش مسئولیت‌پذیری و نتایج برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان، نهاد زنان ملل متحد را قادر می‌کند فعالیت‌های عملیاتی برای ترجمه و تفسیر هنجارها و استانداردهای جهانی

را به عنوان قانون و هم چنین سیاست ها و استراتژی ها را در سطح منطقه ای و کشوری، برای حمایت از کشورهای عضو انجام دهد. این امر به زنان سازمان ملل اجازه می دهد تا بازیگران جهانی، ملی و محلی را پیوند دهند تا محیطی توانمند برای دستیابی به برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان در سراسر جهان ایجاد کنند (UNW/2021,2). علاوه بر این، نهاد زنان ملل متحد، با پذیرش مفهوم فمینیستی تقاطع پذیری^۱ واکنش خود را به پیشرفت های نظری در گفتمان فمینیستی نشان داده است. تقاطع گرایی، برگرفته از نظریه های مختلف فمینیستی است که از مواجهه با «زنان» به عنوان مقوله ای همگن و نادیده گرفتن این مسئله انتقاد می کند که چگونه زنان ممکن است در آن واحد تحت انقیاد و امتیاز قرار گیرند. «تقاطع پذیری» معمولاً ابزاری تحلیلی برای مطالعه، درک و پاسخ به روش هایی تعریف می شود که جنسیت با هویت های دیگر تلاقی می کند و اینکه چگونه این تقاطع ها به تجربیات منحصربه فرد ظلم و امتیاز کمک می کند (Symington, 2004:1). بر همین اساس، نهاد زنان ملل متحد علاوه بر اینکه اذعان دارد افزایش نابرابری ها و محرومیت اقتصادی نشانه ای است از مدل های توسعه که در آن دستاوردها به طور عادلانه به اشتراک گذاشته نمی شوند، توضیح می دهد که درگیری و شرایط اضطراری بشردوستانه که به طور فزاینده ای طولانی است و نتایج ویرانگر برای غیرنظامیان و از جمله زنان به همراه دارد، تخریب محیط زیست و از بین رفتن تنوع زیستی و تغییرات آب و هوا با بهره برداری بیش از حد از منابع طبیعی، که منافع چندانی برای کشورهای کمتر توسعه یافته نداشته اند را می توان از دلایل اساسی پیشرفت نداشتن سازمان ملل در توانمندسازی زنان دانست. همچنین این نهاد می پذیرد که برنامه های سازمان ملل در قبال زنان و دخترانی که چندین شکل تبعیض را بر اساس سن، طبقه، ناتوانی، نژاد، قومیت، گرایش جنسی و هویت جنسیتی یا وضعیت مهاجرت تجربه می کنند، کمترین پیشرفت را داشته است (UNW/2021,3-4) و بر همین اساس،

با اعلام مواضع اساسی مبتنی بر حقوق بشر خود که «هیچ‌کس را پشت سر نمی‌گذاریم»^۹ وفق نگاه خود را به زنان و مسائل آنان گسترش داده است و با شناسایی و پرداختن به موانع ساختاری و روابط نابرابر قدرت، که نابرابری‌ها را در طول نسل‌ها تولید می‌کند، به تبعیض و نابرابری پاسخ می‌دهد.

در واقع، نهاد زنان ملل متحد سعی کرده است خود را رهبر اندیشه و عمل جهانی در حوزه زنان معرفی کند. بر همین اساس دانش فنی اساسی و عمیقی در چهار زمینه موضوعی تأسیس خود دارد و در طول یک دهه گذشته در تولید تحقیق، داده و دانش درباره برابری جنسیتی، در صدر انتشارات معتبر جهان قرار دارد. زنان سازمان ملل، همچنین از نقش خود به‌عنوان قهرمان پیشرو جهانی برای ایجاد روابط قوی و قابل اعتماد میان زنان و دختران و مجموعه وسیعی از شرکا شامل دولت‌ها، جامعه مدنی، بخش خصوصی و حتی مردان استفاده می‌کند و این توانایی، ناشی از به کارگیری استراتژی چند جانبه از سیستم عامل‌ها و دیالوگ‌ها و استفاده از رسانه‌ها و گسترش اندیشکده‌ها و مؤسسات تحقیقاتی است (UNW/2021;20-21). توجه نهاد زنان ملل متحد به اولویت‌های کشورهای عضو در حوزه زنان از دیگر مواردی است که برای دستیابی به توانمندسازی زنان مورد توجه قرار گرفته است. به این ترتیب که نهاد زنان ملل متحد به درخواست‌های کشورهای عضو برای حمایت از طریق ارائه برنامه‌های جهانی، منطقه‌ای و کشوری برای برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان، از جمله سهم فزاینده برنامه‌های مشترک سازمان ملل، پاسخ می‌دهد. رویکردهای مهم شامل ارائه رهبری فکری و مشاوره خط مشی، توسعه ظرفیت و کمک فنی، مشارکت چندجانبه و حمایت و ارتباطات است. نهاد زنان ملل متحد، سعی دارد اطمینان حاصل کند که مداخلات به‌طور کامل اولویت‌های ملی را منعکس می‌کند. این نهاد همچنین از جامعه مدنی و سازمان‌های مردمی، از طریق توسعه ظرفیت در کنار مکانیسم‌های اعطای کمک بلاعوض، حمایت می‌کند (UNW/2021:9).

لازم است توضیح داده شود که رابطه کمیسیون مقام زن و نهاد زنان ملل متحد و کمیته لغو تمامی اشکال تبعیض علیه زنان که به موجب کنوانسیون تأسیس شد به عنوان یکی از معاهدات مهم جهانی زنان، رابطه‌ای حمایت‌گرایانه است. مهمترین مشکلات و نظریات منعکس شده در جهت توانمندسازی و برابری جنسیتی زنان با استفاده از گزارش‌های دوره‌ای کمیسیون مقام زن بررسی می‌شود و برای پاسخگویی به آنها، تصمیماتی اتخاذ می‌گردد اما دستور کارها و معاهدات تنظیم شده نهاد زنان، با اولویت دادن به بستر محلی توانمندسازی زنان، نسبت به کنوانسیون لغو تمامی اشکال تبعیض علیه زنان، انعطاف بیشتری دارد. علاوه بر این، برابری جنسیتی و توانمندسازی را کمتر با شاخص‌های فمینیسم لیبرال تعریف و سعی می‌کند با پذیرش تنوع زنان و در اولویت قرار دادن نیازهای آنان به پیشبرد برنامه‌های توانمندسازی و برابری جنسیتی زنان در مناطق مختلف جهان کمک کند.

۲-۳. گفتمان‌سازی، نهادسازی و تسهیل‌گری

گفتمان‌سازی و نهادسازی را می‌توان مهمترین ظرفیت سازمان ملل برای توانمندسازی زنان دانست. نباید فراموش کرد شکل‌گیری و گسترش گفتمان توانمندسازی زنان، خود مرهون سازمان ملل است. به عبارتی، گرچه این نهاد بین‌المللی برای دستورالعمل‌ها و بیانیه‌های خود ضمانت اجرایی کافی ندارد؛ اجتماع کشورهای جهانی و عضویت اکثریت کشورهای جهان در این نهاد، به آن قدرت نفوذ گسترده‌ای بخشیده است و می‌توان گفت سازمان ملل و به تبع آن، نهاد زنان ملل متحد مهمترین نهادهای تسهیل‌گر توانمندسازی زنان در سطح جهانی هستند. در واقع سازمان ملل، به زنان این امکان را داده است که مکانی برای تبادل نظر و حل مشکلاتشان داشته باشند و همین ظرفیت سازمان ملل باعث شده این نهاد که بنا به اسناد و گزارش‌های موجود در دهه‌های اولیه فعالیت خود بیشتر نقش نمایندگی و حمایت‌گری از زنان را برای خود به رسمیت

می‌شناخت، اکنون به تسهیل‌گری روی آورده و با پذیرش گفتمان توانمندسازی به دنبال مشارکت و عاملیت هرچه بیشتر زنان در حوزه‌های مختلف جامعه است.

تمرکز نهاد زنان سازمان ملل، بر گفتمان توانمندسازی زنان، این امکان را ایجاد کرده که فراتر از گفتمان‌های فمینیستی سنتی اعم از لیبرال، مارکسیستی، رادیکال و... زنان فرصت تعامل و بهره‌برداری بیشتری از منابع موجود داشته باشند. در اعلامیه و پلتفرم اقدام پکن، بارها به توانمندسازی اشاره شده است و در بند دوازده، تعهد کشورهای عضو را به توانمندسازی و پیشرفت زنان، از جمله حق آزادی فکر، وجدان، دین و عقیده و در نتیجه کمک به امور اخلاقی، معنوی و فکری تأیید می‌کند. نیازهای زنان و مردان، به صورت فردی یا در اجتماع با دیگران و در نتیجه تضمین امکان تحقق کامل پتانسیل خود در جامعه و شکل دادن به زندگی آنها مطابق با آرزوهای خود، مورد تأکید قرار گرفته است. بانک جهانی، تعریفی از توانمندسازی را عمدتاً در رابطه با کاهش فقر ارائه می‌دهد: «توانمندسازی به‌طور گسترده به گسترش آزادی انتخاب و عمل اشاره دارد» و اضافه می‌کند که «آزادی افراد فقیر به دلیل بی‌صدایی و ناتوانی آنها به‌ویژه در رابطه با دولت و بازارها به‌شدت محدود می‌شود» که در آن، ناتوانی گنجانده‌شده در ماهیت روابط نهادی دیده می‌شود (World Bank, 2001:5)؛ بنابراین، با اتخاذ تعریف نهادی از توانمندسازی در زمینه کاهش فقر، توانمندسازی را گسترش دارایی‌ها و قابلیت‌های افراد فقیر برای مشارکت، مذاکره، نفوذ و کنترل دانسته است و بر همین اساس، نهادهایی را پاسخگو می‌خواهد که بر زندگی آنها تأثیر می‌گذارد؛ بنابراین، موانع نهادی را مشخص می‌کند که باید هدف واقع شوند: توانمندسازی مردان و زنان فقیر مستلزم تغییر موانع رسمی و غیررسمی نهادی است که آنها را از اقدام برای بهبود رفاه خود - به صورت فردی یا جمعی - باز می‌دارد و انتخاب‌های آنها را محدود می‌کند. نهادهای رسمی مهم شامل دولت، بازارها، جامعه مدنی و آژانس‌های بین‌المللی است. نهادهای غیررسمی شامل هنجارهای طرد اجتماعی، روابط استثمارگرانه و فساد هستند (World Bank, 2001:6). گرچه در اینجا، ماهیت سلسله‌مراتبی این نهادها توضیح داده

نمی‌شود، این رویکرد چند بعدی که نقایص موجود را در بازارها، دولت و جامعه تشخیص می‌دهد، قابل توجه است و در واقع با نگاه به قدرت و نه بر اساس محدودیت‌های دیگران، بلکه به‌عنوان خودسازی، مفهوم مثبتی از قدرت معرفی می‌کند: توانایی فرد برای انجام کارها و از آنجایی که قدرت به صورت درگیری برای تصاحب قدرت دیگری تعریف نمی‌شود، توانمندسازی زنان به معنای از بین بردن قدرت دیگران نیست، بلکه توسعه توانایی‌های خود آنهاست (Hartsock 1996; Nussbaum 2011).

گفتمان توانمندسازی مورد نظر سازمان ملل، با بیان مطالبات زنان در قالب توسعه/توانایی، به جای شرایط سلطه/تعارض، این تصور را رد می‌کند که قدرت یک بازی حاصل جمع صفر است. هنگامی که توانمندسازی یک فرد مشروط به سلب قدرت فرد دیگر تلقی نمی‌شود، توانمندسازی تبدیل به فرآیند توسعه بی‌پایانی می‌شود که همه می‌توانند در آن سهم باشند و گفتمان توانمندسازی از گفتمان مبارزه قدرت خوشایندتر می‌شود (Arta, 2015: 683). به این ترتیب، گرچه پناه بردن به گفتمان توانمندسازی، زنان را از انجام اقدام سیاسی برای تغییر نهادهای محدودگر دور کرده است و به بازتوزیع قدرت بدون ایجاد تعارض امید دارد و این خود می‌تواند نقدی باشد بر این گفتمان، در عین حال همین ویژگی در گفتمان توانمندسازی که سازمان ملل آن را ترویج می‌کند در جوامع با بستر اقتدارگرایی می‌تواند به یک نقطه قوت و ظرفیت تبدیل شود؛ چراکه اصولاً در این گونه جوامع امکان اقدام سیاسی مستقیم که بتواند با هزینه معقول زنان را به اهداف مورد نظر برساند بسیار کم و دور از دسترس است؛ بنابراین، گفتمان توانمندسازی در این جوامع راهی است که زنان را از انفعال به کنش وامی‌دارد و این گونه نیست که آنان را از افرادی انقلابی به افرادی محافظه‌کار تبدیل کند.

جدول ۱: مهم‌ترین دیدگاه‌های نظری غالب بر حوزه زنان سازمان ملل و نمود و بروزهای آن

دوره زمانی	رویکردهای فکری غالب	ایده‌ها و پیشنهادهای اصلی	مهم‌ترین کارکردها و نمودها
۱۹۴۵-۱۹۵۰	فمینیسم لیبرال	مبارزه با ستم جنسیتی به واسطه افزایش سطح تحصیلات زنان، ادغام زنان در زندگی عمومی و نهادهای مردانه و اصلاحات قانونی	- تشکیل کمیسیون مقام زن - تصویب معاهداتی در جهت برابری حقوقی زنان و مردان - تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی در مخالفت با سنت‌های فرهنگی آسیب‌زننده به زنان مانند ختنه و...
۱۹۶۰	فمینیسم مارکسیستی	مبارزه با ستم جنسیتی و طبقاتی از طریق حذف مالکیت خصوصی، ادغام زنان در اقتصاد و دستیابی به برابری جنسیتی با توسل به انقلاب	- ایجاد دفاتر «زن در توسعه» توسط آژانس‌های توسعه - اقناع‌سازی، لابی‌گری و بسترسازی برای تصویب کنوانسیون رفع تمامی اشکال تبعیض علیه زنان
۱۹۷۰	فمینیسم رادیکال سوسیال فمینیسم	مبارزه با ستم جنسیتی با تأکید بر این ایده که امر شخصی، سیاسی است؛ حذف کنترل مرد بر بدن زنان از طریق جدایی‌طلبی، مدرسالاری، مبارزه با پورنوگرافی و فحشا مبارزه با ستم جنسیتی و طبقاتی از طریق مبارزه با تقسیم کار جنسیتی در حوزه‌های عمومی و خصوصی مبارزه با سرمایه‌داری و مدرسالاری که اشکال مختلف ستم را حفظ می‌کند	- برگزاری کنفرانس مکزیک (۱۹۷۵) - نام‌گذاری سال‌های ۱۹۷۶-۱۹۸۵ تخت عنوان دهه زنان، به منظور تأکید بر اهمیت زنان در سازمان ملل - تصویب کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹) - تغییر رویکرد دفاتر توسعه سازمان ملل از رویکرد «زن در توسعه» به رویکرد «زن و توسعه»

دوره زمانی	رویکردهای فکری غالب	ایده‌ها و پیشنهادهای اصلی	مهم‌ترین کارکردها و نمودها
۱۹۸۰-۱۹۹۰	فمینیسم سیاهان (رنگین پوستان) فمینیسم جهان سوم/ پسا استعماری	مبارزه با ستم جنسیتی، طبقاتی و نژادی بر مبنای مبارزه با ساختارهای قدرت و سلسله مراتب سرکوبگری زنان و انتقاد از کوری طبقاتی و نژادی فمینیسم سفید پوست (غرب محور) مبارزه با ستم جنسیتی، طبقاتی، نژادی و بین‌المللی از طریق انتقاد به بی‌تفاوتی فمینیست‌های غربی نسبت به میراث استعماری کشورهای غربی در کشورهای در حال توسعه مبارزه با استعمار نو، سرمایه‌داری و هژمونی‌های فرهنگی تأکید بر تفاوت قدرت در عرصه بین‌المللی بر وضعیت زنان؛ اندیشیدن تمهیدات جهانی برای مقابله با فقر، نظامی‌گری، خشونت علیه زنان و وخامت محیط زیست	- تمرکز بر تحلیل‌های جنسیتی - حاکم شدن رویکرد و پروژه‌های "جنسیت و توسعه" در دفاتر توسعه - برگزاری کنفرانس نایروبی (۱۹۸۵) با به رسمیت شناختن تنوع زنان، انتقاد از سیاست‌های توسعه رایج و خشونت علیه زنان از جمله خشونت خانگی و معرفی تجاوز جنسی به عنوان مانعی برای دستیابی به صلح - کنفرانس پکن؛ طرح زیربنایی اقدام و بیانیه پایانی که ۱۸۹ کشور آن را امضا کردند و دستورکاری برای توانمندسازی و برابری جنسیتی زنان محسوب می‌شود. - تصویب دستورکار ۲۱، در پی نشست زمین سازمان ملل (۱۹۹۲) با تأکید بر نیازها و نقش زنان در توسعه - صدور اعلامیه رفع خشونت علیه زنان (۱۹۹۳) - شناخت تجاوز جنسی در دادگاه‌های بین‌المللی به عنوان جنایت جنگی - تصویب قطعنامه ۱۹۹۴ کمیسیون حقوق بشر برای تعیین گزارشگر ویژه در مورد خشونت علیه زنان

دوره زمانی	رویکردهای فکری غالب	ایده‌ها و پیشنهادهای اصلی	مهم‌ترین کارکردها و نمودها
هزاره جدید (۲۰۰۰ تا کنون)	فراملی	مبارزه با همه اشکال ظلم تجربه شده از جمله نژاد، طبقه، جنسیت، گرایش جنسی، سن، ملیت، ضعف مهارتی و... که موجب به حاشیه رانده شدن زنان شده است؛ تقاطع‌گرایی و تولدسازی زنان	- اعلامیه هزاره و معیارهای دستیابی به هشت هدف اساسی توسعه هزاره با تأکید بر برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان (۲۰۰۰) - تصویب قطعنامه ۱۳۲۵ شورای امنیت با تأکید بر گنجاندن دیدگاه جنسیتی در تمام تلاش‌های صلح و امنیت سازمان ملل (۲۰۰۰) - برگزاری کنفرانس پکن +۵ با هدف بررسی پیشرفت حاصل از اجرای سند نایروبی و کارپایه عمل پکن - ارزیابی پیشرفت پلتفرم اقدام پکن در دوره‌های پنج ساله کمیسیون مقام زن - ایجاد نهاد زنان ملل متحد برای توانمندسازی زنان (۲۰۱۰) به منظور دستیابی سریع‌تر و کارآمدتر به اهداف برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان - ارائه برنامه استراتژیک ۲۰-۲۵ در پی چهل و ششمین جلسه کمیسیون مقام زن (۲۰۲۰) با تکیه بر اهداف برنامه توسعه پایدار ۲۰۳۰ سازمان ملل و با تأکید بر برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان - ارائه مشاوره‌های فنی و فکری و کمک‌های مالی به کشورهای عضو، به‌منظور تحقق پروژه‌های توانمندسازی زنان با تأکید بر اولویت‌های محلی

۲. ایران و توانمندسازی زنان در تعامل با سازمان ملل

دولت، در جامعه ایرانی، حوزه اعمال قدرت گسترده‌ای برای خود تعریف کرده و بسیاری از امور جامعه به خواست و توان دولت گره خورده است؛ بنابراین منطقی است که در بررسی تعاملات سازمان ملل با جامعه ایرانی در جهت توانمندسازی زنان نیز، دولت اهمیت بسیار زیادی داشته باشد. شرکت در کنفرانس‌ها، سندهای همکاری، اجرای برخی برنامه‌های مشترک، پذیرفتن برخی سندهای حقوقی در ذیل برنامه‌های حقوق بشری سازمان ملل و الزام به گزارش‌دهی به نهادهای بین‌المللی، از جمله تعاملات جمهوری اسلامی ایران با سازمان ملل در حوزه زنان است که می‌تواند توانمندسازی زنان ایرانی را تحت تأثیر خود قرار دهد.

بنا به گزارش^۱ UPR (یو پی آر) در خصوص جمهوری اسلامی ایران (۲۰۲۰-۲۰۲۱)، این کشور در تعامل با سازمان ملل و بنا بر توصیه‌های انجام‌گرفته کشورهای مختلف برای بهبود وضعیت حقوق بشری زنان در ایران، اقدامات متعددی انجام داده است که این اقدامات می‌توانند زمینه‌ساز توانمندسازی زنان ایرانی شوند؛ تصویب قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت در تاریخ ۱۴۰۰/۷/۲۴ و اتخاذ تدابیر حمایتی از مادران، زنان باردار و شیرده، تدوین لایحه اصلاح ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی با موضوع تشدید مجازات پدر در فرض قتل فرزند و ایجاد محدودیت در حق ولایت و حضانت برای وی نسبت به سایر فرزندان، تدوین لایحه ۵۷ ماده‌ای جرم‌انگاری انواع خشونت علیه زنان در تمامی عرصه‌های خانوادگی و اجتماعی تحت عنوان حفظ کرامت و حمایت از زنان در برابر خشونت، تدوین لایحه مبارزه با قاچاق انسان و اعضای بدن و مجازات عبوردهندگان غیرمجاز افراد از مرزهای کشور (این لایحه در

^{۱۸}. Universal Periodic Review

تاریخ ۱۴۰۰/۳/۲۸ در مجلس شورای اسلامی اعلام وصول شده است)،^۱ از جمله این اقدامات است.

سامانه ملی رصد و پایش امور زنان و خانواده به منظور زیر نظر گرفتن شاخص‌های عدالت جنسیتی برنامه‌ها و ساختار و تشکیلات زنان و خانواده در دستگاه‌های اجرایی ایجاد شده و استقرار یافته است. در چارچوب آن، گزارش عملکرد هر دستگاه در جهت ارتقاء وضعیت زنان و خانواده برای مراجع نظارتی و مسئولان قابل نظارت است. تصویب الحاق یک تبصره به بند (۱) تصویب‌نامه موضوع مدت مرخص زایمان و افزایش مرخصی زایمان زنان شاغل در بخش‌های دولتی و غیردولتی از شش ماه به نه ماه در هیئت دولت در ۱۴۰۰/۲/۲۶، مصوبه هیئت دولت در مهرماه ۱۴۰۰ مبنی بر استمرار اجرای مصوبه دورکاری برای مادران شاغل دارای فرزند کمتر از هفت سال،^۲ از دیگر اقداماتی است که بنا به ادعای جمهوری اسلامی در ذیل توصیه‌های سازمان ملل و کشورهای عضو، برای بهبود وضعیت زنان انجام داده و می‌تواند توانمندسازی زنان را تسهیل کند. پرداخت تسهیلات ۵۰۰ میلیون ریالی با حداقل کارمزد به ۲۰۰۰ نفر از زنان سرپرست خانوار در ایام همه‌گیری بیماری کرونا به منظور حمایت از کسب‌وکارهای آنان، پرداخت وام اشتغال به ۸۳۶۵۸ نفر از زنان تحت پوشش کمیته امداد امام خمینی، در سال ۱۳۹۹ و ۳۷۴۰۱ نفر از آنان در نیمه نخست سال ۱۴۰۰، پوشش بیمه اجتماعی ۵۱۵۰۰ نفر از زنان و دختران روستانی تا پایان شش ماهه اول سال ۱۴۰۰ و ۴۹۵۰۰ نفر از زنان سرپرست خانوار شهری در نیمه نخست سال ۱۴۰۰، حمایت از ۶۲ شرکت تعاونی زنان با اولویت مناطق محروم و دهک‌های پایین درآمدی، آموزش مهارت‌های شغلی به دختران جوان در مناطق کم‌برخوردار، اختصاص ۹۴۵۹ ظرفیت صرفاً به زنان

۱. گزارش میان‌دوره‌ای پیشرفت حقوق بشر در جمهوری اسلامی ایران در پرتو توصیه‌های یو.پی.آر دور سوم (۲۰۲۰-۲۰۲۱)

۲. women.gov.ir/detail/15570؛ ابلاغ مدت مرخصی زایمان یک قلو و دوقلو و بیشتر برای زنان شاغل در بخش دولتی و غیردولتی (بخشنامه شماره ۶۵۷۸۲ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۲۴ سازمان اداری و استخدامی کشور).

در هشتمین امتحان مشترک فراگیر دستگاه‌های اجرایی کشور (سال ۱۳۹۹)^۱ از جمله اقداماتی است که ایران به‌ویژه در حوزه اشتغال، به‌عنوان گام‌های مهمی برای توانمندسازی زنان ایرانی برداشته است.

سند چارچوب همکاری توسعه پایدار سازمان ملل در جمهوری اسلامی ایران نیز از جمله سندهایی است که در ذیل آن می‌توان فرصت‌هایی برای توانمندسازی زنان یافت. تازه‌ترین چارچوب همکاری توسعه پایدار سازمان ملل متحد، سال‌های ۲۰۲۳ الی ۲۰۲۷ (۱۴۰۱-۱۴۰۵) را دربرمی‌گیرد و با برنامه هفتم توسعه ایران هم‌جهت است. این سند حول پنج محور استراتژیک متمرکز شده است: مدیریت بهداشت عمومی؛ تاب‌آوری اجتماعی - اقتصادی؛ حفظ محیط زیست، مدیریت یک‌پارچه منابع طبیعی و پاسخ‌گویی به تغییرات اقلیمی؛ کاهش و مدیریت بلایای طبیعی؛ کنترل مواد مخدر.^۲ هر کدام از این موارد می‌توانند به نحوی در ارتقای توانمندسازی زنان ایرانی تأثیرگذار باشند، لیکن محور دوم یعنی تاب‌آوری اجتماعی - اقتصادی در صورت اجرای برنامه‌های هدفمند در حوزه زنان، می‌تواند فرصت مناسبی باشد. برای افزایش توانمندی اقتصادی زنان در ایران، در ذیل سند چارچوب توسعه پایدار سال‌های ۱۳۹۶-۱۴۰۰ و ماقبل آن، برنامه فقرزدایی در ایران با همکاری سازمان ملل و با نگرش توسعه ناحیه‌ای^۳ انجام گرفت. به این صورت که با مشارکت برنامه توسعه سازمان ملل متحد و دولت ایران برای کاهش فقر و توسعه پایدار در چند استان کشور، یک برنامه فقرزدایی تدوین شد. برنامه توسعه ملل متحد بر این اساس، به توانمندسازی زنان با تأکید بر روش فقرزدایی از طریق بسیج اجتماعی و اعتبارات خرد، می‌پردازد (Vice presidency of women & family affairs, 2016: 168). این رهیافت، هدف دوگانه ارتقای میزان رشد و برابری و در عین حال تضمین توسعه فرآیندهای دموکراتیک در میان توده‌های

۱. سالنامه آماری وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی ۱۳۹۹ و گزارش‌های معاونت زنان ریاست جمهوری ۱۴۰۱

2. <https://iran.un.org/fa/224956>

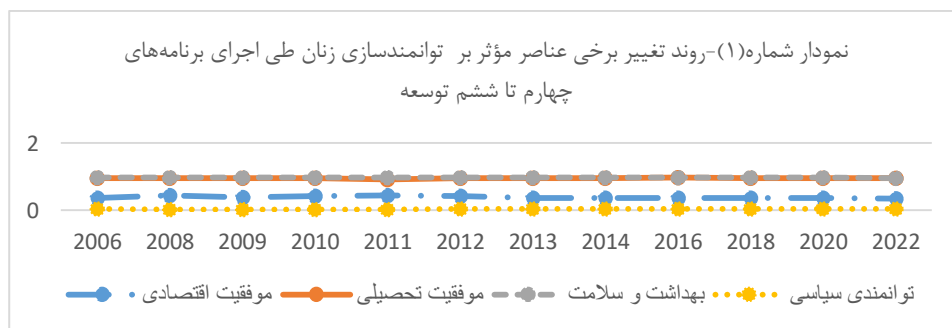
3. Area Based Development (ABD).

مردم است. بر طبق این رهیافت در برنامه‌های فقرزدایی، فقرا به‌عنوان یکی از شرکای اصلی باید عامل فقرزدایی باشند نه صرفاً خدمات دریافت کنند. برای کاهش فقر، فقرا باید توانمند شوند تا از فقر خودشان بکاهند (Piran, 2002: 8) الگوی بسیج اجتماعی، برای اولین بار به‌عنوان تکنیک فقرزدایی در سیستان بلوچستان و سپس در حبله رود و پروژه منارید، کرمان، بم و لرستان به‌مورد اجرا درآمد که موفق‌ترین آن پروژه ترسیب کربن در خراسان جنوبی است (Farzin, 2014).

به این ترتیب، مشاهده می‌شود که در صورت اهتمام سیاست‌مداران داخلی، این امکان وجود دارد که زنان ایرانی، نیز از ظرفیت‌های توانمندسازی سازمان ملل بهره ببرند ولی گزاره فوق به این معنا نیست که تعامل قابل قبولی در حوزه توانمندسازی زنان با سازمان ملل صورت گرفته است. به این صورت که در مرتبه اول باید توجه داشت که بسیاری از داده‌های مورد استناد در گزارش‌های مربوطه، از طریق نهادهای دولتی ارائه می‌شود که نمی‌توان با قاطعیت اعتبار و درستی این گزارش‌ها را تأیید کرد؛ در مرتبه بعد، حتی در صورت معتبر بودن آمارهای ارائه‌شده، نتایج، نشانگر این است که بیشتر اقدامات، حالت نمادین و اعلامی داشته و کمتر جنبه عملی به خود گرفته یا در آینده خواهد گرفت؛ بنا بر گزارش‌های موجود، اسناد حقوقی، بدون آنکه بتواند به حلقه‌های دیگر توانمندسازی زنان مرتبط شود، بخش قابل توجهی از اقدامات مطرح‌شده را شامل می‌شود؛ پروژه‌های عملی انجام‌شده که در ذیل رویکرد فقرزدایی و با همکاری سازمان ملل انجام گرفته است در کشور ما کمیت پایینی دارد. به‌طور کلی، بیشتر اقدامات انجام‌گرفته به صورت پراکنده و خارج از برنامه‌های عملیاتی هدفمند در جهت توانمندسازی زنان، ارزیابی می‌شوند؛ گرچه شاید در صورت عملیاتی شدن سیاست‌های اعلامی و افزایش پروژه‌های عملیاتی مشترک با سازمان ملل، بهبودی جزئی در فرآیند توانمندسازی زنان ایرانی انجام گیرد ولی از آنجاکه این اقدامات به صورت منسجم نیست و صرفاً یک یا دو مورد محدود را در حوزه توانمندسازی زنان تحت تأثیر قرار داده است و نمی‌تواند به صورت هم‌زمان

سه‌گانه منابع، عاملیت و دستاوردها را تحت تأثیر قرار دهد، در عمل چندان بر توانمندسازی زنان ایرانی مؤثر نیست.

برنامه‌های توسعه، به‌عنوان یکی از اسناد بالادستی در جمهوری اسلامی ایران از جمله اسنادی است که به توانمندسازی زنان توجه داشته است. تلاش برای نهادسازی‌های زنان و همکاری با آژانس‌های بین‌المللی به منظور اجرای پروژه‌های ارتقاء جایگاه زنان، اصلاح قوانین مربوط به سن ازدواج، تعیین مصادیق عسر و حرج و حضانت فرزندان، افزایش طرح‌های مطالعاتی و دولتی در حوزه زنان در معاونت زنان ریاست‌جمهوری، اتخاذ رویکرد عدالت جنسیتی و توانمندسازی زنان در برنامه ششم توسعه را می‌توان در این جهت ارزیابی کرد؛ ولی بررسی‌های انجام‌شده نشان می‌دهد سیاست جامع و منسجمی برای توان‌افزایی سیاسی و اجتماعی زنان در برنامه‌های توسعه وجود ندارد و این برنامه‌ها، در بهترین حالت شکل حمایت‌گری و کمتر توانمندسازی داشته است. این برنامه‌ها، بیشتر به منظور افزایش فرصت‌های ساختاری برای بهبود جایگاه حقوقی زنان با تفسیر خاصی از عدالت جنسیتی، تدوین و اجرا شده و به دلیل توان کافی نداشتن زنان ایرانی برای بهره‌مندی از فرصت‌های ایجاد شده، نتوانسته بر توانمندسازی آنها تأثیر قابل توجهی داشته باشد (Abbasi&Azizi,2023:185). شاخص‌های مرتبط با توانمندسازی زنان در ایران، مطابق با نمودار زیر نیز، تصدیق بر این مدعاست.



Source: Abbasi& Azizi, 2022:203

فرجام سخن

در دهه‌های اولیه شکل‌گیری نهادهای زنان سازمان ملل، دیدگاه‌های فمینیستی لیبرال و مارکسیستی، مواضع اصلی حاکم بر حوزه زنان را در این سازمان شکل می‌دادند. دیدگاه غالب بر کمیسیون مقام زن به‌عنوان مهمترین رکن سازمان ملل در حوزه زنان، تا دهه ۱۹۶۰، دیدگاه فمینیستی لیبرال و تلاش برای احقاق حقوق زنان و برابری با مردان در حوزه عمومی بود. از اواخر دهه ۱۹۶۰، با توجه به افزایش نمایندگان بلوک شرق در سازمان ملل، توجه این سازمان به مسائل توسعه و زنان، معطوف شد و به این ترتیب، رویکردهای «زن در توسعه»، به پیروی از تئوری مدرنیزاسیون ترویج شد، اما از آنجا که این رویکرد نمی‌توانست جوابگوی بسیاری از مسائل زنان در توسعه باشد، رویکرد «جنسیت و توسعه» از اواخر دهه ۱۹۸۰، به‌عنوان جایگزینی برای طرح‌های توسعه «از بالا به پایین» مورد توجه قرار گرفت. با ظهور مفهوم «توسعه پایدار» در اواخر دهه ۱۹۸۰، ایده توانمندسازی زنان، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار شد؛ چراکه توسعه پایدار، بدون برابری جنسیتی حاصل نمی‌شود و زنان، گروه اصلی در نظر گرفته شدند که مشارکت آنها برای دستیابی به توسعه پایدار ضروری است. از طرفی در دهه ۱۹۹۰، خشونت علیه زنان به کانون حمایت سازمان ملل نیز تبدیل شد. به این ترتیب، در چهارمین کنفرانس جهانی زنان (۱۹۹۵)، تأکید شد که توانمندسازی، مشارکت کامل و برابری برای زنان، پایه و اساس صلح و توسعه پایدار است.

غالب شدن ایده توانمندسازی در سازمان ملل، علاوه بر اینکه به‌طور خاص منجر به ایجاد نهاد زنان ملل متحد برای توانمندسازی زنان در سازمان ملل شد، در شیوه‌های نظری نیز، موجب پذیرش مفاهیمی چون «تقاطع‌پذیری» با این فرض اساسی شد که می‌باید از در نظر گرفتن زنان به‌عنوان مقوله‌ای همگن اجتناب کرد و به این ترتیب، زمینه را برای پیشرفت‌های نظری و ایجاد گفتمان‌های قابل‌قبول‌تری در حوزه زنان ایجاد کرد؛ بنابراین، بیشترین ظرفیت سازمان ملل را در حوزه توانمندسازی زنان می‌توان افزایش دانش نظری و مفهوم‌سازی دانست، که البته به دور از ضعف‌ها و

آسیب‌ها نیست؛ به این صورت که در حوزه مفهوم‌سازی و به‌ویژه ارائه شاخص‌ها، نقدهایی متوجه این نهادهاست ولی ضعف اساسی آنها را می‌توان در عملیاتی کردن این مفاهیم دانست؛ زیرا در حوزه عمل، گرچه این نهادها سعی داشته‌اند شرکای خود را گسترش دهند از آنجا که شاکله اصلی این نهادهای بین‌المللی از اجماع دولت‌ها به وجود آمده و دولت‌ها، در بسیاری از جوامع، خود یکی از ساختارهای ناتوان‌ساز زنان هستند، در عمل نهادهای بین‌المللی با پارادوکسی مواجه شده و شرکای اصلی آنان که دولت‌ها هستند در تقابل با دستورکارهای توانمندسازی ارائه‌شده این نهادهای بین‌المللی قرار گرفته‌اند. چنین است که نتوانسته است چندان ظرفیت‌سازی عظیمی برای تغییر شرایط زنان و توانمندسای آنان انجام دهد. درواقع، اینکه مفاهیم و دانش ایجاد می‌کند در حوزه زنان را سازمان‌های بین‌المللی تا چه اندازه بتوانند به توانمندسازی زنان منجر کنند به دولت‌ها، فعالان حقوق زنان، جامعه مدنی، بخش خصوصی و مردان و پسران در هر جامعه خاص بستگی دارد.

با این همه، با توجه به تفاوت ایده «توانمندسازی زنان» نسبت به ایده‌هایی با سویه‌های قوی فرهنگ‌گرایی غربی و یکسان‌نگاری زنان، امکان هم‌ذات‌پنداری و استفاده مؤثرتر از ظرفیت‌های نهادهای بین‌المللی ذیل این رویکرد، برای تعداد بیشتری از زنان وجود دارد. به عبارتی، گرچه این شیوه اتخاذی سازمان‌های بین‌المللی نیز خالی از سویه‌های غرب‌گرایانه و لیبرالی نیست، به این صورت که بیشترین وجه غرب‌گرایانه آن را می‌توان در شاخص‌های مورد استفاده این سازمان‌ها برای برای سنجش توانمندسازی زنان متناسب با ویژگی‌های جوامع غربی دانست؛^۱ این امکان را به دولت‌ها و نهادهای مدنی و فعالان حوزه زنان می‌دهد که بومی‌سازی قابل توجهی از

۱. ذکر این نکته لازم است که میزانی از این نارسایی در شاخص‌سازی ناشی از کل‌گرایی در اعلام شاخص هاست، چراکه به هر حال ارائه شاخص‌ها در مقیاس جهانی از آنجا که گستره وسیعی را دربرمی‌گیرد به‌ناچار نمی‌تواند برخی از عوامل محلی را در نظر بگیرد و شاخص‌هایی معرفی می‌شوند که به‌طور نسبی بتوانند گستره قابل قبول‌تری را نمایندگی کنند.

این ایده، در همکاری و نه حذف نهادهای سنتی داشته باشند و به‌طور مؤثرتری برای ارتقاء جایگاه زنان از این شیوه بهره ببرند.

در جامعه ما نیز، گرچه با توجه به اینکه به علل مختلف، جامعه مدنی و سازمان‌های غیردولتی قوی و گسترده‌ای در حوزه زنان وجود ندارد دولت، فعالان حوزه زنان و به‌طور کلی تمام افراد جامعه می‌توانند به‌عنوان ذی‌نفعان و مخاطبانی برای رویکرد توانمندسازی باشند و برای عملیاتی کردن آن تلاش کنند؛ دولت، سویه‌هایی از همراهی با نهادهای بین‌المللی را از خود نشان داده و بیشترین تطابق شیوه توانمندسازی را در دولت با نهادهای بین‌المللی می‌توان در هم‌رأیی آن با موضع بانک جهانی از توانمندسازی دانست که در پی ریشه‌کن کردن فقر اقتصادی زنان است. به این صورت که این شیوه، به‌ویژه تحت عنوان توانمندسازی زنان سرپرست خانوار مورد توجه و استفاده نهادهای دولتی در جمهوری اسلامی قرار گرفته است. علاوه بر این، ایده توانمندسازی به صورت کلی در برنامه ششم توسعه، به‌عنوان یکی از سندهای مهم بالادستی در برنامه‌های اعلامی دولتی، جایگاه قابل توجهی را به خود اختصاص داده است؛ اما این همراهی و توافق با ایده توانمندسازی در ذیل سازمان‌های بین‌المللی، نتوانسته دولت جمهوری اسلامی را وادار به ساخت نهادهایی متناسب با این ایده کند و می‌توان گفت، بیشترین همراهی دولت با توانمندسازی زنان از دیدگاه سازمان‌های بین‌المللی، شکل اقداماتی پراکنده و گاه حتی لفاظی، به خود گرفته است.

با این حال، از آنجا که ایده توانمندسازی در بازبینی‌های جدیدتر، گستره وسیع‌تری از مخاطبان و ذی‌نفعان را برای خود تعریف کرده است، در صورتی که یکی از این شرکاء از میدان عمل پای بیرون نهد، می‌توان با اتکاء بر دیگر شرکاء به شروع و گسترش این فرآیند امید بست که این خصیصه یکی از نکات مهم قوت این ایده در جوامعی چون جامعه ماست و می‌تواند به مشارکت بیشتر فعالان حوزه زنان و حتی کنشگران اجتماعی و مدنی در جهت توانمندسازی زنان و تغییر رویکردهای ناتوان‌ساز در جامعه و دولت، منجر شود. علاوه بر این، از آنجا که در این ایده، به‌طور مستقیم بر

اقدام سیاسی و تغییرات اساسی از راه جنبش‌های فمینیستی و امثالهم تأکید نمی‌شود، این امکان را به جامعه ایرانی می‌دهد که با نگاه‌هایی کمتر امنیتی و سیاسی از جانب نهادهای حاکمیتی مواجه شود و فعالان جامعه مدنی با کاربست این ایده و با هزینه‌های کمتری نسبت به مواضع پیشین، با استفاده از کمک‌های مالی، دانشی و مشاوره‌ای سازمان‌های بین‌المللی در جهت تغییر وضعیت زنان از ناتوانی یا کم‌توانی به سمت توانمندی گام بردارند؛ بنابراین، شاید بیراه نباشد اگر بگوییم یکی از مزیت‌های مهم کاربست رویکرد توانمندسازی در نهادهای سازمان‌های بین‌المللی مرتبط با زنان، قرار دادن این سازمان‌ها در جایگاه نهادهای تسهیل‌گر، برای عملیاتی کردن فرآیند توسعه در جوامع مختلف و از جمله در جامعه ما (ایران) است. قرار گرفتن این سازمان‌ها در نقش یاریگری، علاوه بر اینکه به زنان و کنشگران این حوزه امکان می‌دهد که خود، مسائل و مشکلات و خواست‌های زنان ایرانی را با توجه به اولویت‌های ملی و محلی تعریف کنند، امکان بیشتری برای بهره‌گیری از کمک‌های این نهاد به صورتی مؤثرتر را نیز فراهم می‌کند که می‌تواند سه نتیجه اساسی را در انتها در برداشته باشد؛^۱ از آنجا که مسائل و راهبردها، باتوجه به بافت محلی جامعه، تعریف می‌شوند، از غرب‌گرایی و تحمیل فرهنگی یک‌جانبه جلوگیری و رویکرد توانمندسازی متناسب و در ادغام با فرهنگ و بافت بومی بازآفرینی می‌شود. ۲. امکان حساسیت‌زدایی بیشتری را از پروژه‌های توانمندسازی فراهم می‌کند که می‌تواند به پیشبرد این پروژه‌ها کمک قابل توجهی کند؛^۳ به فعال شدن سایر نهادهای یاریگر در بافت بومی کمک می‌کند.^۱

۱. به منظور مقایسه ظرفیت‌ها و چالش‌های توانمندسازی زنان توسط سازمان ملل و ج.ا. ایران به جدول شماره ۲ رجوع شود.

جدول ۲: مقایسه ظرفیت‌ها و چالش‌های توانمندسازی زنان ذیل منابع، اقدامات و

رویکردهای سازمان ملل و ج.ا. ایران

سازمان ملل	تأثیر بر سطوح توانمندسازی
ظرفیت‌ها	نادیده گرفتن روش‌های اتخاذی برای توانمندسازی زنان توسط اکثریت برای اقلیت را دشوار می‌کند؛ افزایش منابع هنجاری
	گسترده‌گی کشورهای عضو
	تبادل نظر و بیان خواست‌ها و مشکلات زنان در سطح جهانی
	بهره‌مندی از کارشناسان و امکانات فنی قابل توجه
	مطالعات علمی گسترده
	افزایش منابع هنجاری، تسهیل دسترسی به منابع
	افزایش منابع نهادی در سازمان ملل، افزایش قدرت چانه‌زنی و افزایش عاملیت نهادهای زنان ملل متحد با شرکاء توانمندسازی، ایجاد منابعی برای کمک‌های خرد به کشورهای عضو و افزایش منابع مالی این کشورها
	گزارش‌گیری دوره‌ای از کشورهای عضو و بررسی روند پیشرفت‌ها و ناکامی‌ها
	نهادسازی‌های بین‌المللی؛ کمیسیون مقام زن، نهاد زنان ملل متحد برای توانمندسازی و برابری زنان
	امکان تعامل و بهره‌مندی تعداد بیشتری از زنان با خواست‌ها و فرهنگ‌های متفاوت در بهره‌مندی از ظرفیت‌های سازمان ملل برای توانمندسازی؛ افزایش منابع و عاملیت
	پذیرش مفهوم تقاطع و اتخاذ رویکرد توانمندسازی

سازمان ملل	تأثیر بر سطوح توانمندسازی
چالش‌ها	شرکاء اصلی سازمان ملل در حوزه توانمندسازی زنان، دولت‌ها هستند
	نداشتن ضمانت اجرایی قوی
	ناتوانی در تکوین و اتصال حلقه‌های توانمندسازی
	تأکید بر توسعه منابعی برای توانمندسازی زنان که در عمل نمی‌تواند عاملیت آنها را در جوامع محلی به‌طور قابل توجهی افزایش دهد
	مقاومت با توزیع مجدد قدرت و ایجاد محدودیت در عاملیت و کنترل دستاوردها توسط زنان
	مقاومت در ایجاد منابع جدید توانمندسازی و محدودیت بهره‌مندی از منابع موجود/کاهش عاملیت و کاهش کنترل دستاوردها توسط زنان
ایران	تأثیر بر سطوح توانمندسازی
ظرفیت‌ها	عضویت در نهادهای بین‌المللی زنان ملل متحد و شرکت در کنفرانس‌های مربوطه
	جمعیت بالای زنان تحصیل‌کرده
	خواست دولت و جامعه برای دستیابی به توسعه
	جایگاه بسیار مهم خانواده در فرهنگ و سیاست ایران و نقش پررنگ زنان در خانواده
	توجه خاص به زنان سرپرست خانوار
	افزایش منابع مالی برای توانمندسازی این گروه از زنان
	افزایش منابع حقوقی، هنجاری و عاملیت زنان به‌ویژه در حوزه مشارکت سیاسی در طی اجرای این برنامه (دولت دوازدهم)
چالش‌ها	محدودیت‌ها در بهره‌مندی از ظرفیت‌های بین‌المللی و عاملیت زنان
	نگاه امنیتی به مسائل زنان

تأثیر بر سطوح توانمندسازی	سازمان ملل
ایجاد مانع در دستیابی به منابع حتی در سطح هنجاری (به عنوان مثال ممانعت از پذیرش کنوانسیون لغو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان)	تفسیرهای مردسالارانه و ایدئولوژیک از اصول دینی
محدودیت در دسترسی به منابع	نگاه بدبینانه به غرب و نهادهای بین المللی
محدودیت دسترسی به منابع توانمندساز اجتماعی و سیاسی و کاهش عاملیت در حوزه عمومی	تعریف زن در چارچوب خانواده
محدودیت در دسترسی به منابع، کاهش عاملیت، ایجاد مانع در کنترل دستاوردها	فرهنگ مردسالاری
ناتوان بودن زنان در بهره‌مندی از ظرفیت‌ها و فرصت‌ها	ضعف مهارتی زنان
انحصار بهره‌مندی از منابع و کنترل توانمندسازی توسط دولت	نبود جامعه مدنی قوی
ناتوانی در بهره‌مندی از ظرفیت‌های بین المللی و نداشتن تأثیرگذاری قابل توجه بر توانمندسازی زنان	به کارگیری لغوی مفاهیم توانمندسازی توسط ارگان‌های دولتی ذی ربط، اجرای برنامه‌های پراکنده و کارشناسی نشده و اجتناب از ارائه برنامه‌های منسجم و عملیاتی برای توانمندسازی

References

- Abbassi, E; N.Azizi (2022). Women's development and empowerment programs after the revolution, *Scientific Quarterly of Political and International Approaches*, 14(2), 185-210 [In Persian]. Doi: 10.29252/PIAJ.2023.228964.1303
- Abbasi, M; Sh. Ramezani (2021). Women's financial rights in Iran's legal system and its compatibility with international documents, *Journal of Modern Jurisprudence and Law*, 7, 17-34 [In Persian]. Doi: 10.22034/JML.2021.248298
- About UN Women (2010). View (26-12-2022), Available at: <https://www.unwomen.org/en/about-us/about-un-women>

- Arta, K. (2015). Feminisms, Women's Rights and the UN: Would Achieving Gender Equality Empower Women, *American Political Science*, 109 (4) doi: 10.1017/S0003055415000386
- Baylis, J; S.Smith (2004). *The Globalization of World Politics: an Introduction to International Relations*, Translated by A.Rahchamani, Tehran: Cultural Institute of International Studies and Research, Abrar Moaser [In Persian].
- Charlesworth, H. (1995). *Human Rights as Men's Rights, Women's Rights, Human Rights*, eds. Julie Peters and Andrea Wolper. New York: Routledge, 103–13.
- Chowdhry, G. (1995). Engendering Development? Women in Development (WID) in *International Development Regimes*. In *Feminism/Postmodernism/Development*, ed. Marianne H. Marchand and Jane L. Parpat. London: Routledge, 26–41
Doi: doi.org/10.2307/3177524
- Estebar, F; S.Yamrali; M Safavi; A. A, Esmaeili (2021). The pathology of Iran's accession to the international convention on the abolition of all forms of discrimination against women, *Quarterly Scientific Research Journal of International Law*, 14(54), 411-427 [In Persian].
- Farzin (2014). Continue cooperation with UNDP to expand carbon sequestration project in Iran, View(5-9-2019). Available at: <https://www.isna.ir/news/markazi-63206> [In Persian].
- Hartmann, H. I (1975/1981). *The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism*, In *Women and Revolution*, ed. Lydia Sargent Boston: South End Press, 1–41.
- Hartsock, N (1996). Community/Sexuality/Gender: Rethinking Power, In *Revisioning the Political: Feminist Reconstructions of Traditional Concepts in Western Political Theory*, eds N. Hirschmann and C. Di Stefano. Oxford: Westview Press, 27– 50.
- Important achievements and progress of women after the Islamic revolution in 7 major areas, View (11-3-2024): women.gov.ir/detail/15997 [In Persian].
- Interim report on the progress of human rights in the Islamic Republic of Iran, following the recommendations of the U.P.R(2020-2021), View (5-3-2024) Available at: <https://media.mfa.gov.ir/mfamedia/HumanRights-fa.rar> [In Persian].
- Kabeer, N. (1994). *Reversed Realities: Gender Hierarchies in Development Thought*, London: Verso Books
- Kabeer, N. (1999). Resources, Agency, Achievements: Reflections on the measurement of women's empowerment. *Development and Change*, 30(3): 435-464., Doi:435464

- Kabeer, N; V.W; F.Shaheed (2009). *Empowerment of women: a critique of common development approaches*. Compiled by A.Katam, Tehran, Publisher: Agah [In Persian].
- Kumar Pathania, S (2017) Sustainable Development Goal: Gender Equality For Women's Empowerment And Human Rights, *International Journal of Research* – Granthaalayah, 15(4) Doi: <https://doi.org/10.29121/granthaalayah.v5.i4.2017.1797>
- Millett, K. (1969/2000). *Sexual Politics*, Urbana: University of Illinois Press.
- Mitchell, J. (1966). *Women: The Longest Revolution*, New England Free Press.
- Naz, F. (2006). *Pathways to Women's Empowerment in Bangladesh*, A H Development Publishing House. Dhaka, Bangladesh, New York: Knof
- Nikooghadam, M. (2018), Investigating the impact of women's empowerment on the development of democracy, *Journal of Women in Development and Politics*, 16 (4), [In Persian]. Doi: 10.22059/jwdp..2019.263033.1007470
- Notification of the maternity leave period for one twin and more for women working in the government and non-government sectors (Circular No. 65782 dated 13- 2 – 2022 of the Administrative and Employment Organization, View (23 - 5 – 2022): women.gov.ir/detail/15570[In Persian].
- Nussbaum, M. C. (1999). The Professor of Parody, *The New Republic*, 220(8) (February), 37–45; <http://www.tnr.com/index.mhtml>, Issue Date 02.22.99
- Piran, P. (2005). Poverty Alleviation in Sistan & Baluchestan: The Case of Shirabad; United Nations Development Programme – Iran Technical Series, 3 2002, *Open Edition journals*, volume 26:1-95; <https://doi.org/10.4000/abstractairanica.1729>
- Rathgeber, E. M. (1990). WID, WAD, GAD: Trends in Research and Practice, *Journal of Developing Areas* 24(4), 489–502; ZDB-ID 219414-4
- Sangachin, F. (2015). Millennium Development Goals (MDG) and Sustainable Development Goals (SDG)», *Work and society monthly journal*, No. 186 [In Persian].
- Sharma, J. (2000). *Examining Self-Help Groups: Empowerment, Poverty Alleviation, Education, A Qualitative Study*. New Delhi: Nirantar
- Statistical Yearbook of the Ministry of Cooperation, Labor and Social Welfare (2020). Center for Statistics and Strategic Information (2021); Iranian book and literature house, View(2-3-2024), Available at: <https://ketab.ir/book/95a2ea91-3cc9-4e37-ab92-dbbf478b794c>[In Persian].

- Staudt, K. (1985). *Women, Foreign Assistance and Advocacy Administration*, New York: Praeger
- Symington, A. (2004). Intersectionality: A Tool for Gender and Economic Justice, *Women's Rights and Economic Justice*, Available at: https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/intersectionality_a_to_ol_for_gender_and_economic_justice.pdf
- Tajodin, M; L.Rahmati Vala (2014). National media and female heads of the household, *Strategic studies of women*, 7(67) [In Persian]. Doi: 20.1001.1.20082827.1393.17.65.5.6
- The United Nations in Iran started the framework of its new 5-year program, View (11-3-2024), Available at: <https://iran.un.org/fa/224956> [In Persian].
- Thornton, M. (2010). Can We Feminise Human Rights, *Sex Discrimination in Uncertain Times*, ed. Margaret Thornton, Canberra, Australia: ANU E-Press, 319–46. doi: <http://doi.org/10.22459/SDUT.09.2010>
- UN Women - United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women(2020), View (11-10-2021), Available at:<https://www.data4sdgs.org/partner/un-women-united-nations-entity-gender-equality-and-empowerment-women>
- United Nations (2005). Gender equality and empowerment of women through ICT, women2000 and beyond, UNITED NATIONS, Division for the Advancement of Women, Department of Economic and Social Affairs www.unwomen.org
- United Nations (1995). Report of the Fourth World Conference on Women. Beijing. September 4-15. New York: United Nations, Available at: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20E.pdf>.
- United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN-Women), Strategic Plan 2022–2025, Second regular session of 2021: <https://reliefweb.int/report/world/united-nations-entity-gender-equality-and-empowerment-women-un-women-strategic-plan>.
- Vice Presidency of Women&Family Affairs(2016). Analysis of the status of gender indicators in Iran, View(24-11-2018), Available at: <http://women.gov.ir/uploads/images/gallery/ejtemaee/mostanad/tahlil.pdf>
- Wittig, M. (1981). One is not Born a Woman, *Feminist*, 1 (2): 47–54.
- World Bank (2001). *World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty*. New York: Oxford University Press.



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50436.5169>



Research Article

The Separation of Church and State in Catholicism and the Emergence of the Objective Right in the Middle Ages

Parham Mehraram*

Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran

Article history:

Received: 09-06-2024

Accepted: 01-09-2024

Abstract

Introduction

Christianity has been engaged with the issue of the relationship between church and state since its inception. Although scriptural evidence points to the autonomy of these two spheres, the Catholic Church's response has been shaped by its social and political circumstances. Pope Gelasius I acknowledged the independence of both entities, but Pope Boniface VIII, through his decree "Unam Sanctam," attempted to place the state under the church's dominion. Political philosophers have been drawn to either side based on their philosophical beliefs, the context of their times, and their interpretation of sacred texts. The tradition seen in Augustine's work respected the aforementioned autonomy. Conversely, Thomas Aquinas developed a theoretical framework for the pope's claim to supremacy. Theologians like Marsilius of Padua and William of Ockham viewed these claims as heretical. The concept of subjective right emerged from these discussions.

Methods

This study adopts a descriptive-analytical research methodology. Efforts have been made, as much as possible, to reference primary sources, that is

Please cite this article as:

Mehraram, P (2025). The Separation of Church and State in Catholicism and the Emergence of the Objective Right in the Middle Ages. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 369-408.
<https://doi:10.22099/jls.2024.50436.5169>

* Corresponding author: E-mail address: p.mehraram@basu.ac.ir

the works of the thinkers under discussion. Nonetheless, to achieve a thorough comprehension of the texts within their respective historical milieus, due consideration has been given to the relevant historical and cultural contexts in which each work was composed. Consequently, secondary sources have also been consulted. Data collection was carried out through comprehensive library research.

Findings

The debate encompassed not only political thought but also logic and metaphysics, with both parties seeking to bolster their arguments with metaphysical underpinnings. The Franciscans, in their defense of evangelical poverty and their efforts to limit papal power, were particularly noteworthy. The prevailing view, largely put forth by Michel Villey, is that Ockham's nominalism, with its emphasis on empiricism, individualism, and rejection of Aristotelian metaphysics, played a crucial role. Brian Tierney, however, challenges this notion. This essay explores the disagreement between these two historians and demonstrates that it is inaccurate to assign a specific metaphysical stance to each side. For example, Marsilius of Padua, as one of the originators of the subjective concept of right, was an Aristotelian. Additionally, the essay discusses the influence of medieval political ideas on modern thinkers such as Grotius and John Locke. In this context, the Salamanca School, an Aristotelian, Thomist, neo-scholastic school, receives particular attention.

Conclusions

The essay seeks to present the Christian textual contexts that, along with political and social changes, laid the groundwork for the emergence of secularism. It argues that Christianity is equipped with scriptures that support the claims of late medieval thinkers regarding the supremacy of the state over the church. The idea of freedom as liberation from Mosaic Law, the emphasis on faith as the sole condition for salvation, and the well-known phrase "Render to Caesar the things that are Caesar's, and to God the things that are God's" are key examples of these textual contexts that provide fertile ground for secularism within Christianity. If this is the case, secularism did not arise in opposition to Christianity but rather as a continuation of it. Therefore, the Christian philosophy of the Middle Ages should be studied as part of the history of secularism. Such textual contexts are not found in other religions. Ignoring this fact has led to the misconception that Islamic classical scriptures can be easily interpreted in a secular manner to present a secular Islam. It has become clear that such attempts have been unsuccessful.

Keywords: State, Church, Catholicism, Subjective Rights, Nominalism.



جدایی دین و دولت در اندیشه کاتولیک و پیدایش مفهوم حق ذهنی در سده‌های میانه پرهام مهرآرام*

استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: مسیحیت از آغاز پیدایش خود با مسئله میان کنش دین و دولت درگیر بوده است. درحالی که به نظر می‌رسد شواهد متنی در متون مقدس به استقلال این دو از یکدیگر قائل‌اند، کلیسا بسته به شرایط متفاوت، تفاسیر متفاوتی از الگوی آرمانی خود ارائه داده است. پس از رسمیت یافتن مسیحیت در زمان کنستانتین، تلاش کلیسا بر رهایی از سلطه دولت بود و درنهایت در زمان پاپ گلاسیوس اول ایده استقلال این دو حوزه از همدیگر، تحت عنوان ایده دو شمشیر، توسط کلیسا اعلام شد. لیکن با افول امپراتوری روم غربی و قدرت‌گیری بیشتر کلیسا، پاپ‌ها کوشیدند تا قدرت دنیایی را تحت سیطره خود دریاورند. این کوشش درنهایت منجر به صدور فرمان یگانه مقدس (Unam Sanctam) شد که به‌صورت رسمی دولت را قدرت اجرایی کلیسا معرفی می‌کرد. در این میان فلاسفه نیز، متناسب با باورهای فلسفی خود، نیازهای زمان و درکشان از متون مقدس به یک سوی این جدال متمایل می‌شدند. سنت نخستین احترام به استقلال دولت بود که در آرای آگوستین قدیس بازتاب یافته است. آگوستین ایده همزیستی در صلح بابل را مطرح کرد که بر پایه آن مسیحیان نیز تا جایی که از صلح دولتی بهره می‌برند موظف به پیروی از آن می‌شدند، مگر دولت اساس ایمان آن‌ها زیر سؤال می‌برد.

استناد به این مقاله:

مهرآرام، پرهام (۱۴۰۴). جدایی دین و دولت در اندیشه کاتولیک و پیدایش مفهوم حق ذهنی در سده‌های میانه. *مجله مطالعات حقوقی*. ۱۷. (۲). ۴۰۸-۳۶۹.

در سده ۱۳ و ۱۴ با موجی از ارسطوگرایی روبه‌رو می‌شویم. در این میان توماس آکوئیناس از همه نامدارتر است. او در تقابل با ایده دو شمشیر، ادعاهای برتری‌جویانه پاپ‌های دوران خود را تئوریزه کرد. لیکن این دگرگونی بزرگ به راحتی پذیرفته نشد. اندیشمندانی مانند مارسیلیوس پادوایی و ویلیام اوکام با آن به عنوان بدعت برخورد کردند و کوشیدند در دفاع از قدرت دنیایی، قدرت پاپ را محدود کرده و حتی او را تابع دولت مدنی سازند. در راستای ایجاد محدودیت برای پاپ، آنان مفهوم حق ذهنی را ابداع کردند که در نهایت به دفاع از فرد در برابر هر قدرتی انجامید.

روش: در نگارش این اثر از روش پژوهش توصیفی-تحلیلی استفاده شده است. کوشش شده تا جای ممکن به منابع دست اول، یعنی آثار خود اندیشمندان مورد بحث استناد شود. اما به منظور فهم متون در بستر زمانی خود، به مقتضای کلام به شرایط تاریخی و فرهنگی‌ای که هر اثر در آن نگاشته شده نیز پرداخته شده است. در این راستا منابع دست دوم مورد استفاده قرار گرفته‌اند. روش جمع‌آوری اطلاعات کتابخانه‌ای است.

یافته‌ها: جدال میان کلیسا و دولت تنها حوزه اندیشه سیاسی را در بر نمی‌گرفت. بلکه هر گروه از بنیان‌های مابعدالطبیعی خود، برای اثبات ادعاهایشان استفاده می‌کردند. فرقه‌بندی‌های مذهبی در این میان بسیار اهمیت داشت و فرانسیسی‌ها، در تلاش برای دفاع از ایده فقر انجیلی در محدود کردن قدرت مطلقه پاپ نقش ارزنده‌ای ایفا کردند. ادعای غالبی که بیش از همه توسط میشل ویله مطرح شده این است که جریان نومی‌نالیست به رهبری ویلیام اوکام، با گسست از ارسطو و طرح ایده‌های تجربه‌گرایانه و فردمحورتر، زمینه ایجاد مفهوم حق ذهنی را فراهم کرد؛ اما این ادعا با مخالفت جدی تاریخ‌نگاران دیگری مانند بریان تیرنی روبه‌رو شده است. این پژوهش نشان می‌دهد که نمی‌توان با قاطعیت هیچ کدام از دو موضع را به اندیشه مابعدالطبیعی خاصی نسبت داد، زیرا می‌توان هم در میان ارسطوییان و هم پیروان فلسفه افلاطونی-آگوستینی، باورمندان به مفهوم حق ذهنی یا برتری هر یک از دو نهاد را یافت؛ چنانکه مارسیلیوس پادوایی که با مفهوم حق ذهنی آشنا بوده و به روایتی آن را به نحو آگاهانه‌تری از ویلیام اوکام به کار برده است، در مبانی مابعدالطبیعی خود ارسطویی بود. همچنین به این نکته اشاره خواهد شد که تلاش اندیشمندان سیاسی کاتولیک سده‌های میانه به دوران پس از خود منتقل شده و زمینه‌ساز ایجاد ایده حقوق طبیعی و قرارداد اجتماع در میان اندیشمندان پروتستانی مانند گروسیوس و لاک شد. در این مورد نقش مکتب نومدرسی و تومیسیتی سالامانکا بسیار پررنگ است؛ مکتبی که از دل آن چهره‌های برجسته‌ای مانند فرانچسکو ویتوریا و سوارز زاده شدند که ایده حق ذهنی را پروردند و بر برابری انسان‌ها و حقوق جدایی‌ناپذیرشان تأکید بسیار داشتند. بدین وسیله کوشش شده است کلیشه‌های رایج در مورد نقش منفی کاتولیسیسم در سده‌های میانه، در تقابل با

پروتستانیسیم، رد شده و این ایده که تمدن مدرن در تقابل با سده‌های میانه زاییده شده است به چالش کشیده شود.

نتیجه‌گیری: متون مقدس مسیحی زمینه تفسیری را فراهم کردند که نمی‌توان مشابه آن را به راحتی در ادیان دیگر یافت. در نتیجه، سکولاریسم در عالم مسیحی نه برخلاف دیدگاه رایج در گسست از مسیحیت، بلکه در حقیقت در تلاش برای فهم این متون و به یاری آن‌ها زاییده شده است. به عبارت دیگر، متون کلاسیک مسیحی زمین حاصلخیزی برای طرح ایده جدایی دولت و کلیسا بوده‌اند. ایده آزادی به عنوان رهایی از فقه و تأکید بر ایمان به عنوان تنها مؤلفه نجات انسان که به کرات در متون مسیحی تکرار شده‌اند و کلیدواژه «مالِ قیصر، مالِ خدا» در انجیل متی از این جمله هستند. فهم این سنت از این منظر دارای اهمیت است که جزئی از تاریخ سکولاریسم است و نادیده‌گیری آن می‌تواند به این سوء تفاهم منجر شود که می‌توان به راحتی ایده جدایی دین از دولت را از هر مذهب و هر متنی، به یاری برخی نظریات هرمنوتیک، بیرون کشید. به نظر می‌رسد این ایده که چندی در جهان اسلام طرفدار داشته است، شکست خورده است.

واژگان کلیدی: دولت، کلیسا، کاتولیسیسم، حق ذهنی، نومیالیسم.

سرآغاز

دین و دولت دو نهاد مهم در تنظیم زندگی انسان‌ها هستند و به دلیل آنکه هر دو رفتارهای گسترده‌ای را تحت نظارت خود دارند، امکان تلاقی حوزه نظارتی آن دو و گاه تعارض منافع وجود دارد. در این هنگام است که رابطه دین و دولت مطرح می‌شود، به‌ویژه اگر هر دو سازمان‌یافته باشند. در طول تاریخ الگوهای گوناگونی برای حل این تعارض پیشنهاد شده است؛ الگوی چیرگی مذهب بر دولت، الگوی چیرگی دولت بر مذهب (اراستیانسم)^۱ و الگوی جدایی این دو از یکدیگر (سکولاریسم و لائسیته). الگوی سوم الگوی غالب در کشورهای غربی است و برخاسته از دگرگونی‌های گسترده در همه ابعاد زندگی در غرب است. یکی از وجوه مهم این دگرگونی‌ها، مذهبی بوده و بیش از همه با جنبش پروتستانسم شناخته شده است؛ اما ریشه آنها را باید در پیش از جنبش اصلاحات دینی و در سده‌های پایانی سده‌های میانه یافت؛ در زمانی که بسیاری از الهی‌دانان کاتولیک علیه وضعیت کلیسای دوران خود به اعتراض برخاستند. اینان با طرح ایده‌های نوین درباره نسبت دولت، دین و شهروندان با یکدیگر و با طرح خوانشی متفاوت از متون مقدس بسترهای فکری لازم را هم برای جنبش پروتستانسم و هم حقوق طبیعی در سده‌های پیش رو فراهم کردند، لیکن به دلیل تصور تیره غالب از سده‌های میانه، سهم آنان آن‌چنان که باید دیده نشده است.

پیشتازی غرب در عرصه‌های گوناگون اجتماعی، روشنفکران کشورهای دیگر را، از جمله ایران، به پذیرش الگوی سوم متمایل کرده و در نتیجه جنبش پروتستانسم را چونان الگویی مطلوب برای انجام اصلاحات دینی در کشورهای اسلامی مطرح کرد. روشنفکران ایرانی همواره خود را در نسبت به پروتستانسم دیده و می‌بینند. حتی آخوندزاده که دغدغه درون‌دین نداشت، اصطلاح «پروتستانسم اسلامی» را جعل و تجویز کرد (Akhundzadeh, 2016:199). روشنفکران دینی نیز، هرچند با علم و اذعان به

1. Erastianism

تفاوت مسیحیت و اسلام، و به‌رغم ادعای گزاف در برتری از همتای اروپایی خود (Shariati, 1981:293; Alijani, 2020: 22)،^۱ آنقدر خلاقیت نداشتند که از اصطلاح «پروتستانیسیم اسلامی» فراتر روند و هم‌زمان همدیگر را به تقلید کورکورانه از پروتستانیسیم مسیحی متهم می‌کنند.^۲ جالب آنکه اینان اغلب در تأکید بر بازگشت به متون مقدس، میان خود و جنبش اصلاحات دینی در اروپا همانندی می‌بینند؛ اما واقعیت خلاف این ادعا را ثابت می‌کند. تلاش‌های فکری روشنفکران دینی هیچ‌گاه در میان عامه مسلمانان مقبولیت نیافت؛ زیرا که برخاسته از متن اسلام نبود.

درحقیقت اندیشه روشنفکران دینی بر گونه‌ای کج‌فهمی از دگرگونی‌های بنیادین در اروپای سده‌های میانه به‌عنوان دوران تاریکی صرف بنا شد؛ دگرگونی‌هایی که برخاسته از میان‌کنش میان عوامل سیاسی-اجتماعی و متون مذهبی بود. نقش هیچ کدام از این دو عامل را نمی‌توان نادیده گرفت (Ferrari, 2014: 25). از دید برخی مسیحیت تصویری از آزادی را در بطن خود داشت که می‌توانست ایده خودمختاری دوران مدرن را تاب بیاورد. منظور این ایده است که همه انسان‌ها از روی تصویر خدا خلق شده‌اند و می‌توانند با خدا ارتباط برقرار کنند و آزادی تنها از این طریق به دست می‌آید.^۳ این آزادی البته آزادی از فقه یهودی بود، امری که مسیحیت را از دین اسلام و یهودیت جدا ساخت؛ بنابراین سکولاریسم نه تنها در دشمنی با مسیحیت ایجاد نشد (Pannenberg, 1995: 32)، بلکه برخی مانند فردریش گوگارتن^۴ تا آنجا پیش رفته‌اند که آن را پیامد مشروع ایمان مسیحی بر تاریخ دانسته‌اند (Cox, 2013: 21). این درحالی‌ست که غالب

۱. ایشان تا بدانجا پیش رفته‌اند که ادعا کنند لوتر چیزی شبیه به اراسموس است و اراسموس شبیه به طالقانی. با این تفاوت که طالقانی سویه‌های رهایی‌بخش بیشتری دارد (Alijani, 2020: 232).

۲. برای نمونه، این نظری است که سروش در مورد شبستری در تأکید او بر ایمان به‌عنوان عنصر اصلی دین دارد (Soroush, 2020: 28).

۳. انجیل یوحنا ۸:۳۶ «پس اگر پسر شما را آزاد کند، درواقع آزادید.» قرن‌تین ۳:۱۷

۴. اینک ارباب روح است، و در جایی که روح ارباب است، آزادی است.

روشنفکران دینی مسلمان، دنیای مدرن را واکنشی به دوران تاریک سده‌های میانه معرفی می‌کنند.^۱

این پژوهش می‌کوشد تا بخشی از کلیشه‌های مربوط به سده‌های میانه و کلیسای کاتولیک را کنار بزند و به این پرسش پاسخ دهد که الهی‌دانان و اندیشمندان کاتولیک در سده‌های میانه چه دریافتی از نسبت دین و دولت داشتند و پاسخ آنان چه تأثیری در ایجاد مفاهیم حقوقی مدرنی مانند حق ذهنی داشت. مقاله، در این مسیر، به بیان دیدگاه اندیشمندان بسنده نمی‌کند و می‌کوشد تأثیر باورهای فرقه‌ای آنان را در اندیشه‌ورزی-شان نشان دهد. همچنین، ادعا شده است که ارسطویی یا افلاطونی (درحقیقت آگوستینی) بودن نظریه‌پردازان در این دوره معرف خطوط اصلی اندیشه سیاسی آنهاست. این مطلب نیز در این پژوهش مورد بررسی قرار خواهد گرفت. از سویی دیگر، چیرگی غرب در سده‌های گذشته سبب شده است تا تاریخ نهادهای سیاسی و حقوقی آن جزئی ناگسستنی از تاریخ جهان باشد، به شکلی که امروزه هیچ انسانی در جهان نمی‌تواند وضعیت موجود خود را بدون آگاهی از این تاریخ بشناسد. به همین دلیل، و با توجه به اهمیتی که جنبش‌های دینی اروپایی برای روشنفکران ایرانی داشته-اند، این پژوهش با اصلاح دریافت ما از دگرگونی‌های دینی واپسین دوران سده‌های میانه، درحقیقت در فهم بهتر ما از خودمان و میراث روشنفکرانمان نیز مؤثر واقع خواهد شد. درنهایت، در این مقاله کوشش شده به منابع دست اول، یعنی آثار خود نویسندگانی استناد شود که به آنها پرداخته شده است و منابع دست دوم فقط به

۱. برای نمونه: «روشنفکر غربی و حتی شرقی می‌داند که اصولاً فکر کاتولیسیم... یک فکر انحطاطی و فردگرایی و متوجه‌کننده روح‌ها از زندگی و عینیت و واقعیت به ذهنیت و ایدئال‌های مابعدالطبیعی است و به کلی پیوند با زندگی را قطع می‌کند و می‌داند که روشنفکر باید قدرت و مسئولیت و عینیت به جامعه بدهد. اما نمی‌داند که فرهنگ مذهبی ما و به‌خصوص مذهب تشیع ما که تلقی خاص از اسلام است درست ضد آن افکار و مذاهب است» (Shariati, 1981: 286).

صورت کمکی مورد استفاده قرار بگیرند. در این راه، متون در بستر زمانی خود درک خواهند شد.

۱. سنت کلیسایی از مسیح تا آگوستین

تقابل میان مذهب و دولت، به‌ویژه در زمانی که هر دو سازمان‌یافته باشند، امری بسیار محتمل است. در مورد مسیحیت، از زمان ظهور حضرت عیسی تقابل این دو مطرح و در انجیل بازتاب یافت. به نظر می‌رسد که نخستین راهکار ارائه‌شده، امکان پیروی از فرمانروایان و تأکید بر این مطلب بود که پادشاهی عیسی مسیح این جهانی نیست.^۱ حضرت عیسی در عبارت بسیار مشهوری میان این دو حوزه، «مال قیصر» و «مال خدا»، به‌روشنی تمایز می‌گذارد^۲ و حق حاکم بر مورد تبعیت واقع شدن را به شرط حمایت از کلیسا می‌پذیرد، هرچند درنهایت همه قدرت‌ها از آن خداست.^۳ حواریون نیز در رساله‌های خود بر چنین باورهایی گواهی می‌دهند. چنانکه این مطلب را در موعظه‌های پطرس قدیس^۴ و پائول نیز می‌توان یافت.^۵

به دلیل نبود کلیسایی سازمان‌یافته و متمرکز در سه سده نخستین ظهور مسیحیت تعارض بین کلیسا و دولت کم‌رنگ بود. با گرویدن کنستانتین به این دین دگرگونی

۱. انجیل یوحنا ۱۸:۳۶: «عیسی جواب داد، پادشاهی من متعلق به این دنیا نیست. اگر پادشاهی من به این دنیا تعلق می‌داشت، پیروان من می‌جنگیدند تا من به یهودیان تسلیم نشوم، اما پادشاهی من پادشاهی دنیوی نیست».

۲. انجیل متی ۲۲:۲۱: «عیسی در جواب به آن‌ها فرمود، پس آنچه را که از امپراتور است به امپراتور و آنچه را که از خداست به خدا بدهید».

۳. انجیل یوحنا ۱۹:۱۱: «عیسی در جواب گفت: تو هیچ قدرتی بر من نمی‌داشتی اگر خدا آن را به تو نمی‌داد».

۴. پطرس ۲:۱۳: «به خاطر خداوند از مقامات کشور اطاعت نمایید، خواه از رهبر مملکت و خواه از مأموران دولت که از سوی رهبر منصوب شده‌اند تا خلافکاران را مجازات کنند و درستکاران را پاداش دهند».

همچنین: پطرس ۲:۱۷: «از خدا بترسید و به رهبران کشور احترام بگذارید».

۵. رساله رومیان ۱۳:۱: «همه باید از اولیاء امور اطاعت نمایند؛ زیرا بدون اجازه خدا هیچ قدرتی وجود ندارد و صاحبان قدرت فعلی را خداوند مقرر کرده است».

ژرفی روی داد؛ اینک امپراتوری ابزاری بود برای پاسداری از کلیسا و به خدمت گرفتن افراد در راه خدا. این گونه بود که کلیسا به کلیسایی دولتی دگرگون شد. در این زمان کلیسا هنوز به اندازه کافی منسجم نبود و این امر به امپراتور این امکان را داد تا اسقف‌ها را به انتخاب خود برگزیند و مجامع مذهبی را به سلیقه خود فراخواند و تصمیمات آنان را ابلاغ کند. این اقدام کنستانتین به قطبی‌تر شدن گرایش‌ها و مرکزگرایی کمک کرد. مسائلی مانند آزادی حرکت و مسافرت و نظارت امپراتور بر کلیسا سبب اتحاد روحانیان امپراتوری شد و سپس ادعای امپراتور به رهبری کلیسا واکنش اسقف‌های روم را برانگیخت. در نتیجه برای نخستین بار درگیری بین کلیسا و دولت آغاز شد (Knowles, 1967: 5-6).

۱-۱. پیدایش ایده دو شمشیر

پدران کلیسا که در همان سده‌های رسمیت مسیحیت می‌زیستند، آن‌چنانکه باید به مسئله رابطه دین و دولت پرداختند؛ اما با فروپاشی امپراتوری روم غربی درگیری شکل تازه‌ای به خود گرفت. خلأ قدرت برخاسته از این فروپاشی امکان طرح ایده‌ای جز ایده قدیمی بیزانسی را ممکن کرد، ایده‌ای که بر پایه آن امپراتور موظف به ایجاد بهشت خدا بر زمین *Basileia* بود و به همین دلیل حقوق ویژه‌ای در اداره کلیسا داشت که از کنستانتین به میراث برده بود؛ سنتی که کلیسا ارتدوکس آن را ادامه داد (Kalkandjieva, 2011: 359). پیش از این پاپ گلاسیوس اول^۱ نیز نسبت به ادعای امپراتوران بر اداره کلیسا واکنش نشان داده و در نامه خود به امپراتور آناستاسیاس^۲ اعلام کرده بود که در جهان دو قدرت وجود دارند؛ یکی قدرت الهی کشیشان و دیگری قدرت اجرایی شاهان. هر دو برخاسته از خداوند هستند اما قدرت کشیشان برتر است؛ زیرا هدایت روح شاه را نیز بر عهده دارد؛ هرچند کلیسا باید در امور سکولار از شاه پیروی کند.

1. Pope Gelasius I (496 م)

2. Anastasius

این نامه از دو لحاظ اهمیت داشت: نخست، پاپ شاه را یکی از فرزندان کلیسا به شمار می‌آورد. دوم، شاه قدرت خود را مستقیم از خداوند می‌گرفت و نه از پاپ (Knowles, 1967: 7). اینک با فروپاشی امپراتوری در غرب و جدایی کلیسای ارتودوکس از کلیسای کاتولیک مقاومت پاپ‌ها و کلیسا در برابر هضم شدن در بدنه دولت و سخن گفتن از آزادی کلیسا *libertas ecclesiae* توسط پاپ‌های پسین مانند گرگوری هفتم شدت گرفت و تبدیل به یکی از مسیرهایی شد که در آن جدال میان دولت و کلیسا به ایجاد برخی حق‌های بشری مانند حق بر آزادی تشکلات و محدودیت دولت انجامید. از دید تیرنی، این امر سبب شد مسیر اروپا از مسیر استبداد شرقی‌ای که ویتفوگل به کشورهای مانند ایران، پرو، مصر، هند، ژاپن و چین نسبت می‌دهد، جدا شود و بحث از حقوق اساسی و قراردادگرایی مورد توجه هواداران پاپ مانند لاوتنباخ^۱ قرار گیرد تا بدین وسیله پادشاهانی همچون هاینریش چهارم^۲ را محدود کنند (Tiernry, 1987: 167-169).

مقاله را با بررسی اندیشه‌های آگوستین آغاز می‌کنیم که معرف این دوره از باورهای مسیحی در مورد پیوند دین و دولت است.

۱-۲. آگوستین و صلح بابل

درحقیقت، بحث اصلی از رابطه میان کلیسا و دولت را آگوستین قدیس آغاز کرد و او نیز این بحث را نه تحت تأثیر بحران میان دولت و کلیسا، بلکه برای کمک به مسیحیت رو به گسترش آن زمان در یافتن نسبت خود با میراث پررنگ و زنده امپراتوری مطرح نمود. اثر برجسته آگوستین که در آن به رابطه کلیسا با دولت پرداخته، کتاب معروف *پیرامون شهر خداوند علیه مشرکان*^۳ است. این کتاب پاسخ به کسانی است که مسیحیت را عامل

1. Manegold of Lautenbach (1030–1103)

2. Heinrich IV (1050–1106)

3. De Civitate Dei Contra Paganos

فروپاشی روم می‌دانسته‌اند. آگوستین کوشید تا ثابت کند سقوط روم ناشی از ساختار فاسد خود آن بود؛ اما در طول کتاب، به تفصیل به بسیاری از مبانی اعتقادی مسیحیت پرداخته و درنهایت مسئولیت مسیحیان نسبت به قدرت دنیایی را بیان کرده است.

از دید آگوستین بالاترین خیر صلح است و حتی انسان کافر یا بدسرشت نیز آن را دنبال می‌کند. صلح در هر چیز برخاسته از نظم و سامان است. هر امری تا آنجایی از صلح بهره می‌برد که با نظم الهی سازگار باشد؛ صلح عادلانه صلحی است نیک سازمان داده شده (Augustine, 1871, Vol 2: 318-319). صلح تن در تناسب اجزای آن با یکدیگر و صلح روح در تناسب نظر و عمل نهفته است. صلح بین انسان با انسان در همدلی به سامان است و صلح در خانواده همدلی به سامان میان فرمان‌بردار و فرمان‌بر است. صلح مدنی نیز چنین سامانی میان شهروندان است؛ اما نباید فراموش کرد که حتی صلحی نیز که معوج و منحرف شده، از لحاظی بر تناسب و نظم امور مبتنی است، وگرنه اساساً نمی‌توانست موجود باشد. آنچه دولت را از دسته‌ای از راهزنان جدا می‌کند، همین تلاش برای برقراری روابط اجتماعی براساس عدالت است (Augustine, 1871, Vol. 1: 140).

اما آیا می‌توان عدالت را در جهان برپا کرد؟ آگوستین متذکر می‌شود که باید میان صلح جاویدان و صلح دنیایی تمایز گذاشت. برای دستیابی به صلح روح، در معنای تناسب میان عمل و نظر، نیازمند کنترل تمامی عواطف و هیجانات خود هستیم که خود امری ناممکن است. علاوه بر آن، نظروری‌ای که لازمه صلح نام برده است، نیازمند اطلاعات کافی و قضاوت درست است. اولی را انسان به واسطه عمر محدود خود نمی‌تواند به دست بیاورد و دومی را به دلیل خطاپذیر بودن قدرت قضاوت‌اش. بر همین اساس، صلح کامل و جاویدان در این جهان، و تا هنگامی که روح در کالبد است، به دست نمی‌آید و انسان با تکیه بر توانایی‌های خود نمی‌تواند به آرامش پایدار برسد. در نتیجه انسان نیازمند فیض و عنایت الهی است و از این روست که صلح در شهر خدا لذت به سامان شده و هماهنگ با خداست (Augustine, 1871, Vol 2: 319-322).

این کاستی در جهانِ دنیایی برخاسته از گناه اولیه است و گناه اولیه ناشی از نافرمانی انسان در برابر خداوند، یعنی ناشی از اراده انسانی او. آگوستین، برخلاف سنت مانوی که خود روزی بدان تعلق خاطر داشت، شر را به طبیعت نسبت نمی‌دهد؛ زیرا طبیعت آفریده خداوند است و نسبت دادن شر به آن، نسبت دادن شر به پروردگار. هنگامی که آدم و حوا از اراده خدا سرپیچی کردند و از میوه ممنوعه خوردند، در برابر خدا طغیان کردند و از آنجا که همه انسان‌ها از نسل آدم هستند، با این گناه به دنیا آمدند (Augustine, 1871, Vol 1: 534). اینک انسان گناهکار در جایگاهی قرار گرفته است که متناسب با آن است و به همین دلیل از صلح کامل بهره‌مند نیست و از این مطلب رنج می‌برد (Augustine, 1871, Vol 2: 320).

آگوستین اندیشه سیاسی خود را با تمایزگذاری میان دو گونه شهر، شهر خدا (civitas Dei) و شهر شیطان، (civitas diaboli) شرح می‌دهد. این تمایز بر پایه هدفی‌ست که افراد در هر کدام از این شهرها به دنبال آنند. در شهر شیطان باشندگان تنها به دنبال لذت‌های تن‌اند؛ اما از آنجا که این هدفی نیست که شهر واقعاً بتواند به باشندگانش عرضه کند، شهرها و شهروندان‌شان همواره تقسیم شده و درگیر جدال و منازعه حقوقی خواهند بود. هر کدام از ملت‌ها برای غلبه بر دیگری تلاش کرده و بدین‌منظور پلیدی را دستاویز قرار می‌دهند. شکست و پیروزی هیچ‌کدام‌شان ماندگار نیست (Augustine, 1871, Vol 2: 53). این است که شهر شیطان نمی‌تواند به صلح پایدار برسد. روم نیز که خدایان متعدد را می‌پرستید و از صلح جاویدان که در عشق به خداست غافل بود، بذر نابودی خود را در خود داشت.

در برابر شهر شیطان، شهر خداست؛ شهری که در آن عشق به خدا راهبر انسان‌هاست و شهروندان‌ش برای خدا می‌زیند. در حالی که در شهر شیطان شکوه انسان جست‌وجو می‌شود، در شهر خدا شکوه منحصر به پروردگار است. در یکی فرمانروا و ملت با عشق به قدرت و فرمانروایی آن را اداره می‌کنند و در دیگری فرمانروا و فرمان‌بردار با عشق به یکدیگر خدمت می‌کنند. در شهر خدا، برخلاف شهر انسان، که

در آن حکمت انسانی حاکم و سرشار از غرور و حکمت بله‌اء است، حکمت فرمانروا حکمت الهی‌ست؛ حکمتی که همگان را به پرستش خدای راستین دعوت می‌کند (Augustine, 1871, Vol 2: 47-48).

اما رابطه این دو شهر با یکدیگر چگونه است؟ این پرسشی است که می‌تواند نسبت کلیسا با فرمانروای دنیایی را نشان دهد، چراکه شهر خدا درحقیقت کلیساست و شهر شیطان هر یک از فرمانروایی‌های این جهانی. چنانکه از سیاق گفتار آگوستین مشخص است، تمایز این دو شهر مکانی و زمانی نیست. شهر خدا افراد گوناگون را با زبان و ملیت‌های گوناگون و در مکان‌های مختلف فرامی‌خواند که همگی آنها در عشق به خدا یگانه شده‌اند. اینان به دنبال نابودی شهر دنیایی نیستند، تا جایی که آنان را از هدف اصلی‌شان، پرستش خداوند، باز ندارد (Augustine, 1871, Vol 2: 328)؛ بنابراین، تا روزی که پادشاهی خدا برقرار و اساس فرمانروایی دنیایی در جهان برچیده شود، ساکنان شهر خدا و شهر شیطان در کنار هم زندگی خواهند کرد.

در اینجا است که آگوستین اندیشه بنیادین خود درباره صلح جهانی و بنیاد اندیشه خود در تعریف رابطه دین و اقتدار سیاسی را تعریف می‌کند. از آنجا که زندگی این جهانی میان مؤمنان و بی‌دینان مشترک است، این دو می‌توانند در تلاش برای دستیابی به صلح زمینی با یکدیگر به توافق رسند (Augustine, 1871, Vol 2: 327). خداوند که انسان را بر زمین قرار داد، برای او اسباب‌های نیکی را فراهم کرد تا براساس آن بتواند صلح زمینی و موقت را برقرار کند؛ چراکه با به دست آوردن آن می‌تواند از صلح برتر، صلح جاویدان، نیز بهره‌مند شود. کسی که از این اسباب استفاده نکند، هر دو را از دست می‌دهد (Augustine, 1871, Vol 2: 321). تا زمانی که دو شهر درهم آمیخته‌اند، مؤمن نیز از صلح بابل بهره می‌برد. به‌همین دلیل حواریون مسیحیان را به دعا در حق شاهان دعوت کرده‌اند و جرمیای نبی در هنگام اسارت در بابل برای صلح بابل دعا می‌کرد (Augustine, 1871, Vol 2: 341)؛ بنابراین تا زمانی که فرمانروا مسیحیان را از هدف اصلی‌شان که همان پرستش خداوند است باز ندارد، آنها از صلح زمینی پاسداری

خواهند کرد و به قرارداد و توافق مشترک افراد جامعه درباره ضروریات زندگی این دنیایی احترام می‌گذارند (Augustine, 1871, Vol 2: 328).

باری، دولت از دید آگوستین الزاماً شر نیست و راهکاری برای برقراری صلح در زندگی شرورانه‌ی دنیایی‌ست. دو دنیای شر و خیر، مقدس و نامقدس در این جهان با هم برخورد و حوزه‌ای را ایجاد می‌کنند که حوزه سکولار (saeculum) است؛ حوزه‌ای که میان این دو و نقطه تلاقی هر دو است و نهادهای سیاسی در آن قرار دارند (Markus, 1985: 84). شکاف بین شهر خدا و شهر شیطان به طرد و تکفیر حوزه سکولار نمی‌انجامد. در این حوزه، مسیحی باید پیرو قوانین باشد و به مسئولیت شهروندی خود عمل کند. تنها قیدی که می‌تواند او را از این تعهد بری کند، جلوگیری از پرستش خدای یگانه است. قدرت‌گیری مسیحیان در سده چهارم میلادی برای آگوستین به معنای شروع تاریخی مقدس نبود، بلکه حوزه سکولار به حیات خود ادامه می‌داد.

بسیاری در این اندیشه، سکولاریسم مدرن را دیده‌اند؛ زیرا مسیحی برای پیروی از قوانین مدنی چیزی جز احترام به آزادی اندیشه و مذهب خود نمی‌طلبد. مسیحی فرمانروای بی‌دین و قانون غیرمذهبی را نامشروع نمی‌داند. از سوی دیگر، نباید در قضاوت شتاب کرد. در افکار آگوستین می‌توانیم شاهدی را مبنی بر امکان یکی کردن قانون مدنی با اخلاق دینی (به‌ویژه یکسان‌نگاری بزهکاری با گناهکاری) بیابیم. او باور دارد در صورتی که عضوی از خانواده نافرمانی کند، پدر می‌تواند او را مجازات کند؛ چراکه بی‌گناه بودن نه فقط به این معناست که به دیگران صدمه نزیم و خود گناه نکنیم، بلکه به این معنا نیز هست که دیگران را از گناه کردن بازداریم، یا به دلیل گناهی که کرده‌اند تنبیه کنیم (Augustine, 1871, Vol 2: 326). از آنجا که فرمانروا و پدر در اندیشه مردمان باستان دارای قدرتِ همانندی هستند (Augustine, 1871, Vol 2: 316)، می‌توان نتیجه گرفت که فرمانروا حق دارد مردم را به دلیل گناهانشان تنبیه کند یا با استفاده از قدرت قهرآمیز خود آنان را از گناه بازدارد؛ بنابراین می‌توان ادعا کرد هرچند آگوستین شورش یا نافرمانی در برابر فرمانروا را به صرف مسیحی نبودن یا اجرا نکردن

قوانین اخلاقی مسیحی نمی‌پذیرد، اما در عین حال امکان پیدایش یک فرمانروایی مسیحی را که در آن قوانین دین اجرا شوند، نفی نمی‌کند.

۲. عصر برتری جویی

پس از سقوط امپراتوری به مدت دو سده و از زمان آگوستین قدیس تا پاپ گرگوری اول^۱ (نامدار به گرگوری کبیر) فضای فکری و اجتماعی اروپا و به‌ویژه ایتالیا، در فرایندی که مارکوس آن را سکولارزدایی^۲ نامیده است، به شدت تغییر کرد؛ نهادها سکولار باقی‌مانده از امپراتوری تحلیل رفتند و روم از مرکز قدرت امپراتوری به مرکز کلیسا تغییر چهره یافت (Markus, 1985: 90-91). پس از این دوره انتقال، از سده هفتم به بعد، پادشاهی در غرب (حوزه‌ای که سابقاً تحت نفوذ روم غربی بود) و منصب پاپی در شرق به‌نهایت ضعف خود رسیدند. در غرب به‌رغم ایجاد یک قدرت سیاسی در دوره شارلمانی، پس از سال ۸۰۰ میلادی قدرت نظری پاپ تقویت شد و توانست خود را از یوغ دولت بیرون آورد. سپس کوشید به آرامی خود را از ایده قدرت دوگانه پاپ گلاسیوس نیز برهاند. با از میان رفتن وحدت سیاسی در غرب و طرح این افسانه که کنستانتین نیمه غربی امپراتوری را به پاپ سپرده است، پاپ خود را نه فقط بر روح‌ها، بلکه بر سیاست نیز چیره دانست. از این پس شاهان فقط قدرت اجرایی داشتند و شارلمانی برگزیده پاپ برای دفاع از کلیسا به شمار می‌آمد. هرچند شارلمانی خود به مسئله این‌گونه نمی‌نگریست و برای ادعاهای خود بر سنت ژرمنی-فرانکی و الهی‌دانان خود تکیه می‌کرد که از شهر خدای آگوستین الهام گرفته بودند؛ اما پس از مرگ او فرزندان او در تقابل با کلیسا به ارث نبردند. در نبرد میان فرمانروایان امپراتوری مقدس روم و پاپ نیز این پاپ بود که پیروز میدان شد؛ زیرا کسی نمی‌توانست

1. Pope Gregory I (540 – 604)

2. desecularization

نقش معنوی پاپ را انکار کند و برتری ایدئولوژیک با او بود. درنهایت امپراتور به پذیرش این مطلب تن داد که قدرت سلطنتی او از پاپ می‌آید (Knowles, 1967: 9).

۱-۲. یگانه مقدس

دکترین جدید را اینوسنت سوم^۱ و جانشینانش بیان کردند. بر طبق آن، همه قدرت‌ها ذیل قدرت پاپ به‌عنوان جانشین مسیح می‌گنجند. این مفهوم وحدت‌بخش در مورد قدرت با این اصل ارسطویی تقویت می‌شد که همه عوامل درنهایت باید به یک عامل واحد فروکاسته شوند. درگیری میان فیلیپ چهارم^۲ و پاپ بونیفاس هشتم^۳ بر سر گماشتن برناردوسسه^۴ به اسقفی حوزه جدید پامیه^۵ و روی هم رفته کشمکش بر سر حق بر گماشتن و برکناری اسقف‌ها^۶ (Malet, 2009: 315) درنهایت منجر به صدور فرمان «یگانه مقدس» (Unam Sanctam) شد که در آن پاپ اقتدار سیاسی کامل را از آن خود دانست.

براساس این فرمان فقط یک کلیسای به‌حق کاتولیک وجود دارد که بیرون از آن هیچ گناहانی آمرزیده نخواهد شد. فقط یک موجود کامل وجود دارد که عیسی مسیح است و یک بدن رمزی که سر آن عیسی مسیح است. در این بدن فقط یک ارباب، یک ایمان و یک غسل تعمید وجود دارد. همان‌طور که هر کس بیرون از کشتی نوح بود هلاک شد، بیرون از این بدن نیز هلاکت است. این بدن کلیسای واحد است. سر آن مسیح و سپس پطرس و جانشینانش است، چنانکه مسیح به پطرس گفت: «به گوسفندان من خوراک بده». حتی شمشیر دنیایی نیز در دستان پطرس است، چنانکه در انجیل متی

-
1. Innocentus III (1160-1216)
 2. Philippe IV (le Bel) (1268-1314)
 3. Boniface VIII (1230-1303)
 4. Bernard de Saisset
 5. Pamiers
 6. Investiture controversy

عیسی می‌گوید: «شمشیر خود را در غلاف کن».^۱ تفاوت تنها در این است که اولی از طرف کلیسا و دومی به دست خود کلیسا اعمال و اجرا می‌شود. پیام نهایی فرمان روشن است: «بنابراین ما این مطلب را که همه انسان‌ها باید پیروی اسقف روم باشند، جزئی از ضروریات رستگاری می‌دانیم».

توماس آکوئیناس را باید برجسته‌ترین فیلسوف کلیسا دانست که این موضع را تئوریزه کرد.

۲-۲. توماس آکوئیناس؛ کشیشی شاهانه

آکوئیناس در نوع نگاه خود به سیاست به شدت از ارسطو اثر پذیرفته است و به پیروی از او علت نخستین تشکیل جامعه را رفع نیازهای انسانی می‌داند. برخلاف حیوانات انسان به‌طور طبیعی ابزارهای لازم را برای زیست ندارد و آن‌ها را باید با دستان خود بسازد. انسان به‌تنهایی نمی‌تواند این ابزارها را تولید کند؛ بنابراین ناگزیر از زیست جمعی است. همچنین انسان دانش غریزی کافی برای ادامه زیست خود ندارد و باید از عقل بدین منظور استفاده کند. از آنجا که دانش مورد نیاز گسترده است، هیچ کسی نمی‌تواند به‌تنهایی بر کل این دانش احاطه یابد. در نتیجه زیستن در جامعه اجتناب‌ناپذیر است (Thomas von Aquin, 1971: 6).

اما اگر قرار بر این باشد که در جامعه هر کس تنها به نفع شخصی خویشتن بیاندیشد، بدون آنکه نهاد مشترکی نفع همگان را در نظر بگیرد، اساساً زندگی جمعی ممکن نخواهد شد؛ بنابراین در تمامی مواردی که اجزای گوناگونی در جهت یک هدف قرار دارند، باید نهادی برای رهبری وجود داشته باشد تا آنان را به سوی هدف مشترک سوق دهد. مشروعیت فرمانروایی وابسته به این است که تا چه حد در جهت این هدف مشترک حرکت می‌کند. جامعه واقعی متشکل از انسان‌های آزاد است. انسان‌های آزاد

اهداف خود را دارند و اگر فرمانروا دولت را در جهت اهداف شخصی خود به کار گیرد، درحقیقت آنها را به مقام بندگی فروکاسته است؛ بنابراین فرمانروایی درست برپایه منافع همگان

شکل می‌گیرد (Thomas von Aquin, 1971: 8). این نفع مشترک، برآوردن نیازهای مادی و دفاع از اتباع است. فرمانروا می‌کوشد آسایش توده مردم را که در حفظ یگانگی‌شان است، حفظ کند؛ امری که آن را می‌توان صلح نامید (Thomas von Aquin, 1971: 12-13).

در ضمن بحث از وظایف شاه، آکوئیناس به رابطه دین و دولت و چگونگی تنظیم رابطه این دو نهاد با یکدیگر می‌پردازد. شاه، همانند روح در بدن و خداوند در جهان، وظیفه اداره جامعه را دارد (Thomas von Aquin, 1971: 49). اداره کردن درست جامعه به معنای هدایت آن به سمت هدف مناسبش است. اگر این هدف سلامتی شهروندان بود پزشکان، اگر مال‌اندوزی و ثروت‌اندوزی بود، اقتصاددان‌ها و اگر دانش‌اندوزی بود آموزگاران باید فرمانروایی می‌کردند، اما هیچ کدام از اینها نیست، بلکه کسب لذت از خداوند است. این هدف با قدرت خود انسان به دست نمی‌آید و با دست یازیدن به کلام الهی و عیسی مسیح ممکن می‌شود؛ بنابراین مسیح نه فقط کشیش بلکه شاه نیز هست. کشیشی شاهانه یا سلطنتی از او نشأت می‌گیرد و حاکمیت نیز نه متعلق به شاهان زمینی، بلکه به کشیشان و در رأس آنان به بزرگ‌ترین کشیش، پاپ، جانشین پطرس، تعلق دارد. همه مسیحیان باید از او همانند مسیح پیروی کنند (Thomas von Aquin, 1971: 54-55).

این استدلال نقطه تلاقی نظریه مسیحی آکوئیناس با باورهای ارسطویی‌اش است. صلح واقعی در جامعه و پیگیری نفع همگانی ممکن نیست بدون هدف فضیلت‌مندانه‌ای که روحانیان آموزگار و نگهبان آن هستند و حتی جامعه‌ای که به دنبال آسایش و یگانگی خود است، نمی‌تواند بدون چنین فضیلتی بدان دست یابد؛ بنابراین او نیز مانند آگوستین به دنبال صلح است، با این تفاوت که آگوستین صلح واقعی را در

این دنیا در دسترس نمی‌داند، اما آکوئیناس آن را به منزله هدف اصلی نظام سیاسی می‌پذیرد. اما آیا تحقق صلح در جامعه مدنی نیازمند برتری کلیساست؟ جالب آنکه مخالفان کلیسا با وارونه کردن نتیجه همین استدلال و به کارگیری همین مبانی ارسطویی به جنگ آن رفتند؛ چنانکه مارسیلیوس پادوایی با تکیه بر اهمیت صلح به نتیجه‌ای به کلی متفاوت رسید.

۳. عصر انشقاق

سده چهاردهم، همان دورانی که در آن پاپ بونیفاس هشتم درگذشت، درحقیقت سده قدرت‌گیری دولت‌های در حال ظهور ملی و آغاز زوال کلیسا بود. این سده دورانی است که در آن پیر فلوت^۱ از طرف فیلیپ چهارم به پاپ اعلام کرد که قدرت او زبانی است، اما قدرت شاه واقعی.

در این دوران دگرگونی‌های ژرفی در حقوق‌شناسی رخ دادند. کشف نسخه‌ای از دیژست در جنوب ناپل در سده دوازدهم سبب مطالعه علمی‌تر حقوق در بولونیا و سپس همه اروپا در سده‌های آینده شد. این کشف مهم به رشد مکاتب نوین حقوقی‌ای که تفسیر حقوق روم را وظیفه خود می‌دانستند، به‌ویژه مکتب مفسران^۲ و تربیت چهره‌های برجسته‌ای مانند بارتولوس^۳ انجامید. همچنین تدوین شاخص‌ترین مجموعه‌های حقوق کلیسا مانند دکرتوم گراتیانی^۴ و سپس پیدایش مکاتب حقوقی برخاسته از تفاسیر آنان، از جمله دکرتیسم^۵ در سده‌های سیزدهم و چهاردهم، زمینه‌ساز درکی حقوقی‌تر از مسائل و درگیری‌های سیاسی و تفسیر نوینی از حقوق روم شد که نتیجه نهایی آن استنتاج مفهوم مدرن از حق بود (Wauters; de Benito, 2017: 51-62).

1. Pierre de Flotte (1302)
2. Commentators
3. Bartolus de Saxoferrato
4. Decretum Gratiani
5. Decretism

در عصر جدید، باورهای ارسطویی که سابقاً مورد استفاده توماس برای ایجاد الهیات بود، این بار به منظور ضروری و طبیعی نشان دادن دولت به کار رفتند. اینک دولت برخاسته از توسعه جامعه انسانی و اجبار آن نیز برخاسته از نیازهای انسانی به شمار می‌آمد. در این دوره از یک طرف کلیسا این ادعا را داشت که باید بر همه چیز مسلط باشد و از سوی دیگر، بیداری ملی و کارآمدی اداری سبب شدند تا رقابتی سیاسی با کلیسا ایجاد شود. این همان مقطعی است که در آن نطفه دولت مدرن بسته شد و قدرت-گیری آن شتاب گرفت. رئالیسم شاهان فرانسوی با اندیشه‌های مارسیلیوس پادوایی و انشقاق در کلیسا همراه بود. علاوه بر این ورشکستگی فلسفه مدرسی به شاهان ملی قدرت بیشتری اعطا کرد. این شاهان قدرتمند نوین، با تکیه بر الگوی شاهان بنی‌اسرائیل، قدرت الهی و شبه‌مذهبی نیز یافتند (Knowles, 1967: 10-12). اندیشه‌های افرادی مانند مارسیلیوس پادوایی و ویلیام اوکام این فرایند را در سطح نظری تقویت کردند.

۳-۱. مارسیلیوس پادوایی؛ مردم‌سالار سده‌های میانه

مارسیلیوس پادوایی^۱ را باید یکی از اندیشمندان عمیق سده‌های میانه دانست. اندیشه‌های او بشارت‌دهنده حاکمیت مردمی و برتری اقتدار دنیایی است. او در پادوآ، در سال ۱۲۷۵ میلادی، در یکی از دولت‌شهرهای شمال ایتالیا به دنیا آمد، در دورانی که هرج و مرج و آشوب ویژگی این دولت-شهرها بود. مارسیلیوس پادوایی مداخله کلیسا و مقامات آن را عامل مهمی در بی‌ثباتی این دولت-شهرها به شمار می‌آورد و این مطلب برای او انگیزه‌ای قوی در پشتیبانی از فرمانروایان دنیایی در برابر کلیسا بود (Copleston, 2004: 189).

1. Marsilius of Padua (1270 –1342)

او اثر برجسته خود را، به نام *مدافع صلح*^۱، با بیان اهمیت صلح در زندگی انسان آغاز می‌کند؛ زیرا در پرتو آن است که فضایل و هنرهای دیگر به دست می‌آیند. از دید او، این ادعایی است که با پیام خود مسیح سازگار است؛ چراکه بارها برای پیروان خود آرزوی صلح می‌کند و آنان را به صلح میان خود و حتی دیگران فرامی‌خواند. برعکس، از نبود آرامش و صلح همه رذیلت‌ها زاده می‌شوند. صلح بالاترین میوه‌ها را می‌دهد و باید برای آن کوشید و وقتی آن را به دست آوردیم باید آن را به هر قیمت حفظ کنیم (Marsiglio of Padua, 1920: 3-5).

از دید مارسیلیوس پادوایی، اختلاف در یک جامعه بزرگ‌ترین عامل به خطر افتادن صلح است. ایجاد اختلاف می‌تواند علل بسیاری داشته باشد، اما یک علت از همه مهم‌تر است؛ جدال مذهبی. این همان علتی است که روم را نیز از پای درآورد. این علت بسیار فراگیر است و ممکن است تمام نظم‌های مدنی را دربرگیرد و ارسطو و فیلسوفان هم‌زمانش نتوانسته بودند آن را کشف کنند (Marsiglio of Padua, 1920: 5). هدف او شرح و درمان این اختلاف است.

مارسیلیوس پادوایی، همانند توماس آکوئیناس، با مقدمه‌ای ارسطویی آغاز می‌کند. علت غایی جامعه زیست مناسب باشندگان آن است و نه صرفاً بقا، چراکه جامعه تشکیل شده از انسان‌های آزاد است و نه بردگان و جانوران (Marsiglio of Padua, 1920: 18). به منظور تعریف زیست مناسب، باید ابتدا گونه‌های زیستن را مشخص کنیم. یک گونه از زیستن، زیست دنیایی و گذرا و گونه دیگر آن، زیست ابدی و آسمانی است. درباره گونه نخست فلاسفه مبسوط بحث کرده و ملاک‌های آن را توضیح داده‌اند. به-ویژه این نکته را که زندگی دنیایی بدون جامعه ممکن نیست؛ زیرا انسان نیازهایی دارد که تنها در جامعه و براساس تخصص موجود در آن است که می‌تواند برآورده شوند، اما از آنجا که در میان انسان‌ها کشمکش و اختلاف به وجود می‌آید، اگر روابط آنها بر

پایه عدالت تنظیم نشود و کسی نباشد که از این قوانین پاسداری کند، جامعه فرو خواهد پاشید.

لیکن در کنار نیاز به امنیت و مایحتاج زندگی، انسان به امر دیگری نیز نیاز دارد که با وحی به او اعطا شده است؛ پرستش خدای حقیقی و زندگی جاویدان. بدین منظور طبقه روحانیان در جامعه به وجود آمده‌اند (Marsiglio of Padua, 1920: 19-20). هدف این طبقه، کنترل رفتارهای انسان در جهت بهترین زندگی در جهان پسین است. پس از گناه نخستین و هبوط انسان، او سعادت ابدی را از کف باخت. تا اینکه خداوند با فرستادن مسیح بار دیگر امکان رسیدن به شادی ابدی را برای انسان فراهم کرد. دیگر بحث تنها جلوگیری از تنبیه نبود. کشیشان مسیحی مسئولان و خبرگان قانون و رسوم آیینی مسیحیت هستند و هدف نهایی آنها آموزش باورهای مسیحی و کرداری است که مردم برای رستگاری به آن نیاز دارند (Marsiglio of Padua, 1920: 31-35).

از دید مارسیلیوس پادوایی کارکرد دین محدود به جهان دیگر نیست؛ بلکه چنانکه برخی فلاسفه مانند هزیود و پاتاگوراس نیز اشاره کرده‌اند، مذهب در این جهان نیز به منظور حفظ آسایش و صلح در جامعه لازم است (Marsiglio of Padua, 1920: 29-30). اما از این استدلال مارسیلیوس پادوایی نباید به این نتیجه رسید که او برای مذهب اقتدار سیاسی قائل است. توضیح آنکه از دید او آنچه عادلانه است، نمی‌تواند قانون نامیده شود مگر آنکه با اجبار همراه شود. اما چه کسی اقتدار وضع قانون را دارد؟ مارسیلیوس پادوایی کسی جز مجلس تشکیل شده از مردم یا بخش غالب آنان را شایسته چنین امری نمی‌داند و همین نهاد است که وظیفه تفسیر و دگرگون کردن قوانین را برعهده دارد. منظور از شهروندان تمامی کسانی هستند که در کنش‌های مدنی نقش ایفا می‌کنند. مجمع همگانی شهروندان یا نهاد غالب در آن به نمایندگی از کل تصمیم می‌گیرند؛ زیرا توافق همگان ممکن نیست (Marsiglio of Padua, 1920: 66-68).

با برداشتن این گام، مارسیلیوس پادوایی از الگوی‌های سنتی پیش از خود دور شد و نه تنها برتری پاپ بر شاه را نفی کرد، بلکه آموزه دو شمشیر را نیز کنار گذاشت و به

آن چیزی نزدیک شد که آن را می‌توان آموزه ارسطیانسم نامید؛ الگویی که در اندیشه سیاسی توماس هابز بهترین صورت‌بندی خود را یافت؛ زیرا با این استدلال او فقط مردم و در پی آن دولت برگزیده آنان را صالح دانست تا در این مورد تصمیم بگیرند که چه بخش از دین می‌تواند به قانون موضوعه تبدیل شود.

اینک آنچه برای او حیاتی است اثبات این مطلب است که مجمع همگانی تنها نهادی است که اقتدار وضع قانون را دارد. این بخش قسمتی از افکار دموکراتیک و مدرن مارسیلیوس پادوایی را به نمایش می‌گذارد. در این راستا او دو دلیل ارائه می‌دهد: ۱. مجمع همگانی شهروندان هم در فهم و هم در تمایلات خود به آنچه نفع عمومی است بیشتر از سایر نهادها گرایش دارد؛ زیرا هیچ موجودی به خود لطمه نمی‌زند. همچنین کل بهتر از اجزاء خود کاستی‌های قوانین را می‌فهمد و در اندازه و قدرت نیز برتر از اجزا خود است (Marsiglio of Padua, 1920: 69).

۲. از آنجا که قوانین در نهایت بر اعضای همین مجلس اعمال می‌شوند، قانون‌گذاری آن به معنای قانون‌گذاری تابعان قانون است. تنها در این حالت است که با مردم به صورت برده برخورد نشده و به آزادی آنان احترام گذاشته شده است. این امر میل به پیروی از قانون را گسترش می‌دهد (Marsiglio of Padua, 1920: 69).

اینک با توجه به شرحی که مارسیلیوس پادوایی از قانون و وضع‌کننده مشروع آن ارائه می‌دهد، می‌توان دوباره به پرسش نخستین بازگشت. اگر بالاترین اقتدار، یعنی وضع و دگرگونی قانون در دستان شهروندان است، روحانیان و قانون الهی چه جایگاهی دارند؟

مارسیلیوس پادوایی، با استناد به رساله یعقوب، ادعا می‌کند که فقط یک قاضی روحانی وجود دارد که دارای اقتدار آمرانه است و آن عیسی مسیح است.^۱ اما این اقتدار

۱. رساله یعقوب، ۴:۱۲. «صاحب شریعت و داور یکی است که بر رها کردن قادر است. پس تو

کیستی که بر همسایه خود داوری می‌کنی؟»

در این جهان اعمال نمی‌شود. پس هیچ کس به دلیل شکستن قوانین مسیحیت در این دنیا تنبیه نمی‌شود؛ زیرا مقرر شده است خطاکاران تا پایان عمر خود فرصت توبه داشته باشند. همچنین عمل به دین بدون آزادی اراده نقض غرض و بی‌ارزش است. این نکته از اصول اساسی مسیحیت بوده و در آراء ویلیام اوکام به تفصیل نظریه‌پردازی شده است. مارسیلیوس پادوایی در تأیید این مطلب شاهی از انجیل لوقا می‌آورد؛^۱ عبارتی که در آن حضرت عیسی خود را طیب و نه شاه (دارای قدرت جابرانه) معرفی می‌کند. (Marsiglio of Padua, 1920: 222).

بنابراین قوانین مسیحیت با انسان به دو شکل رابطه برقرار می‌کنند؛ در این جهان قانون مسیحیت بدون ضمانت اجراست و باید از درون پذیرفته شود، اما در جهان دیگر امکان تنبیه و مجازات برای شکندگان قانون خدا وجود دارد. در آن زمان است که قانون الهی قانون در معنای واقعی خواهد بود (Marsiglio of Padua, 1920: 223). بدین ترتیب، مارسیلیوس پادوایی در طرح خود از معنای حقوق و قانون به پوزیتیویسم نزدیک می‌شود.

۲-۳. ویلیام اوکام و فقر کلیسایی

در میان اندیشمندانی که به آنان پرداخته شد، اوکام^۲ از این منظر که ادعا می‌شود ایده حق ذهنی (Ius در مقام قدرتی شخصی) را برای نخستین بار طرح کرده است، اهمیت ویژه‌ای

۱. انجیل لوقا، ۵: ۳۱-۳۲

«تندرستان نیاز به مریض ندارند بلکه بیماران و نیامده‌ام تا عادلان را به توبه فراخوانم، بلکه عاصیان».

2. William of Ockham (1287 –1347)

دارد. در این دیدگاه، نومینالیسم^۱ اوکامی به گونه‌ای فردگرایی انجامیده است که می‌توانسته مبنای فلسفی و منطقی مناسبی برای ایده سیاسی-حقوقی حق ذهنی فراهم کند.^۲ اوکام در ۱۲۸۰ در ساری انگلستان به دنیا و در ۱۳۴۹ در بلک‌دث درگذشت. او در جوانی وارد فرقه فرانسیسی شد و در آکسفورد درس خواند و در لندن و نورتمپتن تدریس کرد. وی هیچ‌گاه دکترای خود را در الهیات به دست نیاورد؛ زیرا در ۱۳۲۳ برخی باورهای او به گوش پاپ رسیدند و سانسور شدند و خود نیز به آوینیون فراخوانده شد. سپس از آوینیون گریخت و به همراه میکله چزنایی،^۳ رئیس فرقه فرانسیسی، به دربار لودویگ باواریایی^۴ در مونیخ پناهنده شد. از آن پس، در دفاع از فقر انجیلی^۵ به فعالیت علیه پاپ ژان بیست‌ودوم^۶ پرداخت؛ از آنجا که برخلاف مارسیلیوس پادوایی علاقه اصلی او سیاست نبود و دفاع از فقر انجیلی او را به این وادی کشاند (Coleman, 1999: 36)، توضیح درباره این جدال خالی از فایده نخواهد بود.

پس از مرگ فرانسیس آسیزی^۷ جنگاور و تاجرزاده راهبی که ثروت خانوادگی خود را در راه موعظه رها کرد، در مورد نحوه عمل فرقه فرانسیسی اختلافاتی ایجاد شد. باور فرقه این بود که عیسی و حواریون مالک هیچ چیز نبودند و آنان نیز باید در همین مسیر گام بردارند. درنهایت پاپ گرگوری نهم^۸ در ۱۲۳۱ دستور صادر کرد که براساس آن فرانسیسی‌ها حق مالکیت هیچ چیز، جز استفاده از برخی اشیاء را ندارند و پاپ اینوسنت چهارم^۹ نیز در سال ۱۲۴۵ اعلام کرد آنچه فرانسیسی‌ها می‌توانند از آن استفاده

۱. Nominalism: در معنای سنتی و به‌ویژه طرح شده در سده‌های میانه، اندیشه‌ای است که وجود مفاهیم کلی را طرد می‌کند.

۲. تیرنی این ایده را به ویله نسبت می‌دهد (Tierney, 1997: 29).

3. Michael of Cesena (1270 – 1342)

4. Louis IV (German: Ludwig) (the Bavarian) (1282 –1347)

5. Evangelical Poverty

6. John XXII (1244 –1334)

7. Giovanni di Pietro di Bernardone (1181 – 3 October 1226)

8. Gregory IX (1145 -1241)

9. Innocent IV (1195-1254)

استفاده کنند ملک کلیسا است و کلیسا آنها را به عنوان تراستی^۱ اداره می‌کند. نیکولاس سوم^۲ در فرمانی این وضعیت را به زبان حقوقی تری بیان کرد؛ لیکن ژان بیست و دوم تصمیم گرفت ایده فقر انجیلی را به چالش بکشد؛ بنابراین الهی‌دانان و کانونیست‌ها برای پاسخ دادن به این پرسش فراخوانده شدند که آیا ادعای اینکه مسیح و حواریون مالک هیچ چیز، فردی و جمعی، نبودند کفرآمیز است یا خیر؟ فرانسیسی‌ها در نشستی به ریاست رئیس فرقه، میکله چزنایی، اعلام کردند که این مسئله در فرمان نیکولاس سوم پاسخ داده شده است و ژان بیست و دوم حق ندارد تصمیم پاپ پیشین را دگرگون کند. در ۱۳۲۳ پاپ اعلامیه فرانسیسی‌ها را گستاخانه و اشتباه دانست و فرمان *Ad conditorem* را صادر کرد (Tierney, 1997: 94-95).

پاپ اعلام کرد نهادی به نام حق انتفاع، مستقل از حق مالکیت وجود ندارد؛ به‌ویژه در زمان که عین با استفاده، از میان می‌رود. درنهایت او در فرمانی دیگر به نام *Cum inter nonnullos* مقرر کرد که ادعای اینکه مسیح و حواریون مالکیتی چه به صورت مشترک و چه به صورت فردی نداشته‌اند، ارتداد است. در مقابل میکله چزنایی و اوکام فرمان پاپ را بدعت دانستند و سپس هر دو به دربار لودویگ باواریایی گریختند. اوکام در رساله‌ای با عنوان *Opus nonaginta dierum* واژه به واژه فرمان پاپ را مورد نقد قرار داد (Tierney, 1997: 96-97) و از سال ۱۳۳۷ شروع به نوشتن رساله‌هایی سیاسی خود کرد. اوکام تقابل خود را با پاپ این‌گونه شرح می‌دهد (Luscombe, 2020: 154):

«رو در روی خطاهای این پاپ دروغین، چنان سنگی سخت رو کرده‌ام؛ چنانکه نه هیچ دروغ و بهتان و نه هیچ شکنجه‌ای از هر دست... و نه هیچ جماعتی هرچند بزرگ از باورمندان و دل‌سپردگان و حتی پشتیبانان پاپ هرگز نخواهند توانست تا دست و کاغذ و قلم و جوهر دارم، مرا از یورش به خطاهای وی ... بازدارند.»

1. Trustee

2. Nicholas III (1255-1280)

برای توضیح راه حل اوکام در مواجهه با پاپ ژان بیست و دوم باید به این امر اشاره کرد که او میان قدرت بر استفاده از اشیاء که حقی طبیعی است و به همه انسان‌ها به طور جدایی ناپذیری تعلق گرفته است و مالکیت خصوصی فرق می‌گذارد. توضیح آنکه اوکام پاسداری از نفس را تکلیفی الهی می‌داند و بنابراین قدرت بر استفاده از اشیاء بیرونی برای پاسداری از نفس حقی است که نمی‌توان از آن اعراض کرد. تا پیش از هبوط انسان به دلیل گناه نخستین، آنچه برای آدم و حوا وجود داشته است، تنها همین حق بود (Coleman, 1999: 44).

اما پس از هبوط انسان با دو برهه تاریخی دیگر مواجهیم: نخست، دورانی که هنوز منابع بین افراد تخصیص داده نشده‌اند و دوم، وضعیت پس از تخصیص منابع، که همان وضعیت مالکیت خصوصی است. آنچه برای او حائز اهمیت است مبنای مشروعیت این تخصیص منابع است؛ در حالی که پاپ مالکیت خصوصی را امری ازلی و وابسته به فرمان الهی می‌دانست و باور داشت که حتی آدم و حوا در بهشت نیز مالکیت داشته‌اند، اوکام نهاد مالکیت را امری انسانی و ناشی از توافق افراد و سپس سنت و قانون می‌دانست (Tierney, 1997: 157)؛ بنابراین این ایده که مسیح و حواریون فاقد مالکیت خصوصی بودند نمی‌توانست کفرآمیز باشد؛ البته تصمیم انسان‌ها در ایجاد نهاد مالکیت خصوصی مشروع است؛ زیرا بنیاد آن را می‌توان در پیروی از «منطق درست»^۱ و در جهت برابری طبیعی در شرایط پس از هبوط و از این منظر در هماهنگی با اراده الهی یافت. انسان ضرورت نیاز به این نهاد را به صورت تجربی درمی‌یابد (Tierney, 1997: 165).

حال این پرسش مطرح می‌شود که این دیدگاه چه تأثیری بر تعریف رابطه دولت و کلیسا از یک سو و پیدایش مفهوم حق ذهنی، از سوی دیگر دارد؟ در آغاز پاسخ پرسش دوم داده خواهد شد. چنانکه دیدیم اوکام هماهنگی با «منطق درست» را مبنایی برای مشروعیت یک نهاد حقوقی می‌داند. از این رو، توضیح این واژه می‌تواند نقطه شروع

مناسبی برای پاسخ دادن به پرسش دوم باشد. «منطق درست»، برای او کام دارای دو معناست: نخست، محتوای گزاره‌های اخلاقی یا همان عقل عملی. دوم، عامل الزام‌کننده عقل عملی. پس میان دو عمل ذهن باید تمایز گذاشت: دریافت (apprehension) و قضاوت (judgment). اولی از طریق عقل یا عقل طبیعی به دست می‌آید و همان معنای عینی اخلاق است. اما در عمل دوم، یعنی همان قضاوت است که اخلاق جنبه الزام‌آور می‌گیرد. این معنا معنای ذهنی اخلاق و همراه با الزام‌آوری است. در اینجا است که استقلال و خودمختاری اخلاقی معنا می‌یابد؛ زیرا حتی دستور الهی نیز تا زمانی که به تأیید «منطق درست»، به معنای دوم، نرسیده باشد، الزام‌آور نخواهد بود (Clark, 1973: 15-17).

درحقیقت نظریه اخلاق او ریشه در باورهای الهیاتی مسیحی‌اش داشت. او می‌کوشید اخلاق ارسطویی را به یک اخلاق مسیحی تبدیل کند؛ بنابراین بین جنبه راهنما^۱ و جنبه دستوری^۲ اخلاق تمایز گذاشت تا جا برای وجدان مسیحی باز شود. برای او عنصر نخست «منطق درست» به گزاره‌های هنجاری‌ای اشاره دارند که ممکن است همراه با امر اخلاقی نباشند. اما «تکلیف» زمانی آغاز می‌شود که عقل، خود، به گزاره‌های هنجاری تن دهد؛ بنابراین موضوع اخلاق چیزی جز اراده آزاد انسان نمی‌تواند باشد. فقط اعمال محتمل و خود متعین هستند که می‌توانند ارزش اخلاقی داشته باشند (Clark, 1973: 19-22). تأکید بر اراده به عنوان موضوع اصلی ارزش اخلاقی را پیش از ویلیام اوکام فلاسفه دیگری نیز، مانند پیتر آبلار، مطرح کرده بودند (Bréhier, 1398: 122) و چنانکه دیدیم مارسیلیوس پادوایی نیز با این باور بیگانه نبود.

تعریف افراد انسانی به عنوان موجودات برابر و دارای وجدان و آزادی درونی لاجرم به این نتیجه انجامید که افراد قدرت بر گزینش شیوه زیست و ارزش‌های زندگی خود دارند. این مطلب در حرکت از Ius در معنای عینی ارسطویی (در زبان ارسطو dikaion) و توماسی (Tierney, 1997: 21-22)، به ترکیبی از Ius و potestas که همان تعریف ذهنی

1. directives
2. dictates

از معنای حق است، تأثیر جدی گذاشت. از این پس Ius نه در معنای وضعیت درستی از امور واقع، بلکه به معنای حوزه‌ای از آزادی‌گزینش فهم شد که فرد می‌تواند آن را به صورت مشروع پی بگیرد. با برداشتن این گام نهایی، اینک او به‌سادگی می‌توانست توجه کند که چرا فرانسیسی‌ها می‌توانند از حق بر مالکیت خصوصی اعراض کنند؛ زیرا که از این پس، حق، بر آزادی‌گزینش دلالت داشت و حق در این معنا، بر عکس تلقی سنتی‌تر از آن، اعراض‌پذیر است (Kant, 1786: 128-129).

این آزادی از منظر سیاسی پیامد روشنی دارد. انسان‌های آزاد حق دارند فرمانروای خود را برگزینند (Copleston, 2004: 186)؛ افراد باید بر آنچه بر آنان اثر می‌گذارد، اثر بگذارند.^۱ اوکام این مطلب را برای طرد نظام استبدادی، چه در دولت مدنی و چه در کلیسا، به کار برد. همان‌گونه که دولت برای حفظ منفعت جامعه و به خواست و توافق افراد ایجاد می‌شود، کلیسا نیز از اجتماع مؤمنانی ایجاد می‌شود که زنان و مردان عادی هستند. کلیسا متشکل از همه اینهاست و یک کلیسای تصنعی و مبتنی بر سلسله‌مراتب نمی‌تواند اینان را نمایندگی کند. همچنین فرد نمی‌تواند استقلال اخلاقی و مسئولیت‌های خود را به دیگران واگذارد. فرد مسئولیت اخلاقی دارد تا در برابر هر کس که بخواهد حقوقش را از او بگیرد مقاومت کند، چه پاپ و چه شاه. قانون باید منطبق با «منطق درست» باشد. آزادی انسان امری است که مورد تأیید انجیل است؛ چنانکه انجیل بارها به ایمان‌آوردندگان وعده آزادی می‌دهد (Coleman, 1999: 47). بدین ترتیب، اوکام در دعوی دوران انشقاق جانب شورآگرایان را گرفت و حاکمیت مطلقه پاپ را رد کرد.

به پرسش نخست بازگردیم؛ دیدگاه اوکام در مورد مالکیت خصوصی و فقر انجیلی چگونه بر نگاه او بر رابطه دین و دولت تأثیر گذاشت؟ اگر بپذیریم که مالکیت خصوصی واکنش انسان برحسب «منطق درست» در برابر شرایط هبوط است، در این

۱. برگرفته از قاعده لاتینی Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet.

صورت امری غیرمذهبی و فرامسیحی است. به همین دلیل مالکیت خصوصی را در تمدن‌های دیگر و در میان کافران نیز می‌توان یافت؛ پس این نهاد را باید نهادی سکولار به شمار آورد، آن را ذیل نظارت حکومت دنیایی قرار داد و نظارت کلیسا بر آن را متوقف کرد. این استدلال نه تنها در مورد مالکیت خصوصی، بلکه برای توجیه پیدایش دولت نیز به کار می‌رود. نهاد دولت نیز برحسب صلاحدید انسان‌ها و برحسب تجربه، برای مدیریت آنها در دوران هبوط، در هماهنگی با «منطق درست»، ایجاد شده و در مشروعیت خود نیازی به تأیید کلیسا ندارد. پس پدیده‌ای غیرمسیحی، اما مشروع و عقلانی است و بنابراین توجیهی وجود ندارد که چرا کلیسا باید بر آن نظارت داشته باشد. اوکام فراتر می‌رود؛ چون دولت و مالکیت خصوصی دستاوردهای تجربه بشری برای پاسداری از حقوق طبیعی آنهاست، همه امور مرتبط، حتی اگر در پیوند با کلیسا باشند، باید تحت نظارت دولت قرار گیرند. در نتیجه اختیارات پاپ به آموزش کلام خدا، برگزاری عبادات و آنچه به حیات جاودان انسان مربوط است، منحصر می‌شود (Coleman, 1999: 45-46).

۴. جدال میان دو قدیس؛ فرانسیسی یا دومینیکی؟

چنانکه اشاره شد، مرسوم است که ایجاد مفهوم حق ذهنی را به اوکام نسبت دهند. علقه فرقه‌ای اوکام در دفاع از فقر انجیلی روشن شد. اما از نظر شناخت‌شناسی، ادعا می‌شود دیدگاه خاص او تحت عنوان «نومینالیسم» یا «طریق نو» بسترهای فلسفی لازم برای گذار از حق عینی به ذهنی را فراهم کرده است. کسانی که بر این باورند مسائل فلسفه سیاسی و اندیشه‌های حقوقی سده‌های میانه را تابعی از مسائل کلان‌تر شناخت‌شناسی و مابعدالطبیعه می‌دانند. در مورد مباحث ما، ادعای تأثیرگذاری دو حوزه وجود دارد: نخست، مسئله کلیات؛ دوم، مسئله رابطه الهیات و فلسفه. این مسئله خود تا حدودی در نسبت با مسئله توانایی‌ها و محدودیت‌های عقل است.

مسئله کلیات یکی از مباحث مهم فلسفی سده‌های میانه بود و برحسب باور به اینکه اجناس و انواع مشتق و ازه‌اند؛ یا تصورات و مفاهیم یا درنهایت ذواتی دارای وجود، می‌توان جناح‌های مختلف را دسته‌بندی کرد (Copleston, 2004: 40). نظر ارسطویی که از بئتیوس تا توماس آکوئیناس مطرح بود کلی را ساخته ذهن می‌دانست که بنیادی عینی و واقعی در بیرون دارد و از مقایسه و تجرید به دست می‌آید. این سنت، سنتی بود که در میان راهبان دومینیکی هواداران بیشتری داشت. در برابر، در سنت فرانسیسی، بیش از همه تحت تأثیر آگوستین قدیس، کلیات به عالم مثال تعلق داشته و از طریق اشراق به دست می‌آیند. چهره شاخص این جریان را بوناونتورا^۱ می‌دانند (Gilson, 2010: 474-475).

در این میان، اوکام راه نوینی را گشود. او رویکردی تحلیلی، انتقادی و تجربه‌گرایانه را پیش کشید. رویکردی که البته بی‌سابقه نبود و در ریشه‌های آن را در جدال‌ها میان پیتر آبلار و ویلیام شامپویی می‌توان یافت (Copleston, 2004: 44-45). اوکام نومینالیسم را به اوج قدرت خود در سده‌های میانه رساند. از دید او، برای درک کلیت ذهن و فرد کافی است و نیازی نیست برای کلی وجودی بیرونی قائل شویم. کلیت، صفت امر موجود نیست، بلکه حدی یا لفظی است در قضایا. بحث از کلیات مربوط به مابعدالطبیعه نیست بلکه امری است مربوط به حدود و قضایا. او به تقدم شهود یا ادراک حسی بی‌واسطه‌ی جزئیات باور داشت؛ ادراک حسی بنیاد هر تجربه دیگر به شمار می‌آید (Copleston, 2004: 135).

این تجربه‌گرایی و محوریت یافتن فرد و امر جزئی در شناخت، از دید بسیاری، بنیان فلسفی لازم برای فردگرایی و باور به حقوق فردی را فراهم کرد (Troper, 2005: 362). این نگاه نه‌فقط به حوزه‌ی منطق، بلکه به حوزه‌ی زبان روزمره و تفسیر متون مقدس نیز تسری داده شد. بر این اساس، او برای هر مسیحی عاقل و باسوادی امکان

1. San Bonaventura (1221-1274)

فهم متون مقدس را قائل بود و به انحصار آن در کلیسا و پاپ و به سلسله‌مراتب در این زمینه باور نداشت. برعکس، او در نوشته‌های سیاسی خود می‌کوشید نشان دهد چگونه پاپ‌ها با توجه به موقعیت خود متون مقدس را به نفع خود بد تفسیر کرده‌اند (Coleman, 1999: 43). بدیهی است که او از این استدلال در دفاع از شوراباوری خود بهره برد.

حتی اگر تأثیر نومی‌نالیسم و ایده‌ی فقر انجیلی را بر باورهای اوکام در خصوص حقوق فردی بپذیریم، همچنان یک پرسش باقی می‌ماند؟ اگر دیدگاه برخی بر این است که سنت رایج فرانسیسی‌ها باور به اصالت معنا و نفی یقین حسی است (Gilson, 1987: 383)، آیا نباید اوکام را، حداقل در این مورد، در گسست از سنت رایج فرانسیسی درک کرد؟

از دید برخی پاسخ این پرسش را می‌توان در تعارض قدیمی‌تر میان فرانسیسی‌ها و دومینیکی‌ها، در جدال میان توماس آکوئیناس و بوناونتورا، به‌عنوان تقابلی از ارسطوگرایی و نفی ارسطو، یافت. درحالی‌که توماس آکوئیناس خطاپذیری عقل را می‌پذیرفت و باور داشت که بسیاری از حقایق ایمان را نمی‌توان با عقل به اثبات رساند، درعین حال به این نکته نیز اذعان داشت که عقل برای طی مسیر خود به‌صورت ذاتی نیازی به امداد الهی ندارد. در برابر، بوناونتورا می‌اندیشید فلسفه در استقلال خود به خطا منجر خواهد شد. از دید او، در ادامه سنت آگوستینی-افلاطونی، درنهایت این اشراق الهی است که راه شناخت یقینی را برای انسان می‌گشاید و این اشراق نیازمند عشق است که میان عقل و ایمان راه باز می‌کند (Gilson, 2020: 475)؛ بنابراین او نظریه شناخت ارسطو را ناقص می‌دانست (Copleston, 2004: 68). برای او عقل عملی و اراده بیش از عقل نظری دارای اهمیت بودند و این امر وی را در رویارویی با توماس آکوئیناس قرار می‌داد.

مخالفت‌های فرانسیسی‌هایی مانند بوناونتورا درنهایت سبب شد اسقف پاریس در آغاز در ۱۲۷۰ و سپس در سال ۱۲۷۷، سه سال پس از مرگ توماس آکوئیناس، فلسفه

طبیعی ارسطو را تکفیر کند. ۲۱۹ گزاره محکوم شدند؛ ازجمله آنکه فلسفه می‌تواند به‌تنهایی انسان را به‌سوی حقیقت رهنمون کند. متن محکومیت بر این نکته تأکید داشت که عقل باید خود را تابع ایمان بشمارد. از دید برخی، این نگاه به دلیل ویژگی شکاکانه‌اش به توان عقل بشری، مستقیماً به سست شدن موقعیت آن و رشد تجربه‌گرایی انجامید و نومیالیسم و اراده‌گرایی اوکام، همچون سرآغاز سکولاریسم و نظریه مدرن حق، درحقیقت میوه این جریان ضدارسطویی بود (Van Nieuwenhove, 2010: 348-349).

تیرنی به جد با این باور مخالف است. او می‌اندیشد ایجاد مفهوم ذهنی از حق را نمی‌توان به هیچ جریان فلسفی خاصی نسبت داد و مارسیلیوس پادوایی، علی‌رغم مبانی ارسطویی خود، با دقت بیشتری میان معنای عینی و ذهنی حق تمایز گذاشته است. او با ذکر نمونه‌های بسیار نشان می‌دهد که اوکام در نوشته‌هایش هر دو معنای عینی و ذهنی مفهوم حق را به‌کار برده، بدون آنکه به تمایز آن‌ها اشاره کند و این امر به دلیل رواج این تمایز در آن زمان بوده است. از دید تیرنی، آنچه اوکام را از پیشینیان خود متمایز می‌کند، نه تمایز میان حق عینی و ذهنی بلکه تمایز میان *Ius naturale* و *Ius positivum* است؛ امری که در جدال او با پاپ بر سر مسئله فقر انجیلی بسیار به کار می‌آمد. تیرنی باور دارد پیوند استواری که تاریخ‌نگاران به نادرستی میان نومیالیسم و حق ذهنی برقرار کردند سبب شد نوآوری‌های مارسیلیوس پادوایی، به دلیل ارسطویی بودن او، از چشم پژوهشگران دور بماند (Tierney, 1997: 108-112). حال آنکه حتی پیش از مارسیلیوس پادوایی نیز برخی دکترین‌ها^۱ مانند هوگوچیو^۲ از وجود معنای دوگانه *Ius* مطلع بوده و به معنای ذهنی آن اشاره کرده بودند. بنابراین پیدایش مفهوم ذهنی از حق را باید به سده ۱۲ نسبت داد (Tierney, 1987: 165) و خاستگاه آن را نباید در سرمایه‌داری سده

۱ در تاریخ حقوق غرب به کسانی گفته می‌شود که به کار تفسیر *Decretum Gratiani* می‌پرداختند.

2. Huguccio (Hugh of Pisa, Uguccio) (1140 –1210)

هفدهم و یا نومیانیسم سده چهاردهم، بلکه در انسان‌گرایی مسیحی سده دوازدهم یافت (Tierney, 1987: 175).

۵. گذار به دنیای مدرن

در پایان به صورت مختصر به دنبال آن هستیم که نشان دهیم این باورها و اندیشه‌ها چگونه در شکل‌دهی دنیای مدرن سهم ایفا کرده‌اند. تأثیرگذاری کاتولیک‌های سده‌های میانه گاه به صورت مستقیم و گاه غیرمستقیم صورت گرفته است. بسیاری از کنشگران و اندیشمندان جهان مدرن آغازین بی‌واسطه آثار ویلیام اوکام را مطالعه کرده بودند. برای نمونه هوگونات‌ها^۱ که پروتستان‌های فرانسوی بودند و مردم را مالک حقیقی قدرت می‌دانستند (Lee, 2008: 384)، با نوشته‌های اوکام آشنایی داشتند (Coleman, 1999: 36).

یکی از جریان‌های مهمی که اندیشه‌های نظریه‌پردازان کاتولیک را به دوران مدرن منتقل کرد، مکتب سالامانکا^۲ یا همان فلسفه مدرسی پسین^۳ است که باورهای مدرسی تومستی را در اسپانیا گسترش داد. این مکتب که با شرح *Summa Theologica* اثر معروف توماس آکوئیناس کار خود را آغاز کرد، خیلی زود ارزش جایگاه عقل را در باورهای توماس دریافت. در پاسخ به نیازهای روز در مورد مالکیت دریاها و به‌ویژه نحوه مواجهه با بومیان مناطق تحت استعمار در امریکا، اندیشمندان این مکتب کرامت ذاتی انسان، مفهوم قرارداد اجتماعی و گونه‌ای از فردگرایی را پیش کشیدند (Wauters; de Benito, 2017: 96). جالب آنکه فرانچسکو ویتوریا^۴ بنیان‌گذار رسمی مکتب از شاگردان جان مایر^۵ و

1. Huguenot

2. School of Salamanca

3. Late scholasticism

4. Francisco de Vitoria (1483–1546)

5. John Mair (1467–1550)

یاکوب آلمین^۱ بود که هر دو از پیروان مکتب «راه جدید» و اوکامیست بودند. اما خود او کنراد زومنهارت،^۲ از هواداران دنس اسکوتوس، را تحسین می‌کرد و استاد دیگرش پیتر کروکرت^۳ یک تومیست دومینیکی بود (Tierny, 1997: 257).

هواداران این مکتب باورهای سیاسی خود را بر بنیان حقوق طبیعی استوار کردند؛ حقوقی که از جانب خداوند اعطا شده و جاودان، جهان‌شمول و مشترک میان همه انسان‌هاست و از مذهب و ملیت فراتر می‌رود. از دید آنان حقوق طبیعی را به دو شیوه می‌توان دریافت: وحی یا عقل انسان. عقل انسان به این دلیل می‌تواند قانون الهی را کشف کند که از چهره الهی الگوبرداری شده است، باوری رایج در میان کاتولیک‌ها. از دید سوارز قرارداد اجتماعی خود از حقوق طبیعی برمی‌خیزد و عاملی برای محدود کردن قدرت فرمانروایان است (Wauters; de Benito, 2017: 97). همچنین جان فینیس سوارز را، از چهره‌های برجسته دیگر در مکتب سالامانکا، نخستین کسی می‌داند که معنای دقیق و مدرن حق را، در معنای قدرتی اخلاقی که هر فردی از آن برخوردار است، از واژه قدیمی‌تر Ius به‌کامل‌ترین شکل بیرون کشید (Golding, 2014: 190; Finnis, 2005: 206).

درنهایت گروسیوس که بسیاری او را پدر حقوق طبیعی می‌دانند، در طرح نظریه خود در مورد حقوق طبیعی از اندیشمندان مکتب سالامانکا اثر پذیرفته است؛ چنانکه در نوشته‌های خود بارها به بزرگان این مکتب مانند سوارز، ویتوریا و فرناردو واسکوئز،^۴ حتی توماس آکوئیناس، ارجاع داده است، هرچند در برخی مسائل با فلسفه مدرسی مخالف بود (Aguirre, 2022: 64-65). درحقیقت او در طرح عناصر اصلی اندیشه خود مبتکر بزرگی به شمار نمی‌آمد و عنصر خلاق او آمیزش جدید این عناصر به شیوه‌ای نو است (Decock, 2020: 9). مشارکت مکتب سالامانکا در حقوق طبیعی مدرن خود

1. Jacques Almain (1480-1515)

2. Conrad Summenhart (1450-1502)

3. Peter Crockaert (1465-1514)

4. Fernando Vázquez (1512-1569)

می‌تواند شهادتی بر ادعای تیرنی و در رد ادعای ویله باشد که باور داشت حقوق طبیعی صرفاً و الزاماً در میان اعضای فرقه فرانسیسی و با رویکردی ضد ارسطویی ایجاد شد.

فرجام سخن

نمی‌توان انکار کرد که متون مقدس مسیحی بستر مناسبی را برای رشد بذر سکولاریسم فراهم کرده بودند، بذری که در شرایط ویژه اواخر سده‌های میانه جوانه زد. درحقیقت نگاه غالب مسیحیت از آغاز هوادار مداخله کلیسا در امورات دولت نبوده و اصلاحات صورت گرفته، به‌ویژه در دوران انشقاق، به‌واقع ریشه در سنت مسیحیان آغازین داشته است. این امر را نباید فقط دستاورد پروتستانیسم دانست و از نقش اندیشمندان کاتولیک در این زمینه غافل شد.

در عین حال، نفی فقه در مسیحیت رایج و تأکید بر ایمان به‌عنوان عنصر نجات‌بخش، در کنار عوامل بی‌شمار دیگر، زمینه مناسبی را فراهم کرد تا در آن نقش اراده آزاد در گزینش اخلاقی افراد و همچنین به‌عنوان موضوع اصلی اخلاق محوریت بیابد؛ اندیشه‌ای که بنیان خودمختاری فردی در غرب شد و بعدها در فلسفه اندیشمندانی مانند کانت صورت کامل خود را یافت. به رسمیت شناختن اراده آزاد انسان به‌عنوان منشأ نیک و بد، بنیاد فلسفی و اخلاقی ایده حق ذهنی و لیبرالیسم فلسفی را فراهم کرد. درحقیقت می‌توان اندیشمندان کاتولیک اواخر سده‌های میانه را حلقه واسط میان کاتولیسیسم و پروتستانیسم دانست. به این ترتیب، نقش مسیحیت در پیدایش حقوق مدرن روشن می‌شود. این دریافت نو ما را وامی‌دارد تا درباره امکان طرح چنین مفاهیمی در چارچوب مذاهب دیگر، با احتیاط و درنگ بیشتری از آنچه روشنفکران مسلمان تا به امروز به کار بسته‌اند، بیندیشیم.

درباره جدال میان کلیسا و دولت و جبهه‌گیری‌های آن، نمی‌توان تمایز قاطعی میان ارسطوییان و افلاطونی-آگوستینیان قائل شد. درست است که نقش فرانسیسی‌ها در مقابله با ادعاهای پاپ انکارناپذیر است، این امر بدین معنا نیست که اینان در طرح ایده‌های

بنیادین خود تنها بودند. این مطلب در مورد طرح ایده حق ذهنی به نحو بارزتری درست است و در میان ارسطویان و کانونیست‌ها نیز می‌توان این تلقی از مفهوم حق را یافت. به صورت خاص‌تر، نه می‌توان اوکام را بنیان‌گذار مفهوم حق ذهنی دانست و نه این ادعا درست است که این مفهوم تنها از فلسفه نومی‌الیسم برگرفته است.

References

- Aguirre, S. C. (2022). Hugo Grotius and the Scholastic Tradition, *Espíritu LXXI*, 163, 63-78.
- Akhundzadeh, M. Fath-Ali. (2016). *Letters of Kamal-al-dawla*, edited by Ali Asghar Haghdar, Literature Club [in Persian].
- Alijani, R. (2020). The lessons of religious reform in the West and the necessity of rethinking in religious thought?, *Religious Critique*, 1 (3). 21-32 [in Persian].
- Augustine, A. (1871). *The city of God*, Marcus Duds, Vol. 1&2, London: Hamilton, Adams, and co.
- Bréhie, Émile (1998), *Histoire de la philosophie: Le Moyen Âge et la Renaissance*, translated by Yahya Mahdavi, Tehran: Khwarizmi.
- Clark, DW. (1973). William of Ockham on Right Reason, *The University of Chicago Press*, 48 (1), 13-36.
- Coleman, J. (1999). Ockham's Right Reason and the Genesis of the Political as 'Absolutist', *History of Political Thought*, 20 (1), 35-64.
- Copleston, F. (2004). *Medieval philosophy: an introduction*, translated by Masoud Olia, Tehran: Ghoghnoos [in Persian].
- Cox, H. (2013). *The Secular City*, New Jersey: Princeton University Press.
- Decock, W. (2020). Hugo Grotius Views on Consent, Contracts and the Christian Commonwealth-Introductory Remarks, *Grotiana*, 41, 1-12.
- Ferrari, S. (2014). *Religion and Multiculturalism from Israel to Canada*, New York: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2005). *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Gilson, É. (2010). *History of Christian Philosophy in the Middle Ages*, translated by Reza Ghandomi Nasr Abadi, Tehran: Samt [in Persian].
- Gilson, É. (1987). *The Spirit of Medieval Philosophy*, translated by Ali Morad Davoodi, Tehran: Elmifarhangi [in Persian].
- Golding, M. Ph. (2014), The Concept of Rights: A Historical Sketch, translated by Mohammad Rasekh, *Kian Journal*, 50, 42-47 [in Persian].

- Kalkandjieva, D. (2011), A Comparative Analysis on Church-State Relations in Eastern Orthodoxy: Concepts, Models and Principles, *Journal of Church and State*, 53 (4), 587-614.
- Kant, I. (1786). *Rezension von Gottlieb Hufeland, Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig: Verlag Der Dürschens Buchhandlung.
- Knowles, D.(1967). Church and State in Christian History, *Journal of Contemporary History*, 2 (4), 3-15.
- Lee, D. (2008). Private Law Models for Public Law Concepts: The Roman Law Theory of Dominion in the Monarchomach Doctrine of Popular Sovereignty, *The Review of Politics*, 70 (3), 370 – 399.
- Luscombe, D. (2020). *Medieval Thought*, translated by Meysam Sefidkhosh, Tehran: samt [in Persian].
- Malet, Albert (2009), *History of Wold*, translated by Abdolhossein Hazhir, 3rd Edition. Vol.4, Tehran: Samir Publishing Company.
- Markus, R. A. (1985). The Sacred and The Secular: From Augustine to Gregory the Great, *The Journal of Theological Studies*, New Seris, 36 (1), 84-96.
- Marsiglio of Padua. (1920). *The Defensor Pacis*, Cambridge, Moore, George F.; Ropes, James H.; Lake Kirsopp, Harcard: Harvard University Press.
- Pannenberg, W. (1995). Chiristianity and Secularism, *The Asbury Theological Journal*, 50 (1), 27-35.
- Shariati, A. (1981), *What should be done?*, Tehran: The Office of Compilation and Organization of the Collected Works of Dr. Ali Shariati [in Persian].
- Soroush, A. (2020). What do We Learn from Luther, *Religious Critique*, 1 (3), 7-20 [in Persian].
- Tierney, B. (1987). Religion and Rights: A Medieval Perspective, *Journal of Law and Religion*, 5 (1), 163-175.
- Tierney, B. (1997). *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150-1625*, Cambridge: William B. Eerdmans Publishing Company.
- Troper, M. (2005). *Philosophy of Law*, translated by Mojtaba Vaezi, *Constitutional Law Journal*, 3 (5), 351-368.
- Van Nieuwenhove, R. (2010). Catholic Theology in the Thirteenth Century and the Origins of Secularism, *Irish Theological Quarterly*, 75 (4), 339-353.
- von Aquin, Th. (1971). *Über die Herrschaft der Fürsten* [ca. 1273], Stuttgart: Published by Philipp Reclam Jun.
- Wauters, B. & de Benito, M. (2017). *The History of Law in Europe: An Introduction*, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc.





Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50480.5172>



Research Article

Chinese Approach to Arbitration and Mediation in the Light of the Historical-Cultural Milieu of That Country

Seyyed Hossein Tabatabaei^{1*}, Seyyed Mohammad Amin Alavi Shahri²

1. Assistant Prof., Department of International Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran
2. Ph.D. Student in International Trade and Investment Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 25-06-2024

Accepted: 23-10-2024

Abstract

Introduction

As the world's second-largest economy and a primary trading partner for Iran, China plays an increasingly significant role in shaping international rules. This evolution marks the end of its era of mere compliance with global norms, heightening the necessity of studying its approach. In this context, given the enduring relations between Iran and China, understanding its legal system's perspective on dispute resolution is vital for the optimal drafting of bilateral instruments, from governmental memorandums of understanding to commercial contracts. Since the chosen dispute resolution method determines the final authority for interpreting agreements, this study primarily aims to elucidate China's approach to arbitration and mediation as the most common dispute resolution methods. The research seeks to trace these approaches to their historical-cultural roots and analyze their impact on the country's conduct in the international arena.

Please cite this article as:

Tabatabaei, S.H., Alavi Shahri, S.M.A (2025). Chinese Approach to Arbitration and Mediation in the Light of the Historical-Cultural Milieu of That Country. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 409-450. <https://doi: 10.22099/JLS.2024.50480.5172>

* Corresponding author:

E-mail address: sh.tabatabaei@modares.ac.ir

Methods

This research is based on a descriptive-analytical methodology, with data collected through library and documentary research. To achieve its objectives, the study examines a wide range of sources, including primary Chinese laws (the Arbitration Law and the Civil Code), classical texts related to Confucianism and Legalism, reputable academic articles in comparative law and Chinese legal studies, and an analysis of China's practical procedures at both domestic and international levels (e.g., WTO cases). Through a systematic analysis of these sources, the study first identifies and describes key historical-cultural components such as the concepts of *Li* (moral suasion) and *Fa* (punitive law), the emphasis on social harmony, and the policy of litigation aversion. It then analytically explores the direct impact of these components on the nature and application of arbitration and mediation in contemporary China.

Results

The research findings indicate that China's approach to dispute resolution is profoundly influenced by its historical-cultural context. Regarding arbitration, it was found that, contrary to the prevailing model in Western legal systems, this legal institution lacks a "contractual" nature based on the principle of party autonomy. Instead, it possesses an "administrative" nature and a "top-down" structure. In the West, arbitration is a "private" method shaped from the bottom up by the will of the parties; in China, it is considered a "public" method in which the state plays a significant role as the guardian of order and quality control. This approach manifests in restrictions such as the non-acceptance of ad-hoc arbitration for domestic disputes, jurisdictional control exercised by arbitration institutions and courts (rather than solely by the arbitrators), and the restriction of arbitrator selection to pre-approved panels. Furthermore, the tendency within the Chinese legal system to transform the role of an "arbitrator" into an "arbitrator-mediator" (*Arb-Med*), rooted in the cultural concept of *Biantong* (flexibility), is another unique feature of Chinese arbitration.

Concerning mediation, the findings reveal that it is the most pervasive and preferred method of dispute resolution in China. This preference is rooted in foundational cultural components such as the emphasis on "harmony," the historical policy of "litigation aversion," and the prioritization of social interests over individual rights, all of which stem from Confucian teachings. Due to its informal, flexible, and relationship-preserving nature, mediation is the primary tool for realizing these values. Its influence is evident at all levels, from judicial proceedings (which often commence with mediation) to arbitration procedures (the preference for *Arb-*

Med). This approach is not confined to domestic borders but also appears in the international sphere, as China emphasizes amicable methods and negotiation over formal arbitration mechanisms in resolving disputes related to the Belt and Road Initiative (BRI) and many of its cases at the WTO.

Conclusions

China's legal system exhibits a unique dual model in the realm of dispute resolution. Arbitration, despite adopting international appearances, remains an institution with an administrative nature under state control. In contrast, mediation, as a culturally ingrained method, is not only the preferred domestic approach but also a strategic tool in China's foreign legal policy. Therefore, Iranian parties, when drafting contracts, should pay special attention to the Chinese preference for flexible and informal dispute resolution mechanisms.

Keywords: Chinese Legal Studies, Chinese Legal System, Dispute Resolution, Arbitration, Mediation.



مقاله پژوهشی

رویکرد چینی به داوری و میانجی‌گری در پرتو بستر تاریخی-فرهنگی آن کشور

سید حسین طباطبایی^{۱*}، سید محمدامین علوی شهری^۲

۱. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۲

چکیده

مقدمه: چین به‌عنوان دومین اقتصاد بزرگ جهان و شریک تجاری اصلی ایران، نقشی فزاینده در شکل‌دهی به قواعد بین‌المللی ایفا می‌کند. این تحول، دوره تبعیت صرف این کشور از هنجارهای جهانی را به پایان رسانده و ضرورت مطالعه رویکرد آن را دوچندان کرده است. در این میان، با توجه به استمرار روابط ایران و چین، فهم نگاه نظام حقوقی این کشور به مقوله حل‌وفصل اختلافات، امری حیاتی برای تنظیم بهینه اسناد دوجانبه، از تفاهم‌نامه‌های دولتی تا قراردادهای تجاری محسوب می‌شود. از آنجاکه روش حل اختلاف، مرجع نهایی تفسیر توافقات را مشخص می‌سازد، این پژوهش با هدف اصلی تبیین رویکرد چین به داوری و میانجی‌گری به‌عنوان متداول‌ترین روش‌های حل‌وفصل اختلاف تدوین شده است. هدف پژوهش، ریشه‌یابی این رویکردها در بستر تاریخی-فرهنگی چین و تحلیل تأثیر آن بر عملکرد این کشور در عرصه بین‌المللی است.

روش‌ها: این پژوهش مبتنی بر روش توصیفی-تحلیلی است و داده‌های آن از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و اسنادی گردآوری شده است. برای دستیابی به اهداف، منابع گوناگونی شامل قوانین اصلی

استناد به این مقاله:

طباطبایی، سید حسین و علوی شهری، سید محمدامین (۱۴۰۴). رویکرد چینی به داوری و میانجی‌گری در پرتو بستر تاریخی-فرهنگی آن کشور. *مجله مطالعات حقوقی*. ۱۷، (۲). ۴۵۰-۴۰۹.

E-mail address: sh.tabatabaei@modares.ac.ir

* نویسنده مسئول

چین (قانون داوری و قانون مدنی)، متون کلاسیک مرتبط با مکاتب کنفوسیوس و لگالیسم، مقالات آکادمیک معتبر در زمینه حقوق تطبیقی و مطالعات حقوقی چین و همچنین تحلیل رویه‌های عملی این کشور در سطح داخلی و بین‌المللی (پرونده‌های سازمان جهانی تجارت و ایکسید) مورد بررسی و استناد قرار گرفته‌اند. این پژوهش با تحلیل نظام‌مند این منابع، ابتدا مؤلفه‌های تاریخی-فرهنگی کلیدی مانند مفاهیم Li (اتقان اخلاقی) و Fa (قانون جزمی)، تأکید بر هماهنگی اجتماعی و سیاست نفی دعوی را شناسایی و توصیف کرده و سپس تأثیر مستقیم این مولفه‌ها بر ماهیت و کاربست داوری و میانجی‌گری در چین معاصر را به‌صورت تحلیلی واکاوی کرده است.

یافته‌ها: یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که رویکرد چین به حل و فصل اختلافات عمیقاً تحت تأثیر بستر تاریخی-فرهنگی آن قرار دارد. در خصوص داوری، مشخص شد که این نهاد حقوقی برخلاف مدل رایج در نظام‌های حقوقی مغرب‌زمین، ماهیتی «قراردادی» و مبتنی بر اصل آزادی اراده طرفین ندارد، بلکه دارای ماهیتی «اداری» و ساختاری «از بالا به پایین»^۱ است. در غرب، داوری یک روش «خصوصی» است که از پایین و با محوریت اراده افراد شکل می‌گیرد؛ اما در چین، داوری یک روش «عمومی» تلقی شده که دولت به‌عنوان حافظ نظم و کنترل‌کننده کیفی، نقشی پررنگ در آن ایفا می‌کند. این رویکرد در محدودیت‌هایی مانند عدم پذیرش داوری موردی (ad-hoc) برای دعاوی داخلی، کنترل صلاحیت توسط نهادهای داوری و دادگاه‌ها (و نه صرفاً داوران)، و محدود بودن انتخاب داور به فهرست‌های از پیش تعیین‌شده، تجلی می‌یابد. همچنین، تمایل نظام حقوقی چین به تغییر نقش «داور» به «داور-میانجی» که ریشه در مفهوم فرهنگی Biantong (انعطاف‌پذیری) دارد، از دیگر ویژگی‌های منحصربه‌فرد داوری چینی است.

در مورد میانجی‌گری، یافته‌ها حاکی از آن است که این روش، پرنفوذترین و مرجع‌ترین شیوه حل اختلاف در چین است. این برتری ریشه در مؤلفه‌های فرهنگی بنیادینی همچون تأکید بر «هماهنگی»، سیاست تاریخی «نفی دعوی»، و اولویت منافع اجتماعی بر حقوق فردی دارد که همگی از آموزه‌های کنفوسیوس نشأت گرفته‌اند. میانجی‌گری به دلیل ماهیت غیررسمی، منعطف و حافظ روابط طرفین، ابزار اصلی تحقق این ارزش‌ها محسوب می‌شود و نفوذ آن در تمام سطوح، از رسیدگی‌های قضایی (که غالباً با میانجی‌گری آغاز می‌شود) تا رویه داوری (تمایل به داور-میانجی) مشهود است. این رویکرد صرفاً به مرزهای داخلی محدود نمانده و در عرصه بین‌المللی نیز بروز یافته است؛ چنانکه چین در حل و فصل اختلافات مربوط به ابتکار «پهنه و راه» و بسیاری از دعاوی خود در سازمان جهانی تجارت به‌جای استفاده از سازوکارهای رسمی داوری، بر روش‌های دوستانه و مذاکره تأکید می‌ورزد.

نتیجه‌گیری: نظام حقوقی چین در حوزه حل‌وفصل اختلافات، یک مدل دوگانه و منحصر به فرد را به نمایش می‌گذارد. داوری در این کشور، علی‌رغم پذیرش ظواهر بین‌المللی، نهادی با ماهیت اداری و تحت کنترل دولت است. در مقابل، میانجی‌گری به عنوان روشی ریشه‌دار در فرهنگ، نه تنها روش ارجح داخلی بلکه ابزاری راهبردی در سیاست خارجی حقوقی چین است. لذا، طرف‌های ایرانی در تنظیم قراردادها باید به ترجیح طرف چینی برای سازوکارهای منعطف و غیررسمی توجه ویژه داشته باشند.

واژگان کلیدی: مطالعات حقوقی چین، نظام حقوقی چین، حل‌وفصل اختلافات، داوری، میانجی‌گری.

سرآغاز

بیش از یک دهه است که جایگاه چین به عنوان دومین قدرت اقتصادی جهان تثبیت شده است و قرائن مختلف حکایت از تأثیر بیش از پیش این کشور در مناسبات بین‌المللی دارد. استفاده رو به افزایش از حق و تو توسط این عضو دائم شورای امنیت ملل متحد، میانجی‌گری در مناقشات مهم منطقه‌ای و بین‌المللی، عیان شدن جنگ تجاری میان ایالات متحده آمریکا و این کشور، تنها بخشی از مؤیدات چنین گزاره‌ای است. بر همین اساس به نظر می‌رسد دوره پیروی صرف این کشور از قواعد و مقررات جهانی در حوزه‌های مختلف به پایان رسیده و چین در پی ایفای نقش خود در شکل‌دهی به این قواعد و مقررات است.^۱ به همین سبب، مورد مطالعه قرار دادن نگرش این کشور در موضوعات مختلف از دو جهت می‌تواند اهمیت داشته باشد. اولاً از آن جهت که، مواضع این کشور به‌طور بالقوه یکی از عوامل شکل‌دهنده سیاست‌ها و رویه‌های بین‌المللی است، و درک این سیاست‌ها و رویه‌ها برای هر بازیگری در این عرصه ضروری است. ثانیاً بدان دلیل که، تنظیم رابطه بهینه با این کشور و در هر سطحی، ریشه در گرو فهم رویکرد این کشور دارد.

به عنوان مثال، تنظیم بهینه هر سندی اعم از تفاهم‌نامه‌های میان‌دولتی (مطابق با منافع ملی) تا قراردادهای خرد بین تجار (مطابق با تعادل منافع طرفین)، نیازمند درک منطق و نگرش طرف چینی است؛ زیرا در غیر این صورت، سوءتفاهمات یا نبود فهم مشترک مانعی برای دستیابی به چنین مهمی خواهد بود.

در مورد حوزه مورد مطالعه این پژوهش نیز نکته قابل ذکر آنکه، اگر گفته نشود مهم‌ترین، یکی از موارد مهمی که در قالب اسناد مذکور نیازمند تنویر و تبیین است،

۱. در این باره، از جمله می‌توان به گزارش‌های زیر اشاره کرد که برنامه چین برای «تغییر شکل تجارت جهانی براساس الگوهای خود» را واکاوی نموده‌اند:

- <https://asiasociety.org/policy-institute/chinas-new-era-changes-game-global-actors>
 - <https://www.ft.com/content/c51622e1-35c6-4ff8-9559-2350bfd2a5c1>

روش حل و فصل اختلاف است (Vajda, 2018: 205). روشی که در صورت بروز اختلاف میان طرفین، مرجع تفسیر توافق‌های طرفین و به نوعی تصمیم‌گیر نهایی را معین می‌کند؛ بنابراین فهم مواضع چین در تعیین و نگاهی که نظام حقوقی این کشور به روش‌های حل و فصل اختلاف در اسناد حقوقی و در سطوح مختلف دارد، بسیار حائز اهمیت است.

بدین جهت و به دنبال تبیین مواضع چین به روش‌های حل و فصل اختلاف، در ابتدا نگرش چین به داوری به عنوان یکی از متداول‌ترین شیوه‌های حل و فصل اختلافات مدنظر قرار گرفت. اما در طول مطالعه این حوزه و به‌ویژه تتبع در بستر تاریخی-فرهنگی داوری در چین، مشخص شد که به موازات داوری، میانجی‌گری نیز باید مورد مطالعه قرار گیرد؛ زیرا چنان‌که خواهیم دید، همان دلایلی که موجب شده است تا موضع چین نسبت به داوری با آن‌چیزی متفاوت باشد که به‌طور رایج برقرار است؛ موجب می‌شود تا این کشور به ترویج میانجی‌گری به عنوان روش حل و فصل اختلاف تمایل نشان دهد.

درواقع باید توجه داشت که یک نظام حقوقی، مستقل از بسترهای تاریخی و فرهنگی خاص خود و دیگر وجوه زندگی اجتماعی شکل نمی‌گیرد (Fan, 2013: 150). انتخاب شیوه حل و فصل اختلاف نیز از این امر مستثنی نیست، و در چارچوب جامعه‌ای خاص طراحی و تأسیس شده، به شدت تحت تأثیر تاریخ، فرهنگ و تکامل حقوقی آن جامعه است (Fan, 2013: 150)؛ بنابراین، به منظور فهم مواضع چینی به روش‌های حل و فصل اختلاف، لازم است تا قبل از هرچیز ولو به‌طور مختصر به بستر تاریخی-فرهنگی حقوق چین توجه کرد. از همین رو مطالعه پیش رو، تلاشی است برای فهم رویکرد نظام حقوقی چین به روش‌های حل و فصل اختلاف و به‌طور خاص داوری و میانجی‌گری از خلال بستر تاریخی-فرهنگی مرتبط.

علت تمرکز بر داوری از میان روش‌های حل و فصل اختلاف، و چنان‌که ذکر شد به دنبال آن میانجی‌گری^۱ نیز این بوده است که این دو روش، به متداول‌ترین روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات^۲ در چین معاصر تبدیل شده‌اند (Zhou, 2022). درواقع و به بیان مختصر، چین از زمان الحاق خود به سازمان جهانی تجارت^۳ تلاش‌های قابل توجهی برای ارائه چارچوبی باثبات برای سرمایه‌گذاری خارجی و رشد اقتصادی انجام داده است که بخش مهمی از این تلاش‌ها، توسعه رویه داوری بوده است (Fan, 2013: 48). میانجی‌گری نیز چنان‌که خواهیم دید از روش‌های حل و فصل اختلافی است که با آموزه‌های کنفوسیوس که تأثیر به‌سزایی بر نظام حقوقی چین داشته است (Lee, Lai, 1977: 1307)، بیشترین همخوانی و تناسب را دارد (Lubman, 1967: 1290-1291).

حال با توجه به این توضیحات، مقدمه پژوهش را به پایان می‌بریم و به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که مطابق با موضوع مورد مطالعه، و برای شرح و بسط و درک بهتر موارد یادشده، پژوهش به دو بخش تقسیم شده است؛ در بخش اول مؤلفه‌های تاریخی-فرهنگی تأثیرگذار بر شکل‌گیری حقوق و به‌ویژه روش‌های غیرقضایی حل و فصل اختلاف در چین مدنظر قرار داده شده، و در بخش دوم، تأثیر این مؤلفه‌ها به‌طور خاص بر داوری و میانجی‌گری در چین معاصر مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. مؤلفه‌های تاریخی-فرهنگی تأثیرگذار بر شکل‌گیری حقوق و به‌ویژه روش‌های

غیرقضایی حل و فصل اختلاف در چین

به منظور درک حقوق به‌عنوان دانش تنظیم‌کننده روابط میان اشخاص، و قانون به‌عنوان یکی از خروجی‌های مهم چنین دانشی در چین، و نیز درک مؤلفه‌های تاریخی-فرهنگی

۱. و توسعه‌نیافتگی حوزه پژوهش به روش‌های دیگر حل و فصل اختلاف.

2. ADR: Alternative Dispute Resolution

3. WTO: World Trade Organization

تأثیرگذار در این زمینه، باید سابقه حقوق و قانون را در چین پیش از مواجهه با مغرب‌زمین مورد توجه قرار داد.

درواقع به نظر می‌رسد که بعد از وقوع انقلاب صنعتی در اروپا و شدت گرفتن حضور اروپاییان در دنیای غیراروپایی (Webster, et al, 2023)، نظام حقوقی غالب ملت-دولت‌ها (Opello, Rosow, 1999: 11-12)، البته به انواع و میزان متفاوت، تحت تأثیر حقوق اروپا قرار گرفت (Palmowski, 2011: 631). چین نیز از این قاعده مستثنی نیست و از حقوق اروپا متأثر شده است؛ بنابراین برای درک سابقه حقوق و قانون در چین به نحوی که مخصوص این کشور است، از یک سو لازم است ذهن خود را از مفهوم حقوق و قانون در مغرب‌زمین‌رها سازیم، و معطوف به ویژگی‌های تاریخی-فرهنگی این کشور نماییم، اما در عین حال و توأمان، برای داشتن معیاری مشترک، می‌باید مرتباً به مقایسه بین حقوق و قانون در چین و در مغرب‌زمین بپردازیم و تأثیرپذیری نظام حقوقی این کشور را از حقوق اروپا مدنظر داشته باشیم. بر این اساس، قبل از هر چیز، مورد توجه قرار دادن منشأ «حقوق» در چین و در مغرب‌زمین می‌تواند راهگشا باشد.

اگر منشأ حقوق را در تاریخ چین و مغرب‌زمین جست‌وجو کنیم، به سرعت متوجه خواهیم شد که مفهوم و دامنه حقوق در بافت چینی و مغرب‌زمینی بسیار متفاوت است (Palmowski, 2011: 631). در جامعه مغرب‌زمینی، اصطلاح «حقوق» ترجمه‌ای است از عبارات *jus* و *lex*. (Butler, 2003: 47-59) با این توضیح که معانی *jus* و ترجمه‌های معادل آن (برای مثال *droit* در زبان فرانسوی) پیچیده، انتزاعی و سرشار از اهمیت فلسفی است و دربرگیرنده مفاهیمی همچون حقوق^۱، قانون، انصاف و عدالت است. از سوی دیگر، *lex* معنای نسبتاً ساده‌ای دارد که به قوانین و مقررات خاصی اشاره دارد. مجموع این دو واژه و البته در پی تحولات و فراز و فرودهای بسیار، امروزه مفهوم تضمین‌کننده حقوق و آزادی‌ها را به ذهن متبادر می‌نماید (Fan, 2013: 152).

در سمت دیگر، مفهوم چینی حقوق، ترجمه‌ای از کاراکتر 法 «Fa» ریشه‌ای کاملاً متفاوت دارد. کاراکتر چینی «Fa» به معنای مجازات و تنبیه کردن^۱ است. لذا، این کاراکتر دامنه بسیار محدودتری نسبت به زبان حقوقی مغرب‌زمینی داشته است (Fan, 2013: 153)^۲؛ بنابراین با در نظر گرفتن چنین تفاوتی، درک مفهوم حقوق در چین مشخصاً از رهگذر مفاهیمی مانند «حکومت قانون»، «مالکیت» و «قرارداد» که توالی مفهوم مغرب‌زمینی حقوق و یک «نظم مدنی قانونی» هستند، میسر نخواهد بود، بلکه چنان‌که خواهیم دید، مفهوم حقوق در چین مبتنی بر یک «نظم مدنی اخلاقی» است که بر مفاهیمی چون اقناع، پذیرش و هماهنگی تأکید دارد^۳ (Fan, 2013: 153).

با این توضیحات، در ادامه به بررسی ویژگی‌های تاریخی-فرهنگی تأثیرگذار بر شکل‌گیری حقوق در چین خواهیم پرداخت. در این پژوهش، این مؤلفه‌ها چنین طبقه‌بندی شده‌اند: «تأکید بر اقناع اخلاقی»، «تأکید بر مدارا در اجرای قانون»، «تأکید بر شبکه ارتباطی» و «تأکید بر هماهنگی».

۱. این توضیح از مفهوم «Fa» را شن‌ژو از سلسله هان شرقی (حدود ۵۸-۱۴۷ پس از میلاد) در کتاب معروف توضیح حروف چینی این‌چنین تفسیر شده است.

۲. چنان‌که مشاهده می‌شود، با توجه به تفاوت‌هایی که در مفاهیم وجود دارد، تعریف و بستر مغرب‌زمینی از حقوق نمی‌تواند به ما در درک بستر فرهنگی-تاریخی تأثیرگذار بر شکل‌گیری حقوق در چین کمک کند؛ بنابراین تلاش برای درک حقوق در چین براساس تاریخ و فرهنگ خود این کشور ضروری به نظر می‌رسد.

۳. لازم است اشاره شود که مدلی که تحت عنوان «نظم مدنی» به معنای چارچوبی اساسی برای هماهنگ کردن روابط میان انسان با انسان دیگر، انسان با خودش، انسان با جامعه، و همچنین انسان با طبیعت وجود دارد، را پروفیسور یو شینگ ژونگ توسعه داده است. (Xingzhong, 2006: 18-33, 52-62)

۱-۱. تأکید بر اقناع اخلاقی (مفهوم Li) در مقابل تأکید بر جزمیت (مفهوم Fa)

یکی از ویژگی‌های تاریخی-فرهنگی تأثیرگذار بر شکل‌گیری حقوق در چین را می‌توان تأکید عمیق و ریشه‌دار بر دو مفهوم «Li» و «Fa» دانست. برای درک ارزش‌ها و هنجارهای تاریخی-فرهنگی چین، باید مفهوم «Li» که منتج از سنت کنفوسیانیسم است و مفهوم «Fa» که مورد حمایت لگالیست^۱‌هاست و نیز رابطه میان این دو را در نظر داشت (Fan, 2013: 154).

آیین کنفوسیوس^۲ مکتبی است که تأثیری ماندگار بر زندگی چینی داشته است (Catwright, 2012). از زمان کنفوسیوس تاکنون مفهوم «Li» یکی از هسته‌های تفکر حقوقی چینی‌ها را تشکیل داده است. زیربنای موضع کنفوسیوس، دیدگاه مثبتی نسبت به طبیعت انسان است که فضایل اساسی آن را می‌توان با اقناع اخلاقی یا «Li» بازتعریف کرد. چنان‌که گفته شده است، «Li» از یک سو عمیقاً مفهومی ارتباطی است و تحقق آن در زندگی شخصی شبیه به ایفای نقش‌ها، خواه خانوادگی، حرفه‌ای یا سیاسی است (Fan, 2013: 155)، و از سوی دیگر، «Li» یک مفهوم زیربنایی است که مجموعه‌ای از مقررات را برای تنظیم رفتارهای اجتماعی تشکیل داده و شامل هنجارهایی اخلاقی و قواعدی در مورد رفتار مناسب اجتماعی است (Farina, 1989: 5). هدف اساسی «Li» محافظت و حمایت از هماهنگی است و اصولاً روابط دوستانه را تشویق و ترویج می‌کند. با توجه به «Li» است که زمانی که یک اختلاف، هماهنگی موجود در جامعه را برهم می‌زند، جامعه از تکنیک‌های اقناع و سازش به منظور هدایت طرفین اختلاف به یک راهکار مناسب بهره می‌جوید.

۱. در ادبیات فارسی واژه لگالیست به قانون‌گرا ترجمه شده است، اما نظر به نارسایی این ترجمه، نگارندگان از خود واژه لگالیست استفاده کرده‌اند.

۲. ایده‌ها و آموزه‌های کنفوسیوس را شاگردانش در «تعالیم کنفوسیوس» (Analects of Confucius) گردآوری کرده‌اند.

مفهوم «Fa» نیز بر زندگی چینی تأثیر زیادی داشته است (Farina, 1989: 5). این مفهوم با مکتب لگالیسم عجین است (Tabatabaei, 2021: 125). این مکتب برخلاف آموزه‌های کنفوسیوس، معتقد بود طبیعت انسان خودخواه است و بنابراین، تنها راه حفظ نظم اجتماعی تحمیل نظم و انضباط از بالا و اجرای دقیق قوانین است. جامعه سنتی چین «Fa» را مترادف زور و اجبار می‌پنداشته، آن را اصولاً یک مفهوم متضاد با «Li» قلمداد نموده و البته جایگاه خاصی به‌ویژه در شیوه حکومت کردن برای آن قائل بوده است. درواقع، برخلاف ایده کنفوسیوس در مورد اقناع اخلاقی یا «Li»، لگالیست‌ها استدلال می‌کردند که ملاحظات اخلاقی باید به‌شدت از رفتار دولت حذف شود و جامعه بر مبنای «Fa» اداره شود (Farina, 1989: 5).

در طول تاریخ، میان کنفوسیوس‌گرایان و لگالیست‌ها اختلافات بسیاری وجود داشت تا اینکه در سلسله هان، عملی‌ترین و مفیدترین جنبه‌های کنفوسیانیسم و لگالیسم با یکدیگر ترکیب شدند، و اختلافات به حداقل رسید (Fan, 2013: 155). نتیجه آنکه یک سیستم ترکیبی از حکومت - «Li» از کنفوسیانیسم به همراه «Fa» از لگالیسم - به وجود آمد و از آن امپراتوران چین برای تنظیم، کنترل و هماهنگ کردن جامعه تا اواخر قرن نوزدهم استفاده کردند. با این حال، باید توجه داشت که نهایتاً بسیاری از این هنجارها و ارزش‌های اخلاقی کنفوسیوس در قانون گنجانده شد؛ فرایندی که برخی از محققان از آن به‌عنوان کنفوسیو شدن حقوق^۱ یا حقوقی شدن کنفوسیانیسم^۲ یاد می‌کنند (Sun, 2022: 289-311). با کنفوسیو شدن حقوق، مفهوم کنفوسیوسی «Li» در «Fa» ادغام و در نتیجه «Li» جزء مهمی از قوانین سنتی چین شد.

۱-۲. تأکید بر مدارا در اجرای قانون: ترکیب انعطاف با جزمیت

در نظام حقوقی چین باستان، قاضی مجموعه وسیعی از وظایف تحقیقاتی، دادستانی، قضاوتی و سایر مسئولیت‌ها را بر عهده داشت. با این حال فردی که این وظایف متعدد و متنوع بر عهده او بود، یک قاضی حرفه‌ای و آموزش‌دیده نبود، بلکه فردی بود که تسلط خود را بر آثار کلاسیک کنفوسیوس نشان داده بود (Fan, 2013: 157). در چنین ساختاری، هنگام تصمیم‌گیری در مورد یک پرونده، اگرچه قضات به قانون تکیه می‌کنند، محدود به مقررات سفت و سخت متون قانونی نیستند. آنها از این اختیار برخوردار بودند که جزمیت و شکاف قوانین نوشته را با احساسات انسانی^۱ تکمیل کنند (Fan, 2013: 157).

در اینجا توجه به معنای چند عبارت ضروری و راهگشاست. عبارت «Renqing» به انعطاف‌پذیری برای در نظر گرفتن شرایط واقعی و تحمل اشتباهات جزئی اشاره دارد. این مفهوم همان چیزی است که کنفوسیوس تحت عنوان مدارا^۲ بیان کرده است. طبق آموزه‌های کنفوسیوس، قانون بیش از حد سفت و سخت و ظالمانه است و باید با انعطاف و مدارا تعدیل شود. مشابه «Renqing»، اصطلاح دیگری که مکرراً در مواد قانونی باستانی به چشم می‌خورد، «Qingli» است که به معنای احساس معقولیت^۳ است. «Renqing» و «Qingli» اغلب با هم به عنوان «Qing» شناخته می‌شوند که با مفاهیم احساسات انسانی، منطقی بودن و انعطاف‌پذیری معنی می‌شوند (Fan, 2013: 158).

در اینجا باید به ترکیب «Qing» و «Li» نیز پرداخت، با این توضیح که چینی‌ها نسبت به تلاش‌هایی که برای دسته‌بندی حقوقی شرایط و اوضاع و احوال خاص صورت می‌گرفت، به دیده تردید می‌نگریستند (Fan, 2013: 158)؛ در نتیجه، قضات (در محدوده اختیارات خود) قوانین را به عنوان ارائه رهنمودهای معینی در نظر می‌گرفتند، اما در قضاوت خود به شدت بر ویژگی‌های منحصر به فرد پرونده‌ها تکیه می‌کردند. سوابق تاریخی قضاوت‌های عادلانه

1. Human Sentiment

2. Tolerance

3. Sentiment of Reasonableness

اغلب توانایی قضات را در درک روح حقوقی و قدردانی از احساسات انسانی در صدور یک رأی ستوده است. به عنوان مثال، آرای متعددی وجود دارد که زمانی که به نظر می‌رسیده اعمال دقیقی قوانین نوشته منجر به نتیجه ناعادلانه می‌شود، قاضی قضاوت را براساس «Qing» انجام داده است. مطالعه‌ای در مورد رویه قضایی در سلسله چینگ، مقامات اشاره مکرر به «Qing» و «Li» را در صدور آرای خود نشان داده‌اند (Fan, 2013: 158). همچنین می‌توان مشاهده کرد که تصمیمات بسیار کمی با استناد به مقررات صریح قانون نوشته صادر شده است (Fan, 2013: 158)؛ بنابراین با ترکیب «Qing» با «Fa»، مشاهده می‌شود که در سیر تاریخ حقوق چین، خلأهای موجود در قانون با احساسات انسانی و هنجارهای اجتماعی تکمیل می‌شود.

۳-۱. تأکید بر شبکه ارتباطی؛ اولویت جامعه بر فرد

یکی دیگر از مؤلفه‌های تاریخی فرهنگی تأثیرگذار بر شکل‌گیری حقوق در چین، نقش فرد در جامعه است. برخلاف سنت مغرب‌زمینی که حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی اهمیت بسیاری دارد، در چین این جامعه است که بر فرد رجحان و برتری دارد. با این توضیح که در جامعه چین، مطابق با آیین کنفوسیوس، ساختار اجتماعی جامعه را شبکه‌ای از روابط افراد تعریف می‌کنند که «نقش‌های اجتماعی» معینی را ایفا می‌نمایند.^۱

۱. در این رابطه باید به مفهوم «Guanxi» که به «روابط» ترجمه می‌شود نیز توجه داشت. «Guanxi» یک مفهوم اساسی در فرهنگ چینی است که فراتر از آشنایی صرف میان افراد گسترش می‌یابد و شبکه‌ای از ارتباطات شخصی و تعهدات متقابل را دربرمی‌گیرد. «Guanxi» ریشه عمیقی در آموزه‌های کنفوسیوس دارد و بر اهمیت اعتماد، تعامل متقابل و هماهنگی اجتماعی تأکید دارد. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رجوع کنید به:

Chen CC, Chen X-P, Huang S. Chinese Guanxi: An Integrative Review and NewDirections for Future Research. Management and Organization Review. 2013;9(1):167-207. doi:10.1111/more.12010, Xin He, Kwai Hang Ng, "It Must Be Rock Strong!" Guanxi's Impact on Judicial Decision Making in China, The

نقش‌های اجتماعی صرفاً افراد را در موقعیت‌های اجتماعی معینی قرار نمی‌دهند، بلکه در درون خود نسخه‌های هنجاری از نحوه عمل افراد را در این نقش‌ها نیز دربرمی‌گیرند. آیین کنفوسیوس، جامعه را به پنج رابطه یا کد اخلاقی^۱ طبقه‌بندی می‌کند که فرض بر این است که همه روابط اساسی یعنی روابط میان حاکم و وزیران، پدر و فرزند، زن و شوهر، خواهر و برادر بزرگ‌تر و کوچک‌تر و درنهایت دوست و دوست دیگر را دربرمی‌گیرد (Bodenheimer, 1974: 58-59).

برای درک این موضوع، لازم است که به خاطر داشته باشیم که واحد اساسی در جامعه امپراتوری چین نه فرد، بلکه گروه اجتماعی بود، و اساسی‌ترین این گروه‌ها خانواده بود که در آن قواعد رفتار عرفی، بر اقتدار نسل‌های بزرگ‌تر بر نسل‌های جوان تأکید می‌کرد. خود خانواده‌ها نیز به نحوی سازماندهی می‌شدند که به اعضا اخلاق کنفوسیوس را آموزش می‌دادند و اختلافات میان اعضا را حل می‌کردند (Bodenheimer, 1974: 58-59).

صنف^۲ که عبارت است از سازمانی از بازرگانان یا صنعتگران در همان حرفه یا پیشه، گروه جمعی دیگری را تشکیل می‌داد. اصناف قیمت‌ها، رقابت، آموزش و پذیرش برای انجام حرفه یا پیشه‌وری را کنترل می‌کردند. این گروه‌های اجتماعی بر افراد مسلط بودند. در مفاهیم کنفوسیوسی، می‌توان مفهوم سلسله مراتب میان افراد و تعهدات معین ذاتی این ساختارهای سلسله مراتبی را به‌طور ضمنی پیدا کرد (Lubman, 1968: 1289-1295). در این حوزه نیز مجدداً حضور «Li» را می‌توان مشاهده نمود. بدین توضیح که در چنین جامعه‌ای، بیشتر روابط مدنی توسط آداب و رسوم «Li» یا قوانین درون هر گروه اجتماعی تنظیم می‌شد. درواقع براساس اصل کنفوسیوسی «Li»، حقوق فردی را می‌توان فدای منافع کل گروه کرد تا به هماهنگی اجتماعی دست یافت (Fan, 2013: 159).

۱-۴. تأکید بر هماهنگی؛ نفی دعوی

روش غیر خصمانه حل اختلاف، به عنوان یکی از پنج مضمون^۱ تشکیل دهنده زیربنای نظام حقوقی چین چه در دوره باستان و چه در دوره معاصر تعیین شده است (Edward, Henkins 47-43: 1986 & Andrew). امری که ریشه در چهارمین مؤلفه تاریخی-فرهنگی مدنظر قرار داده شده در این پژوهش، یعنی «تأکید بر هماهنگی و نفی دعوی» دارد. به بیان دیگر، دلیل تأکید بر اتخاذ روش غیر خصمانه حل اختلاف و پرهیز از دعاوی قضایی در جامعه سستی چین، از فلسفه هماهنگی و سیاست نفی دعوی برگرفته شده است که در این بخش به طور جداگانه به هریک می پردازیم.

۱-۴-۱. فلسفه هماهنگی

کنفوسیوس گرایان از قوی ترین مدافعان پرهیز از دعاوی قضایی به منظور حفظ هماهنگی اجتماعی هستند. کنفوسیوس معتقد بود که حل و فصل بهینه اکثر اختلافات نه با اعمال قدرت قانونی، بلکه با اقناع اخلاقی حاصل می شود. وی بر این عقیده بود که قوانینی که پشتوانه آنها مجازات است، هر چند ممکن است باعث تبعیت در رفتار بیرونی افراد شود، اما در تغییر شخصیت درونی اعضای جامعه ناتوان است. هدف کنفوسیوس صرفاً نظم سیاسی باثباتی نبود که در آن همه در هماهنگی نسبی و انزوا از یکدیگر همزیستی داشته باشند. در عوض، کنفوسیوس اهداف خود را به طور قابل توجهی بالاتر قرار داده بود. او به دنبال دستیابی به یک نظم اجتماعی هماهنگ بود که در آن هر فرد قادر باشد از طریق روابط سودمند متقابل با دیگران، پتانسیل کامل خود را به عنوان یک انسان تحقق بخشد. در

۱. آن پنج مضمون عبارتند از: ۱- توسعه اقتصادی در کنار پابندی به اهداف سوسیالیسم، ۲- درک اکثر مردم چین از جامعه، یک تمامیت ارگانیک و شبکه یکپارچه است، ۳- رهبران چین امروز همچون رهبران گذشته معتقدند حقوق از جانب دولت به مردم اعطا می شود و می تواند توسط دولت هم سلب گردد، ۴- حل و فصل اختلافات به شیوه غیر خصمانه، ۵- وجود سلسله مراتب در میان دادگاه های خلق.

قلب تعالیم کنفوسیوس مفهوم هماهنگی، و دیگر مفاهیمی چون اعتدال در همه چیز (دکترین راه میانه)،^۱ پذیرش یا تسلیم و پرهیز از دعوی قرار دارد.^۲ از دیدگاه کنفوسیوس، حفظ هماهنگی میان انسان و طبیعت به‌عنوان یک مجموعه واحد، اهمیت زیادی دارد، چراکه ناهماهنگی می‌تواند نظم اجتماعی را به خطر اندازد (Tabatabaei, 2021: 127). در دیدگاه کنفوسیوس، قانون فقط در مورد کسانی اعمال می‌شود که از مرزهای رفتار متمدن خارج شده‌اند. به گفته کنفوسیوس‌گرایان، ایجاد فرایندهای قانونی و حقوقی نه به‌عنوان یکی از عالی‌ترین دستاوردهای تمدن چین، بلکه ضرورتی تأسف‌بار تلقی می‌شود (Cohen, 1966: 1206)؛ به عبارت دیگر، دخیل شدن در یک دعوی قضایی، نمادی از برهم زدن هماهنگی اجتماعی است و بنابراین باید به هر قیمتی از آن اجتناب کرد.

آیین کنفوسیوس در حمایت از پیگیری امر هماهنگی تنها نبود. لگالیست‌ها هم به منظور تقویت دولت، پیشگیری از اختلافات را جدی گرفتند (Lawless, 2008). آنها معتقد بودند که اختلافات میان مردم باعث تضعیف دولت می‌شود. برای پیروز شدن در یک پرونده، طرفین اختلاف نیازمند صرف زمان و منابع بودند و اگر اختلافات میان مردم زیاد می‌شد، ظرفیت تولیدی دولت کاهش می‌یافت. در تائوئیسم نیز،^۳ هماهنگی با طبیعت و حفظ روابط هماهنگ با دیگران بهترین دستاورد است. تائوئیست‌ها خویش‌داری را عنصری اساسی برای تشکیل جامعه‌ای هماهنگ می‌دانند. مدینه فاضله لائو‌زی،^۴ که به تصویر کشیده شده است، جهانی بدون اختلاف است (Wong, 2000: 313-315).

1. The Doctrine of Middle Way

۲. توجه داشته باشیم که همین موارد و به‌ویژه مورد آخر است که مبنای فلسفی توسعه میانجی‌گری را در چین چنان‌که در ادامه خواهیم دید فراهم نموده است.

۳. باید این نکته را مدنظر داشت که در شکل‌گیری نفوکنفوسیانیسم، تائوئیسم نقش مهمی داشته است، به گونه‌ای که اگر بخواهیم مکاتب تأثیرگذار بر فرهنگ چینی را برشمریم، در کنار کنفوسیانیسم و بودیسم، تائوئیسم را نیز باید ذکر کرد.

4. Lao Zi

درواقع چنان‌که مشاهده می‌شود، به‌رغم تفاوت‌های نظری، تمام مکاتب اصلی فلسفه‌های چینی یک موضوع مشترک داشتند و آن چیزی جز پیگیری هماهنگی نیست. امری که برای حفظ ثبات اجتماعی مهم تلقی می‌شود (Tabatabaei, 2021: 127). مکاتب مختلف فلسفی راه‌های متفاوتی را برای از میان بردن اختلافات پیشنهاد می‌کنند. کنفوسیوس‌گرایی با اقناع اخلاقی از طریق «Li»، لگالیست‌ها با اعمال مجازات و تنبیه و تائوئیسم با خویشنداری و بی‌تفاوتی، مردم را از اختلاف بازمی‌داشتند. این باور رایج در پیگیری هماهنگی، فرهنگی را در جامعه سنتی چین ایجاد کرد که در آن توسل به دعاوی قضایی آخرین راه حل تلقی می‌شد، چراکه این امر به معنای از هم‌گسیختگی هماهنگی اجتماعی بود؛ بنابراین، می‌توان ادعا کرد که این فرهنگ تا حد زیادی بر توسعه روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در چین تأثیر گذاشته است.

۱-۴-۲. وجود سیاست نفی دعوی

جدای از تأثیر فلسفی، وجود سیاست نفی دعاوی قضایی توسط قاضی و محدودیت در حق یک فرد برای شکایت در گروه‌های محلی نیز بر فرهنگ سنتی پرهیز از قضایی‌سازی دعاوی تأثیرگذار بوده است. در ادامه به وجوه مختلف این مهم می‌پردازیم.

۱- اعمال سیاست نفی دعوی توسط قضات محلی

مطالعات تاریخی حاکی از قرائنی است مبین این معنا که در گذشته، قضات محلی به دلیل دستاوردشان در به حداقل رساندن دعاوی از طریق متقاعد کردن موفقیت‌آمیز عموم مردم برای پذیرش، تسلیم و اجتناب از دعوی، تحسین شده‌اند. درواقع، دعوی به‌عنوان تخلفی اخلاقی برای جامعه و طرف مقابل مذموم تلقی شده است. علت آن هم این بود که بسیاری از پرونده‌های قضایی را که عموم مردم تنظیم می‌کردند، بار سنگینی را بر مسئولیت کاری دولت تحمیل می‌کرد و باید از آنها اجتناب می‌شد؛ بنابراین، یک قاضی خبره قرار بود با اقناع طرفین، مصالحه را ترویج کند. علاوه بر این، منابع دولتی محدود بود. قاضی بودجه‌ای

برای در برگرفتن تمام هزینه‌ها از جمله هزینه‌های اجرای عدالت دریافت می‌کرد که این مبلغ بسیار کمتر از مقدار مورد نیاز برای تأمین تمام هزینه‌های دولت بود و قضات با تکیه شدید بر سازوکارهای غیررسمی برای حل و فصل اختلافات، می‌توانستند از مبالغ موجود برای موارد سازنده‌تر و مفیدتری استفاده نمایند^۱ (Fan, 2013: 160-162).

مقامات معتقد بودند که می‌توان از اکثر دعاوی حقوقی با اقناع ماهرانه به وسیله معیارهای «Li» و نیز هنجارهای اخلاقی و اجتماعی پرهیز کرد و در نتیجه به هماهنگی رسید. آنها بر فضیلت پذیرش و برتری نزاع نکردن تأکید می‌کردند و تکنیک میانجی‌گری‌ای که اغلب استفاده می‌شد، خود انتقادگری^۲ بود، و باعث می‌شد که طرف اختلاف از خود بپرسد، «من چه کار کردم که این اتفاق افتاد؟» این روحیه خود انتقادگری با ایدئولوژی کنفوسیوس کاملاً سازگار است، بدین معنا که در آیین کنفوسیوس، یک پیرو هیچ‌گاه بر حقوق خود یا در مورد صحت موضع خود، پافشاری نمی‌کند، بلکه اختلاف خود را با یک توافق دوطرفه حل می‌نماید تا بدین سبب هم رابطه دو طرف با یکدیگر و هم وجهه دو طرف حفظ شود (Fan, 2013: 160-162).

این نحوه مواجهه و حل و فصل فراقضایی اختلافات از جمله و به‌ویژه با میانجی‌گری، مزایای قابل توجهی را برای طرفین دعوی و نیز دولت در بر داشت. اولاً، میانجی‌گری به طرفین روشی برای خاتمه دادن به اختلافات ارائه می‌داد که از نظر اجتماعی در پرتو اخلاق کنفوسیوس و تشریفات گروهی قابل قبول بود (Fan, 2013: 160-162). همچنین از آنجایی که ارزش‌های اجتماعی غالب بر اهمیت حفظ وجهه و رسیدن به سازش رضایت بخش برای هر دو طرف تأکید می‌کرد، طرفین اختلاف بهتر می‌توانستند در طول میانجی-

۱. برای مثال در سلسله مینگ، مقامات منطقه سونگ‌جیانگ از چنین رویه‌ای پیروی می‌کردند، به گونه ای که اگر شکایتی مطرح می‌شد، قاضی طرفین را متقاعد می‌کرد که به خانه بازگردند و اختلافات خود را به دقت بررسی کنند. اگر مصالحه‌ای حاصل نشد، طرفین می‌توانستند روز بعد بازگردند تا دعوی را به‌طور رسمی آغاز کنند.

گری با یکدیگر چانه بزنند تا در دادرسی‌های رسمی‌تر. ثانیاً، خطرات بالقوه اقامه دعوی، بسیاری از مردم را از طرح آن نزد قاضی باز می‌داشت (Lubman, 1999: 24). توضیح لازم آنکه، تاریخ حل و فصل اختلافات در چین نشان می‌دهد رویکرد مردم چین نسبت به دعاوی قضایی، عدم اعتماد عمومی به روند رسمی قضایی است. امری که در تعدادی از ضرب المثل‌های باستانی چینی نیز انعکاس یافته است^۱ (Liu, 2014: 422-423). به هر روی باید گفت، سیاست نفی دعوی و تمسک به میانجی‌گری فراقضایی، بار کاری دولت را کاهش می‌داد و به جلوگیری از اصطکاک میان قضات، افراد و گروه‌ها در حوزه قضایی آنها کمک می‌کرد (Lubman, 1999: 26).

– ایجاد محدودیت در حق شکایت افراد توسط گروه‌های محلی

علاوه بر آنچه گفته شد، نهادهای اجتماعی موجود (یعنی خانواده، قبیله، روستا و صنف) نیز نقش مهمی در حل و فصل اختلافات در جامعه سنتی چین ایفا می‌کردند، که غالباً بر نقش دادگاه‌های رسمی برتری داشت (Fan, 2013: 163). گروه‌های محلی عموماً می‌کوشیدند از مشارکت مقامات دولتی در حل و فصل اختلافات اعضای خود اجتناب کنند. مراجعه به یک قاضی بدون تلاش قبلی برای حل و فصل اختلافات درون گروهی به‌طور فعال منع و گاهی اوقات آن را مقررات داخلی گروه ممنوع کرده بود (Cohen, 1966: 1223; Lubman, 1967: 1297).

۱. به‌عنوان مثال، «ورود به دادگاه، ورود به دهان ببر است»، «از ده دلیلی که قاضی ممکن است براساس آن راجع به یک پرونده تصمیم بگیرد، نه دلیل برای عموم ناشناخته است»، «از اقامه دعوی پرهیز کن، چون وقتی به قانون متوسل شدی، چیزی جز دردسر برایت متصور نیست»، «دروازه دربار کاملاً باز است، با حقوق اما بدون پول، داخل نشو».

۲. تأثیر مؤلفه‌های تاریخی-فرهنگی بر داوری و میانجی‌گری در چین معاصر

پیش از این اشاره شد که رژیم داوری فعلی چین اکثر اصول اساسی داوری معاصر را پذیرفته است. با وجود این، درجه‌ای از واگرایی هنوز در قانون و رویه داوری چین وجود دارد. این مهم به دلیل وجود امری است که به‌عنوان «ویژگی‌های چینی» شناخته می‌شود. از سوی دیگر، میانجی‌گری آن‌چنان در چین ریشه دوانیده و رشد کرده که از آن به عنوان «تجربه شرقی» یاد می‌شود (Yun, 2022: 15). در این بخش به دنبال مطالبی که در بخش اول بیان گردید، تلاش می‌شود تا این ویژگی‌ها و این تجربه در پرتو ویژگی‌های تاریخی-فرهنگی تبیین، و جایگاه و سازکار داوری و میانجی‌گری در چین معاصر مشخص شود.

۱-۲. داوری در چین معاصر؛ داوری با ویژگی‌های چینی

دو قانون ملی که امروزه مستقیماً در رابطه با داوری در چین لازم‌الاجرا هستند، قانون داوری^۱ سال ۱۹۹۴ که در سال ۲۰۱۸ مورد تجدید نظر قرار گرفت و قانون آیین دادرسی مدنی^۲ سال ۱۹۹۱ است که در سال ۲۰۲۴ اصلاح شد. همچنین قانون مدنی چین^۳ مصوب سال ۲۰۲۱ اهمیت قابل توجهی دارد.

چین در ترویج داوری به مغرب‌زمین نگرسته است (Fun, 2013: 139). از نظر قانون‌گذاری، بسیاری از اصول پذیرفته‌شده بین‌المللی داوری مانند آزادی طرفین، استقلال نهادهای داوری و قطعی بودن آرای داوری در نظام حقوقی فعلی چین به کار

۱. برای مشاهده این قانون نک: <https://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/638.html>

۲. برای مشاهده این قانون نک: <https://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/644.html>

۳. برای مشاهده این قانون نک:

<https://english.www.gov.cn/atts/stream/files/5feda5b8c6d0cc300eea77ac>

لازم است اشاره شود که این قانون را دکتر عبدالحسین شیروی به فارسی ترجمه و آن را انتشارات شهر دانش منتشر کرده است.

گرفته شده است. قانون داوری و تفاسیر قضایی مربوطه عموماً ترویج‌دهنده امر داوری هستند. کمیسیون داوری اقتصادی و تجاری بین‌المللی چین^۱ به‌طور مرتب قواعد داوری خود را بررسی و بازنگری می‌کند تا آنها را مطابق با استانداردهای بین‌المللی نگه دارد. همچنین نهادهای داوری داخلی، مانند مرکز داوری پکن^۲ و مرکز داوری ووهان^۳ نیز به صورت بین‌المللی به رسمیت شناخته شده‌اند.

نکته دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد آن است که نظام داوری در چین هنوز مراحل دگرگونی خود را پشت سر می‌گذارد و هنوز در فرایند تغییر و تحول است.^۴ نظام داوری چین در فضای یک اقتصاد برنامه‌ریزی‌شده و دولتی متولد گردیده، بدین معنا که تمام فعالیت‌های اقتصادی تحت کنترل دولت بوده است. از اواخر دهه ۱۹۷۰، اصلاحات بزرگی در چین آغاز شد تا رویکرد به اقتصاد را دگرگون نماید. با این همه باید توجه داشت مالکیت عمومی هنوز نقش بزرگ‌تری نسبت به دیگر نظریات اقتصادی ایفا می‌کند (Filip Novokmet et al, 2018: 109-113). بوروکراسی اداری همچنان در زندگی اجتماعی و اقتصادی چین تأثیرگذار است و در نتیجه، مداخله اداری هنوز در رویه داوری احساس می‌شود. این موارد به همراه دیگر مؤلفه‌های فرهنگی و تاریخی، موجب شکل‌گیری آن چیزی شده است که به‌عنوان «ویژگی‌های چینی» شناخته می‌شود (Fan, 2013: 140).

1. CIETAC: China International Economic and Trade Arbitration Commission

2. BAC: Beijing Arbitration Center

3. WAC: Wuhan Arbitration Center

۴. برای مثال در ۳۰ جولای ۲۰۲۱، وزارت دادگستری چین پیش‌نویس قانون جدید داوری چین را به منظور دریافت نظریات منتشر کرد. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به:

Zhang Shouzhi, Huang Tao and Xiong Yang, "The Asia-Pacific Review- China", 28 September 2021, <http://www.globalarbitrationreview.com/review/the-asia-pacific-arbitration-review/2022/article/china>

۱-۱-۲. تفاوت بنیادی داوری در چین معاصر با داوری در معنای مغرب‌زمینی

اگرچه قانون داوری چین بسیاری از اصول و شیوه‌های مرسوم داوری را در متن خود جای داده است، خصیصه اصلی داوری به معنای مغرب‌زمینی آن، یعنی آزادی طرفین، در نظام داوری چین کم‌رنگ است. این مقوله را می‌توان ریشه تفاوت‌های بنیادی میان ماهیت قراردادی داوری در غرب و ماهیت اداری داوری در چین تعیین کرد.

- بنیاد مغرب‌زمینی داوری: از پایین به بالا^۱

براساس نظریه عمومی داوری در غرب، به‌رغم نقش شبه‌قضایی داوران، منشأ وضعیت آنها حاصل انعقاد قراردادی میان طرفین است که معمولاً تحت عنوان شرط داوری^۲ در قرارداد یافت می‌شود و از قرارداد اصلی مستقل است. استقلال شرط داوری، امری مهم و حیاتی در داوری در مغرب‌زمین است و تضمین می‌نماید که شرط داوری، حتی اگر قرارداد اصلی بی‌اعتبار تلقی شود، معتبر و قابل اجرا باقی بماند.^۳ به بیان دیگر، استقلال شرط داوری از آزادی طرفین^۴ و قصد اولیه آنها مبنی بر ارجاع اختلاف به داوری حمایت می‌کند و به طرفین اجازه می‌دهد تا کنترل خود را بر روند حل و فصل اختلاف حفظ نمایند. به‌علاوه، طرفین به موجب آزادی قراردادی، می‌توانند اختلاف خود را به داوری اختصاصی (ad-hoc) ارجاع دهند (Shiravi, 2022: 20-23). این موضوع در کنار استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی را می‌توان به‌عنوان مؤیدی برای رویکرد پایین به بالایی داوری در مغرب‌زمین در نظر گرفت.

1. Bottom-up

2. Arbitration Clause

۳. برای مطالعه بیشتر درباره استقلال شرط داوری نک:

ربیعا اسکینی، «مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، نامه مفید، شماره ۴۳ (مرداد-شهریور ۱۳۸۳): ۵-۳۰، مازیار راستبد و عباداله رستمی، «بررسی اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران و امریکا»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۹، (۱۳۹۷): ۶۱۹-۶۳۸.

4. Party Autonomy

لازم است ذکر شود که در مغرب‌زمین، اگرچه دادگاه‌ها در کنترل فرایند داوری نقش ایفا می‌نمایند، تفسیر آنها عموماً طرفدار و ترویج‌دهنده داوری^۱ است.^۲ بدین معنا که گرایش دادگاه‌ها، کوشش در به حداقل رساندن مداخله در آزادی طرفین و رأی داوری است. این حداقل کنترل قضایی به منظور حفظ یک‌پارچگی فرایند داوری و در عین حال احترام به آزادی طرفین طراحی شده است. موضع حمایتی دادگاه‌ها نسبت به داوری نشان دهنده روند گسترده‌تر ترویج داوری به‌عنوان روش ترجیحی حل‌وفصل اختلاف است که این امر موضع پایین به بالای داوری را در مغرب‌زمین تقویت می‌کند.

همچنین باید به این نکته نیز اشاره کرد که با افزایش مشارکت بخش خصوصی، گرایشی مبنی بر کاهش نقش دولت‌ها در تنظیم‌گری قواعد و مقررات داوری نیز وجود دارد (Fan, 2013: 145). این تغییر نیز حاکی از افزایش اهمیت روزافزون آزادی طرفین است. ظهور این گرایش نیز ماهیت پایین به بالای داوری را در مغرب‌زمین برجسته‌تر می‌نماید، جایی که میان آزادی طرفین و مداخله دولت، کفه ترازو به نفع آزادی طرفین سنگینی می‌کند؛ لذا با عطف نظر به موارد مذکور می‌توان این‌چنین نتیجه گرفت که رویکرد غربی به داوری اساساً از پایین به بالاست که با آزادی حداکثری طرفین و مداخله قضایی و دولتی حداقلی، شناخته می‌شود. دو نمودار زیر رابطه میان بازیگران مختلف را در داوری بین‌المللی به تصویر می‌کشد که در آن بازیگران اصلی، اشخاص خصوصی هستند و آزادی طرفین، بنیاد اصلی داوری است:

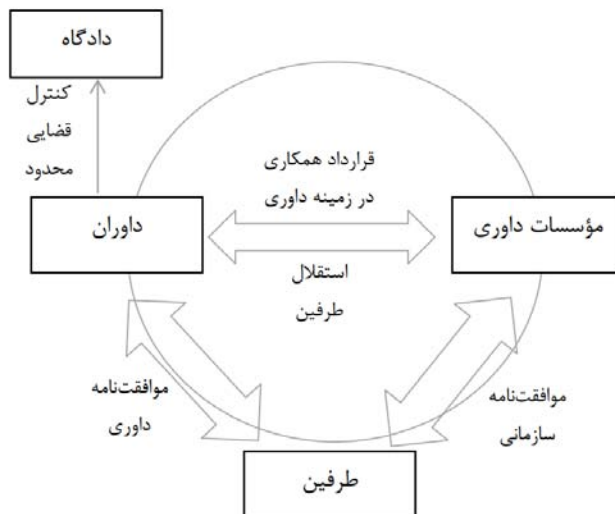
1. Pro-Arbitration

۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص نک:

George A. Bermann, "What does it mean to be 'pro-arbitration'?" *Arbitration International* 34, no. 3 (September 2018): 341-353, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2880



نمودار ۱: داوری اختصاصی

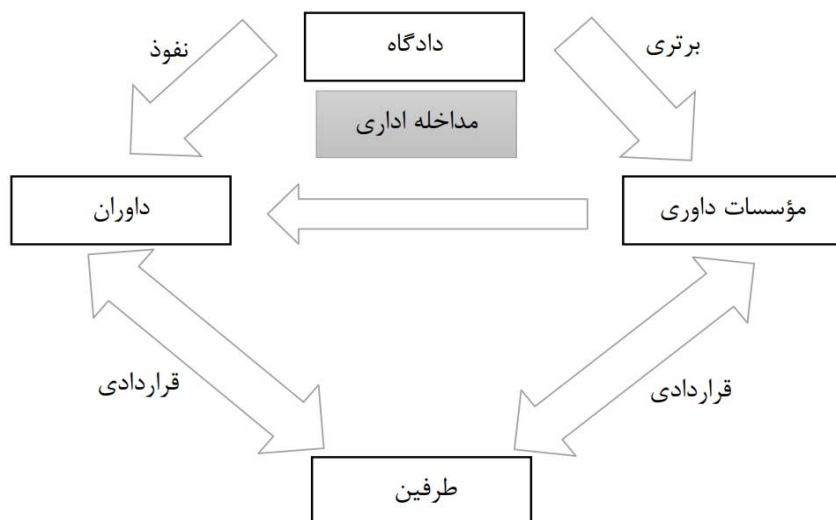


نمودار ۲: داوری سازمانی

- بنیاد چینی داوری: از بالا به پایین^۱

در چین، ماهیت داوری بیشتر اداری است تا قراردادی. مفهوم آزادی طرفین به طور سنتی برای اذهان چینی بیگانه است. اگرچه قانون داوری، آزادی طرفین را یکی از اصول اساسی برای توسعه داوری در چین می‌داند، درواقع این اصل نه به طور کامل در مفاد ماهوی قانون اجرا و نه در رویه داوری کاملاً رعایت می‌شود. تعدادی از محدودیت‌ها در مورد انتخاب‌های طرفین در قانون و عمل، از قواعد دادرسی دادگاه‌ها ناشی می‌شود. برخی از این محدودیت‌ها حتی در کل فرایند داوری نفوذ می‌کند (Fan, 2013: 146-147). موارد احصاء شده زیر، بیان‌کننده تفاوت میان داوری در چین با مغرب‌زمین است:

- (۱) استقلال شرط داوری با دامنه محدودتری اعمال می‌شود.
 - (۲) انتخاب طرفین برای داوری اختصاصی (ad-hoc) یا یک مؤسسه داوری خارجی در صورتی رد می‌شود که داوری در چین انجام شود.
 - (۳) قدرت صدور حکم در مورد مسائل صلاحیتی به قضات خصوصی منتخب طرفین داده نمی‌شود، بلکه بین دادگاه و نهادهای داوری مشترک است.
 - (۴) قدرت طرفین برای انتخاب داوران محدود به فهرستی است که مؤسسات داوری تهیه می‌کند و فقط افراد دارای صلاحیت‌های قانونی دقیق می‌توانند به داوری منصوب شوند (Fan, 2013: 146-147).
- نمودار زیر رابطه میان بازیگران مختلف داوری را در چین نشان می‌دهد که در آن به جای آزادی طرفین، حاکمیت اداری از بالا به پایین اعمال می‌شود، آنچه ویژگی اصلی داوری چینی است.



نمودار ۳: ساختار داوری چینی

از نمودارهای بالا، می‌توانیم تفاوت عمده در بنیاد داوری و به‌طور کلی‌تر، حقوق را میان مؤلفه‌های چینی و آنچه در عرصه بین‌المللی مرسوم شده است، مشاهده نماییم. قانون، در مغرب‌زمین، از پایین آمده است، اما در چین از بالا می‌آید. نظام حقوقی مغرب‌زمینی، حقوقی را که حول محور «فرد» شکل گرفته، نقطه شروع خود می‌داند و آزادی طرفین در تمام رویه داوری، به عنوان یک روش «خصوصی» حل‌وفصل اختلاف، جریان دارد. برخلاف نظام‌های حقوقی مغرب‌زمینی، نظام حقوقی چین، با «دولت» به‌عنوان حافظ حقوق و کنترل‌کننده کیفی داوری، آن‌هم به‌عنوان یک روش «عمومی» حل‌وفصل اختلاف، آغاز می‌شود. این فرایند «بالا به پایین» (تحت کنترل دولت)، برخلاف فرایند اساساً «از پایین به بالا»ی داوری مغرب‌زمینی (قراردادی)، بایست به‌عنوان بنیاد داوری در چین مدنظر قرار داده شود.

۲-۱-۲. تمایل به جایگزینی داور با داور-میانجی

در فرهنگ چینی مفهومی تحت عنوان «Biantong» وجود دارد که در لغت به معنای انعطاف (Yabla Chinese, 2023) بوده و در زمینه حقوقی به معنای یافتن راه‌های انعطاف‌پذیر در قوانین است (Fan, 2013: 148). وجه دیگر «Biantong» چینی، آموزه «یافتن راه میانه» یا هنر سازش است. این امر راه را برای نقش میانجی‌گری هموار می‌کند که بخش ذاتی آن حل‌وفصل اختلاف از طریق سازش و یافتن راه میانی است. میانجی‌گری در اشکال مختلف خود نقش اساسی در حل‌وفصل اختلافات در چین داشته و دارد و در خدمت اهداف هماهنگی اجتماعی و احیای روابط هماهنگ بلندمدت است. امروزه روش حل‌وفصل اختلاف داوری-میانجی‌گری^۱ در چین پذیرفته شده است. درواقع، در نظام حقوقی چین تمایلی وجود دارد که داور به جای ایفای نقش داوری صرف، به‌عنوان داور-میانجی در حین رسیدگی عمل نماید.

باید توجه داشت که تاکنون، با توجه به فرهنگ‌ها و دیدگاه‌های حقوقی متفاوت نسبت به نقش داوران، اجماعی بین‌المللی در مورد مناسب بودن تسهیل حل‌وفصل اختلاف بدین نحو وجود ندارد. درواقع از یک طرف، برخی بر این عقیده‌اند که این روش، مدیریت طرفین اختلاف را بر فرایند رسیدگی تسهیل می‌کند و می‌تواند استمرار روابط طرفین را در پی داشته باشد. از طرف دیگر اما، برخی بر این عقیده‌اند که اتخاذ این روش استقلال، بی‌طرفی و محرمانگی را در داوری می‌تواند با چالش مواجه کند (Javadpour, Oloumi Yazdi, & Ebrahimi, 2019: 98). با وجود بحث‌های نظری و شیوه‌های متفاوت در نظام‌های حقوقی مختلف، اکثر داوران چینی معتقدند که تسهیل حل‌وفصل اختلاف در قامت میانجی با مأموریت داوران سازگار است و بنابراین، در عمل، آنها تقریباً به‌طور سازمان‌یافته ابتکار عمل را بر عهده می‌گیرند و از طرفین درخواست خواهند کرد که آیا می‌خواهند نهاد داوری به آنها در دستیابی به یک راه حل دوستانه و

مسالمت‌آمیز کمک کند یا خیر؟ (Fun, 2013: 148) به هر روی، چنان‌که توضیح داده شد این تمایل در نظام داوری چین را می‌توان مشاهده کرد و آن را از ویژگی‌های داوری در چین معاصر محسوب نمود.

۳-۱-۲. ظهور و بروز ویژگی‌های چینی در داوری‌های بین‌المللی

همچون داوری‌های داخلی، مواضع چینی نسبت به داوری در خارج از مرزها نیز عمیقاً از بستر تاریخی-فرهنگی آن کشور برآمده است و مسائلی همچون هماهنگی (نفی دعوی)، سلسله مراتب و تأکید بر حاکمیت دولت در آن ظهور و بروز دارد.^۱ به‌عنوان مثال، نحوه تعامل چین را با نهاد حل‌وفصل اختلافات سازمان جهانی تجارت می‌توان مدنظر قرار داد. چین در قضایای متعددی چه در مقام خواهان، چه در مقام خوانده و چه به‌عنوان ثالث حضور داشته است، اگرچه برخی از این پرونده‌ها تا مرحله صدور رأی خواه له (به‌عنوان مثال World Trade Organization, "Australia — Anti-Dumping and Countervailing Duty Measures on Certain Products from China," 2024)^۲ و خواه علیه (به‌عنوان مثال World Trade Organization, "China — Measures Affecting

۱. برای درک هر چه بهتر نحوه مواجهه چین با داوری بین‌المللی لازم است به مواضع چینی نسبت به حقوق بین‌الملل و به‌خصوص تأکید آن کشور بر حاکمیت و عدم مداخله در اموری که ذاتاً در صلاحیت دولت است، توجه شود. برای مطالعه بیشتر در رابطه با رویکرد چینی نسبت به حقوق بین‌الملل نک:

Xue Hanqin, *Chinese Contemporary Perspectives on International Law: History, Culture and International Law* (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012).

۲. در این پرونده و در اختلافی که میان چین و استرالیا در سازمان جهانی تجارت وجود داشت، چین به اقدامات ضد دامپینگ استرالیا در مورد برخی کالاهای خود اعتراض کرد، و در نهایت نهاد حل‌وفصل اختلافات به نفع چین رأی داد و دریافت که اقدامات استرالیا با قواعد سازمان جهانی تجارت مغایرت دارد.

(Imports of Automobile Parts," 2008)^۱ چین پیش رفته است، اما در اکثر موارد، چین ترجیح داده است تا پیش از صدور رأی، و غالباً مبتنی بر مواضع خود به‌ویژه سیاست نفی دعوی و تأکید بر هماهنگی، اختلافات خود را پیش از صدور رأی و از طریق مذاکره حل و فصل نماید،^۲ امری که حکایت از عملکرد ترکیبی^۳ و عمل‌گرایانه^۴ چین نسبت به حل و فصل اختلافات بین‌المللی به‌طور عام و داوری بین‌المللی به‌طور خاص دارد.^۵

در مورد تأکید بر حاکمیت دولت و نگاه غالباً اداری به داوری نیز می‌توان به عملکرد این کشور در پذیرش محدود صلاحیت مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) اشاره نمود. چین صلاحیت ایکسید را تنها در اختلافات مربوط به سلب مالکیت پذیرفته است.^۶ این امر نشان‌دهنده موضع محتاطانه دولت چین در

۱. در این پرونده و در اختلافی که میان کانادا و چین در رابطه با اقدامات مؤثر بر واردات قطعات خودرو وجود داشت، سازمان جهانی تجارت علیه چین رأی صادر کرد و دریافت که اقدامات این کشور با تعهداتش در سازمان جهانی تجارت مطابقت ندارد.

۲. آخرین بررسی‌ها نشان می‌دهد که چین از زمان عضویت در سازمان جهانی تجارت تاکنون، در ۷۴ پرونده به‌عنوان خواهان و خوانده حضور داشته است که بیش از نیمی از آنها از طریق مذاکره حل و فصل شده‌اند (World Trade Organization, n.d.)؛ امری که حکایت از گرایش چینی‌ها به حل و فصل اختلافات به طرق دوستانه و غیررسمی دارد.

3. Hybrid

4. Pragmatic

۵. برای مطالعه بیشتر در رابطه با مواجهه چین با نهاد حل و فصل اختلافات سازمان جهانی تجارت نک:

Zhou, W. (2023). The Impact of the WTO Dispute Settlement System on China: Effectiveness, Challenges and Broader Issues. In H. Gao, D. Raess, & K. Zeng (Eds.), *China and the WTO: A Twenty-Year Assessment* (pp. 252–274). chapter, Cambridge: Cambridge University Press.

۶. چین کنوانسیون واشنگتن را در ۹ فوریه ۱۹۹۰ امضاء، در ۱ ژوئیه ۱۹۹۲ آن را تصویب و سند

تصویب را در ۷ ژانویه ۱۹۹۳ تودیع نمود. کنوانسیون واشنگتن در ۶ فوریه ۱۹۹۳ برای چین لازم‌الاجرا

شد. (International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID], n.d.)

قبال داوری بین‌المللی است. به بیان دیگر، این پذیرش گزینشی و محدود، از یک سو حکایت از ترجیح چین به منظور حفظ کنترل بر فرایندهای حل و فصل اختلاف دارد و از سوی دیگر، انعکاسی است از حاکمیت دولت و نظارت اداری که در داوری‌های داخلی این کشور به نحو تاریخی وجود داشته است.

درنهایت توجه به پرونده داوری دریای چین جنوبی^۱ و رویکرد چین به این قضیه نیز می‌تواند مورد توجه باشد. چین همواره بر مذاکرات دوجانبه و حل و فصل اختلاف به طرق غیررسمی تأکید داشته است، تأکیدی که بیش از هر چیز برگرفته از نگاه بالا به پایین چینی به داوری است و تأکید بر اهمیت حاکمیت دولت حتی در داوری‌های بین‌المللی این کشور دارد.^۲

مجموعه قضایای مذکور، نشان‌دهنده موضع چینی نسبت به داوری بین‌المللی است. رویکردی که حاصل تعامل پیچیده‌ای از ملاحظات تاریخی، فرهنگی و عمل‌گرایانه است. به عبارت دیگر، چین با عضویت در کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵ و نیز سازمان جهانی تجارت، به طرز فزاینده‌ای در سازکارهای بین‌المللی حل و فصل اختلافات مشارکت کرده و در آن ادغام شده است، در عین حال مواجهه‌ای ترکیبی و گزینشی داشته و به مرور زمان از یک قاعده‌پذیر^۳ صرف به سمت یک قاعده‌گذار^۴ حرکت کرده است (Li & Bian, 2020: 503).

لازم است اشاره شود که در رابطه با سلب مالکیت، قضایایی را طرف چینی در ایکسید مطرح کرده است. برای مطالعه بیشتر نک:

Tza Yup Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6 (2011). Available at <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/255/tza-yap-shum-v-peru>.

1. South China Sea Arbitration

۲. برای مطالعه تفصیلی در رابطه با رویکرد انتقادی چینی نسبت قضیه دریای چین جنوبی نک:

Chinese Society of International Law. "The South China Sea Arbitration Awards: A Critical Study." Chinese Journal of International Law 17, no. 2 (2018): 207-734, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmy012>

3. Rule-taker

4. Rule-maker

۲-۲. میانجی‌گری در چین معاصر؛ تجربه شرقی

به منظور درک موضع چین درخصوص میانجی‌گری در دوره معاصر، ناگزیر از این هستیم تا سیر توسعه تاریخی میانجی‌گری را به نحو خاص مدنظر قرار دهیم. از همین رو، در وهله نخست توسعه تاریخی میانجی‌گری را بیان می‌کنیم و سپس رویه معاصر میانجی‌گری را در چین تبیین خواهیم نمود.

۲-۲-۱. توسعه تاریخی میانجی‌گری

میانجی‌گری در چین سابقه‌ای طولانی دارد. این روش بر حل و فصل اختلافات به صورت دوستانه و پرهیز از مواجهه مستقیم مطابق با ارزش‌های کنفوسیوسی تأکید می‌کند. از نظر چینی‌ها، چنان‌که اشاره شد، اختلاف از این جهت شر تلقی می‌شود که هماهنگی حاکم بر زندگی اجتماعی را برهم می‌زند. چینی‌ها بر این باورند که اگر پرهیز از اختلاف در درازمدت غیرممکن باشد، برای طرفین (چه به‌تنهایی یا با کمک یک میانجی) ضروری است که اقدامات لازم را هرچه سریع‌تر اتخاذ نمایند تا ریشه‌های احتمالی یک اختلاف بالقوه را به صورت دوستانه از میان ببرند.

با مرور سوابق تاریخی، هر چند ممکن است از اصطلاح «نظام میانجی‌گری» به‌طور صریح استفاده نشده باشد؛ توضیحاتی در مورد «Tiaoren» (میانجی‌گر)، ریش سفید روستا و رهبر جامعه وجود دارد که وظیفه دارند اختلافات را به روش دوستانه خارج از دادگاه حل و فصل و هماهنگی را برقرار کنند. اولین سابقه استفاده از میانجی‌گری را می‌توان در گروه‌ها و قبایل پیش از تشکیل ملت-دولت چین یافت نمود (Fun, 2013: 123).

با عطف نظر به این سوابق تاریخی به نظر می‌رسد که نقش «Tiaoren» اساساً میانجی بوده و هدف آن رفع نارضایتی و بازگرداندن هماهنگی بوده است. در این میان، آنها همچنین نقش بازپرس و حتی تا حدی قاضی را ایفا می‌کردند و ممکن بوده است برای طرفی که مشکلات بیشتری ایجاد می‌کند، مجازات تعیین کنند (Fun, 2013: 123)؛ علاوه بر این، در مقایسه با میانجی‌گری‌ای که با توافق طرفین اختلاف صورت می‌گرفت، نتیجه

فرایند در این نوع از میانجی‌گری داوطلبانه به نظر نمی‌رسید؛ بدین معنا که اگر طرفین اختلاف نتیجه میانجی را نمی‌پذیرفتند، هیچ راه حل دیگری برای حل و فصل اختلاف خود نداشتند (Fun, 2013: 123).

بررسی‌های تاریخی نشان می‌دهد که دولت، به‌ویژه در دوران سلسله‌های مینگ^۱ و چینگ^۲ (سلسله‌های حاکم بر چین از قرن چهاردهم تا قرن بیستم)، اغلب از مردم می‌خواست که اختلافات را بدون مراجعه به قاضی رسمی حل و فصل کنند (Watt, 1972: 305).

به جای اشاره به میانجی‌گری به‌عنوان «نظام» حل و فصل اختلاف، شاید مناسب‌تر باشد که میانجی‌گری را مجموعه‌ای از قوانین عرفی پذیرفته‌شده اجتماعی در نظر بگیریم. این قوانین عرفی نه تنها مقبولیت عمومی، بلکه حمایت دولت را نیز به دست آورده بود (Xianxi, 2009: 5). تا حدی می‌توان گفت که میانجی‌گری بخش اساسی و جدایی‌ناپذیر سیستم حل و فصل اختلاف در چین بوده است. با این حال، باید توجه داشت که مفهوم «Tiaojie» در چین باستان همان مفهومی نیست که اصطلاح «میانجی‌گری» در مغرب‌زمین تعریف شده است؛ یعنی فرایندی داوطلبانه که در آن میانجی، بدون هیچ‌گونه اجباری، به طرف‌های اختلاف کمک می‌کند تا به راه حلی برسند. «Tiaojie» را در چین با سه شاخصه می‌توان توضیح داد:

(۱) شروع فرایند «Tiaojie» داوطلبانه نبود. برای حل و فصل مسائل جزئی، طرفین اختلاف باید قبل از توسل به راه حلی رسمی، آنها را به شخصی بی‌طرف (بزرگان روستا یا رهبر جامعه) ارجاع می‌دادند. جالب است بدانید که انجام ندادن این کار می‌توانست منجر به تنبیه بدنی شود.

۱. سلسله مینگ در بازه زمانی ۱۳۶۸ تا ۱۶۴۴ میلادی حکومت می‌کرده است.

۲. سلسله چینگ در بازه زمانی ۱۶۴۴ تا ۱۹۱۲ بر چین حاکم بوده است.

۲) فیصله‌دهندگان اختلافات را به صورت داوطلبانه طرفین انتخاب نمی‌کردند، بلکه مقاماتی از دهکده‌ها آن را تعیین می‌نمودند.

۳) بزرگان روستا یا رهبران جامعه با رسیدگی به اختلافات جزئی در جامعه، به وظیفه رسمی خود عمل می‌کردند. آنها در عین حال که تعهد به تسهیل‌گری برای میانجی‌گری و حل و فصل امور جزئی داشتند، نقشی قضاوت‌کننده برای تصمیم‌گیری در مورد مسائل نیز داشتند. در نهایت هم باید گفت که اجرای نتیجه این فرایند، داوطلبانه نبود. میانجی با توجه به سابقه و جایگاه خود در جامعه قادر بود تصمیمی را به طرفین اختلاف تحمیل کند. چنین تصمیماتی، اگرچه مستقیماً به‌عنوان یک حکم قابل اجرا نبودند، اغلب طرف‌های اختلاف آن را اجرا می‌کردند (Fun, 2013: 125).

۲-۲-۲. رویه معاصر

در دوره معاصر که نظام حقوقی چین تغییرات قابل توجهی یافته و اختلافات تجاری در حال افزایش است، میانجی‌گری همچنان در هر گوشه از جامعه چین، که در آن اختلافات ایجاد می‌شود، نفوذ دارد. در این زمینه، میانجی‌گری به‌تنهایی و در ترکیب با رویه‌های ستیزه‌جویانه‌تر همچون دادرسی قضایی و داوری مورد استفاده قرار می‌گیرد. به‌طور کلی، نظام میانجی‌گری معاصر را در چین می‌توان به پنج دسته تقسیم کرد: میانجی‌گری خلق،^۱ میانجی‌گری اداری،^۲ میانجی‌گری سازمانی،^۳ میانجی‌گری در جریان دادرسی^۴ و میانجی‌گری در مراحل داوری.^۵

میانجی‌گری خلق، نوعی از میانجی‌گری است که کمیته‌های میانجی‌گری خلق آن را انجام می‌دهد. این نوع از میانجی‌گری در دوره انقلاب ارضی به وجود آمد و به‌طور

-
1. People's Mediation
 2. Administrative Mediation
 3. Institutional Mediation
 4. Mediation within Litigation Proceedings
 5. Mediation within Arbitration Proceedings
 6. People's Mediation Committee (PMC)

رسمی در سال ۱۹۵۴، تأسیس شد هنگامی که شورای اداری دولتی، قوانین موقت ارگانیک کمیته‌های میانجی خلق (قوانین ۱۹۵۴) را صادر کرد.

میانجی‌گری اداری به منظور حل و فصل اختلافات را دستگاه‌های اداری در حدود اختیارات خود طبق قانون انجام می‌دهند. به‌طور کلی، دو نهاد در چین میانجی‌گری اداری را انجام می‌دهند: دولت‌های خلق در سطوح پایه و نهادهای اداری.

میانجی‌گری سازمانی را مراکز میانجی‌گری دائمی انجام می‌دهند. اتاق بازرگانی بین‌المللی چین اولین مؤسسه چینی بود که خدمات میانجی‌گری تجاری را ارائه کرد. این نهاد اولین مرکز میانجی‌گری خود را به نام مرکز میانجی‌گری پکن در سال ۱۹۸۷ راه‌اندازی کرد که در سال ۲۰۰۰ به مرکز میانجی‌گری CCPIT/CCOIC تغییر نام داد.

به موازات کمیته‌های دائمی میانجی‌گری، روش میانجی‌گری به‌طور گسترده‌ای در سیستم دادگاه‌های خلق نیز مورد استفاده قرار گرفته است (میانجی‌گری در جریان دادرسی). نهایتاً اینکه، با ابتکار سیتک، قانون داوری اکنون ترکیب میانجی‌گری را با داوری مجاز دانسته است و تشویق می‌کند. سیتک همچنین چندین بار قواعد خود را اصلاح کرده و مقررات مربوط به میانجی‌گری خود را بهبود بخشیده است. قواعد سیتک ۲۰۱۲ سیستم نسبتاً جامعی را برای ترکیب میانجی‌گری با داوری ایجاد کرده است (Fan, 2013: 125).

نکته مهم آنکه، چنین شیوه‌ایی، یعنی تمایل به میانجی‌گری به‌عنوان روش حل و فصل اختلاف، حتی در چارچوب فرایند داوری و دادگاه در درون مرزهای چین باقی نمانده و در پرتو ابتکار کمربند و جاده BRI^۱ که به مثابه یک استراتژی توسعه جهانی دولت چین آن را اتخاذ کرده نیز قابل مشاهده است. چنان‌که بیان شده است این مگا پروژه، نه تنها مسیرهای تجاری را، بلکه شیوه باستانی چین را در میانجی‌گری برای حل و فصل اختلاف نیز، احیا نموده است. درواقع، چین با تأکید بر هماهنگی، از میانجی‌گری به‌عنوان سازکار

اصلی برای حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات ناشی از پروژه‌های (BRI) حمایت می‌کند و در نتیجه میانجی‌گری را تجسمی از تجربه شرقی در حل و فصل اختلافات توسعه و ترویج می‌دهد.^۱ بر همین اساس، دیوان عالی خلق چین به تأسیس دادگاه تجاری بین‌المللی^۲ در ژوئن سال ۲۰۱۸ مبادرت کرد تا به اختلافات احتمالی ناشی از پروژه‌های ابتکار کمربند و جاده رسیدگی کند (CICC, 2021). نهادی که در بستری واحد^۳ و منسجم، رسیدگی قضایی، داوری و میانجی‌گری را به طرفین اختلاف ارائه می‌کند.^۴

فرجام سخن

«هماهنگی»، «اقتناع اخلاقی (Li)» و «سلسله مراتب» از بنیادهای آموزه‌های کنفوسیوس هستند که تأثیر فراوانی بر نظام حقوقی چین داشته‌اند. انعکاس پیوند این بنیادها در

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص نک:

Jiangyu Wang, Dispute Settlement in the Belt and Road Initiative: Progress, Issues, and Future Research Agenda, *The Chinese Journal of Comparative Law*, Volume 8, Issue 1, June 2020, Pages 4–28, <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxaa016>, Mark McLaughlin, Investor–State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement, *Journal of International Economic Law*, Volume 24, Issue 3, September 2021, Pages 609–629, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgab028>, Tao, J., Zhong, M. (2018). The Changing Rules of International Dispute Resolution in China's Belt and Road Initiative. In: Zhang, W., Alon, I., Lattemann, C. (eds) *China's Belt and Road Initiative*. Palgrave Studies of Internationalization in Emerging Markets. Palgrave Macmillan, Cham, https://doi.org/10.1007/978-3-319-75435-2_16

2. China International Commercial Court (CICC)

3. One-Stop Platform

۴. برای مطالعه بیشتر درخصوص دادگاه تجاری بین‌المللی چین نک:

Sheng Zhang, "China's International Commercial Court: Background, Obstacles and the Road Ahead," *Journal of International Dispute Settlement* 11, no. 1 (2020): 150–174. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idz029>, Sun Xiangzhuang, "A Chinese Approach to International Commercial Dispute Resolution: The China International Commercial Court," *The Chinese Journal of Comparative Law* 8, no. 1 (2020): 45–68. <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxaa015>, Long Fei, "Innovation and Development of the China International Commercial Court," *The Chinese Journal of Comparative Law* 8, no. 1 (2020): 40–44, <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxaa014>

رویکرد چین به روش‌های حل‌وفصل اختلاف از جمله داوری و میانجی‌گری که موضوع مطالعه این پژوهش بوده‌اند، موجب شده است تا فرایند داوری و میانجی‌گری در چین، با آنچه به‌طور مرسوم شناخته می‌شود متفاوت باشد.

داوری در چین برخلاف داوری مرسوم، یک روش «عمومی» حل‌وفصل اختلاف، فرایندی تحت کنترل دولت، و از «بالا به پایین» است. در حالی که در داوری مرسوم، به دلیل محوری بودن آزادی طرفین، داوری یک روش حل‌وفصل اختلاف «خصوصی»، مبتنی بر قرارداد و در مجموع فرایندی «از پایین به بالا» محسوب می‌شود.

در نظام حقوقی چین، در ادامه وجود چنین موضعی به داوری، تمایل قابل توجهی به تغییر نقش داور از یک داور صرف به داور-میانجی وجود دارد. درواقع تمایل بر این است که نقش داور صرفاً حل‌وفصل دعوی نباشد، بلکه مبتنی بر آموزه‌های اخلاقی «Li»، همچنان یافتن راه حل دوستانه و مسالمت‌آمیز و تلاش برای رفع دعوی در دستور کار باشد.

در مقایسه بین داوری و میانجی‌گری نیز باید توجه داشت، تأکید بر هماهنگی، تأکید بر پرهیز از دعوی، وجود سیاست نفی دعوی، اهمیت بالاتر توجه به منافع اجتماعی نسبت به حمایت از حقوق فردی و منافع خصوصی، موجب شده است تا تمایل به میانجی-گری در نظام حقوقی چین حفظ شود. درواقع، اگرچه در دوره معاصر روش میانجی-گری با تغییراتی همراه بوده است، همچنان در سراسر جامعه چین و در تقسیم‌بندی‌های مختلف این روش نفوذ خود را حفظ کرده است.

نمود این موضع چین نسبت به حل‌وفصل اختلافات، در چارچوب‌های حقوقی بین‌المللی نیز قابل مشاهده است. به‌عنوان مثال، چین در حل‌وفصل اختلافات مربوط به پروژه‌های ابتکار کمربند و جاده بر میانجی‌گری تأکید کرده است و بسط چنین عملکردی را دنبال می‌نماید. همچنان‌که بسیاری از اختلافات خود را در سازمان جهانی تجارت از طرق دوستانه و غیررسمی و خارج از مسیر مرسوم حل‌وفصل اختلاف و داوری فیصله داده است.

References

- Bodenheimer, E. (1974). *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- China International Commercial Court (CICC). (2018). *The China International Commercial Court (CICC) in 2018*. Retrieved August 16, 2024, from <https://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/209/1316.html>
- Chinese English Pinyin Dictionary. (n.d.). Retrieved November 23, 2023, from <https://chinese.yabla.com/chinese-english-pinyin-dictionary.php?define=biantong>
- Choyleva, D. (2024). China's new era changes the game for global actors. Retrieved June 15, 2024, from <https://asiasociety.org/policy-institute/chinas-new-era-changes-game-global-actors>
- Chu, E. (2023). Economic and trade information on China. Retrieved November 16, 2023, from <https://research.hktdc.com/en/article/MzIwNjcyMDYx>
- Cohen, J. A. (1966). Chinese mediation on the eve of modernization. *Journal of Asian and African Studies*, 1, 201-226. <https://doi.org/10.15779/Z38MR10>
- Edwards, R., Henkin, L., & Nathan, A. (1986). *Human rights in contemporary China*. New York, NY: Columbia University Press.
- Fan, K. (2013). *Arbitration in China: A legal and cultural analysis*. Portland, OR: Hart Publishing.
- Kynge, J., & Fray, K. (2024). China's plan to reshape world trade on its own terms. Retrieved February 26, 2024, from <https://www.ft.com/content/c51622e1-35c6-4ff8-9559-2350bfd2a5c1>
- Lawless, N. (2008). Cultural perspectives on China resolving disputes through mediation. Retrieved September 12, 2023, from <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1294>
- Lee, L. T., & Lai, W. W. (1977). The Chinese conceptions of law: Confucian, legalist, and Buddhist. *Hastings Law Journal*, 29, 1307-1339. https://repository.uclawsf.edu/hastings_law_journal/vol29/iss6/3
- Li, Y., & Bian, C. (2020). China's stance on investor-state dispute settlement: Evolution, challenges, and reform options. *Netherlands International Law Review*, 67(3), 523-552. <https://doi.org/10.1007/s40802-020-00182-3>
- Liang, Z. (1989). Explicating law: A comparative perspective of Chinese and Western legal culture. *Columbia Journal of Asian Law*, 3(1). <https://doi.org/10.7916/cjal.v3i1.3080>
- Liu, S. (2014). The shape of Chinese law. *Peking University Law Journal*, 1(2), 415-444. <https://doi.org/10.1080/20517483.2014.11424478>

- Long, F. (2020). Innovation and development of the China International Commercial Court. *The Chinese Journal of Comparative Law*, 8(1), 40-44. <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxaa014>
- Lubman, S. (1967). Mao and mediation: Politics and dispute resolution in Communist China. *California Law Review*, 55(5), 1284-1359. https://scholarship.law.columbia.edu/chinese_legal_studies/2
- Lubman, S. (1999). *Bird in a cage: Legal reform in China after Mao*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Opello, W. C., & Rosow, S. J. (1999). *The nation-state and global order: A historical introduction to contemporary politics*. Boulder, CO: Lynne Rienner.
- Palmowski, J. (2011). The Europeanization of the nation-state. *Journal of Contemporary History*, 46(3), 631-657.
- Shiravi, A. (2022). *International commercial arbitration*. Tehran: SAMT. [In Persian]
- Sun, X. (2020). A Chinese approach to international commercial dispute resolution: The China International Commercial Court. *The Chinese Journal of Comparative Law*, 8(1), 45-68. <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxaa015>
- Tabatabaei, S. H. (2021). Comparative study in foundations of Chinese legal tradition in the light of other legal traditions. *Comparative Law Review*, 25(3), 109-135. [In Persian] <http://clr.modares.ac.ir/article-20-58187-fa.html>
- Vajda, C. (2018). The EU and beyond: Dispute resolution in international economic agreements. *European Journal of International Law*, 29(1), 205-224. <https://doi.org/10.1093/ejil/chy012>
- Watt, J. (1972). *The district magistrate in late imperial China*. New York, NY: Columbia University Press.
- Webster, R. A., Nowell, C. E., & Magdoff, H. (2024). Western colonialism. *Encyclopedia Britannica*. Retrieved December 18, 2023, from <https://www.britannica.com/topic/Western-colonialism>
- Wong, B. (2000). Chinese law: Traditional Chinese philosophy and dispute resolution. *Hong Kong Law Journal*, 30(2), 304-319. <https://ssrn.com/abstract=925207>
- World Trade Organization. (2008). China — Measures affecting imports of automobile parts (WT/DS339/R). Retrieved October 15, 2024, from https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds339_e.htm
- World Trade Organization. (2024). Australia — Anti-dumping and countervailing duty measures on certain products from China (WT/DS603/R). Retrieved October 15, 2024, from https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds603_e.htm

- World Trade Organization. (n.d.). Disputes by country/territory. Retrieved August 25, 2024, from https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm
- Xianyi, Z. (2009). Mediation in China - Past and present. *Asia Pacific Law Review*, 17(1), 1-29. <https://doi.org/10.1080/10192557.2009.11788203>
- Yu, X. (2006). *Rule of law and civil order*. Beijing: China Politics and Law University Press.
- Zhang, S. (2020). China's international commercial court: Background, obstacles and the road ahead. *Journal of International Dispute Settlement*, 11(1), 150-174. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idz029>
- Zhou, Q. (2022). Dispute resolution in China: Litigation, arbitration, and mediation. Retrieved September 7, 2023, from <https://www.china-briefing.com/news/dispute-resolution-in-china-litigation-arbitration-and-mediation/>





Shiraz University
RiCeST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50527.5171>



Research Article

Evaluation of State's Obligations Towards the Right to Health, Social Security, and Using Public Places of Short-Stature Persons

Janet Elizabeth Blake^{1*}, Khadijeh Maghsadi²

1. Associate Prof. Human Rights Law & Environmental Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. MA. in Human Rights Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Article history:

Received: 22-06-2024

Accepted: 21-08-2024

Abstract

Introduction

Being of short stature is a genetic disorder, the causes of which are classified in the subgroup of rare diseases, and the World Health Organization's specific definition of disability implies it. Nonetheless, short-stature persons have not been formally recognized as disabled in Iran up until today. This lack of identification, along with a failure to pay appropriate attention to their problems and special needs regarding the right to health, the right to social security, and the right to use public places, has led them to be marginalized and deprived of some of their rights. Additionally, as part of a vulnerable group in society, these individuals face extra challenges that are rarely addressed. Furthermore, the human rights conditions of short-stature persons in Iran have not been researched as thoroughly as they deserve, and they have seldom been investigated from a medical or social perspective. The international situation is almost the same, although relatively better. Therefore, a solution is needed within the framework of law, defining

Please cite this article as:

Blake, J.E., Maghsadi, Kh (2025). Evaluation of State's Obligations Towards the Right to Health, Social Security, and Using Public Places of Short-Stature Persons. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 451-498. <https://doi: 10.22099/JLS.2024.50527.5171>.

* Corresponding author:

E-mail address: j-blake@sbu.ac.ir

obligations for governments and other actors to fulfill their rights.

Methods

Two key questions are addressed in this article:

- A) Considering the protective mechanisms of human rights, related documents, and domestic laws of various countries, how can the rights of short-stature persons be fulfilled, and are current obligations sufficient for this purpose?
- B) What challenges do short-stature persons face that prevent them from fully enjoying their human rights?

Following an analytical-descriptive research approach and gathering data through direct reference to library resources—both physically and online—we have examined appropriate responses to these questions. Subsequently, we have proposed policy-making, legal, and social strategies that are technically understood as the obligations of the state and other actors.

Results

A significant number of short-stature persons in Iran struggle with challenges related to medical insurance, social security services, and finding appropriate employment. Even some of them, despite having an academic education or skills in sports, arts, and other fields, are deprived of pursuing their interests and securing suitable jobs due to their physical conditions. Another considerable challenge they continuously face is the inadaptability of public facilities, spaces, and transportation systems to their physical condition. In most cases, they cannot use these facilities, which further marginalizes them. Although some effective measures have been implemented to adapt public places and urban areas (such as ATMs), the need for greater compatibility remains. Providing accessible public transportation for short-stature persons is another necessity.

Additionally, short-stature persons experience considerable discrimination and neglect, sometimes accompanied by ridicule, humiliation, or stigmatizing attitudes, which exclude them from social participation. Moreover, regarding marriage and family foundation support, they require substantial assistance from the government and other institutions, including specific medical support. Engaging the academic community in addressing various aspects of the human rights challenges faced by short-stature persons could significantly contribute to fulfilling their rights.

Conclusions

Although none of the international or regional human rights documents explicitly mention short-stature persons, it seems possible to protect them under human rights mechanisms by adopting a human rights-based approach in two ways: recognizing them as disabled or categorizing them as a vulnerable group. This proposal holds dual importance—it can improve their social integration and realize their "right to be recognized" as individuals requiring special attention from the state, social organizations, and the private sector. In this sense, it highlights the state's obligations toward these persons more prominently, provided there is sufficient determination and monitoring systems to implement these obligations.

Keywords: Disability, Human Rights, Short-Stature Persons, State's Obligations, Vulnerability.

.



ارزیابی تعهدات دولت‌ها در قبال حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و استفاده از اماکن عمومی افراد کوتاه‌قامت ژانت الیزابت بلیک^{۱*}، خدیجه مقصدی^۲

۱. دانشیار گروه حقوق بشر و حقوق محیط زیست، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. کارشناسی ارشد حقوق بشر، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۳۱

چکیده

مقدمه: کوتاه‌قامتی اختلالی ژنتیکی است که عوامل ایجاد آن در زیرگروه بیماری‌های نادر طبقه‌بندی می‌شوند و تعریف تخصصی سازمان بهداشت جهانی از معلولیت، بر آن دلالت دارد. با وجود این، کوتاه‌قامتان تاکنون در ایران به‌عنوان توانخواه به رسمیت شناخته نشده‌اند. این امر در کنار عدم توجه کافی به مشکلات و نیازهای خاص آنان در حیطه‌های حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و دسترسی به اماکن عمومی، موجب به حاشیه رانده شدن آن‌ها و محرومیت از برخی حقوقشان شده است. همچنین این افراد به‌عنوان بخشی از گروه‌های آسیب‌پذیر جامعه، با چالش‌های مضاعفی روبرو هستند که کمتر مورد توجه قرار گرفته‌اند. وانگهی وضعیت حقوق بشری افراد کوتاه‌قامت در کشور ایران آنچنان که شایسته است تاکنون مورد تحقیق قرار نگرفته و به ندرت، از منظر پزشکی یا اجتماعی بررسی شده است. در سطح بین‌المللی نیز می‌توان گفت که وضعیتی تقریباً مشابه، اما نسبتاً بهتر وجود دارد. بنابراین باید چاره‌ای اندیشید تا بتوان در چارچوب قانون، تعهداتی را در راستای احقاق حقوق این افراد برای دولت و دیگر نهادها ایجاد کرد.

استناد به این مقاله:

بلیک، ژانت الیزابت و مقصدی، خدیجه (۱۴۰۴). ارزیابی تعهدات دولت‌ها در قبال حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و استفاده از اماکن عمومی افراد کوتاه‌قامت. *مجله مطالعات حقوقی*. ۱۷، (۲)، ۴۹۸-۴۵۱.

روش‌ها: در این مقاله دو پرسش اصلی مطرح شده است:

الف. با توجه به اسناد و سازوکارهای حمایتی حقوق بشر و قوانین داخلی کشورها چگونه می‌توان به احقاقِ حقوق افراد کوتاه‌قامت پرداخت و آیا تعهدات موجود در این حیطه کافی است؟
ب. چه چالش‌هایی پیش روی افراد کوتاه‌قامت وجود دارد که مانع از برخورداری آن‌ها از حقوقشان می‌شود؟ بدین منظور با پیروی از روش تحقیق تحلیلی-توصیفی به همراه جمع‌آوری اطلاعات با مراجعه مستقیم به منابع کتابخانه‌ای فیزیکی و در بستر فضای مجازی، به بررسی پاسخ این پرسش‌ها پرداخته‌ایم. سپس در حوزه‌های سیاست‌گذاری، حقوقی و اجتماعی راهکارهایی ارائه کرده‌ایم که به لحاظ فنی می‌توان آن‌ها را از جنس تعهدات بر دوش دولت و دیگر نهادها در نظر گرفت.

یافته‌ها: بخش قابل توجهی از جمعیت کوتاه‌قامتان ایران از نظر بیمه‌های درمانی، تأمین اجتماعی و یافتن شغل مناسب با چالش‌های بسیاری مواجهند. حتی برخی از آنان به‌رغم داشتن تحصیلات دانشگاهی یا مهارت‌هایی در زمینه‌های ورزشی، هنری و غیره تنها به خاطر شرایط فیزیکی از ادامهٔ علایق و یافتن شغل مناسب محروم شده‌اند. چالش قابل توجه دیگری که این افراد در زندگی روزمره خود به صورت مستمر با آن مواجهند، نامتناسب بودن اماکن و وسایل نقلیه عمومی با فیزیک جسمانی آنان است؛ به‌نحوی که در بسیاری موارد، امکان بهره‌مندی لازم را از تسهیلات مذکور ندارند که این مورد می‌تواند به‌عنوان عاملی جهت به حاشیه رانده شدن این افراد به حساب آید. البته علی‌رغم انجام برخی اقدامات مؤثر در راستای متناسب‌سازی اماکن عمومی و فضاهای شهری مانند دستگاه‌های خودپرداز، نیاز بیشتر به متناسب‌سازی این اماکن و فضاها کماکان احساس می‌شود. تأمین و تخصیص وسایل نقلیه عمومی نیز به‌گونه‌ای که کوتاه‌قامتان قادر به استفاده مستقل از آن‌ها باشند از دیگر ضروریات است. علاوه بر این، تبعیض و نادیده انگاشتن قابل توجهی نسبت به کوتاه‌قامتان وجود دارد که گاه با تمسخر و تحقیر یا انگ مؤدبانه همراه است؛ آنچه که مانع مشارکت آنان در فعالیت‌های اجتماعی می‌شود. همچنین در مقوله ازدواج و حمایت از بنیان خانواده، کوتاه‌قامتان به کمک بسیاری از سوی دولت و دیگر نهادها نیاز دارند که این کمک، شامل حمایت‌های تخصصی پزشکی از آنان نیز می‌شود. در این راستا ورود جامعه آکادمیک در حوزه‌های گوناگون مرتبط با چالش‌های حقوق بشری کوتاه‌قامتان نیز می‌تواند سهم مؤثری در بهره‌مندی آنان از حقوقشان داشته باشد.

نتیجه‌گیری: اگرچه که در هیچ‌کدام از اسناد حقوق بشری بین‌المللی و منطقه‌ای صراحتاً به افراد کوتاه‌قامت اشاره‌ای نشده است اما با رویکرد حقوق بشری به کوتاه‌قامتی، می‌توان به دو روش آن‌ها را تحت پوشش سازوکارهای حمایتی حقوق بشر قرار داد: احتساب در زمره افراد توانخواه یا طبقه‌بندی به‌عنوان زیرمجموعه‌ای از گروه‌های آسیب‌پذیر. این احتساب، اهمیتی دوگانه دارد؛ فرآیند ادغام

اجتماعی آنان را بهبود می‌بخشد و «حق بر شناخته شدن» را برای آنان در ردیف افرادی که نیازمند توجه خاص از سوی دولت و دیگر نهادها هستند به رسمیت می‌شناسد و از این حیث، اشاره‌ای برجسته‌تر به تعهدات دولت در قبال این افراد می‌کند؛ البته مشروط به آنکه عزم و اراده کافی به همراه مکانیسم‌های نظارتی جهت اجرای این تعهدات وجود داشته باشد.

واژگان کلیدی: آسیب‌پذیری، افراد کوتاه‌قامت، تعهدات دولت، حقوق بشر، معلولیت.

سرآغاز

اهمیت پاسداری از حقوق بشر که یکی از دستاوردهای مهم در جهت حفظ کرامت انسانی است بر هیچ کس پوشیده نیست. وانگهی در همه جوامع بشری افرادی به عنوان گروه‌های آسیب‌پذیر، قابل شناسایی‌اند که چالش‌های حقوق بشری خاص خود را دارند. از افراد مذکور می‌توان به گروهی با عنوان کوتاه‌قامت^۱ اشاره کرد که هدف این مقاله هستند. آنها جزء گروه‌های به حاشیه رانده شده جامعه محسوب می‌شوند و با مشکلات مضاعفی روبه‌رو هستند؛ چالش‌هایی که به‌ندرت مورد توجه قرار گرفته‌اند؛ بنابراین، باید چاره‌ای اندیشید تا بتوان در چارچوب قانون، تعهداتی را در جهت احقاق حقوق این افراد برای دولت و دیگر نهادها ایجاد کرد. بدین ترتیب، امکان زندگی توأم با کرامت و منزلت واقعی برای این افراد فراهم می‌شود و می‌توانند از حقوقی بهره‌مند شوند که طبق اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر و قوانین داخلی برای همه افراد وضع شده است (Zare'ee, 2002: 24., Movahed, 2002: 30).

با وجود این، موقعیت و شرایط اجتماعی و حقوق بشری افراد کوتاه‌قامت در کشور ایران آن‌چنان‌که شایسته است تا کنون مورد تحقیق قرار نگرفته و تنها در بعضی موارد، از منظر پزشکی (Hosseinian, Shiva and Shahamfar, 2010: 261-264) یا اجتماعی (Hoseinian, Ahqar, and Pourqafar Abdi, 2014: 14-33) بررسی شده است. در سطح بین‌المللی نیز می‌توان گفت که وضعیتی تقریباً مشابه، اما نسبتاً بهتر وجود دارد؛ اگرچه که بررسی حقوق بشری درخصوص کوتاه‌قامتان در مقیاس بین‌المللی به چشم نمی‌خورد، برخی از پژوهشگران حوزه علوم اجتماعی که اتفاقاً کوتاه‌قامت نیز هستند با نگرش اجتماعی به مقوله معلولیت، تنها به بررسی وضعیت اجتماعی افراد کوتاه‌قامت پرداخته‌اند که در بخش اول مقاله، به آنها اشاره‌ای مختصر خواهیم کرد.

همچنین با توجه به شناخت مشکلات اصلی حاصل از تحقیقات اولیه، تصمیم بر آن شد که توجه خود را بر سه حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و استفاده از اماکن عمومی کوتاه‌قامتان متمرکز کنیم؛ البته کوتاه‌قامتان در حوزه‌های دیگری نیز قطعاً با چالش‌های حقوق بشری روبه‌رو هستند که از آن جمله می‌توان به مشکلات خاص زنان و کودکان کوتاه‌قامت اشاره کرد؛ آن چیزی که می‌تواند مطالعات بعدی را به خود اختصاص دهد.

این مقاله در سه بخش تنظیم شده است؛ در بخش اول به معرفی افراد کوتاه‌قامت و عمده مشکلات و موانع زندگی اجتماعی آنها می‌پردازیم. سپس در ادامه بخش اول به منظور بررسی امکان‌سنجی احتساب کوتاه‌قامتان در زمره افراد توانخواه یا گروه‌های آسیب‌پذیر، رویکردهای متفاوت نسبت به معلولیت و همچنین مفهوم آسیب‌پذیری را شرح می‌دهیم. بخش دوم مقاله نیز به عمده چالش‌های حقوق بشری کوتاه‌قامتان اختصاص دارد که در آن پس از ارائه اصول فلسفی حاکم بر حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و استفاده از اماکن عمومی از دیدگاه مکاتب حقوق طبیعی^۱ و حقوق وضعی (موضوعه)،^۲ هر کدام از سه حق فوق را به تفصیل مطرح می‌کنیم. در پایان راهکارهایی را از جنس تعهدات بر دوش دولت و دیگر نهادها برای مدیریت این مشکلات و مقابله با آنها ارائه می‌دهیم.

۱. افراد کوتاه‌قامت و جایگاه آنها در اجتماع

بررسی جایگاه اجتماعی افراد کوتاه‌قامت، بدون ارائه تعریف دقیق کوتاه‌قامتی ممکن نیست؛ از این رو در ابتدا به این تعریف می‌پردازیم و سپس، عمده موانع و مشکلات موجود را معرفی می‌کنیم که بر سر راه این افراد در جهت بهره‌مندی از حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و استفاده از اماکن عمومی وجود دارد.

1. Natural law

2. Positive law

۱-۱. تعریف کوتاه‌قامتی و جایگاه اجتماعی کوتاه‌قامتان

توزیع آماری^۱ قد افراد متعلق به یک جمعیت خاص از نظر گروه سنی، جنسیت و نژاد به دلیل تنوع ژنتیکی و محیطی، تقریباً از یک توزیع نرمال^۲ تبعیت می‌کند (Jelenkovic et al., 2016: 2). فاکتور تعیین‌کننده تعریف کوتاه‌قامتی از نظر آمار پزشکی، انحراف معیار^۳ است؛ «کوتاه‌قامت به فردی اطلاق می‌شود که با توجه به منحنی توزیع نرمال قد متعلق به یک نژاد، جنسیت و گروه سنی خاص، قدش در ناحیه کمتر از انحراف معیار^۲ - نسبت به متوسط قد باشد» (ناحیه بنفش رنگ در شکل) (Sultan et al., 2008: 493).

کوتاه‌قامتی اختلالی ژنتیکی است، پس می‌توان گفت که همواره با انسان بوده است، اما ورود افراد کوتاه‌قامت به دنیای نمایش‌های طنز مانند سفیدبرفی و هفت کوتوله^۴ که در آن، عملاً اختلال فیزیکی کوتاه‌قامتان دستمایه تمسخر قرار می‌گیرد، بستر ساز انگ اجتماعی^۵ وارد بر آنان است (Pritchard, 2022: 1-3) البته برخی از محققان به مفهوم انگ مؤدبانه^۶ هم اشاره کرده‌اند که خانواده، دوستان و نزدیکان فرد کوتاه‌قامت به او می‌زنند و جنبه ترحم‌آمیز و محدودکننده دارد (Adelson, 2005: 234). متعاقباً به صورت ناخودآگاه آنها همواره در تلاشی مستمر برای انطباق خود با شرایط

1. Statistical distribution

2. Normal distribution

چنین توزیعی برای متغیرهای تصادفی مستقل مانند قد و وزن، نموداری زنگوله‌ای شکل دارد.

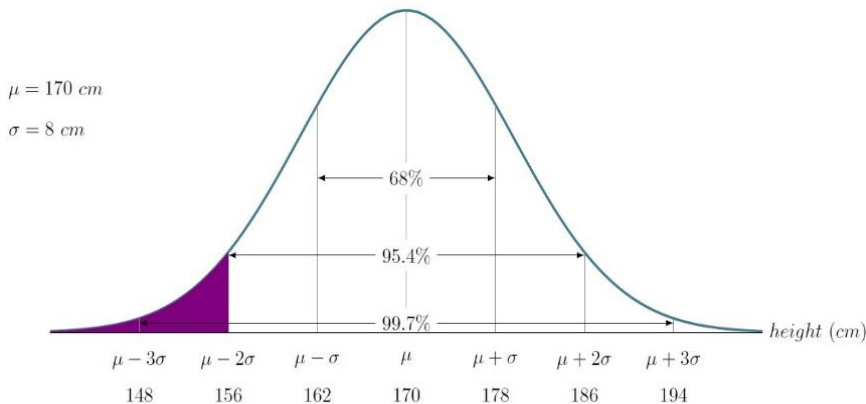
3 Standard deviation

۴. نگارندگان این مقاله به‌شدت استفاده از اصطلاح «کوتوله» را حتی در دنیای انیمیشن و به‌طور کلی تقبیح می‌کنند و تنها دلیل استفاده از این اصطلاح در اینجا، رعایت امانت در ترجمه فارسی داستان Snow White and the Seven Dwarfs به شکلی است که جامعه فارسی‌زبانان با آن آشنا هستند.

5. Social stigma

6. Courtesy stigma

حاکم بر استانداردهای جامعه و عادی جلوه دادن شرایط زندگیشان هستند (Ablon, 1988:6).



شکل ۱. ناحیه کوتاه‌قامتان در منحنی توزیع قد؛ منحنی توزیع نرمال قد برای جامعه‌ای متعلق به یک نژاد، جنسیت و گروه سنی خاص با متوسط قد $\mu = 170$ سانتی‌متر و انحراف معیار $\sigma = 8$ سانتی‌متر. طبق محاسبات آماری سطح زیر منحنی، ناحیه انحراف معیار ± 1 (قد ۱۶۲ تا ۱۷۸ سانتی‌متر) ۶۸ درصد مساحت، ناحیه انحراف معیار ± 2 (قد ۱۵۶ تا ۱۸۶ سانتی‌متر) ۹۵.۴ درصد مساحت و ناحیه انحراف معیار ± 3 (قد ۱۴۸ تا ۱۹۴ سانتی‌متر) ۹۹.۷ درصد مساحت زیر منحنی را اشغال می‌کند. قسمت بنفش با انحراف معیار کمتر از ۲- مربوط به قد افراد کوتاه‌قامت است که ۲.۳ درصد مساحت زیر منحنی را در بر می‌گیرد. بدین ترتیب، برای این جامعه خاص با متوسط قد ۱۷۰ سانتی‌متر، افرادی که دارای قد کمتر از ۱۵۶ سانتی‌متر هستند، کوتاه‌قامت محسوب می‌شوند.

با نگاهی بر پژوهش‌های علمی پیشین در رابطه با کوتاه‌قامتان، می‌توان دریافت که اغلب مطالعات صورت گرفته با تمرکز بر مشکلات پزشکی آنان (بیشتر در کودکان و نه بزرگسالان) و یافتن روش‌های کنترل بیماری، عوارض جانبی آن و احتمالاً درمان انجام شده است و کمتر یا حتی به‌ندرت، جنبه‌های زندگی اجتماعی این افراد مورد توجه قرار گرفته است (Thompson et al, 2008). این در حالی است که کوتاه‌قامتان بزرگسال با مشکلات اجتماعی بسیار جدی از ابتدای ورود به دوران بزرگسالی

مواجه‌اند؛ به گونه‌ای که می‌تواند احساسِ انزجار بسیاری در فرد کوتاه‌قامت نسبت به خود و اجتماع ایجاد کند و برای غلبه بر آنها حتی ممکن است که فرد کوتاه‌قامت، کناره‌گیری تدریجی از اجتماع و زندگی در انزوا را به بودن در آن ترجیح دهد (Siegel et al., 1991: 15).

البته برخی از افراد کوتاه‌قامت از طریق تفسیر وضعیت خود به صورت «تفاوت با دیگران» به شکلی مطلوب و احتساب آن به‌عنوان امتیازی مثبت، در جهت بهبود شرایط اجتماعی خود تلاش‌های بسیاری (به‌خصوص در عرصه‌های هنری) کرده‌اند؛ اما این گونه تلاش‌های یک‌طرفه را از جانب فرد و نه اجتماع می‌توان نوعی استراتژی تطبیقی آنان دانست که برای بهبود ارتباط و دستیابی به جایگاه اجتماعی بهتر صورت می‌گیرد (Ablon, 1988: 28, 128).

علاوه بر این، در هیچ یک از اسناد و معاهدات حقوق بشری بین‌المللی و منطقه‌ای نیز به‌طور صریح یا حتی ضمنی به این افراد اشاره‌ای نشده است. با این حال، باور ما بر این است که به دو روش می‌توان آنها را تحت حمایت سازکارهای حقوق بشری قرار داد: با احتساب در زمره افراد توانخواه یا با قرار دادن آنان در زیرمجموعه‌ای از گروه‌های آسیب‌پذیر. به نظر می‌رسد بدین ترتیب می‌توان به چالش‌ها و مسائل خاص افراد کوتاه‌قامت، رسمیت بخشید و از طریق کانال‌های قانونی به مطالبه حقوقشان پرداخت.

طبق تعریف سازمان بهداشت جهانی^۱ از معلولیت، کوتاه‌قامتان حداقل در یکی از موارد زیر، ذیل این تعریف قرار می‌گیرند:

۱. اختلال در عملکردهای بدن^۲ به صورت نقص عضو^۳؛
۲. اختلال در ساختارهای بدن^۴ از جمله ساختارهای مرتبط با حرکت؛

1. World Health Organization ('WHO')

2. Body functions

3. Impairment

4. Body structures

۳. محدودیت در فعالیت^۱ و منع در مشارکت^۲ از جمله اختلال در انجام فعالیت‌های

روزانه و مشارکت‌های اجتماعی (World Health Organization, 2007: 3).

اما این تنها یک روی سکه است و از آنجایی که معلولیت، شامل ابعاد زیست‌شناسی، روانشناسی، فرهنگی و اجتماعی است، گنجاندن کوتاه‌قامتان در «تعریف اجتماعی» افراد توانخواه به‌آسانی صورت نمی‌پذیرد و به‌خصوص از منظر اجتماعی، کوتاه‌قامتان بیشتر با صفت «متفاوت از افراد جامعه» دیده می‌شوند تا به چشم یک فرد توانخواه (Shakespeare et al., 2010: 19)؛ البته نگاه فرد کوتاه‌قامت به خویش نیز بسیار حائز اهمیت است که آیا خود را به‌عنوان فردی توانخواه تعریف می‌کند یا خیر (Watson, 2002: 512-514). به‌طور واضح اطلاق واژه توانخواه به فردی که خود را این گونه نمی‌داند، نه تنها از مشکلات وی نمی‌کاهد؛ بلکه منجر به افزایش بار روانی بر وی می‌شود.

همچنین، شواهد حاکی از آن است که کودکان و بزرگسالان کوتاه‌قامت، کیفیت زندگی^۳ پایین‌تری در مقایسه با غیرکوتاه‌قامتان دارند (Backeljauw et al., 2021: 11). وجود قدگرایی^۴ و تبعیض قائل شدن به دلیل قد در بسیاری از روابط اجتماعی، نمونه بارز این کیفیت پایین زندگی است (Rosenberg, 2009: 910).

با این توضیحات می‌توان گفت که نگاه اجتماعی به کوتاه‌قامتان در ایران، برخاسته از پیش‌زمینه‌هایی است که معرفِ هنجار از نابهنجار در جامعه‌اند. هنجارهایی که عموماً بر مبنای تفاوت‌های ظاهری و عملکردی افراد تعریف می‌شوند. متعاقب آن، نابهنجارها به حاشیه رانده و مورد تبعیض واقع می‌شوند؛ البته این نوع نگرش‌ها از جنبه دلسوزی و ترحم نسبت به کوتاه‌قامتان می‌تواند حالت افراطی نیز به خود بگیرد. همچنین کوتاه‌قامتان در ایران با انگ اجتماعی مواجه‌اند که به لکه‌دار شدن هویت‌شان می‌انجامد

-
1. Activity limitation
 2. Participation restriction
 3. Quality of life
 4. Heightism

و از این رو، برخی از آنان به زندگی در انزوا متمایل می‌شوند. از مصادیق بارز این انگ‌ها، برچسب‌گذاری و دادن القاب مختلف به آنان به قصد تمسخر و تحقیر است که متأسفانه در فضای رسانه‌ای نیز تلویحاً نقش‌هایی از این قبیل را مشاهده می‌کنیم (Amiri, 2011).

مشکل دیگر افراد کوتاه‌قامت در ایران، نداشتن اعتماد اجتماعی به آنهاست. در نگاه عمومی، ناتوانی فیزیکی کوتاه‌قامتان بیشتر به چشم می‌آید و به همین دلیل، توانمندی‌های آنان از جمله در زمینه‌های علمی نمی‌تواند نقش چندانی در کسب مشاغل همراه با کرامت انسانی و رسیدن به استقلال اقتصادی داشته باشد؛ البته گاهی شرایط حاکم بر محیط‌های کاری از جمله نوع ادوات و تجهیزات به گونه‌ای است که سازگاری لازم را با فیزیک جسمانی کوتاه‌قامتان ندارد و از این حیث، کارفرمایان تمایلی به جذب و به کارگیری این افراد ندارند. همین امر سبب شده است که تنها در مواردی معدود، فعالیت‌های اقتصادی خویش‌فرما مانند تأسیس رستوران و کارگاه‌های ساخت عروسک توسط خودشان ایجاد شود (Bameri, 2019).

کوتاه‌قامتان در ایران حتی ارتباط مناسب و بهینه‌ای با یکدیگر ندارند و به‌رغم وجود انجمن‌هایی متشکل از این افراد در برخی از شهرهای کشور، به دلیل نبود حمایت‌های اقتصادی و اجتماعی مؤثر، تمایل چندانی به عضویت در آنان ندارند؛ البته این انجمن‌ها نیز چندان به صورت منسجم و همسو با یکدیگر عمل نمی‌کنند (Tasnim, 2021).

مسئله ازدواج کوتاه‌قامتان نیز یکی دیگر از مشکلات پیش روی آنان است. از آنجایی که بستر مناسبی به‌جهت شناسایی کوتاه‌قامتان و آشنایی آنها با یکدیگر وجود ندارد، به نظر می‌رسد یافتن شریک زندگی کوتاه‌قامت یا غیرکوتاه‌قامت برای آنان آسان نیست (Isna, 2021). داروهای مربوط به بیماری‌های ناشی از کوتاه‌قامتی نیز با وجود به

رسمیت شناخته شدن این بیماری‌ها در بنیاد بیماری‌های نادر ایران^۱ (و نه بنیاد بیماری‌های خاص) پوشش بیمه‌ای مناسب ندارد (Ataeian, 2023: Jahed).

از طرف دیگر، یکی از جنبه‌های بسیار مهم زندگی، مفهوم «استقلال اجتماعی» است؛ امکان تحرک و جابه‌جایی بدون کمکِ دیگران. در جامعه‌ای که امکانات عمومی، تنها برای افراد غیر کوتاه‌قامت وجود دارد کوتاه‌قامتان عملاً قابلیت زندگی اجتماعی مستقل را از دست می‌دهند (Kruse II, 2003: 506). مشاهدات در ایران حاکی از آن است که بسیاری از اماکن و وسایل نقلیه عمومی، عملاً قابل استفاده برای کوتاه‌قامتان نیست؛ که به نظر می‌رسد از احتساب نکردن آنان در فرآیند ساخت و بهره‌برداری از این امکانات منبعث است. کوتاه‌قامتان همچنین در تهیه پوشاک مناسب و درخور شأنشان که مطابق با شرایط و سلیقه سنی آنها باشد با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو هستند. به نظر می‌رسد یکی از دلایل این عدم احتساب، سرشماری نکردن دقیق کوتاه‌قامتان از طریق کانال‌های رسمی مانند مرکز آمار ایران است؛ بنابراین نیاز به اجرای یک فرآیند سرشماری برای برخورداری کوتاه‌قامتان از حق بر شناسایی^۲ احساس می‌شود.

اکنون پرسشی که مطرح می‌شود این است که چگونه می‌توان با تکیه بر مضامین حقوق بشری این معضلات اجتماعی را تعدیل کرد؟ قانون‌گذاری مناسب از اقدامات مؤثر در این جهت به حساب می‌آید که از نمونه‌های عملی آن، می‌توان به قانون منع اقدام پرتاب کوتوله^۳ در اُنتاریو^۴ کانادا^۱ اشاره کرد. با این حال، تغییر نگرش افراد تنها با

1. Rare Diseases Foundation of Iran (2008)

2. The right to be recognized

3. Dwarf tossing

اقدامی که در دهه ۱۹۸۰ میلادی در استرالیا به‌عنوان نوعی سرگرمی عمومی پدید آمد که در آن، افراد کوتاه‌قامت را با پوشاندن کلاه و تجهیزات ایمنی، در محیط‌هایی مانند میخانه‌ها افراد غیرکوتاه‌قامت بر روی تشک‌ها یا دیوارهای ابری و اسفنجی پرتاب می‌کردند و هر فردی که می‌توانست پرتاب بلندتری داشته باشد برنده بود! نگارندگان در اینجا نیز به‌شدت این اقدام را تقبیح می‌کنند و دلیل استفاده از اصطلاح «کوتوله» در ترجمه فارسی آن، اشاره به شنیع بودن عمل دارد.

4. Ontario

قانون‌گذاری به دست نمی‌آید؛ به عبارت دیگر، نمی‌توان انگ را با تصویب قانون رفع کرد، بلکه با قانون‌گذاری می‌توان این باور را در جامعه ایجاد کرد که هر نوع رفتار تبعیض‌آمیز، نوعی تخطی از حقوق و بنابراین غیرقانونی است؛ البته ممکن است که نفس انگ باقی بماند، اما تأثیرات مخربش کمتر می‌شود. پیش‌شرط قانون‌گذاری مؤثر نیز، باور به آن است که با آموزش مستمر می‌توان بستر آن را فراهم کرد؛ اما گاهی تمام آموزش‌های موجود در جهان هم نمی‌تواند دیدگاه افراد متعصب را تغییر دهد. هرگاه قانون‌گذاری و آموزش هم‌زمان با یکدیگر صورت گیرد و ضمانت اجرایی هم برای آن وجود داشته باشد، آنگاه می‌توان انتظار تحول فرهنگی را در زمینه تعدیل انگ اجتماعی و بهره‌مندی کوتاه‌امتان از حقوق بشر داشت (Etten, 1988: 246-248).

۱-۲. موضع‌گیری‌های موجود راجع به مقوله معلولیت

به‌طور کلی، موضعی که راجع به مقوله معلولیت و متعاقب فرض توانخواه انگاشتن کوتاه‌امتان، وجود دارد حول چهار محور خیریه، پزشکی، اجتماعی و حقوق بشر می‌گردند که شرح مختصری از هر یک در درک مفهوم معلولیت بسیار مؤثر است.

در شیوه خیریه‌محور، به افراد توانخواه با دیده محبت و دلسوزی و به‌عنوان افرادی نیازمند به کمک‌های مالی نگریسته می‌شود و نه به‌عنوان افرادی که حق مشارکت در زندگی اجتماعی و فرهنگی دارند. به‌رغم آنکه این رویکرد می‌تواند به لحاظ تأمین مالی برای افراد توانخواه مؤثر باشد، جنبه‌های منفی بیشتری دارد؛ آنها به‌عنوان موجوداتی کاملاً ناتوان، بار اضافی بر دوش جامعه قلمداد می‌شوند که نه قابلیت اداره زندگی خود را دارند و نه توان مشارکت در جامعه و متعاقباً طرد اجتماعی آنان رقم می‌خورد. به همین دلیل است که برخی از افراد کوتاه‌قامت، مایل نیستند که خود را توانخواه بپندارند (UN OHCHR, 2014: 8).

در روش پزشکی‌محور، تمرکز اصلی بر روی نقص عضو افراد توانخواه به‌عنوان یک بیماری است که می‌تواند به نوعی، منشاء ایجاد نابرابری باشد. در این شیوه، وضعیت افراد توانخواه با تجویز دارو یا اقدامات توانبخشی از غیرعادی به عادی «تثبیت» می‌شود و به صورتی شیء‌گونه به جامعه بازگردانده می‌شوند؛ اما در صورت عدم موفقیت در درمان یا توانبخشی، امکان بازگشت آنان به جامعه تا حد بسیاری از ایشان سلب می‌شود و مؤسسات توانبخشی و درمانی، مجبور به نگهداری از آنان در محیط‌هایی می‌شوند که عملاً بستر ساز طرد اجتماعی آنهاست (UN OHCHR, 2014:9).

اما معلولیت در رویکرد اجتماعی، نتیجه برهم‌کنش فرد با محیطی است که تحمل تفاوت‌های فردی را ندارد و از مشارکت افراد توانخواه در جامعه جلوگیری می‌کند. نابرابری در این روش، ناشی از نقص عضو نیست؛ بلکه ناشی از ناتوانی جامعه در رفع موانع چالش‌برانگیز برای افراد توانخواه و پذیرش آنان است؛ البته این رویکرد به معنای نفی یا نیاز نداشتن به کمک یا درمان پزشکی نیست؛ بلکه هدف، قرار دادن شخص در کانون توجه است و نه نقص عضو او. آزادی، کرامت انسانی، اعتماد و عزت‌نفس از ویژگی‌های رویکرد اجتماعی است؛ جامعه در این رویکرد به بازنگرش در سیاست‌ها، اعمال و قوانین می‌پردازد و با برداشتن موانع موجود بر سر راه افراد توانخواه، شرایط را برای ادغام کامل آنان در جامعه فراهم می‌کند (UN OHCHR, 2014:9-10).

با وجود این، در موضع مبتنی بر حقوق بشر، افراد توانخواه از حقوقی برخوردارند که دولت‌ها و دیگران، موظف به حمایت و حفظ احترام برای آن هستند. این شیوه، موانع اجتماعی را به‌عنوان تبعیض قلمداد و راه را برای افراد توانخواه هنگام مقابله با این موانع، هموار می‌کند. نیروی پیش‌ران آن، نه شفقت و دلسوزی، بلکه کرامت انسانی و آزادی است. این رویکرد در جست‌وجوی راه‌هایی برای احترام، حمایت و ارج نهادن به تنوع گسترده جوامع بشری با ایجاد شرایطی است که امکان مشارکت معنادار گروه وسیعی از افراد را در جامعه مهیا می‌کند. درواقع رویکرد حقوق بشری، نوعی توافق و تعهد میان افراد توانخواه، دولت‌ها و نظام بین‌المللی حقوق بشر برای محقق کردن

برخی از جنبه‌های اولیه رویکرد اجتماعی است. دولت‌ها در نقش عهده‌دار اصلی تعهدات در این شیوه، با پیوستن به میثاق‌ها و کنوانسیون‌های حقوق بشری، موظف به رفع موانع و تبعیض علیه افراد توانخواه می‌شوند؛ البته به بخش خصوصی و نهادهای جامعه مدنی از جمله سازمان‌هایی که افراد توانخواه آن را اداره می‌کنند وظایفی محول شده است (UN OHCHR, 2014: 10-11). دو فرض توانخواه و آسیب‌پذیر انگاشتن کوتاه‌قامتان نیز بر رویکرد مبتنی بر حقوق بشر استوار است.

حال موضع‌گیری غالب که در عمل، شاهد آن هستیم کدام است؟ به لحاظ قدمت، روش خیریه‌محور و پزشکی‌محور از دو رویکرد دیگر، قدیمی‌ترند. اما از آنجایی که مواضع اجتماعی و حقوق بشری، نیاز به بسترسازی اجتماعی و فرهنگی بیشتری دارند، هنوز هم متأسفانه در عمل آن‌چنان به کار گرفته نمی‌شوند؛ زیرا باید قابلیت پذیرش مفاهیم جمعی و همچنین حقوق بشر در میان اعضای یک جامعه و سیستم حکمرانی آن وجود داشته باشد تا به افراد توانخواه با رویکرد اجتماعی یا حقوق بشری بنگرند. به همین علت، آنچه در عمل مشاهده می‌شود کماکان همان دو شیوه قدیمی است؛ حتی در کشورهایی که به کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت پیوسته‌اند (UN OHCHR, 2014: 11).

۱-۳. آسیب‌پذیری

در تعریف «آسیب‌پذیری» آمده است: «هر گونه شرایطی که باعث ایجاد لطمه روحی و جسمی به فرد (افراد) یا گروهی شود یا قابلیت ایجاد این صدمات روحی و جسمی را داشته باشد؛» به عبارت دیگر، تمرکز آسیب‌پذیری بر وجود یا پتانسیل ایجاد صدمه روحی و جسمی است؛ موقعیتی که می‌تواند زندگی هر انسانی را تحت تأثیر قرار دهد (Timmer, 2013: 148). این مفهوم، همواره دربرگیرنده گروهی خاص از افراد است که بنا به دلایل مختلف، نسبت به دیگران در معرض تبعیض، خطر و آسیب بیشتری هستند (Nifosi-Sutton, 2017: 5). کوتاه‌قامتان با توجه به شرایط فیزیکی و اجتماعی‌شان،

می‌توانند به‌عنوان یک گروه آسیب‌پذیر برشمرده شوند. با وجود این، تشخیص تعلق گرفتن یا نگرفتن به گروه‌های آسیب‌پذیر به‌آسانی صورت نمی‌گیرد و با چالش‌هایی همراه است که برخی از آنها عبارت‌اند از:

۱. تعریفی جامع از آسیب‌پذیری به گونه‌ای که تمامی بسترها و جنبه‌های تاریخی، فرهنگی، اجتماعی، زیست‌محیطی، سیاسی و اقتصادی آن را در بر گیرد به‌راحتی ارائه نمی‌شود؛

۲. هیچ رهیافت بین‌المللی مورد قبول همگان برای اندازه‌گیری میزان آسیب‌پذیری وجود ندارد؛

۳. آسیب‌پذیری فرآیندی پویاست و حتی در میان اعضای متعلق به یک گروه یکسان نیز می‌تواند متفاوت باشد (UN Department of Economic and Social Affairs, 2021:3-6).

۲. چالش‌های حقوق بشری افراد کوتاه‌قامت

در این بخش قبل از بررسی چالش‌های حقوق بشری کوتاه‌قامتان، ابتدا به صورت مختصر، بحثی درباره حق بودن^۱ و حق داشتن^۲ مطرح می‌کنیم و به کاوش جایگاه حقوق بشر در سنجه مکاتب حق‌های طبیعی و وضعی می‌پردازیم. در ادامه با نگاه حقوق بشری به حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و استفاده از اماکن عمومی در مورد افراد توانخواه و تعمیم آن به کوتاه‌قامتان (متعاقب فرض) تعریفی از حق مورد نظر ارائه می‌شود و سپس، از برخی اسناد حقوق بشری بین‌المللی یاد می‌کنیم که به این حق پرداخته‌اند. بعد از آن، ضمن اشاره‌ای مختصر به اقداماتی که دیگر کشورها در جهت ایفای حق مورد بحث برای افراد کوتاه‌قامت انجام داده‌اند، سعی در ارائه مستنداتی داخلی خواهیم داشت که به موجب آنها می‌توان به نحوی کوتاه‌قامتان را از حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و استفاده از اماکن عمومی بهره‌مند ساخت.

1. To be right

2. To have right

پرداختن به تمایز میان «حق بودن» و «حق داشتن» در استنباط مفهوم حق، اهمیت فلسفی پیدا می‌کند. با وجود آنکه «حق بودن» در زمینه مفاهیم ارزشی (خوبی/بدی) معنایی ویژه دارد، اما این «حق داشتن» است که در گزاره‌های حقوق بشری مدنظر است. پیرو مفهوم «حق داشتن»، دارنده حق در وضعیتی ویژه قرار می‌گیرد که در این حالت از نظر هوفلد^۱ در چهار حیطه می‌تواند دربرگیرنده روابط حقوقی باشد: حق-ادعا،^۲ حق-آزادی یا حق-امتیاز،^۳ حق-قدرت^۴ و حق-مصونیت^۵ که در این میان، آن دسته از حقوق بشر که در اصل، حق‌های فردی هستند یا قابلیت تبدیل شدن به حق‌های فردی را دارند به‌عنوان حق-ادعا مطرح می‌شوند و لازمه بهره‌مندی از آنها، وجود وظیفه‌ای خاص برای طرف مقابل است (Rasekh, 2018: 54, 67). علاوه بر این، بررسی جایگاه حقوق بشر در دو مکتب حقوق طبیعی و موضوعه، در درک معرفت‌شناختی این حقوق مؤثر است و در ادامه به اختصار به آن پرداخته می‌شود.

حق در مکتب حقوق طبیعی، در طبیعت شکل گرفته و متأثر از قانون طبیعی است، اما در مکتب حقوق وضعی، این اراده انسان است که حق را ایجاد می‌کند. حق طبیعی به دلیل بهره‌مندی انسان از ظرفیت‌های طبیعی مانند عقلانی بودن به او نسبت داده می‌شود و لحظه ایجاد آن، تولد انسان است و با مرگ او از میان می‌رود. حقوق طبیعی، قابل تغییر و انتقال نیستند و بی‌دلیل، نمی‌توان آنها را از هیچ انسانی سلب کرد. این در حالی است که مکتب حقوق وضعی، نگاهی متفاوت و با تکیه بر واقعیت‌های اجتماعی مشترک به این مقوله دارد. همان‌گونه که از نام آن برمی‌آید، حقوق وضعی در ارتباط با اراده و وضع قانون‌گذار است و بر مبنای قراردادی عمل می‌کند که ساخته انسان بوده و

1. Wesley Newcomb Hohfeld (1879 - 1918)

2. Claim-Right

3. Liberty/Privilege-Right

4. Power-Right

5. Immunity-Right

معرف احکام و مقررات موجود در جوامع انسانی است. بدین ترتیب، دوام و استمرار این حقوق در گرو وجود دولت است و دولت، ضامن اجرای آنها قلمداد می‌شود. از این رو، با تغییر نظام حاکم بر جامعه، احتمال تغییر در این حقوق قراردادی وجود دارد (Rahmatollahi and Aghamohammadaghaei, 2017: 32-34).

با توجه به آنچه درباره مکاتب فوق بیان شد، می‌توان گفت که حقوق بشر در مکتب حقوق طبیعی، مفهومی فراگیر و جهان‌شمول دارد که انسان به صرف وجودش از آن بهره‌مند می‌شود. همچنین از آنجایی که انسان در این مکتب، موجودی غایی تلقی می‌شود، تحقق کامل حقوق بشر، عامل دستیابی او به غایت خویش است. علاوه بر این، الزامات حقوق بشری قابلیت تحمیل را بر دولت‌ها دارند و به لحاظ وجودی، نسبت به جامعه، نظم، نفع، مصلحت و دولت، مقدم‌اند. دولت نیز نقشی در ایجاد حقوق بشر ندارد و ضرورت دارد که با قانونی کردن این حقوق، ضمانت اجرای آنها را فراهم کند و از این طریق به حمایت از آنها بپردازد (Rahmatollahi and Aghamohammadaghaei, 2017: 123-125).

اما در مکتب حقوق وضعی، حقوق بشر بر دولت تقدم ندارد؛ زیرا پذیرش این حق‌ها منوط به مفاد قرارداد و وضع قانون است؛ البته این دولت است که در این مکتب با تحدید خود، متعهد به تضمین حقوق بشر است؛ به عبارت دیگر، افراد، صاحبان حق و دولت، متضمن تعهد هستند، اما تمامی این تعهدات، پس از تأسیس حاکمیتی سیاسی معنا می‌یابد که مفاد آن حقوق را بپذیرد. به همین دلیل، حقوق بشر در مکتب حقوق موضوعه، نه یک آرمان انسانی، بلکه مفهومی است که قادر به تأمین منافع جمعی افراد در وضعیت فعلی است (Rahmatollahi and Aghamohammadaghaei, 2017: 182-183).

با وجود این و صرف‌نظر از نوع نگرش به حقوق بشر از منظر مکاتب فلسفی فوق، به نظر می‌رسد که دلایل و توجیهات اخلاقی و فلسفی کافی به جهت بهره‌مندی افراد به‌خصوص گروه‌های آسیب‌پذیر جامعه مانند کوتاه‌قامتان از حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و استفاده از اماکن عمومی وجود دارد که در ادامه به آن می‌پردازیم.

وجود و استقرار حق بر سلامت، لازمه زندگی اجتماعی است. این حق، دربرگیرنده مفهوم بهداشت عمومی نیز هست که اهمیت آن از حیث بار تعهداتی است که بر دوش دولت‌ها در حوزه بهداشت و درمان قرار می‌دهد. لازم است ذکر شود که این حق، الزاماً معادل با حق بر سالم بودن نیست؛ زیرا می‌توان فردی را یافت که ظاهراً سالم به نظر آید، اما تندرستی‌اش را از دست داده باشد. به عبارت دیگر، آزادی‌ها و استحقاق‌هایی مشمول این حق می‌شود (Bagheri et al., 2018: 179,201). از طرف دیگر، این حق با استناد به قواعد حقوقی، نوعی تکلیف ایجاد می‌کند؛ زیرا قابلیت معامله، واگذاری و توافق در مورد آن وجود ندارد. همچنین حق بر سلامت از نوع حق-ادعاهای مثبت در نظر گرفته می‌شود که حد برخورداری از آن، به محتوا و مفاد این حق بشری بستگی دارد و دولت‌ها را به تدارک امکانات و ارائه خدمات لازم در مقابل مطالبه ملزم می‌کند (Vahdaninia et al., 2020: 7-8). از این رو، وجود عوامل گوناگون مربوط به سلامتی و مولفه‌های متعددی که بر آن تأثیر می‌گذارد موجب شده است که گستره وسیعی از تعهدات نیازمند اقدام فوری یا زمان‌بر، بر عهده دولت‌ها قرار گیرد (Abbasi, Rezaee and Dehghani, 2014: 183).

درباره حق برخورداری از تأمین اجتماعی نیز می‌توان به دو مفهوم حق و تکلیف اشاره کرد. به عنوان مثال، شهروندان در رابطه با نظام تأمین اجتماعی و بهره‌مندی از بیمه مناسب، صاحب حق‌اند و دولت‌ها در جهت احقاق این حق، متعهد، مکلف و پاسخگو هستند (Najafabadipour, Jafargholikhani and Balvardi, 2020: 306-307). علاوه بر این، حق بر تأمین اجتماعی در رابطه با گروه‌های آسیب‌پذیر، اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند؛ زیرا برخی از این گروه‌ها از دسترسی به این حق محروم‌اند یا برای بهره‌مندی از آن با تبعیض مواجه می‌شوند. این در حالی است که بهره‌مندی از مزایای تأمین اجتماعی به صرف انسان بودن، باید به اشخاص تعلق گیرد و نه مشروط به شرایط خاص آنان از جمله وضعیت اشتغال باشد؛ البته نباید فراموش کرد که تأمین اجتماعی، مفهومی مطلق نیست و با وضعیت اقتصادی دولت‌ها ارتباطی تنگاتنگ دارد و به همین سبب،

استانداردهایی متفاوت در جوامع گوناگون دارد؛ اما این موضوع را نمی‌توان به‌عنوان مانعی در جهت تلاش دولت‌ها برای ارتقای حداکثری تأمین اجتماعی شهروندان دانست (Hosseini and Esmati, 2022: 149-153).

علاوه بر این، حق دسترسی برابر افراد توانخواه به اماکن عمومی و استفاده از تسهیلات همگانی مانند فضاهای شهری و خدمات حمل‌ونقل از منظر حقوق شهروندی حائز اهمیت است و از این رو، توجه نهادهای ذی‌ربط را به خود معطوف می‌دارد. این حق همچنین نقشی پُررنگ در مفهوم عدالت اجتماعی دارد؛ آنچه به‌عنوان یکی از چالش‌های مهم پیش روی دولت‌ها می‌توان از آن یاد کرد و به نوعی، معیاری برای ارزیابی سطح حکمرانی مطلوب آنان به حساب می‌آید (Gorji, Azandaryani and Shirzad, 2018: 137-138). حق استفاده از اماکن عمومی و بهره‌مندی از تسهیلات متناسب‌سازی‌شده برای افراد توانخواه از جایگاه دیگری هم شایسته توجه است: این حق را می‌توان پیش‌نیاز بهره‌مندی افراد توانخواه از حق بر سلامت فرض کرد که بدین ترتیب، تعهداتی را بر عهده متولیان مدیریت شهری برای تحقق آن ایجاد می‌کند (Salami and Mazhari, 2022: 128). در ادامه، هر کدام از سه حق فوق را با تفصیل بیشتر و در قسمت‌های جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۱. حق بر سلامت

حق بر سلامت، اولین بار در مقدمه اساسنامه سازمان بهداشت جهانی^۱ در سال ۱۹۴۶ و قبل از اعلامیه جهانی حقوق بشر، پس از تعریف سلامت به‌عنوان «حالتی از رفاه کامل جسمی، روانی و اجتماعی و نه صرفاً فقدان بیماری یا ناتوانی» بدین صورت تعریف شده است: «بهره‌مندی از بالاترین استاندارد قابل حصول سلامت، یکی از حقوق

1. UN, *Constitution of the World Health Organization*, 22 July 1946, United Nations, Treaty Series, 14 UNTS 185, Preamble, available at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IX-1&chapter=9&clang=_en.

اساسی هر انسانی بدون توجه به نژاد، مذهب، عقاید سیاسی و شرایط اقتصادی یا اجتماعی است» (WHO Constitution, 1946: 1).

بنابراین حق بر سلامت، حقی همگانی است که بدون هیچ گونه استثنا و تبعیض، شامل حال همه افراد می شود. در نگاه اول به نظر می رسد که این حق، تنها در رابطه با مراقبت های بهداشتی و دسترسی به اماکن درمانی است؛ اما حق بر سلامت، گستره وسیع تری را در بر می گیرد و شامل عوامل متعددی است که در دستیابی به زندگی سالم مؤثر هستند. کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۱ به عنوان نهاد ناظر بر اجرای میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۲ این عوامل را شاخص های اساسی سلامت^۳ می نامد.

علاوه بر این، حق بر سلامت شامل آزادی هایی است که با نحوه انجام فرآیند درمان پزشکی در ارتباط اند؛ حق بر دسترسی به خدمات بهداشتی با فرصت های برابر برای همه و بدون تبعیض، حق بر پیشگیری، درمان و کنترل بیماری ها، حق بر دسترسی به داروهای اساسی، حق بر باروری و فرزندآوری و حق بر مشارکت همگانی در تصمیم گیری های ملی مرتبط با سلامت از جنبه های اساسی حق بر سلامت به حساب می آیند (UN OHCHR, Fact Sheet No. 31, 2008).

اعلامیه جهانی حقوق بشر^۴ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۱، تفسیر عمومی شماره ۱۴ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۲ و

-
1. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1985) ('CESCR')
 2. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) ('ICESCR')
 3. Underlying determinants of health
این شاخص ها عبارت اند از: آب آشامیدنی سالم و بهداشت کافی، غذای سالم، تغذیه و مسکن مناسب، شرایط محیطی و کاری سالم، آموزش و اطلاع رسانی مرتبط با سلامت و برابری جنسیتی.
 4. UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III), Article 25, available at:
<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html>.

کنوانسیون بین‌المللی رفع هرگونه تبعیض نژادی^۳ همگی به حق بر سلامت اشاره کرده‌اند. حق بر سلامت افراد توانخواه و دارای الویت توجه نیز در کنوانسیون حقوق کودک^۴، اعلامیه آلتا^۵ و برنامه جهانی اقدام در رابطه با افراد توانخواه^۶ توصیه شده است. برخی از کشورها در جهت ایفای این حق برای افراد کوتاه‌قامت به‌طور خاص، اقداماتی انجام داده‌اند که به یکی از آنها اشاره‌ای مختصر می‌شود.

در استرالیا طرح ملی بیمه معلولیت^۷ با حمایت از افراد توانخواه زیر ۶۵ سال به آنها کمک می‌کند تا به زندگی عادی در کنار دیگران بازگردند؛ طرحی که کوتاه‌قامتان را نیز در بر می‌گیرد. همچنین اعضای انجمن کوتاه‌قامتان استرالیا^۸ می‌توانند از طرح‌های تخفیفی درمانی^۹ خاص بهره‌مند شوند که این طرح‌ها با تمرکز بر نیازهای تخصصی پزشکی آنان در نظر گرفته شده‌اند.^{۱۰} اما به‌طور خاص در ایران، جز در سند ملی

1. UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, 993 UNTS 3, Article 12, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html>.
2. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, 11 August 2000, E/C.12/2000/4, available at: <https://www.refworld.org/docid/4538838d0.html>.
3. UN General Assembly, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 21 December 1965, United Nations, Treaty Series, 660 UNTS 195, Article 5 (e) (iv), available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3940.html>.
4. UN General Assembly, *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, 1577 UNTS 3, Article 3 (3), available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html>.
5. International Conference on Primary Health Care, "Declaration of Alma-Ata," *WHO Chronicle*, vol. 32, no. 11, 1978, pp. 428-30, PMID: 11643481, Article 7 (6).
6. UN General Assembly, *Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons*, 3 December 1982, A/RES/37/53, para. 118, available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f24920.html>.
7. The National Disability Insurance Scheme ('NDIS')
8. Short Statured People of Australia ('SSPA')
9. Medical Rebates
10. https://sspa.org.au/?page_id=4178

بیماری‌های نادر ایران،^۱ در هیچ‌کدام از قوانین موجود و حتی دستورالعمل‌های دستگاه‌های اجرایی و اسناد مشابه، به‌صراحت به کوتاه‌قامتان اشاره‌ای نشده است؛ البته در سند مذکور، به تمامی بیماران مبتلا به این نوع بیماری‌ها اشاره شده که بروز کوتاه‌قامتی نیز در نتیجه برخی از این بیماری‌هاست. با این حال، توجه به حق بر سلامت تا آن‌جایی است که در بند چهارم سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴^۲ شاخص‌های اصلی سلامت به‌وضوح مورد توجه ویژه قرار گرفته‌اند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به برخورداری همگانی از خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره اشاره شده است و دولت مکلف به تأمین آنهاست.^۳ همچنین در قانون اساسی به پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه برای برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های مربوط به حق بر سلامت اشاره شده است^۴ و صراحتاً موارد مطرح‌شده در حق بر سلامت را دربرمی‌گیرد^۵ که طبیعتاً تمامی این اصول قانونی برای شهروندان کوتاه‌قامت ایران نیز صادق است. علاوه بر این، اشاره به حق بر سلامت در منشور حقوق شهروندی جمهوری اسلامی ایران^۶ و تمرکز بر این حق برای شهروندان دارای معلولیت،^۷ حاکی از توجه ویژه به این مقوله از سوی نهادهای قانون‌گذاری و اجرایی ایران است.

از طرف دیگر، شرایط خاص افراد توانخواه در ایران به لحاظ آسیب‌پذیری و نیاز به توجه بیشتر از سوی نهادهای قانونی، منتج به اختصاص و تصویب قانون حمایتی از

۱. مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۶

Available at: <https://qavanin.ir/Law/TreeText/301849>

2. <https://farsi.khamenei.ir/message-content?id=9034>

۳. اصل ۲۹

۴. بند ۱۲ اصل ۳

۵. اصل ۴۳

۶. ماده ۲

۷. ماده ۵

این افراد شد؛^۱ «قانون حمایت از حقوق معلولان» که فصل سوم آن به حق بر سلامت افراد توانخواه و تعهدات دولت در این زمینه اختصاص داده شده است. همچنین از آنجایی که مسکن مناسب از شاخص‌های اساسی سلامت برشمرده شد، قانون‌گذار در فصل ششم قانون مذکور به مسکن توانخواهان توجهی خاص نموده است. شایان ذکر است که قبل از تصویب قانون حمایت از حقوق معلولان در سال ۱۳۹۷ نیز در اسنادی دیگر به حق بر سلامت افراد توانخواه اشاره شده است.^۲ در ادامه، توجه بیشتر خود را به تعهدات دولت در زمینه حق بر سلامت کوتاه‌قامتان معطوف می‌داریم.

در مقدمه سند ملی بیماری‌های نادر که تنها سند دربرگیرنده حق بر سلامت کوتاه‌قامتان در کشور است به برنامه‌ریزی برای ارتقای شاخص‌های سلامت بیماران مبتلا به بیماری‌های نادر به‌عنوان وظایف دولت اشاره شده است. علاوه بر این، تأمین و ارائه خدمات سلامتی را بخشی از وظایف حاکمیتی به شمار می‌آورد. در بخش سیاست‌های موجود در این سند به تعهدات دولت پرداخته شده است؛ تشکیل کمیته راهبردی ملی به ریاست وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی کشور در جهت دسترسی به خدمات سلامت، به‌ویژه با بهره‌گیری از مراکز بهداشتی و درمانی موجود در کشور برای افرادی که با بیماری‌های نادر زندگی می‌کنند از جمله این تعهدات است. در اصول بنیادین برنامه و استراتژی ملی برای بیماری‌های نادر هم تعهد تضمین‌شده دولت در قالب برنامه‌های توسعه پنج‌ساله آمده است. همچنین در بخش سیاست‌های کلان، دولت مکلف به ایجاد زمینه لازم برای مشارکت حداکثری سازمان‌های مردم‌نهاد و انجمن‌های بیمارمحور به منظور کاهش مشکلات بیماران نادر است. از آنجایی که بیماری‌های نادر از جمله بیماری‌هایی که منجر به بروز کوتاه‌قامتی می‌شود در سرفصل دروس دانشگاه‌های علوم پزشکی کمتر گنجانده شده‌اند، در قسمت راهبردهای کلان

۱. مصوب ۱۳۹۷

۲. برخی از این اسناد عبارت‌اند از: ماده ۵ قانون جامع حمایت از حقوق معلولین (مصوب ۱۳۸۳/۰۲/۱۶) و ماده

۴ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی (مصوب ۱۳۸۳/۰۲/۲۱)

سند، وزارت بهداشت مکلف شده است که سرفصل‌های علمی آموزشی را برای توسعه دانش اپیدمیولوژیک در مورد بیماری‌های نادر و همچنین آموزش و اطلاع‌رسانی به پرسنل و متخصصان سلامت بازنگری کند. آنچه عنوان شد، تنها بخش کوچکی از مجموعه تعهداتی است که به موجب سند ملی بیماری‌های نادر ایران برای دولت و نهادهای حاکمیتی تعریف شده است.

در مورد تعهداتی که در حوزه حق بر سلامت به موجب قانون حمایت از حقوق افراد دارای معلولیت بر عهده دولت گذاشته شده است می‌توان به تعهداتی اشاره کرد که در آن وزارت بهداشت مکلف است بیمه سلامت افراد توانخواه تحت پوشش بهزیستی را به گونه‌ای مهیا کند که علاوه بر تأمین خدمات درمانی مورد نیاز این افراد، خدمات توانبخشی جسمی و روحی آنان نیز تحت پوشش قرار گیرد.^۱ همچنین سازمان بهزیستی کشور موظف به ارائه خدمات آموزشی، مشاوره‌ای و پرداخت حق پرستاری یا مددکاری به سرپرست، همسر یا قیم افراد با معلولیت شدید یا خیلی شدید است و در غیر این صورت، مکلف به نگهداری از این افراد است؛^۲ البته ارائه این خدمات به شرطی است که معلولیت فرد از نظر کمیته پزشکی سازمان بهزیستی کشور محرز باشد که این احراز معلولیت درباره افراد کوتاه‌قامت به آسانی صورت نمی‌گیرد.

۲-۲. حق برخورداری از تأمین اجتماعی

در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از دولت‌ها خواسته شده است که حق بر تأمین اجتماعی شامل بیمه را برای همه به رسمیت بشناسند.^۳ این حق در تضمین کرامت انسانی برای همه افراد زمانی نقش حیاتی دارد که با شرایطی مواجه

۱. ماده ۶

۲. ماده ۷

3. UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, 993 UNTS 3, Article 9, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html>.

می‌شوند که آنها را از بهره‌مندی کامل از حقوق میثاق، محروم می‌کند. علاوه بر این، حق بر تأمین اجتماعی شامل حق دسترسی و بهره‌مندی از حمایت‌های نقدی و غیرنقدی بدون تبعیض و در جهت تأمین امنیت افراد در شرایطی است که به دلیل مشکلاتی مانند بیماری، معلولیت، بارداری، حوادث ناشی از کار، بیکاری، سالخوردگی و مرگ اعضای خانواده با فقدان یا کمبود درآمد مالی مواجه‌اند یا دسترسی مقرون به صرفه به خدمات سلامت یا حمایت کافی خانوادگی به‌ویژه درباره کودکان ندارند. همچنین این حق، نقشی مهم در کاهش و رفع فقر، پیشگیری از طرد اجتماعی و ارتقای ادغام اجتماعی ایفا می‌کند (CESCR General Comment No. 19, 2008: 2).

در حالی که مؤلفه‌های حق بر تأمین اجتماعی می‌تواند با توجه به شرایط مختلف، تغییر کند؛ اما عواملی اساسی در این حق وجود دارد که اعمال آنها در تمامی شرایط، الزامی است. خاطرنشان می‌شود که تأمین اجتماعی باید به دیده یک کالای اجتماعی نگریسته شود و نه به‌عنوان ابزاری صرف در جهت سیاست‌های اقتصادی و مالی. عوامل اساسی تغییرناپذیر این حق عبارت‌اند از: در دسترس بودن^۱ بدین معنی که نظامی بر اساس قوانین داخلی کشورها وجود داشته باشد که خطرات و حوادث احتمالی را تحت پوشش قرار دهد. طرح‌های حمایتی نیز باید تحقق این حق را برای زمان حال و نسل‌های آینده امکان‌پذیر کنند. تحت حمایت قرار دادن خطرات و حوادث اجتماعی، کافی بودن، قابلیت دسترسی^۲ شامل پوشش همگانی به‌خصوص برای گروه‌های آسیب‌پذیر و ساکنان مناطق دورافتاده؛ صلاحیت قانونی^۳ بدین معنا که هر گونه قطع، کاهش یا تعلیق مزایا باید بر اساس دلایل معقول و مشروط به طی شدن روند قانونی و پیش‌بینی‌شده در قوانین ملی باشد؛ مقرون به صرفه بودن^۴ برای همه و ارتباط با دیگر حقوق بشر، زیرا حق بر تأمین اجتماعی، نقش مؤثری در حمایت و

-
1. Availability
 2. Accessibility
 3. Eligibility
 4. Affordability

تحقق بسیاری از حقوق مطرح شده در میثاق دارد (CESCR General Comment No. 19, 4-9:2008).

علاوه بر این، در اسناد بین‌المللی دیگری هم به حق بر تأمین اجتماعی افراد توانخواه به‌طور خاص توجه شده است؛ کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت،^۱ برنامه جهانی اقدام در رابطه با افراد توانخواه،^۲ مجموعه قواعد استاندارد در مورد برابری فرصت‌ها برای افراد توانخواه،^۳ اعلامیه کپنهاگ در توسعه اجتماعی^۴ و مجموعه توصیه‌ها درباره توانبخشی حرفه‌ای معلولان^۵ همگی به این حق اشاره کرده‌اند؛ البته هنوز نیز می‌توان به این فهرست افزود که این امر با توجه به تاریخ این اسناد، بیانگر این امر است که توجه خاص نهادهای بین‌المللی و منطقه‌ای به حق بر تأمین اجتماعی سابقه طولانی دارد. همچنین در حوزه تأمین اجتماعی افراد کوتاه‌قامت در بریتانیا، افراد مذکور می‌توانند با مراجعه به وب‌سایت مشاغل برای افراد توانخواه^۶ علاوه بر کاریابی، نسبت به ثبت درخواست کمک‌هزینه راه‌اندازی مشاغل برای خود اقدام کنند. علاوه بر این، دولت بریتانیا با ارائه طرح‌های حمایتی در قالب کمک‌هزینه دسترسی به کار^۷ به

1. UN General Assembly, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 24 January 2007, 2515 UNTS 3, A/RES/61/106, Article 28, available at: <https://www.refworld.org/docid/45f973632.html>.

2. UN General Assembly, *Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons*, 3 December 1982, A/RES/37/53, para. 118, available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f24920.html>.

3. UN General Assembly, *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities : Resolution / Adopted by the General Assembly*, 20 December 1993, A/RES/48/96, Rule 8 (2), available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f2e80.html>.

4. Copenhagen Declaration on Social Development (A/CONF.166/9), 1995, Clause 29, Commitment 2 (d).

5. International Labour Office, *R099 - Vocational Rehabilitation (Disabled) Recommendation*, 1 June 1955, Geneva, Clause 23, available at: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::>.

6. <https://www.careerswithdisabilities.com/disability-advice-hub/dwarfism/>

7. Access to Work grant

بهسازی محیط کاری کوتاه‌قامتان کمک می‌کند.^۱ با الهام از این‌گونه اقدامات مثبت، می‌توان هر چه بیشتر به ادغام اجتماعی افراد کوتاه‌قامت در جامعه امیدوار بود. حال به کشور خود بازمی‌گردیم. در ایران همانند حق بر سلامت، به حق بر تأمین اجتماعی در سطوح مختلف حاکمیتی و قانون‌گذاری، توجهی خاص شده است. بند چهارم «سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴»، دربرگیرنده جنبه‌های مختلف حق بر تأمین اجتماعی است. همچنین قانون اساسی به‌وضوح به مجموعه‌ای از حقوق تأمین اجتماعی اشاره می‌کند و آن را حقی همگانی به شمار می‌آورد.^۲ در منشور حقوق شهروندی، آن‌چنان این حق حائز اهمیت است که تمامی بخش «ض» منشور^۳ به آن اختصاص یافته است.

در فصل پنجم قانون حمایت از حقوق معلولان نیز این حق مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است؛ به گونه‌ای که قانون‌گذار توجه خود را به مسئله اشتغال به‌عنوان بخش جدایی‌ناپذیر مجموعه حق بر تأمین اجتماعی معطوف داشته و با اختصاص هفت ماده به اشتغال و کارآفرینی افراد توانخواه، تمهیدات بسیاری را در این جهت در نظر گرفته است.^۴ درباره نحوه پرداخت کمک‌هزینه ارتقای کارایی و بهره‌مندی از معافیت‌های مالیاتی برای کارفرمایانی که افراد توانخواه را به استخدام خود درآورند نیز دو آئین‌نامه اجرایی^۵ در جلسه هیئت وزیران به تصویب رسیده است. این توجه به حق بر تأمین اجتماعی افراد توانخواه در مصوبه شورای عالی اداری درخصوص حقوق شهروندی در

1. <https://www.gov.uk/access-to-work>

۲. اصل ۲۹

۳. مواد ۸۵ تا ۹۴

۴. مواد ۱۰ تا ۱۶

۵. آئین‌نامه‌های اجرایی ماده ۱۲ (مصوب ۱۳۹۸/۰۸/۰۸) و ماده ۱۳ قانون حمایت از حقوق معلولان (مصوب ۱۳۹۸/۰۸/۰۸).

نظام اداری^۱ هم قابل رؤیت است؛ مصوبه‌ای که در آن به حق اشخاص توانخواه در برخورداری کامل و سریع از امتیازات قانونی خاص^۲ به‌صراحت اشاره شده است. علاوه بر این، در ایران، حق بر تأمین اجتماعی کوتاه‌قامتان به‌عنوان زیرمجموعه‌ای از مبتلایان به بیماری‌های نادر در بخش‌های متعددی از سند ملی بیماری‌های نادر ایران آمده است که از آن جمله می‌توان به اشتغال آنها و کاهش آسیب‌های اجتماعی در مقدمه سند، توسعه خدمات و برنامه‌های اجتماعی متناسب با بیماری‌های نادر در اصول بنیادین برنامه و استراتژی ملی برای بیماری‌های نادر، دستیابی به روشی جامع و یک پارچه که متمرکز بر حقوق انسانی و عدالت اجتماعی باشد در چشم‌انداز، تأمین عدالت اجتماعی برای آحاد جامعه در ارزش‌های بنیادین، ارتقای شاخص‌های رفاه اجتماعی در بخش سیاست‌های کلان، بهبود شرایط اجتماعی و فرهنگی بیماران در قسمت اهداف کلان و تصویب قوانین مرتبط با اشتغال پایدار بیماران را در بخش اقدامات برشمرد. همچنین، تعهدات فراوانی نیز به موجب این سند برای دولت تعریف شده که برخی از آنان با توجه به اهمیت زیربنایی حق بر تأمین اجتماعی، حق بر سلامت را نیز به صورت هم‌زمان شامل می‌شود. نمونه‌ای از این تعهدات، تقویت حمایت‌های اجتماعی از افراد مبتلا به بیماری‌های نادر با ادغام خدمات اجتماعی در بستر برنامه‌های جاری وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی و برقراری نظام ارجاع بین مراکز ارائه‌دهنده خدمات بهداشتی و درمانی و مراکز ارائه‌دهنده خدمات اجتماعی است.

۳-۲. حق بر استفاده از اماکن عمومی

قبل از پرداختن به حق بر استفاده از اماکن عمومی، باید به مفهوم قابلیت دسترسی یا دسترس‌پذیری توجه کرد. کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت، این مفهوم را به

۱. مصوبه شماره ۱۱۲۷۱۲۸ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۰۹

۲. بند ۹ ماده ۲ و ماده ۱۱

صورت جامع شرح داده است.^۱ تحقق این مفهوم به معنای از میان برداشتن تمامی موانعی است که از بهره‌مندی مؤثر افراد توانخواه از حقوق بشر جلوگیری می‌کند. علاوه بر این، افراد توانخواه را قادر می‌سازد تا به صورت مستقل زندگی کنند و در تمام جنبه‌های زندگی، مشارکت کامل داشته باشند. در حالی که این مفهوم در همه زمینه‌های زندگی افراد توانخواه حائز اهمیت است، اما به‌طور خاص در محیط‌های فیزیکی مانند ساختمان‌ها، جاده‌ها، مسکن، حمل‌ونقل، ارتباطات و دیگر خدمات و تسهیلاتی که برای استفاده عمومی مهیا شده‌اند ضرورت بیشتری دارد (UN OHCHR, 2014: 9). از این رو، در این کنوانسیون از دولت‌ها خواسته شده است که بر مبنای برابری افراد توانخواه با دیگران، اقدامات لازم را در جهت تحقق این امر انجام دهند. این اقدامات در وهله اول شامل شناسایی و رفع تمامی موانع و مشکلات موجود بر سر راه «دسترسی برابر» است و بعد از آن، تمامی ساختمان‌ها، مسیرهای تردد، سیستم حمل‌ونقل عمومی و دیگر تسهیلات مشابه باید از این امکان برخوردار باشند. با توجه به این توضیحات می‌توان گفت که ایفای حق بر استفاده از اماکن عمومی در گرو تحقق دسترسی برابر همه افراد است.

می‌توان به حق بر استفاده از اماکن عمومی از دریچه حق بر شهر^۲ نیز نگریست. این حق را نخستین بار آنری لوفور^۳ مطرح کرد. او به شهرها به چشم اثری هنری که مدام در حال بازسازی است و همچنین به‌عنوان فضای رویارویی می‌نگریست که امکانات و فرصت‌هایی را برای اقدامات جمعی ایجاد می‌کند و از این رو، نیازمند مشارکت جمعی است (Butler, 2012: 143). در منشور جهانی حق بر شهر^۴ این حق بدین

1. UN General Assembly, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 24 January 2007, 2515 UNTS 3, A/RES/61/106, Article 9, available at: <https://www.refworld.org/docid/45f973632.html>.

2. The right to the city

3. Henry Lefebvre (1901 ~ 1991)

4. World Charter for the Right to the City (2005), available at: https://www.hlrn.org.in/documents/World_Charter_on_the_Right_to_the_City.htm.

صورت تعریف شده است: «حق انتفاع^۱ برابر از شهرها در چارچوب اصول پایداری، دموکراسی، برابری و عدالت اجتماعی»؛ همچنین آن را به عنوان حق جمعی تمامی ساکنان شهر به حساب آورده است، به ویژه برای گروه های آسیب پذیر و به حاشیه رانده شده. مناطق شهری و روستاهای اطراف آن نیز فضاها و مکان هایی برای اعمال این حق جمعی به عنوان راهی برای تضمین توزیع عادلانه و بهره مندی از خدمات عمومی است.^۲ همچنین این منشور به صراحت به الزام وجود تسهیلات مناسب برای افراد توانخواه اشاره کرده است.^۳

همچنین مفهوم دسترس پذیری در اسناد بین المللی دیگری آمده است؛ اعلامیه جهانی حقوق بشر،^۴ اعلامیه بارسلونا به عنوان سند نتیجه نشست موضوعی زیست بوم^۵ در رابطه با فضاهای عمومی^۶ و مجموعه توصیه ها در مورد توانبخشی حرفه ای معلولان^۷ از آن جمله اند. سیستم های حمل و نقل عمومی برای افراد توانخواه هم در اسنادی مانند گزارش کنفرانس سازمان ملل متحد در خصوص سکونتگاه های انسانی (زیست بوم^۸) و برنامه جهانی اقدام در رابطه با افراد توانخواه^۹ مطرح شده اند.

1. Usufruct

2. *Ibid*, Article 1.

3. *Ibid*, Article 15 (4).

4. UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III), Article 21 (2), available at:

<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html>.

5. Barcelona Declaration: The Habitat III Thematic Meeting on Public Spaces, 2016, Section 1: Agora (social and political dimension), available at:

<https://habitat3.org/wp-content/uploads/Barcelona-Declaration.pdf>

6. International Labour Office, *R099 - Vocational Rehabilitation (Disabled) Recommendation*, 1 June 1955, Geneva, Clause 22 (2), available at:

<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::>

7. The United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II) (A/CONF.165/14) (1996), Clause 151 (a), available at:

<https://www.un.org/en/conferences/habitat/istanbul1996>.

8. UN General Assembly, *Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons*, 3 December 1982, A/RES/37/53, para. 114, available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f24920.html>.

حق ادغام و مشارکت اجتماعی افراد توانخواه نیز در اسناد بین‌المللی بسیاری مورد توجه قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان به اعلامیه حقوق افراد دارای معلولیت،^۱ کنوانسیون حقوق کودک،^۲ اعلامیه و برنامه اقدام وین،^۳ مجموعه قواعد استاندارد درباره برابری فرصت‌ها برای افراد توانخواه^۴ و برنامه جهانی اقدام در رابطه با افراد توانخواه^۵ اشاره کرد. درباره طراحی و ساخت بناهای عمومی نیز، مقررات و دستورالعمل‌هایی در سطح بین‌المللی نیز وجود دارد که طراحی با دقت: راهنمای سازگاری محیط‌های ساخت‌وساز برای افراد توانخواه^۶ یکی از بهترین نمونه‌هاست.

تجربیات مثبت یکی از کشورها نیز می‌تواند گامی مؤثر در جهت بهره‌مندی کوتاه‌قامتان از این حق قلمداد شود؛ به آن در ادامه اشاره می‌کنیم. در ایالات متحده امریکا انجمن ملی فروشندگان تجهیزات حرکتی^۷ پس از عقد قرارداد با شرکت‌های خودروسازی تراز اول دنیا، قابلیت سفارش وسایل نقلیه را به نحوی که با فیزیک جسمانی تمامی افراد توانخواه به‌طور عام و همچنین کوتاه‌قامتان سازگار باشد فراهم

1. UN General Assembly, *Declaration on the Rights of Disabled Persons*, 9 December 1975, A/RES/3447 (XXX), Article 9, available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f1c18.html>.

2. UN General Assembly, *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, 1577 UNTS 3, Article 23 (3), available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html>.

3. UN General Assembly, *Vienna Declaration and Programme of Action*, 12 July 1993, A/CONF.157/23, Clause I (22) & II (64), available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b39ec.html>.

4. UN General Assembly, *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities : Resolution / Adopted by the General Assembly*, 20 December 1993, A/RES/48/96, Rule 10, available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f2e80.html>.

5. UN General Assembly, *Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons*, 3 December 1982, A/RES/37/53, para. 135, available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f24920.html>.

6. Hanson, L. (1983). *Designing with Care: A Guide to Adaptation of the Built Environment for Disabled Persons*, New York: United Nations.

7. National Mobility Equipment Dealers Association

آورده است.^۱ همچنین شرکت‌های بسیاری در زمینه ایجاد بستر مناسب دسترس‌پذیری برای افراد کوتاه‌قامت در حیطه‌های حمل‌ونقل، اسباب و وسایل زندگی، پوشاک، بهداشت فردی و غیره مشغول‌اند.^۲

در ایران نیز از بُعد قانون‌گذاری به دسترسی برابر افراد توانخواه به اماکن و خدمات عمومی، توجه خاصی شده است. در فصل اول قانون حمایت از حقوق افراد دارای معلولیت، تعریفی جامع از دسترس‌پذیری ارائه شده است و تمامی محتوای فصل دوم آن به این موضوع اختصاص دارد. توجه به این امر آن‌چنان حائز اهمیت است که قانون‌گذار به‌طور خاص، نهاد نظارتی را بر اجرای آن به‌صراحت مشخص کرده است که با عنوان «ستاد هماهنگی و پیگیری مناسب‌سازی کشور» به امر نظارت بر این فرآیند مشغول هستند.^۳ علاوه بر این، به شهرداری‌ها به‌عنوان متولیان صدور پروانه احداث، بازسازی و پایان کار ساختمان‌ها و اماکن عمومی، وظایف بسیاری در جهت تحقق مفهوم دسترس‌پذیری محول شده است.^۴ درخصوص سیستم حمل‌ونقل عمومی نیز تعهداتی بر عهده وزارت راه و شهرسازی، وزارت کشور و همچنین شهرداری‌ها قرار گرفته است؛^۵ البته توجه به این حق، تنها به این سند خلاصه نشده است؛ بلکه مصوبات، ابلاغیه‌ها و دستورالعمل‌های قانونی دیگری نیز در این حیطه وجود دارد.^۶

1. <https://nmeda.org/>

2. <https://www.lpaonline.org/adaptive-products->

۳. ماده ۳

۴. ماده ۴

۵. ماده ۵

۶. برخی از آنان عبارت‌اند از: بند (ب) از ماده ۱۶۹ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۹)؛ ماده ۹۴ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۹۵)؛ تبصره ماده ۲ لایحه حمایت از سامانه‌های حمل‌ونقل ریلی درون‌شهری (مصوب ۱۳۸۵) و طرح ۲۷ ماده‌ای شورای اسلامی شهر تهران درخصوص «حمایت از حقوق افراد دارای معلولیت» (شناسه مصوبه: ۲۷۵۷، رده‌بندی مصوبه: ۴/۲۸۱/۵۹۹، مصوب ۱۳۹۹/۱۲/۲۶)

همچنین یکی از اسناد جامع موجود در ایران در مورد حق بر استفاده از اماکن عمومی برای افراد توانخواه، «ضوابط و مقررات شهرسازی و معماری برای افراد دارای معلولیت جسمی و حرکتی» است که آن را مرکز تحقیقات راه، مسکن و شهرسازی وزارت مسکن و شهرسازی تهیه کرده است^۱ و در آن با جزئیات کامل همراه با شکل، به تمامی استانداردهای لازم به‌جهت بهره‌مندی افراد توانخواه از حق بر دسترسی به اماکن عمومی و استفاده از آن اشاره شده است که با توجه به استانداردهای مربوط به قد، که در این مجموعه از آنها یاد شده است، به راحتی می‌توان امکانات مناسب شهری، مسکن، حمل‌ونقل و غیره را برای کوتاه‌قامتان فراهم کرد.

شایان ذکر است که با استناد به مشاهدات میدانی سالیان اخیر، در ایران و به‌خصوص در شهرها تعداد اماکن عمومی متناسب‌سازی شده و خدمات عمومی قابل استفاده برای افراد توانخواه افزایش یافته است؛ اما بی‌توجهی به کوتاه‌قامتان در این فرآیند متناسب‌سازی، باعث شده است که اغلب آنان از «حق دسترسی برابر» محروم بمانند و به عبارتی برای این گروه از شهروندان، فاصله بسیاری تا رسیدن به اهداف مطلوب و مندرج در مصوبات، دستورالعمل‌ها و سیاست‌های ابلاغی وجود دارد.

با توجه به موارد فوق می‌توان چنین استنباط کرد که در ایران تقریباً تمامی تعهدات موجود در حوزه سه حق مطرح شده، بر عهده دولت قرار گرفته است و آنچه واضح است، تعداد قابل توجه قوانین و دستورالعمل‌های اجرایی است که به موجب آن‌ها، تعهدهای بسیاری بر دوش دولت قرار گرفته است و تنها کافی است کوتاه‌قامتان مشمول آن شوند. با وجود این، کماکان آن‌طور که شایسته کرامت انسانی است، این حقوق به صورت تمام و کمال محقق نشده‌اند؛ بخش قابل توجهی از کوتاه‌قامتان کشور از این حقوق به‌طور کامل بهره‌مند نیستند که خود گواهی بر وجود موانع جدی در راه احقاق همگانی این حقوق است. یکی از این موانع قابل ذکر، نداشتن عزم و اراده کافی

متولیان امر برای به کار بستن مفاد مندرج در اسنادی جهان‌شمول مانند کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت است (Ramazani Ghavamabadi, 2011: 338)؛ البته به نظر می‌رسد که تبصره ۲ ماده واحده قانون الحاق ایران به این کنوانسیون^۱ درباره حق شرطی که جمهوری اسلامی ایران به منظور پیوستن به آن برای خود محفوظ می‌دارد، به نوعی در نقش مانع در جهت بازنگری و اصلاح قوانین داخلی کشور مطابق با مفاد کنوانسیون ظاهر می‌شود؛ زیرا اشاره به عبارت «مغایر با موازین حقوقی جاری» در حق شرط مذکور، منجر به کاهش بار تعهدات دولت نسبت به انطباق قوانین و مقررات داخلی کشور با مفاد کنوانسیون می‌شود (Ramazani Ghavamabadi, 2011: 324-328). اما موانع موجود، تنها از جنس قوانین، مقررات و ضوابط نیست؛ بلکه از نبودن نظارت نیز هست. برای نمونه، نهادی ملی برای نظارت بر نحوه اجرای مفاد کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت در ایران وجود ندارد و دستگاه‌های فرهنگی، توجه کافی به موضوع مناسب‌سازی و فرهنگ مواجهه با این افراد از خود نشان نمی‌دهند. در حوزه ساخت‌وساز نیز این بی‌توجهی دیده می‌شود (Pour Ziaei & Ghaffari Nik, 2020: 146). حتی در حوزه قوانین و مقررات داخلی مربوط به افراد توانخواه در ایران، مرجع مستقل ملی برای نظارت اجرایی وجود ندارد و شاهد آشفتگی در نظام مدیریت شهری هستیم که برخاسته از مسلط نبودن مدیران شهری بر اصول مدیریت و نیازهای این افراد است (Gorji Azandaryani and Shirzad Nazarloo, 2018:151). بدین ترتیب، می‌توان گفت که رفع بخش قابل‌توجهی از مشکلات پیش روی افراد توانخواه و کوتاه‌قامت (متعاقب فرض) در گرو تغییر دیدگاه و اصلاح نگرش متولیان امر نسبت به مقوله معلولیت و کوتاه‌قامتی است (Gorji Azandaryani and Shirzad Nazarloo, 2018: 160).

۱. مصوب ۱۳۸۷/۹/۱۳ مجلس شورای اسلامی

۳. پیشنهادهایی برای رفع این مشکلات

با توجه به گستره حقوق بشر، غالباً شکافی بین حقوق اعلام‌شده در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای حقوق بشر و نحوه ایفای این حقوق در کشورها وجود دارد؛ کمبود منابع مالی، اغلب به‌عنوان مانع اصلی ایفای حقوق بشر اعلام می‌شود. بدین منظور ابتدا تعهدات دولت‌ها را در قبال حقوق مطرح‌شده در این مقاله که می‌توانند زیرمجموعه حق‌های رفاهی در نظر گرفته شوند بررسی می‌کنیم و سپس، راهکارهای پیشنهادی خود را ارائه می‌دهیم.

گنجاندن حق بر سلامت، تأمین اجتماعی و حق بر استفاده از اماکن عمومی در زیرمجموعه حق‌های رفاهی، ریشه در حمایت‌های دولت از این حق‌ها دارد؛ زیرا مجموعه‌ای است متشکل از ضمانت‌ها، حمایت‌ها و امتیازات که در صورت مداخله دولت، شهروندان از آن بهره‌مند می‌شوند. همچنین ماهیت این حق‌ها، مطالبه‌ای است و به همین سبب، نیازمند وجود متعهدی در قبال آنهاست که دولت‌ها در نقش این متعهد ظاهر می‌شوند؛ البته ممکن است که تکالیف و تعهدات دولت‌ها در جهت ایفای این حقوق، بالاتر از توانشان باشد که در این صورت، جهان‌شمولی حقوق بشر موجب می‌شود که تعهدات مذکور، متوجه جامعه جهانی و دیگر کشورهای متمتع و توسعه‌یافته شود. در هر صورت، نوع تعهدات دولت‌ها نسبت به این حق‌های رفاهی، تعهد به نتیجه فوری است (Ghari Seyed Fatemi, 2017: 197-205).

با وجود این، بسیاری از موارد نقض حقوق بشر، از نبود نظارت و پاسخگویی نشأت می‌گیرد که چنین مواردی را می‌توان با اتخاذ راهکارهای مناسب تا حد بسیاری تعدیل کرد؛ البته مشروط بر آنکه از بدو امر، متولیان عزم و اراده جدی برای ایفای همگانی و مؤثر حقوق بشر داشته باشند و جامعه نیز، پذیرای تفاوت‌های فردی و فیزیکی باشد. بخش عمده‌ای از چالش‌های حقوق بشری کوتاه‌قامتان نیز با موضع حقوق بشری به مقوله کوتاه‌قامتی رفع‌کردنی است که در ادامه به آنها پرداخته می‌شود.

۳-۱. راهکارهای مربوط به سیاست‌گذاری

به نظر می‌رسد که اولین گام در به رسمیت شناختن کوتاه‌قامتان، اجرای فرآیند سرشماری ملی آنان از طریق سازمان‌های رسمی مانند مرکز آمار ایران است. اماکن عمومی و فضاهای شهری نیز باید با توجه به فیزیک جسمانی کوتاه‌قامتان استانداردسازی و متناسب‌سازی بهینه شود و وسایل نقلیه عمومی باید به گونه‌ای برای کوتاه‌قامتان متناسب‌سازی شود که استفاده مستقل و بدون کمک دیگران از آنها برایشان مقدور باشد (UN A/RES/48/96, 1994: 13). همچنین برای پیگیری مشکلات کوتاه‌قامتان و نظارت بر نحوه ایفای حقوق بشر آنان به سیستم‌های نظارتی و حمایتی نیاز است. آموزش و پرورش هم با ایجاد ظرفیت‌های لازم در مدارس برای پذیرش دانش‌آموزان کوتاه‌قامت در کنار دیگر دانش‌آموزان از طریق آموزش به اولیا و مربیان می‌تواند در ارتقای سطح ادغام اجتماعی کوتاه‌قامتان مؤثر باشد (UN A/RES/48/96, 1994: 15). علاوه بر این، نگرش مقامات مسئول و مراکز تصمیم‌گیری کشور به کوتاه‌قامتان باید از خیریه‌محور و پزشکی‌محور به رویکرد مبتنی بر حقوق بشر تغییر یابد (UN OHCHR, 2014: 27) و به منظور پاسخگو کردن ارائه‌دهندگان خدمات عمومی به کوتاه‌قامتان، بهتر است که خدمات دولتی با مشارکت جامعه مدنی، خصوصی شوند. همچنین در جهت حمایت مقامات محلی از کوتاه‌قامتانی که در مناطق کمتربرخوردار و روستایی ساکن هستند، اختصاص بودجه محلی اهمیت بسیار زیادی دارد (UN A/RES/48/96, 1994: 22). در نهایت، استفاده مؤثر از ظرفیت‌های رسانه‌ای (Law on the Protection of the Rights of Persons with Disabilities, Article 21, 2018: 5 & UN A/RES/48/96, 1994: 15) به منظور بسترسازی فرهنگی و افزایش آگاهی عمومی می‌تواند گامی مؤثر برای ادغام بهینه اجتماعی کوتاه‌قامتان با موضع حقوق بشری و نه خیریه‌محور یا پزشکی‌محور قلمداد شود.

۲-۳. راهکارهای حقوقی

اولین راهکار حقوقی پیشنهادی، بازتعریف مفهوم معلولیت در قانون حمایت از حقوق افراد دارای معلولیت در ایران است؛ به نحوی که کوتاه‌قامتان به صورت بدیهی ذیل آن قرار گیرند. این بازتعریف را کمیسیون پزشکی-توانبخشی اشاره شده در ماده ۱ قانون مذکور می‌تواند صورت دهد. به عبارت دیگر، نگارندگان بر این باورند که بازتعریف معلولیت، پیش‌شرط توانخواه انگاشتن کوتاه‌قامتان در ایران است؛ زیرا تمامی کشورهایی که کوتاه‌قامتی را به‌عنوان معلولیت به حساب آورده‌اند، مسیر خود را از این نقطه آغاز کرده‌اند. بعد از آن، اختصاص مسکن متناسب‌سازی‌شده با فیزیک جسمانی کوتاه‌قامتان نیز به‌عنوان یکی از شاخص‌های اساسی سلامت (CESCR General Comment No. 14, 2000: par. 4) از اهمیت بالایی برخوردار است؛ البته این متناسب‌سازی فقط در امکانات و فضاهای داخلی ساختمان پیشنهاد می‌شود و مطلوب است که فضای بیرونی، مشابه دیگر ساختمان‌ها باشد تا موجب جداسازی و طرد نشود (UN A/RES/48/96, 1994: 14 & Hanson, 1983: 5-9). شمول کوتاه‌قامتان در فرآیند متناسب‌سازی مسکن، اماکن عمومی، معابر و خدمات حمل‌ونقل می‌تواند در مواد ۲، ۴، ۵، ۱۷، ۱۸ و ۱۹ قانون حمایت از حقوق افراد دارای معلولیت گنجانده شود؛ البته واضح است که در صورت بازتعریف مفهوم معلولیت و بسط قانونی این تعریف به کوتاه‌قامتان، دیگر نیازی به ذکر مواد قانونی خاص نیست و کوتاه‌قامتان می‌توانند از تمامی حقوق مختص افراد توانخواه بهره‌مند شوند. علاوه بر این، لازم است که به کوتاه‌قامتان در تصمیمات مربوط به خود در تمامی حوزه‌ها حق تصمیم‌گیری فردی اعطا شود که این امر از طریق مشارکت دادن همگانی آنها امکان‌پذیر است (UN A/RES/48/96, 1994: 21 & UN World Programme of Action Concerning Disabled Persons, 1983: par. 144). در جهت ایجاد اشتغال پایدار، فراهم آوردن امکان استفاده از مزایای بازنشتگی برای کوتاه‌قامتان نیز به انجام اقدامات جدی نیاز دارد؛ زیرا مسیر دستیابی به استقلال فردی از اشتغال می‌گذرد (UN A/RES/48/96, 1994: 16). همچنین خدمات پزشکی و درمانی به کوتاه‌قامتان در

مراکز عمومی بهتر است به گونه‌ای ارائه شود که کوتاه‌قامتان بتوانند بدون ترس از نگاه‌های تبعیض‌آمیز یا همراه با تعجب دیگران در این مراکز حضور یابند (UN A/RES/48/96, 1994: 12)؛ با این اوصاف، شرایط برای پذیرش آنان در جامعه فراهم می‌شود.

۳-۳. راهکارهای اجتماعی

می‌توان گفت که اولین راهکار اجتماعی، تلاش همگانی در جهت فرهنگ‌سازی و پذیرش تفاوت‌های فردی برای ادغام بهینه اجتماعی کوتاه‌قامتان در جامعه است (UN World Programme of Action Concerning Disabled Persons, 1983: par. 3). سپس کمک به افراد کوتاه‌قامت برای تقویت توانمندی‌هایشان و به منظور افزایش استقلال آنها و در مرحله بعد، بهره‌مندی از این توانمندی‌ها در جامعه با دخیل کردن آنها در فعالیت‌های اجتماعی حائز اهمیت است (UN A/RES/48/96, 1994: 13-14). همچنین برای کاهش اضطراب اجتماعی کوتاه‌قامتان باید از القای مفهوم ناتوانی به آنان خودداری کرد (Hoseinian, Ahqar, and Pourqafar Abdi, 2014: 29)؛ البته نقش کوتاه‌قامتان در این مرحله بسیار پررنگ است؛ انجمن‌های کوتاه‌قامتان سراسر ایران نیاز به همبستگی عملی با یکدیگر دارند و شایسته است که رویکردشان از خیریه‌محور و پزشکی‌محور به موضعی مبتنی بر حقوق بشر تغییر یابد (UN OHCHR, 2014: 58). در نهایت با مشارکت فراگیر جامعه آکادمیک در حوزه حقوق بشر، دستیابی کوتاه‌قامتان به پیشرفت‌های قابل‌توجه، دور از انتظار نیست (UN OHCHR, 2014: 62-126).

فرجام سخن

کوتاه‌قامتی ذیل تعریف سازمان بهداشت جهانی از معلولیت قرار می‌گیرد، اما افراد کوتاه‌قامت در ایران به‌عنوان توانخواه به رسمیت شناخته نمی‌شوند. با وجود این، در

صورت احتساب کوتاه‌قامتان در زمره افراد توانخواه یا گروه‌های آسیب‌پذیر، می‌توان با اتکا به سازوکارهای حقوق بشری به حمایت از آنان پرداخت و نیاز چندانی به تصویب قوانین جدید احساس نمی‌شود. اهمیت این احتساب، در بهبود فرآیند ادغام اجتماعی کوتاه‌قامتان است؛ البته مشروط به آنکه نگرش غالب اجتماعی به کوتاه‌قامتی موضعی مبتنی بر حقوق بشر باشد و نه خیریه‌محور یا پزشکی‌محور. همچنین احتساب کوتاه‌قامتان در زمره افراد توانخواه معادل است با به رسمیت شناختن «حق بر شناخته شدن» آنان در ردیف افرادی که به توجه خاص دولت‌ها و نهادهای اجتماعی و خصوصی نیازمندند و از این حیث، اشاره‌ای برجسته‌تر به تعهدات دولت‌ها در قبال این افراد می‌کند؛ البته مشروط به آنکه عزم و اراده کافی به همراه مکانیسم‌های نظارتی برای اجرای این تعهدات در کشورها موجود باشد.

در رابطه با چالش‌های حقوق بشری کوتاه‌قامتان در ایران می‌توان به اشتغال آنان اشاره کرد؛ برخورداری از اشتغال پایدار و به تبع آن، بهره‌مندی از پوشش بیمه درمانی مناسب از دغدغه‌های جدی کوتاه‌قامتان است. همچنین به‌رغم انجام برخی اقدامات مؤثر در جهت متناسب‌سازی اماکن عمومی و فضاهای شهری مانند دستگاه‌های خودپرداز، نیاز به متناسب‌سازی این اماکن و فضاها کماکان احساس می‌شود. تأمین و تخصیص وسایل نقلیه عمومی به گونه‌ای که کوتاه‌قامتان قادر به استفاده مستقل از آنها باشند از ضروریات است. علاوه بر این، تبعیض و نادیده انگاشتن قابل توجهی نسبت به کوتاه‌قامتان وجود دارد که گاه با تمسخر و تحقیر یا انگ مؤدبانه همراه است. برخی از کوتاه‌قامتان نیز به‌رغم داشتن توانمندی‌های لازم، از مشارکت در فعالیت‌های اجتماعی کنار گذاشته شده‌اند. همچنین در مقوله ازدواج و حمایت از بنیان خانواده، کوتاه‌قامتان به کمک بسیار دولت و دیگر نهادها نیاز دارند که این کمک، شامل حمایت‌های تخصصی پزشکی از آنان نیز می‌شود. ورود جامعه آکادمیک در حوزه‌های گوناگون مرتبط با چالش‌های حقوق بشری کوتاه‌قامتان نیز می‌تواند سهم مؤثری در بهره‌مندی آنان از حقوقشان داشته باشد.

همچنین با توجه به اینکه در اسناد حقوق بشری بین‌المللی، منطقه‌ای و حتی اسناد حقوقی داخلی کشورها تا کنون اشاره‌ای صریح به افراد کوتاه‌قامت نشده است و بسیاری از کشورها پس از پیوستن به کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت، افراد مذکور را در زیرگروه افراد توانخواه قرار داده‌اند، به نظر می‌رسد که برشمردن کوتاه‌قامتان در زیرگروه افراد توانخواه یا آسیب‌پذیر بتواند چشم‌انداز بهتری را برای آنان در جهت مواجهه با چالش‌های حقوق بشری‌شان فراهم آورد؛ تا اینکه در جست‌وجو یا ایجاد راهی برای شناساندن این افراد به‌عنوان گروهی خاص از جامعه باشیم؛ زیرا راهکار دوم، نیازمند بسترسازی بسیار، آموزش فراگیر در تمامی سطوح و اختصاص بودجه ویژه در مقیاس کلان و ملی است که طبیعتاً می‌تواند بسیار زمانبر باشد یا حتی هرگز به نتایج مطلوب ختم نشود. علاوه بر این، نتایج بررسی‌های اولیه، حاکی از آن است که بسیاری از افراد کوتاه‌قامت فارغ از سن و جنسیت، از بیماری‌هایی رنج می‌برند که برخاسته از وضعیت فیزیکی و جسمانی آنان است و به همین سبب، توانخواه انگاشتن آنان (البته با رویکرد حقوق بشری) می‌تواند به‌طور نسبی سطح کیفیت زندگی روزمره‌شان را بهبود بخشد.

References

- Abbasi, M., Rezaee, R., & Dehghani, G. (2014). Concept and Situation of the Right to Health in Iran Legal System. *Medical Law Journal*, 8(30), 183-199 [In Persian]. <https://ijmedicallaw.ir/article-1-255-fa.html>.
- Ablon, J. (1988). *Living with Difference*. New York: Praeger Publishers.
- Adelson, B. M. (2005). *Dwarfism: Medical and Psychosocial Aspects of Profound Short Stature*. Baltimore, Maryland: The Johns Hopkins University Press.
- Amiri, A. (2011). Centimeters are not the Measures of Humanity: A Look at the Life and Concerns of Persons of Short Stature [In Persian], (Last Seen 8/15/2024) at: <http://kayhanarch.kayhan.ir/900421/7.htm#other1101>.
- Backeljauw, P., Cappa, M., Kiess, W., Law, L., Cookson, C., Sert, C., . . . Dattani, M. T. (2021). Impact of Short Stature on Quality of Life: A Systematic Literature Review. *Growth hormone & IGF research: official*

- journal of the Growth Hormone Research Society and the International IGF Research Society*, 57-58(101392), 1-14. doi:10.1016/j.ghir.2021.101392.
- Bagheri Hamed, Y., Zakarian Amiri, M., Bolori, P., & Hermidas Bavand, D. (2018). The Right of Health and Public Health in Terms of Fundamental Human Rights with Emphasis on UNESCO Document 2030. *Medical Law Journal*, 12(46), 177-205 [In Persian]. <https://ijmedicallaw.ir/article-1-903-fa.html>.
- Bameri, F. (2019). The High Wall of Unemployment Against Short Statures of Sistan and Baloochestan [In Persian], (Last Seen 8/15/2024) at: <https://www.hamshahrionline.ir/news/442595>.
- Butler, C. (2012). *Spatial Politics, Everyday Life and the Right to the City*. Abingdon, UK: Routledge.
- Etten, A. M. (1988). *Dwarfs Don't Live in Doll Houses*. Rochester, New York: Adaptive Living.
- Ghari Seyed Fatemi, S. M. (2017). *Human Rights in the Contemporary World*. Volume II, Tehran: Negah-e Moaser [In Persian].
- Ghari Seyed Fatemi, S. M. (2019). *Human Rights in the Contemporary World*. Volume I, Tehran: Negah-e Moaser [In Persian].
- Gorji Azandaryani, A. A., & Shirzad Nazarloo, Z. (2018). The Status of the Rights of Persons with Disabilities in the Field of Urban Rights. *Journal of Strategic Studies of Public Policy*, 8(26), 137-163 [In Persian]. https://sspp.iranjournals.ir/article_30330.html.
- Hanson, L. (1983). *Designing with Care: A Guide to Adaptation of the Built Environment for Disabled Persons*. New York: United Nations.
- Hoseinian, S., Ahqar, Q., & Pourqafar Abdi, M. (2014). The Effectiveness of Teaching Positive Inner Self-Talk on Reducing Social Anxiety Among Short Statures of Tehran. *Psychological Researches*, 6(23), 14-33 [In Persian]. <https://sanad.iau.ir/fa/Journal/qpr/Article/511937?jid=511937>.
- Hosseini, L., & Esmati, Z. (2022). The Right of the Vulnerable to Social Security with Deference to (Inter)National Standards. *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, 9(3), 131-170 [In Persian]. doi:10.22091/csiw.2022.7568.2186.
- Hosseinian, M. H., Shiva, S., & Shahamfar, J. (2010). Study on Short Stature in Children under Five Years Old at Asadabadi Health Center of Tabriz in 2006-2007. *Studies in Medical Sciences*, 20(4), 261-264 [In Persian]. <https://umj.umsu.ac.ir/article-1-553-fa.html>.
- Isna. (2021). What Problem Do Short Statures of East Ajarbaijan Confront? [In Persian], (Last Seen 8/15/2024) at: <https://www.isna.ir/news/1400101107306>.

- Jahed Ataeian, S. (2023). Voxzogo Global Medicine Should not be Withheld from Short Stature Patients [In Persian], (Last Seen 8/15/2024) at: <https://www.magiran.com/article/4420888>.
- Jelenkovic, A., Sund, R., Hur, Y. M., Yokoyama, Y., Hjelmberg, J. V., Sørensen, T. I., & . . . Kaprio, J. (2016). Genetic and Environmental Influences on Height from Infancy to Early Adulthood: An Individual-Based Cohorts. *Scientific Reports*, 6(1), 1-13. doi:10.1038/srep28496.
- Kruse II, R. J. (2003). Narrating Intersections of Gender and Dwarfism in Everyday Spaces. *The Canadian Geographer / Le Géographe canadien*, 47(4), 494-508. doi:10.1111/j.0008-3658.2003.00038.x.
- Movahed, M. A. (2002). *In the Mood of Right and Justice: From Natural Law to Human Rights*. Tehran: Karnameh [In Persian].
- Najafabadipour, M. R., Jafargholikhani, A., & Balvardi, T. (2020). The Right and Duty in the Social Security System are the Law and Moral Duty of the State. *Quarterly Ethical Research (Association for Islamic Thought)*, 10(3), 310-320 [In Persian]. <http://akhlagh.saminattech.ir/fa/Article/17901>.
- Nifosi-Sutton, I. (2017). *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*. Abingdon, UK: Routledge.
- World Health Organization. (2007). *International Classification of Functioning, Disability and Health: Children & Youth Version: ICF-CY*. Geneva, Switzerland: WHO Press.
- Pour Ziaei, K., & Ghaffari Nik, T. (2020). Legal and Social Effects of Iran's Accession to the Convention on the Rights of Person with disabilities in the Domestic Legal System. *Fars Law Research*, 3(6), 119-149 [In Persian]. doi:10.22034/flj.2020.118843.
- Pritchard, E. (2020). Get down on your Knees: Representing the Seven Dwarfs in the Pantomime. *Disability Studies Quarterly (DSQ)*, 42(1), 1-28. <https://dsq-sds.org/index.php/dsq/article/view/7576>
- Rahmatollahi, H., & Aghamohammadaghahi, E. (2017). *Natural Law and Positive Law and their Effects on the Stucture of Power and Public Law*. Tehran: Majd [In Persian].
- Ramazani Ghavamabadi, M. H. (2011). The Protection of Disable People in the International Law. *Social Welfare Quarterly*. 11(41), 307-342 [In Persian]. <http://refahj.uswr.ac.ir/article-1-721-fa.html>
- Rasekh, M. (2018). *Right and Expediency: Essays in Philosophy of Law, Philosophy of Right and Philosophy of Value 1*. Tehran: Ney Publication [In Persian].
- Road, Housing & Urban Development Research Center. (2019). *Standards and Regulations of Urban Planning and Architecture for the Persons with Physical and Mobility Disabilities*. Third Edition, Tehran: Deputy of

- Urban Planning and Architecture of the Ministry of Road and Urban Development [In Persian].
- Rosenberg, I. B. (2009). Height Discrimination in Employment. *W&M Law Student Publications*, 3, 907-953. <https://scholarship.law.wm.edu/studentpubs/3>.
- Salami, S., & Mazhari, M. (2022). The Right to Health of Disabled People in the Field of Urban Law (With a Glance at the Ordinances Passed by Tehran City Council). *Journal of Research and Development in Comparative Law*, 5(15), 110-132 [In Persian]. doi:10.22034/law.2022.548169.1138.
- Shakespeare, T., Thompson, S., & Wright, M. (2010). No Laughing Matter: Medical and Social Experiences of Restricted Growth. *Scandinavian Journal of Disability Research*, 12(1), 19-31. doi:10.1080/15017410902909118.
- Siegel, P. T., Clopper, R., & Stabler, B. (1991). Psychological Impact of Significantly Short Stature. *Acta paediatrica*, 80(377), 14-18. doi:10.1111/apa.1991.80.s377.14.
- Sultan, M., Afzal, M., Qureshi, S. M., Aziz, S., Lutfullah, M., Khan, S. A., & Farid, N. (2008). Etiology of Short Stature in Children. *Journal of the College of Physicians and Surgeons Pakistan*, 18(8), 493-497. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18798587>
- Tasnim. (2021). Short Stature, but Ambitious: Mashhad Authorities Do not Take Short Statures Seriously [In Persian], (Last Seen 8/15/2024) at: <https://www.tasnimnews.com/fa/news/1400/02/11/2494642>.
- Thompson, S., Shakespeare, T., & Wright, M. J. (2008). Medical and Social Aspects of the Life Course for Adults with a Skeletal Dysplasia: A Review of Current Knowledge. *Disability and Rehabilitation*, 30(1), 1-12. doi:10.1080/0963828070119285.
- Timmer, A. (2013). A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights. In *Vulnerability; Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics* (pp. 147-170). Farnham, England: Ashgate Publishing Limited.
- UN. (1983). *World Programme of Action Concerning Disabled Persons*. New York: The Division for Economic and Social Information / DPI for The Centre for Social Development and Humanitarian Affairs / DIESA.
- UN OHCHR. (2014). *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities Training Guide: Professional Training Series No. 19*. New York and Geneva: United Nations Publication.
- Vahdaninia, V., Seyyed Mosavi, M. S., Vahdaninia, M. A., & Vosoogh Moghaddam, A. (2020). Health as Human Right; Legal Narrative of Governance for Health Logic. *Iranian Journal of Medical Ethics and*

- History of Medicine*, 13, 1-18 [In Persian]. <https://ijme.tums.ac.ir/article-1-6191-fa.html>.
- Watson, N. (2002). Well, I Know this is Going to Sound Very Strange to You, but I Don't See Myself as a Disabled Person. *Disability & Society*, 17(5), 509-527. doi:10.1080/09687590220148496.
- Zare'ee, M. H. (2002). From Human Rights and Respect to the "Project to Foster Reverence in the High Administrative Council". *Management and Development Process*, 16 (2 and 3), 22-28 [In Persian]. doi:20.1001.1.17350719.1381.16.2.2.6.

Documents, Reports, and Treaties

- Alma-Ata Declaration (1978).
- Barcelona Declaration: The Habitat III Thematic Meeting on Public Spaces (2016).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). (2000). *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, E/C.12/2000/4. <https://www.refworld.org/legal/general/cescr/2000/en/36991>.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). (2008). *General Comment No. 19: The right to social security (Art. 9 of the Covenant)*, E/C.12/GC/19. <https://www.refworld.org/legal/general/cescr/2008/en/41968>.
- Comprehensive Law on the Protection of the rights of Disabled Persons (2004) [In Persian].
- Constitution of the Islamic Republic of Iran (1979) [In Persian].
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities ('CRPD') (2007).
- Convention on the Rights of the Child ('CRC') (1989).
- Copenhagen Declaration on Social Development (A/CONF.166/9) (1995).
- Declaration on the Rights of Disabled Persons (1975).
- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ('ICERD') (1965).
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights ('ICESCR') (1966).
- Law of the Fifth Economic, Social and Cultural Development Plan of the Islamic Republic of Iran (2010) [In Persian].
- Law of the Sixth Economic, Social and Cultural Development Plan of the Islamic Republic of Iran (2016) [In Persian].
- Law on the Protection of the Rights of Persons with Disabilities (2018) [In Persian].
- National Document of Iran Rare Diseases (2020) [In Persian].

- Protecting Plan for the Rights of Persons with Disabilities (Ordinance of Tehran City Council) (2021) [In Persian].
- Recommendation Concerning Vocational Rehabilitation of the Disabled (1955).
- Resolution of the Supreme Administrative Council Regarding the Charter of Citizens' Rights (2017) [In Persian].
- Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities (A/RES/48/96) (1993).
- The 20-Year National Vision of the Islamic Republic of Iran for the dawn of the Solar Calendar Year 1404 (2003) [In Persian].
- The Bill for the Support of Intra-Urban Rail Transportation Systems (2006) [In Persian].
- The Charter on Citizens' Rights of the Islamic Republic of Iran (2016) [In Persian].
- The Law on the Structure of the Comprehensive Welfare and Social Security System (2004) [In Persian].
- The United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II) (A/CONF.165/14) (1996).
- UN Department of Economic and Social Affairs. (2021). *Developing Capacities for Effective Governance; Government Innovation for Social Inclusion of Vulnerable Groups (Module 5: Identifying Vulnerability and Vulnerable Groups)*. 2020-2021 Report: United Nations Public Administration Network. <https://unpan.un.org/capacity-development/curriculum-on-governance-for-the-SDGs/5>
- UN OHCHR. (2008). *Fact Sheet No. 31: The Right to Health*. <https://www.refworld.org/docid/48625a742.html>.
- Universal Declaration of Human Rights ('UDHR') (1948).
- Vienna Declaration and Programme of Action (1993).
- World Charter for the Right to the City (2005).
- World Health Organization Constitution (1946).



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 2, Summer 2025

JLS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2024.50546.5179>



Research Article

Distancing from the General Principles of Criminal Law in Specific Laws: A Case Study of the Note on Article 7 of the Law on Protection of “Amr bil Ma’ruf wa Nahy anil Munkar”

Seyyed Hossein Hosseini^{1*}, Narjes Maleki², Seyyed Mohammad Mahdi Kazemi³

1. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

2. Ph.D. Candidate in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

3. MA. In Jurisprudence and criminal law, Motahari University, Mashhad, Iran

Article history:

Received: 02-07-2024

Accepted: 20-10-2024

Abstract

Introduction

An analysis of specific laws enacted in recent decades reveals that while the legislator has generally adhered to the principles of criminal law in foundational legislation, these principles have often been overlooked in more detailed laws addressing particular crimes. The Law on Protection of “*Amr bil Ma’ruf wa Nahy anil Munkar*” is one such specialized law. This research specifically critiques Note 7 of this law, which establishes the general applicability of crimes against enforcers (“*ameran va nahyan*”) even in cases where the plaintiff has granted forgiveness.

The primary objective of this study is to critically examine the formulation and implementation of this note, assessing its inconsistencies with general criminal law principles. The central research questions are:

Please cite this article as:

Hosseini, S.H., Maleki, N., Kazemi, S.M.M (2025). Distancing from the General Principles of Criminal Law in Specific Laws: A Case Study of the Note on Article 7 of the Law on Protection of “*Amr bil Ma’ruf wa Nahy anil Munkar*”. *Journal of Legal Studies*, 17(2), 499-532.
<https://doi:10.22099/JLS.2024.50546.5179>

* Corresponding author:

E-mail address: shosseini@um.ac.ir

1. To what extent does Note 7 align with the general principles of criminal law?
2. In what ways does it conflict with these principles?

Methods

The analysis of Note 7 was conducted in two stages:

1. Legislative Stage: The phrasing of the note was evaluated for compliance (or conflict) with fundamental criminal law principles.
2. Implementation Stage: By attending specialized *Chastity and Hijab* court sessions, interviewing judges, and reviewing judicial records, three distinct judicial interpretations of the note's application were identified and critically assessed. The research employed a qualitative methodology, combining in-depth interviews and judicial document analysis.

Results and Discussion

Although the legislator sought to provide special protections for those combatting societal vices and upholding religious obligations, Note 7 fails to articulate this intent clearly and conflicts with several core criminal law principles, including:

- The Principle of Legal Transparency: The note lacks clear criteria for classifying crimes under Articles 614 and Note 286, creating ambiguity.
- The Principle of Legality (*Nullum Crimen Sine Lege*): By disregarding the conditions and limitations specified in Article 614 and Note 286, the note violates the requirement for precise legal definitions.
- The Principle of Lenity (*In Dubio Pro Reo*): The broad application of the note to all crimes, without regard for contextual sensitivity, contradicts the presumption of innocence.

Furthermore, the implementation of Note 7 has led to additional violations:

- Judicial Discretion: Divergent interpretations by judges undermine the Principle of Legality, leading to inconsistent rulings.
- Overextension of the Law: Sentences issued under this note often exceed its conceptual scope, violating both the Principle of Lenity and the Principle of Strict Construction (narrow interpretation in favor of the accused).

Conclusions

The primary cause of these violations lies in the ambiguous wording of Note 7, which has led to fragmented and contradictory judicial interpretations.

Criminal laws must be explicit, clear, and transparent to ensure both public compliance and uniform judicial enforcement. To rectify this, the legislator should:

1. Clarify the intent behind Note 7 through an official interpretation (*inquiry law*).
2. Amend the note to align with Islamic criminal law principles, ensuring precision and consistency.

By addressing these issues, the law can better achieve its intended purpose while upholding fundamental legal safeguards.

Keywords: Clarity, General Principles, *Amr bil Ma'ruf, Nahy anil Munkar*.



فاصله گیری از اصول کلی حقوق کیفری در قوانین خاص؛ مطالعه تبصره ماده ۷ قانون آمران به معروف و ناهیان از منکر

سیدحسین حسینی^{۱*}، نرجس ملکی^۲، سید محمد مهدی کاظمی^۳

۱. دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم و سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، ایران. نویسنده مسئول

۲. دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم و سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

۳. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، فقه و حقوق جزا، دانشگاه شهید مطهری، مشهد، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۱۲

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: واکاوی قوانین خاصی که در دهه‌های اخیر به تصویب قانون‌گذار رسیده است، نشان می‌دهد، قانون‌گذار کیفری آن مقدار که در تصویب قوانین مادر سعی داشته بر اصول کلی حقوق جزا پایبند بماند، در قوانین جزئی‌تری که در ارتباط با جرائم خاص وضع کرده است، این اصول را به دست فراموشی سپرده است. وقتی اصول بنیادین حقوق کیفری توسط خود قانون‌گذار نقض می‌شود، راه برای مغفول ماندن و بی‌توجهی به آن‌ها در مراحل بعدی یعنی مرحله قضا و اجرای کیفر هموارتر می‌گردد. قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر از جمله این قوانین خاص است. آنچه در این پژوهش به‌طور خاص مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد، تبصره ماده ۷ این قانون است که بیان می‌دارد جنبه عمومی جرائم علیه آمران و ناهیان حسب مورد مطابق ماده ۶۱۴ ق.م.ا. مصوب ۷۵ و تبصره ماده ۲۸۶ ق.م.ا. رسیدگی می‌شود. بدین ترتیب هدف از پژوهش حاضر نقدی بر نحوه وضع و اجرای این تبصره و بررسی جهات تعارض تبصره با قواعد کلی حقوق کیفری است. در این راستا سؤال اصلی

استناد به این مقاله:

حسینی، سیدحسین؛ ملکی، نرجس و کاظمی، سید محمد مهدی (۱۴۰۴). فاصله‌گیری از اصول کلی حقوق کیفری در قوانین خاص؛ مطالعه تبصره ماده ۷ قانون آمران به معروف و ناهیان از منکر. *مجله مطالعات حقوقی*، ۱۷. (۲). ۴۹۹-۵۳۲.

E-mail address: shosseini@um.ac.ir

* نویسنده مسئول:

این نوشتار این است که تبصره مذکور تا چه اندازه با اصول کلی حقوق کیفری مطابقت داشته و جهات تعارض آن کدام است؟

روش‌ها: بررسی تبصره در دو مرحله انجام شده است. مرحله اول، تصویب تبصره است که عبارات مندرج در آن از جهت تطابق یا تعارض با اصول بنیادین حقوق کیفری واکاوی شده است. در مرحله بعد با حضور در دادسرای ویژه عفاف و حجاب و مصاحبه با قضات و مشاهده صورت جلسه نشست قضایی ایشان، برداشت‌های سه گانه قضات درباره نحوه اجرای این تبصره بیان شده و مورد نقد قرار گرفته است. بدین ترتیب پژوهش حاضر با روش کیفی (مصاحبه‌های عمیق و تحلیل اسناد قضایی) انجام شده است.

یافته‌ها: اگرچه قانون‌گذار در ماده ۷ و تبصره آن قصد حمایت ویژه از کسانی را داشته است که اقدام به مقابله با منکرات و احیاء واجبات نموده‌اند اما به نظر می‌رسد در تبصره این ماده نتوانسته به طور شایسته‌ای آنچه مطلوب وی بوده است را بیان کند و تبصره مذکور با بسیاری از اصول و قواعد کلی حقوق کیفری در تعارض است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد تصویب این تبصره با اصل شفافیت قوانین، اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل برائت در تعارض است. تعارض با اصل شفافیت روشن بودن قوانین به لحاظ مواردی همچون معلوم نبودن معیار تقسیم جرائم برای ارجاع به مواد ۶۱۴ و تبصره ۲۸۶ و مبهم بودن منظور تبصره از جنبه عمومی جرائم است. اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز به دلیل عدم لزوم احراز قیود و شروط مذکور در مواد ۶۱۴ و تبصره ماده ۲۸۶ نقض گردیده است. همچنین کیفرگذاری و محدود کردن آزادی‌های افراد بدون اعمال دقت و حساسیت ورزی لازم و توسعه دایره این تبصره به تمام جرائم با اصل برائت در تعارض است.

همچنین نتایج پژوهش در ارتباط با اجرای تبصره نیز بیانگر آن است که تبصره مذکور از این جنبه نیز با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل برائت و اصل تفسیر مضیق به نفع متهم متعارض است. تفسیرهای متفاوت قضات از تبصره و تشتت در آرای که بر مبنای آن صادر می‌شود سبب شده است که اصل مهم قانونی بودن جرم و مجازات زیر پا گذاشته شود. تعارض با اصل برائت نیز از جهت صدور احکام محکومیت مطابق این ماده با وجود عدم صراحت و ابهام اجمالی در قلمرو مفهومی ماده قانونی است. تفسیرهای فراتر از قدر متیقن ماده نیز خلاف اصل تفسیر مضیق به نفع متهم است.

نتیجه‌گیری: در نهایت باید گشت ریشه اصلی نقض اصول کیفری در مرحله اجرایی، تفسیرهای متشتت و متفاوت قضات است که علت این مسئله نیز به ابهام موجود در کلام قانون‌گذار و نقض این اصول توسط خود مقنن باز می‌گردد. قوانین کیفری باید حتی‌الامکان صریح، آشکار، قابل فهم و شفاف باشند. اگر قانون‌گذار در وضع قوانین اصول مسلّم حقوق جزا را در نظر داشته باشد و منظور خود از وضع

یک ماده را به‌درستی بیان کند، هم از شهروندان می‌توان انتظار آگاهی و تبعیت از آن را داشت و هم می‌توان از اجرای متفاوت و خلاف اصول توسط قضات، جلوگیری نمود. بدین ترتیب در پایان پیشنهاد شده است که قانون‌گذار در قالب یک قانون استفساری یا اصلاحی دست به تفسیر یا اصلاح تبصره مذکور زده و مقصود خود از این تبصره را بیان نماید.

واژگان کلیدی: اصول کلی، شفافیت، قانون خاص، آمران به معروف، ناهیان از منکر.

سرآغاز

از منابع مهم در هر دانش و در حقیقت مجوز ورود به آن، یک سلسله اصول و قواعد کلی است که می‌تواند راهنمای مخاطبان آن دانش و مجریان آن باشد. دانش حقوق و به‌ویژه حقوق کیفری نیز مشمول این قاعده قرار می‌گیرد. اصول کلی حقوق کیفری، احکامی کلی، جهان‌شمول و الزامی‌اند که مبنای حقوق موضوعه قرار گرفته (Kohen & Schramm, 2013: 20) و هر انسانی آن را برای تضمین حقوق اساسی و سعادت انسان‌ها ضروری می‌داند. اگرچه ملاحظات در طول زمان ممکن است به دوام و ثبات این اصول خدشه وارد نماید به جهت امکان تطبیق‌پذیری آنها با پویایی حقوق جنائی و کیفری (دینامیک جنائی و کیفری) غالباً این اصول دائمی و قانون‌گذاران و قضات موظف هستند که در موضع‌گیری‌ها، تحلیل‌ها و تصمیمات خود به این اصول احترام بگذارند (Yves Jean Clouet, 2023: 16). بدین ترتیب، این اصول که نقش راهبردی در قانون‌گذاری و دادرسی دارد، جایگاهی فراقانونی می‌یابد و تبعیت از آن حتی برای قانون‌گذار الزامی است. این اصول مقتد به زمان نیست و امروزه به عنوان مسلمات حقوقی نیازی به اثبات ندارند (Boulanger, 1397: 76). اصولی مانند اصل برائت، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، اصل ممنوعیت قیاس، اصل عطف به ماسبق نشدن، اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، اصل تساوی مجازات‌ها و اصل شخصی بودن مجازات‌ها از جمله اصولی هستند که اعتبار و اهمیت خاصی دارند و زیربنای حقوق کیفری را تشکیل می‌دهند.

با وجود اهمیت و ضرورت پابندی به این اصول کلی در تمام مراحل سیستم عدالت کیفری، اعم از تقنین، قضا و اجرا، این اصول در چند دهه اخیر اصالت، اعتبار و صراحت اولیه خود را از دست داده و در پاره‌ای از مقررات جزایی مدرن آگاهانه و بنا بر مصالحی مورد تعرض قرار گرفته‌اند (Rahami and Heydari, 2004: 5). به برخی از این اصول کلی در مرحله تقنین، برخی در مرحله قضا و برخی از آنها در مرحله اجرا خدشه وارد شده است.

واکاوی قوانین خاصی که در دهه‌های اخیر به تصویب قانون‌گذار رسیده است، نشان می‌دهد قانون‌گذار کیفری آن مقدار که در تصویب قوانین مادر سعی داشته بر اصول کلی حقوق جزا پایبند بماند، در قوانین جزئی‌تری که در ارتباط با جرائم خاص وضع کرده است، این اصول را به دست فراموشی سپرده و بعضی مواقع بنا بر مصالحی، برخلاف این اصول رفتار کرده است که باید در تدوین هر قانونی مبنا قرار گیرد. وقتی اصول بنیادین حقوق کیفری را خود قانون‌گذار نقض می‌کند، راه برای مغفول ماندن و بی‌توجهی به آنها در مراحل بعدی یعنی مرحله قضا و اجرای کیفر هموارتر می‌شود. قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، یکی از این قوانین خاصی است که با هدف ترویج و تثبیت امر به معروف و نهی از منکر وضع شده است که از قدیمی‌ترین اصول اجتماعی و دینی هستند و براساس شواهدی قرآنی در ادیان باستان (Al-Naraghi, 2004: 2/245) و حتی در جوامع غیردینی هم به شکل‌های گوناگون مورد قبول بوده‌اند (Ulrik Freitage, 2005: 5)، اما متأسفانه در تصویب این قانون مانند بسیاری از قوانین خاص دیگر، به جایگاه و ضرورت رعایت اصول زیربنایی حقوق کیفری بی‌توجهی شده است.

با پیروزی انقلاب اسلامی و تقنین قوانین بر مبنای فقه شیعه، این دو فریضه در صدر اصول قانون اساسی قرار گرفت و در اصل هشتم^۱ به عنوان دو وظیفه متقابل میان ملت و دولت بر آن تأکید شد و همچنین تعیین کیفیت و شرایط اجرای آن به قانون واگذار شد، اما با وجود گذشت ده‌ها سال از پیروزی انقلاب، هیچ قانونی تصویب نشد که سازکار اجرائی این اصول را به جامعه معرفی کند و فقط در بند ۳ تبصره ماده ۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۶۱ امر به معروف به عنوان یکی از عوامل موجهه جرم

۱. در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند.

«و المومنون و المومنات بعضهم اولیاء بعض یامرون بالمعروف و ینهون عن المنکر».

شناخته شد اما بعد از مدت کوتاهی در قانون مجازات سال ۱۳۷۰ این بند حذف گردید و پس از آن نیز طرح‌های مختلفی که برای این موضوع به مجلس ارائه شد به فرجام نرسید. در نهایت پس از گذشت ۳۷ سال از پیروزی انقلاب در ۱۳۹۴/۲/۲ قانونی به نام قانون «حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و در تاریخ ۱۳۹۴/۲/۲ شورای نگهبان آن را تأیید کرد و در تاریخ ۱۳۹۴/۲/۹ رئیس مجلس آن را به رئیس‌جمهور ابلاغ کرد. (Khairi, 2014: 242).

رویکرد اصلی قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، با تکیه بر تجربیات تلخی که بر آمران به معروف و ناهیان از منکر وارد شده است، حمایت قضائی از کسانی است که در مسیر اجرای این دو اصل دچار آسیب می‌شوند. قانون‌گذار در این قانون که مشتمل بر ۲۴ ماده هست، پس از تعریف معروف و منکر و بیان مراتب سه‌گانه قلبی، زبانی و عملی مذکور در فقه، و بیان حدودی که آمر و ناهی در رفتار خود باید پایبند به آن باشند، در ماده ۷ درمورد مجازات کسانی صحبت می‌کند که علیه آمران به معروف و ناهیان از منکر مرتکب اعمال مجرمانه می‌شوند. آنچه در این پژوهش محل بحث ماست تبصره این ماده است که حکم جنبه عمومی جرم را در فرض گذشت شاکی بیان می‌کند و می‌گوید: «چنانچه مجنی‌علیه یا اولیای دم از حق خود گذشت نمایند، جنبه عمومی جرم حسب مورد مطابق ماده (۶۱۴) قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده مصوب ۱۳۷۵/۳/۲) و تبصره ماده (۲۸۶) از کتاب دوم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ رسیدگی می‌شود».

قانون‌گذار در ماده ۷ و تبصره آن مانند برخی دیگر از جرم‌انگاری‌های خاصی که انجام داده است قصد حمایت ویژه از کسانی را داشته است که اقدام به مقابله با منکرات و احیاء واجبات نموده‌اند؛ از همین رو، برای تعیین مجازات مجرمان این ماده سخت‌گیری بیشتری به خرج داده و مجازات‌های ایشان را از شمول نهادهای تخفیفی خارج کرده است. در تبصره ماده نیز مجازات جنبه عمومی جرم را بیان نموده است. هرچند این عمل اقدامی حمایتی محسوب می‌شود و خود این اعمال سیاست کیفری

افتراقی می‌تواند با نقد روبه‌رو باشد آنچه در این پژوهش مورد بحث ماست، اصل این اعمال تشدید در سیاست قانون‌گذار نیست، بلکه مسأله این است که مقنن هرگاه بخواهد در یک قانون خاص نسبت به متهمان و مجرمان سخت‌گیری اعمال کند، ضروری است برای تقنین و اجرای این امر تمام ملاحظات لازم را رعایت کند و بتواند افتراقات مدنظر خود را به‌خوبی برای مخاطبان تبیین نماید. این در حالی است که قانون‌گذار در تبصره این ماده نتوانسته به‌طور شایسته‌ای آنچه را مطلوب وی بوده است بیان کند و مخاطبان قانون را در فهم مقصود خود با مشکل اساسی مواجه می‌سازد. نکته مهم‌تر آنکه تبصره مذکور با بسیاری از اصول و قواعد کلی حقوق کیفری در تعارض است. درواقع، اصول به دلیل اینکه با فرایند تعمیم و انتزاع بعدی از هنجارها استخراج می‌شوند، چیزی جز حقیقت نیستند (Alpa, 1994: 20). قانون‌گذار با نقض این اصول که مبنای حقوق کیفری به شمار می‌روند، سبب می‌شود در رسیدگی به اتهامات و صدور حکم قضات نیز خدشه وارد شود و راه برای تعرض به آزادی‌های افراد جامعه گشوده شود.

بر این اساس، مسئله اصلی پژوهش حاضر، نقدی بر نحوه وضع و اجرای این تبصره و بررسی جهات تعارض تبصره با قواعد کلی حقوق کیفری است. بدین ترتیب، در ادامه تبصره مذکور ابتدا در مرحله تقنین و سپس در مرحله اجرا، تحلیل و بررسی و جهات نقض اصول کلی حقوق کیفری در هر بخش بیان می‌شود. در پایان نیز پیشنهادهایی برای اصلاح تبصره داده خواهد شد.

۱. نقض اصول کلی در مرحله تقنین

همان‌طور که در تعریف اصول کلی گفته شده است، این اصول احکامی کلی، دائمی و الزام‌آورند که مبنای حقوق موضوعه قرار گرفته‌اند و در قانون‌گذاری و دادرسی هدایتگر هستند. اصول حقوقی، فراقانونی هستند و پیروی از آنها حتی برای قانون‌گذار الزامی است (Hayati, 2017: 29).

اصول کلی حقوقی بالاتر از قوانین موضوعه قرار دارند؛ زیرا نه تنها دادرس دادگاه بلکه حتی قانون‌گذار نیز مکلف به رعایت این اصول است و به قانونی که وضع شود و این اصول را نادیده بگیرد، ایراد و انتقاد جدی وارد می‌شود. اصول کلی حقوقی باید منبع نخست و الهام‌دهنده قانون‌گذار به شمار رود (Aghaei Jannet Makan, 2022: 29). قوانین کیفری در هر شکل و قالبی که تصویب شوند، از مهم‌ترین ارزش‌ها و هنجارهای جامعه صیانت و حمایت می‌نمایند. از این رو، برقراری و ایجاد نظم و امنیت در تمامی حوزه‌ها و رفتارهای فردی و اجتماعی رهاورد وضع و اجرای صحیح قوانین کیفری به شمار می‌رود. از این رو، از آنجا که ایجاد محدودیت و ممنوعیت رفتاری از طریق فرایند جرم‌انگاری و سپس اعمال مجازات، امری مغایر با اصل شرعی اباحه است، ضروری است ضمن رعایت مبانی و موازین فقهی از لحاظ رعایت چارچوب‌های قانون‌نویسی ضوابط مقرر نهایت دقت و ظرافت مورد توجه قرار گیرد، در غیر این صورت نه تنها کارکردهای مطلوب قوانین کیفری محقق نخواهد شد، بلکه خود می‌تواند عاملی برای بی‌نظمی و هرج و مرج و بی‌عدالتی باشد (Azimi and Rahmati, 2019: 2). با وجود اهمیت و ضرورت پایبندی به اصول کلی حتی در مرحله قانون‌گذاری، در تقنین تبصره ماده ۷ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، برخی از این اصول نادیده گرفته شده است. شکی نیست که امر به معروف و نهی از منکر هم به لحاظ جایگاه مهم آن در اسلام و هم به‌عنوان یکی از اصول قانون اساسی، اهمیت بسیاری دارد، اما اولاً اهمیت یک موضوع نباید سبب شود که برای حفظ آن بی‌درنگ متوسل به حقوق کیفری شد و ثانیاً در فرض لزوم ورود حقوق کیفری به این حوزه و تعیین مجازات برای آن، نباید به دلایلی همچون اهمیت شرعی آن موضوع یا حفظ حاکمیت و اقتدار سیاسی، اصول و قواعد کلی حقوق کیفری را زیرپا گذاشت؛ چراکه بسیاری از این اصول حتی در فقه نیز مطرح شده‌اند و صبغه شرعی دارند. اصل روشن بودن قوانین به‌عنوان یکی از اجزاء اصل کیفی بودن، اصل

قانونی بودن جرم و مجازات و اصل برائت، اصول مهمی هستند که در وضع این تبصره رعایت نشده است.

۱-۱. نقض اصل روشن بودن قوانین

در سال‌های اخیر اصل قانون‌مداری به تبع احراز اشکالات نظری و عملی وارده و تحت تأثیر مواضع انسان‌مدار حقوقی مفهوم جدیدی تجربه کرده است. این ایده نوین برای اولین بار تحت عنوان اصل کیفیت یا کیفی بودن قانون^۱ مبنای صدور برخی از آراء دیوان اروپایی حقوق بشر^۲ شده است. اصل کیفیت - همان‌طور که دیوان آن را در پرونده‌های مطرح‌شده تعریف کرده - در نظام‌های حقوقی نانوشته سبب اجتناب از خطر خودکامگی متون قانونی می‌شود و در نظام‌های حقوق نوشته نیز اصل قانون‌گذاری و اساساً خود قانون را آماج انتقاد قرار می‌دهد و با گوشزد نمودن لزوم رعایت برخی از اصول قانون‌گذاری و قانون‌نویسی، درواقع چنین اعلام می‌کند که صرف اتکاء به قانون و التزام به آن برای تحقق نظم و عدالت اجتماعی که لازمه نیل به حقوق بشر است کافی نیست و اساساً نمی‌توان به صرف وضع قانون، رسالت مقنن را در انجام وظایف خود تمام‌شده تلقی کرد و حتی نمی‌توان قانون‌نویسی و صرف وجود آن را اتمام حجت دولت برای شهروندان دانست (Mozenzadegan & Rahdarpour, 2017: 194).

این اصل نقطه تمرکز و کانون توجه خود را از بررسی چگونگی تطبیق رفتار شهروندان با قانون مصوب، به خود ماهیت، اصالت، شکل و پروسه وضع قانون معطوف می‌سازد. از این منظر بیش و پیش از آنکه در رفتار شهروندان تحقیق شود، باید در چگونگی و صحت انجام وظیفه مقنن در وضع قانون مناسب و با کیفیت تدقیق نماید. از

1 The quality of law

2. Malone V. United Kingdom, 1984, Para, p. 67

این منظر، تفاوتی که از مقایسه این اصل با اصل قانون‌مداری یا اصل قانونی بودن روشن می‌شود تغییر رویکرد، از تمرکز بر عملکرد قضات به نظارت بر مقنن است.^۱ در ادامه باید گفت یکی از تضمینات مهم رعایت شهروندان در مقابل کنشگران عرصه اعمال حاکمیت، که سنجه مهمی در بررسی کیفیت قانون به حساب می‌آید، لزوم وضع قوانین شفاف و بدون ابهام است. اصل شفافیت و روشن بودن قوانین به معنای آن است که قوانین و مقررات به‌سادگی برای عموم قابل فهم باشد و مدلول آن برای مخاطبان قانون، اعم از مردم و مقامات قضایی با کمترین تلاش درک شود (Yazdani Zenouz, 2009: 279). این اصل به‌عنوان اولین ویژگی مهم اصل کیفیت قانون مورد توجه تمام دولت‌ها و به‌ویژه دیوان اروپایی حقوق بشر قرار گرفته است. از نظر این دیوان اکنون در عصری به سر می‌بریم که نمی‌توان تنها به اصل قانون‌مندی بسنده نمود و تکلیف دولت را در تعیین حدود آزادی‌ها و حفظ نظم اجتماعی تنها به وضع قانون محدود کرد؛ بلکه قانونی می‌تواند محدودکننده آزادی باشد که به شکلی شفاف و بدون ابهام تنظیم شود؛ به عبارت دیگر، تنها با وجود چنین شرطی مقرر تصویب‌شده، قانون است.^۲

با وجود تأثیر مستقیم اصل شفافیت قانون در ارزیابی یک نظام قانون‌گذاری، این اصل در تبصره ماده ۷ قانون حمایت از آمران به معروف مغفول مانده است؛ به گونه‌ای که خواننده را هنگام مواجهه با آن با انبوهی از سؤال و ابهام روبه‌رو می‌سازد. در این تبصره گفته شده است: «چنانچه مجنی‌علیه یا اولیای دم از حق خود گذشت نمایند، جنبه عمومی جرم حسب مورد مطابق ماده (۶۱۴) قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم - تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده مصوب ۱۳۷۵/۳/۲) و تبصره ماده (۲۸۶) از کتاب دوم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ رسیدگی می‌شود.» اولین مسئله‌ای که مخاطب با خواندن تبصره برایش ایجاد می‌شود این است که منظور قانون‌گذار از

1. See for example: K-H.M. V. Germany, 2001

2. See: Sunday Times V. Kingdom United, 1979; Rekvenyi, V. Hungary, 1999

«حسب مورد مطابق ماده (۶۱۴) قانون مجازات اسلامی ۷۵ و تبصره ماده (۲۸۶) قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ رسیدگی می‌شود»، چیست؟^۱ موضوع ماده ۶۱۴، ایراد جنایت عمدی بر عضو است که منتج به نتایج خاصی همچون شکستگی استخوان یا زوال عقل شود. از طرف دیگر، موضوع ماده ۲۸۶ نیز جرم حدی افساد فی‌الارض است که در صدر ماده قانون‌گذار ابتدا هشت دسته جرایم را موضوع این ماده قرار داده است: ۱. جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد؛ ۲. جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی؛ ۳. نشر اکاذیب؛ ۴. اخلال در نظام اقتصادی کشور؛ ۵. احراق؛ ۶. تخریب؛ ۷. پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک؛ ۸. دایر کردن مراکز فساد و فحشا. آنگاه معاونت در تمامی این موارد را نیز مفسد دانسته است.

آنچه بیش از همه در این ماده چشمگیر است، استفاده از یک سری قیود خاص است. «به‌طور گسترده»، «اشاعه فساد و فحشا در حد وسیع»، «ورود خسارت عمده» و

۱. ماده ۶۱۴ ق.م.ا: «هر کس عمداً به دیگری جرح یا ضربی وارد آورد که موجب نقصان یا شکستن یا از کار افتادن عضوی از اعضا یا منتهی به مرض دایمی یا فقدان یا نقص یکی از حواس یا منافع یا زوال عقل مجنی علیه گردد در مواردی که قصاص امکان نداشته باشد چنانچه اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد به حبس درجه شش محکوم خواهد شد و در صورت درخواست مجنی علیه مرتکب به پرداخت دیه نیز محکوم می‌شود».

ماده ۲۸۶ ق.م.ا: «هر کس به‌طور گسترده، مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اخلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد به گونه‌ای که موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد».

تبصره- هرگاه دادگاه از مجموع ادله و شواهد قصد اخلال گسترده در نظم عمومی، ایجاد ناامنی، ایراد خسارت عمده و یا اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع و یا علم به مؤثر بودن اقدامات انجام شده را احراز نکنند و جرم ارتكابی مشمول مجازات قانونی دیگری نباشد، با توجه به میزان نتایج زیان‌بار جرم، مرتکب به حبس تعزیری درجه پنج یا شش محکوم می‌شود».

«موجب اخلال شدید». «به‌طور گسترده» قید رفتار مجرمانه است و اخلال شدید و خسارت عمده و اشاعه در حد وسیع، قیدی برای نتیجه مجرمانه تلقی شده است. حال با توجه به موضوع این دو ماده، باید گفت منظور قانون‌گذار از تبصره ماده ۷ که جرائم علیه آمر و ناهی از معروف را به دو ماده مذکور ارجاع داده است، به‌روشنی قابل فهم نیست. به عبارت دیگر، معلوم نیست چه تقسیم‌بندی‌ای مدنظر قانون‌گذار بوده است که برخی جرائم را مشمول ماده ۶۱۴ می‌داند و برخی دیگر را ذیل تبصره ماده ۲۸۶ به حساب می‌آورد. به‌عنوان مثال روشن نیست جرائمی را که علیه تمامیت جسمانی اشخاص رخ می‌دهد مطابق کدام ماده قابل رسیدگی و مجازات می‌داند؛ زیرا ضرب و جرح هم رفتار فیزیکی در ماده ۶۱۴ محسوب شده و هم یکی از رفتارهای فیزیکی در ماده ۲۸۶ است. این در حالی است که روشن نیست اساساً مقنن در انتخاب این دو ماده به‌عنوان معیاری برای مجازات جنبه عمومی تمام جرائم، چه دلیلی دارد. ابهام دیگری که در این تبصره وجود دارد و اصل روشن بودن قوانین را نقض کرده، این است که معلوم نیست مقصود مقنن از «جنبه عمومی جرائم»، تنها جرائمی بوده که در شرایط عادی نیز جنبه عمومی دارند و اکنون می‌خواهد مجازات جنبه عمومی این جرائم را تشدید کند، یا اینکه قصد داشته حتی از این هم فراتر رود و به جرائمی نیز که در سایر شرایط جنبه عمومی ندارند، در صورت ارتکاب علیه آمر به معروف یا ناهی از منکر، جنبه عمومی بخشیده و آن را مشمول ماده ۶۱۴ یا تبصره ماده ۲۸۶ نماید.

بدین ترتیب، واژگان و عبارات مواد قانونی کیفری باید بتوانند به کسانی که موضوع قانون هستند آگاهی دهد که چه رفتاری چنین مجازاتی را در پی دارد و ماده قانونی که عملی را منع یا ایجاب می‌کند با این اندازه از ابهام که هر فرد باهوش معمولی باید معنای آن را حدس بزند، نقض اصل روشن بودن قوانین است (Shahrbabki, 2015: 179).

ابهامات موجود در این تبصره قطعاً در برداشت و فهم حقوق‌دانان و مجریان از آن نیز تأثیرگذار است. این در شرایطی است که از لحاظ فن قانون‌نویسی عبارات و

اصطلاحات مدنظر قانون‌گذار باید صریح و مشخص باشد و تفسیر آنها ممکن نباشد، مگر اینکه ابهام‌آمیز بودن این عبارات رفتاری عامدانه باشد که قانون‌گذار برگزیده است تا امکان تفسیرهای گوناگون را برای قضات فراهم سازد تا از این وضعیت در جهت برقراری حداکثری نظم و امنیت بهره‌مند شوند (Jafari & Gudari, 2023: 157).

۱-۲. نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات

یکی از اصول مهم حاکم بر حقوق کیفری و چه بسا مهمترین اصل، اصل قانونی بودن جرم و مجازات است. به این اصل هم در قانون اساسی^۱ و هم در تمام قوانین مجازاتی توجه شده که در ادوار قانون‌گذاری ایران، قبل و بعد از انقلاب اسلامی، تصویب شده است.^۲ در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ نیز به موجب این اصل انجام یا ترک هر فعلی مادام که حکمی در مورد آن وارد نشده، مباح شمرده شده و بر ترک یا انجام آن مؤاخذه و مجازات مترتب نیست. مقتضای این اصل آن است که هیچ‌کس را نمی‌توان به جرمی مجازات کرد که ممنوعیت آن به افراد واصل نشده است.

۱. اصل چهارم: حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.
۲. ماده ۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴: هیچ عملی را نمی‌توان جرم دانست مگر آنچه به موجب قانون جرم شناخته شده.
- ماده ۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲: هر فعل یا ترک فعل که مطابق قانون قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی یا تربیتی باشد جرم محسوب است و هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی تعیین شده باشد.
- ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱: هر فعل یا ترک فعل که مطابق قانون قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد، جرم محسوب است و هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی تعیین شده باشد.
- ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰: هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌شود.
- ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌شود.

مقنن در تبصره ماده ۷ جنبه عمومی جرائم را مطلقاً مطابق ماده ۶۱۴ و تبصره ماده ۲۸۶ قابل مجازات می‌داند، بدون آنکه تصریح کند آیا احراز شروط و قیود این ماده، برای اجرای حکم آنها بر جرائم موضوع سایر مواد لازم است یا خیر. با این توضیح که ماده ۲۸۶ دارای قیودی است که بیان‌کننده جرم حدی افساد فی‌الأرض است. این ماده چندین جرم را در صورتی که به‌طور گسترده ارتکاب یابد و موجب اختلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع شود مشمول حد افساد فی‌الأرض می‌داند؛ بنابراین احراز قیود «ارتکاب گسترده» در رفتار مجرمانه و «اختلال شدید»، «خسارت عمده» و «اشاعه در حد وسیع» در نتیجه برای تحقق این جرم ضروری است. در تبصره این ماده نیز، وجود این قیود ضروری است، اما مرتکبی که قصد وقوع چنین نتایجی را نداشته باشد از محدوده مفسد فی‌الأرض خارج و مستوجب حبس تعزیری درجه ۵ و ۶ می‌داند.

تمام این قیود گرچه به‌خودی خود مبهم‌اند، فی‌الجمله بیان‌کننده یک مسئله مهم هستند و آن این است که تمام جرائم مذکور در ماده باید با گستره زیادی ارتکاب یابد و نتایج گسترده‌ای بر جای بگذارد. بدین ترتیب، هنگامی که قانون‌گذار در تبصره ماده ۷ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، جنبه عمومی تمام جرائم را مشمول تبصره ماده ۲۸۶ برمی‌شمارد، اگر مقصود وی عدم لزوم احراز شرایط مذکور در این ماده باشد، باید صراحتاً آن را بیان نماید؛ حال آنکه چنین تصریحی در ماده وجود ندارد و از این رو نمی‌تواند انتظار داشته باشد که عموم مردم و حتی قضات بدون وجود نص صریحی در این‌باره از مقصود وی آگاهی و تبعیت نمایند؛ زیرا این امر با مقتضای اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و احترام به آزادی‌های افراد جامعه سنخیت نخواهد داشت.

همین مسئله در ماده ۶۱۴ نیز جاری است. این ماده قیود و شروطی دارد؛ نقصان، شکستن یا از کار افتادن عضو، منتهی شدن به مرض دایمی، فقدان یا نقص یکی از حواس یا منافع و زوال عقل، قیودی است که در عنصر مادی جرم موضوع این ماده

وجود دارد. وجود دو شرطِ اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه و بیم تجری مرتکب یا دیگران ضروری است. حال مسئله مهم آن است که در تبصره ماده ۷ که قانون‌گذار جنبه عمومی جرائم را مشمول ماده ۶۱۴ می‌داند، اگر صرفاً نظر به مجازات این ماده داشته باشد و احراز قیود و شروط ماده را لازم نداند، لازم است که تصریح به این امر نماید. در غیر این صورت، محکومیت فردی که مرتکب ضرب و جرح شده بدون ثابت کردن قیود و شروط موجود در ماده خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

۱-۳. نقض اصل برائت

از جمله اصول و قواعد بسیار مهمی که حقوق کیفری بر مبنای آن استوار و یکی از معیارهای اعمال عدالت محسوب می‌شود، اصل برائت است. براساس این اصل هر انسانی بی‌گناه فرض می‌شود و حقوق جزا حسب ماهیت خود فاقد فرض مسئولیت کیفری است؛ زیرا مجازات جنبه ترذیلی و تعذیبی دارد و بدون اطمینان از تحقق جرم نمی‌توان کسی را مجازات نمود (khazani, 1393: 130).

درباره قلمرو اصل برائت اختلاف نظر وجود دارد، بدین معنا که برخی این اصل را ناظر بر قواعد اثبات دعوی و تنها ناظر بر ضرورت حق دفاع متهم در طی رسیدگی از سوی مقامات قضایی می‌دانند، برخی دیگر معتقدند که این اصل به هیچ وجه منحصر به مرحله رسیدگی و صدور حکم نیست و تمام اجزای یک نظام حقوقی باید به آثار مختلف اصل برائت ملتزم باشند و این خود به معنای استمرار بخشیدن به آثار اصل حفظ کرامت انسان و مصون بودن افراد جامعه از هرگونه تعرض است. در حقیقت نباید رعایت اصل برائت را به مرحله رسیدگی و صدور حکم منحصر کرد و پیش از آن، در مرحله وضع قانون کیفری نیز برای تعدی نکردن به حقوق و آزادی‌های اساسی افراد، تصمیم‌گیری قانون‌گذار باید با لحاظ قرار دادن این اصل باشد (Azimi and Rahmati, 2019: 7).

به نظر می‌رسد دیدگاه دوم به صواب نزدیک‌تر است؛ با توجه به اینکه قانون‌نویسی از ابزار اعمال حاکمیت محسوب می‌شود و در حقیقت دولت تمام امکانات و ابزارهای قدرت را در این زمینه دارد و کنترل نکردن آن ممکن است موجب بروز مفسده و سوءاستفاده از قدرت شود، صاحبان امر باید برای قانون‌نویسی استانداردهای بالایی را در نظر بگیرند تا قانون‌گذاری منجر به نقض بی‌مورد حریم خصوصی و حقوق پایه‌ای افراد نشود. در حقیقت اعمال اصل برائت در مرحله تقنین به معنای تدوین قانون به گونه‌ای است که تا حد امکان حقوق و آزادی‌های اشخاص حفظ شود. به موجب این اصل، جرم شناختن، حکمی است استثنایی و قانون‌گذار باید هنگام تدوین قوانین در نظر داشته باشد که افراد براساس بسیاری از اصول قانون اساسی و همچنین براساس قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، از حقوق متعددی برخوردار هستند؛ بنابراین اصل این است که این حقوق و آزادی‌ها نباید از جانب هیچ‌کس حتی مقنن مورد تعرض قرار گیرد؛ لذا زمانی که قانون‌گذار می‌خواهد با تدوین قوانین این حقوق را تحت الشعاع قرار دهد، ضروری است تا حد امکان دایره محدودیت و ممنوعیت را مضیق بدارد تا آسیب کمتری به آزادی‌های افراد وارد شود و افراد کمتری به سیستم کیفری وارد بشوند. بر این اساس، اصل برائت در مرحله تقنین تضمین‌کننده این است که قوانین منصفانه و عادلانه باشد و از حقوق افراد تا حد ممکن محافظت شود.

در اینجا باید گفت عمل قانون‌گذار در وضع تبصره ماده ۷، برخلاف آن چیزی است که اصل برائت در قانون‌گذاری اقتضاء می‌کند. مقنن در تعیین مجازات برای جنبه عمومی جرمی که علیه آمر و ناهی رخ داده است، مجازات تمام جرائم را مشمول ماده ۶۱۴ و تبصره ماده ۲۸۶ کرده است. این اقدام قانون‌گذار فارغ از آنکه به روشنی معلوم نیست چه معیاری را برای تقسیم‌بندی جرائم بین این دو ماده در نظر داشته است، با اصل برائت نیز در تعارض است. در این باره باید گفت اولاً به دلیل ابهام و اطلاق ماده معلوم نیست که واقعاً مقصود قانون‌گذار در نظر گرفتن جنبه عمومی برای تمام جرائم

است یا تنها جرائمی را که در آنها شرایط مواد ۶۱۴ و ۲۸۶ اثبات شود دارای جنبه عمومی می‌داند. بدین ترتیب، در صورتی که قانون‌گذار درواقع احتمال دوم را برگزیده باشد؛ یعنی تنها جرائمی را که در آنها شرایط مواد ۶۱۴ و ۲۸۶ اثبات شود غیرقابل گذشت بدانند، این نحو تقنین ماده با اصل برائت در تعارض است، زیرا سبب شده است در مرحله اجرا دسته‌ای از قضات به سمت برداشت احتمال اول پیش بروند و گستره وسیع‌تری از جرائم را غیرقابل گذشت بدانند.

نکته بعدی آنکه اگر قانون‌گذار واقعاً نیز احتمال اول را در نظر گرفته باشد- اگرچه طبیعی است در قانونی که به‌طور مجزا برای حمایت از گروهی خاص در جامعه نوشته می‌شود، مجازات‌های سنگین‌تری نسبت به افراد عادی وضع شود- به نظر می‌رسد در پیش گرفتن این سیاست افتراقی و توسعه دایره این تبصره به تمام جرائمی که در صورت ارتکاب علیه کسی غیر از آمر و ناهی، جنبه عمومی ندارند، مبنای واضح و مشخصی ندارد. اصل برائت به‌عنوان یک اصل اساسی و مهم، ضامن حقوق و آزادی‌های مشروع و همچنین حافظ کرامت و حیثیت شهروندان است؛ بنابراین وضع قانون جزا را نیز قانون‌گذار باید در جهت این اصل قرار دهد و کیفرگذاری و محدود کردن آزادی‌های افراد با دقت و حساسیت زیادی انجام گیرد.

۲. نقض اصول کلی در مرحله قضایی

براساس مصاحبه و اطلاعات جمع‌آوری شده از قضات دادسرای تخصصی شعبه عفاف و حجاب، به‌طور کلی در رویه قضائی، در ارتباط با ماده ۷ قانون حمایت از آمرین به معروف و ناهیان از منکر و تبصره آن، سه دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول که قائلان به آن، ماده و تبصره مزبور را نهایت تجلی حمایتی قانون فوق‌الذکر از آمران به معروف و ناهیان از منکر می‌دانند به این صورت است که علاوه بر سخت‌گیری‌های مورد توجه مقنن در نفس ماده، با عنایت به عبارات به کار رفته در تبصره این ماده و همچنین سیاق موضوع، ایراد هرگونه جرح به آمران به معروف و

ناهیان از منکر مطلقاً مشمول مجازات ماده ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی ۷۵ و همچنین در مواردی که جرمی جز ایراد ضرب و جرح نسبت به آمران به معروف و ناهیان از منکر واقع شود، موضوع مشمول مجازات تبصره ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی است؛ بنابراین اولاً مطابق نفس ماده ۷ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، مجازات اشخاصی که مبادرت به اعمال مجرمانه نسبت به آمران به معروف و ناهیان از منکر می‌نمایند قابل تخفیف یا تعلیق نیست. ثانیاً حسب مفاد تبصره ماده ۷ همان قانون، در صورتی که ضرب و جرحی نسبت به آمر به معروف و ناهی از منکر رخ دهد و این موضوع منتهی به هر گونه جرح در جسم آمر به معروف یا ناهی از منکر شود موضوع علاوه بر جنبه و مجازات خصوصی (دیه) دارای جنبه عمومی مطابق ماده ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی ۷۵ نیز خواهد شد و در این مورد نیازی به احراز قیود (بیم تجری) و حصول شرایط (شکستگی) مذکور در ماده ۶۱۴ نیست. استدلال این گروه بدین صورت است که اولاً در تبصره ماده ۷ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر مطلقاً موضوع ایراد ضرب و جرح نسبت به آمر به معروف و ناهی از منکر با به کارگیری عبارت «مجنی‌علیه» از مصادیق ماده ۶۱۴ در نظر گرفته شده است و پر واضح است که هر شخصی که مورد هر گونه جرحی واقع شده باشد در لسان مقنن «مجنی‌علیه» خطاب می‌شود. ثانیاً در صورتی که هدف این قانون لحاظ کردن شرایط و قیود مندرج در ماده ۶۱۴ باشد، بسیار لغو و به دور از حکمت است که مجدداً موضوع را آن هم این‌گونه و با این ادبیات و در قانونی بیان نماید که با هدف حمایت از اشخاص خاصی وضع شده است. ثالثاً همان‌طور که اشاره شد این قانون با هدف حمایت از کسانی تصویب شده است که با ملاحظه منکری در جامعه اقدام به نهی از آن یا امر به انجام معروف متروک نموده‌اند، حال آنکه در صورتی که موضوع را مقید به قیود و شرایط ماده ۶۱۴ نماییم اصلاً چنین هدفی به وقوع نمی‌پیوندد. رابعاً صرف شدت مجازات به هیچ وجه نمی‌تواند دلیل منطقی بر تفسیر مخالف باشد و رجوع به اصل برائت نیز که هنگام شک و تردید و فقدان مرجحات جاری می‌شود، با توجه به

وجود استدلالات، مرجحات و امارات مذکور متفی است؛ لذا منطقاً این‌گونه نتیجه‌گیری می‌شود که ایراد هر گونه صدمه (جنایت) به آمران به معروف و ناهیان از منکر مطلقاً دارای جنبه عمومی موضوع ماده ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی ۷۵ است.

قائلان به این موضوع درخصوص تبصره ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی نیز این‌گونه استدلال می‌کنند که مطابق تبصره ماده ۷ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر هر جرمی نسبت به آمران به معروف علاوه بر جنبه خصوصی، جنبه عمومی و غیرقابل گذشت نیز دارد و حتی در صورت گذشت آمر به معروف در هر حال جنبه عمومی آن قابلیت رسیدگی خواهد داشت. حال آنکه با توجه به نحوه بیان تبصره ماده ۷ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر در صورتی که موضوع از مصادیق ایراد ضرب و جرح منتهی به قتل باشد، مسلماً ضمن مراجعه به عموماً، موضوع از مصادیق ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی خواهد بود. همچنین اگر فعل مجرمانه نسبت به آمران به معروف و ناهیان از منکر ایراد ضرب و جرح عمدی باشد، موضوع با در نظر گرفتن استدلال قبلی بدون نیاز به احراز قیود و حصول شرایط مضاعف از مصادیق ماده ۶۱۴ خواهد بود؛ اما اگر فعل مجرمانه از این دو مصداق گفته‌شده (قتل، ایراد ضرب و جرح نسبت به آمر به معروف و ناهی از منکر) خارج باشد، جنبه عمومی جرم براساس تبصره ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی رسیدگی خواهد شد. این استدلال این‌گونه توجیه می‌شود که اولاً تبصره مزبور به هر جهت حکم قانونی وضع‌شده و لازم‌الاجرا است و امکان ترک یا طرد بی‌دلیل آن وجود ندارد. ثانیاً در مورد قتل و ایراد ضرب و جرح به شرح فوق تصریح قانونی وجود دارد؛ بنابراین آنچه می‌تواند نظر مقنن باشد ارتکاب سایر جرائم نسبت به آمران به معروف و ناهیان از منکر است.

ذکر این نکته لازم است که علت به کار رفتن عبارت جرح در این دیدگاه اطلاق عبارت جنایت (براساس عبارت به کار رفته در تبصره مربوطه دائر بر مجنی علیه) بر رفتارهای منتهی به قتل، جراحت یا دیگر رفتارهای علیه تمامیت جسمانی اشخاص

است که منتج به یک صدمه مانند کبودی، حارصه، شکستگی یا دیگر مراتب آن شود. درواقع با در نظر گرفتن مواد ۲۸۹ و ۴۴۸ قانون مجازات اسلامی جنایات به مواردی اطلاق می‌شود که مجازات بدوی آن قصاص یا دیه است؛ بنابراین صرف ضرب بی‌اثر از قسمت اول تبصره خارج و مشمول قسمت دوم قرار می‌گیرد.^۱

دیدگاه دوم به این صورت است که همانند قسمت اول دیدگاه نخست، ایراد هرگونه ضرب و جرح نسبت به آمران به معروف و ناهیان از منکر را مشمول مجازات‌های خصوصی (قابل گذشت) و عمومی (غیرقابل گذشت) دیه و تعزیر موضوع ماده ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی تعزیرات و بدون نیاز به احراز قیود و حصول شرایط مذکور در ماده می‌داند اما در مورد قسمت دوم موضوع ساکت است و نظری ارائه نمی‌نماید. بدین صورت که در صورت تحقق دیگر جرائم نسبت به آمران به معروف و ناهیان از منکر موضوع را مانند قائلان به دیدگاه اول مشمول تبصره ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی نمی‌داند. هرچند توجیهی نیز برای نحوه استدلال بر این مقرر قانونی بیان نمی‌کند. علت این امر این است که با توجه به اصل براءت و قاعده ارجحیت خطاء امام (حاکم-قاضی) در عفو نسبت به خطاء در عقوبت و با توجه به تردید موجود، بهتر آن است که از تفسیری خودداری شود که به جرم‌انگاری این‌گونه سنگین منجر می‌شود.

دیدگاه سوم به این صورت است که ایراد ضرب و جرح را نسبت به آمران به معروف و ناهیان از منکر صرفاً زمانی شامل جنبه عمومی موضوع ماده ۶۱۴ می‌داند که قیود و شرایط مذکور در آن ماده یا تبصره آن نیز محقق شده باشد. برای مثال، ایراد ضرب و جرح منجر به شکستگی یا با استفاده از چاقو بوده باشد و همچنین بیم تجری مرتکب نیز احراز شود. قائلان به این دیدگاه ابهام کلی تبصره ماده ۷ قانون حمایت از

۱. نظریات قضات از طرق مصاحبه با ایشان در دادسرای تخصصی شعبه عفاف و حجاب شهر مشهد به دست آمده است؛ البته این مسئله در نشست قضایی ایشان نیز مطرح شده که هنوز در سامانه نشست‌های قضایی منتشر نشده است.

آمران به معروف و ناهیان از منکر را دلیل اصلی نظر خود بیان کرده‌اند و در شرایط مزبور موضوع اصل براءت و تفسیر مضیق به نفع متهمان را اصح می‌دانند. ایشان همچنین در مورد تبصره ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی نیز اظهار می‌دارند با توجه به وجود همین ابهام و بلکه شدیدتر بودن آن در مورد مصادیق رفتارهای مشمول این مقرر قانونی که در تبصره ماده ۷ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر به آن اشاره شده است و با عنایت به فقدان هرگونه مرجع، با در نظر گرفتن اصل براءت و قاعده تفسیر مضیق قوانین کیفری به نفع متهمان، امکان استناد به این تبصره در مقام تفسیر آن، تعقیب اشخاص و صدور رأی به‌طور کلی وجود ندارد. بدین ترتیب، درباره اجرای این تبصره نظر واحدی در سیستم قضایی وجود ندارد و این تعدد نظریات ناشی از تفاوت در برداشتی است که از تبصره مذکور صورت می‌گیرد. این در حالی است که قضات مکلف هستند در مواردی که قانون مبهم باشد یا در صورت نبود قانون به استناد اصول کلی حقوق کیفری به تفسیر و صدور حکم مبادرت نمایند (Najafabadi & Abbasian, 2018: 280 Joghtaei, Nasiran)؛ بدین ترتیب، این اختلاف در تفسیر تبصره سبب شده است در اجرای تبصره ماده ۷، اصول کلی حقوق کیفری همچون اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل براءت و اصل تفسیر مضیق به نفع متهم نادیده انگاشته شود.

۲-۱. نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات

هیچ کشوری نمی‌تواند به قضات خود این مجوز را بدهد تا افراد را در صورت وجود نداشتن قواعد کیفری مدون و مشخص، تحت تعقیب قرار دهند و محاکمه و محکوم کنند. (Yves Jean Clouet, 2023: 76) استعمال الفاظ مبهم، غیرشفاف و مستعد تفسیرهای گوناگون، از طرفی مخاطبان قانون را سردرگم می‌کند و از سوی دیگر، راهی در اختیار دادگاه‌ها قرار می‌دهد تا به سلیقه خود این الفاظ و جملات را تفسیر کنند. وقتی قضات از متن یک قانون مبهم بتوانند تفسیرهای مختلفی داشته باشند، قطعاً آرای صادر

خواهند کرد که عدالت را دستخوش آسیب و خدشه می‌کند، هرچند قضات خود تمایلی به این تشبیه در آراء نداشته باشند (Kazempour, 2017: 84).

در اجرای تبصره ماده ۷ نیز این اختلاف نظریات میان قضات به‌خوبی مشاهده می‌شود. گروه اول، معیار قانون‌گذار در احاله مجازات جنبه عمومی جرائم به ماده ۶۱۴ و تبصره ۲۸۶ را جرائم فیزیکی و غیرفیزیکی می‌دانند؛ بدین صورت که ایراد هرگونه جرح به آمران به معروف و ناهیان از منکر مطلقاً مشمول مجازات ماده ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی ۷۵ و هر جرمی جز ایراد ضرب و جرح، مشمول مجازات تبصره ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی است. مطابق این نظر، اگر کسی ضربه‌ای بر آمر و ناهی وارد کند که تنها موجب سرخی یا کبودی بر بدن وی بشود یا به پوست وی خراشی وارد شود و این ضربه بدون استفاده از هیچ آلت جرحی صورت گیرد، مرتکب باید براساس ماده ۶۱۴ محکوم به حبس درجه ۶ بشود. یا اگر فردی به شخص آمر یا ناهی در مکانی خلوت توهینی کند، یا افترايي به وی وارد کند، به حبس درجه ۵ یا ۶ مقرر در تبصره ماده ۲۸۶ خواهد شد. این محکومیت‌ها در حالی است که احراز هیچ‌یک از قیود و نتایج مقرر در مواد مذکور، لازم نیست. بدین صورت که درمورد شخص اول نیازی نیست عمل وی موجب اخلال در نظم و امنیت جامعه شده باشد یا اینکه بیم تجری او یا دیگران برود. همچنین اینکه رفتار وی به نتایج مذکور در ماده یعنی نقصان یا شکستن یا از کار افتادن عضوی از اعضا، مرض دایمی یا فقدان یا نقص یکی از حواس یا منافع یا زوال عقل منتج نشده است نیز اهمیتی ندارد. در مورد شخص دوم هم نیاز نیست که فعل او از افعال پیش‌بینی‌شده در ماده باشد، بلکه همین که براساس معیار این گروه از قضات، رفتاری غیرفیزیکی محسوب می‌شود برای این ماده کافی است. به علاوه جرم او لزوماً هم نباید به اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع منجر شود؛ زیرا محرز شدن قیود و شروط ماده لازم نیست.

گروه دوم نیز با قسمت اول دیدگاه قبلی هم نظر است. این گروه برای تمام جرائم فیزیکی جنبه عمومی قائل می شود و آنها را مشمول ماده ۶۱۴ قرار می دهد. باید گفت چنین برداشتی از تبصره در تقابل کامل با اصل قانونی بودن جرم و مجازات است. از آنجا که این تبصره مبهم است و صراحتاً بیان نکرده که اولاً معیار تقسیم بندی جرائم بین دو ماده ۶۱۴ و تبصره ۲۸۶ چیست و دوماً احراز قیود و شرایط لازم است یا خیر، قاضی هیچ نصی ندارد برای اینکه شخصی را که مرتکب توهین ساده شده است، محکوم به حبس درجه ۵ یا ۶ بکند. صدور حکم محکومیت مخالفت با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و تقابل با اصل ۴ قانون اساسی^۱ است که حکم به مجازات را تنها به موجب قانون می داند. در صورتی که قاضی در این مرحله شک و ابهامی در تعیین میزان مجازات داشته باشد، به مقتضای اصل قانونی بودن مجازات، نمی تواند حکم به مجازات مشکوک صادر کند.

۲-۲. نقض اصل برائت

همان طور که گفته شد یکی از اصول بسیار مهمی که در اجرای عدالت کیفری نقش بنیادین بازی می کند، «فرض بی گناهی متهم» یا «اصل برائت» است. این اصل را می توان میراث مشترک حقوقی تمام ملل متمدن جهان دانست (Qurbani Nia, 2011: 244). در امور کیفری، اصل بر برائت متهم است مگر اینکه دلیل قاطع بر مجرمیت فرد موجود باشد. اصل برائت یک اصل عقلی است که از عدالت حقوقی ناشی می شود؛ بدین معنا که عدالت اقتضا می کند در مواردی که شخصی در معرض تهمت قرار گرفته است و متهم به ارتکاب جرمی می شود، بی گناهی وی جز در صورت ارائه دلایل قانع کننده ادامه یابد (Shams Natri, 2002: 68).

۱. حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

رعایت نکردن این اصل مهم و اساسی حقوق کیفری، انتقادی است که به تفسیر و اجرای تبصره ماده ۷ وارد است. کسانی که تبصره فوق را چنین تفسیر می‌کنند که هر آسیب فیزیکی مطابق ماده ۶۱۴ و هر آسیب غیرفیزیکی مطابق تبصره ماده ۲۸۶ بررسی می‌شود و حتی احراز شرایط مقرر را در این مواد ضروری نمی‌دانند، جایگاهی برای اصل براءت در موارد ابهام و شک نسبت به مجرمانه بودن عمل، قائل نشده‌اند. حال آنکه باید گفت هرگاه به دلیل وجود شبهه مفهومی در قانون درباره رفتاری تردید شود، به بیان دیگر، به دلیل صراحت نداشتن و ابهامی اجمالی، که در قلمرو مفهومی ماده قانونی وجود دارد، در انطباق عنوان مجرمانه بر رفتار مورد نظر تردید بشود، مقتضای اصل براءت دفع آن جرم از مرتکب رفتار و تبرئه اوست. (Qafi and Shariati, 2013:95) همان‌گونه که گروه سوم از قضات در برداشت خود از ماده به این امر توجه داشته‌اند. گروه دوم نیز، در رابطه با تبصره ماده ۲۸۶ اهمیت این مسئله را درک کرده‌اند و به‌رغم جریان همان معیار قبلی (فیزیکی و غیرفیزیکی بودن) در مورد رفتارهای ذیل ماده ۶۱۴، از صدور حکم براساس تبصره ماده ۲۸۶ نسبت به هر جرم غیرفیزیکی مانند توهین، امتناع دلیل خود را جریان اصل براءت می‌دانند؛ حال آنکه همین دلیل در فرض اول نیز جاری است. سبک‌تر بودن مجازات ماده ۶۱۴ نسبت به تبصره ماده ۲۸۶ نباید سبب شود با خیال آسوده‌تری حکم به محکومیت اشخاص صادر شود؛ زیرا مجازات افراد حتی به اندازه یک روز حبس نیز هنگامی که دلیل قطعی و محکمی وجود ندارد، در تعارض کامل با اصل براءت است. در امور کیفری، حیثیت، آزادی و چه بسا جان افراد مورد تهدید واقع می‌شود و یک دلیل غیرموجه می‌تواند فرد بی‌گناهی را مجازات یا مجرم خطرناکی را از مجازات برهاند. مبنای اصل براءت، بدون تردید عدالت است و هرگاه به این اصل بی‌توجهی شود به حقوق متهم آسیب جدی وارد می‌شود و در نتیجه عدالت مخدوش خواهد شد (Asadi, 2008: 73).

۲-۳. نقض اصل تفسیر مضیق به نفع متهم

در مواردی که فهم و استنباط از قانونی کیفری مبهم باشد علی‌القاعده باید به هر نحو، دنبال کشف مراد و مقصود مقنن بود و در صورتی که مقصود مقنن فهمیده شود، فرقی ندارد که قانون کیفری به صورت مضیق یا موسع تفسیر گردد. درواقع هدف باید کشف مراد قانون‌گذار باشد. با این حال، در مواردی که احراز این امر میسر نباشد مطابق با یکی از نتایج اصل قانونی بودن جرم و مجازات، قوانین کیفری باید به صورت مضیق تفسیر شوند (Azimi and Rahmati, 2019: 6). در متون قانونی جزایی باید به قدر متیقن عبارات اکتفا نمود و نمی‌توان کلمات را به بازی گرفت و فراتر از آن برای رسیدن به مقصود پیش رفت. به عبارت دیگر، همان تفسیر تحت‌اللفظی که فقط به منطوق و مراد مقنن تکیه دارد ملاک تفسیر قرار می‌گیرد.

همین که در اجرای تبصره ۷ تفاسیر مختلفی را قضات ارائه داده‌اند، خود نشان‌دهنده این است که فهم منطوق این تبصره و کشف مراد متکلم کار دشواری است؛ بنابراین در این موارد که قانون‌گذار در مقام بیان جرم و تعیین مجازات است، اگر مراد او روشن نباشد و نتوان از هیچ طریقی مراد قانون‌گذار را به دست آورد و درنهایت شک و شبهه‌ای وجود داشته باشد، قاضی باید قانون را به گونه‌ای تفسیر کند که فقط شامل قدر متیقن و حداقل موارد باشد؛ یعنی مفهوم و مصداق جرم را حتی‌الامکان محدود و مضیق کند و آن را کاهش دهد (Ehsanizadeh et al, 2019: 107). عمل به اصل تفسیر مضیق به نفع متهم در این تبصره هنگامی تحقق می‌یابد که همانند قسمت دوم از دیدگاه دوم و همچنین دیدگاه سوم، تنها رفتارهایی را مشمول این تبصره بدانیم که در محدوده ماده ۶۱۴ و تبصره ماده ۲۸۶ هستند و دقیقاً همان ویژگی‌هایی را دارند که در این دو ماده وصف شده است. باید گفت با این تفسیر درحقیقت تقنین این تبصره لغو به نظر می‌آید و بود و نبود آن تفاوتی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا اگر مقنن این تبصره را هم وضع نمی‌کرد، جنبه عمومی جرمی که موجب ایجاد جراحت مذکور در ماده ۶۱۴ می‌شد، به مجازات همین ماده محکوم می‌شد و نیازی به ذکر مجدد آن نبود. اما باید

گفت در موارد وجود ابهام، نمی‌توان به بهانه زدودن بی‌حکمتی از عمل قانون‌گذار، ابهام را به صورت موسع تفسیر کرد و این اصل حقوق کیفری را زیر پا گذاشت. درواقع این وظیفه خود قانون‌گذار است که با اصلاح ماده، اتهام غیرحکیمانه بودن عمل را از خود دفع نماید نه اینکه قضات برای تحقق این امر دست به تفسیرهایی از کلام مقنن بزنند که با اصول مهم حقوق جزا در تعارض باشد.

فرجام سخن

اصول کلی حقوق کیفری مجموعه ارزش‌های حاکم بر نظام حقوقی است که پایه‌های ساختار حقوقی را تشکیل می‌دهد. رعایت دقیق اصول فوق در رسیدگی به دعاوی، نویدبخش تحقق عدالت است و بی‌توجهی به آنها حق مراجعه‌کنندگان را به دستگاه قضایی تضییع می‌کند و موجبات بی‌عدالتی را فراهم می‌نماید. توجه به شخصیت و کرامت انسانی افراد، رعایت کامل حقوق متهمان و مصون ماندن جان و مال و ناموس مردم را از تجاوز می‌توان از نتایج مسلم رعایت این اصول دانست؛ بنابراین تمام قوانین و قواعد حقوقی با نشأت گرفتن از این اصول، شکل می‌گیرند و اجرا می‌شوند.

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی گاه به‌صراحت (مانند ماده ۲) و گاه بدون تصریح پابندی خود را تا حد زیادی به این اصول نشان داده است. این در حالی است که در یک نعل وارونه در قوانین خاصی که با اهداف مختلف همچون حمایت از حقوق مالی اشخاص، تقبیح و مقابله مشدد با یک جرم خاص یا حمایت از دسته خاصی از بزه‌دیدگان وضع کرده است، به خاطر مصالح مورد نظر خود این اصول را نادیده گرفته است. قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، یکی از قوانینی است که در تبصره ماده ۷ آن، آشکارا تقابل با اصول کلی حقوق کیفری، هم در مرحله تقنین و هم در مرحله قضا، دیده می‌شود.

همان‌طور که در این پژوهش مشاهده شد، می‌توان گفت ریشه اصلی نقض اصول کیفری در مرحله اجرایی، تفسیرهای متشتت و متفاوت قضات است که علت این مسئله نیز به ابهام موجود در کلام قانون‌گذار و نقض این اصول توسط خود مقنن باز می‌گردد. قوانین کیفری باید حتی‌الامکان صریح، آشکار، قابل فهم و شفاف باشند. اگر قانون‌گذار در وضع قوانین اصول مسلّم حقوق جزا را در نظر داشته باشد و منظور خود را از وضع یک ماده به‌درستی بیان کند، هم از شهروندان می‌توان انتظار آگاهی و تبعیت از آن را داشت و هم می‌توان از اجرای متفاوت و خلاف اصول قضات، جلوگیری کرد.

بر این اساس پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در قالب یک قانون استفساری یا اصلاحی دست به تفسیر یا اصلاح تبصره مذکور بزند و مقصود خود را از این تبصره بیان نماید. حتی اگر مطلوب قانون‌گذار مطابق با دیدگاه اول قضات باشد که معتقد بودند هرگونه جنایت علیه آمران به معروف و ناهیان از منکر مشمول ماده ۶۱۴ و بقیه جرائم مشمول تبصره ماده ۲۸۶ است. اگرچه این دیدگاه سخت‌گیرانه‌ترین تفسیر است، حداقل تصریح مقنن به این امر، سبب می‌شود شهروندان از عاقبت عمل خود آگاه و مجازات آنها، عقاب بالاییان نباشد. از طرفی تکلیف قضات نیز در رسیدگی به پرونده‌ها مشخص می‌شود و از نقض اصول بنیادین حقوق کیفری و تضییع حقوق شهروندان مبرا می‌شوند.

برای اصلاح تبصره دو پیشنهاد داده می‌شود: اول اینکه جرائمی که در شرایط معمولی جنبه عمومی ندارند، از شمول تبصره خارج و جرائمی که دارای جنبه عمومی هستند، مجازاتشان یک درجه تشدید شود. دومین پیشنهاد آنکه اگر مقنن قصد دارد تمام جرائم ارتكابی علیه آمر به معروف و ناهی از منکر را به خاطر مقابله ایشان با گناه و فساد موجود در جامعه و همت آنها در احیاء ارزش‌های اسلامی و احساس مسئولیت نسبت به اجتماع و هم‌نوعان خود، دارای جنبه عمومی اعلام نماید، می‌تواند مجازات جرائمی را که جنبه عمومی دارند یک درجه تشدید و مرتکبان سایر جرائم را محکوم به مجازات‌های جایگزین حبس نماید. در این صورت، اولاً درمورد تمام جرائم، تشدید و سخت‌گیری محقق شده است؛ زیرا در شرایط کنونی حتی درباره دیدگاه اول قضات

می‌توان این انتقاد را وارد کرد که درباره خود جرائم مصرّح در ماده ۶۱۴، تشدید مجازاتی صورت نگرفته است و این خلاف مقتضای قانون حمایتی است. دوماً از آمر و ناهی در برابر جرائمی که در حالت عادی جنبه عمومی ندارند نیز، با در نظر گرفتن جنبه عمومی حمایت کرده است و سوماً در عین حال این جنبه حمایتی سبب افزایش حبس‌گرایی نمی‌شود و براساس سیاست‌های نظام قضایی در جهت حبس‌زدایی است. در پایان باید گفت اگرچه بسیاری از قوانین به دلیل وجود ابهام در قوانین قبلی وضع می‌شوند و همین امر سبب تورم قوانین کیفری می‌شود و اگر قوانین شفاف، منظم و منسجم تصویب گردند، دیگر نیازی به وضع قوانین پراکنده و متعدد برای رفع ابهامات و خلأهای موجود نیست، در شرایط فعلی که تبصره حاضر سبب مشکلات بسیاری شده است، چاره‌ای جز این کار وجود ندارد.

References

- Abdulzadeh Shahrabaki, A. (2015). Good legislation in judicial procedure: a look at the decisions of the US Supreme Court, the French Constitutional Council and the European courts, *Parliament and Strategy*, 23(88), 175-196. [In Persian]
- Aghaei Jannet Makan, H. (2022). The nature and place of general legal principles and their application in Iranian criminal law, *Contemporary Comparative Law Studies*, 13(28), 27-51. doi: 10.22034/law.2022.47260.2966. [In Persian]
- Al-Naraghi, M. (2004). *Al-Sadat University*, Vol. 2, Najaf: Al-Najaf Al-Diniyeh University. [In Arabic]
- Alpa, G. (1994). General principles of law, *Annual survey of international & Comparative Law*, Volume 1
- Asadi, D. (2008). Principles governing criminal justice in Iran's subject law, *Law and Security Research Journal*, 2(4), 71-98. [In Persian]
- Azimi, M; Rahmati, A. (2019). *Getting to know the principles and frameworks of criminal legislation*, Tehran, Iran: Research Center of the Islamic Council. [In Persian]
- Boulanger, J; Mohammadzadeh Vadaghani, A. (1397). General Principles of Law and Subject Law», *Journal of Faculty of Law and Political Science*, 36(0), 73-100. [In Persian]

- Ehsanizadeh, A; Pirahmadian, A; Yathrabi, M. (2019). The principle of rightful acquittal over not being punished, *scientific quarterly of police criminological research*, (1) 1, 11-95. [In Persian]
- Hayati, A. (2017). The concept of the legal principle and its comparison with the legal rule (a comparative study in Iranian and French law), *two-quarter scientific journal of civil law science*, 7(2), 29-44. doi: 10.30473/clk.2018.5422. [In Persian]
- Jafari, M; Gudari, R. (2023). The ambiguities of the law to protect those who command the good and those who refrain from the evil, approved in 1394, *Public Law Thoughts*, 12(2), 170-155. [In Persian]
- Jean Clouet, Y. (2023). *The Seven Principles of Criminal Law*, translated by Seyyed Hossein Hosseini and Hadida Nasiri, first edition, Tehran: Mizan Legal Foundation. [In Persian]
- Joghataei, A; Nasiran Najafabadi, D; Abbasian, R. (2018). The executive scope of legal principles and their relationship with authentic Islamic sources and fatwas, *contemporary legal studies (Islamic jurisprudence and law)*. 10(18), 279-303. doi: 10.22034/law.2019.9678. [In Persian]
- Kazempour, S. (2017). Legal investigation of the principle of legality of crimes and punishments with a look at the Iranian Constitution, *Yar Law*, 2(5), 75-85. [In Persian]
- Khairi, H. (2014). Sociological study of the law to protect those who command the good and those who are against the bad, *Iranian Social Issues Review*, 6(2), 237-262. doi: 10.22059/IJSP.2015.58560. [In Persian]
- Khazani, M. (1393). The principle of acquittal and proof in criminal proceedings, *Legal Research Quarterly*, 1(13-14), 144-125. [In Persian]
- Marcelo, G. kohen; Berenic. S. (2013). *General Principles of Law*, oxford university Press. DOI:10.1093/obo/9780199796953-0063
- Mozenzadegan, H; Rahdarpour, H. (2017). The principle of transparency of the law" and its place in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and Criminal Law of Iran», *views of judicial law*, (81), 193-220. [In Persian]
- Qurbani Nia, N. (2011). *Legal justice*, first edition, Tehran: Publisher of Farhang Danesh and Contemporary Thought Institute. [In Persian]
- Rahami, M; Heydari, A. (1382). New challenges of the principles governing criminal law, *Scientific Journal "Private Laws"*, 1(5), 5-27. [In Persian]
- Shams Natri, M. (2002). The principle of acquittal and cases of deviation from it in criminal law, *Qom Higher Education Complex Publication*, (14), 65-88. [In Persian]

Ulrike, F. (2005). commanding Right and forbidding Wrong in Islamic thought, Department of History SOAS
/http://www.History.as.ur/welcome.

Yazdani Zenouz, H. (2009). The role of transparency in achieving good governance, *Basic Law*, 6(11), 271-290. [In Persian]

Cases

1. K-H.M. V. Germany, 2001
2. Rekvenyi, V. Hungary, 1999
3. Sunday Times V. United Kingdom, 1979

