



فصلنامه علمی پژوهشی

سال بیست و دوم، شماره ۸۵ / تابستان ۱۴۰۴ / بهای تک شماره: ۲۵۰۰۰۰ تومان



حقوق اسلامی

صاحب امتیاز: علی اکبر رشاد
مدیر مسئول: علی اکبر رشاد
سر دبیر: محمود حکمت نیا
اعضای هیأت تحریریه:

نجاد علی الماسی؛ استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. / علیرضا باریکلو؛ استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. / احمد حاجی ده آبادی؛ استاد گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. / علی اکبر رشاد؛ استاد فقه و اصول پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ایران. / عبدالحسین شیروی؛ استاد حقوق خصوصی، پردیس قم - دانشگاه تهران، ایران. / ابوالقاسم علیدوست؛ استاد گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی و استاد فقه و اصول حوزه علمیه قم، ایران. / ابراهیم عبدی پور فرد؛ استاد دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. / جلیل قنوتی؛ دانشیار حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. / علی محمدی جورکویه؛ دانشیار گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران. / فرج الله هدایت نیانجی؛ استاد گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران.

اعضای هیأت تحریریه بین المللی:

نبیل مهدی الشهاوی؛ استاد دانشگاه پسنیراه / محمد جاسم محمد الاتابی؛ استاد دانشگاه ذیقار عراق

دبیر تحریریه و مدیر اجرایی: مجید اسلامی
صفحه آرایی: علیرضا پاکیزه

چاپ و صحافی: هنگام

نشانی مجله:

تهران: خیابان شهید بهشتی، خیابان احمد قصیر، خیابان پژوهشگاه، شماره ۲، تلفن: ۴ - ۸۸۷۳۴۸۶۳
قم: بلوار پانزده خرداد، خیابان شهید میثی، تلفن: ۳۷۶۰۳۵۶۹ - ۳۷۶۰۲۹۹۷، کد پستی: ۱۵۱۴۶ - ۱۵۹۱۱
Email: hoquq@iict.ac.ir, https://hoquq.iict.ac.ir.

فصلنامه «فقه و حقوق» بر اساس مجوز ۸۹/۲۳۸/ وزارت ارشاد اسلامی، از شماره ۱۹ با نام «حقوق اسلامی» منتشر می شود.

فصلنامه «حقوق اسلامی» بر اساس مجوز ۸۹/۳/۱۱/۱۰۴۳۷۷/ مورخ ۸۹/۱۲/۱۴ وزارت علوم تحقیقات و فناوری، دارای اعتبار علمی - پژوهشی است.

همه شماره ها و مقالات فصلنامه در پایگاه اینترنتی آن در دسترس است. فصلنامه مذکور، در دو نسخه چاپی و الکترونیکی منتشر می شود.

فصلنامه «فقه و حقوق» به منظور: (۱) تبیین اصول و پی ساختها و مسائل فقهی و حقوقی اسلام و دفاع عالمانه و مستدل از آن؛ (۲) تبیین دانش های وابسته به فقه (فلسفه فقه، اصول فقه، مقاصد شریعت و...)؛ (۳) مطالعه تطبیقی مکاتب و نظام های حقوقی، به منظور توسعه و تعمیق نظام فقهی و حقوقی اسلام و پاسخ گویی به شبهات مطرح؛ (۴) بررسی

مسائل نوپدید و ارائه راه حل های مبتنی بر مبانی نظام فقهی و حقوقی اسلام؛ (۴) نقد و بررسی قوانین موضوعه و تلاش برای حل مشکلات حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران. به طور مستمر و در قالب فصلنامه در حال انتشار است.

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

لطفاً به هنگام تنظیم مقالات، موارد ذیل رعایت شود:

- نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، جایگاه علمی نویسنده، نشانی، شماره تماس و نشانی الکترونیکی خود را بنویسید.
 - مقاله باید در محیط Word، حداقل ۱۲ صفحه و حداکثر ۲۴ صفحه (۳۵۰ کلمه‌ای) از طریق سامانه اینترنتی مقاله ارسال شود؛ بنابراین از ارسال مقاله به صورت فایل PDF خودداری کنید.
 - چکیده فارسی مقاله، حداکثر در ۱۸۰ کلمه و در صورت امکان به همراه چکیده انگلیسی آن به همین مقدار، ضمیمه شود.
 - مقاله باید نتیجه تحقیق نویسنده یا نویسندگان باشد و متن کامل آن پیش‌تر در هیچ مجله یا نشریه‌ای منتشر نشده باشد و یا برای چاپ به مجلات دیگر ارائه نشده باشد.
 - درج معادل لاتین اسامی و اصطلاحات مهجور، مقابل عبارت و در داخل پرانتز ضروری است.
 - ارجاعات درون‌متنی بدین شکل نوشته شود: نام خانوادگی نویسنده، تاریخ انتشار، شماره صفحه (مظفر، ۱۳۵۷، ص ۱۹۴).
 - فهرست منابع در آخر مقاله بر اساس حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده، به شکل زیر تنظیم شود:
- الف) برای کتاب: نام خانوادگی، نام مؤلف؛ عنوان کتاب (به شکل بُلد)؛ نام مترجم/ مصحح؛ ج ۱ (شماره جلد)، ۲ (نوبت چاپ)، محل نشر؛ ناشر، سال انتشار.
- ب) برای مقاله: نام خانوادگی، نام مؤلف؛ «عنوان مقاله»؛ نام مجله (به شکل بُلد)، ش ۱۲ (شماره جلد)، سال انتشار، ص ۲۵-۷ (صفحه آغاز و پایان مقاله).

تذکر:

- در صورت تعدد آثار منتشر شده از یک مؤلف در یک سال، برای نمایاندن ترتیب انتشار با حروف الف، ب، ج و... متمایز شوند.
- دیگر نکات ضروری در این باره را در بخش راهنمای نویسندگان پایگاه اینترنتی مجله ببینید.

مقالات و مطالب منتشر شده در فصلنامه حقوق اسلامی، لزوماً بیان دیدگاه‌های فصلنامه نیست. فصلنامه حقوق اسلامی در تلخیص و ویرایش مقالات آزاد است. مقالات تنها از طریق سامانه اینترنتی مجله ارسال شود. نقل مطالب و تصاویر با ذکر مأخذ بلامانع است.

حقوق اسلامی

فهرست مطالب

- تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام
محمد ساردوئی نسب و محمد فتحی..... ۵
- بازی‌پوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)
محمد قندالی، رحیم پیلوار و عبدالرحیم مرادی..... ۴۵
- بررسی فقهی و حقوقی به کارگیری سامانه‌های الکترونیک در برگزاری جلسات دادرسی
مریم مهاجری..... ۷۷
- حجیت ید در صورت انکار ذوالید (بررسی اختلاف آرای دادگاه‌ها)
سیف‌اله احدی..... ۱۱۹
- الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دائمی، فراگیر و
برتر بودن نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان
مهدی ابراهیمی، محمدجواد رضائی‌زاده برواتی و محمد بهادری جهرمی..... ۱۴۵
- نظریه فرض رابطه سببیت در قانون و رویه قضایی ایران و انگلیس
سپیده رنجبر، سیدحسین صفایی، منصور امینی و حسن بادینی..... ۱۷۹



Legal analysis and the rules of transparency in the relationship between subsidiaries and parent companies

Mohammad Sardoeinasab* (Corresponding Author)

Professor, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran
Email: sardoeinasab@ut.ac.ir

Mohammad Fathi

PhD Candidate in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran
Email: mmdfathi@ut.ac.ir



Use your device to scan and read the article online

Citation Sardoeinasab, M. , Fathi, M. (2025). Legal analysis and the rules of transparency in the relationship between subsidiaries and parent companies. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (85): 5-45.

 [10.22034/ilaw.2024.2028377.3436](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2028377.3436)

Received: 06 May 2024 , Accepted: 13 August 2024

Abstract

The requirements of large stock exchanges regarding transparency have a significant impact on regulating the type of relationship between parent and subsidiary companies. However, in the current legal system of Iran, there are no special provisions for the entry of a subsidiary company in the stock market between two companies, and the effectiveness of the stock market rules to create transparency in the operation of the subsidiary company is not clear. However, the application of the principle of transparency in large international stock exchanges has caused that, despite the subsidiary's compliance with the parent company, this unequal situation of the interests of the subsidiary does not accrue to the parent company. As a result, the principle of transparency will cause neutrality in interests and share ownership under the assumption of conflicts of interest with other shareholders, especially minority shareholders, and from this point of view, the parent company is only a shareholder of the listed company. Therefore, the parent company's control over the subsidiary company, which has both increased profitability and risk reduction, and in case of non-acceptance, the full responsibility of the parent company's control in the stock market is equal to the requirements of the stock exchange. First of all, the subsidiary company is accepted. It is subject to the rules approved by the stock exchange. Secondly, the parent company can't exert practical influence on the subsidiary company admitted to the stock exchange.

Keywords

The holding company, the parent company, the subsidiary company, the requirements of the relationship between the subsidiary company and the parent, the principle of transparency, the requirements of the stock exchange.



Extended Abstract

1. Introduction

The stock market serves as a pivotal public institution responsible for the valuation and transaction of securities and commodities. Within this framework, the legal recognition of parent and holding companies is established, particularly under Iranian law, which identifies a holding company as an entity that acquires sufficient voting rights to control another company's operations through the election of its board of directors. While the terms "holding" and "parent" are often used interchangeably, they possess distinct nuances: a holding company primarily manages a portfolio of assets and investments without necessarily producing goods itself, whereas a parent company may engage in its own operations while maintaining a controlling interest in a subsidiary.

The fundamental basis of the parent-subsidiary relationship is "control," defined as the direct or indirect power to direct management policies through ownership of voting securities or contractual arrangements. However, this relationship presents a complex legal challenge regarding the balance between the subsidiary's legal and financial independence and the parent's pervasive influence. In many international jurisdictions, strict transparency requirements govern this dynamic to ensure that the parent company's control does not unfairly prejudice the subsidiary or its minority shareholders.

In the current Iranian legal landscape, there is a notable absence of specialized regulations governing the entry of subsidiaries into the stock market specifically regarding their relationship with parent entities. This lack of clarity regarding the impact of stock market rules on operational transparency creates risks of abuse, such as debt evasion, fraud, or unfair trade practices. This research aims to analyze the legal characteristics of this relationship and the essential role of the "Principle of Transparency" in maintaining market integrity.

2. Research Methodology

This research utilizes a descriptive-analytical methodology. The study is grounded in a comprehensive review of library-based sources, including Iranian statutes such as the Securities Market Law and the Law on the Implementation of General Policies of Article 44 of the Constitution. Furthermore, the study incorporates a comparative analysis of international legal frameworks and guidelines, including the OECD Principles of Corporate Governance, European Union directives, and the legal systems of the United Kingdom, Germany, and the United States. The analysis focuses on evaluating transparency principles, stock market directives, and the legal measures

■ Legal analysis and the rules of transparency in the relationship between

required to preserve the transparency of the parent-subsidary relationship following stock market admission.

3. Research Findings

The research identifies "Control" as the central element of the parent-subsidary dynamic, typically involving the ownership of over 50% of voting shares. While the legal independence of a subsidiary generally shields a parent from liability, international legal precedents, such as the concept of "shadow directors" in the United Kingdom, allow for the attribution of liability to a parent company if it exercises continuous, behind-the-scenes control over the subsidiary's board. In Germany, "control agreements" are utilized to make a parent company explicitly responsible to the subsidiary's creditors.

The "Principle of Transparency" emerges as the primary tool to mitigate the risks associated with such control. Transparency in this context is defined as the real-time availability of comprehensive information regarding trades and business operations to the public, which allows investors to protect their interests. International standards, particularly those promoted by the OECD and the London Stock Exchange, mandate several critical disclosure requirements for parent and subsidiary companies:

- **Financial Disclosure:** Both entities must provide audited financial statements. If a subsidiary's impact is significant, its data must contribute to the parent's consolidated financial statements.
- **Related Party Transactions:** All transactions between the parent and subsidiary must be disclosed, particularly those involving potential conflicts of interest, to ensure they are conducted at "arm's length".
- **Governance Structure:** Companies must report on the composition of their boards and decision-making processes to prevent the parent from exercising undue practical influence.
- **Ownership and Strategic Changes:** Changes in share percentages, mergers, acquisitions, or the sale of business segments must be publicly reported and, in some cases, require shareholder approval.
- **Risk Factors and Legal Proceedings:** Entities must disclose any conditions—including risks arising specifically from the parent-subsidary relationship—or ongoing litigation that could negatively impact their financial status.

The findings also highlight the role of Audit Committees and independent directors as essential internal transparency mechanisms. Under Iranian regulations, the formation of an audit committee under the board of directors is mandatory for listed companies to ensure the immediate reporting of material information and compliance with accounting standards. Furthermore, the use of International

Financial Reporting Standards (IFRS) is increasingly required globally to enhance the comparability and reliability of financial reports. Failure to adhere to these transparency and reporting standards results in severe sanctions, including fines or the delisting of the company's shares from the exchange.

4. Conclusion

The evolution of corporate governance over the past decades underscores that the successful development of parent and subsidiary structures is deeply dependent on innovation and the adoption of international transparency standards. The "Principle of Transparency" serves as a transformative force, ensuring that despite the structural subordination of a subsidiary, the parent company remains merely a shareholder in the eyes of the market, thereby protecting the rights of minority shareholders.

The research concludes that for Iran to enhance its economic health and attract foreign investment, it is imperative to bridge the gap between current domestic regulations and international benchmarks, such as the OECD guidelines. Foreign investors prioritize the quality of reporting practices and the presence of a robust governance infrastructure. Therefore, adopting global standards for "beneficial ownership" reporting and the disclosure of related party transactions is recommended to prevent corruption, tax evasion, and money laundering.

Ultimately, a transparent regulatory framework that limits the practical influence of parent companies over listed subsidiaries will increase managerial accountability and market integrity. Strengthening the role of independent audit committees and ensuring the rigorous application of consolidated financial statement standards are vital steps toward a healthier national economy. For any subsidiary seeking stock market entry, understanding and maintaining this transparency is not merely a legal requirement but a fundamental necessity for sustainable growth and investor trust.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت

در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

محمد ساردوئی نسب* (نویسنده مسئول)

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

Email: sardoeinasab@ut.ac.ir

محمد فتحی

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

Email: mmdfthi@ut.ac.ir



Citation Sardoeinasab, M. , Fathi, M. (2025). Legal analysis and the rules of transparency in the relationship between subsidiaries and parent companies. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (85): 5-45.

[10.22034/ilaw.2024.2028377.3436](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2028377.3436)

Received: 06 May 2024 , Accepted: 13 August 2024

چکیده

الزامات بورس‌های بزرگ اوراق بهادار ناظر بر شفافیت تأثیر بسزایی بر تنظیم نوع رابطه شرکت‌های مادر و تابعه دارد، اما در سیستم حقوق فعلی ایران مقررات ویژه‌ای برای ورودی شرکت تابعه در بازار بورس فیما بین دو شرکت پیش‌بینی نشده است و تأثیرگذاری قواعد بازار بورس از جهت ایجاد شفافیت عملکرد در شرکت تابعه روشن نیست، اما اعمال اصل شفافیت در بورس‌های بزرگ بین‌المللی موجب شده است که علیرغم تبعیت شرکت تابعه از شرکت مادر، این وضعیت نابرابر منافع شرکت فرعی نصیب شرکت مادر نگردد. نتیجتاً اصل شفافیت موجب بی‌طرفی در منافع و مالکیت سهم در فرض تعارض منافع با سایر سهامداران و به‌ویژه سهامداران اقلیت خواهد شد و از این منظر شرکت مادر صرف سهامدار شرکت بررسی است. از این‌رو کنترل شرکت مادر بر شرکت تابعه که هم سودآوری متزایدی را دارد و هم موجبات کاهش ریسک را فراهم می‌کند و در صورت عدم‌پذیرش تام مسئولیت ناشی از کنترل شرکت مادر در بورس می‌باشد و اصولاً برابر الزامات بررسی اولاً شرکت تابعه مورد پذیرش تابع ضوابط مصوب بورس می‌شود. ثانیاً امکان اعمال نفوذ عملی از سوی شرکت مادر بر شرکت تابعه پذیرفته شده در بورس وجود ندارد.

واژگان کلیدی

شرکت مادر، هلدینگ، شرکت تابعه، اقتضائات رابطه شرکت تابعه و مادر، اصل شفافیت، الزامات بورس.



مقدمه

بازار بورس نهادی عمومی است که کار قیمت گذاری و خرید و فروش کالا و سهام و اوراق بهادار در آن انجام می گیرد و مطابق بند ۲۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران؛ وجود شرکت مادر یا هلدینگ را در بازار بورس رسمیت داده و این تعریف قانونی نیز بر وجود رابطه بین شرکت تابعه و حاکمیت بر آن به لحاظ داشتن مقدار سهمی که کنترل عملیات شرکت را با انتخاب هیئت مدیره در جهت تحقق سیاست های کلی اقتصادی و تولیدی خود راهبری نماید دلالت دارد و در نهایت با ایجاد هم افزایی میان خود و شرکت تابعه ضمن کاهش ریسک و هزینه ها موجب افزایش سود کل مجموعه می گردد.

از آنجاکه که معیار ارتباط شرکت مادر و شرکت تابعه سهامداری کنترلی آن است و از جمله امتیازات سهام قدرت اعمال نفوذ در تصمیم گیری ها مانند انتخاب اعضای هیئت مدیره و بازرس یا بازرسان و بالتبع کنترل شرکت است. سؤال اصلی این است که با پذیرش الزامات بورس سهام از سوی شرکت مادر و شرکت تابعه و واقعیت کنترل؛ اولاً تداوم روابط فیما بین از نظر حقوقی چه نوع ویژگی هایی دارد؟؛ ثانیاً در صورت عدم انطباق این رابطه با معیارهای مورد پذیرش بورس از جمله اصل شفافیت؛ رابطه بین شرکت مادر و شرکت تابعه پذیرش شده در بورس چگونه حفظ می شود؟ بدیهی است به محض سوءاستفاده از این وضعیت؛ منجر به حذف سهام شرکت از بورس خواهد شد و نقض قواعد و مقررات با ضمانت اجرای شدیدی روبه روست. در خصوص موضوع تاکنون تحقیقی در کشور منتشر نشده که به صورت خاص به "تحلیل حقوقی و مفهوم اصل شفافیت ناظر بر رابطه بین شرکت مادر و تابعه در بورس سهام" بپردازد. عمده تحقیقاتی که به رشته تحریر درآمده اند؛ ناظر بر تحلیل حقوقی رابطه هلدینگ و شرکت تابعه و مسئولیت های قراردادی و غیر قراردادی بوده که موضوع این مقاله نمی باشد.

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

شیوه پژوهش حاضر؛ توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای می‌باشد براین اساس ضمن بررسی دقیق اصل شفافیت؛ مقررات؛ دستورالعمل‌های بورسی و دلایل اصلی چگونگی حفظ شفافیت رابطه بین شرکت مادر و تابعه پس از پذیرش در بورس به مطالعه تطبیقی تدابیر حقوقی می‌پردازیم.

۱. روابط شرکت مادر و شرکت تابعه

مطابق بند ۲۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران هلدینگ شرکتی است که با سرمایه‌گذاری در شرکت سرمایه‌پذیر جهت کسب انتفاع؛ آن قدر حق رأی کسب می‌کند که برای کنترل عملیات شرکت؛ هیئت مدیره را انتخاب می‌کند یا در انتخاب اعضای هیئت مدیره موثر می‌باشد. به عبارت دیگر با در دست گرفتن کنترل و اعمال حاکمیت و مدیریتی جامع و تخصصی؛ با هدف کاهش ریسک و هزینه‌ها و ازدیاد سود ساختار شرکتی متفاوت تحت عنوان شرکت تابعه ایجاد یا مداخله می‌نماید. بند ۲۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار ایران شرکت مادر و شرکت هلدینگ را مترادف دانسته است؛ و در این ارتباط "هلدینگ" و "شرکت مادر" اغلب به طور قابل تعویض و جابجا استفاده می‌شود اما آنها می‌توانند تفاوت‌های ظریف داشته باشند: "هلدینگ" در درجه اول به دارایی‌های خود مانند سهام در سایر شرکت‌ها؛ املاک و مستغلات یا سایر سرمایه‌گذاری‌هاست معمولاً کالاها یا خدمات خود را تولید نمی‌کند؛ هدف آن کنترل یا مدیریت شرکت‌های دیگر است. در واقع یک پورتفولیو از سهام شرکت‌های زیر مجموعه را اداره می‌کند و از طریق حقوق سهامداران مجموعه را هدایت می‌کند. شرکت مادر، یک شرکت است که سهام‌کنترلی را در یک شرکت دیگر برای کنترل مدیریت و عملیات خود دارد برخلاف هلدینگ یک شرکت مادر ممکن است عملیات خود را داشته باشد و ممکن است همراه با سایر شرکت‌ها باشد به طور

خلاصه تمام هلدینگ‌ها شرکت مادر هستند، اما تفاوت کلیدی اغلب در سطح و نوع فعالیت قرار می‌گیرند که هرگونه فعالیت و درگیر شدن در جذب و فراخوانی‌های مختلف است (Black law, 2012, p.339).

شرکت تابعه؛ نیز شرکتی تجاری است که حق انتخاب اکثریت اعضای هیئت مدیره آن به واسطه تعلق اکثریت سرمایه؛ قواعد اساسنامه آن یا روشی متفاوت به شرکتی دیگر تعلق دارد با این وصف که استقلال حقوقی؛ مالی و استقلال تصمیم‌سازی با محدودیت مواجه است. هدف از تأسیس شرکت تابعه؛ استفاده از مدیران متخصص و کارآمد و صرفه جویی در هزینه‌ها از طریق تسهیم خدمات و به‌کارگیری مهارت‌های افراد متخصص و به‌دلیل تنوع در سرمایه‌گذاری ازسوی شرکت مادر تأسیس شرکت تابعه را موجب می‌شود. گاهی هدف از تأسیس شرکت تابعه به‌دلیل بهره‌مندی از معافیت‌های مالیاتی در کشور میزبان و استفاده از نیروی کار ارزان ازسوی شرکت‌های چند ملیتی به‌صورت گروه شرکت تجاری عمل می‌نمایند.

۱-۱. مفهوم کنترل و ماهیت کنترل

از آنجاکه مبنای رابطه شرکت مادر و شرکت‌های تابعه؛ سهامداری شرکت مادر یا هلدینگ در شرکت‌های تابعه به میزان عمده و در نتیجه استفاده از امتیازات سهام عمده از جمله اکتساب اکثریت حق رأی مجامع و در نتیجه قدرت اعمال نفوذ در تصمیم‌گیری‌ها همچون انتخاب اعضای هیئت مدیره و بازرس یا بازرسان و در نهایت کنترل شرکت است (ر.ک: عبدی‌پور و همکاران، ۱۳۹۵). "کنترل" قدرت مستقیم یا غیرمستقیم برای اعمال مدیریت و سیاست‌های یک شخص یا نهاد از طریق مالکیت اوراق بهادار دارای رأی متکی به قرارداد یا موارد دیگر (اعم از قدرت یا اختیار برای مدیریت یا هدایت یا نظارت) می‌باشد (Black law, 2014, p.403). کنترل شرکتی شرکت‌ها: شامل الف - مالکیت بیش از پنجاه درصد از سهام یک شرکت سهامی که همچنین کنترل موثر نامیده می‌شود.

ب- قدرت رای دادن به اندازه کافی از سهام یک شرکت برای تعیین نتیجه مسائلی که سهامداران به آن رأی می‌دهند "کنترل کار"؛ نقش کنترل بورسی و ورود به بورس و عبور از فیلترهای نظارتی و کنترلی آن؛ بعضاً موجب کسب وجهه و اعتبار برای شرکت‌های پذیرفته شده می‌شود که این امر می‌تواند منافع نادیده‌ای را برای این شرکت‌ها فراهم آورد، اما در رابطه با ارکانی که برای دستیابی به چنین اهدافی لازم‌اند باید اشاره داشت که مهم‌ترین آن‌ها هیئت مدیره؛ سهامداران و سپرده‌گذاران هستند؛ آن‌هم با هدف ارتقا و بهبود منافع تمامی طرفین و همچنین ایجاد سلامت و ثبات در نظام مالی. ابزارها از قبیل کنترل داخلی مناسب؛ مدیریت ریسک؛ شفافیت؛ حسابداری وام و افشا؛ تأیید و ممیزی شرعی؛ ممیزی بیرونی و نهایتاً تنظیم و نظارت می‌باشند (الجرحی، ۲۰۰۲، ص ۳۱). گرچه استقلال شخصیت حقوقی شرکت تابعه غالباً مانع از تسری مسئولیت به شرکت مادر می‌شود، اما از آنجاکه شرکت مادر به واسطه تملک اکثریت سهام تابعه؛ کنترل و مدیریت شرکت تابعه را برعهده دارد اقدامات زیانبار شرکت تابعه به وی منسوب است و باید پاسخ‌گوی اقدامات زیان‌بار آن باشد؛ در حقوق انگلستان به موجب قوانین و رویه قضایی مسئولیت مدیران سایه پذیرفته شده است که مصداق بارز مدیران سایه؛ شرکت‌های مادر می‌باشند (قنبری جهرمی، ۱۳۹۳، ص ۲۰۲-۲۰۳). مدیرسایه در حقوق انگلستان شخصی است که بر هیئت مدیره کنترل مستمر داشته و برای رهایی از مسئولیت؛ شرکت را از پشت صحنه مدیریت می‌کند. در حقوق انگلیس چنین شخصی به‌عنوان مدیر شرکت محسوب می‌شود و ملزم به رعایت وظایف مدیران است و در صورت تخلف از وظایف مسئول واقع می‌شود در صورتی که از مزایای مدیریت برخوردار نیست (تفرشی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۳). در نتیجه می‌توان شرکت مادر را بر اساس میزان مالکیت سهام شرکت تابعه و کنترلی که به واسطه مالکیت سهام بر شرکت مادر نسبت به تابعه به وجود می‌آید به میزان درجه کنترل و تأثیر مسئول پرداخت

خسارت است (غلامی و جهانبخش، ۱۴۰۰، ص ۲۰۱).

از آنجا که مسئول قلمداد نمودن شرکت مادر در برابر فعالیت‌های شرکت تابعه خلاف اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری است؛ مراجع رسیدگی در توسل به آن چیزی بیش از اثبات کنترل شرکت مادر بر شرکت تابعه را لازم می‌شمرند و معمولاً وقوع تقلب یا سوءاستفاده (تقصیر) را شرط دانسته و اثبات آن را مانند هر ادعای دیگر برعهده مدعی می‌گذارند (همان، ص ۳۰۴). عدم کفایت سرمایه شرکت تابعه برای تادیه دیون که از عدم کنترل صحیح و به موقع شرکت مادر؛ مهم‌ترین و اصلی‌ترین عامل ایجاد زیان برای اشخاص ثالث طرف معامله با شرکت تابعه و ایجاد مسئولیت برای شرکت مادر بوده است (مظاهری، ۱۴۰۱، ص ۸۵).

اگر یک بنگاه اقتصادی توسط دو شرکت کنترل شود - یکی به موجب مالکیت اکثریت سهام و آراء آن شرکت و دیگری بر اساس توافقنامه؛ در چنین وضعیت نادری زمانی که یک شرکت طبق تعریف «کنترل» توسط دو شرکت کنترل می‌شود؛ شرکت مذکور به عنوان زیر مجموعه شرکت‌های کنترل کننده در مفهوم این استاندارد در نظر گرفته می‌شود؛ بنابراین هر دو شرکت باید صورت‌های مالی آن واحد تجاری را طبق الزامات این استاندارد ادغام کنند (همان).

۱-۲. مسئولیت شرکت مادر در برابر عملکرد شرکت تابعه

ویژگی‌های خاص روابط شرکت مادر یا هلدینگ باعث ایجاد مباحث حقوقی خاصی شده که در مورد سایر شرکت‌ها و مؤسسات مصداق ندارد؛ از جمله این مباحث نظریه‌های مسئولیت و تبعیت و آثار آن است و مسئولیت شرکت مادر یا هلدینگ در قبال اعمال شرکت‌های تابعه است (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲). رویه قضایی ایالات متحده آمریکا معیارهایی همچون ارائه اطلاعات نادرست و تظاهر به توانمندی شرکت تابعه؛ عدم وجود تفکیک مالی میان حساب‌های شرکت تابعه و مادر؛ ارائه نادرست

اطلاعات مالی و کم‌نشان دادن هزینه‌ها؛ ارائه گزارش‌های دروغین توسط مدیران یا کارمندان شرکت‌های تابعه و عدم کارایی آنان؛ عدم رعایت عدالت و انصاف؛ خطرپذیری غیرمتعارف شرکت‌های تابعه و اعمال کنترل توسط شرکت هلدینگ یا مادر بر شرکت‌های تابعه را برای اعمال دکترین فوق در نظر می‌گیرد (Matheson, 2009, pp. 1112-1113). برای سوءاستفاده از شرکت تابعه به هنگام اداره شرکت نیز دو فرض متصور است اول آنکه شرکت به نحو واقعی تشکیل ولیکن با هدف فریب مقابل؛ بر خلاف واقع معرفی و تبلیغ می‌شود (تدلیس)؛ دوم آنکه شرکت به طور واقعی و با اراده جدی تشکیل شده اما انگیزه و هدف اصلی از تشکیل شرکت؛ سوءاستفاده از آن برای فرار از تعهدات و تکالیف قانونی و استفاده ابزاری از آنست (تقلب).^۱ ارتباط و وابستگی حساب‌های دو شرکت می‌تواند وسیله‌ای جهت سوءاستفاده باشد عمدتاً شرکت مادر از این وضعیت سوءاستفاده کرده و شرکت تابعه را سپر معاملات مضر به حال خویش قرار می‌دهد. تشخیص این امر مستلزم اظهار نظر کارشناسان خبره است (غلامی، ۱۴۰۰، ص ۲۹۴)؛ شرکت مادر برای مخفی کردن سرمایه واقعی خود و به قصد فرار از دین؛ دارایی خود در قالب قرارداد به شرکت تابعه انتقال دهد و از دسترس طلبکاران خارج کند (رضایی، ۱۳۹۶، ص ۶۳) رویه‌های تجاری ناعادلانه (Unfair Trade practices) می‌تواند با تأسیس شرکت تابعه به ایجاد انحصار در رقابت و حساب سازی منجر شود؛ به علاوه از نظر اقتصادی یک شرکت هلدینگ عمودی: (شرکت هلدینگ عمودی به شرکتی گفته می‌شود که دارای شرکت‌های تابعه‌ای باشد که بین آنها رابطه خریدار- عرضه کننده وجود داشته باشد. در این نوع هلدینگ زنجیره‌ای تشکیل می‌شود که خروجی (محصولات) هر شرکت ورودی (ماده اولیه) شرکت دیگر است؛ به عبارتی در هلدینگ عمودی شرکت‌های تابعه هرکدام قسمتی از زنجیره تولید

1. Fraud; 2- cheating; 3- Ziegler Andress (R & Qure shi; A., 2011, p.87).

هستند). اگر نقش کنترلی مؤثر را به تابعه تعمیم دهد می‌تواند از انحصار در بازار استفاده نماید.

در حقوق آلمان؛ استقلال شخصیت حقوقی و قاعده مسئولیت محدود به‌عنوان قاعده اولیه هم در مورد شرکت‌های گروهی و هم سهامداران و مدیران آن‌ها حاکم است.^۱ التزام به این قاعده تا آنجاست که مورد سوءاستفاده قرار نگیرد و به بی‌عدالتی و تعدی به حقوق دیگران نینجامد و پوشش حقوقی شرکت به‌عنوان سرپناه و محافظ اشخاصی که مرتکب جرم و سوءاستفاده واقع نشود.^۲ اگر شرکت تحت سلطه اکثریت سهامداران قرار گیرد یا یک سهامدار عمده تصمیمات و منویات خود را به شرکت تحمیل کند توازن بین منافع سهامداران به هم می‌خورد و مداخله قانون را می‌طلبد.^۳ ناکافی بودن سرمایه شرکت تابعه از مهم‌ترین عرصه‌هایی است که در رویه قضایی آلمان موجب مسئولیت شرکت مادر می‌شود.

در حقوق ایران اگر شرکت مادر با هدف تحصیل انحصار تولید کالایی خاص در بازار یا ایجاد وضعیت اقتصادی مسلط مبادرت به تملک سهام یا کنترل شرکتی دیگر نماید این موضوع می‌تواند از مصادیق اعمال مخل رقابت تلقی شود که به‌موجب ماده ۴۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی منع شده است. به‌موجب این ماده: "هیچ شخص حقیقی یا حقوقی نباید سرمایه یا سهام شرکت‌ها یا بنگاه‌های دیگر را به‌نحوی تملک کند که موجب اخلال در رقابت در یک یا چند بازار گردد".

از دیگر رویه‌های تجاری ناعادلانه شرکت‌ها؛ حسابداری یا حساب سازی‌های نارواست. حساب‌سازی عمل خدعه‌آمیزی است که به منظور سوءاستفاده خود یا دیگری یا به منظور اضرار به شخصی انجام گیرد و

1. Peteels Behrens: Der Durchgriff über die Grenze: Rabels Z49 no. 2 (2005): 353.

2. Carsten Alting Talsa Journal 2; no. 187 (2008) ;190.

3. Volker Emmerich; Jurgen Sonnenschein and Mathias Habernemen; Konzernrecht; (Munchen; verlag C. H Beck;2012); 190.

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

در نتیجه آن با تحریف یا حذف مبالغ یا موارد افشا از صورت‌های مالی می‌تواند شامل دستکاری یا تغییر سوابق حساب یا سندی که جهت حسابداری تهیه شده نابد، مخدوش یا دستکاری نمودن سند مالی یا ارائه نادرست یا حذف عمدی وقایع؛ داد و ستدها یا سایر اطلاعات با اهمیت در صورت‌های مالی باشد (قیانچی و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۱۵۷).

در این ارتباط نهمین دستورالعمل اتحادیه اروپا جهت اعمال کنترل: استانداردهای حسابداری؛ حقوق سهامداران و چگونگی به دست آوردن مالکیت شرکت قابل توجه است (Ninth Company law directive). اصلاحیه ۱۹۶۵ برای قانون شرکت سهامی آلمان که به حقوق شرکت‌های تابعه شناخته می‌شود (مظاهری، ۱۴۰۱، ص ۹۴)؛ به موجب مواد ۲۹۱ الی ۳۱۶ قانون شرکت‌های سهامی آلمان توافق نامه‌هایی پیش‌بینی گردیده که شامل: توافق نامه‌های راهبری؛ توافق نامه مدیریت؛ توافق نامه ادغام و توافق نامه عملیات است توافق نامه‌های راهبری (کنترل) مهم‌ترین آن‌هاست و اغلب این توافق نامه برای شرکت تابعه الزام‌آور است. معمولاً به موجب توافق نامه کنترل؛ شرکت مادر از باب خرق اختیاری در برابر طلبکاران شرکت تابعه مسئولیت پیدا می‌کند.

با توجه به مراتب بالا می‌توان نتیجه گرفت که امکان آن وجود دارد که با اتخاذ تدابیری خاص در جهت اعمال کنترل؛ ابزار جدیدی را با رویکرد شفافیت ایجاد نمود که به حداقل نمودن ریسک و آسیب‌پذیری روابط کمک نموده و اعتماد تمامی کسانی که در این ساختار ذینفع می‌باشند از ناحیه الزامات شفافیت بورسی افزایش دهد.

۲. تأثیر شفافیت ناظر بر رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر

مفهوم شفافیت معانی مبهمی دارد و در زمینه‌های مختلف اگر نگوییم متناقض به کار می‌رود. از دیدگاه گیرندگان اطلاعات بازارها زمانی شفاف

تلقى می‌شوند که اطلاعات موجود تا حد امکان جامع باشد برای کسی که دارای اطلاعات است. اطلاعات در مقابل شفافیت لزوماً به معنی گزارش نیست، اما در وهله اول مستلزم پرهیز از فریب است با توجه به برخی حقایق و "پنهان نکردن" است تا انجایی که اطلاعات ارائه می‌شود شفافیت به شکل واضح و قابل فهم ارائه مربوط می‌شود یعنی در درجه اول اطلاعات "چگونه" نه "اگر" گزارش شود. بازارهایی که با ابزارهایی مختلف (از جمله استانداردسازی در ماهیت) قابل دستیابی هستند (Black law, 2012, p. 1729)؛ در اصل شفافیت هدف اعمال مکانیسم‌ها و ابزارهم این است که قادر سازد رشد و مقبولیت رابطه شرکت مادر و تابعه را حفظ کند و هم بتواند منافع تمامی کسانی که در این ساختار ذینفع می‌باشند صیانت شود. بنابراین شفافیت در میزان سهام شرکت مادر در شرکت‌های تابعه؛ شفافیت در سهام ممتاز شرکت مادر در شرکت‌های تابعه؛ شفافیت در تأثیرپذیری شرکت تابعه از شرکت مادر در نحوه تقسیم سود؛ شفافیت در نقل و انتقالات مالی بین شرکت‌های تابعه و شرکت مادر و شفافیت در معاملات بین شرکت‌های تابعه و شرکت مادر از شرایط ورود شرکت‌های تابعه در بورس سهام است.

پذیرش اوراق بهادار و قابل معامله ساختن آن در یکی از بازارهای بورس مستلزم شرایط ویژه‌ای است که قانونگذار بررسی آن موارد را تبیین می‌کند؛ مانند دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق تهران مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۰۱ و اصلاحیه‌های آن و این امکان وجود دارد که برخی از انواع اوراق بهادار حائز آن شرایط نباشند و در نتیجه در بورس پذیرفته نمی‌شوند و در همین ارتباط با هدف اجرای مواد ۲۵ و ۳۵ دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران (اصلاحیه مصوب ۱۳۹۰/۵/۱۵) الزاماتی را برای پذیرش در بورس به عمل آورد که برابر ماده ۱۰ مقرر می‌دارد مدیریت ارشد شرکت باید کمیته حسابرسی را زیر نظر هیئت مدیره مطابق با ضوابط

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

سازمان بورس تشکیل دهد... که از لحاظ اعمال اصل شفافیت گزارش فوری اطلاعات مهم طبق دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات و همچنین تهیه صورت‌های مالی شرکت اصلی و تلفیقی مطابق با استانداردهای حسابداری و ضوابط لازم‌الاجرا؛ مراتبی است که روابط شرکت مادر و تابعه را تحت تأثیر الزامات مذکور قرار می‌دهد. و در ماده ۱۸ مقرر می‌دارد در صورت عدم رعایت الزامات مقرر در این دستورالعمل مطابق فصل سوم دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرا بورس عمل خواهد شد.

تبصره ۱ ماده ۱۰ اصلاحیه مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۷ شورای عالی بورس و اوراق بهادار در راستای حمایت از حقوق و منافع سرمایه‌گذاران؛ "ضوابط تشخیص شرکت‌های فرعی باتوجه به استانداردهای حسابداری تعیین می‌شود" و طبق بند «ب» و «ث» شرکت‌های فرعی پذیرفته شده و همچنین شرکت‌های هلدینگ مشمول حسابرسی موضوع این دستورالعمل خواهند بود. نتیجه مهمی که از بررسی انجام شده می‌توان گرفت روابط شرکت مادر و تابعه با اعمال این الزامات و تبعیت از قواعد بورس موجبات پیشرفت در فرایند سرمایه‌گذاری‌ها شده است. هدف همه این تغییرات در پذیرش شرکت‌ها افزایش شفافیت و پاسخ‌گویی است و هدف راهبری شرکتی «عدالت؛ شفافیت و پاسخ‌گویی» است.

۲-۱. الزامات قانونی شفافیت

شفافیت درجه‌ای از اطلاعات درباره تجارت و مبادلات اوراق بهادار (اطلاعات قبل و بعد معاملات) است که در یک مبنای زمانی واقعی در دسترس عموم باشد. این امر منجر به مراقبت سرمایه‌گذاران نسبت به منافع می‌شود. اصل شفافیت در رابطه بین یک شرکت مادر و شرکت تابعه آن بسیار مهم است، به‌ویژه هنگامی که یک یا هر دو به‌طور یکسان مورد پذیرش قرار دارند. بورس اوراق بهادار اغلب قوانین و دستورالعمل‌های خاصی را برای

اطمینان از این شفافیت دارد:

الف) "گزارشگری مالی" (Financial Disclosure): انتشار تمام اطلاعات مالی مربوطه؛ از جمله درآمد، هزینه‌ها و دارایی‌ها، معمولاً از طریق صورت‌های مالی حسابرسی، به طوری که سرمایه‌گذاران می‌توانند تصمیمات آگاهانه را انجام دهند هر دو شرکت مادر و شرکت‌های تابعه معمولاً برای گزارش صورت‌های مالی حسابرسی مورد نیاز است. اگر انتشار اطلاعات شرکت تابعه قابل توجه باشد؛ مالی آن ممکن است به صورت‌های مالی تدریجی شرکت مادر کمک کند.

ب) "ساختار حکمرانی" (Governance Structure): چارچوب، قواعد و شیوه‌هایی که توسط آن هدایت و کنترل می‌شود. این شامل ترکیب هیئت مدیره و نحوه تصمیم‌گیری در داخل شرکت است. گزارشگری درباره مکانیسم‌های حکومتی در میان شرکت مادر و شرکت تابعه ممکن است مورد نیاز باشد؛ از جمله جزئیات مربوط به ترکیب هیئت مدیره و فرآیندهای تصمیم‌گیری.

ج) "معاملات با اشخاص وابسته" (Related Party Transactions): فعالیت‌های تجاری یا معاملاتی که بین واحدهایی که با یکدیگر رابطه دارند، مانند شرکت مادر و شرکت تابعه آن انجام می‌شود هرگونه معاملات بین شرکت مادر و شرکت تابعه اغلب باید گزارش و افشا شود، به خصوص اگر معاملات در معرض تعارض منافع باشد یا معامله به طور برابر انجام نشده است.

چ) "معامله برابر" (Arm's Length): اصطلاحی است که معامله‌ای را توصیف می‌کند که در آن طرفین علیرغم تبعیت ساختاری شرکت مادر و شرکت تابعه مستقل هستند و بالتبع نفوذ و کنترلی که مذاکرات یا قیمت‌گذاری را منحرف کند؛ تأثیر نگذارد

ه) "تغییرات استراتژیک" (Strategic Changes): تغییرات قابل توجه

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

در جهت یا عملیات یک شرکت (تابعه) مانند ادغام، اکتساب، یا فروش بخش‌هایی از کسب و کار (تغییرات قابل توجه و استراتژیک شرکت مادر)، معمولاً نیاز به گزارش عمومی و در برخی موارد، تأیید سهامداران دارد.

(د) "ساختار مالکیت" (Ownership Structure): توزیع مالکیت سهام در یک شرکت که نشان می‌دهد چه کسی مالک چند درصد از کسب و کار را دارد. شرکت مادر باید مالکیت درصد خود را در شرکت تابعه و هرگونه تغییر در این مالکیت گزارش کند.

(ط) "عوامل خطر" (Risk Factors): عناصر یا شرایطی که می‌تواند بر وضعیت مالی شرکت تأثیر منفی بگذارد. این موارد گزارش می‌شوند تا سرمایه‌گذاران بتوانند سطح ریسک مرتبط با سرمایه‌گذاری را ارزیابی کنند. هر دو موجود ممکن است نیاز به گزارش ریسک‌هاست که می‌تواند به‌طور موثری بر موقعیت مالی خود؛ از جمله خطرات ناشی از روابط تابعه و شرکت مادر باشد.

(ع) "معیارهای عملیاتی" (Operational Metrics): معیارهای قابل سنجش که برای سنجش عملکرد شرکت در جنبه‌های مختلف کسب و کار آن استفاده می‌شود. این موارد می‌تواند شامل معیارهایی مانند درآمد هر کارمند، نرخ حفظ مشتری یا کارایی تولید باشد. برخی از مبادلات ممکن است نیاز به گزارش معیارهای عملیاتی کلیدی داشته باشند که می‌تواند شامل به اشتراک گذاری اطلاعات در مورد نحوه عملکرد شرکت‌های تابعه کمک کند.

(ف) "پرونده‌های حقوقی" (Legal Proceedings): پرونده‌های قضایی در حال انجام یا احتمالی که می‌تواند تأثیر مالی یا اعتباری بر یک شرکت داشته باشد. اگر مسائل حقوقی بین شرکت مادر و شرکت تابعه وجود داشته باشد، معمولاً باید به عموم گزارش شود.

(ق) "رویدادهای با اهمیت" (Material Events): رویدادهای مهمی

که می‌تواند بر وضعیت مالی یا قیمت سهام شرکت تأثیر بگذارد، مانند اعلام یک محصول جدید یا تغییر در رهبری اجرایی، معمولاً باید به سرعت گزارش شود.

ل). " تطابق با مقررات " (Regulatory Compliance): عمل پایبندی به قوانین، دستورالعمل‌ها و مشخصات مربوط به تجارت یک شرکت؛ عدم رعایت این شرایط شفافیت می‌تواند منجر به مجازات شود، تخلف از ضوابط راهبری بورس اوراق بهادار یا پیامدهای قانونی. شفافیت نه تنها از سرمایه‌گذاران محافظت می‌کند، بلکه تضمین می‌کند که شرکت مادر و شرکت‌های تابعه؛ با استانداردهای دقیق راهبری شرکتی و مسئولیت مالی اجرایی می‌شود؛ و به پیروی از قوانین، دستورالعمل‌ها و مشخصات مربوط به کسب و کار شرکت عمل می‌کند.

م) " استانداردهای تنظیم صورت‌های مالی " (Consolidated Financial Statements): صورت‌های مالی که صورت‌های مالی یک شرکت اصلی و شرکتهای تابعه آن را در یک سند جمع می‌کند.

ن) "تصویب سهامداران" (Shareholder Approval): رأی سهامداران، معمولاً در یک مجمع عمومی، برای تأیید اقدامات مهم شرکت مانند ادغام یا تغییر در راهبری شرکتی.

و) "حذف از بورس" (Delisting): حذف سهام از بورس اوراق بهادار، که اغلب در صورتی اتفاق می‌افتد که شرکت معیارهای خاصی مانند "گزارش نکردن اطلاعات مالی" را برآورده نکند.

درک این شرایط برای درک چگونگی حفظ شفافیت در روابط بین شرکت مادر و شرکت تابعه بسیار مهم است (London Stock Exchange 2022/12/31).

شرکت‌ها برای حفظ روابط نزدیک با سرمایه‌گذاران و فعالان بازار باید مراقب شوند تا از اصل اساسی برخورد برابر عدول نکنند برای تعیین اینکه طبق ضرورت چه اطلاعاتی باید گزارش و افشا شوند بسیاری از کشورها

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

مفهوم اهمیت (Materiality) را به کار می‌گیرند (ر.ک: احمدی، ۱۳۹۵).

۲-۲. اعمال شفافیت و پاسخ‌گویی هیئت مدیره

از دیگر ابزار اعمال شفافیت پاسخ‌گویی هیئت مدیره است که تحت اصل هشتم (از اصول شانزده گانه) ازسوی OECD (سازمان همکاری و توسعه اقتصادی/ ۲۰۱۶) مورد تأکید قرار گرفته است:

اصل هشتم (از اصول شانزده گانه): شرکت باید سیاست‌ها و رویه‌های گزارش شرکتی را که عملی و مطابق با بهترین شیوه‌ها و انتظارات نظارتی باشد، ایجاد کند. درخصوص شفافیت مراتب ذیل حائز اهمیت است که تحت اصل هشتم مورد واکاوی قرار می‌گیرد: شرکت باید سیاست‌ها و رویه‌های گزارشگری شرکتی را که عملی و مطابق با بهترین شیوه‌ها و انتظارات نظارتی باشد، ایجاد کند. هیئت مدیره باید سیاست‌ها و رویه‌های گزارشگری شرکتی را برای اطمینان از گزارش جامع، دقیق، قابل اعتماد و به موقع به سهامداران و سایر ذینفعان ایجاد کند که تصویری منصفانه و کامل از وضعیت مالی، نتایج و عملیات تجاری یک شرکت ارائه دهد. تنظیم سیاست‌ها و رویه‌های شفاف درمورد گزارشگری شرکتی که با الزامات گزارشگری مطابق با مقررات اوراق بهادار، قوانین فهرست‌بندی و گزارشگری بورس اوراق بهادار و سایر مقررات، برای گزارش جامع و به موقع ضروری است. مدیران اغلب به اطلاعات درونی شرکت دسترسی دارند. ازاین‌رو، برای کاهش خطری که مدیران ممکن است از این اطلاعات استفاده کنند، برای شرکت‌ها بسیار مهم است که سیاستی داشته باشند که مدیران را ملزم می‌کند هرگونه معامله با سهام شرکت را به موقع به شرکت گزارش کنند. گزارش کامل، دقیق و به موقع خط مشی شرکت حاکم و سایر معاملات غیرمعمول یا به ندرت، و همچنین بررسی و تأیید با اهمیت و قابل توجه، به‌عنوان یک شیوه راهبری شرکتی خوب در نظر گرفته می‌شود که در جهت جلوگیری از معاملات و معاملات سوءاستفاده می‌شود. و ارتقای شفافیت این

سیاست‌ها شامل حصول اطمینان از اینکه معاملات با قیمت‌های بازار و تحت شرایطی انجام می‌شود که از حقوق همه سهامداران محافظت می‌کند، می‌باشد. گزارشگری مذکور شامل مدیران و مدیران اجرایی کلیدی است که در صورت داشتن اطلاعاتی که می‌تواند بر قضاوت آنها تأثیر بگذارد، به هیئت مدیره گزارش می‌دهند. شرکت باید تمام، منصفانه، دقیق و به موقع هر واقعه یا رویداد مهمی را که روی می‌دهد، به‌ویژه در مورد تحصیل یا واگذاری دارایی‌های مهم که می‌تواند بر دوام یا منافع سهامداران و سایر ذینفعان تأثیر منفی بگذارد، به اطلاع عموم برساند. به‌علاوه، هیئت مدیره شرکت پذیرنده باید یک شخص مستقل را برای ارزیابی عادلانه بودن قیمت معامله در حصول یا واگذاری دارایی‌ها تعیین کند. گزارش تحصیل یا واگذاری دارایی‌های مهم شامل دلایل منطقی، تأثیر بر عملیات و تصویب در جلسات هیئت مدیره با حضور مدیران مستقل برای ایجاد شفافیت و استقلال در معامله است. ارزیابی مستقل از عادلانه بودن قیمت شفاف، حمایت از حقوق سهامداران را تضمین می‌کند. شفافیت یکی از اصول اساسی راهبری شرکتی است. برای اطمینان از حمایت بهتر از حقوق سهامداران و سایر ذینفعان، گزارش کامل سیاست‌ها، برنامه‌ها و رویه‌های راهبری شرکتی ضروری است. تجربه نشان می‌دهد که گزارشگری می‌تواند ابزار قدرتمندی برای اثرگذاری بر رفتار شرکت‌ها و برای حفاظت از سرمایه‌گذاران باشد. یک نظام قدرتمند گزارشگری می‌تواند به جذب سرمایه و حفظ اعتماد به بازارهای سرمایه کمک کند در مقابل گزارشگری ضعیف و رویه‌های غیر شفاف می‌تواند به رفتارهای غیر اخلاقی و از دست رفتن یکپارچگی بازار با هزینه‌های هنگفتی منتهی شود که نه تنها به شرکت و سهامداران آن بلکه به اقتصاد به شکل کلی نیز تحمیل می‌شود.

۳. گزارشگری

گزارشگری به بهبود درک عمومی از ساختار و فعالیت‌های شرکت‌ها؛ خط‌مشی‌های شرکتی و عملکرد در قبال استانداردهای زیست محیطی و اخلاقی و روابط شرکت با اجتماعی که در آن فعالیت دارد؛ کمک می‌کند.^۱ گزارش ساختارها و خط‌مشی‌های راهبردی شرکت برای مثال اصول راهبردی شرکت‌های فرعی "با اهمیت" (Materiality) شرکت‌های هلدینگ غیرعملیاتی؛ برای ارزیابی راهبردی شرکت اهمیت دارد و ضرورت دارد موضوع تفکیک اختیارات سهامداران؛ مدیریت و اعضای هیئت مدیره را پوشش دهد.

درجهت افزایش شفافیت بیشتر کشورها استفاده از استانداردهای شناخته‌شده بین‌المللی؛ گزارشگری مالی را الزامی کرده‌اند که می‌تواند به بهبود شفافیت و تطبیق‌پذیری صورت‌های مالی و سایر انواع گزارشگری مالی بین کشورها کمک کند. در بسیاری از کشورها شرکت‌های پذیرفته شده بورسی ملزم به استفاده از این استانداردها هستند. ضرورت دارد استقلال حسابرسان و پاسخ‌گویی آن‌ها به سهامداران الزامی می‌باشد.^۲ سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های بورس اوراق بهادار؛ اصول همگانی گزارش مستمر و گزارشگری تغییرات با اهمیت را برای شرکت‌های پذیرفته شده تدوین کرده است.^۳ یک سهامدار عمده؛ قدرت‌های قابل ملاحظه‌ای در انتصاب اعضای هیئت مدیره و مدیریت دارد. به هر حال در این موارد هیئت مدیره همچنان مسئولیت‌های امانی در قبال شرکت و تمام سهامداران شامل سهامداران اقلیت دارد. این امر در بیشتر حوزه‌های قانونی به آیین‌نامه‌ها و قوانینی منجر شده است که الزام کرده‌اند بعضی از اعضای هیئت مدیره باید مستقل از سهامداران عمده باشند و افزایش استقلال به این شکل اعمال

1. OECD/2016/S. 5 iLibrary OECD <https://www.oecd-ilibrary.org-en/index.html>.

2. International Forum of Independent Audit Regulators.

3. Principles for Ongoing Disclosure and Material Development Reporting by Listed Entities.

شود که نماینده آن‌ها نباشند یا ارتباط‌های تجاری نزدیکی با آن‌ها نداشته باشند. اعضای مستقل هیئت مدیره می‌توانند کمک مهمی به تصمیم‌گیری هیئت مدیره ارائه کنند. آن‌ها می‌توانند دیدگاه بی‌طرفی به ارزشیابی عملکرد هیئت مدیره و مدیریت بیافزایند.

در نتیجه؛ گزارش سایر عضویت‌های اعضای هیئت مدیره به سهامداران؛ ابزاری کلیدی برای بهبود انتصاب‌های هیئت مدیره است؛^۱ هدف اصلی قوانین شفافیت اجرای دستورالعمل شفافیت و وضع قوانین دیگری برای اطمینان از وجود شفافیت کافی و دسترسی به اطلاعات (شرکت‌های پذیرفته‌شده) در بازارهای مالی بریتانیا است.^۲

شفافیت و گزارش بخشی کلیدی از چارچوب راهبری شرکتی است که برای ارتقاء ضروری است توسعه بخش خصوصی بدون انتشار مرتبط و به موقع اطلاعات به بازار، سرمایه‌گذاران نمی‌توانند فرصت‌ها و ریسک‌ها را به درستی ارزیابی کنند. شرکت‌ها برای تصمیم‌گیری‌های تجاری به اطلاعات مالی سالم نیاز دارند و سهامداران برای نظارت بر مدیریت شرکت نیاز به گزارش دقیق و به موقع دارند. گزارش اطلاعات نیز برای تسهیل دسترسی به منابع مالی اساسی است و این امر به‌ویژه برای شرکت‌های در حال رشد اهمیت دارد؛ زیرا سرمایه‌گذاران به چارچوب‌ها و شیوه‌های راهبری شرکتی در سرمایه‌گذاری خود نگاه می‌کنند. کشورهایی با شفافیت بهتر؛ در موقعیت بهتری برای جذب منابع مالی هستند و تلاش کرده‌اند تا ساختارهای راهبری شرکتی خود را بهبود بخشند، اما شکاف‌هایی در زمینه شفافیت و مقررات و عملکردهای گزارش باقی مانده است. سرمایه‌گذاران خارجی کیفیت شیوه‌های گزارش را به‌عنوان یکی از نگرانی‌های اصلی خود ذکر کرده‌اند (ر.ک: کرسنت اینترپرایز، ۲۰۱۶).

هدف گزارشگری و شفافیت در چشم انداز راهبری شرکتی؛ ازجمله

1. (OECD/2016) iLibrary OECD <https://www.oecd-ilibrary.org-en/index.html>.

2. Disclosure Guidance and Transparency Rules sourcebook/UK. /2023/1A. 1. 3.

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

چارچوب قانونی، نقش تنظیم‌کننده‌ها و بورس اوراق بهادار، ساختار مالکیت و فرهنگ کسب و کار را بررسی می‌کند. استانداردهای گزارشگری بین‌المللی و همچنین ابتکارات برای افزایش شفافیت پس از بحران مالی جهانی در سال ۲۰۰۸ میلادی جریان یافت و با تمرکز بر دو حوزه می‌پردازد: مالکیت ذینفع و معاملات اشخاص وابسته گزینه‌های سیاستی برای بهبود شفافیت و افشا به منظور تقویت رشد اقتصادی است.

۳-۱. الزامات قانونی گزارشگری

در بیشتر اقتصادها، الزامات گزارش مالکیت شرکت‌های پذیرفته شده در بورس توسط مقررات اوراق بهادار و قوانین فهرست‌بندی تنظیم می‌شود. اقتصادها اغلب نیاز به گزارش اطلاعات مالکیت ذینفع دارند. گزارش اطلاعات مالک ذینفع حداقل به صورت سالیانه و به محض اینکه از آستانه مالکیتی که نیاز به گزارش دارد فراتر رفت، الزامی است. الزامات گزارش در مورد مالکیت ذینفع عموماً برای سه گروه مختلف اعمال می‌شود (OECD, 2016).

- سهامداران عمده ملزم به گزارش سهام خود در صورت افزایش حجم دارایی‌ها هستند - شرکت‌های پذیرفته شده در بورس به‌طور کلی ملزم به گزارش ساختار سهامداران خود از طریق خود هستند. دفترچه، گزارش سالانه، وب سایت شرکت، بخشنامه مجمع سهامداران یا سایر مواد مانند لیست کردن برنامه‌های کاربردی - مدیریت و اعضای هیئت مدیره نیز ملزم به گزارش مالکیت سهام در بسیاری از کشورها هستند. صرف نظر از درصد سهام واقعی آنها، تأثیر این الزامات گزارش تا حد زیادی به تعریف مالکیت ذینفع بستگی دارد. مالک ذینفع معمولاً به‌عنوان یک شخص حقیقی تعریف می‌شود که مستحق مزایای حاصل از آن است. اوراق بهادار و/یا قدرت اعمال نفوذ کنترل بر حق رأی مربوط به سهام را دارد. تلاش‌های بین‌المللی برای بهبود شفافیت مالکیت ذینفع در سال‌های اخیر سرعت

گرفته است. این تلاش‌ها که توسط رهبران بریتانیا و G20، گروه ویژه اقدام مالی (FATF)، دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی انجام می‌شود، عموماً با هدف جلوگیری از سوءاستفاده از راهبری شرکتی برای مقاصد غیرقانونی مانند اجتناب از مالیات، پولشویی یا تأمین مالی تروریسم انجام می‌شود.^۱ با این وجود، مالک ذینفع "واقعی"، "نهایی" یا "عملی" یک شرکت می‌تواند مبهم بماند. اطلاعات مالکیت سودمند را می‌توان از طریق ساختارهایی مانند شرکت‌های تابعه، ساختارهای مالکیت و کنترل پیچیده که شامل لایه‌های زیادی از سهام ثبت شده به نام سایر اشخاص حقوقی است، پنهان کرد. سهام بی‌نام، سهامداران و مدیران نامزد، تراست و سایر ترتیبات قانونی که امکان جداسازی مالکیت قانونی و مالکیت سودمند دارایی‌ها را فراهم می‌کند (FATF, 2014). به‌کارگیری مفهوم مالکیت ذینفع نهایی می‌تواند به این معنا باشد که تعهدات گزارش به هر طرفی که به حق رأی/کنترل دسترسی دارد؛ از جمله کسانی که سهام را به‌طور غیرمستقیم از طریق هلدینگ تحت کنترل در اختیار دارند، گسترش می‌یابد؛ برای مثال هنگامی که شرکت دیگری سهام یک شرکت پذیرفته شده در بورس را در اختیار دارد، گزارش مالکیت ذینفع نیز باید تا سطح نهایی الزامی باشد (OECD, 2017a).

۳-۲. استانداردهای بین‌المللی گزارشگری

اصول راهبری شرکتی "OECD" (که از این پس اصول نامیده می‌شود) راهنمایی عملی برای سیاستگذاران ارائه می‌دهد. فصل پنجم بیان می‌کند که گزارش به موقع و دقیق باید شامل اطلاعات با اهمیت (Materiality) در مورد موارد زیر باشد: نتایج مالی و عملیاتی شرکت؛ اهداف شرکت و اطلاعات غیر مالی؛ مالکیت سهام عمده و حقوق بازرسی و برداشت هرگونه پاداش اعضای هیئت مدیره و مدیران کلیدی باید بموقع گزارش شود. اطلاعات در مورد اعضای هیئت مدیره؛ از جمله صلاحیت آنها، فرآیند

1. iLibrary OECD <https://www.oecd-ilibrary.org-en/index.html/> p.18.

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

انتخاب، سایر سمت‌های مدیریت شرکت و اینکه آیا آنها توسط هیئت مدیره مستقل تلقی می‌شوند یا خیر؟

دیگر مواردی که باید به‌طور صریح و روشن توسط شرکت گزارش داده شود شامل: معاملات اشخاص وابسته؛ عوامل خطر قابل پیش‌بینی؛ مسائل مربوط به کارکنان و سایر ذینفعان؛ ساختار و سیاست‌های راهبری می‌باشد. اصول بیان می‌کند که گزارش باید از طریق گزارش‌های دوره‌ای و همه مطالب انجام شود؛ به‌روزرسانی ۲۱۰۵ اصول تأکید بیشتری بر گزارش مالکیت ذینفع دارد، توصیه‌های مربوط به معاملات اشخاص وابسته را روشن می‌کند و گزارش اطلاعات غیر مالی، سهام مدیران و غیر موظفین، و نقش‌ها و مسئولیت‌های مدیر اجرایی تشویق می‌کند.

مقررات اوراق بهادار در سال ۲۰۱۰ با تأکید بر اهمیت مقررات در استقلال حسابرس، نظارت و گزارش تضاد منافع تعداد فزاینده‌ای از کشورها از استانداردهای بین‌المللی حسابداری و حسابرسی برای اطمینان از صحت و راستی گزارش‌های مالی استفاده می‌کنند.

از آوریل ۲۰۱۸، ۱۴۴ حوزه قضایی به استانداردهای بین‌المللی گزارشگری مالی برای شرکت‌ها و مؤسسات مالی پذیرفته شده در بازار سرمایه خود نیاز داشتند. این استانداردها اکنون برای تقریباً ۳۵۰۰۰ شرکت پذیرفته شده در ۹۳ بورس بزرگ جهان مجاز یا مورد نیاز هستند (IFRS Foundation, 2018). به‌طور مشابه، ۱۲۸ کشور از استانداردهای بین‌المللی حسابرسی استفاده می‌کنند یا در حال پذیرش هستند (ISA, 2018/ IAASB).

بهبود استانداردها با افزایش شفافیت و قابلیت مقایسه فراملی بر بازارهای سرمایه جهانی تأثیر مستقیم دارد. یکی از ابتکارات اصلی اتحادیه اروپا، قانون شرکت اروپایی و برنامه اقدام راهبری شرکتی در سال ۲۰۱۲ بود که بر شفافیت شرکت‌های فهرست شده تأکید می‌کند. قوانین اخیر اتحادیه اروپا همچنین گزارش دستمزد مدیران؛ کیفیت حسابرسی، گزارش غیر مالی حقوق

سهامداران و الزامات گزارش برای ناشران شرکت‌ها را پوشش می‌دهد. در ایالات متحده، ابتکاری برای به‌روزرسانی و بازنگری الزامات گزارش شرکت‌های بورسی در سال ۲۰۱۳ ارائه شد. در سال ۲۰۱۷، کمیسیون بورس و اوراق بهادار اصلاحاتی را برای حذف مقررات اضافی، همپوشانی، قدیمی یا جایگزین شده با توجه به تغییرات در محیط اطلاعاتی و هیئت نظارت بر حسابداری شرکت‌ها؛ استاندارد حسابداری جدیدی را برای ارائه اطلاعات اضافی به سرمایه‌گذاران اتخاذ کرد.

۳-۳. مواعد گزارشگری

همان‌طور که در اصول ذکر شده است، درخواست "گزارش فوری تحولات مادی" عمل خوبی است. این معمولاً به‌عنوان حداکثر تعداد روزهای تعیین شده تعریف می‌شود، اگرچه برخی کشورها از کلمات مبهمی همچون "هرچه زودتر"، "فورا" و "بلافاصله" استفاده می‌کنند. دستورالعمل شفافیت اتحادیه اروپا، سهامداران عمده را ملزم می‌کند که ناشر را از کسب یا واگذاری سهام عمده در شرکت‌های بورسی مطلع کنند و سپس ناشر این اطلاعات را در اختیار بازار قرار دهد. مهلت اطلاع‌رسانی به ناشر می‌تواند از همان روز تا چهار روز معاملاتی پس از اطلاع سهامدار از رویداد آغازگر باشد. اکثر کشورهای منطقه اقتصادی اروپا^۱ یک مهلت چهار روز تجاری برای اطلاع‌رسانی اعمال می‌کنند. مهلت انتشار در بین کشورهای منطقه اقتصادی اروپا از همان تاریخ تا سه روز تجاری پس از دریافت اطلاعاتیه متفاوت است.

۳-۴. گزارشگری معاملات اشخاص وابسته

این بخش بر معاملات مربوط به جابجایی منابع بین یک شرکت و سهامداران عمده آن یا سایر اشخاص وابسته به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم تمرکز دارد. چنین معاملات اشخاص وابسته می‌تواند اشکال مختلفی داشته

1.EEA, 2017 <https://www.oecd-ilibrary.org-en/index.html> / p.19.

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

باشد؛ از جمله، معاملات مربوط به خرید یا فروش کالا، دارایی یا ارائه یا دریافت خدمات یا اجاره. انتقال ارقام نامشهود، ارائه، دریافت یا تضمین خدمات مالی؛ تعهدات مالی یا عملیاتی؛ خرید سهام یا بدهی، یا ایجاد سرمایه‌گذاری مشترک (OECD/ UASA, 2014). اگرچه جبران خسارت اجرایی نیز می‌تواند معامله با اشخاص وابسته به حساب آید، اما در این بحث منتفی است.

معاملات اشخاص وابسته؛ جنبه مهم دیگری از مقررات گزارشگری است، به‌ویژه در مواردی که مالکیت متمرکز و گروه‌ها شرکتها وجود دارد. همان‌طور که در اصول ذکر شده است، گزارش کامل تمام معاملات با اشخاص وابسته با اهمیت و شرایط چنین معاملاتی به‌صورت جداگانه در بازار ضروری است. مقررات معاملات اشخاص وابسته در سراسر جهان متفاوت است، اما گزارش آنها یک الزام قانونی تقریباً در همه اقتصادهاست.^۱ یک بررسی دقیق از معاملات اشخاص وابسته در میان اقتصادهای خاورمیانه و شمال آفریقا، که در سال ۲۰۱۴ انجام شد، نشان داد که گزارش‌ها در اقتصادهای خاورمیانه مطابق با رویه جهانی ضروری است.

گزارشگری مالکیت؛ دانستن ساختار مالکیت یک شرکت برای انجام یک سرمایه‌گذاری آگاهانه کلیدی است؛ خصوصاً گزارش مالکیت به‌ویژه زمانی که مالکیت متمرکز رایج است، "اصول" مالکیت سهام عمده را به‌عنوان یکی از ۹ موضوع مهمی که باید گزارش شود فهرست می‌کند. گزارش مالکیت به کارایی بازار کمک می‌کند؛ زیرا اطلاعات ناکافی، نامشخص یا غیرقابل دسترس ممکن است بر عملکرد بازارها تأثیر بگذارد. گزارش مالکیت نیز برای راهبری شرکتی مهم است، زیرا سهامداران و سرمایه‌گذاران بالقوه را قادر می‌سازد تا هزینه‌های نمایندگی را ارزیابی کنند. عدم گزارش ممکن است منجر به معامله شخصی مانند معاملات سوءاستفاده با اشخاص

1.(OECD, 2017) iLibrary OECD <https://www.oecd-ilibrary.org-en/index.html>.

وابسته؛ معاملات خودی یا کاهش سهام شود. همچنین ممکن است منجر به فرار مالیاتی؛ یا حتی پولشویی؛ تأمین مالی تروریسم یا سایر جرایم مالی شود. برعکس، گزارش ممکن است مالکان بلوک را منضبط کند و آنها را از درگیر شدن در رفتار توهین آمیز باز دارد (Siems & Schouten 2009).

معاملات اشخاص وابسته در سراسر جهان به منظور محافظت از سرمایه گذاران اقلیت تنظیم می شود. معامله شخص وابسته معامله ای است که بین دو طرف که قبل از معامله یک وابستگی از قبل موجود دارند انجام می شود. اقدامات نظارتی به شکل قوانین رویه ای (تصویب هیئت مدیره، تأیید سهامداران یا نظر کارشناسان مستقل)، گزارشگری (گزارش دوره ای یا فوری، یا گزارش خط مشی در مورد معاملات با اشخاص وابسته) یا ممنوعیت برخی معاملات با اشخاص وابسته باشد. با این حال، گزارش معاملات با اشخاص وابسته بخش اساسی مقررات تقریباً در همه اقتصادهاست (OECD, 2017). اصول بیان می کند که "گزارش باید شامل اطلاعات با اهمیت در مورد معاملات اشخاص مرتبط باشد، اما محدود به آن نباشد". بالتبع اجرای اصول، معیارهای اساسی برای گزارش معاملات اشخاص وابسته ها را مشخص می کند. گزارش باید حداقل سالیانه با توجه به موارد معمول و/یا کمتر اهمیت داشته باشد. در معاملاتی که مشمول تأیید سهامداران است، باید زمان کافی پس از گزارش به سهامداران اقلیت در نظر گرفته شود تا آنها بتوانند تصمیم آگاهانه بگیرند در سایر معاملات اشخاص وابسته که تأثیر با اهمیتی بر قیمت یا ارزش شرکت دارد، اما نیازی به تأیید سهامدار ندارد؛ گزارش آن با جزئیات کافی برای امکان پذیر ساختن سهامداران اقلیت برای ابراز نگرانی قبل از اجرای معامله؛ باید مورد نیاز باشد. طبق استانداردهای حسابداری و حسابرسی بین المللی؛ گزارش دوره ای معاملات اشخاص وابسته الزامی است. گزارش فوری برخی از آنها نیز رایج است تحقیق جهانی بررسی IOSCO "در سال ۲۰۱۵ نشان داد که گزارش به موقع معاملات اشخاص

وابسته مورد نیاز است.^۱

الف) نظارت و اجرای استانداردها نظارت و اجرای مؤثر برای اطمینان از صحیح بودن قوانین راهبری شرکتی بسیار مهم است نظارت و اجرا می‌تواند عمومی (ارائه‌شده توسط تنظیم‌کننده اوراق بهادار) و / یا خصوصی باشد (ارائه‌شده توسط سهامداران فعال، سرمایه‌گذاران نهادی و گروه‌های سرمایه‌گذار اقلیت). اجرای عمومی می‌تواند شامل اعمال تحریم‌ها برای نقض قوانین و رفتار غیرصادقانه باشد (OECD, 2013).

ب) روندهای جهانی در نظارت و اجرای راهبری شرکتی؛ اجرای اصول راهبری شرکتی به دلیل زمان، منابع و تخصص مورد نیاز برای مقامات دولتی چالش‌برانگیز است. برای تأیید صحت اطلاعات گزارش‌شده، برخی از مقامات نظارتی با مؤسسات عمومی مانند مقامات مالیاتی؛ سپرده‌گذاران مرکزی اوراق بهادار، متولیان و سایر واسطه‌های مالی همکاری می‌کنند. از همکاری بین‌المللی نیز برای راستی‌آزمایی استفاده می‌شود. به اشتراک‌گذاری اطلاعات عمومی و غیرعمومی بین دستورالعمل‌سازان از طریق ترتیبات مختلفی مانند یادداشت تفاهم چندجانبه IOSCO صورت می‌گیرد. رویکردها و رژیم‌های اجرایی در بین کشورها متفاوت است. اجرای عمومی ممکن است هم رسمی باشد (مجازات و جریمه‌های قضایی/ کیفری، مجازات‌ها و جریمه‌های اداری، دستورهای جبرانی) و هم غیررسمی (درخواست‌های اطلاعاتی؛ نامه‌های اخطار یا توبیخ‌های افزایش‌دهنده هنجار) (OECD, 2013) سایر فعالان بازار و مؤسسات می‌توانند نقش مهمی در اجرای مقررات مربوط به گزارش داشته باشند. بورس‌ها می‌توانند مجری‌های مؤثری باشند؛ زیرا اغلب الزامات گزارش را به‌عنوان بخشی از قوانین فهرست‌بندی خود اتخاذ می‌کنند و حذف از فهرست یک تهدید واقعی برای هر شرکت پذیرفته‌شده در بورس در موارد عدم‌رعایت آن است.

1. <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/a3d5b297-en/index.html?itemId=/iLibrary/OECD>.

حسابداران، حسابرسان و آژانس‌های رتبه‌بندی ممکن است نقاط ضعفی را در فعالیت‌های راهبردی شرکتی کشف کنند و ممکن است توصیه‌های غیررسمی به شرکت‌ها ارائه دهند. رسانه‌ها می‌توانند نقش مهمی در افزایش آگاهی عمومی در مورد اهمیت راهبردی شرکتی خوب ایفا کنند.

۴. ارتقای روابط شرکت مادر و تابعه مبتنی بر شفافیت

برخی از ویژگی‌های منطقه‌ای چالش‌هایی را برای راهبردی شرکتی مؤثر تشکیل می‌دهند. خصوصاً چالش شفافیت و گزارشگری است، به‌ویژه در دو حوزه: گزارش مالکیت ذینفع و گزارش شرایط معاملات با اشخاص وابسته. یافته‌ها، بر اساس ارزیابی‌های بین‌المللی و بررسی رویه‌های بزرگترین شرکت‌های منطقه‌ای شامل موارد زیر است:

گزارش سهام نهایی مالکیت ذینفع و معاملات اشخاص وابسته در برخی از اقتصادهای منطقه‌ای اجباری نیست، همچنین گزارش سایر فعالیت‌ها و مدیریت اعضای هیئت مدیره یا گرامت مدیران و مدیران اجرایی (بانک جهانی، ۲۰۱۹) اکثر اقتصادهای منطقه‌ای استانداردهای بین‌المللی گزارشگری مالی را پذیرفته یا تأیید کرده‌اند و هشت مورد استانداردهای بین‌المللی حسابرسی را پذیرفته‌اند یا در حال تصویب هستند در حالی که صورت‌های مالی شرکت‌های فهرست شده باید توسط یک حسابرس خارجی در همه اقتصادهای منطقه‌ای حسابرسی شود (بانک جهانی، ۲۰۱۹) پاداش اعضای هیئت مدیره و مدیران کلیدی تنها به صورت مجموع و تلفیقی گزارش می‌شود بین پاداش و عملکرد بلند مدت شرکت معمولاً در تیم‌های عمومی توضیح داده می‌شود ضوابط استقلال اعضای هیئت مدیره و روش‌های انتخاب آنها معمولاً توسط شرکت‌های نمونه گزارش نمی‌شود و اجباری نیست. با این حال گزارش‌های راهبردی به‌عنوان بخشی از گزارش‌های سالانه باتوجه به مالکیت ذینفع، سهامداران عمده و مدیران شرکت‌های بورسی برای گزارش

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

مالکیت خود، مطابق با رویه جهانی با این حال، با وجود بهبود در مقررات، چالش‌ها، به‌ویژه در رابطه با شناسایی و گزارشگری آنها همچنان ادامه دارد و از طرفی نیز الزامات در روش و زمان گزارش متفاوت است. با این وجود، بسیاری از اقتصادها اخیراً مقررات مربوط به معاملات اشخاص وابسته را اصلاح کرده‌اند؛ در آینده بررسی می‌تواند وضعیت را روشن‌تر کند و به تلاش‌های اصلاحی خود با توجه به شفافیت و شیوه‌های گزارش ادامه دهند تا اثربخشی چارچوب‌های راهبری شرکتی خود را بهبود بخشند. توجه باید به پذیرش بهترین شیوه‌های بین‌المللی و افزایش ظرفیت مرجع نظارتی و مشارکت سهامداران معطوف شود. بر اساس یافته‌های ارائه‌شده در این رویکرد، دو نوع گزینه سیاستی را می‌توان پیشنهاد کرد. اولی شامل بهبودهایی در محیط عمومی راهبری شرکتی است، دومی مربوط به سیاست‌هایی است که به‌طور خاص موضوعات تمرکز را هدف قرار می‌دهند یعنی گزارش مالکیت ذینفع و گزینه‌های اصلی سیاست برای بهبود شفافیت و گزارش اطلاعات درحالی که چنین تلاش‌هایی ممکن است پرهزینه و زمان‌بر باشد؛ می‌توانند به اعتماد سرمایه‌گذار بیشتر و قوی‌تر منجر شوند.

۴-۱. نقش استاندارد صورت‌های مالی در شفافیت

هدف، واقع‌گرایانه این استاندارد تعیین اصول و روشهای تهیه و ارائه صورتهای مالی تلفیقی است. صورتهای مالی تلفیقی توسط یک شرکت مادر (که به‌عنوان شرکت هلدینگ نیز شناخته می‌شود) برای ارائه اطلاعات مالی در مورد فعالیت‌های اقتصادی گروه خود ارائه می‌شود. این صورتهای مالی به منظور ارائه اطلاعات مالی درباره شرکت مادر و شرکت‌های تابعه آن به‌عنوان یک واحد اقتصادی واحد برای نشان دادن منابع اقتصادی تحت کنترل گروه، تعهدات گروه و نتایجی است که گروه با منابع خود به‌دست می‌آورد.

محدوده این استاندارد باید در تهیه و ارائه صورتهای مالی تلفیقی برای

گروهی از شرکتهای تحت کنترل شرکت مادر به کار رود. در تهیه صورتهای مالی تلفیقی، سایر استانداردهای حسابداری نیز به همان ترتیبی که در مورد جداگانه اعمال می شود اعمال می شود و در صورتی اجباری است که شرکتی صورتهای مالی تلفیقی را ارائه کند. به عبارت دیگر، استاندارد حسابداری شرکتی را موظف به ارائه صورتهای مالی تلفیقی نمی کند، اما در صورتی که شرکت صورتهای مالی تلفیقی را برای رعایت الزامات هر اساسنامه یا موارد دیگر ارائه کند، باید صورتهای مالی تلفیقی را مطابق با استانداردهای حسابداری تهیه و ارائه کند. صورتهای مالی تلفیقی معمولاً شامل ترازنامه تلفیقی، صورت سود و زیان تلفیقی و یادداشتها، سایر صورتهای مالی و مطالب توضیحی است که جزء لاینفک آن است. صورت جریان وجوه نقد تلفیقی در صورتی ارائه می شود که شرکت مادر صورت جریان نقدی خود را ارائه کند. صورتهای مالی تلفیقی، تا حد امکان، با همان قالبی که شرکت مادر برای صورتهای مالی جداگانه خود اتخاذ کرده است، ارائه می شود. لازم نیست کلیه یادداشتهای مندرج در صورتهای مالی جداگانه شرکت مادر و شرکتهای تابعه آن در یادداشتهای صورتهای مالی تلفیقی گنجانده شود. برای تهیه صورتهای مالی تلفیقی، اصول زیر در خصوص یادداشتها و سایر مطالب توضیحی که جزء لاینفک آن است، رعایت می شود:

الف) یادداشتهایی که برای ارائه تصویری درست و منصفانه از صورتهای مالی تلفیقی ضروری است در صورتهای مالی تلفیقی به عنوان بخشی جدایی ناپذیر از آن می باشد

ب) فقط یادداشتهای مربوط به مواردی که با اهمیت هستند باید گزارش شوند. "با اهمیت" برای این منظور در ارتباط با اطلاعات موجود در صورتهای مالی تلفیقی ارزیابی می شود.

باتوجه به این مراتب، ممکن است زمانی که آزمون "اهمیت" در چارچوب صورتهای مالی تلفیقی اعمال می شود، یادداشتهای خاصی

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

که در صورت‌های مالی جداگانه یک شرکت مادر یا شرکت تابعه گزارش می‌شوند، نیازی به گزارش در صورت‌های مالی تلفیقی نداشته باشند. (ج) اطلاعات قانونی اضافی گزارش شده در صورت‌های مالی جداگانه شرکت تابعه و/یا شرکت مادر که هیچ ارتباطی با نمای واقعی و منصفانه صورت‌های مالی تلفیقی ندارد؛ لازم نیست در صورت‌های مالی تلفیقی گزارش شود. نمونه‌ای از چنین اطلاعاتی در مورد شرکت‌ها می‌باشد. شرکت مادری که صورت‌های مالی تلفیقی را ارائه می‌کند باید این صورت‌ها را علاوه بر مالی جداگانه خود ارائه کند. استفاده‌کنندگان صورت‌های مالی یک شرکت مادر، معمولاً نگران وضعیت مالی و نتایج عملیات نه تنها خود مؤسسه، بلکه کل گروه هستند و باید از آن مطلع شوند. این نیاز با ارائه به کاربران تأمین می‌شود.

۲-۴. استانداردهای شفافیت در تنظیم صورت‌های مالی تلفیقی

شرکت مادر که صورت‌های مالی تلفیقی را ارائه می‌کند، باید همه شرکت‌های تابعه، داخلی و خارجی را در برگیرد؛ صورت‌های مالی تلفیقی بر اساس صورت‌های مالی شرکت مادر و کلیه شرکت‌هایی که توسط شرکت مادر کنترل می‌شوند. در صورت‌های مالی تلفیقی، سرمایه‌گذاری‌ها در این گونه شرکت‌های تابعه باید مطابق با استاندارد حسابداری؛ حسابداری سرمایه‌گذاری‌ها؛ حسابداری شود. دلایل عدم تلفیق یک شرکت تابعه باید در صورت‌های مالی تلفیقی گزارش شود.

بدون لحاظ بدهی‌ها و حقوق صاحبان سهام شرکت مادر. منافع اقلیت در خالص دارایی‌ها شامل موارد زیر است: الف - مقدار حقوق صاحبان سهام قابل انتساب به اقلیت‌ها در تاریخ سرمایه‌گذاری در یک شرکت فرعی انجام شده است ب - سهم اقلیت‌ها از حرکت در حقوق صاحبان سهام از تاریخ رابطه شرکت مادر و تابعه به وجود آید. در مواردی که مبلغ دفتری سرمایه‌گذاری در شرکت تابعه با بهای تمام شده آن متفاوت است، برای

اهداف محاسبات فوق، مبلغ دفتری در نظر گرفته می‌شود. ج - هزینه مالیات شامل مالیات جاری و مالیات معوق در صورت‌های مالی تلفیقی نشان داده شده؛ باید باشد مجموع مبالغ هزینه مالیات ظاهر شده در صورت‌های مالی جداگانه شرکت مادر و شرکت‌های تابعه آن. سهم شرکت مادر در ذخایر پس از تحصیل یک شرکت تابعه که بخشی از ذخایر مربوطه در ترازنامه تلفیقی را تشکیل می‌دهد، نیازی به گزارش جداگانه در ترازنامه تلفیقی با توجه به هدف صورت‌های مالی تلفیقی ندارد. ارائه اطلاعات مالی گروه به عنوان یک کل. با توجه به این موضوع، اندوخته‌های تلفیقی گزارش شده در ترازنامه تلفیقی شامل سهم شرکت مادر در ذخایر پس از تحصیل یک شرکت تابعه است. سهم شرکت مادر حقوق صاحبان سهام در یک شرکت تابعه، در تاریخی که سرمایه‌گذاری انجام می‌شود، بر اساس اطلاعات مندرج در صورت‌های مالی شرکت تابعه در تاریخ سرمایه‌گذاری تعیین می‌شود. با این حال، اگر صورت‌های مالی یک شرکت تابعه، در تاریخ سرمایه‌گذاری، در دسترس نباشد و تهیه صورت‌های مالی شرکت تابعه در آن تاریخ غیر عملی باشد، از صورت‌های مالی شرکت تابعه برای دوره بلافاصله قبل استفاده می‌شود. به عنوان مبنایی برای تجمیع تعدیل‌هایی در این صورت‌های مالی برای تأثیرات معاملات مهم یا سایر رویدادهایی که بین آنها رخ می‌دهد انجام می‌شود.

اگر مؤسسه‌ای دو یا چند سرمایه‌گذاری در مؤسسه‌ای دیگر در تاریخ‌های مختلف انجام دهد و در نهایت کنترل مؤسسه دیگر را به دست آورد، صورت‌های مالی تلفیقی تنها از تاریخی که در آن رابطه نگهداری و شرکت تابعه وجود دارد، ارائه می‌شود. اگر دو یا چند سرمایه‌گذاری در یک دوره زمانی انجام شود، ارزش حقوق صاحبان شرکت تابعه در تاریخ سرمایه‌گذاری، عموماً به صورت گام به گام تعیین می‌شود. شرکت تابعه اغلب برای اهداف تلفیقی صورت‌هایی را در همان تاریخ شرکت مادر تهیه می‌کند. اصل

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

سازگاری ایجاد می‌کند که طول دوره‌های گزارشگری و هرگونه تفاوت در تاریخ‌های گزارشگری از دوره‌ای به دوره دیگر یکسان باشد. صورت‌های مالی تلفیقی باید با استفاده از رویه‌های حسابداری یکسان برای معاملات مشابه و سایر رویدادها در شرایط مشابه تهیه شود. استانداردهای حسابداری الزامات مربوطه به حسابداری سرمایه‌گذاری در شرکت‌های تابعه را در صورت‌های مالی را مشخص می‌کند.

در سال ۲۰۰۳ به منظور معرفی مواد ۴۰۶ و ۴۰۷ قانون ساربنز- آکسلی؛ کمیسیون بورس اوراق بهادار ایالات متحده قانونی را وضع کرد که از شرکت‌ها می‌خواست در صورت برخورداری از آیین‌نامه اصول اخلاقی (Codes of Ethics) نحوه فعالیت شرکت یا اصول تجاری را گزارش نمایند و در خصوص انتخاب صحیح و مناسب بین چند گزینه از آیین‌نامه رفتاری (Codes of Conduct) تشخیص کار درست و غلط را فراهم آورند. مهم‌تر از همه پس از وضع قانون ساربنز- آکسلی در ایالات متحده و با توجه به واگذاری مسئولیت‌ها و اختیارات در انجام بعضی عملیات مشخص حسابرسی به کمیته حسابرسی؛ قدرت سنتی هیئت مدیره به کمیته مذکور محول شده است؛ ولی در ایران مطابق قانون تجارت و وظایف مذکور بر عهده مجمع صاحبان سهام شرکت‌هاست (مشایخی، ۱۳۹۲، ص ۱۴۳). لازم به ذکر است مطابق دستورالعمل راهبری شرکت‌های بورسی برای شرکت‌های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران و رعایت الزامات قواعد بورس با ایجاد کمیته حسابرسی (اصلاحیه مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۷) از ضایع شدن دارایی‌های شرکت و نهایتاً تضييع حقوق سهامداران به‌ویژه اقلیت جلوگیری خواهد کرد. بورس هیچ‌گونه مسئولیتی در قبال این الزامات در صورت اعمال به طرفیت شرکت‌ها نخواهد داشت.

نتیجه

تحولات چند دهه گذشته راهبری شرکتی، از زمانی که شرکتهای مادر با رویکرد تأسیس شرکت‌های فرعی در مسیر توسعه یافتگی گام برداشتند تا امروز، همه و همه مرهون نوآوری‌های انجام شده در عرصه تجارت، و نیز مشارکت بخش خصوصی و حضور فعال شرکت‌های بین‌المللی، به‌عنوان پایه‌های اصلی توسعه اقتصادی کشورها بوده است. در سال‌های اخیر خصوصاً دستورالعمل‌های سازمان همکاری‌های اقتصادی و توسعه (OECD)؛ روابط بین شرکت‌های مادر و شرکت‌های تابعه را تحت تأثیر مضاعف قرارداد، متعاقباً از طریق جذب سرمایه توسط بورس‌ها رشد قوی در صنعت تولید، تجارت بین‌الملل موجب شد شرکت‌ها جهت ورود به بازار سرمایه و بالأخص موضوع مانحن فی‌ه الزامات قواعد بورس اوراق بهادار ناظر بر اصل شفافیت رابطه بین شرکت مادر و تابعه را به چالش کشاند و مهم یافتن یک تعادل بین مسئولیت‌های قانونی در اعمال شفافیت و همان زمان خودداری از اعمال دخالت‌های ناشی از اقتضائات رابطه شرکت مادر و تابعه است که یک چالش مهم دیگر است که با فقد مقررات موجود و آنچه که باید باشد از لحاظ وضع مقررات و استفاده از تجارب سایر کشورها ضرورت و پیشنهاد می‌شود اصولی که در شفافیت از استانداردهای جهانی برخوردار است قانونگذار تبعیت نماید و روابط جاری فی‌مابین شرکت‌های تابعه و مادر با اصول راهبری شرکتی کاملاً در تعارض است چراکه زمانی که سازوکار پاسخ‌گویی مختل باشد به‌طور طبیعی مسئولیت و اختیار انجام امور به شدت متمرکز می‌شود درحالی‌که تأثیر شفافیت بورسی توانست توفیقات چشمگیری داشته باشد. و قدرت پاسخ‌گویی مدیران در مقابل سهامداران افزایش یابد بی‌شک، اعمال اصل گزارشگری و شفافیت به‌عنوان یکی از قوی‌ترین ضرورت‌های اقتصادی و تجاری کشور برای جذب سرمایه‌گذاری شرکت‌های خارجی محسوب می‌شود. درحقیقت وجود زیرساخت‌های لازم و مناسب، ثبات سیاسی و اجتماعی، تنوع انتخاب مکان

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

برای سرمایه‌گذاری، پذیرش اصل شفافیت در ارتباط با شرکت‌های مادر و تابعه می‌باشد و بالتبع اصول حاکمیت شرکتی همگی از عواملی هستند که انگیزه سرمایه‌گذاری شرکت‌های خارجی را در اکثر کشورها بیشتر کرده است. بنابراین با رویکردی جامع و دقیق به قانون بورس اوراق بهادار و دستورالعمل‌های مربوط به پذیرش شرکت مادر و شرکت تابعه یا فرعی و تطبیق با دستورالعمل‌های بین‌المللی از جمله دستورالعمل نیویورک (۲۰۰۳) در می‌یابیم که امکان اختلال از سوی روابط بین شرکت مادر و تابعه میسر نمی‌باشد. خصوصاً اینکه سیستم نظارت شرکت‌ها به لحاظ عدم رعایت استانداردها در کمیته‌های حسابرسی و دیگر ارکان موثر در شفافیت و عدم استفاده از افراد خبره موجب ابهام جدی در تبعیت از قواعد بورس شده است و در صورت اعمال مقررات مربوط نظارت و شفافیت از عواملی است که حتی سرمایه‌گذاران خارجی می‌توانند هم با استناد به قوانین مذکور اقدام به ثبت آن‌ها کنند و هم قادرند در قالب تأسیس شرکت تابعه و دریافت مجوز تجاری فعالیت‌های خود را در کشور و ورود به بازار بورس اوراق بهادار کار آیی این گونه شرکت‌ها را افزایش دهند؛ چراکه از ویژگی‌های بارز ثبت شرکت تابعه این است که همه سهام‌داران، مسئولیت‌های قانونی را ملاحظه نمایند و تعارضی در وظایف و مسئولیت‌های هریک از ارکان مهم شرکت به وجود نیاید و در ضمن قدرت پاسخ‌گویی مدیران در مقابل سهام‌داران افزایش یابد لازم به ذکر است که با اعمال اصول و دستورالعمل‌های بین‌المللی بالأخص اصل شفافیت همچنین سرمایه‌گذاران خارجی نیازی به شراکت با یک شریک محلی نداشته باشند و قادر باشند مالکیت کامل شرکت تابعه را در اختیار داشته باشند. این موضوع برای آن‌ها به عنوان یک امر تشویقی خوب محسوب می‌گردد که وجودش مایه ترغیب آن‌ها به انجام این امر می‌شود. در حالی که در می‌یابیم که خلأ چنین اصولی اصلاح ساختار شرکت‌ها از طریق اصول راهبری شرکتی و الزامات قواعد بازار بورس اوراق بهادار در رابطه بین شرکت مادر و تابعه اهمیت بیشتری

پیدا می‌کند، زیرا شرکت‌هایی که نتوانند الگوی مناسبی برای راهبری خود انتخاب و اجرا نمایند ممکن است با سوء مدیریت و رقابت‌های نامشروع؛ ناکارآمدی و فساد مواجه شوند و مسلماً در شرکت‌هایی که شفافیت اطلاعات؛ اصل مسئولیت و پاسخ‌گویی؛ اصل رفتار عادلانه با سهامداران نمود بیشتری داشته باشد فرصت‌های کمتری برای سوءاستفاده مدیران به وجود می‌آید الزام قواعد بورس اوراق بهادار موجب ایجاد یک سیستم راهبری مناسب که مکمل و هماهنگ با نظام قانونگذاری در رابطه بین شرکت مادر و تابعه باشد می‌تواند گامی مثبت در جهت سلامت اقتصاد کشور و حفظ حقوق سهامداران محسوب شود که در این زمینه توسعه بازارهای مالی برای داد و ستد اوراق بهادار و نیز تصویب نظامنامه‌های بین‌المللی راهبری شرکتی حداقل نسبت به پروژه‌هایی که در آن‌ها انجام می‌شود؛ احصاء نگردیده‌اند و برای شرکت تابعه که قصد ورود به بازار بورس را دارند؛ درک چگونگی حفظ شفافیت بین شرکت مادر و تابعه بسیار مهم است و نیاز به رفع ضعف ساختاری شرکت‌ها و اعمال نظارت شفاف ضرورت دارد و در راستای همان قوانین و مقررات عنوان شده می‌تواند بر عملکرد شرکت‌ها و خصوصاً جذب سرمایه شرکت‌های خارجی در کشور ملاک عمل قرار گیرد.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

سهام نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منفعی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

منابع

- احمد، حبیب؛ حاکمیت شرکتی در مؤسسات مالی اسلامی؛ ترجمه حسین میسمی؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۳۸۸.
- احمدی، شاهین؛ اصول راهبری شرکتی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۵.
- اسعدی، عبدالرضا؛ «حاکمیت شرکتی و عملکرد شرکت‌های هلدینگ و تابعه در بورس اوراق بهادار تهران»، نشریه راهبرد مدیریت؛ ش ۱۵، تابستان ۱۳۹۵، ص ۱۵۱-۱۲۹.
- امینی، مهدی؛ اصول حاکم بر بازار اوراق بهادار؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و امریکا (رساله دکتری)؛ تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۴.
- باریکلو، علیرضا؛ «ماهیت سهم و بازخورد آن توسط شرکت صادرکننده»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی؛ ش ۱، تابستان ۱۳۸۵، ص ۳۸-۱۳.
- باقری، محمود و عباس احضاری؛ «ابعاد حقوقی بازار سرمایه غیرمتشکل، با نگرش تطبیقی در حقوق ایالات متحده امریکا»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۲۶، بهار ۱۳۹۷، ص ۵۹-۸۶.
- پارسایان، علی؛ نظام راهبری شرکتی؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۳۶۵.
- الجرحی، مبدعلی؛ حاکمیت شرکتی در مؤسسات مالی اسلامی؛ تهران: مؤسسه پژوهش و آموزش اسلامی (IRTI)، ۲۰۰۲ م.
- جمالی، جعفر؛ رویه هیئت داور و اوراق بهادار تا پایان سال ۱۳۹۵؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۶.
- حسن‌زاده، حیدر؛ شرکت‌های تجارتي؛ تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶.
- رضایی، علی؛ «مبانی مسئولیت شرکت مادر در قبال شرکت تابعه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی؛ ش ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ص ۱۷۷-۱۵۱.
- رهبری، مهسا؛ اصول حاکمیت شرکتی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه OECD؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۳۸۵.
- سلطانی، محمد؛ بایسته‌های حقوق بازار سرمایه (اصول)؛ تهران: نشر بورس، ۱۳۹۳.
- سلطانی، محمد؛ بایسته‌های حقوق بازار سرمایه (مقررات تحلیل‌گری)؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۶.

شهیدی، سیدمرتضی؛ قواعد حقوقی حاکم بر معاملات در بورس کالایی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶.

عبدی‌پور، ابراهیم و همکاران؛ «اعمال قواعد سنتی مسئولیت مدنی غیرقراردادی بر مسئولیت شرکت هلدینگ»، آموزه‌های فقه مدنی؛ ش ۲۰، ۱۳۹۸.

علمشاهی، حمیدرضا؛ سیمای حقوقی هیئت مدیره در راهبری شرکتی؛ تهران: نشر شرکت چاپ و بازرگانی، ۱۳۹۸.

غلامی، جهانبخش؛ «سوءاستفاده شرکت مادر از شرکت‌های تابعه در حقوق ایران؛ مصادیق، تبیین مسئولیت و راهکارها»، نشریه حقوقی دادگستری؛ ش ۱۱۳، بهار ۱۴۰۰، ص ۲۸۵-۳۰۷. قپانچی، حسام و همکاران؛ «جرایم مالی شرکتی از گونه‌شناسی تا علت‌شناختی»، دانشنامه حقوق اقتصادی؛ ش ۶، زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۴۳-۱۷۲.

کردیان، الهه؛ کارایی بازار سهام و استقلال هیئت مدیره شرکت‌ها؛ تهران: نشر تفکر آینده‌ساز، ۱۴۰۰.

کریمی، نورالدین؛ تبیین اصول حاکم بر بورس (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشگاه شاهد، ۱۳۹۳.

مشایخی، بیتا؛ راهبری شرکتی؛ مفاهیم و موردکاوی؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۲.

مظاهری کوهانستانی، رسول و همکاران؛ «مسئولیت شرکت مادر به واسطه کنترل شرکت فرعی فاقد سرمایه کافی در حقوق آلمان و ایران»، حقوق تطبیقی؛ ش ۱۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۱، ص ۸۳-۱۰۸.

ملایی، میلاد و همکاران؛ درآمدی بر قواعد حاکم بر معاملات بورس اوراق بهادار در حقوق ایران؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۹.

موسوی، سیدمحسن و موسی احمدی؛ بازارها، نهادها و ابزارهای مالی؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۴۰۲.

میرزایی منفرد، غلامعلی و سعید قیطانی؛ مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر بازار اوراق بهادار انگلستان و ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۸.

نصیری، مرتضی و احمد شهنیایی؛ حقوق سهامداران در آیین مقررات بازار بورس اوراق بهادار (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، ۱۳۹۵.

Alan Dignam & John Lowry; Company Law/ Oxford, 2015.

■ تحلیل حقوقی و ضوابط شفافیت در رابطه میان شرکت‌های تابعه و مادر در بورس سهام

- Antitrust and Its Economic Implications E. Thomas Sullivan 2008 Lexis Nexis.
Black Law Dictionary; Tenth edition; Editor: Bryan A. Garner, 2014.
Blakstone's Statutes on Company law; Derek French 2012-2013 Oxford.
Commercial Bankruptcy Litigation; Friedland 2018 Thomson.
Commercial Law; LS Sealy 2008 Oxford.
Competition Law in China; Owen Nee; 2018 Thomson.
Dictionary of International Trade Law; Raj Bhala 2012 Lexis Nexis.
Disclosure Guidance and Transparency Rules sourcebook/2023/ www.
handbook.fca.org.uk.
Five rules for successful Stock investing; Dorsey; pat/ 2004/ Ebook.
Holding Ltd V Southern Tropics Ltd, 1999.
International Trademark Dilution; Daniel R. Bereskin 2018 Thomson.
Legal impacts from the bankruptcy of subsidiary company to holding as the
corporate guarantor; Malikhatun Badriyah, 2018.
London stock Exchange/ <https://docs.londonstockexchange.com/sites/default/files/documents/rules>.
New Stock trend detector;/Gann; Willian D. b 1878/1936/ Financial guard-
ian publishing co.
Ord v Belhaven pubs Ltd, 1998.
Stock Market Rules;/Sheimo; Michael D. 1944/ Mc Graw Hill.
The Freedom of Information and Privacy Acts; Cornish F. Hitchcock 2018
Thomson pure theory of law/ kelsen; Hans; 2003/ Lawbook Exchange.
The Theory and practice of subsidiary Governance. Deloitte 2013.
The Ties that bind parent and subsidiary companies; By: Carlie Alcock; july 2020
West's Tax Law Dictionary; Robert Sellers Smith; 2018 Thomson.

Re-examining the necessity to observe formalities in the transfer of immovable property and intellectual (industrial) property

Mohammad Ghandali

PhD Candidate in Private Law, Department of Private Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran

Email: mohammad.ghandali@ut.ac.ir

Rahim Pilvar* (Corresponding Author)

Associate Professor, Department of Private Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran

Email: rahim_pilvar@yahoo.com

Abdolrahim Moradi

Assistant Professor, Department of Private Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran

Email: abr_moradi@yahoo.com



Use your device to scan
and read the article online

Citation Ghandali, M. ,Pilvar, R. ,Moradi, A. (2025). Re-examining the necessity to observe formalities in the transfer of immovable property and intellectual (industrial) property. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (85): 47-76

 [10.22034/ilaw.2024.2008724.3271](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2008724.3271)

Received: 07 August 2023 , Accepted: 08 May 2024

Abstract

One of the most important issues in transaction law is the role of formalities in them. Today, according to the principle of sovereignty of the will, it is stated that the principle is on the consent in contracts, but this article seeks to show that in the transactions of immovable property and intellectual (industrial) property that contain the transfer of objective rights, the legislator considers it necessary to perform formalities in the transaction, considering the higher interests, especially the protection of the rights of third parties, and guaranteeing the implementation of non-compliance with this requirement. It is different depending on the opinion of the legislator (but mostly it is either the invalidity of the legal act or the inability to cite). According to the investigations carried out in different cases in Iranian law, the research briefly concluded that in transactions regarding the transfer of objective rights in immovable property and intellectual (industrial) property, their registration is mandatory and in some cases the legislator went further and considered notification as necessary. The exception to this rule is the transfer of movable property, where, due to the merger of ownership and possession, the loss does not go to third parties. However, even in this case, sometimes the legislator considers the formalities to be necessary, such as the transfer of a car. However, in subjective rights and transfer cases, the rule is the consent of the contractor. Because the subjective right is a relative right and can only be invoked against others, not applicable in such a way as to expose their legal position to be disturbed.

Keywords

Financial rights, formality, official registration, right transfer, objective right and personal right



Extended Abstract

1. Introduction

In contemporary contract law, the principle of party autonomy and the doctrine of consensualism suggest that the mere expression of will is sufficient to create legal effects. This paradigm, which gained prominence in the 17th century, posits that legal obligations should primarily arise from the internal will of the parties rather than external rituals or forms. However, this study argues that the absolute nature of real rights (*jus in re*)—rights that are exercisable against the entire world—necessitates a departure from pure consensualism toward legal formalism. Unlike personal rights (*jus in personam*), which are relative and involve a specific relationship between a debtor and a creditor, real rights create a legal situation that all third parties must respect and accommodate. Consequently, the transfer of such rights in immovable property and intellectual (industrial) property requires formal procedures, primarily registration and occasionally public announcement, to protect third-party interests and ensure the stability of legal relations. This research aims to demonstrate that for these specific categories of property, the legislator views formalities not merely as an evidentiary tool but as a substantive requirement for the validity or opposability of the transaction.

2. Research Methodology

This research employs an analytical and descriptive-comparative methodology to examine the role of formalities in property transfers. The study begins by clarifying fundamental legal concepts, such as formalism, registration, public announcement, and the distinction between "applicability" and "opposability" of rights. It then analyzes the theoretical framework of real versus personal rights to establish the necessity of publicity for the former. The scope is primarily focused on private law and voluntary transfers (specifically sales) within the Iranian legal system, with frequent references to the French and German legal traditions to provide comparative depth. Finally, the research tests its hypothesis—that the transfer of real rights in immovable and industrial property is inherently formalistic—by analyzing specific Iranian statutes, including the Registration Law, the Commercial Code, and the recent 1403 (2024) Law on Mandatory Registration of Transactions of Immovable Property.

■ Re-examining the necessity to observe formalities in the transfer of immovable

3. Research Findings

The core finding of this research is that the absolute nature of real rights creates a "general negative obligation" for all non-contracting parties to refrain from interfering with the owner's rights. This absolute character demands a mechanism through which third parties can be informed of the legal status of property.

Conceptual Nuances: The study identifies a critical distinction between "registration" with a state authority and "public announcement" (proclamation). While many transfers require registration for validity or opposability, industrial property transfers (such as patents and trademarks) often require both registration and a subsequent public notice to be fully effective against third parties. Furthermore, the research clarifies that while all rights (real and personal) are "opposable" in the sense that they must be respected as legal facts by third parties, only real rights are "applicable" against all people, allowing for direct enforcement regardless of the possessor.

Immovable Property in Iranian Law: Historically, Iranian law attempted to mandate registration for immovable property via Articles 22, 46, and 47 of the Registration Law. However, judicial interpretations and some jurisprudential views occasionally undermined these formalities, allowing "ordinary documents" (*sanad-e adi*) to challenge registered titles. The research highlights the landmark "Law on Mandatory Registration of Transactions of Immovable Property," approved in 1403 (2024), which seeks to resolve this by declaring that unregistered transactions and their evidence are inadmissible in courts and lack legal validity. This legislation represents a decisive shift toward a constitutive or validity-based system of registration to prevent conflicting transactions and enhance legal certainty.

Intellectual and Industrial Property: The research finds that industrial property rights (patents, trademarks, industrial designs) are treated similarly to real rights due to their monopolistic and absolute nature. Therefore, Iranian law (specifically the Law for the Protection of Industrial Property of 1403) requires transfers to be made via official documents and registered with the relevant authority. Interestingly, the study notes that literary and artistic works do not require the same level of registration for the existence of the right—due to the principle of originality—though their transfer in some jurisdictions remains formalistic.

Movable Property and Specialized Cases: Generally, movable property transfers remain consensual because possession serves as a proxy for owner-

ship (possession vaut titre). However, for "important" movables like vehicles and corporate shares, the legislator has introduced mandatory registration. In the case of vehicles, social security and administrative order necessitate registration with official authorities. For corporate shares, especially in private joint-stock companies (sherkat-e sahami-ye khas) and limited liability companies, registration in the company's ledger or an official deed is required to protect the company and third-party creditors.

4. Conclusion

The research concludes that the principle of consensualism is limited by the functional necessity of protecting third parties and the broader social order. Whenever a right is "absolute" and its transfer significantly impacts the legal standing of the public—as is the case with real rights in immovable property and industrial property—formalism, particularly registration, becomes a mandatory rule. The failure to comply with these formalities leads to severe legal sanctions, ranging from the non-opposability of the contract against third parties to the total nullity of the legal act. Ultimately, modern legal systems, including Iran's, are increasingly moving toward "legal formalism" as a tool to create a manufactured order that guarantees investment security, facilitates governmental planning, and prevents litigation arising from conflicting claims.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



بازپژوهی لزوم رعایت تشریفات

در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

محمدقندالی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.
Email: mohammad.ghandali@ut.ac.ir

رحیم پیلوار* (نویسنده مسئول)

دانشیار، گروه حقوق خصوصی، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.
Email: rahim_pilvar@yahoo.com

عبدالرحیم مرادی

استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.
Email: abr_moradi@yahoo.com



Citation Ghandali, M., Pilvar, R., Moradi, A. (2025). Re-examining the necessity to observe formalities in the transfer of immovable property and intellectual (industrial) property. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (85): 47-76

doi [10.22034/ilaw.2024.2008724.3271](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2008724.3271)

Received: 07 August 2023 , Accepted: 08 May 2024

چکیده

از جمله مسائل بسیار مهم در حقوق معاملات، نقش تشریفات در آنهاست. امروزه با توجه به اصل حاکمیت اراده و رضایی بودن قراردادها گفته می‌شود که اصل بر رضایی بودن قراردادها است، ولی این مقاله به دنبال آن است که نشان دهد در معاملات راجع به اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی) که حاوی نقل و انتقال حقوق عینی باشند، امروزه مقنن نظر به مصالح بالاتر بالاخص حفظ حقوق اشخاص ثالث و لزوم اطلاع آنها، انجام تشریفات را در معامله لازم می‌داند و ضمانت اجرای عدم رعایت این الزام، بسته به نظر مقنن متفاوت است (ولی عمدتاً یا بطلان عمل حقوقی است یا عدم قابلیت استناد). با توجه به بررسی‌های انجام شده در مصادیق مختلف در حقوق ایران، این پژوهش اجمالاً به این نتیجه رسید که در معاملات راجع به نقل و انتقال حقوق عینی در اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)، ثبت آنها الزامی است و در برخی موارد مقنن پیشتر رفته و اعلان عمومی را هم ضروری می‌داند، اما در خصوص حقوق عینی راجع به اموال منقول (غیر از مصادیق مالکیت صنعتی)، به علت استحاله مالکیت و تصرف، بیم زیان به اشخاص ثالث نمی‌رود و بنابراین ثبت هم لازم نیست گرچه در این مورد هم ممکن است مقنن تشریفات را نظر به مصالحی لازم بداند نظیر حوزه نقل و انتقال خودرو، اما در حقوق دینی، اصل رضایی بودن قرارداد است؛ زیرا حق شخصی، حقی نسبی است و در مقابل دیگران فقط قابل استناد است نه اینکه قابل اعمال هم باشد؛ به طوری که وضعیت حقوقی آنها را در معرض تعرض قرار دهد.

واژگان کلیدی

حقوق مالی، تشریفات، ثبت رسمی، انتقال حق، حق عینی و شخصی.



مقدمه

طبقه بندی عقود به رضایی و تشریفاتی یکی از مهم ترین تقسیم بندی های به عمل آمده از عقود است. این تقسیم بندی بر پایه شرایط انعقاد قرارداد است. مبنای این تقسیم بندی را باید «مطلق یا مشروط بودن تأثیر اراده بر قرارداد» دانست (شهیدی، ۱۴۰۱، ص ۸۴). در واقع اگر اراده متعاقدین بدون وجود هرگونه شرط یا قیدی بتواند اثرگذار شده و اثر معهود را برجای گذارد می توان گفت که این عقد از نوع رضایی است، ولی اگر تأثیر اراده مشروط و مقید گردد، بدین نحو که تا آن تشریفات مد نظر محقق نگردد، عقد اثری نگذارد یا اثر کامل خود را نگذارد، آن قرارداد تشریفاتی تلقی می شود. بر همین اساس به نظر می رسد همان طور که برخی حقوقدانان گفته اند عقود عینی هم می توانند قسمی از عقود تشریفاتی تلقی شوند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۰، ص ۲۲۰) زیرا تا تسلیم محقق نشود عقد کامل نمی شود. مقنن بنا به علل مختلفی تشریفات را در اعمال حقوقی لازم می داند که مهم ترین آنها از زاویه حقوق خصوصی عبارتند از: لزوم توجه دادن فاعل عمل حقوقی به اقدامی که انجام می دهد، حمایت از حقوق اشخاص ثالث، مسائل اثباتی (ر.ک: طباطبایی حصاری، ۱۳۹۸، ص ۳۲)، اما ایده ای که این مقاله به دنبال اثباتش می باشد این است که مقنن به عنوان قاعده، هرگاه حقی عینی راجع به اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی) بخواهد منتقل شود، لازم می داند که این نقل و انتقال ثبت گردد (ثبت کارکردهای متعددی در جامعه و حقوق دارد، لکن در اینجا از منظر محدودی مورد توجه است)؛ زیرا حق عینی بر خلاف حق دینی، مطلق بوده و در برابر همگان قابل اعمال است و موقعیت حقوقی دیگران می تواند آسیب پذیر شود. بنابراین ثبات موقعیت های حقوقی افراد و امکان اطلاع آنان و همچنین جلوگیری از معاملات معارض و... ایجاب می کند معامله ثبت گردد، اما در نقل و انتقال حقوق دینی، چون تعهد فقط از مدیون مشخص و معین، قابل مطالبه

است نیاز به چنین تکلیف اضافه‌ای بر طرفین نیست. برای تقریب به ذهن این تمایز در حقوق عینی و دینی، می‌توان اشاره کرد که اگر رأیی حاوی محکومیت خواننده به خلع ید باشد، مطابق قانون اجرای احکام مدنی مأمور اجرا صرف نظر از اینکه محکوم‌علیه کیست، اقدام به خلع ید از ملک می‌کند (البته از باب نسبی بودن اثر آراء قضایی متصرف می‌تواند اقامه دعوا کند و اگر حقی دارد اثبات کند) ولی در محکومیت حاوی حق دینی رای جز علیه شخص محکوم‌علیه، قابلیت اجرا ندارد.^۱

البته این ایراد به ذهن می‌رسد پس چرا در نقل و انتقال اموال منقول، تشریفات لازم نیست؟ در پاسخ باید توجه داشت: اولاً در اموال منقول مهم هم امروزه مقنن تشریفات را لازم می‌داند مثل نقل و انتقال هواپیما، کشتی و خودرو؛ ثانیاً در اموال منقول چون مالکیت و تصرف به تعبیر حقوقدانان فرانسوی در هم "استحاله" می‌شوند (Terré et Simler, 2018, p.182)، هر کس متصرف باشد مالک هم خواهد بود و خلافتش باید توسط دعوای مالکیت اثبات شود، در حالی که در حقوق آیین دادرسی در اموال غیرمنقول، تصرف و مالکیت از هم جدا می‌شوند و دو دسته دعوا یعنی مالکیت و تصرف داریم (ر.ک: شمس، ۱۳۹۲، ص ۳۱۶ به بعد).^۲ در حقوق ما هم پیرو تحولات حقوقی، مطابق قوانین ثبتی و قانون آیین دادرسی مدنی، اماره ید در برابر سند رسمی دیگر تاب مقاومت ندارد و متصرف در برابر صاحب سند در دعوای مالکیت نمی‌تواند به صرف تصرف خود استناد کند.

البته باید توجه داشت امروزه حقوق عمومی هم در حوزه معاملات افراد و مالکیت‌های خصوصی ورود کرده و تشریفات در جهت تأمین مصالح جامعه هم به کار گرفته می‌شود. مثلاً لزوم تشریفات ثبت اراضی و معاملات

۱. ماده ۴۴ قانون اجرای احکام مدنی: «اگر عین محکوم به در تصرف کسی غیر از محکوم‌علیه باشد این امر مانع اقدامات اجرایی نیست مگر اینکه متصرف مدعی حقی از عین یا منافع آن بوده و دلائلی هم ارائه نماید در این صورت داورز (مامور اجرا) یک هفته به او مهلت می‌دهد تا به دادگاه صلاحیتدار مراجعه کند و در صورتی که ظرف پانزده روز از تاریخ مهلت مذکور قراری دادرز به تأخیر اجرای حکم به قسمت اجرا ارائه نگردد عملیات اجرایی ادامه خواهد یافت».

۲. در خصوص اموال منقول ادله و مباحث دیگری هم راجع به عدم لزوم ثبت وجود دارد که نیاز به بررسی مستقل دارد.

راجع به آنها منجر به ایجاد درآمد برای دولت، اطلاع دولت از ثروت افراد، تسهیل در برنامه‌ریزی، تأمین امنیت سرمایه‌گذاری‌ها، امکان اخذ مالیات و... می‌گردد ولی تمرکز بحث این پژوهش، حوزه حقوق خصوصی است. بر همین اساس در خصوص قلمرو بحث پژوهش با توجه به محدودیت‌ها، فقط قراردادهای حوزه حقوق خصوصی و عمدتاً بیع بررسی می‌گردد، ثانیاً منظور از نقل و انتقال فقط نقل و انتقالات ارادی است و انتقالات قهری موضوع بحث نیست گرچه مباحث مطرح شده در آنجا هم به کار می‌آید (حق عینی تبعی هم ملحق به احکام حق عینی اصلی است لکن در این پژوهش نظر به وجود محدودیت مورد بررسی قرار نگرفت).

برای اثبات ایده مقاله نیاز است مقدماتی تبیین و اثبات شود. سپس مصادیق بررسی گردند و در انتها ملاحظه کرد آیا قاعده بیان‌شده صادق است یا خیر؟ بر همین اساس به ترتیب مسایل را بررسی و تبیین می‌کنیم:

۱. تبیین چند مفهوم پایه‌ای

نخست چند مفهوم پایه‌ای جهت ایجاد وحدت معنا بحث می‌گردد.

۱-۱. تشریفات (Formalism)

از نظر حقوقی تشریفات به امری گفته می‌شود که آزادی اراده اشخاص را برای انشای عمل حقوقی مقید می‌کند. تعریف تشریفات به اموری که زائد بر شرایط عمومی صحت معاملات در تشکیل عقد دخالت دارد، برخی از حقوق‌دانان را به این نتیجه رسانده است که عقد عینی نیز نوعی عقد تشریفات محسوب می‌شود (شهیدی، ۱۴۰۱، ص ۸۴-۸۵) برخی، دامنه تضييق را تنگ‌تر کرده و عقود تشریفات را عقود دانسته‌اند که اظهار اراده باید در شکل خاصی به عمل آید و به این صورت، امور منضم به اراده اظهار شده را از دایره تشریفات و مفهوم شکل خارج کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ص ۸۸). از نظر این پژوهش، در واقع تشریفات، به معنای ترتیبات خاصی هستند

■ بازپژوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

که مقنن برای اثرگذاری و تحقق عقد، آنها را به عنوان شرایط اختصاصی ذکر می کند و عدم رعایت آنها دارای ضمانت اجراهای مختلف حسب مورد و در برخی موارد حتی به بطلان عمل حقوقی منعقد نیز منجر گردد. در نقل و انتقال حقوق عینی وقتی مقنن ثبت را به عنوان تشریفات لازم می داند بدین معناست که صرف ایجاب و قبول برای نقل حق عینی کافی نیست. حال گاهی عدم رعایت تشریفات نظیر حقوق آلمان منجر به بطلان می شود و گاهی همچون حقوق فرانسه فقط بین طرفین قابل استناد است و جهت حفظ حقوق اشخاص ثالث در مقابل آنها، اثر حقوقی ندارد (کاظمی و طباطبایی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۸ / صفی زاده، ۱۴۰۰، ص ۲۰۱).

۱-۲. اعلان

اعلان در لغت به معنی ظاهر کردن و آشکارا کردن، ظاهر ساختن امری بر کسی، هر مطلب مهمی که جهت اشتها و اطلاع عموم مردم بر پارچه های کاغذ نوشته و در گذرگاه های عامه بچسبانند و یا در روزنامه ها بنویسند (<https://dekhoda.ut.ac.ir>) می باشد. اعلان در اصطلاح حقوقی عبارت از افشاء، اظهار است و به تازگی به معنی اخبار (اعلام) هم به کار رفته است، اما اظهار چیزی به وسیله اوراق و نوشته ها نیز از معانی و استعمالات جدید در زبان عرب است که هم اکنون به زبان فارسی هم راه یافته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۴۸۳).

نکته مهم که در حقوق ایران کمتر به آن توجه شده این است که اعلان و ثبت دو امر مستقلند و مقنن فقط گاهی اعلان را علاوه بر ثبت، نزد مقام رسمی لازم می داند. مثلا خواهیم دید در حقوق ما انتقال اراضی و املاک اعلان نمی خواهد گرچه باید ثبت شوند ولی نقل و انتقال اموال صنعتی مثل اختراع هم ثبت می خواهد، هم اعلان می خواهد.

۱-۳. قابلیت اعمال و قابلیت استناد

در حقوق قاعده بر نسبی بودن قراردادهاست. چون افراد موجوداتی مستقلند نمی‌توانند با توافق هم علیه ثالث، تعهد ایجاد نمایند، اما در دل این نهاد به تدریج مفهوم قابلیت استناد و قابلیت اعمال در برابر دیگران شکل گرفت. مفهوم قابلیت استناد و قابلیت اعمال تحولاتی داشته‌اند که اتفاقاً در طول زمان معنایشان تکامل یافته و دقیق‌تر شده است. در واقع قابلیت اعمال مرتبه بالایی قابلیت استناد است. امروزه همگان معتقدند چه حق شخصی و چه حق عینی در مقابل همه قابل استناد است، زیرا قرارداد موجودی حقوقی است و پا به عالم حقوق گذارده ولی حقوق عینی علاوه بر قابل استناد بودن در مقابل دیگران قابل اعمال هم هستند و دیگران (هرکه باشند) مکلفند مانع اعمال حق دارنده حق عینی نشوند. مثلاً از وقتی اختراع ثبت شد و گواهینامه ثبت اختراع صادر شد، قاعده‌تاً کسی حق تولید محصول مشابه را ندارد.

توضیح بیشتر آنکه، چه در برابر حق عینی چه در برابر حق شخصی، همه مردم موظف به احترامند و به این رابطه هم می‌شود "استناد" کرد. در واقع درست است که حق شخصی علیه متعهد، تعهد ایجاد می‌کند نه کس دیگر، ولی با این حال دیگران باید این موجود حقوقی را محترم بشمارند و مثلاً با مذاکره با کارگر، او را به نقض پیمان با کارفرمایش تشویق نکنند و گرنه مسئولند (Bergel, 2000, pp.35-42). بر همین اساس گفته می‌شود طرفداران تقسیم‌بندی حقوق مالی به عینی و شخصی، در به کار بردن لفظ "قابلیت استناد" دچار "سوءتفاهم" شده‌اند و یک واژه (Opposabilité) را برای دو مفهوم جدا به کار برده‌اند و باید ادبیات خود را اصلاح می‌کردند (Terré, 2018, p.82).

برخی به اشتباه از «تعهد عمومی منفی (سلبی)»^۱ دیگران در برابر دارنده

1. Obligation Passive Universelle.

حق عینی سخن می‌گویند در حالی که اگر منظور از "تعهد" به معنی مصطلح حقوقی باشد، مرتکب اشتباه می‌شوند (Terré, 2018, p.82) ولی اگر منظورشان تکلیف دیگران به فراهم کردن امکان بهره‌مندی صاحب حق عینی از مال است، صحیح است.^۱

بدین‌سان راجع به نهاد حقوقی "قابلیت استناد" مشخصا باید گفت: این مفهوم در سنت حقوقی فرانسه به تدریج از قرن ۱۹ جهت تحدید اصل نسبی بودن قراردادهای شکل گرفته و حدود آن مشخص شده است (ایزانلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱، ص ۳۵ به بعد/ قبولی درافشان، ۱۳۸۹، ص ۲۵۶ به بعد).^۲ اکنون پذیرفته شده چه قراردادهای موجد حق شخصی، چه موجد حق عینی باید از سوی دیگران محترم شناخته شود و به تعبیر کتاب حقوق اموال تحت نظر ژاک گستن، این امر "قدر مشترک" هر دو حق عینی و دینی است. (Bergel, 2000, p.36/ Malaurie et Aynes, 2020, p.123). در واقع، حق عینی موجد امتیازی بیش از قابلیت استناد است و برای همین "مطلق" نامیده می‌شود در حالی که حق دینی "نسبی" است.

ملاحظه می‌گردد این امر در خود حقوق فرانسه هم سال‌ها به این شکل تنقیح نشده بود و تحولات حقوقی بعدی آن را ایضاح نموده است.^۳ خواهیم دید همین قابلیت اعمال و مطلق بودن حقوق عینی است که مقنن را به سمت تشریفات نمودن نقل و انتقال حقوق عینی سوق می‌دهد.

۲. قاعده در معاملات؛ تشریفات بودن یا رضایی بودن

شکل‌گرایی همواره به درجاتی در جوامع مختلف وجود داشته است. تا

۱. عنایت به مباحث مربوط به فرق بین دین با الزام به تادیه و شولد Schuld با هافتونگ Haftung به درک بهتر مسئله کمک می‌کند.

۲. برخی حقوقدانان بیان داشته‌اند اصل قابلیت استناد از حقوق عینی به قراردادهای تسری پیدا کرده است (اسدی، ۱۳۸۶، ص ۱۴۶ و ۱۶۴).

۳. کلارک و کولر (دو تن از اندیشمندان حقوق مالکیت) هم در کامن‌لا به این امر رسیده‌اند و بیان می‌دارند مالکیت بالاترین مرتبه حقوق عینی است که به موجب آن شخص واجد وصف مدیریت و کنترل‌کنندگی مال می‌شود و مالکیت دارای دو وصف کنترل نسبت به شیء و کنترل در برابر عموم جامعه است (صفی‌زاده، ۱۴۰۱، ص ۱۸۹).

قبل از شکل گیری پارادایم حاکمیت اراده در قرون اخیر، قراردادهای در جوامع گذشته، به دلایل گوناگون، موقوف به رعایت برخی تشریفات بوده و رعایت نکردن تشریفات مقرر، به بی اعتباری عقد منتهی می شد. در آن روزگار، اهمیت شکل در برابر اراده باطنی اشخاص به قدری بود که برای مثال در حقوق قدیم رم، پدیده‌ای به نام اعمال حقوقی مجرد (Acte Abstrait) وجود داشت. بدین معنی که اعمال حقوقی از اراده اشخاص استقلال تام داشتند و در تشکیل اعمال حقوقی، شکل و فرم حکومت مطلق داشت. از این رو، اگر طرفین، قصد بیع داشتند و به اشتباه، الفاظ هبه را جاری می کردند، عمل آنها هبه توصیف می شد و اثبات خلاف آن نیز امکان پذیر نبود. چراکه شکل های مقرر، نه کاشف از اراده، که علت سازنده آثار حقوقی تلقی می شدند و بر این اساس، اثبات خلاف آنها نامعقول به نظر می رسید (قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۶۸). در فقه هم همین تحولات را می توان دید مثل لزوم بیان ایجاب و قبول به فعل ماضی یا صیغ خاص، عقود عینی و... (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۲۲۲).

در نتیجه تحولات عصر جدید و از حدود قرن ۱۷ میلادی، اصل حاکمیت اراده به حقوق غرب و نظام حقوقی بسیاری از کشورها راه یافت که یکی از نتایج مهم آن، رضایی دانستن قراردادهای و بی اهمیت شمردن شیوه ابراز اراده است (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۵۶). نه تنها انعقاد و اعتبار عقد که اثبات آن نیز به هر وسیله ای ممکن است و وضع تشریفات به منظور اثرگذاری در مقام اثبات نیز خلاف قاعده محسوب می شود، زیرا آنچه اصالت دارد و سازنده است اراده افراد است نه چیز دیگر، در رویکرد فرمالیسم حقوقی، عالم حقوق صرفاً مجموعه ای از هنجارها و مقررات حقوقی نیست؛ هنجارها و مقررات یادشده در پاسخ به تأمین یک نیاز طراحی شده اند (برجی و قاسمی حامد، ۱۳۹۹، ص ۵۹). البته در اثر تحولات در نظام های حقوقی مدرن نص قانون و فرمالیته حقوقی به عنوان ابزاری جهت تضمین ارزش های

■ بازپژوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

مدرن‌نیته حقوقی بر تمامی شئون فردی و اجتماعی حاکم گشته که می‌توان از آن به‌عنوان نظم ساختگی بر مبنای حکومت قانون تعبیر نمود (الماسی و واعظی، ۱۴۰۱، ص ۹).

اکنون با این مختصر در ارتباط با شکل‌گرایی در جوامع باستانی و معاصر، در ادامه به بررسی قاعده حاکم در معاملات راجع به انتقال حقوق عینی، فکری و شخصی به تفکیک می‌پردازیم تا مشخص شود که در این گونه معاملات اصل بر رضایی بودن عقود است یا تشریفاتی بودن آن‌ها. لازم به ذکر است حقوق‌دانان به تبع سنت حقوق روم به‌طور سنتی حقوق مالی را به عینی و شخصی (دینی) تقسیم می‌کنند (Lévy et Castaldo, 2010, p.287)، گرچه در فقه این تقسیم بندی به این شکل نبوده ولی بعد از مشروطه به نظام حقوقی ما هم راه پیدا کرد (کاظمی و پیلوار، ۱۴۰۳، ص ۹۲). در اثر تحولات، دسته‌ای نوظهور یا همان حقوق فکری ظاهر شدند که با هر دو دسته نسبت داشتند، ولی تفاوت هم داشتند گرچه بیشتر به حقوق عینی شبیه‌اند. منتها نکته آن است که همه قبول دارند حقوق فکری هم همچون حقوق عینی در مقابل همه قابل اعمال است (ر.ک: پیلوار، ۱۳۹۴، ص ۸ به بعد).

۲-۱. حقوق عینی و فکری

حق عینی (Droit Réel)، قدرتی است که شخص به‌طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به مالی پیدا می‌کند و می‌تواند از آن استفاده نماید. بر این اساس عناصر حق عینی عبارتند از: ۱- صاحب حق (Sujet Actif de Droit)؛ ۲- موضوع حق (Objet du Droit). بنابراین دارنده حق عینی به‌طور مستقیم بر مال موضوع حق خود، اعمال حق می‌کند (Mazeaud, 1976, p.3, n° 1285 / کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۱۴).

حقوق عینی از شخصی (دینی)، بر اساس دو ویژگی (Trait) جدا می‌شوند: ۱- موضوع ۲- قلمرو (Lévy et Castaldo, 2010, p.262). از لحاظ "موضوع"، تفاوت این دو حق در این است که موضوع حق عینی یک شیء ملموس

و معین است و صاحب حق عینی «مستقیماً» از یک مال بهره‌مند می‌شود، ولی در حق شخصی موضوع تعهد، الزام مدیون به انتقال مال یا انجام عمل یا ترک عملی است. از لحاظ "قلمرو" نیز، این دو حق متمایزند. همان‌طور که قبلاً اشاره شد، حق عینی در برابر همه قابل اعمال است و بر همین اساس گفته می‌شود حق عینی، حقی مطلق (Absolu) است و همه موظفند امکان بهره‌مندی دارنده حق عینی را از حقیقتش فراهم کنند دو امتیاز مهم حق تعقیب و حق تقدم هم ناشی از همین برتری است. این ویژگی همان‌طور که ریپر و پیکار حقوقدانان بزرگ قرن بیستمی فرانسه گفته‌اند در فرانسه، همیشه جنبه سلبی ندارد و در برخی موارد باعث می‌شود انجام کاری هم بر دیگران تحمیل شود، نظیر امکان الزام همسایه به نشانه‌گذاری حد ملک مندرج در ماده ۶۴۶ قانون مدنی فرانسه (Planiol et Ripert, 1952, p.49)، ولی حق شخصی فقط در برابر متعهد قابل اعمال است و دائن فقط می‌تواند گریبان مدیون خود را جهت انجام تعهد بگیرد. به دیگر سخن حق شخصی حقی نسبی (Relatif) است (Terré et Simler, 2018, p.55).

بدینسان ملاحظه می‌گردد حق عینی در برابر دیگران قابل اعمال (بالقوه یا بالفعل) است، بنابراین می‌توان به‌عنوان یک قاعده کلی بیان داشت از آنجایی که در نقل حقوق عینی، اشخاص ثالث نیز تحت تأثیر قرار می‌گیرند، لذا انعقاد قراردادهای راجع به حقوق عینی از جمله بیع باید با رعایت تشریفات (ثبت) جهت اطلاع سایر افراد جامعه غیر از متعاملین باشد. حتی برخی با قیاس به لازم‌الاجرا بودن قانون برای همه "اعلان عمومی" معاملات ناقل حق عینی را هم لازم می‌دانند (Planiol et Ripert, 1952, p.55). جالب این است که لزوم ثبت از لحاظ فواید اقتصادی، در برابر عدم‌لزوم به ثبت، بررسی شده و این نتیجه قویاً تأیید شده است (ر.ک: باقری، الماسی و رحمانی، ۱۳۹۹، ص ۱۰۸ به بعد).

در حقوق فرانسه با الزامی کردن ثبت حقوق عینی و امکان دسترسی افراد

باز پژوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیر منقول و اموال فکری (صنعتی) ■

به اطلاعات مربوطه، در عین حفظ آزادی مالکان و تأمین خواسته‌های آنان، حمایت از اشخاص ثالث و حفظ نظم و ثبات معاملات را بیش از پیش تأمین کرده‌اند. در واقع گرچه قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه عقد بیع را از حالت تشریفاتی خارج کرد، ولی خیلی زود مقنن متوجه آثار زیانبار این کار نسبت به اشخاص ثالث شد و در سال ۱۸۵۵ ثبت را الزامی نمود (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۹) تا هم حقوق اشخاص ثالث محفوظ بماند و هم راه بر سوءاستفاده از معاملات عادی در معاملات غیر منقول بسته شود.

در خصوص حقوق مالکیت فکری هم باید توجه داشت چون این حقوق در مقابل بقیه قابل اعمالند علی‌القاعده باید خودشان و نقل و انتقالشان ثبت گردد. فقط در خصوص اموال ادبی و هنری مقنن ایرانی همچون حقوق فرانسه ثبت را شرط تحقق حق نمی‌داند. چرا؟ به نظر می‌رسد علت این است که در اموال ادبی و هنری، اصالت شرط تحقق اثر است نه نوبودن اثر، برای همین صرف اینکه اثر اصیل باشد ولو نوباشد، قابل حمایت است. بنابراین نیازی به ثبت نیست چون به حقوق افراد ثالث تعدی نمی‌شود. در واقع اگر اثر دیگری تکراری باشد، اصلاً مشمول حمایت نیست و اگر هم اصیل باشد ولو شبیه اثر دیگر، باز قابل حمایت است، اما در خصوص معاملات آثار ادبی و هنری متأسفانه در حقوق ما بر خلاف فرانسه این قراردادها تشریفاتی نیستند.

۲-۲. حقوق شخصی (دینی)

در حقوق شخصی اصل بر رضایی بودن است مگر اینکه مقنن دخالت کند. حق دینی بر خلاف حق عینی دارای سه رکن است: ۱- دائن ۲- مدیون و ۳- دین و این حقوق را همان‌گونه که توضیح داده شد صرفاً می‌توان از شخص مدیون مطالبه نمود و موضوع حق صرفاً از طریق متعهد قابل پیگیری است و در مقابل همه افراد قابل اعمال نمی‌باشد.

با عنایت به این موضوع که در خصوص تقسیم‌بندی عقود به رضایی و تشریفاتی، اصل بر رضایی بودن عقود است و از آن جا که حق شخصی در برابر

اشخاص ثالث قابل اعمال نبوده و لزومی به اطلاع سایر افراد غیر از متعاملین وجود ندارد، نتیجتاً می‌توان گفت که قاعده کلی در خصوص انتقال حقوق شخصی، رضایی بودن عقود می‌باشد، مگر اینکه مقنن یا طرفین بنا بر مصالحی تشریفاتی را جهت انعقاد قراردادهای مربوط به حقوق شخصی مقرر نمایند. اکنون پس از بیان قاعده نوبت آن است که وارد حقوق ایران شویم و ببینیم مقنن از این قاعده پیروی کرده است یا خیر؟

۳. بررسی حقوق ایران

در ارتباط با سیر تحولات رضایی یا تشریفاتی بودن عقود در حقوق ایران می‌توان گفت که رضایی بودن یعنی آزادی قراردادی در دو سنخ وجود دارد. دسته اول برآمده از نظام سنتی و فقهی ماست (مانند ماده ۲۳۴ ق.م. یا مواد ۷۵۲ ق.م. به بعد در صلح به خصوص ماده ۷۵۴ ق.م.). در این مواد اراده باید در شکل و قالب «شرط» یا «عقد» ابراز شود و قرارداد منعقد شده عنوان دار خواهد بود. دسته دوم مواد، موادی هستند که از نظام رومی - ژرمنی وارد حقوق ایران شده‌اند مانند ماده ۱۰ قانون مدنی که مهم‌ترین ماده برآمده از نظام غربی، است. البته می‌توان گفت عقد صلح در فقه همان کارکرد ماده ۱۰ را داشته است که مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». با پذیرش ماده ده، قانون مدنی ایران پذیرفت تا «شکل»، به جز در موارد استثنایی در ماهیت و صحت قراردادها دخیل نباشد و طرفین بتوانند هر نوع تعهدی را که خود بخواهند فارغ از شرط یا صلح یا هر عقد معین و مسمای دیگر، بین خود برقرار نمایند (بیگدلی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۲).

با وجود حاکمیت اصل رضایی بودن عقود و تعهدات در نظام حقوقی ایران، در دوره معاصر به علت تحولات اجتماعی و پیچیده شدن روابط حقوقی شاهد نفوذ شکل در اعمال حقوقی یا شکل‌گرایی و فرمالیسم هستیم که

■ بازپژوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

قبلاً در فقه و حقوق اروپایی، رگه‌هایی از این رویکرد پیش‌بینی شده بود. در نتیجه، امروزه شکل‌گرایی یا تشریفات‌بودن عقود نظام حقوقی ایران را بی‌نصیب نگذاشته، به‌طوری‌که مصادیق متعددی از شکل‌گرایی در قوانین مختلف پیش‌بینی شده است.

در ادامه قصد داریم با بررسی چندین مورد از مصادیق انواع اموال (غیرمنقول و منقول) در حقوق ایران، به تفکیک آن‌ها را بررسی و تحلیل نماییم.

۳-۱. انتقال اراضی و املاک موضوع مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد

ثبت به‌عنوان ابزاری به منظور ثبات وضعیت‌های حقوقی در همه حوزه‌ها از جمله املاک، مالکیت‌های صنعتی، خانواده و شرکت‌های تجاری و... مورد توجه نظام‌های حقوقی قرار گرفته است. تأمین این ثبات که مقدمه ایجاد امنیت قراردادی است مستلزم آن است که نهاد ثبت به‌گونه‌ای طراحی شود که همزمان دو کارکرد اطلاع‌رسانی و کارکرد حمایتی اطلاعات ثبت شده را دارا باشد (طباطبایی حصاری، ب، ۱۳۹۷، ص ۲۴۷).

در ایران پس از قانون مدنی، قانون ثبت به فاصله سه سال به موجب ماده ۲۲ قانون ثبت، ثبت اولیه املاک را ضروری نمود و در اقدامی مهم در مواد ۴۶ و ۴۷، ثبت معاملات راجع به اموال غیر منقول را الزامی اعلام نمود و ضمانت اجرای آن در ماده ۴۸ این قانون بدین‌ترتیب مورد حکم قرار گرفته است: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». پیش‌بینی لزوم ثبت سند برای انتقال املاک، تشریفات است که در حقوق ایران نشان‌دهنده، پذیرش شکل‌گرایی در ثبت املاک است. در واقع، به‌موجب این مقررات، رعایت تشریفات ثبت برای اثرگذاری کامل عمل حقوقی الزامی شناخته شده است.^۱ در پاره‌ای از کشورها به‌طور خاص آلمان به سنت تاریخی پیشینیان خود

۱. لازم به ذکر است در فقه، و حقوق ایران قبل الزامی شدن ثبت، در معاملات غیرمنقول تشریفات خاصی حاکم نبود و همین مسئله مشکلات عدیده در جامعه پدید آورده بود که خارج از حوصله این مقاله است.

پایبند ماندند و در قانون مدنی خویش انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار را در حوزه اموال غیرمنقول منوط به ثبت معامله و در حوزه اموال منقول منوط به تسلیم مال به خریدار کردند (اثر ایجادی و ثبت به منزله رکن سوم عقد)، اما در حوزه اموال غیرمنقول نظام حقوقی فرانسه ابتدا در ۲۳ مارس ۱۸۵۵ و سپس در یک اقدام تکمیلی و اصلاحی در چهارم ژانویه ۱۹۵۵ ثبت بیع مال غیرمنقول را اجباری اعلام و در حال حاضر نیز قانون حاکم بر موضوع کماکان مصوبه اخیرالذکر است. طبق بند ۱ ماده ۲۸ این مصوبه کلیه معاملات ولو آنکه حاوی شرط تعلیقی باشد و کلیه تصمیمات قضایی که انتقال یا ایجاد حقوق عینی غیر از وثیقه و رهن را نسبت به اموال غیرمنقول میان اشخاص زنده برقرار و یا اعلام می‌نماید باید در اداره ثبت رهن‌ها که در محل وقوع مال است منتشر گردد (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۹). لکن ضمانت اجرای عدم ثبت، عدم قابلیت استناد است نه بطلان.

صرف نظر از تحولاتی که اندیشه‌های قضایی و دکترین پس از تصویب قانون ثبت در خصوص تأثیر ثبت داشته، نمی‌توان منکر شد که بیع اراضی و املاک در حقوق ایران تشریفاتی شد (ر.ک: ابهری، ۱۳۸۷، ص ۱۸۶ به بعد). متأسفانه بعد از مدتی از تصویب قانون ثبت، کم‌کم نیروهای مخالف به تدریج با تفسیر ناصواب یا نادیده‌انگاشتن قانون ثبت، قائل به صحت بیع بدون رعایت تشریفات شدند و حتی بعد از انقلاب برخی محاکم به موجب سند عادی مقدم سند رسمی مؤخر را باطل اعلام کردند!! که البته در این مسیر تفسیر سنتی از فقه و نظرات شورای نگهبان هم بی‌تأثیر نبود. مجلس شورای اسلامی متعاقباً تلاش نمود آب رفته را به جوی برگرداند ولی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه به علت تغییرات بعدی در متن، گرچه تصویب شد، ولی جامعیت و مانعیت لازم را نداشت. متن ماده مقرر می‌داشت: "کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید

■ بازپژوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که درخصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که براساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.

برخی معتقدند درواقع مقنن با هدف تأیید رویه‌ای که مبتنی بر مفهوم غیرقابل استناد بودن سند عادی در حال شکل‌گیری بود اقدام به انشای ماده ۶۲ نمود هرچند در ادامه با ایراد شورای نگهبان به متن پیچیده تبدیل گردید. از ماده ۶۲ ضمانت اجرای معینی به‌دست نمی‌آید هرچند که این ماده به صحیح غیر قابل استناد نزدیک‌تر است، اما وقتی در کنار دیگر قواعد و اصول حقوقی قرار می‌گیرد می‌توانست از ضمانت اجرای غیرقابل استناد بودن قرارداد موضوع سند عادی در مقابل سند رسمی دفاع کرد (خدابخشی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۰). مطابق این ماده ثبت اسناد سبب ایجاد حق نیست، بلکه یکی از طرق اثبات آن است (قنوتی و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۴۸) به موجب این ماده، هر چند اشخاص مکلف به تنظیم سند رسمی درخصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده بودند و اسناد عادی در برابر اشخاص ثالث استنادناپذیر بود، ولی اگر اعتبار شرعی سند عادی به‌عنوان یک دلیل اثباتی برای دادگاه احراز گردید از حجیت کافی اثباتی برخوردار بود (همان، ص ۵۳).

همچنین برخی دیگر با تحلیل ماده مزبور و مقایسه لحن مقنن در تنظیم مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت با ماده ۶۲ قانون احکام دائمی معتقد بودند قانونگذار برای اعتباربخشی به اسناد عادی به‌عنوان یکی از موجبات ایجاد حق در صدد تغییر اثر ثبت املاک از اثر ایجادیه به اثر تأییدی برآمده بود. براین اساس و با تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی، سند چه عادی و چه رسمی می‌توانست حقوق عینی نسبت به املاک ایجاد کند، لیکن برای قابلیت استناد حقوق عینی ناشی از معاملات، قاعده اصلی لزوم تنظیم سند رسمی بود. هرچند انتهای این ماده

در خصوص قابلیت استناد اسناد عادی تصدیق شده نزد دادگاهها سخن می گوید و این موضوع به واسطه ایرادی است که شورای نگهبان به متن اولیه مقرر گرفته بود، لیکن این اعتبار در نظر قانونگذار استثنائاً صورت پذیرفته است، به عبارت بهتر قاعده اولیه در نظام ثبت املاک ایران همان اعطای اثر قابلیت استناد به اسناد رسمی است و اسناد عادی به طور استثنایی می توانند از این اثر برخوردار باشند این اقدام قانونگذار یعنی اعطای اثر قابلیت استناد به جای ایجاد حق به اسناد مذکور رویکرد نظام ثبت املاک ایران را از یک نظام موجد حق به یک نظام موجد حق تبدیل نموده است (طباطبایی حصاری و صفی زاده، ۱۴۰۰، ص ۲۵۹).

بالاخره در سال ۱۴۰۳ انتظارها به سر آمد و قانون مجلس با نام "الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول" که در سال ۱۴۰۱ به تصویب رسیده بود، در مجمع تشخیص مصلحت نظام با تغییراتی! تصویب شد. به موجب ماده یک قانون، دعاوی راجع به اعمال حقوقی اگر ثبت نشده باشند و همچنین ادله راجع به آنها، قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است.^۱ لازم به ذکر است این قانون علاوه بر لزوم ثبت معاملات اموال غیر منقول، ثبت تعهد به این معاملات را هم الزامی نموده است.

به هر حال این قانون به مشکلی قدیمی در حقوق ایران تا حدود زیادی حل کرد و از این نظر گامی مثبت است. باید دید این قانون پس از

۱. ماده ۱. یکسال پس از راه اندازی رسمی سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی موضوع ماده (۱۰) این قانون هر عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع که موضوع یا نتیجه آن انتقال مالکیت عین یا انتقال حق انتفاع (اعم از عمری یا رقبی برای مدت بیش از دو سال یا انتقال حق ارتفاق اموال غیر منقول باشد و وقف و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص آنها و انعقاد عقود مفید انتقال منافع اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و اجاره به شرط تملیک و هر نوع پیش فروش ساختمان اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور باید در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد در غیر این صورت دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور ثبت نشده باشد و ادله راجع به آنها در بخشی که مفید موارد مذکور است، نزد مراجع قضائی شبه قضائی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است و جز دعوی استرداد عوضین هیچ شکایت کیفری یا دعوی حقوقی یا تقاضایی در خصوص آن عمل حقوقی و اسناد مربوط به آن از قبیل شکایت انتقال مال غیر دعوی اثبات یا تنفیذ معامله ابطال سند رسمی مالکیت الزام به تنظیم سند رسمی خلع ید، تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن در مراجع مذکور مسموع نیست. همچنین اسناد ثبت نشده راجع به اعمال حقوقی مذکور در هیچ یک از دستگاههای اجرائی موضوع ماده (۲۹) قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴/۱۲/۱۳۹۵ پذیرفته نمی شود و در مراجع قضائی و اداری مذکور فقط شخصی مالک، ملک شناخته می شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که از این پس در این قانون «سازمان» نامیده می شود ملک به نام او به ثبت رسیده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد.

■ بازپژوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

اجرای شدن چه بازخوردی نزد مردم و در محاکم خواهد داشت.

۳-۲. قراردادهای پیش فروش ساختمان

تا قبل از تصویب قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ تعریفی از قرارداد پیش فروش ساختمان در قوانین ارائه نشده بود، اما با تصویب این قانون، مقنن در ماده ۱ قرارداد پیش فروش ساختمان را چنین تعریف کرد: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون "قرارداد پیش فروش ساختمان" محسوب می شود». قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، ماده ۱ مذکور را نسخ نمود و چنین مقرر داشته است: «هر قرارداد با هر عنوانی که به موجب آن مالک رسمی زمین با شخص دیگری مبادرت به مشارکت در ساخت نماید یا هر قراردادی که به موجب آن شخصی در برابر دیگری متعهد به ساخت و تحویل واحد ساختمانی مشخص گردد و نیز هر نوع انتقال حقوق و تعهدات ناشی از قراردادهای مذکور پیش فروش ساختمان محسوب می شود».

باتوجه به تشریفات که قانون گذار در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ برای انعقاد قراردادهای پیش فروش در نظر گرفته و همچنین تصریح ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات، عمل حقوقی مبتنی بر پیش فروش ساختمان را نیز می توان از جمله مصادیق بیع های تشریفاتی دسته بندی کرد. در واقع به موجب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، ضمانت اجرای عدم رعایت این تشریفات نیز توسط مقنن مشخص گردید بدین نحو که در غیر این صورت (در صورت عدم ثبت معاملات در سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی) دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت

نشده باشد و ادله راجع به آنها در بخشی که مفید موارد مذکور است، نزد مراجع قضائی، شبه قضائی و داوری به جز دعوای استرداد عوضین قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است.

۳-۳. مزایده و فروش طبق قانون اجرای احکام مدنی و آیین نامه مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا

مزایده و فروش طبق قانون اجرای احکام مدنی و آیین نامه مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا از دیگر مصادیق، بیع های تشریفاتی محسوب می شوند که حسب مورد ممکن است در خصوص حقوق عینی، دینی و حتی در خصوص حقوق مالکیت فکری (معنوی) صورت پذیرد چراکه باتوجه به مالی که موضوع توقیف و مزایده قرار می گیرد می توان آن را در تمامی مصادیق بررسی نمود؛ زیرا برای این مزایده و فروش، در قوانین و مقررات جاری تشریفاتی پیش بینی شده و عدم رعایت این تشریفات منجر به ابطال مزایده و فروش می گردد.

در بند ۱ ماده ۱ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مصوب ۱۳۸۷ در تعریف مزایده آورده شده است: مزایده صورت خاصی از فروش مال است که از مبلغ ارزیابی مال شروع شده و به پیشنهادکننده بالاترین قیمت واگذار می شود.

بعضی از نویسندگان در خصوص ماهیت مزایده معتقدند: مزایده یکی از عقود می باشد و از حیث شرایط و ارکان شبیه به عقد بیع است. از آنجایی که مزایده دارای شرایط و تشریفات قانونی و خاص می باشد، لذا می توان گفت: مزایده نوعی بیع تشریفاتی است (فانی، ۱۳۹۴، ص ۲۲). در نظریه ۷/۱۴۰۰/۱۲۷۱ مورخ ۱۷/۰۱/۱۴۰۱ اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز چنین آمده است: «اولاً، فروش مال از طریق مزایده، بیع تشریفاتی است و مقررات ناظر بر آن در زمره قواعد آمره است و به صرف مشخص شدن برنده مزایده و تنظیم صورت مجلس فروش، مالکیت محکوم علیه زایل نمی شود و تا پیش

■ بازپژوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

از تحویل مال منقول و یا تنفیذ و تأیید صحت مزایده و انتقال رسمی مال غیر منقول به خریدار، مالکیت برنده مزایده مستقر و تکمیل نمی‌شود. ثانیاً، هرچند دادگاه وفق مواد مربوط از قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ مکلف به برگزاری مزایده و احراز صحت جریان آن است، اما طرف قرارداد محسوب نمی‌شود تا در اقاله بیع اختیاری داشته باشد؛ هرچند به ادعای رعایت مصلحت محکوم‌علیه باشد».

درخصوص عدم رعایت تشریفات در قراردادهای مزایده می‌توان گفت که باتوجه به اینکه تشریفات بودن از اصول و احکام مهم و آمره این قراردادها محسوب می‌شود و مربوط به حقوق عامه می‌باشد و به نوعی با نظم عمومی جامعه در ارتباط است، لذا در صورت عدم رعایت این تشریفات می‌توان حکم به بطلان آن داد.

۳-۴. نقل و انتقال خودرو

خودرو به‌عنوان یکی از ابزارهای کارآمد در جوامع امروزی می‌باشد که به‌طور مکرر مورد نقل و انتقال قرار می‌گیرد. گرچه خودرو مالی منقول است، ولی نگاهی به سیر تحول قانون‌گذاری در زمینه انتقال خودرو نشان می‌دهد که همواره برای انتقال خودرو تشریفات توسط مقنن پیش‌بینی شده و اکنون هم در حقوق ایران اختلاف میان نیروی انتظامی و دفاتر اسناد رسمی بر سر مرجع ثبت است، نه اصل لزوم ثبت.

در این خصوص قانون‌های مختلفی به تصویب رسیده که اهم آنان شامل: قانون مالیات بلدی ۱۲۸۸/۱۲/۲۶، قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و اخذ جرائم رانندگی مصوب ۱۳۵۰/۳/۱۷، لایحه قانونی اصلاح بعضی از مواد قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۵۹/۰۴/۲۵ شورای انقلاب، قانون وصول مالیات از خودروهای غیر سواری مصوب ۶۳/۱۰/۲، همچنین ماده ۴۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷/۲/۱۷ که تمامی قوانین مزبور وظیفه نقل و انتقال خودرو را بر عهده دفاتر اسناد رسمی قرار داده بودند که پس از

این برابر ماده ۲۹ قانون^۱ رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹/۱۲/۸ به‌عنوان آخرین اراده مقنن در این خصوص؛ در انتقال خودرو، صرف توافق طرفین کافی برای تحقق انتقال نیست و مقرر شده: «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می‌شود». ملاحظه می‌گردد مقنن نظر به اهمیت اتومبیل، ثبت اولیه و ثبت معاملات را لازم دانسته است.

۳-۵. انتقال و فروش سهم‌الشرکه در شرکت‌های تجاری

سهم به‌عنوان یک مال منقول، فراتر از رابطه‌ی حقوقی سهام‌دار و شرکت است و برای تحلیل ماهیت حقوقی آن باید از مبنای اصول حقوقی مدرن استفاده کرد. در خصوص انتقال سهام اصل بر آزادی انتقال است و این وصف ذاتی سهام است. سازوکارهای انتقال سهام متفاوت است و انتقال سهام می‌تواند در سازمان بورس و یا خارج از آن صورت گیرد؛ همچنین انتقال سهام بر حسب با نام یا بی‌نام بودن آن نیز متفاوت است.

انتقال سهام با نام تابع تشریفات خاصی است از جمله حضور طرفین معامله در شرکت و ثبت و امضای انتقال در دفتر ثبت شرکت، اما انتقال سهام بی‌نام بدون تشریفات و با قبض و اقباض صورت می‌گیرد (رهایی و عباسی، ۱۳۹۶، ص ۱۷۸-۱۷۹). علاوه بر نوع سهام، بر حسب نوع شرکت، نیز مقنن در قانون تجارت تشریفات برای انتقال سهام پیش‌بینی کرده است. بنابراین انتقال سهام بر حسب نوع سهام و نوع شرکت ممکن است با تشریفات همراه باشد. بدین ترتیب انتقال و فروش سهم‌الشرکه در شرکت‌های تجاری از دیگر مصادیق قراردادهای تشریفات محسوب می‌شوند که ممکن است در قالب صلح، بیع و... به‌عمل آید. بنابراین اگر انتقال و فروش سهام در قالب بیع باشد، نوع بیع نیز تشریفات خواهد بود. اگر

۱. «نقل و انتقال خودرو به‌موجب سند رسمی انجام می‌شود، دارندگان وسایل نقلیه مکلفند قبل از هرگونه نقل و انتقال وسایل مذکور در دفاتر اسناد رسمی، ابتدا به ادارات راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین شده از سوی راهنمایی و رانندگی برای بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید مراجعه نمایند».

■ بازرهوی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

قانون‌گذار در مواد مختلف لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در موارد متعدد از انتقال سهام، تحت عنوان «فروش سهام» یا «خرید سهام» یاد کرده است، باید آن را به عقد بیع به‌عنوان یک عقد معین حمل کرد و از حمل آن به مجاز و قواعد عمومی قراردادها خودداری کرد (تفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳، ص ۵۵).

نظر به تفاوت‌های موجود میان انواع شرکت‌های تجاری، خصوصاً تفاوت میان حدود مسئولیت سهامداران یا شرکای شرکت‌های تجاری نسبت به بدهی شرکت، شیوه نقل و انتقال سهام و سهم الشرکه در این شرکت‌ها از ضوابط خاصی پیروی می‌کند. بنابراین می‌توان گفت؛ بر حسب نوع شرکت، تشریفات و یا شرایط متفاوت و خاصی برای انتقال سهام پیش‌بینی شده است. همان‌گونه که بیان شد، در شرکت‌های سهامی، انتقال سهام بانام با تشریفات خاصی باید همراه باشد. در شرکت‌های غیرسهامی نیز بر حسب نام شرکت، تشریفات برای انتقال سهام پیش‌بینی شده است. برای نمونه، مقنن در قانون تجارت برای نقل و انتقال سهم‌الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود دو شرط در نظر گرفته است. تشریفات نخست به موجب ماده ۱۰۲ قانون تجارت (سهم‌الشرکه شرکا نمی‌تواند به شکل اوراق تجاری قابل انتقال اعم از با اسم یا بی‌اسم و غیره در آید. سهم‌الشرکه را نمی‌توان منتقل به غیر نمود مگر با رضایت عده‌ای از شرکاء که لااقل سه‌ربع سرمایه متعلق به آنها بوده و اکثریت عددی نیز داشته باشند) و در تشریفات دوم در ماده ۱۰۳ قانون تجارت مقرر شده (انتقال سهم‌الشرکه به‌عمل نخواهد آمد مگر به موجب سند رسمی).

۳-۶. نقل و انتقال حق اختراع، طرح صنعتی و علامت تجاری

لزوم حمایت همزمان از منافع مالک و اشخاص ثالث سبب شده است سیستم ثبتی به‌عنوان ابزاری برای تأمین و تضمین ثبات وضعیت حقوقی حق مالکیت صنعتی مورد توجه نظام‌های حقوقی قرار گیرد (طباطبایی

حصاری، ۱۳۹۶، ص ۲۹۱).

مقنن در حوزه مالکیت صنعتی نظر به اهمیت موضوع حتی فراتر رفته و لازم دانسته قراردادهای نقل و انتقال مربوطه، ثبت و متعاقباً آگهی و اعلان (از جمله تبصره ۳ ماده ۵۸) شوند. مواد ۵۸، ۸۱، ۹۴ و ۱۱۶ قانون حمایت از مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳/۳/۱ صراحتاً شرایط انتقال چنین حقوقی شامل اختراعات، نمونه اشیا مصرفی، طرح‌های صنعتی و علائم و نامهای تجاری را مشروط به تنظیم سند رسمی نموده است.

ملاحظه می‌گردد گرچه اموال فکری منقول تلقی می‌شوند ولی عوامل مختلف بالاخص مطلع شدن اشخاص ثالث از اختراعات و نقل و انتقال آنها، باتوجه به اینکه حق مالکیت فکری در برابر همه قابل اعمال است و برای مثال بعد ثبت اختراع دیگران نمی‌توانند همان اختراع را مجدد ثبت کنند، مقنن را به این سوق داده که نه تنها ثبت اولیه و ثبت معاملات بعدی صورت بگیرد بلکه اعلان عمومی هم انجام شود.

نتیجه

ایده‌ای که این مقاله به دنبال اثبات آن بود این است که مقنن به‌عنوان قاعده، هر گاه حقی عینی بخواهد منتقل شود بر خلاف حق شخصی، لازم می‌داند که این نقل و انتقال ثبت گردد؛ زیرا حق عینی بر خلاف حق دینی "مطلق" بوده در برابر همگان قابل اعمال است (ملاحظه شد قابلیت اعمال با قابلیت استناد در معنای دقیق خود متفاوتند) و موقعیت حقوقی دیگران می‌تواند آسیب‌پذیر شود. بنابراین ثبات موقعیت‌های حقوقی افراد و امکان اطلاع آنان و همچنین جلوگیری از معاملات معارض و... ایجاب می‌کند معامله ثبت گردد. البته همان‌طور که بیان شد ثبت فواید دیگری هم دارد که در جای خود مورد نظر مقنن هست.

حال ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات بسته به نظام‌های حقوقی

■ بازپژوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

مختلف و بسته به مورد یا بطلان است یا عدم قابلیت استناد تا از این طریق بالأخص حقوق اشخاص ثالث در معرض تضییع احتمالی قرار نگیرد. در نقل و انتقال حقوق دینی، چون با حقی نسبی مواجه هستیم، تعهد فقط از مدیون مشخص قابل مطالبه است و قاعدتاً نیاز به چنین تکلیف اضافه‌ای ندارد پس در حقوق دینی اصل بر رضایی بودن نقل و انتقال است. با ملاحظه مصادیق مختلف در حقوق ایران ملاحظه شد این قاعده در خصوص اموال منقول علی‌القاعده الزامی نیست، چون در اموال منقول تصرف و مالکیت در هم استحاله می‌شوند و امکان تعارض با حقوق افراد ثالث به حداقل می‌رسد. با این حال در برخی موارد مثل سهام با نام و اتومبیل مقنن ثبت را هم الزامی کرده است. همچنین ملاحظه شد در برخی مصادیق مقنن پیشتر رفته و اعلان را هم علاوه بر ثبت لازم می‌داند. مصداق بارز آن نقل و انتقال حقوق مالکیت صنعتی است که محدودیت‌های ناشی از حق راجع به دیگران به حداکثر می‌رسد.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسؤل، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

سهام نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منفعی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

منابع

- ابهری، حمید؛ «نقش سند رسمی در بیع املاک»، مجله پژوهش‌های حقوقی؛ ش ۱۴، زمستان ۱۳۸۷، ص ۱۸۵-۲۱۰.
- اسدی، محمدحسن؛ «اصل قابلیت استناد قرارداد در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه»، مجله معارف اسلامی و حقوق؛ ش ۲۵، بهار و تابستان ۱۳۸۶، ص ۱۷۲-۱۴۱.
- اسلامی، سیدمحمدهادی و عباس علی حیدری و جلیل قنواتی؛ «تفسیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور»، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی؛ ش ۱، خرداد ۱۳۹۷، ص ۵۸-۳۷.
- امینی، منصور؛ «نقش ثبت سند در بیع مال غیر منقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، نشریه تحقیقات حقوقی؛ ش ۴۹، شهریور ۱۳۸۸، ص ۲۱۱-۲۳۸.
- ایزانلو، محسن و صادق شریعتی‌نسب؛ «مطالعه تطبیقی «عدم قابلیت استناد» در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق خصوصی؛ ش ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ص ۳۵-۶۶.
- برجی، حسن و حامد عباس قاسمی؛ «اسباب سقوط تعهدات در پرتو فرمالیسم حقوقی»، نشریه حقوق خصوصی؛ ش ۱، فروردین ۱۳۹۹، ص ۵۷-۸۱.
- بیگدلی، عطاءالله؛ «حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی ژرمنی و حقوق ایران؛ درآمدی مبنایی-فلسفی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی؛ ش ۴۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴، ص ۱۲۵-۱۵۰.
- پیلوار، رحیم؛ «مفهوم اموال فکری در حقوق اموال و جایگاه آن»؛ مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۱۲، تیرماه ۱۳۹۴، ص ۷-۴۰.
- تفرشی، محمدعیسی و رضا سکوتی نسیمی؛ «بیع سهام شرکت‌های سهامی»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز؛ ش ۴۱، تابستان ۱۳۸۳، ص ۳۵-۵۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ج ۱، چ ۳، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
- خدابخش، عبدالله؛ «قابلیت استناد سند عادی در مقابل سند رسمی، رویه قضایی و راهکارها»، نشریه تعالی حقوق؛ ش ۱، پاییز ۱۳۹۷، ص ۷۸-۱۰۱.
- رهابی، مجید و فرامرز عباسی؛ «بررسی نحوه انتقال سهام در شرکت‌های تجاری»، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی قانون یار؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۶، ص ۱۷۵-۱۹۹.
- شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ چ ۱۶، تهران: انتشارات مجد، ۱۴۰۱ ق.
- صفایی، سیدحسین؛ حقوق مدنی و حقوق تطبیقی؛ چ ۴، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.

■ بازپژوهی لزوم رعایت تشریفات در نقل و انتقال اموال غیرمنقول و اموال فکری (صنعتی)

- صفایی، سیدحسین؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، چ ۳۸، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۱ ق.
- صفی زاده، سروش؛ «جایگاه ثبت در انتقال قراردادی اموال غیرمنقول در ایران؛ مطالعه تطبیقی با حقوق انگلستان، سوئیس و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۱۱۸، تیر ۱۴۰۱، ص ۱۸۵-۲۰۶.
- طباطبایی حصاری، نسرين و سروش صفی زاده؛ «درآمدی بر خانواده‌های بزرگ ثبت املاک معاصر (بر مبنای مؤلفه‌های کلان طبقه‌بندی تطبیقی)»؛ نشریه تحقیقات حقوقی؛ ش ۹۴، تیر ۱۴۰۰، ص ۲۳۹-۲۶۶.
- طباطبایی حصاری، نسرين و محمود زمانی؛ (ب)؛ «کارکرد ثبت شرکت‌های تجاری در ایجاد اعتماد و امنیت قراردادی»، نشریه تحقیقات حقوقی؛ ش ۸۲، تیر ۱۳۹۷، ص ۲۲۷-۲۵۲.
- طباطبایی حصاری، نسرين؛ (الف)؛ «تحلیل حقوقی ماهیت حاکمیتی امور ثبتی و امکان برون سپاری آن به دفاتر اسناد رسمی»، نشریه دانشنامه‌های حقوقی؛ ش ۱، زمستان ۱۳۹۷، ص ۲۴۶-۲۶۴.
- طباطبایی حصاری، نسرين؛ «نقش ثبت در فرآیند انتقال حقوق مالکیت صنعتی، تحلیل سیستم‌های ثبت انتقال حقوق مالکیت صنعتی در دنیا»، نشریه مطالعات حقوق خصوصی؛ ش ۲، تیر ۱۳۹۶، ص ۲۸۹-۳۰۸.
- طباطبایی حصاری، نسرين؛ مبانی و آثار نظام ثبت املاک؛ چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
- فانی، منوچهر؛ ماهیت مزایده و تشریفات مربوط به آن در فقه و قانون اجرای احکام مدنی؛ چ ۱، تهران: انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۴.
- قاسمی، محسن؛ شکل‌گرایی در حقوق مدنی؛ چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.
- قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی؛ «مفهوم و مبانی قابلیت استناد قرارداد»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (فصلنامه حقوق سابق)، ش ۱، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، چ ۷، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۱.
- کاظمی، محمود و رحیم پیلوار؛ «تبارشناسی مال: مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و غرب»، پژوهشنامه حقوق اسلامی؛ ش ۱، تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۸۱-۲۰۸.
- کاظمی، محمود و رحیم پیلوار؛ «حق عینی و دینی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و غرب»، مجله مطالعات حقوق خصوصی؛ ش ۱، ۱۴۰۳، ص ۸۹-۱۲۲.
- کاظمی، محمود و نسرين طباطبایی حصاری؛ «جایگاه حمایت از اشخاص ثالث در نظام‌های

- ثبت املاک»، مجله حقوق تطبیقی؛ ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲، ص ۱۳۷-۱۵۴.
- الماسی، مسعود و احمد واعظی؛ «پوزیتویسم حقوقی در نظام قضایی ایران، برابند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص گرایی قانونی»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۱۱۷، فروردین ۱۴۰۱، ص ۱-۱۹.
- محقق داماد، سیدمصطفی؛ نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی؛ چ ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵.
- محقق داماد، سیدمصطفی و سیدحسن جلیل قنواتی و سیدحسن وحدتی شیرینی و ابراهیم عبدی‌پور؛ حقوق قراردادهای در فقه امامیه؛ تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰.
- Bergel. J et Bruschim. M et Cimamonti. S: Traité de droit civil, Sous la direction de Jaques Ghestin, L.G.D.J. 2000.
- Lévy, Jean-Philippe et Castaldo, André, Histoire du droit civil, Dalloz, 2010.
- Malaurie Philippe, Laurent Aynès, Maxime Julienne, Droit des biens, L.G.D.J, 2020.
- Planiol, Marcel et Ripert, George Par Picard, Traité pratique de droit civil Français: Les biens, T 3, L. G. D. J., 1952.
- Terré, François et Simler, Philippe, Droit civil, Les biens, Dalloz. 2018.

Jurisprudential and Legal Examination of the Use of Electronic Systems in Holding Court Sessions

Maryam Mohajeri *

Assistant Professor, Department of Family-Centered Policy, Faculty of Family Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: mohajeri.m@ut.ac.ir

Use your device to scan
and read the article online



Citation Mohajeri, M. (2025) Jurisprudential and Legal Examination of the Use of Electronic Systems in Holding Court Sessions. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (85): 77-117.

 [10.22034/ilaw.2025.708736](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.708736)

Received: 02 February 2025 , Accepted: 24 May 2025

Abstract

In today's fast-paced world, electronic devices have become an integral part of our lives, streamlining various tasks and enhancing efficiency. This technological advancement extends to the realm of legal proceedings, where conducting court hearings through electronic means offers a promising solution to expedite the litigation process. This approach is particularly vital during times when in-person sessions may pose risks, such as during emergencies like the COVID-19 pandemic, which highlighted the dangers of traditional courtroom settings. This study delves into the legitimacy of utilizing electronic systems for court sessions within the legal framework of the Islamic Republic of Iran. By employing a descriptive-analytical method and conducting thorough library research, the author seeks to explore both jurisprudential and legal perspectives on this pressing issue. The findings suggest that while electronic hearings are permissible, there are inherent limitations associated with technology that may impact the quality of litigation in certain cases. Consequently, it becomes essential to recognize that some types of cases may still require in-person attendance to ensure justice is served effectively.

Keywords

Electronic litigation, in-person litigation, remote hearings, delay in proceedings.



Copyright © 2024 The Author(s);

This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (CC-BY-NC: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.en>),

which permits use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited and is not used for commercial purposes.

Extended Abstract

1. Introduction

In the contemporary era, electronic devices have transcended mere convenience to become an essential component of social and professional life, significantly enhancing the speed and efficiency of daily tasks. This technological evolution has inevitably permeated the judicial sphere, where the integration of information technology is now viewed as a dynamic index for measuring the quality of justice. The traditional judicial system is currently grappling with a severe surge in litigation, leading to systemic delays—often spanning years for relatively simple cases—which ultimately diminishes the overall quality of proceedings. Legal doctrine is thus continuously seeking mechanisms to ensure that rights are realized in the shortest possible time through improved accuracy and productivity.

The necessity for electronic litigation became particularly acute during the COVID-19 pandemic, which underscored the inherent risks and limitations of physical courtroom settings during emergencies. Electronic litigation, in this context, does not represent a change in the fundamental nature of justice, but rather a transformation in its procedural form. It prioritizes non-physical presence throughout the process—from the initial filing of a lawsuit to the final execution of the judgment—relying on computer and internet-based telecommunications, such as video conferencing, to facilitate interactions between judges, parties, lawyers, and witnesses. While the benefits include reduced financial burdens, increased transparency, and the elimination of geographical barriers, the transition raises complex questions regarding the legitimacy of such sessions within the jurisprudential and legal framework of the Islamic Republic of Iran. This abstract explores these dimensions, addressing whether existing religious and statutory infrastructures can accommodate a system where "presence" is digital rather than physical.

2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical method to investigate the legitimacy and feasibility of electronic court sessions. The research is conducted through extensive library-based data collection, involving a comprehensive review of Islamic jurisprudential sources (Fiqh), including primary narrations (Hadith) and the opinions of eminent jurists (Fatwas). Furthermore, the study analyzes the statutory evolution within the Iranian legal system, examining the Constitution, the Civil Procedure Code, the Criminal Procedure Code, and specialized legislation such as the Family Protection

Law. The analysis focuses on interpreting the concept of "presence" and distinguishing between the "principles of justice" and "procedural formalities" to determine the permissibility of remote hearings.

3. Research Findings

The findings of this research are divided into three primary categories: historical/comparative context, jurisprudential capacity, and legal framework.

Historical and Comparative Context: Electronic litigation is a global trend spanning several decades. The United States pioneered video conferencing in courts as early as 1972, with subsequent legislation in 1995 and 1996 expanding its use for incarcerated individuals and civil suits. Similarly, Estonia established a video conferencing network for its justice system between 2005 and 2006, and China launched its first internet courts in 2017 to handle online trade and debt disputes. In Iran, the transition began in 2001 with strategic studies that led to the development of the Case Management System (CMS) in 2002 and the 2012 regulations for electronic judicial services.

Jurisprudential Capacity: A critical examination of 92 chapters of Hadith regarding "Judgement" and "Testimony" reveals that there is no explicit religious requirement for the physical confrontation (*mushafahah*) of the judge with the litigants. The term "presence" (*huzur*) in religious texts often signifies access to the judge or the avoidance of default judgments against an absent party (*gha'ib*), rather than a requirement for physical proximity. The research establishes that presence has *tariqiyah* (a means to an end) rather than *mawdu'iyah* (an end in itself). The ultimate goal of the Sharia is the realization of justice and the protection of rights; if digital presence can satisfy these goals, it is religiously valid. Furthermore, the study argues for the extension of the concept of presence, paralleling how the concept of "knowledge" in testimony was extended to include definitive reports rather than just visual observation. Prominent contemporary jurists have noted that if physical presence is difficult due to time constraints or other obstacles, remote methods are permissible.

Legal Framework: Iranian law has increasingly recognized electronic systems. Article 659 of the Criminal Procedure Code and Article 186 of the Islamic Penal Code explicitly allow video conferencing for investigations and witness testimony, provided that identity and record-keeping are secured. In civil matters, while the Civil Procedure Code is older and more silent on technology, Article 93 allows parties to submit pleas or send representatives without being physically present, suggesting that physical presence is not

an absolute pillar of civil proceedings. In family law, Articles 8 and 9 of the Family Protection Law (2012) permit the waiving of certain procedural formalities to expedite cases. The research concludes that the "manner of holding a session" is a procedural formality rather than a "principle of justice" (like the right to defense or judicial impartiality), and thus can be modified to an electronic format without violating legal foundations.

Challenges: Despite its legitimacy, electronic litigation faces hurdles. Psychological studies suggest that judges find it harder to discern truthfulness via screen, as non-verbal cues like voice tremors or micro-expressions are less perceptible. Litigants may also feel a reduced sense of the "seriousness" or "authority" of the court when not physically present in the judicial environment.

4. Conclusion

The study concludes that the use of electronic systems for court sessions is jurisprudentially permissible and legally viable within the Iranian judicial system. The lack of a physical presence requirement in religious texts, combined with the "tariqiyyah" nature of courtroom attendance, allows for the modernization of judicial proceedings to address modern challenges like judicial delays and emergencies. However, because technology may impact the quality of emotional transfer and the judge's ability to evaluate witness credibility in highly sensitive cases—such as child custody or serious crimes—it should not be mandatory for all scenarios.

The authors recommend that electronic hearings be implemented based on the discretion of the judge and the consent of the parties. If all parties agree to a remote hearing, the virtual session should carry all the legal weight of a physical one. This balanced approach ensures that the pursuit of efficiency through electronic litigation does not compromise the fundamental pursuit of justice.

Funding

According to the author, this research received no specific grant from any funding agency.

Author's Contribution

The author is solely responsible for the design, implementation, writing, and final approval of the manuscript.

Conflict of Interest

The author declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



بررسی فقهی و حقوقی به کارگیری سامانه‌های الکترونیک در برگزاری جلسات دادرسی

مریم مهاجری *

استادیار گروه سیاست‌گذاری خانواده‌محور، دانشکده علوم خانواده، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
Email: mohajeri.m@ut.ac.ir



Citation Mohajeri, M. (2025) Jurisprudential and Legal Examination of the Use of Electronic Systems in Holding Court Sessions. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (85): 77-117.

[10.22034/ilaw.2025.708736](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.708736)

Received: 02 February 2025 , Accepted: 24 May 2025

چکیده

امروزه بهره‌گیری از وسایل الکترونیکی در زندگی عموم شهروندان افزایش یافته و به کارها سرعت بخشیده است. این وسایل در دادرسی هم می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. برگزاری جلسات رسیدگی به دعاوی قضائی از طریق وسایل الکترونیکی، موجب تسریع در روند دادرسی می‌شود. این نحوه دادرسی، زمانی که برگزاری جلسه حضوری مخاطره‌آمیز است، از اهمیت بالایی برخوردار می‌باشد؛ مانند زمانی که در اثر شرایط اضطراری همچون وضعیت ناشی از انتشار ویروس کرونا، امکان برگزاری جلسات دادرسی به صورت حضوری، محدود و شاید خطرناک است. یکی از مباحث چالش برانگیز درباره دادرسی الکترونیک مربوط به جلسه دادرسی است. نگارنده در پژوهش کنونی درصدد است با روشی توصیفی-تحلیلی و جمع‌آوری داده‌ها به شیوه کتابخانه‌ای مشروعیت برگزاری جلسه دادرسی را با بهره‌گیری از ظرفیت‌های سامانه‌های الکترونیکی، در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از منظر فقه و حقوق بررسی نماید. دستاورد پژوهش حکایت از مجازبودن برگزاری این نوع جلسات دارد، لیکن محدودیت‌های وسایل الکترونیک، در برخی دعاوی موجب کاهش سطح دادرسی می‌شود؛ بنابراین جلسه رسیدگی به بعضی دعاوی لازم است به شیوه حضوری برگزار گردد.

واژگان کلیدی

دادرسی الکترونیک، دادرسی حضوری، دورسخنی، اطاله دادرسی.



۱. مقدمه

امروزه افزایش دعاوی مطروحه در دادگاه ها، دستگاه قضا را با معضلات و مشکلاتی جدی مواجه کرده؛ از جمله اینکه سرعت دادرسی بسیار کاهش یافته است؛ به نحوی که گاهی رسیدگی و صدور حکم برخی دعاوی نسبتاً ساده نیز چندین سال به طول می انجامد و به این ترتیب، کیفیت دادرسی کاهش می یابد. برای افزایش سرعت و بهبود کیفیت دادرسی دکتترین حقوق همواره در تلاشند راههایی را بیابند که ذی حق، بتواند در کوتاهترین زمان و به بهترین حالت ممکن، به حقوق خود دست یابد. با پیشرفت روزافزون علم و فناوری، ابزارهایی در اختیار بشر قرار گرفته که استفاده از آنها موجب تسریع در روند پیشبرد امور می شود. اهمیت فناوری اطلاعات به لحاظ افزایش سرعت و دقت در عملکرد سازمان ها و بالابردن بهره‌وری آنها به روشنی مشخص شده است. خصوصاً سازمان‌هایی که بخش‌های مختلف آنها یا مخاطبان‌شان در مناطق جغرافیایی مختلفی قرار دارد و یا مؤسسه‌ای که موظف به انجام کارهای متنوع و متعددی هستند، بسیاری از مشکلات خود را از طریق این ابزارهای نوپدید رفع می کنند. عرصه قضا نیز از این امر بی نصیب نمانده است و سعی نموده که با بهره‌گیری از فناوری‌های نوین، چتر عدالت قضایی را با سرعت بیشتری بگستراند. یکی از این ابزارها، سامانه‌های ارتباطاتی همچون ویدئوکنفرانس است که با بهره‌گیری از آن، شرکت کنندگان در دادرسی اعم از قضات، طرفین دعوی، وکلای ایشان و شهود و... می‌توانند به صورت برخط در جلسه دادرسی شرکت نمایند (موسوی و مهاجری، ۱۴۰۱، ص ۱۲). امروزه به‌کارگیری فناوری اطلاعات و ارتباطات در عرصه قضا به قدری اهمیت دارد که برخی حتی آن را به‌عنوان شاخصی پویا در اندازه‌گیری کیفیت دادرسی در قوه قضاییه قلمداد کرده‌اند (Fabri & Contini, 2003 p.2).

عمده تمرکز مطالعات نگارندگان در نوشتار حاضر، بررسی ظرفیت‌های

فقهی و حقوقی تشکیل جلسه رسیدگی به صورت الکترونیک در این حوزه می‌باشد. بدین ترتیب در راستای این موضوع، نگارندگان در پی پاسخ به این پرسش آن هستند که آیا برگزاری جلسات رسیدگی به دعاوی، طبق زیرساخت‌های فقهی و قوانین و مقررات موجود، از طریق امکاناتی همچون دادرسی الکترونیک قابل پذیرش است؟ پاسخ به این سؤال، نگارندگان را به این امر رهنمون می‌سازد که اگر طبق زیرساخت‌های فقهی و ظرفیت‌های حقوقی، امکان برگزاری جلسه رسیدگی الکترونیک از طریق ویدئو کنفرانس در محاکم، وجود داشته باشد؛ می‌توان ملتزم به پذیرش دادرسی الکترونیکی در محاکم و تمامی لوازم قانونی آن شد. بنابراین از آن‌جا که چالش برانگیزترین مباحث راجع به دادرسی الکترونیک، ناظر به برگزاری جلسه دادرسی از این طریق می‌باشد، اهتمام نگارندگان بر این امر است. مطالعه پژوهش پیش‌رو برای فعالان عرصه حقوق رسانه و ارتباطات و به صورت خاص برای قضات مفید می‌باشد.

۲. مفهوم دادرسی الکترونیک

دادرسی الکترونیکی به معنای استفاده از سیستم الکترونیکی و انجام اقداماتی به روشی غیر از روش سنتی می‌باشد؛ لذا «دادرسی الکترونیکی» به معنی تغییر در ماهیت رسیدگی نیست، بلکه تغییر در شکل رسیدگی است. در این نوع از دادرسی، اصل بر حضور غیرفیزیکی در طول دادرسی و محاکمه است. جهت تحقق این امر نیز از فناوری‌های رایانه‌ای و اینترنتی استفاده می‌شود. بدین صورت که از طرح دعوی تا رسیدگی و محاکمه و صدور حکم، روند دادرسی به شیوه الکترونیکی و غیرحضوری انجام می‌گیرد و اشخاص دخیل در پرونده از طریق رایانه و ارتباط از راه دور در جلسه محاکمه حاضر می‌شوند (حسین‌زاده علیایی و احمدی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۸)؛ لذا در مفهوم دادرسی الکترونیک باید گفت: «منظور از دادرسی الکترونیکی،

بهره‌برداری از ابزارها و روش‌های الکترونیکی ارتباطی و اطلاعاتی برای طرح دعوی در دادگاه و انجام فرایند دادرسی از تسلیم دادخواست و شکوائیه و ابلاغ اوراق قضایی تا رسیدگی به دعوی، دلایل، صدور رأی و اجرای آن است» (زرکلام، ۱۳۹۱، ص ۱۳۱).

۳. پیشینه دادرسی الکترونیک

الکترونیکی شدن رسیدگی‌ها، روندی است که بیش از یک دهه در برخی کشورهای پیشرفته به کارگرفته می‌شود (حسین‌زاده علیایی و احمدی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۸). یکی از کشورهایی که در زمینه بهره‌گیری از دادرسی الکترونیکی و سامانه‌های ویدئو کنفرانس پیشگام بوده است، ایالت متحده آمریکا می‌باشد. در ایالت متحده آمریکا، برای اولین بار در سال ۱۹۷۲ ویدئوکنفرانس برای جلسه تعیین قرار در دادگاه ایلینز مطرح شد. پس از آن در سال ۱۹۷۴ دادگاه فیلادلفیا روش تلویزیونی مداربسته را برای جلسه مقدماتی دادگاه بهره برد. دادگاه فلوریدا در سال ۱۹۸۳ این روش را برای جرایم جنحه نیز به کار برد (Haas, 2007, p.62).

اولین قوانین مرتبط با این امر نیز در سال ۱۹۹۵ با تصویب قانون اصلاح دعاوی مرتبط با حبس مطرح شد. این قانون امکان طرح دعاوی افراد بازداشت شده را از طریق تلفن، ویدئو کنفرانس یا سایر تکنولوژی‌ها، بدون انتقال فرد از زندان به دادگاه، پیش بینی کرده بود. در سال ۱۹۹۶ امکان طرح ویدئو کنفرانس در دعاوی مدنی به میان آمد و در سال ۲۰۰۱ قانونی وضع شد که به موجب آن امکان برگزاری دادگاه از طریق ویدئو کنفرانس فقط در برخی جرایم وجود داشته باشد (Treadway and Wiggins, 2006, p.213).

سابقه زیاد این کشور، در بهره‌گیری از دادرسی الکترونیک باعث شده که اکنون به شکل کارآمدتری با این موضوع برخورد کنند؛ کما اینکه هرکشوری وقتی در یک موضوع سابقه بیشتری داشته باشد، معمولاً موفقیت‌های

بیشتری نیز در آن زمینه به دست می‌آورد. همچنین شایان ذکر است جلسه دادرسی در خصوص امور حقوقی به صورت ویدیو کنفرانس نیز در این کشور صورت گرفته است (مهرافشان، ۱۳۹۱، ص ۱۲۲-۱۲۳).

توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات در کشور استونی نیز، منجر به ایجاد شبکه ویدیو کنفرانس سیستم دادگستری شد. این سیستم در فوریه ۲۰۰۵ آغاز و تا دسامبر ۲۰۰۶ راه اندازی گردید. با راه‌اندازی این سیستم، امکان ارتباط دور دادگاه با متهم، وکیل، شاهد و کارشناس فراهم گردید (ابراهیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۸).

در کشور چین نیز در سال ۲۰۱۷ اولین دادگاه اینترنتی در شهر هانگژو واقع در استان ژجیانگ شروع به کار کرد. در این دادگاه به دعاوی راجع به تجارت آنلاین، قراردادهای آنلاین مربوط به بدهی‌ها و نقض حقوق مؤلفان در اینترنت، به صورت زنده و با پخش زنده اینترنتی رسیدگی می‌شد (<https://www.yjc.ir/fa/news/6208005>). مدتی بعد، دومین دادگاه اینترنتی این کشور در پکن فعالیت خود را آغاز نمود. این دادگاه به پرونده‌هایی راجع به موضوعاتی همچون نقل و انتقال مالی، وام، حق ثبت و تکثیر در فضای مجازی و... می‌پردازد (<https://www.yjc.ir/fa/news/6663148>).

در جمهوری اسلامی ایران نیز در تابستان ۱۳۸۰ رئیس قوه قضائیه مأموریت بررسی مشکلات و مسائل موجود در این قوه را به یک تیم نوزده نفره متشکل از شش نفر کارشناس مسائل سیستمی و ۱۳ نفر کارشناس حقوقی سپرد تا آنان با حضور در مجتمع قضایی شمیران به بررسی سیستمی و گردش پرونده در آن محل بپردازند. نتیجه تلاش یک ساله این گروه، انتشار سیزده جلد کتاب مطالعات استراتژیک، یک جلد مطالعات تطبیقی از بیست کشور و یک جلد کتاب «تحلیل و بررسی مشکلات موجود و راهکارهای آینده» بود (حسین‌زاده علیایی و احمدی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۰).

در این کتاب‌ها مسائل و مشکلات بر سر راه توسعه قضایی کشور به تصویر کشیده شده بود و هشت استراتژی برای حل این مشکلات

پیشنهاد شد؛ بر همین اساس نیز طرح ده ساله توسعه قضایی نیز ارائه شد. مکانیزه کردن قوه قضائیه یکی از استراتژی‌ها بود. به منظور تحقق این امر، چندین طرح تعریف شد. یکی از این طرح‌ها، دادگاه الکترونیک بود. به همین دلیل، قوه قضائیه در سال ۱۳۸۱ طرح سیستم مدیریت پرونده قضائی را مطرح کرد. این سیستم که از آن به عنوان دادرسی الکترونیک یاد می‌شد، بر الکترونیکی شدن برخی از مراحل دادرسی استوار بود، اما با وجود تعریف کارکردهای متعدد برای این سیستم، در ابتدا قوه قضائیه از این سیستم فقط برای جابجایی اطلاعات و انجام امور اداری خود استفاده می‌کرد. اما بعداً در سال ۱۳۹۱ با انتشار آیین‌نامه ارائه خدمات الکترونیکی قضایی، امکان استفاده مردمی از این سیستم را نیز فراهم آورد. این آیین‌نامه جهت الکترونیکی کردن و سرعت بخشیدن به دادرسی موارد متعددی نظیر ایجاد دفاتر الکترونیکی مربوطه، طرح و ثبت دعاوی حقوقی و کیفری، امضا، ابلاغ، احضار الکترونیکی و دریافت هزینه دادرسی به صورت الکترونیکی را به دفاتر خدمات قضایی محول نمود (همان).

سال ۱۳۹۲ نقطه عطفی در نظام کیفری ایران بود. در این سال، به موجب ماده ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی، بهره‌گیری از ویدیو کنفرانس و سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی پیش‌بینی شد. در همین سال قانون آیین دادرسی کیفری تصویب شد که در بخشی از آن (مواد ۶۴۹-۶۶۳) به آیین دادرسی الکترونیکی پرداخته شد. در ماده ۱۷۵ این قانون استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی را بلا مانع اعلام نمود و بالأخره در سال ۱۳۹۵ در راستای اجرای این ماده و ماده ۱۷۶ با تأخیری چند ساله، «آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی» به تصویب رئیس وقت قوه قضائیه رسید.

۴. ضرورت الکترونیکی شدن دادرسی

افزایش دعاوی در محاکم، دستگاه قضا را با مشکلاتی روبرو کرده است

که از جمله کندشدن روند دادرسی و اطاله پرونده‌ها از مهم‌ترین مشکلات پیش‌روی دعاوی در محاکم است. اطاله دادرسی، کیفیت دادرسی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. دکتترین حقوق، برای جلوگیری از اطاله دادرسی و بهبود هر چه بیشتر کیفیت دادرسی، همواره در پی راهکارهایی هستند که باعث تسریع در روند دادرسی می‌شود؛ البته منظور از تسریع در روند دادرسی این است که حتی‌الامکان در دادرسی گام‌هایی سریع برداشته شود؛ بدون اینکه حقوق اساسی فرد، مانند اصل برائت، حق دفاع و نظم قضایی صدمه‌ای ببیند (خزایی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۳).

یکی از مهم‌ترین سازوکارهایی که می‌تواند به افزایش سرعت و در نتیجه کیفیت بهتر دادرسی کمک کند، به کارگیری سامانه‌های الکترونیکی است. همچنین در مواردی که محل اقامت طرفین دعوی، محل اقامت شهود و محل دادگاه صالح، شهرهای متفاوتی باشد. پرواضح است که بدون استفاده از امکانات الکترونیکی، رسیدگی به چنین دعوائی با صعوبت زیادی همراه می‌باشد، عدالت با تأخیر زیادی اجرا می‌شود و شاید ذی‌حق حتی ناچار به صرف نظر از حقوق خود شود. پس دادرسی الکترونیک می‌تواند یاریگر دستگاه قضا برای اقامه عدالت و یاریگر ذی‌حق برای رسیدن به عدالت باشد. فرض کنید که دعوائی بین دو نفر شکل بگیرد؛ درحالی که محل سکونت آن دو، از هم دور باشد. در این زمان، باید براساس قواعد پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه صالح، تعیین شود و سپس همان دادگاه رسیدگی را آغاز نماید. پرواضح است که رفت و آمد به شهرهای دوردست، با سختی‌ها و موانع متعددی روبرو است و به همین دلیل، معمولاً اصحاب دعوی سعی دارند دادگاه مستقر در آن حوزه قضایی که خودشان در آن ساکن هستند، به‌عنوان دادگاه صالح معرفی نمایند. نگارنده کراراً با افرادی مواجه شده است که به دلیل بعد مسافت، هزینه مسافرت و... نتوانسته‌اند در دادگاه صالح حضور یابند

و به همین دلیل نیز محکوم شده‌اند یا از طرح دعوی منصرف شده‌اند. این درحالی است که اگر جلسه دادرسی از طریق سامانه‌های ارتباطی برگزار گردد، اصحاب دعوی مجبور به مسافرت و پرداخت هزینه‌های آن نمی‌شوند (Robertson, 2012, p.3). بعضاً در رویه عملی دیده می‌شود شخصی که در حوزه قضایی محل استقرار دادگاه سکونت دارد، به این امتیاز به‌عنوان برگ برنده می‌نگرد. در چنین زمانی، بسیاری از شهروندان ترجیح می‌دهند که همه مراحل دادرسی یا قسمت عمده آن از طریق سامانه‌های الکترونیکی باشد. علاوه بر این، بهره‌گیری از ظرفیت دادرسی الکترونیکی در شرایط اضطراری که امکان دسترسی به دادرسی حضوری نباشد، مانند زمانی که شیوع ویروس کرونا در کشور، ضرورت پرداختن به این موضوع را دوچندان می‌کند. خصوصاً که در دنیای معاصر بسیاری از مردم، ادارات، سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و غیردولتی، قسمت زیادی از فعالیت‌های خود را خصوصاً در حوزه امور اقتصادی و خدماتی، با بهره‌گیری از ظرفیت سامانه‌های الکترونیکی انجام می‌دهند و آثار مورد انتظار را نیز برای آنان به دنبال داشته است (موسوی و مهاجری، ۱۴۰۱، ص ۱۸). برخی از مزایای بهره‌گیری از سامانه‌های ارتباطی در دادرسی عبارت است از: کاهش بار مالی ناشی از دادرسی که بر اصحاب دعوی و بر دستگاه قضا تحمیل می‌شود؛ افزایش سرعت دادرسی؛ شفافیت دادرسی؛ کاهش فساد اداری؛ کاهش اندازه فیزیکی مخازن اطلاعات، امکان ذخیره اتفاقات رخ داده در دادگاه، قابلیت پخش مکرر اتفاقات دادگاه، محدود نبودن این نحوه دادرسی به مرزهای جغرافیایی (شبانی، ۱۳۸۷، ص ۵/214، Hornle, 2009). برگزاری جلسه دادرسی از طریق سامانه‌های الکترونیکی، گرچه مزایای متعددی به همراه دارد، اما با حساسیت‌ها و چالش‌های ویژه‌ای نیز همراه است. سخت‌شدن اثبات صحت و سقم سخنان اصحاب دعوی برای قاضی، عدم مواجهه اصحاب دعوی با یکدیگر و با شهود، عدم انتقال احساسات و احساس عدم حضور در

دادگاه واقعی، از مهم‌ترین آسیب‌هایی است که جلسه دادرسی الکترونیکی با آن مواجه است. این آسیب‌ها بر محتوای آرای صادره از محاکم تأثیر منفی می‌گذارد و می‌تواند صحت آرای صادره از محاکم را با تردیدهای جدی مواجه سازد (موسوی و مهاجری، ۱۴۰۱، ص ۲۴).

۵. واکاوی ظرفیت‌های فقهی دادرسی الکترونیک در دعاوی

در این قسمت در گام اول، شرطیت حضور را در منابع فقهی مورد بررسی قرار داده و در صورتی که شرطیت «حضور» در دادرسی از طریق منابع فقهی ثابت نشد می‌توان در گام بعدی همین مفهوم حضور را در دادرسی توسعه بخشید. به عبارت دیگر به امکان‌سنجی توسعه مفهوم حضور پرداخته می‌شود زیرا آنچه در بحث دادرسی الکترونیکی کارگشا می‌باشد، نیل به توسعه مفهوم حضور است.

۵.۱. بررسی فقهی شرط حضور و موضوعیت یا طریقت آن در دادرسی

اگر ثابت شود در دیدگاه شارع، حضور مترافعین نزد حاکم موضوعیت دارد، دادرسی الکترونیکی باید منحصر به موارد ضرورت شود و اگر طریقت ثابت شود باید به دنبال تهیه سازوکارهای کاهش ضریب خطا در دادرسی الکترونیکی بود. هر چند این سازوکارها برای فرض موضوعیت و شرایط اضطرار نیز نافع است؛ ولی برای فرض طریقت ضرورت و حتی شرطیت می‌یابد. طبیعتاً تحقیق این مطلب از طریق بررسی نصوص و آراء و فتاوا باید انجام شود. در این قسمت، در پی آن بوده که آیا حضور فیزیکی طرفین دعوا یا شاهد نزد حاکم در منابع شرعی، شرط است یا خیر؟

۵.۱.۱. مطالعه روایات

عمده روایاتی که وظایف قاضی در دادرسی را نشان می‌دهد، در جلد ۲۷ کتاب وسائل‌الشیعه در دو بخش کتاب قضاء و کتاب شهادات آمده است. کتاب مشتمل بر ۳۶ باب حدیث و کتاب شهادات مشتمل بر ۵۶

باب حدیث در مورد کیفیت حکم می‌باشد. مرور عناوین ابواب ۹۲ گانه و مطالعه احادیث در هر باب ثابت می‌کند: اولاً ادله از جهت شرط حضور- در مقابل غیرحضور و مجازی- نزد قاضی، اطلاق داشته و در هیچ‌یک از ادله، مشافهه حاکم با طرفین یا با بینه ذکر نشده است و قید مشافهه در لسان ادله نیامده است. دلالت‌های نصی یا ظهوری روایات پیرامون فروع قضاء و شهادت، نظیر شرایط و وظایف اطراف محکمه، صفات قاضی، آداب قضاوت، کیفیت حکم، حرمت رشوه، موارد جواز حبس، کیفیت احلاف اُخرس، کیفیت حکم علیه غائب، شیوه حلف، یمین منکر و موارد متعدد دیگری می‌باشد. نمونه‌هایی از این روایات، عبارتند از:

الف) امیرالمومنین علی(ع): «احکام مسلمانان (در امر قضا) بر پایه شهادت عادل یا سوگند قطعی یا سنت امامان(ع) است»^۱.

ب) پیامبر(ص) «بر عهده مدعی بینه و بر عهده منکر یمین و صلح نیز جایز است به جز صلح خلاف حلال و حرام الهی»^۲.

ج) امام حسن عسکری(ع): روش رسول خدا(ص) چنین بود که هرگاه متخاصمین نزد ایشان می‌رفتند، از مدعی می‌خواستند بینه بیاورد اگر بینه نداشت منکر را قسم می‌دادند و اگر شهود را نمی‌شناختند مشخصات‌شان را می‌پرسیدند و این مشخصات و نام طرفین دعوی و نام شهود را در اختیار دو تن از اصحاب خود قرار می‌دادند. اصحاب نزد قبائل شهود می‌رفتند و اگر قبائل شهود را تأیید می‌کردند که مطابق شهادت شهود حکم می‌کردند و اگر قبائل شهود را تأیید نمی‌کردند طرفین دعوی را به صلح می‌خواندند و اگر شهود از غرباء بودند و قبیله‌ای نداشتند از مدعی علیه می‌پرسیدند اگر

۱. باب کیفیت حکم و احکام دعوا: در باب اول (ان الحكم بالینه و الیمین) روایت ششم از امیرالمومنین علی(ع): «احکام المسلمین علی ثلاثة شهادة عادلة أو یمین قاطعة أو سنة ماضية من ائمة الهدی(ع)» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۳۱).

۲. در باب سوم (ان البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه فی المال و حکم دعوی القتل و الجرح و ان بینه المدعی علیه لاتقبل مع التعارض و غیره) روایت پنجم از پیامبر(ص): البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه و الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا احل حراما او حرم حلالا (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۳۴).

مدعی علیه شهود را از جهت وثاقت تأیید می‌کرد مطابق شهادت شهود رأی می‌دادند و اگر تأیید نمی‌کرد، مدعی علیه را نسبت به رد ادعای مدعی سوگند می‌دادند.^۱

(د) امام صادق(ع): وقتی بین دو متخاصم با هم تعارض کردند، امام به حکم قاعده ید رفع تعارض کردند و فرمودند اگر اماره ید نبود، دابه را بین شما نصف می‌کردم.^۲

(ه) امام صادق(ع): در ولایات و شهادتات و امر قضاء وقتی شرایط کلی مأمون بودن برقرار باشد تحقیق بیشتر لازم نیست و باید بر همان حکم کرد.^۳ لسان روایات نشانگر آن است که آنچه نزد شارع موضوعیت دارد، احقاق

۱. در باب ششم (أَنَّ الْحَاكِمَ إِنْ عَرَفَ عَدَالََةَ الشُّهُودِ حَكَمَ وَإِنْ عَرَفَ فَسَقَمَهُمْ لَمْ يَحْكَمْ وَإِنْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ سَأَلَ عَنْهُمْ حَتَّى يَعْرِفَهُمْ شَاهِدَانِ أَوْ يَحْضُرَ الشُّبَّاحَ وَكَيْفِيَةَ السُّؤَالِ وَالتَّعْرِيفِ وَالتَّعْرِيفُ وَالتَّعْرِيفُ وَالتَّعْرِيفُ فِي الصَّلْحِ)، روایتی مطابق عنوان باب است و اجمالاً می‌فرماید: روایت از امام عسکری(ع): كَانَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) إِذَا تَخَاصَمَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ قَالَ لِلْمُدْعَى الْكَ حُجَّةٌ فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً يَرْضَاهَا وَ يَعْرِفُهَا أَنْفَدَ الْحُكْمَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ حَلَفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِاللَّهِ مَا لِهَذَا قَوْلُهُ ذَلِكَ الَّذِي ادَّعَاهُ وَ لَا شَيْءَ مِنْهُ وَإِذَا جَاءَ بِشُهُودٍ لَا يَعْرِفُهُمْ يَخْبِرُ وَ لَا شَرَّ قَالَ لِلشُّهُودِ أَيْنَ قِبَالِكُمْ فَيَصِفَانِ أَيْنَ سَوْفِكُمْ فَيَصِفَانِ أَيْنَ مَنَزَلِكُمْ فَيَصِفَانِ أَيْنَ يَقِيمُ الْخُصُومَ وَ الشُّهُودُ بَيْنَ يَدَيْهِ ثُمَّ يَأْمُرُ (فَيَكْتُبُ أَسْمَاءَ الْمُدْعَى وَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَ الشُّهُودِ وَ يَصِفُ مَا شَهِدُوا) بِهِ ثُمَّ يَدْفَعُ ذَلِكَ إِلَى رَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِهِ الْخِيَارِ ثُمَّ يَنْتَلِ ذَلِكَ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ مِنْ خِيَارِ أَصْحَابِهِ ثُمَّ يَقُولُ لِيَذْهَبْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمْ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُ الْآخَرَ إِلَى قِبَالِهِمَا وَ أَسْوَاقِهِمَا وَ مَحَالِهِمَا وَ الرَّبِضِ الَّذِي يَنْزِلَانِهِ فَيَسْأَلُ عَنْهُمَا فَيَذْهَبَانِ وَ يَسْأَلَانِ فَإِنْ اتَّوَا خَيْرًا وَ ذَكَرُوا فَضْلًا رَجَعُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ (ص) فَاحْتَرَاهُ أَحْضَرَ الْقَوْمَ الَّذِي اتَّوَا عَلَيْهِمَا وَ أَحْضَرَ الشُّهُودَ فَقَالَ لِلْقَوْمِ الْمُتَمَنِّينَ عَلَيْهِمَا هَذَا فَلان بن فلان وَ هَذَا فلان بن فلان ا تَعْرِفُونَهُمَا فَيَقُولُونَ نَعَمْ فَيَقُولُ إِنْ فَلان وَ فَلانَا جَاءَانِي عَنْكُمْ فِيمَا بَيْنَنَا بِجَوْبِ وَ ذَكَرَ صَالِحٍ أَفَكَمَا قَالَا فَإِنْ قَالُوا نَعَمْ قَضَى حَبْتَهُمَا بِشَهَادَتِهِمَا عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ فَإِنْ رَجَعَا بِخَيْرٍ سَبِيٍّ وَ ثَنَاءٍ قَبِيحٍ دَعَا بِهِمْ فَيَقُولُ أ تَعْرِفُونَ فَلان وَ فَلانَا فَيَقُولُونَ نَعَمْ فَيَقُولُ أَفَعُدُوا حَتَّى يَحْضُرَا فَيَحْضُرُونَ فَيَحْضُرُهُمَا فَيَقُولُ لِلْقَوْمِ أ هُمَا هُمَا فَيَقُولُونَ نَعَمْ فَإِذَا ثَبَتَ عِنْدَهُ ذَلِكَ لَمْ يَهْتِكْ (سِتْرَ الشَّاهِدِينَ) وَ لَا عَابَهُمَا وَ لَا وَبَحَهُمَا وَ لَكِنْ يَدْعُو الْخُصُومَ إِلَى الصَّلْحِ فَلَا يَزَالُ بِهِمْ حَتَّى يَصْطَلِحُوا لئَلَّا يَفْتَضَحَ الشُّهُودُ وَ يَسْتُرَ عَلَيْهِمْ وَ كَانَ رُوْفًا رَحِيمًا عَطُوفًا عَلَى أُمَّتِهِ فَإِنْ كَانَ الشُّهُودُ مِنْ أَخْلَاطِ النَّاسِ غَرَبَاءَ لَا يَعْرِفُونَ وَ لَا قَبِيلَةَ لَهُمَا وَ لَا سُوقَ وَ لَا دَارَ أَقْبَلُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ فَقَالَ مَا تَقُولُ فِيهِمَا فَإِنْ قَالَ (مَا عَرَفْنَا) إِلَّا خَيْرًا غَيْرَ أَنَّهُمَا قَدْ غَلَطَا فِيمَا شَهِدَا عَلَى أَنْفَدَ شَهَادَتَهُمَا وَ إِنْ جَرَّحَهُمَا وَ طَعَنَ عَلَيْهِمَا أَصْلَحَ بَيْنَ الْخُصَمِ وَ حَضَمِهِ وَ أَحْلَفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَ قَطَعَ الْخُصُومَةَ بَيْنَهُمَا (حَرْ) عاملي، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۳۱).

۲. در باب ۱۲ (باب حکم تعارض البیتین و ما ترجح به احدهما و ما يحکم به عند فقد الترجیح) روایت سوم از امام صادق(ع): ان امیر المومنین(ع) اختصم الیه رجلان فی دابة و کلاهما اقاما البینة انه انتجها قضی بها للذی فی یده و قال لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین (حَرْ) عاملي، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۵۰).

۳. در باب ۲۲ (باب ما يجب الاخذ فيه بظاهر الحكم) از امام صادق(ع): سألته عن البينة اذا اقيمت على الحق ايحل للقاضي ان يقضى بقول البينة (اذا لم يعرفهم من غير مسألة) فقال: خمسة اشياء يجب على الناس ان ياخذوا فيها بظاهر الحكم الولایات و التناكح و الموارث و الذبائح و الشهادتات فاذا كان ظاهره مامونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه.

حق و اجرای عدالت و جلوگیری کردن از تضییع حقوق آحاد است و روایات در مقام بیان اموری که لازمه تأمین این مهم هستند، قید محضر قاضی و مشافهه قاضی را ذکر نموده‌اند؛ بدین ترتیب اطلاق ادله از این جهت ثابت شده و مقدمات حکمت در اینجا تمام می‌شود. اگر گفته شود از روایات نمی‌توان اطلاق‌گیری کرد چون در آن زمان موضوع دادرسی مجازی وجود نداشته و در واقع شارع در مقام بیان از این جهت نبوده است. در پاسخ لازم است گفته شود:

اگر مجاز به معنای عدم حضور و عدم مشافهه و عدم معاینه باشد وقتی قید حضور از ادله به دست نیاید می‌توان گفت شارع مطلقاً حضور و عدم حضور را پذیرفته است و از جمله مجازی بودن هم ممضاه است. تذکر یک نکته در همین جا لازم است و آن اینکه با وجود کثرت روایات قضا و دادرسی و کثرت ابتلای متشرعه به امر قضا اگر شارع دادرسی حضوری را لازم می‌دانست می‌فرمود و در واقع شارع در مقام بیان همه مقررات دادرسی بودند و اگر لازم بود، می‌فرمودند که لازم است مترافعین نزد قاضی بیایند اما نفرمودند. این که متهم نزد قاضی نباشد فرض محال نیست و اگر شارع چنین دادرسی را مشروع و نافذ نمی‌دانست قطعاً متذکر می‌شد. ولی این معنا در منطوق و نه در مفهوم و نه در سیاق کلی احادیث باب مشاهده نگردیده است؛ اما اگر مجاز به معنای عدم حضور نباشد، اساساً اشکال منتفی است. چرا که وقتی ملزومات دادرسی مجازی در حد مکفی فراهم شود و ارتباط شهود و طرفین دعوی با قاضی به مثابه یک ارتباط حضوری برقرار باشد می‌توان ادعا کرد دادرسی مجازی شیوه نوین دادرسی حضوری است. هر چقدر امکانات این قبیل جلسات الکترونیک ارتقا یابد و احاطه ناشی از یک جلسه غیر الکترونیک به جلسه الکترونیک انتقال یابد می‌توان به استناد طریقت «حضور» دادرسی مجازی را تأیید شرعی نمود و در ضمن از مواهب متعدد آن نیز بهره‌مند شد. ضمناً باید توجه داشت تتبع لغت «حضور» با

روش استقرا در روایات قضا و شهادت نشان می‌دهد:

الف) حضور حاکم در روایات در مقابل تعذر حاکم به معنای فقدان حاکم است و به معنای جلسه حضوری حاکم در مقابل جلسه مجازی حاکم نیست. این مطلب از سیاق روایات قضا و شهادت فهمیده می‌شود. یعنی یا طرفین دعوا دسترسی به حاکم ندارند (تعذر) و یا دارند که مقررات دادرسی قاضی در متن روایات آمده است.

ب) حضور مدعی یا متهم در روایات در مقابل حکم علیه غائب به کار رفته است که به معنای عدم دسترسی و متعذر بودن (نه متعسر بودن) حضور مدعی یا مدعی علیه است. در واقع حکم علیه غائب به معنی متهمی است که در دسترس نیست و غائب است نه یعنی به شکل غیر حضوری به وی دسترسی هست.

ج) واژه «عند الحاکم یا عند الامام» و «لدى الحاکم یا عند الامام» و «حضور الحاکم یا حضور الامام» در روایات به کار نرفته است.

د) «احضار» و «یحضرون» که برای حضور یافتن طرفین دعوا به کار می‌رود. در واقع به معنای مراجعه و ارجاع ایشان به محکمه است و به معنای تحقق شرط حضور نیست. به عنوان مثال مرحوم سیداحمد خوانساری معتقد است بنا به اطلاق ادله قسم دادن مدعی علیه به اذن قاضی و در مجلس قضا باشد و می‌تواند بین خود متخاصمین بدون حضور قاضی باشد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶، ص ۳۳) و یا مرحوم شیخ انصاری معتقد است احضار مدعی علیه به محکمه به دنبال درخواست مدعی برای احضار وی و گرفتن جواب، از وظایف حاکم است (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۸۶) یافته‌های از این قبیل نشان می‌دهند حضور و احضار به معنای حضور و احضار در محکمه است و انجام محاکمه به شکل حضوری است نه اینکه حضور یافتن از ارکان محاکمه و شرط دادرسی باشد.

بر این مطالب، ممکن است چهار اشکال فقهی و اصولی وارد شود که در

ذیل به اشکالات مفروضه پاسخ خواهیم داد:

اولاً؛ ممکن است گفته شود که در تمام این موارد از بیان در لسان روایات، انصراف ظهوری «حضور حاکم» وجود داشته باشد و در نتیجه روایات از این جهت اطلاق ندارند؛ در پاسخ خواهیم گفت انصراف در جایی شکل می‌گیرد که برای لفظ چند معنا و برای موضوع چند حالت متصور باشد و معذک انصراف به یک معنای خاص یا حالت خاص رخ داده باشد و منشاء آن می‌تواند انس ذهنی یا غلبه وجودی فرد یا مصداق خاص باشد (صدر، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۴۳۱ / مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۲۰۴-۲۰۵ / جزایری، ۱۳۹۳، ج ۳، ص ۷۲۹)؛ این درحالی است که در زمان بیان روایات غلبه وجودی برای قضاوت حضوری متصور نیست و هر چه بوده حضوری است. در نتیجه ادعای انصراف روایات به دادرسی حضوری صحیح نمی‌باشد.

ثانیاً؛ اشکال دیگری که ممکن است بیان شود آن است که در زمان صدور روایات، فرض دادرسی غیرحضوری وجود نداشته است و در نتیجه جواز یا عدم جواز دادرسی غیرحضوری از امام معصوم (ع) پرسیده نشده و چنین موضوعی اساساً مطرح نشده است. در پاسخ باید گفت؛ رسالت امام (ع) و جایگاه احادیث به خودی خود فرازمانی و فرامکانی بوده است؛ لذا وقتی در هیچ یک از روایات شرط حضوری بودن محاکمه گذاشته نشده است، نتیجه آن می‌تواند حکم را برای زمانی که امکان دادرسی مجازی و غیرحضوری وجود دارد، مشخص کند و به دادرسی مجازی مشروعیت ببخشد.^۱

ثالثاً؛ حتی اگر تصور شود، نظر به ملاکاتی که مورد توجه امام (ع) است قضاوت و دادرسی باید به طور حضوری و فیزیکی انجام شود و ارتکاز متشرعه نیز همین معنا است و دلالت روایات برای قضاوت حضوری بوده است و بس؛ در پاسخ باید گفت می‌توان برای پاسخ به مصالح زمان معاصر

۱. روایات متعدد از این قبیل وجود دارد «حتی جاء محمد (ص) فجاء بالقرآن و شریعته و منهاجه فحلاله حلال الی یوم القیامه و حرامه حرام الی یوم القیامه» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۱۱، ص ۵۶).

از لزوم سرعت بیشتر در دادرسی تا اهمیت اجرای عدالت و احقاق حق در شرایطی که قضاوت حضوری ممکن نیست و یا مخاطرات عقلایی دارد به ظرفیت قابل توجه «اجتهاد در زمان و مکان» روی آورد. در این صورت تبدیل موضوع و قیود موضوع (چه به‌نحو توسعه چه به‌نحو تضییق) و نیز توسعه مناطات باعث می‌شوند احکام فردی و اجتماعی در دو حیطه واقعی و ظاهری تغییر کنند. به‌عنوان مثال در دعاوی خانوادگی، موضوعی مانند دعوای نفقه در شرایط کنونی که مشکلات اقتصادی وجود دارد و زوج نمی‌تواند همه نیازهای مالی زوجه را برطرف نماید، نفقه ادامه تحصیل زوجه، مقدمه واجب اشتغال زوجه در آینده جهت برطرف نمودن نیازهای مالی اش است؛ لذا نفقه ادامه تحصیل زوجه با توجه به علتی که بیان شد، موضوع نفقه را توسعه بخشیده و از مصادیق نفقه به‌شمار آید. در اینجا مسلم است حضور فیزیکی طرفین نمی‌تواند مورد اعتنای شارع باشد و بررسی مدارک تحصیلی و مستندات اولیه زوجین امر را برای قاضی معلوم می‌کند. رابعاً؛ در روایات کتاب قضاوت، بابی به‌عنوان «ما یجب الاخذ فیه بظاهر الحکم» وجود دارد که قاعده‌ای کلی از این باب قابل استفاده است. در این روایات^۱ از حاکم خواسته شده است به ظاهر حال و قرائن در مواضعی مانند تناکح و انساب (غیرکیفری) اکتفا نماید. تحقیق در این زمینه مجال دیگری می‌طلبد ولی می‌توان منع شارع از جزیی‌نگری و لزوم اعتنای به ظواهر دارای حجیت را به‌دست آورد. نتیجه آن که در موضوع دادرسی الکترونیکی اگر ظواهر قرائن و مستندات می‌توانند محکمه‌پسند باشند، می‌تواند فارغ از قید حضور و مواجهه قاضی را به صدور رأی برسانند و در نتیجه قاعده اکتفا به ظواهر در دعاوی خانواده می‌تواند مورد استناد قرار گیرد.

۱. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ النَّبِيَّةِ إِذَا أَقِيمَتْ عَلَى الْحَقِّ أَيْجَلُ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِقَوْلِ النَّبِيَّةِ إِذَا لَمْ يَعْرِفْهُمْ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ فَقَالَ خَمْسَةَ أَشْيَاءَ يَجِبُ عَلَى النَّاسِ أَنْ يَأْخُذُوا فِيهَا بِظَاهِرِ الْحُكْمِ الْوَلَايَاتِ وَ التَّنَاحُحِ وَ الْمَوَارِيثِ وَ الذَّبَائِحِ وَ الشَّهَادَاتِ إِذَا كَانَ ظَاهِرُهُ ظَاهِرًا مَأْمُونًا جَازَتْ شَهَادَتُهُ وَ لَا يَسْأَلُ عَنْ بَاطِنِهِ وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ نَحْوَهُ وَ ذَكَرَ الْأَنْسَابُ مَكَانَ الْمَوَارِيثِ (حَرَّ عَامِلِي، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۹۰).

خامساً؛ تحقیق پیرامون غایت و علت در مقررات شرعی کیفیت قضا و دادرسی نشان می‌دهد. هدف شارع، امور رئیسیه مانند منع از هدر رفتن خون، عرض و مال مسلمان است و سایر امور، تشریفات قضا و یا حداکثر اسباب و طرق نیل به این اغراض محسوب می‌شوند. قواعدی مانند قاعده احترام- اعم از مال و جان مسلمان- و قاعده حرمت جان، مال، عرض و عمل مسلمان، دستگاه قضا را مکلف به صیانت از این رئوس نموده و مسلماً در برابر مقررات اجرایی باید اولویت را به این امور داد. عناوینی مانند «لایصلح ذهاب حق احد» و «لئلا لایبطل دم امرء المسلم» در روایات، اهتمام شارع را رسانده و به این قبیل امور موضوعیت می‌بخشد. در نتیجه حتی اگر استشمام شرط حضور در محکمه از ادله بشود- البته این مطلب قابلیت اثبات تاکنون در روایات نداشته است- در تزاخم میان احقاق حق و تأمین شرط حضور، مسلماً اولویت با ملاک برتر (از مرجحات باب تزاخم) یعنی تأمین حقوق مترافعین است؛ ولو به طریق غیرحضوری برای قاضی و طرفین دعوا باشد.

۵.۱.۲. نظرات فقها

آراء فقها در تبیین کیفیت حکم و قضا از جهت تبیین شرط حضور به دو قسم است: اکثریت اقوال به این موضوع پرداخته‌اند و برخی از فقها که به این موضوع توجه نموده‌اند به طور بدیهی شرطیت حضور را نفی نموده‌اند. به قطع می‌توان گفت قسم اول که به تمام تفاسیل مقررات قضا پرداخته‌اند، ولی سخنی از این موضوع نغیاً یا ایجاباً به میان نیاورده‌اند و عدم شرطیت را مفروض دانسته‌اند؛ چرا که این مطلب نه در خلال روایات مطرح شده و نه به تأیید عقل قطعی می‌رسد. هر چند نمی‌توان منکر مزایای محکمه حضوری شد ولی وقتی قوانین فقهی ما علم قاضی را مستقل از بینه حجیت می‌دهد و همه ادله و امارات^۱ را در

۱. اماره نوعاً کاشف از علم است و مرحوم نراقی فرموده است: مطلق الاماره المنتهی الی العلم علم ایضا و مثلاً خیر واحد هم علم آور است (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۳۷۷)؛ در نتیجه می‌توان گفت اماره در خدمت کشف از حقیقت است همان طور که علم چنین است.

خدمت کشف حقیقت قرار می‌دهد، قاعدتاً نمی‌توان لزوم و شرطیت برای موضوع محکمه حضوری قائل شد. به تعبیر مرحوم کاشف‌الغطاء نباید برای مواجهه و حضور، اعتبار ذاتی در نظر گرفت. ایشان می‌فرماید: حضور و مواجهه نزد قاضی، از اعتبارهای حکم حاکم است نه اینکه اعتبار ذاتی داشته باشد و در تحقق قضاوت شرط نیستند.^۱ لذا در نظر فقهای امامیه، نقش حضور در محکمه کارکردی طریقی بوده است؛ بدین معنا که برای مثال، از اسباب احراز عدالت در بینه می‌باشد. نه اینکه این احراز موکول به حضور در نزد قاضی باشد. مرحوم محقق سبزواری در این باره می‌فرماید: در بحث بینه و شاهد چنین است که بینه موجب حصول اطمینان نوعی (و نه شخصی) به مفادش شده و مانند علم حجت عقلایی محسوب می‌شود و اینکه گفته می‌شود حجیت بینه نیازمند اقامه آن در محضر حاکم است به این دلیل است که غالباً احراز عدالت بینه در صورت حضور در نزد حاکم رخ می‌دهد نه اینکه احراز همه جهات دادرسی مشروط به حضور در نزد حاکم باشد.^۲ حقیقتاً چنین است که غالباً حضور نزد قاضی، این احراز را بیشتر ممکن می‌سازد؛ اما اینکه احراز صدق، امانت، عدالت و جزم منوط به حضور و مشافهه باشد به درک عقل نمی‌آید. از همین جا کارکرد حضور هم معلوم می‌شود که طریقت دارد. در واقع محکمه موظف است ادله ایجابی یا سلبی وجود یا عدم حق را بررسی کند و سپس در مطابقت با قوانین حکم نهایی را صادر کند. این بررسی می‌تواند بدون حضور فیزیکی هم انجام شود؛ مگر آن که خلاف آن در مواردی به گواه عرف و تعیین حاکم معلوم گردد.

۱. لا يعتبر في تحقق معناها حضور الحاكم و لا مواجهة الخصمين و انما هذه الخصوصيات معتبرة في مقام اعتبارها في الخصومة و حكم الحاكم بها لا في مقام اعتبارها بذاتها (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲، ص ۱۱۳).

۲. «إن البينة توجب حصول الاطمئنان النوعي بمفادها، و هو حجة عقلائية كالعلم، و القول باختصاص حجيتها بما إذا قامت لدى الحاكم الشرعي إنما هو لأجل أن إحراز العدالة المعتبرة فيها، و سائر جهات الشهادة لا تثبت غالباً إلا عنده، لا أنه على فرض إحراز جميع الجهات لا تكون معتبرة إلا لديه» (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷، ص ۷۱).

۵-۲. امکان‌سنجی توسعه مفهوم حضور در دادرسی

به‌رغم آن‌که شرطیت «حضور» در دادرسی، از طریق بررسی ادله و آرای فقها ثابت نشد اما برای آن‌که برخلاف قدر متیقن از شرایط قضاء و محکمه رأی نداده باشیم می‌توان همین مفهوم حضور را در دادرسی توسعه بخشید. زیرا آن‌چه در بحث دادرسی الکترونیکی کارگشا می‌باشد، نیل به توسعه مفهوم حضور می‌باشد. توضیح بیشتر آن‌که، در صورت توسعه مفهوم حضور، اشراف و احاطه قاضی از طریق ویدئو کنفرانس تأمین می‌شود، لذا تمام آثار محکمه حضوری نیز به دست می‌آید. در این امکان‌سنجی توسعه معنای حضور، می‌توان این موضوع را در بحث حلف و استحلاف مورد واکاوی قرار داد. مرحوم گیلانی رشتی در این باب در کتاب خود آورده است: «مرحوم صاحب شرایع معتقد است؛ استحلاف فقط در مجلس قضا صحیح است؛ مگر در صورت عذر (بیماری و مانند آن) یا زنی که امتناع از حضور در مجمع رجال دارد که در این صورت برای وی نایب قرار می‌دهد تا نایب قاضی وی را در منزلش قسم بدهد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۸۰) مرحوم محقق رشتی در تبیین نظر صاحب شرایع معتقد است؛ منظور از مجلس قضا یا مجلس نوعی (محکمه) یا شخصی (محل وقوع خصومت) است که متبادر از مجلس قضاء همان معنای اول (محکمه) است و نیز متبادر از حلف در مجلس، حلف به شرط حضور حاکم است هر چند حلف در مجلس قضا یعنی چه حاکم حضور داشته باشد یا خیر؛ سپس ایشان برای عبارت شرایع و معنای مجلس قضا چند احتمال را مطرح می‌کند؛ از جمله آن‌که:

الف) وقوع حلف در حضور حاکم، چه حاکم در مجلس قضا (نوعی یا شخصی) باشد چه جای دیگر باشد؛

ب) وقوع حلف در مجلس قضا، چه حاکم باشد چه نباشد؛

ج) وقوع حلف در حضور حاکم و در مجلس قضا که قدر متیقن همین

است؛

د) احتراز از حلف در بیت.

در هر صورت تعیین یکی از این احتمالات مشکل است، مسئله هم مستند ندارد. البته قدر متیقن آن است که حلف بدون حضور حاکم و بدون مجلس قضا ارزش ندارد به دلیل آن که احکام قضاوت توقیفی است و اطلاق ادله یمین ثابت نمی‌شود؛ ضمن اینکه طریق رایج بین مسلمانان در استحلاف بدین شکل است»^۱.

لذا می‌توان با الغاء خصوصیت از مبحث «حلف و استحلاف»، این بحث را برای انواع دادرسی مورد استناد قرار داد توضیح بیشتر آن که مرحوم محقق حلی معذوریت‌های زنان را برای استنابه به معنای عدم حضور در جلسه رسمی دادرسی پذیرفته است. مرحوم محقق رشتی نیز احتمالات مختلف را حتی بدون حضور حاکم پذیرفته است. عدم حضور حاکم و حضور طرفین دعوا در مجلس قضا و عدم حضور طرفین دعوا در مجلس ولی حضور حاکم در مجلس قضا، دو حالتی هستند که رخصت مترافعین را به دنبال دارد؛ البته قدر متیقن حضور هر قاضی و طرفین دعوا در مجلس قضا است.

۱. «قال فی الشرائع: لا یستحلف الحاکم أحدا إلا فی مجلس القضاء الا مع العذر كالمرض المانع و شبهه، و حیثینذ فیستنبی الحاکم من یحلفه فی منزله، و کذا المرأة التي لا عادة لها بالبروز الی مجمع الرجال و الممنوعة بأحد الاعذار. و اعلم أن المراد بالاستحلاف فی العبارة و فی أحادیث الباب و کلمات الأصحاب هو الحلف عن طلب کالاستنباط، لا مجرد طلب الحلف أو الاذن بناء علی کون الاستفعال لمجرد طلب الفعل حصل أو لم یحصل، لان الاستفعال أحد إطلاقاته ما ذکرناه من تحصیل الفعل عن طلب، و أمثله كثيرة، و هو المراد، لأن الاذن فی الحلف الظاهر أنه لا یعتبر فیہ المجلس، فلو أذن فی غیره و حلف فیہ أجزأ علی القول باعتبار المجلس. ثم المراد بمجلس القضاء اما المجلس النوعی و هو ما بنی للقضاء فیہ و اما المجلس شخصی و هو ما وقع فیہ الخصومة و الدعوی. و المتبادر من العبارة هو الأول، و حیثینذ فالمتعتبر هو وقوع الحلف فیہ حضر الحاکم أم لا، و علی الثاني فالمتبادر اشتراط الحضور. و کیف كان ففی العبارة احتمالات: أحدها أن یكون المقصود وقوع الحلف فی حضور الحاکم، سواء كان الحاکم فی مجلس القضاء النوعی أو شخصی أو لم یحضر. و الثالث أن یكون الحلف فی مجلس الحکم و حضور الحاکم و هذا أخص من الأولین، و الرابع الاحتراز عن الحلف فی البیت لا فی حضور الحاکم و لا فی مجلس القضاء. و تعیین أحد الاحتمالات علی وجه یتعین القول به احتمالا و منحلا مشکل. ثم المسألة لا مستند لها فی الأدلة. و کیف كان فالقدر المتیقن من هذه العبارة و أمثالها هو عدم جواز حلف الحاکم إلا فی بیته، بمعنی عدم سقوط حلف المدعی بذلك بدون حضور الحاکم و بدون أن یكون فی مجلس القضاء. و هذا یمکن الاستدلال علیه بتوقیفیة القضاء و عدم ثبوت إطلاق أدلة الیمین باعتبار ورودها فی مقام بیان أصل المیزان، مضافا الی الطريقة المألوفة المعهودة بین المسلمین من عدم الاستحلاف إلا فی مجلس الحکم و المرافعة.» (گیلانی رشتی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۲۸۴).

این احتمالات متنوع، احتمالاتی هستند که برای دادرسی الکترونیکی هم می‌توان قائل شد؛ به ویژه آن‌که در این روایات تصریح به شرطیت مجلس قضاء نشده است.

برخی از فقها این موضوع را موکول به احتمال نموده‌اند و به‌طور قطع اشتراط حضور را نفی نموده‌اند و معتقدند: «نباید گفت اقرار در روایت بدون حضور حاکم معتبر نیست زیرا دلیلی بر اختصاص اعتبار نزد حاکم بودن نداریم و اطلاق روایت این مطلب را نمی‌رساند. درست مثل نقش بینه در کشف واقع که این نقش هم در حضور و هم عدم حضور حاکم حاصل می‌شود؛ البته وقتی بینه نزد حاکم برود بر اساس آن حکم می‌شود و آثاری بر آن مترتب می‌شود و قاعدتا در غیر ارجاع امر به حاکم این آثار مترتب نمی‌شود»^۱. البته ممکن است این اشکال مطرح شود که طبق این نظریه، ارائه بینه نزد حاکم در مقابل غیرحاکم است و بحث توسعه حضور در این پژوهش، حضور غیرحاکم نیست، بلکه حضور حاکم است در حالی که توسعه یافته باشد. در پاسخ باید گفت: این اشکال نیز قابل رفع است؛ زیرا وقتی ارکان دادرسی در هر صورت حجیت دارند (چه در محضر حاکم و چه در محضر غیرحاکم) و فقط نیازمند ارجاع به حاکم برای صدور حکم هستند حاکم می‌تواند در هر شرایط از مراحل دادرسی از استماع دعوی تا تلقی بینه و ملاحظه امارات، از طریق ویدئو کنفرانس، ادله و مستندات را به‌دست آورد و براساس آنها رأی بدهد؛ لذا توسعه حضور به معنای توسعه

۱. لایقال: بأن ما فی الروایه من الإقرار بأن أحدهما للمدعی یستفاد منه کونه لدی الحاکم، إذ التداعی والإقرار ونحو ذلك إنما یكون فی حضور الحاکم و لا عبرة بتلك الأمور لولا حضوره، فالأمر مرجوع إلی الحاکم و هو خارج عن البحث، لما أشیر إلیه آنفاً، فلا بد الآن من بیان ما لم یرفع الأمر إلیه، فلا مجال للتعدی من ذلك الخبر إلیه. لأننا نقول: لا دلیل علی اختصاص اعتبار تلك الأمور فیما إذا كانت عند الحاکم، و لا شهادة فی إطلاق الروایة أنها كانت لدیه، إذ هی نظیر البینه كما أنها حجة لدی الحاکم و المخاصمة عنده، كذلك حجة لدی غیره و معتبرة عنده، نعم یفصل بهای بالتداعی و الإقرار و نحو ذلك بین الخصمین ظاهراً فیما یرفع الأمر إلی الحاکم، فإذا حکم بحکم، یحکم بأنه لازم الاتباع للخصمین و بأنه نافذ ظاهراً فی حق جمیع الناس، و أما واقعا فلا تبرأ ذمة الکاذب إلا بأداء ما عنده من مال الغیر إلیه، و كذلك هنا لو حکم بالتوزیع مع علم بعضهم بعدم الاستحقاق» (محقق داماد، ۱۴۱۸، ص ۳۰۹).

مفهوم ارجاع امر به حاکم خواهد بود. ضمن اینکه مفهوم ارجاع، ملازمه‌ای با دادرسی حضوری و فیزیکی ندارد.

همچنین مشابه توسعه معنای حضور، در توسعه معنای علم در شهادت - این که شهادت باید مستند به علم باشد - نیز چنین استدلالی وجود دارد. یکی از فقهای معاصر در بررسی این مطلب می‌فرماید: «در این موضوع دو رأی وجود دارد و در مقابل رأی صاحب ریاض، صاحب جواهر به چند دلیل معتقد است این توسعه هیچ معنی ندارد. از جمله اینکه اگر شهادت به مشاهده بود ما نباید می‌توانستیم شهادت به نصب امیرالمومنین علی (ع) در واقعه غدیر بدهیم و نباید شهادت اعمی جایز می‌بود و اصلاً نباید شهادت اخبار بدون مدخلیت حضور جازم باشد، حال آن که علم ضروری حاصل از خبر متواتر، مثل علم عینی در شهادت است» و اصلاً در آیات قرآن نیز این معنا وجود دارد و مثلاً در دلالت آیه «شهدالله انه لاله الا هو و الملائكة»، مراد از شهادت الهی، منظور مشافهه خداوند و مشاهده عینی نیست» (سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۳۲-۳۳۳). البته شهادت در کلام فوق، شهادت اصطلاحی نیست که که بخواهیم در محکمه شهادت به نصب حضرت (ع) بدهیم، ولی قابل استفاده از طریق تنقیح مناط هست. یعنی ملاک در اصل تلقی و قبول وقوع یک معنا ولو بصری، بصری و شهودی نیست و از غیر شهود نیز می‌توان به وقوع حادثه‌ای علم یافت و در نتیجه اعمی نیز می‌تواند علم به موضوع بصری بیابد. هر چند نمی‌خواهیم رأی دهیم شهادت اعمی در امور بصری پذیرفته است.

لذا توسعه معنای حضور نیز همین مبنا را دارد. هرگاه عواملی بتواند درک حضوری حاکم نسبت به مفاد بینه و اظهارات ترافعی طرفین دعوا و اقرار و تصدیق را میسر کند در واقع حضور حاکم فراهم شده بدون آن که تلاقی خارجی حاکم و سایر ارکان دادرسی (حضور فیزیکی) فراهم شده باشد. این معنا که به سهولت به درک عقل می‌آید در فتوای معاصرین نیز منعکس

است. از جمله در استفتایی از محضر آیت‌الله مکارم شیرازی چنین آمده است: «در زمان گذشته و همچنین در پاره‌ای از کشورها، مدعی ادله اثباتی خود را به حاکم داده و به دستور حاکم تصویر این مدارک برای مدعی علیه ارسال شده و پاسخ وی را می‌خواهند. پس از وصول اظهارات مدعی علیه، چنانچه حاکم موضوع را کافی بداند، بدون احضار طرفین، حکم لازم را صادر می‌کند. آیا این نوع روش دادرسی، مبیئتی با اصول و مبانی شرع مقدس ندارد؟ جواب: در صورتی که به خاطر کمبود وقت و مشکلات دیگر، احضار طرفین میسر نشود، استفاده از این روش مانعی ندارد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۱۴۱-۱۴۲)؛ لذا در این بررسی جواز توسعه مفهوم حضور، فهمیده می‌شود. یعنی حتی اگر به استناد سیره مسلمین و رویه دیرین دادرسی لزوم حضور حاکم و محکمه ثابت شود به ضرورت عقل نیز می‌توان این مفهوم را توسعه بخشید؛ همچنان که معنای علم در شهادت شاهد توسعه می‌یابد؛ یعنی همان‌طور که حضور فیزیکی و خارجی، حضور است حضور از طریق ابزارهای ارتباطی معاصر همچون ویدئو کنفرانس نیز، حضور است.

۶. ظرفیت‌های حقوقی دادرسی الکترونیک در دعاوی

در این قسمت به منظور امکان‌سنجی تشکیل جلسه رسیدگی به صورت الکترونیک در محاکم، لازم است به بررسی ظرفیت‌های حقوقی در نظام حقوقی ایران پرداخته شود. به صورت کلی، در فصل هشتم در قانون برنامه پنج ساله توسعه (۱۳۹۰-۱۳۹۴) در مواد ۲۱۱ و ۲۱۲ به ذکر مصادیقی از کیفیت دادرسی نظیر، تسریع در رسیدگی (بند ج ماده ۲۱۱)؛ ارتقای کیفیت رسیدگی به پرونده‌ها (بند ز ماده ۲۱۱)، افزایش سرعت و کارایی در ارائه خدمات حقوقی (بند ح ماده ۲۱۱)، طراحی سامانه الکترونیکی کاهش زمان دادرسی و استانداردسازی زمان دادرسی (بند ک ماده ۲۱۱) پرداخته است.

به‌طور خاص نیز؛ قانون‌گذار در ماده ۶۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری چنین مقرر داشته است: «به کارگیری سامانه‌های ویدئو کنفرانس و سایر سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی به منظور تحقیق از اصحاب دعوی، اخذ شهادت از شهود یا نظرات کارشناسی در صورتی مجاز است که احراز هویت، اعتبار اظهارات فرد مورد نظر و ثبت مطمئن سوابق صورت گیرد». ماده ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی نیز بیان داشته: «چنانچه حضور شاهد متعذر باشد، گواهی به صورت مکتوب، صوتی - تصویری زنده و یا ضبط شده، با احراز شرایط و صحت انتساب، معتبر است».

بر اساس این دو ماده می‌توان نتیجه گرفت که قانونگذار، اصل به کارگیری ویدئو کنفرانس را در دعاوی پذیرفته است؛ لیکن به لحاظ حساسیت موضوع، آن را مقید به رعایت برخی شرایط نموده است.

پیرامون دعاوی حقوقی نیز، گرچه جواز استفاده از ویدئو کنفرانس در قوانین کیفری آمده؛ اما این موضوع بدین معنا نیست که نمی‌توان از این سامانه‌ها در دعاوی حقوقی استفاده کرد؛ زیرا اولاً منعی برای تسری این جواز از دعاوی کیفری به دعاوی حقوقی وجود ندارد؛ ثانیاً دعاوی کیفری به دلیل اینکه معمولاً به صورت مستقیم با نفس، عرض و ناموس انسان‌ها مرتبط است، حساسیت‌های ویژه‌ای می‌طلبد؛ اما همواره استفاده از ویدئو کنفرانس در این دعاوی جایز دانسته شده است؛ لذا به طریق اولی در آن دسته از دعاوی مانند دعاوی حقوقی که این حساسیت‌ها وجود ندارد، استفاده از ویدئو کنفرانس نباید با مانعی روبرو باشد.

ضمن اینکه ماده ۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی بیان داشته است: «اصحاب دعوی می‌توانند در جلسه دادرسی حضور یافته، یا لایحه ارسال نمایند». باتوجه به اینکه داشتن وکیل، امری الزامی نیست، می‌توان گفت که وفق این ماده، حتی اگر اصحاب دعوی، وکیل هم نداشته باشند، لازم نیست که حتماً در جلسه رسیدگی حاضر شوند و حضور فیزیکی ایشان موضوعیت

ندارد، بلکه لوایحی که ارسال می‌کنند، می‌تواند دادگاه را از حضور فیزیکی ایشان بی‌نیاز کرده و بر همان مبنا نیز جلسه رسیدگی برگزار و تصمیمات مقتضی اتخاذ گردد؛ با این مقدمات می‌توان به این نتیجه دست یافت که به موجب ماده ۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی، اصولاً حضور فیزیکی اصحاب دعوی در جلسه رسیدگی موضوعیت ندارد و الزامی نیست، لذا اگر اصحاب دعوی در جلسه رسیدگی حاضر نشوند. قانونگذار دو شیوه را پیش‌بینی کرده که دادگاه را از حضور ایشان بی‌نیاز می‌کند: ۱- ارسال لایحه؛ ۲- دادن وکالت به یکی از وکلای دادگستری؛ لذا همان‌طور که طبق ماده ۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی، ارسال لایحه از مصادیق حضور غیر فیزیکی است؛ پس استفاده از طریق ویدیو کنفرانس نیز مصداق دیگری از حضور غیر فیزیکی است، لذا بلامانع است. در نتیجه، اگر زمانی دستگاه قضایی تصمیم بگیرد که از سامانه‌هایی همچون ویدیو کنفرانس در دعاوی حقوقی بهره بگیرد، با قانون آیین دادرسی مدنی تعارضی ندارد؛ زیرا این قانون تاکنون دو شیوه را پذیرفته که به موجب آن اصحاب دعوا لازم نیست که حتماً به صورت فیزیکی در دادگاه حاضر شوند؛ پس این ظرفیت را دارد که شیوه سوم را نیز بپذیرد. البته باید توجه داشت وفق ماده ۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «... در مواردی که دادرسی، حضور شخص خواهان یا خوانده یا هر دو را لازم بدانند، این موضوع در برگ اخطاریه قید می‌شود. در این صورت، شخصاً مکلف به حضور خواهند بود»، حضور فیزیکی طرفین دعوا ضرورت دارد.

بنابراین می‌توان گفت یکی از علل سکوت قانون آیین دادرسی مدنی درباره استفاده از سامانه‌هایی همچون ویدئو کنفرانس، ریشه در در زمان تصویب این قانون دارد چرا که در زمان گذشته، استفاده از این سامانه‌ها رواج نداشته است و مشکلاتی از این قبیل همچون اطاله دادرسی و... فراروی سیستم قضایی کشور نبوده است.

حاصل سخن آن‌که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران طبق زیرساخت‌های حقوقی، استفاده از سامانه‌های ارتباطاتی همچون ویدیو کنفرانس در دعاوی کیفری بنابر تصریح قانون، با رعایت برخی شروط بلامانع است. در دعاوی حقوقی نیز گرچه استفاده از این سامانه‌ها پیش‌بینی نشده، اما می‌توان با بهره‌گیری از ماده ۶۵۹ قانون آیین دادرسی، از این سامانه‌ها با رعایت شروط و قیود این ماده، در دعاوی حقوقی هم استفاده کرد. این موضوع با ماده ۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز همخوانی دارد.

۷. ظرفیت‌سنجی دادرسی الکترونیک در دعاوی خانوادگی

چنان‌که گذشت، قانون‌گذار در دعاوی کیفری براساس مواد ۶۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی، اصل استفاده از سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی مانند ویدئو کنفرانس برای تحقیق از اصحاب دعوی، اخذ شهادت شهود و جلب نظر کارشناسی را پذیرفته است. در دعاوی حقوقی طبق قانون آیین دادرسی مدنی، نصوص قانونی موجود، استفاده از این سامانه‌ها را پیش‌بینی نکرده است اما همان‌طور که بیان شد طبق ماده ۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی، چنین ظرفیتی وجود دارد که جلسه دادرسی به‌صورت الکترونیک برگزار نمود. چرا که مطابق ماده ۹۳ و ۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی، حضور اصحاب دعوی در جلسه رسیدگی الزامی نیست و دادگاه می‌تواند بدون حضور ایشان به دعوی رسیدگی و حکم مقتضی را صادر نماید. از حکم این دو ماده می‌توان پی برد که حضور اصحاب دعوی در جلسه دادرسی از مصادیق تشریفات دادرسی است، نه اصول دادرسی؛ زیرا اگر حضور فیزیکی اصحاب دعوی از اصول دادرسی بود، آنگاه باید حتماً در جلسه دادرسی حضور می‌یافتند، حال که حضور ایشان الزامی نیست و صحت حکم محکمه را با مشکل مواجه نمی‌سازد، لذا باید نتیجه گرفت که حضور اصحاب دعوی در جلسه رسیدگی، مصداق

تشریفات دادرسی است.

از آن جا که دعاوی دادگاه خانواده از مصادیق دعاوی حقوقی است، پس اصولاً بهره‌گیری از ویدیو کنفرانس در دعاوی خانوادگی حکمی مشابه با به‌کارگیری این‌گونه امکانات در سایر دعاوی حقوقی دارد؛ البته رسیدگی به این دسته از دعاوی، حساسیت‌های ویژه‌ای دارد که آن را از سایر دعاوی متمایز می‌سازد؛ چراکه دادرسی خانواده از ویژگی‌های متفاوتی با سایر امور مدنی برخوردار است (بداغی، ۱۳۸۸، ص ۲۱)؛ به‌همین دلیل نیز قانونگذار بعضاً تمهیدات متفاوتی را برای آن اندیشیده است؛ توضیح آن که یکی از ویژگی‌های آیین دادرسی مدنی در دعاوی حقوقی، تشریفات بودن آن است (شمس، ۱۳۸۷، ص ۲۱)؛ لیکن حذف پاره‌ای از تشریفات دادرسی به‌موجب قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱)، امکان این را می‌دهد تا دادرسی الکترونیک در دعاوی خانوادگی با سهولت و سرعت بیشتری نسبت به دعاوی کیفری انجام شود؛ لذا باید گفت این امر در راستای اهداف دادرسی الکترونیک از جمله رفع اطاله دادرسی و تسریع در امور جاری دادگاه خانواده کارساز می‌باشد.

عدم رعایت تشریفات دادرسی مدنی در دادگاه خانواده آثار متعددی نظیر پذیرش سهل و آسان اعسار از هزینه دادرسی، ابلاغ سهل‌الوصول، صدور قرار تأمین خواسته با شرایط کمتر، صدور دستور موقت با فوریت بیشتر به‌دنبال دارد.، لذا حذف پاره‌ای از تشریفات دادرسی به‌موجب قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱)، این امکان را می‌دهد تا با بهره‌گیری از دادرسی الکترونیک در دعاوی خانوادگی با سهولت و سرعت بیشتری به دعاوی رسیدگی شود.

قانون‌گذار وفق ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ تصریح نموده: «رسیدگی در دادگاه خانواده با تقدیم دادخواست و بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود». در ماده ۹ همین قانون نیز بیان نموده است: «تشریفات و نحوه ابلاغ در دادگاه خانواده، تابع مقررات

قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است، لکن چنانچه طرفین دعوی طرق دیگری از قبیل پست، نمابر، پیام تلفنی و پست الکترونیک را برای برای این منظور به دادگاه اعلام کنند، دادگاه می‌تواند ابلاغ را به هر طریق انجام دهد در هر صورت، احراز صحت ابلاغ با دادگاه است.»؛ لذا از مهم‌ترین نتایجی که از تلفیق ماده ۸ و ۹ حمایت خانواده، حاصل می‌شود این است که قانونگذار رعایت تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی را جز در زمینه تقدیم دادخواست و شیوه ابلاغ، در دادگاه خانواده لازم ندانسته است (توکلی، ۱۳۹۷، ص ۵۸)؛ بدین ترتیب عدم لزوم تبعیت دادگاه خانواده از تشریفات دادرسی طبق مواد ۸ و ۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، چنین امکانی می‌دهد که نحوه برگزاری جلسه که از مصادیق تشریفات دادرسی است؛ به نحو الکترونیکی برگزار شود.

البته باید گفت جواز عدم رعایت تشریفات دادرسی در دعاوی دادگاه خانواده، موضوع جدیدی نیست، بلکه در ماده ۱ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ و همچنین در ماده ۸ لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب سال ۱۳۵۸ نیز پیش‌بینی شده است؛ اما در هیچ‌یک از این قوانین و حتی در قانون آیین دادرسی مدنی، تعریفی از اصول دادرسی و تشریفات دادرسی ارائه نشده است. این امر موجب گشته که بعضاً قضات در رویه قضایی، چندان به آن پایبند نباشند. این موضوع همچنین منجر به صدور آرای ناشی از سلاقی متفاوت و تعارض در آرا در دادگاه خانواده شده است (مهاجری، ۱۳۹۰، ص ۵۲-۵۴).

به نظر می‌رسد، بهتر بود که قانونگذار با افزودن یک تبصره به یکی از مواد ۸ یا ۹ قانون حمایت خانواده، منظور خود را از تشریفات دادرسی که رعایت آن در دعاوی خانواده لازم نیست، ارائه می‌داد؛ نظیر کاری که قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ انجام داده است. ماده ۱۸ این قانون درباره اصول دادرسی در شورای حل اختلاف بیان داشته: «رسیدگی شورا از حیث اصول و

قواعد، تابع مقررات قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری است. تبصره ۱ - اصول و قواعد حاکم بر رسیدگی شامل مقررات ناظر به صلاحیت، حق دفاع، حضور در دادرسی، رسیدگی به دلایل و مانند آن است...».

ماده ۱۹ این قانون نیز درخصوص تشریفات رسیدگی تصریح نموده: «رسیدگی شورا تابع آیین دادرسی مدنی نیست.

تبصره ۱ - منظور از تشریفات در این ماده، مقررات ناظر به شرایط شکلی دادخواست، نحوه ابلاغ، تعیین اوقات رسیدگی، جلسه دادرسی و مانند آن است...».

لازم به ذکر است با اینکه قانون شورای حل اختلاف، مصادیق تشریفات و اصول دادرسی را بیان کرده، اما نمی‌توان این مصادیق را در دعاوی خانوادگی نیز صادق دانست؛ زیرا این قانون در مقام صدور حکمی کلی درباره همه دعاوی و همه مراحل رسیدگی نبوده است و صرفاً در پی این است که مفهومی از تشریفات و اصول دادرسی در «شورای حل اختلاف» ارائه دهد.

البته می‌توان جهت تمایز تشریفات از اصول دادرسی، چنین معیاری قائل شد مبنی بر اینکه اگر تأثیر برخی مقررات دادرسی صرفاً در راستای پیشبرد دعاوی باشد و اگر آن دعوا بدون آن‌ها طرح و رسیدگی شود، عدم رعایت این مقررات، به حدی نیست که عادلانه بودن دادرسی را مخدوش کند. این مقررات تشریفات دادرسی را تشکیل می‌دهد؛ مانند مقررات راجع به هزینه دادرسی؛ اما دسته دیگری از مقررات، به گونه‌ای است که رعایت آنها در هر حال، لازم‌الاجرا و غیرقابل نقض است؛ مانند اصل بی‌طرفی دادرسی (بداعی، ۱۳۸۸، ص ۲۳)؛ به عبارت دیگر، اصول دادرسی، بر سایر مقررات حاکمیت دارد و بیانگر تحقق عدالت در حل و فصل دعاوی است (غمامی و محسنی، ۱۳۹۱، ص ۲۳)؛ اما تشریفات دادرسی علیرغم تأثیراتی که در

اجرای عدالت دارد، دارای چنان اهمیتی نیست که عدم رعایت آن موجب بی‌اعتباری رأی دادگاه شود. البته پاره‌ای از تشریفات، مقدمه اجرای اصول دادرسی است و نقض آن، بر صحت و اعتبار رأی صادره تأثیر می‌گذارد؛ مانند قرعه‌انداختن برای انتخاب کارشناس (بداعی، ۱۳۸۸، ص ۲۳).

توضیح بیشتر آن که یکی از مصادیق اصول رسیدگی، حق دفاع اصحاب دعوی است که به‌عنوان یک اصل بنیادین، به تحقق عدالت مربوط می‌شود و باید به صاحب حق تفهیم شود؛ اما نحوه اعلام این حق و چگونگی استماع دفاعیات، جزء تشریفات دادرسی است (عشق‌پور و حاتمی، ۱۳۹۵، ص ۱۳۴) بنابراین گرچه معمولاً نحوه استماع اظهارات اصحاب دعوی، به شیوه حضوری است، اما اگر اظهارات آنان از طریق امکاناتی همچون ویدیو کنفرانس استماع شود، خللی به اصول دادرسی وارد نمی‌شود و صرفاً در تشریفات دادرسی تغییراتی رخ می‌دهد؛ زیرا تحقق عدالت و حق بنیادین اصحاب دعوی خدشه‌دار نمی‌شود. این تغییر در تشریفات دادرسی، حتی مقدمه اجرای اصول دادرسی نیست. بنابراین بهره بردن از امکاناتی همچون ویدیو کنفرانس در دعاوی خانوادگی، تصرف در اصول دادرسی نیست، بلکه مصداق تصرف در تشریفات دادرسی است؛ لذا می‌توان اصولاً در این دعاوی از سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی استفاده کرد؛ زیرا نحوه برگزاری جلسه دادرسی، مصداق تشریفات دادرسی است، نه اصول دادرسی. البته این موضوع در بعضی از دعاوی خانوادگی همچون طلاق، حضانت، خلاف مصلحت است و صحت، دقت و عادلانه بودن آرای صادره را با تردید روبرو می‌کند. در بحث بعدی، به موانع و احتمالات پیش‌روی دادرسی الکترونیک در دعاوی خانوادگی پرداخته خواهد شد.

بنا به نظر برخی حقوقدانان، تأثیر برخی مقررات دادرسی صرفاً در راستای پیشبرد دعوی است و اگر دعوایی بدون آنها طرح و رسیدگی شود، عدم رعایت این مقررات، به‌حدی نیست که عادلانه بودن دادرسی را مخدوش کند. این مقررات تشریفات

دادرسی را تشکیل می‌دهد؛ مانند مقررات راجع به هزینه دادرسی؛ اما دسته دیگری از مقررات، به گونه‌ای است که رعایت آنها درهرحال، لازم‌الاجرا و غیرقابل نقض است؛ مانند اصل بی‌طرفی دادرس (بداغی، ۱۳۸۸، ص ۲۳)؛ به عبارت دیگر، اصول دادرسی، بر سایر مقررات حاکمیت دارد و نمودار مفاهیم کلی عدالت در حل و فصل دعاوی است (غمامی و محسنی، ۱۳۹۱، ص ۲۳) اما تشریفات دادرسی علی‌رغم تأثیراتی که در اجرای عدالت دارد، دارای چنان اهمیتی نیست که عدم رعایت آن موجب بی‌اعتباری رأی دادگاه شود.؛ البته پاره‌ای از تشریفات، مقدمه اجرای اصول دادرسی است و نقض آن، بر صحت و اعتبار رأی صادره تأثیر می‌گذارد؛ مانند قرعه‌انداختن برای انتخاب کارشناس (بداغی، ۱۳۸۸، ص ۲۳).

۸. محدودیت‌ها و موانع پیش روی دادرسی از طریق ویدئوکنفرانس

دادرسی الکترونیک در محاکم، با برخی حساسیت‌ها و مشکلات^۱ همراه است؛ لذا باید پیرامون دعاوی خاص و حساس با احتیاط بیشتری عمل نمود؛ به عنوان مثال، اگر در پی دادرسی الکترونیک در دعاوی خانواده، قاضی دادگاه با تسامح در تشخیص مصالح که ناشی استفاده از ویدئو کنفرانس است، حضانت طفل را به شخصی دهد که صلاحیت حضانت را نداشته باشد، احتمال ورود آسیب‌های جبران‌ناپذیر به کودک به میزان زیادی افزایش می‌یابد؛ چرا که دادرسی الکترونیک حداقل از سه جهت، عادلانه بودن دعاوی را مورد تردید قرار می‌دهد:

۱. قاضی در تشخیص صحت و سقم گفتارهای اصحاب دعوی با سختی زیادی روبرو می‌شود.

۱. استفاده از ویدئو کنفرانس در در دعاوی حقوقی، در دادگاه میشیگان ایالت متحده امریکا به صورت آزمایشی مطرح گردید تا در انتها نظر شهود، قضات و هیأت منصفه درباره کیفیت و نتیجه دادرسی اخذ گردد؛ اما بعضی مشکلات مانع توسعه این نحوه دادرسی گردید که عبارت است از:
- ریسک پذیر بودن استفاده از دادگاهی که تاکنون فردی از آن استفاده نکرده است.
- بی‌اطلاعی از هزینه‌های این دادگاه.
- بی‌اطلاعی از نحوه استفاده از این دادگاه (Ponte, 2003, v4, p75).

۲. انتقال احساسات توسط اصحاب دعوی به قاضی با مشکل مواجه می‌شود.

۳. اصحاب دعوی به‌طور کامل احساس نمی‌کنند که در دادگاه حضور دارند.

از نظر علم روانشناسی، دیدن چهره افراد درگیر دعوا از نزدیک، دارای آثاری است؛ از جمله اینکه به راحتی می‌توان استرس روانی آنان، حرکات صورت و دست، لرزش صدا و... را مشاهده نمود و این موضوع در تشخیص صحت و سقم کلام آنان مؤثر است؛ البته این تشخیص، در حضور فیزیکی بیشتر تحقق می‌یابد (مهرافشان، ۱۳۹۰، ص ۱۳۰) برای تشخیص صحت و سقم کلام در هر فردی، سه شاخصه روانی قابل بررسی است: صورت، بدن و صدا. رخنه‌پذیرترین این شاخص‌ها صدا می‌باشد. پس احتمال بیشتری می‌رود که دروغ گفتن شخص را از طریق صدایش دریابیم. در مقابل، اعضای بدن قابلیت کنترل بیشتری دارد؛ یعنی کمتر می‌توان از حرکات بدن، دروغگویی شخص را فهمید و «صورت» بین این دو شاخص وجود دارد. حرکت چشم، حرکت بدن و نداشتن تمرکز در نگاه کردن به یک نفر و مانند آن، لزوماً نشانگر دروغ و فریب نمی‌باشد. افراد دروغگو معمولاً چون می‌دانند که دیگران نسبت به حرکات بدنی آنها حساس هستند و از حرکات بدنی پرهیز می‌کنند. به همین جهت تمرکز بر حرکات صورت و بدن برای فهم دروغگویی، در اکثر موارد بی‌فایده است و باید بر صدای فرد تمرکز کرد (Roth, 2000, pp.207-208). جای سؤال است که صدای لرزان و فاقد کنترل که ناشی از دروغگویی باشد، چه زمانی ایجاد می‌شود؟ مسلماً افراد درگیر در دعوا وقتی با هم روبه‌رو و چهره‌به‌چهره شوند، این حالت بیشتر اتفاق می‌افتد و در صورتی که جلسه دادگاه از طریق ویدیو کنفرانس برگزار شود، آسان‌تر می‌توان دروغ گفت و قاضی نیز به سادگی این سخنان را باور می‌کند (مهرافشان، ۱۳۹۱، ص ۱۳۲).

از سویی، افراد به سختی می‌توانند احساسات خود را بر روی کاغذ بنویسند

و معمولاً مخاطب نگارش نیز احساسات نگارنده را به راحتی درک نمی‌کنند. وقتی که از نگارنده خواسته شود که همان مطالب را از طریق تماس تلفنی انتقال دهد، از نارسایی‌ها تا حدودی کاسته می‌شود و اگر از طریق ویدیو کنفرانس بخواهند به این امر مبادرت ورزند، نواقص کمتر می‌شود، اما باز هم تا حدودی نارسایی وجود که در مواجهه حضوری این نارسایی‌ها به حداقل می‌رسد. این موضوع دقیقاً درباره جلسات رسیدگی به دعاوی در محاکم نیز صدق می‌کند. اصحاب دعوی به سختی می‌توانند رفتارهایی را که با احساسات همراه بوده یا تابع احساسات بوده، از طریق ویدیو کنفرانس به قاضی منتقل کنند.

توضیح بیشتر آن که، ویدیو کنفرانس برای قاضی و کسانی که بارها موقعیت و شرایط دادگاه را تجربه کرده‌اند، استرس خاصی به همراه ندارد، اما برای شخصی که بار اول آن را تجربه می‌کند، دارای اثر روانی است و برای او استرس ایجاد می‌کند (همان، ص ۱۳۵). خصوصاً که در جامعه ما شهروندان زیاد به دادگاه مراجعه نمی‌کنند و ممکن است برای همان دفعات کم، تحت تأثیر استرس و بار روانی ناشی از ویدیو کنفرانس قرار بگیرند. همچنین حضور فیزیکی در دادگاه دارای اثر خاصی است که در ویدیو کنفرانس دیده نمی‌شود. ظاهر دادگاه انتقال‌دهنده احساس حاکم بر دادگاه است و چه بسا خود این موضوع، قاطعیت و جذبه نظام قضایی را منتقل کند (Bowen, 2004, pp. 1133-1134)؛ معمولاً جلسات غیرحضوری، آن قدر که لازم است، جدی گرفته نمی‌شود و اصحاب دعوی برخلاف جلسات حضوری، خود را در مقابل کسی که واقعا قاضی است و حکم او آثار مهمی را در زندگی وی و اطرافیانش به دنبال خواهد داشت، نمی‌بینند.

نتیجه

مقصود از دادرسی الکترونیکی در پژوهش حاضر، استفاده از امکانات الکترونیکی و انجام اقداماتی به روشی غیر از روش سنتی در تشکیل جلسه رسیدگی است؛ لذا «دادرسی الکترونیکی» به معنی تغییر در ماهیت رسیدگی

نیست، بلکه تغییر در شکل رسیدگی است. در این نوع از دادرسی، اصل بر حضور غیرفیزیکی در طول دادرسی و محاکمه است. بدین صورت که از طرح دعوی تا رسیدگی و محاکمه و صدور حکم، روند دادرسی به شیوه الکترونیکی و غیرحضوری انجام می‌گیرد و اشخاص دخیل در پرونده از طریق رایانه و ارتباط از راه دور در جلسه محاکمه حاضر می‌شوند.

دادرسی الکترونیک در رسیدگی به دعاوی به معنای تغییر در ماهیت رسیدگی نیست، بلکه تغییر در شکل رسیدگی است. در این نوع از دادرسی، اصل بر حضور غیرفیزیکی در طول دادرسی و محاکمه است. بدین صورت که از طرح دعوی تا رسیدگی و صدور حکم، روند دادرسی به شیوه الکترونیکی و غیرحضوری انجام می‌گیرد و اشخاص دخیل در پرونده از طریق رایانه و ارتباط از راه دور در جلسه محاکمه حاضر می‌شوند.

در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران، به موجب مواد ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی و ۶۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری، به کارگیری سامانه‌های ویدئو کنفرانس و سایر سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی برای تحقیق از اصحاب دعوی، اخذ شهادت از شهود و جلب نظر کارشناسی، به صورت مقید مجاز دانسته است.

در قوانین حقوقی نیز گرچه قانون‌گذار پیرامون به کارگیری سامانه‌های ویدئو کنفرانس و سایر سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی در دعاوی حقوقی، در این خصوص ساکت است، اما این موضوع بدین معنا نیست که نمی‌توان از این سامانه‌ها در دعاوی حقوقی استفاده کرد؛ ضمن اینکه با وجود ماده ۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی، می‌توان همواره استفاده از ویدئو کنفرانس در دعاوی حقوقی را جایز دانست. از آنجا که دعاوی خانوادگی جزئی از دعاوی حقوقی به شمار می‌رود، اصولاً استفاده از این سامانه‌ها در دعاوی خانوادگی ممانعتی ندارد. علاوه بر اینکه حذف پاره‌ای از تشریفات دادرسی در مواد ۸ و ۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، امکان پذیرش دادرسی الکترونیک

در دعاوی خانوادگی را هموار ساخته است.

امکان‌سنجی مشروعیت دادرسی الکترونیکی در مقابل دادرسی حضوری و فیزیکی از طریق مطالعه منابع روایی و آراء فقهی نشان داد، بنای شارع در برپایی محکمه دادرسی، اجرای عدالت و احقاق حقوق است و تمام اسباب شرعی برای این غایت شرعی و عقلی می‌باشند. بنابراین اگر دلیل یا فتوایی، لزوم قضاوت حضوری را ثابت کند نهایتاً به موضوع حضور طریقت بخشیده و نه موضوعیت؛ البته در هیچ‌یک از دلالت‌های روایی و آرای فقهی اثری از لزوم برپایی حضوری محکمه به چشم نخورد تا بعد دعاوی طریقت یا موضوعیت به میان آید؛ لذا طبق بررسی‌های فقهی، شرطیت مواجهه و حضور فیزیکی در دادرسی یافت نشد؛ لذا ایجاد امکاناتی در راستای دادرسی الکترونیکی در دعاوی، محذوریت و ممانعتی ندارد.

دادرسی الکترونیکی در دعاوی محاکم می‌تواند نقش مهمی در افزایش سرعت و در نتیجه کیفیت دادرسی ایفا کند، اما حساسیت‌های ویژه‌ای در این زمینه وجود دارد که باید حتماً به آن توجه شود. چراکه در برخی دعاوی از جمله دعاوی کیفری و خانوادگی حساسیت بیشتری دارد. در نتیجه قاضی در دادرسی الکترونیکی بسیار سخت‌تر می‌تواند به صحت و سقم کلام اصحاب دعوی پی ببرد و خلاصه آنکه به کارگیری سامانه‌های الکترونیکی، در برخی دعاوی، اجرای عدالت را با تردید روبه‌رو می‌کند.

پیشنهاد

با عنایت به اینکه انسان‌ها از لحاظ توانایی انتقال مفاهیم ذهنی و مقصود خود به دیگران، متفاوت هستند؛ برخی به سادگی می‌توانند منظور خود را حتی از طریق ویدیو کنفرانس به دیگران منتقل کنند، ولی این کار برای برخی دیگر سخت است؛ لذا پیشنهاد می‌شود در بهره‌گیری از سامانه ویدیو کنفرانس در دعاوی، این شیوه برگزاری جلسات دادگاه را منوط به رضایت

اصحاب دعوا نمود؛ یعنی اگر همه اصحاب دعوا راضی باشند که جلسه دادگاه از طریق ویدیو کنفرانس برگزار شود، آنگاه به این امر مبادرت شود و همه آثار جلسات حضوری را نیز بر آن جلسه مجازی بار نمود و اگر حتی یکی از ایشان ناراضی باشد، جلسه به شکل حضوری برگزار گردد. در نتیجه به نظر نویسندگان، می‌توان دادرسی الکترونیک در دادگاه خانواده را در آن دسته از دعاوی به تشخیص قاضی با توجه به اوضاع و احوال پرونده که حساسیت چندانی ندارد، از طریق دادرسی الکترونیک برگزار نمود. البته مشروط بر آن که تمام اصحاب دعوا راضی باشند.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد.

سهم نویسنده در پژوهش

نویسنده مسئولیت کامل طراحی، اجرا، نگارش و تأیید نهایی مقاله را بر عهده داشته است.

تضاد منافع

نویسنده اعلام می‌دارد که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارد.

منابع

- الماسی، نجادعلی و بهنام حبیبی درگاه؛ «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرایند دادرسی کارآمد»، دیدگاه‌های حقوق قضایی (دیدگاه‌های حقوقی)؛ ش ۵۸، تابستان ۱۳۹۱، ص ۴۷-۷۲.
- انصاری، مرتضی؛ القضاء والشهادات؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری (ره)، ۱۴۱۵ ق.
- بداغی، فاطمه؛ آیین دادرسی در دادگاه‌های خانواده؛ تهران: میزان، ۱۳۸۸.
- توکلی، محمدمهدی؛ مختصر آیین دادرسی مدنی؛ تهران: انتشارات مکتوب آخر، ۱۳۹۷.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية؛ قم: دفتر

- تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ق.
- جزایری، محمدجعفر؛ *منتهی الدرایه فی توضیح الکفایه*؛ ج ۳، قم: فقاها، ۱۳۹۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *ترمینولوژی حقوق*؛ تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
- حزّ عاملی، محمدبن حسن؛ *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*؛ ج ۱۸ و ۲۷، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- حسین‌زاده علیایی، زهرا و احمد احمدی؛ «دادرسی الکترونیکی در حقوق ایران: مبانی، اهداف و ویژگی‌ها»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*؛ ش ۳۵، بهار ۱۳۹۷، ص ۱۱۷-۱۳۶.
- خزایی، منوچهر؛ «بررسی نظری و عملی تسریع آیین دادرسی کیفری»، *مجله تحقیقات حقوقی*؛ تهران: دانشگاه شهیدبهشتی، ش ۱۹ و ۲۰، پاییز ۱۳۷۶، ص ۱۴۰-۱۵۶.
- خوانساری، سیداحمد؛ *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*؛ ج ۶، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- زرکلام، ستار؛ «دادرسی‌های الکترونیکی؛ ضرورت‌ها، الزامات و چالش‌ها»، *آموزه‌های حقوق کیفری*؛ ش ۳، تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۲۹-۱۵۰.
- سبحانی، جعفر؛ *نظام الطلاق فی الشریعة الإسلامیة الغراء*؛ ج ۲، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ق.
- سبزواری، سیدعبدالاعلی؛ *مذهب الأحكام*؛ ج ۲۷، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- سرخوش منجق‌تپه، بهنام و هما داودی گرمارودی؛ «بررسی فقهی تشکیل جلسه دادرسی به شیوه الکترونیکی»، *تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*؛ ش ۴۳، بهار ۱۳۹۸، ص ۵۵-۷۹.
- شبانلی، مجید؛ *مقایسه دادگاه الکترونیکی و سنتی و بررسی آن در دادگستری ایلام*؛ ایلام: انتشارات دادگستری ایلام، ۱۳۸۷.
- شمس، عبدالله؛ *آیین دادرسی مدنی*؛ تهران: دراک، ۱۳۸۷.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ *بحوث فی علم/الأصول*؛ ج ۳، قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامی، ۱۴۱۷ق.
- عشق‌پور، منصور و ناصر حاتمی؛ «جایگاه تشریفات آیین دادرسی مدنی در دادگاه‌های خانواده»، *فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی*؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۵، ص ۱۲۷-۱۴۲.
- غنیان، مهدیه؛ *بررسی میزان تعاملی بودن سایت دادگستری ایران*؛ ایلام: انتشارات دادگستری ایلام، ۱۳۸۷.
- کاشف‌الغطاء، محمدحسین؛ *تحریر المجلة*؛ ج ۲، نجف اشرف: المكتبة المرتضویة، ۱۳۵۹ق.
- گیلانی رشتی، حبیب‌الله؛ *کتاب القضاء*؛ ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۱ق.
- مجلسی، محمدباقر؛ *بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار*؛ ج ۱۱، [بی‌جا]: مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ق.

بررسی فقهی و حقوقی به کارگیری سامانه‌های الکترونیکی در برگزاری جلسات دادرسی

- محقق داماد، سیدمحمد؛ کتاب‌الخمس؛ تقریر عبدالله جوادی آملی؛ قم: دارالاسراء، ۱۴۱۸ق.
مدنی، سیدجلال‌الدین؛ *ادله اثبات دعوا*؛ تهران: انتشارات پایدار، ۱۳۸۵.
- مفید، محمدبن محمد؛ *الإرشاد فی معرفة حجج الله العباد*؛ [بی‌جا]: دارالمفید، ۱۴۱۴ق.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ *أنوارالأصول*؛ ج ۲، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.
- موسوی، احمدرضا و مریم مهاجری؛ «دادرسی الکترونیکی به مثابه تهدید علیه عدالت قضایی»،
فصلنامه حقوق و فناوری اطلاعات؛ ش ۲، بهار ۱۴۰۱، ص ۱۱-۲۶.
- مهاجری، مریم؛ «آسیب‌شناسی لایحه جدید حمایت خانواده با تأکید بر مواد ۸ تا ۱۶ آن»،
ماهنامه کانون؛ ش ۱۱۸، پاییز ۱۳۹۰، ص ۵۱-۷۴.
- مهرافشان، علیرضا؛ «دادرسی مجازی، مفهومی نوین در عدالت قضایی»، *مجله فقه و حقوق اسلامی*؛ ش ۵، پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۱۹-۱۴۷.
- مؤمن، محمد؛ «اعتبار علم قاضی در دعاوی»، *پژوهش‌های فلسفی کلامی*؛ ترجمه سیدمهدی دادمرزی؛ ش ۲، زمستان ۱۳۷۸، ص ۳۵-۶۷.
- نجفی، محمدحسن؛ *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*؛ ج ۳۲، بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- Bowen Poulin, Anne, *Criminal Justice and Videoconferencing Technology: Remote Defendant*, Vol78, Tulane Law Revie, 2003-2004.
- Fabri, M., F. Contini (eds) (2003), *Judicial Electronic Data Interchange in Europe: Applications, Policies and Trends*, Bologna, Lo Scarabeo
- Haas, Aron, *Videoconferencing in Immigration Proceeding*, Vol5, Pierce Law Review, 2007
- Hornle, J (2009), "Cross – Border Internet Dispute Resolution", Cambridge University Press.
- Ponte, Lucille, *The Michigan Cyber Court: a Bold Experiment in the Development of First Public Virtual Courthouse*, Vol4, North Carolina Journal of Law & Technology, 2002-2003
- Robertson, C. B (2012), "The Facebook Disruption: How social Media May Transform Civil Litigation and Facilitate Access to Justice", School of law, Case western Reserve University.
- Roth, Michael, *Lassez- Faire Videoconferencing: Remote Witness Testimony and Adversarial Truth*, Vol48, UCLA law, 2000
- Treadway, Molly and Wigine, Elizabeth, *Videoconferencing in Criminal Proceeding: Legal and Empirical Issues and Direction for Research*, Vol28, Law and Policy, 2006

The reason for the possession if the possessor denies it and the possibility of proving liability for possession

Seifollah Ahadi *

Assistant Professor, Department of Fiqh and Islamic Law, Shahid Madani University of Azerbaijan,
Tabriz, Iran.

Email: ahadi@azaruniv.ac.ir



Use your device to scan
and read the article online

Citation Ahadi, S. (2025). The reason for the possession if the possessor denies it and the possibility of proving liability for possession. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (85): 119-142.

 [10.22034/ilaw.2023.709051](https://doi.org/10.22034/ilaw.2023.709051)

Received: 16 January 2021 , Accepted: 21 October 2023

Abstract

According to the Yad qaede, whatever is in a person's possession belongs to him, but whether if the possessor denies it can what is in his possession belong to him or not? And in this case, can a person be held responsible for his occupation? The issue discussed in the present study is that the author, after searching the arguments and opinions of the jurists in an analytical-descriptive manner and examining the opinions of the courts, believes that The reasons for the Yad qaede is absolute and in the possessor denies it there was also an argument against him, and the principle of correctness that prevails in the word of the possessor cannot be resisted, unless due to the possession of another person's property, the possession of the owner has no positive value; Therefore, in matters where the possession of a person proves responsibility the possessor is held undertaking for his possession, but in the case of crimes, the evidence of them must be used exclusively and the possessor is not considered guilty.

Keywords

possessor, the reason for the possession, possession, possessor denies, possessor Responsibility.



Extended Abstract

1. Introduction

The Rule of Possession (Qā'idat al-Yad) serves as a fundamental principle in both Islamic jurisprudence and legal systems, asserting that an individual's physical control or dominion over an object constitutes prima facie evidence of ownership or legitimate belonging. While the application of this rule is straightforward when a possessor claims ownership, significant legal and theological complexities arise when an individual denies any connection to an illicit or disputed item—such as narcotics or stolen property—found within their sphere of influence (e.g., their home or vehicle). The central problem addressed in this research is whether the validity of possession (hujjiyat al-yad) remains intact despite the possessor's explicit denial of ownership or knowledge, and whether such possession alone can be the basis for legal responsibility or criminal conviction.

The necessity of this study is underscored by the conflicting rulings issued by Iranian courts. For instance, in a case involving defendants found within a stolen vehicle, a primary court issued a conviction based on the rule of possession, viewing their control over the car as sufficient evidence of participation in theft. Conversely, an appellate court overturned the verdict, arguing that mere presence in a stolen vehicle does not meet the evidentiary threshold for a criminal conviction of theft, which requires more than probability or circumstantial possession. This research aims to provide a fundamental answer to these discrepancies by analyzing jurisprudential evidence and the interaction between the rule of possession and other legal maxims.

2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical methodology to investigate the validity of possession in instances of denial. The research draws upon primary sources of Shiite jurisprudence, including narrative traditions (hadith), the consensus of jurists, and the practice of the wise (sirat al-'uqalā). Furthermore, the study evaluates contemporary judicial precedents from the Iranian legal system to illustrate the practical implications of theoretical debates. The analytical framework involves examining the "discovery value" (kāshfiyat) of possession and its potential conflict with the Principle of Correctness (Aṣl al-Ṣiḥḥa) regarding a Muslim's statements.

3. Research Findings

■ The reason for the possession if the possessor denies it and the possibility of

The investigation of jurisprudential evidence reveals several key insights regarding the absolute validity of possession. First, the Muwathaqa of Yunus ibn Ya'qub provides a general framework, where Imam Sadiq (as) affirmed that "whoever has dominion over something, it belongs to them". Jurists argue that the conclusion of this narration serves as a general rule applicable to any disputed item under an individual's control, regardless of whether a claimant exists. Importantly, the wording of the tradition is inclusive; it does not distinguish between a possessor who claims ownership and one who remains silent or denies it. Thus, the apparent meaning (*zāhir*) of the tradition supports the idea that dominion creates a legal presumption of belonging that the possessor's denial cannot easily negate.

Second, the Sahih of Jamil ibn Salih introduces a critical distinction regarding the nature of the space where an item is found. The narration suggests that if an item is found in a location with high public traffic or shared access (such as a house where many people enter), the rule of possession is weakened, and the item may be classified as lost property (*loqatah*). However, if the item is found in an area of exclusive access (such as a private chest), it is attributed solely to the possessor. This indicates that the validity of possession is tied to the degree of exclusive control; therefore, if a person has sole access to a space, the items within it are legally tied to them even if they deny it, as the probability of others placing the item there is considered negligible.

A significant portion of the research analyzes the conflict between the rule of possession and the Principle of Correctness (*Aṣl al-Ṣiḥḥa*). This principle dictates that a Muslim's words and actions should be interpreted in the best possible light. If a possessor denies ownership of a crime-related item, the Principle of Correctness suggests their word should be trusted to maintain social harmony and avoid false accusations. However, the study finds that the rule of possession prevails in this conflict. The "discovery value" or probative force of physical dominion is significantly stronger than the mere verbal denial of a defendant, especially when the defendant is under suspicion. In the "Sira of the Wise," possession is accepted as a primary indicator of ownership across all cultures and eras, and this practice has been endorsed by the Sharia. Consequently, a mere denial is insufficient to collapse the legal presumption established by the rule of possession.

Furthermore, the research distinguishes between civil liability and criminal conviction. While possession is sufficient to establish civil responsibility

(such as the guarantee of a usurper or *damān al-yad*), it is not necessarily sufficient to prove specific crimes that have strict statutory evidentiary requirements. For example, the crime of theft requires specific proofs such as a double confession or the testimony of two just witnesses. Therefore, while being in possession of a stolen item proves the status of "possession of stolen property" or "usurpation" (*ghasb*), it does not automatically prove the act of "theft" (*sarqat*).

4. Conclusion

The research concludes that the validity of possession remains a robust legal presumption even in the face of denial by the possessor. The jurisprudential evidence suggests that physical dominion creates an amarity (evidence) of belonging that outweighs the Principle of Correctness applied to the possessor's speech. However, this validity is contingent upon the exclusivity of control; if multiple people have access to the location, the strength of the rule of possession diminishes, potentially shifting the status of the item to lost property.

In the context of the conflicting court rulings, the research supports the appellate court's cautious approach. While the rule of possession confirms the defendant's connection to the illicit item, it cannot bypass the specific evidentiary requirements for crimes like theft. Thus, the possessor can be held responsible for the liability of the item (*ghasb*) but cannot be convicted as a thief solely based on possession. This distinction preserves the integrity of the rule of possession while upholding the high standards of proof required in criminal law.

Funding

According to the author, this research received no specific grant from any funding agency.

Author's Contribution

The author is solely responsible for the design, implementation, writing, and final approval of the manuscript.

Conflict of Interest

The author declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



حجیت ید در صورت انکار ذوالید (بررسی اختلاف آرای دادگاه‌ها)

سیف‌اله احدی*

استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان، تبریز، ایران.

Email: ahadi@azaruniv.ac.ir



Citation Ahadi, S. (2025). The reason for the possession if the possessor denies it and the possibility of proving liability for possession. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (85): 119-142.

[10.22034/ilaw.2023.709051](https://doi.org/10.22034/ilaw.2023.709051)

Received: 16 January 2021 , Accepted: 21 October 2023

چکیده

مطابق قاعده ید هر آنچه تحت ید فردی باشد، آن شیء متعلق به اوست، اما گاهی مال مسروقه یا مواد مخدر در ملک و تحت استیلائی فردی یافت می‌شود که او منکر تعلق داشتن آن به خود است، از این رو این مسئله قابل طرح است که آیا با وجود انکار ذوالید می‌توان شیء تحت استیلا را متعلق به او دانست و به سبب استیلا مسئولیتی را متوجه او کرد؟ نویسنده پس از تتبع در ادله و آرای فقها به شیوه تحلیلی- توصیفی و بررسی آرای دادگاه‌ها بر آن است که روایات دال بر اعتبار ید اطلاق داشته و شامل حالت انکار ذوالید نیز می‌شود، همچنین بنای عقلا بر حجیت ید است، مگر اینکه قرینه‌ای برخلاف آن قائم شود، نهایت امر اینکه در حالت انکار ذوالید میان قاعده ید و اصل صحت تعارض به وجود می‌آید که اصل صحت جاری در قول ذوالید تاب مقاومت در برابر امارت ید را نخواهد داشت، مگر اینکه به واسطه استیلائی دیگران بر ملک فرد، استیلائی مالک فاقد اعتبار گردد؛ از این رو در اموری که صرف استیلائی فرد مثبت مسئولیت است ذوالید مسئول شناخته می‌شود، اما در خصوص جرایم منحصرأ بایستی از ادله اثبات آن‌ها استفاده کرد و ذوالید به صرف استیلا مجرم محسوب نمی‌شود.

واژگان کلیدی

ذوالید، حجیت ید، استیلا، انکار ذوالید، مسئولیت ذوالید.



مقدمه

یکی از قاعده‌های پرکاربرد در مسائل فقهی و حقوقی، قاعده ید است که در موارد متعددی مورد استناد فقها و حقوقدانان قرار گرفته و در حل و فصل بسیاری از اختلافات و درگیری‌های میان مردم بدان استدلال شده است. عمده بحث در قاعده ید که فقها و حقوقدانان بدان پرداخته‌اند این است که ید فرد در مقابل افراد دیگری که مدعی مالکیت بر مال تحت ید او می‌شوند اعتبار داشته و نشان‌دهنده مالکیت ذوالید و تعلق آن مال به او است، اما آنچه مورد بحث و بررسی قرار نگرفته و مسئله بسیار مهمی در باب حجیت ید است و می‌تواند در گره‌گشایی از برخی مسائل کارساز باشد این است که گاهی مالی از قبیل مواد مخدر و قاچاق و یا مال مسروقه در ید فردی و یا ملک او، مثلاً در خانه و یا خودروی او یافت می‌شود، ولی آن فرد اظهار بی‌اطلاعی و بلکه مالکیت خود نسبت به مال تحت ید و تعلق آن به خود را انکار می‌کند، حال آیا در این گونه موارد می‌توان مطابق انکار و گفته ذوالید آن شیء را برای او و متعلق به وی ندانست، یا اینکه مطابق قاعده ید، مال مشکوک متعلق به شخصی است که بر آن ید و استیلا داشته است؟ آیا می‌توان میان مکان‌های مختلف، و اینکه افراد زیادی در آن مکان رفت و آمد داشته یا نداشته است، تفاوت قائل شد؟ به عبارت دیگر، مسئله تحقیق پیش‌رو آن است که آیا در صورت انکار ذوالید مبنی بر عدم تعلق مال تحت استیلا به او می‌توان ید او را فاقد اعتبار دانست، یا اینکه انکار او اعتباری نداشته و بر اساس قاعده ید و به صرف استیلا او بایستی به تعلق مال تحت ید برای او حکم کرد؟ افزون بر آن، آیا در خصوص مال مسروقه‌ای که تحت ید فرد یا افرادی یافت شده است، می‌توان ید داشتن آن‌ها را دلیلی بر سارق بودن آن‌ها دانست یا اینکه به واسطه انکار صاحبان ید صرفاً عنوان غصب محقق می‌گردد؟

آنچه بر اهمیت و ضرورت تحقیق در مسئله مورد بحث می‌افزاید اختلاف آرای دادگاه‌هاست که به طور مثال در خصوص «دستگیری متهم در

داخل خودروی مسروقه» رأی بدوی دادگاه عمومی جزایی تهران شعبه ۱۱۰۴ بدین صورت است: در خصوص اتهام دو فرد دایر بر مشارکت در سرقت تعزیری، با توجه به کشف خودرو در ید متهمین، دفاعیات بلاوجه متهم ردیف اول و عدم حضور و دفاع متهم دیگر و قرائن و امارات موجود در پرونده، بزهکاریشان محرز می‌گردد ...».

آنگاه پس از تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه (یکی از دو متهم) از دادنامه شماره ۷۰۱۵۷۰ مورخ ۹۱/۱۲/۲۸ دادگاه مذکور، دادگاه تجدیدنظر استان تهران شعبه ۶۳ بدین صورت رأی صادر کرده است: تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه از رأی مذکور که به موجب آن مشارالیه به دلیل شرکت در سرقت به تحمل حبس و شلاق محکوم شده است مآلاً وارد می‌باشد، زیرا آنچه در این پرونده ثابت شده، عبارت است از دستگیری متهمان در یک ماشین مسروقه، و این اندازه از اثبات برای محکوم کردن تجدیدنظرخواه کافی نمی‌باشد. علی هذا نظر به اینکه بر اساس حدس و احتمال نمی‌توان رأی محکومیت صادر نمود، به استناد تبصره ۱ ماده ۲۲ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب با نقض دادنامه معترض عنه رأی برائت صادر می‌گردد. چنان که ملاحظه می‌شود در رأی بدوی دادگاه عمومی جزایی تهران، ظاهراً عمده دلیل برای محکومیت و بزهکاری متهمان، یدداشتن آن‌ها بر مال مسروقه بوده، یعنی دادگاه مذکور با وجود انکار ذوالید، نه تنها ید داشتن متهمان را حجتی بر انتساب مال مسروقه به آن‌ها دانسته، بلکه آن را دلیلی بر سرقت آنان نیز قرار داده است؛ درحالی که دادگاه تجدیدنظر صرف یدداشتن متهمان را دلیلی بر محکومیت و ارتکاب سرقت توسط آن‌ها نمی‌داند.

برای یافتن پاسخ مبنایی به سؤالات ذکر شده و نیز داوری میان دو رأی مختلف صادره شده لازم است ادله و عبارات فقها با دقت و به شیوه توصیفی - تحلیلی مورد بحث و بررسی قرار گیرد تا آنچه موافق تحقیق است تبیین گردد.

۱. ادله حجیت مطلق ید

برای تحلیل مسئله مورد تحقیق، یعنی حجیت ید در صورت انکار ذوالید، لازم است هر آنچه از ادله که می‌تواند در این خصوص مورد استناد و استدلال قرار گیرد مطرح و بررسی شود.

۱-۱. موثقه یونس بن یعقوب

یکی از ادله‌ای که می‌تواند برای حجیت ید در صورت انکار ذوالید، مورد استدلال و بحث و بررسی قرار گیرد، روایت یونس بن یعقوب از امام صادق (ع) است، در این روایت آمده است: *عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي امْرَأَةٍ تَمُوتُ قَبْلَ الرَّجُلِ - أَوْ رَجُلٍ قَبْلَ الْمَرْأَةِ - قَالَ مَا كَانَ مِنْ مَتَاعِ النِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ وَ مَا كَانَ مِنْ مَتَاعِ الرِّجَالِ وَ النِّسَاءِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَ مَنْ اسْتَوَلَى عَلَى شَيْءٍ مِنْهُ فَهُوَ لَهُ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۲۱۶).* یونس بن یعقوب از امام صادق (ع) نقل کرده است که وقتی در مورد تقسیم ااثاث خانه، در صورتی که زن پیش از مرد فوت کند - و یا مرد قبل از زن وفات یابد - از آن حضرت پرسش به عمل آمد، ایشان در پاسخ فرمودند: آنچه ویژه زنان است از آن زن است و متاعی که به کار مردان و زنان می‌آید، میان آنها مشترک است، آنگاه امام (ع) می‌افزاید: هر کس بر هر چیزی از آن استیلا و تسلط دارد، آن چیز متعلق به اوست.

روایت مذکور که با سند «محمد بن الحسن عن علی بن الحسن عن محمد بن الولید عن یونس بن یعقوب عن أبي عبد الله» بیان شده است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۳۰۲ / حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، صص ۲۱۶-۲۱۵). در منابع حدیثی (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۵، ص ۲۸۵) و فقهی (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۷۳۸ / نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۴۹۵ / بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۰۶ / خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶، ص ۸۳) از آن به موثقه یاد شده؛ چراکه وثاقت تمام راویان آن از نظر محدثان و فقها ثابت شده است (خمینی الف، [بی‌تا]، ج ۱،

ص ۲۵۸ / فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، ص ۳۶۱): از این رو مناقشه در سند آن را - پس از موثقه بودن - غیر وارد دانسته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ص ۲۸۲).

هر چند روایت مذکور در باب اختلاف ورثه زوج و زوجه در مورد سهم‌الارث آن‌ها نسبت به اثاث خانه وارد شده است؛ از این رو برخی از فقها معتقدند که ظاهر روایت مذکور بیانگر آن است که امام (ع) در مقام مخاصمه میان زوج و زوجه حکم کرده‌اند به اینکه هر یک از آن‌ها بر آن متاعی که استیلا و ید دارد، مالک آن محسوب می‌شود، بنابراین روایت مذکور اطلاق ندارد تا شامل سایر موارد نیز شود (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۵۴). اما برخی دیگر از فقها ضمن دفع مناقشه مذکور، با این بیان که اولاً: مفروض در روایت، فوت یکی از زوجین است، بنابراین مخاصمه میان زوجین بی‌معناست، ثانیاً: بر فرض تصحیح و اینکه مراد در روایت مذکور مخاصمه میان وراث میت با یکی از زوجین است، تخاصم و تنازع اصلاً قابل فرض نیست، بر اساس اطلاق ذیل روایت، یعنی عبارت «و من استولی علی شیء فهو له» معتقدند که عبارت مذکور بیانگر یک قاعده کلی و ضابطه عامی است و آن اینکه اگر نسبت به چیزی که در ید و اختیار کسی است شک و تردید داشته باشیم که برای اوست یا برای غیر او، و در مقابل ذوالید مدعی مالکیت وجود نداشته باشد ظاهر این است که قاعده ید جاری شده و به مالکیت ذوالید نسبت به آن مال حکم داده می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، ص ۳۷۶). به عبارتی، محتوای ذیل حدیث یک مطلب عام است و با وحدت ملاک قابل تعمیم به موارد دیگر است. حضرت (ع) در این روایت می‌فرماید: هر یک از زوج یا زوجه نسبت به آنچه در دست دارد و بر آن مسلط است، اولی است، یعنی آن حضرت (ع) اماریت ید بر مالکیت اشیا را بدین وسیله تصدیق کرده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۲).

پس از پذیرش عمومیت ذیل حدیث نسبت به غیر مورد سؤال راوی در روایت، اطلاق آن از این جهت که آیا روایت مذکور دلالت دارد بر اینکه

در صورت انکار ذوالید نیز ید او معتبر و حجتی علیه او بوده و مال تحت ید همواره متعلق و منتسب به صاحب ید است، قابل تأمل و دقت است. به نظر می‌رسد هرچند در روایت مذکور و موارد مشابه^۱ از این که امام (ع) در صورت نزاع ذوالید با مدعی و یا سکوت ذوالید در مقابل مدعی به حجیت ید حکم کرده‌اند، چنین برمی‌آید که حضرت (ع) در صدد بیان اعتبار ید در این گونه موارد بوده است، از این رو روایت مذکور به چنین مواردی انصراف دارد و یا گوینده نسبت به مورد انکار ذوالید در مقام بیان نبوده است، اما با توجه به ظاهر روایت و اینکه موضوع در این روایت مال مشکوکی بوده که متعلق به چه کسی است، و حکم مترتب بر آن، انتساب آن به ذوالید و مستولی است؛ بنابراین فرقی ندارد که ذوالید نیز ادعای مالکیت و تعلق آن مال به خود را داشته باشد یا سکوت کند و یا اینکه منکر انتساب و تعلق آن به خود باشد، از این رو مطابق عمومیت و اطلاق روایت مذکور ید و استیلا داشتن بر مال، اماره‌ای بر انتساب و تعلق آن به ذوالید است. و به طور کلی هر فردی نسبت به هر مالی استیلا و ید داشته باشد آن مال متعلق به او خواهد بود و آثار این انتساب نیز بر آن بار خواهد شد.

۲-۱. صحیحہ جمیل بن صالح

یکی دیگر از ادله‌ای که می‌تواند در تبیین حکم مسئله تحقیق، مورد بحث و بررسی قرار گیرد، صحیحہ جمیل بن صالح از امام صادق (ع) است که در آن آمده است: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) رَجُلٌ وَجَدَ فِي مَنْزِلِهِ دِينَارًا قَالَ يَدْخُلُ مَنْزِلُهُ غَيْرُهُ قُلْتُ نَعَمْ كَثِيرٌ قَالَ هَذَا لِقِطَّةٍ قُلْتُ فَرَجُلٌ وَجَدَ فِي صُنْدُوقِهِ دِينَارًا قَالَ يَدْخُلُ أَحَدٌ يَدُهُ فِي صُنْدُوقِهِ غَيْرُهُ أَوْ يَضَعُ غَيْرُهُ فِيهِ شَيْئًا قُلْتُ لَا قَالَ فَهُوَ لَهُ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۳۷/ حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۵، ص ۴۴۶).
به امام جعفر صادق (ع) عرض کردم: شخصی در خانه‌اش دیناری پیدا کرده،

۱. برای ملاحظه این روایات مراجعه شود به باب «وَجُوبُ الْحُكْمِ بِمِلْكِيَّةِ صَاحِبِ الْيَدِ حَتَّى يَنْبُتَ خِلَافُهُ» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، صص ۲۹۳-۲۹۲).

حکم آن چیست؟ حضرت (ع) فرمودند: آیا در آن منزل افراد دیگری رفت و آمد دارند؟ گفتیم: بله، افراد زیادی به آنجا رفت و آمد دارند. حضرت (ع) فرمودند: آن دینار لقطه است. راوی ادامه می‌دهد که از آن حضرت (ع) پرسیدم: شخصی در صندوقش پولی پیدا می‌کند حکم قضیه چیست؟ باز حضرت (ع) فرمودند: آیا کس دیگری هم غیر از مالک در آن صندوق دست می‌برد یا چیزی در آن قرار می‌دهد؟ گفتیم: نه، فقط همان شخص در آن دست می‌برد، حضرت (ع) پاسخ فرمودند: آن دینار متعلق به آن شخص است.

روایت مذکور با سند «محمد بن یعقوب عن عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع)» بیان شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۳۷/ حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۵، ص ۴۴۶)، محدثان (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰، ص ۴۲۵) و فقها (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۵۲۹/ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۴۸۱/ آملی، ۱۳۸۰، ج ۱۱، ص ۷۹/ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۱۸/ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۵۴/ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۳۱۳) آن را صحیح می‌دانند.

چنان‌که از روایت مذکور معلوم می‌گردد میان مکان‌هایی که افراد دیگری غیر از مالک به آنجا تردد دارند و مکان‌هایی که غیر مالک حق ورود به آنجا را ندارد، حکم متفاوت است، به طوری که در خصوص مکان‌هایی که رفت و آمد در آن زیاد است، شخص ذوالید معلوم و مشخص نمی‌گردد، هر چند فرد خاصی مالک آن مکان باشد، به همین علت، حضرت (ع) دینار پیدا شده را لقطه تشخیص داده‌اند، اما در خصوص محل و مکانی که فقط مالک به آن دسترسی دارد، ذوالید معلوم است و در این صورت، ید و استیلا او اعتبار و حاکمیت دارد. این معیار مناسبی است که می‌تواند در تبیین حکم مسئله تحقیق مورد استناد قرار گیرد، از این رو حکم مالی که در خودروی راننده تاکسی که افراد متعددی به آن تردد دارند یافت می‌شود با مالی که در خودروی شخصی فرد که غیر از افراد خانواده اش کسی به آن تردد ندارد یافت می‌شود متفاوت خواهد بود،

از سوی دیگر چنان که ملاحظه می‌شود حضرت (ع) میان اینکه در مقابل ذوالید مدعی مالکیت وجود داشته یا نه، تفاوتی قائل نشده است؛ یعنی روایت مذکور در ظاهر از این حیث اطلاق دارد.

چنان که برخی از فقها گفته‌اند: حکم به لقطه‌بودن دینار در فرض ورود افراد زیاد، بدین سبب است که به واسطه ورود دیگران به منزل، برای صاحب منزل استیلائی بر دینار وجود نخواهد داشت، خصوصاً اینکه متعارف هم آن است که برای دینار و درهم محل خاصی که دور از ید دیگران و انظار آن‌ها باشد، در نظر می‌گیرند. همچنین تفصیل میان اینکه فرد دیگری غیر از مالک دست به صندوق می‌برد یا خیر، از این جهت نیست که در صورت عدم دستبرد دیگران، به مالکیت مالک صندوق نسبت به دینار موجود در آن علم حاصل می‌شود؛ چراکه گاهی با وجود علم به عدم دستبرد دیگران نیز شک و تردید برای مالکیت مالک پیدا می‌شود، بلکه تفصیل مذکور بدین جهت است که در صورت انحصار تصرف مالک در صندوق، او تنها کسی است که بر محتوای صندوق استیلاء دارد، اما در صورت دستبرد دیگران به صندوق که کنایه از استیلائی آن‌هاست، استیلا تنها برای مالک نخواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، صص ۳۷۸-۳۷۷).

برخی از فقها معتقدند: احتمال قوی می‌رود اینکه معصوم (ع) پس از پرسش از اینکه: آیا کسی غیر از مالک دست به آن می‌برد و چیزی در آن قرار می‌دهد؟ و راوی می‌گوید: خیر، آنگاه امام (ع) حکم به مالکیت ذوالید می‌کند، (حکم مذکور) از جهت حصول قطع و اطمینان خاطر به این است که در چنین حالتی مال موجود در صندوق برای مالک صندوق است، گویا معصوم (ع) بر این امر متنبه و آگاه کرده که احتمال مالکیت دیگران بر آن مال در فرض مذکور وهم و خیال محض بوده و فاقد اعتبار است، از این رو حکم مذکور ارتباطی به باب قاعده ید ندارد، بلکه اطمینان مذکور ملاک است، خواه اینکه ید و استیلائی باشد یا نباشد.

شاهد بر مطلب مذکور این است که معصوم (ع) در صدر روایت حکم کردند بر اینکه درهمی که در خانه یافته است لقطه محسوب می‌شود و نیز اینکه حضرت (ع) ابتدا سؤال کردند: آیا غیر از مالک افراد دیگری نیز وارد آن خانه می‌شوند؟ و راوی گفت: بله افراد زیادی، سپس در مرحله بعد (یعنی یافتن دینار در صندوق) نیز این سؤال را تکرار کرده‌اند، با اینکه در هر دو مورد ید و استیلا وجود دارد، و اگر راوی در خصوص سؤال دوم نیز می‌گفت که افراد زیادی به آن دست می‌برند، قطعاً امام (ع) بر لقطه بودن آن مال حکم می‌دادند، بنابراین فرق میان این دو صورت همان حصول اطمینان و عدم آن است.

اما این احتمال که فرق میان دو حالت مذکور در این است که در حالت اول کثرت افرادی که داخل آن منزل می‌شوند و نیز احتمال اینکه دینار یافت شده برای یکی از آن‌ها باشد مانع از حجیت ید است، یعنی به واسطه قیام اماره بر خلاف ید (کثرت داخلین)، حجیت ید ساقط می‌شود، زیرا هر یک از افراد در عرض دیگری بود و احتمال اینکه برای افراد دیگر غیر از مالک باشد نسبت به مالک بیشتر و قوی‌تر است، ولی در حالت دوم، بر خلاف حالت اول، کسی غیر از مالک به صندوق دست نمی‌برد، بنابراین مانعی برای حجیت ید وجود ندارد، چنین احتمالی مرجوح، بلکه خلاف متفاهم عرفی است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، صص ۱۵۵-۱۵۴).

به نظر می‌رسد اشکال مطرح شده وارد نبوده و احکام بیان شده در روایت مذکور، یعنی لقطه محسوب شدن مال یافت شده در فرض ورود افراد متعدد و متعلق به مالک بودن آن مال در فرض ورود مالک و عدم ورود دیگران، از باب اعتبار و حجیت ید است؛ چراکه ملاک قرارداد حصول قطع و اطمینان به تعلق مال به ذوالید و عدم آن نیز در حقیقت به ید و استیلا مالک و عدم آن، یعنی همان اماریت ید بازگشت دارد.

۳-۱. سیره عقلا

برخی از فقها افزوده‌اند: در صورت تردید نسبت به مالکیت ذوالید نسبت به مال تحت ید او، سیره عقلا بر این است که او را مالک آن مال می‌شناسند، مگر اینکه قرینه‌ای بر ملک غیر بودن آن قائم شود، و از آنجا که از جانب شارع مقدس اسلام نیز نسبت به این سیره ردعی ظاهر نشده است، بلکه شمول بعضی اطلاقات وارده امضا و تأیید شارع محسوب می‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۳۱۳)، بنابراین حجیت ید و اماره مالکیت بودن آن مبتنی بر بنای عقلا و مورد پذیرش جمیع عقلا در تمام اقوام و ملل است و شارع مقدس اسلام هم که یکی از عقلا و به تعبیر بهتر در رأس آنان است آن را تنفیذ و تجویز کرده است. حاصل سخن اینکه نظر مجموع عقلا بر این است که وقتی فردی چیزی را در استیلا و تحت ید دارد او مالک آن و آن چیز متعلق به او است. از دورترین ایام، معمول و متعارف در جوامع انسانی نیز این بوده که اشیای تحت استیلای اشخاص را اصولاً متعلق به آن‌ها دانسته و عقلای هر عصر و دوره‌ای از هر قوم و ملتی این امر را تأیید کرده‌اند. البته این نکته را نبایستی از نظر دور داشت که سیره عقلا مبنی بر حجیت ید تا آنجا جاری است که قرینه‌ای معادل و یا بالاتر بر خلاف اماریت ید در مسئله وجود نداشته باشد وگرنه بایستی مطابق قواعد و اصول عمل کرد.

۲. تحلیل و بررسی

چنان که از مجموع ادله مستفاد می‌گردد مال یافت‌شده در ملک یک فرد، در صورتی که افراد زیادی به آن مکان وارد می‌شوند و یا به آن دسترسی دارند، به عبارتی آن مال تحت استیلای چندین فرد قرار گرفته است، لقطه محسوب می‌گردد، و در صورتی که تنها مالک به آن مکان تردد و دسترسی داشته نه افراد دیگریا مال تنها در ید و استیلای یک فرد است، آن مال متعلق به مالک آن مکان و ذوالید خواهد بود. در حکم مذکور فرقی نیست میان اینکه در مقابل

مالک، مدعی وجود داشته باشد یا کسی ادعای مالکیت نداشته باشد. بر این اساس برخی از فقها معتقدند در صورتی که ذوالید ادعای مالکیت نسبت به مال تحت ید خود داشته باشد، هیچ اشکالی در اعتبار ید او و کاشفیت آن از مالکیت او وجود ندارد (خمینی الف، [بی‌تا]، ج ۱، صص ۲۶۸-۲۶۷)، به تعبیری هر آنچه تحت استیلا و ید شخصی باشد آن شیء محکوم به ملکیت او بوده و برای اوست؛ خواه از اعیان باشد، خواه از منافع یا از حقوق و یا غیر آن، حتی اگر ذوالید اعتراف کند که آنچه در ید او است نمی‌داند برای اوست یا خیر، حکم به مالکیت او داده می‌شود (همو ب، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۳۰). و برخی گفته‌اند: در صورتی که در مقابل ذوالید کسی نباشد که نسبت به مال تحت ید او ادعای مالکیت داشته باشد، بدون هیچ اشکالی لازم است که آثار مالکیت ذوالید نسبت به آن مال ترتیب داده شده و او به عنوان مالک آن مال شناخته شود (میرزای نائینی، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۶۱۰).

نکته حائز اهمیت و قابل بحث و بررسی در شق دوم، یعنی جایی که تنها مالک به ملک خود دسترسی داشته و مال در آن ملک یافت شده است و یا مال تحت ید و استیلای فردی باشد، این است که گاهی قول ذوالید با استیلا و ید او همسو و هم‌جهت بوده، یعنی همان‌طوری که ید و استیلای او اماره‌ای است بر تعلق مال تحت ید به او، قول او نیز بر همان امر دلالت دارد، که در این صورت بدون هیچ اشکالی مال تحت استیلا برای ذوالید بوده و آثار مالکیت بر آن جاری است، بلکه در صورت سکوت و یا تردید ذوالید نیز حکم مذکور جاری می‌شود. اما گاهی ذوالید از تعلق داشتن مال موجود در ملک یا تحت استیلایش به خود انکار می‌کند، یعنی با وجود اماره انتساب مال برای ذوالید، او منکر این انتساب و تعلق است، از این‌رو در صورتی که مالک محل نسبت به مال یافت شده در ملک خود هیچ‌گونه ادعای مالکیتی نداشته، بلکه منکر مالکیت خود نسبت به آن مال باشد، یا مال تحت ید و استیلای فردی باشد، ولی او تعلق آن مال به خود را انکار کند، به عبارتی،

میان قول و فعل ذوالید تعارض وجود داشته باشد، این مسئله مطرح می‌شود که ترجیح با قول او است یا فعل او؟ آیا در فرض انکار ذوالید نیز می‌توان بر اساس ید و استیلا یا بر آن مکان یا آن مال، تمام آنچه در آن مکان و ید او بوده را متعلق به او دانست یا اینکه انکار او باعث سقوط حجیت ید و استیلا او شده، و مالکیت و تعلقی برای او انتساب نمی‌شود؟

به نظر می‌رسد آنچه می‌تواند در این خصوص گره‌گشا باشد ابتدا بررسی امکان‌سنجی جریان اصل صحت در گفتار مسلمان است و اینکه در صورت جریان اصل مذکور در گفتار مسلمان، تعارض آن با قاعده ید مطرح می‌شود که در صورت تعارض تقدم با کدام است؟

۱-۲. امکان‌سنجی جریان اصل صحت در گفتار مسلمان

روایات متعددی برای اعتبار اصل صحت در افعال و گفتار مسلمانان وارد شده است، مهم‌ترین این روایات را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱-۲. روایت امام علی (ع)

در روایتی از امام علی (ع) نقل شده است که حضرت (ع) فرمودند: «ضَعَّ أَمْرَ أَخِيكَ عَلَيَّ أَحْسَنَهُ حَتَّى يَأْتِيكَ مَا يَغْلِبُكَ مِنْهُ وَلَا تَنْظَنَّ بِكَلِمَةٍ خَرَجَتْ مِنْ أَخِيكَ سُوءًا وَأَنْتَ تَجِدُ لَهَا فِي الْخَيْرِ مَحْمِلًا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۳۶۲/ حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۲، ص ۳۰۲)، کار برادر دینی ات (اعم از فعل یا قول او) (سرروی مازندرانی، ۱۳۸۲، ج ۱۰، ص ۱۴/ مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۱۱، ص ۱۵) را به بهترین وجه تعبیر کن، تا آن زمان که از او رفتاری سرزند که بتواند باورت را دگرگون کند و نیز به گفتار (چند وجهی) برادرت تا وقتی که تفسیر نیک می‌توانی کرد گمان بد مبر.

روایت مذکور که با سند «فِي الْأَمَالِيِّ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ يَحْيَى الْعَطَّارِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْخَطَّابِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي الْجَارُودِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع)» در منابع حدیثی بیان شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۳۶۲/ حرعاملی،

۱۴۰۹، ج ۱۲، ص ۳۰۲ / محدث نوری، ۱۴۱۸، ج ۹، ص ۱۴۴)، محدثان و فقها آن را مرسل می‌دانند (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۱۱، ص ۱۵ / نراقی، ۱۴۱۷، ص ۲۲۲ / موسوی قزوینی، ۱۴۱۹، ص ۲۶۸).

چنان‌که برخی از فقها گفته‌اند این قبیل روایات تنها بر حسن ظن داشتن نسبت به مؤمن دلالت دارد (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۵، ص ۳۵۴ / حسینی شاهرودی، ۱۴۰۲، ج ۳، ص ۹۵). به عبارتی، اشخاص موظفند اعمال دیگران را بر صحت، یعنی مشروعیت حمل کنند (اصل صحت به معنای جواز تکلیفی) (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۹۸) و این امر مستلزم صحت مصطلح، یعنی ترتیب اثر دادن نیست (اصل صحت به مفهوم حکم وضعی) (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۷۱ / انصاری، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۳۴۸ / محقق داماد، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۳۳۹). این قبیل روایات هرچند به طور مطلق بر لزوم حمل فعل مسلمان بر صحت و صدق دلالت دارد، اما در مقابل آن‌ها روایات دیگری موجب تقیید در موضوع می‌شوند، مانند موثقه سماعه از امام صادق (ع) که در آن آمده است: «هر کس با مردم تعامل داشته و به آن‌ها ظلمی روا ندارد و با مردم سخن گوید، ولی دروغی به آن‌ها نگوید و در صورت وعده به آن‌ها تخلف نکند، غیبت کردن از چنین فردی حرام بوده و مروت او کامل و عدالتش آشکار است، بنابراین برادری او ثابت (و ادای حقوق برادری لازم) می‌گردد» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۲۳۹ / حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۸، ص ۳۱۶)؛ از این رو مستفاد از روایت مذکور از باب مفهوم (مخالف شرط) این است که هر کس دارای اوصاف مذکور نباشد، برادری او ثابت نبوده و ادای حقوق برادری نسبت به او لازم نخواهد بود (فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۵، ص ۵۶۹)، بنابراین لازم نیست که فعل و قول هر مسلمان یا مؤمنی بر صحت و صدق حمل شود (نراقی، ۱۴۱۷، صص ۲۲۶-۲۲۵).

۲-۱-۲. روایت امام کاظم (ع)

در روایت دیگری از امام موسی بن جعفر (ع) آمده است که حضرت (ع)

خطاب به محمد بن فضیل فرمودند: «یا مُحَمَّدُ كَذَّبَ سَمْعَكَ وَ بَصَرَكَ عَنْ أَخِيكَ فَإِنْ شَهِدَ عِنْدَكَ خَمْسُونَ فَسَامَةً وَقَالَ لَكَ قَوْلًا فَصَدِّقْهُ وَ كَذِّبْهُمْ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۸، ص ۱۴۷ / ابن بابویه، ۱۴۰۶، ص ۲۴۷)، ای محمد! گوش و دیده‌ات را در مورد برادر خویش تکذیب کن، اگر پنجاه سوگند خورنده شهادت دهند که وی چنان گفت (و او بگوید من نگفته‌ام)، سخن برادرت را تصدیق و ادعای آن‌ها را تکذیب کن.

روایت مذکور که با سند «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي كِتَابِ عِقَابِ الْأَعْمَالِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُوسَى بْنِ الْمُتَوَكِّلِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ الْأَدَمِيِّ عَنْ يَحْيَى بْنِ الْمُبَارَكِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ عَنْ أَبِي أَلِ حَسَنِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ (ع)» در منابع حدیثی بیان شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۸، ص ۱۴۷ / ابن بابویه، ۱۴۰۶، ص ۲۴۷ / حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۲، ص ۲۹۵)، محدثان آن را ضعیف دانسته‌اند (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۳۵۶).

برخی از شارحین گفته‌اند مراد از تصدیق برادر دینی، تصدیق ظاهری و چشم‌پوشی و عدم مؤاخذه اوست، نه حکم به اینکه او در واقع صادق است، زیرا به واسطه قیام شهود، علم به خلاف آن حاصل می‌شود، بنابراین مراد این است که اگر از مؤمن نسبت به تو عملی سر زد که موجب کراهت تو می‌شود، عذر او را بپذیر و یا در صورت انکار او را تصدیق کن، هرچند شهود ثقه‌ای به نفع تو شهادت دهند، اما اگر از او نسبت به خداوند متعال یا شخص دیگری عملی سر زد، چه بسا واجب باشد که علیه او نزد حاکم شهادت دهی (سرروی مازندرانی، ۱۳۸۲، ج ۱۲، صص ۱۴۹-۱۴۸).

برخی از علمای اصولی معتقدند: روایات مطرح شده تنها بر این امر دلالت دارد که آنچه از سوی فاعل صادر شده بر وجه حسن نزد او بوده است و نباید بر وجه قبیح نزد او حمل شود؛ بنابراین جمیع آثار فعل حسن بر آن عمل مترتب نمی‌شود، از این رو اگر سخن شنیده شده از مؤمنی که در دوردست بوده است، بین سلام یا تحیت و یا شتم مردد باشد، از حمل فعل

او بر حسن، و خوب رد سلام لازم نمی‌آید. همچنین از امر به تصدیق مؤمن و تکذیب قسامه؛ درحالی‌که آن‌ها نسبت به مؤمن واحد اولی به حسن ظن هستند، معلوم می‌گردد که مراد از تکذیب گوش و چشم، تکذیب آن دو در آن چیزی است که از ظواهر افعال (بر اساس حدس و گمان) فهمیده می‌شود (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۳۴۸).

و برخی معتقدند: رد شهادت پنجاه قسم‌خورنده در مقابل انکار برادر مؤمن و تصدیق او، درحالی‌که خلاف آن معلوم و قطعی است؛ چراکه قسامه بینة عادل (و دارای ارزش اثباتی) محسوب می‌شود، بیانگر آن است که روایت مذکور در مقام آداب معاشرت وارد شده است (حائری‌یزدی، ۱۴۱۸، صص ۶۰۹-۶۰۸).

برخی از محققین معتقدند آنچه از این روایات به دست می‌آید این است که اسلام فطرت آدمی را بر پاکی و درستی می‌داند و دستور می‌دهد که اعمال دیگران را حمل بر صحت کنند، یعنی هر مسلمان، چه در ظاهر و چه در باطن و باور قلبی، موظف است در برخورد با دیگران، افعال و اعمال آنان را مشروع و حلال و صحیح تلقی کند، مگر این که دلایل اثباتی بر خلاف این اصل وجود داشته باشد. این اصل مبتنی بر مصالح مسلمین است، زیرا چنانچه در زندگی روزمره اصل را بر فساد قرار دهیم و در کلیه اعمال و افعال مردم تفحص و تجسس کنیم و با هر پدیده‌ای با شك و تردید مواجه شویم، قوام و استقرار نظام مدنیت از بین می‌رود و در کار روزمره مردم اشکالات کلی بروز می‌کند. اسلام برای جلوگیری از این مفاسد به مسلمین حکم می‌کند اعمال مردم را در وهله اول و مادام که خلافش با ادله به اثبات نرسیده باید محمول و محکوم به صحت، حلالیت و مشروعیت بدانند. به عبارتی، در اصل صحت به معنای تکلیفی، اشخاص موظفند اعمال دیگران را بر صحت، یعنی مشروعیت حمل کنند و بر اجرای این اصل، بیش از این که دیگران ناصالح پنداشته نشوند آثاری مرتب نیست (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، صص ۱۹۸-۱۹۷).

۲-۲. تعارض اصل صحت با قاعده ید

پس از بیان جریان اصل صحت در خصوص قول مسلمان و تبیین ضابطه و مفهوم آن، بایستی اذعان داشت که اگر ذوالید فردی باشد که نتوان اصل صحت را در مورد او جاری کرد، بدون هیچ اشکالی قاعده ید علیه ذوالید در فرض انکار او جاری می‌شود، اما در صورت جریان اصل صحت در خصوص قول ذوالید مسئله‌ای که مطرح می‌شود تعارض اصل صحت در خصوص قول او در فرض انکار تعلق مال تحت ید به خود، با حجیت و اعتبار ید است؛ چراکه بر اساس اصل صحت بایستی قول ذوالید را حمل بر صحت کرده و آن را مبنا قرار داد، اما بنابر حجیت ید بایستی ذوالید را نسبت به مال تحت ید که استیلاش بر آن تحقق یافته و افراد دیگر بدان دسترسی نداشته‌اند مالک دانست. به عبارتی، مسئله این است که آیا بر اساس انکار ذوالید می‌توان از اماریت ید دست برداشت یا اینکه ید و استیلاي ذوالید به واسطه انکار او نیز از اعتبار و حجیت نمی‌افتد؟

چنان‌که از ادله اصل صحت معلوم گردید قول به صحت سخن فرد مسلمان صرفاً از جهت حسن ظن به او بوده و گستره این اصل تا جایی است که دلیلی بر خلاف آن وجود نداشته باشد؛ از این رو اصل مذکور بسیار سست بوده و به واسطه ید و استیلاي ذوالید، انکار او فاقد اعتبار خواهد شد. همچنین انکار ذوالید متضمن این نکته است که افزون بر او افراد دیگری نیز حق ورود و دستبرد به ملک او را داشته و مال یافت‌شده در ملک او برای دیگری است؛ چراکه هیچ مال بدون مالکی وجود ندارد؛ بنابراین در صورت انکار مالکیت ذوالید، مالکیت آن مال برای افراد دیگر ثابت می‌شود؛ درحالی‌که مطلب مذکور خلاف فرض مسئله بوده؛ چراکه مفروض آن است که تنها ذوالید و مالک دسترسی به ملک خود داشته است؛ از این رو فرد دیگری را نمی‌توان مالک قلمداد کرد.

از طرف دیگر در خصوص مکان و محلی که مورد تردید قرار گرفته است

که فقط مالک به آن تردد و دسترسی دارد یا افراد دیگر هم بدانجا دسترسی داشته‌اند، اصل بر عدم ورود افراد دیگر است. افزون بر آن، در غالب موارد افراد متجاوز منکر تعدی خود هستند، از این رو انکار فرد متهم در مقابل ید او هیچ گونه اعتباری نخواهد داشت، از سوی دیگر ظاهر حال نیز اقتضا می‌کند مال موجود در ملک فردی که افراد دیگر بدان دسترسی نداشته‌اند متعلق به مالک آن ملک باشد. بنابراین صرف انکار ذوالید موجب سقوط حجیت ید نشده و هیچ وجهی برای تقدم انکار او بر اماریت ید و یا حتی تعادل آن دو نیست، بلکه ادله اعتبار ید همچنان بر اطلاق خود باقی مانده و شامل حالت انکار ذوالید نیز می‌شود و استیلای او بر مال ثابت می‌گردد. نهایت امر اینکه اگر اصل صحت جاری در قول مسلمان را مانع جریان قاعده ید و تعلق داشتن مال تحت ید به ذوالید بدانیم، بایستی در جایی که فرد مسلمانی بر مال تحت ید ذوالید ادعای مالکیت دارد اصل صحت را در مورد قول مدعی جاری کرده و او را برابر با ذوالید دانسته و برای تعیین مالکیت آن مال از ذوالید یا مدعی دلیل بطلبیم، در حالی که هیچ فقهی مدعی را با ذوالید برابر ندانسته و در صورتی که مدعی، بینه (یعنی اماره بالاتر از ید) نداشته باشد معتقدند که آن مال به ذوالید تعلق خواهد داشت و مردم نیز با او همچون مالک رفتار می‌کنند.

گفتنی است قول برخی از فقها مبنی بر اینکه در صورت اعتراف ذوالید به عدم مالکیت او نسبت به مال تحت ید، در عدم اعتبار ید او اشکالی وجود ندارد (خمینی الف، [بی تا]، ج ۱، صص ۲۶۸-۲۶۷)، منافاتی با مطالب بیان شده ندارد؛ چراکه عدم اعتبار ید ذوالید در فرض مذکور مربوط به جایی است که عدم اعتبار ید او منافاتی با حسن ظن به او و صحت سخن او نداشته باشد؛ چنان که در موارد متعددی که ید افراد مالکانه نبوده، بلکه ید اجاره‌ای یا عاریه‌ای و به طور کلی ید امانی است، قضیه به همان نحو است؛ در حالی که بحث ما مربوط به جایی است که فرد مسلمان به واسطه

در اختیار داشتن مواد مخدر و یا مال مسروقه در معرض اتهام بوده و استیلائی او با حسن‌ظن به او منافات دارد.

اما این مطلب که: «مطابق نظر مشهور فقها در صورت اقرار ذوالید به این که مال تحت یدش در زمان سابق متعلق به او نبوده، بلکه به سبب نقلی به او رسیده، لازم است ذوالید انتقال به وجه قانونی را اثبات کند و با وجود اقرار او نمی‌توان به استناد ید فعلی، به مالکیت و تعلق مال به او حکم کرد»^۱ (خمینی ب، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۳۲)، موجب آن نمی‌شود که در بحث انکار ذوالید نیز قائل به عدم اعتبار ید و استیلائی او شویم؛ چراکه اولاً: اقرار به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا بوده، ولی انکار جوابی است که مدعی علیه و متهم برای رد ادعا و اتهام از خود استفاده می‌کند؛ از این رو احکام مترتب بر آن دو متفاوت از یکدیگر است. ثانیاً: تقدم اقرار بر ید و نیز تقدم ید بر اصل صحت در خصوص قول ذوالید، از حیث درجه اعتبار و ضریب کاشفیت از واقع است؛ چراکه طریقت و کاشفیت اقرار اقوا از ید بوده، چنان که کاشفیت ید اقوا از اصل صحت جاری در قول ذوالید است. پس از معتبر دانستن ید به طور مطلق و حتی در صورت انکار ذوالید، بایستی اذعان کرد اموری که برای اثبات آن، طرق مشخصی در شرع و قانون معین شده است، مانند سرقت که ادله اثبات آن منحصر است به شهادت دو فرد عادل و یا دو بار اقرار مرتکب (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۹، ص ۲۷۶/ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۱۱)، بایستی از همان ادله برای اثبات آن استفاده کرد، از این رو صرف ید داشتن متهم بر مال مسروقه موجب اثبات سرقت و دلیلی بر سارق بودن او نیست. اما اموری که برای اثبات آن، طرق خاصی در شرع و قانون مشخص نشده است، بلکه صرف استیلائی فرد برای اثبات آن کفایت می‌کند، مانند غصب (ثبوت ضمان ید)، به واسطه ید و استیلائی ذوالید بر

۱. بر اساس ماده ۳۷ ق.م.ا اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر این که ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.

مال غیر غصب محقق می‌شود، و لو اینکه ذوالید منکر باشد و یا ادعا کند که به وجه قانونی از غیر به او منتقل شده است؛ از این رو ذوالید غاصب به واسطه قاعده ضمان ید در مقابل مالک مسئول و ضامن است، چرا که در تعلیل ضمانت غاصب گفته شده که ملاك آن استیلا بر مال غیر عدواناً است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۸۴).

گفتنی است این مطلب با نظر فقها که فرموده‌اند: «در مقام تردید بین غصب و سرقت (نوع خاصی از غصب)^۱، مسئولیت خفیف‌تر، یعنی غصب لحاظ خواهد شد، نه سرقت» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۵۰۰)، نیز سازگار است.

نتیجه

پس از تحلیل و بررسی ادله و عبارات فقها و توجه به آرای دادگاه‌ها در خصوص مسئله مورد تحقیق، یعنی حجیت ید در صورت انکار ذوالید نتیجه زیر حاصل گردید:

ادله حجیت ید به طور مطلق بیانگر تعلق مال تحت ید به ذوالید است و شامل حالت انکار ذوالید نیز می‌شود؛ جز اینکه در حالت مذکور میان حجیت ید و اصل صحت جاری در قول ذوالید تعارض پیش می‌آید که اعتبار ید و استیلا ی او به سبب بالابودن ضریب کاشفیت از واقع بر اصل صحت تقدم داشته و حجتی علیه او خواهد بود.

در صورتی که افزون بر مالک، افراد کثیری نیز به اذن او بر ملکش ید و دسترسی داشته باشند، استیلا ی مالک فاقد اعتبار گشته و مال یافت شده در آن ملک حکم لقطه را خواهد داشت.

استیلا ی ذوالید هر چند در برخی حالات، و لو با وجود انکار او، بر انتساب مال تحت ید به او دلالت دارد، اما ید داشتن را نمی‌توان دلیلی برای

۱. زیرا سرقت نوعی از استیلا بر مال غیر به نحو عدوانی است، جز اینکه به اعتبار غصب خاص محسوب شدن آن، آثار و احکام خاصی نیز بر آن مترتب می‌گردد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۵۰۰). همچنین سرقت تنها در خصوص اموال منقول قابل تحقق است، ولی غصب نسبت به تمامی اموال؛ اعم از منقول و غیرمنقول قابل تحقق است.

اثبات جرایمی قرار داد که طرق خاصی برای اثبات آن از سوی شارع مقدس اسلام و قانونگذار تعیین شده است، چراکه صرف استیلائی ذوالید مثبت مجرم‌بودن او نیست. آری تنها در مواردی که صرف ید داشتن برای اثبات مسئولیت کافی باشد، استیلائی ذوالید مثبت آن مسئولیت خواهد بود. از این رو رأی بدوی دادگاه عمومی جزایی تهران شعبه ۱۱۰۴ فاقد وجه بوده و نقض آن از سوی دادگاه تجدیدنظر قابل دفاع است.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد.

سهم نویسنده در پژوهش

نویسنده مسئولیت کامل طراحی، اجرا، نگارش و تأیید نهایی مقاله را بر عهده داشته است.

تضاد منافع

نویسنده اعلام می‌دارد که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارد.

منابع

آملی، محمدتقی؛ مصباح‌الهدی فی شرح العروة الوثقی؛ ج ۱۱، ۱، تهران: انتشارات مؤلف، ۱۳۸۰ ق.

ابن بابویه (شیخ صدوق)، محمدبن علی؛ ثواب الأعمال و عقاب الأعمال؛ ج ۲، قم: دارالشریف‌الرضی للنشر، ۱۴۰۶ ق.

انصاری (شیخ)، مرتضی‌بن محمد امین؛ فرائد الأصول؛ ج ۳، ۳، قم: انتشارات مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق.

بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیة؛ تحقیق: مهدی مهریزی و محمدحسین درایتی، ج ۱، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.

بحرالعلوم، محمدبن محمدتقی؛ بلغة الفقیه؛ ج ۳، ۴، تهران: منشورات مکتبة الصادق، ۱۴۰۳ ق.

حجیت ید در صورت انکار ذوالید (بررسی اختلاف آرای دادگاهها)

بحرانی، یوسف بن احمد؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۱۵، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.

حائری یزدی، عبدالکریم؛ در الفوائد؛ ج ۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.

حرامعلی، محمد بن حسن؛ تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ ج ۸، ۱۲، ۲۵، ۲۶ و ۲۷، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ ق.

حسینی شاهرودی، سید محمود بن علی؛ کتاب الحج؛ ج ۳، چ ۱، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۰۲ ق.
خمینی (امام)، سید روح الله؛ القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (الرسائل للإمام الخميني)؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، [بی تا] [الف].

خمینی (امام)، سید روح الله؛ تحریر الوسيلة؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بی تا] [ب].

خوانساری، سید احمد بن یوسف؛ جامع المدارک فی شرح مختصر النافع؛ ج ۶، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.

سایت آرای دادگاهها یا آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، [بی تا]، به آدرس: www.dadrah.ir دسترسی در دی ۱۳۹۹.

سروی مازندرانی، محمد صالح بن احمد؛ شرح الکافی؛ ج ۱۰ و ۱۲، چ ۱، تهران: المكتبة الإسلامية، ۱۳۸۲ ق.

طوسی، محمد بن حسن؛ تهذیب الأحکام؛ ج ۹، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية؛ ج ۹، چ ۱، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۱۲، چ ۱، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ق.

فاضل لنکرانی، محمد؛ القواعد الفقهية؛ ج ۱، قم: چاپخانه مهر، ۱۴۱۶ ق.

فاضل لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - القضاء و الشهادات؛ ج ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۰ ق.

فاضل لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الحدود؛ ج ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۲ ق.

فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی؛ الوافی؛ ج ۵، چ ۱، اصفهان: کتابخانه امام

- امیر المؤمنین علی (ع)، ۱۴۰۶ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۲، ۵، ۸، ۴، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی؛ مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول؛ ج ۱۱ و ۲۵، ۲، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۴ ق.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی؛ ملاذ الخیار فی فهم تہذیب الأخبار؛ ج ۱۰ و ۱۵، ۱، قم: انتشارات کتابخانہ آیة اللہ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
- محدث نوری، حسین؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ ج ۹، ۱، بیروت: مؤسسہ آل البیت، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، سید محمد؛ کتاب الحج؛ ج ۲، ۱، قم: چاپخانہ مہر، ۱۴۰۱ ق.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقہ؛ ج ۱، ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۶، ۲، قم: مؤسسہ آل البیت، ۱۴۱۴ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة والبرہان فی شرح إرشاد الاذہان؛ ج ۱۰، ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقہیہ؛ ج ۱، ۳، قم: مدرسہ امام امیر المؤمنین، ۱۴۱۱ ق.
- موسوی قزوینی، سید علی؛ رسالہ فی قاعدہ «حمل فعل المسلم علی الصحۃ»؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ جامع الشتات فی أجوبة السؤالات؛ ج ۴، ۱، تهران: مؤسسہ کیہان، ۱۴۱۳ ق.
- میرزای نائینی، محمد حسین؛ القواعد الفقہیہ (فوائد الاصول للنائینی)؛ ج ۴، ۱، [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۴۰ و ۴۲، ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی؛ عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام؛ ج ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

The Requirements of Effective Sharia Supervision Over The Laws & Regulations System, Focusing on The Permanent, Comprehensive & Superior Sharia Supervision of The Jurists of The Guardian Council

Mehdi Ebrahimi

PhD Candidate in Public Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: mahdy.ebrahimi@gmail.com

Mohammadjavad Rezaeizadeh Borovati* (Corresponding Author)

Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: rezaeizd@ut.ac.ir

Mohammad Bahadori Jahromi

Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran. Email: bahadori.iran@gmail.com



Use your device to scan and read the article online

Citation Ebrahimi, M. ,Rezaeizadeh Borovati, M. ,Bahadori Jahromi, M. (2025). The Requirements of Effective Sharia Supervision Over The Laws & Regulations System, Focusing on The Permanent, Comprehensive & Superior Sharia Supervision of The Jurists of The Guardian Council. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (85): 145-177



[10.22034/ilaw.2023.709544](https://doi.org/10.22034/ilaw.2023.709544)

Received: 27 February 2022 , Accepted: 12 September 2023

Abstract

According to the fourth article of Iran's Constitution, all the laws and regulations of the country must be in accordance with Sharia standards, and this is determined by the Guardian Council's jurists. The Guardian Council performs this task in accordance with the aforementioned authority and in the manner prescribed in the principles ninety-one to ninety-seven of the Constitution. In order to realize the intention of the legislator in this regard, it is appropriate to study and examine the requirements of the maximum effect of this supervision. Therefore, the current research has been carried out by relying on the jurisprudence and legal foundations of the Islamic Republic of Iran in order to achieve the requirements of the effective sharia supervision of the jurists of the Guardian Council on the system of laws and regulations of the country. Thus, the main question of this research is actually finding these requirements and requirements, or in other words, answering the question: "What are the descriptive requirements for the realization of effective Sharia supervision over the country's laws and regulations system?" In line with this question and relying on the descriptive-analytical research method, in the present research, the findings show: "The most central attributes that make the Shariah supervision of the jurists of the Guardian Council effective are: permanence, comprehensiveness and superior position of the supervision of the Guardian Council's jurists.

Keywords

Guardian Council, Shariah Supervision, Constitution, Art. 4, Islamic Sharia, Effective Supervision, Laws & Regulations.



Extended Abstract

1. Introduction

The establishment of a religious government in Iran was born from a long-standing national desire to integrate divine values and celestial teachings into the various echelons of governance. Following the 1979 Islamic Revolution, this aspiration was codified in the Constitution, framing the political system around the concept of "the governance of the righteous" and a legal framework governed by Quranic principles and the Prophetic Sunnah. Central to this framework is Article 4 of the Constitution, which serves as a foundational "ruling principle." It mandates that all civil, penal, financial, economic, administrative, cultural, military, and political laws and regulations must be based on Islamic criteria. The responsibility for discerning and certifying this conformity lies exclusively with the jurists of the Guardian Council.

While the constitutional mandate for Sharia supervision is clear, the practical effectiveness of this oversight is a subject of significant academic and legal concern. Effective supervision is essential to preserve the "Islamicity" of the system and protect it from deviation or distortion. This research addresses a critical gap in existing literature, which often focuses on the procedural mechanics of the Guardian Council rather than the foundational "descriptive requirements" that ensure maximum impact. The central problem investigated is: What are the essential requirements for achieving effective Sharia supervision over the national system of laws and regulations?. The study hypothesizes that for Sharia supervision to be truly effective, it must be characterized by three pillars: it must be permanent, comprehensive, and superior in status.

2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical research methodology. It is grounded in the jurisprudential (Fiqh) and legal foundations of the Islamic Republic of Iran. The primary data sources include the text of the Constitution, the formal interpretations and opinions issued by the Guardian Council, and relevant legislative acts such as the Law on the Administrative Justice Court. Furthermore, the research utilizes Islamic primary sources, including the Quran and Hadith (specifically the Hadith of Zurarah), to establish the religious necessity of perpetual Sharia validity. The analytical component involves evaluating the hierarchy of norms in the Iranian legal system and assessing the institutional relationship between the Guardian Council and other branches of power. The study also reviews existing academic literature

to differentiate its focus on "pre-requirements" from prior studies that merely explored the scope of supervision over specific bodies.

3. Research Findings

The research identifies three core requirements for the effectiveness of Sharia supervision:

A. Permanence of Supervision (Dā'emī) The first requirement is that Sharia oversight must be an uninterrupted and eternal process. This is rooted in the "Khatamiyat" (finality) of Islam; according to the Hadith of Zurarah, what Muhammad (PBUH) made permissible is permissible until the Day of Judgment, and his prohibitions remain until the Day of Judgment. Consequently, the institution protecting this Sharia must also be permanent. Legally, this is reflected in Article 93, which stipulates that the Parliament (Majlis) lacks legal validity and standing without the simultaneous existence of the Guardian Council. This ensures that no legislative vacuum ever exists where laws could be passed without Sharia panying. Furthermore, Article 2 emphasizes "Monotheism in Legislation," necessitating a constant effort to align human law with the divine will.

B. Comprehensiveness of Supervision (Farāgīr) Effective supervision must be inclusive across temporal, institutional, and normative dimensions.

- Temporal Scope: Supervision extends to all legislative eras, including laws passed before the 1979 Revolution and those enacted by the Revolutionary Council (1979–1980). The study finds that pre-revolutionary laws must remain under the "magnifying glass" of the Council to ensure their continued Sharia compliance in the new system.

- Institutional Scope: Beyond the Parliament, the Council's oversight must cover all norm-setting bodies, including the Supreme Councils. While the Supreme National Security Council's decisions are uniquely exempt due to the Leader's direct approval, other bodies like the Supreme Council of the Cultural Revolution and the Supreme Council of Cyberspace must be subject to Sharia monitoring to prevent "legislative bypass".

- Normative Scope: Supervision applies to the Constitution itself through Article 98 (interpretation), parliamentary acts, and government regulations monitored via the Administrative Justice Court.

C. Superiority of Supervision (Bartar) The final requirement is the supremacy of Sharia as the highest norm in the legal hierarchy. Article 4 explicitly states that this principle "governs the absolute and general nature of all other articles of the Constitution". This superiority is also institutional;

the Guardian Council jurists possess a unique status, including budgetary independence (the Parliament cannot reduce their budget) and immunity from parliamentary investigation under Article 76. Finally, the study distinguishes between "judicial" and "essential" supervision; the Council jurists perform a macro-level assessment of legal norms rather than settling specific individual disputes, which reinforces their position as the guardians of the legal system's fundamental principles.

4. Conclusion

The research concludes that the "Islamicity" and legitimacy of the Iranian legal system are inextricably linked to the effectiveness of Sharia supervision. The three identified requirements—permanence, comprehensiveness, and superiority—function as a synergistic framework that ensures the divine will remains the "superior norm" in governance. The study suggests that to operationalize these requirements, the Guardian Council should fully utilize the 2023 amendment to Article 87 of the Law on the Administrative Justice Court to establish provincial offices. This would facilitate "capillary supervision," allowing for more systematic and widespread monitoring of local and regional regulations. Additionally, the research recommends establishing clearer legal guarantees for the enforcement of the Council's findings of Sharia-non-conformity, ensuring that even historical or specialized regulations are promptly rectified or nullified if they contradict Islamic criteria. Without these descriptive requirements, the goal of a truly Sharia-compliant legal order remains an unrealized aspiration.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر

دائمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی

فقه‌های شورای نگهبان

مهدی ابراهیمی

دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
Email: mahdy.ebrahimi@gmail.com

محمدجواد رضائی زاده برواتی* (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
Email: rezaeizd@ut.ac.ir

محمد بهادری جهرمی

استادیار گره حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.
Email: bahadori.iran@gmail.com



Citation Ebrahimi, M., Rezaeizadeh Borovati, M., Bahadori Jahromi, M. (2025). The Requirements of Effective Sharia Supervision Over The Laws & Regulations System, Focusing on The Permanent, Comprehensive & Superior Sharia Supervision of The Jurists of The Guardian Council. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (85): 145-177.
doi 10.22034/ilaw.2023.709544

Received: 27 February 2022 , Accepted: 12 September 2023

چکیده

مطابق اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تمامی قوانین و مقررات کشور باید مطابق موازین شرعی باشد و تشخیص و احراز این امر، بر عهده فقه‌های شورای نگهبان است. شورای نگهبان مطابق صلاحیت مزبور و آنچه در اصول نودویکم تا نودوهفتم قانون اساسی مقرر شده است، این وظیفه را انجام می‌دهد. برای تحقق مراد قانونگذار در این زمینه، شایسته است الزامات تأثیر حداکثری این نظارت مطالعه و بررسی شود؛ بر این اساس پژوهش حاضر با تکیه بر مبانی فقهی و حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران برای دستیابی به الزامات نظارت شرعی مؤثر فقه‌های شورای نگهبان بر نظام قوانین و مقررات کشور انجام گرفته است. در واقع، پرسش اصلی این پژوهش یافتن و برشمردن این الزامات و بایسته‌ها است یا به عبارت دیگر، پاسخ به این پرسش که: «الزامات توصیفی تحقق نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور کدام‌اند؟» در راستای این پرسش و با تکیه بر روش پژوهشی توصیفی-تحلیلی این مقاله، فرضیه مقابل مورد مطالعه و کنکاش علمی قرار گرفته است: «محوری‌ترین اوصافی که سبب اثربخش شدن نظارت شرعی فقه‌های شورای نگهبان می‌شود، عبارت‌اند از: دائمی بودن، فراگیر بودن و از موضع برتر بودن نظارت شرعی فقه‌های شورای نگهبان».

واژگان کلیدی

شورای نگهبان، نظارت شرعی، قانون اساسی، اصل ۴، شریعت اسلامی، نظارت مؤثر، قوانین و مقررات.



مقدمه

برقراری حکومت دینی به معنای حاکمیت تعالیم و ارزش‌های الهی بر شئون مختلف زمامداری، همواره از آرزوهای دیرین ملت دین‌مدار ایران بوده است. رویکردها و اقدامات ضد دینی رژیم پهلوی اراده جدی‌ای در ملت ایران ایجاد کرد تا برای تحقق این امر مهم و احیای فرهنگ اسلامی، با این رژیم به مبارزه بپردازد. سرانجام اتحاد ملت ایران با تکیه بر مرجعیت شیعه برای احیای ارزش‌های اسلامی، سبب استقلال و رهایی از نظام سلطه شد (جلیلی، ۱۳۸۵، ص ۲۵۳). در مقدمه قانون اساسی، اهمیت این سابقه و تاریخچه مبارزات ملت ایران ذکر و تصریح شده است.^۱

این خواست و اراده دیرین ملت به دست نخبگان ایشان، در قانون اساسی مصوب سال ۱۳۵۸ نیز تجلی یافت و حسب آن مقرر شد ساختار و عملکرد نظام سیاسی، بر اساس تلقی مکتبی «زمامداری صالحان» و نظام هنجاری حاکم بر مدار تعالیم قرآنی و سنت نبوی طرح‌ریزی شود.^۲ فارغ از این مسئله، پیاده‌سازی و جریان تعالیم و ارزش‌های اسلامی در تمامی نهادها و ساختار اجرایی کشور، موضوع دیگری بود که در قالب رهبری و زعامت دینی و تشکیل جمهوری اسلامی تبلور پیدا کرد (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص ۱۹۷). اصول متعددی از قانون اساسی گویای پیوند دین با امور سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی است که جز از طریق نظام حاکمیت ارزش‌مدار و به رهبری ولی فقیه محقق نمی‌شود. این مسئله بروز دین در زمامداری

۱. «ملت مسلمان ایران پس از گذر از نهضت ضد استبدادی مشروطه و نهضت ضد استعماری ملی شدن نفت، به این تجربه گرانبار دست یافت که علت اساسی و مشخص عدم موفقیت این نهضت‌ها، مکتبی نبودن مبارزات بوده است. گرچه در نهضت‌های اخیر، خط فکری اسلامی و رهبری روحانیت مبارز سهم اصلی و اساسی را برعهده داشت، ولی به دلیل دور شدن این مبارزات از مواضع اصیل اسلامی، جنبش‌ها به سرعت به رکود کشانده شد. از اینجا وجدان بیدار ملت به رهبری مرجع عالی قدر تقلید حضرت آیت‌الله العظمی امام خمینی، ضرورت پیگیری خط نهضت اصیل مکتبی و اسلامی را دریافت...».

۲. «... در ایجاد نهادها و بنیادهای سیاسی که خود پایه تشکیل جامعه است، بر اساس تلقی مکتبی، صالحان عهده‌دار حکومت و اداره مملکت می‌گردند «أَنَّ الْأَرْضَ يَرْثُهَا عِبَادِي الصَّالِحُونَ» و قانونگذاری که مبین ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است، بر مدار قرآن و سنت جریان می‌یابد...».

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دایمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی ■

جمهوری اسلامی ایران را واجد ویژگی‌های حقانیت، جامعیت و جاودانگی نموده است (جوان آراسته، ۱۳۸۳، ص ۵۲). براین مبنا، بنیان حکومت، حاکمیت خداوند متعال است و اجرای شریعت الهی در جامعه، هدف اصلی تلقی می‌شود (فضلی، ۱۳۸۷، ص ۸۱).

در این میان، لزوم اقامه «شرع الهی»، از مهم‌ترین وظایف رهبر است؛ بدین معنا که یکی از واجباتی که برعهده دولت اسلامی است، این است که شریعت اسلامی را به صورت کامل و در تمامی ابعاد اقامه کند (کعبی، ۱۳۹۴، ص ۲۱۵). در قرآن و روایات تخطی از این امر و ترک این واجب، به «ظلم» تعبیر شده است و مرتکبین آن، «ظالم» دانسته شده‌اند. تأکید بر این مسئله و اهمیت آن چنان زیاد است که مسئولین جامعه اسلامی، ملزم هستند تمامی اوامر و نواهی شارع مقدس را رعایت کنند و در این زمینه، حق‌گزینش از فرامین الهی را ندارند.

دغدغه قانونگذار در زمینه شرعیت شئون مختلف نظام، به این میزان هم محدود نشده است و این خصیصه نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران را به موجب ذیل اصل ۱۷۷ قانون اساسی، از اصول ثابت و لایتغیر معرفی می‌کند و نقض و تغییر آن را دور از اختیار و صلاحیت هر شخص یا مقام می‌داند. قانونگذار علاوه بر حکم بر ثبات موازین شرعی، منظومه احکام و تعالیم الهی را هنجار برتر حاکم بر نظام حقوقی سیاسی کشور معرفی کرده است. این مسئله در جای‌جای قانون اساسی متبلور و تکرار شده است.

قانونگذار اساسی در مسیر زمامداری بر مبنای شریعت الهی، برای حفظ این اسلامیت در شئون مختلف کشور، به خصوص نظام تقنینی و مقرر گذاری کشور، اهتمام ویژه‌ای داشته است. برای این منظور، مسئله تقنین شایسته در نظام حقوقی ایران، از اهمیت بسیار بالا و برجسته‌ای برخوردار است. پایش قوانین و حفظ اسلامیت و استدام شرعیت نظام جمهوری اسلامی ایران در این مقام، با اهمیت جلوه کرده و به اعمال نظارت متناسب کارآمد نیازمند

است. به عبارت دیگر، تمامی قوانین و مقررات در نظام اسلامی باید به نحوی مورد نظارت و پایش قرار گیرند که جمیع فرامین شارع متمشی شود. با اشراف این نظارت می‌توان امید داشت که ارزش‌های الهی و موازین دینی حاکم و مبنا در نظام حقوق اساسی کشور، ثابت و پایرجا و مجموعه نظام و حاکمیت، از خطر تحریف و انحراف مصون بماند (هاشمی، ۱۳۷۵، ص ۲۶). هدف اصلی حکومت اسلامی علاوه بر مصونیت از خطر انحراف از موازین اسلامی، تمسک به تعالیم قرآن و اهل بیت (ع) در مسیر رشد و تعالی انسان و جامعه است. کما اینکه به تعبیر امام خمینی، «حکومت در نظر مجتهد واقعی، فلسفه عملی تمامی فقه در تمامی زوایای زندگی بشریت است» (خمینی، ۱۳۷۸، ص ۲۸۹)؛ لذا این حاکمیت الهی از راه استقرار ضمانت اجرای مکفی در زمینه هنجارهای حاکم بر قوای حاکمیتی مختلف محقق می‌شود و هم‌زمان، به عملکرد آن‌ها مشروعیت می‌بخشد.

اصل ۴ قانون اساسی که به شکل عام و مطلق «تصویب» یا «وجود» هر نوع مقرر یا قانون خلاف شرع را ممنوع اعلام کرده است، در واقع، تبلور این اراده مقنن اساسی است. همچنین در این بینش، لازمه‌ی تحقق حکومت منطبق بر شریعت اسلام، اجرای قوانین شریعت بر مبنای اصول و قواعد اسلامی در سطح جامعه است (ارسطا و بهادری جهرمی، ۱۳۹۳، ص ۳۷)؛ بنابراین احکام و ضوابط شرع را باید مشخصه اصلی و حاکم بر شئون مختلف نظام جمهوری اسلامی ایران، اعم از تقنین، اجرا و قضا دانست. بر این اساس در نظام حقوقی سیاسی جمهوری اسلامی ایران، هم‌پای اصل حاکمیت قانون که شامل سلسله‌مراتب مختلف قوانین اعم از قانون اساسی و عادی، مصوبات دولتی و حتی احکام قضایی می‌شود و نتیجه این اصل بطلان عمل حقوقی مغایر با قانون است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۶، ص ۴۵-۴۶)، مغایرت مصوبات و تصمیمات قوای حاکم با موازین شرع نیز پذیرفته نیست و در واقع، عمل آن‌ها با رعایت موازین شرع به وسیله

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دایمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی ■

مقامات و دستگاه‌ها، واجد ماهیت حقوقی و ضمانت اجرا می‌شود (فعلی، ۱۳۹۹، ص ۵۰)؛ بر همین اساس اعمال قوای سه‌گانه علاوه بر اینکه باید طبق قانون باشد، نباید با هنجار برتر؛ یعنی هنجار شرع نیز مغایرت داشته باشند. تضمین این مهم بر عهده سازکار نظارت شرعی است. فقهای شورای نگهبان در ادای این وظیفه، خواه از راه نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی باشد و خواه با بررسی استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری، وظیفه خود را در حفاظت از کیان شرع انجام می‌دهند.

در زمینه موضوع نظارت شرعی، پژوهش‌های متعددی صورت گرفته است، اما همگی با رویکرد این تحقیق تفاوت دارند و به مبانی این موضوع نپرداخته‌اند. حتی برخی از آن‌ها بدون در نظر گرفتن بایسته‌های فقهی - حقوقی این حوزه، به ارائه الگوی مطلوب برای آن اقدام کرده‌اند. بررسی و تفحص پیرامون موضوع پژوهش نشان می‌دهد تاکنون، پژوهشی که با عنایت به مبانی فقهی - حقوقی جمهوری اسلامی ایران، به دنبال ایجاد سازکار نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور باشد، انجام نگرفته است. از این رو، ضمن مطالعه و بهره‌مندی از مقاله‌ها و کتاب‌های موجود، ضرورت این تحقیق همچنان لازم و اجتناب‌ناپذیر است. با بررسی ادبیات موجود مشخص شد برخی آثار از جمله مقاله «سازکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی» (حاجی علی‌خمسسه و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۲۵). در زمینه نحوه اعمال نظارت شرعی بر مصوبات نهادهایی غیر از مجلس نوشته شده است و با معنای مورد نظر مؤلف، تفاوت ماهوی دارد. آثار علمی دیگری همچون مقاله «گستره نظارت شرعی شورای نگهبان در اصل ۴ قانون اساسی: نسبت‌سنجی اصول چهارم و یکصد و دوازدهم قانون اساسی» (ارسطا، ۱۳۹۶، ص ۵۹)، به مرجع صالح تشخیص انطباق قوانین با احکام ثانویه و حکومتی پرداخته است و پایان‌نامه «نظارت شرعی شورای نگهبان بر مقررات» (فعلی، ۱۳۹۹، ص ۱۷۸-۱۸۰). برای ارائه سازکار مطلوب

نظارت شرعی، صرفاً بر مقررات تمرکز کرده است، اما در میان کتاب‌های منتشرشده که هرکدام نظارت شرعی را از زاویه‌ای تحلیل کرده‌اند، کمتر به الزامات پیشینی و لازم‌الرعایه در نظارت شرعی اعمال‌شده توجه شده است (درویشوند و فعلی، ۱۳۹۷، ص ۵۵-۳۹).

خلاصه و اکاوی ادبیات پیشین این است که موضوع پژوهش حاضر، از نظر سابقه پژوهش بدیع و تاکنون به‌طور مستقل و متمرکز بررسی نشده است. در واقع، ادبیات پیشین با مفروض پنداشتن بایسته‌های نظارت شرعی انجام گرفته و اکنون نگارنده، در پی کنکاش الزامات بنیادین این نوع نظارت است؛ براین اساس در رویکرد حاضر به دنبال یافتن پاسخ این پرسش هستیم که «چه مؤلفه‌هایی باید احراز شود تا نظارت شرعی انجام گرفته بر قوانین و مقررات، بیشترین تأثیر را بر حفظ اسلامیت قوانین و مقررات کشور داشته باشد؟».

براساس این پرسش و با علم بر استقرای ناقص انجام گرفته بر اهم الزامات موجود در باب نظارت شرعی مؤثر، فرضیه این پژوهش ضرورت احراز سه ویژگی اصلی را برای نظارت شرعی اثبات کرده است که عبارتند از: «دائمی، فراگیر و برتر بودن» نظارت شرعی اعمال‌شده به دست فقهای شورای نگهبان، در فرایند نظارت بر قوانین و مقررات کشور. بدین منظور، در بخش اول دائمی بودن، در بخش دوم فراگیر بودن و در واپسین بخش، برتر بودن نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان مطالعه و بررسی می‌شود و در پایان، نتیجه‌گیری و پیشنهادها ارائه خواهد شد.

۱. دائمی بودن نظارت شرعی شورای نگهبان

اولین الزام در زمینه نظارت شرعی‌ای که فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران اعمال می‌کنند، همیشگی و دائمی بودن این نوع نظارت است. به عبارت دیگر، در نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران و در فرایند عملکرد تقنینی این نظام، همواره شورای نگهبان «باید»

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دائمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی

نظارت داشته باشد و نظارتش اعمال شود. اثر این مسئله این است که هیچ زمانی متصور نباشد که شورای نگهبان بر مصوبات مجلس شورای اسلامی نظارت نداشته باشد.

این مسئله در نظام حقوقی ایران، استثنائاتی دارد که در واقع، دایر مدار تشکیل یکی از دو نهاد نظارت کننده و نظارت شونده است و فرض دیگری برای آن متصور نیست (موضوع اصل ۹۳)؛ لذا شرایطی که در آن مصوبات تقنینی مجلس بدون نظارت شرعی شورا معتبر باشد، به رسمیت شناخته نشده است. کماینکه این مسئله در نظرات شورای نگهبان در مورد برخی مصوبات مجلس، در موضوعاتی مانند تصویب اعتبارنامه نمایندگان مجلس دیده می‌شود.^۱ همچنین این اصل صرفاً ناظر به مصوبات مجلس نیست، بلکه ناظر به اصل وجود مجلس است؛ لذا قصد مقنن اساسی ایجاد مجلسی به همراه شورا است، نه مستقل از آن (درویشوند و راجی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۹). فارغ از سازکار اصل ۹۳ قانون اساسی که ابعاد آن بیان شد، موضوع دوام نظارت شرعی شورای نگهبان از جمله الزامات ماهوی نظارت شرعی است که از دو منظر ماهیت نظام اسلامی و مراد قانونگذار اساسی قابل بررسی است:

۱-۱. لزوم دوام نظارت شرعی بر مبنای ماهیت نظام اسلامی

دین مبین اسلام و احکام متعالی آن در فطرت الهی انسان ریشه دارد و شرع اسلامی همواره می‌تواند نیازهای او را از ابتدای تولد تا آخرین روز زندگی تأمین کند. خداوند متعال در آیه ۳۰ سوره مبارکه روم می‌فرماید:

پس روی خود را با گرایش تمام به حق، به سوی این دین کن، با همان

۱. از جمله این نظرات می‌توان به بند ۲ نظر شماره ۹۷/۱۰۲/۴۹۷۷ مورخ ۱۳۹۷/۲/۵ شورای نگهبان در خصوص طرح اصلاح موادی از قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۹۶/۱۲/۲۰ مجلس اشاره کرد: «۲- ماده ۷ موضوع اصلاح ماده ۳۱، فراز دوم این ماده، مغایر اصل ۹۳ قانون اساسی شناخته شد» فراز دوم ماده ۳۱ اصلاحی بدین شرح بود: «ماده ۳۱- ... اعتبارنامه‌هایی که مورد اعتراض قرار گرفته است، حداکثر ظرف مدت پنج روز کاری توسط شعبه رسیدگی می‌شود...» ایراد شورا با افزودن قید «تصمیم‌گیری مجلس» به این ماده مرتفع شد (b2n.ir/z52277; Last time visited 5/11/2023).

سرشتی که خدا مردم را بر آن سرشته است. آفرینش خدای تغییرپذیر نیست. این است همان دین پایدار، ولی بیشتر مردم نمی‌دانند.^۱ همچنین در روایات گوناگونی از منابع اسلامی، بر جاویدبودن احکام این دین خاتم، تأکید شده است. در این زمینه می‌توان به روایت زراره از اصحاب امام صادق (ع) اشاره که بیان می‌دارد:

از امام صادق (ع) راجع به حلال و حرام پرسیدم. فرمود: حلال محمد همیشه تا روز قیامت حلال است و حرامش همیشه تا روز قیامت حرام، غیر حکم او حکمی نیست و جز او پیغمبری نیاید و علی (ع) فرمود: هیچ کس بدعتی ننهاد، جز آنکه به سبب آن، سنتی را ترک کرد.^۲

در نزد علمای اسلامی و به تصریح آیات و روایات، احکام اسلامی و شریعت نازل شده از سوی خداوند متعال، امری جاوید است و تا زمانی که حیات بشر در این کره خاکی مستدام باشد، برقرار خواهد بود. در نتیجه، نهاد نظارت شرعی و لزوم پایش حفظ اسلامیت قوانین نیز بالتبع باید همین حکم را داشته و امری برقرار و مستدام باشد. از این رو، «دائمی بودن» نظارت شرعی یکی از مهم‌ترین خصیصه‌ها و ویژگی‌های آن است (کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی (ره)، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۲۷۲).

مسئله توجه به توحید در تشریح، در قانون اساسی نیز نمود خاصی داشته است؛ به نوعی که در اصل ۲ قانون اساسی، هم‌کلیت نظام جمهوری اسلامی ایران بر پایه ایمان به خدای یکتا و اختصاص حاکمیت و تشریح به او بیان شده و هم در بند دوم، بر لزوم تبلور این مهم در بیان قوانین، تأکید شده است. علم بر این مسئله و توجه به تکلیف دائمی احراز مراد و رضای شارع متعال در تقنین، سبب می‌شود این پایش به شکل بایسته و امری دائمی، تعریف و در نظر گرفته شود.

۱. «فَاقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ».

۲. «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ فَقَالَ حَلَالٌ مُحَمَّدٌ حَلَالٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَحَرَامُهُ حَرَامٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لَا يَكُونُ غَيْرُهُ وَلَا يَجِيءُ غَيْرُهُ وَقَالَ قَالَ عَلِيٌّ (ع) مَا أَحَدٌ ابْتَدَعَ بَدْعَةً إِلَّا تَرَكَ بِهَا سُنَّةً» (کلینی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۵۸).

۱-۲. لزوم دوام نظارت شرعی بر مبنای مراد مقنن اساسی

مسئله دوام نظارت شرعی اعمال شده به دست فقیهان شورای نگهبان، علاوه بر تکیه بر مبنای دینی و اسلامی، به طور جدی و آشکار مراد قانونگذار اساسی هم هست. مقنن اساسی فارغ از تأکید بر اسلامی بودن حاکمیت و نقش اسلام در خواست و باور دینی مردم، و در مسیر تحقق خواست دیرینه مردم ایران که همانا برقراری حکومت عدل قرآنی است، در اصول متعددی از قانون اساسی بر این مسئله به صراحت تأکید کرده است. درج عبارت «... این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است...» در اصل ۴، گواه بر این موضوع است که مقنن قانون اساسی به طور جد به دنبال ایجاد سازگاری است که به هیچ وجه و در هیچ زمان و مرحله‌ای، به آن خدشه وارد نشود (پروین، ۱۳۹۱، ص ۱۱۱). علاوه بر فقره فوق، مقنن اساسی در اصل ۱۷۷ قانون اساسی، ضمن بیان امکان بازنگری در قانون اساسی در موارد ضروری، این مسئله را در زمینه محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام، تغییرناپذیر معرفی می‌کند.^۱ این مهم به وضوح در مذاکرات مربوط به این اصل از قانون اساسی در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز دیده می‌شود.^۲

براین اساس آشکار می‌شود که هم‌راستا با ماهیت نظام حقوقی ایران که بر توحید تشریعی استوار و شرطش دوام نظارت شرعی است، مراد مقننین اساسی ایران نیز بر همین مسئله بوده است تا اسلامیت نظام و نظارت شرعی مبتنی بر آن، دائم باقی بماند و هیچ‌گاه تعطیل یا به آن خدشه وارد نشود.

۱. ذیل اصل ۱۷۷ قانون اساسی: «... محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتنای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکا به آرای عمومی و دین و مذهب رسمی ایران تغییرناپذیر است».

۲. به سخنان آقای سید عبدالکریم موسوی اردبیلی درباره ایجاد تضمینات حفظ شرعیت قانون اساسی رجوع شود (ر.ک: صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ص ۸۰۴).

۲. فراگیر بودن نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان

یکی دیگر از الزامات نظارت شرعی، جامع و فراگیر بودن این نظارت است. در این میان، یکی از موضوعات مهم اشراف بر قلمروی زمانی، نهادی و هنجاری نظارت شرعی اعمال شده است؛ بر این اساس لازم است این شمولیت در سه عرصه «شمول زمانی نظارت شرعی از نظر دوره تصویب»، «شمول نهادی نظارت شرعی از نظر مرجع هنجارگذار» و «شمول مصداقی نظارت شرعی از نظر مصدایق هنجارها» بررسی و در نهایت، حدود آن به عنوان بایسته‌ای مستقل در نظارت شرعی فقها بر قانون اساسی و نظام قوانین و مقررات کشور، احراز شود.

۲-۱. فراگیری نسبت به همه دوره‌های تقنینی کشور

اگرچه در اصل ۴ قانون اساسی به حیثه شمول زمانی نظارت بر مصوبات - مثلاً مصوبات قبل یا بعد از انقلاب اسلامی - تصریح نشده است، ولی اطلاق و عموم مندرج در این اصل، صلاحیت نظارتی شورای نگهبان را شامل قوانین و مقررات همه ادوار تقنینی کشور قرار می‌دهد، اما از آنجا که نمی‌توان کلیه قوانین از مشروطیت تا تشکیل شورای نگهبان را مغایر شرع دانست، لازم است این مسئله به‌طور خاص، بررسی شود و ابعاد زمینه‌سازی نظارت شرعی در خصوص آن، پیش‌بینی و سریع‌تر انجام شود (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵، ص ۱۵۴). بدین‌منظور در ادامه هر دوره تقنینی به‌شکل مجزا، بررسی و مطالعه می‌شود:

۲-۱-۱. دوره تقنینی پیش از انقلاب اسلامی

در مورد صلاحیت شورای نگهبان نسبت به نظارت شرعی بر قوانین و مقررات پیش از انقلاب، برخی بنابر دلایلی مانند اینکه ابطال آن قوانین به خلأ قانونی و فساد بیشتری منجر می‌شود، قائل به عدم صلاحیت شورا هستند (هاشمی، ۱۳۷۵، ص ۲۴۴) و برخی به دلیل قبول نظام اسلامی توسط آرای عمومی و حکومت اصل ۴ قانون اساسی بر عموم و اطلاق

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دایمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی

قوانین و مقررات، حتی قانون اساسی و به طریق اولی قوانین و مقررات پیش از انقلاب، قائل به وجود صلاحیت شورا شده‌اند (مهرپور، ۱۳۸۷، ص ۲۲ / مدنی، ۱۳۷۶، ص ۴۶-۴۷ / هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۹۲-۹۵). با مقایسه ادله مشخص می‌شود که دلایل گروه دوم موجه‌تر است؛ چراکه با ابطال قانون مغایر شرع، قضات محاکم دادگستری طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، می‌بایست به منابع و فتاوی فقهی رجوع کنند. مضاف بر اینکه مجلس شورای اسلامی همواره می‌تواند با تقنین جدید، خلأ احتمالی را مرتفع کند (فلاح‌زاده و درویش‌متولی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۸).

۲-۱-۲. دوره تقنینی شورای انقلاب

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و فروپاشی رژیم شاهنشاهی، اولین نهادی که به وضع قوانین و مقررات اقدام کرد، شورای انقلاب اسلامی بود. حیات شورای انقلاب اسلامی و دوره تقنینی آن از ۲۲ دی ۱۳۵۷؛ یعنی پیش از تصویب قانون اساسی آغاز و تا ۲۹ تیر ۱۳۵۹ به طول انجامید. در این دوره، این شورا بیش از ۱۵۰۰ مصوبه را به تصویب رساند (حبیبی، ۱۳۹۸، ص ۴۷). اگرچه در ترکیب اصلی این شورا فقهای چون آیت‌الله طالقانی، استاد مطهری و شهید بهشتی عضویت و حضور داشتند؛ با این حال، هیچ نوع نظارت اساسی یا شرعی مستقلی بر مصوبات آن اعمال نمی‌شد و شورای نگهبان اساساً مقارن با پایان دوره فعالیت این شورا تشکیل شد. بر این اساس ضروری است قوانین و مقررات حاکمی که این شورا تصویب کرده است، تحت سیطره و زیر ذره‌بین نظارت شرعی قرار گیرند تا چنانچه موردی مغایر شرع تشخیص داده شود، پالایش شود. یکی از این موارد، تبصره لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک، برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ بود. در ضمن این ماده مقرر شده بود که کارشناس رسمی، قیمت‌گذاری

قطعی انجام دهد که فقها آن را مغایر شرع اعلام کردند.^۱

۲-۱-۳. دوره تقنینی مجلس شورای اسلامی

دوره تقنینی پس از تشکیل مجلس شورای اسلامی، چون در قانون اساسی به روشنی تعیین تکلیف شده است، چندان جای بحث و چالش ندارد؛ بدین معنا که مصوبات مجلس شورای اسلامی در صورت مغایرت شرعی، برای اصلاح اعاده می‌شوند و از نظر رویه عملی نیز چالشی وجود ندارد. سازکار نظارت شرعی پسینی بر مقررات دولتی نیز با سازکار رسیدگی و استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری صورت می‌گیرد و بدین وسیله می‌توان امکان نظارت بر همه قوانین و مقررات کشور را احراز کرد.

۲-۲. فراگیری نسبت به تمامی مراجع هنجارگذار

یکی دیگر از شئون نظارت شرعی موثر شورای نگهبان، فراگیری این نوع نظارت نسبت به تمام مراجع هنجارگذار در کشور است. مصوبات مجلس شورای اسلامی حسب سازکار موجود، در زمینه اعمال نظارت شرعی چالش قابل توجهی ندارد و موارد فرستاده شده به شورای نگهبان، براساس اصول ۹۱ تا ۹۴ رسیدگی می‌شوند؛ براین اساس در فراگیری نظارت شرعی بر لوايح دولت، اعم از قوه مجریه و موارد ارسالی توسط قوه قضائیه، طرح‌های مجلس شورای اسلامی و مصوبات شورای عالی استان‌ها که مطابق قانون اساسی صلاحیت وضع قانون را دارند، تردیدی وجود ندارد؛ بنابراین شایسته

۱. متن ماده واحده - «متن زیر به‌عنوان تبصره به ماده (۱) لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ الحاق می‌گردد: تبصره - در مواردی که اسناد یا اقدامات دستگاه‌های اجرائی مبنی بر مالکیت قانونی (اعم از اینکه به اشخاص حقیقی و حقوقی واگذار شده یا نشده باشد) به موجب احکام لازم الاجرای قضائی ابطال گردیده یا می‌گردد، دستگاه مربوطه موظف است املاک یادشده را به مالک آن مسترد نماید. لکن چنانچه در اثر ایجاد مستحدثات یا قرارگرفتن اراضی مذکور در طرح‌های مصوب، استرداد آن به تشخیص مرجع صادرکننده حکم متعذر باشد، دستگاه اجرائی ذی‌ربط می‌تواند با تأمین اعتبار لازم، نسبت به تملک این قبیل املاک مطابق این قانون اقدام نماید. در صورتی که حکم دادگاه مبنی بر خلع ید یا قلع و قمع صادر شده باشد، دادگاه مزبور با درخواست دستگاه اجرائی دستور توقف اجرای حکم مزبور را صادر و دستگاه اجرائی ذی‌ربط موظف است ظرف مدت شش ماه از تاریخ صدور دستور موقت، نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت روز املاک یادشده اقدام نماید» (ر.ک: شماره ۲۰/۳۲۵۲۰/۸۸ تاریخ ۱۳۸۸/۲/۲۳، قابل مشاهده در: b2n.ir/k14144).

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دائمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی ■

است در این مقام، بر مصوبات دیگر نهادها همچون شوراهای عالی و ستادها، شوراها و هیئت‌های ویژه و... تمرکز و بررسی انجام شود تا کیفیت پوشش نظارت شرعی بر مصوبات این مراجع مقرر گذار سنجیده شود. این مسئله نیازمند طراحی الگوی مطلوب نظارت شرعی است که در پایان به آن اشاره شده است.

۲-۲-۱. نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر شوراهای عالی

نظام حقوقی ایران ده‌ها شورای عالی دارد. جایگاه مصوبات این شوراها از نظر حقوقی، به دقت، تفصیل و موردی تبیین نشده است. بی‌شک مصوبات این شوراها لازم‌الاجراست، اما نمی‌توان همه این مصوبات را در یک سطح قرار داد یا از نظر ماهوی، قانون دانست. برخی از حقوقدانان معتقدند نظارت‌پذیری شوراهای عالی، به نوع مصوبه‌ای بستگی دارد که ایشان صادر می‌کنند. بدین معنا که مصوباتی که جزئی و در دایره محدود وضع می‌شوند، از اعمال نظارت شرعی بی‌نیاز و در طرف مقابل، مصوباتی که شبه‌تقنینی و عام‌الشمول هستند، به اعمال نظارت شرعی شورای نگهبان نیاز دارند (حاجی‌علی‌خمسه و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۴۳). برای بررسی بهتر مسئله، لازم است شوراهای عالی را به تفکیک ماهیت بررسی و شمول نظارت شرعی را بر هر یک بررسی کنیم:

الف) شورای عالی امنیت ملی

این شورا در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ با هدف تأمین منافع ملی و پاسداری از انقلاب اسلامی تأسیس شد. به موجب اصل ۱۷۶ قانون اساسی، وظایف این شورا عبارت‌اند از:

تعیین سیاست‌های دفاعی - امنیتی کشور در محدوده سیاست‌های کلی تعیین‌شده از سوی مقام رهبری، هماهنگ کردن فعالیت‌های سیاسی، اطلاعاتی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی در ارتباط با تدابیر کلی دفاعی - امنیتی و بهره‌گیری از امکانات مادی و معنوی کشور برای مقابله با تهدیدهای

داخلی و خارجی.

اعضای این شورا سران نهادهای امنیتی و اجرایی کشور هستند که رؤسای قوای سه گانه، وزرای امور خارجه، کشور، اطلاعات و رئیس ستاد فرماندهی کل نیروهای مسلح، از جمله آنهاست. مانند دیگر نهادهای عالی، حدود اختیارات و وظایف شوراهای فرعی آن را قانون معین می کند و تشکیلات آن ها به تصویب شورای عالی می رسد. تفاوت شورای عالی امنیت ملی با شوراهای دیگر این است که مصوبات آن پس از تأیید مقام رهبری، قابل اجراست (آریان نژاد، ۱۴۰۱، ص ۵۴۹).

لزوم تأیید رهبری، مصوبات این شورا را در سطحی بالاتر و در واقع مبرز اراده ولایتی رهبری قرار می دهد. از این رو، برخی معتقدند با وجود تأیید رهبری که صلاحیت افتا و ملکه اجتهاد دارد، دیگر به تأیید شورای نگهبان نیازی نیست (اکبری، ۱۳۹۶، ص ۸۷۹). حسب این نظارت و سطح خاص مصوبات شورای عالی امنیت ملی بر اساس تبصره ۱ ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری، هیچ نهادی نمی تواند مصوبات شورای عالی امنیت ملی را ابطال کند؛ بر این اساس طرح نظارت شرعی بر مصوبات این نهاد سالبه به انتفاع موضوع تلقی می شود و از اساس و جاهت ندارد (آریان نژاد، ۱۴۰۱، ص ۵۵۶).

ب) شورای عالی انقلاب فرهنگی

حسب عرف حاکم، برخی مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی هم پایه ی قانون است. این مسئله اگرچه خلاف قاعده اولی است و ماهیت مصوبه دست کم باید از نظر عام الشمولی یا جزئی بودن احراز شود، اما به سبب رویه شورای نگهبان در خصوص مصوبات آن، در مواردی که این شورا مصوبه ای مقدم بر قانون مجلس شورای اسلامی داشته باشد، آن مصوبه قانون فرض می شود (حاجی علی خمسه و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۲۶). مستند این مسئله نظر شماره ۸۲/۳۰/۶۸۹۲ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۷ شورای نگهبان است که در پاسخ به نامه شماره ۹۰۸۷۶ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۰، «لایحه

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دائمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی

بودجه سال ۱۳۸۳ کل کشور» ابراز شده است که مجلس شورای اسلامی در جلسه مورخ دهم اسفندماه ۱۳۸۲ به تصویب رسانده بود. شورای نگهبان در بند ۷ این نظر مقرر داشته است:

بند (ث) تبصره (۱۴) و اجزای آن به لحاظ اینکه شورای عالی انقلاب فرهنگی در این خصوص مصوبه‌ای (به شماره ۳۰۹۱/د/ش مورخ ۱۲/۰۹/۱۳۸۰) دارد، مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی شناخته شد. براین اساس امکان عملی قانون تلقی شدن مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی در رویه عملی شورای نگهبان پذیرفته و زمینه‌ساز نوعی تفسیر در اجرای غیر رسمی این مسئله شده است.

ج) سایر شوراها و عالی

مطابق اصل ۵۸ قانون اساسی، اِعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است. این اصل هر نوع تقنین را در بدو امر، در صلاحیت و اختیار مجلس شورای اسلامی قرار می‌دهد و حتی اصل ۸۵^۲ را نیز باید از این منظر و در مسیر تقویت و تحکیم حق تقنینی مجلس بررسی کرد؛ براین اساس مصوبات دیگر شوراها و عالی مانند شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا، شورای عالی اداری، شورای عالی فضای مجازی و...، به شکل پیش فرض قانون تلقی نمی‌شوند و لذا باید از ویژگی‌های آن عاری باشند؛ یعنی مصوباتی که عام‌الشمول، الزام‌آور و ماهیتاً تقنینی تلقی می‌شوند،

۱. اصل ۵۸: «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحلی که در اصول بعد می‌آید، برای اجرا به قوه مجریه و قضاییه ابلاغ می‌گردد».

۲. اصل ۸۵: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیئت واگذار کند؛ ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند. در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید، به صورت آزمایشی اجرا می‌شود و تصویب نهایی آن‌ها با مجلس خواهد بود. همچنین مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل ۷۲، به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذار کند یا اجازه تصویب آن‌ها را به دولت بدهد. در این صورت مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل ۹۶، با شورای نگهبان است. علاوه بر این، مصوبات دولت نباید مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آن‌ها با قوانین مزبور، باید ضمن ابلاغ برای اجرا، به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد».

امکان صدور از این شوراها را ندارند، اما اگر این مسئله به هر دلیلی متمشی نشود و اصل ۵۸ قانون اساسی مورد تخطی قرار گیرد، نباید بهانه تخطی و نقص اصول دیگر قانون اساسی، مانند اصل ۴ شود. از این رو به نظر می‌رسد مصوبات شوراها عالی - غیر از دو موردی که به طور مجزا مطالعه شد - باید تحت نظارت شرعی شورای نگهبان قرار گیرند.

۲-۲-۲. نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر دیگر مراجع مقررگذار

به غیر از شوراها عالی که در بالا بررسی شدند، نهادهای متعدد دیگری نیز هستند که خارج از نظام وضع قوانین و مقررات کشور، به وضع مصوبات الزام‌آور اقدام می‌کنند. برای مثال، الزامات تعیین و اجرا شده‌ای که ستاد ملی مبارزه با کرونا در قالب ده‌ها مقرر لازم‌الاجرا برای افراد - به خصوص کارمندان دولت - تصویب و اجرا کرد و از نظر حقوقی بحث برانگیز بود، یکی از نمونه‌های آن است (قربان‌نیا، ۱۴۰۰، ص ۴). نمونه دیگر در این خصوص، هیئت‌های عالی مانند هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه است که بر اساس بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، برای حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه ایجاد شد.

باتوجه به ماهیت تصمیمات این نهادها و مجامع و از طرف دیگر دأب قانونگذار اساسی به هماهنگی نظام قوانین و مقررات کشور با قانون اساسی و شرع که دو هنجار برتر در نظام حقوقی - سیاسی کشور هستند، به نظر می‌رسد جامع و فراگیر بودن نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان می‌تواند زمینه‌ساز ارائه الگوی مناسبی باشد تا هیچ‌یک از مصوبات این نهادها، خلاف شرع مقدس اسلامی وضع نشوند.

۲-۳. فراگیری نسبت به تمامی هنجارهای تحت‌الشمول

در زمینه هنجارهای حاکم بر نظام حقوقی ایران، باید به این نکته توجه کرد که آنچه در اصل ۴ قانون اساسی تصریح و بر آن تأکید شده است، مجموعه قوانین و مقررات کشور است. در این اصل، درج عبارت «کلیه

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دایمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی ■

قوانین و مقررات» همراه با آوردن قید «غیر این‌ها» و نیز ذکر قاعده کلی «این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است»، نشان‌دهنده تمام مصادیق قابل فرض در نظام حقوقی ایران، اعم از قانون اساسی، مصوبات مجلس و مقررات و آیین‌نامه‌های دیگر نهادهای نظام جمهوری اسلامی ایران است.

۲-۳-۱. اصول قانون اساسی

یکی از مواردی که بی‌شک در زمره نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان قرار می‌گیرد، خود اصول قانون اساسی است. شورای نگهبان بر اساس اصل ۹۸ قانون اساسی^۱، صلاحیت انحصاری تفسیر اصول قانون اساسی را به عهده دارد و تفاسیری که این مرجع اساسی ارائه می‌دهد، در حکم اصول قانون اساسی است (حبیب‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۴). یکی از شئون تحقق اصل ۴ و اعمال نظارت شرعی بر اصول قانون اساسی، همین صلاحیت مندرج در اصل ۹۸؛ یعنی تفسیر قانون اساسی است. شورای نگهبان باید در استفساریه‌ها یا مواردی که مستقیم به تفسیر اصول قانون اساسی اقدام می‌کند، معیار شرعی را لحاظ و از انحراف اصول قانون اساسی از موازین اسلامی جلوگیری کند. نکته مهم دیگر رویه‌هایی است که شورای نگهبان به‌مرور خود را به آن ملزم می‌داند و یکی از اصول قانون اساسی - به‌خصوص اصل ۹۴ و اصول مربوط به مصوبات مجلس شورای اسلامی - را به‌نوعی جهت می‌دهد و در معنای خاص متجلی می‌کند. شورای نگهبان در این موارد هم باید عدم‌مغایرت با موازین اسلامی را در نظر داشته باشد و از این طریق، رویه‌هایش را مشروع نگاه دارد.

۲-۳-۲. مصوبات مجلس شورای اسلامی و مقررات دولتی

اصل ۹۴ سازکار شرعیت قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی را مورد توجه قرار می‌دهد و اصل ۱۷۰، نظام نظارتی شرعیت مقررات را از طریق

۱. اصل ۹۸: «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود».

سازکار دیوان عدالت اداری، شناسایی می‌کند تا امکان وضع هیچ قانون یا مقرر خلاف شرعی باقی نماند. حتی مصوبات شوراهای اسلامی شهر و روستا به کرات دادرسی و پس از استعلام و احراز موارد خلاف شرع آن‌ها، ابطال شده‌اند. ضمن اینکه در این خصوص، رعایت صلاحیت ابتدایی وضع مقرر اهمیت دارد (فراهانی، ۱۴۰۰، ص ۱۶۲). امری که در بسیاری از نظرات شورای نگهبان مانند نظر شماره ۳۳۶۶۶/۱۰۲ مورخ ۱۴۰۱/۸/۱۰ منعکس^۱ و تصریح شده است. نکته حایز اهمیت این است که مصوبات شوراهای اسلامی روستا نیز باید از راه سازکار دادرسی در دیوان عدالت اداری، پایش شوند و غیرمستقیم مورد نظارت شرعی قرار گیرند. امری که به شوراهای اسلامی شهرها محدود می‌شود و خلل بزرگی در تحقق اصل ۴ به شمار می‌رود.

۳-۲. دیگر هنجارها

در مورد مصوبات دیگر، به خصوص مواردی که به شکل محلی وضع می‌شوند و سازکار مناسب نظارتی وجود ندارد، لزوم نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان نیز محرز است. از این رو، برخی لزوم فراگیری موضوعات تحت نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان را مستلزم دایرکردن مراکز استانی در قالب نمایندگی‌های استانی شورای نگهبان دانسته‌اند (فراهانی، ۱۴۰۰، ص ۱۰۴). تا با پایش نظام‌مند این گونه مصوبات، هم از نظر نظارت مویرگی و فراگیر و هم از نظر تقسیم کار و وظایف محوله به نخبگان فقهی - حقوقی استانی، زمینه نظارت شرعی مؤثر فراهم شود. این تحول که به نوعی در سیاست‌های کلی تقنین هم متجلی شده است، از جمله مقوله‌هایی است که باید در نظر گرفته شود و در راستای فراگیر شدن نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوقی کشور پیاده گردد.

۳. برتر بودن نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان

اصل ۴ قانون اساسی به شکل عام و مطلق و با استفاده از فعل امر «باید باشد»، «تصویب» یا «بقا»، هرنوع مقرر یا قانون خلاف شرع را ممنوع و قاعده شرعیت قوانین و مقررات را امری مسلم و خدشه‌ناپذیر معرفی می‌کند. عبارتهای به کاررفته در متن این اصل، با نهایت شمول و تأکید انتخاب شده‌اند تا دغدغه مقنن اساسی را در این خصوص به نمایش بگذارد.

دغدغه شرعیت قوانین فارغ از اصل اعمال نظارت شرعی برای تحقق آن، به دوره زمانی قانونی برای انجام آن نیز معطوف است؛ به نوعی که حتی پس از سپری شدن زمانی که شورای نگهبان برای اعمال آن مقرر کرده و زمانی که قانون لازم الاجرا شده است، اراده خبرگان قانون اساسی بر لزوم اصلاح قانون مغایر شرع است، حتی با فرض اینکه این مسئله بر مردم خسارت‌هایی بزند که البته - از نظر ایشان - باید با سازکار قانونی تدارک شود.^۱

علو و برتری نظارت شرعی در نظام حقوقی ایران، از سه منظر کلی قابل بررسی و مطالعه است. نخست عالی و برتر بودن از نظر حاکمیت هنجار برتر (هنجار شرع) در نظام حقوقی ایران، دوم برتری از نظر مقام صلاحیت‌دار و نحوه تأثیرگذاری بر ساختار قوانین و مقررات کشور و سوم بر اساس نوع و ماهیت نظارت اعمال شده از نظر کلان‌نگر بودن است که هر کدام به تفصیل خواهند آمد.

۱. در این خصوص مذاکرات میان اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در خصوص لزوم جبران خسارت افرادی که با تغییر نظر شرعی فقهای شورای نگهبان زیان دیده‌اند، قابل توجه است: «بنی صدر - زندگی مردم را نمی‌شود متزلزل کرد. شما یک قانون وضع می‌کنید و یک حقوق و تکالیفی ایجاد می‌کنید. یک سال بعد شورای نگهبان می‌گوید رأی یک سال پیش بنده اشتباه بوده و زندگی مردم هر روز متزلزل می‌شود. نایب رئیس - آقای دکتر بنی صدر در کشورهای دارای پارلمان، دادگاه قانون اساسی؛ یعنی محکمه عالی قانون اساسی در مواردی که شکایت کنند که یک قانونی برخلاف قانون اساسی است، رسیدگی و اظهار نظر می‌کند. بنی صدر - می‌دانم، باید فکر آن ضرر و زیانش را هم بکند. نایب رئیس - این رویه‌ها موجود است. بنی صدر - بالآخره فکر این چیزها را هم می‌کنند. این طور نیست که یک نفر رفته یک کارخانه‌ای درست کرده، شما بگویید خلاف شرع است. نایب رئیس - این درست است. پس بفرمایید بنویسیم اگر چنین شد، ضررها را جبران کند. این اشکالی ندارد» (صورت مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ص ۹۵۹).

۳-۱. علو و برتری هنجار شرع در هرم هنجاری کشور

همان گونه که پیش از این اشاره شد، هنجار شرع در نظام حقوق اساسی ایران، هنجار برتر شناخته می شود و از این نظر، حتی اصول قانون اساسی که بالاترین جایگاه را در نظام هنجاری کشور دارند، باید در موازات با هنجار شرع باشند. علاوه بر اینکه در اصل ۴ قانون اساسی به این برتری اذعان شده است، باید در جای جای نظام حقوقی کشور، خواه در وضع قوانین یا مقررات یا اجرای آن ها یا حتی در مرحله دادرسی به جرایم و تخلفات، مورد توجه قرار گیرد و لحاظ شود.

برخی اساتید حقوق اساسی با استدلال به اینکه با تصویب قانون اساسی، مسئله تضمین شرعیت قوانین محقق می شود، هنجار برترین را خود قانون اساسی و اعمال نظارت شرعی را در نظم اساسی این قانون امکان پذیر می دانند (ویژه، ۱۳۸۸، ص ۱۴)، اما باید توجه داشت که فارغ از مستندات که مجلس بررسی نهایی قانون اساسی دال بر اعمال هنجار شرعی در افقی بالاتر ارائه می دهد، در نظر گرفتن این علو و تقدم برای هنجار شرعی، نه تنها با قاعده حاکمیت قانون تعارض ندارد، بلکه اقتضای اجرای قانون اساسی - و به طور خاص اصل ۴ آن - به شمار می رود (بهادری، ۱۳۹۴، ص ۱۸۰). به عبارت دیگر، برتری مطلق هنجار شرعی در نظام حقوقی ایران، همان است که اصل ۴ قانون اساسی با قیدهای «اطلاق» و «عموم» به دنبال آن و با مبانی این قانون هم راستا است.

۳-۲. علو و برتری مقام ناظر

علاوه بر جایگاه هنجار شرعی در هرم هنجاری کشور، جایگاه خاص فقهای شورای نگهبان و نحوه تأثیر ایشان بر نظام حقوقی کشور نیز مورد توجه قانونگذار است و از این نظر اهمیت خاصی دارد. سابقه اعمال نظارت شرعی فقها نخستین بار در قانون اساسی مشروطه پیش بینی شد. براساس اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه، حضور جمعی از فقها برای بررسی

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دایمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی ■

و احراز شرعیت قوانین امری ناگزیر بود. هدف از پیش‌بینی این هیئت این بود که هر مصوبه‌ای که خلاف شرع باشد، در این مجمع بررسی و مردود شود تا عنوان قانونی پیدا نکند. همچنین این اصل تغییرناپذیر عنوان شده بود که جایگاه خاص و برتر آن را در قانون اساسی نشان می‌داد (جعفری ندوشن، ۱۴۰۰، ص ۱۳۵۲)؛ با این حال، از آنجا که اراده جدی‌ای ورای این نقش‌آفرینی دینی زعمای اسلامی برای تحقق قوانین موافق شرع وجود نداشت، این مسئله در نهایت محقق نشد. توضیح اینکه علی‌رغم کارشکنی هیئت‌رئیس مجلس شورای ملی، علمای اسلامی مانند آیات عظام مدرس، سیدابوالحسن اصفهانی و سیدعلی حائری، جهت تحقق نظارت شرعی بر مصوبات مجلس شورای ملی پیش‌قدم شدند و اعلام آمادگی کردند، اما رفته‌رفته این حقیقت بر ایشان مسلم شد که اراده چندانی برای تحقق نظارت شرعی در مجلس شورای اسلامی وجود ندارد و از این رو، مشارکت علما رفته‌رفته کمتر شد و اساساً عملکرد اصل طراز اجرا نشد (ذاکری، ۱۳۹۰، ص ۱۹۰)؛ بنابراین می‌توان تحقق علو و برتری نظارت شرعی را به برتری جایگاه نهاد اعمال‌کننده آن وابسته دانست.

در قانون اساسی مصوب سال ۱۳۵۸، حسب تجربه حاصل از دوره مشروطه، مسئله جایگاه و نقش فقهای شورای نگهبان در جایگاه اساسی و مهم‌تری همراه با بیان جزئیات و فرایند پیشرفته‌تری طرح شد؛ به نوعی که مطابق اصل ۹۳ مجلس شورای اسلامی، مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان، بدون وجود این شورا و جاهت و اعتبار قانونی ندارد. این مسئله اهمیت موضوع را نزد مقنن اساسی نشان می‌دهد و مبین این حقیقت است که مقنن اساسی برای ناظر شرعی، بالاترین جایگاه و نوع اثرگذاری را در نظام حقوقی کشور تضمین کرده است. در ادامه، برای تبیین این موضوع رویه‌های موجود که در واقع، مبین بروز و ظهور این برتری در نظام حقوقی کشور است، بیان می‌شود.

۳-۲-۱. نظام مالی و بودجه مستقل

یکی از مصادیق عالی و برتر بودن شأن اعضای شورای نگهبان، استقلال در مسئله بودجه این نهاد است. مطابق ماده ۱ مصوبه «مقررات مالی شورای نگهبان» مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۶۲، امور مالی شورای مذکور بودجه شورای نگهبان را به تفکیک برنامه و مواد هزینه تهیه و پس از تأیید شورای نگهبان، به سازمان برنامه و بودجه پیشنهاد می‌دهد تا عیناً در لایحه بودجه کل کشور منظور شود. در اینجا شایسته است به دو نظر تفسیری صادرشده از سوی شورای نگهبان، به‌عنوان مفسر قانون اساسی اشاره شود:

۱. نظر تفسیری شماره ۶۸۹۲/۳۰/۸۲ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۷، پیرامون «لایحه بودجه سال ۱۳۸۳ کل کشور» که در آن به تصریح، «حق کاستن از بودجه شورای نگهبان از مجلس شورای اسلامی سلب شده است»^۱.
۲. نظر تفسیری شماره ۲۱۹۳۴ مورخ ۸۶/۲/۱۹ شورای نگهبان که مقرر می‌دارد:

مستفاد از اصول ۴، ۹۱ و ۹۹ قانون اساسی، تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان که انجام وظایف آن به تشخیص شورا متوقف بر آن است، برعهده خود این شورا می‌باشد. اگرچه برخی حقوقدان‌ها این دو نظر را نقد کرده‌اند و از نظر ایشان، زمینه قانون‌گریزی و تبعیض عملکردی شورای نگهبان نسبت به سایر نهادهای حاکمیتی فراهم شده است (هاشمی، ۱۳۹۵، ص ۱۵۵)، اما توجه به جایگاه خاص و بی‌بدیل این شورا که وی را واجد صلاحیت‌ها و اختیارات خاص می‌کند و نیز لزوم تضمین استقلال این شورا برای نقش‌آفرینی مستقل و در راستای تحقق اهداف قانون اساسی، این مهم را آشکار می‌کند که راه

۱. شماره ۶۸۹۲/۳۰/۸۲، تاریخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۷، قابل مشاهده در: B2n.ir/g60735 (Last time visited: 5/11/2023).

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دائمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی

جایگزین دیگری وجود ندارد و تفاسیر اعلام شده با قانون اساسی هم خوان هستند (بهادری، ۱۳۹۴، ص ۱۱۱). علاوه بر این برهان عقلی، بر مبنای نظم موجود و نظام هنجاری حاکم بر تفاسیر رسمی شورای نگهبان، در حکم قانون اساسی تلقی می‌شود و به لحاظ حقوقی، تخطی از مضامین فوق امکان پذیر نیست.

۳-۲-۲. ممنوعیت حق تحقیق و تفحص

در سال ۱۳۶۷ استعلامی از طرف مجلس شورای اسلامی در خصوص حیثه اصل ۷۶ قانون اساسی صورت گرفت که ضمن آن، تعدادی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی خواهان تحقیق شخصی در خصوص علت ابطال انتخابات پانزده حوزه انتخابیه بودند.^۱ شورای نگهبان نظر تفسیری را در این مورد ارسال کرد و با رد این امکان و برتر تلقی نمودن این نهاد از مجلس شورای اسلامی، به صراحت مقرر داشت: «بر اساس نظر تفسیری شورای نگهبان، اصل ۷۶ شامل مواردی از قبیل مقام معظم رهبری، مجلس خبرگان و شورای نگهبان نمی‌شود».^۲

بر این اساس خواه از منظر نظامات اداری و بودجه‌ای این نهاد و خواه از نظر علو جایگاه و عدم امکان تحقیق و تفحص مجلس شورای اسلامی از آن، این شورا را باید واجد جایگاه ویژه و عالی دانست که در واقع، در برتری نظارت اعمالی از سوی این شورا ریشه دارد.

۳-۳. علو و برتری از نظر ماهیت نظارت

یکی دیگر از ملزومات عالی و برتر بودن نظارت شرعی، مسئله ماهیت آن؛ یعنی عالی و اساسی بودن نظارت اعمال شده بر مبنای آن در برابر مصداقی و جزئی بودن نظارت‌های دیگر است. نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان، برگرفته از شأن نظارتی ولی فقیه از مصدر ولایت فقیه بر جامعه است؛

۱. شماره ۴۳۳/۲۱۴/۳۱۳، تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۱، قابل مشاهده در: b2n.ir/w98590 (Last time visited: 5/11/2023).

۲. شماره ۳۳۰۸، تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۳، قابل مشاهده در: b2n.ir/w98590 (Last time visited 5/11/2023).

براین اساس فقهای شورای نگهبان باید بر کلان امور جامعه و هنجارهای وضع شده آن، به طور کلی و جدای از مصادیق و شرایط مختص به آن نظارت کنند و در موارد مغایر، به اصلاح و رفع مغایرت حکم دهند. به تعبیر دیگر، می توان گفت شورای نگهبان باید در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی رویکرد اساسی و کلی داشته باشد، نه رویکرد قضایی و جزئی (فراهانی، ۱۴۰۰، ص ۳۳). شورای نگهبان در راستای انجام وظیفه نظارت شرعی خود، باید مسائل را از بُعد احکام و کلیت حکم بررسی کند. به عبارت دیگر، این شورا در مورد اشخاص و مصادیق خاص مندرج در مصوبات، نظر شرعی ارائه نمی دهد.

این مسئله در نظر شماره ۹۲/۳۰/۵۱۰۶۴ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۱ تصریح شده است. در این نظر، حسب استعلام رئیس دیوان عدالت اداری در مورد دو صورت جلسه کارگروه تخصصی امور زیربنایی و شهرسازی کمیسیون ماده پنج شورای عالی شهرسازی و معماری استان قزوین که ایراد مغایرت با اصل تسلیط در مورد آنها مطرح شده است، شورای نگهبان در مورد عدم ورود به موارد مصداقی و جزئی مقرر می دارد: «نظر به اینکه شکایت جنبه مصداقی دارد، خارج از وظایف فقهای شورای نگهبان بوده و رسیدگی به آن، در صلاحیت مرجع صالح قضایی است»^۱.

براین اساس اگرچه شورای نگهبان بر جزئیات مصوبه اشراف بررسی پیدا می کند - و براساس نظر شماره ۷۹۰/۱۰۲/۹۴ مورخ: ۱۳۹۴/۲/۲۳ رسیدگی این مرجع انحلالی است - اما موضوع را در مفهوم کلی آن و بدون در نظر گرفتن منتفعین آن و اوضاع و شرایط حاکم بر ایشان بررسی می کند.

۱. شماره ۹۳/۱۰/۲۸، تاریخ ۹۳/۱۰/۲۸ شورای نگهبان، قابل مشاهده در:

b2n.ir/g60735 (Last time visited 5/11/2023)

۲. شماره ۷۹۰/۱۰۲/۹۴، تاریخ ۲۳/۲/۱۳۹۴ شورای نگهبان، قابل مشاهده در:

b2n.ir/r39383 (Last time visited 5/11/2023)

نتیجه و پیشنهاد

اصل ۴ قانون اساسی در مسیر تحقق مراد قانونگذار اساسی در حفظ شرعیت نظام قوانین و مقررات کشور، بر اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر نظام قوانین و مقررات کشور، تصریح و تأکید لازم را کرده است. این نوع نظارت بر دو عرصه نظارت شرعی بر قوانین و نظارت شرعی بر مقررات اعمال می‌شود. موضوع اصلی این پژوهش اثرگذاری کامل این نوع نظارت از سوی فقهای شورای نگهبان است. نتایجی که در تحلیل و بررسی این موضوع به دست آمد، به شرح زیر است:

با عنایت به باورهای دینی مردم در شکل‌گیری انقلاب اسلامی و خواست و اراده ایشان در حفظ اسلامیت قوانین و مقررات، نظارت شرعی ابزاری مهم و اساسی تعریف می‌شود که ضامن حاکمیت مشروع در ایران است. در راستای کشف الزامات اثرگذاری حداکثری نظارت شورای نگهبان، دایمی بودن نظارت شرعی این شورا اولین عامل مهم دانسته شد. در این تحقیق مشخص شد که دوام نظارت شرعی و نهاد اعمال‌کننده آن، هم از نظر ماهوی که به اقتضای نظام اسلامی و اسلامیت جمیع شئون تقنینی، اجرایی و قضایی آن قابل درک است و هم بر مبنای مراد مقنن اساسی امری اجتناب‌ناپذیر است، همواره نظارت مذکور باید با این وصف همراه باشد. الزام دوم در این مورد، فراگیر بودن نظارت شرعی است. این فراگیری در سه عرصه ادوار تقنینی، مراجع هنجارگذاری و هنجار موضوعه، خواه در عرصه قوانین و خواه در عرصه مقررات، بررسی و ابعاد آن واکاوی شد. الزام واپسین این پژوهش، برتری نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان دانسته شد. این الزام در بالا رفتن میزان تأثیر نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان، نقش مهمی دارد. ابعاد و مؤلفه‌های برتری نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در قالب جایگاه شرع در هرم هنجاری کشور، جایگاه مقام ناظر در نظم اساسی کشور و سرانجام از نظر ماهیت نظارت اعمالی، بررسی و ارزیابی شد.

این الزامات سه گانه اقتضائاتی دارند که از جمله آن می‌توان به موارد زیر اشاره کرد که هر یک می‌توانند در پژوهشی مستقل بررسی شوند:

فقه‌های شورای نگهبان در زمینه حفظ شمول و فراگیری نظارت شرعی، حسب اصلاحیه اخیری که مورخ ۱۴۰۲/۰۴/۳ بر ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری اعمال شد^۱ که طبق آن امکان ایجاد سازکار لازم برای فعالیت دفاتر استانی این شورا پیش‌بینی شده است، باید تحت سازکار مذکور، کمیسیون ویژه‌ای با نظارت شورای نگهبان تعریف و تشکیل شود تا طی فرایندی مؤثر، تمام موارد در زمینه قوانین و مقررات کشور، در تمامی بازه‌های تقنینی بررسی و پالایش شوند تا قوانین و مقررات مغایر ابطال یا اصلاح گردند.

در مورد حفظ برتری نظارت شرعی فقه‌های شورای نگهبان، شایسته است با عنایت به برخی موارد محدود که نظر این شورا در نظام تقنینی کشور به‌شکل مؤثر لحاظ نشده است، با انجام پژوهشی مستقل، سازکار لازم در خصوص ایجاد ضمانت اجرای لازم برای نظارت شرعی فقه‌های شورای نگهبان تعریف شود تا نظرات دال بر مغایرت شرعی و لزوم انجام شدن فرایند اصلاح در مورد مصوبات جدید و پیشین، اثر لازم را داشته باشند.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

۱. تبصره ۱ (الحاقی ۱۴۰۲/۰۲/۱۰). «فقه‌های شورای نگهبان می‌توانند برای انجام وظایف خود از حیث بررسی مغایرت یا عدم مغایرت مقررات با شرع، ترتیباتی را برای رسیدگی مقرر و ساختارهای متناسب را ایجاد کنند».

الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دائمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی

تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منافی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

منابع

ارسطا، محمدجواد و علی بهادری جهرمی؛ «حکومت اسلامی؛ معیار تشخیص و شاخصه‌های عملی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی؛ ش ۷، بهار ۱۳۹۳، ص ۲۷-۴۶.

ارسطا، محمدجواد؛ «گستره نظارت شرعی شورای نگهبان در اصل چهارم اصل ۴ قانون اساسی: نسبت سنجی اصول چهارم و یکصد و دوازدهم قانون اساسی»، فصلنامه حقوق اسلامی؛ ش ۵۵، زمستان ۱۳۹۶، ص ۵۹-۸۲.

اکبری، احسان و مهدی مقدسی؛ «جایگاه حقوقی مصوبات شورای عالی امنیت ملی در نظام حقوق اساسی ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۶، ص ۸۷۳-۸۹۳.

امامی، محمد و کورش استوارسنگری؛ حقوق اداری؛ ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶.

آریان‌نژاد، علی و میثم اقبائی فام و علی فتاحی زفرقندی؛ «سازکار مطلوب وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهشنامه حقوق اسلامی؛ ش ۵۸، زمستان ۱۴۰۱، ص ۵۳۹-۵۶۴.

بهادری جهرمی، محمد؛ بایسته‌های تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر مبنای مفهوم و کارکرد تفسیر در نظام حقوق اساسی (رساله دکتری)؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.

پروین، خیرالله و حمید افکارسرنند و میثم درویش متولی؛ «حکومت اصل ۴ قانون اساسی بر عموم و اطلاق سایر اصول، قوانین و مقررات»، حکومت اسلامی؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۱، ص ۱۰۹-۱۳۲.

جعفری ندوشن، علی اکبر و سیدمحسن حکمتی مقدم؛ «بررسی سیر تصویب و اجرای اصل طراز در قانون اساسی مشروطه»، مطالعات حقوق عمومی (حقوق)؛ ش ۴، زمستان ۱۴۰۰، ص ۱۳۵۱-۱۳۶۸.

جلیلی، سیدهدایت؛ «نهاد مرجعیت در دوران نهضت و نظام»، مجموعه مقالات انقلاب اسلامی و ریشه‌های (آن)؛ ج ۲، قم: نهاد نمایندگی مقام معظم رهبری در دانشگاه‌ها، ۱۳۸۵.

جوان آراسته، حسین؛ مبانی حاکمیت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ قم: دبیرخانه

مجلس خبرگان رهبری، مرکز تحقیقات علمی، ۱۳۸۳.

حاجی علی‌خمسه، مرتضی و مصطفی مسعودیان و حمید فعلی؛ «سازکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی؛ ش ۳، زمستان ۱۳۹۹، ص ۲۵-۵۰.

حبیب‌زاده، توکل و حمیدرضا نیکوگفتارصفا؛ «مراجع تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا»، پژوهشنامه حقوق اسلامی؛ ش ۲۷، بهار ۱۳۸۷، ص ۱۵۷-۱۹۶.

حبیبی، حامد و محمدکامیل مقدمی؛ «مواضع و عملکرد دولت موقت در قبال تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی»، نشریه پانزده خرداد؛ ش ۶۰-۶۱، تابستان و پاییز ۱۳۹۸، ص ۲۳-۵۰.

خمینی، سیدروح‌الله؛ صحیفه امام خمینی (ره)؛ ج ۲۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۸.

درویشوند، ابوالفضل و سیدمحمدهادی راجی؛ «تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حکومت اسلامی، ش ۳، پاییز ۱۳۹۰، ص ۱۰۳-۱۲۵.

شفیعی سروستانی، ابراهیم؛ قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران؛ قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.

صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی؛ ج ۱، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.

عمید زنجانی، عباسعلی؛ حقوق اساسی؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.

فراهانی، محمدعلی؛ طراحی سازوکار و آیین مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات (رساله دکتری)؛ تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۴۰۰.

فضلی، عبدالهادی؛ «ساختار کلی حکومت اسلامی شرح اصول قانون اساسی اسلامی از دیدگاه شهید صدر»، نشریه حکومت اسلامی؛ ترجمه عبدالله امینی؛ ش ۲۰، تابستان ۱۳۸۰، ص ۷۶-۱۰۳.

فعلی، حمید و ابوالفضل درویشوند؛ کتاب‌شناسی شورای نگهبان؛ تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷.

فعلی، حمید؛ نظارت شرعی شورای نگهبان بر مقررات (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ محل تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۹.

■ الزامات نظارت شرعی مؤثر بر نظام قوانین و مقررات کشور با تمرکز بر دایمی، فراگیر و برتر بودن نظارت شرعی

فلاح‌زاده، علی محمد و میثم درویش متولی؛ «نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب»، فصلنامه دانش حقوق عمومی؛ ش ۵، پاییز ۱۳۹۲، ص ۱۰۳-۱۲۲.

قربان‌نیا، امیرمحمد؛ «بررسی مبانی قانونی، ساختار و صلاحیت‌های ستاد ملی مبارزه با کرونا از منظر حقوقی»، همایش ملی تحقیقات میان رشته‌ای در مدیریت و علوم انسانی؛ تابستان ۱۴۰۰، ص ۱-۱۱.

کعبی، عباس؛ تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر اصول قانون اساسی؛ تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴.

کلینی، محمدبن یعقوب؛ اصول کافی؛ قم: دارالثقلین، ۱۳۹۳.

کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی (ره)؛ «مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی (ره) نقش زمان و مکان در اجتهاد»، مجموعه مقالات؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۴.

مدنی، سیدجلال‌الدین؛ حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران؛ ج ۴، تهران: سروش، ۱۳۷۶. مهرپور، حسین؛ دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی؛ تهران: اطلاعات، ۱۳۸۷.

ویژه، محمدرضا؛ «تأملی بر سلسله‌مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، راهبرد (ویژه بررسی‌های فقهی و حقوقی)؛ ش ۵۰، بهار ۱۳۸۸، ص ۱۰۱-۱۳۰.

هاشمی، سیدمحمد؛ حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ ج ۲، قم: مجتمع آموزش عالی، قم، ۱۳۷۵.

هدایت‌نیا؛ فرج‌الله؛ شورای نگهبان؛ پرسش‌ها و پاسخ‌ها؛ تهران: کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۷.

Presumption of causation and inconclusive recognition of cause in Iranian and English law

Sepideh Ranjbar

PhD Candidate in Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: sepidehranjbar1985@yahoo.com

Seyyed Hossein Safaee* (Corresponding Author)

Retired Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: hsafaii@ut.ac.ir

Mansour Amini

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

Email: aminimansour@yahoo.fr

Hassan Badini

Faculty Member, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: hbadini@ut.ac.ir



Citation Ranjbar, S. ,Safaee, S.H. ,Amini, M. ,Badini, H. (2025). presumption of causation and inconclusive recognition of cause in Iranian and English law. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (85): 179-207..

 [10.22034/ilaw.2024.711691](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.711691)

Received: 02 December 2022 , Accepted: 15 January 2024

Abstract

In an action of tort, the relationship between the harmful act and the damages must be found and the burden of proof is borne by the plaintiff. But sometimes it is very difficult to prove this relationship, despite the negligence of defendant and the evidence of being cause. In this cases it is not justice-full to left defendant without any responsibility, so in some legal systems, the relationship is considered assumed exceptionally and admittedly. regarding the implicit implications of some Acts and, considering the judicial sentences, this assumption can be exceptionally accepted in Iranian law. English law in this aspect has similar situation. In this article, in addition to providing the preparations for accepting this assumption in Iranian law, it is argued that one of most clear instance of using this assumption is the case of inconclusive recognition of cause.

Keywords

tort, causation, assumption of causation, but-for test, inconclusive recognition of cause, inconclusive information.



Extended Abstract

1. Introduction

In the realm of civil liability, establishing a causal link between a harmful act and the resulting damage is a fundamental requirement. This relationship, often referred to as the causal nexus, serves as the essential bridge connecting the defendant's conduct to the plaintiff's injury. Traditionally, the burden of proof rests entirely upon the plaintiff to demonstrate that the loss would not have occurred "but for" the defendant's negligence. However, in contemporary legal practice, scenarios frequently arise—such as those involving contaminated blood products or toxic environmental exposure—where proving this link with absolute certainty is scientifically or practically impossible. In such instances, strictly adhering to traditional evidentiary burdens may lead to gross injustice, allowing negligent defendants to evade liability simply because the complexities of the harm defy clear attribution.

To address these inequities, some legal systems have introduced the "Theory of Presumed Causation". Under this theory, once a defendant's fault and the existence of damage are established, the causal link is legally presumed, shifting the evidentiary burden to the defendant to prove the absence of a causal connection. While this concept is relatively nascent in Iranian legal literature, it has seen significant development in English common law, particularly through landmark judicial decisions. This study aims to identify the theoretical foundations and practical applications of presumed causation in both Iranian and English law, exploring whether such a theory can be systematically integrated into the Iranian legal framework.

2. Research Methodology

This research employs a qualitative and comparative legal analysis, focusing on the statutes, judicial precedents, and doctrinal developments in Iran and England. The methodology is structured around identifying commonalities and divergences in how both systems handle difficult-to-prove causal links. In the Iranian context, the study analyzes the Civil Code, the Civil Liability Act, and the 2013 Islamic Penal Code, alongside an in-depth review of influential court rulings, such as the "Hemophiliacs Case". Furthermore, the research draws upon Islamic jurisprudential principles (fiqh), specifically the concepts of ilm-e-ijmali (collective knowledge) and the La Darar (no-harm) rule, to provide a theoretical basis for presumed causation in Iranian law.

Regarding English law, the methodology involves examining the evo-

■ Presumption of causation and inconclusive recognition of cause in Iranian and

lution of the "But for" test and its recognized exceptions. Central to this analysis is the study of landmark House of Lords and Supreme Court decisions, most notably *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*, and statutory interventions like the Compensation Act 2006. By comparing these two distinct legal traditions, the research seeks to validate the hypothesis that presumed causation is an emerging necessity for achieving justice in complex modern litigation.

3. Research Findings

The research identifies that while the principle of causality remains an "international general principle of law," both Iranian and English systems have found it necessary to relax this requirement in exceptional circumstances.

English Law Developments: In English tort law, the standard "But for" test often fails in cases of "indeterminate causes," such as asbestos-related mesothelioma. The sources highlight the *Fairchild* case, where the court moved away from traditional standards to a "material increase in risk" test. Here, because medical science could not pinpoint which specific employer's exposure triggered the disease, the court presumed causation against all negligent employers to prevent an unjust denial of compensation. This judicial shift was later solidified by the Compensation Act 2006, which established joint and several liability for such cases, effectively institutionalizing a form of presumed causation.

Iranian Law and Jurisprudence: In Iran, although the term "presumed causation" is rarely used by legal scholars, the study finds clear evidence of its application in both statutes and judicial practice.

- **Judicial Precedent:** The "Hemophiliacs Case" serves as the primary example. In this case, patients contracted Hepatitis C after receiving blood products. Although the plaintiffs could not definitively prove the blood products were the only possible source of infection (given other potential transmission routes), the court presumed the causal link based on the defendants' established negligence and the high probability of transmission via those products.

- **Statutory Evidence:** Several Iranian laws implicitly adopt presumed causation. Article 315 of the Civil Code holds a usurper (*ghasib*) liable for any defect in the property during their possession, regardless of whether their specific actions caused the damage. Similarly, Article 479 of the 2013 Islamic Penal Code addresses "indeterminate causes" (*sabab-e-mojmal*) in cases of injury or death, requiring equal distribution of blood money (*diya*) among a group of potential tortfeasors when the specific perpetrator cannot be identified.

- **Jurisprudential Basis:** The research argues that the theory is deeply root-

ed in Islamic principles regarding ilm-e-ijmali. Legal reasoning suggests that when a judge has "collective knowledge" that one person in a specific group caused harm, exonerating the entire group would violate the La Darar principle, which prohibits leaving a loss uncompensated. Therefore, the law must presume a level of causal responsibility among the group members to ensure the victim's rights are protected.

4. Conclusion

The study concludes that the Theory of Presumed Causation is an essential tool for modern civil liability systems, serving as a necessary exception to traditional rules to prevent injustice. Both Iranian and English law demonstrate a movement toward this theory, particularly in cases of indeterminate causes and complex industrial harms. In England, this transition has been marked by a clear shift from the "But for" test to "material increase in risk" and statutory mandates. In Iran, the theory is supported by specific legislative articles and high-profile judicial rulings that prioritize the protection of the injured party over rigid evidentiary requirements.

However, the research emphasizes that this theory must remain limited and exceptional. It should only be invoked when a defendant's fault is proven and where the nature of the harm makes proving direct causality impossible or excessively burdensome. Looking forward, the systematic adoption of presumed causation is recommended for high-risk sectors, including the food and drug industries, environmental protection, and large-scale manufacturing. By embracing this theory, the legal system can better adapt to the complexities of the modern world, ensuring that the burden of uncertainty does not fall unfairly upon the victims of negligence.

Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



نظریه فرض رابطه سببیت در قانون و رویه قضایی ایران و انگلیس

سپیده رنجبر

دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
Email: sepidehranjbar1985@yahoo.com

سیدحسین صفایی* (نویسنده مسئول)

استاد بازنشسته گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.
hsafaii@ut.ac.ir

متصورامینی

دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهیدبهشتی، تهران، ایران.
Email: aminimansour@yahoo.fr

حسن بادینی

عضو هیئت علمی گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، تهران، ایران. Email: hbadini@ut.ac.ir



Citation Ranjbar, S., Safaei, S.H., Amini, M., Badini, H. (2025). presumption of causation and inconclusive recognition of cause in Iranian and English law. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (85): 179-207..
doi [10.22034/law.2024.711691](https://doi.org/10.22034/law.2024.711691)

Received: 02 December 2022 , Accepted: 15 January 2024

چکیده

در دعوای مسئولیت مدنی، رابطه سببیت میان فعل زیان‌بار و خسارت وارده باید محرز گردد و بار اثبات این امر بر عهده خواهان است، اما گاه اثبات این رابطه، علی‌رغم مقصر بودن خواننده و وجود شواهدی بر مسبب بودن وی، بسیار دشوار است و عدالت و منطقی مبرا دانستن خواننده را بر نمی‌تابد. در این موارد در برخی نظام‌های حقوقی به صورت محدود و استثنایی، رابطه سببیت مفروض قلمداد گردیده و بار اثبات آن از عهده خواهان برداشته شده است. با توجه به دلالت ضمنی برخی مواد قانونی و با عنایت به آرای قضایی می‌توان این فرض را به نحو استثنایی در حقوق ایران نیز پذیرفت. حقوق انگلیس هم در این خصوص وضعیت مشابهی با ایران دارد که مورد بررسی قرار گرفته است. در این مقاله ضمن فراهم نمودن مقدمات پذیرش این فرض در حقوق ایران، استدلال شده است که یکی از موارد اعمال آن، سبب مجمل می‌باشد.

واژگان کلیدی

مسئولیت مدنی، رابطه سببیت، فرض سببیت، معیار «اگر نبود»، علم اجمالی.



مقدمه

برای تحقق مسئولیت مدنی تنها وجود خسارت و تقصیر یا فعل زیان بار کافی نیست، بلکه باید رابطه سببیت یا علیت بین خسارت وارده و تقصیر یا فعل زیان بار وجود داشته باشد. عدالت و منطق حکم می‌کند که هیچ‌کس مسئول زبانی که ناشی از تقصیر یا فعل او نیست نباشد (صفایی و رحیمی، ۱۴۰۰، ص ۲۰۴).

حقوقدانان، رابطه سببیت را وجود رابطه علیت عرفی میان عمل زیان بار و ضرر دانسته‌اند. به این معنا که عرف باید میان عمل زیان بار و ضرر، رابطه‌ای تصویر نماید؛ به گونه‌ای که حسب جریان عادی امور، فعل زیان بار منجر به وقوع خسارت شود (یزدانیان، ۱۳۸۶، ص ۲۶۰) از نظر برخی فقها، سبب عبارتست از عملی که همراه علت است یعنی عملی که بدون آن علت اثرگذار نمی‌باشد، مثل حفر چاه (شهید اول، [بی‌تا]، ص ۱۰۷) همچنین علامه حلی در بحث قصاص می‌نویسد: سبب آن است که اثری در تولید [جنایت] داشته باشد، همان‌گونه که علت چنین اثری دارد^۱ (علامه حلی، ۱۴۱۹ ق، ص ۵۸۹).

لزوم وجود رابطه سببیت میان فعل خواننده و زیان وارد شده به خواننده به قدری آشکار است که نیازی به توضیح و استدلال ندارد. سببیت ابزاری برای محدود ساختن دعاوی مسئولیت مدنی ناشی از تقصیر است. به این نحو که اگر خواننده سبب ورود زیان نباشد، از مسئولیت مبرا می‌شود. با این حال سببیت کارکرد معکوس این امر را ندارد؛ یعنی در صورت احراز رابطه سببیت میان فعل خواننده و زیان، الزاماً خواننده مسئول جبران خسارت نخواهد بود (Weinrib, 1975, p.518).

در حقوق ایران عبارات مختلف قانونی به‌ویژه جمله «...مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد» در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و عبارت «نتیجه حاصله مستند بر رفتار مرتکب باشد» در ماده ۴۹۲ قانون

۱. «فعل ملزوم العله کحفر البئر».

۲. «السبب ماله اثر ما فی التولید کما للعله».

■ نظریه فرض رابطه سببیت در قانون و رویه قضایی ایران و انگلیس

مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و عبارت مشابه در ماده ۵۲۸ همان قانون بیان کننده همین رابطه سببیت است (صفایی و رحیمی، ۱۴۰۰، ص ۲۰۴) در کامن لا نیز، وجود رابطه سببیت حلقه ای است که فعل زیانبار و زیان را به یکدیگر متصل و مرتبط می‌سازد. به همین علت، جز در موارد استثنایی، احراز رابطه سببیت یا استناد عرفی ضروری خواهد بود. نویسندگان حقوقی به صراحت رابطه سببیت را یکی از شرایط اقدام زیان دیده برای مسئولیت مدنی عامل زیان دانسته‌اند (Mills, 2002, p.29). در حقوق مسئولیت مدنی انگلیس، این اصل اساسی حاکم است که مدعی خسارت تنها در صورتی که بتواند، رابطه سببیت میان رفتار خطا کارانه خواننده و ورود خسارت را اثبات نماید، در دعوا پیروز می‌شود ((Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd. [2011] UKSC 10 (Sienkiewicz)). اگرچه اثبات رابطه سببیت امری بدیهی است و بار اثبات آن بر عهده خواهان است، اما در موارد بسیار نادری، عدالت اقتضا می‌کند که این بار از عهده خواهان برداشته شود و برای کمک به وی و احقاق حقوق او به‌طور استثنایی، این رابطه مفروض قلمداد شود. موضوعی که این مقاله به بررسی آن می‌پردازد.

- پرسش و فرضیه تحقیق

با عنایت به عدم توجه حقوقدانان به موضوع نظریه فرض رابطه سببیت در حقوق ایران، آیا می‌توان این نظریه را در حقوق ایران شناسایی کرد؟ آیا در حقوق انگلیس، این نظریه پذیرفته شده است؟ بدیهی است در این پژوهش در صدد یافتن حدود و قلمرو اعمال این نظریه نیستیم و توجه اصلی مصروف بررسی امکان پذیرش نظریه در حقوق ایران است. فرضیه تحقیق با عنایت به رویه قضایی و با استفاده از مقررات قانونی خاص، امکان پذیرش محدود آن در حقوق ایران است. در حقوق انگلیس نیز قانون و رویه قضایی این امر را به صورت محدود قبول نموده است.

- پیشینه پژوهش

در حقوق ایران، نسبت به موضوع فرض رابطه سببیت توجه کافی نشده و در این خصوص مقالات اندکی نگاشته شده است. حسب بررسی نگارنده دو مقاله در این خصوص جامه طبع پوشیده است (حاجی عزیزی و غلامی، ۱۳۹۲، روانان، ۱۳۹۹) که در این مقالات نیز ظاهراً نظریه فرض سببیت در حقوق ایران پذیرفته نشده است و نویسندگان آن بیان می‌کنند که در حقوق ایران فرض سببیت، چندان مورد توجه حقوقدانان قرار نگرفته و بدان پرداخته نشده است و در آثار آنان و نیز رویه دادگاه‌ها مصداقی از این فرض در قلمرو مسئولیت قهری، مشاهده نمی‌گردد (حاجی عزیزی و غلامی، ۱۳۹۲، ص ۲۸) همچنین از نگاه ایشان اماره سببیت نه جنبه قانونی دارد، و نه جنبه قضایی و نمی‌تواند دلیل معتبری برای جبران خسارت باشد (روانان، ۱۳۹۹) اما در این تحقیق برخلاف دو پژوهش یادشده، نویسنده بر این باور است که در حقوق ایران نیز چاره‌ای جز پذیرش محدود نظریه فرض سببیت وجود ندارد و در عمل نیز رویه قضایی در دو کشور موضوع مطالعه در برخی پرونده‌ها، آن را اعمال کرده است. همچنین قانونگذار در پاره‌ای موضوعات خاص، بار اثبات رابطه سببیت را بر عهده خواننده قرار داده است که این امر حکایت‌گر پذیرش جزئی نظریه مذکور توسط قانون می‌باشد.

درخصوص موضوع مسئولیت مدنی سبب مجمل نیز اگرچه مقالاتی نگاشته شده است، اما در این مقالات عمدتاً به این موضوع پرداخته شده است که با وجود علم اجمالی، چه راهکار حقوقی و فقهی از میان برآید، قرعه، مسئولیت تضامنی، مسئولیت مساوی، پرداخت از بیت‌المال و توزیع خسارت توسط حاکم، برای جبران زیان پذیرفته شود (جعفری چالشتری و دیگران، ۱۳۹۸ / روانان و دیگران، ۱۳۹۸ / کلانتری خلیل‌آباد و سلیمانی پای طاق، ۱۳۹۴) که اتفاقاً پذیرش راهکار پرداخت خسارت از بیت‌المال یا قرعه در برخی از این مقالات به معنای عدم‌پذیرش فرض رابطه سببیت است. در

مکتوبات ارایه شده، پژوهش گران بر این امر اهتمام می‌ورزند که در موارد علم اجمالی به سبب، مسئول پرداخت خسارت و دیه، بر چه مبنایی و چگونه باید انتخاب شود؟ و اگر همه اطراف علم اجمالی مسئولند، چگونه باید مسئولیت میان ایشان توزیع شود؟ در مکتوبات دیگری نیز اهتمام نگارندگان بر تبیین مقررات قانون مجازات اسلامی جدید و راهکارهای حقوق تطبیقی در باب سبب مجمل می‌باشد (احمدی و احمدی، ۱۳۹۵/ افشار قوچانی و حسینی، ۱۳۹۳) اما مقاله پیش رو فارغ از این دغدغه‌هاست و اساساً موضوع اصلی آن سبب مجمل نمی‌باشد، بلکه با بهره‌گیری از رویکرد جدید قانون مجازات اسلامی در مسئله سبب مجمل، دیدگاه‌های فقهی در مسئله غصب، برخی مقررات قانونی، رویه قضایی ایران و انگلیس و تجربیات کشور انگلیس، در صدد یافتن راهی برای پذیرش نظریه «فرض سببیت» در حقوق ایران است. در واقع در آثار پیش گفته، نویسندگان اهتمام به ارایه نظریه مذکور نداشته‌اند برخلاف این مکتوب که می‌کوشد، از پذیرش نظریه فرض سببیت، در حقوق ایران در موارد خاص دفاع کند و آن را همانند نظریه «فرض تقصیر» در موارد محدود، شناسایی نماید. توجه به پرسش‌های اصلی تحقیق، به خوبی از این امر، حکایت می‌کند.

شایان ذکر است که این نظریه، عمر چندانی ندارد. در حقوق انگلیس، پذیرش موضوع از پرونده فیرچیلد در سال ۲۰۰۳، با عدول از شیوه‌های سنتی در تشخیص سبب، آغاز گردید و در قانون غرامت ۲۰۰۶ مقررهای در خصوص بیماری مزوتلیوما به تصویب رسید. در حقوق ایران نیز می‌توان پرونده هموفیلی‌ها را در این عرصه پیش‌تاز دانست. البته تاکنون حقوقدانان سخنی از پذیرش این نظریه به میان نیاورده‌اند و پیرامون امکان و حدود پذیرش آن بحث‌های قابل ملاحظه‌ای صورت نگرفته است. از این رو پژوهش پیش رو، مبحث جوان و نوینی را در حقوق ایران بررسی می‌کند و می‌تواند فتح بابی برای بررسی دقیق‌تر آن و موضوعی برای تضارب آرا باشد.

در این نوشتار ابتدا به اهمیت رابطه سببیت در مسئولیت مدنی می‌پردازیم و سپس از نحوه اثبات آن سخن می‌گوییم. در ادامه با عنایت به رویه قضایی و قانون، امکان پذیرش فرض سببیت به‌طور کلی می‌پردازیم و پس از آن، به‌طور خاص، لزوم قبول این فرض در موارد اجمال سبب را تبیین می‌کنیم.

۱. اهمیت رابطه سببیت

لزوم احراز رابطه سببیت برای اثبات مسئولیت مدنی خوانده، امری بدیهی است و در نظام‌های حقوقی مختلف مورد تأکید قرار گرفته است. رجوع و استناد به مفهوم سببیت در محکومیت به پرداخت خسارت به قدری گسترده است، که حتی می‌توان احراز آن، برای اثبات مسئولیت مدنی را از اصول کلی حقوقی در حقوق بین‌الملل، قلمداد کرد (هنجری، ۱۳۹۶) اصول کلی حقوقی در حقوق بین‌الملل به آن دسته از قواعد و اصولی اطلاق می‌شود که جنبه عام داشته و توسط کشورهای گوناگون مورد شناسایی قرار گرفته است. برخلاف رویه تجاری که اصولاً به یک شاخه خاص از تجارت و یا به یک محدوده خاص محدود است، اصول کلی حقوقی به قدری عام و کلی هستند که در شاخه‌های گوناگون تجارت و در کشورهای مختلف که دارای طرز فکرهای متفاوت هستند، مورد پذیرش قرار گرفته‌اند (شیروی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۵).

در حقوق انگلیس احراز رابطه سببیت برای اثبات مسئولیت مدنی، امری ضروری و اساسی است و بدون احراز این رابطه امکان صدور رأی علیه خوانده وجود ندارد. در پرونده (Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd.) [UKSC 10 (2011)] این حکم صادر گردید: این یک اصل اساسی در حقوق مسئولیت مدنی است که مدعی خسارت تنها در صورتی که بتواند بر مبنای تعادل احتمالات، رابطه سببیت میان رفتار خطا کارانه خوانده و ورود خسارت را اثبات نماید، در دعوا پیروز می‌شود.

۲. اثبات رابطه سببیت

اثبات وجود رابطه سببیت به عهده زیان‌دیده است. اصولاً وی باید ثابت کند که رابطه سببیت حتماً وجود داشته است. رابطه سببیت از هر راهی قابل اثبات است و قاضی می‌تواند صرفاً به کمک قرائن و اماره‌های واقعه تصمیم‌گیری کند، اما در مرحله اثبات شرط حتمیت رابطه سببیت، سخت‌گیری کمتری اعمال می‌شود، زیرا اگر احتمال کافی برای سببیت وجود داشته باشد، قاضی اغلب به همین احتمال اکتفا می‌کند. بنابراین شرط حتمیت رابطه سببی، نسبی است. برای مثال هنگامی که هواپیما دیوار صوتی را می‌شکند و صدای انفجار ایجاد می‌شود و در پی آن ساختمانی فرو می‌ریزد، رویه قضایی گاهی به صرف نبودن هیچ‌گونه رویداد دیگر که باعث خسارت شده باشد، حکم به وجود رابطه سببیت می‌دهد و این رویداد را سبب زیان تلقی می‌کند (ژوردن، ۱۳۹۱، ص ۱۰۸).

در حقوق مسوولیت مدنی انگلیس، مدعی به‌طور کلی بار اثبات رابطه سببیت را بر دوش می‌کشد و باید اثبات کند که رفتار نادرست خواننده سبب ورود ضرر بوده است.^۱ این ادعا با به‌کارگیری معیار یا آزمون «اگر نبود» (But for)، اثبات می‌گردد. خواهان باید اثبات نماید که اگر رفتار خطاکارانه خواننده وجود نداشت یا تحقق نمی‌یافت، خسارتی هم به خواهان وارد نمی‌شد یا دست کم اثبات کند که رفتار خطاکارانه خواننده، در ورود خسارت نقش داشته است (جزئی از سبب بوده است، نه تمام آن) (<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/2012/12.pdf>).

این معیار در کامن‌لا، به‌طور گسترده توسط دادگاه‌ها برای احراز رابطه سببیت استفاده شده و البته به‌شدت مورد انتقاد قرار گرفته است. در خارج از جهان کامن‌لا به آن sine-qua-non می‌گویند. این معیار نشان می‌دهد که فعل

۱. در پرونده (Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd. [2011] UKSC 10 (Sienkiewicz)) این حکم صادر گردید: این یک اصل حقوق مسوولیت مدنی است که مدعی خسارت تنها در صورتی که بتواند بر مبنای تعادل احتمالات، اساسی در رابطه سببیت میان رفتار خطاکارانه خواننده و ورود خسارت را اثبات نماید، در دعوا پیروز می‌شود.

یا ترک فعل خوانده، سبب ایجاد نتیجه مضر است، مشروط بر آن که نتیجه مضر، بدون آن فعل یا ترک فعل، رخ نمی‌داد (Plakocefalos, 2015, p.476) بر اساس این معیار، یک عمل (اعم از فعل و ترک فعل) سبب ورود خسارت می‌باشد، به نحوی که اگر آن عمل نبود، خسارتی هم وارد نمی‌شد. به این معنا که آن عمل شرط ضروری ورود خسارت باشد (Wright, 1985, p.1775).

در حقوق انگلیس این معیار در پرونده Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee [1968] 2 WLR 422، توسط دادگاه به کار گرفته شد. در این پرونده، سه نفر در ساعت ۸ صبح در تاریخ ۱ ژانویه ۱۹۶۶، به بخش اورژانس بیمارستانی مراجعه نمودند و با یک پرستار صحبت کردند و به او گفتند که از ساعت ۵ صبح به بعد، پس از نوشیدن چای، حالت تهوع دارند. آنها پیش از این یعنی حدود ۴ صبح نیز به دلیل این که یک فرد مزاحم با میله آهنی به سر یکی از ایشان کوبیده بود، به این بیمارستان مراجعه کرده بودند. پزشک بدون این که آنها را ببیند، از طریق تلفن به پرستار توصیه می‌کند که از بیمارستان مرخص شوند و به پزشک شخصی خود مراجعه کنند. یکی از این سه نفر به نام آقای بارنت، حدود پنج ساعت بعد، در اثر مسمومیت آرسنیک فوت کرد. خانم بارنت، دعوای مسئولیت ناشی از بی‌احتیاطی علیه بیمارستان مطرح کرد.

قاضی تصریح کرد که بیمارستان مسئول نیست. با این استدلال که حتی اگر بیمارستان، آقای بارنت را می‌پذیرفت، احتمال این که دارو بر وی اثر می‌کرد و از مرگ او جلوگیری می‌کرد، بسیار کم یا حتی صفر بود. همچنین اگرچه بیمارستان استانداردهای مراقبت را نقض کرده بود، اما این امر سبب مرگ آقای بارنت نبود. امتناع دکتر از درمان یک بیمار که بعد از بلعیدن آرسنیک به نظر می‌رسد، علت واقعی در مرگ پس از بیمار نیست، اگر ثابت شود که حتی درمان مناسب او را نجات نمی‌داد.

شایان ذکر است که معیار اگر نبود، توسط دادگاه و دیوان‌های بین‌المللی نیز

به‌طور صریح یا به‌طور ضمنی، مورد استفاده قرار گرفته است (Plakoke-falos, 2015, p.477) البته این معیار به‌طور کلی قاعده‌ای کارآمد به‌شمار می‌آید، اما همیشه پاسخ صحیح را ارایه نمی‌دهد و از همین رو دادگاه‌ها در موارد خاص، از معیارهای جایگزین بهره می‌گیرند (Koziol, Helmut, 2015, p.398).

۳. فرض سببیت

تاکنون درخصوص اهمیت رابطه سببیت و لزوم اثبات آن توسط خواهان، سخن گفتیم، اما با وجود این که بار اثبات رابطه سببیت بر عهده مدعی است، گاه قانونگذار و رویه قضایی برای رعایت عدالت، این بار را از عهده خواهان برمی‌دارد و اثبات آن را ضروری نمی‌داند. در این موارد قانونگذار رابطه سببیت میان فعل خواننده و ضرر وارده را مفروض دانسته و قاعدتاً در صورت اثبات تقصیر خواننده، وی را محکوم می‌نماید.

گاه اثبات رابطه سببیت بسیار دشوار است و منوط کردن پرداخت خسارت به اثبات رابطه سببیت ناعادلانه به‌نظر می‌رسد. برای نمونه هرگاه بیمار پس از استفاده از خون آلوده، به بیماری خونی مانند هیپاتیت مبتلا می‌شود یا در پی استنشاق گاز سمی، به بیماری ریوی آلوده می‌گردد، اثبات این که علت بیماری، صرفاً اقدامات غیرقانونی مذکور است، سخت است، زیرا ممکن است که فرد مبتلا از راه‌های دیگری، به آن بیماری گرفتار شده باشد که بررسی تمام این راه‌ها، عملاً دشوار یا غیرممکن است. همچنین است در مواردی که شکستن دیوار صوتی توسط هواپیما، باعث فروریختن ساختمان می‌گردد.

در این موارد حقوق به کمک زیان‌دیده می‌آید و رابطه سببیت میان فعل زیان بار خواننده و ضرر وارده را مفروض قلمداد می‌کند. در واقع همان‌گونه که گاه تقصیر فرض می‌شود - به این علت که ماهیت حادثه به‌گونه‌ای است که غالباً بدون این که واردکننده زیان تقصیری مرتکب شده باشد،

روی نمی‌دهد. گاهی نیز همین تدبیر درخصوص رابطه سببیت اعمال می‌شود و زیان دیده می‌تواند با استناد به نظریه فرض رابطه سببیت بار اثبات را از دوش خویش بردارد (بادینی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۲). برخی حقوقدانان نیز در توضیح این فرض گفته‌اند که اگر احتمال کافی برای سببیت وجود داشته باشد، قاضی اغلب به همین احتمال اکتفا می‌کند و با حذف اسباب دیگر رابطه سببیت را احراز می‌کند. اثبات رابطه سببیت به این شیوه را اماره یا فرض سببیت دانسته‌اند (ژوردن، ۱۳۹۱، ص ۱۰۸).

از آن جا که در حقوق ایران موضوع پذیرش فرض سببیت، کاملاً جدید است و حقوقدانان به اندازه کافی به بررسی و تبیین آن نپرداخته‌اند، در ادامه این مقاله با بررسی موارد فرض سببیت در رویه قضایی و قانون و بررسی تطبیقی موضوع با حقوق انگلیس، درصددگشودن راهی برای اثبات پذیرش این فرض در حقوق ایران می‌باشیم.

۳-۱. فرض سببیت در رویه قضایی

در رویه قضایی ایران، فرض رابطه سببیت در پرونده موسوم به هموفیلی‌ها پذیرفته شده است. در این پرونده، خواهان بیان می‌کنند که به دلیل ابتلای مادرزادی به بیماری هموفیلی، ناچار به استفاده از فرآورده‌های خونی بوده و در اثر مصرف فرآورده‌های آلوده، که توسط خواندگان وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان انتقال خون ایران ارایه شده، به بیماری هپاتیت C مبتلا گردیده است. در این دعوا هر چند که آلودگی بیماران به هپاتیت C و استفاده بیماران از خون‌های آلوده و حتی تقصیر خواندگان به دلیلعیب و نقص وسایل و تجهیزات و همچنین ابزار اداری در تولیدات داخلی و واردات فرآورده‌های خونی محرز است، اما وجود رابطه سببیت میان ابتلای به بیماری مذکور و استفاده از خون‌های آلوده، کاملاً محرز و آشکار نمی‌باشد. با این توضیح که تنها راه ابتلای خواهان به آن بیماری، استفاده از فرآورده‌های خونی ارایه‌شده توسط خواندگان نیست بلکه ممکن

است، علت انتقال این بیماری به خواهان رابطه جنسی یا تزریق مواد مخدر و... باشد. با این حال دادگاه نخستین و تجدیدنظر با مفروض قلمداد کردن رابطه سببیت میان ابتلای به بیماری و استفاده از فرآورده‌های خونی ارایه شده توسط خوانندگان، آنها را به جبران خسارت محکوم می‌کنند.

ایراد عدم احراز رابطه سببیت در مراحل رسیدگی به این پرونده مطرح شده است و دادگاه در آرای صادره به این ایراد پاسخ داده است. در دادنامه شماره ۰۱۰۸۰ مورخ ۸۸/۱۱/۲۱ شعبه اول دادگاه عمومی حقوق تهران، دادگاه نخستین در توجیه احراز رابطه سببیت بیان می‌کند: «دفاع مطروحه در خصوص عدم احراز رابطه علیت و سببیت در این پرونده از سوی خوانندگان قابلیت توجه ندارد چراکه به استناد آرای قطعیت یافته استنادی قصور خوانندگان در انجام وظایف قانونی منجر به آلوده شدن خواهان محرز می‌باشد...»

در دادنامه تجدیدنظر شعبه دوازدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۶۴۰ نیز چنین استدلال شده است: «طبق نظریه کمیسیون پزشکی قانونی (متشکل از متخصصین پزشکی قانونی، ویروس‌شناسی و عفونی) که مصون از اعتراض موجه باقی مانده و مغایرت آن با اوضاع و احوال معلوم و محقق مورد کارشناسی محرز نگردیده، مبتلابودن تجدیدنظرخواننده به بیماری هموفیلی از بدو تولد و دریافت خون از سازمان انتقال خون و ابتلای مشارالیه به ویروس هپاتیت C از سال ۱۳۷۶ محرز بوده است؛ هرچند راههای انتقال ویروس هپاتیت C مختلف است، چون طریق متعارف انتقال بیماری مذکور، تزریق خون و فرآورده‌های خونی است و انتقال ویروس از طریق سایر روشها، محل تردید است. از طرفی در استفاده تجدیدنظرخواننده از فرآورده‌های خونی تردیدی وجود ندارد، در نتیجه وجود رابطه سببیت میان انتقال خون و ابتلای تجدیدنظرخواننده به ویروس هپاتیت C مفروض است و در مانحن فیه دلیل و مدرکی که مثبت تحقق روش دیگر انتقال ویروس

و موید عدم وجود عیب در فرآورده‌های خونی باشد، اقامه نگردیده است»
(<https://jri.ac.ir/shop/b1JnTTRWRGNqc2c9/detail.html>).

ملاحظه می‌گردد که دادگاه تجدیدنظر، علی‌رغم وجود راه‌های دیگر انتقال بیماری، رابطه سببیت میان فعل خواندگان و بیماری را، به دلیل عدم وجود دلیل یا مدرکی که مثبت تحقق روش‌های دیگر انتقال بیماری باشد، مفروض قلمداد کرده است.

مورد دیگر فرض رابطه سببیت، سبب مجمل است یعنی زمانی است که اشخاص متعددی مرتکب فعل زیان بار شده باشند و به خواهان ضرری وارد شده باشد، ولی مشخص نباشد که ضرر توسط کدام یک از ایشان ایجاد شده است. در این خصوص نیز آرای متعددی به خصوص در مورد قتل از مراجع قضایی صادر شده است که در آنها حکم به استقراع برای تعیین شخص پرداخت کننده غرامت یا دیه شده است. برای نمونه در دادنامه شعبه بیست و چهار دیوان عالی کشور در خصوص دادنامه شماره ۰۶۱۸ - ۹۱/۷/۳۰ تجدیدنظر خواسته، بیان شده است که «...باتوجه به اظهارات شاکی و بعضی از شهود در خصوص تخریب شیشه منزل شاکی که یک سنگ بزرگ به شیشه اصابت کرده و موجب شکسته شدن آن گردیده متهم یک نفر بیشتر نمی‌تواند باشد در صورت عدم اقرار متهمین دادگاه باید قاعده علم اجمالی در شبهه محصوره اجراء نماید یعنی باید بین متهمین قرعه کشی کند کما اینکه در ماده ۳۱۵ ق.م.اسلامی^۱ مقرر گردیده است لذا در این مورد درخواست آقای الف.خ. به استناد بند ۶ ماده ۲۷۲ ق.آ.د.ک پذیرفته می‌شود پرونده جهت رسیدگی به دادگاه هم‌عرض دادگاه صادر کننده رأی قطعی ارجاع می‌گردد...». در این پرونده نیز به وضوح مشخص است که دادگاه معین نبودن سبب ورود خسارت را دلیل بر تبرئه متهمان ندانسته

۱. این ماده براساس قانون جدید یعنی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نسخ گردیده و در حال حاضر، ماده ۴۷۹ قانون جدید در خصوص سبب مجمل تحولاتی در حقوق ایران ایجاد کرده است. در ادامه این مقاله پیرامون دلالت ماده مذکور، مباحثی مطرح می‌گردد.

است و به‌طور ضمنی بر این موضوع تأکید می‌کند که میان فعل متهمی که با قرعه مشخص می‌شود و زیان وارده، رابطه سببیت وجود دارد یا به بیان دقیق‌تر این رابطه مفروض است.

در حقوق انگلیس نیز، در مواردی که احتمال بروز بیماری از راه‌های دیگر، غیر از راهی که تحقق آن مسلم است، وجود دارد، دادگاه با مفروض قلمداد کردن رابطه سببیت، به جبران خسارت، حکم کرده است. در واقع مدعی به‌طور استثنایی از اثبات این موضوع که خوانده سبب خسارت وی بوده است، معاف می‌گردد. برای نمونه جایی که مدعی از مزوتلیوما (Mesothelioma: سرطان ناشی از آزبست) رنج می‌برد و به‌دلیل محدودیت‌های علم پزشکی، تعیین این که رفتار نادرست خوانده، سبب بروز این بیماری بوده یا نه، غیر ممکن باشد، خواهان صرفاً با نشان دادن اینکه رفتار نادرست خوانده، خطرابتلای وی به مزوتلیوما را افزایش داده، می‌تواند اثبات کند که خوانده مسئول جبران خسارت ناشی از مزوتلیوما است. این استثنا از قاعده کلی با تصمیم در پرونده موسوم به فیرچیلد، شروع شد (<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/2012/12.pdf>).

در این پرونده (Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd) 1 AC 32 [2003]) آقای فیرچیلد برای کارفرمایان مختلفی که هر یک از آنها جایگزین کارفرمای قبلی شده بود، کار می‌کرد و همه آنها به‌طور غیرمحتاطانه او را در معرض ماده سمی آزبست قرار داده بودند. آقای فیرچیلد به بیماری مزوتلیوما مبتلا شد. او سپس فوت کرد و همسرش علیه کارفرمایان دعوای مطالبه خسارت ناشی از بی‌احتیاطی، مطرح نمود. تعدادی از کارگران دیگر نیز که دارای شرایط مشابه بودند، در مرحله تجدیدنظر به این پرونده پیوستند. در این پرونده به‌دلیل گذشت زمان طولانی و محدودیت‌های علمی، هیچ کدام از خواهان‌ها قادر نبودند، اثبات نمایند که رفتار خطا کارانه کدام کارفرما سبب بروز این بیماری شده است. هر چند که اثبات این امر که یکی از کارفرمایان (شخص غیرمعین از میان اشخاص معین) سبب این خسارت

بوده است، امکان‌پذیر بود. در هر حال بر اساس معیارهای سببیت، هیچ یک از کارفرمایان، سبب ایجاد بیماری و بروز خسارت به‌شمار نمی‌آمد. مجلس اعیان حکم کرد که معیار مناسب در این وضعیت این است که آیا خواننده به‌طور مؤثر خطر آسیب به شاکی را افزایش داده است یا خیر. کارفرمایان به نحو تضامنی (Joint and Severally) در برابر خواهان‌ها، مسئول هستند (البته اگر میزان مشارکت خوانندگان در ایجاد خطر یکسان نباشد، می‌توانند علیه یکدیگر دعوا مطرح نمایند). در هر حال، خوانندگان را به کلی از مسئولیت مبرادانستن، نادرست است. بنابراین مشاهده می‌شود که در رویه قضایی انگلیس نیز، فرض رابطه سببیت پذیرفته شده است. در واقع بدون چنین فرضی، با توجه به عدم امکان اثبات رابطه سببیت، محکوم کردن خوانندگان به جبران خسارت، بی‌معناست.

با توجه به اهمیت و کارکرد رویه قضایی، برخی حقوق‌دانان بر این باورند که در مواردی که شخص با تقصیر خود خطری ایجاد می‌کند که در پی آن خساراتی به‌بار می‌آید و نمی‌توان با حتمیت معلوم کرد که تقصیر در تحقق زیان نقش داشته است یا نه، اما خطر ناشی از تقصیر به‌گونه‌ای است که تحقق زیان را محتمل یا دست‌کم قابل پیش‌بینی می‌گرداند، رویه قضایی باید برای کمک به زیان‌دیده در اثبات رابطه سببی، وجود این رابطه را میان تقصیر و خسارت مفروض انگارد (ژوردن، ۱۳۹۱، ص ۱۰۹-۱۱۰).

۳-۲. فرض سببیت در قانون

با توجه به لزوم توجه قوانین به نیازهای جامعه و جلوگیری از گریز افراد مقصر از جبران خسارت، قانونگذار دو کشور در موارد محدودی، فرض رابطه سببیت را پذیرفته‌اند.

۳-۲-۱. قوانین انگلیس

در حقوق انگلیس، قانون غرامت (Compensation Act 2006) در سال ۲۰۰۶ به تصویب رسید که در بخش سوم آن، مسئولیت تضامنی همه خواندگانی

که دیگری را به نحو غیرقانونی در معرض آزیست قرار داده‌اند، پذیرفته شد. در این بند مقرر گردیده است که اگر چه به دلیل ماهیت مزوتلیوما و وضعیت علم پزشکی، امکان‌پذیر نیست که دقیقاً مشخص شود، آیا قرارگرفتن در معرض آزیست که به دستور یا اجازه غیرقانونی دیگری بوده موجب بروز بیماری شده یا ابتلای به آن از طریق دیگری بوده است، اما شخصی که دیگری را در معرض آزیست قرار داده است، مسئول آسیب ناشی از این بیماری است (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/section/3>).

آشکار است که این قانون خاص، اثبات رابطه سببیت را از عهده خواننده برداشته است و میان اقدامات غیرقانونی خواننده و خسارت وارده، سببیت را فرض کرده است. این قانون اگرچه مسئولیت اشخاصی که دیگران را در معرض آزیست قرار می‌دهند را پذیرفت، اما بر خلاف برخی آرای قضایی که پیش از آن، صادر شده بود و مسئولیت نسبی برای خوانندگان قایل شده بود، مسئولیت تضامنی همه آنها را استوار و قانونی کرد (Law Commission Issues Paper, 2012, p.52).

۳-۲-۲. قوانین ایران

در حقوق ایران، مواردی را می‌توان یافت که قانونگذار در آنها، رابطه سببیت را مفروض انگاشته است و خواهان را از اثبات آن بی‌نیاز می‌کند. در ادامه به بیان مصادیقی از این فرض می‌پردازیم.

الف) علم اجمالی به سبب جنایت

قانونگذار در مورد پرداخت دیه، هرگاه سبب مجمل باشد، برای همه خواندگانی که مشخص نیست زیان وارده، در اثر فعل کدام یک از آنها بوده، رابطه سببیت را فرض کرده است. ماده ۴۷۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص پرداخت دیه، هرگاه در اثر رفتاری، عده‌ای کشته یا مصدوم شوند و جنایت مستند به برخی از رفتارها باشد و مرتکب هر رفتار مشخص نباشد، حکم به پرداخت آن، به طور مساوی داده است. کاملاً آشکار است که در فرض مطرح شده، نمی‌توان مشخص کرد که کدام یک از خواندگان

(مشتکی عنهم) سبب ورود خسارت بوده است و اساساً با عنایت به ماهیت حادثه، امکان انتساب ورود ضرر به همه خواندگان وجود ندارد، بلکه صرفاً یک یا چند نفر از آنها می‌تواند عامل ورود زیان باشد، ولی با این حال، قانونگذار رابطه سببیت بین فعل همه خواندگان با ورود خسارت به خواهان (شاکی) را مسلم قلمداد کرده است.

ب) ضمان غاصب

از موارد دیگر فرض رابطه سببیت، مسئولیت غاصب است. ماده ۳۱۵ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌کند: «غاصب مسوول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او به مال مغضوب وارد شده باشد هرچند مستند به فعل او نباشد» این دیدگاه مستند به قاعده فقهی «علی الید ما اخذت حتی تودی» است و برای تحقق این ضمان نه تنها تقصیر سهمی ندارد، بلکه رابطه علیت مادی میان فعل متصرف و ضرر نیز ضروری نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۶۸) به دیگر بیان، قانونگذار وجود رابطه سببیت، میان ضرر و رفتار غاصب را مفروض انگاشته است. البته هر امینی که از امانتداری خارج شود نیز مشمول این قاعده می‌گردد (ماده ۱۴۶ ق.م.) مانند مسئولیت مستاجری که تعدی و تفریط نموده است، نسبت به هرگونه خسارت وارده به مورد اجاره، حتی اگر نقص و ضرر در نتیجه تفریط یا تعدی وی حاصل نشده باشد (ماده ۴۹۳ ق.م.) در فقه بنا بر نظر مشهور، مسئولیت آخذ بالوسوم یعنی کسی که کالایی را برای بررسی به منظور خرید، در اختیار می‌گیرد، همان مسئولیت غاصب است (سیستانی، ۱۳۹۷، ص ۳۵۲) و نسبت به تلف و نقص آن به هردلیلی حتی اگر منسوب به او نباشد، ضامن است.

ج) پرداخت خسارت در موارد تعیین وجه التزام

برابر ماده ۲۳۰ قانون مدنی در موارد تعیین وجه التزام قراردادی که شرط می‌گردد در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است، محکوم

نماید. ملاحظه می‌گردد که در مورد مذکور، قانونگذار هم ضرر و هم رابطه سببیت میان ضرر و عهدشکنی را مفروض دانسته است و بر همین اساس، حتی اگر متخلف ثابت نماید که هیچ ضرری به متعهدله نرسیده است یا ضرر وارده به متعهدله ناشی از عهدشکنی وی نیست، تأثیری در محکومیت او به پرداخت خسارت نخواهد داشت.

د) تخلف از تعهد به نتیجه

در حقوق فرانسه فرض رابطه سببیت در مواردی که شخص تعهد به نتیجه دارد پذیرفته شده است (ژوردن، ۱۳۹۱، ص ۱۰۹) در حقوق ایران نیز می‌توان همین دیدگاه را پذیرفت. بنابراین وقتی که تعمیرکار آسانسور یا خودرو، سرویس‌های ماهیانه یا دوره‌ای ارائه می‌دهد، نمی‌توان خود را از جبران خسارات ناشی از عیوب آسانسور یا خودرو معاف بداند.

ه) مسئولیت مدیرمسئول

به نظر می‌رسد، فرض رابطه سببیت در قانون مطبوعات نسبت به مسئولیت مدیرمسئول نیز پذیرفته شده است. تبصره ۴ ذیل ماده ۹ این قانون بیان می‌کند که «مسئولیت یکایک مطالبی که در نشریه به چاپ می‌رسد و دیگر امور در رابطه با نشریه به عهده مدیرمسئول خواهد بود». بدیهی است که کلیه مطالب توسط مدیرمسئول نوشته و بررسی نمی‌شود و اثبات این نکته که مطلب به چاپ رسیده توسط مدیرمسئول تهیه نشده است و هیچ اطلاعی از آن نداشته است، اثری در مسئولیت وی، نسبت به آن مطلب ندارد. در واقع در این جا نیز قانونگذار رابطه سببیت را مفروض دانسته است. باید به این نکته توجه داشت که بر خلاف موارد فرض تقصیر که در آن امکان معافیت در صورت اثبات رعایت همه جوانب احتیاط وجود دارد، مثل مسئولیت کارفرما نسبت به خساراتی که از طرف کارکنان و کارگران در حین انجام کار یا به مناسبت آن انجام می‌شود (ماده ۱۲ ق.م.م.)، در خصوص مدیرمسئول، چنین امری پیش‌بینی نشده است و نمی‌توان مسئولیت وی را مبتنی بر فرض تقصیر دانست.

بنابراین آشکار است که در هر دو کشور، فرض سببیت به صورت محدود پذیرفته شده است. از توجه به این موارد در می یابیم که، موارد مذکور در راستای گسترش عدالت و حمایت از زیان دیده در مواردی است که با وجود ورود خسارت به خواننده و تقصیر خواهان و وجود قراینی بر وجود رابطه سببیت میان تقصیر و خسارت، بار اثبات این رابطه از عهده خواهان برداشته شده است.

۴. رابطه فرض سببیت با اجمال در سبب

یکی از موارد جاری کردن فرض رابطه سببیت، اجمال در سبب است. به بیان روشن تر می توان قایل شد که در همه موارد اجمال سبب، دادگاه خواهان را از اثبات رابطه سببیت میان ضرر وارده و اقدامات همه خوانندگان دعوا معاف می کند. البته هریک از خوانندگان در صورتی که اثبات نماید ضرر وارده منتسب به وی نیست، از مسئولیت رها می شود، اما اگر نتواند این امر را اثبات نماید، باید از خواهان جبران خسارت نماید. در ادامه این مقاله به اثبات این موضوع می پردازیم.

برای تبیین این دیدگاه، نخست باید سبب مجمل را بشناسیم. سبب وقتی مجمل است که دو یا چند شخص در فعالیتی مشارکت داشته باشند و از فعل یکی از آنان زبانی به بار آید، اما عامل زیان مشخص نباشد. در این گونه موارد علم اجمالی وجود دارد که یکی از اشخاص مورد نظر وارد کننده زیان است، ولی هویت او مشخص نیست (صفایی و رحیمی، ۱۴۰۰، ص ۲۲۷-۲۲۸).

در گام بعدی باید مشخص شود که آیا در مواردی که سبب مجمل است، دادگاه باید چه تصمیمی بگیرد؟ آیا به صرف اجمال سبب می توان همه خوانندگان را تبرئه کرد؟ یا با توجه به وجود علم اجمالی به وجود سبب، دادگاه باید همه یا بعضی از خوانندگان را محکوم به جبران خسارت نماید؟ در صورتی که نظر دوم پذیرفته شود، این امر به طور ضمنی به معنای قبول نظریه فرض رابطه سببیت می باشد؛ زیرا محکوم کردن همه یا بعضی از خوانندگان به پرداخت ضرر به

معنای پذیرش رابطه سببیت میان فعل آن خواننده و ضرر وارده خواهد بود. در پاسخ به این پرسش در حقوق ایران، باید گفت که دادگاه نمی‌تواند به صرف اجمال سبب، خواندگانی که علم اجمالی به مسئولیت یکی یا بعضی از ایشان دارد را، از پرداخت خسارت معاف نماید. ریشه‌های این دیدگاه را باید در دیدگاه‌های فقهی و قواعد عقلی پذیرفته شده در حقوق ما دانست. از نظر فقهی، مبحث تنجیز و علم اجمالی می‌تواند در موضوع بحث بسیار کارآمد و راه‌گشا باشد و به همین دلیل به اختصار به این موضوع می‌پردازیم. در علم اصول فقه، علم تفصیلی موجب منجز شدن تکلیف،^۱ هم نسبت به موافقت قطعی و هم نسبت به حرمت مخالفت قطعی می‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ص ۲۴۹) در واقع وقتی علم تفصیلی به حکمی پیدا می‌کنیم، حق مخالفت با آن را نداریم و همچنین واجب است که مطابق آن عمل کنیم، اما علم اجمالی چگونه است؟ آیا علم اجمالی موجب منجز شدن تکلیف هم نسبت به حرمت مخالفت قطعی و هم وجوب موافقت قطعی می‌گردد؟

نظر مشهور بر آن است که مخالفت با علم اجمالی حرام است (حکیم، ۱۴۳۴، ص ۲۲۰/صدر، ۱۴۲۳، ص ۱۱۳) البته برخی فقها علاوه بر حرمت مخالفت قطعی، موافقت با علم اجمالی را نیز واجب دانسته‌اند. در هر حال ظاهراً حرمت مخالفت با علم اجمالی، در میان فقیهان مخالفی ندارد و حتی برخی در این خصوص ادعای اجماع کرده‌اند و معتقدند که هیچ یک از علما بر جایز بودن مخالفت قطعی با علم اجمالی تصریح ننموده است به جز علامه مجلسی (کلانتری طهران، ۱۴۲۵، ص ۴۴۶) دیدگاه مشهور مبنی بر حرمت مخالفت قطعی با علم اجمالی، مورد تأیید عقل و همسو با بنای عقلا نیز می‌باشد (همان، ص ۵۰۳).

۱. عنوان تنجیز در کلمات فقها با اضافه به تکلیف و نیز مصادیق تکلیف، یعنی وجوب و حرمت به کار رفته و در اصول فقه از مراتب حکم شمرده شده است که مراد از آن رسیدن حکم به مرحله‌ای است که مخالفت آن موجب عقاب می‌گردد. از دیدگاه امامیه، تکالیف الهی بین عالم و جاهل مشترک است، لیکن علم به آن همچون قدرت و الثقات، شرط تنجیز تکلیف دانسته شده است. از دیدگاه بسیاری در تنجیز تکلیف فرقی بین علم تفصیلی و علم اجمالی نیست (مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، فرهنگ فقه فارسی، ج ۲، ص ۶۴۰؛ به نقل از: <https://lib.eshia.ir/23017/2/640>).

حال از این دیدگاه اصولیون، می‌توان درخصوص مسئولیت مدنی سبب مجمل نیز بهره گرفت. در واقع در موارد اجمال سبب نیز علم اجمالی به سبب بودن یکی از اشخاص به نحو غیر معین وجود دارد، اما مسبب واقعی مشخص نیست. در این موارد نیز قاضی نمی‌تواند با چنین علمی به صورت قطعی مخالفت نماید و هیچ یک از خواندگان را مسئول قلمداد ننماید. به دیگر بیان علم اجمالی موجب تکلیف وی به رسیدگی و صدور حکم می‌گردد، زیرا در غیر این صورت با علم اجمالی به صورت قطعی مخالفت نموده که مخالف عقل و نظر مشهور فقها می‌باشد.

از سوی دیگر، لازمه عدم مخالفت قطعی با علم اجمالی توسط دادگاه، صدور حکم به محکومیت یک یا همه خواندگان، حسب دیدگاهی که درخصوص نحوه توزیع مسئولیت در این باب پذیرفته شود (ر.ک: رنجبر و دیگران، ۱۳۹۹)، می‌باشد و لازمه چنین حکمی نیز، وجود رابطه سببیت میان فعل خواننده یا خواندگان با خسارت وارده است، اما از آن جا که این رابطه سببیت، محرز نیست، دادگاه چاره‌ای جز فرض وجود این رابطه را نخواهد داشت. به دیگر بیان در همه موارد اجمال سبب، دادگاه باید رابطه سببیت را مفروض قلمداد نماید.

در تأیید این دیدگاه، همچنین می‌توان به قاعده لاضرر استناد کرد. طبق این قاعده که هر حکم ضرری را، حتی اگر ظاهراً شرعی باشد، غیر شرعی می‌داند و وجود حکم ضرری در شرع را نفی می‌کند، نمی‌توان عدم مسئولیت اشخاص موضوع علم اجمالی را پذیرفت. به عبارت دیگر با وجود محرز بودن ورود ضرر به خواهان و علم اجمالی به سببیت خواننده، حکم به عدم جبران خسارت از خواهان به دلیل نبود علم تفصیلی به سببیت خواننده، حکمی ضرری است که شرعاً نفی شده است (ر.ک: رنجبر و دیگران، ۱۳۹۹).

قانونگذار ایران نیز این دیدگاه را پذیرفته است. به این شرح که حکم مقرر در ماده ۴۷۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ درخصوص پرداخت دیه

در مواردی که جنایت مستند به برخی از رفتارها باشد و مرتکب هر رفتار مشخص نباشد، حکمی استثنایی نیست و قابل تعمیم به سایر موارد اجمال سبب می‌باشد. در واقع دیه ویژگی خاصی ندارد تا این حکم قانونگذار را مخصوص موارد پرداخت دیه بدانیم. علاوه بر این رویه قضایی نیز با عنایت به آرای که پیش‌تر بیان شده، فرض رابطه سببیت در موارد اجمال سبب را تأیید کرده است.

در حقوق انگلیس همان‌گونه که در سطور پیشین دیدیم در پرونده موسوم به فیرچیلد، با وجود مجمل بودن سبب، مجلس اعیان، رابطه سبب را مفروض انگاشت و به محکومیت تضامنی همه خواندگان حکم داد. در انگلیس این پرسش مطرح شده است که آیا تصمیم مجلس اعیان در فیرچیلد، مخصوص بیماری ناشی از آزیست است یا در هر موردی که سبب مجمل است یعنی علم به سببیت شخصی غیر معین از میان اشخاص معین وجود دارد، قابل اعمال است؟ در پاسخ برخی نویسندگان بر این باورند که چنین فرضی شامل همه موارد سبب مجمل می‌گردد. در واقع تأیید تصمیم اتخاذی توسط دادگاه کالیفرنیا در دعوی Summers v Tice, 33 Cal 2d 1 (California Supreme Court, 1948) و توسط دادگاه کانادایی در دعوی Cook v Lewis [1951] SCR 830 از سوی مجلس اعیان انگلستان در پرونده فیرچیلد، این دیدگاه را تقویت می‌کند که حکم صادره در فیرچیلد معطوف به مواردی است که در آن عامل زیان غیرمعین و مجمل (Indeterminate) است. در دو پرونده آمریکایی و کانادایی، خواهان توسط یک شکارچی مورد هدف گلوله قرار گرفته بود، ولی از آن جا که در زمان حادثه دو شکارچی حضور داشتند و هر دو هم زمان شلیک کرده بودند، مشخص نبود که کدام شکارچی سبب بوده است (Steel, 2012, p.246).

نتیجه

رابطه سببیت، یکی از ارکان مسئولیت مدنی است که احراز آن از در دعاوی مطالبه خسارت ضروری است. این رابطه باید توسط خواهان دعوا، اثبات گردد. با این حال گاه اثبات رابطه سببیت بسیار دشوار است و علی‌رغم مشخص بودن تقصیر یا فعل زیان‌بخواننده و ورود زیان به خواهان، وی توان اثبات این رابطه را ندارد و از طرفی عدالت و منطق اقتضا می‌کند که چنین خواننده‌ای، به حال خود رها نشود. از همین رو در برخی نظام‌های حقوقی، دادگاه با رعایت شرایط خاصی، این رابطه را مفروض می‌انگارد و به این ترتیب به یاری زیان‌دیده می‌شتابد.

در قوانین دو کشور مواردی از برقراری فرض رابطه سببیت مشاهده می‌گردد که این موارد جنبه استثنایی و محدود دارد. در رویه قضایی ایران اگرچه از سوی دادگاه به فرض رابطه سببیت، اشاره نشده است، اما آرای و وجود دارد که در آن این فرض به کار گرفته شده است و از جمله آن می‌توان به رأی صادر شده در پرونده معروف به هموفیلی‌ها اشاره کرد. در حقوق انگلیس نیز با عنایت به تصمیم مجلس اعیان در پرونده موسوم به فیرچیلد، از چنین فرضی در مواردی که امکان اثبات رابطه سببیت به دلیل نامعین بودن مسبب، وجود ندارد، استفاده شده است.

یکی از موارد لزوم فرض رابطه سببیت، سبب مجمل است. در این موارد با عنایت به وجود علم اجمالی به سبب و با توجه به منجز شدن تکلیف در صورت وجود علم اجمالی، چاره‌ای جز فرض سببیت باقی نمی‌ماند. رویه قضایی و قانونگذار (ماده ۴۷۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) نیز که بر اساس مبانی فقهی و عقلی، در موارد اجمال سبب، خوانندگان یا متهمان را از پرداخت خسارت یا دیه تبرئه ننموده است، به‌طور ضمنی، نظریه فرض سببیت را قبول کرده است. زیرا در غیر این صورت، مسئول دانستن یکی یا همه خوانندگان، فاقد مبنای حقوقی می‌باشد.

لزوم توجه علم حقوق به عدالت، ضرورت‌های اجتماعی و تعاملات اقتصادی، ایجاب می‌نماید که علم حقوق خود را با نیازهای روز جامعه منطبق نماید. قانون و رویه قضایی باید در مواردی که شخص با تقصیر خود خساراتی به بار می‌آورد و نتوان به‌طور قطع مشخص نمود که تقصیر، سبب ورود زیان بوده است، اما تقصیر به نحوی است که ورود زیان را محتمل یا قابل پیش‌بینی می‌کند، به یاری زیان‌دیده آیند و فرض سببیت را برقرار نمایند. در موارد قانونی و قضایی که در این نوشتار بیان شد، می‌توان ردپای همین انگیزه را، آشکارا دید. هر چند این موارد باید استثنایی و محدود باشد و از توسعه غیرضروری مفهوم فرض سببیت، جلوگیری کرد. با این حال در برخی مصادیق بسیار مهم مسئولیت مدنی، همچون مسئولیت تولید و توزیع کنندگان مواد غذایی و دارو نسبت به مواد فاسد و مسئولیت دارندگان صنایع بزرگ نسبت به زیان‌هایی که به اشخاص وارد می‌کنند و مسئولیت صنایع آلاینده نسبت به آلودگی زیست محیطی، باید با بهره‌گیری از این مفهوم حقوقی به یاری زیان‌دیدگان، همت گماشت.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد...

سهام نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منفعی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

منابع

- افشارقوچانی، زهره و سیدمحمدباقر حسینی؛ «مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی سبب مجمل»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی؛ ش ۱، بهار ۱۳۹۳، ص ۱-۲۲.
- بادی، حسن؛ فلسفه مسئولیت مدنی؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- جعفری چالستری، محمود، یوسف براری چناری و مجتبی جهانیان؛ «مسئولیت مدنی سبب مجمل در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه»، فصلنامه علمی دانشنامه‌های حقوقی؛ ش ۴، مهر ۱۳۹۸، ص ۸۱-۱۰۰.
- حاجی عزیزی، بیژن و نگین غلامی؛ «جایگاه فرض سببیت در مسئولیت مدنی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی؛ ش ۲، تابستان ۱۳۹۲، ص ۲۵-۴۵.
- حکیم، سیدمحمدسعید؛ المحکم فی أصول الفقه؛ ج ۴، ق ۴، قم: دارالهلال، ۱۴۳۴ ق.
- حلی (علامه حلی)، ابو منصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن علی بن مطهر؛ قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام؛ ج ۳، ق ۱، قم: موسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- رنجبر، سپیده، سیدحسین صفایی، منصور امینی و حسن بادی؛ «مسئولیت مدنی در سبب مجمل: تحول حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان»، فصلنامه تعالی حقوق؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۹، ص ۶۰-۸۳.
- روانان، علی، سیدمهدی میرداداشی، محمد صادقی و ابراهیم دلشادمعارف؛ «مسئولیت مدنی سبب مجمل تیم پزشکی در حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۵۷، پاییز ۱۳۹۸، ص ۷۳-۹۴.
- روانان، علی؛ «رابطه سببیت سبب مجمل در حقوق ایران، انگلستان و هندوستان»، دوفصلنامه مطالعات شبه قاره دانشگاه سیستان و بلوچستان؛ ش ۳۸، بهار و تابستان ۱۳۹۹، ص ۴۹-۶۶.
- ژوردن، پاتریس؛ اصول مسئولیت مدنی؛ ترجمه مجیدادیب؛ ج ۳، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.
- سیستانی، سیدعلی؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، مشهد: پیام طوس، ۱۳۹۷.
- شیروی، عبدالحسین؛ حقوق نفت و گاز؛ ج ۴، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷.
- صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی؛ مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)؛ ج ۱۴، تهران: انتشارات سمت، ۱۴۰۰.
- کاتوزیان، ناصر؛ الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری؛ ج ۸، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- کلانتری خلیل‌آباد، عباس و سعیده سلیمانی پایطاق؛ «مسئولیت مدنی سبب مجمل با رویکردی

■ نظریه فرض رابطه سببیت در قانون و رویه قضایی ایران و انگلیس

بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، پژوهش‌های فقهی؛ ش ۲، تابستان ۱۳۹۴، ص ۴۱۳-۴۴۲.

کلانتری طهران، میرزا ابوالقاسم؛ *مطرح‌الأنظار*؛ ج ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۵ ق. مشکینی، علی؛ *إصطلاحات الأصول*؛ ج ۱، چ ۵، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۱.

موسوی‌جنوردی، سید محمد؛ *علم اصول*؛ ج ۱، تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۹. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)؛ *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة*؛ ج ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، [بی تا].

هنجری، سید علی و سعید فرهادنیا؛ «جایگاه مفهوم سببیت در حقوق بین‌الملل»، فصلنامه *مطالعات حقوق عمومی*؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۶، ص ۷۹۷-۸۱۷.

یزدانیان، علیرضا؛ *حقوق مدنی، قواعد عمومی مسئولیت مدنی*؛ ج ۱، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶.

Koziol, Helmut; *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*; Wien: Jan Sramek Verlag, 2015.

Law Commission Issues Paper; *REVIEW OF JOINT AND SEVERAL LIABILITY*; New Zealand: IWillington, 2012.

Mills, William, 2002, *Contributory Negligence, Trial Briefs*: p. 29, www.ncaj.com /file – depot; Libby, Michael, 2007, *Contributory Negligence*, DoldenWallacefolick. www.Dolden.Com/content

Plakokefalos, Ilias; “*Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity*”; The European Journal of International Law Vol. 26 Oxford University Press on behalf of EJIL Ltd, no.2, 2015.

STEEL, SANDY; “*CAUSATION IN ENGLISH TORT LAW: STILL WRONG AFTER ALL THESE YEARS*”; University of Queensland Law Journal, no.243, 2012.

Weinrib, Ernest; “*A Step Forward in Factual Causation*”; The Modern Law Review, no.38, 1975

Wright, Richard W; “*CAUSATION IN TORT LAW*”; California Law Review, no.73, December 1985

<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UQLawJl/2012/12.pdf> دسترسی تیرماه ۱۴۰۰

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/section/3> .1400 دسترسی تیرماه ۱۴۰۰

Contents

Legal analysis and the rules of transparency in the relationship between subsidiaries and parent companies

Mohammad Sardoeinasab & Mohammad Fathi 5

Re-examining the necessity to observe formalities in the transfer of immovable property and intellectual (industrial) property

Mohammad Ghandali, Rahim Pilvar & Abdolrahim Moradi..... 47

Jurisprudential and Legal Examination of the Use of Electronic Systems in Holding Court Sessions

Maryam Mohajeri 77

The reason for the possession if the possessor denies it and the possibility of proving liability for possession

Seifollah Ahadi 119

The Requirements of Effective Sharia Supervision Over The Laws & Regulations System, Focusing on The Permanent, Comprehensive & Superior Sharia Supervision of The Jurists of The Guardian Council

Mehdi Ebrahimi, Mohammadjavad Rezaeizadeh & Mohammad Bahadori Jahromi 145

Presumption of causation and inconclusive recognition of cause in Iranian and English law

Seyyed Hossein Safae, Sepideh Ranjbar, Mansour Amini & Hassan Badini 179





IN THE NAME of GOD
Vol.22 / No.85 / Summer 2025
A Quarterly Journal

Islamic Law

Proprietor: Ali-Akbar Rashad
Managing Director: Ali-Akbar Rashad
Editor-in-Chief: Mahmoud Hekmatnia
Editorial Board Members:

Najadali Almasi; Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. / **Alireza Barikloo;** Professor, Department of Private Law, Farabi Faculty, University of Tehran, Qom, Iran. / **Ahmad Haji Deh Abadi;** Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran. / **Ali Akbar Rashad;** Professor, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Tehran, Iran. / **Abdolhossein Shirovi;** Professor of Private Law, Qom Campus, University of Tehran, Iran. / **Abolghasem Alidoust;** Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), and Professor of Fiqh and Usul, Qom Seminary, Iran. / **Ebrahim Abdipourfard;** Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. / **Jalil Qanavati;** Associate Professor of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran. / **Ali Mohammadi Jorkouyeh;** Associate Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Qom, Iran. / **Farajollah Hedayatnia Ganji;** Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Qom, Iran.

International Editorial Board Members:

Nabil Mahdi Al-Subhawi; Professor, University of Pennsylvania., **Mohammad Jasim Mohammad Al-Atabi;** Professor, University of Thi-Qar, Iraq.

Journal Address:

Tehran Office: No. 2, Pazhoohehshgah St., Ahmad Ghasir St., Shahid Beheshti St., Tehran, Iran

Phone: +98 21 88734863 ext. 4

Qom Office: Shahid Meisami St., 15 Khordad Blvd., Qom, Iran, **Phone:** +98 25 37603569

Fax: +98 25 37602997

Postal Code: 15911-15146

Email: hoquq@iict.ac.ir

Website: <https://hoquq.iict.ac.ir>