

الله
الرَّحْمَنُ
الرَّحِيمُ

شناسنامه فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

صاحب امتیاز: پژوهشکده حقوق و قانون ایران^۱

سندبدر: سیدحسین صفائی مدیرمسئول: محمد درویشزاده مدیر داخلی: محمدهادی جواهر کلام مدیر امور دانشنامه‌ای: رقیه فراهانی ویراستار انگلیسی: احمد بیگی حبیب‌آبادی ویراستار فارسی: محمد تمدن	اعضای گروه دیبران (هیئت تحریریه) براساس مروف، الفباء: ۱. محمد آشوری ۲. محمدعلی اردبیلی ۳. گودرز افتخار جهرمی ۴. محمدجواد جاوید ۵. محمد جعفر حبیب‌زاده ۶. سعید حبیبا ۷. محمد درویش‌زاده ۸. محمد راسخ ۹. حبیب‌اله رحیمی ۱۰. محمدجواد شریعت‌باقری ۱۱. سیدحسین صفائی ۱۲- علی‌اصغر عربیان ۱۳. عباس کریمی ۱۴. ایرج گلدوزیان ۱۵. حمید گوینده ۱۶. محسن مجی ۱۷. سید مصطفی محقق داماد ۱۸. حسین مهرپور ۱۹. علی مهاجری
---	---



فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

امور گرافیکی و صفحه‌آرایی: نسیم قلی‌زاده

امور هماهنگی: مریم نیمی، فاطمه ماستری

امور فنی و رایانه: محمدجواد مجد

ناشر: داد و دانش

تلفن: +۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۱ ، +۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۰

نمبر: +۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۰۲

نشانی فصلنامه: میدان انقلاب، خیابان وحدت‌المرأة، بین خیابان فروردین و خیابان فخر رازی، پلاک ۸۱

نشانی ایمیل: info@Lawmagazine.ir

نشانی سایت: www.Lawmagazine.ir

چاپ: نقش طوبی

شمارگان: ۱۵۰ نسخه

قیمت: ۷۵۰/۰۰۰ ریال



وزارت علوم تحقیقات و فناوری
انجمن علمی آمیز اد رسی نی ایران



وزارت علوم تحقیقات و فناوری اطلاعات
پژوهشکده حقوق و قانون ایران
Iranian Law and Legal Research Institute

این نشریه حاصل فعالیت مشترک پژوهشکده حقوق و قانون ایران و انجمن علمی آمیز دادرسی مدنی است.

۱. به استناد روزنامه رسمی شماره ۲۲۰۸۸ مورخ ۹۹/۱۰/۲۲ عنوان مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوقی علامه، بهشرح فوق تغییر یافت.

راهنمای تدوین مقالات فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

- مقالات به زبان فارسی بوده و قبلًا در نشریه دیگری پذیرش یا چاپ نشده باشد.
- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری و دستاورد علمی نویسنده یا نویسنده‌گان باشد.
- نویسنده یا نویسنده‌گان پس از ارسال مقاله به نشریه و تا تعیین تکلیف نهایی آن در نشریه، اجازه ارسال آن را برای نشریه دیگر ندارند.
- مقالاتی که بیش از یک نویسنده دارد، نویسنده مسئول مشخص و ترتیب همکاری نویسنده‌گان تعیین شود.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- حجم مقالات نباید از ۲۵ صفحه (۱۰۰۰۰ کلمه) تجاوز کند.
- کلیه مسئولیت‌های ناشی از صحت علمی مقالات بر عهده نویسنده یا نویسنده‌گان است.
- فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی برای ویرایش مقالات آزاد است.
- فصلنامه در تعیین نوع مقاله (پژوهشی، ترویجی، مروری، کاربردی، مورد پژوهشی و ...) بر اساس نظر داوران و هیأت تحریریه (گروه دبیران) آزاد است.

نحوه تنظیم مقاله:

- مقاله علمی - پژوهشی شامل عنوان، چکیده مقاله، واژگان کلیدی، مقدمه، تجزیه و تحلیل، نتیجه‌گیری و منابع است.
- اطلاعات کامل نویسنده یا نویسنده‌گان، مرتبه علمی، تعیین نویسنده مسئول و ترتیب اسامی نویسنده‌گان در مرحله ثبت اطلاعات در سامانه صورت می‌گیرد و فایل‌های ارسالی مقالات باید بدون نام و اطلاعات نویسنده‌گان در سامانه بارگذاری شود.
- چکیده مقاله، شرح مختصر و جامعی از محتوای مقاله شامل بیان مسئله، هدف، ماهیت و چگونگی پژوهش، نکته‌های مهم نتیجه و بحث است. تعداد کلمات چکیده حداقل ۳۰۰ کلمه باشد و واژگان کلیدی حداقل ۴ و حداقل ۷ واژه باشد.
- مقدمه مقاله بیانگر مسئله پژوهش است. محقق باید زمینه‌های قبلی پژوهش و ارتباط آن را با موضوع مقاله و وجوده تمایزش را به اجمال بیان و در پایان انگیزه تحقیق را بیان کند.

- در تیترها از شماره‌گذاری استفاده شود و تمایز بین تیتر اصلی و فرعی با فونت و شماره مشخص شود.
- در ترکیبات، فعل‌ها یا کلمات چندجزیی فاصله بین حروف با نیم‌فاصله باشد.
- در متن مقالات معادل انگلیسی اصطلاحات و یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر نویسنده ضروری است) در پاورقی درج شود.
- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در متن مقاله به صورت درون متنی و داخل پرانتز به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار؛ شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) نوشته شود.
- اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده (نویسنده‌گان) به شرح زیر آورده شود:
 - کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، (سال انتشار)، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر.
 - مقاله: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام مجله، دوره، شماره مجله، شماره صفحات شروع تا پایان مقاله.
- منبع الکترونیک: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان مقاله»، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.
- ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه <http://www.lawmagazine.ir> امکان‌پذیر است. لذا لازم است از ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر فصلنامه یا ارسال مقاله از طریق ایمیل خودداری شود.
- ارتباط با سردیر از طریق پست الکترونیکی info@lawmagazine.ir امکان‌پذیر است.

فهرست مقالات^۱

ترک فعل‌های خسارت بار در ابتکار قانون و مقررات نویسی	۷	سید حسن صفائی، محمد درویشزاده
سرمقاله: واکاوی دیدگاه‌های خاص علامه کاشف‌الغطا در احوال شخصیه با رویکرد تطبیقی		
اقلیت‌های دینی ایرانی	۱۲	
		امید توکلی کیا
نقش اصل عموم در تفسیر قراردادها	۴۶	
		جواد شمسی، علی اکبر فرجزادی
اضطراب معرفتی به مثابه اصل بنیادین زندگی اجتماعی	۷۴	
		محمد رضا دانش شهرکی
مقایسه سوگند جزایی با سایر ادله اثبات جرائم	۱۹	
		رقیه ماستری فراهانی، عادل ساریخانی
تعارض گواهان در شهادت بر شهادت با تکیه بر بنیادهای فقه اسلامی	۱۵۰	
		علی کشاورز، علیرضا عسگری، احسان سلطانیان نژاد، اکرم دارابی
سازمان ثبت اسناد و املاک و رابطه آن با استقلال قوه قضائیه	۱۷۸	
		نوربخش ریاحی
ارزیابی نقش شرکت‌های کارگزاری در مبارزه با پولشویی و ارائه توصیه‌های سیاستی	۲۱۱	
		محمد هرمزی، غلامعلی میرزایی منفرد
چکیده دانشنامه‌ای نشریه	۲۴۶	
خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات	۲۵۳	

ترك فعل‌های خسارت بار در ابتکار قانون و مقررات‌نویسی

سید محسن صفائی^۱

محمد درویش‌زاده^۲

سرمقاله:

قوه قضائیه، دستورالعمل «نحوه مقابله با ترك وظایف قانونی مدیران و کارمندان و پیشگیری از آن» را در تاریخ ۱۳۹۹/۰۷/۳۰ تدوین و در روزنامه رسمی مورخ ۵ آبان ۱۳۹۹ منتشر کرد. از تدوین این دستورالعمل استقبال می‌کنیم. خصوصاً آنکه در این دستورالعمل با ذکر شماره مواد و قوانین متعدد، پیش‌بینی شده است که در مواردی که احتمال بروز خطر یا حادثه یا ورود خسارت به منابع عمومی در اثر عدم رعایت موازین و مقررات و نظمات دولتی باشد، هشدار لازم به مقامات مذبور داده شود (بند ج ماده ۲ و نیز ماده ۳) و همچنین در بند الف ماده ۳ پیش‌بینی شده است که «اگر ترك وظایف قانونی مدیران، مسئولان و رؤسای دستگاه‌های اجرایی و اهمال در انجام وظایف و عدم نظارت بر کارکنان موجب تضییع حقوق عمومی یا ایراد صدمه یا خسارت بر اموال عمومی یا منافع بیت‌المال و یا حقوق اساسی ملت یا امنیت عمومی و دیگر حقوق مصّرّح در قانون اساسی ناظر بر حقوق عامه شود و یا مضر به سلامت و یا امنیت مردم شود و یا این قبیل اقدامات سبب بروز یا توسعه خسارات و صدمات گردد و دارای وجه مجرمانه باشد، در اسرع وقت نسبت به تعقیب موضوع، جمع آوری ادله و نظرات بر تحقیقات، اقدامات لازم را به عمل آوردن و مراتب را به دادستان کل جهت پیگیری اعلام نمایند.» و همچنین مواد مختلف این دستورالعمل برای دادسراهای سراسر کشور، دیوان عدالت اداری و سازمان بازرگانی کل کشور، تکالیف متعددی پیش‌بینی شده است، اکنون با اغتنام فرصت از توجهی که در رابطه با «ترك فعل‌های خسارت بار

۱. سردبیر

۲. مدیرمسئول

توسط مقامات عمومی» پیش‌بینی شده است، لازم است متذکر شود که ترک فعل‌های خسارت بار مقامات عمومی، منحصر به فعالیت‌های عملی دستگاه‌های اجرایی نیست. بلکه تکالیف راجع به ابتکار قانون، قانونگذاری و مقررات‌نویسی نیز در موارد عدیده مورد بی‌توجهی، اهمال و ترک فعل مسئولان قرار می‌گیرد و خسارت‌های فراوانی را به بار می‌آورد و لازم است این موارد نیز در شمار ترک فعل‌های خسارت بار مورد توجه قرار گیرد و حسب مورد ضمانت اجراهای مدنی، انتظامی، انضباطی و متناسب برای آن پیش‌بینی و تدابیر لازم برای پیگیری آن اتخاذ شود. در این فرصت به دو نمونه از این ترک فعل‌ها اشاره می‌کنیم.

اول: ترک فعل خسارت بار در مقررات‌نویسی مرتبط با حقوق مؤلفان و مصنفوں: این ترک فعل در ارتباط با ماده ۸ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفوں و هنرمندان پدید آمده است. قانون مذبور در سال ۱۳۴۸ به تصویب رسیده است و ماده ۱۲ آن نیز در سال ۱۳۸۹ مورد اصلاح قانونگذار قرار گرفته است. در ماده ۸ آمده است: «کتابخانه‌های عمومی و مؤسسات جمع‌آوری نشریات و مؤسسات علمی و آموزشی که به صورت غیرانتفاعی اداره می‌شوند می‌توانند طبق آیین‌نامه‌ای که به تصویب هیئت‌وزیران خواهد رسید از اثرهای مورد حمایت این قانون از راه عکس‌برداری یا طرق مشابه آن به میزان مورد نیاز و متناسب با فعالیت خود نسخه‌برداری کنند». اما با وجود انقضای بیش از ۶۰ سال از تصویب این ماده قانونی! هنوز آیین‌نامه موضوع این ماده تدوین نشده است! و عدم تدوین این آیین‌نامه موجب بروز خسارت‌های متعددی شده است که اهم آنها عبارتند از:

- ۱- عدم توسعه کتابخانه‌های عمومی و مؤسسات علمی و آموزشی با بهره‌برداری از مفاد این ماده قانونی
- ۲- افزایش هزینه‌های کتابخانه‌های عمومی و مؤسسات علمی و آموزشی برای تأمین منابع کتابخانه‌ای موضوع این ماده
- ۳- محروم شدن دانشجویان و متقاضیان بی‌بصاعت یا کم بصاعت که در این زمینه تقاضا داشته‌اند و محروم شده‌اند.
- ۴- کند شدن آهنگ اشعه اطلاعات، توسعه و ترویج کتاب‌ها و در دسترس بودن خدمات کتابداری برای آحاد ملت.

۵- کند شدن آهنگ شکل‌گیری و فرهنگ سازی در حوزه حقوق مالکیت فکری برای استفاده عمومی از دانش بشری.

مسئولیت مستقیم مقررات‌نویسی در این حوزه متوجه دو وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و وزارت دادگستری فعلی است و بعید است که پاسخی قانع کننده بر ترک فعل ۶۰ ساله موجود! قابل ارائه و پذیرش باشد. ممکن است گفته شود در حکم قانون گذار زمان مشخصی برای تدوین این آیین‌نامه مشخص نشده است! و یا گفته شود تدوین این آیین‌نامه به کرات آغاز شده اما به نتیجه نرسیده است! و یا اینکه منتظر تدوین قوانین خاص در حوزه مالکیت فکری بوده‌ایم! و ... اما هیچ کدام از این معاذیر، توجیهی برای تأخیر ۶۰ ساله در مقررات‌نویسی مربوط به این ماده قانونی نمی‌باشد و خسارتبه که جریان تولید و اشاعه دانش و اطلاعات و ضعف فرهنگ مطالعه و دسترسی به اطلاعات از این ناحیه متحمل شده است و کاروان دانش و توزیع اطلاعات را معطل کرده و دسترسی به اطلاعات را با تأخیر مواجه کرده است امر قابل بخشش و قابل جبرانی نیست و بر پژوهشگران و دانشمندان حقوقی فرض است که این غفلت‌ها و ترک فعل‌ها را یادآوری کنند و مسئولان آن را بازخواست کنند و آثار زیان بار این ترک فعل‌ها را نشان دهند.

دوم؛ تکلیف به ارائه لایحه رسیدگی به تخلفات و جرایم موضوع قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴؛ این تکلیف در تبصره ماده ۳۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ پیش‌بینی شده و در آن آمده است: «قوه قضائیه مکلف است لایحه رسیدگی به تخلفات و جرایم موضوع این قانون را حداقل ظرف مدت ۶ ماه از تصویب این قانون، از طریق دولت تقديم مجلس شورای اسلامی نماید» در خصوص تکلیف مقرر در این تبصره، دو نکته قابل توجه است. اول اینکه در متن ماده ۳۲ تکلیف قوه قضائیه برای «تعیین شعب خاص ویژه رسیدگی به تخلفات و جرایم ناشی از اجرای قانون اصل ۴۴ و همچنین قانون بازار اوراق بهادار مصوب سال ۱۳۸۴» تکلیف شده است. و دوم اینکه زمان تصویب این ماده و تبصره آن، بهمن ۱۳۸۶ بوده که اکنون بیش از ۱۳ سال از تصویب آن می‌گذرد. اما «لایحه رسیدگی به تخلفات و جرایم موضوع قانون اصل ۴۴» تاکنون به تصویب نرسیده است! و مشخص نیست که این لایحه توسط قوه قضائیه ارائه شده است یا خیر؟ نکته قابل توجه این است که مطابق ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس

قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸ «دولت موظف است لواح قضایی را که توسط رئیس قوه قضائیه تهیه و تحويل دولت می‌شود، حداکثر طرف مدت ۳ ماه تقديم مجلس شورای اسلامی نماید» و در تبصره الحقی این ماده که در ۱۳۹۲/۰۷/۳۰ به این قانون الحق شده تصریح شده است که «در صورتی که دولت در مدت مذکور نتواند نسبت به تصویب و ارسال لایحه به مجلس اقدام نماید و ۳ ماه دیگر از مهلت قانونی آن بگذرد رئیس قوه قضائیه می‌تواند مستقیماً لایحه را به مجلس ارسال کند» و اکنون این سؤال مطرح است که آیا در طول ۱۳ سال گذشته به این تکلیف عمل شده است یا خیر؟ و اگر چنین لایحه‌ای تهیه و به مجلس ارسال شده است، تکلیف آن در مجلس شورای اسلامی چه شده است؟ و چه کسانی مرتکب ترک فعل در این فرایند شده‌اند؟ اهمیت توجه به ترک فعل‌های خسارت بار در ابتکار لواح و قانونگذاری ناشی از آن است که در حال حاضر بسیاری از مشکلات در حوزه «اجرای اصل ۴۴ و خصوصی سازی» و یا در ارتباط با «وضعيت بورس و اوراق بهادر» مطرح است و طبیعی است که این مشکلات در سطح ملی بارها و بارها مورد توجه مقامات عالی کشور قرار گرفته است. یقیناً بخشی از این مشکلات ناشی از عدم تدوین و تصویب دقیق و واضح تخلفات و جرایم موضوع این دو قانون است که در ماده ۳۲ و تبصره آن پیش‌بینی شده است. اگر به این تکلیف عمل شده بود، آیا بحران‌هایی که در رابطه با «واگذاری و خصوصی سازی» حوزه «بورس و اوراق بهادر» مطرح شده (و میلیون‌ها نفر از جامعه ایرانی را با خود درگیر کرده است) در این سطح پدید می‌آمد؟ آیا پرداختن‌های شعاری، خبری و رسانه‌ای و حتی رسیدگی‌های قضایی به چالش‌ها و بحران‌های ناشی از خصوصی سازی و واگذاری‌های دولتی و مسائل بورس و اوراق بهادر چاره کار هست؟ یا سنجیدن و محاسبه کردن و پیشنهاد و ابتکار لواحی که مشتمل بر تخلفات و جرایم موضوع این دو قانون باشد اولویت داشته است؟ آیا پوشش‌های خبری و رسانه‌ای که مسئلان مختلف قوا در رابطه با بحران‌های ناشی از «خصوصی سازی و واگذاری» و «بورس و اوراق بهادر» داشته‌اند و حتی در مواردی از سوی مقام معظم رهبری مورد ایراد و توجه قرار گرفته است و مشکلاتی که در این زمینه تمامی قوای کشور را درگیر کرده و بر زندگی درصد عظیمی از مردم سایه افکنده و شرایط اقتصادی آنها را تحت تأثیر قرار داده است، نیازمند تدوین لایحه تخلفات و جرایم موضوع این قانون نبوده

است؟ آیا گذشت بیش از ۱۳ سال از تکلیف پیش‌بینی شده در این قانون! -خصوصاً با توجه به زمان‌بندی شش ماهه! برای انجام این تکلیف قانونی -ایجاب نمی‌کرد که قوای سه گانه با عطف توجه به این تکلیف قانونی نسبت به آسیب‌شناسی و قانونگذاری دقیق و بهینه برای این موضوع اقدام کنند؟ اکنون به اقتضای رسالت علمی و پژوهشی خود، دستگاه‌های اجرایی و قوای سه گانه را به ترک فعل‌های خسارتخانه ابتکار قوانین کارآمد، قانونگذاری و مقررات‌نویسی -در مواردی که خلاً قانونی وجود دارد- توجه داده و خود را مکلف می‌دانیم با رصد و پیمایش دقیق ترک فعل‌هایی که در این حوزه انجام شده است، خلاهای موجود قانونی را متذکر شده و از دیگر پژوهشگران و کنشگران حقوقی کشور نیز دعوت می‌کنیم که نسبت به شناسایی موارد و مصاديق این گونه خلاهای ناشی از ترک فعل اقدام کنند و مستولان امر را متذکر شویم و زیان‌های ناشی از این ترک فعل‌ها را یادآور شوند و این‌گونه سؤال‌ها را در دستور پژوهش خود قرار دهند که چه نیازهایی در اصلاح و ابتکار قوانین و مقررات‌نویسی وجود دارد؟ و چه آثاری بر این ترک فعل‌ها بار می‌شود و چه کسانی مسئول هستند؟ ... باشد تا با ابزار پژوهش و تحقیق، به سامان یابی هرچه بهتر حقوق و قانون ایران عزیز مدد رسانیم. بعون ا... تعالی

و اکاوی دیدگاه‌های خاص علامه کاشف‌الغطاء در احوال شخصیه با رویکرد

تطبیقی اقلیت‌های دینی ایرانی

(نوع مقاله: علمی - ترویجی)

امید توکل‌کیا^۱

احوال شخصیه در برگیرنده احکامی است که به انسان اختصاص دارد و به معنای خصوصیاتی است که وضع و هویت شخصی و حقوقی و تکالیف فرد را در خانواده و اجتماع معین می‌کند. این پژوهش به روش توصیفی و تحلیلی دیدگاه‌های خاص علامه محمدحسین کاشف‌الغطاء پیرامون احوال شخصیه با رویکرد تطبیقی به نظرات فقهیان اهل سنت و اقلیت‌های دینی شناخته شده در اصل سیزدهم قانون اساسی از جمله ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی را در سه بخش نکاح، طلاق و وصیت مورد بررسی قرار می‌دهد. یافته تحقیق این است که دیدگاه‌های فرامذه‌بی فقهای امامیه از جمله علامه کاشف‌الغطاء تا چه اندازه می‌تواند در تقریب مذاهب اسلامی به یکدیگر و وضع و تدوین قوانین داخلی و متأثر نمودن دیگر ادیان مؤثر باشد و قانونگذار بهتر است با توجه به اهمیت احوال شخصیه با رویکردی به مبانی شرعی و درنظر گرفتن مقتضیات زمانی، قانونی مستقل مانند برخی کشورها در این خصوص تصویب نماید.

کلیدواژه‌ها: احوال شخصیه، نکاح، طلاق، وصیت، اقلیت‌های دینی، تحریر‌المجله.

شخص در حقوق به دو قسم حقیقی و حقوقی تقسیم می‌شود. در مبحث احوال شخصیه از احوال مربوط به شخص حقیقی بحث می‌شود. اصطلاح احوال شخصیه در فقه سابقاً اصطلاح شناخته شده‌ای نبود و بعدها در دوران معاصر این اصطلاح به پیروی از حقوق خارجی و توسط حقوقدانان به کار گرفته شد. احوال شخصیه در اصطلاح فقهی دربرگیرنده احکامی است که به انسان اختصاص دارد. اصطلاح احوال شخصیه در اوآخر قرن نوزدهم توسط محمد قدری پاشا وقتی که کتاب «احکام الشرعیه فی الاحوال الشخصية» را نوشت وارد فقه اسلامی شد (غندور، ۲۰۱۳: ۸). به نظر می‌رسد این اصطلاح اولین بار توسط علامه محمدحسین کاشف‌الغطاء در انتهای کتاب *قضاء (تحریر المجله)*^۱ در سال ۱۳۶۱ هـ. ق. در فقه شیعه به کار گرفته شد.^۲ علامه کاشف‌الغطاء جلد پنجم *تحریر المجله* را به احوال شخصیه -که شامل نکاح و توابع آن (مهریه، عیوب، اولاد، نفقات)، طلاق و ملحقات آن (خلع، مبارات، ظهار، ایلاء، عده)، وصیت، دین و وقف می‌شود- اختصاص داده است. ایشان در این کتاب دیدگاه‌های نوینی را ارائه نموده است که با توجه به نگرش وحدت امت اسلام و تقریب بین مذاهب مهم و قابل توجه است. در خصوص این موضوع بر اساس تتبع صورت گرفته تحقیق و پژوهشی صورت نگرفته است. اهمیت این پژوهش از این جهت است که او^۳ علامه کاشف‌الغطاء پیشگام فقیهان امامیه هم در تدوین مجموعه‌ای تحت عنوان «احوال شخصیه» بوده است و مجموعه مستقلی را به این موضوع اختصاص داده است و ثانیاً اینکه ایشان پیشگام در عرصه تقریب مذاهب اسلامی بوده است. به عنوان مثال ایشان در خصوص اتحاد بین مسلمانان و اهل کتاب می‌فرماید: «وحدت ایمان به وحدت زبان دعوت می‌کند و وحدت زبان و لغت رابطه است و رابطه، برادری است و برادری حاصل از ادب، بالاتر از

۱. وقد عزمنا بتوفيقه تعالى و معونته ان نجعل لهذا الجزء الاخير [الجزء الرابع] ملحاً نستدرك به ما فات «المجله» من الكتب المهمة العامه البلوي التي يحتاجها القضايا والمحاكمون والحكام اشد الحاجه وهى ما يسمونها اليوم «بالاحوال الشخصية» (كاشف الغطاء، ۱۴۳۲: ۵۱۳/۴).

۲. برخی نویسندها حقوقی بیان داشته‌اند که احتمالاً اولین باری که اصطلاح احوال شخصیه در فقه شیعه به کار گرفته شد، برمی‌گردد به تأليف كتاب (الاحوال الشخصية في فقه اهل بيit(ع)) که در سال ۱۳۷۰ م توسيط (شيخ يوسف فقيه) رئيس وقت محكمه عالي شرع جعفری در بيروت لبنان نگاشته شد.(شفاعی، ۱۳۸۲: ۲۲۷ تا ۲۶۴)

برادری نسبی است و این برادری عناصر گوناگون و مذاهب مختلف را یکی می‌کند. پس مسیحی و یهودی و زرتشتی و صائبی که به زبان و فرهنگ ما خدمت و با ما به طور مساملت آمیزی زندگی می‌کند و با ما در پنهان و آشکار همدردی می‌کند و دشمنان ما را علیه ما یاری نمی‌کنند و از وطن‌های ما پاسداری و حمایت می‌کنند اینها برادران ما مسلمانان و داخل در ذمه مسلمین هستند و مسلمانان باید از آنان حمایت کنند، آنچه برای مسلمانان است برای آنها هم هست و آنچه علیه مسلمانان است علیه آنها نیز هست.» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۶۶/۱). بنابراین با توجه به نگرش علامه در خصوص وحدت بین مسلمانان و دیگر ادیان رسمی سعی گردید که در کنار بیان برخی دیدگاه‌های ایشان نظرات و دیدگاه‌های فقهای اهل سنت و اقلیت‌های دینی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده‌اند، مورد بررسی قرار گیرد. روش تحقیق در این مقاله مبتنی بر مطالعه استقرایی و سطر به سطر کتاب ایشان بوده است و در بیشتر موارد خود علامه بیان نموده است که نظر مشهور فقیهان این است ولی دیدگاه من چیز دیگری است و منظور از دیدگاه‌های خاص، نظراتی است که ایشان آن را منتبه به خود می‌داند و با تعبیر «انا اول من حُکِم»، «الاصح عندنا»، «التحقيق عندنا»، «حق التعبير ان يقال»، «هذا من منفرداتنا» و «لم نجده لاحد» و «لا تجده في غير هذا الكتاب» و تعبیر دیگر یاد نموده است، هرچند که ممکن است اشخاص دیگری این نظر را سابقاً مطرح کرده باشند. با توجه به اصل ۱۲ قانون اساسی و ماده ۶ قانون مدنی، نکاح، طلاق، وصیت و ارث جزء احوال شخصیه است و اینکه علامه کاشف‌الغطاء نیز به مبحث ارث نپرداخته است، بنابراین در این نوشتار ما تنها به بیان دیدگاه‌های ایشان در احوال شخصیه در سه مبحث فقهی نکاح، طلاق و وصیت خواهیم پرداخت و در این خصوص نیز رویکردی تطبیقی به مقررات احوال شخصیه اقلیت‌های دینی ایرانی شناخته شده در اصل سیزدهم قانون اساسی خواهیم داشت.

۱- نکاح

در این مبحث به بررسی مفهوم زوجیت، عدم لزوم صیغه عربی در تحقق نکاح، نکاح قبل از بلوغ، ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتاب، شرط خیار فسخ در نکاح، عدم ذکر مدت، نفقه، ارث و حق قسم زوجه در نکاح منقطع می‌پردازیم.

۱-۱. مفهوم زوجیت

علامه کاشفالخطاء معتقد است که زوجیت سعادت زندگی و کمال طبیعی برای انسان است و این تعبیر را هیچ‌کس بیان نکرده است درحالی که آن حقیقتی ارتکازی است (کاشفالخطاء، ۱۴۳۲-۱۱/۵).^۱ نکاح یا ازدواج در قانون مدنی ایران و بسیاری از کشورها از جمله فرانسه تعریف نشده است. البته برخی کشورهای اسلامی آن را تعریف کرده‌اند. ماده ۱ قانون احوال شخصیه سوریه (۱۹۵۳) بیان می‌دارد: «ازدواج یک قرارداد بین یک مرد و یک زن است که از لحاظ قانونی حق ایجاد یک پیوند از زندگی مشترک و فرزندان دارد.»^۲ ماده ۲ قانون احوال شخصیه عراق (۱۹۵۹) تکرار ماده ۱ قانون احوال شخصیه سوریه است. برخی حقوقدانان اسلامی نکاح را چنین تعریف کرده‌اند: «نکاح عقدی است که به هریک از زوجین حق استمتاع از دیگری را به وجه مشروع می‌دهد.» (صفایی، امامی، ۱۳۸۵: ۲۳). البته علامه کاشفالخطاء تعریف زوجیت را بیان نکرده است، بلکه تنها هدف غایی از آن را بیان نموده است چرا که زوجیت عبارت است از علقه و رابطه همسری میان زن و شوهر که برآیند و نتیجه عقد نکاح اعم از دائم و موقت است و در واقع ایشان زوجیت را مفهومی بدیهی (ارتکازی)^۳ می‌داند. شایسته بود که قانونگذار در قانون مدنی همچون برخی دیگر از مباحث (بیع، اجاره، عاریه و موارد دیگر)، ابتدا تعریفی از نکاح بیان می‌نمود

۱. «انها [الزوجية] كمال ثانوي طبيعي للإنسان ... و ما ذكرناه ... بانها كمال طبيعي للإنسان لم نجد له لاحدا، مع أنه حقيقه ارتکازيه.»

۲. «الزواج عقد بين رجل ومرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطه للحياة المشتركة والسل.»

۳. ارتکاز عبارت است از شعوری عمیق نسبت به نوع حکمی که انجام یا ترک آن از سوی عقلاً و متشرعاً صادر می‌گردد، بدون این که دقیقاً منشأ آن شناخته شود. بدین جهت هرگاه فعلی در پرتو سیره (مشترعه یا عقلاییه) به جهت مداومت در تکرار و استمرار در ذهن سخت جای‌گزین و استقرار و ثبوت یابد، آن را «ارتکازی» گویند (توكلی کیا، ۱۳۹۱: ۹).

چرا که تنها با تعریف دقیق است که وجه امتیاز امور مختلف از یکدیگر آشکار می‌شود. در مفهوم شرعی نکاح بین اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد، برخی معتقدند که نکاح حقیقت در عقد و مجاز در وطی است و برخی دیگر آن را حقیقت در وطی و مجاز در نکاح می‌دانند، برخی دیگر آن را مشترک لفظی بین وطی و نکاح و برخی مشترک معنوی دانسته‌اند (قدوری، ۱۴۲۱: ۳۸۵). برخی نکاح را این‌گونه تعریف کرداند: «هو عقد وضع لتملك المتعه بالاشي قصدأ، والقيدا الأخير لاخراج شراء الامه للتسرى و المراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له» (سیواسی، ۱۸۶/۳). بر اساس ماده ۲۵ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۱۳، ازدواج یا زناشویی در مسیحیت، یک عقد دائمی و عهد و پیمان مقدس کلیساپی، اجتماعی و خانوادگی می‌باشد.

۱- عدم لزوم صیغه عربی در تحقق نکاح

مشهور فقیهان قائل به اعتبار عربی بودن در عقد نکاح هستند و ترجمه را به هر صورت که باشد، کافی نمی‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۷/۲۳). مرحوم کاشف‌الغطاء این قول را به احتیاط نزدیک‌تر دانسته است، ولی می‌گوید قول اقوی صحت عقد هر قومی با زبان خودشان می‌باشد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۲۱/۵). در فقه اهل سنت برخی معتقدند که عربی بودن لفظ شرط است هرچند شخص معنای آن را نداند و برخی آن را شرط نمی‌دانند^۱ (سیواسی: ۱۹۷/۳). اطلاق ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.» به نوعی دیدگاه علامه کاشف‌الغطاء را تایید می‌کند و اینکه ایجاب و قبول به هر لفظی ممکن است واقع شود و عربیت شرط تحقق نکاح نیست.^۲ برخی از حقوقدانان نیز بیان داشته‌اند در عقد نکاح لفظ فارسی کافی است و آنان که لفظ عربی را لازم دانسته‌اند دلیل ندارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۰۱). برخی دیگر فرموده‌اند: «ماده بالا قید ننموده الفاظی که نکاح به‌وسیله آنها منعقد می‌شود باید به چه زبانی باشد، بنابراین به هر زبانی که زوجین آشنا به آن هستند می‌توانند ایجاب و قبول بگویند و عقد نکاح منعقد سازند، ولی آن الفاظ باید صراحتاً مقصود

۱. لو لفنت المراه زوجت نفسی بالعربیه ولم تعلم معناها و قبل الزوج والشهود يعلمون ذلك او لا يعلمون صح كالطلاق و قيل لا كالبيع.

۲. ابن ابی حمزه و علامه بحرانی نیز قائل به عدم عربیت در تحقق نکاح می‌باشند. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۸/۲۳)

طرفین را به انعقاد نکاح برساند.» (امامی، ۱۳۷۴: ۳۵۳/۴). به نظر می‌رسد که آنچه که در تحقیق عقد مؤثر است قصد انشاء و ایجاد آن است و لفظ مبرز خارجی آن می‌باشد. ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرن بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» و لفظ در عقد نکاح نیز وسیله‌ای برای بیان اراده و توافق طرفین است و موضوعیت ندارد و ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی نیز که بیان داشته است عقد نکاح با الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید، واقع می‌شود و ماده ۱۰۶۶ این قانون که وقوع عقد نکاح با اشاره را برای اشخاص لال پذیرفته است مشروط بر اینکه به‌طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد، مovid این تحلیل است.

۱-۳. اجازه ولی در نکاح باکره

در خصوص ولایت و عدم ولایت پدر و جد پدری در خصوص ازدواج باکره اقوال مختلفی^۱ (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۰/۷ تا ۱۲۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱۱/۲۳-۲۱۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۵-۲۶) بین فقیهان وجود دارد، اما علامه کاشف‌الغطاء معتقد است صحیح‌ترین اقوال این است که صحت عقد نکاح موقوف بر رضایت زن و رضایت ولی او (پدر و جد پدری) می‌باشد و فقط با رضایت آن دو با هم صحیح است و در صورت وقوع نزاع و اختلاف نظر حاکم شرع ملاک است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۲۷/۵). ماده ۱۰۴۳ (اصلاحی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴) قانون مدنی بیان می‌دارد: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدر او است.» برخی حقوق‌دانان معتقدند که ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نظریه علامه کاشف‌الغطاء (نظریه تشریک)^۲ را برگزیده است (جهانگردی، ۱۳۸۶: ۲۶). برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که قانون مدنی در این خصوص

۱. در فقه در این خصوص شش نظریه و دیدگاه مطرح شده است.

۲. نظریه تشریک دو فرع دارد:

(الف) تشریک بین زن و پدر و جد پدری؛ این دیدگاه علامه کاشف‌الغطاء، ابوصلاح حلبی و ابن زهره حلبی است (حلبی، ۱۴۰۳: ۲۹۲؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۳۴۳) علامه بحرانی این قول را به شیخ حر عاملی نیز نسبت داده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱۱/۲۳).

(ب) تشریک بین زن و فقط پدر؛ این دیدگاه به شیخ مفید نسبت داده شده است (حلی، ۱۳۸۷: ۲۰/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۲/۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱۲/۲۳).

متاثر از قانون مدنی فرانسه و سویس بوده است (امامی، ۱۳۷۴: ۲۸۸/۴). در میان فقهای اهل سنت دیدگاه نزدیک به قانون مدنی ایران، قول ابویوسف و محمد شبیانی است که معتقدند: نکاح زن نیاز به اذن ولی دارد، لکن آن اذن شرط در نکاح نیست به طوری که جز به وسیله آن عقد منعقد نشود بلکه اگر زن اقدام به ازدواج نماید، صحیح است، پس اگر با غیر هم‌کفو و همتای خویش ازدواج نماید، برای ولی حق اعتراض و فسخ وجود دارد و اگر با هم‌کفو و همتای خویش ازدواج نماید بر ولی واجب است که عقد نکاح را اجازه نماید، در غیر این صورت حاکم اجازه آن را می‌دهد (کاشف الغطا، ۱۴۳۲: ۵/۲۶). ابوحنیفه معتقد است زمانی که دختر بالغ و رشید گردد ولايت ولی ساقط می‌شود و برای ازدواج نیاز به اذن ولی ندارد (قدوری، ۱۴۲۱: ۲۸۸).

بر اساس ماده ۱۵ آینه‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب ۱۳۸۶/۰۲/۲۷ انجمن موبдан تهران، «اجراهای مراسم زناشویی مدامی که دختر و پسر در سن کمتر از بیست و یک سالگی باشد علاوه بر خواست طرفین، رضایت والدین پسر و دختر را نیز لازم دارد، در صورتی که یکی از والدین درگذشته باشد رضایت پدر و یا مادر زنده شرط خواهد بود و چنانچه از والدین هیچ‌یک زنده نباشند رضایت و اجازه جد و با نبودن آنها اجازه جده لازم است.» طبق مواد ۱۳ و ۱۴ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، ازدواج دختر باکره در هر سنی که باشد، با موافقت والدین امکان‌پذیر خواهد بود. اگر در مورد موافقت یا مخالفت با ازدواج، بین دختر باکره و پدر یا مادر یا وصی یا قیم اختلافی بروز نماید، حل اختلاف به کلیسا ارجاع خواهد گردید و کلیسا پس از رسیدگی‌های لازم و تحقیق از دختر و پدر و مادرش و مرد موردنظر، تصمیم لازم را اتخاذ خواهد نمود. تصمیم کلیسا در این موارد، قطعی و لازم‌الاجرا می‌باشد. هرگاه پدر و یا مادر و یا قیم یا وصی دختر باکره، بدون عذر و علت موجه از دادن اجازه خودداری نمایند، یا والدین در شهر و یا کشور محل سکونت دختر باکره حاضر نباشند، یا به هر علتی از علل (از جمله حجر والدین) و جلب نظر موافق یا مخالف آنها با ازدواج دخترشان میسر نباشد، کلیسا قائم مقام والدین بوده و پس از تحقیقات لازم، موافقت یا مخالفت خود را با ازدواج دختر باکره اعلام خواهد نمود. تصمیم کلیسا در این موارد، قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود. در صورتی که دختر باکره مسیحی، با وجود مخالفت کلیسا و یا والدین خود، برای اولین بار ازدواج

کند، چنین ازدواجی غیرنافذ می‌باشد. در این مورد، کلیسا یا پدر و یا مادر دختر، حق تقاضای فسخ این ازدواج را از دادگاه خواهند داشت. در ماده ۵ مجموعه قواعد و عادات متداوله مذهب مسیحی ارتدکس (روسی) مربوط به احوال شخصیه، بیان شده است: «ازدواجی که بدون اجازه والدین و یا قیم باشد ممنوع می‌باشد.» بر اساس بند یک ماده ۷ این مقررات «برای اینکه ازدواج قانونی باشد نه فقط رضایت والدین بلکه موافقت کامل اشخاصی که ازدواج می‌نمایند ضروری می‌باشد.»

۱-۴. نکاح قبل از بلوغ

عقد نکاح صغیر فقط در صورت رعایت غبطة و مصلحت او لازم است. دیدگاه مشهور فقیهان این است که عقد ولی برای صغیر لازم است، پس هنگامی که صغیر بالغ شد، مطلقاً حق فسخ عقد را ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰۴/۲۳)،^۱ اما علامه کاشفالخطاء می‌گوید بهنظر ما آن عقد فقط در صورت وجود غبطة و مصلحت برای صغیر لازم می‌باشد، بنابراین چنانچه پسر یا دختر بالغ شود و عدم وجود مصلحت را در آن عقد برای خویش ببیند، تصمیم‌گیری در خصوص آن موضوع به ولی عام واگذار می‌شود، پس اگر عدم رعایت مصلحت ثابت شود برای پسر یا دختر حق فسخ عقد وجود دارد و در این صورت هیچ مهریه‌ای وجود ندارد، چرا که آن فسخ است و نه طلاق (کاشفالخطاء، ۱۴۳۲: ۲۸/۵). در فقه اهل سنت بیان شده است که اگر ولی (پدر یا جد)، پسر یا دختر را تزویج نمایند، بعد از بلوغ آنان حق خیار فسخ نکاح را ندارند ولی اگر غیر از پدر و جد، آنها را تزویج کنند، حق فسخ نکاح را دارند^۲ (قدوری، ۱۴۲۱: ۲۸۸).

در ماده ۱۰۴۱ (اصلاحی ۱۳۸۱/۰۴/۰۱) قانون مدنی آمده است: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.» بنابراین اولاً دختر تا سن

۱. «ظاهر الأصحاب الاتفاق على أنه لا خيار للصبيه بعد البلوغ إذا عقد عليها الاب أو الجد، وإنما الخلاف في الصبي، فإن المشهور أنه كذلك ليس له الخيار.»

۲. «فإن زوجهما الاب أو الجد، فلا خيار لهما بعد البلوغ و إن زوجهما غير الاب والجد، فلكل واحد منها الخيار، إن شاء إقام على النكاح و إن شاء فسخ.»

۱۳ سالگی و پسر تا سن ۱۵ سالگی بدون اذن ولی نمی‌تواند ازدواج کند. ثانیاً این ازدواج منوط به رعایت مصلحت پسر و دختر است و تشخیص مصلحت با دادگاه صالح است و نیاز به تصمیم قضایی دارد. این ماده خمامت اجرای ازدواج صغیر بدون اذن ولی و تصویب دادگاه را مشخص نکرده است، اما به نظر می‌رسد چنانچه ازدواج بدون اذن ولی یا بدون احراز مصلحت از سوی دادگاه واقع شود، غیرنافذ است. در این صورت پسر یا دختر، بعد از رسیدن به سن قانونی، خود می‌تواند ازدواج را تنفیذ یا رد کند. به نظر می‌رسد قانون مدنی در اصلاح این ماده، دیدگاه فقیهانی همچون علامه کاشف الغطاء را مدنظر داشته است. به نظر نگارنده افزایش عددی سن قانونی و ازدواج متناسب با ضروریات اجتماعی است و این امر باعث جلوگیری از طلاق در سنین نوجوانی و محرومیت از تحصیل و آسیب‌های جسمی و روحی می‌شود و پیشنهاد می‌گردد قانونگذار حداقل سن ازدواج در دختران را ۱۶ سال تمام شمسی و در پسران ۱۸ سال تمام شمسی در نظر بگیرد. بر اساس کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹، منظور از کودک افراد انسانی زیر سن ۱۸ سال است. سن کودکی یعنی عدم تشخیص کامل مسائل که از جمله آنها مبحث ازدواج است.

در ماده ۱۲ آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب ۱۳۸۶/۰۲/۲۷ انجمن موبدان تهران، مقرر گردیده است: «پیش از آنکه دختر به سن شانزده سالگی و پسر به سن هیجده سالگی برسد اجرای مراسم زناشویی جایز نیست.» طبق ماده ۱۲ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، «نکاح دختران قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام خورشیدی و پسران قبل از رسیدن به سن ۲۰ سال تمام خورشیدی، ممنوع است. ولی در موارد استثنایی که مصالحی اقتضا نماید، کلیسا می‌تواند با معافیت از شرط سن موافقت نماید، ولی به هیچ‌وجه به دختران کمتر از ۱۶ سال تمام خورشیدی و پسران کمتر از ۱۸ سال تمام خورشیدی، اجازه ازدواج داده نخواهد شد.» و به موجب بند ۴ ماده ۵۲ این مقرره خمامت اجرای آن بطلاق نکاح اعلام گردیده است که هریک از زوجین یا سرپرست کلیسا یا والدین زن یا شوهر می‌تواند با اخذ گواهی از کلیسا و تقدیم دادخواست به دادگاه، تقاضا نماید که دادگاه حکم بطلاق عقد نکاح را صادر نماید. در ماده ۲۵ مقررات احوال شخصیه ارامنه گریگوری مصوب ۱۳۱۷/۰۸/۰۵، رهبر مذهبی ارامنه با اصلاحات بعدی، آمده است: «ازدواج فقط بین کسانی جائز است که به سن جایز

برای ازدواج که برای اناث ۱۵ سال و برای ذکور ۱۸ سال است، رسیده باشند.» در ماده ۲ مجموعه قواعد و عادات مداخله مذهب مسیحی ارتدکس (روسی) مربوط به احوال شخصیه، بیان شده است: «ازدواج مرد های جوانی که سن آنها کمتر از ۱۸ سال باشد و همچنین ازدواج زن های جوانی که سن آنها کمتر از ۱۶ سال باشد ممنوع می باشد (الف) و اما در مورد اهالی اصلی ایالت ماوراء قفقاز اگر چنانچه سن داماد ۱۵ سال باشد و سن عروس هم ۱۳ سال باشد ازدواج آنها جائز می باشد.»

۱-۵. ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتاب

در مورد ازدواج ابتدایی مسلمان با زن اهل کتاب اقوال مختلفی بین فقیهان وجود دارد، برخی این ازدواج را حرام می دانند، برخی دیگر آن را تنها در صورت موقت بودن می پذیرند و برخی دیگر به صورت مطلق قائل به جواز هستند. مرحوم کاشف الغطاء با استناد به آیه «امروز چیزهای پاکیزه برای شما حلال شد و [نیز ازدواج با] زنان پاکدامن با ایمان و زنان پاکدامن از کسانی که قبل از شما به آنها کتاب داده شده بر شما حلال است.»^۱ دیدگاه اخیر را مورد تایید قرار داده است (کاشف الغطاء، ۱۴۳۲: ۵۱/۵-۵۲). اهل سنت نیز ازدواج مسلمان با زن اهل کتاب را جائز می دانند^۲ (سیوسی: ابن عمر تزویج کتابیه را مطلقاً منع کرده است و آن را مشمول زن مشرکه می داند^۳ (سیوسی: ۲۲۹-۲۲۸/۳).

برخی بیان داشته اند که کثرت اختلاف نظر و نیز وقوع آیات ناسخ و منسوخ و احتمال اینکه سوره مائده - که این نکاح را روا دانسته است - آخرین سوره ای است که نازل شده است موجب شده که مقنن قانون مدنی سکوت را ترجیح دهد و نظری که قائل به صحت این نکاح است، قابل دفاع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۹۴). برخی دیگر از حقوق دانان قول علامه کاشف الغطاء مبنی بر اینکه نکاح با زن کتابیه مطلقاً (اعم از نکاح دائم و موقت) جائز است را قوی دانسته اند (امامی،

۱. «الْيَوْمَ أَحِلَّ لِكُمُ الظَّبَابَاتُ... وَ الْمَحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَ الْمَحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» سوره مائده، آیه ۵.

۲. «يَحُوزْ تَجْوِيزَ الْكِتَابَيَاتِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى وَالْمَحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ.»

۱۳۷۴: ۳۴۳/۴). در مورد ازدواج مرد مسلمان با زن کتابیه قانون مدنی ساکت است و ظاهر این است که قانونگذار با توجه به فقه اسلامی نخواسته است این ازدواج را منع کند. این معنی از مفهوم مخالف ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی^۱ هم قابل استنباط است و آیه شریفه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (مائده/۵)؛ زنان پاکدامن از مسلمانان و از اهل کتاب برای شما حلال هستند و می‌توانید با آنها ازدواج کنید به شرط این که مهر آنها را پردازید، نیز دلیل دیگری بر صحت این ازدواج است.

ماده ۳۰ آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب ۱۳۸۶/۰۲/۲۷ انجمن موبدان تهران، بیان می‌دارد: «اگر مردی زرتشتی، زن غیر زرتشتی داشته یا پس از ازدواج با زن زرتشتی، زن غیر زرتشتی انتخاب کند و حقیقت را پنهان کرده باشد، همسر زرتشتی او بعد از اطلاع می‌تواند تقاضای طلاق کند، شوهر مکلف است یک‌دوم از کل دارایی خود را به همسر زرتشتی پرداخت و انتقال دهد. در صورت عدم آگاهی و عدم طلاق در طول زندگی زناشویی، پس از درگذشت شوهر نیز یک‌دوم از کل دارایی شوهر متوفی به همسر زرتشتی انتقال داده خواهد شد.» بر اساس ماده ۲۲ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، «نظر به اهمیت ازدواج و لزوم حفظ و ثبات خانواده مسیحی که کانون پرورش و تربیت فرزندان می‌باشد، شایسته است که هر فرد مسیحی با پسر یا دختر مسیحی (از جنس مخالف) ازدواج کند؛ بنابراین ازدواج با زن یا مرد غیرمسیحی، مجاز نمی‌باشد.» در ماده ۳۰ مقررات احوال شخصیه ارامنه گریگوری مصوب ۱۳۱۷/۰۸، رهبر مذهبی ارامنه، آمده است: «ازدواج شخص مسیحی گریگوری با شخص غیرمسیحی ممنوع است. ازدواج شخص مسیحی گریگوری با شخص مسیحی غیرگریگوری فقط با رعایت احکام کلیسا مسیحی گریگوری و اجازه خلیفه یا نماینده وی مجاز است.» در بند ۷ ماده ۲۰ مجموعه قواعد و عادات متداوله مذهب مسیحی ارتدکس (روسی) مربوط به احوال شخصیه، بیان شده است: «لین گونه ازدواج‌ها به هیچ‌وجه قانونی و حقیقی دانسته نمی‌شوند: ...

۱. ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی: «نکاح مسلمه با غیرمسلم جائز نیست.»

(۷) ازدواج کسانی که دارای مذهب ارتدکس داشته باشند با کسانی که در غیرمسيحيان باشند.

تبصره- قاعده‌اي که در فقره ۷ اين ماده بيان شده است شامل آن زوجيني نمي باشد که هر دو آنها و يا يكى از آنها مفتخر به درياافت تأييد مقدس گردد. اين موارد به طور مخصوص توسيط محضر روحاني تحت مطالعه واقع مى گردد و ازدواج اين گونه زوجين طبق مقررات کليسا ي و محضر روحاني مجاز است.»

ماده ۱۲ احوال شخصيه جمعیت‌های کاتولیک ایران قوانین اصلی و مذهبی و هویت جاریه نسبت به جمعیت‌های کاتولیک ایران بیان می‌دارد: «ازدواج بین زوجین که يكى از آنها کاتولیک و دیگری غیرکاتولیک باشد و ازدواج منعقده بین دو کاتولیک در خارج از کلیساي کاتولیک باطل می‌باشد، چنان ازدواجي در صورتی اعتبار پیدا می‌کند که تشریفات آن مطابق مقررات مذهبی صورت گيرد، تجدید تشریفات مذهبی در مقابل هر يك از مقامات مذهبی دیگر هیچ اعتباری ندارد و زوجين تابع مقرراتی می‌باشند که آن ازدواج در کلیساي کاتولیک منعقد شده است.»

۱-۶. شرط خيار فسخ در عقد نکاح

عقد نکاح درصورتی که به طور صحيح و جامع شرایط واقع شود، لازم است و امكان فسخ و اقاله آن وجود ندارد، اما چنانچه در آن خيار فسخ را شرط نمایند، مشهور فقيهان معتقدند که شرط و عقد هر دو با هم باطل است و اين شرط از جمله شروط مبطل است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۹۲/۴؛ شهیدثانی، ۱۴۲۵: ۱۰۲/۷؛ نجفی، بی تا: ۱۰۶/۳۱)، ولی کاشفالغطاء می‌گويد بنابر قول صحيح‌تر شرط باطل، ولی عقد نافذ است (کاشفالغطاء، ۱۴۳۲: ۵/۱۰). در ميان اهل سنت مالكيه گفته‌اند: اشتراط خيار برای زوج یا زوجه یا برای هر دو یا غیر آنها، باطل است و عقد هم به سبب اين شرط، باطل می‌شود. شافعی و ابوحنیفه نیز قائل به عدم جواز شرط خيار در نکاح هستند و آن را باطل و مبطل عقد می‌دانند (جزیری، ۱۹۹۶: ۴/۸۴). عقد نکاح اساس تشکيل خانواده است و تزلزل اساس خانواده، نامطلوب است و چون حق خيار موجب تزلزل اين عقد می‌شود قانونگذار از شرط کردن خيار در عقد نکاح جلوگیری کرده است. قانون مدنی در ماده ۱۰۶۹ که بيان می‌دارد: «شرط خيار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است.» دیدگاه علامه کاشفالغطاء را پذيرفته است که فقط شرط خيار

باطل است و جانب احتیاط را گرفته است، زیرا عقد نکاح از اصول معاوضات و معاملات پیروی نمی‌کند، بلکه تابع نظم عمومی است. برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند که ماده یادشده در مقام بیان حکم عقدی است که شرط خیار در آن می‌شود و با بیان حکم به فساد شرط و سکوت نسبت به عقد، عقد نکاح صحیح خواهد بود. دلیل بر عدم تأثیر فساد شرط در عقد نکاح آن است که عقد و شرط دو امر است و فساد یکی تأثیر در دیگری نمی‌نماید، به عبارت دیگر تعدد مطلوب وجود دارد و از طرف دیگر اینکه انحلال به وسیله فسخ در موارد معینه قانونی پیش‌بینی شده و به اختیار زوجین واگذار نگردیده است (امامی، ۱۳۸۵/۴: ۳۶۵؛ صفائی، امامی، ۱۳۸۵: ۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۶۳).

۷-۱. نکاح منقطع

در این قسمت به بررسی ضمانت اجرای عدم ذکر مدت، نفقة، ارث و حق قسم زوجه در نکاح منقطع اشاره می‌شود. با توجه به عدم وجود مباحث ذیل در فقه اهل سنت و اقلیت‌های دینی دیدگاه کلی آنان بیان می‌شود. اهل سنت نکاح متنه و موقت را باطل می‌دانند و ظاهراً مالک آن را جایز و مباح دانسته است (سیوسی، ۲۴۷/۳: قدوری، ۱۴۲۱: ۲۹۴).^۱ بر اساس مواد ۱۹ و ۲۵ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، ازدواج غیردائم در مسیحیت ممنوع و باطل است.

۷-۱-۱. عدم ذکر مدت در نکاح منقطع

در صورتی که مدت در نکاح منقطع ذکر نشود اقوال مختلفی بین فقیهان وجود دارد؛ برخی معتقدند که عقد از اساس باطل است (حلی، ۱۴۱۳: ۲۲۷/۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۳/۲۶، طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۱/۳۳۴)، برخی دیگر معتقدند به عقد نکاح دائم تبدیل می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۴/۳۴۰؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ۲۴۱/۲)، برخی دیگر می‌گویند اگر صیغه عقد با لفظ نکاح و تزویج باشد و مدت ذکر نشود به عقد نکاح دائم تبدیل می‌شود و اگر صیغه با لفظ تمنع باشد در این صورت عقد نکاح باطل است (حلی، ۱۴۱۰: ۲/۶۲۰)، و عده‌ای دیگر معتقدند اگر در عدم بیان مدت تعمد داشته باشند به نکاح دائم

۱. «نکاح المتنه باطل ... و قال مالک رحمة الله: هو جائز لانه كان مباحاً فيبقى الى ان يظهر ناسخه.»

تبديل می‌شود و در صورت نسیان و فراموشی عقد باطل است (شهیدثانی، ۱۴۲۹: ۲۳۹/۳-۲۴۰).^۱ علامه کاشف‌الغطاء می‌فرماید به‌نظر ما احتیاط در طلاق و تجدید عقد است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۷۳/۵). در میان حقوقدانان نیز اختلاف‌نظر است؛ برخی می‌گویند اگر مدت در نکاح منقطع ذکر نشود عقد، به نکاح دائم تبدیل می‌شود و مفهوم ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی دلالت بر این معنا دارد، چراکه این ماده ضمانت اجرای عدم ذکر مهر را بطلان دانسته است لکن ضمانت اجرای عدم ذکر مدت را بطلان قرار نداده است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۱۹-۱۲۱). برخی دیگر می‌گویند: «به پیروی از بعض فقهای امامیه به‌نظر می‌رسد که نکاح مذبور باطل باشد، زیرا قصد طرفین در عقد نکاح، انقطاع با آثار و احکام مخصوصی بوده است که با ذکر مدت و مهر منعقد می‌گردد و چون مدت که شرط لازم برای انعقاد آن است ذکر نگردیده ناچار نکاح منقطع محقق نمی‌شود و انعقاد دائم با آثار و احکام مخصوص هم بر خلاف مقصود طرفین می‌باشد» (امامی، ۱۳۷۴: ۱۰۲/۵). برخی دیگر بیان داشته‌اند: «اگر در نکاح منقطع مدت ذکر نشود و معلوم باشد که مقصود نکاح منقطع بوده عقد باطل است، ولی هرگاه مقصود طرفین معلوم نباشد، ظاهر این است که به نکاح دائم نظر داشته‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۶-۶۵). اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه ۷/۲۲۶۱ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۲۳ بیان داشته است: «با توجه به مواد ۱۰۷۵ و ۱۰۷۶ ق.م در نکاح منقطع مدت باید کاملاً معین شود. بنابراین ذکر مدت امری علاوه است و مادام که به اثبات نرسد نکاح بدون مدت (دائم) تلقی خواهد شد. بنابراین در زمان بروز اختلاف و مرافعه بار اثبات بر عهده کسی است که مدعی امر زاید تعیین مدت است.» نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور در رای اصراری ۱۳ مورخ ۰۶/۲۸/۱۳۸۵ این است که در صورت بروز اختلاف در دائم یا منقطع بودن عقد نکاح، با توجه به فتاوی معتبر فقهای عظام، عقد نکاح محکوم به «عقد دائم» است (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور، ۱۳۸۹: ۳۰۸). به‌نظر نگارنده چنین عقدی را نه می‌توان عقد منقطع دانست، چون ذکر مدت یکی از اركان این عقد است و ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی می‌گوید: «نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد.» بنابراین اگر مدت

معین نباشد نکاح منقطع نیست، و نه می‌توان نکاح دائمی تلقی کرد، چرا که یکی از ارکان عقد نکاح دائم، قصد دوام است درحالی که در اینجا قصد طرفین نکاح منقطع است. بنابراین با توجه به قواعد فقهی «العقود تابعه للقصود» و «ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد» و وحدت ملاک مذکور در ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی، قول به بطلان نکاح بهتر و منطبق با قانون و در راستای اصل حاکمیت اراده است.

۲-۷-۱. نفقة زوجه در نکاح منقطع

بیشتر فقیهان معتقد هستند که زوجه در عقد نکاح منقطع استحقاق نفقة را حتی در صورت شرط کردن ندارد (نجفی، بی‌تا: ۱۱۷/۲۹)، اما کاشف‌الغطاء می‌فرماید قول صحیح‌تر این است که زوجه در نکاح منقطع با وجود شرط، استحقاق نفقة را دارد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۶۷/۵). قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۱۱۳ که بیان می‌دارد: «در عقد انقطاع زن حق نفقة ندارد مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» ظاهراً دیدگاه ایشان را پذیرفته است. برخی حقوق‌دانان معتقدند: «در عقد انقطاع، التزام شوهر بر دادن نفقة ریشه قراردادی دارد و در صورتی حکم به آن داده می‌شود که دو طرف بر آن تراضی کرده باشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۸۰). برخی دیگر معتقدند نفقة زن از آثار عقد انقطاع نمی‌باشد، ولی چنانچه در نکاح منقطع شرط انفاق زن بشود، شوهر ملزم است طبق شرط مزبور عمل نماید و آن را در حدود متعارف بپردازد، مگر آنکه مقدار آن را معین نموده باشند که طبق آن رفتار می‌شود. در نفقة‌ای که مورد شرط در نکاح منقطع قرار می‌گیرد رعایت شرائط و مقدار نفقة زن در نکاح دائم نمی‌شود،^۱ بنابراین لازم نیست که نفقة او متناسب با وضعیت زن باشد (امامی، ۱۳۷۴: ۱۰۸/۵). بهنظر نگارنده التزام و تعهد به تأديه نفقة اگر چه تعهدی مستقل و قابل قبول در راستای قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و اصل آزادی قراردادی (ماده ۱۰ قانون مدنی) است و زوج ملتزم به آن است، ولی قصد و اراده زوجین از قرار دادن آن در نکاح منقطع در مقابل انجام وظائف زناشویی از طرف زن می‌باشد و الا زوج چنین

۱. نظریه ۷۰۷۳ – ۱۳۸۳/۰۹/۲۳ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.

تعهدی را نمی‌پذیرفت، لذا هرگاه زوجه در نکاح منقطع از اطاعت شوهر سرپیچی نماید حق مطالبه نفقة مورد تعهد را برای مدت مزبور نخواهد داشت.

۱-۷-۳. ارث زوجه در نکاح منقطع

در رابطه با اینکه زوجه در عقد نکاح منقطع به واسطه شرط ارث می‌برد بین فقیهان اختلاف دیدگاه وجود دارد؛ برخی معتقدند که زن مطلقاً (شرط توارث و عدم توارث) ارث می‌برد (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۲۴۰/۲ - ۲۴۳)، برخی معتقدند که زن مطلقاً (شرط توارث و عدم توارث) ارث نمی‌برد (حلی، ۱۴۱۰: ۶۲۴/۲ حلی، ۱۴۱۳: ۱۴۱۴: ۳۷/۱۳)، و برخی دیگر می‌گویند در صورتی که شرط عدم ارثبری نشده باشد، ارث می‌برد (سیدمرتضی، ۱۴۱۵: ۲۷۵)، و برخی دیگر می‌فرمایند که فقط در صورت وجود شرط در متن عقد ارث می‌برد (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۸۲؛ عاملی، ۱۴۲۹: ۲۴۴/۳)، اما کاشف‌الغطاء می‌گوید که قول صحیح‌تر این است که حتی در صورت وجود شرط ارثبری، زن ارث نمی‌برد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۶۶/۵). برخی حقوق‌دانان معتقدند که از مفهوم ماده ۹۴۰ قانون مدنی و قید «زوجیت دائمی» چنین فهمیده می‌شود که در نکاح منقطع (متعه) ارث راه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۷۰). برخی دیگر بیان داشته‌اند ماده مزبور در مقام بیان حکم توارث زوجین است و راجع به توارث متعه بیانی ننموده و سکوت در مقام بیان، دلیل بر عدم توارث زوجین در نکاح متعه می‌باشد (امامی، ۱۳۷۴: ۳۹۸-۳۹۷/۳؛ ۱۰۹/۵). به‌نظر می‌رسد با توجه به دلایل زیر شرط ارث بری در عقد نکاح منقطع قابل پذیرش نیست؛ اولاً در ماده ۹۴۰ قانون مدنی قید «زوجیت دائمی» به کار رفته است، ثانياً حکم توارث از نظر حفظ نظام اجتماعی برقرار شده است و از قوانین آمره به شمار می‌رود، ثالثاً شرط توارث زوجین در عقد انقطاع، سهیم نمودن غیر وارث در ترکه و تجاوز به سهم الارث ورثه قانونی می‌باشد، لذا از مصاديق شرط نامشروع شناخته می‌شود و طبق ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرط مزبور باطل است، رابعاً هرگاه شرط توارث زوجین در عقد انقطاع صحیح باشد، می‌توان به وسیله شرط توارث در ضمن عقود لازم، اشخاصی را که هیچ‌گونه خویشاوندی با یکدیگر ندارند در زمرة وارث قرار داد.

۴-۷-۱. حق قسم زوجه در نکاح منقطع

مشهور فقهاء معتقدند زن در نکاح منقطع، حق قسم ندارد (حلی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۷)، ولی کاشفالغطاء معتقد است در صورت شرط نمودن قسم، قول صحیح‌تر استحقاق است به شرطی که مزاحم حق زوجه‌های دائمی نباشد (کاشفالغطاء، ۱۴۳۲: ۶۷/۵). به‌نظر میرسد دیدگاه علامه کاشفالغطاء با قانون مدنی موافق باشد با توجه به اینکه اولاً در فقه اصل بر اشتراک احکام زوجه دائمی و منقطعه است ثانیاً هر شرط ضمن نکاح صحیح است مگر اینکه دلیل خاصی موجب بطلان آن باشد و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند.» نیز اختصاص به عقد نکاح دائم ندارد و شامل نکاح منقطع هم می‌شود (جعفری‌لنگروندی، ۱۳۸۶: ۱۱۹-۱۲۰). اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی و قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و آیه‌های «اوْفُوا بِالْعَهْدِ» (مائده/۱) و «اوْفُوا بِالْعَهْدِ» (اسراء/۳۴) دلایل دیگری بر این مدعای است.

۲- طلاق

در این قسمت به بررسی مفهوم و اقسام طلاق، طلاق توسط ولی و ولایت حاکم بر طلاق زوجه می‌پردازیم.

۱-۱. مفهوم طلاق

برخی در تعریف طلاق گفته‌اند: طلاق عبارت است از زائل کردن قید ازدواج با لفظ مخصوص (نجفی، بی‌تا، ج ۳۲، ص ۳-۲). علامه کاشفالغطاء در تعریف طلاق می‌فرماید: طلاق گشودن رابطه زوجیت دائمی است که ذاتاً اقتضای بقاء دارد و به بیان روشن‌تر اینکه زوجیت دائمی ریسمان مستمری است و طلاق قطع کردن آن ریسمان است و طلاق همانند فسخ در بیع است که برداشته شدن است، بلکه بنابر قول صحیح‌تر قطع ریسمان ملکیت مستمر از هنگام فسخ می‌باشد،

۱. «أما المتعة فالمشهور أنه لا قسمه فيها.»

نه از هنگام عقد. بنابراین تعبیر از طلاق به قطع بهتر از تعبیر به رفع است (کاشفالغطاء، ۱۴۳۲: ۸۱/۵). در فقه اهل سنت در مفهوم شرعی طلاق بیان شده است: «و فى الشرع رفع قيدالنکاح بلفظ مخصوص»؛ طلاق رفع نکاح با لفظ خاص است (سیوسی، ۴۶۳/۳: قدوری، ۱۴۲۱: ۳۰۳). مازو حقوقدان فرانسوی در کتاب دروس حقوق مدنی در تعریف طلاق می‌گوید: «طلاق قطع رابطه زناشویی به حکم دادگاه، در زمان حیات زوجین، به درخواست یکی از آنان یا هر دو است» (صفایی، امامی، ۱۳۸۵: ۱۹۳). ماده ۷۸ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، بیان می‌دارد: «منظور از طلاق، انحلال عقد نکاح در زمان حیات زن و شوهر توسط کلیسا و دادگاه می‌باشد.» و در ذیل ماده ۷۹ بیان نموده است: «کلیسا با طلاق زوجین که نتیجه آن قطع رشته اتحاد و جدایی زن و شوهر از یکدیگر و محرومیت فرزندان از محبت و سرپرستی پدر و مادر می‌باشد، موافقت ندارد (مگر در موارد استثنایی).»

۲-۲. اقسام طلاق

برخی از فقیهان گفته‌اند طلاق بر سه قسم است: بائن، رجعی و عدی (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۹۴)، و برخی دیگر بیان داشته‌اند طلاق بر دو قسم است: بائن و رجعی. طلاق رجعی خود بر دو قسم است: طلاق عدی و غیرعدی (عاملی، ۱۴۲۹: ۳۵۹/۳). اما علامه کاشفالغطاء می‌فرماید: طلاق از حيث تنجز و تعلیق اثر آن دو قسم است: طلاق رجعی (غیربائن) و بائن.

الف: طلاق رجعی (غیربائن) عبارت از بدعتی، رجعی و عدی است.

ب: طلاق بائن شش مورد است: ۱- طلاق زنی که به او نزدیکی نشده باشد چه از قبل و چه از دبر، ۲- طلاق یائسه و آن عبارت است از زنی که حیض او با رسیدن به سن پنجاه سالگی یا شصت سالگی به طور طبیعی قطع شده است، ۳- طلاق صغیره و آن کسی است که نه سال او کامل نشده است، ۴ و ۵- طلاق خلع و مبارات در صورت عدم رجوع زوجه نسبت به بذل، ع طلاق مطلقه در مرتبه سوم که بین آن، دو رجعت (رجوع) هر چند به واسطه عقد جدیدی باشد (کاشفالغطاء، ۱۴۳۲: ۸۱/۵-۸۸-۹۱). در فقه اهل سنت، طلاق از حيث اینکه موافق یا مخالف شرع باشد به سنی و بدعتی تقسیم می‌شود. طلاق سنی جایز ولی طلاق بدعتی حرام است ولی واقع

می‌شود. طلاق سنی، به اعتبار امکان رجوع و عدم امکان رجوع مرد در ایام عده به طلاق بائیں و رجعی تقسیم می‌شود. طلاق بائیں خود بر دو نوع است:

الف- بینونت صغیری: طلاق بائیں که مرد می‌تواند مطلقه‌اش را با عقد جدید به زوجیت خود درآورد.

ب- بینونت کبری: طلاق که مرد به موجب آن سه طلاق را تکمیل نموده و دیگر نمی‌تواند مطلقه‌اش را برگرداند، مگر اینکه زن، شوهر دیگر اختیار کند و دخول واقع شود و ازدواج با طلاق یا مرگ شوهر دوم پایان یافته باشد.

به هر حال طلاق‌های بائیں بر سه قسم است:

۱. طلاق قبل از دخول؛ ۲. طلاق خلع اعم از اینکه قبل از دخول یا بعد از آن باشد؛ ۳. اگر سه بار طلاق دهد، اعم از اینکه در یک مجلس سه طلاقه دهد یا در مجالس متعدد و اعم از اینکه قبل از دخول یا بعد از آن باشد (زحلی، ۱۴۱۸: ۴۳۶/۹؛ شیرازی، ۱۴۱۷: ۳۷۳/۴).

قانون مدنی در ماده ۱۱۴۳، طلاق را بر دو قسم بائیں و رجعی می‌داند و اقسام طلاق بائیں را در ماده ۱۱۴۵ قانون یادشده احصا نموده است. جایگاه مباحث مربوط به طلاق در قانون مدنی چندان دقیق نیست، شایسته بود که در مبحث کلیات، تعریف و اقسام طلاق و احکام مشترک بین آنها بیان می‌شد. در یک تقسیم‌بندی دیگر می‌توان طلاق را به طلاق قضایی و غیرقضایی تقسیم کرد. امروزه تمامی طلاق‌ها طلاق حاکم است و دادگاه در تمامی طلاق‌ها (از جانب زوجه، زوج یا هر دو) نقش دارد. در محاکم دادگستری با استناد به ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱، طلاق در سه قالب مطرح می‌شود: طلاق توافقی، طلاق به درخواست زوج و طلاق به درخواست زوجه.

۲-۳. طلاق دادن توسط ولی

طلاق جز از ناحیه زوج یا وکیل او صحیح نیست، اما در خصوص طلاق از طرف ولی، مشهور این است که تزویج از سوی او صحیح است ولی طلاق دادن او صحیح نمی‌باشد و برخی گفته‌اند

ثبت طلاق برای ولی نیاز به دلیل دارد و دلیلی در این مورد وجود ندارد و ادعای اجماع نیز در این خصوص نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۴۴۲/۴)، لیکن علامه کاشف‌الغطاء می‌گوید به‌نظر ما قول صحیح‌تر این است که با وجود مصلحت طلاق دادن او صحیح می‌باشد، همان‌طور که تزویج او صحیح است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۵/۸۵). نظر مشهور فقهای اهل سنت این است که ولی، حق طلاق ندارد، جز در طلاق خلع و مبارات. از نظر فقهای حنفی و شافعی، طلاق صغیر توسط پدر، باطل است. مالکیه معتقد‌ند در صورتی که در طلاق صغیر، عوضی گرفته باشد، طلاق صحیح است در غیر این صورت باطل است. در مذهب حنبلی دو قول است؛ یکی اینکه ولی می‌تواند همسر فرزند صغیرش را طلاق دهد و قول دیگر اینکه ولی چنین حقی ندارد (زرگوش‌نسب، ۱۳۹۸: ۱۰۰-۱۱۳۷). ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: «ولی مجنون دائمی می‌تواند در صورت مصلحت مولی‌علیه زن او را طلاق دهد.» در تبصره ماده ۲۰ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۰۳/۰۷/۱۳۸۷، آمده است: «ازدواج و طلاق اشخاص مختلط‌المشارع یا دیوانه، در صورت صلاح‌دید پدر یا مادر یا وصی یا قیم آنها، با گواهی و موافقت پزشک مورد اعتماد و موافقت کلیسا، امکان‌پذیر خواهد بود.»

۴-۲. ولایت حاکم بر طلاق زوجه

علامه کاشف‌الغطاء می‌فرماید بسیاری از فقیهان بیان کرده‌اند هنگامی که از شخص غائب خبری نباشد و شخصی نباشد که به همسر او نفقه دهد، موضوع نزد حاکم شرع مطرح می‌شود، پس حاکم به زوجه چهار سال مهلت می‌دهد که دنبال او بگردد، پس اگر زوج غائب را یافت با او زندگی می‌کند و در غیر این صورت حاکم او را طلاق می‌دهد و زن باید عده وفات نگه دارد و طلاق دادن حاکم شرع را در این فرض و با این کیفیت محدود کرده‌اند با وجود اینکه ادله فراوانی وجود دارد در خصوص اینکه در صورت‌های بسیاری، حاکم ولایت بر طلاق زوجه دارد، از جمله:

الف: شخص غائبی که محل او معلوم است ولی از دادن نفقه یا از روی سرکشی یا به واسطه عجز و ناتوانی به زوجه خودداری می‌نماید.

ب: شخص حاضری (غیرغائب) که از دادن نفقه امتناع می‌کند.

پ: زندانی محکوم به حبس ابد یا پانزده سال بلکه کمتر، هنگامی که زوج محکوم به

حبس، مالی نداشته باشد که حاکم به واسطه آن به زن نفقة دهد و خرج‌کنده‌ای که پولی به صورت دین و قرض یا تبرعی به زوجه زندانی بدهد، پیدا نشد و زوجه نیز توانایی بر گذران زندگی از راه شرافتمدانه را نداشته باشد. ت: درصورتی که زوج مبتلای به یکی از بیماری‌های مسری مثل سل و جذام و مانند آن باشد، البته پس از ثبوت آن به واسطه شهادت پزشکان و عرضه نمودن آن به حاکم (کاشفالغطا، ۱۴۳۲: ۹۵/۵). از قول علامه کاشفالغطا نقل شده است که فرمود: «انا اول من حکم بطلاق امره من زوج مسلول»؛ من اولین کسی هستم که حکم به طلاق زن از شوهر دارای بیماری سل می‌دهم (کاشفالغطا، ۱۴۳۲: ۱/۵۸). ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد.» و بر اساس ماده ۱۱۵۶ قانون یادشده «زنی که شوهر او غایب مفقودالاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق، عده وفات نگاه دارد.» به این نوع طلاق، طلاق حاکم گفته می‌شود که بنا به درخواست زوجه و با فراهم بودن شرایط آن، دادگاه حکم به طلاق می‌دهد. در ماده ۳۲ آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب ۱۳۸۶/۰۲/۲۷ انجمن موبدان تهران، بیان شده است: «هرگاه شوهر پنج سال پی‌درپی غیبت کند و خبری از زنده بودن او نرسد، به منزله غایب مفقودالاثر تلقی می‌شود و زن او می‌تواند درخواست طلاق کند.»

۳- وصیت

در این بخش به ماهیت حقوقی و جواز و لزوم وصیت، عدالت و خیانت وصی، وصیت به واجب بدنی و منجزات مریض خواهیم پرداخت.

۱-۳. ماهیت حقوقی وصیت

وصیت نزد مشهور فقیهان عقدی است که احتیاج به ایجاب و قبول دارد (عاملی، ۱۴۲۵: ۶/۱۱۶؛ ۲۸/۲۴۲)، لیکن علامه کاشفالغطا بیان می‌دارد حقیقت آن است که وصیت «برزخ بین عقد و ایقاع» (توكلی کیا، ۱۳۹۸) است، پس هنگامی که موصی وصیت را ایجاب کند و موصی‌له

قبول نماید، عقد می‌شود و هنگامی که موصی‌له وصیت را قبول نکند تا هنگامی که موصی بهمیرد
بر او لازم می‌شود و ایقاع می‌گردد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲/۵: ۱۱۷-۱۲۵). در فقه اهل سنت ظاهراً
وصیت عقد است چرا که بیان شده است: «الموصی به يملک بالقبول الا في مسئله واحده و هي
ان يموت الموصي ثم يموت موصي له قبل القبول فيدخل الموصي به في ملك ورثته»؛ موصی به پس
از قبول به ملکیت موصی‌له درمی‌آید (قدوری، ۱۴۲۱: ۴۵۱). البته بهنظر می‌رسد وصیت در قانون
مدنی همان‌طور که برخی حقوقدانان فرموده‌اند عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۱). وصیت به‌وسیله
ایجاب از طرف موصی و قبول از طرف موصی‌له به عمل می‌آید، زیرا عقد محقق می‌شود به توافق
قصد و رضای طرفین به شرط مقرن بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید. این است که ماده
۸۲۷ قانون مدنی می‌گوید: «تملیک بهموجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی‌له پس
از فوت موصی (اما می، ۱۳۷۴: ۵۹/۳). برخی دیگر بیان داشته‌اند که برخلاف نظر بعضی از حقوقدانان
که می‌گویند قانون مدنی «وصیت تملیکی» را از جمله عقود می‌داند، بهنظر می‌رسد قانون مدنی
مسئله را به اجمال گذرانده و در این رابطه حکم صریحی ندارد، گرچه حقوقدانان خواسته‌اند از
ماده ۸۲۷ ق.م. استفاده کنند که وصیت تملیکی عقد است. صرف نیاز داشتن به قبول، دلیل بر
عقد بودن آن عمل حقوقی نیست؛ زیرا در باب قبول وصیت، بین فقهها اختلاف است و در فقه،
نظرات گوناگونی ارائه شده است: ۱- قبول، جزء وصیت و از ارکان آن است و بدون آن وصیت
باطل است. ۲- قبول، شرط ناقل است. ۳- قبول، شرط کاشف است. ۴- قبول، هیچ‌گونه اعتباری
ندارد بلکه رد مانع است. ۵- قبول، هیچ‌گونه اعتباری نداشته و رد نیز دخالتی ندارد بلکه وصیت از
عوامل انتقال قهری است. به موجب وجوده فوق به استثنای دو وجه اخیر، قبول اعتبار دارد و
تملیک بدون آن محقق نمی‌شود، لکن تنها مطابق وجه اول (جزئیت و رکنیت قبول) وصیت از
عقود بوده و بنابر سایر وجوده از ایقاعات محسوب می‌گردد (طاهری، ۱۴۱۸: ۵/۱۰۳-۱۰۲). بهنظر
می‌رسد با توجه به مواد ۱۹۵ و ۲۱۶ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب
۱۳۸۷/۰۷/۰۳، وصیت عقد است و نیاز به ایجاب از طرف موصی و قبول از سوی موصی‌له دارد.
از تبصره ماده ۵۰ مقررات احوال شخصیه ارامنه گریگوری مصوب ۱۳۱۷/۸/۵ که بیان می‌دارد:
«عدم قبول موصی‌به توسط احد یا چند تن از موصی‌لهم موجب بی‌اعتبار شدن وصیتname نسبت

به مابقی ماترک در مورد سایر موصی‌لهم که وصیت‌نامه را قبول کرده‌اند نمی‌شود. تقسیم آن قسمت از ماترک که توسط موصی‌لهم مربوطه رد شده است تابع احکام ارث است.» نیز استظهار می‌گردد که وصیت نوعی عقد است، چرا که قبول نقش اعتباردهندگی به وصیت را دارد.

۲-۳. جواز و لزوم وصیت

مرحوم کاشف‌الغطاء می‌فرماید: همان‌طور که وصیت برزخ بین عقد و ایقاع است، همچنین آن (وصیت) برزخ بین جواز و لزوم می‌باشد پس تا هنگامی که موصی زنده است برای هر یک از موصی و موصی‌له یا وصی حتی پس از قبول آنها (وصی‌له یا وصی) حق رجوع وجود دارد (وصیت جایز). اما در موارد ذیل وصیت لازم است:

الف: چنانچه موصی‌له در زمان حیات موصی وصیت را رد نماید و خبر رد به موصی برسد و رد وصیت تا مرگ موصی استمرار داشته باشد، وصیتی نمی‌باشد و اگر موصی‌له پس از رد کردن وصیت، آن را قبول کند و خبر قبول وصیت به موصی برسد و موصی تا زمان مرگ به غیر موصی‌له عدول ننماید، وصیت برای او لازم می‌شود.

ب: چنانچه شخصی را وصی نماید یا برای او وصیت کند و تا هنگام مرگ او را آگاه ننماید وصیت بر او (وصی یا موصی‌له) لازم می‌گردد حتی در صورتی که موصی بداند که اگر او را آگاه نماید، حتماً آن را رد می‌کند.

ج: چنانچه موصی‌له یا وصی وصیت را رد نماید و خبر رد کردن او به موصی نرسد در این صورت نیز وصیت بر او لازم است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۲۵/۵).

در فقه اهل سنت بیان شده است: «یجوز للموصى الرجوع عن الوصيّة»؛ موصی هر زمان که بخواهد می‌تواند از وصیت رجوع کند. در تعلیل این مطلب آمده است که وصیت نوعی تبع است بنابراین مانند هبہ، رجوع از آن جایز است بلکه در وصیت به طریق اولی می‌توان رجوع کرد چرا که هبہ با قبض تمام می‌شود درحالی که وصیت با قبول بعد از مرگ موصی محقق می‌شود.

بنابراین رجوع در هبه بعد از تحقق ممکن است چون تبرع است پس در وصیت قبل از تحقق آن به طریق اولی جایز است چرا که هیچ الزامی بر متبرع نیست (قدوری، ۱۴۲۱: ۴۵۵).

برخی حقوقدانان بیان داشته‌اند که وصیت پس از تحقق، متزلزل است و بهو سیله قبض لازم می‌گردد. بنابراین در صورتی که موصی‌له پس از فوت موصی وصیت را قبول کند و قبل از قبض بمیرد، ملکیت موصی به به ورثه موصی‌له منتقل می‌گردد و آنان می‌توانند آن را قبض کنند و می‌توانند عقد را بر هم زنند، زیرا فوت موصی‌له (پس از فوت موصی و قبول موصی‌له) عقد را لازم نمی‌گرداند و موصی به در اثر فوت موصی و قبول موصی‌له به ورثه منتقل شده، ولی جایز است تا آنکه آن را ورثه قبض کنند. بنابراین از نظر قانون مدنی قبض شرط لزوم وصیت است (اما می، ۱۳۷۴: ۷۲/۳).

۳-۳. عدالت در وصی

در خصوص اشتراط عدالت در وصی بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد و برخی قول اشتراط عدالت را به اکثر فقیهان نسبت داده‌اند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۷۴/۱۱) و در مقابل برخی دیگر قائل به عدم اشتراط عدالت در وصی هستند (حلی، ۱۴۱۰: ۱۸۹/۳؛ حلی، ۱۴۱۳: ۳۹۵/۶) لیکن علامه کاشف‌الغطاء می‌فرماید عدالت وصی بنا بر احوط شرط است، هر چند که قول قوی‌تر کافی بودن اطمینان به امین بودن او و اقدام نمودنش به امور واجب در خصوص وصیت است هر چند که به خودی خود عادل نباشد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۲۴/۵). سرخسی عالم بزرگ اهل سنت در زمینه وصایت شخص فاسق و غیرعادل عقیده دارد که وصایت چنین شخصی باطل نیست، متنها بر حاکم شرع واجب است که وی را عزل نموده و شخص عادلی را به جای وی منصب کند؛ زیرا فاسق به‌طور شرعی می‌تواند ولی بر اموال قرار گیرد و اگر در اموال مورد وصیت، تصرفاتی انجام دهد، این تصرفات تا زمانی که توسط حاکم شرع از منصب خود عزل نگردیده، صحیح و نافذ است (سرخسی، ۲۵/۲۸). در خصوص اینکه وصی باید عادل باشد قانون مدنی سکوت اختیار کرده است و این سکوت به دلیل وجود اختلاف نظر عمدی بوده است و به‌نظر می‌رسد بتوان با استناد به اصل عدم، قول به عدم اشتراط عدالت در وصی را به مقنن نسبت داد. البته ولی قهری در تعیین

وصی، باید رعایت مصلحت مولی‌علیه را بکند و انتخاب وصی ناشایست به مصلحت او نیست و اینکه فقدان ملکه عدالت نباید وصی را برای رسیدن به هدف موصی ناتوان سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۶). در ماده ۲۲۲ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، آمده است: «هرگاه پس از مرگ موصی، وصی از اجرای مفاد وصیت‌نامه خودداری نماید، یا به سبب عدم شایستگی یا غفلت، قادر به انجام وظیفه نباشد، کلیسا می‌تواند طبق درخواست افراد ذی‌نفع، پس از رسیدگی و انجام تحقیقات لازم و اثبات قصور یا تقصیر، وصی قاصر یا مقصو را عزل، و شخص امین و مورد اعتمادی را به جای او منصوب نماید. چنانچه وصی به عزل خود اعتراض داشته باشد، می‌تواند به دادگاه مراجعه کند.»

۴-۳. خیانت وصی

در خصوص ضمانت اجرای خیانت وصی دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد و برخی در این خصوص پنج دیدگاه را مطرح کردند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۴: ۳۱۸) از این میان دو دیدگاه بیشتر مورد توجه است؛ برخی معتقدند که با تحقق خیانت، وصی از تاریخ وقوع، منعزل می‌شود (عاملی‌کرکی، ۱۴۱۴: ۱۱؛ ۲۷۷_۲۷۶/۱۱؛ عاملی، ۱۴۲۵: ۶؛ ۲۴۵_۲۴۴_۲۴۳/۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۰؛ ۳۱۵_۳۱۶)، و برخی دیگر می‌گویند خیانت وصی به حاکم حق می‌دهد که او را عزل کند و منعزل نیست (حلی، ۱۴۲۰: ۳۷۷/۳؛ نجفی، بی‌تا: ۴۲۰/۲۸)، لیکن علامه کاشف‌الغطاء تفصیل قائل شده است و می‌فرماید اگر موصی عدالت وصی را شرط کرده باشد در این صورت به واسطه خیانت به‌طور قهری منعزل می‌شود و در صورت عدم اشتراط، قول قوی‌تر رجوع به حاکم است که در این صورت یا امینی را به وصی خمیمه می‌نماید یا او را عزل می‌کند (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۳۱/۵). به‌نظر می‌رسد که ماده ۸۵۹ قانون مدنی که می‌گوید: «وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند و الا ضامن و منعزل است.» با قول مشهور مطابقت دارد. ماده ۱۱۹۱ این قانون نیز بیان می‌دارد: «اگر وصی منصوب از طرف ولی قهری ... امتناع از انجام وظائف خود بنماید منعزل می‌شود.» در ماده ۴۷ قانون امور حسبي (۱۳۱۹/۰۴/۰۲) این‌گونه بیان شده است: «در مورد دعواي خیانت يا عدم لياقت و ساير موجبات عزل وصی يا قيم يا ضم امين ترتيب رسيدگی مطابق مقررات اين قانون است.» در اين

ماده صحبت از عزل وصی شده است که مطابق با دیدگاه علامه کاشفالغطاء است. البته برخی حقوقدانان معتقدند که تباینی بین قانون امور حسی و قانون مدنی وجود ندارد و نسخی پدید نیامده است، زیرا مقصود متن امور حسی رسیدگی به خیانت وصی و اعلان انزال وصی از تاریخ خیانت است و اطلاق عزل در مورد انزال فراوان است و در صورت شک در نسخ، اصل، عدم نسخ است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۳۱۹). در ماده ۲۲۳ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، بیان شده است: «در صورت ... اثبات خیانت ... وصی منفرد، کلیسا مکلف است شخص مسیحی امین و صالحی را به سمت قیم محgorین به دادسرما معرفی نماید تا از طریق دادسرما، دادگاه حکم قیوموت قیم مسیحی را صادر نماید.»

۳-۵. وصیت به واجب بدنی

مشهور فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۲-۷۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۳۵/۲۲؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۳۵۹/۱۰)، معتقدند حقوق بدنی - مثل روزه و نماز - از ثلث ماترک خارج می‌شود پس چنانچه موصی وصیت نکند، ساقط می‌شود، اما مرحوم کاشفالغطاء می‌گوید قول صحیح‌تر آن است که حقوق بدنی نیز از اصل ماترک خارج می‌شود مگر اینکه موصی به خروج آن از ثلث مال وصیت کرده باشد (کاشفالغطاء، ۱۴۳۲: ۱۲۶/۵). از نظر علامه کاشفالغطاء هر واجبی مصدق دین است و فرقی بین واجبات مالی و بدنی نیست و همگی از اصل ترکه داده می‌شود. بهنظر می‌رسد قانون مدنی از قول مشهور پیروی کرده و قید «مالی» به دنبال کلمه «واجبات» در بند ۲ ماده ۸۶۹ قانون مدنی و ماده ۱۷۶ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۴۵، بهترین دلیل بر این نظر است.

۳-۶. منجزات مریض

علامه کاشفالغطاء می‌فرماید: منجزات مریض که بنا بر نظر مشهور فقیهان محابات است و غیر آن، از اصل مال خارج می‌شود و متوقف بر اجازه ورثه نمی‌باشد، ولی بهنظر ما حکم آن حسب مورد متفاوت است، پس قول بهتر، رجوع کردن به حاکم شرع برای تشخیص اینکه تصرف به صورت حقیقی است یا غرض از تصرف، محروم کردن ورثه یا چیز دیگری می‌باشد، پس حاکم شرع برای هر نوع، حکم خودش را می‌دهد (کاشفالغطاء، ۱۴۳۲: ۱۳۲/۵). اهل سنت معتقدند که

منجزات مریض از ثلث است نه اصل، یعنی همان‌گونه که وصیت مریض از ثلث است، منجزات مریض نیز از ثلث می‌باشد نه از اصل (قدوری، ۱۴۲۱: ۴۵۳). بهنظر می‌رسد با توجه به اهمیت قصد در اعمال حقوقی و قواعد فقهی «العقود تابعه للقصد» (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۵۹؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۶/۲۳)، و «العبره فى العقود للمقاصد و المعانى» (کاشف الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۳۰/۱)، و اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی، دیدگاه علامه به صواب نزدیکتر است و به گونه‌ای جمع بین روایات است.

نتیجه‌گیری:

آنچه را که علامه کاشف‌الغطاء در باب احوال شخصیه در کتاب تحریر‌المجاله بدان اختصاص داده است، در بردارنده تحقیقات علمی و مباحث مهمی از ابتکارات و نوآوری‌های ایشان است. ایشان پیشگام علماء در تقنین مسائل احوال شخصیه است و برای اولین‌بار اصطلاح «احوال شخصیه» را در فقه شیعه به کار برد. با بررسی دیدگاه‌های ایشان در برخی از مسائل فقهی در ابوب فقهی نکاح، طلاق و وصیت و مقایسه آن با قانون مدنی ایران مبرهن گشت که نگرش فرامذه‌بی یک فقیه شیعه چه اندازه می‌تواند در وضع و تدوین قوانین داخلی و متاثر نمودن دیگر مذاهب و ادیان و فقه مقارن مؤثر باشد. از آن جایی که تبییب احکام در فقه یک امر توقيفی نیست و با توجه به مسائل مستحدثه و مقتضیات زمانی می‌توان حتی با ارائه تقسیمی جدید مباحث فقه را در قالب احوال شخصی و احوال عینی تقسیم‌بندی نمود. این تقسیم که احکام انسان را از اموال جدا می‌کند با دیدگاه اعتقادی دین اسلام درباره خلقت انسان که برای انسان کرامت بزرگی نسبت به حیوانات و اشیا قائل است، هم سازگار است. با توجه به اینکه قانون مدنی در مورد برخی موضوعات سکوت اختیار نموده و علت این امر شاید وجود اختلاف‌نظرهایی بوده که در آن خصوص وجود داشته است، پیشنهاد می‌شود که با توجه به اهمیت مباحث راجع به احوال شخصیه که از مباحث مهم است و جهت جلوگیری از سرگردانی محاکم قضایی و برداشت‌ها و صدور آرایی متفاوت، دیدگاهی که با مبانی شرعی و فلسفه حمایت از کیان خانواده و استحکام روابط بین اشخاص و با درنظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر جامعه سازگاری بیشتری دارد، انتخاب شود و حتی بهتر است که مانند برخی از کشورها (مصر، لبنان، اردن، سوریه) قانونی مستقل را در خصوص احوال شخصیه تصویب شود که مشتمل بر تعاریف و اصطلاحات، تقسیم‌بندی، مصادیق، قلمرو، احکام و مسائل مربوط به آن باشد.

منابع و مأخذ:

١. اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور، (۱۳۸۹)، مجموعه قانون مدنی، تهران، ریاست جمهوری، معاونت پژوهش تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور.
٢. امامی، سیدحسن، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه.
٣. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ق)، رساله فی الوصایا، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
٤. بحرانی، یوسف، (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناصره فی أحكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
٥. توکلی کیا، امید، (۱۳۹۱)، «شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران»، قم، فصلنامه علمی- پژوهشی حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۲، بهار.
٦. جزیری، عبدالرحمن محمدعوض، (۱۹۹۶)، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالاحیاء للتراث العربي.
٧. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، حقوق خانواده، تهران، گنج دانش.
٨. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی؛ وصیت، تهران، گنج دانش.
٩. حرعاملی، محمد، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، قم، موسسه آل‌البیت.
١٠. حلبی، ابوالصلاح، (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع).
١١. حلبی، حمزه، (۱۴۱۷ق)، غنیه النزوع الی علمی‌الاصول و الفروع، قم، موسسه امام صادق (ع).
١٢. حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، المختصر النافع فی فقه‌الامامیه، قم، موسسه‌المطبوعات الدينیه.

١٣. حلی، محمدبن حسن، (١٣٨٧)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، موسسه اسماعیلیان.

١٤. حلی، محمدبن منصور، (١٤١٠ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

١٥. حلی، حسن بن یوسف، (١٤٢٠ق)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم، موسسه امام صادق (ع).

١٦. حلی، حسن بن یوسف، (١٤١٣ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی،

١٧. حلی، حسن بن یوسف، (١٤١٣ق)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

١٨. زحیلی، وهبی، (١٤١٨ق)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر.

١٩. زرگوش نسب، عبدالجبار و آبیار، محدثه، (١٣٩٨)، «ولایت حاکم بر تزویج و طلاق صغیر از نظر امامیه و اهل سنت»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ٥٢، شماره ١.

٢٠. سیدمرتضی، علی بن حسین، (١٤١٥ق)، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

٢١. سیواسی، محمدبن عبدالواحد (ابن همام حنفی)، (بیتا)، شرح فتح القدیر، بیروت، دارالفکر.

٢٢. توکلی کیا، امید، (١٣٩٨)، «بر ZX بین عقد و ایقاع (ماهیت ثالث در اعمال حقوقی)»، فصلنامه دانشنامه‌های حقوقی، شماره ٤.

٢٣. شفایی، عبدالله، (١٣٨٢)، «احوال شخصیه در فقه و حقوق»، کاوشی نو در فقه، دوره ١٠، شماره ٣٥.

٢٤. شیرازی، ابواسحاق، (١٤١٧ق)، المذهب فی فقه الامام الشافعی، دمشق، دارالقلم.

٢٥. صفائی، سیدحسین و امامی، اسدالله، (۱۳۸۵)، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان.
٢٦. طاهری، حبیبالله، (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
٢٧. طباطبایی، سیدعلی، (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، قم، مؤسسه آل‌البیت.
٢٨. طرابلسی، عبدالعزیز، (۱۴۰۶ق)، المذهب، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
٢٩. طوسی، محمدبن‌حسن، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
٣٠. طوسی، محمدبن‌حسن، (۱۴۰۰ق)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت-لبنان، دار الكتاب العربي.
٣١. طوسی، محمدبن‌علی‌بن‌حمزه، (۱۴۰۸ق)، الوسیلہ الی نیل الفضیلہ، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی‌نجفی.
٣٢. عاملی، زین‌الدین، (۱۴۲۹ق)، الروضه البھیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، مجمع الفکر‌الاسلامی.
٣٣. عاملی، زین‌الدین، (۱۴۲۵ق)، مسالک‌الافهم الی تنقیح شرایع‌الاسلام، قم، مؤسسه‌المعارف‌الاسلامیه.
٣٤. عاملی، محمدبن‌مکی، (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
٣٥. عاملی، محمدبن‌مکی، (۱۴۱۰ق)، اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، بیروت - لبنان؛ دار التراث.
٣٦. عاملی‌کرکی، علی‌بن‌حسین، (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل‌البیت.
٣٧. غندور، احمد، (۲۰۱۳)، الأحوال الشخصية فی التشريع الإسلامي؛ مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء فی محاكم الكويت، مكتبه الفلاح، کویت.

٣٨. قدوری (بغدادی حنفی)، (١٤٢١ق)، احمد بن محمد، مختصر القدوری فی فقه الامام الاعظم
ابی حنیفه، تهران، مکتبه الفاروق الاعظم.
٣٩. کاتوزیان، ناصر، (١٣٨٣)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان.
٤٠. کاتوزیان، ناصر، (١٣٨٢)، وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
٤١. کاشف الغطاء، محمدحسین، (١٤٣٢ق)، تحریرالمجله، قم، المجمع العالمی للتقریب بین
المذاهب الاسلامیه.
٤٢. معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، مجموعه قوانین و مقررات احوال
شخصیه اقلیت‌های دینی ایرانی، (١٣٩٠)، تهران، اداره چاپ و انتشار معاونت تدوین، تنقیح و
انتشار قوانین و مقررات.
٤٣. نجفی، محمدحسن، (بی‌تا)، جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت،
دارالإحياء للتراث العربي.
٤٤. نراقی، احمد، (١٤١٧ق)، عوائد الايام فی بيان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و
الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

Analysis of Allameh Kashif al-Ghatta's Specific Views on Personal Situation with a Comparative Approach of Iranian Religious Minorities

Omid Tavakoli Kiya¹

Abstract

Personal status includes the rules that are specific to human beings and means the characteristics that determine the personal and legal status and identity of a person in the family and society. This study is in a descriptive and analytical method examines the specific views of Allameh Mohammad Hussein Kashif al-Ghatta on personal status with a comparative approach to the views of Sunni jurists and religious minorities recognized in Article 13 of the Constitution, including Iranian Zoroastrian, Jewish and Christian in three parts: marriage, divorce and will. Finding of this research is to what extent the trans-religious views of Imami jurists, including Allameh Kashifa al-Ghatta ', can be effective in bringing Islamic religions closer to each other, establishing domestic laws and influencing other religions, and the legislator is better to pass an independent law in this regard, like some countries, considering the importance of personal status with an approach to religious foundations and taking into account the requirements of the time.

KeyWords: Personal status, marriage, divorce, wills, religious minorities, *Tahrir al Majale*.

1. Master of Laws, Judge of Justice and Researcher of Iranian Law,
(Email: omidtavakolikia@gmail.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



نقش اصل عموم در تفسیر قراردادها

(نوع مقاله: مروری)

* جواد شمسی

علی اکبر فرهزادی^۱

چکیده

تفسیر قرارداد به معنای رفع ابهام و تعارضات موجود در قرارداد، برای رسیدن به مقصد متعاقدين است. از جمله راههایی که در تفسیر به کار گرفته می‌شود، بهره‌گیری از اصول لفظیه، نظیر اصل عموم است. بر اساس این اصل به عنوان یکی از مصاديق اصل ظهر، در صورت تردید در دامنه شمول قرارداد، باید الفاظ عامی را که در آن وجود دارد، در صورت فقدان مخصوص، بر معنای عام آن حمل نمود، مگر این که کسی که مدعی تخصیص است بتواند آن را ثابت کند. البته مخصوص می‌تواند لفظی یا غیرلفظی باشد. عرفهای عمومی، رویه‌های مقرر بین طرفین یا عرفهای خاص تجاری می‌تواند مخصوص لبی (غیرلفظی) محسوب و مانع حمل الفاظ عام بر عموم گردد. اما در حالت عادی، اصل حاکم بر تفسیر الفاظ عام قرارداد، اصل عدم تخصیص یا همان اصل عموم است که راه احراز ظهر عرفی و کشف اراده متعاقدين به شمار می‌رود.

کلیدواژه‌ها: ظهر، اصل عموم، تفسیر قرارداد، تخصیص، مخصوص.

Email: javashamsi@gmail.com (نویسنده مسئول)

* دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی

۱. دکترای حقوق خصوصی، دانشیار دانشگاه علوم قضایی

Email: alikbar.farahzadi@yahoo.com

۱. مقدمه

تفسیر ادله شرعی که به منظور زدودن ابهام انجام می‌گیرد، به مفهوم پرده‌برداری از هرگونه پیچیدگی و تاریکی ناشی از ابهام در این ادله است که این امر، امروزه به قوانین و قراردادها نیز به عنوان یکی از مباحث بسیار ضروری و مهم در علم حقوق تسری پیدا نموده است. در اهمیت این موضوع همین بس که اختلافات تفسیری بزرگترین منبع دعاوی ناشی از قراردادهای تجاری است (Ronald J. Gilson et al, p 34). در واقع، هرچند در ابتدای امر که قرارداد منعقد می‌گردد، در ظاهر بدون ایراد و اشکال به نظر می‌رسد، اما وقتی متعاقدين در صدد انجام تعهدات قراردادی برمی‌آیند، با اختلافاتی روبرو خواهند شد که ریشه و منشأ آن، اختلافات، ابهامات، تعارضات و نواقص موجود در قرارداد منعقده است؛ حتی اگر قرارداد منعقده از جانب متخصصین امر نیز تنظیم شود، وجود ابهام در آن، امر بدیهی است، زیرا آن‌ها هم ممکن است از ذکر برخی از جزئیات در آن غافل بمانند و همین امر، باعث ایجاد اختلاف گردد. لازم به ذکر است که اشخاص سعی می‌کنند از الفاظ به نحو مطلوب استفاده کنند، به همین دلیل با توجه به معنایی که عرف از آن‌ها می‌فهمد، در صدد بیان مفاهیم مورد نظر خودشان هستند. این اصل، در قراردادها قوت بیشتری می‌یابد؛ زیرا، اصولاً در قرارداد، هر یک از طرفین در مقام جلب منفعت و دفع ضرر از خویش است و می‌داند که این امر تنها با کلماتی که به کار می‌برد، محقق می‌شود؛ لذا در به کارگیری کلمات، دقت لازم مبذول می‌دارد (قشقایی، ۱۳۷۸: ۱۲۶). در این میان، اصول لفظی (از جمله اصل عموم) که اصولی مبتنی بر بنای عقلاً و فهم عرف هستند، به عنوان راهکارهایی مناسب در جهت این منظور و برای فهم و یافتن هرچه بیشتر موارد گوینده به کار می‌روند، لذا دارای نقش گسترده‌ای هستند و همان‌طور که بیان شده، این اصول تنها به دستگاه دلالت زبان و دانش معناشناسی ارتباط ندارند، بلکه به دانش تفسیر و هرمنوتیک نیز ارتباط می‌یابد (پروین و مبصری، ۱۳۹۶: ۳۸۶). اگر چه بیشترین کاربرد اصول لفظیه، در باب استنباط احکام شرعی است، اما استفاده از اصول مذبور، تنها مختص ادله شرعی نیست و استفاده مکرر و فراوان از آن‌ها در باب استنباط احکام شرعی نافی کارایی آن‌ها در باب حقوق موضوعه و به ویژه قراردادها نیست.

پژوهش حاضر، ضمن بیان مفهوم تفسیر قرارداد به شناسایی انواع قراردادهایی که مشمول

تفسیر قرار می‌گیرند، می‌پردازد و سپس، نقش اصل عموم را به عنوان یکی از اصول و مبانی تفسیر قرارداد، مورد بررسی قرار می‌دهد؛ زیرا، نقش و کاربرد اصول لفظی، اغلب در موارد استنباط احکام شرعی مورد بررسی قرار گرفته و متأسفانه جایگاه آن در مسائل حقوقی بهویژه مبحث قراردادها مورد تحلیل قرار نگرفته است و حتی در باب قراردادها نیز، اصول مدونی وجود ندارد. بنابراین، این نوشتار به دنبال ارائه طریق بررسی تحلیلی اصلی خواهد بود که اگرچه در باب استنباط احکام شرعی مورد استفاده قرار گرفته، اما در رابطه با نقش آن در حقوق موضوعه و به ویژه، در باب قراردادها چندان به طور مفصل بحث نشده است. همچنین، فقدان مواد قانونی و نصوص مدون، پیرامون موضوع مورد بحث، ضرورت انجام این پژوهش را توجیه می‌نماید. با این هدف که تا حد امکان بتوان نقش قانونی موجود را در خصوص تفسیر قرارداد مرتفع و اذهان را با نقش این اصل در تفسیر قرارداد آشنا نمود و کاربرد علم اصول را در مباحث حقوقی به تصویر کشید و نشان داد که این علم فقط در باب استنباط احکام شرعی کاربرد ندارد، بلکه در باب استنباط مقصود متعاقدين و رفع اختلافات قراردادی نیز، نقش خواهد داشت؛ زیرا، بعضًا الفاظ و عباراتی در قرارداد به کار می‌رود که در اراده و مقصود واقعی متعاقدين، ابهام و تردید ایجاد می‌کند و این ابهام مشکلاتی را در پی دارد. البته این مسئله، در مورد قراردادهایی که در زمان‌های بسیار دور منعقد شده و متعاقدين آن دیگر حضور ندارند و اکنون ورثه متعاقدين، خواهان انجام تعهدات قراردادی از یکدیگر هستند، به دلیل ضرورت اعمال تفسیر بیشتر اتفاق می‌افتد. بنابراین، در این پژوهش با استفاده از منابع موجوده ضمن تبیین اصل عموم که راهگشای حقوقدانان در تفسیر این دسته از قراردادها است، به بررسی نقش این اصل در تفسیر قراردادها خواهیم پرداخت.

در این راستا، ضروری است قبل از ورود به بحث اصلی (به کارگیری اصل عموم در تفسیر قراردادها)، مفهوم تفسیر قرارداد، جایگاه و مفاد اصل عموم تبیین شود.

۲. مفهوم تفسیر قرارداد

تفسیر در لغت به معنای «کشف، بیان و شرح» (معلوم، ۱۳۶۴: ۵۸۳)، و در اصطلاح علم حقوق به تبیین و روشن گردانیدن معنای نصوص قانونی و عبارات قراردادها و توافقات (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۷۲۱/۱ - کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۴/۳)، به کار رفته است. در حقوق قراردادها، تفسیر عموماً به مشکلات ناشی از شروط صریح قرارداد گفته می‌شود که از نظر منطقی مستعد بیش از یک معنی هستند (George M. Cohen, 1999: 79). در حقیقت، عمل تفسیر برای کشف مراد و مقصد متعاقدين است و مقامی که حکم به اجرا می‌دهد تعهد جدیدی را به طرفین تحمیل نمی‌کند بلکه تنها به انتخاب قبلی طرفین ترتیب اثر می‌دهد (Klass, 2018: 1). لذا تفسیر به مفهوم فرایند تلاش برای مشخص نمودن عبارات نمادین یا عباراتی است که طرفین در مرحله ایجاد یک یا چند تعهد الزام‌آور قانونی به کار برده‌اند (Patterson, 1964: 3). بدین توضیح که مقام صالح در تفسیر، ضمن قراردادی که حاوی الفاظ و عبارات دو یا چند پهلو که ریشه و منشأ آن، ابهام، سکوت، نقص و تعارض عبارات و الفاظ مندرج در آن است، بایستی به مشخص نمودن تعهدات طرفین باتوجه به عبارات به کار رفته توسط طرفین بعد از عدم وصول توضیحات آنها پیردازد و مقام مفسر در این راستا در صورت اول باید اصول و مبانی تفسیر قرارداد که می‌تواند امری یا تکمیلی باشد را نیز در نظر داشته باشد. از لحاظ شکلی، علاوه بر دادگاه تجدیدنظر، دیوان عالی کشور نیز بر این امر نظارت دارد.

۳. جایگاه اصول لفظیه در تفسیر قراردادها

امروزه یکی از مسائل مهم حقوق قراردادها، بحث تفسیر آن است. این بحث، به‌طور جدی جایی مطرح می‌شود که طرفین دچار اختلاف می‌شوند و مبنای آن، عدم پیش‌بینی برخی لوازم قراردادی و یا عدم صراحة متن قرارداد و یا تعارض مفاد آن است؛ زیرا، در چنین فرضی هرچند ممکن است قرارداد از جهاتی ظهور داشته باشد و ما ملزم به پاییندی به ظاهر عرفی قرارداد باشیم، اما چه‌بسا از جهات دیگری واجد ابهام و نواقص و عیوبی باشد که رهابی از آن‌ها، جز با

اعمال تفسیر و توسل به اصول و قواعد حقوقی و یا عرف، امکان پذیر نباشد. همچنین در رابطه با عامل دیگری که ضرورت تفسیر قرارداد را توجیه میکند، باید گفت، همان‌طور که مشخص است، قانونگذار در زمان وضع مقررات قانونی، توانایی پیش‌بینی همه موارد و مسائل احتمالی را ندارد و به ناچار هرچند هم سعی در تدوین قانونی جامع داشته باشد، باز برخی از مسائل را مسکوت می‌گذارد؛ چرا که ممکن است اصلاً به ذهن قانونگذار خطور نکند، لذا فقط به بیان کلیات می‌پردازد و این مقام مفسر است که در حین رسیدگی، اقدام به تفسیر قانون می‌نماید و در مورد قراردادها، باید گفت که به‌دلیل عدم تخصص طرفین، به طریق اولی قادر به پیش‌بینی تمام اختلافات نیستند و زمانی که اختلاف بروز می‌کند، به ناچار مقام رسیدگی کننده به دعوا باید به تفسیر قرارداد پرداخته و از این راه، اختلاف طرفین را حل و فصل نماید (قاسم زاده، ۱۳۸۹: ۳۵۴؛ عدل، ۱۳۸۵: ۱۵). در باب کاربرد اصول لفظی در تفسیر قراردادها نیز، باید گفت که اصول لفظی به مانند اصول عملی مبتنی بر بنا عقلاً هستند (تبیری، ۱۳۶۹: ۴۶۷؛ قافی و شریعتی، ۱۳۸۸: ۱۱۶)، و عقلاً نیز در زندگی روزمره خود آن‌ها را رعایت می‌کنند و این امر موجب شده که عالمان اصولی به تدوین آن اقدام کنند، نه این‌که آن را اختراع نموده باشند. در نتیجه کار اصولیان در این زمینه بیشتر جنبه کشف و نام‌گذاری دارد. کاربرد این اصول، بیش‌تر در باب استنباط احکام شرعی از ادله لفظی است، اما استفاده از این اصول مختص ادله شرعی نیست و در باب اسناد قرارداد و روابط معاملی متعاقدين کاربرد دارند و عموم مردم نیز، در محاورات خود، ظاهر کلام را معتبر می‌دانند و به احتمال اراده معنای خلاف ظاهر اعتنا نکرده و به آن بها نمی‌دهند و این امری است که عقلاً به آن متولّ می‌شوند، همین امر را می‌توان مبنای پیش‌بینی ماده ۲۲۴ قانون مدنی دانست. لذا، می‌توان در زمینه هر دلیل لفظی از این اصول استفاده نمود و هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند دیگری را به خاطر برداشتی که بر اساس این اصول حاصل می‌شود، مؤاخذه نموده یا بر این برداشت خرد بگیرد. اصل عموم به عنوان یکی از اصول لفظیه می‌تواند در جهت کشف مقصود طرفین اعم از قراردادی و غیر آن مفید باشد. این اصول، در جایی جاری می‌شوند که لفظی وجود داشته باشد که معنای آن معلوم بوده، اما در اراده متکلم تردید وجود داشته باشد (مفهوم، ۱۳۷۰: ۳۱). لذا تفاوت اصلی اصول لفظیه و اصول عملیه، در این است که اصول لفظیه در موارد وجود دلیل لفظی کاربرد دارند

و از مقوله امارات محسوب می‌شوند، برخلاف اصول عملیه که در موارد فقدان دلیل لفظی یا اجمال آن یا تعارض ادله به کار می‌روند، لذا از این جهت اصول لفظیه بر آن‌ها مقدم می‌شوند. این امر در حقوق ما چندان رعایت نمی‌شود. برای مثال در بحث داوری برخی حقوقدانان (خداخشنی، ۱۳۹۸: ۲۷). بدون توجه به این تقدم در صورت تردید در تحقیق داوری بنابر اصول عملی حکم بر عدم تحقق داوری می‌دهند.

۴. مفاد اصل عموم

در بیان مفاد این اصل باید گفت که مورد آن، جایی است که لفظ عامی وجود داشته اما شک می‌شود که از آن لفظ اراده معنای عام یا خاص شده است؛ یعنی در تخصیص آن لفظ شک می‌شود (مظفر، پیشین، ۱۴۱۲: ۷۵؛ خراسانی، ۱۴۱۸: ۲۱۸). در اینجا می‌گوییم اصل بر این است که معنای عموم اراده شود و بر طرفین، در عموم حجت است (مظفر، همان). لذا اگر لفظ عامی به کار رفته باشد باید به عموم آن عمل نمود و حدوث شک و تردید بعدی در کاهش شمول عام بر افرادش موجب انصراف از عمل به عام نمی‌گردد، مگر این که مخصوصی اعم از متصل یا منفصل برای آن یافت شود؛ زیرا، حمل بر خصوص نیازمند وجود و اثبات یا احراز قرینه است (صادقی، ۱۳۹۰: ۴۶). در این موارد، اعتقاد قاضی نسبت به بقای عام بر عموم برای کنار نهادن هر تردید معقولی کفايت می‌کند (الشريف، ۱۳۹۳: ۱۹)، البته با توجه به فراوانی در رواج تخصیص (ما من عام الا و قد خص) لازمه استناد به اصاله‌العموم آن است که در مرحله قبل در مورد وجود مخصوص به اندازه کافی و معقول بررسی و تفحص صورت گیرد. بعد از فحص و یأس از یافتن مخصوص است که می‌توان به عموم عام عمل نمود و بر اساس آن حکم داد. البته توجه به اصول دادرسی ما را به این نتیجه می‌رساند که مقام رسیدگی کننده موظف به جست و جوی مخصوص نیست و این امر باید توسط مدعی تخصیص اثبات شود و گر نه بر اساس ظاهر عمل می‌شود مگر اینکه مخصوص مزبور به آسانی قابل کشف باشد. در صورت پیدا شدن مخصوص نیز، اصل عموم همچنان در مورد سایر افراد و مصاديقش مجری خواهد بود (مظفر، همان: ۱۹۹). بر این اساس است که در باب قراردادها گاهی متعاقدين لفظی را ضمن تعهدات خود می‌آورند که پس از مدتی با اقدام به اجرای تعهد هر

یک از طرفین حسب منافع خود لفظ مزبور را بر معنای عام یا خاص آن حمل می‌کند. عدم وجود قرینه در این موارد موجب انصراف لفظ به معنای عام آن می‌شود. همچنان که در زبان عربی واژگانی مبنی بر عام بودن لفظ وجود دارد (صادقی، همان)، در زبان فارسی نیز، الفاظ و ترکیباتی برای دلالت بر عموم وجود دارد. البته تحقق اختلاف میان متعاقدين دائر مدار آگاهی و جهل نسبت به معنی عام و خاص نیست. بلکه ممکن است از واژه یا عبارتی در متن قرارداد استفاده نموده باشند که هر کدام معنایی را برگزینند که دیگری منکر آن است، در این صورت با عدم سازش طرفین مقام رسیدگی کننده به اختلاف باید به احراز قصد مشترک طرفین بپردازد که در این راه ظاهر الفاظ بعد از تحقیق از طرفین معیار اصلی است؛ زیرا، دادرس موظف به کشف اراده متعاقدين از عبارات، کلمات و الفاظ قرارداد است (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۱۵۲)، البته این ظاهر تا جایی اعتبار دارد که اراده خلاف آن اثبات نشود یا مقام مفسر از طریق تفسیر به اراده باطنی پی نبرد^۱ و الا موجب انتقال بار اثبات دعوا شده و مدعی خلاف این تفسیر باید ادعای خود را ثابت نماید. به عبارت دیگر هر چند اراده باطنی مقدم است اما راه حصول به آن اراده نیز از طریق همین الفاظ به کار رفته توسط طرفین است.

۵. نقش و کارکرد اصل عموم در تفسیر انواع قرارداد

در این مبحث، به بررسی این نکته می‌پردازیم که یک قرارداد برای این‌که در معرض تفسیر قرار گیرد، باید حاوی چه اوصاف و خصوصیاتی باشد. در رابطه با این مسئله که اصولاً تفسیر در مورد کدام دسته از قراردادها مطرح می‌شود باید گفت زمانی که موضوع مورد اختلاف ناشی از قرارداد به مرجع صالح اعم از قاضی یا داور و غیره ارجاع می‌شود، مقام مزبور همانند تفسیر قانون، در برخورد با آن موضوع و ملاحظه‌ی قرارداد منعقده منشأ آن ممکن است با سه حالت، مواجه شود که این حالات و فروض، زمینه‌ساز و منشأ ایجاد اختلاف بوده است و ضرورت تفسیر قرارداد را درپی دارد. این حالات عبارتند از:

۱. دادنامه شماره ۱۳۹۲/۱۰/۳ مورخ ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۸۳۲ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران..

فرض اول: ابهام و تعارض مفاد قرارداد که نمی‌توان تعهد دو طرف را به روشنی استنباط کرد.

فرض دوم: فرضی که شروط قرارداد و مفاد آن روشن است و هیچ ابهام و تناقضی ندارد

(جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۳۸۴).

فرض سوم: قرارداد ناقص است و هیچ راه حلی برای اشکال ایجاد شده ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳:

.۲/۳

در ادامه، ضمن بررسی و تحلیل هر کدام از این فروض قراردادی، به بررسی نقش و کاربرد اصوله‌العموم در تفسیر و رفع ابهام قرارداد در این موقعیت‌ها، خواهیم پرداخت.

۱.۵. ابهام و تعارض مفاد قرارداد

ابهام در لغت، به معنای «پوشیده گفتن، پیچیدگی و تاریکی» آمده (معین، ۱۳۷۱/۱: ۱۳۱) و اجمال که مرادف با ابهام است، به معنای «سخن به‌طور مبهم و خلاصه و کلی بیان کردن» است (همان، ۱۵۱). مجمل در علم اصول، اصطلاحاً به لفظی گفته می‌شود که در معنای خود ظهوری نداشته و دو یا چند پهلو باشد و به عبارت دیگر، لفظ مجمل دلالتش غیر واضح بوده و مردد بین دو یا چند معنی است (قمری، ۱۳۷۸: ۳۳۲؛ خراسانی، ۱۴۱۲: ۲۵۲). فروض اجمال و ابهام متون را باید محل واقعی تفسیر محسوب نمود؛ زیرا، از ظاهر قرارداد معنای صریح و روشن به دست نمی‌آید و دادرس ناچار است که به روح قرارداد دست یابد و آن را وسیله‌ی هدایت اندیشه خود و رفع ابهام از قرارداد سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۵/۳)^۱. در موارد ابهام و اجمال، در قرارداد الفاظ و عباراتی به کار رفته که بیش از یک احتمال در معنا و مفهوم قرارداد ایجاد کرده است که بدون اعمال قواعد تفسیر، دلیلی بر ترجیح یکی از دو یا چند معنای استنباط شده وجود ندارد. در برخی موارد نیز، معنای عام و خاص ممکن است مشتبه باشد و نتوان یکی از معانی را ترجیح داد و از این راه به مراد و مقصد متعاقدين دست یافت؛ به عنوان مثال، در صورتی که در متن قراردادی، اختیار فروش ملک به

۱. هرچند برخی در مورد قانون معتقدند که در برخی موارد قانون مبهم می‌تواند مفید باشد (جعفری‌تبار، پیشین: ۱۶۰)، اما این امر هیچ‌گاه در مورد قرارداد صحیح نیست؛ زیرا، مصلحتی که در آن موارد وجود دارد در قرارداد مورد نخواهد داشت.

وکیل داده شده باشد، این بحث مطرح است که آیا اطلاق و عموم چنین عبارتی شامل اختیار فروش ملک به شخص وکیل نیز می‌شود یا حق معامله با خود نیاز به تصریح موکل دارد و یا اختلاف درباره مفاد ضمانت‌ها و درباره نوع پول و مانند این‌ها (همان، ۳۹).

نکته‌ای که بیان آن در این باب ضرورت دارد، این است که در این موارد دادرس باید دریابد که مقصود و مراد متعاقدين کدام یک از معانی بوده است و آیا قصد و اراده متعاقدين از استعمال لفظ، معنای عام آن بوده یا معنای خاص آن؛ زیرا، استعمال یک لفظ، جز درمعنای واحد امکان‌پذیر نیست و یک چیز در آن واحد، جز یک وجود قبول نمی‌کند. همان‌طور که امکان ندارد جایی که لفظ تملیک به کار رفته آن را همزمان، هم در بیع و هم در هبه اراده کرد (مظفر، ۱۳۷۰: ۳۳/۱ و ۳۴).

لذا سؤال قابل طرح این است که معیار ابهام قرار داد چیست؟ آیا قرارداد باید از دید متعهد، مبهم باشد یا از دید هر دو و نظر کدامیک در این زمینه ارجح است؟ اگرچه در تعیین این ضابطه نظرات مختلفی مطرح شده است (قشقایی، ۱۳۷۸: ۴۱). اما، به‌طور کلی در این رابطه باید انسان متعارف که معیار فهم عرفی است را به عنوان معیار و ملاک مبهم‌بودن یا نبودن الفاظ دانست؛ زیرا، امروزه معیار استنباط مناسب عرف است که به وسیله آن می‌توان به قصد مشترک و معنای منطقی الفاظ و عبارات پی برد. پس در این حالت، مقام تفسیر‌کننده به عنوان یک انسان متعارف می‌تواند نقش ایفا کند و وجود یا عدم ابهام را تشخیص داده و بر اساس آن تصمیم‌گیری نماید.

در باب نقش اصل عموم در تفسیر قرارداد و رفع ابهام از آن باید گفت: اگر قرارداد حاوی لفظ یا الفاظی باشد که این الفاظ در بردازنده یک معنی عام و یک معنی خاص باشد و تردید حاصل گردد که آیا قصد متعاقدين از آوردن لفظ، استعمال آن در معنی عام بوده یا معنی خاص را اراده نموده‌اند و این امر باعث حدوث اختلاف بین اطراف قرارداد شود، دادرس ابتدا می‌تواند از طریق آخذ توضیح از متعاقدين به احرار قصد مشترک آنان پردازد و اگر نتواند از این راه به نتیجه برسد، اگر قرینه‌ای لفظی یا لبی با لفظ همراه بود که حاکی از اراده معنای خاص باشد، حکم به ترجیح معنای خاص می‌دهد، اما اگر لفظ با قرینه‌ای همراه نباشد، دادرس باید با توجه و توسل به اصل

عموم، معنای عام را مبنای اراده متعاقدين قرار دهد و به آن عمل کند، البته قرینه‌ای در اینجا مراد است که یا قطعی باشد یا ظهوری بیش از ذوالقرینه داشته باشد. به عنوان مثال، اگر در متن قرارداد باید که تمام اختلافات ناشی از قرارداد به داوری ارجاع می‌شود، لفظ مذبور شامل اختلاف در صورت بطalan قرارداد نیز می‌شود. اگر این واژه در قرارداد، در قالب یک شرط استعمال گردد و یکی از طرفین قرارداد مدعی شود که هدف از آوردن واژه تمام اختلافات در قرارداد، صرفاً اختلافات راجع به اجرای تعهدات است و دیگری مدعی شود که منظور، تمام موضوعات مربوط به قرارداد است، چون واژه اختلافات در قرارداد مذبور، عام می‌باشد، شامل اختلافات غیر از اجرای تعهدات نیز می‌شود و اگر در کلام قرینه‌ای بر اراده معنی خاص نباشد، به استناد اصل عموم و حجیت ظواهر، واژه اختلافات حمل بر معنی عام آن خواهد شد و مبنای آن را می‌توان مبتنی بر اراده ضمنی طرفین دانست. در تحلیل این استدلال، می‌توان گفت عقلاً در محاورات و مکاتبات خود به ظاهر توجه دارند و احتمال اراده معنی خلاف ظاهر را ملغی می‌دانند؛ زیرا، اگر این گونه نباشد در جامعه و به ویژه در روابط معاملی متعاقدين خلل ایجاد می‌شود و هر شخص متعهدی به بهانه‌های واهی، از جمله ادعای اراده معنای خلاف ظاهر، از زیر بار مسئولیت شانه خالی می‌کند که امروزه به ویژه در امور تجاری این ظاهر را مبتنی بر حسن نیت طرفین می‌دانند (افتخارجهرمی و خراسانی، ۱۳۹۶: ۴۷). همچنین، این مسئله فقط به متعهد ختم نمی‌شود، بلکه ممکن است متعهده‌های هم به بهانه معتبر نبودن ظاهر، توقعات و خواسته‌هایی را مطرح کند که اصلاً در متن قرارداد درج نشده و بخواهد از این طریق مفاد قرارداد را به نفع خود دگرگون سازد. لازم به ذکر است که قانون‌گذار نیز در موارد مختلف در متون قوانین از جمله ماده ۲۲۴ قانون مدنی به اعتبار، اهمیت و حجیت ظواهر الفاظ و عبارات توجه داشته و از رویه عقلایی تبعیت نموده است. بنابراین، به طور خلاصه باید گفت ادعای اراده معنای خاص، ادعایی برخلاف ظهور عرفی و احتمالی است و به عبارت دیگر، امری خلاف ظاهر و اصل ظهور به عنوان اماره است. از سوی دیگر، مخصوص، امری وجودی و حادث است و در صورت شک و تردید در حصول آن، چون دلیلی بر وجود آن امر حادث، موجود نیست، باید به استناد اصل عدم، حکم به بقای عام بر عموم نمود تا زمانی که امر وجودی توسط مدعی اثبات گردد. همان‌طور که اگر در وجود قیدی در عبارتی مطلق شک شود

اصل، عدم وجود آن قید است. نتیجتاً، این که قاعده و ملاک اعتبار، ظاهر قرارداد است و تا زمانی که دلیل و مدرکی که حاکی از اراده معنای خاص باشد، وجود نداشته باشد، باید الفاظ قرارداد را حمل بر معنای عام نمود. این همان است که گفته می‌شود اصل عموم و اصل عدم تخصیص دو روی یک سکه‌اند و هر دو یک مفهوم را می‌رسانند.

برای مثال یکی از شروطی که در عرف رایج است و طرفین بعض‌آنرا ضمن قرارداد پیش‌بینی می‌کنند، درج شرط پشمیمانی است. اما مسئله مهم‌تر رویکرد رویه قضایی پذیرش یا رد ماهیت آن به عنوان خیار شرط است. لذا در جایی که طرفین کلیه خیارات را ساقط می‌کنند این تردید ایجاد می‌شود که آیا شرط پشمیمانی می‌تواند مخصوص عام مزبور باشد یا در صورت تردید باید آنرا موضوعی دیگر محسوب و در نتیجه آنرا موجب تخصیص عام ندانیم. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۶۶۱۳۴۰۱۶۰۳ مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۲۴ شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی خرم آباد علی رغم عدم استفاده از لفظ عام و خاص در این زمینه مقرر داشته که: «...۳. در خصوص شرط پشمیمانی مندرج در قرارداد، می‌توان گفت که، این شرط تنها تعیین کننده وجه التزام و مسئولیت ناشی از عدم پاییندی به آثار عقد است و ضرورتی ندارد که خیار شرط توصیف شود؛ زیرا، از یک سو، طرفین کلیه خیارات را به موجب بند ۶-۱ قرارداد ساقط نموده‌اند و تفسیر کل قرارداد ایجاب می‌کند که از شرط مذکور توصیفی غیر از خیار شرط داشته باشیم...». به عبارت دیگر دادگاه معتقد است که تا زمانی دلیل متقن بر تخصیص عام موجود نباشد باید قرارداد را مطابق با الفاظ عام قراردادی اجرا نمود. پذیرش اصل عموم موجب می‌شود که در تخصیص عام به‌وسیله خاص تردیدی نباشد و لذا در مواردی که موضوعی تحقق یافته و ما تردید داریم از مصادیق مخصوص محسوب می‌شود یا خیر باید اصل را بر عدم تخصیص عام بگذاریم مگر اینکه دلیل متقنی بر تسری مورد به عنوان یکی از مصادیق تخصیص اثبات شود. شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به موجب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۵۱۵۲۹۰۰۳۳۰ مورخ ۱۳۹۹/۳/۱۷ با نقض رأی نخستین، مقرر می‌دارد: «استدلال [دادگاه نخستین] مورد تأیید هیئت قضات نمی‌باشد زیرا در تفسیر بیمه نامه به دلیل الحقی بودن قرارداد و تخصصی بودن مفاهیم، اصل تفسیر به زیان تنظیم کننده سند یعنی بیمه گر حاکم است که مستظره به عقاید دکترین حقوقی و نیز مقررات

بیمه‌ای مانند «آینه نامه حمایت از حقوق بیمه‌گذاران، بیمه‌شده‌گان و صاحبان حقوق آنها» مورخ ۱۳۹۱/۳/۲۳ است (ماده ۱۴) و نظر به اینکه با صدور بیمه‌نامه و شمول آن بر همه ریسک‌ها، آنچه استثنای می‌شود باید محرز باشد زیرا استثنای خروج از اصل است و در صورت تردید باید مضيق تفسیر شود و احراز آن نیز بدون شبیه معقول باشد و نیز مطابق اصول بیمه، استثنای باید روشن و دقیق باشد و نمی‌توان عبارات چند مفهومی را قید کرد که اگر این‌گونه شود باید ابهام را به ضرر تنظیم کننده سند تفسیر کرد و نظر به اینکه عبارت «تهاجم» بهویژه با قرار گرفتن در کنار عبارات شورش، جنگ، اعتصاب و ... دلالت بر این دارد که باید مفهومی نزدیک و مشابه با عبارات مذکور داشته باشد و دکترین حقوقی ایرانی و همچنین رویکرد رویه قضایی برخی کشورهای دیگر که توسط دکترین ایرانی نیز تایید شده است و در اهداف نیز با بیمه‌های اموال همسو می‌باشد، دلالت دارد بر اینکه باید این مفاهیم را در معنایی تفسیر کرد که از ظاهر خود دور نشود و از این رو شورش را به مقابله در برابر وظایف قانونی نهادهای عمومی تفسیر می‌کنند نه اینکه هر نزاعی را بتوان شورش نامید و از این رو، تهاجم نیز چه از نظر لغت و چه از جهت حقوقی، با تخریب عمدى محدود یا یک حمله، محقق نمی‌شود و عرفاً به حمله‌ای دسته جمعی و طرفینی اطلاق می‌شود و حداقل اینکه اگر هم دلالت بر اقل و اکثر داشته باشد، به جهت استثنای بودن، باید مضيق تفسیر شود و قدر متیقن آن، حمله دسته جمعی و مشابه آن است و از باب اصول بیمه‌ای نیز شورای عالی بیمه و بیمه گر باید مراقب عبارات بیمه نامه باشند و آن را به روشنی تعریف کنند و محکومیت قضایی از این دست که با رعایت اصول بیمه از جمله حد اعلى حسن نیت تعیین می‌شود، می‌تواند راهگشای تنظیم بیمه نامه روشن یا حداقل کم ابهام باشد تا از نقطه نظر اقتصادی نیز کارایی بیمه را افزایش دهد (تعیین دقیق ریسک، تعلق حق بیمه منطقی، اجتناب از طرح دعوا) و نظر به اینکه رای نخستین برخلاف اصول و موازین بیمه‌ای صادر شده بنابراین ... رأی نقض...». در این دادنامه هر چند از استناد به اصول لفظیه یعنی عام و خاص استفاده نشده است اما مفاد حکم به خوبی مسیر تفسیر بر اساس اصل عموم را خصوصاً با توجه به وضعیت خاص قراردادهای بیمه نشان می‌دهد.

یکی از مهم‌ترین جایگاه‌های تفسیر، جایی است که در مفاد قرارداد تعارض وجود داشته و همین امر باعث ایجاد ابهام شده و تفسیر قرارداد را اجتناب ناپذیر نماید. تناقض، تناقض داشتن مقتضای دو یا چند دلیل با یکدیگر است، به طوری که با هم متضاد یا متناقض باشند (عاملی جبلی، ۱۳۷۶: ۲۴۳)، البته برای حصول تعارض، صرف تناقض و تعارض ظاهری دو عبارت و لفظ کفايت نمی‌کند، بلکه باید دلالت یک عبارت یا لفظ ما را به یک نتیجه برساند که با دلالت عبارت یا لفظ دیگر مغایرت دارد (امام خمینی، ۱۳۸۵: ۴) و قابل جمع نیستند؛ بنابراین می‌توان گفت که مضمون یک قرارداد زمانی حاوی تعارض است که دو یا چند عبارت آن از حیث مدلول با یکدیگر به حدی منافات داشته باشند که عمل به آن‌ها و اجرای هر دوی آن‌ها ممکن نباشد و به عبارت دیگر، عمل به هر کدام از آنها با عمل به دیگری به شکل کامل یا جزئی مغایرت داشته باشد که موجب عدم امکان تشخیص حقوق و تعهدات طرفین می‌شود. در این فرض، در مقام اجرای قرارداد، متعهد در زمان انجام تعهدات قراردادی به الفاظ و عباراتی برمی‌خورد که چون عمل به هر کدام نافی دیگری است، با مشکل مواجه می‌شود و اجرای تعهد ایشان دشوار می‌شود. لازم به ذکر است، تعارضی که میان شروط قرارداد واقع می‌شود، از حیث قابلیت دوام و پایداری و عدم پایداری به دو دسته تعارض مستقر یا پایدار و تعارض غیرمستقر یا ناپایدار تقسیم می‌گردد. مهم‌ترین راهکار و طریقه برای حل تعارضات ناپایدار، حمل عام بر خاص (تخصیص عام به وسیله خاص) و حمل مطلق بر مقید است.

۱.۱.۵. تخصیص عام به وسیله‌ی خاص در قرارداد

بحث تخصیص عام به وسیله‌ی خاص، اساساً زمانی مطرح می‌شود که میان دو دلیل عام و خاص تعارض و تناقض وجود داشته باشد، به گونه‌ای که پذیرش کامل هر دو یا عمل کردن به مفاد آن دو ممکن نباشد. در این گونه موارد، برای رفع تعارض باید از ظهوری که لفظ عام در عمومیت دارد دست برداشت و دلیل عام را بر خاص حمل نمود و معتقد به تخصیص عام به وسیله خاص شد (قافی و شریعتی، ۱۳۸۸: ۱۹۷). به همین دلیل در مقام تفسیر و اجرای بیمه‌نامه‌ها، شرایط خاص آن‌ها بر شرایط عمومی حکومت دارد و این شهرت در همه قراردادهای نمونه و الحاقی نیز کم و

بیش به چشم می‌خورد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۵/۳)، البته در بحث قراردادها باید به این نکته توجه داشت که در برخی موارد خود قانون‌گذار امکان تخصیص را ساقط کرده است؛ به عنوان مثال، می‌توان ماده ۴ شرایط عمومی پیمان^۱ را مثال زد. هم‌چنین، در بعضی موارد قانون یا قواعد نظام حقوقی شرایط عام طرفین را تخصیص می‌زند؛ برای مثال، در بسیاری از قولنامه‌ها، مبایعه‌نامه‌ها و قراردادهای چاپی که در دفاتر مشاور املاک تنظیم می‌شود، بندی گنجانده شده مبنی بر «اسقاط کافه خیارات ولو خیار غبن فاحش»، ظاهر این شرط اقتضا دارد همه خیارات ساقط شود، اما با توجه به این که اسقاط خیار تدلیس برخلاف نظم عمومی و باطل است، عام مذکور تخصیص خواهد خورد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۹۱۲/۵). همچنین، در رویه قضایی در بحث اسقاط شرط داوری، برخی دادگاه‌ها علی‌رغم اسقاط کلیه طرق اعتراض، بر آن تخصیص می‌زند و بهویژه در بحث صلاحیت داور به الفاظ عام موجود در قرارداد توجه نمی‌کنند. شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان خوزستان اخیراً به موجب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۶۱۱۷۲۰۰۱۰۵ موضع پرونده شماره ۹۸۰۹۹۸۶۳۱۰۵۰۰۹۲۲ مقرر نموده است: «هرچند طرفین در موافقت نامه داوری پذیرفته‌اند که پس از صدور رأی، هرگونه اعتراض به رأی حکمیت را از خود سلب نموده‌اند و حق مراجعت به دیگر مراجع صالحه را ندارند، ولیکن مستنبط از ملاک مندرج در تبصره ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی، این شرط منصرف از حالتی است که صلاحیت داور برای صدور رأی مورد تردید قرار گیرد؛ لذا خواهان بدوى حق مراجعت به مرجع قضایی را داشته است. در خصوص ماهیت نیز با توجه به اینکه هیئت داوران به نحو مقید و به صورت عام مجموعی انتخاب شده‌اند نه عام استغرaci، استعفای احد از آنان موجب سلب صلاحیت همگی خواهد شد».

همچنین در بحث نظم عمومی می‌توان در مواردی قائل به تخصیص شد. برای مثال، همان‌طور که در حقوق ما هم مطرح است شرط عدم مسئولیت در قراردادها شامل خسارات جانی و عمدى نمی‌شود. به همین دلیل به نظر می‌رسد در بحث حسن نیت قراردادی طرفین نمی‌توانند

۱. شرایط خصوصی، شرایط خاصی است که به منظور تکمیل شرایط عمومی، برای این پیمان، با توجه به وضعیت و ماهیت آن، تنظیم شده است. موارد درج شده در شرایط خصوصی، هیچ گاه نمی‌تواند موارد شرایط عمومی را نقض کند.

استثنای قائل شوند و در مواردی اقدام بر خلاف حسن نیت را تجویز نمایند. باید یادآور شد که نه تنها عبارات صریح طرفین می‌تواند عبارت عامی را که در قرارداد به کار برده‌اند تخصیص بزند، بلکه عبارتی که دارای مفهوم موافق یا مفهوم مخالف معتبری باشد که در تعارض با عبارت عام است نیز، می‌تواند عام مورد نظر را تخصیص بزند. این امر ممکن است حتی در تفسیر لفظ عام و دلالت آن بر عام مجموعی یا عام افرادی نیز رخ دهد. برای مثال، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۱۳۷۶ شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر تهران مقرر داشته: «... نظر به اینکه مطابق ماده ۲۲۴ قانون مدنی الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه و اینکه متعاملین در قسمت توضیحات و ملاحظات مبایعه‌نامه شماره ۱۹۶۶ الف - ۸۸/۱۱/۱۰ تصریح نموده‌اند که در صورت عدم پاس شدن چک‌های مندرج در مبایعه‌نامه به هر علت طبق توافق مبایعه بدون مراجعه به مراجع قضایی منفسخ می‌گردد و اینکه مستفاد از عبارات فوق چنین است که در صورت عدم تأییده هر یک از چک‌های موصوف و صدور گواهی عدم پرداخت از بانک محال‌علیه عقد مذبور قهراً و بدون احتیاج به امر دیگری منفسخ و منحل می‌گردد و نظر به اینکه احد از چک‌ها در تاریخ ۹۱/۱/۳۰ به بانک ارائه و به علت عدم موجودی مواجه با گواهی عدم پرداخت شده است و به این ترتیب موضوع شرط محقق گردیده و اثر آن از همان زمان ایجاد شده و عقد مذبور با اندراج شرط فاسخ منحل گردیده...»، این دادنامه در حالی صادر شد که وکیل خوانده اظهار داشته بود، لفظ چک‌ها در متن قرارداد اسم جنس جمع است و این عام به صورت عام مجموعی است از این‌رو برگشت شدن یک یا چند فقره چک موجب تحقق شرط مذبور نمی‌گردد. لذا می‌توان پی برد که در مواردی عرف‌های عمومی و رویه‌های ضمنی مقرر میان طرفین می‌تواند از شمول عام بکاهد. این در حالی است که در بحث داوری برخی معتقدند چنانچه میان موافقتنامه داوری و سایر ضمایم قرارداد تعارضی مشاهده شود مفاد موافقتنامه مقدم بر سایر پیوست‌ها می‌باشد (کریمی و پرتو، ۱۳۹۳: ۶۳) و در برخی آرای نیز به همین صورت عمل شده است.

(Lalive and Kosheri, 1986: 89–144)

۲.۱.۵. تخصیص و نسخ در قرارداد

در قراردادها، اصولاً بحث تخصیص پیش می‌آید، برخلاف قوانین که بحث نسخ قانون هم امر رایجی است.^۱ به عبارت دیگر، در قراردادها باید به این امر توجه داشت که در صورت بیان اراده مخالف، تا جایی که ممکن است مفاد قرارداد و شروط را بایستی با هم جمع کرد. بنابراین، در صورتی که مطلبی در قرارداد آمده باشد و ما بخواهیم به عموم آن عمل کنیم، باید تمام مفاد قرارداد برای جست‌وجوی مخصوص مورد بررسی قرار گیرد. اما بحثی که مطرح می‌شود، این است که در مواردی که دو عبارت متضاد در قرارداد به کار رفته باشد، کدام یک ملاک می‌باشد؟ در این موارد، به نظر می‌رسد که در مقام تعارض اصولاً باید آخرین مطلب را در نظر داشت که به مقصد طرفین نزدیک‌تر است، مگر این‌که عبارت مزبور در جایی به کار رفته باشد که طرفین چندان توجهی به آن ندارند. این مورد، بیشتر در قراردادهای الحاقی می‌تواند اتفاق بیفتد که طرفین به شروط مندرج در آن توجه زیادی ندارند و مشتری یا کسی که خواهان استفاده از خدمات است از روی اضطرار و با امضای قرارداد به شروط مندرج در قرارداد تن می‌دهد. بدیهی است که در این موارد باید به عبارتی که طرفین با توافق و مذاکره پیش‌بینی نموده‌اند، توجه داشت، زیرا این امر دلالت بر عدول آن‌ها از آن شرط مندرج در نمونه قرارداد دارد و اصول تفسیر نیز در این موارد تفسیر به نفع مشتری یا استفاده کننده از خدمت را تأیید می‌کند. ترجیح عبارات دست نوشته بر عبارات چاپی قرارداد نیز بر همین منطق استوار است.

۱ از این جهت، بحث نسخ در قرارداد مطرح نمی‌شود که برخلاف نسخ قانون که با تصویب قانون معارض آن دیگر قانون قبلی موجود تلقی نمی‌شود، در قرارداد حتی با بیان عبارت معارض نیز، مورد قبولی می‌تواند موجود تلقی شود. به همین دلیل، در صورت توضیح طرفین نزد مرجع صالح مبنی بر اعتبار عبارت مقدم، مقام صالح مکلف به ترتیب اثر دادن به آن است.

۲.۵. صراحت مفاد قرارداد

برخلاف قرارداد میهم، یک قرارداد زمانی صریح محسوب میشود که حاوی الفاظ و عبارات گویا، روش و بدون ابهام بوده و انسان متعارف یک معنای صحیح از عبارات و الفاظ مندرج در آن برداشت میکند و با تعدد معانی مواجه نمیشود. همچنین، در قرارداد صریح، متن قرارداد دارای نقص و خلاً نیست، لذا طرفین قرارداد ملزمند که به ظاهر قرارداد به عنوان منبع توافقشان عمل کنند. همچنین، اگر بین آنان اختلافی در این زمینه حادث گردد و مسئله مورد اختلاف جهت رسیدگی به مرجع صالح ارجاع شود، این مرجع نیز حق ندارد به پهنههای مختلف از ظاهر قرارداد عدول کند و همچنین مجاز نیست به توافق طرفین و عبارات به کار رفته در آن معنایی دیگر دهد. زیرا، حجیت ظواهر، امری است که عقلا در محاورات خود به آن توجه دارند و کلیه امورشان متکی بر آن ظاهر است و به طور طبیعی، به کمک الفاظ مذبور است که میتوان به آن‌چه که طرفین اراده کرده‌اند، جهت الزام آنها اقدام نمود (منتظری، ۱۴۱۵ق: ۴۷۳)، همچنین همان‌طور که پیشتر بیان شد نمیتوان واضح بودن متن قرارداد را همان واضح بودن قصد طرفین دانست. زیرا حتی با صراحت و وضوح عبارت قرارداد ممکن است یکی از طرفین این الفاظ را مغایر با قصد واقعی و باطنی بداند و در صدد اثبات آن برآید که استفاده منطقی از این شیوه نمیتواند موجب مواخذه مقام رسیدگی کننده باشد. بر این بنیاد برخی موارد متعاقدين الفاظ و عباراتی را به کار میبرند که ایجاد شبهه نمیکند و معنای واحدی از آن قابل برداشت است که همان معنای عام است اما در موقع اجرای تعهد یکی از طرفین مدعی خلاف ظاهر میشود و مدعی تخصیص قرارداد بهوسیله امر دیگر یا در قراردادی دیگر میشود. بدیهی است که اگر رفتار متعاقب طرفین تخصیصی وارد کند، ایرادی بر آن نیست و توافق آن‌ها پذیرفته میشود (موسوی و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۸۹)، اما اگر این ادعا از جانب یکی از طرفین باشد، قبول آن منوط به اثبات توسط مدعی است؛ به عنوان مثال، در متن قرارداد ضمان، طرفین بیان داشته‌اند که تمام دیون مضمون‌unge بر عهده ضامن است، اما ضامن در حین اجرای قرارداد مدعی میشود که منظور از تمام دیون بین مضمون‌unge و مضمون‌له، دیون ناشی از یک تعهد خاصی بوده که در قرارداد دیگری که مربوط به طرفین است درج شده، در اینجا ضامن که مدعی است باید ادعای خود را اثبات کند. در این

مثال، کلیه الفاظ و عبارات مندرج در متن گویا است، اما آن چه در متن آمده با آن چه مقصود بوده، مغایرت دارد. سوالی که در این موارد قابل طرح است اینکه تکلیف دادرس در مواجهه با این گونه اختلافات چیست؟ آیا دادرس باید به ظاهر قرارداد اعتبار بخشد یا نظر شخص مدعی را ملاک قرار دهد؟ باید گفت که در چنین مواردی دادرس باید ظاهر قرارداد را معیار حقوق و تعهدات طرفین قرار دهد، روشی صحیح که وجود آن را می‌پذیرد (آقایی، ۱۳۸۸: ۲۳۳)، زیرا مقام رسیدگی‌کننده در چنین مواردی باید ظاهر قرارداد را حجت بداند که اصل‌العموم یکی از راههای تشخیص ظاهر الفاظ است. لذا دادنامه شماره ۱۱۴۴...۹۲ مورخه ۹۲/۱۰/۲۸ صادره از شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران که طی آن حکم به بطلان دعوی خواهان به خواسته اعتراض ثالث اجرائی نسبت به توقيف آپارتمان پلاک ثبتی ... و رفع توقيف از آن صادر شده است مبتنی بر اصل عدم تخصیص است. این دادنامه مقرر داشته که: «...ثانیاً ملاحظه می‌گردد خوانده ۳ به موجب سند شماره ۹۰/۶/۱-۲۴۵۹۳ دفتر استناد رسمی شماره ۵۸ کرج رقبه مذکور را در قبال دریافت تسهیلات در رهن بانک سپه شعبه ... قرارداده است و حسب ماده ۱۳ سند مذکور خوانده ۳ ملتزم گردید که از هر گونه معامله ناقله و ... خودداری نماید لذا با عنایت به در رهن بودن سند مذکور و نیز با عنایت بر عدم تسويیه حساب تسهیلات اخذ شده و از بانک مذکور حسب استعلام معموله از بانک مربوطه هرگونه معامله بعدی نسبت بدان باطل و بلااثر است...»، مگر اینکه به دلالت قرائن بتواند خلاف این اثبات نماید که از جمله مضمون دادنامه شماره ۱۵۲۳ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۷۷۰ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر تهران بر آن دلالت دارد. به همین دلیل البته اگر طرفین در قرارداد مذبور به قرارداد دیگری هم ارجاع داده باشند مقام رسیدگی‌کننده، برای تفسیر قرارداد باید قرارداد مذبور را نیز ملاحظه نماید.

۳.۵. نقص و سکوت قرارداد

نقص در لغت، به معنای «کمی و کاستی» و سکوت، به معنای «خاموشی» است (معین، ۴۷۹۲/۴ و ۱۹۰۱/۲). هم‌چنین، در اصطلاح فقه و حقوق به ترک کلام با وجود توانایی بر تکلم، سکوت گفته می‌شود (انصاری و ظاهري، ۱۳۸۴: ۱۰۸۶/۲). قرارداد ناقص در برابر قرارداد کامل قرار دارد که به طور

ستی، یک قرارداد زمانی کامل است که توضیح کاملی از مجموعه‌ای از احتمالات ممکن‌الوقوع و شرایط صریح قرارداد را در بر داشته باشد و پاسخ مناسبی برای هر یک از این احتمالات را نشان می‌دهد (Hart and Moore, 1988: 759). البته ابراز اراده ضمنی خود نوعی بیان محسوب می‌شود و در صورتی که مبین قصد و رضا باشد واجد همان آثاری است که لفظ صریح دارد (قاسم زاده، ۱۳۷۵: ۱۵). سکوت یا نقصان قرارداد، در فرضی مطرح می‌شود که نسبت به موضوع مورد اختلاف، طرفین، راه حلی را پیش‌بینی نکرده و در نتیجه، قرارداد در این قسمت دارای خلاً می‌باشد و دلیل آن می‌تواند این باشد که آن‌چه در مقام اجرای تعهد به آن برخورد کرده‌اند، در هنگام معامله به ذهن هیچ‌کدام نیامده باشد یا رسم بر این باشد که نکته‌ای را مسکوت گذارند و درباره آن به گفت‌و‌گو و چانه‌زن نپردازنند. گاه نیز، دو طرف در زمان تراضی به اشکال آینده می‌اندیشند، ولی از بیم آن که گفت‌و‌گو در مورد راه حل مورد اختلاف اصل پیمان را به خطر بیاندازد، از آن سخنی نمی‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۳/۳) و در زمان انجام تعهدات قراردادی این خلاً نمود می‌یابد. در این گونه موارد نیز، دادرس مکلف است با آگاهی از اصول و مبانی تفسیر قرارداد، در جهت رفع اختلاف گام بردارد. این فرض، بیشتر در مورد معاملات تجاری پیچیده اهمیت می‌یابد که طرفین فرصت پیش‌بینی اتفاقات آینده را در قرارداد ندارند. فرض سکوت و نقصان قرارداد را نباید همیشه یکی پنداشت زیرا در مواردی علی‌رغم اینکه قرارداد نسبت به موضوعی ساكت نیست و امری را پیش‌بینی نموده است، عبارات به کار رفته توسط طرفین موجب نقص قرارداد می‌شود. برای مثال، طرفین قرارداد غالباً از بندهای قراردادی استفاده می‌کنند که دقیقاً برعکس موارد کامل شامل طیف وسیعی هستند: بندهای عمومی مانند حسن نیت یا بهترین تلاش عباراتی هستند که برخلاف کامل بودن، ناقص بودن قرارداد را نشان می‌دهد (Hadfield, 1994: 16).

حال، اگر در مرحله اجرای قرارداد بین طرفین نسبت به موضوعی اختلاف حادث گردد که قرارداد نسبت به آن موضوع ساكت باشد، مرجع رسیدگی کننده باید با بررسی در مجموع مفاد قرارداد و اوضاع واحوال حاکم بر آن و شروط تبانی و رویه معاملی بین طرفین، قصد ضمنی آن‌ها را احراز نموده و بر اساس آن، نقص قرارداد را برطرف نماید (کاتوزیان، پیشین، ۴۲ و ۴۳). بنابراین، باید با توصل به ظهور عرفی و اراده اعلام شده در قرارداد و شروط تبانی و رویه‌های معاملاتی

طرفین، به حل اختلافات قراردادی پردازد، نه این که از جانب خود امری را به طرفین نسبت دهد (لاینس لساکت قول)^۱ (ماده ۶۷ مجله‌الاحکامالعدلیه) و یا تخصیصی را وارد کند، بلکه در صورت عدم بیان مطلبی از جانب طرفین که مورد اتفاق آن‌ها باشد، باید قرارداد را با توجه به وضعیتی که دارد، تفسیر کند؛ به عنوان مثال، اگر در قرارداد در مورد شخص مجری یکی از تعهدات سکوت اختیار شده باشد، دادرس باید با در نظر گرفتن مجموعه قرارداد و استنباط عرفی از اعلام اراده‌ها و ظهور عرفی ویژه آن قرارداد و رویه معاملی طرفین در سایر موارد مشابه، به تفسیر قرارداد پرداخته و حل اختلاف نماید. هرچند تعهدات مذبور در برخی موارد در عرف نیز، دارای مفهوم عامی باشند. زیرا با ملاحظه اوضاع و احوال در مواردی می‌توان از طریق سکوت طرفین به اراده ضمنی آنها پی برد و قانونگذار نیز خود به این امر واقع بوده که در مواردی مانند ماده ۵۰۱ قانون مدنی سکوت طرفین را دال بر توافق ضمنی آن‌ها به استمرار عقد دانسته است. برای مثال، اگر در قرارداد طرفین پیش‌بینی شود که تمام تعهدات در محل عقد انجام می‌شود و طرفین تعهدات مورد نظر را بر شمرده اما در مورد محل تحويل کالا سکوت نمایند در صورتی که عرف محل تجاری یا رویه معاملی بین طرفین محل تحويل را اقامتگاه خریدار بداند، نمی‌توان با توجه به عبارت عام به کار رفته توسط طرفین، محل تحويل کالا را نیز محل عقد بر شمرد، زیرا این امر برخلاف رویه و عرف محسوب می‌شود.

بنابراین، مقام مذبور باید طبق اصول و مبانی تفسیر قرارداد و به‌ویژه اصل عموم و اصل ظهور که سرمنشأ و مرجع کلیه اصول لفظیه است، در جهت حل اختلافات قراردادی گام بردارد که از جمله موارد ظهور عرفی، ظهور الفاظ در معنی عام آن‌ها و همان اصل عموم است؛ بنابراین، وی باید با در نظر گرفتن اعلام اراده‌ها و کلیه الفاظ قرارداد و سیاق آن‌ها و حمل آن‌ها بر معنای حقیقی و عام به ظهور عرفی دست یافته و همانند فرضی که قانون ساكت است، سکوت را تفسیر نموده و به احراز قصد مشترک طرفین در باب موضوع مختلف‌فیه پردازد.

۱. البته این قاعده در مواردی رعایت نمی‌شود و قاضی بنابر حکم قانون گذار، ناچار به اعمال قانون تکمیلی می‌باشد.

۶. لفظ خاص مؤخر بر الفاظ عام متعدد

در صورتی که یک مخصوص بعد از یک لفظ عام ذکر گردد، بحثی نیست و مخصوص مذبور، عام را تخصیص می‌زند. اما، در صورتی که الفاظ عام متعدد با هم ذکر شوند، این بحث قابل طرح است که آیا مخصوص مذبور همه عبارات عام را تخصیص می‌زند یا تنها به لفظ عام اخیر بر می‌گردد؟ این بحث در اصول فقه نیز، مطرح و نظرات مختلفی در مورد آن بیان شده است (مظفر، ۱۳۷۰: ۲۱۲/۱). در بحث قرارداد، این امر بایستی با توجه به اصول تفسیر قرارداد صورت پذیرد. در این موارد، در تخصیص جمله یا عام اخیر و جایی که قرینه بر تخصیص عبارات قبلی وجود دارد، بحثی نیست، اما در باب تخصیص الفاظ عام قبلی تردید وجود دارد. لذا، بایستی مقام رسیدگی کننده در صورت عدم اتفاق نظر طرفین بر حدود تسری مخصوص به عبارات عام، با ملاحظه اوضاع و احوال تصمیم‌گیری نماید و اگر همچنان ابهام وجود داشته باشد، بایستی قرارداد را به گونه‌ای تفسیر نماید که به نفع متعهد تمام شود و در واقع، کمترین تعهد را ایجاد نماید، همچنان که اصل برائت و اصل عدم تعهد چنین اقتضا می‌کند. در مورد قراردادهای الحاقی نیز، مطابق اصول، در صورت ابهام بایستی قرارداد را به ضرر تنظیم کننده تفسیر نمود، آن طور که از قاعده اقدام نیز استفاده می‌شود. لذا در فرض وجود یک استثنای بعد از جملات عام متعدد، مقام رسیدگی کننده، در صورتی که قرینه‌ای بر تسری آن به الفاظ عموم قبل از عبارت اخیر نیابد بایستی با در نظر گرفتن اصل عدم تعهد آنرا تفسیر نماید، زیرا اگر در ایجاد تعهد شک کنیم با استناد به اصل عدم، به عدم تحقق آن حکم داده می‌شود. همچنین در جایی که گستره تعهدی خاص نیز محل تردید باشد تنها به میزان قدر متیقن عمل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۱۱).

تفسیر قرارداد که برای زدودن ابهامات و نواقص موجود در قرارداد انجام می‌گیرد، به معنای پردهبرداری از هرگونه ابهام، تعارض و نقصان مفاد قرارداد است که راه‌های مختلفی دارد. مهم‌ترین راه برای تفسیر قرارداد، استفاده از اصول لفظی است، یعنی راهکارهایی که در موارد فقدان قرینه، به کمک آن می‌توان به مراد و مقصد گوینده کلام دست یافت. در باب کاربرد اصول مذبور در استنباط احکام شرعی، در استفاده از منابع مكتوب و لفظی شکی نیست و به دلیل این که مبنای این اصول، بنای عقلا است و افراد چه در زندگی روزمره و چه در امور حقوقی خود، این اصول را معيار قرار می‌دهند، کاربرد عام خواهند داشت. انواع قراردادهای حاوی مفاد صریح و گویا، حاوی ابهام، تعارض و نقصان، از جمله قراردادهایی هستند که تفسیر آن‌ها ضرورت دارد و ممکن است موضوع تفسیر قرار گیرند. اما، در باب نقش اصل عموم در تفسیر هر کدام از این قراردادها باید گفت: در فرضی که قرارداد، در موضوع اختلاف صراحة دارد و اهل عرف از آن عبارات، معنایی غیر ظاهر برداشت نمی‌کنند، اگر یکی از متعاقدين مدعی مغایرت ظاهر قرارداد (که حاوی الفاظ عام است)، با قصد واقعی گردد و بیان دارد اگرچه علی‌الظاهر معنای عام لفظ مورد اراده متعاقدين بوده، اما لفظ مذبور تخصیص خورده است، در این صورت، اگر وی برای ادعای خود دلیل متقن بیاورد که باعث اقناع وجدان مقام مفسر شود، ادعایش مقبول است و در غیر این صورت، باید به استناد اصل عموم و اعتبار ظاهر قرارداد بر مبنای ماده ۲۲۴ قانون مدنی، ادعای وی را مردود دانست. در جایی نیز که قرارداد دارای ابهام و تعارض است، باید از راهکار تخصیص عام به‌وسیله خاص بهره جست. در فرض اجمال مخصوص نیز، باید به عموم عام عمل کرد، اما همان‌طور که گفته شد، این اصل تا جایی اعتبار دارد که مخالفتی با اصول پذیرفته شده تفسیر در باب قراردادها نداشته باشد. اصول لفظیه در رفع نقصان قرارداد نیز، می‌تواند مفید باشد و اگر قرارداد در موضوعی ساكت باشد، مفسر باید اعلام اراده متعاقدين و کلیه الفاظ قرارداد و رویه معاملی متعاقدين در موارد مشابه را در نظر داشته و با حمل آن‌ها بر معنای حقیقی و عام، به ظهور عرفی دست یافته و قصد مشترک طرفین را احراز نماید؛ بنابراین، به‌طور خلاصه باید گفت در کلیه موارد مذکور، اصل بر عموم است، مگر خلاف آن توسط مدعی خلاف ظاهر اثبات شود.

منابع و مأخذ:

الف- فارسی

۱. افتخار جهرمی، گودرز و خراسانی، سیدعلی، (۱۳۹۶)، «تبیین اصول و قواعد دادرسی تجاری و ارزیابی کارایی آن از منظر تحلیل اقتصادی حقوق»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۱۵.
۲. آقایی، کامران، (۱۳۸۸)، مکتب‌های تفسیری در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۳. الشریف، محمد مهدی، (۱۳۹۳)، منطق حقوق، چاپ سوم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۴. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی، (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد یک و دو، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
۵. پروین، خیرالله و مبصری، بهنام، (۱۳۸۶)، «بررسی نسبت میان هرمنوتیک حقوقی و آرای تفسیری شورای نگهبان»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۷۴، شماره ۲، صص ۹۴۴ و ۷۶۴.
۶. صادقی، حسن، (۱۳۹۰)، «نقش دانش اصول فقه در تفسیر قرآن از دیدگاه علامه طباطبائی»، قرآن شناخت، سال چهارم، شماره دوم، پیاپی ۸، صص ۳۵-۶۴.
۷. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۸)، حقوق داوری و دعاوى مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. خمینی، روح الله، (۱۳۸۵ق)، الرسائل، جلد اول، قم: انتشارات اسماعیلیان.
۹. جعفری‌تبار، حسن، (۱۳۸۸)، فلسفه تفسیری حقوق، چاپ اول، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.

۱۱. ————— (۱۳۹۵)، دانشنامه حقوقی(پنج جلدی)، جلد دوم، چاپ دوم، تهران:

کتابخانه گنج دانش.

۱۲. عدل، مصطفی، (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، چاپ دوم، قزوین: انتشارات طه.

۱۳. قاسم زاده، مرتضی، (۱۳۷۵)، «نقش سکوت در بیان اراده»، مجله دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، شماره ۴

۱۴. ————— (۱۳۸۹)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات

دادگستر.

۱۵. قافی، حسین و شریعتی، سعید، (۱۳۸۸)، اصول فقه کاربردی، چاپ چهارم، جلد یک، قم:

انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

۱۶. قشقایی، محمدحسین، (۱۳۷۸)، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام-
های حقوقی معاصر، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ نهم، تهران: انتشارات
شرکت سهامی انتشار.

۱۸. ————— (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ هشتم، تهران:
انتشارات شرکت سهامی انتشار.

۱۹. کریمی، عباس و پرتو، حمید رضا، (۱۳۹۳)، حقوق داوری داخلی، چاپ سوم، تهران: نشر
دادگستر، ۱۳۹۳.

۲۰. معین، محمد، (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، جلد یک و دو و چهار، چاپ هشتم، تهران:
انتشارات امیرکبیر.

۲۱. موسوی، فضل الله، موسوی، مهدی و وکیلی مقدم، محمدحسین و غلامی، مهدی، (۱۳۹۱)،
«مطالعه تطبیقی اصول تفسیر قرارداد»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره یک،
صفحات ۲۱۳-۱۸۳.

ب- عربی

۲۲. تبریزی، موسی بن جعفر، (۱۳۶۹ق.) اوثق الوسائل، قم: انتشارات نجفی.
۲۳. خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۱۲ق.)، کفایه الاصول، قم: انتشارات موسسه نشر اسلامی.
۲۴. عاملی جبلی، حسن بن الشهید الثانی، (۱۳۷۶)، معالم الاصول، چاپ دوم، قم: انتشارات دارالفکر.
۲۵. قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، (۱۳۷۸ق.)، قوانین الاصول، جزء اول، تهران: انتشارات علمیه اسلامی.
۲۶. مظفر، محمدرضا، (۱۳۷۰)، اصول الفقه، جلد یک، چاپ چهارم، قم: انتشارات طبع انتشارات اسلامی.
۲۷. معرفت، لویس، (۱۳۶۴)، المنجد، چاپ دوم، افست، قم: انتشارات اسماعیلیان.
۲۸. منتظری، حسین علی، (۱۴۱۵ق.)، نهایه الاصول، چاپ اول، قم: تفکر.

ج. منابع لاتین:

29. Cohen, George M. (1999), IMPLIED TERMS AND INTERPRETATION IN CONTRACT LAW.
30. Lalive, Pierre, Ahmed El-Kosheri, Igo Seidl-Hohenveldern(1986), «Klöckner v. Cameroon Decision of the Ad Hoc Committee», ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 1, Issue 1, Pages 89–144.
31. Hadfield, Gillian K. (1994), ‘Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts’, 23 Journal of Legal Studies, 159-184.
32. Hart, Oliver D. and Moore, John (1988), ‘Incomplete Contracts and Renegotiation’, 56 Econometrica, 755-785.
33. Klass, Gregory (2018) Interpretation and Construction in Contract Law, Georgetown University Law Center Scholarship @ GEORGETOWN LAW.

34. Patterson, Edwin W. (1964) The Interpretation and Construction of Contracts, Columbia Law Review Vol. 64, No. 5 (May, 1964), pp. 833-865.
35. Ronald J. Gilson, Charles F. Sabel, and Robert E. Scott,(2014) Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design, 100 Cornell L. Rev. 23.

The Role of the Principle of Generality in Interpretation of Contracts

Javad Shamsi¹

Aliakbar Farahzadi²

Abstract

Interpretation of contract means elimination of existing ambiguity and conflicts in the contract to achieve the intention of the contractors. One of the methods used in interpretation is the use of principles of literality, such as the principle of generality. According to this principle, as one of the examples of the appearance principle, in case of doubt concerning the scope of the contract, the general words contained in it, in the absence of a restrictor (a matter that restricts the scope of evidence), should be construed in its general meaning, unless the party claiming restriction is able to prove it. Of course, a restrictor can be either verbal or non-verbal. General practices, or procedures established between the parties or specific commercial custom may be considered as non-verbal restrictor and prevent the interpretation of general words to their generality. But in the normal situation, the principle governing the interpretation of the general words of the contract, is that of lack of restriction or the principle of generality. This is deemed the way to establish customary appearance (the meaning that conventionally comes to mind) and to discern the will of the parties.

Keyword: *appearance, principle of generality, contract interpretation, restriction, restrictor.*

1. Private law, University of Judicial sciences and Administrative Services, (javashamsi@gmail.com)
 2. Private law, University of Judicial Sciences and Administrative Services,
 (alikbar.farahzadi@yahoo.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



اضطراب معرفتی به مثابه اصل بنیادین زندگی اجتماعی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

محمد رضا دانش شهربک^۱

چکیده

زندگی اجتماعی در جهان مدرن، مستلزم گونه‌ای گرایش به تفاهم و گفت‌وگوی مداوم و بنیادین است؛ تفاهم و گفت‌وگویی که بیش از یک رویکرد عملی مبنی بر تحمل یکدیگر بلکه بر مبنای صورت‌بندی خاصی از همگرایی معرفتی باشد. به عبارت دیگر، در پس هر قسم تساهل و تسامح در عرصه عمومی، نیاز است مبانی معرفت‌شناختی استواری قرار داشته باشد؛ این مبانی معرفت‌شناختی نه تنها در کارآمدی و تعمیق زندگی اجتماعی صلح آمیز مؤثر است، بلکه در مبانی کلامی معرفت دینی نیز تأثیر بسزایی دارد. در واقع نخستین گام در مدارای مدنی و ایمان واقعی، پذیرش ممکن‌الخطا بودن انسان به مثابه رکنی اساسی در ذات وی است. پذیرش این رکن سبب می‌شود انسان همواره در اعتبار ادراکات خود مضطرب باشد. پیامد ناگزیر این اضطراب معرفتی آن است که شخص همواره نسبت به بازیینی و بازسازی معتقدات خود گشوده بوده و هیچ گاه خود را معیار داوری ندانسته و به تبع آن دیگران را ملزم به تبعیت از باورهای خود نداند.

کلیدواژه‌ها: اضطراب معرفتی، زندگی اجتماعی، حجیت قطع، مدارا، ممکن‌الخطا بودن.

فارغ از انتقادات متعدد مطرح شده در ارتباط با لیبرالیسم و قرائت‌های مختلف ارائه شده از آن، که شامل طیف گسترده‌ای از اندیشه‌ها می‌شود که گاه یافتن وجه اشتراک میان آن‌ها به تأثی و تدقیق نیازمند است؛ بهنظر می‌رسد اگر همداستان با جان گری^۱، بنیادهای مشترک در طیف سازنده‌ی این اندیشه را در مفاهیم فردگرایی، برابری خواهی، بهبودباوری و جهان‌گرایی احصا نموده (Gray, 1995: xii) و این قرائت تأیید گردد که عنصر فردگرایی با این بنیاد اساسی آغاز می‌شود که فرد بشر در تلاش خود برای آزادی دارای اهمیت و اولویت است (Brown, 1993: 20)؛ در نهایت می‌توان بر عنصر برابری خواه، این امتیاز را برای همه افراد شناسایی می‌کند، عنصر بهبودباوری معتقد به بهبود تکاملی نظام اجتماعی در طی اعصار است و عنصر جهان‌گرایی نیز وحدت اخلاقی انسان‌ها را اصل و تفاوت‌های فرهنگی را قابل اغماص می‌شمارد (Gray, 1995: xiii)؛ در نهایت می‌توان بر این باور استوار بود که هر اندیشه مبتنی بر موارد یاد شده، تجویزی کارآمد در حل و فصل چالش‌های زیست در جهان مدرنی است که تکثر و تمایز رکن اساسی و غیر قابل انکاری در آن است.

توسعه و تکامل لیبرالیسم در معنای یاد شده، نه به سبب ارائه‌ی یک شیوه‌ی زندگی درون‌سازگار بلکه به علت به رسمیت شناختن کثرت ارزش‌های «درونوی» و «بیرونی» و در نتیجه بازتولید گونه‌ای اضطراب است که می‌توان آن را در میانه‌ی ناراضایتی یا ناآرامی وجودان یافت. (Macedo, 1992: 215) البته گونه‌ای اضطراب که نه تنها با ایمان دینی در تعارض نیست، بلکه بر تکامل و تعالی آن هم‌افزایی دارد. استیون ماسیدو^۲، نظریه‌پرداز سیاسی، به یک ویژگی اصلی روان‌شناختی در لیبرالیسم کلاسیک اشاره می‌کند؛ احساس اضطراب معرفتی^۳ دائمی و مولد، به ویژه در رابطه با داوری‌های ارزشی. (Ibid: 247) بر این اساس، لیبرالیسم مستلزم پذیرش گونه‌ای از اضطراب به عنوان جنبه‌ای غیرقابل اجتناب از تجربه‌ی معرفتی اصیل انسانی است. به عبارت

-
1. John Gray
 2. Stephen Macedo
 3. epistemic anxiety

دیگر به لحاظ منطقی، در لیبرالیسم، عدم اطمینان مطلق به ادراکات نوع انسان، مفروض است. پس اگر شخصی در مورد درست بودن باورها، اخلاقیات، سبک زندگی و مانند آن، کاملاً اطمینان داشته باشد و به همین دلیل اضطراب معرفتی نداشته باشد، نمی‌تواند به لیبرالیسم باور داشته باشد.

البته برخی از اصول لیبرالیسم مانند گفت و گو با دیگران در راستای تأمین آزادی اراده، ممکن است به عنوان سبک عملی زندگی پذیرفته شوند، لکن چنین تصدیقی منحصراً دلالت بر جنبه عملی لیبرالیسم داشته و در ارتباط با جنبه‌های بنیادین نظری آن ساکت است. به عبارت دیگر لیبرالیسم به معنای دقیق، تنها یک راهبرد سیاست عملی برای زیست مسالمت‌آمیز نیست بلکه باوری متعهدانه به برخی مفروضات اساسی اخلاقی، انسان‌شناختی و حتی مابعدالطبیعی و پیامدهای ناگریر آن‌هاست. بنابراین هرچند لیبرالیسم برای ظهور و بروز، به نحو گسترده و چشمگیر، از سیاست عملی بهره می‌برد، اما نباید بدان‌ها فروکاسته شود (Ball, 2004: 21). همچنین باید افزود که برای بازتولید یک قرائت اصیل و معتبر از ارزش‌های لیبرال، به رهیافت معرفتی خاصی نیاز است؛ رهیافتی که شامل اضطراب باشد، نوعی اضطراب که شک و تردید مستمر در جنبه‌های مختلف معرفت شخص پدید آورد. به عبارت دیگر هنگامی که شخص، ولو به نحو ضمنی، تصدیق می‌کند که انسان ممکن‌الخطا است و در نتیجه‌ی آن، تحصیل یقین مطلق را مقدور نداند؛ باید نسبت به وضعیت معرفتی اعتقادات و داوری‌های خود، همواره مضطرب باشد و از آنجا که فرد چنین اضطرابی را احساس می‌کند، به لحاظ هنجاری موظف است اصول اساسی لیبرال دموکراسی را تأیید کند، خصوصاً اصول مرتبط با خودمختاری فردی و حق بر خطابودن.¹ به طور دقیق‌تر، اضطراب توصیف شده، نشان‌دهنده یک ارزش معرفتی است. ارزشی معرفتی که پاسخی بنیادین به واقعیت ممکن‌الخطا بودن انسان است و نه تنها باید در اخلاق لیبرال و هنجارهای اساسی آن پذیرفته شود، که حتی می‌توان آن را از الزامات باور معتبر مذهبی نیز دانست؛ زیرا اضطراب معرفتی مقدمه‌ای بر «پرهیز از تک‌نگری در دین و اجتهاد مستمر ... در اصلاح و احیای اندیشه‌ی دینی» (فراستخواه، ۱۳۷۴: ۱۶۹) است. در واقع اضطراب معرفتی مبتنی بر «بررسی فعالانه،

1. Right to be Wrong

مستمر و دقیق یک باور است» (2: Fisher, 2001) که می‌توان آن را «داوری معلق^۱» یا «بدبینی استوار^۲» یا نقد سازنده مستمر و داوری همراه با تأمل و تأثی نیز دانست. (مایزر، ۱۳۸۳: ۱۵)، در ادامه این نوشتار با مرور و بررسی مختصر زمینه تاریخی مفهوم «اضطراب» و ارتباط آن با لیبرالیسم، با تأکید بر ارتباط میان اندیشه‌های فلسفی و کلامی، تحلیل نویسنده از اضطراب به‌مثابه یک «ارزش معرفتی» بیان شده و استدلال می‌گردد که این مفهوم بنیادی‌ترین ارزش در میان تمام فضایل و ارزش‌های لیبرال حتی در قیاس با مدارا و فروتنی^۳ است؛ سپس، ضمن پدیدارشناسی اضطراب معرفتی و شرح و بسط نقدهای مطرح شده در ارتباط با آن، به تفصیل پیرامون ارتباط اضطراب معرفتی و مدارای اجتماعی و سیاسی، با تمکن بر پیوند وثیق اضطراب معرفتی و ایمان دینی، بحث خواهد شد.

الف. زمینه‌ی اضطراب معرفتی در جهان مدرن

اضطراب معرفتی در معنای گشوده بودن فرد نسبت به امکان تحول و تکامل باورهای شخصی و همچنین پذیرش احتمال ناصواب بودن باورهای فردی و تکامل باورها در بستر گفت‌و‌گو، یک پدیده روانشناسی است که به صورت یک احساس عدم اطمینان بروز می‌یابد. احساس عدم اطمینانی که اعتقاد راسخ به گزاره‌ای معین را در معرض خدشه قرار می‌دهد (Ichikawa, 2018). اضطراب معرفتی، در موقعیت‌های یادگیری ظهور یافته و در صورت درک آن می‌توان یادگیری و تفکر را تسهیل نمود (7: Rustin, 2019).

مفهوم «اضطراب^۴» جایگاه مهمی در فلسفه و الهیات مدرن متاخر دارد که با کاوشهای روان‌شناسی و فلسفی، فیلسوف مسیحی دانمارکی، سورن کیرکگارد^۵ پیرامون انسان آغاز و در انسان‌شناسی فلسفی و کلامی^۶ اوایل تا اواسط قرن بیستم به اوج خود رسید. در هر دو

-
1. suspend judgement
 2. sound suspicion
 3. Tolerance and Humility
 4. Anxiety
 5. Søren Kierkegaard (1813 – 1855)

^۶ نگارنده معتقد است، فلسفه، صورت‌بندی استدلای رهیافت‌های عقلانی بشر بوده و کلام، صورت‌بندی فلسفی رهیافت‌های وحیانی.

صورت‌بندی فلسفی و کلامی، اصطلاح «اضطراب» به‌طور کلی نشانگر آگاهی و توجه عمیق به محدودیت‌های انسان و انواع حالات مختلف وجودی وی در رابطه با آن است. یکی از این حالات در مفهوم محدودیت‌های معرفت ریشه دارد؛ از یک طرف، انسان موجودی منطقی است که توانایی کشف جهان پیرامون خود و ارائه تفسیرهایی از ساختار و اهمیت آن دارد. از طرف دیگر، موجودی متناهی و محدود است که به تبع آن ادراکات وی ناقص خواهد بود. از این‌رو، هر چند انسان توانایی کلی کشف حقیقت را دارد لکن برداشت‌های وی از حقیقت، به‌ویژه با توجه به هدف انسان و سرشت داوری‌های اخلاقی، کاملاً قابل اعتماد و متقن نیست و نمی‌تواند باشد (Kierkegaard, 1941: 176).

در غرب مدرن متقدم، نظریات تبیین نظاممند تراژدی هبوط^۱ انسان، همراه با ظهور دادارباوری^۲ در سده‌های هفدهم و هجدهم، پدیدار شد و از نقدهای متعدد به مرجعیت کلیسایی که در زمان روشنگری در گفتمان فلسفی و کلامی ریشه دوانده بود، حمایت کرد؛ زیرا این دوران، دوره شکوفایی و اوج عقل‌گرایی و الهیات طبیعی بود. البته در این زمینه ظهر بعضی مکاتب عقل‌گرا که معمولاً رویکردهای خدکلیسایی نیز داشتند، نیز مؤثر بود. از این‌رو بود که میان مسیحیان ارتدوکس که قایل به سنت و مرجعیت کلیسا و وحی بودند و نوآندیشان دینی که در پی ارائه قرائت سازگار با طبیعت عقل از دین بودند، نزاع وجود داشت. ارتدوکس‌ها نیاز به یک اصطلاح به مثابه وجه فارغ داشتند تا خود را از نوآندیشان دینی متمایز کرده و آزادآندیشان دینی نیز به اصطلاح مشابهی نیازمند بودند تا خود را از خداناباوران متمایز کنند؛ دادارباوری هر دو نیاز را برآورده می‌کرد (Eliade, 1987: V 3&4/ 262). با این حال، در این دوره، ایمان مطلق به اعتبار متون شرعی متعارف کنار گذاشته نشد بلکه برای اکثر متفکران مسیحی، ضمن تأکید بر ضرورت ایمان مطلق، اقتدار و قدرت «عقل» نیز جایگاهی بسزا یافت. البته از اواسط قرن نوزدهم بدین‌سو،

۱. برخی مفسران مسلمان نیز معتقدند هبوط به زمین، به جهت عقوبت نبوده است. زیرا ادله‌ای وجود دارد که براساس آن‌ها پیامبران آنچه موجب عذاب و عقاب می‌شود را انجام نمی‌دهند. بنابراین خداوند آن‌ها را از بهشت اخراج کرد؛ زیرا حکمت الهی بر این بود که اینان هبوط به زمین داشته باشند و تکلیف و مشقت بر عهده آن‌ها باشد تا در نهایت به سعادت برسند. (صدرالمتألهین، ۱۳۸۹: ۱۱۰ / ۳؛ طبری، ۱۳۷۲: ۱ / ۱۹۷)

2. Deism

هنگامی که توانایی عقل در درک قابل‌اتکا به‌طور فزاینده‌ای مورد پرسش قرار گرفت، مسئله‌ی ممکن‌الخطا بودن انسان به‌ نحو چشمگیری پدیدار شد. البته این امر منحصر به جامعه مسیحی نبود؛ بلکه «تلاش برای حل مسئله عقل و وحی و جمع میان «دینداری» و «خردباری»» از نخستین و مهم‌ترین مشغله‌های ذهنی متفکران مسلمان بوده است؛ خواه آنان که داوری عقل را در شناخت دین ارج می‌نهادند و خواه کسانی که دین را در فراسوی دریافت‌های عقل می‌نشاندند و عقل خویش را در فهم دین یکسره معاف می‌داشتند» (سبحانی، ۱۳۷۴: ۲۰۵).

با این حال، به نظر می‌رسد، دست کم به‌لحاظ تاریخ اندیشه، کیرک‌گارد احتمالاً نخستین فردی بوده است که هم ابعاد فلسفی و کلامی مفهوم مدرن اضطراب را درک کرده و هم‌چنین نوشته‌های وی در این‌باره باعث گسترش دیدگاه‌های مهم فلسفی و کلامی شده است که انسان را به‌عنوان نقطه عزیمت تجزیه و تحلیل خود قرار می‌دهد. در نتیجه به‌نظر می‌رسد، دست کم به‌لحاظ تاریخی، اضطراب معرفتی و اگزیستانسیالیسم، همزاد و قرین یکدیگر هستند. به عبارت دیگر، در تداوم این راه، در فلسفه‌های جدید، مسائل گوناگون مرتبط با جنبه‌های مختلف انسان به کانون اصلی یکی از برجسته‌ترین مکاتب تفکر فلسفی قرن بیستم، اگزیستانسیالیسم تبدیل شد. در الهیات اگزیستنس، اضطراب ناشی از آگاهی نسبت به پیامدهای قدرت انسان، توسط متفکرانی مانند رینهولد نیبور^۱ و پل تیلیش^۲ به‌ نحو برجسته و واضحی، صورت‌بندی و تبیین گردید (Tillich, 1951 و Niebuhr, 1996).

البته پیش از این نیز مفهوم اضطراب، در نظریات مرتبط با ممکن‌الخطا بودن^۳ انسان صورت‌بندی شده بود. این اصطلاح که در دوران جدید، اواخر قرن نوزدهم توسط چارلز سندرز پیرس^۴، فیلسوف آمریکایی، بر اساس پیشینه‌ی آن در ادبیات مسیحی، احیا شد، به معانی مختلفی در معرفت‌شناسی معاصر استفاده شده است (Murray, 2004: 351). منظور پیرس از اصطلاح یاد شده این بود که «انسان‌ها نمی‌توانند در پاسخ به پرسش از حقیقت، به اطمینان کامل دست

-
1. Reinhold Niebuhr (1892 – 1971)
 2. Paul Johannes Tillich (1886 – 1965)
 3. fallibilism
 4. Charles Sanders Peirce (1839 – 1914)

یابند» (59: 1955). البته با توجه به تعابیر سایر نظریه‌پردازان می‌توان این‌گونه برداشت نمود که اصطلاح «ممکن‌الخطا بودن» در معرفت‌شناسی، به صورت جامع بر موارد زیر دلالت دارد؛

۱. هیچ اعتقادی را نمی‌توان به‌طور قطعی توجیه نمود (Kompridis, 2006: 46).

۲. دانش به‌یقین و قطعیت نیاز ندارد (Feldman, 2003: 122).

۳. تقریباً هیچ اعتقاد غیراستباطی، قطعی یا بیقینی نیست (Pojman, 2001: 105).

ب. مغفول ماندن مفهوم «اضطراب معرفتی»

البته هر چند اصطلاح اضطراب معرفتی، در فلسفه و الهیات متأخر به‌عنوان یک مسئله مهم مطرح شد، اما، مفهوم اضطراب معرفتی به‌مثابه پیامد اصلی آن، تا حد زیادی در گفتگوهای نظری خصوصاً در فلسفه و الهیات سیاسی مغفول مانده است. به عبارت دیگر از نظر معرفت‌شناسخی، هرگونه تحلیل نظاممند به جهت تبیین و تحلیل مفهوم اضطراب در ارتباط با ممکن‌الخطا بودن انسان به‌وسیله توجه به درک منسجم و سازگار از آگاهی و معرفت، جایگزین شده است. به همین دلیل از نظر اخلاقی و سیاسی نیز، مفهوم مدارا^۱ که نمایانگر جنبه مثبت اضطراب معرفتی می‌باشد، در ادبیات مرسوم، رایج شده است. البته تمایز مهم میان مدارا در تقریر متداول و مفهوم ممکن‌الخطا بودن، آن است که مدارا در این تعبیر بیشتر در قربت با نظریات ذهنیت‌گرایی اخلاقی تبیین می‌شود؛ حال آن‌که در بحث بین ذهنیت‌گرایی و عینیت‌گرایی اخلاقی، ممکن‌الخطا بودن، موضع قابل قبول سومی را نشان می‌دهد. ذهن‌گرایی اخلاقی «نظریه‌ای است که احکام اخلاقی درباره انسان‌ها یا رفتارشان را به نحوه‌ی واکنش مردم یا گوینده نسبت به آن‌ها یا اعمال آن‌ها تعریف می‌کند» (ادواردز، ۱۳۷۸: ۱۹۲). اما «رهیافت واقع‌گرایانه تأکید می‌کند که احکام، دارای ارزش صدقی عینی، مستقل از اینزارهای ما برای شناخت آن هستند؛ این احکام، به سبب واقعیتی که مستقل از ما وجود دارد، صادق یا کاذب

1. Tolerance

هستند» (حسین خانی، ۱۳۸۹: ۷۱). در میانه‌ی این دو نظریه، مفهوم ممکن‌الخطا بودن بیان می‌کند، معیارهای اخلاقی کاملاً عینی ممکن است وجود داشته باشد، اما شناخت آن‌ها توسط انسان، قابل اعتماد یا قاطع نیست. این امر با حفظ این باور که اخلاق صرفاً مسئله‌ای در حوزه‌ی حکمت نظری نیست، ضمن ارائه راهکار برای حل واقعیت تعارض میان اخلاق‌های عینی متفاوت، از مشکلات مرتبط با پذیرش نسبی‌گرایی یا ذهن‌گرایی اخلاقی نیز جلوگیری می‌کند.

البته در دوره مدرن، میان اقشار تحصیل کرده‌ی جوامع غربی، نگرانی در مورد پیامدهای مفهوم ممکن‌الخطا بودن نوع بشر، ظاهر شده و به یکی از عناصر مهم در توسعه، تکامل و بقای لیبرالیسم سیاسی بدل شد. این ایده هرچند با ادعای رایج تاریخی مبنی بر اینکه لیبرالیسم از پیامدهای جنگ‌های مذهبی اروپای مسیحی بوده (آربلاستر، ۱۳۹۲: ۱۷۴)، پیوند نزدیکی دارد؛ تا بدان جا که «جان راولز صریحاً بنیان و ریشه‌های لیبرالیسم را در نتیجه جنگ‌های مذهبی دانسته است» (weithman, 1997: 2)، و «دولتها نیز پذیرفتند که بیشتر بی‌نظمی‌ها به جهت تلاش در راستای یکسان کردن اعتقادات دینی ایجاد می‌شود تا مجاز دانستن تنوعات و اختلافات مذهبی» (Bury, 2006: 11). اما قابل فروکاستن بدان‌ها نیست. بی‌تردید، تمام اقشار جامعه از نزاع خونین اروپای مدرن آزده و خسته بودند اما اضطراب، مستقیماً ناشی از کاهش اقتدار معرفتی نهادهای مذهبی و هنجاری مبتنی بر گزاره‌های وحیانی بود.

البته اگرچه روشنفکران غربی مدت‌هast، در ارتباط با گذار از دوران تقابل و تنافع دینی و مذهبی و پیامدهای آن، خاطر خود را با افسانه‌ی «دوران سکولار» تسلی می‌دهند، اما شواهد تجربی هرگز از تحقق این گذار تأیید نکرده‌است. اکثریت شهروندان ایالات متحده (بیش از ۷۳ درصد طبق آمار سال ۲۰۱۶)، مانند همیشه، به مسیحیت باور دارند (Newport, 2018)؛ البته این امر موجب نمی‌شود مردم ایالات متحده «یک ملت مسیحی» دانسته شوند، اما نشان می‌دهد، همچنان تنش بالقوه میان ایمان مذهبی و اصول سیاسی، یکی از نگرانی‌های پایدار دولت ایالات متحده است. علاوه بر این، برای کسانی که هم مذهبی هستند و هم به معنای موسع، لیبرال،

تداوم رویکرد جزم‌گرایی^۱ دینی و اخلاقی در گفتمان اجتماعی و سیاسی بیان‌گر آن است که امروز نیز همانند روش‌پژوهان عصر روشنگری، حتی در جوامع لیبرال، مبارزه با جزم‌اندیشی و مطلق‌گرایی ضرورت دارد ولو در چهره‌های جدید آن (مک‌گرات، ۱۳۹۷).

البته، ممکن است گفته شود، ارزش‌های اساسی لیبرال مرتبط با احترام به «کرامت»^۲ فرد انسانی بوده بنابراین ممکن است رهیافت‌های دیگری نیز وجود داشته باشد تا نیازی به مفهوم اضطراب پدیدار نشود. مضاف بر این، از نظر تاریخی، «لیبرالیسم» مفهومی چند وجهی و دارای ظرفیت‌های مختلف بوده، و شامل مفاهیم مختلف مرتبط، اما متفاوت می‌شود. لکن نگارنده معتقد است، تمام رهیافت‌های مؤثر در صیانت از کرامت انسانی، در نهایت خاستگاهی وثیق در مفهوم اضطراب معرفتی دارند.

در این مورد جالب توجه است که با انتشار مقاله «دو مفهوم آزادی» از آیزاک برلین، نظریه‌پردازان سیاسی، تمایز اساسی میان مفهوم لیبرالیسم در فلسفه سیاسی مدرن انگلیسی‌زبان در آثار اندیشمندانی مانند میلتون، لاک و میل، و صورت‌بندی کاملاً متفاوت آن که به‌واسطه آثار روسو و کانت در فرانسه و آلمان پدیدار شد، را درک نمودند. البته به نظر می‌رسد، در این میان، کانت، نمونه کامل یک لیبرال روشنگر را ارائه می‌دهد که با احترام به کرامت انسانی و اصل خودمختاری اخلاقی، به مفهوم اضطراب معرفتی، می‌رسد. در حقیقت، وی، شاید بیش از هر فیلسوف دیگری، با تبیین اضطراب معرفتی سعی در رهایی برخی یقینیات از پیامدهای باور به غیرقابل تردید بودن آن‌ها دارد. قرائت برلین از اندیشه کانت در این ارتباط بسیار مفید است زیرا وی با نگاهی غایت‌شناختی، ارتباطات میان منطق درونی لیبرالیسم کانتی و تحولات غیرلیبرال بی‌در بی در اندیشه سیاسی اروپای قاره‌ای^۳ را بررسی می‌کند. برلین به جای ارائه تفاسیر پیچیده، یک دیدگاه کاملاً تکاملی را در رابطه با لیبرالیسم کانتی اتخاذ می‌کند. البته هرچند تحلیل برلین در این خصوص، ارزشمند است اما باید به دو مسئله نیز توجه نمود؛ اول، این مسئله که آیا

1. Dogma
2. Dignity
3. Continental Europe

لیبرالیسم، بر اساس تفاوت مشهور برلین میان برداشت‌های «منفی» (لاک و میل) و «مثبت» (کانت و روسو) از آزادی، بدون توجه به مفهوم ممکن‌الخطا بودن انسان، به نحو شایسته‌ای معنادار و مؤثر است؛ دوم، در نقد او از برداشت مثبت کانت از آزادی، برداشت منفی منحصر به‌فرد برلین، به عنوان تنها بدیل موجه، قابل پذیرش نیست (Larmore, 2004). در واقع کانت، به جای ارجاع به ممکن‌الخطا بودن انسان و پذیرش مفهوم اضطراب معرفتی به عنوان پیامد آن، به عظمت عقل بشری به عنوان قانونگذار اخلاقی و مبنای اعتبارسنجی استقلال فردی استناد می‌کند. از نظر کانت، آزادی واقعی شامل پیروی از قانون اخلاقی است و اگرچه قانون اخلاقی واحد و برای همه یکسان است، اما اطاعت از آن باید داوطلبانه، از طریق اعمال خودمختار داوری عملی فرد و محصول عملکرد خودقانونگذاری عقلانیت باشد. با این حال، مسئله این است که مردم همیشه در مورد آنچه عقلانیت بر آن به عنوان یک داوری اخلاقی مناسب در شرایط خاص دلالت می‌کند؛ موافق نیستند. البته این موضوع را می‌توان به عدم تساوی افراد در میزان عقلانیت نیز فروکاست لکن با توجه به ماهیت رابطه میان دانشکده فلسفه^۱ و اعتقاد و رفتار درست از نظر کانت، این عدم سازگاری یک چالش بالقوه برای منطق خودمختاری است. برلین می‌نویسد: «[برای] کانت و خردگرایان مانند او ... حدود آزادی با استفاده از قواعد «عقل» تعیین می‌شود، ... به نام عقل هر آنچه غیرعقلانی باشد ممکن است محکوم شود، بنابراین اهداف مختلف شخصی که افکار و ویژگی‌های خاص آن‌ها موجب می‌شود مردم، به دنبال آن بروند ... ممکن است دست‌کم در نظریه، بی‌رحمانه سرکوب شود» (Berlin, 1998: 224).

البته نباید پنداشت که دفاعیه کانت بر هنجارهای لیبرال و آزادی‌خواهانه، تمام‌عيار نبوده است؛ به عبارت دیگر هر چند محتاطانه، اما برلین می‌پذیرد، هدف کانت، صیانت از فرد در برابر تجاوز غیرقانونی توسط «اقتدار»، چه سیاسی و چه مذهبی بوده است، و نه ارائه توجیهی برای چنین تجاوزهایی. با این حال، همان‌طور که برلین نشان می‌دهد، تصور کانت از عقلانیت و ارتباط آن با قانون (اعم از اخلاقی و مدنی)، کمایش مستقیماً به برداشت خدابوارانه دولت از رابطه میان

۱. برای آگاهی از مفهوم دانشکده و اقسام آن و ارتباط میان دانشکده‌ها رک. (کانت، ۱۳۹۹)

حق سیاسی و اخلاقی موجود در رمانتیسیسم^۱ فیشته^۲ و هگل^۳، موضع ضدلیبرال و جبرگرایانه کمونیسم مارکس^۴ و مواضع تمامیت‌خواه^۵ عملی جانشینان سیاسی آن‌ها در آلمان و اتحاد جماهیر شوروی منجر شد. چه چیزی ممکن است منجر به این وارونگی عجیب شود؛ تبدیل فردگرایی کانت به چیزی نزدیک به یک دکترین تمامیت‌خواه ناب از طرف متفکرانی که برخی از آنها ادعا می‌کرند شاگردان او هستند؟ (king, 2016: 140). به نظر می‌رسد، پاسخ دقیقاً در عدم توجه کانت در دفاع از استقلال اخلاقی و سیاسی به مفهوم ممکن‌الخطا بودن انسان و پیامدهای آن در رابطه با اقتدار نهفته است. در واقع کانت حمایت از هنجارهای لیبرال را به معرفت‌شناسی پیوند می‌دهد، اما از توجه کافی به محدودیت‌های معرفتی انسان در صورت‌بندی این پیوند غفلت می‌ورزد. تجویز کانت مبنی بر پذیرش فرد به عنوان «غایت»، در صورت پذیرش این که نجات سیاسی یا معنوی فرد در گرو باور به مجموعه‌ای از اعتقادات و روش‌های است که باور به آن‌ها منوط به پذیرفتن صدق و اعتبار مطلقبشان است، لزوماً به رهیافتی کارآمد و مؤثر در برابر صیانت انسان در برابر تجاوزهای اقتدار غیرلیبرال تبدیل نمی‌شود. به همین ترتیب، به نظر می‌رسد، کانت استفاده از قوه قهریه برای جلوگیری از انتشار عقاید و رویه‌های موجب گمراهی فرد یا جامعه، از مسیر درست را روا می‌داند. روسو مبنای منطقی چنین جباریتی را در اعلامیه‌ی معروف خود بیان می‌دارد که «هر کس از اطاعت از اراده عمومی امتناع ورزد، مجبور به انجام این کار توسط کل ساختار خواهد بود، این بدان معناست که فرد مجبور به آزادی است» (Rousseau, 2000: 412).

در تداوم همین رویکرد، فیشته هنگامی که گذار از جمهوری‌خواهی به تمامیت‌خواهی را صورت‌بندی می‌کند، می‌نویسد؛ «وادر کردن مردم به اتخاذ نوع درست حکومت، تحمیل راستی و درستی به آن‌ها با زور، نه تنها حق، بلکه وظیفه مقدس هر انسانی است که هم بصیرت و هم قدرت آن را دارد» (Fichte, 1988: 223). بنابراین، هرچند کانت و روسو مطمئناً از آنچه اخلاف

۱. برای اطلاع بیشتر پیرامون این مکتب در فلسفه و سیاست رک. (بیز، ۱۳۹۸)

2. Johann Gottlieb Fichte (1762 – 1814)
3. Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770 – 1831)
4. Karl Heinrich Marx (1818 – 1883)
5. Totalitarianism

ایشان ارائه کرده‌اند، و حشت‌زده خواهند شد، اما این واقعیت را تغییر نمی‌دهد که غفلت آن‌ها از مفهوم ممکن‌الخطا بودن انسان و اضطراب معرفتی به مثابه پیامد آن، لیبرالیسم را به سمت توتالیتاریسم سوق داد.

ج. «اضطراب» به عنوان یک فضیلت معرفتی^۱

معرفت‌شناسی فضیلت، بر دسته‌ای از نظریات جدید معرفتی اطلاق می‌شود که در مقام ارزیابی شناخت، بیشتر بر خصوصیات اشخاص و فاعل شناسا تأکید دارند تا خصوصیات باورها و گزاره‌ها. البته معرفت‌شناسی فضیلت و اخلاق فضیلت علی‌رغم تشابه واژگانی، در محتوا مستقل و متمایز از یکدیگر می‌باشند (خرائی، ۱۳۹۳: ۲۵۴). در این قسم معرفت‌شناسی، فضائل معرفتی توانایی شناختی قابل اعتماد برای فاعل شناسا معرفی می‌شوند (فخار نوغانی و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۸۵). فضیلت معرفتی مفهوم بنیادین این قسم معرفت‌شناسی است که تحلیل معرفت و توجیه بر پایه آن صورت می‌گیرد (خرائی، ۱۳۹۳: ۲۵۴).

علی‌رغم واکنش‌های متفاوت به مسئله اضطراب معرفتی که در طول قرن نوزدهم و بیستم توسط فیلسوفان و متکلمان مسیحی ارائه شده‌بود، تمایل مشترک به پذیرش چنین اضطرابی، به عنوان چالشی که باید برای آن راه حل یافت، نیز فراگیر گردیده‌بود. به عنوان نمونه، نیبور ضرورت شناسایی اضطراب معرفتی انسان را ناشی از گونه‌ای انگیزه‌ایدئولوژیک می‌داند که منجر به مطلق‌گرایی در اعتقادات مذهبی، اخلاقی و سیاسی می‌شود. «انسان چیزی بیشتر از وضعیت طبیعی آنی که در آن قرار دارد را درک می‌کند و دائمًا به دنبال درک شرایط آنی خود از نظر یک وضعیت کلی است. با این وجود، او قادر به تعریف از وضعیت کلی انسان نیست بدون این که تعریف خود را با دیدگاه‌های محدود که از اوضاع و احوال تشکیل شده، بازسازی کند. تحقق نسبیت، دانش او را در معرض خطر بدینی قرار می‌دهد. ورطه بی‌معنایی در آستانه تمام تلاش‌های معنوی او انتظار می‌کشد. بنابراین انسان وسوسه می‌شود تا محدودیت ادراکات و

1. Epistemic virtues

دیدگاه‌های خود را انکار کند. او وانمود می‌کند که به درجه‌ای از آگاهی دست یافته است که فراتر از میزان کافی برای زیستن می‌باشد. این «عیبی ایدئولوژیک» است که تمام دانش بشری در آن دخیل می‌باشد و همیشه چیزی بیش از نادانی انسانی بوده و تا حدی تلاش برای پنهان کردن آن جهل، با تظاهر است» (182). بنابراین، از نظر وی، اضطراب معرفتی نه تنها پیامد اجتناب‌ناپذیر «تناقض آزادی و محدودیت»¹ است، بلکه «پیش‌شرط درونی خطأ»² نیز هست. با این وجود، همان‌طور که نیبور ادامه می‌دهد: «اضطراب گناه نیست و باید آن را از گناه متمایز دانست، زیرا پیش‌شرط آن است و نه حقیقت آن، و نیز به این دلیل که اضطراب اساس همه خلاقیت‌های بشر نیز هست» (183). به عبارت دیگر، این میل به اضطراب معرفتی نیست که از طریق کنار گذاشتن مسؤولیت، آگاهی و آزادی، انسان را بی‌ارزش یا بی‌اصالت می‌کند بلکه تمایل افراطی انسان به نادیده گرفتن اضطراب و پیامدهای آن است که چنین نتیجه‌های را در بی‌دارد، بنابراین هرچند «اضطراب توصیف حیثیت درونی و سوسه است» (Ibid: 182). اما وسوسه تنها نتیجه طبیعی و غیرقابل اجتناب آزادی اخلاقی است. آزاد بودن از نظر اخلاقی، طبق تعریف، منجر به وسوسه می‌شود. البته وسوسه در این تعریف، فی حد نفسه شر نیست. به عکس، پیش‌شرط همه‌ی رهیافت‌ها و دستاوردهای اخلاقی است که ناشی از انتخاب هستند؛ به همین دلیل نمی‌توان از اعمال صحیح فرشتگان ستایش کرد، زیرا وسوسه در مورد ایشان متفاوت بوده و در نتیجه آن‌ها انتخاب‌گر نیستند (kierkegaard, 1980: 40). بر این اساس، نیبور از «ایمان» نه به عنوان وسیله‌ای برای انکار اضطراب فرد بلکه به عنوان ابزاری برای «پاکسازی اضطراب از گرایش به خودپسندی گناه‌آلود» یاد می‌کند (Niebuhr, 1996: 183). بنابراین، او احتمال بروز یک نوع اضطراب یا وسوسه سودمند و متعالی را مطرح می‌کند. «اضطراب از هیچ چیز، آن اضطراب پربار که به فرارو هدایت شده و یک عنصر بکر در هر انسان است» (keirkegaard, 1980: 42).

نیبور این صورت مثبت اضطراب را به عنوان زمینه‌ی روانشناختی خلاقیت انسان توصیف می‌کند. وی چنین اضطراب خلاقانه‌ای را «اضطراب معطوف به کمال» می‌نامد و آن را در مقابل

1. the paradox of freedom and finiteness
2. the internal precondition of sin

«اضطراب معطوف به نالمنی» قرار می‌دهد (Niebuhr, 1996: 185). اضطراب معطوف به کمال نه به دلیل ترس از عدم اطمینان فرد بلکه به جهت میل به تحصیل ادراکات جدید و دستاوردهای خلاقانه، برای پیش‌برد مرزهای دانش و آگاهی در برابر احتمالات ظاهراً بی‌حد و حصر ناشی از تجربه انسان پدید می‌آید (Ibid: 181). با این حال وی ادعا می‌کند که «اضطراب معطوف به کمال و نالمنی ... در اعمال انسان به طور ناگستینی به هم پیوند یافته و خطاهایی که انسان، در جستجوی کمال مرتکب می‌شود، هرگز صرفاً به دلیل جهل نسبت به حدود ارزش‌های مشروط نیست.» (Ibid: 185) البته، در حمل مفهوم اضطراب معرفتی به عنوان مصدقی از حکم آن به مثابه گزاره، نباید پنداشت، اضطراب معرفتی در مودر پذیرش اضطراب معرفتی و این واقعیت که هیچ انسانی نمی‌تواند یک درک کاملاً صحیح از صورت‌بندی غایی اضطراب معطوف به کمال به دست آورد، نباید مانع تشویق فرد برای پرورش فضیلت اضطراب معطوف به کمال شود. همچنین باید توجه داشت که این اضطراب معطوف به نالمنی نیست که خطای مطلق‌گرایی را نمایان می‌کند بلکه، خطای جزم‌اندیشان، اتخاذ آگاهی جزمی در واکنش به چنین اضطرابی است؛ به عبارت دیگر هنگامی که وسوسه در این معنا، به موازات این که می‌تواند معطوف به گناه باشد، این قابلیت را نیز دارد که به سمت تعالی هدایت کند؛ نمی‌توان در قبال آن یک واکنش واحد اتخاذ نمود. بنابراین، همه انسان‌ها به سبب آن که وسوسه به سمت امور خوب یا بد، بخشی از ذات آن‌ها است لزوماً ممکن‌الخطا هستند و به تبع آن ممکن‌الخطا بودن یکی از عناصر معرفتی انسان و وجهی از وسوسه در ساحت نظریه است، از طرف دیگر، اضطراب و وسوسه از عناصر ذاتی انسان است و هم پیامد چنین ذاتی. به عنوان یک رکن، اضطراب عنصر اصلی در چیزی است که زمانی «انسان‌شناسی فلسفی» نامیده می‌شد؛ تبیین عناصر اساسی ذات انسان، هم از حیث هستی‌شناختی و هم معرفت‌شناختی. عنصری که انسان، انسانیت خود را در آن می‌یابد. از این رو ادعای کیرکگارد، در باب مفهوم اضطراب، مبنی بر اینکه فرشتگانی که اراده آن‌ها به‌شیوه‌ای مطلق با اراده الهی منطبق است، به گونه‌ای که نتوانند «گناه کنند»، نه اضطراب دارند و نه آزادی، و بنابراین «یک فرشته هیچ تاریخی ندارد» (Kierkegaard, 1980: 49)، مشخص می‌کند که اضطراب و آزادی دو روی یک سکه هستند. بنابراین به‌نظر می‌سد تا آنجا که اضطراب

معرفتی و باور به ممکن الخطا بودن سبب می‌شود، فرد دیدگاه صحیح‌تری را اتخاذ‌یا در جهت آن تلاش کند، اضطراب یک فضیلت است. زیرا تنها با پذیرش آن است که می‌توان بر وسوسه خداگونه دانستن ادراکات انسان غلبه کرد و فقط به این ترتیب می‌توان طبق برداشت‌های خود شخص، به‌گونه‌ای عمل کرد که به حق دیگران در باور و عمل به برداشت‌های مخالف و متفاوت احترام بگذارد. از این‌رو، اضطراب معرفتی که به‌نحو مناسب تعديل شده و آگاهانه و پایدار اعمال می‌گردد، باید به عنوان نشانه تعالی فکر قلمداد شود. در واقع، چنین اضطرابی نشان دهنده فضیلتی معرفتی بنیادین است که به عنوان میراث ناخواسته فیلسوفان قاره‌ای عصر روشنگری، به جامعه و نظریه‌ی مردم‌سالار معاصر منتقل شده و می‌تواند در حمایت و صیانت مؤثر و کارآمد از فضایل اخلاقی، دینی و سیاسی مانند مدارا، جایگاه بسزایی داشته باشد.

البته برداشت مناسب، معتل و منطقی از اضطراب معرفتی، می‌تواند در توسعه سایر فضایل دموکراتیک، نقش‌آفرینی کند. علاوه بر این، اضطراب، به تعبیر متعادل آن، جایگزین مناسب‌تر و از برخی جهات کم چالش‌تر، برای مفهوم «مدارا» به عنوان فضیلت سامان‌دهنده در مبانی هنجارهای مردم‌سالار است. مفهوم مدارا اغلب مورد انتقاد قرار گرفته است که صرف مدارا با دیگری، به‌هیچ وجه شخص را ملزم نمی‌کند که با درکی کامل‌تر با دیدگاه یا عقاید دیگری مواجه شود، و همچنین وی را وادر نمی‌کند که در مفروضات یقینی خود بازنده‌یشی نماید. دلیل این امر آن است که اضطراب، برخلاف مدارا، مشخصاً مقوله‌ای معرفتی بوده است و منحصراً یک فضیلت اخلاقی یا سیاسی نیست. به عبارت دیگر، مدارا در ساحت فلسفه عملی، بدون پیش‌بینی نهادی منتظر در فلسفه نظری که همان اضطراب معرفتی می‌باشد، نهادی درون‌تهی، بی‌پایه و متزلزل است. تا آنجا که احساس تعديل‌شده اضطراب در مورد محدودیت‌های معرفتی بشر موجب تأیید موقتی بودن و تجدیدنظر پذیری باورها شده، به شخص توصیه می‌کند تا گفتمان مردم‌سالار را جدی گرفته و ممنوعیت‌های مردم‌سالار مطلق‌گرایی را نه یک سیاست عملی که روشی معرفتی قلمداد کند. به طور خلاصه، یک سطح متعادل و معقول از اضطراب معرفتی پایدار متقابل میان شهروندان، سبب تحقق حسن‌نیت همگانی در سطح معرفتی و نه صرفاً سیاسی، به عنوان پیش‌شرط جامعه مردم‌سالار است.

د. پدیدارشناسی اضطراب معرفتی

تاکنون، برداشت خاصی از اضطراب معرفتی توصیف شد که اساس آن تأیید آگاهانه ممکن‌الخطا بودن ذاتی انسان و ادراکات وی است. لکن جهت ایضاح مقصود از «اضطراب» مقایسه آن با مفاهیم مشابه و مرتبط و همچنین استنباط ارکان آن سودمند خواهد بود.

صورت‌بندی اضطرابی که در این نوشتار مدنظر است باید از معنای متداول و روزمره واژه که اشاره به اضطراب ذهنی یا تنفس همراه با برخی رویدادهای منفی و همچنین معنای بالینی مرتبط با آن که اشاره به نوعی روان رنجور و فکر پریشان دارد، تمایز گردد. هر دوی این نوع اضطراب‌های متداول می‌توانند به عنوان واکنشی در برابر احساس عدم اطمینان به نوعی جمود احساس و عقیده منجر شوند. دقیقاً همان‌طور که کیرکگارد و جانشینان اگزیستانسیالیست او توجه ویژه به ضرورت تمایز و تفکیک اضطراب از ترس (هايدگر، ۱۳۹۴: ۴۱۲) دارند. اضطراب در این معنا معطوف به محدودیت‌های معرفتی انسان به عنوان یک موجود است؛ خودآگاهی از وضعیت وجودی انسان، عصبی بودن در مورد این محدودیت‌ها به معنای واکنش جدلی در برابر آن‌ها است به‌گونه‌ای که به طور متناقضی، انکارناپذیری آن‌ها را انکار می‌کند، زیرا چنین واکنشی به ناچار باعث می‌شود که فرد در آسایش کاذب یک ذهنیت مطلق‌گرایانه پناه برد. از طرف دیگر، هنگامی که با موضوعی خاص از سیاست‌ها یا نگرانی‌های اجتماعی یا اخلاقی در ارتباط باشد، حالت عادی و غیربالینی اضطراب عاطفی ممکن است، گاهی اوقات افراد را بر آن دارد تا با هدف حل برخی از مشکلات یا برداشت‌ها به تبادل نظر بپردازنند. در واقع شهروندان تمایل دارند که طبق پارادایم، رفتار و تفکر کنند، مگر در مواردی که برخی از محرک‌های غیرمنتظره یا جدید، «اضطراب» را در مورد چگونگی تفکر و یا عمل پدید آورد. تنها چنین اضطرابی سبب درگیر شدن ظرفیت‌های عقلانی می‌گردد تا آگاهی مشورتی خود را به کار گرفته و به حل و فصل مسئله موجود بپردازد و در نتیجه اضطراب را تسکین دهد (marcus, 2002: 108).

با این حال، برخی از مشکلات در مورد نقش اضطراب و مشورت در حوزه مردم‌سالار وجود دارد. اول، شهروندان عادی را نباید بیش از حد به نخبگان سیاسی وابسته کرد (Ibid: 140). اگر عموم مردم تعامل دائمی با موضوعات در حال ظهور را حفظ نکنند، آن‌گاه آن‌ها پایبندی

سیاستمداران و رسانه‌ها به نوع گفتمانی که تصمیم‌گیری واقعی مشورتی را ترویج می‌کند، مطالبه خواهند کرد.

همچنین نباید اضطراب را تنها به عنوان یک حالت عاطفی، بدون معنا یا محتوای شناختی منسجم شناسایی کرد زیرا در این صورت به شدت از تفکر آگاهانه به مثابه رکن اضطراب غفلت شده است (Ibid: 63). با این وجود، به عنوان توصیفی از ارتباط روان‌شناختی میان مولفه عاطفی اضطراب و پیامدهای فکری، اخلاقی، دینی و سیاسی آن، دیدگاه پیش‌گفته می‌تواند گام نخست را به سوی پدیدارشناصی اضطراب معرفتی فراهم کند (Ibid: 101). بدیهی است، کسی که موضوعی از اضطراب معرفتی را اتخاذ کند، گاهی اوقات رابطه روان‌شناختی اضطراب عاطفی را نیز تجربه خواهد کرد. البته، چنین اضطرابی باید شرایطی را به وجود آورد که با گفت‌و‌گو مغایرت داشته و به ناالمیدی منتهی گردد. در اضطراب، انسان به عنوان موجودی خودمختار فرض می‌شود که در مورد باورهای خود انتخاب‌گر است، البته این انتخاب‌گری محدود به حدود وجودی وی است و بنابراین، انسان در این انتخاب‌گری ممکن‌الخطا می‌باشد؛ بنابراین فرد از دچار شدن به دلهره اگزیستانسیالیستی ناشی از دانستن این امر که «آزادی ما چنان گسترشده است که وجود ما را به این شکل برای همیشه ناارام باقی می‌گذارد» (luper, 2000: 7)، در امان است و نیاز نیست تا آنجا پیش رود که باور اگزیستانسیالیستی مبنی بر نبود هیچ منبع ارزشی فراتر از درک انسان‌ها، که چنین درک‌هایی بتوانند به طور قاعده‌مند به آن‌ها اشاره کند، را تصدیق نمود. همچنین نیاز نیست ادعای سارتر پذیرفته شود که «هیچ چیز، مطلقاً هیچ چیز، من را به اتخاذ این یا آن ارزش خاص مجبوب نمی‌کند» (Sartre, 1966: 76)، تا به حقیقت اضطراب پایبند بود.

اضطراب در این معنا یعنی فرد از صدور حکم در مورد افرادی که با آن مخالف هستند، خودداری کند، یا سعی نکند آن‌ها را مجبور کند که بدون توجه به خواسته‌ها و اعتقادات خود تسليم برداشت دیگری شوند و از همه مهم‌تر فرد همواره برای بازاندیشی و بازبینی در برداشت‌های کنونی خود، گشوده باشد.

کیرکگارد تجسم اضطراب واقعی را در سقراط می‌بیند (Kierkegaard, 1941: 180)، که دقیقاً به این دلیل دچار اضطراب معرفتی دائمی بود که بی‌وقفه با محدودیت‌های فهم خود روبرو می‌شد. حکمت سقراط در آگاهی مداوم او از جهل خود و تعمیم آن به عنوان یک اصل معرفتی است که وی را به تردید نسبت به همه مدعیات علم سوق می‌دهد و حل آن را در گفت‌و‌گو با دیگران پی‌جویی می‌کند. چنین خرد، یا همان‌طور که کیرکگارد آن را «جهل سقراطی» (کیرکگارد، ۱۳۸۸: ۵۳) می‌نامد، اضطراب معطوف به تعالی و کمال است. در حقیقت، سقراط حاضر است به خاطر اعتقادات خود بمیرد؛ اما آنچه که سقراط احتمالاً تمایلی به انجام آن ندارد، این است که برای تعالی یا ترویج اعتقادات خود، جان شخص دیگری را بگیرد؛ بنابراین اضطراب سقراطی، همراه احتیاط و فروتنی است اما بلا تکلیف نیست.

هیوم مفاهیم کاربردی مرتبط با اضطراب سقراطی را در گفت‌و‌گوهای خود درباره دین طبیعی، به زیبایی توصیف می‌کند (هیوم، ۱۳۹۷). در یک برهه، شخصیت شکاک نوشتار وی، فیلو، به این پرسش پاسخ می‌دهد که شک و تردید، فلسفه‌ای را نشان می‌دهد که می‌تواند در سطح اندیشه، سرگرم کننده باشد، اما زندگی عملی به روش آن، امکان‌پذیر نیست (هیوم، ۱۳۹۷: ۱۳). به عبارت دیگر، انسان می‌تواند ادعای شناخت برخی امور منطبق با حقیقت و مستقل از ساختهای ذهنی و زبانی انسان داشته باشد. همچنین توانایی بشر بر آگاهی نسبت به برخی از حقایق پیشینی منطقی لازم، مانند «قانون عدم تناقض»، قابل پذیرش است.^۱ اما هیچ مجموعه‌ای از مقررات یا داوری‌های اخلاقی بدیهی وجود ندارد، که بتوان به راحتی و صراحة از چنین دانش‌هایی استنباط کرد.

بنابراین با توجه به تصدیق اینکه اصولاً، همیشه این امکان وجود دارد که شخص، کسی باشد که اشتباه می‌کند، حتی در مورد استوارترین اعتقاداتش، نمی‌تواند ادعا کند که حق وادار کردن دیگران به معتقداتش را همانند آن‌چه او یافته‌است، دارد. همچنین نمی‌تواند، در صورت عدم وجود

۱. هرچند می‌توان اعتبار این قبیل حقایق پیشینی منطقی لازم را نیز مورد بازبینی و بازندهی انتقادی قرار داد؛ رک. (شیری‌زاده، ۱۳۹۷)

توافق داوطلبانه بر خلاف آن، مدعی داشتن حق مجبور کردن دیگران به عمل وفق اصول وی به جای اصول خودشان باشد.

همچنین یکی از مسائل اصلی دقیقاً این است که تشخیص خطای انسانی که توسط آموزه اضطراب نشان داده می‌شود، دارای پیامدهای هنجاری است، پیامدهایی مانند استفاده از زور یا قدرت اجباری برای جلوگیری از سلب آزادی دیگران به‌دلیل برخی برداشت‌های معرفتی یا اخلاقی خاص.

البته این آزادی آگاهی و عمل وفق آن را می‌توان مقدمه ضروری مفهوم «حجیت قطع» نیز دانست. «عقلًا شبههای نیست که عمل بر اساس قطع، واجب و حرکت جزئی بر طبق آن لازم است» (آخوندخراسانی، ۱۴۰۹: ۲۵۸). بنابراین اهتمام به رعایت حجیت قطع برای خود و دیگران، مستلزم عنایت به اضطراب معرفتی در مواجهه‌ی باورهای قطعی متفاوت یا متعارض افراد است. البته از آنجا که اضطراب معطوف به تعالی سقراطی لزوماً نسبت به عقل بشری بدین نیست، پس می‌پذیرد که انسان به جهان فرو افتاده در حالی که ادراکات وی محدود است، اما شخص در این جهان تنها نیست؛ وی در این هستن و زیستن با دیگران همراه است. بنابراین هرچند جهان از منظر هر یک از انسان‌ها به نحو محدود درک می‌شود، اما دیدگاه‌های متفاوت انسان‌ها، فرصت‌هایی برای همبستگی و تضاد، برای تأیید و رد یا دست کم موافقت یا چالش فراهم می‌کند (Aquinas, 1997: 61). البته هر شخص علاوه بر آن‌که، می‌تواند و باید از نظرات، باورها و اعمال خود صیانت و حمایت کند؛ کاملاً حق دارد که از طریق تمام روش‌های مسالمت‌آمیز برای اقناع دیگران تلاش کند. اما نمی‌تواند برای خود حقی نسبت به اجبار دیگران شناسایی کند؛ زیرا با این کار، افراد درک‌های غیرمطلق و محدود خود را، خداگونه پنداشته و جلوه می‌دهند؛ و باید به یاد داشت، «ذات بتپرستی خالص چیزی جز مطلق دانستن امور مقید و مشروط، کامل انگاشتن جنبه‌های ناقص جهان و تسليم به آن امور و جنبه‌هایی که به مقام خدایی رسیده، نیست ... شاخص‌ترین مصدق بتپرستی که شاید بتوان آن را عله‌العلل سایر مصاديق بتپرستی نیز تلقی کرد، عقیده‌پرستی است. در عقیده‌پرستی، آدمی نخست شخص خود را به مقام اطلاق و کمال، یعنی به جایگاه خدایی، فرا می‌برد؛ سپس، ... خود را با آنچه دارد تعریف می‌کند، نه با آنچه انجام

می‌دهد و سرانجام، عقاید خود را جزء داشته‌ها و دارایی‌های خود به حساب می‌آورد» (ملکیان، ۱۳۸۳).

بنابراین در اضطراب معرفتی، گرچه از نظر عملی، اختلافنظر محترم است؛ لکن اولویت اساسی برای گفت‌و‌گو به عنوان ابزاری برای تصمیم‌گیری در امور مشترک و مصالحه در امور اخلاقی، اجتماعی و سیاسی میان انسان‌ها و شهروندان برابر، به رسمیت شناخته شده است.

هـ اضطراب، مدارا و فروتنی

باید توجه داشت، شناسایی مؤثر ممکن‌الخطا بودن انسان، مستلزم پذیرش امکان گفت‌و‌گوی آزاد میان باورها و احترام به عقاید دیگران است. البته هنگامی که میلتون^۱ این اندیشه را مطرح کرد (Milton, 1911: 31)، به مثابه انقلابی در معرفت‌شناسی بود و البته هنگامی که لاک این موضوع را در «نامه‌ای در باب مدارا» تکرار (لاک، ۱۳۹۸) و میل آن را در «رساله‌ی در باب آزادی» (میل، ۱۳۹۵) بیان کرد، دیگر بیش از انقلابی و نوآورانه؛ ایضاً حی و روشن‌گر بود. البته میلتون، به دلیل تعهدات مذهبی خود، نتوانست، استدلالش را به نتیجه منطقی برساند، اما صورت‌بندی میل در مورد ممکن‌الخطا بودن تا حد زیادی توانست ناکامی میلتون و لاک را جبران کند. البته میل نیز به سرعت از مفهوم اضطراب گذر کرده و مفهوم «مدارا» را به عنوان فضیلت اخلاقی و سیاسی جایگزین و تبیین می‌کند.

البته چالش مفهوم مدارا، این است که به لحاظ نظری به عنوان نوعی عمل‌گرایی مطرح می‌شود که باید از تمام دیدگاه‌های مختلف ماهوی فراتر رود، اما عملاً خود را به عنوان یک امر بیرونی تحمیل شده نشان می‌دهد که با برخی از دیدگاه‌های بنیادین مغایرت دارد. به عبارت دیگر، این ادعا که مدارا، نمایانگر یک اصل گفتمانی عقلانی از دیدگاه بی‌طرف است، به چالش کشیده می‌شود؛ زیرا مدارا با برخی مفاهیم دینی و اخلاقی که مستلزم پایبندی به بعضی از آموزه‌های برتر معرفتی می‌باشد، ناسازگار است. از این‌رو، این مسئله اغلب به عنوان تعارض میان فضیلت

1. John Milton (1608 – 1674)

مدنی مدارا و فضیلت دینی ایمان مطرح می‌گردد؛ تا جایی که گفته شده است «پای‌بندی به عقیده حق، نشانه‌ی ایمان و تساهل درباره آن، علامت نفاق است» و «اگر تساهل در راه ناموس سزاوار یک انسان با فضیلت نیست، تساهل در راه عقیده نیز از منزلت برخوردار نمی‌باشد». (هیئت تحریریه، ۱۳۸۳) اما، همان‌طور که پیرامون اضطراب معرفتی نشان داده شد، این دیدگاه کاملاً جدلی درباره رابطه مدارای مدنی و ایمان دینی، بر باورهای غلط بنیادین هر یک از این تصورات استوار است. فیلسوف معاصر دین، جان هیک، در اثر کلاسیک خود درباره رابطه ایمان و دانش در اعتقاد دینی می‌نویسد: «طبق رایج‌ترین دیدگاه در این مورد، ایمان اعتقادی اثبات نشده یا ناکافی است.» وی سپس ادامه می‌دهد: «بنابراین ایمان در اعتقاد به گزاره‌های کاملاً گوناگون، دارای ماهیت کلامی است، که مؤمن درست نمی‌داند و نمی‌تواند درست بداند. دانستن در اینجا به معنای مشاهده مستقیم یا اینکه می‌توان با قاطعیت ثابت کرد، می‌باشد. جایی که این امکان وجود دارد، مجالی برای ایمان باقی نمی‌ماند.^۱ این تنها چیزی است که فراتر از محدوده دانش بشری است که باید به صورت ایمان اتخاذ شود» (Hick, 1966: 11). مطلب قابل نقد این دیدگاه در سطر اول سخن هیک نهفته است: «دارای ماهیت کلامی». این بدان معناست که «ایمان» عنصری در تصمیم‌گیری درباره آنچه باید در سایر عرصه‌ها باور داشت نیست. به عبارت دیگر، این صورت‌بندی فرض می‌کند که در همه حوزه‌های غیرالهیاتی و غیرکلامی تحقیق و اعتقاد انسان، همیشه یا دست کم در اغلب موارد، مبتنی بر مشاهده مستقیم یا شیوه‌ای است که بتواند با قاطعیت دقیق ثابت کند. به علاوه، این دیدگاه فرض می‌کند که طور کلی در موارد غیرالهیاتی چنین است که حاصل آنچه مستقیماً مشاهده می‌شود، نتایج بحث‌برانگیز نیست، زیرا اجراء منطقی به تأیید وجود دارد.

در واقع، بعضی اوقات به نظر می‌رسد که شواهد یا استدلال‌های مربوط به برخی از موضوعات، چنان متقن و استوار است که بنابر حکم عقل، هر شخص ناگزیر از پذیرش آن است. با این حال،

۱. برای آشنایی بیشتر با مفهوم «خدایی شکاف‌ها» (God of the gaps) و «پرستش شکاف‌ها» (Worshiping the gaps) ر.ک. دانشنامه فلسفی استنفورد، مدخل «Teleological Arguments for God's Existence»

تقریباً همواره شخص دیگری وجود دارد که با عقیده مزبور مخالف است؛ شخصی که به راحتی نمی‌توان وی را غیرمنطقی خواند. همین امر سبب می‌شود که علم نیز علی‌رغم مشاهدات و استدلالات، گفتمانی باشد. بنابراین، علم از این حیث، بسیار شبیه به دین، در مواردی که توافق امکان‌پذیر است، با گفت‌و‌گو پیش می‌رود و این زمینه توافق عمومی است که امکان پیگیری آن نکاتی را که چنین توافقی در مورد آنها وجود ندارد، فراهم می‌کند تا جایی که گاهی اوقات منجر به کشف یا ارائه نظریه‌های جدید می‌شود که اجماع پیشینی را که از آن آغاز شده‌اند، بر هم می‌زنند (درک، کلیاسی‌اشتری و حاجی‌زاده، ۱۳۹۷). این ویژگی عملی و تکاملی تحقیق علمی و به طور کلی زندگی است. بنابراین، گونه‌ای ایمان به مثابه امر غیراستدلالی، در همه جنبه‌های درک انسان وجود دارد (Budziszewski, 1992: 52).

در واقع قابل انکار نیست که، تفاوت قابل توجهی در میزان ایمان لازم برای تأیید اصول اساسی نظریه انتخاب طبیعی در برابر صورت‌بندی نیقینی^۱ تثلیث در مورد واقعیت غایی، وجود دارد. بنابراین بدون تردید دلایلی برای اعتقاد به یک موضوع بیش از موضوع دیگر وجود دارد اما چنین دلایلی به ندرت، یا حتی هرگز، موجب می‌شود همه کسانی که با آن‌ها روبرو می‌شوند، آن را به نحو ناگزیر بپذیرند (Hick, 1966: 15). بنابراین هر پرسش تردیدآمیزی دست‌کم برای برخی برداشت‌ها بلحاظ منطقی مجاز است.

همچنین باید توجه داشت، فروتنی در چارچوب درک دینی مطلق‌گرایانه و انحصار طلبانه و رفتار توانم با حسن نیت مؤمنان با سایر افراد، هرچند یک فضیلت مهم و تأثیرگذار است لکن نمی‌تواند جایگزین اضطراب شده و کارویژه‌های آن را به نحو مشابه و البته مؤثر ایفا نماید. به عبارت دیگر فروتنی، مانند مدارا، فضیلتی دینی، اخلاقی و سیاسی است، نه معرفتی. فروتنی مطمئناً می‌تواند به صورت حسن نیت در مواجهه با سایر افراد مؤثر باشد، لکن، همانند مدارا، نیازی نیست شخص فروتون، نسبت به عقاید و باورهای دیگران، آگاهی کافی یافته یا در باورهای یقینی خود، احتمال خطأ دهد. بنابراین هرچند بسیاری از مطلق‌گرایان مذهبی، به درستی یک نگرش فروتنانه از رویکرد خود ارائه می‌دهند، اما چنین تواضع و فروتنی، موجب بازیبینی و بازخوانی آگاهی فرد

1. Nicene

نخواهد شد. به عبارت دقیق‌تر در این رویکرد، شخص نسبت به امور فروتنی دارد، نه نسبت به اعتقادات خویش در مورد آن امور. بنابراین در این رویکرد، برای نمونه فرد، نسبت به سایر نگرش‌ها به خدا، فروتن بوده و به آن‌ها احترام می‌گذارد لکن در مورد نگرش خود در خصوص خدا، فروتنی پیشه نمی‌کند و آن را مورد تردید قرار نمی‌دهد.

بنابراین مفهوم اضطراب معرفتی همچنین می‌تواند در اصلاح بنیادین گرایش بسیاری از مؤمنان به نادیده انگاشتن اختیار انسان برای اعتقاد دینی و مذهبی، مؤثر باشد.

و. در نقد اضطراب معرفتی

البته ممکن است گفته شود؛ که قرائت ارائه شده از اضطراب معرفتی یا اثر نهایی آن یعنی منع تحمل عقاید، دچار یک تناقض خودوپردازگر آشکار است. چنین نقدي ممکن است چندین صورت‌بندی مختلف داشته باشد:

اول. پارادایم موجود از اصل تناقض که به قدمت لیبرالیسم برای مقابله با آن پیشینه دارد، ادعا می‌کند که اصل عدم تحمل عقاید، در صورت اعمال، خودوپردازگر است، زیرا ممکن است در شرایطی برای صیانت و حمایت از خود ملزم به استفاده از ابزارهای قهری و تحملی باشد تا از اقدامات مغایر با خود جلوگیری نماید. البته نظریه‌پردازان لیبرال به این اعتراض بهوسیله‌ی تفکیک و تمایز میان هنجارهای ماهوی و رویه‌ای و با استدلال به رویه‌ای بودن مقررات مدنی و سیاسی لیبرال و در نتیجه بی‌طرفانه بودن آن، پاسخ داده‌اند. بنابراین، مخالفت برداشت‌های مغایر با اضطراب معرفتی و اختنالاً ممانعت از آن‌ها، از نظر ماهیت، کاملاً متفاوت از هرگونه باور بنیادین یا اصل عملی است که برخلاف چنین منعی اعمال می‌شود. این تفاوت، تا حدی از این واقعیت ناشی می‌شود که لیبرالیسم حق و توانایی فرد برای پذیرش و عمل به هر عقیده‌ای که شخص می‌تواند بر اساس شیوه‌های موجه، به‌دست آورد؛ را به‌رسمیت شناخته است و بدان متعرض نمی‌گردد؛ البته تا بدان جا که شخص حق دیگران را در همین آزادی، نقض نکند. موضوعی که در ادبیات فقهی ذیل قاعده لاضرر و لاضرار (حیدری، ۱۳۷۹: ۹۵) و در اصل چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، با بیان این که «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به

غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» پیش‌بینی شده است. مضاف بر این، همچنان که رالز معتقد است، اعتبار اجرای هنجارهای لیبرال به موارد ضروری و عملی زندگی اجتماعی مرتبط است (رالز، ۱۳۹۷). در واقع انسان‌ها در جامعه، ناگزیر از تعامل و گفت‌و‌گو در مرزهای باورهای خود هستند و تنها راه تحقق مسالمت‌آمیز این امر، تصویب مقررات رویه‌ای ذاتاً بی‌طرفانه، در مورد هر نظام اجتماعی است که حقوق مربوط به آزادی ماهوی همه افراد جامعه را به صورت بیشینه تأمین کند. اما چنین بیشینه‌سازی متقابل حقوق، مستلزم به حداقل رساندن امکان هر دیدگاه بنیادین خاص، برای دخالت در پذیرش و اعمال دیدگاه‌های دیگر است. بنابراین گرچه مقررات لیبرال، سایر دیدگاه‌ها خصوصاً دیدگاه‌های مداخله‌گر و محدود کننده آزادی افراد در پذیرش یا عمل به باورهای بدیل، را محدود می‌سازد، اما این امر ناگزیر و ضروری است. بنابراین اگر قوانین، منحصراً برای کنترل اراده‌ی خودسرانه برای مداخله در امور دیگران باشد، تأثیر آن‌ها در رفتار افراد و منع تحمیل شده از سوی آن‌ها، به خودی خود به معنای محدودیت آزادی انسان نیست. در واقع با از بین بردن آسیب‌پذیری افراد در مقابل مداخله خودسرانه دیگران، قوانین محدود کننده، قلمرو آزادی را به وجود می‌آورند که در غیر این صورت نمی‌توانست وجود داشته باشند (Larmore, 2008: 168).

دوم. همچنین می‌توان اعتراض کرد که تحلیل ارائه شده از اصل ممکن‌الخطا بودن انسان، که قرائت اضطراب معرفتی بر آن استوار است و بنابراین، صورت‌بندی ارائه شده از اصل عدم اجبار، قابل تردید بوده و استوار نیست. به عبارت دیگر، ادعا مبنی بر ممکن‌الخطا بودن همه ادراکات انسان نیز بر اساس منطق خود، ممکن‌الخطا است و بنابراین قابل تردید است. در واقع اصل اساسی شک و تردید این است که هیچ حکمی نباید صادر نمود و یا این که هیچ‌چیز را به یقین نمی‌توان شناخت، حال آنکه شکاک با تقریر عقیده خود، دست‌کم این حکم را یقینی دانسته است که «هیچ‌چیزی را به یقین نمی‌توان شناخت». دیوید هیوم هر چند که خود شکاک بوده است، بیان می‌دارد: «کسانی که رنج رد کردن لطایف‌الحجج شکاکان مطلق را به خود می‌دهند، در واقع مدافعی در مقابل خود نمی‌یابند» (فولکیه، ۱۳۶۶: ۳۵). در پاسخ به این اعتراض باید توجه داشت که اضطراب معرفتی با شکاکیت، تفاوت و تمایز بنیادین دارد. «از لحاظ فلسفی، مذهب شک

طریقه‌ای است که دستور آن این است: نباید درباره هیچ امری حکم کرد؛ زیرا حکم انسان نمی‌تواند نائل به یقین بشود ... شامل هرگونه تصدیقی می‌شود» (فولکیه، ۱۳۶۶: ۵۱). لکن در اضطراب معرفتی، فرد از تصدیق گزاره‌ها امتناع نمی‌ورزد بلکه در وهله نخست تصدیقات دیگران را محترم دانسته و معرض آن نمی‌شود و همچنین، تصدیق خود را همواره در معرض بازخوانی و ارزیابی قرار داده و اهتمام جدی بر بهبود آن دارد. مضاف بر این «ممکن الخطأ بودن» همان «خطأ بودن» نیست؛ بنابراین می‌توان به موجه بودن اعتقادات خود باور داشت و در همان حال به ممکن الخطأ بودن خود نیز معتبر بود؛ زیرا ممکن الخطأ بودن حق باورمندی و عمل به باور را سلب نمی‌کند بلکه آن را به یک میزان، فraigir و همگانی و قابل بازاندیشی می‌داند.

بنابراین ارائه مفهوم اضطراب معرفتی، در تلاش برای اجبار دیگران به انصراف از دیدگاه‌های مطلق گرایانه ایشان نیست؛ بلکه توصیه می‌کند با وجود اعتقاد راسخ به یک مفهوم و باور فعلی به آن، به دلیل امکان خطأ در ادراکات بشر، انسان در وهله نخست از اجبار دیگران و نه تشویق به باور خاص، خودداری نموده و همواره نسبت به بهبود دریافت‌های معرفتی گشوده باشد. بنابراین بدیهی است که مفهوم اضطراب معرفتی بدین معنا نیست که افراد نمی‌توانند با روش‌های مناسب و مسالت‌آمیز، دیگران را مقاعده کنند که عقیده ایشان خطأ یا صحیح است؛ فلان شخص باورمند به اضطراب معرفتی نیز این حق را خواهد داشت. بنابراین از آنجا که در برداشت اضطراب معرفتی، باوری خاص، اثبات و توصیه نشده و صرفاً گشودگی در برابر پذیرش تصورات احتمالی پیشنهاد می‌گردد؛ نمی‌توان آن را در تنافق با خود ارزیابی نمود.

مضاف بر این نباید محتوای قضایای موسوم به خودویرانگر را بر خود آن‌ها گسترش داد، زیرا مبانی صدق چنین گزاره‌هایی تابع صدق گزاره یا گزاره‌های دیگری است و اگر آن گزاره یا گزاره‌ها صادق باشند، این گزاره صادق یا کاذب خواهد بود. و این مسئله، هیچ خودشکنی و ناسازگاری در درون خود ندارد (ماونس، ۱۳۷۹: ۱۵۲).

در نهایت، می‌توان اعتراض به اضطراب معرفتی را به صورت ماهوی و نه شکلی صورت‌بندی کرد. تصور کنید، شخص به مجموعه‌ای از اعتقادات باور دارد که وفق آن‌ها وی وظیفه دارد با

جلوگیری از اشاعه دیدگاه‌های بذلت آمیز، یک ارتدوکس اعتقادی خاص را اعمال کند و در صورت لزوم، چنین کاری را به اجبار انجام دهد. بعلاوه، باید فرض کرد این مجموعه از اعتقادات، دست کم از نظر اولیه منطقی است. قرائت پیشین از پیامدهای هنجاری اضطراب معرفتی، به نظر می‌رسد، در این مورد، ایجاب می‌کند که، با توجه به هرگونه تردید در مورد اعتقادات یقینی شخص، وی باید اعتقاد خاصی را که در حال حاضر معتبر می‌داند، رد کند. نتیجه‌ای که به نظر می‌رسد، متناقض باشد.

اما این اعتراض، رابطه اضطراب معرفتی با عقاید ارتدوکس را بدروستی بیان نمی‌کند. در واقع مفهوم ممکن‌الخطا بودن انسان، رکنی غیرقابل انکار در مجموعه دریافت‌هایی است که در وهله اول شخص مومن، باید در شکل‌گیری اعتقادات خود در نظر بگیرد. به عبارت دیگر، اضطراب معرفتی ایجاب نمی‌کند که او به طور متناقضی عقیده‌ای را که پیش از این بنا به دلایل منطقی، درست می‌دانست، نادرست بداند. بلکه منطق اضطراب معرفتی، عقیده وی مبنی بر حق اجبار دیگران را نفی می‌کند؛ زیرا چنین اعتقادی لزوماً پیامدهای معرفتی مفهوم ممکن‌الخطا بودن انسان و به‌تیغ آن ذات او را نادیده می‌گیرد.

همچنین باید توجه داشت، پاییندی شخص یاد شده به گزاره‌ی «در صورت لزوم، چنین کاری را به اجبار انجام دهد»، می‌تواند با ارائه‌ی یک تفسیر مناسب، در توافق با اضطراب معرفتی اجرا گردد. در واقع، اجبار مندرج در گزاره‌ی یاد شده را که معمولاً به معنای استفاده از قوه قهریه قلمداد می‌گردد را می‌توان با استفاده از برهان قاطع جایگزین نمود. امری که در ادبیات قرآنی برهان قاطع نامیده شده و در باب آن گفته شده «از آن رو که یقینی‌ترین راه و متقن‌ترین شیوه برای احراق حق یا ابطال باطل است، حجت نامیده می‌شود.» (طباطبایی، بی‌تا: ۱۲۹/۱۱ و شیرازی،

بی‌تا: ۲۰۵/۳)

نتیجه‌گیری:

همان‌طور که بیان شد، ضرورت عملی مدارا به سبب پدیداری منازعات دینی و مذهبی در دوران متأخر، مسئله اساسی اندیشمندان به‌ویژه متالهین و فیلسوفان نواندیش بود. شوربختانه علی‌رغم اهتمام جدی فلاسفه‌ی متأخر خصوصاً در اروپای قاره‌ای، اندیشه‌ها و شیوه‌های ارائه شده توسط ایشان در نهایت، به‌گونه‌ای خودویرانگر، به نقض خود تبدیل شده، و اندیشه آزادی، افیونی گردید برای سلب آزادی. در پی این پیامد ناخواسته‌ی نامطلوب بود که ضرورت پیش‌بینی گونه‌ای نگرش معرفتی در پس رویکردهای عملی پدید آمد. به همین دلیل است که در پس فضیلت مدنی مدارا یا فروتنی که بی‌تردید توانسته نظام اجتماعی جوامع متکثر را سامان داده و به سوی همزیستی مسالمت‌آمیز سوق دهد، باید مفهوم اضطراب معرفتی را به‌مثابه فضیلت و ارزش شناسایی نمود و پذیرفت. پذیرش آگاهانه اضطراب معرفتی، به تعبیری که در این مقاله بیان شد، نمایانگر پذیرش سطح بالاتری از مسئولیت‌پذیری مدنی است. در اضطراب معرفتی، نشان نظری رها شود، تا به این ترتیب تکامل اندیشه‌ی بشری به‌دست آید. اضطراب معرفتی، نشان دهنده بلوغ آگاهی انسان است و بلوغ بشری مانند تمدن وی، چالش‌های ویژه‌ی خود را دارد. اما بدون وجود چنین احساس اضطرابی، انسان همواره در حال انکار یک حقیقت اساسی که در تمام سنت‌های بزرگ حکمت جهان آشکار شده‌است، خواهد بود: انسان‌ها ذاتاً کامل نیستند.

مضاف بر این، اضطراب معرفتی، به عنوان اصلی نظری، نه تنها در تعارض با ایمان دینی و تعالیم آن نیست بلکه همان‌طور که بیان شد، در مواردی متعددی، بنیاد، مکمل یا پیامد آن است. همچنین تأکید می‌گردد که مدارا، ویژگی ممتاز، اصیل و بنیادین لیبرالیسم نیست. زیرا همان‌طور که گفته شد، مدارا از نظر روانشناسخی، تاریخی و نظری ناشی از اضطراب معرفتی است و به‌واسطه‌ی آن معنایی روشن و ظهوری مؤثر خواهد داشت. اضطراب در مورد محدودیت‌های درک و فهم انسان شرط واقعی فرهنگ مردم‌سالار است. فلذ جامعه‌ای که اضطراب معرفتی در آن سرکوب شود، نمی‌تواند پذیرای مدارا و آزادی به‌صورت پایدار باشد.

منابع و مأخذ:

الف- منابع فارسی:

- ۱.ادواردز، پل، (۱۳۷۸)، *فلسفه اخلاق*، ترجمه انشاءالله رحمتی، تهران: موسسه فرهنگی و انتشاراتی تبیان.
- ۲.آربلاستر، آنتونی، (۱۳۹۲)، *لیرالیسم غرب: ظهور و سقوط*، ترجمه عباس مخبر، تهران: نشر مرکز.
- ۳.حسین خانی، علی، (۱۳۸۹)، «واکاوی ضد واقع گرایی و رهیافت تحقیق گرایانه مایکل دامت»، *نشریه متافیزیک، پاییز و زمستان*، شماره ۷ و ۸
- ۴.رالز، جان، (۱۳۹۷)، *لیرالیسم سیاسی*، ترجمه موسی اکرمی، تهران: نشر ثالث.
۵. سبحانی، محمد تقی، (۱۳۷۴)، «عقل گرایی و نص گرایی در کلام اسلامی»، *نقد و نظر*، شماره ۳ و ۴
- ۶.عشریفزاده، رحمان، (۱۳۹۷)، *خوشامدگویی به تناقض: جستاری در باب پارادوکس، تناقض و تناقض باوری*، تهران: نشر کرگدن.
- ۷.فراستخواه، مقصود، (۱۳۷۴)، *سرآغاز نووندیشی دینی در جهان معاصر*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۸.بیزر، فدریک، (۱۳۹۸)، *رمانتیسم آلمانی (مفهوم رمانتیسم آلمانی اولیه)*، سید مسعود آذر فام، تهران: انتشارات ققنوس.
- ۹.فولکیه، پل، (۱۳۶۶)، *فلسفه عمومی*، ترجمه یحیی مهدوی، تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۰.کانت، ایمانوئل، (۱۳۹۹)، *نزاع دانشکده‌ها*، ترجمه سیده معصومه موسوی، تهران: نشر شب خیز.

۱۱. کلباسی اشتربی، حسین و حاجی زاده، امیر، (۱۳۹۷)، «نسبیت معقولیت علمی در کوهن و کاسیر»، پژوهش‌های علم و دین، سال نهم پاییز و زمستان، شماره ۲، پیاپی ۱۸.
۱۲. کیرکگارد، سورن، (۱۳۸۸)، ترس و لرز، ترجمه عبدالکریم رشیدیان، تهران: نشر نی.
۱۳. لاک، جان، (۱۳۹۷)، نامه‌ای در باب مدارا، ترجمه شیرزاد گلشاهی کریم، تهران: نشر نی.
۱۴. ماونس، هاوارد، (۱۳۷۹)، درآمدی بر رساله ویتنشتاین، ترجمه سهرا بعلوی‌نیا، تهران: طرح نو.
۱۵. مایزر، چت، (۱۳۸۳)، آموزش تفکر انتقادی، ترجمه خدایار ابیلی، تهران: انتشارات سمت.
۱۶. مک‌گرات، آلیستر، (۱۳۹۷)، نوآئئیسم (هفت گفتار انتقادی در باب بی‌خدایی)، ترجمه شهاب غدیری، تهران: نشر فلات.
۱۷. ملکیان، مصطفی، (۱۳۸۳)، «عقیده پرستی، بتپرستی است»، نشریه بازتاب اندیشه، شماره ۵۴
۱۸. میل، جان استوارت، (۱۳۹۵)، رساله‌ای در باب آزادی، ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، تهران: نشر علمی و فرهنگی.
۱۹. هایدگر، مارتین، (۱۳۹۲)، هستی و زمان، ترجمه عبدالکریم رشیدیان، تهران: نشر نی.
۲۰. هیئت تحریریه، (۱۳۸۳)، «پای‌بندی به عقیده حق، نشانه ایمان و تساهل درباره آن، علامت نفاق است»، نشریه کلام اسلامی، شماره ۵۱.
۲۱. هیوم، دیوید، (۱۳۹۷)، گفت‌وگوهایی درباره دین طبیعی، مترجم رسول رسولی‌پور، تهران: نشر حکمت.
۲۲. خزائی، زهرا، (۱۳۹۳)، «معرفت‌شناسی فضیلت: ماهیت، خاستگاه و رویکردها»، فلسفه و کلام اسلامی، سال چهل و هفتم، شماره دوم.
۲۳. فخار نوغانی، سعیده و اکبری، رضا و مسعودی، جهانگیر، (۱۳۹۳)، «معرفت‌شناسی فضیلت محور و مسئله توجیه»، نشریه پژوهش‌های فلسفی، شماره مسلسل ۱۴، سال ۸.

ب) منابع عربي:

- ٢٤.آخوندخراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۹ق)، *کفایه‌الاصول*، قم: موسسه آل البيت.
- ٢٥.حسینی شیرازی، محمد، (بی‌تا). *تقریب القرآن الى الذهن*، قم: دارالعلم.
- ٢٦.حیدری، سید‌کمال، (۱۳۷۹)، *قاعدہ لا ضرر ولا ضرار للشهیدالصدر*، قم: دارالصادقین.
- ٢٧.صدرالمتألهین شیرازی و محمد، صدرالدین، (۱۳۸۹)، *تفسیر القرآن الکریم*، تصحیح، تحقیق محمد خواجهی، تهران: بنیاد حکمت اسلامی صدرا.
- ٢٨.طباطبائی، سید‌محمد‌حسین، (بی‌تا)، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: مؤسسه اسماعیلیان للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٢٩.طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۲)، *مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن*، تهران: انتشارات ناصر خسرو.

ج) منابع لاتین:

- 30.Aquinas, Thomas (1997), *On the Government of Rulers*, trans. James M. Blythe, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- 31.Ball, Terence (2004), *The Federalist*, with Letters of Brutus, Cambridge: Cambridge University Press.
- 32.Berlin, Isaiah (1998), *The Proper Study of Mankind: An Anthology of Essays*, ed. Henry Hardy and Roger Hausheer, New York, Farrar, Straus, and Giroux.
- 33.Budziszewski, J. (1992), "Religion and Civic Virtue", American Society for Political and Legal Philosophy, Harvard University Press.
- 34.Bury, J. B. (2006), *The Idea of Progress*, Teddington, The Echo Library
- 35.Feldman, Richard (2003), *Epistemology*, Upper Saddle River, NJ: Prentice-Hall.
- 36.Fichte, Johann Gottlieb (1988), *Early Philosophical Writings*, Trans. and ed. Daniel Breazeale, Ithaca, Cornell University Press.

- 37.Fisher, Alec (2001), *Critical Thinking: An Introduction*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 38.Hick, John (1966), *Faith and Knowledge*, 2nd ed. Ithaca, Cornell University Press.
- 39.Kierkegaard, Soren (1941), *Concluding Unscientific Postscript*, trans. David F. Swenson and Walter Lowrie, Princeton, Princeton University Press.
- 40.Kierkegaard, Soren (1980), *The Concept of Anxiety*, Reidar Thomte, with Albert B. Anderson, ed. and trans, Princeton, Princeton University Press.
- 41.Kierkegaard, soren (1941), *Concluding Unscientific Postscript*, trans. David F. Swenson and Walter Lowrie, Princeton, Princeton University Press.
- 42.King, Preston (2016), *The Study of Politics: A Collection of Inaugural Lectures*, Routledge.
- 43.Kompridis, Nikolas (2006), *Critique and Disclosure*, Cambridge, MIT Press.
- 44.LARMORE, Charles (2004), *Liberal and Republican Conceptions of Freedom*, Ed. by Daniel Weinstock and Christian Nadeau. In: *Republicanism: history, theory and practice*, Frank Cass Publishers, London.
- 45.LARMORE, Charles (2008), *The autonomy of morality*, Cambrige university press, newyork
- 46.Luper, Steven (2000), *Existing: An Introduction to Existential Thought*, Mountain View, CA: Mayfield Publishing Co.
- 47.Macedo, Stephen (1992), “CHARTING LIBERAL VIRTUES”, American Society for Political and Legal Philosophy, Vol. 34
- 48.Macedo, Stephen (1992), *Charting Liberal Virtues: In Virtue*, ed. John W. Chapman and William A. Galston, New York: New York University Press.

49.Marcus, George E. (2002), *The Sentimental Citizen: Emotion in Democratic Politics*, University Park Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press.

50.Milton, John (1911), *Of Education, Areopagitica, The Commonwealth*, ed. Laura E. Lockwood, Boston, Houghton Mifflin Co.

51.Mircea, Elide (1987), *The Encyclopedia of Religion*, V. 3&4, mac milan publishing company, New York

52.Murray, paul D. (2004), Fallibilism, Faith and Theology: putting Nicholas Rescher to theological work, *Modern Theology*, VOL 20, Issue 3

53.Newport, Frank (2016), "Five Key Findings on Religion in the U.S.", Gallup.

54.Niebuhr, Karl Paul Reinhold (1996), *The Nature and Destiny of Man*, Louisville, Westminster John Knox Press.

55.Peirce, Charles Sanders (1955), *The Scientific Attitude and Fallibilism*, in Justus Buchler, ed., *Philosophical Writings of Peirce*, New York, Dover.

56.Pojman, Louis P. (2001), *What Can We Know? An Introduction to the Theory of Knowledge*, 2nd ed. Belmont, CA, Wadsworth.

57.Rousseau, Jean-Jacques (2000), *On the Social Contract*, chap. VII (On the Sovereign), in *Classics in Political Philosophy*, 3rd Ed., ed. Jene M. Porter, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall

58.Sartre, Jean-Paul (1966), *Being and Nothingness*, trans. Hazel Barnes, New York, Washington Square Press.

59.Stanford encyclopedia of philosophy (2019), "Teleological Arguments for God's Existence": First published Fri Jun 10, 2005; substantive revision Wed Jun 19, 2019, available at:

<https://plato.stanford.edu/>

60.Tillich, Paul Johannes (1951), *Systematic Theology*, Chicago, University of Chicago Press.

61.Weithman, Paul J. (1997), *Religion and contemporary liberalism*, university of notre dame press.

62.Gray, John. (1995), Liberalism. Minneapolis, University of Minnesota Press

63.Brown, L. susan (1993), The Politics of Individualism: Liberalism, Liberal Feminism, and Anarchism, Black Rose Books, NewYork

64.Rustin, Michael (2019), Epistemic Anxiety, The Oxford Handbook of Philosophy and Psychoanalysis, oxford university press

65.Ichikawa, Jonathan Jenkins (2018), FAITH AND EPISTEMOLOGY, Published online by Cambridge University Press, available at www.cambridge.org

Epistemic Anxiety as a Fundamental Principle of Social Life

Mohammad reza Danesh shahraki¹

Abstract

Social life in the modern world requires a kind of tendency to continuous and fundamental understanding and dialogue; Understanding and dialogue that is more than a practical approach based on tolerance for each other but based on a specific formulation of epistemic convergence. In other words, behind any kind of tolerance and leniency in the public arena, there needs to be solid epistemological foundations; These epistemological foundations are effective not only in the efficiency and deepening of peaceful social life, but also in the theological foundations of religious knowledge. In fact, the first step in civil tolerance and true faith is to accept the possibility of human fallibility as an essential element inherent in him/her. Acceptance of this element causes man to always be anxious about the validity of his perceptions. The inevitable consequence of this epistemological anxiety is that one should always be open to reviewing and reconstructing one's beliefs, never consider oneself as the criterion for judging others and consequently does not expect others to follow one's beliefs.

KeyWords: *epistemological anxiety, social life, reliability of certainty, tolerance, fallibility.*

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



مقایسه سوگند جزایی با سایر ادله اثبات جرائم

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

(قیه ماستری فراهانی*)

عادل ساریخانی^۱

چکیده

قانونگذار ایران برای اولین بار و در اقدامی تحسین برانگیز، در تاریخ قانونگذاری قوانین جزایی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ادله اثبات جرائم را به صورت منسجم تدوین کرد. تا قبل از تصویب این قانون ادله اثبات جرائم به صورت پراکنده و در قالب مواد مختلف بیان شده بود. اما با تصویب قانون مذکور تحول بزرگی در تدوین ادله اثبات جرائم به وجود آمد. مواد ۱۶۰ تا ۲۱۶ این قانون به ادله اثبات جرم اختصاص یافت و از این تعداد، مواد ۲۰۱ تا ۲۱۰ به سوگند اختصاص یافت. این مقاله با مطالعه قوانین جزایی و منابع مکتوب موجود و سایتهاي اينترنتي و فيشبرداري از اين منابع به بررسی و مقایسه سوگند با سایر ادله اثبات جرم در قوانین جزایي ايران پرداخته است. نتایج حاصل از اين تحقیق حاکی از آن است که از مقایسه سوگند با اقرار تعداد نه وجه مشترک و سه وجه تفاوت شناسایی شد. از مقایسه سوگند با قسمه تعداد سیزده وجه مشترک و از مقایسه سوگند با شهادت در امور جزایی تعداد هفت وجه مشترک و شش وجه تفاوت و از مقایسه سوگند با علم قاضی تعداد پنج وجه مشترک و پنج وجه تفاوت شناسایی شد.

کلیدواژه‌ها: دلیل ارزش اثباتی، سوگند، قسامه، اقرار، شهادت، علم قاضی.

سوگند به عنوان دلیل اثبات دعوا در قوانین مدنی ایران جایگاه مشخص و تعریف شده‌ای دارد؛ اما در قوانین جزایی وضعیت متفاوت است. چون اولاً؛ در قوانین جزایی ایران تا قبل از سال ۱۳۹۲ ادله اثبات جرائم به صورت منسجم و سازمان یافته احصا نشده است و این ادله به صورت پراکنده در قوانین جزایی آمده بود. ثانیاً؛ با توجه به عدم احصای ادله اثبات جرایم در قوانین جزایی تا قبل از سال ۹۲ جایگاه سوگند به عنوان ادله اثبات جرایم وضعیت شفاف و روشنی نداشت. برای اولین بار قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ادله اثبات جرایم را در یک بخش به صورت مستقل تدوین کرد. ماده ۱۶۰ این قانون ادله اثبات جرائم را این گونه بر Shermande است: «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است.» این مقاله به مقایسه سوگند به عنوان یکی از ادله اثبات جرم در قوانین جزایی ایران با سایر ادله اثبات می‌پردازد. در این مقاله بررسی خواهد شد که سوگند به عنوان دلیل اثباتی امر جزایی در قوانین ایران در مقایسه با سایر ادله چه وضعیت و جایگاهی دارد و وجوده تشابه و افتراق سوگند به عنوان دلیل اثبات جرم و سایر ادله اثبات جرم شامل اقرار، شهادت، قسامه و علم قاضی چه مواردی است.

تعاریف

۳-۱- دلیل

دلیل در لغت به معنی مرشد، راهنمای راه، طریق، جهت و سبب است. (فرهنگ معین) ادله جمع دلیل است. از نظر فقهی، دلیل عبارت است از: مستند حکم شرعی که خود دارای اقسامی است. نظیر: دلیل عقلی، دلیل نقلی، دلیل اجتهادی، دلیل فقاهتی، دلیل لبی، دلیل لفظی و ... (ویکی فقه، دانشنامه حوزوی، ذیل اصطلاح دلیل). دلیل در امر کیفری عبارت است از: «هرچیزی که منجر به کشف واقعیت گردد. بنابراین دلیل وسیله اثبات واقعیت است. به همین دلیل ادله اثبات در امور کیفری از اهمیت و جایگاه خاصی برخوردار است. دلیل، ترسیم کننده خطی است که

مراحل مختلف دادرسی کیفری از لحظه کشف جرم تا صدور حکم را به هم پیوند می‌زند» (حق‌پناهن، ۱۳۹۳: ۲۱۱ و ۲۱۲).

۳-۲- ارزش اثباتی

اصطلاح ارزش اثباتی در قوانین تعریف نشده است. دکترین حقوقی، ترکیب ارزش اثباتی را در ارتباط با هر یک از ادله اثبات دعوا به کار می‌برند. ارزش اثباتی و قدرت یا توان اثباتی در معنای عام تحت عنوان ارزش اثباتی مورد مطالعه قرار می‌گیرند؛ اما ارزش اثباتی به معنای خاص عبارت است از: «میزان تأثیر قانونی یا اقناعی ادله در ایجاد اطمینان برای قاضی مبنی بر صحت ادعای کسی است که به آن استناد می‌نماید» (عمروانی، ۱۳۹۰: ۲۶). به عنوان مثال میزان اطمینان یا اقناع حاصل از اقرار یا سند رسمی یا معاینه محل یکسان نیست و هر یک ارزش اثباتی متفاوتی دارد.

۳-۳- سوگند

سوگند عبارت است از: «گواه قرار دادن خداوند بر صحت گفتار یاد کننده سوگند» (امامی، ۱۳۷۵: ۲۲۵/۶). قانونگذار در سال ۹۲ در ماده ۲۰۱ قانون مجازات اسلامی سوگند را این گونه تعریف کرده است: «سوگند عبارت از گواه قرار دادن خداوند بر درستی گفتار اداقت‌کننده سوگند است.» این تعریف کاملاً برگرفته از تعریف مرحوم دکتر امامی در زمانی است که قانونگذار ایران تعریفی از سوگند ارائه نکرده بود. به همین دلیل تعاریف متعددی از سوگند وجود داشت. دکتر کاتوزیان در اثر گرانقدر خود تحت عنوان اثبات و دلیل اثبات، سوگند را چنین تعریف کرده بود: «سوگند اعلام اراده‌ای است که به موجب آن شخص خدا را شاهد صداقت خود در اظهارات و التزامات بیان شده می‌گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۸۳/۲). دکتر جعفری لنگرودی تعریف وسیع‌تری از سوگند دارند. ایشان در کتاب وسیط در ترمینولوژی حقوق، در تعریف سوگند نوشتند: «سوگند عبارت است از ذکر مقدسات دینی در مقدمه اظهارات یا عقود برای ارائه‌ی صدق سخن و یا التزام به ثبات و لزوم عقود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹)، نویسنده دیگری در تعریف سوگند نوشه است: «سوگند یاد خداوند متعال است به منظوری که گوینده جز به راستی چیزی نگوید و تمام

حقایق را بیان کند» (ایمانی، ۱۳۸۶). با نگاهی به تعاریفی که از سوگند ارائه شد، نتیجه می‌گیریم که تعریفی که مرحوم دکتر امامی از سوگند داشته است، در سال ۱۳۹۲ توسط قانونگذار قانون مجازات اسلامی تقریباً پذیرفته شده و تبدیل به ماده قانونی شده است.

۳-۴- قسامه

قانونگذار در ماده ۳۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قسامه را این گونه تعریف کرده است: «قسame عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر وجود لوث، شاکی برای اثبات جنایت عمدى یا غیرعمدى یا خصوصیات آن و متهم برای دفع ابهامات از خود اقامه می‌کند.» ویژگی‌های قسامه: ۱- استفاده از قسامه ممکن است توسط شاکی باشد، در فرض تحقق لوث ۲- ممکن است توسط متهم باشد، برای دفاع از اتهام، ۳- مربوط است به اثبات جنایت عمدى یا غیر عمدى یا خصوصیات آن. بنابراین در سایر ابواب حقوق جزا قابل استفاده نیست. ۴- تعدد سوگندهایی است که مورد استفاده در حقوق جزای اسلامی به عنوان یکی از طرق اثبات قتل است و آن عبارت است از پنجاه سوگند. این سوگندها را مدعی قتل عمد که باید وارث فعلی مقتول باشد، در فرضی که لوث وجود داشته باشد و بینهای وجود نداشته باشد، به تهایی یا با شرکت ۴۹ نفر از خویشاوندان ذکور خویش یاد می‌کند (آقایی، ۱۳۹۲: ۱۰۵). شایان ذکر است این که قسامه با سوگند یکی نیست. قسامه در اثبات یا ابرای قصاص و دیه کاربرد دارد. ولی سوگند در اعم دعاوی حقوقی (جزایی و حقوقی) کارایی دارد (بخشی‌زاده و عارفی، ۱۳۹۲: ۳۴۲).

۳-۵- اقرار

اقرار در لغت مصدر باب افعال از ریشه قرر به معنای اثبات، مستقر کردن، قرار دادن و اذعان و پذیرفتن است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۷: ۴۰۸). در فرهنگ عناصرشناسی اقرار این گونه تعریف شده است: «اقرار عبارت است از اخبار کسی که به زیان خبردهنده (یا به ضرر موکل او) از وضعی موجود اصاله» (جعفری لنگروodi، ۱۳۸۲: ۹۶).

۳-۶- شهادت

ماده ۱۷۴ قانون مجازات اسلامی، شهادت را چنین تعریف کرده است: «شهادت عبارت از اخبار شخصی غیر از طرفین دعوا به وقوع یا عدم وقوع جرم توسط متهم یا هر امر دیگری نزد مقام قضایی است.»

۳-۷- علم قاضی

ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی علم قاضی را به این شکل تعریف کرده است که: «علم قاضی عبارت از: یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرایین و امارات بین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند.»

مقایسه سوگند با اقرار

مقایسه سوگند با اقرار از دوازده منظر مورد بررسی قرار می‌گیرد. این زوایا به شرح زیر است:
اول: مستقل بودن ادله، دوم: تعریف شدگی ادله، سوم: امکان اثبات خلاف یا خلاف‌پذیری ادله، چهارم: شرایط اداکننده، پنجم: مقررات راجع به صیغه سوگند، ششم: ضرورت درخواست اصحاب دعوا، هفتم: انصراف‌پذیری از تقاضا، هشتم: تشریفاتی و تعلیظ‌پذیر بودن، نهم: تکمیلی بودن، دهم: توکیل‌ناپذیری، یازدهم: محدودیت موارد استناد و دوازدهم: تعارض‌پذیری و توان اثباتی.

۴-۱- مستقل بودن

وصف مستقل بودن سوگند در ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ پیش‌بینی شده است. این ویژگی عیناً در همان ماده برای اقرار نیز وجود دارد؛ زیرا در ماده مذبور تصریح شده است که اقرار به عنوان یکی از ادله اثبات جرایم مورد شناسایی قانونگذار قرار می‌گیرد. در نتیجه اقرار و سوگند مستقل‌اً مورد شناسایی قانونگذار قرار گرفته است.

۴-۲- تعریف شدگی

در ماده ۲۰۱ قانون مجازات اسلامی، سوگند توسط قانونگذار تعریف قرار شده است.^۱ اقرار نیز در ماده ۱۶۴ قانون مجازات اسلامی صریحاً تعریف شده است.^۲ در نتیجه از این زاویه نیز اقرار با سوگند مشترک است و خوشبختانه هر دو توسط قانونگذار تعریف شده است.

۴-۳- امکان اثبات خلاف

سوگند دروغ توسط قانونگذار در ماده ۱۵۲ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ مورد جرم انگاری قرار گرفته است. به نظر می‌رسد که این ویژگی در خصوص اقرار نیز وجود دارد. به تعبیر دیگر اقرار نیز امکان خلاف‌پذیری دارد و ممکن است بتوان اقرار را مورد ابطال قرار داد. مستندی که امکان خلاف‌پذیری اقرار را نشان می‌دهد، عبارت است از اینکه اولاً؛ در بند «ث» از ماده ۳۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۹۲ فرض تردید در صحت اقرار پذیرفته و پیش‌بینی شده است که اگر در صحت اقرار تردید پدید آید، دادگاه شروع به تحقیقات از متهم می‌کند و اظهارات شهود، کارشناس و اهل خبرهای که دادستان یا شاکی یا مدعی خصوصی یا وکیل آنان معرفی می‌کند، استماع می‌نماید. ثانیاً؛ در ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری عبارتی آمده است که خلاف‌پذیری اقرار را به دلالت تضمینی اثبات می‌کند. در این ماده آمده است که: «هرگاه متهم به طور صریح اقرار به ارتکاب جرم کند، به طوری که هیچ‌گونه شک و شبه‌های در اقرار و نیز تردیدی در صحت و اختیاری بودن آن نباشد، دادگاه به استناد اقرار، رأی صادر می‌کند. سیاق به کار برده شده در این ماده حکایت از آن دارد که امکان اثبات خلاف اقرار در قانون مذبور پذیرفته شده است. علاوه بر این، در ماده ۱۶۹ قانون مجازات اسلامی تصريح شده است که اقراری که تحت اکراه، اجبار، شکنجه و یا اذیت و آزار روحی و یا جسمی اخذ شود، فاقد ارزش و اعتبار است و دادگاه مکلف است از متهم تحقیق مجدد نماید (ولیدی، ۱۳۹۳: ۳۱۲). در این ماده به صراحت ابطال‌پذیری و یا خلاف‌پذیری اقرار مورد تصريح قانونگذار قرار گرفته است و در نتیجه از این جهت نیز اقرار و سوگند مشترک هستند.

۱. ماده ۲۰۱ قانون مجازات اسلامی: «سوگند عبارت از گواه قرار دادن خداوند به درستی گفتار اداکننده سوگند است.»

۲. ماده ۱۶۴ قانون مجازات اسلامی: «اقرار عبارت از اخبار شخص به ارتکاب جرم از جانب خود است.»

۴-۴- شرایط ادا کننده

در ماده ۲۰۲ قانون مجازات اسلامی چهار شرط بلوغ، عقل، قصد و اختیار برای اداکننده سوگند پیش‌بینی شده است. در ماده ۱۶۸ قانون مجازات اسلامی همین چهار ویژگی برای اقرار مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است. آنجا که می‌گوید اقرار در صورتی نافذ است که اقرار کننده در حین اقرار، عاقل، بالغ، قاصد و مختار باشد(همان). در نتیجه شرایط چهارگانه پیش‌بینی شده برای اداکننده سوگند، عیناً شرایطی است که برای اقرارکننده در این قانون پیش‌بینی شده است و از این جهت سوگند و اقرار در شرایط مشابه هستند.

۴-۵- صیغه

مطابق ماده ۲۰۳ قانون مجازات اسلامی، سوگند از نظر صیغه اجرا واجد مقررات خاصی است. این ویژگی به نحوی در اقرار نیز قابل استنتاج است. زیرا در ماده ۱۶۶ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است که اقرار باید با لفظ و نوشтар باشد و در صورت تعذر با فعل از قبیل اشاره نیز واقع می‌شود. اقرار با هر صیغه و بیانی قابل تحقق است. اعم از این که لفظ باشد یا چیزی که در حکم لفظ است مثل اشاره. (زراعت، ۱۳۹۲، ۲۸۱) در هر صورت، باید روشن و بدون ابهام باشد. علاوه بر این در ماده ۳۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری نیز تصریح شده است که عین اظهارات مفید اقرار در صورت مجلس درج می‌شود و متن آن قرائت می‌شود و به امضا یا اثر انگشت اقرارکننده می‌رسد. این مواد تماماً حکایت از آن دارد که اگرچه قانونگذار صیغه اقرار را به اقرار کننده دیکته نکرده و عبارت مشخصی را به او تحمیل نکرده است، اما اصرار و تأکید دارد که مؤدای اقرار و لفظ اقرار عیناً در صورت جلسه قید شود تا از نظر ارزیابی معنایی و مفهومی آن در مراحل بعدی دادگاه ملاک عمل قرار گیرد. در نتیجه می‌توان ادعا کرد که متناسب با تفاوت‌هایی که میان اقرار و سوگند وجود دارد، قانونگذار مقررات خاصی را برای صیغه اقرار و صیغه سوگند پیش‌بینی کرده است و یا شرایط و الفاظ اقرار مورد نظر قانونگذار بوده و تأکید بر ثبت و ضبط دقیق آن‌ها دارد.

۴-۶- ضرورت درخواست اصحاب دعوا

دادگاه مجاز نیست که بدون تقاضای طرفین دعوا قرار اتیان سوگند صادر کند. این ویژگی در خصوص اقرار به صورت متفاوتی وجود دارد. در تبصره یک ماده ۱۰۲ قانون آینین دادرسی کیفری و در فرض خاصی پیش‌بینی شده است که در جرایم منافی عفت هرگاه شاکی وجود نداشته باشد و متهمن بدواناً قصد اقرار داشته باشد، قاضی وی را توصیه به پوشاندن جرم و عدم اقرار می‌کند. ملاحظه می‌شود که حداقل استناد به اقرار در حوزه جرایم منافی عفت به گونه‌ای است که قاضی نه تنها بدواناً نسبت به جماعت اوری ادله منتهی به اقرار اقدام نمی‌کند، بلکه به نحوی از اقرار مقر نیز ممانعت می‌نماید و به صراحت ماده قانونی توصیه به پوشاندن جرم و عدم اقرار می‌کند. لذا می‌توان نتیجه گرفت که از لحاظ ملاک مربوط به این ویژگی، اقرار به سوگند شباهت‌های مناسبی دارد.

۴-۷- انصراف‌پذیری از تقاضا

امکان انصراف از تقاضای سوگند قبل از اتیان و ادای آن مورد تردید بوده و حداقل مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته است. از دیدگاه علمی می‌توان رویه قانونگذاری سال ۱۳۹۲ را مورد انتقاد قرار داده و از او سؤال کرد که با چه استدلالی در قانونگذاری سال ۱۳۹۲ نسبت به ویژگی انصراف‌پذیری تقاضای سوگند جزایی سکوت اختیار کرده است؟ در حالی که در ماده ۲۸۹ قانون آینین دادرسی مدنی به این موضوع تصریح کرده و صراحتاً توضیح داده که امکان انصراف از تقاضای سوگند وجود دارد.^۱ آیا این رفتار دوگانه در یکی از دو حالت قابل انتقاد نیست؟ و آیا این رویه موجب پدیداری تفسیرهای متعدد و به تبع آن رویه‌های قضایی متفاوت نمی‌شود و در این صورت آیا این گونه مقررات‌گذاری زمینه تضییع حقوق اصحاب دعوا و عدم تعیین در حقوق ایران را فراهم نمی‌کند؟ این ویژگی در خصوص اقرار به صورت کاملاً معکوس و متفاوتی پیش‌بینی شده است. زیرا در ماده ۱۷۳ قانون مجازات اسلامی تأکید شده است که: «انکار بعد از اقرار موجب

۱. ماده ۲۸۹ ق.آ.م: «هرگاه کسی که درخواست سوگند کرده است از تقاضای خود صرف نظر نماید دادگاه با توجه به سایر مستندات به دعوا رسیدگی نمود و رأی مقتضی صادر می‌نماید.

سقوط مجازات نیست، به جز در اقرار به جرمی که مجازات آن رجم یا حد قتل است که در این صورت در هر مرحله ولو در حین اجرا، مجازات مذبور ساقط و به جای آن در زنا و لواط صد ضربه شلاق و در غیر آن‌ها حبس تعزیری درجه پنج ثابت می‌گردد.»

معمولًاً انکار بعد از اقرار در مواردی صورت می‌گیرد که اقرار خارج از دادگاه انجام شده چون اقرار نزد قاضی دادگاه قابل انکار نیست؛ اما اطلاق این ماده شامل اقرار نزد دادگاه هم می‌شود (همان، ۲۸۷). لذا نتیجه می‌گیریم که امکان انصراف از تقاضای سوگند وجود دارد؛ اما این امکان در خصوص اقرار وجود ندارد. البته ممکن است این نظریه مورد انکار قرار گیرد. به این توضیح که انصراف از سوگند نیز پس از اتیان آن ممکن نیست. همان گونه که انکار پس از انعقاد کامل اقرار موجب سقوط مجازات نیست. مهم آن است که بررسی کنیم که آیا قبل از آنکه اقرار منعقد شود کتمان و استرداد و نفی و انکار آن ممکن است یا نه؟ که در این خصوص طبعاً تا زمانی که ارکان اقرار مستقر نشود، امکان تغییر مفاد آن و یا توجیه مفاد آن وجود دارد. در نتیجه می‌توان از این ویژگی، انصراف‌پذیری قبل از انعقاد اقرار را انتزاع و ادعا کنیم که در خصوص انصراف‌پذیری، سوگند و اقرار ویژگی یکسانی دارند.

۴-۸- توکیل ناپذیری

در خصوص توکیل ناپذیری سوگند در ماده ۳۳۱ و ۶۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری صراحةً هایی وجود دارد. به نظر می‌رسد که توکیل ناپذیری اقرار نیز همانند سوگند قابل استنتاج است. زیرا در ماده ۱۶۵ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است که اظهارات وکیل علیه موکل و ولی و قیم علیه مولی علیه اقرار محسوب نمی‌شود. مهم‌تر آن که در تبصره همین ماده تصریح شده است که اقرار به ارتکاب جرم قابل توکیل نیست. به این ترتیب اقرار به عنوان دلیل اثبات جرم امری شخصی و اختیاری است و قابل واگذاری به دیگران نیست؛ اما می‌تواند در قالب شهادت بر اقرار از سوی مقر، ارزشمند باشد (گلدوزیان، ۱۳۹۲: ۲۱۰). همچنین حکم ماده ۶۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص توکیل ناپذیری سوگند در خصوص اقرار نیز آمده است. زیرا در ماده ۶۹۵ این قانون آمده بود: «اظهارات نماینده قانونی شخص حقوقی علیه شخص حقوقی اقرار

محسوب نمی‌شود و اتیان سوگند نیز متوجه او نیست.» در نتیجه می‌توان در زمینه توکیل‌ناپذیری میان اقرار و سوگند قائل به اشتراک و یکسانی آن‌ها شد. قاعده من ملک شیئاً ملک‌الاقرار به، با حکم ماده ۱۶۵ قانون مجازات اسلامی مطابقت دارد. یعنی هر کس مالک چیزی باشد، مالک اقرار به آن است (پیشین، ۲۸۱).

۴-۹- محدودیت موارد استناد

مواد ۲۰۸ و ۲۰۹ محدودیتهای گسترده و صریح‌تری در ارتباط با سوگند جزایی پیش‌بینی کرده است. در ماده ۲۰۸ این قانون تصریح شده است که: «حدود و تعزیرات با سوگند نفی یا اثبات نمی‌شود لیکن قصاص، دیه، ارش و ضرر و زیان ناشی از جرایم مطابق مقررات این قانون با سوگند اثبات می‌شود.» لذا اگر کسی متهم به اهانت یا قذف دیگری باشد و شاکی نتواند دلیل ارائه نماید و متهم منکر باشد، شاکی نمی‌تواند از قسم به عنوان دلیل استفاده کند. در این موارد اگر ارتکاب جرم با علم قاضی ثابت نشود، متهم با توجه به اصل برائت تبرئه خواهد شد (عدالتخواه، ۱۳۹۳: ۳۸۹). در ماده ۲۰۹ نیز محدودیت موارد استناد به سوگند جزایی افزایش یافته است. در این ماده آمده است که: «هرگاه در دعاوی مالی مانند دیه جنایات و همچنین دعاوی که مقصود از آن مال است و همچنین جنایات خطی و شبیه عمد موجب دیه، برای مدعی خصوصی امکان اقامه بینه شرعی نباشد، وی می‌تواند با معرفی یک شاهد مرد یا دو شاهد زن به ضمیمه یک سوگند، ادعای خود را فقط از جنبه مالی اثبات کند.» لذا در جنایاتی که مستلزم پرداخت دیه است و در دعاوی مالی جبران ضرر و زیان ناشی از جرم، یا در مواردی که موضوع استرداد مال از تکالیف دادگاه است و دادخواست جبران ضرر و زیان ناشی از جرم نیاز نیست، مانند جنبه خصوصی بزه سرقت و کلاهبرداری چنانچه محکوم علیه ادعا را انکار نماید و مدعی صرفاً یک شاهد مرد یا دو شاهد زن داشته باشد، حق دارد با اتیان سوگند به ضمیمه گواه ادعای خود را ثابت نماید. در این مورد نقص بینه (دو شاد عادل مرد) با یک قسم بر طرف می‌شود. شاهد معرفی شده باید واحد شرایط شاهد شرعی مذکور در ماده ۱۷۷ ق.م.ا. ۹۲ باشد (همان، ۳۹۰). در اینجا استفاده از سوگند به اثبات جنبه مالی محدود شده است و سایر وجوده پذیرفته نشده است. در خصوص اقرار نیز

می‌توان ادعا کرد که با توجه به مفاد مواد ۱۷۰ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی، استناد به اقرار نیز از نظر موارد قابل استناد، با محدودیت‌هایی مواجه است و این‌گونه نیست که اقرار در همه موارد قابل استفاده باشد. زیرا در ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی آمده است: «اقرار شخص سفیه که حکم حجر او صادر شده است و شخص ورشکسته، نسبت به امور کیفری نافذ است، اما نسبت به ضمان مالی ناشی از جرم معتبر نیست.» همچنین در ماده ۱۷۱ این قانون آمده است که: «هرگاه متهم اقرار به ارتکاب جرم کند، اقرار وی معتبر است و نوبت به ادله دیگر نمی‌رسد، مگر اینکه با بررسی قاضی رسیدگی کننده قراین و امارات بر خلاف مفاد اقرار باشد که در این صورت دادگاه، تحقیق و بررسی لازم را انجام می‌دهد و قراین و امارات مخالف اقرار را در رأی ذکر می‌کند.» این ویژگی نشان می‌دهد که اصل محدودیت موارد استناد در خصوص اقرار پذیرفته شده است. اگرچه مصاديق و موارد محدودیت استناد به اقرار متفاوت از موارد و مصاديقی است که استناد به سوگند محدود شده است. اما در اصل محدودیت موارد استناد میان این دو تفاوتی وجود ندارد.

۴-۱۰- تعارض پذیری و ارزش اثباتی

مطابق مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مجازات اسلامی سوگند از نظر ارزش اثباتی در پایین‌ترین رده ارزشی و اعتبار قرار دارد. به موجب ماده ۲۱۳ قانون مجازات اسلامی نتیجه می‌گیریم که اقرار از لحاظ تعارض پذیری در وضعیت کاملاً متفاوتی با سوگند قرار دارد؛ به گونه‌ای که اقرار بر شهادت شهود و سوگند مقدم است و تعارض پذیری کمتری دارد و در نتیجه ارزش اثباتی اقرار از درجه اعتباری بالاتری برخوردار است. در نتیجه از نظر تعارض پذیری و ارزش اثباتی میان اقرار و سوگند تفاوت معناداری وجود دارد.

۴-۱۱- مرجع صلاحیت‌دار

دادگاه رسیدگی کننده، صلاحیت صدور قرار سوگند را دارد. این موضوع از مواد ۲۰۳ قانون مجازات اسلامی و ۳۳۳ قانون آیین دادرسی کیفری قابل استنباط است. زیرا در مواد مذبور آمده است که سوگند مطابق قرار دادگاه و نزد قاضی اجرا می‌شود. در نتیجه به نظر می‌رسد که مرجع صلاحیت‌دار برای سوگند دادگاه رسیدگی کننده است و در نتیجه دادسرای رسیدگی کننده

صلاحیت استفاده و استناد به سوگند را به عنوان اثبات جرم ندارند. این ویژگی درخصوص اقرار متفاوت است. اقرار نزد بازپرس و در مرجع دادسرا مکرراً مورد استناد و ابراز قرار گرفته است. در ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ۲ ماده ۱۱۹ و ماده ۱۹۵ این قانون در ارتباط با مرجع صلاحیت‌دار اقرار صحبت شده است. به طور کلی در موارد مذبور مکرراً از اقرار نزد بازپرس صحبت شده است. اما با این وجود، می‌توان ادعا کرد که اقرار نافذ و اقراری که مستند رأی دادگاه قرار می‌گیرد، باید توسط دادگاه صادرکننده رأی استماع شود و به استناد اقرار در مرحله تحقیقات مقدماتی مثلاً اقرار نزد بازپرس نمی‌توان حکم محکومیت صادر کرد (جونمرد، ۱۳۹۱: ۲۴۴/۲). زیرا در ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده است که استماع اقرار توسط قاضی صادرکننده رأی ضرورت دارد. بنابراین مرجع صلاحیت‌دار اقرار اگرچه دادسرا نیز هست، اما این اذن و اجازه‌ای صرف می‌باشد و اعتبار و منجز بودن آن منوط است به این که توسط دادگاه نیز همین اقرار استماع شود. بنابراین از نظر مرجع صلاحیت‌دار سوگند و اقرار در شرایط مساوی هستند.

۴-۱۲- اجبارناپذیری

در ماده ۱۶۹ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است که اقراری که تحت اکراه، اجبار و شکنجه و یا اذیت و آزار روحی یا جسمی اخذ شود، فاقد ارزش و اعتبار است، اما این موضوع در خصوص سوگند با شفافیت و صراحة و استقلال مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته است. البته در اصل ۳۸ قانون اساسی اجبارناپذیری سوگند همانند اجبارناپذیری اقرار مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته (گلدوزیان، ۱۳۹۲: ۳۰۳) و حتی مตلاف از این تکلیف قابل مجازات دانسته شده است. نهایتاً این مجازات منوط به حکم قانونگذار شده است. اکنون این سؤال قابل طرح است که جرم انگاری و یا مجازات و یا پاداش و واکنش متناسب با کسی که دیگری را وادار به سوگند دروغ کند چگونه است و در کدام ماده قانونی پیش‌بینی شده است؟ به نظر می‌رسد که تکالیف عمومی که قانونگذار در ارتباط با اجبار و اکراه آورده است، وافی به تکالیف مقرر در ذیل اصل ۳۸ قانون اساسی نبوده و این تکلیف همچنان بر دوش قانونگذار است. لذا پیشنهاد می‌شود قانونگذار همان‌گونه که در

ماده ۱۶۸ قانون مجازات اسلامی بیاعتباری اقرار منتهی به اجبار را تصریح کرده است، اولاً؛ نسبت به بیاعتباری سوگند مبتنی بر اجبار و اکراه اقدام کند و ثانیاً؛ در راستای تکلیف ذیل اصل ۳۸ قانون اساسی، مجازات و جرم انگاری راجع به کسی که اجبار به سوگند میکند، نیز تعیین تکلیف شود. به این ترتیب مقایسه سوگند و اقرار به پایان میرسد.

۵- مقایسه سوگند با قسامه

بررسی سوگند در مقایسه با قسامه به عنوان یکی از ادله اثبات جرایم همانند مباحث قبلی از جهات مذکور انجام میشود.

۱-۵- مستقل بودن

اگرچه قسامه از طرق ویژه و خلاف اصل برای اثبات یا نفی دیه و قصاص است، با این وجود، در محدوده اعتباری خود به عنوان یکی از ادله مستقل برای اثبات جنایت به رسمیت شناخته شده است. دلیل این ادعا، مفاد مواد ۱۶۰ و ۳۱۲ قانون مجازات اسلامی است. در ماده ۱۶۰ تصریح شده که ادله اثبات جرم عبارت است از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی. در این ماده قسامه و همانند سایر ادله جز ادله اثبات جرم شناخته شده، اما مقيید به موارد قانونی شده است. افزون بر آن میتوان ادعا کرد که این قید قطعاً اضافه است؛ زیرا طبیعی است که همه ادله در محدوده مقرر در قانون توان اثباتگری دارند و فراتر از آن محدوده به رسمیت شناخته نمیشوند. از مواد ۱۶۰ و ۳۱۲ قانون مجازات اسلامی میتوان نتیجه گرفت که قسامه و سوگند در ویژگی مستقل بودن همانند هستند و قانون هر دو را به رسمیت شناخته است (بخشیزاده، عارفی، ۱۳۹۲: ۳۴۲/۱).

۲-۵- تعریف شدگی

قسامه و سوگند از لحاظ تعریف شدگی مانند هم هستند. زیرا در ماده ۳۱۳ قانون مجازات اسلامی قسامه نیز همانند سوگند به روشنی تعریف شده است.

۳-۵- امکان اثبات خلاف یا خلاف‌پذیری

امکان اثبات خلاف یا خلاف‌پذیری قسامه همانند سوگند توسط قانونگذار به رسمیت شناخته شده است. شاهد این مدعای مفاد مواد ۳۴۶ و ۳۴۴ قانون مجازات اسلامی است. بر اساس نص مواد مذبور نتیجه این است که امکان اثبات خلاف قسامه توسط قانونگذار به رسمیت شناخته شده است و دلیل مذبور جزء ادله خلاف‌پذیر است.

۴- شرایط اداکننده

در این خصوص نیز قسامه و سوگند از شرایط یکسانی برخوردار هستند. البته در رابطه با مواد راجع به قسامه، صراحة و شفافیت لازم در اشتراط شرایط چهارگانه بلوغ، عقل، قصد و اختیار دیده نمی‌شود. با این وجود، می‌توان نتیجه گرفت که سوگند خورنده‌گان در قسامه باید شرایط چهارگانه را داشته باشند. دلیل این مطلب این است که اولاً؛ از شرایط چهارگانه مذبور به شرایط عامه تکلیف شده است و به موجب احکام دیگری همواره افراد باید این شرایط را داشته باشند. ثانیاً؛ در ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است که در قسامه همه شرایط مقرر در کتاب اول این قانون که در اتیان سوگند ذکر شده است، رعایت می‌شود. مسلم است که یکی از شرایط معین برای اتیان سوگند در ماده ۲۰۲ قانون مجازات اسلامی شرط راجع به اداکننده است. بنابراین اداکننده‌گان سوگند در قسامه نیز باید همان شرایط را داشته باشند. این ویژگی از آن جهت اهمیت دارد که در قسامه نصاب‌های خاصی تعریف شده است و اداکننده‌گان سوگند در موارد متعددی باید افراد کثیری باشند. اشتراط شرط بلوغ، عقل، قصد و اختیار در خصوص اداکننده‌گان قسامه موجب می‌شود که طیف وسیعی از بستگان شاکی یا متهم حسب مورد امکان ادای سوگند را از دست بدهند و زمینه استناد به قسامه به سادگی و سرعت از بین برود (گلدوزیان، ۱۳۹۲: ۲۲۶) و نیز (احمدی، ۱۳۹۱: ۱۲).

۵- صیغه

سوگند و قسامه از نظر مقررات صیغه سوگند در شرایط یکسانی قرار دارند. زیرا مقررات صیغه سوگند در ماده ۲۰۳ قانون مجازات اسلامی آمده و با توجه به حکم ماده ۳۳۹ قانون مجازات

اسلامی در خصوص همسانی شرایط سوگند و قسامه به راحتی می‌توان نتیجه گرفت که مقرارت مربوط به صیغه سوگند، عیناً در قسامه نیز معتبر است و بنابراین قسامه و سوگند از این جهت در شرایط مساوی و همانند قرار دارند (گلدوزیان، ۱۳۹۲: ۲۲۶-۲۲۷).

۶-۵- ضرورت درخواست اصحاب دعوا

در این خصوص سوگند و قسامه در شرایط یکسانی قرار دارند. زیرا در ماده ۳۲۰ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است که اقامه قسامه یا مطالبه آن از متهم باید حسب مورد توسط صاحب حق قصاص یا دیه یا ولی یا وکیل آن‌ها باشد. تصریح بر این که اقامه قسامه یا مطالبه آن از شئون اصحاب دعوا و طرفین اختلاف است، به این مفهوم است که قاضی صرف نظر از تقاضای اصحاب دعوا حق اجرای قسامه را ندارد (حق‌پناهان، ۱۳۹۳: ۲۸۸). البته بهتر بود قانونگذار در این خصوص نیز تصریحات دقیقی ارائه می‌کرد و زمینه هرگونه ابهام‌پذیری در این خصوص را برطرف می‌نمود. اما با همین شرایط نیز ظهور ماده ۳۲۰ در اینکه استناد به قسامه مستلزم تقاضای طرفین اختلاف است، وافی به مقصود است. در این رابطه، شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور، در رأی شماره ۴۰۷ این شعبه آورده است: «مدعی‌علیه پس از ادای سوگند تبرئه می‌شود اما این که سوگند و احلاف حق اولیای دم است یا قاضی خود می‌تواند ولو بدون رضایت اولیای دم منکر را قسم بدهد، بدون مطالبه، دادگاه چنین ولایتی ندارد که از طرف شاکی خصوصی منکر را قسم بدهد تا دعوی فیصله پیدا کند، بلکه در صورت عدم مطالبه، دعوی متوقف و رأی به منع تعقیب متهم صادر می‌گردد. بنابراین [این] که دادگاه محترم بدون استحلاف اولیای دم، از پیش خود منکر را قسم داده و رأی برائت صادر کرده صحیح نبوده و دادرسی از این جهت ناقص است و در صورت عدم استحلاف اولیای دم باید رأی به منع تعقیب متهم صادر شود» (کارخیران، ۱۳۹۲: ۶۱/۲).

با این وجود، توصیه می‌شود که قانونگذار در اصلاحات قانون مجازات اسلامی در این خصوص با صراحة بیشتری رفع ابهام کند تا تصور نشود که بدون درخواست اصحاب دعوا قاضی امکان اجرای قسامه را دارد.

۷-۵- تغليظ‌پذيری و تشريفاتی بودن

در خصوص تغليظ‌پذيری و تشريفاتی بودن سوگند و قسامه از صراحت ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی همسانی قسامه و سوگند استنتاج می‌شود. ضمن اين که به صورت خاص نيز در ماده ۳۴۳ قانون مجازات اسلامی تصريح شده است که: «فاضی می‌تواند پیش از اجرای قسامه، مجازات قانونی و مكافات اخروی سوگند دروغ و عدم جواز توريه در آن را برای اداکنندگان سوگند بيان کند.» استفاده از توريه در سوگند امری خطرناک است و موجب می‌شود که استناد به سوگند به راحتی انجام شود، توريه‌ناپذيری سوگند و قسامه از ویژگی‌های اساسی آن بوده و باید مورد توجه قضات و حقوقدانان قرار گيرد. اهمیت بحث توريه‌ناپذيری سوگند آن است که توريه‌پذيری سوگند ممکن است توجيه‌ی بر سوگند دروغ باشد و موضوع را از دایره جرم‌انگاری انجام شده توسيط قانونگذار نيز خارج کند (احمدی، ۱۳۹۴: ۲۴).

۷-۶- تكميلي بودن

مطابق ماده ۲۰۹ قانون مجازات اسلامی، سوگند در کنار مستقل بودن، امكان تكميلي بودن را نيز دارد. به نظر می‌رسد قسامه نيز از چنین وضعیتی برخوردار باشد. البته در مواد مختلف قسامه تصريحي در تكميلي بودن قسامه وجود ندارد. اما در ماده ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی، عبارتی آمده است که می‌توان استنتاج کرد که قسامه علاوه بر وصف مستقل بودن، دارای ویژگی تكميلي بودن برای اثبات جرائم نيز هست. در ماده ۱۶۲ مذبور تصريح شده است که هرگاه ادلاء‌ی که موضوعيّت دارد، فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشد، می‌تواند به عنوان اماره قضائيّي مورد استناد قرار گيرد، مشروط بر اينکه همراه با قراین و امارات ديگر موجب علم قاضی شود. لذا، می‌توان نتيجه گرفت که برخی از شرایط پيش‌بینی شده برای قسامه ممکن است وجود نداشته باشد. در اين صورت ممکن است قاضی نتيجه بگيرد که به همراه ساير قراین و امارات، تحقق قسامه‌ای نافق و فاقد برخی از شرایط شرعی و قانونی می‌تواند موجب علم وی شود. در اين صورت ویژگي تكميلي بودن قسامه قابل توجه خواهد بود و می‌تواند نقش مكملی برای ساير ادلاء ايفا نماید و به تكميل علم قاضی كمک کند.

۵-۹- توکیل ناپذیری

به صورت طبیعی قسامه نیز همانند سوگند قابل توکیل نیست. با این وجود، قانونگذار در خصوص قسامه تصریحاتی دارد که آن را توکیل ناپذیر می‌نماید. به عنوان مثال در ماده ۳۲۰ قانون مجازات اسلامی در قسمت پایانی این ماده آمده است که اتیان سوگند به وسیله افراد قابل توکیل نیست. البته ممکن است تصور شود که در ذیل این ماده قانونی قانونگذار اتیان سوگند را قابل توکیل ندانسته و با توجه به استقلال اصطلاح سوگند از قسامه ترتیبی پدید آید که با این ماده قانونی قانونگذار قسامه را هم می‌خواهد غیرقابل توکیل اعلام کند. در نقد این نظریه می‌توان گفت که اولاً؛ همان‌طور که در تعریف قسامه در ماده ۳۱۳ تصریح شده قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر و وجود لوث، شاکی برای اثبات جنایت و یا متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند. در نتیجه قسامه سوگندهای دارای نصاب است و مهم آن است که شرایط لوث وجود داشته باشد. ثانیاً؛ و مهم‌تر آنکه در تفسیر یک ماده قانونی نمی‌توان سیاق عبارت را نادیده گرفت. به عنوان مثال همین عبارتی که در ذیل ماده ۳۲۰ آمده در شرایطی است که تمام مفاد ماده ۳۲۰ راجع به قسامه است. در صدر این ماده آمده است که اقامه قسامه یا مطالبه آن از متهم حسب مورد توسط صاحب حق قصاص یا دیه یا ولی یا وکیل آنها خواهد بود. در ادامه این ماده آمده است که اقامه قسامه برای برائت متهم حسب مورد به وسیله متهم یا ولی او یا وکیل آنها صورت می‌گیرد و در پایان آمده است که اتیان سوگند به وسیله افراد قابل توکیل نیست. بنابراین منظور از سوگند در ذیل این ماده قطعاً و یقیناً همان قسامه خواهد بود و در نتیجه وصف توکیل ناپذیری در سوگند برای قسامه نیز قابل تعریف است. ثالثاً؛ در ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی تصریح شده بود که تمامی شرایطی که برای سوگند معتبر است، در قسامه نیز توسط قانونگذار معتبر شناخته شده است. از این ماده هم می‌توان نتیجه گرفت که توکیل ناپذیری در قسامه امر مسلم است و قابل تردید نیست (احمدی، ۱۳۹۴: ۲۶).

۱۰-۵- محدودیت موارد استناد

قسامة همانند سوگند از نظر موارد استناد، محدودیت‌های متعددی دارد. یکی از این

محدودیت‌ها در تبصره ماده ۱۶۰ آمده است. آنجا که می‌خوانیم احکام و شرایط قسامه که برای اثبات یا نفی قصاص یا دیه معتبر است، مطابق مقررات مذکور در کتاب قصاص و دیات این قانون می‌باشد. ملاحظه می‌شود که در این تبصره دایره موارد استناد به قسامه در اثبات و نفی قصاص و دیه اعلام شده است. در رأی شماره ۷۰۹ شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور در سال ۱۳۶۹ آمده است: «قسame دیه را ثابت می‌کند، نه تعزیر را» (حسینی، ۱۳۸۹: ۱۵۷). بنابراین اولین محدودیت استناد به قسامه اثبات یا نفی قصاص یا دیه اعلام شده است. در ماده ۳۱۲ قانون مجازات اسلامی نیز به این محدودیت تأکید شده است. آنجا که گفته است جنایات از طریق قسامه قابل اثبات است. اصطلاح جنایت نیز به طور واضحی دارد بر جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص که حوزه قصاص و دیه را شامل می‌شود. علاوه بر این، در ارتباط با محدودیت موارد استناد به قسامه، حکم ماده ۳۲۹ قانون مجازات اسلامی نیز قابل استناد است. در این ماده آمده است که قسامه فقط نسبت به مقداری که لوث حاصل شده است، موجب اثبات می‌شود و اثبات خصوصیات جنایت از قبیل عمد، شبه عمد، خطأ، مقدار جنایت یا شرکت در ارتکاب جنایت یا انفراد در آن نیازمند حصول لوث در این خصوصیات است. با توجه به مفاد این ماده نتیجه می‌گیریم که موارد استناد به قسامه حتی در خصوصیات جنایات و ابواب قصاص و دیه به صورت فraigیر تعریف نشده است. بلکه موارد استناد به جنایات دو قید دارد. اول اینکه، موضوع از مسائل قصاص یا دیه یا جنایت باشد و دومین قید که بسیار مهم است، این است که حتماً در محدوده لوث اتفاق افتاده باشد. لذا، اصل محدودیت موارد استناد، امری مسلم و قابل توجه است (همان، ۱۰).

۱۱-۵-تعارض پذیری و ارزش اثباتی

تعارض پذیری و ارزش اثباتی قسامه را در مقایسه با سوگند از دو منظر می‌توان بررسی کرد. نقطه نظر اول، تعارض پذیری قسامه با سایر ادله جزایی همانند اقرار و شهادت (زراعت، ۱۳۸۶: ۲۳۹) و نقطه نظر دوم، تعارض پذیری قسامه و سوگند است. به نظر می‌رسد که از نظر تعارض قسامه با سایر ادله غیر از سوگند جزایی، ارزش اثباتی قسامه همانند سوگند باشد. زیرا در ماده ۲۱۳ قانون

مجازات اسلامی به این مضمون تصریحاتی وجود دارد. اما درخصوص فرض تعارض سوگند با قسامه به نظر می‌رسد که این تعارض اساساً موضوع پیدا نکند. به عبارت دیگر، چنانچه تمامی ویژگی‌های سوگند را درنظر بگیریم، یکی از ویژگی‌های آن محدودیت‌های موارد استناد به آن بود. حال با توجه به اینکه قسامه از نظر موارد استناد به صورت خاص و تفصیلی در موارد مشخص و ابواب معینی مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است، به نظر می‌رسد که اساساً فرضی که در آن موضوع استناد به سوگند محقق شده باشد و ضمناً از مصادیق اجرای قسامه نیز باشد، فاقد مصدق و نمونه عینی خواهد بود و در نتیجه تعارض سوگند و قسامه از نظر مصدقی فاقد موضوع است. در نتیجه اصل تعارض‌پذیری سوگند و قسامه برای هر دو دلیل در شرایط مساوی قابل تصور است و مازاد بر آن نیز فاقد مصدق مشخص و قانونی است.

۵-۱۲- مرجع صلاحیت‌دار

مرجع صلاحیت‌دار برای اجرای قسامه دادگاه رسیدگی‌کننده و صادرکننده حکم است و دادسرا در این خصوص اختیاری ندارد. اثبات این ادعا براساس ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی که اصل همسانی سوگند را با قسامه اعلام کرده، امکان‌پذیر می‌کند. با توجه به اینکه سوگند در مواد مختلف قانون منوط به صدور آن و انعکاس آن در قرار دادگاه شده بود، مشخص شد که سوگند در دادسرا قابل اجرا نیست؛ زیرا تصریح شده که سوگند باید مطابق قرار دادگاه اجرا شود. حکم ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی نیز که احکام و شرایط قسامه را همانند و همسان با سوگند اعلام کرده است، نتیجه می‌دهد که اجرای سوگند نیز باید توسط مقام صادرکننده رأی و دادگاه انجام شود. این نظریه اگرچه مستند به استدلالی متعادل است، اما از جهاتی قابل نقد نیز هست. توضیح بیشتر این است که یکی از شرایط اساسی استناد به قسامه تحقق لوث است. معمولاً برای احراز و اثبات تحقیق لوث تحقیقات قضایی گسترده‌ای مورد نیاز است. زیرا در ماده ۳۱۴ در تعریف لوث گفته شده است که: «لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود.» بدیهی است که ایجاد سازگاری میان یافته‌های نوین کشف علمی جرم با سنت‌های مبتنی بر عقاید و باورهای مذهبی استفاده از قسامه

در نقطه‌ای کانونی به نام لوث قابل شناسایی است. تکنیک‌ها و روش‌های کشف علمی جرم عهده‌دار اثبات لوث هستند و با تحقیق لوث که بر اساس روش‌های علمی کشف جرم قابل اثبات است، آنگاه نوبت به نهاد کهن استفاده از عقاید مذهبی و نهاد قسامه می‌رسد. با ترکیب این دو نهاد کهن و نوین و توافق آنها در اثبات جنایت، نظام قضایی به ارزیابی پایانی خود رسیده است. در نتیجه استفاده از قسامه چنانچه در مرحله دادسرا ممنوع اعلام شود، نباید نتیجه گرفت که احراز لوث که بررسی‌های مفصل تحقیقات جزایی و علمی را می‌طلبد، از وظایف دادسرا خارج شده و از جمله وظایف دادگاه قرار می‌گیرد. نکته دیگری که مرجع صلاحیت‌دار قسامه را به نفع دادسرا تغییر می‌دهد، نص ماده ۳۱۶ قانون مجازات اسلامی است. در این ماده آمده است که: «مقام قضایی موظف است در صورت استناد به قسامه، قرائن و امارات موجب لوث رادر حکم خود ذکر کند...» اگرچه در اینجا اصطلاح حکم به کار برد شده است، (می‌دانیم که مطابق ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی اصطلاح تخصصی حکم ویژه دادگاه است و تصمیمات دادسرا در قالب قرار ارائه می‌شود). اما چنانچه این اصطلاح را محمول بر تسامح تعریف کنیم، آنگاه اصطلاح مقام قضایی از شمول و جامعیتی برخوردار خواهد بود که شامل مقامات قضایی دادسرا نیز می‌شود و آنگاه استناد به قسامه اختصاص به دادگاه نخواهد داشت. در جمع‌بندی این بحث، می‌توان ادعا کرد که استفاده از قسامه در مرحله دادسرا مانع ندارد. البته اجرای قسامه نهایی لزوماً باید توسط دادگاه انجام شود و از این حیث قسامه همانند سوگند دارای ویژگی یکسانی است. در پایان بحث از ویژگی‌های مقایسه سوگند با قسامه نتیجه‌گیری می‌کنیم که بیشترین تشابه، همسانی و یکنواختی از نظر مقایسه‌ای میان سوگند با قسامه برقرار است. (پیشین)

۱۳-۵- اجبارناپذیری

تحقیق اجبار در قسامه ممکن است تحت شرایط مختلف پدید آید. ویژگی قسامه چه در فرضی که شخص واحد آن را ادا می‌کند و در چه در فرضی که اشخاص متعددی اقامه قسامه می‌کنند به گونه‌ای است که می‌توان تصور کرد تحت شرایط و انگیزه‌ای ناشناخته و خارج از پرونده و تحت روابط قوم و خویشی و زندگی قبیله‌ای و خویشاوندی ممکن است یکی از اقامه‌کنندگان قسامه با

شرایط اجبار و اکراه بیرونی چنین اقدامی کرده باشند. در صورتی که اثبات شود که قسامه با شرایط اجبار و اکراه اقامه شده است، در بیاعتباری قسامه مزبور تردیدی وجود ندارد. زیرا نصوص و قواعد کلی که بیاعتباری سوگند و شهادت و اقرار را در فرض تحقق اجبار مطرح میکنند، دارای ملاک و مناطق است که تسری از آنها به قسامه به سادگی انجام میشود و به عبارت دیگر جزو قیاسات منصوصالله است و حتی با قیاس اولویت نیز میتوان نتیجه گرفت که در فرض اثبات اجبار و اکراه در قسامه مفاد آن بیاعتبار است؛ همانگونه که در سوگند نیز این ویژگی وجود دارد.

۶- مقایسه سوگند با شهادت

مقایسه سوگند با شهادت جزایی همانند موارد دیگر از زوایای مختلف به شرح زیر انجام میشود.

۶-۱- مستقل بودن

با توجه به مفهوم مستقل بودن سوگند که مطرح شد، به نظر میرسد که شهادت در این ویژگی با سوگند در شرایط یکسان و همانندی قرار دارد. زیرا در ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی، شهادت همانند سوگند در شمار یکی از ادله اثبات جرایم آمده است. علاوه بر این، در ماده ۱۶۱ قانون مجازات اسلامی، شهادت به عنوان ادله شرعی که موضوعیت دارد، ذکر شده است. این ویژگی موجب شده است تا در خصوص اعتبار ادله شرعی که موضوعیت دارد، همانند اقرار و شهادت جزmit و قاطعیت بیشتری از سوی قانونگذار وجود داشته باشد. به هر حال تردیدی در مستقل بودن شهادت و سوگند وجود ندارد.

۶-۲- تعریف شدگی

در این ویژگی نیز شهادت شهود با سوگند مشترک است. زیرا در ماده ۱۷۴ قانون مجازات اسلامی، شهادت صراحتاً تعریف شده است: «شهادت عبارت از اخبار شخصی غیر از طرفین دعوا به وقوع یا عدم وقوع جرم توسط متهم یا هر امر دیگری نزد مقام قضایی است.» در نتیجه ویژگی تعریف شدگی در شهادت شهود همانند سوگند برقرار است.

۶-۳- امکان اثبات خلاف یا خلاف‌پذیری

درخصوص امکان اثبات خلاف شهادت جزایی هم در قانون مجازات اسلامی احکامی وجود دارد و هم در قانون آیین دادرسی کیفری. در ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است که: «در صورتی که شاهد اصلی، پس از اقامه شهادت به وسیله شهود فرع و پیش از صدور رأی، منکر شهادت شود، گواهی شهود فرع از اعتبار ساقط می‌شود؛ اما بر انکار پس از صدور حکم، اثری مترتب نیست.» این ماده به صراحت وضعیتی را پیش‌بینی کرده است که شاهد منکر شهادت خود شده و در نتیجه اعتبار شهادت وی و حتی شهادت فرع نیز بر همین اساس از بین رفته است (حق‌پناهان، ۱۳۹۳: ۲۲۲). علاوه بر این، در ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری مواردی که امکان اعاده دادرسی در احکام قطعیت یافته در محاکم کیفری فراهم است، احصا شده است. در بند «ث» این قانون تصریح شده است که اگر در دادگاه صالح ثابت شود که استناد جعلی بوده و یا شهادت خلاف واقع گواهان مبنای حکم بوده است، از موارد اعاده دادرسی است. بر این اساس، به نظر می‌رسد که خلاف‌پذیری دلیل شهادت در قانون مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است.

۶-۴- شرایط اداکننده

در خصوص شرایط اداکننده سوگند، مواد ۱۷۷ و ۱۷۹ قانون مجازات اسلامی احکامی را مقرر داشته است. به موجب ماده ۱۷۷ این قانون، شرایط شاهد در زمان ادائی شهادت عبارتند از: بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد ذی نفع نبودن در موضوع، نداشتن خصوصیت با طرفین یا یکی از آنها، عدم اشتغال به تکدی و ولگرد نبودن که البته این شرایط باید به نحو توانمند موجود باشند (همان، ۲۱۷). با نگاه به مفاد این مواد نتیجه‌ای که به دست می‌آید این است که شرایطی که برای شاهد شرعی پیش‌بینی شده، بسیار گسترده‌تر و بیشتر از شرایطی است که برای اداکننده سوگند لحاظ شده است. نکته قابل توجه این که با وجود آنکه شرایط شهادت بسیار سخت‌گیرانه‌تر پیش‌بینی شده، اما متأسفانه قانونگذار توجه نکرده است و از چهار شرطی که برای اداکننده سوگند بیان شده، فقط به دو شرط آن برای شاهد اکتفا و دو شرط بلوغ و عقل را ذکر کرده است. اما دو شرط دیگر که عبارتند از: قصد و اختیار، در شهادت شرعی بیان نشده است. این در حالی است که

شرایط متعدد دیگری نظیر ایمان، عدالت، طهارت مولد، ذی نفع نبودن، نداشتن خصوصت با طرفین، عدم اشتغال به تکدی و ولگرد نبودن و امثال این موارد به عنوان سایر شرایط شاهد شرعی بیان شده است و به صورت سخت‌گیرانه‌ای بر احراز این شرایط نیز تأکید شده است. حال این سؤال مطرح است که قانونگذار هنگام احصای شرایط شاهد شرعی، چگونه نیازی به ذکر دو شرط قصد و اختیار ندانسته و آنها را بیان نکرده است؟ ممکن است گفته شود که قصد و اختیار از شرایط عمومی است و در موارد عمومی بر آنها تأکید شده و نیازی به ذکر این دو شرط نبوده است. در این صورت این سؤال مطرح خواهد شد که اگر شرایط مزبور از جمله شرایط عمومی است و نیازی به ذکر آن‌ها نبوده، پس چرا در ماده ۲۰۲ قانون مجازات اسلامی بر احراز آن شرایط از سوی اداکننده سوگند تأکید شده است؟ ثانیاً این سؤال مطرح است که مگر بلوغ و عقل از جمله شرایط عمومی قابل استفاده از مواد و قوانین عام نیست؟ پس چگونه در خصوص شاهد بر این شرایط تأکید شده و با چه مبنایی تبعیض و تفاوت بین چهار شرط عمومی و فرآگیر قائل شده است؟ به گونه‌ای که دو مورد از آن شرایط را ذکر کرده و دو مورد دیگر را ذکر نکرده است؟ تردیدی وجود ندارد که شرایط اداکننده شهادت از این نظر با مقایسه شرایط اداکننده سوگند مبنی بر مسامحه تعیین شده است و در اینجا پیشنهاد می‌شود که قانونگذار هنگام بازنگری قوانین نسبت به این مورد عنایت لازم را بنماید. به صورتی که یا شرط قصد و اختیار را از شرط اداکننده سوگند حذف کند و یا همان گونه که در آنجا به این دو شرط تصریح می‌کند، در خصوص شهادت نیز بر این قسمت تأکید کند. نکته دیگری که در ارتباط با قصد و اختیار مطرح است، توریه ناپذیری شهادت شهود است. در این خصوص لازم بود که قانونگذار تصریح و تأکید بیشتری به کار گیرد. زیرا توریه امری است که با هدف اثبات و کشف واقعیت ناسازگار است. پیشنهاد می‌شود که قانونگذار موادی را با وضوح و شفافیت بیشتری در ارتباط با توریه‌ناپذیری سوگند و شهادت قانونگذار پیش‌بینی کند. توریه‌پذیری موجب می‌شود که اعتبار شهادت زیر سؤال برود و افراد با مستمسک قرار دادن حیله‌های شرعی که در زبان عامیانه از آن به کلاه شرعی یا کلاه قانونی تعییه می‌شود به امر خطرناک‌تری مبادرت کنند که در زبان حقوقی از آن به حیله و تقلب در مقابل قانون تعبیر شده است. بنابراین تأکید می‌شود که در بحث اداکننده و یا مؤدای شهادت به

بحث توریه‌ناپذیری تأکید بیشتری شود. در رابطه با اشتراط شرط بلوغ در شهادت شرعی نیز مفاد ماده ۱۷۹ قانون مجازات اسلامی قابل توجه است. در این ماده آمده که هرگاه شاهد در زمان تحمل شهادت غیربالغ ممیز باشد، اما در زمان ادای شهادت به سن بلوغ برسد، شهادت او معتبر است. از این زاویه می‌توان تسامحی نسبی را در اشتراط شرط بلوغ در شاهد شرعی قائل شد. به این ترتیب که ممکن است بین زمان تحمل شهادت و ادای شهادت در اشتراط شرط بلوغ قائل به تفکیک و تفاوت شد. در نتیجه تفاوت اندکی میان سوگند و شهادت شرعی از نظر اینکه اشتراط شرط بلوغ در شهادت شرعی مقید به زمان ادای شهادت است و ربطی به زمان تحمل شهادت ندارد، وجود دارد.

۶-۵- صیغه

در سوگند صیغه خاص مورد نظر قانونگذار است اما ماهیت شهادت به گونه‌ای است که قانونگذار نمی‌تواند الفاظ خاصی را برای شاهد از پیش تعیین کند و او را وادرار به اعلام همان الفاظ و به اصطلاح همان صیغه‌ها نماید. با این وجود، در ماده ۱۸۴ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است که: «شهادت باید با لفظ و نوشتن باشد و در صورت تعذر با فعل از قبیل اشاره واقع شود و در هر صورت باید روشن و بدون ابهام باشد.» به نظر می‌رسد که تعیین ویژگی‌های صیغه شهادت بیشتر از آنچه که در این ماده آمده است، مشکل ساز باشد و نتوان واژگان خاصی را برای شاهد پیش‌بینی کرد و او را ملزم به این موارد نمود. البته به صورت خاص در ماده ۲۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است که شاهد بر دو مطلب تصریح کند و اول این است که چیزی جز حقیقت نگوید و دوم اینکه تمام حقیقت را بگوید و تفاوت این دو، امری بسیار مهم است. تعیین کلیشه به عنوان صیغه شهادت در این حد که در ماده ۱۸۴ مجازات اسلامی آمده است، امری مطلوب است و مانع سوءاستفاده از شهادت به عنوان ادله اثبات می‌شود.

۶-۶- ضرورت درخواست اصحاب دعوا

شهادت شرعی در این خصوص با سوگند متفاوت است. به این معنا که در ماده ۱۶۱ قانون مجازات اسلامی شهادت جزء ادله شرعی شناخته شده است که موضوعیت دارد. همین ویژگی

کفایت می کند که بتوان برای قاضی آزادی عمل بیشتری در استفاده از شهادت قائل شد. در ماده ۱۶۲ این قانون نیز مطلب دیگری آمده است که می توان از آن استنباط کرد که قاضی می تواند رأسا از شهادت شهود و اظهارات مطلعان بهره مند شده و آن را در صدور حکم خود مدنظر قرار دهد؛ بدون اینکه طرفین تقاضای استناد به شهادت شهود یا اظهارات گواهان کرده باشند، زیرا در این ماده آمده است که هرگاه ادله ای که موضوعیت دارد، فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشد. می تواند به عنوان اماره قضایی مورد استناد قرار گیرد؛ مشروط بر اینکه همراه با قراین و امارات دیگر، موجب علم قضایی شود. ملاحظه می شود که در این ماده در خصوص شهادت شرعی به عنوان دلیلی که موضوعیت شرعی دارد، امکان قابل استناد بودن به صورت مطلق و حتی بدون شرایط قانونی صحبت شده است. در نتیجه اگر فرض کنیم که درخواست یکی از اصحاب دعوا از جمله شرایط قانونی استناد به شهادت باشد، می توان در فرض نبودن این شرایط، قاضی را مجاز دانست که به آن استناد کند و به عنوان اماره قضایی که در کنار سایر قراین موجب علم شده است، از آن بهره مند باشد. در نتیجه در خصوص ضرورت درخواست اصحاب دعوا در استناد به شهادت شهود یا اظهارات مطلعان تردیدهایی وجود دارد و موجب تفاوت سوگند با شهادت شهود از این جهت می شود.

۷- انصراف پذیری

با توجه به ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی می توان نتیجه گرفت که شهادت شهود قابل انصراف است. در این ماده تصریح شده است که رجوع از شهادت شرعی قبل از اجرای مجازات موجب سلب اعتبار شهادت می شود و اعاده شهادت پس از رجوع از آن مسموع نیست. علاوه بر این، در ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی نیز در بحث رجوع از شهادت اصلی احکامی مقرر شده است که نتیجه آن می تواند انصراف پذیری یا رجوع از شهادت باشد. همچنین ماده ۱۳۱۹ قانون مدنی فرضی را پیش بینی کرده که شاهد پس از ادای شهادت اعلام کند که دروغ گفته یا اشتباه کرده یا به دلیل اکراه نتوانسته واقعیت را بیان کند. در این صورت شهادت اعتبار خود را از دست می دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۸/۲). در نتیجه میان شهادت جزایی و سوگند اشتراط برقرار است و هر دو دارای این ویژگی هستند.

۶-۸- تغليظ‌پذيری و تشريفاتی بودن

در خصوص تغليظ‌پذيری و تشريفاتی بودن شهادت جزایی به نظر مى‌رسد که اشتراك و همانندی مناسبی ميان سوگند و شهادت شرعی باشد. به اين ترتيب که در موارد متعددی تشريفات خاصی برای شهادت شهود بيان شده است. از جمله در تبصره دو ماده ۱۰۲ و تبصره دو ماده ۲۰۴ قانون آيین دادرسي کيفري و ماده ۲۰۹ و ماده ۳۲۲ آيین دادرسي کيفري احکامی که به نحوی تشريفات خاصی را برای شهادت شرعی مجاز می‌داند، آمده است. اين مواد به اين صورت است که در ماده ۳۲۲ قانون آيین دادرسي کيفري تصريح شده است که دادگاه پيش از شروع به تحقيق از شاهد، حرمت و مجازات شهادت دروغ را به او تفهيم می‌کند.

۶-۹- تكميلي بودن

شهادت شهود همانند سوگند ممکن است تكميلي باشد و مكمل دليل ديجر قرار گيرد. در تبصره ماده ۳۲۳ قانون آيین دادرسي کيفري آمده است که در مواردي که احراق حق متوقف بر شهادت باشد و شاهد از اتيان سوگند خودداری کند، بدون سوگند شهادت وي استماع مى‌شود و در مورد مطلع اظهارات وي برای اطلاع بيشر استماع مى‌شود. اين مضمون در ماده ۱۷۶، ۱۸۰ و ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی نيز آمده است که برای پرهيز از اطاله کلام از ذكر آنها صرف نظر مى‌شود.

۶-۱۰- توکيل ناپذيری

در خصوص توکيل ناپذيری شهادت شهود نص صريحي از قانونگذار ملاحظه نمى‌شود. در اين رابطه، اين سؤال مطرح است که قانونگذار چگونه در خصوص توکيل ناپذيری سوگند نصوصی آورده است و تکاليف آن را به صراحت مشخص کرده است، اما در خصوص شهادت شرعی چنین نصوصی را لازم به ذكر ندانسته است؟ ممکن است گفته شود از ماده ۱۸۸ و ۱۸۳ قانون مجازات اسلامي توکيل ناپذيری شهادت قبل استنباط است، زيرا در ماده ۱۸۳ قانون مذكور تصريح شده است که: «شهادت باید از روی قطع و يقين به نحوی که مستند به عنوان امور حسی و از طريق متعارف باشد ادا شود.» همچنین در ماده ۱۸۸ پيش‌بینی شده است که: «شهادت بر شهادت

شرعی در صورتی معتبر است که شاهد اصلی فوت نموده و یا به علت غیبت، بیماری و امثال آن حضور وی متعدد باشد.» مفهوم این مواد آن است که در غیر صورت پیش‌بینی شده در ماده ۱۸۸ امکان توکیل در ادای شهادت نمی‌باشد. علاوه بر این، وقتی قرار است شهادت مستند به حس باشد و از روی قطع و یقین ادا شود، آیا امکان توکیل وجود دارد؟ و آیا وکیل می‌تواند اظهاری مستند به حس خود ارائه کند و چون این ممکن نیست، نتیجه می‌گیریم که شهادت قطعاً توکیل‌ناپذیر است. اما این سؤال باقی است که اگر توکیل‌ناپذیری به مفاهیم مواد قابل استناد بود، این موضوع در سوگند نیز قابل طرح بود به عبارت دیگر، همان ضرورتی که ایجاد کرده است که قانونگذار درخصوص سوگند نص مشخصی را ایجاد کند، درخصوص شهادت نیز همان ضرورت وجود دارد و قانونگذار باید با نص و تصریح شفافی، توکیل‌ناپذیری شهادت را مورد تصریح قرار می‌داد تا امکان پدیداری نظریات متعدد قضایی و تفسیرپذیری قضاوت به حداقل برسد.

۶-۱۱- محدودیت موارد استناد

ماده ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی بیانگر این است که شهادت شرعی نیز از نظر موارد استناد با محدودیت‌هایی مواجه است. زیرا در ماده مذکور آمده است که: «جرائم موجب حد و تعزیر با شهادت بر شهادت اثبات نمی‌شود. لیکن قصاص، دیه و ضمان مالی با آن قبل اثبات است.» البته حکم این ماده نمی‌تواند به صورت قاطع و واضح محدودیت موارد استناد به شهادت جزایی را روشن کند؛ زیرا موضوع مقرر در ماده ۱۸۹ بحث شهادت بر شهادت است و محدودیت‌هایی که در این ماده پیش‌بینی شده است، در خصوص شهادت بر شهادت است. اما سؤال آن است که آیا امری از امور جزایی وجود دارد که با شهادت شهود جزایی قابل اثبات نباشد؟ بررسی ظاهر مواد قانونی نشان می‌دهد که محدودیت موارد استناد در خصوص شهادت شرعی و جزایی به صورت نص و تصریح مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته است. بر این اساس، می‌توان نتیجه گرفت که محدودیت موارد استناد در خصوص شهادت شرعی وجود ندارد و تمامی امور جزایی در این خصوص قابل استنباط است. به طور کلی به نظر می‌رسد که شهادت محدوده بسیار وسیعتری از سوگند دارد و به هیچ عنوان محدودیت‌های موارد استنادی که در خصوص سوگند مطرح است، در خصوص شهادت مطرح نیست.

۶-۱۲- تعارض پذیری

آنچه در خصوص تعارض پذیری شهادت شرعی با سوگند نیز همانند بحث اقرار مطرح است، اول اینکه آیا شهادت شرعی در فرض تعارض با سایر ادله قرار می‌گیرد؟ تردیدی در این خصوص وجود ندارد. زیرا ممکن است شهادت با اقرار در تعارض قرار بگیرد و یا شهادت با علم قاضی در تعارض باشد که ماده ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی آن را تعیین تکلیف کرده است و همچنین در ماده ۲۱۳ قانون مذکور پیش‌بینی شده است که در فرض تعارض، اقرار بر شهادت شرعی مقدم است. اما در ارتباط با تعارض احتمالی میان سوگند با شهادت جزایی، به حکم ماده ۲۱۳ قانون مذبور شهادت شرعی بر سوگند مقدم است و از این جهت ارزش اثباتی سوگند بسیار کمتر و ضعیف‌تر از ارزش اثباتی شهادت شرعی است.

۶-۱۳- مرجع صلاحیت‌دار

در خصوص امکان استفاده دادسرا از شهادت شرعی به نظر می‌رسد که وضعیت دوگانه‌ای وجود داشته باشد و از این جهت همانندسازی میان سوگند و شهادت شرعی تا حدود زیادی برقرار باشد. زیرا در تبصره ۲ ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده است که در مواردی که شهادت شاهد و یا شهادت بر شهادت شاهد مستند رأی دادگاه باشد استماع آن توسط قاضی صادرکننده رأی الزامی است. از این ماده نتیجه می‌گیریم که شهادت شاهد همانند سوگند الزاماً باید توسط دادگاه صادرکننده رأی استماع شود. این در حالی است که بر اساس ماده ۱۷۴ قانون مجازات اسلامی می‌توان نتیجه گرفت که استماع شهادت شهود توسط مقام قضایی پیش‌بینی شده است. زیرا در تعریف شهادت گفته شده که «شهادت شهود عبارت است اخبار شخصی غیر از طرفین دعوا به وقوع یا ... نزد مقام قضایی است» و مقام قضایی اعم از مقام صادرکننده رأی است. علاوه بر این در مواد مختلف قانون آیین دادرسی کیفری، تکالیف متعددی برای بازپرس پیش‌بینی شده است که در هنگام ادای شهادت باید به آن‌ها عمل کند. از جمله در ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده است که: «بازپرس پیش از شروع به تحقیق، حرمت و

مجازات شهادت دروغ و کتمان شهادت را به شاهد تفهیم می‌کند...»^۱ در ماده ۲۱۱ نیز تصریح شده است که بازپرس می‌تواند در صورتی که شاهد یا مطلع واجد شرایط شهادت نباشد، بدون یاد کردن سوگند اظهارات او را برای مزید اطلاع استماع کند. احکام متعددی که در قانون آینین دادرسی کیفری بیان شده، نشانگر آن است که استماع شهادت شهود توسط مقامات قضایی دادسرا نه تنها دارای مجوز قانونی است، بلکه یک تکلیف است (بخشی‌زاده، عارفی، ۱۳۹۲/۱: ۳۵۹). بنابراین دادسرا نیز مرجع صلاحیت‌دار استماع شهود است و از این جهت نیز شهادت شهود با سوگند کاملاً متفاوت است. واقعیت این است که نمی‌توان نصوص متعددی که در خصوص تکالیف مقامات دادسرا در رابطه با استماع شهادت شهود پیش‌بینی شده است، نادیده گرفت و به استناد تبصره ماده ۱۱۹ قانون آینین دادرسی کیفری حکم به عدم جواز استماع شهادت توسط مقامات دادسرا داد. بنابراین جمع بین این مواد آن است که بگوییم دادسرا در ارتباط با استماع شهادت شهود تکالیف متعددی دارد که باید نسبت به انجام آنها اقدام کند، اما تکلیف مستقلی نیز توسط دادگاه وجود دارد که باید استماع شهادت شهود را انجام بدهد و این دو با یکدیگر متعارض نیستند، در نتیجه از این حیث شهادت با سوگند متفاوت است.

۷- مقایسه سوگند با علم قاضی

بررسی مقایسه‌ای سوگند با علم قاضی نیز همانند سایر ادله انجام می‌شود.

۷-۱- مستقل بودن

به نظر می‌رسد که علم قاضی در ویژگی مستقل بودن همانند سوگند دلیلی مستقل بوده و حتی با ارزشی به مراتب بالاتر مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است. این ویژگی از توجه به مواد ۱۶۰ و ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی قابل استنتاج است. آنجا که علم قاضی در شمار ادله اثبات جرم قرار گرفته و هیچ قید و شرطی نیز برای آن تعریف نشده است.

۱- در ماده ۱۵۴ قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، به جای کلمه بازپرس کلمه قاضی به کار رفته بود. همچنین می‌توان به ماده ۲۰۴ و تبصره‌های آن از قانون آینین دادرسی کیفری هم اشاره کرد.

۷-۲- تعریف شدگی

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران به پیروی از موازین فقهی، علم قاضی را به عنوان یکی از ادله اثبات در امور کیفری پذیرفته و در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی علم قاضی را به این شکل تعریف کرده است که: «علم قاضی عبارت از: یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قراین و امارات بین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند.» ملاحظه می‌شود که علم قاضی به صورت شفاف و واضحی مورد تعریف قانونگذار قرار گرفته که امری درخور تحسین و تقدیر است (ولیدی، ۱۳۹۳: ۳۲۱).

۷-۳- امکان اثبات خلاف یا خلاف‌پذیری

امکان اثبات خلاف علم قاضی، ابهام زیادی دارد. توضیح بیشتر خلاف‌پذیری علم قاضی مستلزم توجه به شقوق مختلفی است. ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری، موارد اعاده دادرسی نسبت به احکام قطعیت یافته محاکم کیفری را بیان می‌کند. در بندهای متعدد این ماده وضعیت‌هایی پیش‌بینی شده که ممکن است حکم صادره، قطعی نیز شده باشد؛ اما با پدید آمدن وضعیت جدید، اجازه اعاده دادرسی تجویز شود. مواردی که ممکن است به استناد علم قاضی، حکم صادره قطعی یا قطعیت یافته باشد و در صورت تحقق خلاف آن امکان اعاده دادرسی تجویز شده است. مثلاً در بند الف این ماده پیش‌بینی شده است که کسی به اتهام قتل شخصی محکوم شود و سپس زنده بودن وی محرز گردد. بدیهی است این فرض ممکن است به استناد علم قاضی صادر شده باشد و بنابراین با اثبات زنده بودن فرد خلاف‌پذیری علم قاضی محقق شود و امکان اثبات خلاف علم قاضی محقق شود. در بند ب این ماده فرضی آمده است که طی آن چند نفر به اتهام ارتکاب جرمی محکوم شوند و ارتکاب آن جرم به گونه‌ای باشد که نتوان پیش از یک مرتكب برای آن قائل شد. بدیهی است در این فرض نیز مستند حکم قطعیت یافته علم قاضی است و با تحقق این فرض، امکان اثبات خلاف این حکم فراهم شود و در نتیجه تجویز خلاف‌پذیری علم قاضی با اثبات بیاعتباری آن از این نیز قابل استنتاج است. در بند پ این

ماده پیش‌بینی شده است که اگر شخصی به علت انتساب جرمی محاکوم شود و فرد دیگری نیز به موجب حکمی از مرجع قضایی به علت انتساب همان جرم محاکوم شده باشد، به طوری که از تعارض و تضاد مفاد حکم بی‌گناهی یکی از آنان ابراز گردد، بدیهی است که حکم قطعیت یافته در این فرض نیز ممکن است، به استناد علم قاضی باشد. آنگاه با اثبات تحقق این فرض امکان تجویز اعاده دادرسی فراهم می‌شود و در نتیجه خلاف‌پذیری علم قاضی در این فرض نیز قابل تحقق است. در بند ت این ماده فرضی پیش‌بینی شده است که طی آن درباره شخصی به اتهام واحد احکام متفاوتی صادر شود. این فرض می‌تواند به استناد علم قاضی محقق شده باشد. در بند چ ماده مذکور پیش‌بینی شده که اگر پس از صدور حکم قطعی، واقعه جدیدی حادث و یا ظاهر و یا ادله جدیدی ارائه شود که موجب اثبات بی‌گناهی محاکوم عليه یا عدم تقصیر وی باشد، امکان اعاده دادرسی فراهم می‌شود. بدیهی است که این فرض نیز به استناد علم قاضی محقق شده باشد و حکم قطعیت یافته باشد و در این صورت نیز خلاف‌پذیری علم قاضی مورد توجه است. در بند چ این ماده پیش‌بینی شده که اگر عمل ارتکابی جرم نباشد و یا مجازات مورد حکم بیش از مجازات مقرر قانونی باشد، امکان اعاده دادرسی فراهم است. در فرض مذکور نیز چنانچه مستند حکم، علم قاضی باشد امکان خلاف‌پذیری علم قاضی فراهم است. با این وجود، تردید در خلاف‌پذیری علم قاضی همچنان باقی است. به عبارت دیگر، موارد خلاف‌پذیری علم قاضی و نحوه اثبات خلاف آن بسیار متفاوت از نحوه اثبات خلاف سوگند است (سلیمی و بخشی‌زاده، ۱۳۹۳: ۳۱۷) و نیز (مهابادی، ۱۳۹۳: ۳۳۸).

۷-۴- مقررات خاص یا شرایط ایجاد علم قاضی

در رابطه با سوگند شرایطی همچون شرایط راجع به صبغه و تشریفات و تغليظ‌پذیری سوگند و ضرورت درخواست اصحاب دعوا قابل توجه بود که از همه آن‌ها می‌توان به عنوان شرایط تحقق سوگند و شرایط اجرای سوگند نام برد. در خصوص شرایط متناظر با آن در علم قاضی می‌توان به حکم تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد. در این تبصره آمده است که: «مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قراین و امارات که نوعاً علم‌آور باشند می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر حال مجرد علم

استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد.» ملاحظه می‌شود که در تبصره این ماده شرایطی برای تکوین و شکل‌گیری علم قاضی بیان شده است که این شرایط می‌تواند متناظر با شرایط راجع به تکوین و شکل‌گیری سوگند همانندسازی شود. اگرچه تفاوت مفهومی و معنایی میان این شرایط در حد قابل توجهی وجود دارد، اما اجمالاً در خصوص شرایط ایجاد تکوین علم قاضی همانندسازی با سوگند می‌تواند وجود داشته باشد (ولیدی، ۱۳۹۳: ۳۲۱).

۷-۵- انصراف‌پذیری

در خصوص انصراف‌پذیری از تقاضای سوگند قبلًا توضیح لازم داده شد. اکنون این سؤال وجود دارد که آیا علم قاضی امری زوال‌پذیر و قابل تبدیل و تغییر است یا نه؟ به عبارت دیگر، چنانچه قاضی به این استناد، حکمی صادر کرده باشد، آیا امکان عدول از علم با پدیداری شرایط جدید وجود دارد یا نه؟ آیا زوال علم قاضی و تبدیل آن به ظن و شک، فرض پذیرفته شده‌ای است و قانونگذار در این خصوص حکم خاصی دارد یا خیر؟ به نظر می‌رسد که این موضوع نیز تنها در یکی از شقوق ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری قابل تعریف باشد. در این صورت انصراف‌پذیری از علم قاضی امری قابل قبول نیست.

۷-۶- تکمیلی بودن

علم قاضی برخلاف سایر ادله جزایی که مورد بررسی قرار گرفت، هیچگاه به منزله دلیل تکمیلی و در کنار سایر ادله مورد لحاظ قرار نمی‌گیرد؛ بلکه سایر ادله هستند که نقش تکمیلی را برای علم قاضی ایفا می‌کنند. به عبارت دیگر، از توجه به ماده ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی نتیجه می‌گیریم که تمامی ادله‌ای که موضوعیت دارند، در صورتی که فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشند، می‌توانند نقش مکملی را ایفا نموده و به عنوان اماره قضایی مورد استناد قرار گیرند. اما اماره بودن و تکمیلی بودن سایر ادله‌ای که موضوعیت شرعی دارند، مشروط بر این است که موجب علم قاضی شوند. در نتیجه علم قاضی برخلاف سایر ادله، هیچ‌گاه نقش تکمیل کنندگی برای سایر ادله ندارد و به عنوان دلیلی مستقل مدنظر قانونگذار است (همان، ۳۰۹).

۷-۷- توکیل ناپذیر بودن

در خصوص توکیل ناپذیری علم قاضی هیچ تردیدی وجود ندارد. اگرچه هیچ تصریحی در مواد قانونی در این خصوص نشده است، اما به نظر می‌رسد که با توجه به ماهیت قضاوت که امری قائم به فرد است و مقررات راجع به صلاحیت، کوچکترین تردیدی در توکیل ناپذیری علم قاضی به جا نگذاشته است و نیازی هم به تصریح قانونگذار نیست. علاوه بر آن، در ماده ۲۱۱ هنگام تعریف علم قاضی به یقین حاصل از مستندات بین اشاره شده و مسلم است که مستندات بین نه نزد غیر قاضی قابل طرح است و نه یقین می‌تواند به صورت وکالتی حاصل شود. در نتیجه توکیل ناپذیری علم قاضی همانند سوگند امری مشترک و مشابه است.

۷-۸- محدودیت موارد استناد

علم قاضی بر خلاف سوگونه فاقد هرگونه محدودیت موارد استناد است. چون اولاً؛ در هیچ یک از مواد قانون مجازات اسلامی و یا قانون آیین دادرسی کیفری محدودیتی برای استناد علم قاضی ذکر نشده است. ثانیاً؛ در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی موضوعاتی که قابل اثبات با دلیل علم قاضی باشد، توسعه یافته‌اند به گونه‌ای که قید «در امری است که نزد وی مطرح می‌شود» در این ماده آمده که قیدی است برای توسعه! توسعه در موارد استناد به گونه‌ای است که هر امری در نزد قاضی مطرح شود، امکان استناد قاضی به علم شخصی خود در آن موضوع وجود دارد. نکته‌ای که از نص ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی قابل استنتاج است این است که تفاوت بسیار بالایی از نظر محدودیت موارد استناد بین علم قاضی و سوگند وجود دارد.

۷-۹- تعارض پذیری

در این رابطه با نیز تفاوت واضحی میان علم قاضی با سوگند وجود دارد. این موضوع از توجه به مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مجازات اسلامی قابل استنباط است. در ماده ۲۱۲ هیچ یک از ادله قانونی دیگر قابل تعارض با علم قاضی شناخته نشده است. البته مشروط به اینکه علم بین باقی بماند. در این فرض، ادله دیگر توان تعارض با علم قاضی را ندارند. به عبارت دیگر، اگر قاضی بتواند با علم بین سایر ادله را رد کند، علم او به سایر ادله ارجح است (بخشیزاده و عارفی، ۱۳۹۲:

(۳۴۳). بنابراین ادله قانونی اعم از شرعی و عرفی توان تعارض با علم قاضی را ندارند و در نتیجه تعارض‌پذیری علم قاضی با سوگند یکی از وجود تفاوت و تمایز میان سوگند با علم قاضی است (ولیدی، ۱۳۹۳: ۳۲۲).

۷-۱۰- اجبارناپذیری

در بی‌اعتباری سوگند مبتنی بر اجبار و اکراه هیچ تردیدی وجود ندارد. نصوص متعدد مواد قانونی بر آن وجود دارد. با این وجود در خصوص علم قاضی تصور اکراه و اجبار برای تحقق علم قاضی از چند جهت موضوعاً متفاوت است. اول اینکه مقوله علم و اطمینان به اصطلاح از اعمال قلوب می‌باشد. ایجاد علم نیازمند اطمینانی است که در نفس و وجдан شخص پدید می‌آید و طبیعتاً آنگونه که معروف است اعمال قلوب مربوط به جوارح بیرونی نمی‌باشد و قابل اجبار و اکراه نیست. بنابراین تحقق علم قاضی به لحاظ موضوعی متفاوت است، اما ممکن است تصور شود که در فرضی قضاتی تحت تأثیر عوامل مختلف اعم از نفوذ منابع قدرت رسمی و یا منابع قدرت غیررسمی و سازمان‌های غیررسمی در شرایطی قرار گیرند که ناچار به صدور حکم به استناد علم خود شوند. در این فرض سؤال اساسی این است که آیا رأی صادره مبتنی بر علم قاضی قابل اکراه و اجبار است و ثانیاً با اجبارپذیری و تحقق مبتنی بودن رأی بر اجبار آیا رأی مزبور دارای اعتبار می‌باشد یا نه؟ اگرچه نص قانونی مشخص در خصوص بی‌اعتباری علم قاضی مبتنی بر اجبار با فرض امکان تصور آن و اثبات و تحقق مبتنی بودن علم قاضی بر اجبار وجود ندارد، اما با توجه به قواعد عمومی و نصوصی که هرگونه اجبار و شکنجه و اکراه را در خصوص اقرار و شهادت متفق می‌داند، می‌توانیم نتیجه بگیریم که در صورت پذیرش امکان تحقق صدور رأی مبتنی بر علم قاضی تحت شرایط اجبار و اکراه و در فرض اثبات این ویژگی‌ها رأی علم مبتنی بر اجبار قاضی نیز همانند سوگند مبتنی بر اجبار باطل بوده و فاقد اعتبار و ارزش قضایی می‌باشد.

نتیجه‌گیری:

نتیجه بررسی‌های انجام شده در این مقاله حاکی از آنست که:

- ۱- ویژگی‌های متعددی در رابطه با سوگند و سایر ادله اثبات جرایم قابل طرح است.
- ۲- در مقایسه تحلیلی و جزئی این ویژگی‌ها این نتیجه گرفته شد که سوگند از جایگاه شناخته شده و توان و ارزش اثباتی متعادل و متناسبی در میان سایر ادله برخوردار است
- ۳- ویژگی تعریف شدگی در ادله اثبات جرایم امری قابل توجه و قابل تحسین است که توسط قانونگذار در سال ۱۳۹۲ انجام شده است.
- ۴- از مقایسه سوگند با اقرار تعداد نه وجه مشترک و سه وجه تفاوت شناسایی شد.
- ۵- از مقایسه سوگند با قسامه تعداد سیزده وجه مشترک شناسایی شد.
- ۶- از مقایسه سوگند با شهادت در امور جزایی تعداد هفت وجه مشترک و شش وجه تفاوت شناسایی شد.
- ۷- از مقایسه سوگند با علم قاضی تعداد پنج وجه مشترک و پنج وجه تفاوت شناسایی شد.

پیشنهادها:

ماحصل بررسی‌ها و مطالعات انجام شده برای تدوین این مقاله در قالب چهار بند پیشنهاد به شرح زیر ارائه می‌شود:

- ۱- پیشنهاد می‌شود که قانونگذار در اصلاحات قانون مجازات اسلامی در خصوص این موضوع که اقامه قسامه یا مطالبه آن از شئون اصحاب دعوا و طرفین اختلاف است، با صراحة بیشتری رفع ابهام کند تا تصور نشود که بدون درخواست اصحاب دعوا قاضی امکان اجرای قسامه را دارد.
- ۲- پیشنهاد می‌شود قانونگذار همان‌گونه که در ماده ۱۶۸ قانون مجازات اسلامی بی‌اعتباری اقرار منتهی به اجبار را تصریح کرده است، اولاً؛ نسبت به بی‌اعتباری سوگند مبتنی بر اجبار و اکراه اقدام کند و ثانیاً؛ در راستای تکلیف ذیل اصل ۳۸ قانون اساسی، مجازات و جرم‌انگاری راجع به کسی که اجبار بر سوگند می‌کند نیز تعیین تکلیف شود.
- ۳- پیشنهاد می‌شود که قانونگذار هنگام بازنگری قوانین، در خصوص شرایط شاهد با دقت‌نظر بیشتری عمل کند و دو شرط قصد و اختیار را به شرایط شاهد اضافه کند یا شرایط مذکور را از شرط اداکننده سوگند حذف کند.
- ۴- از پیشنهادهای دیگر این مقاله این است که در تبصره ۲ ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری اصلاح صورت گیرد و سوگند به شمار اقرار و شهادتی که باید توسط دادگاه استماع شود، اضافه گردد.

الف- قوانین

۱. قانون اساسی

۲. قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲

۳. قانون تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده، مصوب ۱۳۷۵

۴. قانون راجع به مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۶۱ و ۱۳۶۲

۵. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰

۶. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲

ب- کتابها

۱. امامی، حسن، (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، جلد ششم، تهران: اسلامیه، چاپ هفتم.

۲. ایمانی، عباس، (۱۳۸۶)، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، تهران: نامه هستی، چاپ دوم.

۳. بخشی زاده، امین و عارفی، آیناز، (۱۳۹۲)، محشای قانون مجازات اسلامی جدید و تطبیق ماده به ماده با قانون مصوب ۹۲/۲/۱، تهران: اندیشه عصر، چاپ اول.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۴)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم، تهران: گنج دانش، چاپ چهارم.

۶. عجفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۹)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.

۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصرشناسی، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

۸. جوانمرد، بهروز، (۱۳۹۱)، فرایند دادرسی کیفری، جلد دوم، تهران: جنگل، چاپ اول.

۹. حسینی، سید محمد رضا، (۱۳۸۹)، قانون مجازات اسلامی در رویه قضایی، تهران: مجمع

علمی و فرهنگی مجده، چاپ سوم.

۱۰. حق پناهان، عباس، (۱۳۹۳)، بررسی و تحلیل حقوقی و جرم‌شناختی قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی نوین، تهران: جنگل، چاپ اول.
۱۱. زراعت، عباس، (۱۳۹۲)، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تهران: ققنوس، چاپ اول.
۱۲. زراعت، عباس، (۱۳۸۶)، حقوق جزای اختصاصی (جلد اول) جرایم علیه اشخاص، تهران: فکر سازان، چاپ چهارم.
۱۳. سلیمی، صادق و بخشی‌زاده، امین، (۱۳۹۳)، تحلیل ماده به ماده قانون آیین دادرسی کیفری در مقایسه با قوانین سابق، تهران: جنگل، چاپ اول.
۱۴. طاهری، محمدعلی و انصاری، مسعود، (۱۳۸۶)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد اول، تهران: محراب فکر، چاپ دوم.
۱۵. عمروانی، رحمان، (۱۳۹۰)، تعارض ادله اثبات دعوا، تهران: فکر سازان، چاپ اول.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، اثبات و دلیل اثبات، جلد دوم، تهران: میزان، چاپ پنجم.
۱۷. کارخیران، محمدحسین، (۱۳۹۲)، کاملترین مجموعه محشای قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ (جلد دوم) تطبیق با قانون مجازات اسلامی سابق، تهران: راه نوین، چاپ اول.
۱۸. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۹۲)، محشای قانون مجازات اسلامی بر مبنای قانون مصوب ۹۲/۰۱ به همراه مفاهیم جدید و قوانین جزایی پیشین، تهران: مجده، چاپ اول.
۱۹. مهابادی، علی اصغر، (۱۳۹۳)، آیین دادرسی کیفری کاربردی، تهران: دوراندیشان، چاپ اول.
۲۰. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۹۳)، شرح بایسته‌های قانون مجازات اسلامی در مقایسه و تطبیق با قانون سابق، تهران: جنگل، چاپ دوم.

ج- مقالات

۱۴۷

۲۱. احمدی، انور، (۱۳۹۱)، «رویکرد قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲ به قسامه»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و نهم، صفحه ۱۲.

د: سایتهاي اينترنتي

۲۲. دانشنامه حوزه‌ی ویکی فقه، به نشانی: www.wikifeqh.ir



Comparison of Criminal Oath with Other Criminal Evidence

Roghayeh masteri farahani¹

Adel Sarikhani²

Abstract

For the first time and in an admirable move in the history of criminal law legislation, the Iranian legislator enacted criminal evidence in a coherent manner in the Islamic Penal Code of 2013. Prior to the ratification of this law, criminal evidence was expressed in a scattered manner and in the form of separate articles. However, with the ratification of this law, a great transformation took place in the formulation of criminal evidence. Articles 160 to 216 of this law were devoted to criminal evidence, and of these, Articles 201 to 210 were devoted to oaths.

This article examines criminal law, the available written sources, internet sites, files of these sources and compares oath with other criminal evidence in Iranian criminal law. The findings of this study indicate that comparing the oath with the confession, nine common and three different aspects were identified. Comparing oath with claimant swearing, thirteen common aspects have been identified, and comparing oath with testimony in criminal cases, seven common and six different aspects have been identified, while comparing oath with judge's knowledge, five common and five different aspects have been identified.

KeyWords: *reason, probative value, oath, claimant swearing, confession, testimony, judge's knowledge.*

1. PhD student in Criminal Law and Criminology, (Email: farahani2020@gmail.com)
 2. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Qom University, (Email: adelsari@yahoo.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. امامی، حسن، حقوق عدالتی، جلد ششم، تهران: اسلامیه، چاپ هفتم، ۱۳۷۵
۲. ایمانی، عباس، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، تهران: قاعده هستی، چاپ دوم، ۱۳۸۶
۳. پخشی زاده، امین: عارضی، آیین، محشای قانون مجازات اسلامی جدید و تطبیق ماده به ماده با قانون مصوب ۹۲/۲/۱ تهران: اندیشه عصر، چاپ اول، ۱۳۹۲
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج داش، چاپ هفتم، ۱۳۷۴
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلدینجم، تهران: گنج داش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج داش، چاپ دوم، ۱۳۸۹
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی، چاپ اول، تهران: گنج داش، ۱۳۸۲
۸. جوانمرد، بهروز، فایلند دادرسی کیفری، جلد دوم، تهران: چنگل، چاپ اول، ۱۳۹۱
۹. حسیبی، سیدمحمددرضا، قانون مجازات اسلامی در رویه قضایی، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجذ، چاپ سوم، ۱۳۸۹
۱۰. حق‌بنانهان، عیاس، بررسی و تحلیل حقوقی و جرم‌شناسی قانون مجازات اسلامی در نظام حقوقی نوین، تهران: چنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳
۱۱. ذراعت، عیاس، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تهران: قفقوس، چاپ اول، ۱۳۹۲
۱۲. ذراعت، عیاس، حقوق جزای اختصاصی (جلد اول) جوازم علمی اشخاص، تهران: فکرسازان، چاپ چهارم، ۱۳۸۶
۱۳. سلیمی، سادق؛ پخشی‌زاده، امین، تحلیل ماده به ماده قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در مقایسه با قوانین سابق، تهران: چنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳
۱۴. طاهری، محمدعلی و انصاری، مسعود، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد اول، تهران: معراج فکر، چاپ دوم، ۱۳۸۶
۱۵. عمروانی، رحمن، تعارض ادله اثبات دعوا، تهران: فکرسازان، چاپ اول، ۱۳۹۰
۱۶. کاظمیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد دوم، تهران: میرزا، چاپ پنجم، ۱۳۸۸
۱۷. کارخیران، محمدحسین، کاملترین مجموعه محشای قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲/۲۰۱ (جلد دوم) تطبیق با قانون مجازات اسلامی سابق، تهران: راه نوین، چاپ اول، ۱۳۹۲
۱۸. گلدوزیان‌ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی بر مبنای قانون مصوب ۹۲/۲۱ به همراه مفاهیم جدید و قوانین جزایی پیشین، تهران: مجذ، چاپ اول، ۱۳۹۲
۱۹. مهابادی، علی اصغر، آیین دادرسی کیفری کاربردی، تهران: دوراندیشان، چاپ اول، ۱۳۹۲
۲۰. ولیدی، محمد صالح، شرح بایسته‌های قانون مجازات اسلامی در مقایسه و تطبیق با قانون سابق، تهران: چنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۳

کد مقاله

LAW-2101-1042 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

حقوق جزای عمومی - ادله اثبات جرائم

مدخلهای مرتبط قابل استخراج

۱. دلیل ۲. ارزش اثباتی ۳. سوگند قسامه ۴. اقرار ۵. شهادت ۶. علم قاضی

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. مقایسه سوگند با اقرار
۲. مقایسه سوگند با قسامه
۳. مقایسه سوگند با شهادت
۴. مقایسه سوگند با علم قاضی

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. مواد ۱۶۰ تا ۲۱۶ قانون مجازات اسلامی
۲. مواد ۲۰۱ تا ۲۱۰ قانون مجازات اسلامی
۳. ماده ۳۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
۴. ماده ۱۷۴ قانون مجازات اسلامی - ۵. ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی - ۶. ماده ۲۱۱ قانون تعزیرات مصوب ۳۵۹ - ۷. ماده ۳۷۵ قانون ۲۶۰ آیین دادرسی کیفری سال ۹۲ - ۸. آیین دادرسی کیفری - ۹. ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی - ۱۰. آیین ۱۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸

تعارض گواهان در شهادت بر شهادت با تکیه بر بنیادهای فقه اسلامی

(نوع مقاله: مروری)

علی کشاورز*

علیرضا عسگری^۱

امسان سلطانیان نژاد^۲

اکرم دارابی^۳

چکیده

بحث تعارض شهود در یافته‌های حقوقی تفکیک میان بعد از صدور حکم و قبل از آن در ظهور نوشه‌های مشهور فقهاء و حقوقدانان به صورت کلی بحث شده است. این در حالی است که مطابق فحوی فقه اسلامی، تعارض، علاوه بر تقسیم فوق الذکر شامل تعارض به سبب کشف فسق و زور شهود در شهادت ثانوی نیز می‌باشد. با این وصف، ماده ۱۳۱۹ ق.م. هر دو فرض فوق را تابع یک حکم قلمداد نموده است و ترتیب اثر ندادن به چنین شهادتی به قید اطلاق، سبب شباهتی شده است. تجویز صادره از اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳۵ ق.آ.د.م. رجوع به خواستگاه اصلی قوانین ماهوی (فقه) را اجتناب ناپذیر نموده است. با تبعی که در تطبیق تحلیلی فقه شیعه و اهل سنت صورت گرفت، رهیافت‌های کشف فسق و زور و رجوع شهود در موردی که مصدق فسق

*: کارشناسی ارشد دانشگاه علوم قضایی

Email: Ali.keshavarzghaza26@gmail.com (نویسنده مسئول)

۱. استادیار دانشگاه ازاد اسلامی واحد قم دکترای تخصصی

Email: Alireza.asgari88@gmail.com

۲. کارشناسی ارشد دانشگاه اراک

Email: Soltani.lawyer65@gmail.com

۳. کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه ملی قم

Email: Navid.fatholahi.criminal29@gmail.com

شهود نباشد، تفکیک گشت؛ به نحوی که در مورد اول نقض حکم صادره با استظهار از بندهای ۵ و ۶ ماده ۱۳۱۹ق.م. روایت صحیح جمیل و در مورد دوم نیز ماده ۴۲۶ق.آ.د.م. را باید در فرض قبل از صدور حکم و موردنی که رجوع نیز متضمن فسق شهود باشد حمل نمود و رجوع اختلافی قول فرد اعدل با قرائن ملاک قرار گیرد و در بعد از صدور حکم شهود رجوع کننده را خامن ما ائلف دانست؛ که اظهر در شیعه همین است. اما در میان اهل سنت، به دلیل عدم اعتبار دهی به مقام تحمل و ادائی شهادت، توبه شهود فاسق ولو آنکه در مقام ادائی شهادت باشند، را حتی بعد از صدور حکم نیز مقدم بر شرایط اعتبار بخشی شهود می دانند و ابقاء حکم را ترجیح می دهند.

کلیدواژه‌ها: فقه شیعه و اهل سنت، فسق شهود، رجوع از شهادت، خامن.

طرح بحث

مبحث تعارض شهود از جمله مسائل مهمی است که در فقه اسلامی با مراتب مختلف از آن بحث شده و هر کدام به فراخور مبانی‌ای که برای آن قائل هستند، به ذکر تقسیم‌بندی‌های آن پرداخته‌اند. از طرفی مجوز بررسی مسئله در موردی که قانون محمل و مبهم است، مطابق اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳ ق.آ.د.م. تنها با جستار اولیه در رجوع به فقه و فتاوی معتبر می‌سوز است. پس ناگزیر از بررسی مسئله در گفته‌های فقیهان شدیم. تنها با توجه به اینکه همه مبانی و اطراف مسئله در مناقشه فقیهان شیعه یافت نشد، تبع در فقه فریقین را از دوجهت اولی یافتیم؛ اول اینکه بررسی تمامی اقوال حول محور تعارض در شهادت برشهادت (شهادت ثانوی) جز از گذر بررسی تطبیقی می‌سوز نیست، دوم اینکه به جهت رعایت مبنای پژوهش صحیح که دفع دخل مقدار مقدمه رویکرد آن است، با بررسی تطبیقی ایرادات احتمالی نظریه پاسخ داده می‌شود و از این رو بر قوت نظر پژوهش افزوده می‌گردد. در بررسی‌های انجام شده، متوجه شدیم که در فقه شیعه مشهور، تعارض در شهادت را به قبل و بعد از صدور حکم تقسیم‌بندی نموده است. در حالی که متذکر تفاوت کشف فسق شهود و رجوع آنها از شهادت نشده است و تقسیم‌بندی مرسوم عدم تفاوت میان کشف فسق شهود و رجوع آنها بعد از صدور حکم است چرا که مقتضای صدور حکم، فراغت قاضی از بررسی مجدد است؛ از طرفی در فقه اهل سنت اگر چه مشهور قائل به نسخ حکم مبتنی بر شهادت فاسق در زمان ادای شهادت است ولی همان قول مشهور، توبه شهود را من غیرتفصیل (عدم فرق میان حق الله و حق الناس)، مقدم بر حق مشهود له نموده و آن را ساقط کننده تأثیر کشف فسق و زور در شهادت ثانوی می‌داند، واضح است که نظام حقوقی باید بدان پاسخ دهد. در فرض دیگر نوعی تناقض در بیان در مشهور فقه اسلامی جریان دارد که متذکر مسئله نحوه بازپس ستدن مالی که در اثر شهادت فاسق یا متصل بدان، انتقال یافته و همچنین قائل شدن به عدم نقض حکم، نوعی دوگانگی در بیان ایجاد نموده که نیازمند بررسی است؛ چه اینکه چگونه می‌شود حکم نقض نشود ولی مشهود به (مال) به صاحب آن برگردانده شود چه ان مال عین باشد و چه در ذمه تبدیل شده باشد؟! اینها مسائلی است که با تبع در فقه فریقین مورد

بررسی قرار گرفته و لزوم اصلاح ماده ۱۳۱۹ قانون مدنی که هر دو فرض فوق را تابع یک حکم قرار داده و در تقابل با مشهور در شیعه و اهل سنت است، ضروری است. با دلایل موصوف در این مقال به بررسی حالاتی می‌پردازیم که احتمال تعارض میان شهود به سبب بیانات آنان و یا حتی به سبب ویژگی‌هایی که طرفین و شهود به آن متصف هستند را به وجود می‌آورد و تأثیر این حالات را در اعتبار گواهی و همچنین حکم صادره مورد بررسی قرار می‌دهد و از این جهت در دو مبحث طروع تعارض به سبب فسق و دروغ و تعارض به سبب رجوع شهود (اعم از اصل و فرع) و ضمانت ناشی از تعارضات مورد بررسی تحلیلی به نحوی که کافی و وافی به مقصود باشد، قرار خواهد گرفت. اما در مسئله تعارض به سبب انکار و رجوع شهود اعم از اصل و فرع میان شیعه و اهل سنت اختلاف است؛ چه اینکه در شیعه روایاتی داریم که در رجوع شهود، قول به اعدل را ترجیح می‌دهد ولی در میان اهل سنت رجوع قبل از صدور حکم را به فسق ملحق نموده و رجوع بعد از صدور حکم را بتأثیر در حکم منطبق با قاعده فراق دادرسی قلمداد نموده‌اند. این در حالی است که در شیعه عدم توجه به شهادت ثانوی قبل از صدور حکم نه به سبب الحاق به فسق بلکه به جهت تساقط دلیلین است که به شهادت ثانوی اعتنا نمی‌شود و این دو واجد اثری متفاوت هستند. در فرض مورد قبول شیعه با رجوع، به جهت نبود دلیل تعزیر شهودی در میان نیست در حالی که اگر ملحق به فسق شود، اولاً شهود تعزیر می‌شوند و ثانیاً به دلیل اینکه ملحق به فاسق قلمداد می‌شود حتی بعد از صدور حکم نیز می‌باشد حکم نقض شود، در حالی که این نتیجه در میان فریقین جز عده‌ای محدود جایگاهی ندارد. اما مطابق مبنای شناخته شده شیعه، در فرض بعد از صدور حکم، به رجوع انتسابی نمی‌شود و با این توصیف از مبنای ذکر شده، می‌توان از نظر مشهور مبنی بر ابقاء حکم صادر شده جانبداری نمود. بنابراین روشنگری این مباحث در تطبیق تحلیلی پیش رو، می‌تواند روشنگر عدالت شرعی و همچنین هدایتگر تقنین احتمالی آینده قرار گیرد. لازم به ذکر است معادل شهادت برشهادت را شهادت ثانوی برگزیدیم و از آنچه که در فقه تحت عنوان شهادت فرع، شهادت قائم مقامی و بدليت از آن ياده شده، پرهيز نموده‌ایم.^۱

۱. لازم به ذکر است که اطلاق شهادت فرع و قائم مقامی و بدليت مورد خدشه و در فقه بر سر ماهیت شهادت بر شهادت مناقشه است.

مبحث اول: تعارض در شهادت بر شهادت

تعارض در شهادت ثانوی به صورت عنوانی مستقل مورد بحث و مناقشه در قانون و فقه نمی- باشد، ولی به جهت تطبیق اثر در صورت کشف و یا حادث شدن حالاتی که عدالت شهود را به خدش می‌اندازد و مؤثر در اعتبار حکم حاکم می‌باشد، نگارندگان در یک تقسیم‌بندی به بررسی حالات مختلفی که اعتبار حکم و اعتنا به شهود را به تردید می‌اندازد در قالب دو گفتار مجزا (تعارض بر اثر کشف فسق و دروغ و تعارض در اثر رجوع شهود از شهادتشان) تقسیم و مطابق سنت این پژوهش فقه و نظام حقوقی ایران را مورد مقایسه با آرای فقیهان اهل سنت قرار داده است که در ذیل به ترتیب بیان خواهد شد.

گفتار اول: تعارض به سبب فسق و دروغ

تعارض به سبب فسق و دروغ و حالاتی که در شهود حادث می‌شود سبب تردید در اعتبار حکمی می‌شود که بر مبنای آن صادر شده است، از این رو نیازمند بررسی این حالات در فروض قبل و بعد از صدور حکم می‌باشد که هر کدام را جداگانه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

بند اول - تعارض به سبب فسق و دروغ در فقه شیعه و نظام حقوقی ایران

تعارض به سبب فسق و دروغ در روایات مورد اشاره قرار گرفته‌اند و تحت عنوان شهادت زور مورد بیان می‌باشند؛ از این رو به مضمونی از فقه روایی که در ذیل می‌آید، می‌پردازیم.

خبر جمیل از باب شهادت - «فِي شَهَادَةِ الرُّؤْرِ إِنْ كَانَ الشَّيْءُ قَائِمًا بِعِينِهِ رُدًّا عَلَى صَاحِبِهِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَائِمًا خُمُّنَ بِقَدْرِ مَا أُتْلِفَ مِنْ مَالِ الرَّجُلِ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۶/۶).

مضمون روایت فوق که از لحاظ سندیت نیز دارای جنبه‌های توثیق فراوان به جهت ابن أبي عمیر و جمیل ابن دراج می‌باشد چنین است: «در مورد شهادت فرد دروغگو و مزور در صورتی که

از این رو جهت پرهیز از شباهه و تقریب به ذهن، عنوان شهادت ثانوی توسط نگارندگان برای آن برگزیده شده است.

سبب خلع ید از مالی شده که عین آن موجود است، آن مال به صاحبش بر می‌گردد و اگر مال از بین رفته باشد و یا آن مال موجود نباشد شاهد زور به اندازه مال تلف شده ضامن است از آنچه که از مشهود عليه تلف شده واژ بین رفته است».

در فقه از شهادت زور و فاسق در تمامی مراحل نهی شده؛ اما شیخ طوسی (۱۴۰۰ق) عدالت را مقابل فسق در مقام ادای شهادت کافی می‌داند (ص: ۳۲۵). شهادت زور و شهادت بر موضوعی که علم در آن نیست در صورتی که به هر دلیلی پذیرفته شود و بعداً این موضوع کشف گردد، اولاً گناهی صورت گرفته و ثانیاً شاهد فوق، ضامن است (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۳۵). باید دانست که با وحدت ملاک، شهادت دروغگو ملحق به فسق است و در مقابل عدالت قرار دارد. متنهای فقیهان ابراز داشته‌اند: اگر حالاتی که فسق و عدم عدالت را می‌رساند، بعد از صدور حکم توسط قاضی در شاهد مشخص گردد؛ آسیبی به حکم نمی‌رساند ولو این که کشف این حالات در سابق و قبل از ادای شهادت باشد که در این مورد نیز ضابطه، پنهان بودن حالت نزد قاضی است و إلأ در صورت معلوم بودن حالت فوق نزد قاضی، حکم نقض خواهد شد (حلی، محقق، ۱۴۱۸: ۱۲۱/۴). چنین بیانی مقابل عدالت محوری قضای اسلامی است که در آینده بررسی خواهد شد. اما در صورتی که قبل از حکم حالت فسق بر شاهد عارض شود (ویا از قبل در این حالت بوده باشد) به آن حکم نمی‌شود چرا که شهادت شاهد فرع مبتنی بر شهادت شاهد اصل است و از این رو مبنای شهادت که اعتماد و علم شاهد فرع به اصل می‌باشد از بین رفته و رکنی از ارکان نیز خدشه‌دار شده است، پس حکم کردن به آن جایز نیست (حلی، محقق، ۱۴۱۸: ۱۲۹/۴). با این بیان محقق حلی از یک طرف مبنای صحت حکم مبتنی بر شهادت را صحت عدالت محوری شاهد می‌داند و از طرفی دیگر در فرض بعد از صدور حکم فراغت قاضی را مقدم بر عدالت شهود می‌داند که این تماماً در تقابل با فحوابی شرع مقدس و روایات صحیح این باب است.

در مورد شاهد زور نیز حتی در فرض صدور حکم و اجرای آن اگر کذب شهود در آن کشف شود قطعاً حکم نقض می‌شود و از طرفی مال به صاحبش بر می‌گردد و اگر تلف شده و مثلی باشد از جهت حیله‌له باید مثل آن را و إلأ قیمت آن را بپردازد. در فرض دیگر اگر در شهادت ثانوی

طرفین شهادت دهنده و سپس قبل از حکم فاسق شوند و یا بمیرند تأثیری در حکم ندارد و به آن حکم می‌شود چرا که در مقام ادای شهادت صحت و سلامت کامل داشته‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۸۹). چنانکه ملاحظه شد اول مشخص شد که در فقه میان فسق و زور شهود تفکیک صورت گرفته که البته مسئله اختلافی است. در ثانی ملاک فقه شیعه اعتبار شرایط شهود در مرحله ادای شهادت شرط است. بنابر همین اظهارات مقنن در ماده ۲۳۶ ق.آ.د.م امر به هشدار به شهود در حرمت گواهی کذب و عقوبت آن و همچنین مسئولیت مدنی ناشی از آن را صادر نموده و در ماده ۲۳۴ قانون فوق الذکر اشعار می‌دارد: «... چنانچه پس از صدور رأی بر دادگاه معلوم شود که قبل از ادای گواهی جهات جرح وجود داشته ولی بر دادگاه مخفی مانده و رأی صادره هم مستند به آن گواهی بوده، مورد از موارد نقض می‌باشد و چنانچه جهات جرح بعد از صدور رأی حادث شده باشد، مؤثر در اعتبار رأی دادگاه نخواهد بود...». مطابق این بیان مشخص می‌شود که مقنن فسق و زور شهود را جمعاً از موارد جرح در مرحله ادای شهادت معتبر دانسته است. باید دانست اگر چه شاید بنابر نظری جرح نیاز به ابراز ایراد دارد، لیکن دسته‌ای از شرایط مثل عدالت شهود از مواردی است که دادگاه در احراز آن مستقلأً عمل می‌نماید (شمس، ۱۳۹۰: ۲۵۸/۳). این مفهوم با قیاس اولویت استنباط می‌گردد. چه اینکه مطابق قانون مواردی که در زمرة حالات ابراز جرح می‌باشند سبب بی‌اعتباری حکم است پس به طریق اولی مواردی که در زمرة حالات بی‌اعتباری ابتدایی حکم است، از مفاد ماده ۲۳۴ استنباط می‌گردد.

بند دوم - تعارض به سبب فسق و دروغ در آرای فقیهان اهل سنت

الف) فقه حنفی

در فقه اهل سنت شهادت زور از اقسام فاسق معرفی شده است (ابن نجیم مصری، بی‌تا: ۲۳۶/۱۸، الغیتابی حنفی، ۱۴۲۰: ۱۱۲/۹). مجازات چنین شهادتی روشن ساختن هویت شاهد فاسق است (زیلیعی الحنفی، ۱۳۱۳: ۲۴۲/۴، ابی العز حنفی، ۱۴۲۴: ۵۳۱/۴). البته همگی اتفاق دارند که اگر روشن شود که به شهادت فاسق حکم صادر شده باشد، و فاسق توبه کرده باشد، حکم صادر شده صحیح می‌باشد (ابن نجیم مصری، بی‌تا: ۲۳۶/۱۸، الغیتابی حنفی، ۱۴۲۰: ۱۱۲/۹، زیلیعی الحنفی، ۱۳۱۳: ۲۴۲/۴، ابی العز حنفی، ۱۴۲۴: ۵۳۱/۴، السمرقندی، ۱۴۰۵: ۱۴۷/۳-۱۵۰). از طرفی حنفی‌ها اعتقاد دارند که بسنده کردن به ظاهر عادلانه شهود که مطابق اصل و ظاهر است، کافی است: (قدوری، بی‌تا: ۲۱۹) و تحصیل قاضی در صحت و فسق شهود وجهی ندارد مگر آنکه طرف مقابل جرح نماید.

ب) فقه شافعی

شهادت زور در فقه شافعی دارای مصاديق متعددی است و مطابق آنچه که عقل حکم می‌کند علم شهادت دهنده به خلاف واقع بودن، از ارکان شهادت زور است مثل آنکه به طلاق زنی توسط شوهرش شهادت دهنده در حالی که زن با یکی از آنها تبانی کرده باشد (شافعی، ۱۴۱۰: ۸۰/۷، العمرانی الیمنی، ۱۴۲۱: ۲۷۸/۱۳). در شافعی شهادت کسی که شرایط احراز عدالت را ندارد به واسطه فسق مردود است مگر آنکه صحت حالش ثابت شود و یا آنکه توبه کرده به نحوی که استدامت به آن نیز برای قاضی محرز شود (النوعی، بی‌تا: ۲۵۲/۲۰). اما آنچه که در فقه شافعی از فحوای کلام قابل دریافت است توبه‌ی فاسق را نمی‌توان بر مبنای ظاهر حمل کرد چرا که دارای اقسامی مثل حقوقی که میان بنده و خدا است و حقوقی که میان بنده با سایر بندگان است، می‌باشد (النوعی، ۱۴۱۲: ۱۹۱/۴) از این رو توبه در قسم دوم نیاز به احراز برائت ذمه و جنبه اثباتی برای شاهد سابق دارد ولی مورد فارق آنان همانند حنفی‌ها با فقه شیعه این است که احراز توبه را مقدم بر شهادت در حال فسق می‌دانند.

ج) فقه مالکی و حنبلی

در فقه مالکی نیز پذیرش شهادت بر شهادت فرد فاسق مورد نهی است؛ اما اگر عداوت دینی در میان باشد مثل آنکه مشهود علیه، کافر یا فاسق باشد نشانه قوت ایمان شهود می‌باشد (القرافی، ۱۹۹۴: ۲۶۶/۱۰) اما در فقه مالکی بیشتر به ذکر مجازات شاهد زور و در مورد فاسق ترتیب اثر ندادن به آن صحبت به میان آمده است (أصبهی مدنی، مالک، ۱۴۱۵: ۳۹/۱۲). همانند سایر فرق اهل سنت در مالکی و حنبلی چنانچه فاسق توبه‌اش نزد حاکم آشکار شود شهادتش پذیرفته می‌شود (القیروانی مالکی، ۱۹۹۲: ۲۹۲/۸، ابن قدامه ۱۴۱۴: ۲۷۱/۴). از طرفی گفته شده، اگر آشکار شود که در هنگام ادای شهادت، فسق وجود داشته و لو آنکه حکم صادر شده باشد و یا اجرا شده باشد تمہیدات لازم برای برگرداندن وضعیت به حالت سابق اندیشیده خواهد شد (ابن قدامه ۱۴۱۴: ۲۷۲/۴). از بیان فوق مشخص می‌شود، صحت حال شاهد در مرحله ادای شهادت مهم است و چنانچه تنها فسق شاهد در مرحله تحمل باشد، بدان اعتنایی نمی‌شود.

گفتار دوم: تعارض به سبب انکار و رجوع از شهادت بر شهادت

در این گفتار اثر رجوع شاهد از شهادت در شهادت ثانوی در فقه در فروض مختلف از جمله قبل و بعد از صدور حکم، پرداخته شده است که مطابق سنت این پژوهش در فقه و نظام حقوقی ایران و همچنین فقه اهل سنت به بررسی تطبیقی در آن خواهیم پرداخت.

بند اول - اثر رجوع شاهد از شهادت در فقه شیعه و نظام حقوقی ایران

اثر رجوع شاهد از شهادت در موارد مختلف از جمله قبل از صدور حکم و یا بعد از صدور حکم و همچنین قبیل و یا بعد از اجرای مفاد حکم متفاوت و آثاری بر آن مترتب می‌باشد که به ترتیب مورد اشاره نصوص شرعی و هم چنین استدلالات فقیهان از یک طرف و قانون به تأسی از فقه از طرف دیگر می‌باشد که به تفصیل و اقتصار به ضرورت بیان خواهد شد.

«فِي رَجُلٍ شَهِدَ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ فَجَاءَ الرَّجُلُ فَقَالَ لَمْ أُشْهِدْهُ قَالَ فَقَالَ تَجُزُّ شَهَادَةُ أَعْذَلِهِمَا وَلَوْ كَانَ أَعْذَلُهُمَا وَاحِدًا لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُ» (تهذيب الأحكام؛ ١٤٠٧، صدوق؛ ١٤٠٩: ٥/٢٥٦، ٣/٧٠).

مضمون روایت فوق چنین است: ... از حضرت صادق علیه السلام منقول است که در مورد مردی پرسیده شد که شاهد بر شهادتی شده، سپس شاهد اصلی آمده و ابراز داشته که او را به عنوان شاهد (یا شاهد بر شهادتش و یا نسبت به یک امر که شاهد گرفتن در آن جایز می‌باشد) نگرفته است، حضرت فرمودند که شهادت هر کدام که عادل‌تر است مورد پذیرش است و اگر در عدالت با هم برابر بودند شهادتش پذیرفته نیست (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۲۹، فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۴۸/۴) اگر چه مربوط به قبیل از صدور حکم است (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۹۱/۲، فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۵۰/۴).
مضمون روایت بر این است که در صورت رجوع شاهد از شهادت که جلوه‌ای از تعارض در شهادت ثانوی است، آنچه که مورد توجه شارع است، صدق و درستی شهود و عدم پایمال شدن حقوق موضوع شهادت ثانوی است.

از طرفی گفته شده است اگر رجوع شاهد اصل قبل از حکم باشد، قطعاً شهادت فرع باطل شود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ۴۵۰/۴) به دو دلیل:

اول: اگر شاهد اصل در انکارش کاذب باشد، پس فاسق است و شرط عدالت را ندارد در حالی که حکم به شهادت فرع بر پایه عدالت اصل نیز بوده است.

دوم: اگر در انکارش صادق باشد، پس در این صورت، فرع کاذب است و به شهادتش ترتیب اثر داده نمی‌شود.

در رجوع بعد از حکم چنانچه شهود فرع از شهادت رجوع نمایند اگر سبب انتقال مالی شده باشد و عین مال موجود باشد به دلیل آنکه اقرار به فسق و شهادت زور کرده‌اند، عین مال به صاحب‌ش برعگردانده می‌شود و اگر تلف شده باشد ضامن مثل و یا قیمت مال هستند (عاملی، شهید اول، ۱۴۱۷:)

(آن هم به قیمت یوم‌الاًدا چرا که باید مال مالک به ارزش از دست رفته اش به دست صاحب‌ش برجردد).

ب) نظام حقوقی

موضوع رجوع شهود از شهادت در ماده ۱۳۱۹ ق.م مورد اشاره می‌باشد که بیان آن به شرح زیر است: «در صورتی که شاهد از شهادت خود رجوع کند یا معلوم شود بر خلاف واقع شهادت داده است، به شهادت او ترتیب اثر داده نمی‌شود» چنانکه ملاحظه می‌شود فرض رجوع شاهد و احراز فسق ناشی از تزویر شهود تابع یک حکم و هر دو سبب بی‌اعتباری شهادت قلمداد شده است. این عدم تفکیک در تقایل با شرع می‌باشد. از این رو وضعیت قبل و بعد از صدور حکم نیز در آن مشخص نشده است.

مطابق نظر یکی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۹۰) در صورتی رجوع شاهد و کشف خلاف واقع بودن مؤثر در نقض حکم صادره است که مشمول بندهای ۵ و ۶ ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، شرح ماده ۱۳۱۹) از طرفی به نظر حیاتی (۱۳۹۰) در شرح آیین دادرسی شهادت زور از مصاديق بند ۵ محسوب می‌شود (حیاتی، ۱۳۹۰، شرح ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م).

عده‌ای در فرض رجوع بعد از صدور حکم به عدم نقض حکم نظر داده‌اند که مبتنی بر دلایلی از جمله اصله‌الصحه و استصحاب (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۶/۴۱) از یک طرف و از طرف دیگر قاعده فراق دادرس و عدم تصرف در حکم صادره (حسن‌زاده، ۱۳۹۳: ۱۳) می‌باشد. اما آنچه که مورد تردید است شهرت عدم نقض حکم صادره و ضمانت شهود است که عین موجود را قابل برگشت و غیرموجود را در ذمه شاهد زور (چرا که با برگشت از شهادت به کذب خود اقرار کرده است) می‌دانند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۵۶/۶)، در حالی که چنانچه دروغ بودن شهادت محرز شود و عین مال موجود باشد تنها با نقض حکم صادره می‌توان عین مال را به صاحب‌ش برگرداند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۵۷/۶). این وضعیت با جلوگیری از استیفاده ناروای مشهود له نیز همخوانی دارد.

بند دوم - اثر رجوع شاهد از شهادت در آرای فقیهان اهل سنت

رجوع در لغت به معنای بازگشت از کار یا امری می‌باشد و ابن سکیت بدان قائل است. در خزانه المفتین آمده: آن قول شاهدی است است که به امری شهادت داده و یا شهادت بر زور است (ابن نجیم مصری، بی‌تا: ۱۲۷/۷).

الف) فقه حنفی

در فقه حنفی عنوان رجوع مورد بحث علی‌حده است و در اثبات این ادعا روایتی از عمر خلیفه دوم منقول است بنابراین مضمون: «رجعت و بازگشت به سوی حق بهتر از ماندن در باطل می‌باشد» (الغیتایی حنفی، ۱۴۲۰: ۲۰۰/۹، مجdal الدین الحنفی، ۱۳۵۶: ۱۵۳/۲). دلیل بیان فوق این است که رجوع از شهادت با شهادت زور ملازمه دارد (ابن نجیم مصری، بی‌تا، ج ۷، ص: ۱۲۷ / الغیتایی حنفی، ۱۴۲۰: ۲۰۰/۹).^۱ در کنار ضمان شهود در فرض رجوع از شهادت که رکن آن قول شاهد به زور و کذب است^۲، در هر حال تعزیر را به دنبال خواهد داشت، این فرض مختص بعد از صدور حکم است (الغیتایی حنفی، ۱۴۲۰: ۲۰۱/۹).

در کتاب البناء آمده است: «اگر شهود فرع و شهود اصل مجتمعاً از شهادت رجوع نمایند بنا بر قول أبوحنيفه و أبو يوسف ضمان بر عهده‌ی شهود ثانوی یا همان فروع می‌باشد چرا که حکم، به شهادت فروع صادر شده و رابطه سببیت در اتلاف محرز است» (الغیتایی حنفی، ۱۴۲۰: ۲۰۱/۹). در حقیقت مبنای ضمان شهود در این جا نظریه سبب مؤثر است.

در فرض رجوع از شهادت که به شهود اصل و فرع نسبت داده شده است، مشهود علیه مختار است که به شاهدان اصلی رجوع کند و یا آنکه به شهود فرع رجوع نماید. و حتی اگر اصول به

۱. «مُنَاسِبَةً لِشَهَادَةِ الرُّورِ ظَاهِرَةٌ وَهُوَ أَنَّ الرُّجُوعَ لَا يَكُونُ غَالِيًّا ...»

۲. دلیل اختصاص قول کذب به شاهد نتیجه پذیرش صحیح رجوع از شهادت نزد قاضی به عنوان یک شرط اجتماعی است. مگر می‌شود شهادت نزد غیر ادا شود و قاضی محاکمه بدون شنیدن آن و بدون اتیان سوگند بر مبنای عدم سبب در علم، حکم صادر کند! پس نتیجه طبیعی بیان فوق پذیرش فرض رجوع از ادای شهادت نزد قاضی می‌باشد که مورد اتفاق همه فقیهان است. از طرفی با این وصف که در رجوع، قول شاهد را به کذب به عنوان رکن معرفی می‌کند قیدی اخترازی در انکار شاهد اصل می‌باشد که ممکن است به اشتباه تحت عنوان رجوع از آن یاد شود. پس بیان مطرح شده بیانی جامع و مانع در فرض مذکور است.

نهایی از شهادت بر شهادت ذکر شده رجوع نمایند، بنابر قول رؤسای مذهب خصمانی بر عهده آنها نیست؛ ولی مطابق نظر دوم همچنان مشهود علیه مختار است که به هرکدام از شهود اصلی و شهود ثانی رجوع نماید چرا که هرکدام به طور علی حده سبب اتلاف هستند و همانند رجوع به غاصب در غصب است که مالک به هرکدام از غاصبین خواست می‌تواند رجوع نماید؛ که آن را قول مختار دانسته‌اند (ابن مازه بخاری، ۱۴۲۴: ۶۵۸/۹).

در مجله‌الاحکام العدلیه نیز در ماده ۱۷۲۸ نیز رجوع شهود قبل از صدور حکم را علاوه بر بی‌اعتباری شهادت، سبب تعزیر و ضمان همزمان دانسته است به شرطی که شهادت صحیح نزد قاضی ادا شده باشد. مطابق ماده ۱۷۲۹ قانون مذکور نیز؛ رجوع شهود بعد از صدور حکم در حضور قاضی تأثیری در حکم صادره ندارد ولیکن شهود ضامن ما أتلف می‌باشند (بدون تفصیل میان عین و دین، ولی به قرینه مفروض در دین است و إلا عین باز می‌گردد).

چنان که ملاحظه می‌شود میان فقه و قانون حنفی تعارض در تعزیر شهود رجوع کننده وجود دارد. در اولی آن را مختص قبل از صدور حکم می‌داند و در دومی آن را بعد از صدور حکم می‌داند.

ب) فقه شافعی

در مذهب شافعی رجوع شهود از شهادت را در سه حالت مفروض دانسته‌اند (عمرانی یمنی شافعی، ۱۴۲۱: ۳۹۲/۱۳).

اول: رجوع قبل از صدور حکم

دوم: رجوع بعد از صدور حکم و قبل از استیفای حکم

سوم: رجوع بعد از صدور و استیفای حکم

در فرض اول که سقوط اعتبار شهادت لازمه آن است چرا که آن را إجماع علمای مذهب دانسته‌اند (عمرانی یمنی شافعی، ۱۴۲۱: ۳۹۲/۱۳).

در مورد دوم به قیاس کشف فسق شهود صدور حکم را به آن جایز ندانسته و به دلیل تشکیک وارد آن را غیرنافذ و قابل نقض می‌دانند.

در مورد سوم نیز فحای کلام مذکور و بنا بر استدلال مطرح شده اقوی، عدم نقض حکم به سبب ایجاد امر محتمل و همچنین عدم ضمان است.

در این مورد میان فقیهان شافعی اختلاف وجود دارد بدین بیان که به سبب استقرار بینه و صدور حکم و همچنین لزوم در احکام صادره، عدم نقض حکم و استیفاء را ترجیح بر سایر احوال داده‌اند (ابن ملقن، ۱۴۲۷: ۱۵۳). مگر آنکه عقوبت باشد مثل حد که حکم متوقف می‌شود.

در مورد رجوع قبل از استیفای حکم و بعد از صدور حکم به آن، اگر مشهود به مال باشد با رجوع بعد از صدور حکم و قبل از استیفا حکم نقض نمی‌شود و این قول جمهور فقیهان است (ماوردی بغدادی، ۱۴۱۹: ۲۵۴/۱۷).

اما در مورد قسم سوم با اینکه همه فقیهان شافعی قائل به عدم نقض حکم نافذ شده می‌باشند مسئله بغرنج در سه حالت بعد از استیفای حکم مطرح است؛ چرا که از یک طرف حکم نافذ شده و به اجرا هم درآمده و از طرف دیگر رجوع شهود احتمال تضییع حق را که هدف اولیه قضاوت حفظ آن است را بالا می‌برد.

به دلیل اختلاف در حق مستوفی بحث در سه مورد اتلاف در ابدان و اتلاف در احکام و اتلاف در اموال مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در مورد اتلاف در ابدان اگر شهادت بر قتل و یا قطع دهنده و سپس شهود رجوع نمایند فقیهان در آن اختلاف دارند در فرضی که عمداً شهادت داده باشند.

در مذهب شافعی قصاص را در این فرض مورد پذیرش دانسته در حالی که احمد و إسحاق نیز موافق این قول می‌باشند (أبوإسحاق شیرازی، بی‌تا: ۴۶۴/۳).

در مذهب حنفی بنا بر موجب شدن اجرای حکم بدون قصاص و همچنین توسعه خطا در اجرای احکام قصاص را ساقط می‌دانند ولی دیه را بنا بر الزام به رجوع جایز دانسته‌اند.

در مذهب مالک نیز علاوه بر عدم پذیرش قود در اثر رجوع از شهادت، به دلیل احتمال أقوی بودن مباشرت نسبت به سببیت که همان شهود هستند دیه را هم ساقط دانسته و حکمی بر آن مترتب نمی‌دانند. دلایل ذکر شده در مذهب شافعی بنا بر دو روایت وارد (النوی، ۱۴۱۲؛ ۲۷۸)، در زمان حکومت ابوبکر و حضرت علی علیه السلام می‌باشد که بر قود در رجوع و سقوط رجوع در کنار ضمان دیه به ترتیب دلالت دارند، می‌باشد.

ج) فقه مالکی و حنبی

در فقه مالکی رجوع در شهادت را بعد از صدور حکم در موردی که رسول خدا (ص) قضاوت کرده باشد مؤثر در حکم نمی‌دانند چرا که قضاوت ایشان خود شهادتی بر حکم است و بر طرفین اولی می‌باشد؛ اما در اغیار اولی بطلان حکم است (القرافی، ۱۹۹۴: ۱۰/۲۹۵). در مورد رجوع در موارد حدود قبل از اجرا که حکم اجرا نمی‌شود ولی بعد از اجرای حکم باید دانست که رجوع کنندگان به تشریک نسبت به سهم نصاب در پذیرش اگر غیرعمد باشد ملزم به پرداخت دیه می‌شوند. در مورد اموال نیز در فرض قبل از صدور حکم که بحثی نیست ولی در فرض بعد از صدور حکم ضامن مال تلف شده در اثر شهادت به آن می‌باشند (القرافی، ۱۹۹۴: ۱۰/۳۱۹، قیروانی، ۱۴۱۵: ۲۲۹/۲).

در بیانات فوق به پرداخت غرامت در فقه مالکی أقوی به إشاره در عدم نقض حکم شده که صراحة در فرض بعد از صدور حکم من غیر تفصیل در اجرا ویا عدم اجرای آن را دارد (قیروانی، ۱۴۱۵: ۲۲۹/۲). بعد از صدور حکم و قبل از استیفاء ساكت و آن را بعد از صدور و استیفاء در مورد اتلاف اموال معرفی می‌کند ولی در غیراموال (حدود) مورد اختلافی است و غیر از این قاسم از مفتیان قرن پنجم بقیه حرمت خون مومن را اولی از اجرای حکم دانسته و دیه را به عنوان بدل جایگزین می‌دانند.

در نهایت در فقه مالکی در مورد اموال تفصیل میان رجوع بعد از حکم را در صورتی که شهود ادعای خطا و اشتباه کنند قول قوی‌تر بر الزام به پرداخت غرامت مشهود علیه بدون نقض حکم به سبب احتمالی بودن آن است. اما در صورت عدم شهود در شهادت که زور و کذب شهود را

می‌رساند میان نقض حکم دو قول بلا ترجیح وجود دارد که جبران غرامت مشهود علیه، بر شهود زور را ترجیح داده‌اند (ابن قدامه، بی‌تا: ۹۱۸/۲).

چنانچه به مالی شهادت داده شود و از طرفی بعد از حکم به‌واسطه‌ی ادای شهادت، شهود از شهادتشان برگردند باید جبران خسارتنی را که (در اثر شهادت غیرواقعی) ادا کرده‌اند بنمایند و هم چنین نمی‌توانند بابت این غرامت به مشهودله مراجعت نمایند چه عین مال موجود باشد و چه تلف شده باشد چرا که آنها (شهود زور) حائل میان مالک اصلی و مالش شده‌اند به صورت عدوانی؛ پس همان‌گونه که ضمان غاصب برقرار می‌باشد، آنها هم مثل غاصب (و در حکم غاصب) ضامن غرامت ناحق وارد می‌باشند (ابن قدامه، ۱۴۱۴: ۳۹۵/۴). از این رو اگر مدخل نصاب حکم واقعه بر اساس شهادت دو نفر باشد و همان واقع شده و سپس برگردند هر کدام ضامن نصف غرامت وارد می‌باشند. وهمین‌طور در صورتی که سه نفر باشند، هر کدام ثلث و ... و در صورتی که مدخل محقق نصاب وارد شهادت زنان به همراه مردان باشد مثل یک مرد و دو زن که در امور مالی جاری است اگر مجتمعماً رجوع کنند مرد به میزان نصف و هر کدام از زنان ربع غرامت را باید پردازند (ابن قدامه، ۱۴۱۴: ۳۹۶/۴) و همین‌طور در موارد دیگر.... .

در مورد حکم به شهادت فروع و برگشت اصول از آن که مطابق اکثر مسامحتاً از رجوع اصول از شهادت فروع نام برده شده است و پیشتر تضاد آن را بیان کردیم؛ ضمانی بر شهود اصل نیست چنانکه در قول أبوحنیفه و أبویوسف نیز ذکر آن گذشت ولی اگر خود شهود اداء کننده (شاهدان بر شهادت) از شهادتشان برگردند همچنان ضامن غرامت وارد می‌باشد علیه از باب سببیت می‌باشند؛ همان‌گونه که تزکیه کنندگان آنها نیز ضامن هستند (ابن قدامه، ۱۴۱۴: ۳۹۷/۴).

چنان‌که معلوم شد مطابق ظاهر بیانات فوق وضعیتی برای آن ایفای بدون جهت توسط مشهود له به خصوص در مواردی که زور شهود ملازمه با فریبکاری مشهود له نیز دارد، مشخص نشده و حتی در بیان صریحی غریم نمی‌تواند به مشهود له مراجعت نماید اماً به طور کلی مراجعت به مشهود له نفی نشده از یک طرف و از طرف دیگر بیان آخر در مورد احتمال مراجعت به مشهود له نقض غرض است. بنابراین نه تنها به جهت أقوی بودن سبب بلکه مباشرت در استیفای از مال

در کنار بدون جهت بهره‌بردن از مال و چنان‌که در مذهب حنفی و شافعی اشاره شده عدم حصر مسئولیت در تلف مال به تقصیر و أمثال آن و لزوم جبران خسارت از غیرمقصر از طرف دیگر و وحدت طریق مسائل مطرح شده نیز در کنار هم نمی‌توان از تعیین تکلیف اموال وارد شده به صورت من غیر حق در ید مشهود له چشم پوشید و باید که قانون و فقه پویای اسلام در این بفرنج تعیین تکلیف نماید تا قواعد فقهی و حقوقی به نحو صحیح و عدالت محور در فصل خصوصیت میان طرفین کاربرد و مقبولیت داشته باشند.

همان طور که در بررسی های فقهی متوجه اهمیت مسئله تعارض شهود در شهادت ثانوی شدیم، بایستی قائل به تفکیک شد. بدین نحو که دو فرض کشف فسق و زور را با رجوع از شهادت، اگر چه در بعضی از مجاری خود به هم می‌رسند تفکیک نمود و حکم هر کدام را مجزا تعیین نمود. با وجود نقصی که در ماده ۱۳۱۹ ناظر بر حمل دو فرض ذکر شده بر یک حکم که مطابق مشهور در فرض انکار قبل از صدور حکم جریان دارد، لازم است تا ماده فوق الذکر و قوانین در این موضوع اصلاح و مورد بازنگری قرار گیرند. فرضیه های مد نظر این پژوهش، در فرض انکار و رجوع بعد از صدور حکم از این جهت در حکم مؤثر نیست؛ که معلوم نیست با رجوع رجوع کننده در رجوعش صادق باشد تا سبب بی‌اعتباری حکم شود. از این رو با توجه به مفاد قدرت اجرایی اقرار ضمنی شاهد رجوع کننده فرض می‌شود که محکوم لهی که با این شهادت به مالی دست یافته است به حق بوده است و با اقرار ناشی از رجوع، مسئولیت بر ذمه رجوع کننده است که این مسئله در فقه اهل سنت با مبنای آن در تضاد است و الحاق این رجوع به فسق شهرت یافته که می‌بایست سبب بی‌اعتباری حکم شود. اما در فرضی که کشف فسق شهود اعم از اصل و فرع شود ولو آنکه به سبب اقرار ناشی از رجوع باشد که مبین فسق شاهد است، چه بعد از صدور حکم و چه قبل از آن سبب بی‌اعتباری حکم است و در این فرض علی رغم ظهور شرع در عدم تأثیر بعد از صدور حکم، باید گفت وقتی فسق شهودی ثابت شد، چگونه می‌شود هم قائل بر عدم نقض حکم بود و هم قائل بر رساندن مال به مشهود علیه؟ غیر از این نیست که تنها با فرض نقض حکم می‌توان مشهود به را از مشهود له بازپس گرفت و به صاحب آن داد. پس برخلاف مشهور حقوقدانان که تنها در فرض بندهای ۵ و ۶ ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م. که مجوز اعاده دادرسی است، نقض حکم فراتر از آن هم حتی در صورتی که خود قاضی پی‌برد به فسق شهود و یا آنکه اقرار شهود متنضم کشف فسق آنها باشد، می‌توان به نقض حکم صادره ولو بعد از قطعی شدن و در حین اجرا نظر داد. حال اینکه ضمانت در این مسئله بر چه مبنایی استوار است، می‌توان، به نظریه سبب در فرضی که مال تلف شده است و نظریه ضمان ناشی از ایفای ناروا در فرضی که

مال موجود است پی برد؛ والا چگونه می‌شود که ضمان شهود را قائل باشیم در حالی که مال در دست مشهود له که از ایفای ناروا بهره می‌برد، باقی باشد. در چنین فرضی شهود تعزیر شوند و مال از مشهود له به صاحب شناخته شده آن بازگردانده شود. منتها در اینجا نیز باید فروض الحقاب به فسق شهود رجوع کننده و ناشی از محسوسات مشتبه شهود را که تردید در آنها ایجاد نموده تفکیک نمود و نقض حکم را ناظر بر کشف فسق شهود در زمان ادائی شهادت مجری دانست. از طرفی در بحث تطبیقی که با فقه اهل سنت صورت گرفت متوجه چند مسئله شدیم، اول آنکه در فقه اهل سنت توبه شاهد فاسق را حتی بعد از صدور حکم و اجرای آن جوازی بر ابقاء حکم در نظر گرفته‌اند. اگر چه قائل به ضمان شهود اقرار کننده هستند. این در حالی است که در فقه شیعه و مفاد ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م. چنانچه کشف شود که مبنای صدور حکم معتبر نبوده از موارد نقض حکم است. از طرفی هم پذیرش چنین توبه‌ای ملازمه با تجری و استیفای بدون حق مشهودلیه که با شهود تبانی کرده دارد؛ در حالی که توبه از موارد عبادی و اصل آن حق الله است و می‌دانیم که عبادت از راه فساد و چشم بستن بر استیفای بدون حق دیگری محقق نمی‌شود. پس تنها اثر توبه شهود اسقاط مجازات است نه ابقاء حکم. از جمله موارد اختلافی دیگر در فقه شیعه و اهل سنت در مالکی رجوع بعد از صدور حکم را نیز ناقض حکم می‌دانند که در تقابل با فحوای فقه اسلامی است. در تفکیک ذکر شده به صورت پراکنده در فقه اسلامی به مسئله رجوع بعد از صدور حکم و قبل از اجرا و یا لازم‌الاجرا شدن آن اشاره شده که مشهور عدم اجرای احکام مربوط به حدود است و در مابقی چنانچه عقوبی باشد مثل قصاص اجرا نمی‌شود و غیر آن به دلیل لازم‌الاجرا شدن حکم التزام به حکم در اولویت می‌باشد مگر آنکه رجوع هر یک از شهود، بعد از صدور حکم متضمن فسق یکی از شهود باشد که باز هم نقض حکم ترجیح می‌یابد.

منابع و مأخذ:

منابع فارسی

كتب

۱. حیاتی، علی عباس، (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، دوم، نشر میزان، تهران.
۲. شمس، عبدالله، (۱۳۸۷)، آیین دادرسی مدنی، انتشارات دراک، تهران، ایران، دوره سه جلدی.
۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، اثبات و دلیل اثبات، چاپ پنجم. نشرمیزان، تهران، جلد دوم.

مقالات

۴. حسن‌زاده، مهدی، (۱۳۹۱)، «اثر تعذر حضور شاهد در ادای شهادت»، مجله حقوق اسلامی، شماره ۳۵.
۵. حسن‌زاده، مهدی، (۱۳۹۳)، «بررسی فقهی- حقوقی اثر رجوع شاهد از شهادت...»، مجله حقوق اسلامی.
۶. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۳)، «ارزش اثباتی شهادت»، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۱۳.
۷. قرجه لو، علیرضا، (۱۳۸۷)، «شهادت برشهادت در حقوق ایران و انگلیس»، الهیات و حقوق، ش ۲۸.
۸. کریمی، عباس، (۱۳۸۸)، «عدم پذیرش شهادت بر مسموعات و...»، فصلنامه دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱۵.

منابع فقهی شیعه

٩. اردبیلی، احمد بن محمد، (١٤٠٣ق)، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، ١٤ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.
١٠. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، (١٤١٦ق)، کشفاللثام و الإبهام عن قواعدالأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.
١١. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، (١٤١٨ق)، ریاضالمسائل (ط - الحدیثة)، ١٦ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول.
١٢. حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، (١٤١٠ق)، السرائرالحاوی لتحریرالفتاوى، ٣ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم.
١٣. حلّی، محقق، نجمالدین، جعفر بن حسن، (١٤٠٨ق)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ٤ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم.
١٤. حلّی، محقق، نجمالدین، جعفر بن حسن، (١٤١٨ق)، المختصرالنافع في فقه الإمامية، ٢ جلد، مؤسسةالمطبوعات الدينیة، قم - ایران، ششم.
١٥. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (١٤١١ق)، تبصرةالمتعلمين في أحكام الدين، در یک جلد، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران - ایران، اول.
١٦. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (١٤٢٠ق)، تحریرالأحكام الشرعیه على مذهب الإمامیه (ط - الحدیثة)، ٦ جلد، مؤسسه امام صادق علیهم السلام، قم - ایران، اول.
١٧. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (بی تا)، تحریرالأحكام الشرعیه على مذهب الإمامیه (ط - القدیمة)، ٢ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، مشهد - ایران، اول.

١٨. حلى، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدی، (١٤١٣ق)، مختلف الشیعه فی أحكام الشريعة، ٩ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم.
١٩. حلى، فخر المحققین، محمد بن حسن بن يوسف، (١٣٨٧ق)، إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ٤ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، اول.
٢٠. خمینی، سید روح الله موسوی، (بی‌تا)، تحریر الوسیله، ٢ جلد، دارالعلم، قم - ایران، اول، ج. ٢.
٢١. خوانساری، سید احمد بن يوسف، (١٤٠٥ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ٧ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم.
٢٢. طبرسی، امین الإسلام، فضل بن حسن، (١٤١٠ق)، المؤتلف من المختلف بين أئمة السلف، ٢ جلد، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد - ایران، اول.
٢٣. شعرانی، ابوالحسن، (١٤١٩ق)، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدين - ترجمه و شرح، ٢ جلد، منشورات إسلامیه، تهران - ایران، پنجم.
٢٤. طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبدالعزیز، (١٤٠٦ق)، المذهب (ابن البراج)، ٢ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول.
٢٥. طوosi، ابو جعفر، محمد بن حسن، (١٣٩٠ق)، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، ٤ جلد، دارالكتب الإسلامية، تهران - ایران، اول.
٢٦. طوosi، ابو جعفر، محمد بن حسن، (١٤٠٧ق)، تهذیب الأحكام، ١٠ جلد، دارالكتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم.
٢٧. طوosi، ابو جعفر، محمد بن حسن، (١٤٠٧ق)، الخلاف، ٦ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، (ج ٤ ص: ٢٤٩ تا ٣٢٥).
٢٨. طوosi، ابو جعفر، محمد بن حسن، (١٣٨٧ق)، المبسوط فی فقه الإمامية، ٨ جلد، المکتبة المرتضویة لـإحياء الآثار الجعفریة، تهران - ایران، سوم.

٢٩. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (١٤١٠ق)، الروضۃ البهیۃ فی شرح اللمعۃ الدمشقیۃ (المحسنی - کلانتر)، ۱۰ جلد، کتابفروشی داوری، قم - ایران، اول.
٣٠. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (١٤١٣ق)، مسالک الأفہام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسه المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول.
٣١. قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (١٤١٣ق)، من لا يحضره الفقيه، ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم.
٣٢. قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (١٤٠٩ق)، مترجم: غفاری، علی اکبر و محم، من لا يحضره الفقيه - ترجمه، ۶ جلد، نشر صدوق، تهران - ایران، اول.
٣٣. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، (١٤٠٧ق)، الكافی (ط - الإسلامية)، ۸ جلد، دار الكتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم.
٣٤. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، (١٤٢٩ق)، الكافی (ط - دار الحديث)، ۱۵ جلد، دار الحديث للطباعة و النشر، قم - ایران، اول.
٣٥. گلپایگانی، سید محمد رضا، (١٤١٣ق)، كتاب القضاء(لکلپایگانی)، ۲ جلد، دار القرآن الكريم، قم - ایران، اول.
٣٦. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، (١٤١٥ق)، مستند الشیعه فی أحكام الشريعة، ۱۹ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول.
٣٧. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، (١٤٠٤ق)، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، هفتم.
٣٨. نوری، محدث، میرزا حسین، (١٤٠٨ق)، مستدرک الوسائل و مستبط المسائل، ۱۸ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بيروت - لبنان، اول.

٣٩. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، (١٤١٤ق)، الكافي في فقه الإمام أحمد، الأولى، دار الكتب العلمية.
٤٠. إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزنى، (١٤١٠ق/١٩٩٠م)، مختصر المزنى (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعى)، دار المعرفة – بيروت، جلد ٨.
٤١. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (١٤١٢ق/١٩٩١م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، جلد ١١.
٤٢. أبو حامد محمد بن محمد الغزالى الطوسي، (١٤١٧ق)، الوسيط في المذهب، الأولى، دار السلام – القاهرة، جلد ٧.
٤٣. أبو اسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى، (بى تا)، المذهب في فقه الإمام الشافعى، دار الكتب العلمية، جلد ٣.
٤٤. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (بى تا)، المجموع شرح المذهب «مع تكميله السبكي والمطيعى»، دار الفكر، جلد ٢٠.
٤٥. أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادى، الشهير بالماوردي، (١٤١٩ق)، الحاوى الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعى وهو شرح مختصر المزنى، الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، جلد ١٧.
٤٦. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العماني اليمنى الشافعى، (١٤٢١ق)، البيان في مذهب الإمام الشافعى، الأولى، دار المنهاج – جدة، جلد ١٣.
٤٧. أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، (١٤٢٣ق)، عقد الجوادر الشمينه في مذهب عالم المدينة، الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، جلد ٣.

٤٨. أبوالوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (١٤٠٨ق)، المقدمات الممهدات، الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، جلد ٢.
٤٩. أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، (١٤١٥ق)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيروانى، بدون طبعة، دار الفكر، جلد ٧.
٥٠. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، (١٩٩٤م)، الذخيرة، الأولى، دار الغرب الإسلامي – بيروت، جلد ١٠.
٥١. أبو الحسن على بن الحسين بن محمد السُّعْدِي، حنفي، (١٤٠٤ق)، النتف في الفتاوي، الثانية، دار الفرقان / مؤسسة الرسالة – عمان الأردن / بيروت لبنان، جلد ٢.
٥٢. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، (١٤١٢ق)، رد المحتار على الدر المختار، الثانية، دار الفكر – بيروت، جلد ٥.
٥٣. أبو بكر بن على بن محمد الحدادي العبادى اليمنى – الزَّبِيدِيُّ، (بى تا)، الجوهرة النيرة، موقع الإسلام، جلد ٥.
٥٤. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفى بدر الدين العيني، (١٤٢٠ق)، البناء شرح الهدایة، الأولى، دار الكتب العلمية – بيروت، لبنان، جلد ٩.
٥٥. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الثانية، (بى تا)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، جلد ١٨ جلد ٧.
٥٦. شيخ نظام وجماعه من علماء الهند، سنة النشر، (١٤١١ق)، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر – بيروت، ج ٣.
٥٧. شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوى، (بى تا)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة بيروت – لبنان، موقع مكتبة المدينة الرقمية، ج ٤.
٥٨. شافعى أبو عبدالله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبدالمطلب بن عبد منافالمطلى القرشى المالکى، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، الأُم، بدون طبعة، دارالمعرفة – بيروت، جلد ٦ جلد ٧.

Conflict of witnesses in hersay evidence based on the foundations of Islamic jurisprudence

Ali Keshavarz¹

Alireza Asgari²

Ehsan Soltanian nejad³

Akram Darabi⁴

Abstract

According to the appearance of legal and jurisprudential writings, the discussion of the conflict of testimonies, with a distinction between after the issuance of the sentence and before it, has been discussed in general. However, according to the depth of the word of Islamic jurisprudence, the conflict, in addition to the above-mentioned division, also includes the conflict due to the immorality of the witnesses in the secondary testimony (hearsay evidence). However, Article 1319 of the Civil Code considers both of the above assumptions to be subject to the same sentence, and the order in which such testimony does not affect the application has caused doubts. The presumption issued by Article 167 of the Constitution and Article 3 of the Code of Civil Procedure has made reference to (jurisprudence) as the source of laws inevitable. With the studies carried out in the analytical application of Shiite and Sunni jurisprudence, the channels for discovering the immorality of intuition and referring them to the case that is not the case of immorality of the intuition were separated; In the first case, the violation of the verdict issued with the criteria of paragraphs 5 and 6 of the Code of Civil Procedure and the beautiful narration, and in the second case, Article 1319 of the Civil Code should be considered in the premise before the verdict and after the verdict of the client Considered the guarantor of property.

Keywords: *Shi'a and Sunni, jurisprudence, lewdness of witnesses, withdrawing, the testimony, liable for damages.*

1. University of judicial science, (ali.keshavarzghaza26@gmail.com)

2. Qom branch, (alireza.asgari88@gmail.com)

3. Arak branch, (soltani.lawyer65@gmail.com)

4. department of law university of Qom, (Email:navid.fatholahi.criminal29@gmail.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



سازمان ثبت اسناد و املاک و رابطه آن با استقلال قوه قضائيه

(نوع مقاله: علمي - پژوهشي)

نویسنده (یا مهندی^۱)

چکیده

در کشور ما سازمان ثبت اسناد و املاک، وابسته به قوه مستقل قضائيه است. اين امر سبب اختلاف نظرها و پيشنهادهای در خصوص تغيير جايگاه سازمان ثبت اسناد و املاک در ساختار حاكميه و قوای سه گانه شده است و اين پرسش را مطرح می‌سازد که چه عواملی سبب می‌شود تا سازمان ثبت اسناد و املاک کشور را بخش منفك یا لاينفكی از قوه قضائيه، محسوب بداريم و اين امرچه تأثيری در استقلال دستگاه قضا و نيز عملكرد سازمان ثبت به جا خواهد گذاشت. اين پژوهش با روش توصيفي - تحليلي و با تمرکز بر مطالعه وظایيف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و امور دارای ماهيت قضائي به اين نتیجه دست یافته است که با توجه به ماهيت وظایيف و اختیارات گوناگون تشکيلات درونی سازمان ثبت اسناد و املاک، انتزاع ادارات اجرائي اسناد رسمي لازم الاجرا به ساختار قوه قضائيه، انتزاع ادارات ثبت املاک به عنوان قسمتی از قوه مفنته، انتزاع دفاتر اسناد رسمي، دفاتر ازدواج و طلاق و ثبت شركتها به قوه مجريه و الحق ثبت اختراعات و مالكيت صنعتی به اداره ثبت احوال در راستاي مصلحت استقلال قضائي و مبانی قانونی است.

کلیدواژه‌ها: اجراء اسناد، ثبت املاک، ثبت اسناد، ثبت شركت، سازمان ثبت، قوه قضائيه.

قانون اساسی مشروطیت اصل تفکیک قوا را به رسمیت شناخته بود و سازمان ثبت اسناد و املاک تحت اختیار وزارت عدله و بعداً با نام وزارت دادگستری اداره می‌شد اما عملاً استقلال قوه قضائیه در ایران جدی نبود. یعنی «عملاً وزیر دادگستری به عنوان مقامی سیاسی، مدیریت قوه قضائیه را بر عهده داشت که در منافات با استقلال قضائی محسوب می‌شد» (امیری و ویژه، ۱۳۹۳: ۸).

پس از انقلاب اما قوه قضائیه پا به عرصه وجود گذاشت بهطوری که می‌توان علی‌الظاهر آن را یکی از محدود قوای مستقل در نظام‌های تفکیک قوا در دنیا به شمار آورد. لیکن بدون توجه به ساختار ماهیتی سازمان ثبت اسناد و املاک و بدون تدقیق در ماهیت اختیارات وزارت دادگستری سابق، این سازمان در ذیل قوه قضائیه قرار گرفت در حالی که بسیاری از فعالیت‌های سازمان ثبت اسناد و املاک فاقد ماهیت قضائی است و با اصل استقلال قضائی منافات دارد. از این روی، دولت و مجلس بارها بر آن شده‌اند تا برای انتزاع سازمان ثبت از قوه قضائیه وارد عمل شوند.

شورای نگهبان در سال ۱۳۷۱ طی نامه ۳۰۹-۲/۳-۱۳۷۱ که با استناد به اصل ۱۶۰ قانون اساسی حدود اختیارات وزیر دادگستری تعیین گردیده و به موجب قانون عادی نمی‌توان اختیار دیگری به او داد. دولت در سال ۱۳۹۶ تلاش کرد این سازمان را به وزارت کشور ملحق سازد ولی این مقصود نیز حاصل نگردید. این بحث در فضای سیاسی و مطبوعاتی کشور هر از گاهی مطرح می‌گردد ولی قوه قضائیه، همچنان مخالفت می‌کند. دولت بر این مدعای باشد که ماهیت عملکردی سازمان ثبت، اجرایی است و لذا قوه قضائیه بایستی از مسئولیت‌های غیرقضائی و نامربوط دست بردارد. قوه قضائیه اما به وظایف سازمان ثبت و استقلال قوه قضائیه استناد می‌ورزد. در این اثنا مقتنه، هیچ‌گاه مدعی الحق بخشی از این سازمان نبوده بلکه گاهی از موضع مجریه و گاهی از قضائیه دفاع کرده است. اکنون این سؤال مطرح می‌باشد که چه عواملی سبب می‌شود تا سازمان ثبت اسناد و املاک را بخش منفک یا جزء لا ینفک قوه قضائیه، محسوب کنیم و این امر چه تأثیری در استقلال دستگاه قضایی و عملکرد سازمان ثبت خواهد داشت. این پژوهش با روش تحلیلی- توصیفی ماهیت و وظایف سازمان ثبت اسناد و املاک، این فرضیه را به اثبات می‌رساند که عدم انتزاع یکپارچه این سازمان

از قوه قضائیه و نیز انتزاع یکپارچه آن از قضائیه به مجریه، با وظایف ذاتی تشکیلات درونی سازمان ثبت اسناد و املاک، همخوانی نداشته بلکه به شرح آتی در این مقاله، ادارات این سازمان، به اقتضای ماهیت وظایف، قابلیت الحاق به هرسه قوه را دارا می‌باشد و این از جنبه‌های نوآوری پژوهش محسوب است. بنابراین ضرورت انجام تحقیق به مراعات اصل تفکیک قوا، کوچک سازی قوه قضائیه، حفظ اقتدار و پاسخگویی، کاهش بار مسئولیت غیرقضائی، تمرکز امور دارای ماهیت قضائی در ذیل قوه قضائیه، حمایت کارآمد از نظام ثبت املاک و اموال غیرمنقول، ساماندهی مؤثر و رونق ثبت رسمی اسناد بر می‌گردد. راجع به پیشینه تحقیق باید گفت که منبع مستقلی در راستای فرضیه و نتایج این تحقیق در دست نیست.

۱. استقلال قوه قضائیه

ارزیابی استقلال قوه قضائیه، قبل از هر چیز منوط به تشخیص امور قضائی و تفاوت آن از امور قضاوی است.

۱-۱-۱- امور قضائی

قضا و قضاوی رابطه عموم و خصوص مطلق است. هر امر قضائی، قضاوی است ولی هر قضاوی، امور قضائی نیست. مثل اینکه هرآهنی فلز است اما هر فلزی آهن نمی‌باشد. برای درک استقلال قوه قضائیه، پرداختن به دیگر مفاهیم وابسته، نظیر استقلال قضائی، استقلال قضائی، امور دارای ماهیت قضائی ضرورت دارد.

۱-۱-۱- استقلال قضائی

متون قانون اساسی، بدون آنکه تعریفی از استقلال قضائی ارائه دهند، بر لزوم رعایت استقلال قضائی تأکید کرده‌اند. در بین صاحب‌نظران نیز در مورد تعریف استقلال قضائی اتفاق نظری وجود ندارد (امیری و ویژه، ۱۳۹۳: ۳). ولی می‌توان گفت استقلال قضائی بر دو نوع شکلی و ماهوی است. استقلال شکلی، به مفهوم استقلال تشکیلات قضائی از سایر قواست. استقلال شکلی، خود

متضمن استقلال درون سازمانی و استقلال برون سازمانی است. مفهوم برون سازمانی در جمله پیشین توضیح داده شد اما استقلال شکلی درون سازمانی به این مفهوم است که نهادهای درون دستگاه قضایا تحت نفوذ تشکیلات سیاسی و حکومتی نمی‌باشد. استقلال ماهوی به معنای بی‌طرف بودن و خالی از ذهن بودن تشکیلات قضایا از عملکرد سیاسی و حکومتی است و خود نیز بر دوگونه است؛ استقلال ماهوی برون سازمانی یعنی استقلال تشکیلات قضایی از اوامر سیاسی (مثل اطاعت از اوامر یک جناح سیاسی) و استقلال ماهوی درون سازمانی عبارت از همان بی‌طرف بودن قضا و سایر عوامل قضایی است. البته اختیارات گسترده به بهانه استقلال به معنای خودمختاری بوده و این ضد اصول حاکمیت قانون، تفکیک قوا و اصل شفافیت و پاسخگویی است. «برمبانی فرمول کلیتگاردن، فساد اداری معادل مجموع قدرت و انحصار، منهاج پاسخگویی و شفافیت است» (بهادری و بهرامزاده، ۱۳۹۲: ۴۶).

۱-۲-۱- استقلال قاضی

استقلال قضات، متضمن سه مقوله است؛ ۱. عدم وابستگی به نظام سلسله مراتب اداری. ۲. بی‌طرف بودن نسبت به اطراف دعوی به این معنا که او نه بر گزیده اشخاص خصوصی است و نه حافظ منافع دولت است. وظیفه قاضی حل اختلاف مردم با مردم و اختلاف مردم با دولت است. حل اختلاف دولت با دولت وظیفه قاضی دادگستری نیست زیرا دولت یک شخصیت حقوقی مستقل است و مفهوم واقعی اطراف دعوی را ندارد. یعنی دو طرف دعوی، خود دولت و به عبارتی یک شخص واحد است. ۳. استقلال در استنکاف از اجرای قوانین یک طرفه و ظالمانه. لازمه استقلال قضات از نظام سلسله مراتب اداری و بی‌طرفی نسبت به اطراف دعوی، «تصونیت شغلی قاضی، تصونیت مدنی قاضی و روش شایسته انتخاب قاضی است» (امیری و ویژه، ۱۳۹۳: ۶-۷).

تعیین قضات توسط یکی از طرفین دادرسی امکان برگزاری محاکمات بی‌طرفانه را با تردید مواجه می‌کند و مقصود از آزادی رأی قاضی این است که از طرف دولت مأمور نباشد که اگر چنین باشد قطعاً باید تمایلات دولت را ملحوظ دارد و وقتی قاضی ملاحظه کار باشد و جانبداری دولت را کند، مسلماً رعایت حق و عدالت نمی‌شود و لذا استقلال قاضی ایجاد می‌کند که امر ترقیع به نظر مقام‌های بالادست نباشد زیرا در غیر این صورت، قاضی همواره از عدم تأیید درخواست خود

بیمناک است (شاملو و محمدی، ۱۳۹۰: ۹۶ و ۱۱۸ - ۱۱۹). همچنین استقلال شخص دادرس، آزادی دادرس از فشارهای بیرونی، جدا از منبع آن است؛ یعنی استقلال در برابر خویشان، دوستان، طرفهای دعوا، صاحبان قدرت، افکار عمومی، همکاران و کسانی که مدیریت نظام قضایی را در دست دارند (رجی و کریمیان، ۱۳۸۹: ۷۹).

به منظور حفظ استقلال در اجرای قوانین نامناسب، بر اساس نظام قضایت در اسلام، قاضی بایستی از شرایط عدیدهای از جمله تبحر در علم کلام، اصول، صرف و نحو، فلسفه و منطق فقهی- دینی و بهویژه حقوقی برخوردار باشد. «در شرع اسلام بنا به قول مشهور، قاضی باید دارای ۲۷ صفت باشد که ۱۲ صفت آن واجب است. از جمله مرد بودن، عادل بودن و داشتن اجتهاد» (قربانی و موحدی، ۱۳۹۲: ۳۲۲). همچنین داشتن حافظه قوی و عدالت و تدین به مذهب شیعه و نیز بهره مندی از بیتالمال به قدر نیاز از جمله شرایطی است که برای استقلال قاضی مسلمان در نظر گرفته شده است.

از منظر این مقاله، برای تشخیص امور دارای ماهیت قضائی از امور غیرقضائی، می‌توان معیارهای زیر را به کار گرفت.

(الف) دعوی فاقد منشأ شغلی باشد. دعاوی که منشأ شغلی و اداری و انتظامی دارند اولاً به اقتضای شغل، حادث می‌شوند. یعنی اگر شغل اداری (الف) وجود نداشته باشد، اختلاف (ب) بوجود نمی‌آید. مثل توهین شغلی که به اقتضای نظام سلسله مراتب اداری بوجود می‌آید ولی توهینی که به مناسبت شغل صورت نمی‌گیرد، در صلاحیت دادگاههای عمومی است. ثانیاً اثر دعوی به نظم عمومی جامعه تسری نمی‌یابد بلکه به کارکنان اداری یک اداره یا بعضًا همان شغل محدود می‌شود. چه ممکن است اگر مستخدمی به دلیل ایجاد نارضایتی در ارباب رجوع، متخلص اداری شناخته شود، نتوان این تخلف را در شغل دیگری مثل نگهداری در دکل‌های نفتی که با اربابان رجوع سروکاری ندارد، مانعی جدی دانست زیرا به اقتضای یک شغل خاص چنین تخلفی حادث شده و در شغل دیگر امکان ظهور آن، به ندرت پیدا می‌شود. ثالثاً کم اهمیت هستند زیرا ریشه شغلی و انصباطی دارند.

ب) دعوی راجع به امور کیفری باشد. هرگونه دعاوی که واجد جنبه کیفری باشد حتی اگر ریشه شغلی داشته باشد (نظیر اختلاس) جزو امور دارای ماهیت قضائی و در صلاحیت دادگاه عمومی است زیرا در دعوی کیفری، آثار جرم به کل جامعه بر می‌گردد و نه به شغل یا اداره خاصی.

پ) دعوی عامالشمول باشد. به این معنا که از یک طرف اختلاف حاصله در مورد عموم و آحاد جامعه محتمل‌الواقع باشد نظیر اختلافات ارثی، نکاح، زوجیت و مطالبه وجه چک (حقوقی)، از طرف دیگر شامل اشخاص حقیقی و حقوقی (حقوق عمومی و حقوق خصوصی) می‌گردد. ت). امور از نوع ترافعی یعنی در مقام حل اختلاف و رفع تعارض دو حق و تخاصم بین دو شخص باشد. این تعارض ممکن است بین دو شخص یا بین اشخاص و دولت باشد. پس «هر کجا دادگاه فصل خصوصت می‌کند تصمیم او حکم ترافعی است یعنی تصمیمات قضاوی در امور ترافعی گرفته می‌شوند» (شمس، ۱۳۸۷: ۱۳۳). به طور مثال اگر وراث در میزان ارث اختلاف نداشته باشند خارج از نوع ترافعی است ولی چنانچه نیاز به حل اختلاف و رفع خصوصت بین دو حق ناشی از توارث باشد ماهیت ترافعی داشته و می‌باشد در صلاحیت دادگاه عمومی قرار گیرد.

(ث) امور از نوع شرعی باشد. مسائل شرعی در حیطه تخصص قضات شرعی است.

ج) در امور دارای ماهیت قضائی، اصل بر تساوی منافع طرفین در نزد قاضی است ولو آنکه یک طرف، دولت باشد. به عبارتی منافع عمومی بر منافع خصوصی حاکم نیست و اصل بر بی‌طرفی قاضی است. «دولت و افراد در نزد قاضی مساوی می‌باشند زیرا قوه قضائیه ملجم مردم در برابر قوه مجریه است» (خلعتبری، ۹۳-۹۲: ۱۳۳۶). در حقیقت «قاضی که به بخشنامه گوش دهد قضی سلب شخصیت شده‌ای است و دیگر صلاحیت قضاؤت ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۸۹) و چنین وضعی مخالف قانون اساسی و اصل عدالت است (خلعتبری، ۹۳-۹۲: ۱۳۳۶).

۲-۱- امور قضاوی (شبه قضائی)

الف) در امور قضاوی، اصل تقدم منافع عمومی بر منافع خصوصی حاکم است. در امور قضاوی که بهتر است آنرا قضاوتهای اداری (شبه قضائی) بنامیم، ماهیت قضاؤت، نوعاً خدمت به عموم

محسوب است و «اگر بنا باشد قضاوتی که به نفع دولت می‌شود، خدمت به عموم محسوب گردد، در آن صورت حقوق افراد در مقابل دستگاه‌های اداری متزلزل خواهد بود (خلعتبری، ۱۳۳۶: ۹۲-۹۳). به عبارتی مراجع قضاوی اداری و امدادار پاسداری از بخشنامه‌ها و منافع دولتی می‌باشند. بنابراین اصل وفاداری قضاوی کننده اداری به اداره، مخالف اصل بی‌طرفی او خواهد بود. لذا اصولاً حضور قاضی دادگستری در مراجع شبه قضائی محل تأمل است.

ب) مطابق اصل ۱۷۰ قانون اساسی؛ قصاصات مکلفند از اجرای مقررات دولتی مخالف با قوانین (در حقیقت مخالف عدالت و حقوق مردم) خودداری کنند اما قضاوی کنندگان اداری مکلفند آنها را مینا قرار دهند.

پ) مراجع قضاوی اداری پای بند اصل سلسله مراتب هستند، در صورتی که قاضی تابع این اصل نبوده و اصل مذکور، ضامن استقلال اوست.

ت) قاضی شغل دیگری ندارد ولی اعضای مراجع قضاوی اداری، عضو همان اداره‌اند.

ث) اعضای مراجع قضاوی اداری ممکن است برخلاف قصاصات، تخصص و صلاحیت کافی برای امر قضاوی نداشته باشند.

ج) حوایج مالی اعضای مراجع قضاوی اداری چندان مورد توجه نیست.

ج) اگر قاضی اشتباه کند طبق اصل ۱۷۱ مسئول جبران خسارت، خود دولت است اما در قضاوی اداری این اصل حاکم نمی‌باشد.

ح) مخاطبان قاضی می‌توانند تک تک افراد جامعه باشد اما در قضاوی اداری، مخاطبان معمولاً کارمندان اداری هستند.

خ) صفات شخصی که برای گزینش قصاصات در قانون معین شده برای قضاوی کنندگان اداری وجود ندارد.

د) در امور قضاوی، قاضی اداری در مقام حل اختلاف و رفع تراحم دو منفعت اقدام می‌کند نه تعارض دو حق. رفع تراحم منافع اداری با منافع اشخاص.

بنابراین همه این شرایط و ضوابط نشان می‌دهد که استقلال قوه قضائیه زمانی معنادار می‌شود که امور دارای ماهیت قضائی از امور دارای ماهیت غیرقضائی (خدمات عمومی اداری)، مراجع قضاوی قضائی (قاضی) از مراجع قضاوی اداری و تشکیلات غیر قضائی از تشکیلات قضائی منفک شود.

۲- سازمان ثبت اسناد و املاک

سازمان ثبت اسناد و املاک سازمانی گسترده است و مهم‌ترین تشکیلات آن ۱. ادارات ثبت املاک ۲. ادارات ثبت اسناد (دفاتر اسناد رسمی)^۳. ادارات ثبت شرکت‌ها و مالکیت صنعتی^۴. ادارات اجرای اسناد رسمی (لازم‌الاجرا) می‌باشد.

۱- ادارات ثبت املاک

مفاهیم سه گانه حق ملک، حق مالک، حق مالکیت (رابطه ملک با مالک)، جایگاه حقوقی ادارات ثبت املاک را روشن می‌سازد

۱-۱- حق ملک

حقوق افراد، نظم عمومی و مصالح دولت، ایجاد می‌کند تا با آسان سازی و اجباری نمودن ثبت ملک و پیشگیری از بروز اختلاف در معاملات بعدی، صاحب ملک بدون توسل به مراجع دادگستری و بدون پرداخت هزینه دادرسی و اتلاف وقت و بی‌آنکه ترسی بابت از دست دادن حق قانونی و شرعی ملک داشته باشد، تنها با مراجعه در نزد کاتبان عادل (مأموران رسمی، بی‌طرف و مستقل ثبت) ملک خود را به ثبت برساند (سوره بقره آیه ۲۸۲) و کار را به قضات واگذار نکند (سوره بقره آیه ۱۸۸). بدیهی است این امر از یک طرف باعث رونق معاملات و گردش پول در نظام اقتصادی کشور می‌شود و با دسترسی به میزان املاک و امکان وضع مالیات شفاف و عادلانه، عوایدش نصیب دولت می‌گردد، از طرف دیگر از بروز منازعات و معاملات معارض جلوگیری می‌کند. جلوگیری از معاملات پنهانی، کاهش تقلب و کلاهبرداری ملکی، جلوگیری از منازعات

حقوقی، کسب اطلاع موثق از وضعیت معاملات بعدی راجع به ملک از قبیل رهن، وثیقه، اجاره، توقيف، بازداشت، بیمه، ذمه، ارتفاق، انتفاع، انتقال، مطلق، مشاع، عوارض، تعارض، محدودیت، منوعیت، تعهد، تجمیع، اصلاح، افزار، تغییر، تفکیک، تجارتی، مسکونی، زراعی، آموزشی، متراژ، مساحت، حدود اربعه تنها بخشی از فواید پرشمار ضرورت ثبت ملک محسوب می‌گردد. به همین جهت «امروزه تئوری استقلال ثبت ملک مطرح گردیده است» (طباطبائی حصاری، ۱۳۹۴: ۳۱۷).

از سوی دیگر، نظامی که برای ثبیت وضعیت ملک، مسیری برخلاف روند پیشگیری و صلح ابتدایی و فرهنگ دموکراسی طی می‌کند و حق را با جدال و قال و مقال و مراجعته به دادگستری مطالبه می‌کند، به مالکیت خصوصی و مصلحت جامعه توجهی ندارد. به طور مثال درباره «آسیب به مالکیت خصوصی، فردوست درخاطرات خود به ارجاع ۳۷۵۰ پرونده سوء استفاده کلان از سال ۱۳۵۰ تا ۱۳۵۷ به دادگستری اشاره می‌کند که بدون هیچ پیشرفتی بایگانی شدند» (سرخه دهی و دیگران، ۱۳۹۶: ۴۳). هر ساله نیز درکشورهای درحال توسعه میلیون‌ها دلار صرف فعالیت‌های مربوط به ثبت ملک و مساحی زمین از طریق سلسله عکس‌های هوایی می‌شود اما این تلاش‌ها در حل مشکلات اساسی مردم قاصر مانده‌اند زیرا بعد از ثبت ملک، در انتقالات بعدی به طور رسمی مستند نمی‌شوند و به حالت ملک غیر رسمی رجعت می‌کنند به گونه‌ای که براساس آمار کلی در این کشورها نود درصد املاک روستایی و پنجاه در صد املاک شهری به طور رسمی مستند نیستند و در نتیجه مورد حمایت دولت قرار نمی‌گیرند (صابر، طباطبائی حصاری، ۱۳۹۰: ۱۱۹).

بنابراین برخلاف نظام ثبیت حق (نظام ثبت اجرایی ملک) که در صلاحیت مراجع غیر قضائی است، نظام کاشف حق، نظام مرافعه و درگیری است و صلاحیت آن در اختیار قوه قضائیه می‌باشد. لذا «وقتی از ثبت ملک بحث می‌شود، مقصود، ثبت نمودن و مستند ساختن حقوق مترتب بر آن است نه [فقط] خود ملک» (السان، ۱۳۸۵: ۵۷). لیکن متأسفانه در ایران، استقرار نظام غیر رسمی ملک در کنار نظام ثبت رسمی، نه تنها خmant اجرایی آن را به بن بست می‌کشاند بلکه مشکلاتی را برای دولت و مردم فراهم می‌سازد که ریشه آن در قوانین دوگانه شرعی- عرفی و برداشت غلط از نظام ثبیت حق و رابطه آن با استقلال قضائی است. « قوانین نامطمئن و غیرقابل قبول ثبت املاک و عدم توانایی لازم در ارائه خدمات ثبته از عوامل ایجاد فقر در جامعه

محسوب می‌شود» (خداوردی داریان، ۱۳۸۶: ۹۳-۹۴). به همین جهت در ایران، استناد عادی ملک، از یک طرف ارزش ورود به چرخه اقتصاد را پیدا نمی‌کند و مایه زیان جامعه می‌شود که این استناد را نمی‌توان برای بازداشت یا وثیقه افراد یا در رهن بانک و سایر مزایای دیگر مورد استفاده قرار داد. از طرف دیگر استناد عادی ضمانت شرعی دارند. این در حالی است که بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی، مالکیت بایستی موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نگردد.

۲-۱-۲- حق مالک

ماده ۲۲ قانون ثبت می‌گوید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او در دفتر املاک به ثبت رسیده، مالک خواهد شناخت. نظر برخی این است که «اصطلاح دولت اشاره دارد به ادارات ثبت استناد و املاک به نمایندگی از قوه قضائیه» (میرزایی، ۱۳۸۵: ۸۰). برخی دیگر را اعتقاد بر این است که «منظور از دولت، قوای سه گانه است» (شهری، ۱۳۸۸: ۹۵). این مقاله به شرح زیر نشان می‌دهد منظور از دولت، مقنه است و نه قضائیه و مجریه.

(الف) می‌دانیم این فقط قانون یا همان مقنه است که صلاحیت دارد کسی را شرعاً و قانوناً مالک بشناسد یا نه. لذا قانونگذار، هشت مرحله ثبت ملک یعنی اعلان انتشار آگهی عمومی، نشرآگهی مقدماتی، تعیین پلاک و شماره برای ملک، توزیع اظهارنامه بین مالکین، تکمیل فرم اظهارنامه وعودت آن به اداره ثبت، انتشارآگهی نوبتی، انجام آگهی تحديد حدود، عملیات تحديد حدود را پیش‌بینی کرده که دادگاهها رأساً حق مداخله و ابطال سند طی این مراحل را ندارند. این عدم حق مداخله به چند دلیل است. اولاً قانونگذار، مأموران خاصی مثل نقشه برداران، نمایندگان و مدیران ثبتی برای این کار تعیین نموده که وظایف شان از صلاحیت قضات، خارج است. ثانیاً ابزار و تکنولوژی دقیقی مثل ابزار حدنگار (کاداستر) برای مکان یابی دقیق موقعیت ملک، در اختیار این مأموران رسمی است که در اختیار قضات نمی‌باشد. ثالثاً در عملیات ثبت ملک، هیئت‌هایی بنام هیئت حل اختلاف و هیئت نظارت پیش‌بینی گردیده تا حقی از مالکان تضییع نشود که البته هیئت حل اختلاف که در واقع بهتر است آن را «هیئت ما قبل اختلاف» نامید، ماهیت کارش غیرقضائی است و قاضی آن عضوی تشریفاتی و غیر مرتبط می‌باشد. اغلب موارد ارجاعی به

هیئت نظارت، هم ماهیت قضائی ندارد (مثل اشتباهاتی که در جریان ثبت ملک صورت می‌گیرد) در حالی که ترکیب این هیئت، قضائی است (دو عضو اصلی هیئت، اجباراً قاضی و عضو علی‌البدل نیز می‌تواند قاضی باشد). حضور قاضی در این دو هیئت به دلایل زیر نیز موجه نمی‌باشد. اولاً چنانچه شرح آن گذشت، امور قضائی متفاوت از امور قضاوی است و این هیئت‌ها ماهیت شبیه قضائی دارند. ثانیاً این هیئت‌ها اصولاً به اختلافات ملکی رسیدگی نمی‌کنند بلکه با ارسال استعلام به برخی ادارات و بررسی شکلی پرونده متقاضی، به درخواست ثبت ملک ترتیب اثرمی‌دهند که ارتباطی با حل اختلاف پیدا نمی‌کند. ثالثاً قابل توجیه نیست که این هیئت‌ها در هنگام ثبت اولیه ملک، به اختلافات رسیدگی کنند و پس از ثبت ملک، دادگاهها نیز به اختلافات رسیدگی نمایند. لذا این ترکیب نابجا معلوم انتقال اختیارات وزارت عدله سابق به تشکیلات کنونی قوه قضائیه، آن هم بدون توجه به ساختار و ماهیت نظام ثبتی است. به طور مثال در قانون ثبت ۱۳۰۲ آمده بود که کلیه مستخدمین ثبت اسناد باید دارای همان شرایطی باشند که مطابق قانون موقتی اصول تشکیلات عدله برای قضاویت و یا مستخدمین هم رتبه آنها معین شده است

(ب) براساس ماده ۱۶ قانون ثبت هرکس نسبت به ملک مورد ثبت اعتراضی داشته باشد، باید از تاریخ نشر اولین اعلان نوبتی تا ۹۰ روز اعتراض نماید و بر مبنای ماده ۲۴ این قانون، پس از انقضای مدت اعتراض، دعوای این که در ضمن جریان ثبت، تضییع حقی از کسی شده، پذیرفته نخواهد شد. نه به عنوان قیمت نه به هیچ عنوان دیگر، خواه حقوقی باشد خواه جزایی. شورای نگهبان تاکنون مواد ۱۶ و ۲۴ را خلاف شرع تشخیص نداده است. همچنین «مطابق نظریه ۷/۱۰۹۱۴ - ۱۳۸۰/۱۱/۲۰ اداره حقوقی دادگستری، چنانچه کسی مدعی مالکیت بر ملکی باشد که به استناد مبایعه نامه آن را تصاحب کرده است می‌باشد در مهلت مقرر در ماده ۱۶ قانون ثبت اعتراض دهد و گرنه طبق ماده ۲۴ قانون ثبت، دعوی او به هیچ عنوان پذیرفته نمی‌شود. به علاوه در پاسخ به این سوال که در مواردی که معارض ثبت، خارج از موعد قانونی اقدام به تقدیم دادخواست اعتراض نماید، تکلیف دادگاه در این خصوص چیست، آمده است که مستفاد از ماده ۱۶ قانون ثبت و بند ۱۱ ماده ۸۴ آینین دادرسی در امور مدنی، قرار رد دعوی باید صادر گردد» (باخته، ۱۳۸۵: ۳۴). بنابراین «حتی اگر کسی به ناحق اما با رعایت کلیه ضوابط، ملکی را که

متعلق به او نبوده است به نام خود ثبت کند و سند مالکیت بگیرد یا مدت اعترافات منقضی شود، دیگر کسی به عنوان مالک حقیقی و واقعی نمی‌تواند درخواست ابطال تقاضای ثبت ملک او را بنماید و هیچ دعوایی در این خصوص مسموع نیست» (شهری، ۱۳۸۸: ۱۳۱) و قوه قضائیه حق ابطال آن را نخواهد داشت چرا که نظریات شورای نگهبان، نیز حاکی از آن نیست که قضاط می‌توانند بوسیله اسناد عادی، سند مالکیت رسمی را ابطال نمایند بلکه شورای نگهبان در آخرین نظریه خود (نظریه ۴ / ۸ / ۱۳۹۵) هم که اعلام نموده است «مفad مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت... خوبیه خود ایرادی ندارد، اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد، اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادلہ قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد خلاف شرع و باطل است»، به معنای عدم ضمانت اجرای اسناد رسمی است و نه ابطال اسناد رسمی. به این ترتیب، قانونگذار، اختیار ابطال سند رسمی پس از اتمام عملیات ثبتی را هم از قوه قضائیه گرفته است. لذا منظور قانونگذار از دولت در ماده ۲۲، نمی‌تواند قوه قضائیه باشد زیرا دولت (اگر به معنای قوه قضائیه تلقی شود) بایستی چنین مالکیتی را به رسمیت بشناسد، در صورتی که این تنها دادگاهها هستند که مبادرت به ابطال اسناد مالکیت رسمی می‌کنند.

ت). مدعای اصلی قوه قضائیه این است که به عنوان یک قوه بی‌طرف، به اسناد مالکیت رسمی اعتبار کافی می‌بخشد. به طور مثال در ماده ۲۵ قانون ثبت آمده است «هرگاه اختلافی بین اشخاص و اداره ثبت واقع شود...». حال اگر اداره ثبت املاک، وابسته به قوه قضائیه باشد، در حقیقت این اختلاف بین تشکیلات درونی قوه یا بین قوه قضائیه با قوه دیگر است که بی‌طرف بودن قوه قضائیه در اینجا محل تأمل است.

ث) از منظر ماده ۲۲، دولت به معنای قوه مجریه هم نخواهد بود زیرا مجریه بر اساس بسیاری از قوانین و مقررات، خود به عنوان طرف اختلاف در ایجاد سند مالکیت رسمی مطرح می‌باشد. قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت ۱۳۸۰ مقرر می‌دارد که دولت [مجريه] باید... برای آن دسته از اموال غیرمنقول در اختیار خود که فاقد سند رسمی می‌باشند، اقدام لازم به عمل آورده و چنانچه دولت در اراضی فاقد سند یا سابقه ثبتی احداث بنا نموده باشد، از طریق مقررات ثبتی

درخواست صدور سند مالکیت به نام دولت صورت گیرد. به موجب ماده واحده قانون راجع به اراضی دولت و شهرداری‌ها و اوقاف و بانکها مصوب ۱۳۳۵ هرگاه دولت یا شهرداری تشخیص دهد که... از طرف افراد یا اشخاص حقوقی نسبت به اراضی متعلق به دولت... تجاوز شده و بدون داشتن حق، آن اراضی... را ثبت کرده‌اند و بر اثر انقضای مدت اعتراض و یا به علت صدور سند مالکیت به نام متجاوز...، طرح دعوی در مراجع صلاحیت‌دار ممکن نیست...، موضوع در هیئتی... طرح خواهد شد. بر اساس ماده ۱۱ قانون ثبت، باید اشخاص مذکور در ماده ۳۲ (قوه مجریه و ادارات اوقاف) نسبت به املاک واقع در آن ناحیه به وسیله اطهارنامه درخواست ثبت نمایند. بر مبنای آیین‌نامه مستند سازی... مصوب ۱۳۸۲، وزارت‌خانه‌ها و... مؤلفند از طریق مقررات ثبتی مربوط، به عنوان تصرف درخواست صدور سند مالکیت در مورد اراضی تحت تصرف وزارت‌خانه‌ها... نمایند. قوه مجریه طبق ماده ۲۵ قانون ثبت، هم اصولاً خود یکی از طرفین دعوی در درخواست ثبت تصرفات مالکانه است. لذا منظور از دولت، قوه مجریه هم نخواهد بود.

۳-۱-۲- حق مالکیت

در رابطه بین ملک و مالک، تعیین دقیق حقوق مالکیت (چه کسی، کجا، چقدر ملک دارد) بسیار مهم است. به همین دلیل «قطعیت حق مالکیت ثبت شده بوسیله دولت حمایت می‌شود و اگر ثبت اشکالی داشته باشد و مالکیت را به درستی منعکس نکند، طرف خسارت دیده، تنها باید غرامت خود را از دولت بگیرد که به اصل بیمه از آن تعبیر شده است» (طباطبایی حصاری، ۱۳۸۹ : ۲۲۹ به نقل از افسر روحی) ولی اکنون «غاییت حقوق مالکیت مطمئن در کشورهای توسعه نیافته موجب رواج اقتصاد غیررسمی شده است که تنها راه رهایی کشورهای فقیر از فقر، امنیت حقوق مالکیت می‌باشد» (سرخه دهی و دیگران ، ۱۳۹۶ : ۳۴-۳۷).

حقوق مالکیت یا حقوق ثبت املاک، از سنخ «حقوق صلح و پیشگیری» است و ارتباطی با ماهیت قضائی ندارد. در ثبت مالکیت معنوی (ثبت شرکت‌ها و مؤسسات) اصولاً اختلافی وجود ندارد بلکه ادارات ثبت شرکت‌ها یک شخصیت حقوقی را که با اراده سهامداران شکل گرفته به ثبت می‌رسانند و اگر بعداً اختلافی حاصل شود به دادگاه می‌روند. ثبت اختراعات هم اصولاً یک

واقعه حقوقی است و دخالت قوه قضائیه در آن، محلی ندارد. حتی می‌توان گفت ثبت این واقعه همانند ثبت دیگر وقایع حقوقی (مثل فوت نامه و شناسنامه) در صلاحیت اداره ثبت احوال می‌باشد. البته برخی می‌نویسند «تلاش در راستای ایجاد صلح هر چند در برخی موارد از وظایف قضات نیز می‌باشد لیکن از وظایف ذاتی قضات نمی‌باشد» (جمشیدی و رستمی غازانی، ۱۳۹۲: ۴۰). ولی نباید فراموش کرد که منظور از صلح در نزد قاضی، صلح پس از بروز اختلاف است نه صلح قبل از اختلاف. در نظام ثبتی، صلح به منظور جلوگیری از بروز اختلاف و به عبارتی، واکسینه ساختن برای پیشگیری اختلاف است. «تعريف عام پیشگیری عبارت است از هر اقدامی کیفری یا غیرکیفری که بواسیله سه قوه حاکمه در مملکت با هدف محدودکردن، مهارنمودن و پیشگیری انجام شود. تعريف خاص پیشگیری عبارت است از مجموعه تدابیر و اقدامات غیرکیفری با هدف مقابله با بزهکاری از طریق کاهش یا از بین بردن علل جرم زا یا اثرگذاری بر فرصت‌های پیش جنایی است» (ولیدی، ۱۳۸۵: ۸۶). پیشگیری به معنای خاص، دارای اوصاف اختصاصی است. از دیدگاه گسن، جرم شناس فرانسوی، پیشگیری خاص، چهار ویژگی اختصاصی دارد. الف) هدف اصلی اقدام پیشگیرانه، تضمین پیشگیری از بزهکاری است. ب) اقدامات پیشگیرانه جنبه جمعی دارد و مخاطب آن کل جمعیت یا گروه می‌باشد. ج) اقدامات پیشگیرانه قبل از ارتکاب جرم باشد نه بعد از آن. د) اقدامات باید غیرکیفری باشد. چون اگر کیفری باشد، بعد از ارتکاب جرم است و در حکم مجازات محسوب می‌شود و دیگر در تعريف پیشگیری نمی‌گنجد (تولسی، ۱۳۸۹: ۹۶) به نقل از گسن ریموند؛ ترجمه مهدی کی نیا). یعنی «پیشگیری از جرم در معنای جرم شناسانه، ماهیت غیرکیفری دارد و به اقدام هایی مانند فقرزادایی، اشتغال زایی و توسعه آموزش و پرورش نیازمند است که اساساً انجام آن‌ها در دستگاه قضایی ممکن نیست. پس، هدف مؤسسان قانون اساسی از واگذاری پیشگیری از جرم به قوه قضائیه، صرفاً اتخاذ تدابیر کیفری در چارچوب عدالت کیفری است» (نیازپور، ۱۳۹۳: ۱۰۱-۱۰۲). بنابراین «پیشگیری از جرم، فاقد ماهیت قضائی است» (جمشیدی و رستمی غازانی، ۱۳۹۲: ۴۹) و چنانچه می‌دانیم، ثبت املاک، ماهیتی غیر از پیشگیری ندارد.

احیای حقوق عامه به عنوان وظیفه دیگر قوه قضائیه که در قانون اساسی پیش‌بینی است، نیز می‌ارتباط با وظایف ثبتی می‌باشد. زیرا منظور از احیا، رجعت حیات دوباره به حق تضییع شده است. منظور از احیا، مواردی از قبیل رفع مژاحمت و تصرف عدوانی و خلع ید و ممانعت از حق و امثال آن می‌باشد که در صلاحیت ذاتی دادگاه‌های عمومی است. احیای حق، متفاوت از تثبیت حق است و مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، مصدق تثبیت حق هستند و نه احیای حق. بنابراین از منظر حقوق مالکیت، ادارات ثبت املاک در ذیل قوه قضائیه قرار نمی‌گیرد.

۲-۲- ادارات ثبت اسناد (دفاتر رسمی اسناد)

سردفتری، دفتریاری، سند رسمی، مأمور رسمی چهار مفهوم بنیادین در تعیین جایگاه حقوقی ادارات ثبت اسناد به شمار می‌روند.

۲-۲-۱- سردفتری

شناخت اینکه سردفتری، حرفه است، شغل است، صنف است، دولتی است، حاکمیتی است، عمومی غیردولتی است، خصوصی است، خصوصی با ماهیت عمومی است، برای تعیین جایگاه حقوقی آن ضرورت دارد و در مقاله مستقلی به آن پرداخته ایم اما وجه غالب آن در حقوق ما خصوصی و حرفه‌ای بودن آن است که مختصراً از چند منظر بحث می‌شود.

مستفاد از قانون اصلاح قانون نظام صنفی کشوری ۱۳۹۲، قانون سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۸۳، لایحه استقلال کانون و کلا ۱۳۳۳ و قانون کارشناسان رسمی ۱۳۸۱ مختصات نظام حرفه‌ای عبارت است از استقلال در تعیین مرجع صدور پروانه، چگونگی گردش کار، تصویب مقررات، نحوه نظارت، بازرگانی و رسیدگی به تخلفات. ولی مطابق قانون دفاتر رسمی ۱۳۵۴ تصویب مقررات داخلی، صدور پروانه و انتخاب سردفتر، رسیدگی به تخلفات، بازرگانی و نظارت بر سردفتران، در صلاحیت سازمان ثبت اسناد و املاک (به نمایندگی از قوه قضائیه) می‌باشد و نه در صلاحیت کانون سردفتران و دفتریاران به عنوان یک نهاد حرفه‌ای. لذا از این منظر بایستی از قوه قضائیه منفك شود.

مستفاد از ماده ۵ قانون دفاتر ۱۳۵۴، هدف از تشکیل دفترخانه، رفع نیاز عمومی یعنی انجام خدمات عمومی است. «شورای دولتی فرانسه، مشاغل حرفه‌ای از جمله شغل سردفتری را هم دارای ماهیت خدمات عمومی می‌داند و به این ترتیب در حیطه فعالیت دادگاه اداری قرار داده است» (مؤذنی، ۱۳۹۳: ۲۲۳). بنابراین بایستی میان ماهیت یک نهاد و دادگاه صالح حاکم بر آن تناسب وجود داشته باشد. دادگاه صالح ناظر بر دفتر رسمی استناد در ایران، اداری است و ماهیت آن نیز ارائه خدمات عمومی است، پس ارتباطی با امور دارای ماهیت قضایی و قوه قضائیه ندارد.

طبق ماده ۲۲ قانون ثبت، تا زمانی انتقال ملک در دفتر املاک اداره ثبت املاک، به ثبت نرسد، مالکیت رسمی نیست ولی طبق ماده ۷۳ قانون ثبت، هر زمان که انتقال ملک در دفتر سردفتر (اداره ثبت استناد) به ثبت برسد، مالکیت رسمی است. بنابراین تعارض در اعتبار دفتر ثبت املاک و دفتر ثبت استناد، مشهود است. برخی می‌نویسند «جهت اثبات مالکیت اشخاص نیازی به ثبت انتقال ملک در دفتر املاک نیست» (میرزاپی، ۱۳۸۵: ۱۴۳) ولی این مدعای خلاف منطق و مفهوم ماده ۲۲ می‌باشد. با سپردن امور ثبت استناد به دولت (مجریه) و ثبت انتقال املاک به اداره ثبت املاک این تعارض نیز مرتفع می‌گردد. به هر حال ماهیت سردفتری هم از سخ حقوق صلح و پیشگیری و از نوع خدمات عمومی (نه خدمات قضائی) است و جایگاه آن، ذیل قوه قضائیه نخواهد بود.

۲-۲-۲- دفتریاری

براساس قانون دفاتر استناد رسمی ۱۳۵۴، دفتریار سمت نمایندگی سازمان ثبت استناد و املاک و همچنین معاونت دفترخانه را بر عهده دارد. اکنون به رغم جمع دو عنوان نمایندگی و معاونت، در عمل نمی‌توان اختیارات با اهمیتی برای دفتریار قائل گردید. علت آن، جدایی وظایف ذاتی سازمان ثبت استناد و املاک کنونی به عنوان یک ارگان حاکمیتی (در واقع، قوه قضائیه) و تشکیلات دفاتر رسمی استناد به عنوان یک نهاد خصوصی متولی خدمات عمومی است. بنابراین از این حیث نیز نمی‌توان وابستگی معناداری میان قوه قضائیه و نهاد دفتریاری برقرار نمود.

۳-۲-۲- سند رسمی - مأمور رسمی

سند رسمی و مأمور رسمی دو مفهوم بسیار مهم و درهم تنیده هستند ولی به شایستگی درک نشده‌اند. «به موجب قانون ثبت ۱۹۸۸ انگلیس، هریک از اسناد ثبت شده در مراجع ثبتی، سند رسمی به حساب می‌آید» (السان، ۱۳۸۵: ۶۶). طبق ماده ۱۳۱۷ قانون مدنی فرانسه، سند رسمی، سندی است که به وسیله مأموران رسمی که حق تنظیم سند در محل تحریر آن را مطابق تشریفات مقرر دارند تنظیم شده باشد (درویشی و محسنی، ۱۳۹۰: ۸۶). بر اساس ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی ایران سندی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأموران رسمی، در حدود صلاحیت آنها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد، سند رسمی است. هیچکدام از این قوانین به تعریف دقیق سند رسمی و مأمور رسمی نپرداخته‌اند اما مفید این معنا هستند که هر سندی که مأموران دولتی یا قضائی یا سیاسی تنظیم می‌کنند، سند رسمی نامیده نمی‌شود بلکه ممکن است عنوانی دیگری به این گونه اسناد، قابل اطلاق باشد. مقصود دیگری که از این قوانین می‌توان دریافت، این است که مأمور رسمی، مأموری «بی طرف» است زیرا تعریف سند رسمی و مأمور رسمی وابسته به قوه خاصی نشده است.

بی طرفی، نسبت به طرفین تنظیم سند معنا پیدا می‌کند. مأمور رسمی در صورتی تحت سلطه و انقیاد یکی از طرفین سند نباشد بی‌طرف خواهد بود. لذا این شخص بی‌طرف کسی نمی‌تواند باشد، جز یک شخص خصوصی به نام سردفتر. مفهوم دیگر بی‌طرفی عدم نظام سلسله مراتب اداری است، چه در غیر این صورت نمی‌تواند بی‌طرفی خود را حفظ کند و بایستی از اوامر مافوق تعیيت نماید.

از بی‌طرفی مأمور رسمی، بی می‌بریم که او صرفاً مبادرت به تنظیم «اعمال حقوقی» می‌کند و نه «واقعی حقوقی». زیرا اگر به حضور شخص بی‌طرفی نیاز باشد، لزوماً دو شخص دیگر به عنوان طرفین سند، ضرورت دارد و هرگاه دو طرف برای تنظیم یک سند حاضر شوند، مصدق اعمال حقوقی است. در واقعی حقوقی، یک طرف لازم است و نه دو طرف. مثلاً ثبت اختراع یک واقعه حقوقی است ولی در ثبت شرکت‌ها حداقل دو طرف (دو سهامدار) لازم است.

طرفین سند، چه قوای سه گانه، چه اشخاص خصوصی دیگر باشد، تفاوتی در بی‌طرف بودن مأمور رسمی حاصل نمی‌گرداند. فرق فارق سند رسمی و سند دولتی در همین است که در «سند دولتی»، لزوماً دو طرف برای تنظیم سند وجود ندارد تا دولت به عنوان شخص ثالث بی‌طرف، مبادرت به تنظیم سند کند، بلکه در کلیه اسناد دولتی معمولاً بیشتر از دو طرف وجود ندارد. یک طرف مکلف یا منتفع و یک طرف دیگر، خود دولت است. مثلاً در تنظیم سند شناسنامه یا گذرنامه یا مقاطعه کاری یا حکم کارگزینی، دو طرف، یکی به عنوان دولت و دیگری متقاضی وجود دارد. بنابراین، هر مأمور دولتی یا حتی از جانب دولت، مأمور رسمی تلقی نمی‌شود. چه در این صورت، اسنادی که مراجع غیردولتی از قبیل دانشگاه آزاد یا دفاتر پیشخوان دولت یا پایانه‌های مسافربری یا بیمه‌ها و بانک‌های خصوصی تنظیم می‌کنند، نیز سندی رسمی خواهد بود. بخشنامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و به‌طور کلی نظام‌نامه‌های دولتی نیز سند دولتی محسوب نمی‌شوند بلکه به «سند قانونی» معروفند و به همین دلیل این اسناد در نزد مأموران دفاتر رسمی اسناد، ثبت نمی‌گردد. به این ترتیب نمی‌توان گفت که منظور از سایر مأموران رسمی، تمامی مأموران اداری یا قضائی و سیاسی است بلکه مقصود از مأمور رسمی، مأموری «مستقل و بی‌طرف» است و به همین دلیل، سردفتر نمی‌تواند اسناد مربوط به خود و بستگان نزدیک را به ثبت برساند.

در شناخت مأمور رسمی می‌توان از یک قاعده حقوقی کمک گرفت. «برمبنای قاعده تفسیری (ejusdem generis) هرگاه در یک متن، عبارت خاص و عامی در کنار هم به کار رفته باشد، بایستی عبارت عام را در راستای مفهوم خاص تفسیر نمود. به طور مثال اگر در قانونی آمده باشد - سگ‌ها، گربه‌ها و سایر حیوانات - عبارت عام (سایر حیوانات) در راستای معنی خاص (سگ‌ها و گربه‌ها) به کار می‌رود زیرا معلوم است که قانون به - حیوانات اهلی - اشاره دارد نه حیوانات وحشی. (Brown, 1989: 30)» بنابراین منظور از سایر مأموران رسمی، کسانی هستند که ویژگی‌های برشمرده بالا را برای مأمور رسمی دارند. در چنین وصفی، تنها می‌توان سران دفاتر رسمی ازدواج و طلاق را مشمول این تعریف دانست. زیرا سردفتر مذکور هم نسبت به اطراف سند، خواه رئیس حکومت باشد یا فردی معمولی، بی‌طرف است.

برای شناخت سند رسمی، علاوه بر ضرورت تبیین مفهوم مأمور رسمی، بایستی از اعتبار و ضرورت سند رسمی نیز سخن گفت. اعتبار استناد رسمی به منزله، «اعتبار برتر» نخواهد بود. چرا که اعتبار و صلاحیت مأمور رسمی (سردفتر)، بالاتر از صلاحیت مأمور قضائی (قاضی) و مأمور قانونی (قانونگذار) نیست. اگر سند رسمی در حدود صلاحیت مأمور رسمی و حتی بر طبق مقررات قانونی هم تنظیم شده باشد ولی بعد از تنظیم، مخالف ادله شرعی (مثل شهادت شهود) تشخیص داده شود، اعتبار خود را از دست خواهد داد. به همین دلیل، در ایران گاه اعتبار یک سند رسمی در برابر سند عادی ساقط می‌شود. بنابراین منظور از رسمیت سند رسمی، کسب یک «اعتبار ویژه» است نه اعتبار برتر. اعتبار ویژه به کمترین اعتبار نیست و به معنای برترین اعتبار هم نمی‌باشد، زیرا سند اساسی مثل قانون اساسی، از برترین اعتبار برخوردار است و یا اعتبار استناد تجاری از اعتبار استناد عادی بالاتر، ولی از اعتبار استناد رسمی کمتر است. «سند تجاری» نیز دارای برخی ویژگی‌ها (معرف طلب بودن، مرور زمان، مسئولیت تضامنی) هستند که بقیه استناد معمولاً فاقد آنها می‌باشند. همچنین اعتبار «سند الکترونیکی» ممکن است از اعتبار سند رسمی بیشتر باشد. چنانچه می‌گویند امکان جعل در سند الکترونیکی کمتر از سند رسمی است.

اعتبار ویژه یا رسمیت سند رسمی، محدود به مواردی است. از جمله انکار و تردید نسبت به آن مسموع نیست و تمام محتویات و امضاهای آن مگر در مورد ادعای جعل، معتبر است. همچنین نسبت به ثالث معتبر است. علاوه بر موارد بالا، ادعای جعل نسبت به همه استناد ممکن است در حالی که این ادعا در مورد سند قانونی (مثل قانون اساسی یا قوانین عادی) بی‌مورد می‌باشد. با این وجود سند قانونی ممکن است مشمول مرور زمان بشود یعنی مدت اعتبار قانون ممکن است محدود باشد در حالی که یکی از آثار سند رسمی یا سند تجاری این است که معمولاً مشمول مرور زمان نمی‌شوند و دارنده سند در هر زمان می‌تواند نسبت به آن ادعا کند. همچنین، «سند قضائی» پس از بروز اختلاف، درحالی که سند رسمی به منظور جلوگیری از بروز اختلاف، تنظیم می‌شود.

به این ترتیب می‌توان گفت تعریف و تقسیم قانون از سند، به رسمی و عادی و تقسیم استناد رسمی به سند رسمی ثبتی و سند رسمی قانونی و غیره که در برخی کتب و مقالات حقوقی دیده می‌شود از جامعیت لازم برخوردار نمی‌باشد. از این رو بهتر است نام استناد بر اساس ماهیت ذاتی

آنها به کار گرفته شود. مثل سند اساسی (قانون اساسی و اعلامیه‌های حقوقی)، سند قانونی (قوانين ارگانیک و قوانین عادی)، سند اداری، سند قضائی، سند تجاری، سند الکترونیکی، سند مجازی، سند تاریخی، سند ملی، سند پزشکی، سند نظامی، سند عادی، سند رسمی.

با توصیفاتی که از مأمور رسمی و سند رسمی به عمل آمد، معلوم می‌گردد منظور از مأمور رسمی بی‌طرف، در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، بی‌طرفی مرسوم در استقلال قوه قضائیه نمی‌باشد و چون وظیفه مأمور رسمی ارائه خدمات عمومی اداری است، منظور از حدود صلاحیت مأمور رسمی و مطابقت اقدامات او با مقررات قانون، مطابقت قبل از بروز اختلاف است نه پس از آن و تنها نوع دوم مطابقت، در صلاحیت قوه قضائیه می‌باشد.

همچنین امروزه منظور از ادارات ثبت اسناد، دفاتر رسمی اسناد کنونی است و بنابراین ماده اول قانون فعلی ثبت که مقرر می‌دارد در هر حوزه ابتدایی (حوزه قضائی) یک اداره ثبت اسناد و املاک تاسیس می‌شود، در حقیقت به منزله به تأخیر انداختن ثبت اسناد و املاک مردم به تشکیل دادگاه است، در حالی که به بیان ماده ۸۱ قانون ثبت، تأسیس دفاتر اسناد رسمی موكول به تأسیس دادگاه نیست و ارتباط منطقی بین تشکیل دادگاه و تشکیل ادارات ثبت املاک و دفاتر رسمی اسناد وجود ندارد. موكول نمودن خدمات ثبت اسناد و املاک مردم به تشخیص رئیس قوه قضائیه نیز خلاف مفهوم ارائه خدمات عمومی است و به طور کلی مبانی استدلال وابستگی دفاتر رسمی اسناد به قوه قضائیه، ضعیف است.

۳- ثبت شرکت‌ها و مالکیت صنعتی

ادارات ثبت شرکت‌ها از ثبت شرکت‌ها و مؤسسات و نیز ثبت مالکیت صنعتی (ثبت اختراعات) است که اگر چه هردو ماهیت خدمات عمومی دارند و ارتباطی با قوه قضائیه پیدا نمی‌کنند ولی اولی از نوع اعمال حقوقی و دومی از سخ وقایع حقوقی است که در لابلای مطالب توضیح داده شده است که ثبت اختراع در صلاحیت اداره ثبت احوال و ثبت شرکت‌ها هم بنا به ماهیت وظایف بایستی به دفاتر اسناد رسمی منتقل گردد.

۴- ادارات اجرای اسناد رسمی

نویسندها حقوق و مؤلفان ثبتی، معمولاً لفظ لازم‌الاجرا را به معنای «بدون مراجعته به دادگاه» می‌دانند ولی مستتبط از ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد مدت حبس از روزی آغاز می‌شود که محکوم، به موجب حکم قطعی «لازم‌الاجرا» حبس می‌گردد، می‌توان گفت لازم‌الاجرا به مفهوم «تضمين اجرا» است، چه با مراجعته به دادگاه و چه بدون مراجعته به دادگاه. برخی اسناد لازم‌الاجرای ثبتی تا زمانی که متکی به حکم دادگاه نمی‌گردد، لازم‌الاجرا نمی‌شوند. مثل اعتراض به عملیات اجرای اسناد رسمی. بنابراین برخلاف ماهیت حقوق ثبت املاک و ثبت اسناد که از سخن حقوق پیشگیری است، اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا، از سخن مرافعه و حقوق قضائی بوده و پس از بروز اختلاف، لازم‌الاجرا می‌گردد.

۱-۴- مقررات اسناد لازم‌الاجرا

مستتبط از مواد ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت، پیش شرط صحت و صفت لازم‌الاجرا بودن یک سند، رسمی بودن آن، یعنی تنظیم سند در نزد دفاتر رسمی اسناد و اداره ثبت محل است. ولیکن بر اساس آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا، اسناد عادی قبل توجهی بدون تنظیم سند نزد مأموران رسمی، لازم‌الاجرا می‌شوند و ادارات اجرا در مقام حل و فصل اختلافات، رفع خصوصت می‌نمایند. رسیدگی به اسناد عادی در صلاحیت قضاط دادگستری و رسیدگی به اسناد رسمی در صلاحیت ادارات اجراست. بنابراین از یک طرف اسناد لازم‌الاجرا با ماهیت دوگانه (عادی و رسمی) و دو نظام حقوقی متفاوت با منطق دوگانه حاکم می‌گردد. از طرف دیگر به تدریج وظیفه ذاتی قضاط دادگاه به ادارات اجرا و بالعکس وظیفه ذاتی ادارات اجرا به دادگاه منتقل می‌گردد. اکنون بسیاری از اختلافات مهم از قبیل توقیف اموال یک دستگاه دولتی به نفع دستگاه دولتی دیگر، توقیف واستیفاده حقوق مستخدمین دولت، نحوه ابلاغ اجرائیه، بازداشت اموال، مزایده اموال منقول وغیرمنقول، تخلیه ملک و صدور رأی در صلاحیت ادارات اجرا می‌باشد و مسئولین ثبتی، صاحب اختیارات یک دادگاه قضائی هستند و مراجع مختلف ثبتی هم آراء و سلیقه‌های مختلفی در این خصوص اعمال می‌کنند بهطوری‌که در کشاکش میان صلاحیت

دادگاهها و مراجع ثبته، تعیین تکلیف برخی از پروندها با دشواری خاصی روبرو است. به طور مثال بدون قدرت قضائی به سختی می‌توان اموال یک شرکت دولتی را بابت مهریه یک زوجه وصول نمود. زیرا دولت، منافع عمومی را بر نفع خصوصی زوجه ترجیح می‌دهد و مجریه نمی‌تواند پشتیبان منافع خصوصی مردم باشد. لذا واگذاری یک اختلاف به دو مرجع متفاوت با ماهیت اداری و قضائی، با اصول حقوقی، حقوق شهروندی، نظام دادرسی و نیز صلاحیت ذاتی مراجع قدرت، همخوانی ندارد.

بسیاری از مواد آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی نیز شأنی قانونی دارند. این درحالی است که مراجع دولتی از جمله وزیر دادگستری و مراجع قضائی نمی‌توانند واضح قانون باشند و قوه مقننه هم نمی‌تواند چنین اختیاراتی را به این مراجع واگذار کند. بسیاری از مقررات آیین‌نامه اجرا هم ماهیتاً تخصصی و قضائی هستند و کارمندان اداری ممکن است به نحو شایسته از عهده تحلیل و اجرای مواد آن بر نیایند.

مطابق نصوص آیین‌نامه اجرا، بازداشت تمامی اموال منقول و غیرمنقول بایستی طبق صورتمجلس مضی به امضای نماینده دادستان صورت گیرد. در حقیقت، املاک و مشاروعیت اولیه و آخریه عملیات اجرایی اموال و املاک، حضور نماینده دادستانی در صورتمجلس بازداشت و صورتمجلس مزایده است و عملیات اجرایی از قبیل بازداشت، رفع بازداشت، اعتراضات اولیه (ماده ۹۸) و ثانویه (ماده ۱۰۲) حول محور همین صورتمجلس می‌چرخد و بدون این صورتمجلس، عملیات اجرایی خلاف تشریفات و ترتیبات قانونی است. در این صورت، این پرسش مطرح می‌باشد که چرا عملیات اجرایی که آغازگر و پایان گر آن مجوز دادستانی است، نبایستی از نظام اداری به نظام مناسب خود یعنی نظام قضائی انتقال یابد!

۲-۴- اختلافات اسناد لازمالاجرا

برای اختلافات ناشی از اسناد رسمی لازمالاجرا سه حالت بیشتر نمی‌توان تصور نمود. اختلافات دارای ماهیت اداری، دارای ماهیت قضائی و برخی از نوع سومی بنام اختلافات شبه قضائی جانبداری می‌کنند. یک اختلاف، یا ماهیتی اداری دارد یا ماهیت قضائی و اگر بنا به فرض

عملی واجد هر دو جنبه باشد، ذوالجنتین بودن آن، دلیلی بر مرکب بودن مرجع اختلاف نمی‌باشد. به طور نمونه اگر کارمندی مرتکب عملی شود که هم جنبه تخلف اداری دارد و هم واجد جنبه قضائی است، در دو مرجع مختلف اداری و قضائی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد نه یک مرجع شبه قضائی. بنابراین اساساً وجود مراجع شبه قضائی موجه به نظر نمی‌رسد ولی اگر ناچار به پذیرش نظریه شبه قضائی باشیم، در آن صورت کسانی که معتقدند اختلافات اسناد لازمالاجرا ماهیت اداری دارد، بایستی، این مسئله را پذیرند که یا رئیس قوه مقننه، صالح به رسیدگی به آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی لازمالاجرا جهت انطباق با قوانین است یا دیوان عدالت اداری. در صورتی که طبق اصل ۱۳۸ قانون اساسی فقط مصوبات دولت برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد. همچنین دیوان عدالت اداری با استنبط از نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره اصل ۱۷۰ قانون اساسی، برابر با رأی شماره ۸۲۵ مورخ ۱۴/۱۲/۸۴، اعلام نموده است که صلاحیت دیوان در رسیدگی به اعتراضات نسبت به مصوبات قوه قضائیه و سازمانها و مؤسسات وابسته به آن فاقد محمول قانونی است.

کسانی که معتقدند اختلافات حاصل از آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی، ماهیت شبه قضائی دارد، بایستی بدؤ به این دو پرسش، پاسخ گویند.

۱. آیا صرف حضور قاضی، به اختلافات ماهیت شبه قضائی می‌بخشد؟ اگر پاسخ مثبت است، در این صورت چرا در حل اختلافات اجرای اسناد رسمی، قاضی وجود ندارد؟ حضور قاضی در رسیدگی مراجع غیرقضائی معیار تشخیص عمل به قضائی و شبه قضائی نیست و دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۹۹۷۳-۱۳۷۵/۴/۳۱ نظر داده است که شرکت قاضی در همان شورا (شورای عالی ثبت)، شورای مرقوم را از شمول دادگاه‌های اداری خارج نمی‌نماید.

۲- آیا اختلاف شبه قضائی، ماهیت توأمان اداری- قضائی دارد؟ اگر پاسخ، مثبت است. در این صورت، مرجع صلاحیت‌دار رسیدگی به اعتراضات ناشی از اختلافات شبه قضائی کدام نهاد است؟ مسلماً پاسخی جز دیوان عدالت اداری نمی‌یابیم اما چنانچه توضیح داده شد، دیوان خود را صالح

به این رسیدگی نمی‌داند. بنابراین اختلافات یاد شده واحد ماهیت قضائی است و دادگاه‌های عمومی مرجع صالح رسیدگی به حل این‌گونه اختلافات می‌باشند.

«مرز صلاحیت میان مراجع ثبت و دادگستری، در رسیدگی به شکایت‌های مربوط به اسناد رسمی لازم‌الاجرا (ابطال اجرائیه یا عملیات اجرایی)، از حیث مفهوم و مصدق، مبهم و در معرض آراء و نظرات مختلف و متباين است. همچنین در خصوص این مسئله که صلاحیت رئیس اداره ثبت در رسیدگی به شکایت‌های اجرایی، محدود به حد زمانی خاصی (اتمام عملیات اجرایی) است و پس از این تاریخ، رسیدگی به اعتراض نسبت به عملیات اجرایی در صلاحیت محاکم دادگستری قرار می‌گیرد، تشتبه آرای فراوانی دیده می‌شود که حقوق اشخاص را تضییع می‌نماید و اسباب تبعیض ناروا را فراهم می‌سازد» (فتاحی، ۱۳۹۵: ۱۱۷) و غالب این تضییقات به این دلیل است که حل و فصل این اختلافات در جایگاه مناسب خود قرار نگرفته است. در هر حال توجه به این مسئله موجب حذف برخی دوگانگی‌های موجود می‌شود. مثل رفع قواعد دوگانه میان حق‌الاجرا چک در دادگاهها و ادارات اجرا، ابلاغیه اجرائیه‌ها، مسائل مستثنیات دین، اجرائیه وراث، شکایت از عملیات اجرایی، خسارت تأخیر تأدیه وغیره.

۴-۳-۴- اجرای حق‌ها در ادارات اجرا

در دسته‌بندی حق‌ها در نظام اسلامی، از سه دسته حق‌الله، حق‌الناس، حق‌العام می‌توان یاد کرد. به‌طوری که «برای یک دادرسی صحیح، علاوه بر تشخیص حق‌الله از حق‌الناس، تسلط بر احکام و آثار قضائی هر یک ضروری است و قاعده کلی در این باره این است که هر کجا عبد بتواند چیزی را اسقاط کند حق‌الناس است و آنچه که غیر قابل گذشت باشد حق خداوند است» (روحانی مقدم، ۱۳۸۴: ۱۰۰). در حق‌الله، حاکم شرع هیچ‌گونه اختیاری از خود ندارد و اجازه تعطیل آنها را نیز نخواهد داشت (مرعشی، ۱۳۷۳: ۲۶). در حق‌الناس، قاضی وقتی شروع به رسیدگی می‌کند که مدعی خصوصی آن را بخواهد (قربانی و موحدی، ۱۳۹۲: ۳۲۰). در حق‌الناس سه طرف وجود دارد. مدعی خصوصی، مدعی علیه، قاضی بی‌طرف. نظیر دعوی خسارت یا توهین. در حق‌العامه (حق جامعه) نیز سه طرف قابل شناسایی است. مدعی یا جامعه (مدعی‌العموم)، مدعی علیه (مجرم) و

قاضی بی طرف. مثل کلاهبرداری. در حق الله، دو طرف وجود دارد. قاضی مدعی و مدعی علیه (مجرم). مثل جرم زنا که گفته می شود اگر زانی و زانیه هم به این عمل راضی باشند، چون خداوند راضی به زنا نیست، حق الله تضییع شده است. در حق الله مدعی خصوصی وجود ندارد و خود قاضی، مدافع حق الله است، چه در غیر این صورت، فلسفه دفاع از حق الله بی مورد خواهد بود. اگر گفته شود جامعه، مدافع حق الله است و نه قاضی، در این صورت اولاً حق الله و حق جامعه یکی خواهد شد، ثانیاً در نظام شریعت اسلامی، قاضی، منتخب جامعه نیست بلکه مكلف به دفاع از حدود الهی است.

حال اگر در یک پرونده اجرایی، حقوق جامعه مطرح باشد، کسانی که بر ماهیت غیر قضائی بودن عملیات اجرایی پافشاری دارند، نمی توانند مدعای بی طرف بودن قاضی (ادارات اجرا) شوند چرا که مثلاً بانک (دولتی)، از یک طرف مدعی منافع دولت است، از طرف دیگر، ادارات اجرا (که برخی به اشتباه آن را نظامی غیرقضائی می دانند) در جایگاه قاضی عمل می کنند و لذا قاضی و مدعی، هردو خود دولت خواهد بود. همچنین اگر در یک پرونده اجرایی، حق الله مطرح باشد (مثل ادعای غیر شرعی بودن نرخ سود بانکی) رابطه دو طرف بودن در بحث حق الله منتفی است و ارتباط یک قاضی مدعی در برابر یک مدعی علیه خصوصی بر هم می ریزد. در حق الله مدعی خصوصی وجود ندارد اما در اینجا یک مدعی خصوصی (راهن ناراضی از نرخ سود) وجود خواهد داشت و قاضی (ادارات اجرا) بدون داشتن اختیار دفاع از حق الله (اختیار کاهش نرخ سود)، به صرف قرارداد قانونی بین راهن و مرتهن و بدون توجه به مقررات شرعی، عملیات اجرایی را به نفع دولت و به ضرر حق الله به خاتمه می رساند. بنابراین، دولت در مقام احقيق حق الله صلاحیت ندارد و به عبارتی دادگاه محل استیفاده حق الله، نمی تواند دادگاهی اداری باشد زیرا در نظام شرع اسلام، قضات می توانند برخلاف ادله قانونی و در جهت مقاصد شرعی رأی صادر کنند. امری که نه قدرت و نه اطلاعات آن در اختیار عوامل ادارات اجرا وجود ندارد. پس ادارات اجرا را نمی توان به مراکز حل اختلاف دارای ماهیت اداری یعنی دولت، سپرد.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات:

در دوران مشروطیت، سازمان ثبت اسناد و املاک زیرمجموعه وزارت دادگستری (قوه قضائیه آن دوران) بود اما عملاً اختیارات وزیردادگستری در آن زمان با استقلال قوه قضائیه به مفهوم امروزی منافات داشت. پس از انقلاب، قوه قضائیه مستقل گردید لیکن بدون توجه به وظایف سازمان ثبت، این سازمان درذیل قوه قضائیه قرارگرفت و سبب اختلاف نظرها درخصوص جایگاه سازمان ثبت درساختار حاکمیت شده است. این سؤال مطرح است که چه عواملی سبب می‌شود تا سازمان ثبت را بخش منفک یا جزء لاینفک قوه قضائیه محسوب کنیم و این امر چه تأثیری در استقلال دستگاه قضا و عملکرد سازمان ثبت خواهد داشت. پژوهش این فرضیه را به اثبات می‌رساند که نه انتزاع یکپارچه این سازمان از قوه قضائیه و نه الحقاق یکپارچه آن به مجریه، به مصلحت حقوقی نیست. بلکه:

معمولًاً قوه قضائیه در دنیا، کوچک و ساختار تشکیلاتی آن از حد یک وزارتخانه تجاوز نمی‌کند. تمرکزمجموعه‌ای از سازمان‌های مختلف و ناهمگن ذیل قوه قضائیه می‌تواند منجر به ایجاد اقتدار، فساد و بوروکراسی اداری شود. سازمان ثبت اسناد و املاک، گلوگاه مستعدی برای بسیاری از مفسدہ‌ها و بوروکراسی و اقتدار اداری است و در مقابل مقننه هم پاسخگو نمی‌باشد. با تفکیک خدمات عمومی اداری از امور قضائی این امکان فراهم می‌شود لیکن نهاد پلیس قضائی نیز لازم است در قوه قضائیه تشکیل گردد.

ماهیت قضائی ادارات اسناد رسمی لازم‌الاجرا ایجاد می‌نماید این بخش از سازمان، انتزاع و در قالب «معاونت اجرای احکام و اسناد رسمی لازم‌الاجرا» به قوه قضائیه الحقاق گردد تا به پراکندگی و تشتت موجود میان مقررات قوانین اجرای احکام مدنی و آئین نامه اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا پایان داده شود.

وظایف ادارات ثبت املاک، از سنج صلح و پیشگیری است و ارتباطی با ماهیت قضائی ندارد. مجریه نیز طرف اختلاف در ثبت مالکیت رسمی است و لذا انتزاع اداره مذکور به عنوان یک سازمان مستقل (مثل دیوان محاسبات) و زیر نظر مقننه مناسب‌ترین پیشنهاد به نظر می‌رسد.

همچنین با انتزاع ادارات ثبت املاک از ادارات ثبت اسناد، استعلام وضعیت ثبتی املاک در درون خود ادارات املاک صورت می‌پذیرد.

ادارات ثبت اسناد (ثبت شرکت‌ها، دفترخانه‌های ازدواج و طلاق، دفترخانه‌های اسناد رسمی) هم سنخ و فاقد ماهیت غیرقضائی است، بلکه مصدق نهادهای حرفه‌ای ودارای ماهیت خدمات عمومی هستند که می‌توان در قالب «اداره ثبت اسناد رسمی» به قوه مجریه انتقال یابد. اخذ استعلام‌های متعدد و پرداخت عوارض به مراجع مختلف دولتی از جدی‌ترین موانع عدم استقبال شهرهوندان از ثبت اسناد رسمی است. در استعلامات مذکور کمتر اتفاق می‌افتد که از مراجع قضائی استعلامی شود بلکه مراجع مورد استعلام نظیر ادارات دارایی، امور اراضی، شهرداری، مسکن و شهرسازی تماماً دولتی می‌باشند. بنابراین الحق ادارات ثبت اسناد به دولت موجب روان سازی و بهبود عملکرد بهتر می‌شود.

ثبت مالکیت صنعتی بنا به ماهیت حقوقی خاص بایستی به اداره ثبت احوال انتقال یابد.

در دنیا بودجه کل کشور را مقننه تصویب می‌نماید و همه پرداختی‌ها در حدود اعتبارات مصوب مقننه به خرج می‌رسد. حسابرسی بر دخل و خرج تمامی سازمان‌ها هم بر عهده مقننه (دیوان محاسبات کشور) می‌باشد. بنابراین درآمد حاصل از سازمان‌های وابسته به قوه قضائیه از جمله سازمان ثبت اسناد و املاک بایستی با صلاحیت قانونگذار توزیع شود و لذا با افزایش نهادهای تحت پوشش قوه قضائیه، نه تنها به استقلال این قوه کمکی نمی‌شود بلکه وابستگی قوه قضائیه به قوه مقننه بیشتر خواهد شد تا جایی که گسترش این نهادها می‌تواند به عدم تامین بار مالی آنها بینجامد.

مستنبط از اصل ۵۱ قانون اساسی و قوانین بودجه، هرگونه افزایش تعریفه عمومی در خصوص اسناد رسمی بایستی با مجوز مقننه صورت گیرد. قانون دفاتر رسمی اسناد مصوب ۱۳۵۴ در زمان فدان تعکیک واقعی قوا در ایران وضع گردیده بود. پس از انقلاب، اختیارات آن وزیر به معاون رئیس قوه قضائیه (رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک) محول گردیده است و مقام مذبور خارج از

وظاییف قانونی، اقدام به افزایش این تعریفهای می‌نماید، ولی برای تسهیل تنظیم اسناد رسمی، مقننه باید به وظیفه خود یعنی تعیین تعریفه عمل کند.

از یک طرف سازمان ثبت به اعتبار صبغه قضائی از بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های دولت نظریه ساعات کاری دستگاه‌های اداری حتی در زمان‌بندی تعطیلات تابستانی و برنامه شیفت‌بندی ویروس کرونا که با مرگ و زندگی کارمندان ارتباط دارد، تعییت نمی‌کند. از طرف دیگرسازمان به اعتبار صبغه اداری با اوقات اداری خود دادگاه‌ها هم هماهنگ نیست. با پیشنهادات مذکور این دوگانگی نیز از میان خواهد رفت.

منابع و مأخذ:

کتب‌ها:

۱. باختر، سید احمد، (۱۳۸۵)، قانون ثبت اسناد و املاک در رویه قضائی، چاپ اول، نشر نوای عدالت.
۲. شمس، عبدالله، (۱۳۸۷)، آینین دادرسی مدنی، جلد دوم ، چاپ چهارم، نشر دراک.
۳. شهری، غلامرضا، (۱۳۸۸)، حقوق ثبت اسناد و املاک، چاپ دهم، انتشارات جهاد دانشگاهی.
۴. مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، (۱۳۶۹)، انتشارات مجلس شورای اسلامی.
۵. مرکز انتشارات قوه قضائیه، (۱۳۸۷)، تعریف ماهیت قضائی و اصلاح مقررات مربوط؛ توسعه قضائی آراء و افکار راهبردی.
۶. عمومی، روح الله، (۱۳۹۳)، حقوق عمومی اقتصادی؛ مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه، چاپ اول، انتشارات مجده.
۷. میرزابی، علیرضا، (۱۳۸۵)، قانون ثبت در نظم حقوقی کنونی، چاپ دوم، نشر بهنامی.

مقالات:

۸. اللسان، مصطفی، (۱۳۸۵)، «وضعیت ثبیتی املاک در حقوق انگلیس»، ماهنامه کانون، شماره ۶۳
۹. امیری، محسن و ویژه، محمدرضا، (۱۳۹۳)، «اصول بنیادین ناظر بر تضمین استقلال قضائی در نظام حقوقی ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۳.
۱۰. بهادری، بابک و بهرامزاده، حسینعلی، (۱۳۹۲)، «مدیریت اسلامی و راهکارهای دولت برای مهار فساد اداری در ایران»، پژوهشنامه تربیتی، شماره ۳۷۵
۱۱. توسلی، علی، (۱۳۸۹)، «نقش سازمان ثبت در پیشگیری از وقوع جرم»، ماهنامه کانون، شماره ۱۱۴

۱۲. جمشیدی، علی رضا و رستمی غازانی، امید، (۱۳۹۲)، «تمرکز امور قضائی در قوه قضائیه»، دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۶
۱۳. خداوردی داریان، احمد، (۱۳۸۶)، «نقش ثبت املاک و مدیریت زمین در فقر زدایی»، مجموعه مقالات نخستین همایش علمی کاربردی به سوی ثبت نوین، نشر نقش گستران بهار.
۱۴. خلعتبری، ارسلان، (۱۳۳۶)، قضاوت، کانون و کلا، شماره ۵۲۵
۱۵. درویشی، بابک و محسنی، وجیهه، (۱۳۹۰)، «نگاهی به چگونگی انتخاب و صلاحیتهای سرداران اسناد رسمی در نظام حقوقی ایران و فرانسه»، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱۴.
۱۶. روحانی مقدم، محمد، (۱۳۸۴)، «آثار قضائی حق الله و حق الناس»، فقه و مبانی حقوق، شماره ۱۵.
۱۷. سرخه دهی، فاطمه و رادر، حسین و مومنی، فرشاد، (۱۳۹۶)، «امنیت حقوق مالکیت و توسعه نیافتگی در ایران»، مطالعه راهبردی، شماره ۲.
۱۸. شاملو، محمدمباقر و محمدی، شهرام، (۱۳۹۰)، «نقض بی‌طرفی و عدم استقلال قاضی؛ جلوه ای از اقدام مخل دادرسی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰۸.
۱۹. صابر، محمود و طباطبایی حصاری، نسرین، (۱۳۹۰)، «آثار حقوقی و اقتصادی نظام ثبت ملک»، حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۲.
۲۰. طباطبایی حصاری، نسرین، (۱۳۹۴)، «بررسی تطبیقی نظامهای ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک ایران)»، حقوق، شماره ۲.
۲۱. فتاحی، مهدی، (۱۳۹۵)، «مرز تفکیک صلاحیت در دعاوی راجع به اعتراض به عملیات اجرایی ثبت و ابطال دستور اجرا»، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۷
۲۲. قربانی، علی و موحدی، جعفر، (۱۳۹۲)، «مطالعه تطبیقی دیدگاه حقوقی اروپایی با دیدگاه حقوقی اسلامی»، فقه اهل بیت، شماره ۷۵ و ۷۶
۲۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، «سیاست قضائی و دفاتر اسناد رسمی»، حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۶۸

۲۴. مرعشی، سید محمد حسن، (۱۳۷۳)، «حق و اقسام آن از دیدگاه‌های مختلف فقهی و مکتب‌های حقوقی، حقوقی دادگستری»، شماره ۱۰.
۲۵. نیازپور، امیرحسین، (۱۳۹۳)، «اساسی سازی حقوق پیشگیری از جرم در ایران»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۶
۲۶. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۸۵)، «تقریرات درس جرم‌شناسی، دانشکده علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد»، رشته کارشناسی ارشد جزا.

منابع لاتین:

27. Brown,W.J (1989)-GCSE LAW -forth edition

Organization of Registrations of Deeds and Real Estate and its relationship with the independence of the judiciary

Noorbakhsh Riahy¹

Abstract

In our country, the Organization of Registration of Deeds and Real Estates is affiliated with the independent judiciary. This has led to disagreements and suggestions about changing the position of the Organization of Registration of Deeds and Real Estates in the structure of the government and the three powers, and raises the question of what factors cause that organization to be a separate or integral part of the judiciary, and what effect will this issue have on the independence of the judiciary as well as the performance of the Registration Organization? This study has reached the conclusion, using a descriptive - analytical method, focusing on the study of the duties of the Organization and matters of a judicial nature, that in the light of the nature of the various duties and powers of the departments of the Organization, the separation of enforceable official documents departments to the structure of the judiciary, separation of real estate registries as part of the legislature, Separation of notaries, marriage and divorce offices and registration of companies to the executive branch, and annexation of patents and industrial property to the Civil Registry Office, are in line with judicial independence and legal principles.

KeyWords: enforcement of documents, registration of real estate, registration of documents, registration of companies, registration organization, the judiciary.

1. Ph.D. Student, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Azad University of Shiraz, Iran, (Email: n_riahy@yahoo.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب متابع قابل استفاده در پرونده علمی

کد مقاله

LAW-2101-1037

۱. باختر، سید احمد (۱۳۸۵)، قانون ثبت اسناد و املاک در رویه قضائی، جاپ اول، نشر نوای عدالت
۲. شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، آینین دادرسی مدنی، چلد دوم، جاپ چهارم، نشر دراک
۳. شهری، خالد (۱۳۸۸)، حقوق ثبت اسناد و املاک، جاپ دهم، انتشارات جهاد دانشگاهی
۴. مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۹)، انتشارات مجلس شورای اسلامی
۵. مؤذنی، روح الله (۱۳۹۳)، حقوق عمومی اقتصادی؛ مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه، جاپ اول، انتشارات مجد
۶. میرزاپی، علیرضا (۱۳۸۵)، قانون ثبت در نظام حقوقی کشوری، جاپ دوم، نشر بهمنامی
۷. انسان، صطفی (۱۳۸۵)، وضعیت ثبتنامی املاک در حقوق انگلیس، ماهنامه کانون، شماره ۶۳
۸. امیری، محسن، ویژه، محمد رضا (۱۳۹۳)، اصول بنیادین ظاهر بر تضمین استقلال قضائی در نظام حقوقی ایران با تکاهی به حقوق فرانسه، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۳
۹. بهادری، یاک، پهرامزاده، حسینعلی (۱۳۹۲)، مدیریت اسلامی و راهکارهای دولت برای مهار فساد اداری در ایران، پژوهشنامه تربیتی، شماره ۲۷
۱۰. توسلی، علی (۱۳۸۹)، نقش سازمان ثبت در پیشگیری از وقوع جرم، ماهنامه کانون
۱۱. شماره ۱۱۴ خداوری داریان، احمد (۱۳۸۶)، نقش ثبت املاک و مدیریت زمین در قدر زدایی، مجموعه مقالات تحقیقات هماشی علمی کاربردی به سوی ثبت دوین، نشر نقش گستران بهار
۱۲. درویشی، یاک: محسنی، وجیهه (۱۳۹۰)، تکاهی به چگونگی انتخاب و صلاحیتهای سردمتران اسناد رسمی در نظام حقوقی ایران و فرانسه، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱۴
۱۳. شاملو، محمد باقر، محمدی، شهرام (۱۳۹۰)، نقض بی طرفی و عدم استقلال قضائی؛ جلوه‌ای از اقدام مغل دادرسی، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰۸
۱۴. صابر، محمود، طباطبایی حصاری، نسرین (۱۳۹۰)، آثار حقوقی و اقتصادی نظام ثبت ملک، حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۲
۱۵. طباطبایی حصاری، نسرین (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی نظامهای ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک ایران)، حقوق، شماره ۲
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، سیاست قضائی و دفاتر اسناد رسمی، حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۶۸
۱۷. مرعشی، سید محمد حسن (۱۳۷۳)، حق و اقسام آن از دیدگاههای مختلف فقهی و مکتبهای حقوقی، حقوقی دادگستری، شماره ۱۰
۱۸. فیاضیو، امیرحسین (۱۳۹۳)، اساسی سازی حقوق پیشگیری از جرم در ایران، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۶

دانشنامه‌های مرتبط

حقوق ثبت اسناد و املاک

مدخلهای مرتبط قابل استخراج

۱. اجرای اسناد
۲. ثبت املاک
۳. ثبت اسناد
۴. ثبت شرکت
۵. سازمان ثبت
۶. قوه قضائیه

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. استقلال قوه قضائیه
۲. سازمان ثبت اسناد و املاک
۳. ثبت اسناد
۴. استقلال قضائی
۵. حق ملک
۶. حق مالک
۷. حق مالکیت
۸. سردفتری
۹. دفتریاری
۱۰. سند رسمی
۱۱. مأمور رسمی
۱۲. ثبت شرکت‌ها و مالکیت صنعتی
۱۳. مقررات
۱۴. اختلافات اسناد لازم
۱۵. اجرای اجراء

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۸۴ قانون آینین دادرسی در امور مدنی
۲. موارد ۲۶-۲۵-۲۴-۲۲ و ۴۸ و ۴۷ قانون
۳. ماده ۵ قانون دفاتر ۱۳۵۴
۴. ماده ۷۳ قانون مدنی
۵. ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی
۶. ماده ۱۳۱۷ قانون مدنی
۷. ماده ۸۱ قانون ثبت
۸. ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی

ارزیابی نقش شرکت‌های کارگزاری در مبارزه با پول‌شویی و ارائه نوشههای سیاستی

(نوع مقاله: علمی - ترویجی)

* محمد هرمزی

غلامعلی میرزا یی منفرد^۱

چکیده

پولشویی از جرائم سازمان یافته‌ای است که امروزه اهمیت ویژه‌ای برای اکثر کشورها پیداکرده است چراکه موانع زیادی را در مسیر توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جوامع در تمام دنیا ایجاد نموده است. در دهه‌های اخیر، با رشد چشم‌گیر فن‌آوری‌های نوین سرعت و شکل جا به جای پول نیز متحول شده است و همین امر باعث پیچیده‌تر شدن عملیات رهگیری و مبارزه با این مشکل اقتصادی شده است. پولشویی به هر نوع عمل یا اقدام به عمل برای مخفی کردن یا تغییر ظاهر هویت نامشروع حاصل از فعالیت‌های مجرمانه، به گونه‌ای که وانمود شود، این عواید از منابع قانونی سرچشمه گرفته است گفته می‌شود. پولشویی یا تطهیر پول فعالیتی مجرمانه است که حتی از مرزهای جغرافیایی کشورها هم عبور می‌کند و مختص به همان کشور وقوع جرم نمی‌شود. پولشویی آثار زیان‌بار بسیاری بر اقتصاد، جامعه و سیاست وارد می‌کند. آلوده شدن و بی‌ثباتی اقتصاد، تضعیف بخش خصوصی و برنامه‌های خصوصی‌سازی، فاسدشدن ساختار حکومت، بی‌اعتمادی مردم، بالا رفتن هزینه‌های دولت، کاهش درآمدهای مالیاتی دولت، ایجاد عدم ثبات و بایدایی در بازار جهانی، تنها بخشی، از این آثار است که اهمیت بسیار زیاد

*. دانشجوی DBA بازار سرمایه اسلامی، دوره دوم، انجمن مالی اسلامی ایران، کارشناسی ارشد
(نویسنده مسئول) Email: mhormoz11@gmail.com

Email: mirzaie784@yahoo.com

۱. دکترای حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه قم

مبارزه با عملیات پولشویی را نشان می‌دهد. بازار سرمایه یکی از مشاغل در معرض سوءاستفاده پولشویان است و با توجه به ارکان بازار سرمایه شرکت‌های کارگزاری دروازه ورودی به بازار سرمایه کشور محسوب می‌شوند و این موضوع جایگاه و اهمیت شرکت‌های کارگزاری بورس را در شناسایی و جلوگیری از عملیات پولشویی متمایز می‌نماید. برای اینکه در این مورد بتوانند موفق عمل کنند بایستی همواره شناخت صحیح و بهروزی از روش‌های جدید ورود پولشویان داشته باشند و با راهکارهای مناسب به شناسایی و مقابله با آن بپردازنند. در این مقاله، ابتدا به بیان مفهوم پولشویی پرداخته و پس از توضیح مفاهیم پولشویی و نیز سوابق مطالعاتی و اجرایی آن، راهکارهای مبارزه با پولشویی به‌ویژه توسط شرکت‌های کارگزاری بورس ارائه می‌شود.

کلیدواژه‌ها: جرم پولشویی، بازار سرمایه، شرکت‌های کارگزاری بورس و اوراق بهادار، نظام

اقتصادی.

امروزه بسیاری از مشاغل که در جریان ارائه خدمات خود با پول سروکار دارند همواره در معرض پولشویی^۱ مجرمان قرار می‌گیرند. مشاغلی همچون بانکداری، بازار سرمایه، شرکت‌های بیمه، شرکت‌های ساختمانی، صرافی‌ها، عتیقه‌فروشی، جواهرفروشی، آژانس‌های مسافرتی و شرکت‌های حمل و نقل، بنگاه‌های اتومبیل، دفاتر اسناد رسمی و بنگاه‌های خیریه که محل مناسبی برای انجام عملیات پولشویی محسوب می‌گردد و به نوعی با رد و بدل کردن وجه نقد یا پول سر و کار دارند. کسب و کارهایی که در واقع عملیات مالی در آن‌ها شکل می‌گیرد. به بیان دیگر پولشویی سیستم مالی^۲ کشورها را هدف می‌گیرد و با رخنه و نفوذ در این سیستم به رشد و نمو خود ادامه می‌دهد و در نهایت هم کل سیستم را در اختیار خود می‌گیرد. سیستم مالی هر اقتصادی، وظیفه خطیر و حساس تجهیز و تخصیص منابع مالی و سرمایه‌ای را بر عهده دارد. در واقع، سیستم مالی، منابع مالی خرد و کلان سطح جامعه را جمع‌آوری نموده و به سمت فعالیت‌های مولد اقتصادی، سوق می‌دهد. چنانچه سیستم مالی نتواند به درستی عملیات خود را مدیریت کند و کارکردهای تعریف شده خود را داشته باشد، در آن صورت اقتصاد کلان کشور با بحران و مشکلات عدیدهای روبرو خواهد شد به حدی که مسائل و مشکلات اقتصادی به مشکلات سیاسی و بحران‌های اجتماعی نیز منتهی می‌شود و وضعیت کشورها را به هرج و مرج و بی‌ثباتی می‌کشاند. بازار بورس و اوراق بهادر به دلیل ویژگی‌هایی نظیر ماهیت فرامی، نقدینگی زیاد و سرعت بالای معاملات، کارمزد کارگزاران و تضاد منافع برای توجه و دقت نظر در منبع و منشأ وجوده، استفاده از ابزارهای مالی مانند مشتقه بدون تشخیص شرکت‌کنندگان جدید و دارندگان اصلی این اوراق، جهانی شدن و دسترسی الکترونیکی به بازار سرمایه^۳ و استفاده از واسطه‌ها و نگهداری حساب‌ها نزد موسسه امین و عدم امکان شناسایی هویت حقیقی دارندگان اوراق مستعد فعالیت پولشویان می‌باشد. علاوه بر این مواردی در ارتباط به موضوع دست‌کاری

1. Money laundering
2. Financial System
3. Capital Market

قیمت‌ها و معاملات مبتنی بر اطلاعات نهایی در کشورهای دنیا به عنوان جرائم منشأ پولشویی به شمار می‌آیند. ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار این موارد را جرم تلقی نموده است و در مواردی که اثبات شود این جرم صورت گرفته است پول‌های حاصل از این محل چنانچه مجدداً وارد بازار سرمایه گردد جرم پولشویی اتفاق خواهد افتاد. از این‌رو نقش شرکت‌های کارگزاری در شناسایی و مبارزه با این خرابکاران و مجرمان اقتصادی بسیار حائز اهمیت است. در این مقاله سعی گردیده است با توجه به ظرفیت‌های موجود در شرکت‌های کارگزاری بورس^۱ ایران، قوانین و دستورالعمل‌های توصیه شده توسط سازمان‌ها و مراجع ذیصلاح بین‌المللی، راه‌های عملیاتی در حوزه پیشگیری و مبارزه با پولشویی توسط شرکت‌های کارگزاری بررسی و نقش مهم این رکن از بازار سرمایه کشور مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد تا با توجه به اهمیت موضوع پولشویی و آثار سوء این پدیده نامطلوب و زیان‌بار اقتصادی برای کشور، با جدیت و اهمیت ویژه‌ای در شرکت‌های کارگزاری به این موضوع پرداخته شود و حساسیت‌های بیشتری در هنگام انجام عملیات خرید و فروش سهام برای افراد مشکوک به پولشویی صورت گیرد.

پیشینه پژوهش

(هاشمی و بلندنظر، ۱۳۹۹: ۸۰-۶۰)، پژوهشی با عنوان «پولشویی» انجام دادند. در این مقاله این گونه عنوان شده است که پولشویی صدمات زیان بار اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و اقتصادی جبران ناپذیری بر پیکره اقتصاد کشورها وارد می‌کند. به منظور کنترل، پیشگیری و مقابله با این پدیده، کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با جرایم سازمان یافته فرامی در سال ۲۰۰۰ میلادی به تصویب رسید و جمهوری اسلامی ایران به آن ملحق شد. در این راستا نیز سند همکاری بین‌المللی به امضا رسید و لایحه مبارزه با پولشویی از سوی دولت تدوین و به مجلس شورای اسلامی تقدیم شد؛ و قانون مربوطه نیز تصویب شد تا بدین ترتیب رشد فعالیت‌های اقتصادی غیردولتی و سرمایه‌گذاری بخش خصوصی و تعاونی‌ها به منظور اشتغال جوانان و رفع بیکاری تضمین و

معیشت شهروندان تامین شود. به هر اندازه اقتصاد زیرزمینی بیشتر فعال شود و پنهان کاری در جامعه گسترش پیدا کند، اقتصاد سالم از جامعه رخت بر می‌بندد و انگیزه سرمایه‌گذاری از بین می‌رود و امنیت اقتصادی جامعه دچار تزلزل می‌شود. با این روش می‌توان از پول‌شویی جلوگیری کرد و مانع درآمدهای حاصل از فعالیت‌های مجرمانه شد.

(سرداری و خلیل زاده، ۹۲-۷۹: ۱۳۹۴)، پژوهشی با عنوان «نگاهی به پول‌شویی در بازار سرمایه» انجام دادند. در این پژوهش اینگونه مطرح شده است که پول‌شویی از جمله فعالیت‌های ناسالم اقتصادی است که خود زایده و در عین حال تکمیل کننده فعالیت به حساب می‌آید. چنین فعالیتی نه تنها اقتصاد کشورها، بلکه روابط اجتماعی و سیاسی آنها را نیز تحت عنوان‌های مجرمانه دیگر تاثیر منفی و زیانبار خود قرار می‌دهد. به همین علت، بررسی اثرات منفی و نحوه مبارزه با آن در دستورکار سیاست‌گذاران اقتصادی و مورد توجه دستگاه قضایی کشورها قرار گرفته است. گرچه تلاش زیادی در جهت مبارزه با این جرم مالی انجام گرفته است، اما به علت پیچیدگی عملیات پول‌شویی و گستردگی آثار و تبعات منفی اقتصادی و اجتماعی آن از یک سو و فقدان تحقیق و پژوهش‌های لازم برای شناسایی این پدیده، به خصوص در کشورهای در حال توسعه توفیق چندانی بدست نیامده است در این مقاله مراحل و روش‌های پول‌شویی در بازار سرمایه و همچنین فعالیت‌های انجام شده در بازار سرمایه ایران در جهت مبارزه با پول‌شویی و توصیه‌هایی جهت مبارزه با این پدیده بیان شده است.

(فالح نژاد، ۹۶-۴۷: ۱۳۹۶)، پژوهشی با عنوان «پول‌شویی در اسناد بین‌المللی و حقوق کیفری» انجام دادند. پول‌شویی به عنوان یک پدیده نوظهور حقوقی و اقتصادی تلقی می‌شود با وجود اینکه این پدیده یکی از معظلات اساسی در اغلب نظامهای حقوقی و اقتصادی است متاسفانه شناخت اکثر مردم نسبت به آن بسیار اندک و تقریباً در حد صفر است. فقدان شناخت و عدم آگاهی فقط به توده مردم محدود نمی‌شود بلکه بسیاری از خواص نیز هیچ گونه آشنایی به این پدیده ندارند. رواج پول‌شویی موجب اشاعه و گسترش فساد اداری و جرم سازمان یافته و تروریسم می‌شود. پول‌شویی نه تنها برای اقتصاد ملی عوارض و پیامدهای منفی فراوانی به دنبال دارد بلکه بی‌تجهی نسبت به این پدیده و عدم تمدید سازوکارهای قانونی برای مبارزه قانون مند با آن

واکنش جامعه جهانی را نیز در پی خواهد داشت. بر همین مبنای امروزه اکثر کشورهای جهان نیز مصادیق قانونی مبارزه با این پدیده مجرمانه را تصویب کرده‌اند.

(داودی، ۱۳۹۶: ۳۸-۶۶)، پژوهشی با عنوان «مطالعه تطبیقی مبارزه با پولشویی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی» انجام دادند. گسترش روزافزون اندیشه سرمایه داری در عصر حاضر جامعه بشری را به سوی تحصیل هر چه بیشتر امکانات مادی و معنوی رهنمون ساخته است به طوری که در این راه هدف وسیله را توجیه می‌کند و افراد برای بدست آوردن ثروت به هر وسیله‌ای متولّ می‌شوند و این امر گسترش سرمایه داری و زوال بنیان‌های اخلاقی، تبدیل ضد ارزش به ارزش و طبیعی شدن پدیده مجرمانه را به دنبال داشته است. برخی ارتکاب جرم را بهترین وسیله برای کسب درآمد می‌بینند. بدین ترتیب بر اساس آمار موجود در بسیاری از کشورهای جهان درصد بسیار عظیمی از کل جرایم به این پدیده شوم یعنی پولشویی تعلق دارد. پولشویی به عنوان یکی از جرایم اقتصادی آثار سویی بر ساختارهای سیاسی و اجتماعی و اقتصادی کشورهای جهان برجای می‌گذارد. به دلیل پیچیدگی و اختلاط آن با سایر جرایم شناخت و پیشگیری آن را برای دولتها دشوار می‌سازد. می‌توان گفت بهترین راه برای مبارزه با پولشویی و ریشه کن کردن آن، پیشگیری از آن است. این پیشگیری حالت و انواع مختلفی دارد.

(ریچارد جیمز^۱ (۲۰۰۷)، در پژوهش به بررسی و مطالعه پیامدهای پولشویی بر سیستم بانکداری الکترونیکی در انگلستان پرداخته است. وی در این تحقیق که به روش میدانی انجام شده است به این نتیجه رسید که تضعیف سرمایه‌گذاری‌ها در بخش خصوصی از جمله آثار مهم و زیانبار اقتصادی پولشویی به شمار می‌رود. پولشویان با هدف پنهان کاری عواید حاصل از فعالیت‌های غیر قانونی، با استفاده از ضعف محاری قانون بانکداری الکترونیکی در سالیان اخیر، عواید مزبور را با وجود قانونی مخلوط کرده و به هدف شوم خود (تطهیر پول) می‌رسند.

^۱.Richards James.

(استیونز راتون^۱، ۲۰۰۸)، در پژوهشی به مطالعه روش‌ها و راه‌های مقابله با پولشویی در بانکداری ایالت‌های آمریکا پرداخته است. وی در این تحقیق ضمن اشاره به پیامدها و آثار منفی پولشویی از ابعاد مختلف اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و حتی سیاسی بر جامعه، سعی نموده است تا روش‌های مبارزه و مقابله با پولشویی در سیستم بانکداری را مورد بررسی قرار دهد.

روش تحقیق

پژوهش حاضر از لحاظ هدف، کاربردی و از لحاظ روش، توصیفی - تحلیلی می‌باشد. در توصیف و تحلیل، محتوا بر اساس قواعد منطقی پرداخته شده است تا نتیجه آن به بهترین نظرها رسیده است و ابهامات موجود و جایگاه واقعی موضوع را شناخته و ارائه نموده است. از دو روش برای جمع آوری مطالب استفاده شده است. الف) روش کتابخانه‌ای: از آنجا که دانش‌های بشری را می‌توان در کتاب و کتابخانه جستجو کرد به جهت جمع آوری اطلاعات، قبل از استفاده از هر ابزار دیگری از کتاب استفاده شده است. ب) اینترنت: برای اینکه مطالب جمع آوری شده از طریق روش کتابخانه‌ای با مطالب روز تطبیق داده شود از اینترنت استفاده شده است. با مراجعه مستقیم به منابع موجود در کتابخانه و مطالعه کتب مختلف مالی و اقتصادی و حقوقی و همچنین مقالات مرتبط، مطالب مورد نظر با فیش‌برداری جمع آوری می‌شود. در پژوهش حاضر برای جمع آوری داده‌ها از روش اسناد و ابزار فیش‌برداری استفاده خواهد شد.

مبانی نظری تحقیق

واژه‌های پولشویی، شستشوی پول آلوده، تطهیر پول و تعابیری از این قبیل، به این منظور نام‌گذاری گردیده است که آن‌چه را در این جرم رخ می‌دهد، به طور کامل شرح داده است؛ یعنی پول غیرقانونی و کثیف به گردش می‌افتد، به نحوی که در پایان کار شکل پول قانونی و پاک را به خود می‌گیرد (رابینسون، ۱۳۸۱: ۱۱).

پولشویی فرآیندی است که طی آن، منبع اصلی در آمدهای حاصل از اعمال مجرمانه، مخفی نگه داشته می‌شود و به این در آمدها جلوه‌ای پاک و حاصل از اعمال قانونی بخشیده می‌شود (موسوی مقدم، ۱۳۸۶: ۲۰-۱۶).

بازار سرمایه بخشی از بازارهای مالی است و به مکان یا نظامی گفته می‌شود که نیازهای واحدهای تجاری و دولت را در محدوده وامهای بلند مدت و میان مدت برآورده می‌سازد (زنگیرانی فراهانی و همکاران، ۱۳۸۶: ۶).

بورس اوراق بهادار به عنوان سمبول و نماد اصلی بازار سرمایه می‌باشد و به معنی یک بازار متشکل و رسمی سرمایه است که در آن خرید و فروش سهام شرکت‌ها یا اوراق قرضه دولتی یا موسسات معابر خصوصی تحت مقررات و ضوابط خاصی انجام می‌شود. مشخصه مهم بورس اوراق بهادار حمایت قانون از صاحبان پس اندازها و سرمایه‌های راکد و الزامات قانونی برای مقاضیان سرمایه است (همان، ۸).

نهادهای مالی مختلفی در بازار سرمایه فعالیت می‌کنند. یکی از نهادهای مالی اصلی که در بازار سرمایه به فعالیت می‌پردازد شرکت‌های کارگزاری هستند. طبق قانون بازار اوراق بهادار ایران کارگزاری به این شرح تعریف می‌شود: کارگزاری موسسه (شرکتی) است که با مجوز سازمان بورس و اوراق بهادار تهران به نمایندگی از طرف اشخاص و یا به حساب خود حسب مورد و بر اساس قوانین و مقررات مربوط، به داد و ستد اوراق بهادار پذیرفته شده در بورس و سایر خدمات کارگزاری می‌پردازد (قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴).

اقتصاد مانند سایر علوم دانشی متشکل و تخصصی است. عضوی از این دانش است زیرا با فعالیت مربوط به تولید، مبادله و مصرف کالاهای خدمات سروکار دارد. آفرید مارشال، اقتصاددان مشهور انگلیسی، اقتصاد را به نحوی ساده و کلی، به عنوان (مطالعه انسان در کسب و کار معمولی زندگی) تعریف می‌کند. از این نظر علم اقتصاد مطالعه اصولی است که به ایجاد رفاه مادی بشر کمک می‌کند؛ بنابراین اقتصاد از یک طرف مطالعه جریان افزایش ثروت جامعه و از

طرف دیگر مطالعه رفتار (انسان اقتصادی) است. رفتار انسان اقتصادی تحت تاثیر کار روزانه و همچین مانع مادی که فراهم می‌نماید، شکل می‌گیرد (تفصیلی، ۱۳۶۶: ۵۴۱).

نظام اقتصادی عبارت از مجموعه مرتبط و منظم عناصری است که به منظور ارزشیابی و انتخاب در زمینه تولید، توزیع و مصرف برای کسب بیشترین موفقیت فعالیت می‌کند؛ به عبارت دیگر نظام اقتصادی، مجموعه هماهنگ از نهادهای اجتماعی و حقوقی است که در بطن آن برخی وسایل سازمان یافته به پیروی از برخی از انگیزه‌های برتر به منظور برقراری تعادل اقتصادی مورد استفاده قرار می‌گیرد. بر این اساس، نظام اقتصادی نیز یکی از زیرنظام‌های اجتماعی است (نمایی، ۱۳۸۷: ۲۵۰).

واژه اقتصادی اشاره به بعد خاصی از رفتارها و روابط مردم دارد که بر اساس محاسبه هزینه و فایده و به منظور تامین معاش انجام می‌گیرد. اهداف کلان نظام اقتصادی می‌تواند عدالت اقتصادی، استقلال، رفاه عمومی، رشد و توسعه اقتصادی و اموری از این قبیل باشد (لاژوژی، ۱۳۵۵: ۱۶).

قوانين و مقررات مبارزه با پولشویی در ایران

قانون مبارزه با پولشویی

قانون فوق مشتمل بر دوازده ماده و هفت تبصره در جلسه علنی روز سه‌شنبه ۱۱/۲/۱۳۸۶ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۷/۱۱/۱۳۸۶ به تایید شورای نگهبان رسید.

آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی

آیین‌نامه فوق مشتمل بر چهل و نه ماده و بیست و یک تبصره در تاریخ ۹/۱۱/۱۳۸۸ به تأیید مقام محترم ریاست جمهوری رسیده است.

قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی

مصوب ۱۳۹۷/۷/۳ مجلس شورای اسلامی و ۱۵/۱۰/۱۳۹۷ سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام

قانون فوق مشتمل بر سیزده ماده و بیست و پنج تبصره در جلسه علنی روز سهشنبه مورخ ۱۳۹۷/۷/۳ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۵/۱۰/۱۳۹۷ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام با تأیید ماده (۵) و اصلاح بند «الف» ماده (۱)، بند «پ» ماده (۲)، بند «ب» ماده (۸) و الحاق یک تبصره به این بند و همچنین اصلاح بند «د» و تبصره (۴) بند «ذ» ماده (۸) موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد.

آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ الحاقی قانون مبارزه با پولشویی

آیین‌نامه فوق که مشتمل بر یکصد و پنجاه و هشت ماده می‌باشد به پیشنهاد شورای عالی مقابله و پیشگیری از جرایم پولشویی و تامین مالی تروریسم و تایید رئیس قوه قضائیه و به استناد ماده ۱۴ الحاقی قانون مبارزه با پولشویی در تاریخ ۱۳۹۸/۷/۲۱ به تصویب هیئت دولت رسیده است.

شورای عالی مبارزه با پولشویی در ایران

شورای عالی مبارزه با پولشویی عالی‌ترین مرجع حاکمیتی اقدامات ضد پولشویی در ایران است.

اعضا

مطابق ماده ۴ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب سوم مهرماه سال هزار و سیصد و نود و هفت مجلس شورای اسلامی، ترکیب اعضای این شورا عبارت است از:

۱. وزیر امور اقتصادی و دارایی به عنوان ریاست شورا
۲. وزیر صنعت، معدن و تجارت
۳. وزیر اطلاعات

۴. وزیر کشور
۵. وزیر دادگستری
۶. وزیر امور خارجه
۷. نماینده رئیس قوه قضائیه
۸. دادستان کل کشور و یا نماینده وی
۹. رئیس سازمان بازرسی کل کشور یا نماینده وی
۱۰. رئیس سازمان اطلاعات سپاه
۱۱. رئیس کل بانک مرکزی
۱۲. سه نفر نماینده مجلس به پیشنهاد کمیسیون‌های اقتصادی، شوراهای امور داخلی کشور و قضایی و حقوقی

دبيرخانه

طبق تبصره ۱ ماده ۴ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی دبیرخانه شورای عالی مبارزه با پولشویی در وزارت امور اقتصادی و دارایی است.

جایگاه قانونی و مأموریت

این شورا به موجب ماده ۴ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی به منظور هماهنگی برای پیشگیری و مقابله با جرائم پولشویی و تأمین مالی تروریسم، شورای عالی مقابله و پیشگیری از جرائم پولشویی و تأمین مالی تروریسم، تشکیل شده است.

وظایف

طبق ماده ۴ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی وظایف این شورا عبارت است از:

- ۱- تعیین راهبردها و برنامه‌ریزی در جهت اجرای قانون.
- ۲- تهییه و پیشنهاد آیین‌نامه‌های لازم در خصوص اجرای قانون برای تصویب به هیئت وزیران.

۳- هماهنگ کردن دستگاههای زیرمجموعه دولت در امر جمع آوری، پردازش و تحلیل اخبار، اسناد، مدارک، اطلاعات و گزارش‌های واصله، تهییه سامانه‌های هوشمند و شناسایی معاملات مشکوک و گزارش به مراجع ذیربیط جهت انجام اقدامات لازم.

ارکان و نهادهای بازارسرمایه

با تصویب قانون جدید بازار اوراق بهادر در یکم آذر ماه سال ۱۳۸۴، ساختار قانونی بازارسرمایه به صورت زیر تعیین شد؛ که بر این اساس نهاد جدیدی تحت عنوان ((سازمان بورس و اوراق بهادر)) ایجاد شد تا زیر نظر شورای عالی بورس به نظارت بر اجرای قوانین و مقررات، تنظیم و تدوین مقررات بپردازد.

شورای عالی بورس و اوراق بهادر

شورای عالی بورس، بالاترین رکن بازار اوراق بهادر است که وظیفه تصویب سیاست کلان بازار، اتخاذ تدابیر لازم برای ساماندهی و توسعه بازار اوراق بهادر، نظارت بر اجرای قانون و تعیین سیاست و خطمشی بازار اوراق بهادر در قالب سیاست‌های کلی نظام و قوانین و مقررات مربوطه را بر عهده دارد. این شورا از وزیر امور اقتصاد و دارایی (به عنوان رئیس شورا)، وزیر صنعت، معدن و تجارت، رئیس کل بانک مرکزی، رئیس اتاق بازرگانی، صنایع و معدن ایران، اتاق تعاون، رئیس سازمان بورس و اوراق بهادر (به عنوان دبیر شورا و سخنگوی سازمان)، دادستان کل کشور یا معاون وی، نماینده کانون‌ها و سه خبره مالی از بخش خصوصی با مشورت تشکل‌های حرفه‌ای بازار اوراق بهادر و یک نفر خبره منحصرًا از بخش خصوصی به پیشنهاد وزیر ذیربیط تشکیل می‌شود.

سازمان بورس و اوراق بهادر

سازمان بورس و اوراق بهادر زیر نظر شورای عالی بورس و اوراق بهادر، به نظارت بر اجرای قوانین و مقررات، تنظیم و تدوین مقررات و عملیات اجرایی می‌پردازد. به علاوه وظیفه انجام پژوهش‌های توسعه‌ای و کاربردی، ایجاد زیرساخت‌های مقرراتی و فناوری اطلاعات، ارتقاء جایگاه

بین‌المللی، توسعه فرهنگ سرمایه‌گذاری و ارتقاء سواد مالی را نیز بر عهده دارد. این سازمان موسسه عمومی غیردولتی (به اصطلاح خصوصی) است که توسط هیئت مدیره پنج نفره اداره می‌شود و از محل کارمزدهای دریافتی و قسمتی از حق پذیرش شرکتها در بورس و سایر درآمدها اداره می‌شود.

در حال حاضر چهار بورس، تحت نظارت سازمان بورس و اوراق بهادر فعالیت می‌کنند:

۱- بورس اوراق بهادر تهران

شرکت بورس اوراق بهادر تهران، عملیات اجرایی بازار اوراق بهادر را به عهده دارد. سازمان دهی، اداره بازار، پذیرش اوراق بهادر، نظارت بر حسن انجام معاملات، تهیه، پردازش و انتشار اطلاعات و نظارت بر فعالیت ناشران اوراق بهادر پذیرفته شده از جمله وظایف سازمان بورس و اوراق بهادر است. در بورس اوراق بهادر دارایی مالی مانند سهام و اوراق مشارکت خرید و فروش می‌شود. نشانی سایت شرکت بورس و اوراق بهادر تهران www.tse.ir است.

۲- فرابورس ایران

در آبان ماه سال ۱۳۸۷ بازار فرابورس ایران با هدف بهره‌گیری صنایع نوپا از منابع مالی بازار سرمایه، تنوع بخشی به اوراق بهادر قابل معامله افزایش مشارکت‌های مردمی و افزایش سهم دارایی‌های مالی در سبد سرمایه‌گذاری ایجاد شد. با تصویب قوانینی در فرابورس، رویه‌های پذیرش و انجام معاملات اوراق بهادر در این بازار در مقایسه با بورس اوراق بهادر تهران تسهیل شده است. در واقع فرابورس ایران با ساختار و جایگاه قانونی مشابه بورس اما با شرایط پذیرش و معامله ساده‌تر ایجاد شد. در بازار فرابورس ایران، بنگاه‌های اقتصادی می‌توانند با کسب حداقل شرایط و در سریع‌ترین زمان به این بازار وارد شده و از تمام مزایای شرکتها پذیرفته شده در بازار اوراق بهادر بهره‌مند شوند؛ بنابراین سهام شرکت‌هایی که بنا به دلایلی موفق به پذیرش در بورس اوراق بهادر تهران نمی‌شوند، در فرابورس مورد دادوستد قرار می‌گیرد. در حال حاضر ۸ بازار و تابلوی معاملاتی شامل بازارهای اول، دوم و سوم، پایه زرد، پایه نارنجی و پایه قرمز، بازار ابزارهای نوین مالی و بازار شرکت‌های کوچک و متوسط (SME Market) در فرابورس ایران به

فعالیت مشغول هستند. در بازار ابزارهای نوین مالی صندوق‌های سرمایه‌گذاری زمین و ساختمان، صندوق سرمایه‌گذاری قابل معامله (ETF)، صندوق‌های جسورانه (VC)، اوراق تأمین مالی استاندارد، اسناد خزانه اسلامی و اوراق تسهیلات مسکن (تسه) مورد معامله قرار می‌گیرند که بسیاری از آنها برای نخستین بار توسط فرابورس معرفی شده‌اند. نشانی سایت شرکت فرابورس ایران www.ifb.ir است.

۳- بورس کالای ایران

بورس کالای ایران به عنوان یک شرکت مستقل از مهر ماه سال ۱۳۸۶ با هدف حذف نارسایی‌های بازار سنتی و نوسانات کاذب، عدم شفافیت در کشف قیمت و فقدان تضمین‌های لازم برای معامله‌گران، فعالیت خود را آغاز کرده است و در آن خرید و فروش کالاهای معین صورت می‌گیرد. در بورس کالا انواع محصولات صنعتی و معدنی، فرآورده‌های نفت، پتروشیمی و کشاورزی و ابزارهای مشتقه از جمله قراردادهای آتی مورد دادوستد قرار می‌گیرند. نشانی سایت شرکت بورس کالای ایران www.ime.co.ir است.

۴- بورس انرژی ایران

بورس انرژی ایران در تیر ماه سال ۱۳۹۱ به عنوان چهارمین بورس رسمی کشور تأسیس شد. در بورس انرژی حامل‌های انرژی و اوراق بهادر مبتنی بر حامل انرژی مورد دادوستد قرار می‌گیرد و دارای سه بازار فیزیکی، مشتقه و فرعی است. نشانی سایت شرکت انرژی ایران www.irenex.ir است.

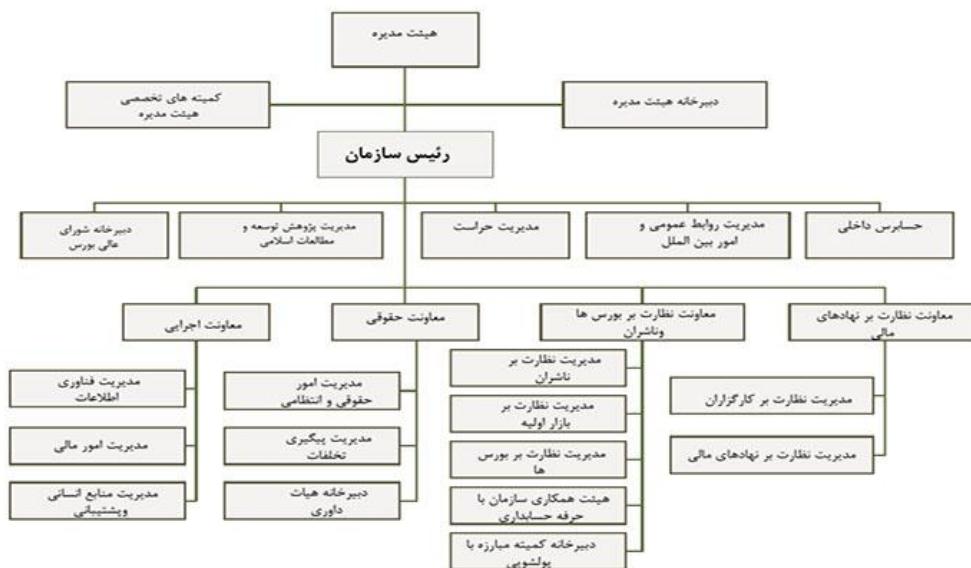
سایر نهادهای مالی فعال در بازار اوراق بهادر

شرکت سپرده‌گذاری و تسویه وجوده، شرکت‌های کارگزاری، شرکت‌های تأمین سرمایه، بازارگردانان، مشاوران سرمایه‌گذاری، مؤسسات رتبه‌بندی، شرکت‌های سرمایه‌گذاری، صندوق‌های سرمایه‌گذاری، صندوق‌های بازنیستگی، شرکت‌های سبدگردان و شرکت‌های پردازش اطلاعات مالی به عنوان نهادهای مالی فعال تحت نظارت سازمان بورس و اوراق بهادر قرار دارند.

چارت سازمان بورس و اوراق بهادار

مأموریت کلی سازمان بورس و اوراق بهادار عبارت است از ایجاد محیطی امن برای سرمایه‌گذاران در اوراق بهادار از طریق نظارت بر فعالیت مشارکت‌کنندگان در این بازار به گونه‌ای که کارایی، انصاف و نظم در این بازار حاکم باشد. نتیجه‌ی این اقدامات تسهیل در تشکیل سرمایه و به تبع، بهبود متغیرهای کلان اقتصادی خواهد بود. این مهم از طریق نظارت بر حسن اجرای قانون بازار اوراق بهادار مصوب سال ۱۳۸۴ ممکن است که برای تحقق آن، مجموعه‌ای از آئین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی تدوین، تصویب و ابلاغ می‌گردد.

شکل شماره ۱: چارت سازمان بورس و اوراق بهادار

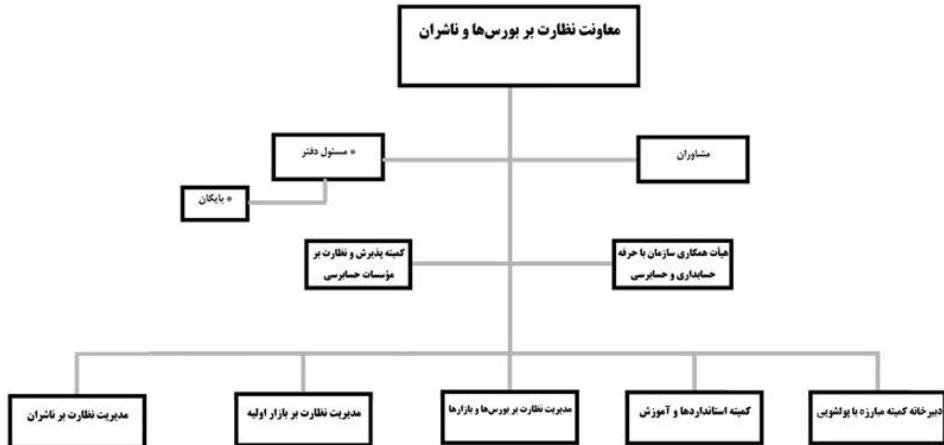


منبع: سایت سازمان بورس

معاونت نظارت بر بورس‌ها و ناشران

معاونت نظارت بر بورس‌ها و ناشران، با هدف نظاممند نمودن فعالیت‌های ناشران اوراق بهادار، بورس‌ها و بازارها و نظارت بر این فعالیت‌ها ایجاد گردیده است. این فعالیت‌ها اعم از فعالیت در بازار اولیه و بازار ثانویه می‌باشد.

شکل شماره ۳: چارت معاونت نظارت بر بورس‌ها و ناشران

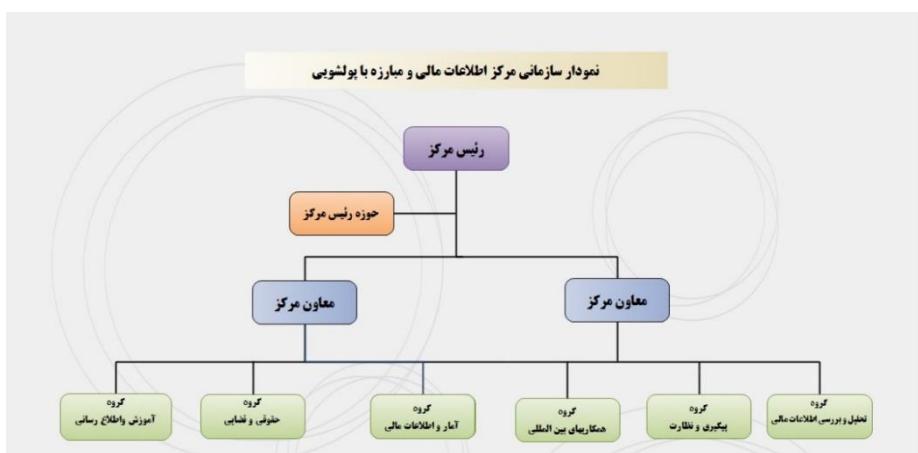


منبع: سایت سازمان بورس

واحد اطلاعات مالی

مرکز اطلاعات مالی، مرکزی ملی می‌باشد که مسئولیت دریافت، تجزیه و تحلیل گزارشات تراکنشهای مشکوک و سایر اطلاعات مربوط به پولشویی، جرایم منشأ مرتبط و تامین مالی تروریسم و ارسال نتایج به دست آمده به مراجع ذیصلاح را بر عهده دارد.

شکل شماره ۳: نمودار سازمانی مرکز اطلاعات مالی و مبارزه با پولشویی



منبع: سایت مرکز اطلاعات مالی

مرکز اطلاعات مالی (واحد اطلاعات مالی) عهده دار وظایف مندرج در ماده ۳۸ آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی به شرح ذیل است:

ماده ۳۸- واحد اطلاعات مالی به منظور انجام اقدامات زیر در وزارت امور اقتصادی و دارایی تشکیل می گردد:

- ۱- جمع آوری و اخذ اطلاعات معاملات مشکوک.
- ۲- ارزیابی، بررسی و تحلیل اطلاعات گزارشها و معاملات مشکوک.
- ۳- درج و طبقه بندی اطلاعات در سیستم های مکانیزه.
- ۴- اعلام مشخصات اشخاص دارای سابقه پولشویی و یا تأمین مالی تروریسم به اشخاص مشمول جهت مراقبت بیشتر و یا قطع همکاری، در صورت درخواست مراجع ذیربطر.
- ۵- تأمین اطلاعات تحلیل شده مورد نیاز مراجع قضایی، ضابطان و دستگاه های مسئول مبارزه با تروریسم در کشور در صورت درخواست مراجع ذیربطر.
- ۶- تهیه آمارهای لازم از اقدامات صورت گرفته در جریان مبارزه با پولشویی.
- ۷- تهیه نرم افزارها و سیستم های اطلاعاتی مورد نیاز.
- ۸- تأمین امنیت اطلاعات جمع آوری شده.
- ۹- تبادل اطلاعات با سازمان ها و نهادهای بین المللی طبق مقررات.
- ۱۰- جمع آوری و اخذ تجارب بین المللی.
- ۱۱- ارسال گزارش هایی که به احتمال قوی صحت دارد یا محتمل آن از اهمیت برخوردار است به دستگاه قضایی.
- ۱۲- پیگیری گزارش های ارسالی در مراجع قضایی.
- ۱۳- تهیه پیش نویس برنامه سالانه واحد اطلاعات مالی جهت تصویب شورا.
- ۱۴- پاسخ به استعلام اشخاص مشمول در اسرع وقت.
- ۱۵- اعلام نظر در مورد صلاحیت تخصصی مسئولان واحدهای مبارزه با پولشویی پیشنهادی از سوی مدیران اشخاص مشمول.

شرکت‌های کارگزاری و مبارزه با پولشویی

با توجه به جایگاه شرکت‌های کارگزاری در بازار سرمایه و نقش آن‌ها در انتقال وجود سرمایه‌گذاران به بازار بورس بدینهی است اهمیت نقش شرکت‌های کارگزاری در شناسایی و مبارزه با پولشویی مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد. شرکت‌های کارگزاری، شرکت‌های ثبت‌شده‌ای هستند که خدمات کارگزاری و خریدوفروش را برای خود یا دیگران و در چارچوب قوانین موجود ارائه می‌دهند. این خدمات بر اساس ابزارهای مالی تعریف شده در بازار سرمایه ارائه می‌گردد و شامل واسطه‌گری در خریدوفروش اوراق در بازار سهام و ارائه خدمات کارگزاری در قالب قراردادهای متنوع می‌باشد. توسعه متناسب این بازار می‌تواند نقش مهمی در توسعه و ترویج فعالیتهای اقتصادی ایفا کند، بنابراین بسیار مهم است که تلاش شود بازار سرمایه کشورمان از عملیات پول شویی تا حد امکان مصون باشد و بهترین روش جلوگیری از ورود پول کثیف به بازار بورس، شرکت‌های کارگزاری هستند که در واقع دروازه‌های ورودی سرمایه به بازار بورس هستند، این شرکت‌ها در حال حاضر جایگاه لازم را در قانون بازار سرمایه کسب کرده‌اند و ملزم به رعایت قوانین شورای عالی بورس هستند و چگونگی ساماندهی مناسب فعالیت‌های کارگزاران در حوزه بازار سرمایه و نحوه ارتباط با دیگر مؤسسات مالی مشخص و تبیین شده است. شرکت‌های کارگزاری در کشور باید به ازای هر حوزه فعالیت، مجوز تأسیس و فعالیت خود را از سازمان بورس و اوراق بهادر دریافت کنند. عمدۀ فعالیت‌های کارگزاران شامل واسطه‌گری در خریدوفروش و انتشار ابزارهای بازار مالی، تملیک ابزارهای مالی قبلاً منتشرشده و تدارک ابزار مشتقه از جمله اوراق تبعی بر اساس شاخص‌های مالی و اقتصادی، ابزارهای بازار مالی، کالا، فلزات گران‌بها و ارز است. درمجموع این فعالیت‌ها خریدوفروش، مشاوره سرمایه‌گذاری و مدیریت سبد را در بر می‌گیرد. لذا با توجه به طیف متنوع خدمات قابل ارائه، این موضوع اهمیت پیدا می‌کند که آیا سازوکارهای لازم برای شناسایی و پیشگیری از ورود افراد سودجو و مختلف برای پولشویی از طریق شرکت‌های کارگزاری طراحی و به مرحله اجرا در آمده است؟ آیا قوانین و مقررات موجود در جهت انجام هر چه بہتر این مبارزه وضع شده‌اند؟ آیا مدیران و سیاست‌گذاران در این حوزه این

موضوع را در نظر دارند که اگر با این موضوع برخورد و مبارزه جدی نشود چه صدمات جبران ناپذیری به سیستم مالی کشور وارد می‌شود؟ در پاسخ به این سؤالات بایستی گفت که سازوکارهای منسجمی برای شناسایی افراد و معاملات مشکوک در شرکت‌های کارگزاری طراحی شده است اما اینکه تا چه حد این مقررات و قوانین توسط شرکت‌های کارگزاری اجرا می‌شود، این موضوع مهم است که بایستی توسط بازرگانی‌های مکرر توسط شرکت‌های بورس و فرابورس و در مرحله بالاتر توسط سازمان بورس و اوراق بهادار مورد ارزیابی قرار گیرد. تا هر جا که نقصان یا مشکلی هست با ارائه پیشنهادهای جدید به شورای عالی مبارزه با پولشویی برطرف گردد. درواقع در بحث کیفیت قوانین و مقررات جامعیت وجود دارد باز هم مسئله مهم در مقام اجراست که آیا شرکت‌های کارگزاری در این گونه موقع منافع خود را در نظر می‌گیرند یا به قوانین و مقررات اهمیت می‌دهند. چراکه درآمدزایی و کسب حداکثر کارمزد با توجه به شرایط شدیداً رقابتی در صنعت کارگزاری در حال حاضر در درجه اول اهمیت برای شرکت‌های کارگزاری تبدیل شده است. آیا در کنترل‌های داخلی که در شرکت‌های کارگزاری انجام می‌گیرد، مدیران کنترل‌های داخلی اشراف کامل به قوانین و مقررات مربوط به پولشویی را دارند آیا دوره‌های آموزشی استاندارد و مربوط به مبارزه‌ها پولشویی را در حد کارشناسی خبره طی کردند این دست مسائل بسیار مهم و حیاتی است و باید توسط هیئت‌مدیره‌های شرکت‌های کارگزاری به این موضوعات اهمیت دهنده و ذیل کمیته حسابرسی که در هیئت‌مدیره شرکت‌های کارگزاری تشکیل می‌شود کارگروهی تخصصی متشكل از مدیران و اعضای کمیته حسابرسی به صورت متناوب بازرگانی‌های در این زمینه انجام دهند. برای این کار پیشنهاد می‌گردد که شرکت‌های کارگزاری در دفاتر مرکزی خود واحد مبارزه با پولشویی و در هریک از شعب خود در سراسر کشور مسئول مبارزه با پولشویی شعبه استخدام کنند و برای تصدی این سمت‌ها پیشنهاد می‌گردد برای تصدی سمت مدیر واحد مبارزه با پولشویی دفتر مرکزی از بین دارندگان مدارک حرفه‌ای بازار سرمایه و افراد دارای گواهینامه مدیریت نهادهای بازار سرمایه و برای تصدی مسئول مبارزه با پولشویی شعب از بین دارندگان گواهینامه کاربردی کانون کارگزاران و دارندگان گواهینامه کنترل و نظارت داخلی جذب و استخدام شوند.

آسیب‌شناسی پول شویی از طریق شرکت‌های کارگزاری بورس

پول شویی دارای فرآیند پیچیده، مستمر، درازمدت و گروهی است که به‌طورمعمول در مقیاسی بزرگ انجام می‌شود بر اساس این فرآیند عواید حاصل از فعالیت‌های مجرمانه با گذر از مراحل مختلف وارد نظام مالی و فعالیت‌های قانونی می‌شوند و با پنهان ماندن منشأ غیرقانونی آن ظاهری قانونی می‌باشد. به‌طورکلی پول شویی مراحل سه‌گانه زیر را تشکیل می‌دهد. این مراحل ممکن است هم‌زمان در جریان یک انتقال انجام شود. ولی گاهی ممکن است در اشکال متفاوت و جداگانه صورت گیرد. اولین مرحله، مرحله جای‌گذاری است، این مرحله، پرخطرترین مرحله پول شویی برای مجرمان است چراکه در این مرحله احتمال آشکار شدن جرم بسیار زیاد است. پول گردآوری شده از راه بزهکاری باید به‌حساب اشخاص واریز شود. البته واریز شدن پول نقد کلان به یک یا چند حساب در یک بانک مشخص، نگاهها را به سمت خود جلب خواهد کرد؛ بنابراین یکی از آسان‌ترین راه‌هایی که پول شویان در پیش می‌گیرند استفاده از حسابهای بانکی اجاره‌ای است که پول‌های نقد را چندین بار و به میزانی کمتر از اندازه تعیین شده برای گزارش دهی، به حسابهای بانکی اجاره‌ای واریز می‌کنند و این کار بیشتر با اسکناس‌های ریز یا آمیزه‌ای از اسکناس‌های گوناگون انجام می‌شود. همچنین، ممکن است این افراد از بانک چک مسافرتی یا حواله‌های پولی دریافت و سپس آن‌ها را در بانک مورد نظر سپرده‌گذاری کنند. جایگزینی از راه حواله، جایگزینی الکترونیک، خرید دارایی، سفته‌بازی و جابه‌جایی انبوه، قمار و شرط‌بندی، جابه‌جا کردن ارز، خرید بیمه و خرید سهام از دیگر روش‌های پاک نمایی پول در این مرحله است. مرحله لایه‌گذاری مرحله دوم است، در این مرحله، تلاش برای پنهان کردن سرمایه‌ها از راه لایه سازی‌های پیچیده در دادوستدهای مالی صورت می‌گیرد که از ردیابی پول‌ها جلوگیری می‌کند و ابهام و سردرگمی برای دیگران پدید می‌آورد. درواقع در این مرحله با درست کردن شبکه‌های پیچیده از دادوستدهای بانکی که با هدف گریز از هرگونه حسابرسی صورت می‌گیرد، پول‌های غیرقانونی از منبع آن جدا می‌شود. به عنوان مثال، پول را به حسابی در خارج از کشور واریز می‌کنند و یا اینکه سهام بینام شرکت‌های صوری را خریداری می‌کنند. در این مرحله، استفاده از حسابهای الکترونیک نیز رواج دارد و از آن‌رو که اطلاعات کافی برای تشخیص پول‌های ناپاک

وجود ندارد روش عالی برای پول شویان است که بتوانند پول‌های خود را جابه‌جا کنند. هدف پول شویان در این مرحله آن است که شناسایی پول‌های ناپاک از سوی دولت و مأموران مالیاتی دشوارتر شود. مرحله ادغام یا در واقع مرحله آخر که مرحله درهم‌آمیزی هم نامیده می‌شود هنگامی روی می‌دهد که بتوان پول شسته شده را برای به کار افتادن، بی‌آنکه شناسایی شود به سامانه قانونی بازگرداند. صدور کارت اعتباری، خرید دارایی‌های مالی و فروش دویاره آن‌ها، صادرات و واردات، ایجاد مؤسسات مالی از روش‌هایی است که پول شویان به کار می‌گیرند تا بتوانند بهخوبی پول‌های ناپاک را به سامانه قانونی بازگردانند. حال این مراحل چگونه در بورس اتفاق می‌افتد، پول شویان از حسابهای کارگزاران و یا صندوق‌های سرمایه‌گذاری برای لایه نمودن سرمایه‌هایشان استفاده می‌کنند. برای مثال ارسال و دریافت پول و انتقال وجهه به صورت سریع از طریق چندین حساب و موسسه مالی متعدد یکی از این شیوه‌ها می‌باشد. برای جلوگیری از افشاء این روش پول شویان از طریق یک سری سپرده‌های متعدد با وجوده کم (کمتر از سقف گزارش دهی توسط نهادهای ناظر) این عمل را انجام می‌دهند. روش دیگری که مرسوم است پول شویی از طریق اختلاس است، در این روش مجرمان، با خرید سهام شرکت‌های پوششی، کنترل شرکت‌های مذکور را به دست می‌گیرند و پول‌های نامشروع را از مناطق امن پول شویی وارد کشور نموده و از آنها بدون آنکه کسی متوجه گردد، استفاده می‌نمایند. مجرمان (سهامداران عمده این گونه شرکت‌ها) خود به عنوان مدیران و اداره کنندگان شرکت‌های مذکور می‌باشند و کسب و کاری صوری، در این شرکت‌ها راه می‌اندازند. سهام شرکت مذکور به شرکت‌های ناشناس (مستقر در مناطق امن پول شویی) فروخته می‌شود و در مقابل پول نا مشروع تحصیل می‌گردد. وجهه حاصل شده به مدیران و اداره کنندگان (مجرمان) شرکت پوششی انتقال و به شکل دستمزدهای کلان، خرید ماشین‌های لوکس و مسافرت‌های تجاری هزینه می‌گردد؛ که مراحل این روش به این ترتیب می‌باشد، دریافت چک که همان پول کثیف متعلق به مجرمان می‌باشد که طی مراحل زیر گرددش می‌یابد، دریافت چک توسط شرکت‌های پوششی از کارگزاری در ازای فروش سهام شرکت از طریق عرضه خصوصی سهام انجام می‌شود. روش دیگر انتقال وجهه نقد (پول‌های کثیف) است که توسط مجرمان به حساب بانک مستقر در خارج از کشور در

مناطقی که مبارزه با پولشویی در آنها بسیار ضعیف می‌باشد، انجام می‌شود. روش دیگر افتتاح حساب در کارگزاری و انتقال الکترونیکی وجود نقد از بانک مستقر در خارج از کشور (مستقر در مناطق امن پولشویی) انجام می‌شود. در روش دیگر، خرید سهام شرکت پوششی از کارگزاری در ازای پرداخت وجود نقد توسط کارگزاری مستقر در خارج از کشور انجام می‌شود. راه دیگری که توسط مجرمان پیموده می‌شود اختلاس وجود نقد و انتقال وجود نقد از واحد حسابداری و مالی شرکت به مجرمان (مدیران، کارکنان شرکت) انجام می‌شود و در نهایت خرید انواع دارایی‌های لوکس انجام می‌گیرد. یکی از روش‌های مرسوم مجرمان پولشویی از طریق دست کاری در قیمت می‌باشد، دست کاری در قیمت سهام به معنی تغییر عمده ارزش اوراق نسبت به ارزش واقعی آن که از طریق روش‌های همچون ایجاد تقاضای کاذب برای سهم و یا شایعه پراکنی انجام می‌پذیرد. به نظر اکثر کارشناسان این حوزه سه شیوه مختلف دست کاری قیمت شناسایی شده است که عبارتند از دست کاری بر مبنای اطلاعات، در این استراتژی، دست کاری کننده با انتشار اطلاعات گمراه کننده و یا شایعات ساختگی اقدام به دست کاری قیمت اوراق بهادر می‌کند. شیوه دیگر، دست کاری بر مبنای عمل است اعمالی به غیر از معاملات که ارزش واقعی با ارزش درک شده دارایی‌ها را تحت تاثیر قرار می‌دهند، دست کاری بر مبنای عمل می‌نامند. در این حالت دست کاری کننده قیمت اوراق بهادر ابتدا اقدام به تملک اوراق بهادر می‌کند و سپس قیمت پیشنهادی بالاتری برای اوراق بهادر در تملک خود مطرح می‌کند. در این شرایط قیمت اوراق بهادر در بازار افزایش می‌یابد؛ بنابراین دست کاری کننده اوراق بهادر قادر خواهد بود تا به فروش اوراق بهادر خود اقدام کند. در نهایت بعد از فروش اوراق بهادر از سوی دست کاری کننده اوراق بهادر، دیگر قیمت پیشنهادی برای خرید اوراق بهادر دنبال نخواهد شد. شیوه دیگر نیز دست کاری بر مبنای معامله نام دارد. در این نوع دست کاری اوراق بهادر زمانی رخ می‌دهد که یک معامله گر بزرگ و یا گروهی از معامله گران به طور خیلی ساده با خرید تدریجی و ایجاد تقاضای کاذب و سپس فروش یکجای اوراق بهادر، اقدام به دست کاری قیمت می‌کنند. از آنجایی که بخش عمده معاملات صندوق‌ها و شرکت‌های سرمایه‌گذاری به صورت بلوک‌های بزرگ یا فقط از یک سهم است، بنابراین شناسایی و دست کاری قیمت براساس معامله بسیار

سخت و دشوار است. در روش دست کاری در قیمت، پول شویان سرمایه اولیه جهت دست کاری در قیمت سهام را فراهم می‌نمایند. در حقیقت پول شویی و دست کاری در قیمت به عنوان مکمل یکدیگر می‌باشند. دستکاران در قیمت، کنترل یک شرکت پوششی را به دست می‌آورند و سپس سهام شرکت مذکور را با قیمت بسیار ناچیز به مجرمان می‌فروشنند. این سهم‌ها در ازای انتقال دارایی و یا خدمات مشاوره‌ای ساختگی به مجرمان داده می‌شود. مجرمان یک حساب معاملاتی به اسم یک شرکت صوری باز می‌کنند، سهم‌ها توسط حساب معاملاتی آنها به شرکتهای مستقر در مناطق خارج از کشور به قیمتی که دستکاران مشخص می‌کنند فروخته می‌شود، سهم‌ها به طور متناوب بین این دو رد و بدل شده و به تدریج قیمت آن بالا می‌رود، در مرحله آخر سهم‌ها به قیمت بسیار بالاتر از ارزش واقعی فروخته می‌شود. حال با توجه به آسیب‌شناسی که در این حوزه به دست آمده توصیه می‌گردد شرکتهای کارگزاری فعال در بازار بورس و فرابورس چک لیست‌هایی مطابق نمونه‌های مرجع آن که توسط کمیته مبارزه با پول شویی تدوین شده است یا بر اساس (دستورالعمل‌های اجرایی مبارزه با پول شویی) ابلاغی سازمان بورس، تهیه کنند و در اختیار واحد مبارزه با پول شویی و از طریق این واحد به کلیه مسئولان پول شویی شعب خود قرار دهند و مطابق آن کلیه قوانین و مقررات مربوط به مبارزه با پول شویی را رعایت کنند تا بدین صورت امکان بروز خطا توسط کارکنان به حداقل ممکن کاهش یابد. در ادامه جهت آشنایی بیشتر با این دستورالعمل و نحوه تهیه این چک لیست‌ها، این ابلاغی سازمان بورس و اوراق بهادر مورد بررسی قرار می‌گیرید.

ابلاغیه اداره امور کارگزاران سازمان بورس

دستورالعمل‌های اجرایی مبارزه با پول شویی در حوزه بازار سرمایه که با عنوانین زیر به تصویب شورای عالی مبارزه با پول شویی رسیده است و پیرو آن ابلاغیه شماره ۱۱۰۲۰۰۱۰۸ اداره امور کارگزاران سازمان بورس که در تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۰۷ به کلیه شرکتهای کارگزاری ابلاغ شده به شرح زیر است:

۱- دستورالعمل شناسایی مشتریان در بازار سرمایه در ۳۹ ماده و ۱۸ تبصره.



- ۲- دستورالعمل گزارش عملیات و معاملات مشکوک در بازار سرمایه در ۱۶ ماده و ۶ تبصره.
- ۳- دستورالعمل رعایت مقررات مبارزه با پولشویی در خدمات الکترونیک بازار سرمایه در ۱۱ ماده ۲ تبصره.
- ۴- دستورالعمل نحوه مراقبت از اشخاص مظنون در بازار سرمایه در ۱۱ ماده و ۱ تبصره.
- ۵- دستورالعمل نحوه ارسال استاد و مدارک مربوط به بازار سرمایه به نشانی پستی مشتریان در ۱۵ ماده و ۶ تبصره.
- ۶- دستورالعمل نگهداری و امحا استاد در بازارسرمایه در حوزه مبارزه با پولشویی در ۱۰ ماده و ۳ تبصره.

شرکت‌های کارگزاری می‌توانند مطابق این دستورالعمل‌های ابلاغی چک لیست‌هایی تهیه و تنظیم کنند و طبق آن کلیه فرآیند پذیرش و ارائه خدمات به مشتریان خود را با این چک لیست مطابقت نمایند تا بدین ترتیب مبارزه با پولشویی از دروازه اصلی بازار سرمایه که همان شرکت‌های کارگزاری هستند آغاز شود. در ادامه نمونه‌ای از این چک لیست‌ها ارائه می‌شود.

شکل شماره ۴: چک لیست دستورالعمل اجرایی مبارزه با پولشویی در شرکتهای کارگزاری بورس و اوراق بهادر

چک لیست مبارزه با پولشویی شرکت کارگزاری: سال / دوره مالی:	
--	--

ردیف	سوال	اپاسخ	
توضیحات	خدمات که منجر به عملیات پولی و مالی می شود، نسبت به شناسایی اولیه ارباب رجوع به شرح ردیف (۲) این چک لیست اقدام نموده است؟	بلی	خدمات که منجر به عملیات پولی و مالی می شود، نسبت به شناسایی اولیه ارباب رجوع به شرح ردیف (۲) این چک لیست اقدام نموده است؟
۱	ب- آیا مدارک مرتبط با شناسایی اولیه در پرنده اطلاعاتی ارباب رجوع و سیستمهای اطلاعاتی واحد مورد رسیدگی ثبت شده است؟	بلی	ب- آیا مدارک مرتبط با شناسایی اولیه در پرنده اطلاعاتی ارباب رجوع و سیستمهای اطلاعاتی واحد مورد رسیدگی ثبت شده است؟
۲	الف- آیا شناسایی اولیه ارباب رجوع بر اساس موارد زیر صورت پذیرفته است؟	بلی	الف- آیا شناسایی اولیه ارباب رجوع بر اساس موارد زیر صورت پذیرفته است؟
۳	• اشخاص حقیقی ایرانی: شماره ملی و کد پستی مندرج در پشت کارت ملی اشخاص خارجی: شماره فرآگیر اشخاص خارجی	بلی	• اشخاص حقیقی ایرانی: شماره شناسه ملی و کد پستی اقامتگاه قانونی مذکور در آین نامه الزام استفاده از شناسه ملی اشخاص حقوقی
۴	ب- آیا اطلاعات اخذ شده به شرح فوق در فاکتورها و قراردادها درج شده است؟	بلی	ب- آیا اطلاعات اخذ شده به شرح فوق در فاکتورها و قراردادها درج شده است؟
۵	به منظور شناسایی کامل ارباب رجوع، آیا واحد مورد رسیدگی اسناد و مستندات دال بر تأیید هویت واقعی شخصیت حقیقی و یا حقوقی و همچنین سهامداران بالای ۵ درصد و اعضای هیئت مدیره شخص حقوقی (و یا ارکان مشابه) را از	بلی	به منظور شناسایی کامل ارباب رجوع، آیا واحد مورد رسیدگی اسناد و مستندات دال بر تأیید هویت واقعی شخصیت حقیقی و یا حقوقی و همچنین سهامداران بالای ۵ درصد و اعضای هیئت مدیره شخص حقوقی (و یا ارکان مشابه) را از
۶	وی اخذ نموده است؟	بلی	وی اخذ نموده است؟
۷	الف- آیا اطلاعات و مدارک مرتبط با شناسایی کامل ارباب رجوع به شرح ردیف	بلی	الف- آیا اطلاعات و مدارک مرتبط با شناسایی کامل ارباب رجوع به شرح ردیف
۸	۳ فوق، در صورت امکان حسب مورد از پایگاههای اطلاعاتی ذیربط استعلام و نسبت به صحت آن اطمینان حاصل شده است؟	بلی	۳ فوق، در صورت امکان حسب مورد از پایگاههای اطلاعاتی ذیربط استعلام و نسبت به صحت آن اطمینان حاصل شده است؟
۹	ب- آیا فروش کالا و ارائه خدمات به ارباب رجوع پس از انجام فرآیند شناسایی ارباب رجوع توسط واحد مورد رسیدگی صورت پذیرفته است؟	بلی	ب- آیا فروش کالا و ارائه خدمات به ارباب رجوع پس از انجام فرآیند شناسایی ارباب رجوع توسط واحد مورد رسیدگی صورت پذیرفته است؟
۱۰	در صورت عدم همکاری ارباب رجوع در ارائه اطلاعات لازم برای شناسایی وی و یا ارائه اطلاعات غیر واقعی از سوی ارباب رجوع و یا مظنون بودن وی به	بلی	در صورت عدم همکاری ارباب رجوع در ارائه اطلاعات لازم برای شناسایی وی و یا ارائه اطلاعات غیر واقعی از سوی ارباب رجوع و یا مظنون بودن وی به
۱۱	عملیات پول شویی، آیا واحد مورد رسیدگی گزارش آن را به واحد اطلاعات مالی اعلام نموده است؟	بلی	عملیات پول شویی، آیا واحد مورد رسیدگی گزارش آن را به واحد اطلاعات مالی اعلام نموده است؟
۱۲	الف- آیا واحد مورد رسیدگی، در تمام فرمها، فاکتورها، قراردادها، نرم افزارها، بانکها و سیستمهای اطلاعاتی که عملیات پولی و مالی در آن ثبت می شود، محل مناسب برای درج یکی از شمارههای شناسایی معتبر (حسب مورد شماره ملی، شناسه ملی و شماره فرآگیر اشخاص خارجی) و کد پستی پیش بینی نموده است؟	بلی	الف- آیا واحد مورد رسیدگی، در تمام فرمها، فاکتورها، قراردادها، نرم افزارها، بانکها و سیستمهای اطلاعاتی که عملیات پولی و مالی در آن ثبت می شود، محل مناسب برای درج یکی از شمارههای شناسایی معتبر (حسب مورد شماره ملی، شناسه ملی و شماره فرآگیر اشخاص خارجی) و کد پستی پیش بینی نموده است؟
۱۳	ب- آیا مشخصات مندرج در بند (الف) فوق به طور کامل از ارباب رجوع دریافت و با مدارک شناسایی معتبر تطبیق داده شده است؟	بلی	ب- آیا مشخصات مندرج در بند (الف) فوق به طور کامل از ارباب رجوع دریافت و با مدارک شناسایی معتبر تطبیق داده شده است؟
۱۴	آیا از ارائه خدمات پایه به اشخاص زیر خودداری شده است؟	بلی	آیا از ارائه خدمات پایه به اشخاص زیر خودداری شده است؟
۱۵	در صورتی که ارباب رجوع از ارائه اطلاعات و مدارک موضوع این دستورالعمل خوداری نماید	بلی	در صورتی که ارباب رجوع از ارائه اطلاعات و مدارک موضوع این دستورالعمل خوداری نماید
۱۶	در صورتی که واحد مورد رسیدگی رأساً و یا از طریق مراجع ذیصلاح احراز نماید که اطلاعات ارائه شده توسط ارباب رجوع خلاف واقع است	بلی	در صورتی که واحد مورد رسیدگی رأساً و یا از طریق مراجع ذیصلاح احراز نماید که اطلاعات ارائه شده توسط ارباب رجوع خلاف واقع است

<p>● اشخاص ایرانی فاقد شناسه یا شماره ملی توضیح: در صورت ارائه خدمات قبل از ابلاغ این دستورالعمل، واحد مورد رسیدگی موظف است در صورت وجود هر یک از موارد فوق فروش کالا و ارائه خدمات به ارباب رجوع را متوقف نماید آیا واحد مورد رسیدگی به منظور ارتباط با واحد اطلاعات مالی و اجرای برنامه‌های مبارزه با پولشویی نسبت به تعیین شخص یا واحد مبارزه با پولشویی اقدام نموده است؟</p> <p>توضیح: در صورت عدم تعیین مسئول، بالاترین مقام اجرایی مدیرعامل مسئول مبارزه با پولشویی خواهد بود.</p> <p>الف - آیا مسئول مبارزه با پولشویی رسماً به واحد اطلاعات مالی معرفی شده است؟</p> <p>ب - آیا مسئول مبارزه با پولشویی در خصوص موارد زیر اقدام نموده است؟</p> <p>● آموزش کارکنان</p> <p>● اطمینان از حسن اجرای رویه‌های کشف موارد مشکوک</p> <p>● نظارت بر استقرار سیستم کنترل‌های داخلی و اجرای صحیح آن</p> <p>● بررسی، ارزیابی و در صورت نیاز بازبینی فرآیندهای شناسایی و اطمینان از قل قابل اتکا بودن این فرایند</p> <p>● ارسال معاملات و عملیات مشکوک به واحد اطلاعات مالی</p> <p>● پاسخگویی به استعلاماتات واحد اطلاعات مالی</p> <p>آیا واحد حسابرسی داخلی هرگونه اطلاعات و مستندات دال بر فعالیت پولشویی را در اسرع وقت در اختیار حسابرس مستقل قرار داده است؟</p> <p>الف - آیا به منظور اجرای صحیح دستورالعمل مسئول مبارزه با پولشویی از اختیارات و دسترسی‌های کافی مانند دسترسی به پرونده اطلاعات ارباب رجوع، سوابق معاملاتی و مالی آنها، برخوردار است؟</p> <p>الف - آیا به منظور اجرای صحیح دستورالعمل مسئول مبارزه با پولشویی از اختیارات و دسترسی‌های کافی مانند دسترسی به پرونده اطلاعات ارباب رجوع، سوابق معاملاتی و مالی آنها، برخوردار است؟</p> <p>ب - آیا مسئول مبارزه با پولشویی، در بررسی، اظهار نظر و ارسال گزارش استقلال دارد؟</p> <p>آیا به کلیه کارکنان واحد مورد رسیدگی ابلاغ شده است که در صورت مشاهده معاملات و عملیات مشکوک بر اساس تشخیص متندیان اجرایی و حداقل مطابق فهرست اعلام شده توسط واحد اطلاعات مالی، مراتب را بدون اطلاع ارباب رجوع به مسئول مبارزه با پولشویی اطلاع دهند؟</p> <p>الف - آیا هرگونه دریافت و پرداخت وجه در معاملات با مبالغ بالا، به ویژه بیش از سقف مقرر، صرفاً از طریق حساب بانکی ارباب رجوع انجام شده است؟</p> <p>ب - آیا پرداخت وجه بیش از سقف مقرر صرفاً به حساب بانکی متعلق به ارباب رجوع یا طرف معامله یا قرارداد واریز شده است؟</p> <p>آیا جهت اقدامات مرتبط با کشف عملیات و معاملات مشکوک و گزارشده‌ان توسط کارکنان، رویه‌های قابل اتکا تدوین و به کلیه کارکنان ابلاغ شده است؟</p> <p>الف - آیا سوابق معاملات و عملیات مالی (اعم از فعل و غیر فعل) و نیز مدارک مربوط به سوابق شناسایی ارباب رجوع هنگام فروش کالا و ارائه خدمات، به</p>	<p>۱۲</p> <p>۱۳</p> <p>۱۴</p> <p>۱۵</p> <p>۱۶</p> <p>۱۷</p> <p>۱۸</p> <p>۱۹</p> <p>۲۰</p> <p>۲۱</p> <p>۲۲</p> <p>۲۳</p> <p>۲۴</p>
--	---

			<p>صورت فیزیکی و یا سایر روش‌های قانونی، حداقل به مدت ۵ سال بعد از پایان عملیات نگهداری شده است؟</p> <p>ب- آیا در صورت درخواست واحد اطلاعات مالی یا سایر مراجع ذیربط، حداقل طرف ۴ روز کاری نسخه الکترونیکی اطلاعات و حداقل ظرف یک ماه اصل اسناد و سوابق به واحد یا مرجع مذبور ارائه شده است؟</p> <p>آیا در کلیه سبرگها، قراردادها، فاکتورهای فروش، گواهی‌ها، مجوزها مدارک صادره، اوراق تبیغاتی، پروناء، اوراق مالی و حسابداری و ... شناسه ملی (کد اقتصادی) و کد پستی واحد مورد رسیدگی درج شده است؟</p> <p>آیا برنامه‌های آموزشی مستمر در مورد چگونگی شناسایی ارباب رجوع حداقل در خصوص موارد زیر، برای کارکنان فراهم شده است؟</p> <ul style="list-style-type: none"> ● سیاستهای مربوط به پذیرش ارباب رجوع جدید و اسناد و اطلاعات مورد نیاز نحوه اقدام موثر در صورت بروز مغایرت در اطلاعات و مدارک ارباب رجوع. <p>آیا واحد مورد رسیدگی با اتخاذ تدابیر و اقدامات لازم از رعایت مقررات مبارزه با پولشویی در شب و نمایندگی‌های داخل و خارج کشور خود اطمینان حاصل نموده است؟</p> <p>نام و نام خانوادگی و امضا مدیر واحد مبارزه با پولشویی:.....</p> <p>نام و نام خانوادگی و امضا مسئول مبارزه با پولشویی شعبه:.....</p>
--	--	--	---

منبع: کمیته مبارزه با پولشویی سازمان بورس و اوراق بهادار

پیشنهاد می‌گردد چک لیست‌هایی مطابق لیست زیر توسط شرکت‌های کارگزاری تهیه شود:

چک لیست شناسایی مشتریان در بازار سرمایه..۱

چک لیست گزارش عملیات و معاملات مشکوک در بازار سرمایه..۲

چک لیست رعایت مقررات مبارزه با پولشویی در خدمات الکترونیک بازار سرمایه..۳

چک لیست نحوه مراقبت از اشخاص مظنون در بازار سرمایه..۴

چک لیست نحوه ارسال اسناد و مدارک مربوط به بازار سرمایه به نشانی پستی مشتریان..۵

چک لیست نگهداری و امحاء اسناد در بازار سرمایه در حوزه مبارزه با پولشویی..۶

این چک لیست‌ها می‌بایستی در کلیه شب و نمایندگی‌های شرکت‌های کارگزاری بورس و اوراق بهادار توزیع گردد و مطابق موارد خواسته شده توسط مسئولان مربوطه تکمیل گردد تا بدین ترتیب بررسی‌ها و کنترل‌های بیشتری بر روی افراد و معاملات مشکوک صورت پذیرد و مانع بزرگی از طریق شرکت‌های کارگزاری بر سر راه پولشویی از طریق بازار سرمایه کشور قرار

بگیرد. این کنترل‌ها می‌توانند مطابق نظر مدیران ارشد شرکت‌های کارگزاری برای دوره‌های یک ماهه، سه ماهه و یا شش ماهه تعریف شود. آنچه مهم است باید به نحوی بازده‌های زمانی تعریف شود که در مراحل پیشگیری و تشخیص بتوان مانع از رشد و پیشرفت عملیات پول‌شویی مجرمان در شرکت‌های کارگزاری شد.

نتیجه‌گیری:

بازار سرمایه به عنوان یکی از ارکان مهم بازار مالی نقش مهمی در هدایت امکانات مالی و سرمایه‌ای در جهت تخصیص بهینه منابع به منظور پیشرفت اقتصادی کشور را دارد. نقش و اهمیت نظام مالی در فرآیند رشد و توسعه اقتصادی کشورها به صورتی است که می‌توان تفاوت اقتصادهای توسعه یافته و توسعه نیافته را در درجه کارآمدی و کارآبی نظام مالی آنها جستجو کرد. رشد اقتصادی و افزایش تولید و اشتغال، نیازمند تجهیز منابع مالی و تخصیص بهینه آنها در اقتصاد ملی است و این مهم با کمک بازارهای مالی سازمان یافته و متشکل و کارآمد که در آن تنوع ابزارهای مالی و شفافیت اطلاعات وجود دارد، میسر خواهد بود؛ بنابراین در صورتی که بازار سرمایه نتواند کارکردهای صحیح خود را داشته باشد نمیتواند این رسالت را جهت رسیدن به رشد و توسعه اقتصادی انجام دهد. بازار سرمایه زمانی میتواند کارکردهای خود را به نحو مطلوب ارائه دهد که با برنامه ریزی و کارشناسی‌های صورت گرفته بتوان از بروز و ورود هرگونه آسیب و بحران در آن جلوگیری کرد. در حال حاضر یکی از این آسیب‌ها که بازار سرمایه کشور را تهدید میکند پول شویی است؛ بنابراین برای اینکه بتوانیم این بازار را از تهدیدات و آسیب‌های قابل پیش‌بینی در زمینه پول‌شوئی مصون نگه داریم بایستی شرکت‌های کارگزاری که به مانند دروازه‌ای برای ورود سرمایه و پول به بازار سرمایه کشور هستند را با آموزش‌ها و ایزار شناسائی تجهیز کنیم و سازو کارهای لازم و مجموعه قوانین و مقررات مناسب برای برخورد با پول شویی را در اختیارشان قرار دهیم. یکی از خط مشی‌ها و روش‌های می‌تواند همین چک لیستی باشد که در این مقاله ارائه شد. کلیه شعب و نمایندگی‌های شرکت‌های کارگزاری بایستی برای اطمینان از انجام صحیح فرآیند پذیرش مشتری و انجام عملیات خرید و فروش این چک لیست را تنظیم کرده و به طور مرتباً به مدیران ارشد شرکت خود گزارش دهنند. در حال حاضر با توجه به راه اندازی سامانه جامع اطلاعات مشتریان (سجام)، کدهای مشکوک و ناشناخته معاملاتی شناسایی و از وقوع تخلفاتی مانند پول‌شویی در بورس جلوگیری می‌شود. سجام یک سامانه زیرساختی در بازار سرمایه است که همه فعالان بازار اعم از سرمایه‌گذاران، مشتریان و مدیران نهادها فقط یک بار برای همیشه اطلاعات خود را در این سامانه ثبت می‌کنند. از طریق این سامانه، اطلاعات

هویتی، شماره حساب، شماره موبایل، آدرس الکترونیکی و اقامت دائمی فرد ثبت می‌شود و پس از ثبت اطلاعات نیز هیچ نهاد مالی نیازی به دریافت دوباره اطلاعات آن سهامدار ندارد لذا بدین ترتیب هم در ارائه خدمات مالی به مردم سرعت داده می‌شود و هم در کشف تخلفات و شناسائی عملیات پول‌شویی دقت بیشتری خواهد شد.

منابع و مأخذ:

۱. تفضلی، فریدون، (۱۳۶۶)، اقتصاد کلان (نظریه‌ها و سیاست‌های اقتصادی)، نشر نی، تهران، چاپ اول.
۲. حاجی، نرگس و سایبان، علیرضا، (۱۳۹۸)، «پیشگیری از جرایم سازمان یافته با نگاهی به قانون پول‌شویی»، مجله بین‌المللی پژوهش ملل، دوره چهارم، شماره ۴.
۳. خسروی، عبدالحمید، (۱۳۸۴)، «پول‌شویی و راهکارهای مبارزه با آن»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، دوره ۵ شماره ۱۷، صص ۲۰۰-۱۷۱.
۴. داودی، فرناز، (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی مبارزه با پول‌شویی در حقوق ایران و استناد بین‌المللی»، همایش ملی پیشگیری از جرم در قلمرو مطالعات حقوق کیفری، علوم اجتماعی و انتظامی، صص ۳۸-۶۶.
۵. راینسون، جفری، (۱۳۸۱)، شستشوی پول آلوده، ترجمه: آلبرت برناردی، تهران، نشر کلک آزادگان.
۶. عزنجیرانی فراهانی، نسیبه؛ شمسی کوشکی، ابوالحسن؛ ترابی اردکانی، عباس و فراهانی، مینا، (۱۳۸۶)، ملزومات رشد و توسعه بازار سرمایه ایران، انتشارات موسسه کار و تامین اجتماعی، چاپ اول.
۷. سرداری، روزبه و خلیل زاده، محمد، (۱۳۹۴)، «نگاهی به پول‌شویی در بازار سرمایه»، فصلنامه حسابداری، پاسخگویی و منافع جامعه، تهران، دوره ۵، شماره ۲، صص ۷۹-۹۲.
۸. فلاح نژاد، فاطمه، (۱۳۹۶)، پول‌شویی در استناد بین‌المللی و حقوق کیفری ایران، کنفرانس سالانه پژوهش‌های حقوقی و قضایی نوبت اول، صص ۴۷-۵۷.
۹. لاروزی، ژورف، (۱۳۵۵)، نظام‌های اقتصادی، ترجمه شجاع الدین ضیاییان، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ دوازدهم.
۱۰. موسوی مقدم، محمد، (۱۳۸۶)، پول‌شویی، تهران؛ نشر معاونت دادگستری کل استان قم، چاپ دوم.

۱۱. نمازی، حسین، (۱۳۸۷)، نظامهای اقتصادی، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ پنجم.
۱۲. هاشمی، محمد و بلندنظر، احمد، (۱۳۹۹)، «پولشویی»، مجله فقه و حقوق نوین، تابستان، شماره ۲، صص ۶۰-۸۰.
۱۳. قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴.
۱۴. قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷.
15. FATF report. (2009), Money Laundering and Terrorist Financing in the Securities Sector.
16. James, R. Richards. (2007), Transnational Organizations Cyber Crime, Electronic Banking System and Money Laundering: A Handbook for Law Enforcement Officers, CRS Press.
17. Ranon, Stevens. (2008), Anti -Money Laundering Initiatives under the USA Patriot ACT: www.Stradley.com
18. www.fatf-gafi.org
19. WWW.drroohullahnajafi.blogfa.com
20. www.cbi.ir/simplelist/9308.aspx

Evaluation of the Role of Brokerage Companies in Combating Money Laundering and Providing Policy Recommendations

mohammad hormozi¹

Gholamali Mirzaei Monfared²

Abstract

Money laundering is one of the organized crimes that has become particularly important for most countries today because it has created many obstacles in the path of economic, social and cultural development of societies all over the world. In recent decades, with the considerable growth of new technologies, the pace and shape of money transfer has also changed, making the operations more complicated and combating this economic problem. Money laundering is any kind of act or attempt to conceal or change the appearance of illegitimate proceeds resulting from criminal activities in such a manner that they appear to be proceeds originated from legal sources. Money laundering or purification of money is a criminal activity that crosses even the geographical boundaries of countries and is not restricted to the same country. Money laundering has many detrimental effects on the economy. Pollution and instability of the economy, weakening of the private sector and privatization programs, corrupt government structure, distrust of the people, rising government spending, declining government tax revenues, establishing instability in the global market are just a part of these effects that shows the great importance of combating money laundering operations. Capital market is one of the businesses exposed to money laundering and taking into account the foundations of the capital market, brokerage companies are deemed as a gateway to the country's capital market and this issue distinguishes the position and importance of stockbroking companies in identifying and preventing money laundering operations. In order to be able to succeed in this endeavor they must

1. DBA Student of Islamic Capital Market, 2nd Edition, Islamic Finance Association of Iran, Tehran, Iran, (Email: mhormozi11@gmail.com)

2. Ph.D. in Criminal Law and Criminology, University of Qom, (Email:mirzaie784@yahoo.com)

always have a clear and up-to-day understanding of the new methods of Money laundering technique and therefore be able to identify and combat them by adopting appropriate and effective solutions. In this paper, first, the concept of money laundering is expressed and after explaining the concepts of money laundering and its study and executive background, anti-money laundering solutions, especially by stock brokerage companies, are presented.

KeyWords: *Money Laundering Crime, Capital Market, Stock Exchange Brokerage Companies, Economic System*

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پروتکله علمی

۱. تفضلی، فریدون، (۱۳۶۶)، اقتصاد کلان (نظیره ها و سیاست های اقتصادی)، نشر نی، تهران، چاپ اول.
۲. حاجی، نرگس و ساییان، علیرضا، (۱۳۹۸) «پیشگیری از جرائم سازمان یافته با تغاهی به قانون بولشویی»، مجله بین المللی پژوهش ملل، دوره چهارم، شماره ۴.
۳. خسروی، عبدالحمید، (۱۳۸۴)، «بولشویی و راهکارهای مبارزه با آن»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، دوره ۵ شماره ۱۷، صص ۱۷۱-۲۰۰.
۴. داودی، فرناز، (۱۳۹۶)، «معطاله تطبیقی مبارزه با بولشویی در حقوق ایران و استاد بین المللی»، هماشی ملی پیشگیری از جرم در قلمرو مطالعات حقوق کیفری، علوم اجتماعی و انتظامی، صص ۳۸-۶۶.
۵. رابینسون، چفری، (۱۳۸۱)، شستشوی بول آводه، ترجمه؛ آبریت برترادی، تهران، نشر کلک آزادگان.
۶. زنجیرانی فراهانی، نسیبه؛ شمسی کوشکی، ابوالحسن؛ ترابی اردکانی، عباس و فراهانی، مینا، (۱۳۸۶)، ملزومات رشد و توسعه بازار سرمایه ایران، انتشارات موسسه کار و تامین اجتماعی، چاپ اول.
۷. سرداری، روزبه و خلیل زاده، محمد، (۱۳۹۴)، «تغاهی به بولشویی در بازار سرمایه»، فصلنامه حسابداری، پاسخگویی و منافع جامعه، تهران، دوره ۵، شماره ۲، صص ۷۹-۹۲.
۸. فلاح نژاد، فاطمه، (۱۳۹۶)، بولشویی در استاد بین المللی و حقوق کیفری ایران، کفرانس سلامه پژوهش های حقوقی و قضایی نوبت اول، صص ۴۷-۵۷.
۹. لازوی، زورف، (۱۳۵۵)، نظام های اقتصادی، ترجمه شجاع الدین ضیاییان، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ دوازدهم،
۱۰. موسوی مقدم، محمد، (۱۳۸۶)، بولشویی، تهران؛ نشر معاونت دادگستری کل استان قم، چاپ دوم.
۱۱. نمازی، حسین، نظام های اقتصادی، (۱۳۸۷)، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ پنجم.
۱۲. هاشمی، محمد و بلندنظر، احمد، (۱۳۹۹) «بولشویی»، مجله فقه و حقوق نوین، تابستان، شماره ۲، صص ۶۰-۸۰.
۱۳. قانون بازار اوراق بهادر جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴
۱۴. قانون اصلاح قانون مبارزه با بولشویی مصوب ۱۳۹۷

کد مقاله

LAW-2102-1057 (R1)

دانشنامه های مرتبط

۱- حقوق جزای اختصاصی ۲- جرائم تقدیصی

مدخلهای مرتبط قابل استخراج

۱. جرم بولشویی
۲. بازار سرمایه
۳. شرکت های کارگزاری بورس و اوراق بهادر
۴. نظام اقتصادی

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. قانون مبارزه با بولشویی
۲. آئین نامه اجرایی قانون مبارزه با بولشویی
۳. شورای عالی مبارزه با بولشویی در ایران
۴. ارکان و نهادهای بازار سرمایه
۵. شورای عالی بورس و اوراق بهادر
۶. سازمان بورس و اوراق بهادر
۷. واحد اطلاعات مالی
۸. آسیبشناسی بولشویی از طریق شرکت های کارگزاری بورس

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادر
۲. قانون مبارزه با بولشویی

چکیده دانشنامه‌ای نشریه

مقالات این شماره نشریه در ارتباط با ۸ عنوان دانشنامه حقوقی کاربرد دارند که عبارتند از:

۱. دانشنامه حقوق اساسی
۲. دانشنامه حقوقی فقه
۳. دانشنامه حقوق قراردادها
۴. دانشنامه حقوق جزای عمومی
۵. دانشنامه ادله اثبات جرائم
۶. دانشنامه حقوق ثبت اسناد و املاک
۷. دانشنامه حقوق جزای اختصاصی
۸. دانشنامه جرائم اقتصادی

آمار و اطلاعات راجع به مدخل‌های هر دانشنامه به شرح زیر است:

تعداد ۵مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق اساسی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. اضطراب معرفتی
۲. زندگی اجتماعی
۳. حجیت قطع
۴. مدارا
۵. ممکن‌الخطا بودن

تعداد ۴ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق اساسی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. زمینه‌ی اضطراب معرفتی در جهان مدرن
۲. مفهوم «اضطراب معرفتی»
۳. «اضطراب» به عنوان یک فضیلت معرفتی
۴. پدیدارشناسی اضطراب معرفتی

تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوقی فقهشناسایی شد که عبارتند از:

۱. ظهور
۲. اصل عموم
۳. تفسیر قرارداد
۴. تخصیص
۵. مخصوص

تعداد ۱۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوقی فقهشناسایی شد که عبارتند از:

۱. مفهوم تفسیر قرارداد
۲. جایگاه اصول لفظیه در تفسیر قراردادها
۳. مفاد اصل عموم
۴. نقش و کارکرد اصل عموم در تفسیر انواع قرارداد
۵. ابهام و تعارض مفاد قرارداد
۶. تخصیص عام بوسیله خاص در قرارداد
۷. تخصیص و نسخ در قرارداد
۸. صراحة مفاد قرارداد
۹. نقص و سکوت قرارداد
۱۰. لفظ خاص مؤخر بر الفاظ عام متعدد

تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق قراردادها شناسایی شد که عبارتند از:

۱. ظهور
۲. اصل عموم
۳. تفسیر قرارداد
۴. تخصیص
۵. مخصوص

- تعداد ۱۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق قراردادها شناسایی شد که عبارتند از:
۱. مفهوم تفسیر قرارداد
 ۲. جایگاه اصول لفظیه در تفسیر قراردادها
 ۳. مفاد اصل عموم
 ۴. نقش و کارکرد اصل عموم در تفسیر انواع قرارداد
 ۵. ابهام و تعارض مفاد قرارداد
 ۶. تخصیص عام بوسیله خاص در قرارداد
 ۷. تخصیص و نسخ در قرارداد
 ۸. صراحة مفاد قرارداد
 ۹. نقص و سکوت قرارداد
 ۱۰. لفظ خاص مؤخر بر الفاظ عام متعدد

تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق جزای عمومیشناسایی شد که عبارتند از:

۱. دلیل
۲. ارزش اثباتی
۳. سوگند فسامه
۴. اقرار
۵. شهادت
۶. علم قاضی

تعداد ۴ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق جزای عمومیشناسایی شد که عبارتند از:

۱. مقایسه سوگند با اقرار
۲. مقایسه سوگند با قسامه
۳. مقایسه سوگند با شهادت
۴. مقایسه سوگند با علم قاضی

تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق جزای عمومیشناسایی شد که عبارتند از:

۱. دلیل
۲. ارزش اثباتی
۳. سوگند قسامه
۴. اقرار
۵. شهادت
۶. علم قاضی

تعداد ۴ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق جزای عمومیشناسایی شد که عبارتند از:

۱. مقایسه سوگند با اقرار
۲. مقایسه سوگند با قسامه
۳. مقایسه سوگند با شهادت
۴. مقایسه سوگند با علم قاضی

تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه ادله اثبات جرائمشناسایی شد که عبارتند از:

۱. دلیل
۲. ارزش اثباتی

۳. سوگند قسامه

۴. اقرار

۵. شهادت

۶. علم قاضی

تعداد ۴ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه ادله اثبات جرائم‌شناسایی شد که عبارتند از:

۱. مقایسه سوگند با اقرار

۲. مقایسه سوگند با قسامه

۳. مقایسه سوگند با شهادت

۴. مقایسه سوگند با علم قاضی

تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق ثبت اسناد و املاک شناسایی شد که عبارتند از:

۱. اجرای اسناد

۲. ثبت املاک

۳. ثبت اسناد

۴. ثبت شرکت

۵. سازمان ثبت

۶. قوه قضائیه

تعداد ۱۵ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق ثبت اسناد و املاک شناسایی شد که عبارتند از:

۱. استقلال قوه قضائیه

۲. سازمان ثبت اسناد و املاک

۳. استقلال قضائی

۴. استقلال قاضی

۵. حق ملک
۶. حق مالک
۷. حق مالکیت
۸. سردفتری
۹. دفتریاری
۱۰. سند رسمی
۱۱. مأمور رسمی
۱۲. ثبت شرکت‌ها و مالکیت صنعتی
۱۳. مقررات اسناد لازم‌الاجرا
۱۴. اختلافات اسناد لازم‌الاجرا
۱۵. اجرای حق‌ها در ادارات اجرا

تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق جزای اختصاصی‌شناسی شد که عبارتند از:

۱. جرم پول‌شویی
۲. بازار سرمایه
۳. شرکت‌های کارگزاری بورس و اوراق بهادار
۴. نظام اقتصادی

تعداد ۸ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق جزای اختصاصی‌شناسی شد که عبارتند از:

۱. قانون مبارزه با پول‌شویی
۲. آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پول‌شویی
۳. شورای عالی مبارزه با پول‌شویی در ایران
۴. ارکان و نهادهای بازار سرمایه
۵. شورای عالی بورس و اوراق بهادار

۶. سازمان بورس و اوراق بهادار

۷. واحد اطلاعات مالی

۸. آسیب‌شناسی پول شویی از طریق شرکت‌های کارگزاری بورس

تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه جرائم اقتصادی شناسایی شد که عبارتنداز:

۱. جرم پول شویی

۲. بازار سرمایه

۳. شرکت‌های کارگزاری بورس و اوراق بهادار

۴. نظام اقتصادی

تعداد ۸ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه جرائم اقتصادی شناسایی شد که

عبارةند از:

۱. قانون مبارزه با پول شویی

۲. آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پول شویی

۳. شورای عالی مبارزه با پول شویی در ایران

۴. ارکان و نهادهای بازار سرمایه

۵. شورای عالی بورس و اوراق بهادار

۶. سازمان بورس و اوراق بهادار

۷. واحد اطلاعات مالی

۸. آسیب‌شناسی پول شویی از طریق شرکت‌های کارگزاری بورس

بر این اساس در مجموع تعداد ۴۷ مورد پرونده علمی در ارتباط با این مدخل‌ها تشکیل یا تکمیل شده است. ضمن اینکه منابع متعددی در ارتباط با هر یک از این مدخل‌ها نیز شناسایی شده است که موجب غنای هرچه بیشتر پرونده علمی این مدخل‌ها شده است. مشخصات این منابع نیز به صورت متناظر با هر مقاله و هر مدخل شناسایی شده که پس از چکیده انگلیسی هر مقاله آورده شده است.

واحد امور دانشنامه‌ای نشریه

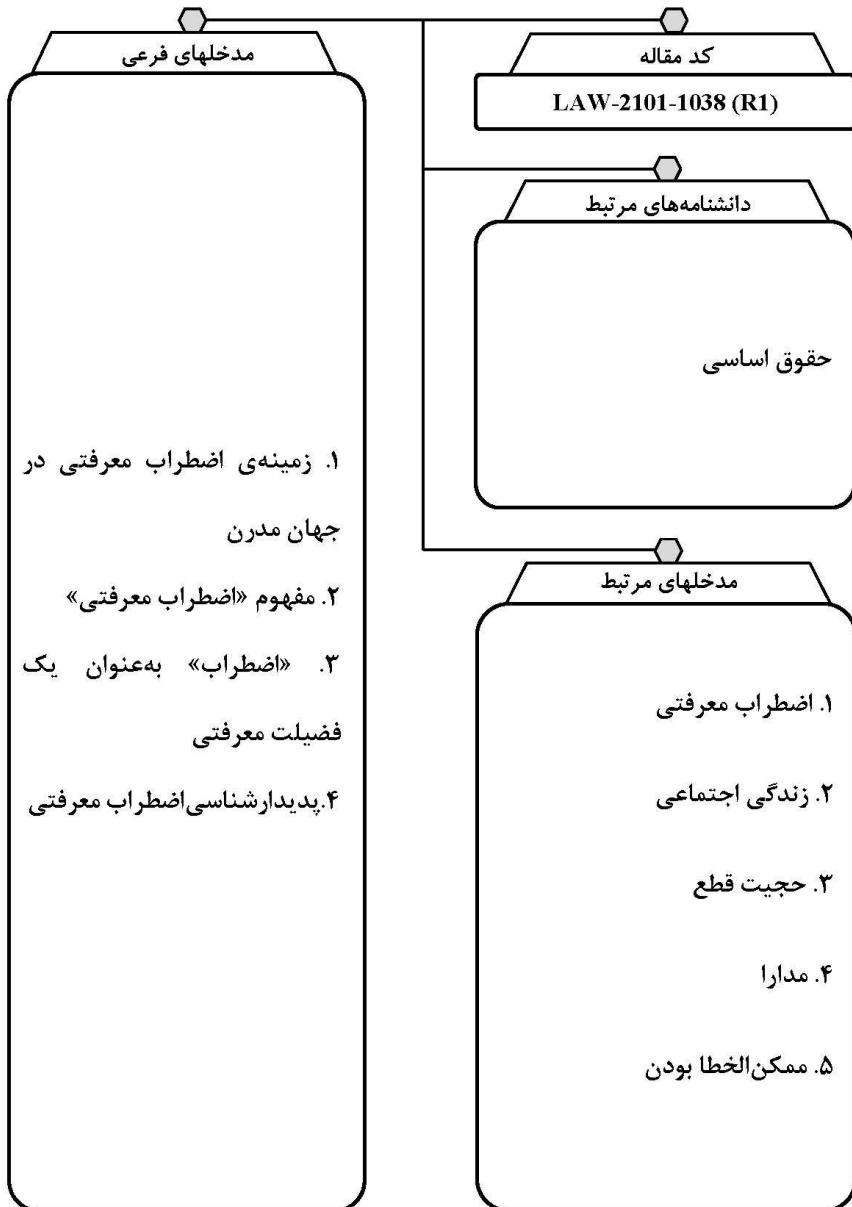
خلاصه ابعاد و کاربردهای

دانشنامه‌ای مقالات

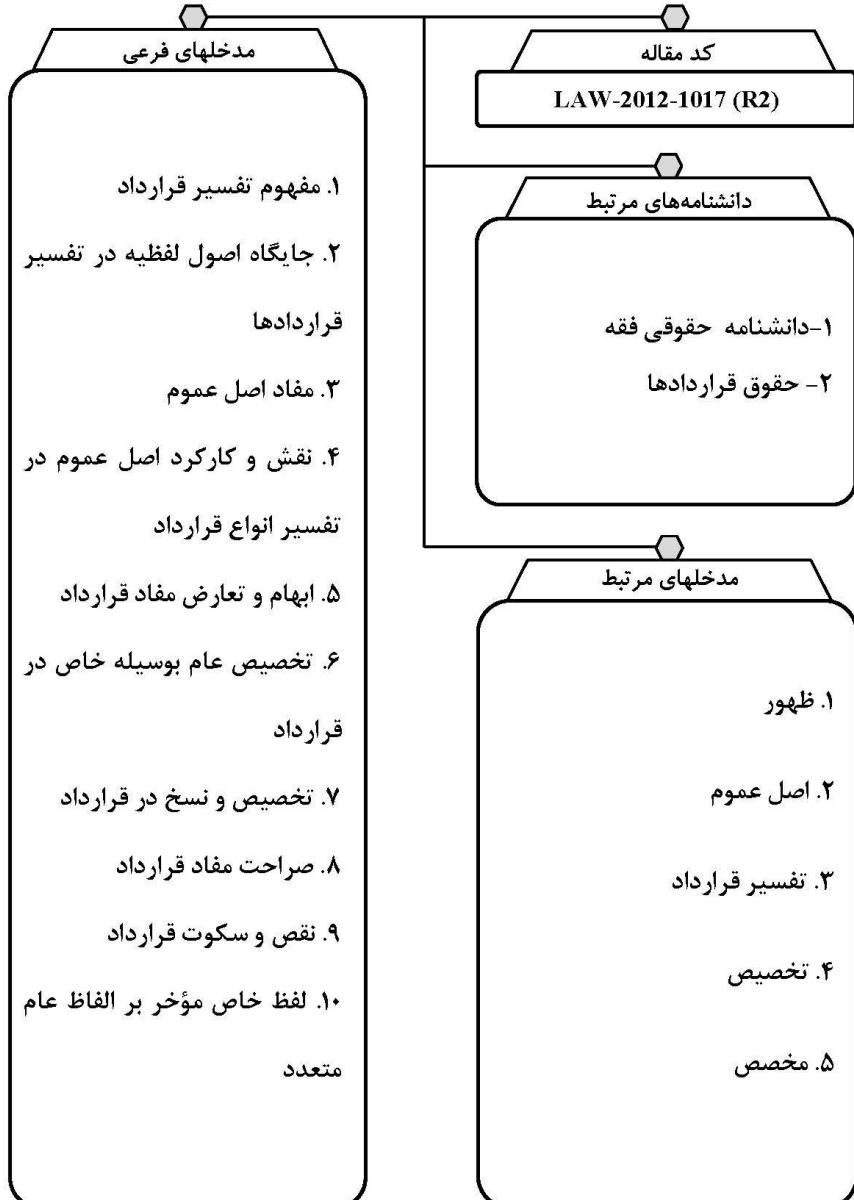
خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



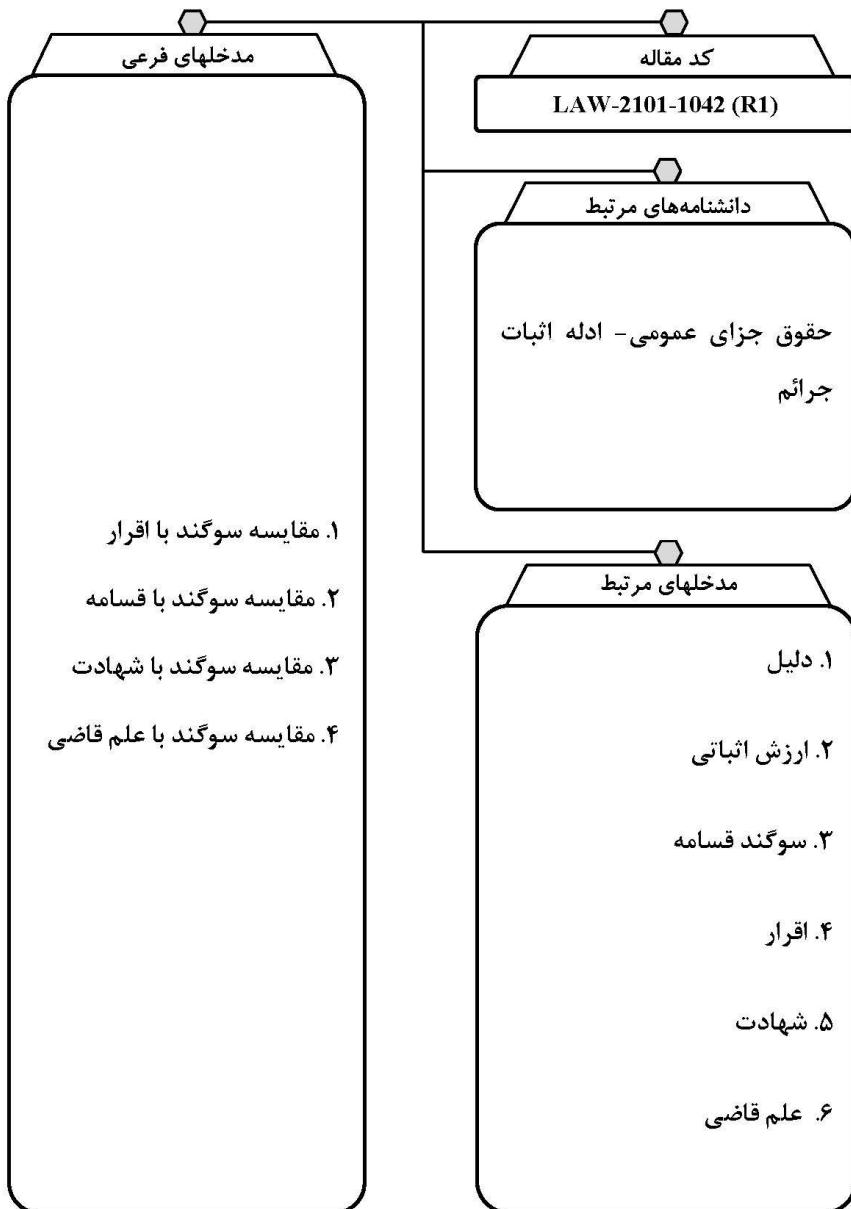
خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



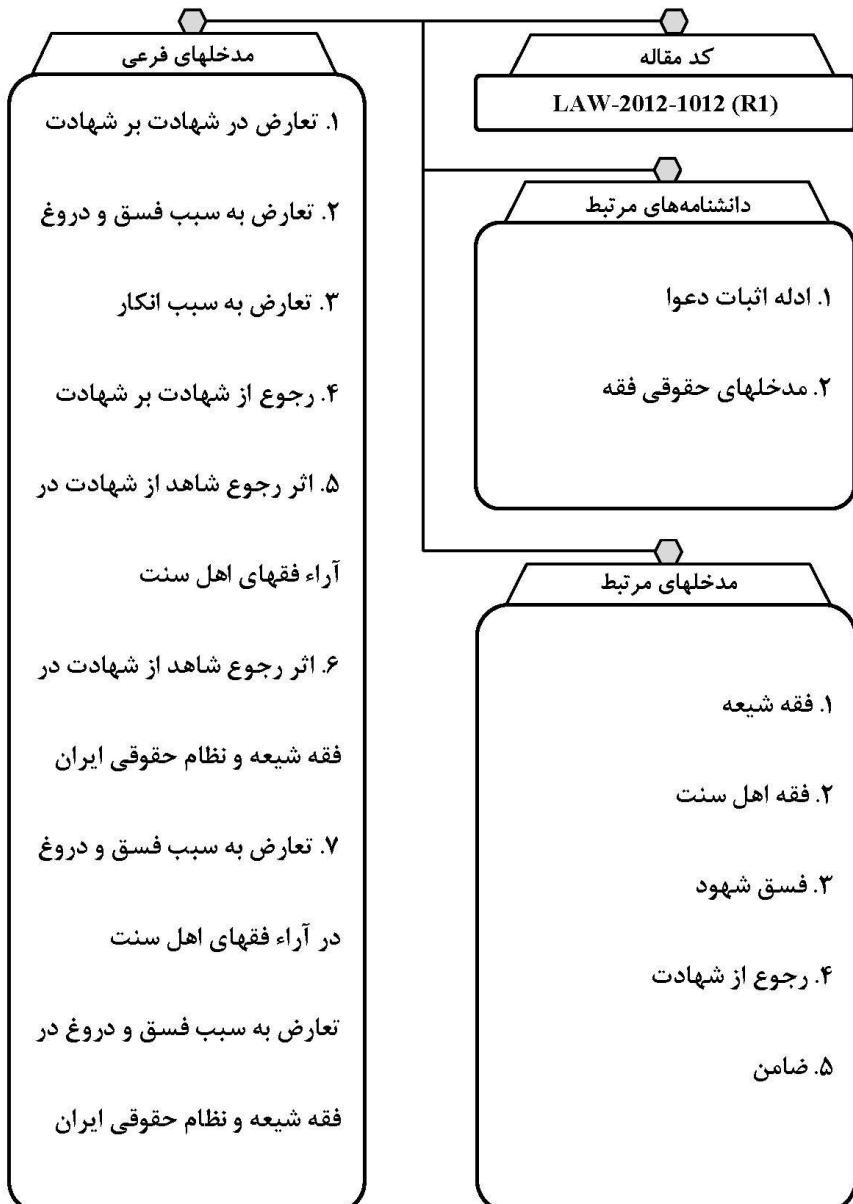
خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

