



فصلنامه علمی پژوهشی

سال بیست و دوم، شماره ۸۷ / زمستان ۱۴۰۴ / بهای تک شماره: ۶۰۰۰۰ 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 پنسیاره / **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 - ۳۷۶۰۳۷۶، کد پستی: ۱۵۹۱۱ - ۱۵۱۴۶

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 ۸۹/۳/۱۱/۱۰۳۳۷۷ 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

- قانون و قانونگذاری در اندیشه افلاطون
علی اردشیر لاریجانی و قاسم بابائی..... ۵
- نقدی بر مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات (نقد بند الف ماده
۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)
احمد حاجی ده‌آبادی..... ۳۷
- بررسی ضمان غاصب در کاهش مالیت اشیا (با تأکید بر کاهش ارزش پول)
محمدتقی مرادی، محمدجواد حیدری خراسانی، محمد نوذری فردوسییه و داود حسن پور..... ۷۳
- تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی اهل سنت در کشورهای مسلمان
سیداحسان رفیعی علوی و محمد حسینی..... ۱۰۱
- دادرسی کیفی ایران در سنجه عدالت‌روزی‌ها (مبانی، ظرفیت‌ها و چالش‌ها)
باقر شاملو و امیرحسین خسروآبادی..... ۱۳۳
- بازخوانی نقش سامانه‌های فرهنگی در مقابله با بزه «بدپوششی»
قاسم اسلامی‌نیا و داود سیفی قره‌تیاق..... ۱۷۳
- بررسی قانون حاکم بر اوراق بهادار واسطه‌ای در نظام‌های حقوقی ایران، انگلیس و امریکا
جابر اسماعیل‌زاده، نجادعلی الماسی، ربیعا اسکینی و علی اکبر ایزدی‌فرد..... ۲۰۵





Law and Legislation in Plato’s Philosophy

Ali Ardeshir Larijani* (Corresponding Author)
 Associate Professor, Department of Philosophy, University of Tehran, Tehran, Iran.
 Email: larijani.ali@ut.ac.ir

Qasim Babaei
 Researcher of Philosophy of law and phd of law of university of imam baqir al - islamia (al - Salam),
 Qom, Iran. Email: ghababaei9797@gmail.com.



Use your device to scan
 and read the article online

Citation Ardeshir Larijani, A. , Babaei, Q. (2025). Law and Legislation in Plato’s
 Philosophy. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#).22 (87): 5-35.

[10.22034/ilaw.2026.2053677.3573](https://doi.org/10.22034/ilaw.2026.2053677.3573)

Received: 17 February 2025 , Accepted: 31 January 2026

Abstract

This article seeks to answer the following legal-philosophical question: What is the nature and what are the components of law and legislation in Plato’s intellectual system? In other words, what are the intrinsic and accidental components of law from Plato’s perspective?

The present inquiry necessitates attention to two aspects of law: the concept of law and the identification of its intrinsic and accidental components. The concept of law in Plato’s intellectual system is determined based on his eudaimonistic approach, such that law is the command of reason for the attainment of virtue. The components and elements of law in Plato’s thought fall into two categories: intrinsic and accidental. Among the intrinsic components, one can refer to rationality, justice, simplicity of law, avoidance of legal inflation, and rational justification of law; while in the category of accidental components, which includes legislation, one may address the purification of society, the commitment of rulers to abide by the law, the necessity of legal education, the gradual evolution of law, and peace and tranquility.

Keywords

Plato, Law, Intrinsic Components, Accidental Components, Justice, Rationality, Objectives.





قانون و قانونگذاری

در اندیشه افلاطون

علی اردشیر لاریجانی (نویسنده مسئول)*
دانشیار گروه فلسفه دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: larijani.ali@ut.ac.ir

قاسم بابائی

پژوهشگر فلسفه حقوق و دکتری فلسفه حقوق دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران.

Email: ghbabaei9797@gmail.com



استناد اردشیر لاریجانی، علی؛ بابائی، قاسم (۱۴۰۴). قانون و قانونگذاری در اندیشه افلاطون. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۷): ۳۵-۵.

doi 10.22034/ilaw.2026.2053677.3573

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۹، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۱۱

چکیده

این مقاله درصدد پاسخ دادن به این پرسش فلسفه حقوقی است که ماهیت و مؤلفه‌های قانون و قانونگذاری در منظومه فکری افلاطون چگونه است؟ یا به عبارت دیگر، مؤلفه‌های ذاتی و عرضی قانون در نگاه افلاطون کدامند؟

پرسش حاضر مستلزم توجه به دو بخش از قانون است: مفهوم قانون و شناسایی مؤلفه‌های ذاتی و عرضی آن. مفهوم قانون در منظومه فکری افلاطون بر مبنای رویکرد سعادت‌گرایانه وی تعیین می‌شود، به طوری که قانون فرمان خرد برای کسب فضیلت است. مؤلفه‌ها و اجزای قانون در اندیشه افلاطون در دو بخش قرار می‌گیرند: ذاتی و عرضی. در بخش مؤلفه‌های ذاتی، می‌توان به عقلانیت، عدالت، سادگی قانون، عدم تورم قانون و توجیه عقلانی قانون اشاره کرد؛ در حالی که در بخش مؤلفه‌های عرضی که شامل قانونگذاری است، می‌توان به تزکیه جامعه، التزام حاکمان به تبعیت از قانون، الزام به آموزش قانون، تکامل تدریجی قانون و صلح و آرامش پرداخت.

واژگان کلیدی

افلاطون، قانون، مؤلفه‌های ذاتی، مؤلفه‌های عرضی، عدالت، عقلانیت، اهداف.



مقدمه

یکی از چالش‌های دیرپای در حوزه فلسفه حقوق، چالش در تبیین مفهوم و مؤلفه‌های قانون است؛ چالشی که تفکر اندیشمندان در جهان غرب و جهان شرق را به خود مشغول کرده است. به گفته هربرت هارت در کتاب «مفهوم قانون»، تعداد کمی از پرسش‌ها درباره جامعه بشری به اندازه پرسش «قانون چیست؟» پایدار و جدی مطرح شده است و این پرسش‌ها از سوی متفکران در شیوه‌های بسیار گوناگون پاسخ داده شده است (هارت، ۱۳۹۸، ص ۳۲) چالش مفهوم قانون و مؤلفه‌های ذاتی و عرضی قانون، در میان اندیشمندان قرون وسطی نیز مورد کاوش و بررسی قرار گرفته است که می‌توان در اندیشه‌های فیلسوفان کلاسیک مانند افلاطون، ارسطو، آکوئیناس و آگوستین مشاهده کرد.

افلاطون، یکی از اندیشمندان دوره کلاسیک است که در محاورات مختلف مباحث متعددی درباره قانونگذاری و التزام حکومت به قانون مطرح کرده است، به‌ویژه در سه رساله مهم «جمهوری»، «قوانین» و «مرد سیاسی» که در این رساله‌ها تفاوت‌هایی نیز در نگاه این فیلسوف در این زمینه مشاهده می‌شود. همچنین می‌توان به رساله مینوس (Minos) اشاره کرد که گفتگوی سقراط با دوست درباره مفهوم قانون است و در آن به تبیین ماهیت قانون پرداخته است.

فهم چارچوب اندیشه‌ای افلاطون درباره قانون وابسته به ملاحظه ماهیت و اهداف قانون در کنار مؤلفه‌های ذاتی و عرضی قانون است. قانون در اندیشه افلاطون فرمان خرد برای کسب فضیلت است و در حقیقت قانون ابزاری برای بهره‌وری از نعمت‌های الهی و بشری و سکویی برای پرواز به سمت فضایل است چنانکه افلاطون در کتاب چهارم قوانین به نقل از آتنی می‌نویسد آرزوی من این است که افراد جامعه با رغبت و اشتیاق در راه کسب فضایل انسانی پیش بروند، بدیهی است که قانونگذار نیز هنگام وضع قانون

هدفی جز این نخواهند داشت (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۲۰۱۸). افلاطون در امتداد طرح مفهوم قانون به مؤلفه‌های ذاتی عرضی قانون نیز می‌پردازد ایشان در رساله قوانین به‌طور مفصل اوصاف ذاتی و عرضی قانون خوب را معرفی می‌کند چراکه قانون خوب، جامعه ایدئال را به ارمغان می‌آورد افلاطون در بخش اوصاف عرضی به فن قانونگذاری نیز پرداخته‌اند. چنانکه در رساله قوانین می‌نویسد «آنچه در فن قانونگذاری صادق است، این است که اگر تمامی عواملی که برای پیشرفت و نیکبختی یک کشور ضروری‌اند، جمع شوند، آن کشور تنها زمانی از این عوامل بهره‌مند خواهد شد که از وجود قانونگذاری توانا و راستین برخوردار باشد» (همان، ص ۲۱۳۹).

افلاطون قانونگذاری را هنری در زیرمجموعه سیاست بیان کرد. ایشان در رساله گرگیاس سخن سقراط را درباره قانون بیان و انرا هنری در قبال هنر سلامتی تن می‌داند «سقراط: اکنون می‌خواهم مقصود خود را تا آنجا که میسر است تشریح کنم. برای تأمین سلامت روح و تن دو هنر هست. هنری که باروح پیوند دارد سیاست است. ولی هنر دیگر را که خاصیتش تأمین سلامت تن است با یک نام نمی‌توان خواند زیرا دو شعبه دارد که یکی را ورزش می‌نامند و دیگری را پزشکی. سیاست نیز دو شعبه دارد: یکی از آن دو که نظیر ورزش است قانونگذاری است شعبه دیگر که نظیر پزشکی است، اجرای قانون نام دارد. بدین‌سان از این چهار شعبه، هر دو شعبه که به یک موضوع متعلق‌اند وجه اشتراکی باهم دارند: پزشکی با ورزش و قانونگذاری با اجرای قانون و درعین‌حال میان آن‌ها فرق است» (همان، ج ۱، ص ۳۵). افلاطون بر این باور بود که بهترین قانون آن است که بتوان به‌وسیله آن، فضایل اخلاقی، بخصوص حکمت، خویشتنداری، شجاعت و عدالت را به دست آورد. چنین قانونی در جهان محسوسات، کامل‌ترین نمونه از مثال قانون در عالم «مُثل» خواهد بود. افلاطون می‌گوید: قانونگذاری و ایجاد نظم سیاسی کامل‌ترین وسیله کسب فضیلت است (همان، ج ۲، ص ۵۰۱). زیرا

قوانین و سایلی اطمینان‌بخش برای رساندن انسان به سعادت و کسب فضایل هستند. افلاطون در بین مطالبی که تلویحاً درباره قانون طبیعی بیان کرده است، دولت را به مثابه تنها خدمتگزار قانون معرفی می‌نماید. وی می‌گوید: بهترین حکومت آن است که در آن، قانون بر تمام قدرت‌های موجود سلطه داشته باشد و دولت، خدمتگزاری متواضع برای آن قانون باشد و بنابراین، شهروندان در جامعه کاملاً خشنود بوده، از این طریق، سعادت واقعی خویش را به دست آورند. قانونگذار باید تلاش کند تا عدالت واقعی و حقایق علمی را در امر قانونگذاری به‌منظور پیروی از قانون در نظر بگیرد. تحقیق پیش رو به بررسی تفکر افلاطون در بخش ماهیت قانون و مولفه‌ها و ذاتی و عرضی قانون خواهد پرداخت و پرسش اصلی در این تحقیق این است که مفهوم و مولفه‌های قانون در منظومه فکری افلاطون کدام‌اند؟ فرضیه تحقیق این است که قانون در نگاه افلاطون از جهت ماهوی در چهارچوب نظریه اخلاقی شکل می‌گیرد و از جهت شکلی در گونه فرمان تصمیم‌ها و دستورهای یک جامعه است و می‌توان گفت قانون فرمان خرد به‌سوی کسب فضیلت است. افلاطون به رأی قانون مؤلفه‌های ذاتی و عرضی عنوان می‌کند که در بخش مؤلفه‌های ذاتی، می‌توان به‌سادگی قانون، عدم تورم قانون و توجیه عقلانی قانون اشاره کرد؛ درحالی‌که در بخش مؤلفه‌های عرضی که شامل قانونگذاری است، می‌توان به تزکیه جامعه، التزام حاکمان به تبعیت از قانون، الزام به آموزش قانون، تکامل تدریجی قانون و صلح و آرامش پرداخت.

۱. جغرافیای قانون از منظر افلاطون

منظومه فکری افلاطون در بخش قانون را در دو سطح متفاوت می‌توان تحلیل کرد.

سطح اول در اندیشه ایشان مخصوصاً در کتاب جمهور منعکس شده است در نظر او تنها فیلسوف است که می‌تواند کشور را به‌درستی اداره کند و تدوین

قانون و قانونگذاری نیز باید توسط فیلسوف انجام پذیرد. در واقع از منظر افلاطون اینکه فیلسوفان به فرمانروایی شهر برسند، نه امری عجیب بلکه در پرتو شأن و جایگاه معرفتی فیلسوف و بهره‌مندی او از عقل کلی کاملاً موجه است؛ زیرا به تعبیر او انتخاب بین چنین فیلسوفی که می‌تواند صورت روشنی از حقیقت را ببیند و در هنگام عمل به‌سان نقاشان آن الگوهای حقیقی خیر، زیبایی و عدالت را سرمشق خود قرار دهد و کسانی که از این توانایی برخوردار نیستند به‌مثابه انتخاب بین فرد تیزبین و نابیناست که البته باید وظیفه فرمانروایی شهر را به چنین فرد تیزبینی سپرد (Plato, 2021, 484e) علت برگزیدن فیلسوف شاه برای اداره جامعه بدین جهت است که فیلسوفان از منظر افلاطون به سبب دسترسی به عالم مثال و عالم معنا امور ازلی و غیر متغیر را درک می‌کنند لذا آنها توانمندی لازم برای اداره کشور در برای عالم مثال را دارند فیلسوفان کسانی هستند که قادرند امور ازلی و غیر متغیر را درک کنند، در حالی که کسانی که غیر فیلسوفان قادر به درک این امور نبوده بلکه خودشان را در وادی اشیای متکثر و متغیر کم و سرگردان می‌کنند کدام‌یک از دو گروه باید فرمانروای شهر باشند؟ (ibid, p.567)؛ بنابراین با توجه به امکان تحقق نظام مطلوب هم‌پرسه‌جمهور (نظام مبتنی بر معرفت و عقل برتر فیلسوف) وضع قانون در شان حاکم حکیمی است که به عالم مثال دسترسی دارد و او مستقیماً می‌تواند شهر را اداره کند. در این سطح قانونگذاری در حاکم حکیمی است که البته از آراء سایر فلاسفه بهره می‌برد و خود نیز مقید به قانون است. بلکه به نظر افلاطون فیلسوف شاه بیشتر از دیگران به قانون پایبند است اما حکم حکیم این صلاحیت را دارد که در مواردی که قانون به‌عنوان حکم عام نمی‌تواند خصوصیات امری عام را دقیقاً از بعد عدالت مدنظر قرار دهد. قانون را در مقام اجرا تغییر دهد افلاطون در سطح دیگری از اندیشه‌های خود توجه به این امر کرد که ممکن است حاکم حکیم نباشد و غالباً شرایط لازم را برای چنین ساختاری

ممکن نیست مثلاً امکان دارد فردی بتواند بادانش فردی خود همه امور پیچیده و متغیر را نظم ببخشد بنابراین باید تکیه اصلی اداره جامعه بر حاکمیت قانون باشد. ایشان در این باره می‌گوید با توجه به اینکه اکنون (فیلسوفان که دارای دانش راستین‌اند) وجود ندارد و اگر باشد شمارش اندک است باید به آنچه در مرتبه دوم می‌آید یعنی حکم و قانون برای سامان امور آدمی پناه ببریم (ibid, p.875). البته باید توجه کرد که در سطح اول اندیشه افلاطون قانون حکم‌فرما بود ولی متولی قانونگذار را فیلسوف می‌دانست ولی در سطح دوم از اندیشه ایشان بر این باور بود که به سبب نبود فیلسوف شاه باید حاکمیت قانون را با افراد باتجربه پیش ببریم.

۲. چستی قانون در نگاه افلاطون

چستی قانون در نگاه افلاطون از جهت ماهوی در چهارچوب نظریه اخلاقی شکل می‌گیرد و از جهت شکلی در گونه فرمان و تصمیم‌ها و دستورهای یک جامعه است و می‌توان گفت قانون فرمان خرد به سوی کسب فضیلت است. چنانکه در رساله مینوس که به افلاطون منتسب است از زبان سقراط بیان می‌کند که قانون تصمیم جامعه است و باید آن را نیک شمرد و در طلبش بود (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۲۳۲۹).

افلاطون «سعادت» را غایت نهایی زندگی می‌داند. در نگاه افلاطون سعادت آدمی ترکیبی از معرفت عقلی و لذت حسی است.

معرفت عقلی که در عالم معقولات و مجردات، مُثُل و صوری وجود دارند که به تعبیر عرفا اعیان ثابت، علم و فکر الهی‌اند؛ فیلسوف هم کسی است که تشبّه به خدا پیدا کند و تشبّه به الله به این است که انسان بتواند با صور مثالی در عالم معقول ارتباط پیدا کند از این رو هر علم و دانشی که این تشبّه را به همراه داشت و این معقولات را برای انسان فراهم آورد، تأمین‌کننده معرفت عقلی است؛ به عبارتی هر چه بیشتر معرفت عقلی پیدا کنیم و بیشتر

با آن صور و مثل مرتبط باشیم سعادت‌مان بیشتر خواهد بود؛ پس مراد از معرفت عقلی، ادراکات و مفاهیم کلی نیست؛ و به زبان فلسفی می‌توان گفت اگر عقل انسان به مرحله عقل مستفاد برسد و بتواند از صور مثالیه استفاده کند، در واقع به سعادت رسیده است.

پایه دیگر سعادت لذت حسی است. مراد افلاطون از لذت حسی، خیر است؛ زیرا وی لذت را با خیر مترادف می‌داند، کما این‌که الم را مترادف با شر می‌داند؛ مراد وی از لذت، آن است که درد، رنج و شری را به دنبال نداشته باشد؛ این لذت منشأ سعادت است. بنابراین غایت زندگی در دنیا سعادت‌مندی است که ارتباط با صور مثالیه و یادآوری امور فراموش شده و نیز به دست آوردن لذت حسی معقول را در بردارد؛ بنابراین لذت در نگاه افلاطون معادل خیر و آمیختگی لذت حسی و عقلی است، مثل آمیختگی آب و عسل است. همان غایت سعادت در قوانین نیز دنبال می‌شود. افلاطون در کتاب قوانین با توجه غایت زندگی که سعادت حسی و عقلی است. قانون را در همان چارچوب دنبال می‌کند (کاپلستون، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۸۷). در نگاه افلاطون قانون باید حول محور فضیلت انسان بچرخد و باید قانون اشاره به فضیلت داشته باشد و انسان را به سمت خیر اعلی راهنمایی کند افلاطون در باب هدف از وضع قوانین از زبان مهمان آتنی چنین می‌گوید «نه تنها قانونگذارانی که از رئوس الهی می‌گیرند بلکه همه قانونگذاران هنگام وضع قانون هدفی جز ولاترین فضیلت انسانی ندارند» (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۲۰۳۶). به بیانی اهداف قانون در مرحله ابتدایی بهره‌مندی از نعمت ها و در مرحله غایی فضیلت انسانی خواهد بود بنابراین قانون فرمان خرد به‌سوی کسب فضیلت خواهد بود.

۳. نقش دین در قانون

فیلسوفان کلاسیک به‌طور عمده متأثر از اندیشه‌های دینی هستند و قانون

را در نگاه طولی در بخش تکمیل‌کننده اخلاق برمی‌شمارند چنانکه ارسطو سیاست را ادامه اخلاق و قانون را ابزار سیاست در حقیقت تجلی اخلاق می‌داند (Kenight, 2007, p.9) افلاطون نیز قانون را در فضای دینی و الهی می‌داند و معتقد به کشف قانون است و واضح قانون را خدا می‌داند (احسانی، ۱۳۹۷، ص ۴۰) و از زبان مهمان آتنی یاد می‌کند که در آنجا افلاطون خدا را به‌عنوان پایه‌گذار قوانین شهر آتن ذکر می‌کند (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۲۸). در ابتدای کتاب نخست قوانین این‌گونه شروع می‌شود: مهمان آتنی: خدائی را پایه‌گذار قوانین شهر خود می‌دانید یا بشری را؟ کلینياس: خدایی را، دوست من، خدائی را در این تردید نیست (همان، ص ۲۹) تأکیدات افلاطون به دین که سعادت آدمی را تأمین می‌کند در آثار متعددی بیان گردیده و وضوح دارد تا حدّی که برتراند راسل در تاریخ فلسفه غرب بر این نظر است که افلاطون در آثار خود، زبان دینی دارد و او را تحت تأثیر آئین فیثاغوری می‌داند (Russell, 1947, p.141).

افلاطون در رساله قوانین، بهترین راه در قانونگذاری را در این می‌بیند که قوانین جامعه بتوانند جزء اعتقادات عمومی قرار گیرند چون دیگر کسی جرئت نمی‌کند اندیشه‌ای برخلاف آن در دل داشته باشد. به نظر افلاطون مدینه‌ای که افراد آن از چنین اعتقادی نسبت به قوانین برخوردار باشند، هرگز آسیبی نمی‌بینند. افلاطون با مثالی این موضوع را روشن‌تر می‌کند. هیچ‌کس به برادر و خواهر و پسر و دختر خود، هر قدر زیبا باشند به چشم شهوت نمی‌نگرد چون آن را گناه بزرگی می‌داند که خدایان از آن بیزارند. افلاطون این سیاق قانونگذاری را با طبیعت بشر همگون می‌داند (حتی هیچ جانوری با هم جنس خود آمیزش نمی‌کند) و از نظر افلاطون انطباق اعتقادات بشر با سرشت او، باعث وفاق همگانی می‌گردد و همین خصوصیت اعتقاد متعالی در سه طبقه ممتاز جامعه که به دستور قانون گردن می‌نهند، منعکس است (۱) مردان خداترس (۲) آنانی که به نام نیک

ارج می‌نهند (و نام نیک نزد او از فضیلت و عدالت نشأت می‌گیرد) (۳) کسانی که به زیبایی تن دل نمی‌بندند، بلکه در جست‌وجوی زیبایی روح‌اند (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۸۴۱-).

امتداد نگاه دینی افلاطون در حکمرانی و سیاست نیز قابل‌تعقیب است، چنانکه از زبان آتنی می‌گوید اگر زمام حکومت در جامعه به دست خدایی نباشد، بلکه انسان فانی بر آن فرمان براند، درد و رنج آن جامعه هرگز پایان نخواهد یافت (همان، ص ۲۰۱۳) با همین نگاه افلاطون حکومت‌هایی که در قانونگذاری هدفشان فضیلت انسان و حق نیست بلکه به دنبال قدرت و منافع اقویا هستند نه حکومت‌های آنان را واقعی می‌داند و نه قانون آن‌ها را حقیقی می‌پندارد. چون هدف آن‌ها سعادت همه‌جانبه نیست این‌ها حکومتشان درخور قانون‌گرایی نیست، بلکه اساسنامه احزاب هستند (همان، ص ۷۴۱).

۴. مؤلفه‌های ذاتی قانون

مؤلفه‌های ذاتی اوصافی هستند که بدون آن‌ها اساساً قانون تشکیل نمی‌شود که می‌توان به اوصافی مانند عدالت، معقولیت الزام‌آوری، عمومیت و ... اشاره کرد (راسخ، ۱۳۸۴، ص ۲۷). مؤلفه‌های عرضی بیانگر کارآمدی قانون است بدون آن‌ها قانون شکل می‌گیرد ولی کارآمد نخواهد بود که می‌توان به اوصافی مانند تزکیه جامعه از برداشت‌های غلط، مفید بودن اشاره کرد (همان، ص ۳۶). آنچه از آثار افلاطون اصطیاد می‌شود توجه به هر دو مؤلفه است که در کتاب قوانین بدان پرداخته شده. بر اساس همین مؤلفه‌ها است که قانونگذار در منظر افلاطون مانند تیراندازی است که باید تلاش کند تا اهداف قانون برآورده شود «به عقیده من، قانون درست تنها آن قانونی است که مانند تیراندازی ماهر، پیوسته به هدف خود، یعنی آن چیزی که بی‌واسطه و با خوبی جاودانه است، چشم دوخته باشد. (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۲۱۳۴). در این بخش به تبیین اوصاف ذاتی قانون خواهیم پرداخت.

۴-۱. عقلانیت قوانین

عقلانیت قوانین یکی از مؤلفه های مهم قانون از منظر افلاطون است. اصطلاح عقلانیت قوانین شامل قانون گذار عاقل و قوانین عقلانی است. عقلانیت در قانونگذار بدین معنا است که قانونگذاری در شان کسی است که بتواند به همه حقایق دسترسی داشته باشد و این در شان فیلسوف است چنانکه در بخش قبلی بیان شد از نظر افلاطون تنها فیلسوف است که می تواند کشور را به درستی اداره کند و تدوین قانون و قانونگذاری نیز باید توسط فیلسوف انجام پذیرد. در واقع از منظر افلاطون اینکه فیلسوفان به فرمانروایی شهر برسند، نه امری عجیب بلکه در پرتو شأن و جایگاه معرفتی فیلسوف و بهره مندی او از عقل کلی کاملاً موجه است؛ زیرا به تعبیر او انتخاب بین چنین فیلسوفی که می تواند صورت روشنی از حقیقت را ببیند و در هنگام عمل به سان نقاشان آن الگوهای حقیقی خیر، زیبایی و عدالت را سرمشق خود قرار دهد و کسانی که از این توانایی برخوردار نیستند به مثابه انتخاب بین فرد تیزبین و نابیناست که البته باید وظیفه فرمانروایی شهر را به چنین فرد تیزبینی سپرد (Plato. 1988, 484e)

عقلانیت قوانین بدین معنا است که قانون باید بر اساس داده های عقل بشری تنظیم شود و محتوای قانون باید عاری از توهمات و امور غیر عقلانی باشد و لازمه آن توجه به مصلحت عموم مردم است. افلاطون بر همین اساس محتوای قانون را وقتی عقلانی می داند که ناظر بر منفعت عمومی و مشترک تمام شهروندان باشد ما قوانینی که به خاطر آنچه مشترک برای تمام پیرهای کنونی و شهر است وضع نشده باشند قانون نمی دانیم. به عقیده ما قوانینی که فقط برای تأمین منافع گروهی خاص وضع می شوند درخور تمام قانون نیستند بلکه اساسنامه یک گروه یا حزب هستند و حقی که بر پایه آن گونه قوانین استوار باشد پوچ و بی محتواست. (Plato, 1988, p.715).

۴-۲. توجیه عقلانی در قانون

یکی از مؤلفه‌های مهم قانون، از نظر افلاطون توجیه عقلانی قانون است، به تعبیری در قانونگذاری باید توجیه عقلانی یا به‌عنوان مقدمه قانون و یا در نص قانون ذکر شود، زیرا زیست عقلانی رکن تربیت است و تا وقتی جامعه برای قانون توجیه عقلانی نداشته باشد نمی‌تواند به آن پایبندی نشان دهد و قانونگذار هم نباید فعلی را توصیه کند که از جنبه عقلانی توجیه نداشته باشد و این امر از ویژگی‌های ممتاز نظام قانونگذاری افلاطونی است که اقناع جامعه در زمینه قانون، جزء لوازم زیست قانونمند لحاظ شده است. افلاطون در راستای توجیه عقلانی و عقلانی بودن قانون دو امر را در نظام قانونی مدینه فاضله ضروری می‌داند: قانونگذاری درست و از سر بصیرت و حکمت، توجیه آن برای مردم

ایشان در تبیین دو امر ذکر شده از مثال پزشکی بهره می‌گیرد که دو نوع پزشک داریم، یک نوع پزشکان راستین هستند و نوع دیگر، دستیاران پزشک که آنان چه آزاد باشند و چه برده، صرفاً بر طبق دستور مخدومشان (پزشکان راستین) و از روی تجربه به معالجه بیماران می‌پردازند بدون اینکه مانند پزشکان راستین ماهیت هنر پزشکی را بشناسند. آن‌ها نه علت بیماری را می‌دانند و نه طالب اطلاعاتی در این امر هستند. فوراً بر حسب تجربه مثل فرمانروای مستبد، دارویی را تجویز می‌کنند چنانکه گویی بر همه اجزاء بیماری آشنا هستند.

اما پزشک راستین در هر مورد ابتدا تلاش می‌کند علت بیماری را بشناسد لذا از بیمار و اطرافیان اطلاعات کافی به دست می‌آورد که تا آنجا که میسر است علت بیماری را کشف کند و دلایل معالجه را برای بیمار تشریح کند، پیش از آنکه بیمار را به‌ضرورت خوردن دارو معتقد سازد، دارویی را تجویز نمی‌کند (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۷۲۰).

روش دیگر برای توجیه عقلانی مقدمه قانون است. باید هر قانون

مقدمه‌ای داشته باشد که در آن استدلال آن قانون نهفته باشد به نظر افلاطون فایده مقدمه قانون این است که کسی که قانون برای او وضع شده از لحاظ روحی برای پذیرفتن قانون آماده می‌شود (همان، ص ۷۲۳).

افلاطون برای نشان دادن ضرورت توجیه عقلانی، مثالی ملموس‌تر می‌زند و آن قانون مربوط به زناشویی است که یک مسیر آن است که در قانون بدون بیان دلایل عقلانی فقط قانون بیان گردد همانند این قانون «هرکس موظف است میان سی‌سالگی و سی‌وپنج‌سالگی زناشویی کند و هرکس از این دستور سربتابد باید جریمه دهد و یا از فلان حقوق اجتماعی محروم می‌گردد» در این‌گونه قانونگذاری الزام به قانون است ولی با التزام به قانون یعنی پذیرش عقلانی همراه نیست.

مسیر دوم آن است که فلسفه حکم قانونی در آن تبیین شود، یعنی در کنار تقریر قانون دلایل عقلانی آن نیز ذکر شود. افلاطون قانون زیر را با دلایل عقلانی توجیه‌پذیر این‌گونه بیان می‌کند. آدمی باید میان سی‌سالگی و سی‌وپنج‌سالگی تن به زناشویی دهد زیرا هر انسان احساس می‌کند که از ابدیت بهره‌ای دارد و اشتیاقی طبیعی به جاودان ماندن در نهاد هر آدمی نهفته است و کوشش مردمان برای اینکه شهرتی به دست آورند و مرگ نامشان را از صحنه روزگار نزداید، ناشی از همین اشتیاق است. نسل آدمی آن‌چنان بازمان پیوسته است که همواره همراه زمان پیش می‌رود، هر نسل، نسلی تازه به وجود می‌آورد و در نتیجه نسل آدمی پیوسته به یک حال می‌ماند و هرگز نابود نمی‌شود و هیچ‌کس حق ندارد این جاودانی را از خود سلب کند. آنکه تن به زناشویی و تولید نسل ندهد به جاودانی نسل بشر زبان می‌رساند از این‌رو هرکس به حکم قانون گردن به نهد از کیفر مصون خواهد ماند ولی آنکه سر از فرمان قانون بپیچد باید پس از گذشتن از سی‌وپنج‌سالگی، هر سال فلان مبلغ جریمه بپردازد (همان، ص ۷۲۱).

مبنای افلاطون در ضرورت توجیه عقلانی قوانین با سلوک عقلانی او در

کلیت نظام فلسفی همخوانی دارد. از نگاه ریچارد کراوت (Kraut) نتیجه توجیه عقلانی افلاطون این است که در ایجاد هماهنگی بین خواسته‌های فردی و نیاز جامعه اقدام مؤثری انجام داده و این گرایش در رساله قوانین بیشتر مشاهده می‌شود (Kraut, R, 1992).

افلاطون عدم توجّه حاکمان به تبیین عقلانی قوانین را از مشکلات امروز حکومت‌ها می‌بیند و این امر را مقایسه می‌کند با اینکه هر قطعه موسیقی، پیش‌درآمدی دارد که موسیقی‌دان با دقت و کوشش فراوان آن را تهیه می‌کند اما تاکنون هیچ‌کس در این اندیشه نبوده که برای قوانین با پیش‌درآمد، توجیه عقلانی قوانین را مهیا نماید (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۷۲۳).

۴-۳. قانون در مسیر عدالت

از نظر افلاطون مبنای مهم قانونگذاری عدالت است، عدالت را افلاطون به معنای تبعیت از قوانین کشور معنا می‌کند، قوانین باید به گونه‌ای طراحی شوند که خیر عمومی را تأمین کنند، اساس کتاب جمهوری افلاطون بر نحوه تحقق عدالت در مدینه فاضله است بنابراین طبیعی است که در قانونگذاری مبنا عدالت باشد و از نظر افلاطون عدالت توسط حاکمان خردمند چیزی جز خیر عمومی نیست چراکه مأموریت اصلی حکیم حاکم تربیت جامعه به نحو عادلانه و اداره آن بر اساس خیر عمومی است.

جرمی ولف از مفسرین افلاطون بر این نظر است که قانون از نظر افلاطون ابزار ضروری برای تحقق عدالت در جامعه است و به همین جهت است که افلاطون قوانین را بر مبنای اصول اخلاقی و فضائل طراحی می‌کند تا بتواند رفتار شهروندان را هدایت کند و عدالت را در جامعه برقرار سازد. به نظر ولف، از نظر افلاطون، قوانین باید باهدف تربیت «شهروندان عادل» هماهنگ باشند (Wolff, Plato's Republic).

الن بلوم مترجم جمهوری و مفسر آن نیز توضیح می‌دهد که افلاطون توجّه ویژه‌ای به قانون دارد و آن را ابزاری برای تربیت و هدایت انسان‌ها به سوی

عدالت و فضیلت می‌داند. از نظر بلوم، افلاطون قانون را صرفاً مجموعه‌ای از قوانین و مقررات نمی‌داند بلکه قوانین الگویی برای ایجاد نظم درونی در روح افراد و همچنین در جامعه است. به نظر بلوم، افلاطون، معتقد است قانون باید به نحوی باشد که نه تنها رفتار ظاهری افراد را اصلاح و هدایت کند بلکه زمینه‌ساز رشد و تعالی اخلاقی و روحی آن‌ها شود و به همین جهت تأکید افلاطون بر روی قانونگذاری فیلسوف است چون فلاسفه درک عمیقی از حقیقت و عدالت دارند. به نظر بلوم، افلاطون بین قوانین موجود و قوانین ایدئال در جمهوری تفاوت قائل است و افلاطون قوانین موجود را اغلب ناقص می‌داند که باید توسط فیلسوف حاکم اصلاح و تغییر یابد تا به کمال نزدیک شوند. به نظر بلوم افلاطون قوانین دولت‌های آن زمان را ناقص می‌داند چون با عدالت مطابقت ندارد و اکثر این قوانین برای حفظ منافع گروه‌ها و افراد خاص وضع شده و به دنبال عدالت واقعی نیست. به نظر بلوم، آموزش و پرورش و قانون باهم در جهت تربیت شهروندان عادل و اخلاقی عمل می‌کند (Bloom, A, 1968, The Republic of Plato Basic Books).

پروکلوس عدالت در حکومت افلاطونی را همانند عدالت در جهان می‌داند که هر چیز باید در جایگاه خود باشد و هیچ چیز نباید فراتر از طبیعت خود عمل کند و از نظر او عدالت یکی از محورهای اصلی محاورات افلاطونی به خصوص مرد سیاسی است که حاکم باید نظم اجتماعی را به گونه‌ای برقرار کند که تمامی افراد در جایگاه مناسب خود قرار گیرند (Proclus, Section, 72-75).

افلاطون محور اصلی مشروعیت حکیم حاکم را در مرد سیاسی در این امر می‌داند که او به دنبال انجام کارها بر اساس عدالت و خردمندی است و اگر چنین حاکمی عده‌ای را در جامعه تبعید کند یا برای کوچک ساختن شهری، عده‌ای را مهاجرت دهد و یا برای گسترش جمعیتی شهر، عده‌ای را از بیرون به کشور بیاورد، همه این امور وقتی موجه است که از روی عدالت صورت پذیرد. نتیجه‌گیری افلاطون این است که حکومت راستین ربطی به

ساختارهای صوری حکومت‌ها ندارد بلکه به عمل حکمرانی ربط دارد که از روی بصیرت و عدالت انجام شود (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۲۹۴). پروکلوس در کتاب خود نظر افلاطون را توجیه می‌کند که حاکم حقیقی همانند خدایان است که جهان را به‌سوی نظم هدایت می‌کند، او باید درک کاملی از زمان، فضا و هماهنگی داشته باشد (کایروس) پروکلوس، حاکم را کسی می‌داند که نظم کیهانی را درک کرده و حکومت را بر اساس نظم و اصول الهی سامان می‌دهد^۱ (Proclus, Book III, Chapter 21).

مری لوئیس گیل در مقاله خود معتقد است افلاطون در مرد سیاسی به نقد دموکراسی و حکومت غیر حکیمانه پرداخته و هشدار داده است که حکومت بدون حکمت منجر به هرج و مرج و بی‌عدالتی می‌شود، زیرا تنها حاکم فیلسوف است که می‌تواند قوانین را در راستای خیر عمومی اجرا کنند (Gill, pp.264-289).

تفاوت این دیدگاه با قانون در ادبیات سیاسی معاصر در این است که امروز قانون ابزار کنترل اجتماعی به جهت ایجاد نظم است اما در فلسفه افلاطون، قانون وسیله تحقق عدالت و فضیلت اجتماعی نیز هست (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۵۰۱).

۴-۴. سادگی قانون

مؤلفه دیگر قانون تدوین صحیح قانون‌عاری از هرگونه پیچیدگی است و باید قانون باید در قالبی از کلمات ریخته شود که به‌طور روشن و صریح بر مقصود قانونگذار دلالت کند. (انصاری، ۱۳۹۹، ص ۱۱۹). اصل سادگی و عدم ابهام در مرحله تقنین مورد اهتمام فیلسوفان حقوق است، انشا و مضامین قانون باید صریح باشد. بهترین نمونه برای نشان دادن یک قانون صریح، الواح دوازده‌گانه است که تمام اطفال رومی آن را فراگرفته و حفظ می‌کردند؛ ولی برعکس، قانون ژوستنین امپراتور روم، به‌قدری غیرصریح و

1. Proclus (1816), *Theology of Plato Book III*, Translated by Thomas Taylor, Prometheus Trust.

پیچیده بود که لازم شد آن را خلاصه نمایند. قوانین هرگز نباید لطیف و دقیق نوشته شود و قانون‌گذار نبوغ استدلالی و منطقی خود را در آن بکار برد؛ زیرا قوانین برای کسانی نوشته می‌شود که فهمشان کم است و فقط دلایل ساده و عادی را می‌توانند بفهمند. (منتسکیو، ۱۳۶۲، ص ۸۷۲) ساده‌نویسی و عاری از پیچیدگی در اندیشه افلاطون نیز جریان دارد چنانکه افلاطون تصریح می‌کند قوانین باید ساده و بدون پیچیدگی باشند افلاطون می‌گوید قصد ما تولید قوانین مفصل و دشوار نیست گرچه این وضع در کشورها رایج است ولی ما به دستوره‌های ساده اکتفا می‌کنیم (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۴۲۳).

۴-۵. عدم تورم قوانین

یکی دیگر از مؤلفه‌های قانونگذاری پرهیز از کثرت قوانین و قانونگذاری است که لازمه آن محدود کردن قوانین در موضوعان مختلف است، در ادبیات قانونگذاری از کثرت قوانین به با عنوان «تورم قوانین» یاد می‌شود. تورم قوانین از نظر افلاطون محل شخصیت افراد و نامناسب برای جامعه بوده و خود آشفستگی در جامعه ایجاد می‌کند که نتیجه آن با نداشتن قانون یکی است (همان، ص ۴۲۷).

افلاطون تورم قوانین را در دو بخش محدودیت قوانین و عدم قانونگذاری در همه امور است. چنانکه در کتاب قوانین می‌نویسد قانونگذاری به معنای راستین، به معنای گنجاندن همه آن‌ها در قالب قانون نیست و این کار میسر هم نیست (همان، ص ۷۱۸).

افلاطون حفظ سنت‌های جامعه را امر لازمی می‌داند اما قانونگذاری در آن حوزه را غلط دانسته است حتی در سنت‌هایی که در آن رعایت قواعد اهمیت پیدا می‌کند. مثلاً افلاطون معتقد است بازی‌های پسران از اوان کودکی باید تحت قواعدی غیر از قانون باید درآید در غیر این صورت در بزرگسالی قوانین را محترم نمی‌شمارند و زمانی که کودکان در بازی‌ها به نظم خو کنند و بعد از راه موسیقی در درون آن‌ها جا گیرد، در سراسر زندگی این قانون

همراه آنان است و سبب می‌شود که آشفتگی و بی‌سروسامانی از جامعه رخت بر بندد. انتظام این‌گونه امور شامل احترام به والدین، نحوه پوشیدن لباس، آرایش ظاهری ضوابط موی سر و... است اما افلاطون می‌گوید قانونگذاری در این‌گونه مسائل دور از خرد است! چون اولاً بیان این نکات به یاری کلمات و جمله میسر نیست تا بتوانیم تکلیف آن‌ها را با وضع قانون معین کنیم. ثانیاً اگر هم قانونی در این باره وضع کنیم دوامی نخواهد داشت (همان، ص ۴۲۵).

۵. مؤلفه‌های عرضی قانون

چنانکه گذشت مؤلفه‌های عرضی بیانگر کارآمدی قانون است که بدون آن‌ها قانون شکل می‌گیرد ولی کارآمد نخواهد بود که می‌توان به اوصافی مانند: تزکیه جامعه از برداشت‌های غلط، الزام به آموزش قانون و مفید بودن اشاره کرد (راسخ، ۱۳۸۴، ص ۳۶) در این بخش به تعدادی از مؤلفه‌های عرضی قانون از منظر افلاطون خواهیم پرداخت.

۵.۱. تزکیه جامعه از برداشت‌های غلط

یکی از مؤلفه‌های عرضی قانون تزکیه جامعه از برداشت‌های غلط است از نظر افلاطون بحث قانونگذاری در جامعه‌ای قابل تحقق است که چند ویژگی داشته باشد: (۱) جامعه آزاد باشد یعنی در حکومت‌های دیکتاتوری بحث قانون مضحک است. (۲) جامعه با خود هماهنگ باشد، به نظر این فیلسوف جامعه‌ای که دچار هرج و مرج است نظیر دموکراسی‌های آن زمان و یا دچار شکاف‌های اجتماعی است که زمینه و بستر قانونگذاری در آن وجود ندارد نمی‌توان بحث جدّه در باب قانونگذاری داشت. (۳) جامعه روشن بین باشد، یعنی جامعه‌ای که هدفی کمالی ندارد و یا سعایت‌پیشه نیست بلکه بر اساس امیال حرکت می‌کند، قانونگذاری وجه صحیح پیدا نمی‌کند؛ چون مستمراً در حال تغییر به حسب امیال و هوس‌ها است و ذات قانون اقتضاء ثبات می‌کند. در نگاه افلاطون تحقق قانونگذاری در بستر آلوده ممکن نیست

و ابتدا باید پذیرش و باورمندی به قانون در میان مردم شکل بگیرد. زیرا ایجاد مدینه فاضله از نقطه صفر ممکن نیست یعنی جوامع غالباً با زیست اجتماعی نادرست وجود دارند و به نحوی در حال «شدن» هستند، از نظر افلاطون ابتدا باید روح جمعی جامعه از برداشت‌های غلط گذشته پاک گردد تا زمینه برای زیست قانونمند را پیدا کند چون از نظر او، فیلسوف در زمین نامساعد بذر تفکر صحیح را نمی‌کارد و اگر چنین کند، به کثری نهال‌ها رشد می‌نماید. بنابراین قبل از اینکه جامعه بر اساس قانون اداره شود باید روح جامعه به نوعی ترکیه برسد؛ یعنی فیلسوف، نخست روح جامعه و روح یکایک آدمیان را چون لوحی می‌شوید و پاک می‌کند و البته این کار آسان نیست.

افلاطون می‌گوید، چنانکه می‌دانی نخستین فرق اینان (فلاسفه) با دیگر قانونگذاران همین است که اینان اگر فرد یا جامعه‌ای چون لوحی پاک به دستشان سپرده نشود، یا خود نخست آن را پاک نسازند، دست به هیچ کاری نمی‌زنند و هیچ قانونی وضع نمی‌کنند (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۵۰۱) چون افلاطون برخی از سنت‌های جامعه را با کثری همراه می‌داند که سופسطائیان با کمک شاعران آن‌ها را در جامعه رایج نموده‌اند تا گاه به مقاصد سیاسی خود از این طریق مدد رسانند و لذا اصلاح این سنن را ضروری می‌دانند.

در واقع افلاطون وضع قانون در جامعه‌ای که استبداد در آن حاکم است یا دچار به‌هم‌ریختگی فکری و عدم انسجام است (نظیر تلقی وی از دموکراسی) و یا از مسیر بصیرت خارج است نظیر جوامعی که تحت حکومت‌های مونارشی یا الیگارشی اداره می‌شوند مفید نمی‌داند. افلاطون در نامه هفتم می‌گوید در کشوری که استبداد حاکم باشد، نه حاکم نیکبخت است و نه زیردستان و نه اعقاب و اخلاف آنان. حکومت فرد یک نتیجه دارد و آن تباهی و زوال است لذا فقط مردمان فرومایه و نادان از استبداد جانب‌داری می‌کنند (همان، ج ۳، ص ۳۲۴).

افلاطون در نامه هفتم وقتی از سفر به ایتالیا و سیسیل سخن می‌گوید و زندگی مردم و فرمانروایان آنجا را توأم با فساد در جامعه معرفی می‌کند می‌گوید، چنان جامعه‌ای گاه در زیر پای سلاطین خودرأی و زورگو و گاه در جنگال ملاکین بزرگ و زمانی در زیر لگد توده بی‌سروپا به خود خواهد پیچید و همواره دچار تشنج و گرفتاری و آشفتگی خواهد بود؛ و زمامداران آنان نمی‌خواهند حتی نامی از قانون اساسی بشنوند که آزادی را از طریق تعمیم قانون برقرار سازند و برابری مردمان را در برابر قانون تضمین کنند (همان، ص ۳۲۶).

۵.۲. الزام به آموزش قانون

جامعه در نگاه افلاطون وقتی می‌تواند به سمت جامعه مدنی حرکت کند که آموختن قانون به‌عنوان یک امر ضروری و لازم در جامعه شمرده شود مرحله آن را بعد از دوره آموزش برای جوانان می‌داند «چون دوران آموزش به پایان می‌رسد و جوانان محضر آموزگار را ترک می‌گویند دولت آنان را مجبور می‌سازد که قوانین را فراگیرند و مطابق آن‌ها زندگی کنند تا خودسر و لگام‌گسیخته نگردند و از هوی و هوس پیروی ننمایند. همچنان که آموزگار زبان حرفه‌ای الفبا را بر لوحی می‌نویسد و نوآموزان را بر آن می‌دارد که از روی نوشته‌ی او مشق و تمرین کنند، دولت نیز دستورها و قانون‌هایی را که زاده‌ی اندیشه قانونگذاران بزرگ است در دسترس آنان می‌گذارد و به آنان فرمان می‌دهد که در گفتار و کردار تابع آن‌ها باشند و در فرمانروائی و فرمان‌برداری از آن‌ها پیروی کنند. اگر کسی از آن قوانین سر بتابد او را به کیفر می‌رسانند و چون مراد از کیفر بیدار ساختن گناهکاران است هم در شهر شما و هم در جاهای دیگر آن را «تنبیه» می‌نامند» (همان، ج ۱، ص ۱۲).

۵.۳. التزام حاکمان به قانون

افلاطون التزام حاکمان به قانونمند زیستن را از اهم امور می‌داند

و بیان می‌دارد که مهم‌ترین وظیفه حزب حاکم در آن است که بیش از شکست‌خوردگان، مطیع و خدمتگزار قانون باشد و صلح و آرامش در جامعه در ذیل زیست قانونمند رخ می‌دهد که حاکمان بیش از دیگران باید ملتزم به آن باشند.

۵-۴. صلح و آرامش در جامعه

مبنای دیگر قانونگذاری وضعیت صلح و آرامش در جامعه باشد نه جنگ خارجی و یا داخلی، چون زیست اجتماعی خوب در شرایط صلحی است که هیچ‌کدام از اقسام جنگ، جامعه را درگیر نکرده باشد و جنگ داخلی را باید با شیوه سازش و رفق بین افراد جامعه حل کرد و جنگ داخلی بدترین نوع درگیری جامعه است اما راه‌حل آن نظامات حقوقی نیست بلکه سازش است و همین امر کلید مقابله با دشمن خارجی است، یعنی وحدت جامعه، اصل تعیین‌کننده در مقاومت در برابر دشمن خارجی است. باید توجه داشت که صرف زیست قانونمند جامعه را به عدالت و سعادت نمی‌رساند چون آحاد مردم با شرایط خاص خود زندگی می‌کنند و همه حالات آنان را در قانونگذاری نمی‌توان مدنظر قرارداد لذا فرمانروای حکیم یا رهبر جامعه وظیفه مهم‌تری دارد که متناسب با شرایط افراد در برخی ضوابط تغییر ایجاد کند. در واقع در تفکر افلاطون، قانون شرط لازم برای اداره خوب مدینه است اما شرط کافی نیست.

۵-۵. تکامل تدریجی قوانین

قانون حقوق از عوامل مختلفی تأثیرپذیرند که در این میان می‌توان به نقش زمان امکان در تکامل قواعد حقوقی اشاره کرد. یکی از جامعه‌شناسان حقوقی در این باره می‌نویسد محرک و عامل تغییر، ممکن است سرچشمه‌های گوناگونی داشته باشد و از جاهای مختلفی نشئت بگیرد. ممکن است از تغییر تدریجی و آرام هنجارها و الگوهای رفتار جمعی و پیدایش یک گفتگو

و مکالمه پیش‌رونده میان واقعیات زندگی و حقوق ناشی شود... یا ممکن است ناشی از یک حادثه ناگهانی ملی باشد؛ مثل شرایط بحرانی جنگی که توزیع بهتر و درست‌تر منابع ملی میان اعضای جامعه لازم می‌آید. یا ممکن است در اثر برنامه‌ریزی و دوراندیشی گروه‌های فشار باشد به نحوی که کم‌کم افکار عمومی خواستار قانون جدیدی شوند، یا نتیجه نا عدالتی‌ها یا ناهماهنگی‌های موجود در قوانین باشد. همچنین ممکن است در اثر تغییر و تحولات علمی و دستاوردهای نوین در عرصه‌های فنی و فناورانه‌ای، همچون روش‌های جدید کشف جرائم و تعقیب مجرمان باشد. حقوق به روش‌های مختلف، واکنش نشان می‌دهد. سرعت و شدت واکنش، بستگی به فشار وارد آمده و همچنین ساختار کلی نظام حقوقی دارد. البته شرایط، اوضاع و احوال خارجی و نیز افراد، ممکن است بر این سرعت بیفزایند یا از آن بکاهند (Friedmann, 1972, p.44) افلاطون بر این باور است که باید گذر زمان شرایط زیستی مردمان را در تدوین قانون و در تکامل قانون ملاحظه کرد گاهی ماده قانونی دارای کارآمدی نیست و باید تغییر پیدا کند.

افلاطون در کتاب ششم قوانین، پس از اینکه نحوه انتخاب مدیران کشور را شرح داد، در باب ازدواج جوانان سازوکارهایی طراحی کرده و می‌گوید رهبران «کر» ها و پاسداران قانون که وظیفه قانونگذاری را نیز بر عهده دارند، باید تلاش کنند هنگام قانونگذاری اموری که از نظر پنهان مانده دریابند و بدیهی است کسی که نخستین قانونی وضع می‌کند، از بسیاری از جزئیات غافل است و جانشینان قانونگذاران برحسب تجربه هر ساله باید تغییراتی ضروری را در قوانین بدهند تا قانون از هر حیث رسا و کامل شود. زمان این‌گونه تجدیدنظرها را افلاطون ده سال می‌داند که پس از آن هیچ تغییری در قوانین نباید رخ دهد و البته بعد از ده سال تغییر را سخت کرده است یعنی اگر تغییر ضروری بود باید همه ماموران دولت و افراد جامعه با یکدیگر به شور پردازند و نظر سخنگویان همه پرستشگاه‌ها را نیز جویا شوند، اگر به اتفاق آراء تغییر قانون را لازم دیدند، انجام

گیرد (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۷۷۲).

افلاطون در جای دیگر نیز به موضوع تغییر قوانین پرداخته و بیان می‌دارد که در آغاز کار قوانین باید تا حدّ امکان دقیق و کامل صورت پذیرد بعد از اجرا، نواقص فراوانی عیان می‌گردد که باید رفع شود (همان، ص ۷۶۹). نکته مهم این است که افلاطون عدم توجّه به تغییرات ضروری را عامل زوال حکومت می‌داند (همان) اما مطلب اساسی دیگری را که متذکّر می‌شود این است که خود تغییر قوانین باید تابع ضابطه روشنی باشد و آن این است که در این تغییرات هیچ‌گاه قابلیت‌هایی که برای انسان‌ها ضروری است کسب کنند تحت هیچ شرایطی حتی نابودی جامعه و جلای وطن نباید مانع آن شوند که نتیجه عدم رعایت این قاعده، اشاعه سفلیگی و زبون ساختن آدمیان است (همان، ص ۷۷۰-۷۷۱).

۶. اهداف قانون

بخش دیگر از منظومه فکری افلاطون در بخش اهداف قانون است، چنانکه گذشت افلاطون قانون را در خدمت اخلاق و در راستای تأمین سعادت می‌داند در این بخش به بررسی اهداف قانون از منظر افلاطون خواهیم پرداخت

۶-۱. زندگی سعادت‌مندان

هدف قانونگذاری باید حرکت افراد در جامعه به سوی زیستی سعادت‌مندانانه باشد، یعنی هدف از قانونگذاری ایجاد یک حرکت تکاملی در فرد و جامعه است و این میسر نیست جز اینکه نگاهی خدایی در قانونگذاری حاکم باشد که هم افراد تشبه به خدا یابند و هم جامعه بستر مناسب این حرکت را فراهم کند. البته نتیجه این نگاه این است که مبنای قانونگذاری در اصل، سعادت جامعه باشد نه اینکه سعادت یک گروه و طبقه مراد گردد. در این صورت است که همه آحاد جامعه در یک سیر تکاملی قرار می‌گیرند. لذا افلاطون را می‌توان جزء فلاسفه‌ای دانست که هم برای فرد اصالت قائل

است و هم برای جامعه و این دو را در طول هم می‌بیند. افلاطون در رساله جمهوری دوست‌گرامی باز فراموش کردی که مقصود از قانون صحیح آن نیست که طبقه‌ای خاص نیکبخت شوند، بلکه این است که تمام جامعه از سعادت بهره‌مند گردند. از این رو چنین قانونی می‌کوشد همه افراد جامعه را گاه از راه آموزش و گاه بازور و اجبار باهم یگانه سازد تا همه طبقات در حدّ توانایی خود در کار تکمیل جامعه مشارکت جویند؟ (همان، ج ۲، ص ۵۲۰).

البته افلاطون این نظریه را در سایر رسایل نیز مطرح کرده است که هدف اصلی در قانونگذاری باید سعادت جامعه باشد. اما این سؤال مطرح است که آیا در نظریه افلاطون، جامعه اصالت دارد و فرد جنبه فرعی دارد؟

این خود بحث مجزایی می‌طلبد و ما را از بحث فلسفه قانونگذاری دور می‌کند اما اجمالاً افلاطون در نظام فلسفی خود برای سعادت فرد اصالت قائل است و این همه ضوابط آموزشی برای آن است که فرد رشد پیدا کند؛ و این امر اختصاص به صرف طبقه حاکمان ندارد. لکن برخی آموزش‌ها مشترک است و برخی برحسب کار صنوف، مختلف می‌شود اما جامعه نیز اصالتی از وجه دیگر دارد؛ یعنی در تفکر افلاطونی ضرورتی ندارد که یکی از این دو اصیل باشند. فرد با جامعه رابطه مکمل دارند. از نظر افلاطون جامعه مطلوب از انسان‌های تربیت‌شده حاصل می‌شود و تربیت انسان نیز در هر جامعه‌ای میسر نیست؛ و جامعه معدّ رشد فضائل افراد است.

۶-۲. عدالت در جامعه

افلاطون، فیلسوف بزرگ یونانی، نقش‌های اساسی برای عدالت در اندیشه خود قائل است. وی بر این باور است که عدالت در دو سطح اهمیت دارد: نخست، نقش آن در مقام تقنین است که در این حوزه، عدالت یکی از مؤلفه‌های ذاتی قانون محسوب می‌شود؛ و دوم، نقش غایتی است که هدف قانونگذاری، رسیدن به آن است؛ بنابراین، در نگاه افلاطون، عدالت هم در ساختن قانون و هم در هدف نهایی آن، جایگاهی بنیادی دارد.

افلاطون عدالت را شاخص مهم جامعه مدنی دانسته و یکی از روش‌های تحقق عدالت را قانونگذاری می‌داند. ایشان، فیلسوفان کلاسیک شناخته می‌شوند که ویژگی اصلی آن‌ها، تمرکز بر سعادت‌گرایی است؛ زیرا تلاش دارند جامعه و فرد را به سمت سعادت هدایت کنند. بر این اساس، فلسفه سیاسی کلاسیک را می‌توان فیلسوفان فضیلت نامید. در دیدگاه افلاطون، فضیلت عدالت، محور اصلی است؛ او جامعه آرمانی خود را، جامعه‌ای می‌داند که در آن چهار فضیلت اصلی (Arete) وجود دارد: دانایی، شجاعت، خویشتن‌داری و عدالت (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۱۰۱۸).

از دیدگاه وی، اگر عدالت در جامعه‌ای محقق شود، زمینه‌ساز تحقق دیگر فضیلت‌ها خواهد بود؛ چون تا وقتی عدالت برپاست، سه فضیلت دیگر نیز در آن جامعه استقرار می‌یابند (واعظی، ۱۳۹۵، ص ۱۰).

افلاطون معتقد است که عدالت تطابق بانظم طبیعی است؛ به این معنا که هر طبقه اجتماعی باید در حوزه مأموریت و کاری قرار گیرد که استعداد ذاتی آن است، یعنی سپاهیان در کار جنگ، پیشه‌وران و کشاورزان در عرصه تولید فعالیت می‌کنند. چنین جامعه‌ای، جامعه‌ای عادلانه خواهد بود (همو، ۱۳۹۹، ص ۸۸).

نقش قانون در این چارچوب، تنظیم مقررات و قوانین است که می‌تواند عدالت را محقق سازد. تأکید افلاطون بر تحقق عدالت در این است که نظام الهی بر پایه عدالت بناشده و جامعه ایدئال باید مشابه این نظام باشد تا عدالت در آن جاری گردد؛ بنابراین، برای فعال‌سازی قابلیت‌ها و استعدادهای طبیعی انسان‌ها، باید قانونگذاری بر اساس نظم طبیعی صورت گیرد و به آن احترام گذاشته شود.

۳-۶. نظم و انسجام در جامعه

نظم و انسجام در جامعه که امروز تحت عنوان وحدت اجتماعی مطرح است، از موضوعات مهم نظامت قانونگذاری افلاطونی است چون از نظر او

هنر سیاست نوعی بافندگی است بین گروه‌ها با منافع متضاد. هنر قانونگذاری آن است که بتواند با ایجاد تعادل و عدالت این انسجام اجتماعی را ایجاد کند لذا آن قانونگذاری را موفق می‌داند که تمام جامعه را به صورت واحدی کامل درآورد

۶-۴. ترویج فضایل اخلاقی و تربیت شهروندان

مقصود افلاطون از قانون، اصول و قواعدی است که باید جامعه را هدایت کند و از ایجاد بی‌عدالتی جلوگیری نماید. لذا قانون در نظر او، بر اساس اصول عدالت و خیر عمومی وضع می‌شود و هدف قانون، ترویج فضائل اخلاقی و تربیت شهروندان و ایجاد نظم اجتماعی و عدالت است و به همین جهت صرفاً حکیم که دانش عمیق و فهمی درست از حقیقت دارد می‌تواند واضع قوانین باشد. برنشتاین (Bernstein) در مقاله قانون افلاطون تبیین دقیقی دارد که افلاطون به دنبال تحقق عدالت، قوانین را به گونه‌ای طراحی می‌کند که خیر عمومی و فضائل اخلاقی را هدف خود قرار دهند. برنشتاین تحقق عدالت و نظم اجتماعی را ارکان قانونگذاری افلاطون می‌داند.

افلاطون قانونگذاری را وقتی عامل سعادت جامعه می‌داند که به‌جای خردنگرش، کلان‌نگری مبنا باشد؛ یعنی تمام فضائل مدنظر قرار گیرد و این امر به نحوی تأسی از نظریه عدالت وی است که داشتن تعادل چه در قلمرو خرد و چه جامعه جنبه رکنیت دارد. او در رساله قوانین متذکر است که خداوند هنگام وضع قوانین تنها جزئی از فضائل انسانی را در نظر نداشت بلکه تمام فضائل بشری منظور او است، لذا در قوانین مدینه نیز باید اجزاء مختلف فضائل انسانی مدنظر باشد (لطفی و کاویانی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۶۳۱). افلاطون در جای دیگر وقتی در محاوره، اظهار شده که راه درست آن است که در قانونگذاری مبنا را شرایط جنگی قرار دهیم، افلاطون این نظر را رد می‌کند و می‌گوید در آن صورت همه قوانین تنها به یکی از فضائل انسانی توجه کرده و از سه فضیلت دیگر غافل مانده حال آنکه منطق قانونگذاری باید توجه به هر چهار

فضیلت باشد و ضمناً در مقام رتبی افضل آن فضائل خردمندی و روشن بینی است که توأم با آرزوهای خردمندانه باشد (همان، ص ۶۸۸).

۶-۵. استفاده از نعمت‌های الهی

یکی دیگر از اهداف قانون در نگاه افلاطون تحقق بسترهای مناسب برای بهره‌وری از نعمت الهی و بشری است. افلاطون نعمت‌ها را دو گونه می‌داند، نعمت‌های بشری و نعمت‌های خدایی. ولی نعمت‌های بشری فرع بر نعمت‌های خدایی هستند، لذا اگر جامعه‌ای بتواند نعمت‌های خدایی را که نعمت‌های بزرگ‌تری هستند به چنگ آورد، از نعمت‌های کوچک‌تر نیز برخوردار می‌شود و گرنه از هر دو بی‌بهره می‌ماند. (همان) او نعمت‌های کوچک‌تر را به ترتیب تندرستی، زیبایی، نیروی پویایی و دیگر حرکات بدنی و ثروت برمی‌شمرد ولی معتقد است ثروت کور نیست، بلکه چشمانی تیزبین دارد اگر از خرد پیروی کند که این تذکر افلاطون حساسیت او در مورد ثروت را نشان می‌دهد.

افلاطون در بعد نعمت‌های خدایی، نخستین و مهم‌ترین نعمت الهی را خرد آدمی می‌داند و بعد خویش‌داری و تعادل روح چون این دو نعمت با شجاعت درآمیزند، نعمت سوّم یعنی عدالت پدید می‌آید و در مرتبه چهارم شجاعت است. از نظر افلاطون همه این نعمت‌های الهی طبیعتاً پیشرو نعمت‌های بشری هستند. لذا قانونگذار باید آن‌ها را بر نعمت‌های بشری مقدم بدارد. افلاطون تأکید دارد که غایت نعمت‌های بشری نعمت‌های خدایی است و این هدف با قانونگذاری به دست می‌آید.

نتیجه

قانون در دیدگاه افلاطون، از منظر ماهوی در چهارچوب نظریه اخلاقی شکل می‌گیرد و از جهت شکلی، در قالب فرمان‌ها، تصمیم‌ها و دستورات اجتماعی ظاهر می‌شود. می‌توان گفت قانون، فرمان خرد به سوی کسب

فضیلت است. ارکان قانون در نگرش افلاطون در دو بخش قرار می‌گیرد: مؤلفه‌های ذاتی و عرضی.

مؤلفه‌های ذاتی قانون شامل ویژگی‌هایی هستند که بدون آن‌ها، قانون اساساً شکل نمی‌گیرد. یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های فلسفه قانونگذاری افلاطون، تبیین عقلانی قوانین در جامعه است. هدف از این تبیین، شناخت و توسعه جامعه در پناه زیست قانونی است، به طوری که در نظام فلسفی او، سعادت افراد جامعه تنها در پرتو سلوک عقلانی تحقق می‌یابد.

مؤلفه دیگر در قانونگذاری، تقویت عدالت است. عدالت محور اصلی نظام قانونگذاری افلاطون است و در این حوزه، او تا حدی جزء فلاسفه مساوات‌گرا قرار می‌گیرد. مسئله ثبات و تغییر قوانین نیز از موضوعاتی است که افلاطون برای هر دو وجه آن، تدابیری اندیشیده است.

نکته مهم در نظام قانونگذاری افلاطون این است که این ساختار کاملاً هماهنگ با نظام هستی‌شناسی و معرفت‌شناسی او است. یکی دیگر از مؤلفه‌های قانونگذاری، پرهیز از کثرت قوانین و محدود کردن آن‌ها در موضوعات مختلف است، چراکه این محدودیت، به جلوگیری از پراکندگی و افزایش اثربخشی قوانین کمک می‌کند.

مؤلفه‌های عرضی در قانون، نشانگر کارآمدی آن است. بدون این مؤلفه‌ها، قانون شکل می‌گیرد اما اثربخشی نخواهد داشت. یکی از این مؤلفه‌ها، «ترکیه جامعه» است، که به معنای پاک‌سازی روح جمعی از برداشت‌های نادرست گذشته است تا زمینه برای زیستن قانونمند فراهم شود. مؤلفه دیگر، «آموزش قانون» است؛ یعنی جامعه زمانی می‌تواند به سمت توسعه و بلوغ مدنی حرکت کند که آموزش قانون به‌عنوان امر ضروری و لازم مورد توجه قرار گیرد. مبنای دیگری که در قانونگذاری جای دارد، وضعیت صلح و آرامش در جامعه است؛ زیرا زیست اجتماعی مطلوب در شرایط صلح است، جایی که هیچ نوع جنگ داخلی یا خارجی جامعه را تهدید نکند.

اهداف قانون بخش دیگری از منظومه فکری افلاطون، مطرح است. افلاطون قانون را در خدمت اخلاق و در راستای تأمین سعادت می‌داند. در نگاه او، اهداف قانون شامل مواردی مانند زندگی سعادت‌مندانه، ترویج عدالت، پرورش فضائل اخلاقی، تربیت شهروندان و بهره‌مندی از نعمت‌های الهی است.

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.

تضاد منافع

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

منابع

- ابدالی، مهرزاد؛ فلسفه حقوق و نظریه های حقوقی؛ تهران: مجد، ۱۳۸۸.
- احسانی، رضا؛ مفهوم قانون در فقه امامیه و مکتب اثبات گرایی؛ تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۷.
- انصاری، باقر؛ اصول و فنون قانون قانونگذاری؛ تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۹.
- راسخ، محمد؛ بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری؛ تهران: مرکز پژوهش های مجلس، ۱۳۸۴.
- کاپلستون، فردریک چارلز؛ تاریخ فلسفه: یونان و روم؛ ترجمه سیدجلال الدین مجتبی؛ ج ۱، تهران: سروش، ۱۴۰۲.
- لطفی، محمدحسن و رضا کاویانی؛ مجموعه آثار افلاطون؛ ج ۱، چ ۳، تهران: خوارزمی، ۱۳۹۸.
- منتسکیو، شارل لوئی دوسکوندن؛ روح القوانین؛ ترجمه علی اکبر مهتدی؛ چ ۸، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۲.
- واعظی، احمد؛ زبان فقه و حقوق؛ قم: مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۹۹.
- هارت، هریت؛ مفهوم قانون؛ ترجمه محمد راسخ؛ تهران: نشر نی، ۱۳۹۸.
- Bernstein, D (2022), *The Cambridge Companion to Plato Edited by Richard Kraut and David Ebrey*, Cambridge University Press
- PROCLUS: Commentary on Plato's Timaeus, vol III - Book 3, *part Proclus on the World's Body*. 2007 Publisher: Cambridge University Press
- Brennan, J (2016), *Against Democracy* Princeton University Press.
- Proclus (1816), *Theology of Plato Book III*, Translated by Thomas Taylor, Prometheus Trust.
- Gill, M. L (1996), *Political Expertise in Plato's Stateman Phronesis*, Vol. 41, No. 3, 1996.
- Plato *The Republic* Paperback – February 15, 2021
- Thomas L. Pangle. *Laws by Plato* 1988 University of Chicago Press Aristotle. *Politics*. p9
- Kraut, R (1992), *The Cambridge Companion to Plato* Cambridge University Press.
- Bloom, A (1968), *The Republic of Plato* Basic Books
- Proclus, (1897) in *Platonism Politicum Commentoria* B. G. Teubner Press. Plotinus (1991), *The Enneads*, Translated by Stephen Mackenna, 4th edition Penguin Classics.
- Friedmann, W. *Law in a changing society*, Stevens and sons, London, second Edition, 1972.



A Critique of the Absolute Forfeiture of Blood for Perpetrators of Capital Hudud Crimes (Critique of Clause (a) of Article 302 of the 2013 Islamic Penal Code)

Ahmad Hajdehabadi* (Corresponding Author)
 Professor, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran.
 Email: adehabadi@ut.ac.ir



Citation Hajdehabadi, A. (2025). A Critique of the Absolute Forfeiture of Blood for Perpetrators of Capital Hudud Crimes(Critique of Clause (a) of Article 302 of the 2013 Islamic Penal Code). [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (87): 37-72
 [10.22034/ilaw.2024.2026727.3417](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2026727.3417)

Received: 17 April 2024 , Accepted: 18 June 2024

Abstract

Retaliation (Qisas) and blood money (Diya) are not applicable in every instance of intentional murder; rather, specific conditions must be met, one of which is that the victim must be "protected of blood" (Mahqun al-Dam). Consequently, killing an individual categorized as Mahdur al-Dam (one whose blood is forfeit) entails neither Qisas nor Diya. The status of Mahdur al-Dam is divided into two types: absolute and relative. The blood of an "absolute" Mahdur al-Dam is forfeit to everyone, whereas the blood of a "relative" one is forfeit only to specific individuals. The majority of jurists consider perpetrators of Hudud crimes punishable by death to be absolutely Mahdur al-Dam, and Clause (a) of Article 302 of the 2013 Islamic Penal Code (IPC) was drafted in accordance with this juristic opinion. While the majority of jurists take this matter as a given—offering few specific proofs beyond consensus and the narration of Sa'id ibn al-Musayyib—several arguments can be constructed in support of this view, such as the "Narration of Abi Ubaidah," the "Der'a Rule," and the principle that the ruling of death is a direct consequence of the act itself. However, this stance appears incorrect, and one should align with those jurists who believe such individuals are forfeit of blood only relative to the Imam and the State. This study argues that this exemption should only apply to a "convict sentenced to Hudud" rather than a mere "perpetrator," and only to a killer who intended to implement divine law.

Keywords

Mahdur al-Dam, Mahqun al-Dam, Absolute Forfeiture of Blood, Relative Forfeiture of Blood, Criteria for Retaliation.



Extended Abstract

1. Introduction

In Islamic criminal jurisprudence and the legal framework of the Islamic Republic of Iran, the application of retaliation (Qisas) and blood money (Diya) is predicated on the victim being “protected of blood” (Mahqun al-Dam). Conversely, the killing of an individual classified as Mahdur al-Dam (one whose blood is forfeit) does not result in these legal penalties. This status is traditionally divided into two categories: “absolute” (Mutlaq), where the individual’s blood is forfeit to all members of society, and “relative” (Nasbi), where the forfeiture applies only to specific entities, such as the state or a specific claimant.

Article 302, Clause (a) of the 2013 Islamic Penal Code (IPC) reflects the majority juristic opinion (Mashhur), stating that perpetrators of Hudud crimes punishable by death—such as aggravated adultery, rebellion, or recidivist Hudud offenses—are considered absolutely Mahdur al-Dam,. This legal provision implies that any individual may kill such a perpetrator with impunity, regardless of whether a judicial sentence has been passed or whether the killer intended to uphold divine law. This article critiques this absolute classification, arguing that it conflicts with broader Islamic principles of justice and procedural order.

2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical methodology to evaluate the jurisprudential foundations of Article 302 of the IPC. The research involves a comparative analysis of primary Islamic sources, including the Quran and Hadith, and the interpretive works of classical and contemporary Shiite jurists,. It contrasts the majority view with dissenting opinions from scholars such as Ayatollah Khomeini, Ayatollah Sane’i, and Ayatollah Sobhani, who argue for the relative forfeiture of blood,. Furthermore, the study examines the legal-practical implications of the current law by analyzing judicial precedents and the potential for systemic abuse within the criminal justice system,.

3. Research Findings

The research identifies several critical flaws in the doctrine of absolute forfeiture:

- **Weakness of Textual Evidence:** The majority view relies on a limited number of narrations, such as the report of Sa’id ibn al-Musayyib re-

guarding a husband killing a man found with his wife. Analysis reveals these narrations are either weak in their chain of transmission (Sanad) or specific to private circumstances (defense of honor) rather than establishing a general public right to kill.

- **Supremacy of the Principle of Sanctity:** The fundamental principle in Islamic law is the sanctity of life (Asl al-Ihtiyat fi al-Dima). General religious proofs demand retaliation for intentional killing unless a definitive, unambiguous exception is proven; the research finds that a perpetrator's status as Mahdur al-Dam is relative only to the Imam or the legitimate government.
- **Judicial Monopoly and Due Process:** Islamic jurisprudence emphasizes that the implementation of Hudud (Rights of God) is the exclusive prerogative of the state. Deeming a "perpetrator" forfeit of blood before a trial bypasses the necessity of a judicial hearing, the right to defense, and the consideration of legal obstacles like coercion or doubt (Shubha).
- **Negative Social and Legal Consequences:** The current law creates a "vigilante" environment where individuals may kill based on suspicion and later escape Qisas by creating doubt about the victim's status. This has led to legal paradoxes, such as murderers using the Mahdur al-Dam defense to evade the requirement of paying "surplus blood money" (Fadhil al-Diya) to the families of victims who were also criminals.
- **The Role of Intent:** Some narrations suggest that immunity from punishment for killing a criminal is only valid if the act was motivated by a "desire for the sake of God" (Ghadhaban lillah) rather than personal enmity.

4. Conclusion

The research concludes that the absolute forfeiture of blood for perpetrators of capital Hudud crimes is legally and jurisprudentially unsustainable. It is recommended that Article 302 of the IPC be amended to distinguish between a "perpetrator" and a "convict". The study proposes that immunity from Qisas and Diya should only apply when the victim has been formally sentenced by a competent court and the killer acts with the specific intent of implementing divine law. Without these reforms, the law risks undermining public order and violating the Islamic principle that the "limit" for a crime should be administered only by those authorized to judge.

Funding

According to the corresponding 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.



نقدی بر مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات (نقد بند الف ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)

احمد حاجی ده‌آبادی*

استاد، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.

Email: adehabadi@ut.ac.ir



استناد حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۴۰۴). نقدی بر مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات (نقد بند الف ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲). فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۷): ۷۲-۳۷
doi 10.22034/ilaw.2024.2026727.3417

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۹، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۹

چکیده

در هر قتل عمدی، قصاص و دیه نیست، بلکه شرایطی لازم است که یکی از آنها محقون‌الدم بودن مقتول است؛ در نتیجه کشتن مهدورالدم، نه قصاص به دنبال دارد و نه دیه. مهدورالدم بر دو قسم است: مطلق و نسبی. خون مهدورالدم مطلق نسبت به همگان هدر است، حال آنکه خون مهدورالدم نسبی نسبت به برخی هدر است. مشهور فقها مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات را مهدورالدم مطلق می‌دانند و بند الف ماده ۳۰۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ مطابق این نظر فقهی تنظیم شده است. مشهور فقها این امر را مسلم انگاشته و جز یکی دو دلیل؛ مانند اجماع و روایت سعیدبن مسیب، دلایل خاصی را نیاورده‌اند، اما می‌توان دلایلی را برای این نظر اقامه کرد؛ همچون: «روایت ابی عبیده»، «عدم صدق قتل مظلوماً»، «عدم صدق ازهاق عدواناً»، «ترتیب حکم قتل بر نفس عمل و جرم حدی» و «قاعده درأ». البته این امر صحیح به نظر نمی‌رسد و باید با فقهایی هم عقیده بود که این گونه افراد را نسبت به امام و حاکم مهدورالدم می‌دانند؛ گرچه تنها دلیلی که بیان کرده‌اند، رد ادله گروه اول و حاکمیت عمومات قصاص است. با وجود این، می‌توان ادله دیگری برای این نظر اقامه کرد؛ همچون: «نبودن محاکمه غیابی در حق الله»، «صحیح‌ه داودین فرقد»، «آثار نامطلوب عملی مانند استناد گسترده به دفاع مهدورالدم‌بودن مقتول یا اعتقاد به مهدورالدم‌بودن و فرار قاتل از قصاص با ایجاد شبهه» و «توسعه مهدورالدم به مهدورالعضو و مهدورالجسم و مهدورالمال...». نهایتاً آنکه، این معافیت را باید در مورد «محکوم به حد» و نه «مرتکب جرم حدی» و نیز «کسی که قصد اجرای حدود الهی را داشته است»، قابل اعمال دانست.

واژگان کلیدی

مهدورالدم، محقون‌الدم، مهدورالدم مطلق، مهدورالدم نسبی، ضابطه قصاص.



مقدمه

گرچه مجازات قتل عمد قصاص است، اما هر قتل عمدی قصاص به‌دنبال ندارد، بلکه شرایطی در قاتل و مقتول لازم است. ضابطه قصاص «إزهاق النفس المعصومه المكافئه عمداً عدواناً» است. شرط «معصومه» بدان معناست که مقتول اگر مهدورالدم باشد، قاتل به قصاص محکوم نمی‌شود؛ بنابراین ولیّی که قاتل را قصاص می‌کند یا مدافعی که با رعایت شرایط دفاع، متجاوز را می‌کشد، به قصاص محکوم نمی‌شود. محقون‌الدم بودن نه‌تنها شرط ثبوت قصاص است، بلکه شرط دیه نیز هست و کشتن غیرعمدی یا عمدی مهدورالدم، دیه به‌دنبال ندارد.

مهدورالدم به دو قسم مطلق و نسبی تقسیم می‌شود. مهدورالدم مطلق کسی است که خونش نسبت به همگان هدر است؛ مانند سبّ النبی (ص) و مهدورالدم نسبی کسی است که خونش نسبت به برخی هدر است؛ مانند قاتل نسبت به اولیای دم؛ بنابراین اگر کسی غیر از ولیّی دم و بدون اذن وی، قاتل را بکشد، مرتکب قتل عمد موجب قصاص شده است و به قصاص محکوم می‌شود (ماده ۴۲۱ و بند پ ماده ۳۰۲ ق.م.ا.).

پرسش این است که آیا غیر از سبّ النبی (ص) که به اجماع فقها مهدورالدم مطلق است، شخص دیگری یافت می‌شود که چنین وضعیتی داشته باشد؟ مشهور فقها با آوردن عباراتی نظیر «من أباح الشرع قتله لم یقتل به قاتله»، مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات را مهدورالدم دانسته و کشتن او را موجب قصاص و دیه نمی‌دانند. البته لازم است که قاتل ارتکاب جرم حدی مستوجب سلب حیات توسط مقتول را اثبات نماید؛ بنابراین زانی به عنف، زانی با محارم، زانی و زانیه و محصنه، تکرارکننده جرم حدی که سه بار حد بر او جاری شده و برای بار چهارم مرتکب حد شده است، مسلمان ساحر، مدعی نبوت و... مهدورالدم‌اند و کشتن ایشان قصاص و دیه ندارد. قانونگذار نظر مشهور فقها را پذیرفته است. این نظر با ایراداتی

مواجهه است و برخی معاصرین، آن را نپذیرفته‌اند. مشهور فقها به تفصیل به تبیین ادله این نظر پرداخته‌اند و تنها برخی معاصرین ادله‌ای اندک آورده‌اند. مخالفین این نظر نیز به‌طور مبسوط به دلایل مخالفت خویش پرداخته‌اند. این مقاله به بررسی این موضوع می‌پردازد.

پیش از ورود به بحث، تذکار نکاتی ضروری است:

۱. اینکه مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات، مهدورالدم نباشد و کشتن او قصاص به‌دنبال داشته باشد، در غیر مورد مرتد است و کشتن مرتد توسط مسلمان قصاص ندارد؛ زیرا یکی از شرایط قصاص، تکافوی قاتل و مقتول در دین است و کشتن کافر توسط مسلمان قصاص ندارد. لازم به ذکر است برخی معاصرین کشتن مرتد فطری را پیش از توبه موجب قصاص نمی‌دانند اما مرتد فطری پس از توبه را تنها نسبت به امام و نایب او مهدورالدم می‌دانند (سبحانی، ۱۳۹۱، ص ۲۵۱) و در نتیجه باید گفت اگر مسلمانی چنین مرتدی را بکشد قصاص می‌شود.

۲. ممکن است گفته شود می‌توان این بحث را در دو سطح حکم اولی و حکم ثانوی بررسی کرد و آنچه در ادله آمده، بررسی موضوع از حیث حکم اولی یعنی بدون در نظر گرفتن مصالح و مفاسد و امور عارضی است. به نظر چنین نیست و نمی‌توان از حیث حکم ثانوی وارد این موضوع شد، یعنی نمی‌توان گفت به فرض که مرتکب چنین حدی، مهدورالدم مطلق است، اما نظم عمومی، مصلحت و... اقتضا می‌کند که چنین اشخاصی مهدورالدم مطلق نباشند و قاتل چنین اشخاصی قصاص شوند؛ زیرا حکم ثانوی تنها در حکم تکلیفی می‌تواند تأثیر بگذارد، نه در حکم وضعی. برای نمونه براساس حکم ثانوی می‌توان گفت وجوب وضو یا وجوب اجتناب از نجس در فرض ضرر برداشته شده است، اما حکم ثانوی نمی‌تواند شیء نجس را پاک کند و بالعکس. چنان‌که نمی‌توان براساس حکم ثانوی، قتل شبه‌عمد را موجب قصاص دانست. قصاص و دیه احکام وضعی‌اند و عروض حالاتی مانند

مصلحت، نظم عمومی و... حکم وضعی را تغییر نمی‌دهد.

۳. در این نوشتار، بحث از حیث حکم وضعی است، نه تکلیفی. توضیح اینکه درباره کشتن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات، از دو جهت می‌توان بحث کرد: یکی حکم وضعی که قصاص دارد یا ندارد و دیگری حکم تکلیفی که حرام است یا جایز؟ موضوع بحث ما، حکم وضعی است؛ وگرنه، از جهت حکم تکلیفی، برخی از فقها چنین قتلی را حرام می‌دانند و مرتکب را مستحق تعزیر. تبصره ۱ ماده ۳۰۲ ق.ا.م.ا. ۱۳۹۲ نیز کشتن چنین اشخاص را بدون اجازه دادگاه موجب تعزیر می‌داند و مطابق ماده ۴۴۷ همین قانون، قاتل به ۳ تا ۱۰ سال حبس موضوع ماده ۶۱۲ ق.ا.م.ا. (تعزیرات) محکوم می‌شود.

۱. سیر قانونگذاری

پیش از انقلاب اسلامی، مجازات قتل عمد، اعدام بود که در اختیار حکومت قرار داشت و چنین شرطی (محقون‌الدم‌بودن مقتول) در قوانین پیش از انقلاب دیده نمی‌شود. پس از انقلاب، اولین بار ماده ۲۲ قانون حدود و قصاص ۱۳۶۱ به این شرط اشاره کرد: «قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق قتل نباشد و اگر مستحق کشتن باشد، قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه اثبات کند». شبیه این مفاد در ماده ۲۲۶ ق.ا.م.ا. ۱۳۷۰ تکرار شده بود: «قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد، قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه اثبات کند».

مفاد مواد فوق حاکی از آن بود که اگر قاتل اثبات کند که مقتول مثلاً به علت زنا یا محارم شرعاً مستحق قتل است، به قصاص محکوم نمی‌شود. در نهایت، ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با تفصیل بیشتر و بهتر به شرط محقون‌الدم‌بودن مقتول برای ثبوت قصاص و نیز دیه که در قوانین

نقدی بر مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات ■

قبلی نیامده بود، پرداخته است: «در صورتی که مجنی علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه، محکوم نمی‌شود: الف) مرتکب جرم حدی که مستوجب سلب حیات است...».

مستفاد از بند الف ماده ۳۰۲ و نیز سایر بندها به ضمیمه مفهوم ماده ۳۰۳ ق.م.ا. که مقرر می‌دارد: «هرگاه مرتکب مدعی باشد که مجنی علیه، حسب مورد در نفس یا عضو، مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است... این ادعا باید طبق موازین در دادگاه ثابت شود و دادگاه موظف است نخست به ادعای مذکور رسیدگی کند. اگر ثابت نشود که مجنی علیه مشمول ماده ۳۰۲ است... مرتکب به قصاص محکوم می‌شود»، آن است که: اولاً؛ لازم نیست مرتکب جرم حدی، به سلب حیات محکوم شده باشد، بلکه نفس ارتکاب حد موجب سلب حیات، مهدورالدم بودن را به دنبال دارد. ثانیاً؛ لازم نیست قاتل هنگام ارتکاب قتل از مهدورالدم بودن مقتول اطلاع داشته باشد، بلکه حتی اگر خیال می‌کرده که مقتول انسان شریفی است و او را بکشد و بعد معلوم شود که مقتول، مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات بوده، به قصاص و دیه محکوم نمی‌شود. ثالثاً؛ لازم نیست قاتل به قصد اقامه حدود الهی مرتکب قتل شده باشد؛ در نتیجه اگر یکی از اعضای باند متجاوزین به اعراض و نفوس مردم، عضو دیگری که مرتکب تجاوز به عنف شده را براساس اغراض شخصی بکشد، به قصاص و دیه محکوم نمی‌شود. لازم به ذکر است که برخی معاصرین (فاضل لنکرانی و مکارم شیرازی)، کشتن خودسرانه مهدورالدم مطلق را موجب دیه می‌دانند و برخی دیگر (بهجت) معتقدند که «احتیاطاً صلح بر دیه شود» (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۶۸۰۲).

۲. نظرات فقها

سیاری از فقهای امامیه، در بیان یکی از شرایط قصاص که محقونالدم بودن

مقتول است، نوشته‌اند قاتل کسی که شرع، قتل او را مباح کرده است، قصاص نمی‌شود و برای آن مثال‌هایی هم زده‌اند؛ مانند زانی محصن و لواط‌کار. همچنین، در بحث کفارات هم پس از بیان کفاره قتل عمد، کشتن چنین افرادی را موجب کفاره ندانسته‌اند. در زیر، به برخی عبارات‌ها اشاره می‌شود:

شاید عبارت «من أباح الشرع قتله: کسی که شرع، قتل او را مباح دانسته است» را نخستین بار محقق حلی مطرح کرده باشد و پس از او در بسیاری کتاب‌ها دیده می‌شود. محقق در شرایع می‌نویسد: «الشرط الخامس أن يكون المقتول محقون الدم احترازاً من المرتد بالنظر إلى المسلم فإن المسلم لو قتله لم يثبت القود وكذا كل من أباح الشرع قتله» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۰۱). محقق پیش‌تر دلیل این مطلب را روایتی دانسته است که مطابق آن، اگر شوهر، مردی را با زنش ببیند و او را بکشد، قصاص می‌شود؛ مگر اینکه بیینه بیاورد:

«لو وجب قتله بزنا او بلواط فقتله غیر الإمام لم یکن علیه القود و لا الدیه لأن علیاً (ع) قال لرجل قتل رجلاً و ادعی أنه وجده مع امرأته: علیک القود الا أن تأتي بیینه» (همان، ص ۱۹۸).

علامه نیز می‌نویسد: «اگر مقتول، من أباح الشرع قتله باشد، قاتل قصاص نمی‌شود» (همو، ۱۴۱۱، ص ۱۹۶/ همو، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۶۵) و «اگر بکشد کسی را که شرع کشتنش را مباح کرده است؛ مانند زانی محصن و راهزن، کفاره ندارد» (همو، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷۱۳). شهید اول هم، کشتن چنین فردی را موجب قصاص نمی‌داند (مکی، ۱۴۱۰، ص ۲۷۰) و شهید ثانی ضمن تأیید این مطلب با بیان مثال می‌نویسد: «کسی که شرع کشتنش را به خاطر زنا یا لواط یا کفر مباح دانسته است، قاتلش قصاص نمی‌شود» (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۶۷). این مطلب مورد پذیرش متأخرین همچون صاحب کشف اللثام (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، صص ۹۱، ۱۰۶ و ۵۲۴) قرار گرفته است.

صاحب جواهر، اولین فقیهی است که هم در نبودن قصاص تأمل دارد؛ زیرا «در اخباری که به دست ما رسیده این مسئله نیامده است، چه رسد به اینکه تواتر داشته باشند» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۱۹۲) و هم در نبودن کفاره برای قتل چنین افرادی؛ زیرا ادله کفاره اطلاق دارد و شامل چنین افرادی می‌شود (همان، ج ۴۳، ص ۴۱۲). پس از ایشان، این بحث در میان معاصرین مطرح شده است. گروهی سعی کرده‌اند در دفاع از نظر مشهور، دلایلی برای این نظر بیابند و ارائه کنند (برای نمونه، ر.ک: مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ص ۱۰۹ / علوی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۴۵۵-۴۵۳). گروهی نیز توقف کرده‌اند؛ برای نمونه امام خمینی پس از بیان اینکه کشتن مهدورالدم مانند سبّ النبی و قاتل توسط ولیّ دم و متجاوز در دفاع مشروع قصاص ندارد، می‌نویسد: «در ثبوت قصاص بر قاتل مرتکب حد موجب اعدام تأمل است» (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۵۲۳). ایشان در جای دیگر می‌نویسند: «گفته شده نه قصاص بر اوست و نه دیه و در این حکم تردید است» (همان، ص ۵۲۱). البته ایشان با بیان این جمله، تمایل به پذیرش قصاص دارند؛ زیرا ناظر به سخن صاحب شرایع می‌باشد که نبودن قصاص را مسلمّ انگاشته است. اما فقیهی که صراحتاً این حکم را نپذیرفته و به قصاص قائل است و ظاهراً پیش از او کسی چنین نظری نداده، آیت‌الله خویی است. ایشان غیر از سبّ النبی که او را مهدورالدم مطلق می‌داند و نیز مرتد که کشتن او به علت عدم تکافو در دین، مستوجب قصاص نیست، زانی محصن و... را مهدورالدم نسبی دانسته، خون ایشان را نسبت به امام هدر می‌داند و کسی که بدون اذن امام ایشان را می‌کشد، مستحق قصاص می‌داند. ایشان در دو کتاب به این بحث اشاره می‌کنند: یکی در مبانی تکمله المنهاج: «لو وجب قتل شخص بزنا أو لواط أو نحو ذلك، غیر سبّ النبی (ص) فقتله غیر الإمام (ع) قیل انه لا قود و لا دیه علیه و لكن الأظهر ثبوت القود أو الدیه مع التراضی» (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۸۲-۸۳) و دیگری در کتاب محاضرات

فی المواریت (همو، ۱۴۲۴، ص ۲۴۴-۲۴۸). آیت‌الله خوئی در نبودن کفاره در چنین موردی نیز اشکال کرده است. پس از ایشان، ظاهر عبارت آیت‌الله تبریزی، پذیرش اشکال بر نظر مشهور و ثبوت قصاص است (تبریزی، ۱۴۲۶، ص ۱۶۶-۱۶۷).

برخی دیگر، نظر آیت‌الله خوئی را پذیرفته‌اند؛ از جمله آیت‌الله سیدمحمدسعید طباطبایی حکیم (حکیم، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۷۸). آیت‌الله روحانی نیز می‌نویسد: «سه نظر در اینجاست: نبودن قصاص و دیه، ثبوت قصاص، ثبوت تنها دیه»، اما از قائل نظر سوم و ادله آن اصلاً بحثی به میان نمی‌آورد و خود، ثبوت قصاص را می‌پذیرد (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۴۸۴۷). آیت‌الله صانعی هم صراحتاً نظر قصاص را می‌پذیرد و تقویت می‌کند (صانعی، ۱۳۸۳، صص ۳۳۹-۳۴۰، ۲۶۶-۲۷۰ و ۷۲۷). آیت‌الله سبحانی نیز چنین افرادی را نسبت به امام و نایب او مهدورالدم می‌داند (سبحانی، ۱۳۹۱، ص ۲۵۱). برخی معاصرین (فاضل لنکرانی و مکارم شیرازی)، کشتن خودسرانه مهدورالدم مطلق را موجب دیه می‌دانند و برخی (بہجت) معتقدند که «احتیاطاً صلح بر دیه شود» (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۶۸۰۲). لازم به ذکر است که آیت‌الله خوئی و آیت‌الله سیستانی، کشتن چنین افرادی را موجب کفاره می‌دانند (سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۴۵/ همو، ۱۴۲۲، ص ۵۱۴).

در میان اهل سنت نیز اختلاف نظر دیده می‌شود؛ گرچه نظر اکثریت ایشان و نظر مشهور فقهای شیعه یکی است. شیخ طوسی، پس از بیان اینکه اگر کسی زنا کند و محصن باشد، مباح‌الدم است و اگر مسلمانی او را بکشد، قصاص نمی‌شود، می‌نویسد: «شافعی در این باره دو قول دارد که یکی که مذهب شافعیه است؛ مانند آنچه ما گفتیم است و در میان اصحاب او کسانی هستند که معتقد به قصاص اند ولی این نظر مذهب شافعیه نیست» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۷۲). در کتاب کفایه الأخیار، از کتب فقه شافعی، آمده است که اگر زانی محصن را بکشد، قصاص ندارد؛ گرچه برخی فرق گذاشته‌اند میان اینکه زنا با اقرار ثابت شده باشد که قصاص دارد و

نقدی بر مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات ■

با بینه که قصاص ندارد (حسینی حسنی، ۱۴۱۹، ص ۵۴۶). همچنین، اگر قاتل زانی محصن، خود زناکار محصن باشد، در مقابل او کشته می شود (شریبی خطیب، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۱۵). عبدالقادر عوده، در التشریح الجنایی، گزارش کاملی در این باره نقل می کند و می نویسد: اگر شخصی مرتکب حدی حق الهی شود که مجازاتش قتل است، از زمان ارتکاب جرم و نه از زمان حکم به مجازات، مهدورالدم می شود و اگر دیگری او را بکشد، مجازات قتل ندارد؛ به شرط آنکه بتواند وقوع زنا را اثبات کند (عوده، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۰). البته با ارتکاب جرم تعزیری موجب اعدام، شخص مهدورالدم نمی شود؛ زیرا ولی امر حق عفو دارد (همان، ج ۱، ص ۵۳۴). البته باید دانست که در قلمرو جرایم حدی مستوجب قتل، میان شیعه و سنی اختلاف نظر است. برای نمونه زانی به عنف و محارم و مرتکب جرم حدی در بار چهارم و... در فقه اهل سنت مهدورالدم به شمار نرفته اند، اما حربی، مرتد، زانی محصن، محارب، باغی، سارق و قاطع الطریق مهدورالدم اند.

۳. مقتضای اصل

پیش از ورود به بحث باید از مقتضای اصل اولی بحث کنیم؛ بدین معنا که آیا مخالفان باید دلیل ارائه کنند یا موافقان مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات؟ مقتضای اصل آن است که موافقان باید دلیل اقامه کنند. هم از حیث حکم تکلیفی و هم از حیث حکم وضعی، نظر موافقان خلاف اصل است. از حیث حکم تکلیفی، اصل بر عدم جواز قتل است؛ مگر اینکه دلیل قطعی بر جواز باشد. آیه ۳۳ سوره اسرا «و لا تقتلوا النفس التي حرّم الله إلا بالحق»، با حرمت قتل شروع می شود و قید «التي حرّم الله» قید توضیحی است، نه اینکه نفس را به دو قسم «حرّم الله» و «لم یحرّم الله» تقسیم نماید. از همین رو، حتی موافقان، گرچه به سقوط قصاص و دیه حکم می دهند، به تعزیر قاتل معتقدند.

از حیث حکم وضعی نیز، عمومات ادله قصاص اقتضا می‌کند که در هر قتل عمدی قصاص لازم است؛ عموماتی مانند «کتب علیکم القصاص فی القتل» (بقره: ۱۷۸)، «قتل العمد کلّ ما عمد به الضرب فعلیه القود» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۳۷) و «العمد قود» (همان، ص ۴۰). به بیانی دیگر، در اینجا از یک سو، عمومات قصاص دلالت بر قصاص در هر قتل عمدی می‌کنند و از سوی دیگر، ادله خاص مقرر می‌دارند که اگر مقتول، مستحق مرگ باشد، قاتل قصاص نمی‌شود. اگرچه ممکن است گفته شود این ادله شامل مواردی که حکم قتل مرتکب جرم حدی توسط حاکم صادر شده است، می‌شود،^۱ اما در مورد مرتکب جرم حدی که حکم قتل او توسط حاکم صادر نشده است، شبهه وجود دارد که آیا کشتن وی مشمول حکم عام است یا مشمول حکم خاص و طبعاً باید به عام مراجعه نمود. برخی فقها بر رجوع به اطلاقات و عمومات در این مسئله تأکید کرده‌اند (برای نمونه، ر.ک: خویی، ۱۴۲۴، ص ۸۴/ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۴۸-۴۷/ تبریزی، ۱۴۲۶، ص ۱۴۵).

ممکن است گفته شود در قبال این عمومات، ادله خاصی بر قتل برخی اشخاص آمده است؛ مانند «سئل أبو جعفر (ع) عن رجل إغتصب امرأه فرجها، قال یقتل محصناً کان أو غیر محصن (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۰۸): از امام باقر (ع) پرسیده شد حکم مردی که به زنی زنا به عنف کرده باشد، چیست؟ فرمودند: کشته می‌شود؛ خواه محصن باشد یا نباشد». این روایات مخصّص عمومات قصاص‌اند، اما از این جهت که زانی به عنف مثلاً نسبت به همگان مهدورالدم است یا نسبت به خصوص حاکم، مجمل‌اند و اجمال خاص به عام سرایت کرده و باعث می‌شود نتوان به عموم عام تمسک نمود.

در پاسخ می‌توان گفت که روایات خاص از این جهت اجمال ندارند؛

۱. اینکه در متن آوردیم «اگرچه...»، بدان علت است که ممکن است بگوییم حکم امام و حاکم مبنی بر محکومیت فردی به اعدام باعث مهدورالدم‌شدن او نسبت به همگان نمی‌شود؛ مگر اینکه حاکم به این مطلب تصریح نماید.

نقدی بر مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات

زیرا در صدد بیان صرف مجازات چنین رفتارهایی اند و نه اینکه مرتکب نسبت به چه اشخاصی مهدورالدم می‌باشد.

۴. ادله مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی (عدم قصاص)

چنانچه گذشت، این بحث به تفصیل در کلمات فقها مطرح نشده است و در عین حال، یکی دو دلیل آورده‌اند، اما می‌توان ادله‌ای را برای نظر ایشان اقامه کرد. البته به اجماع (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۷۳) استناد شده و اموری که بیشتر به ادعا می‌ماند تا دلیل؛ مانند اینکه «خون این اشخاص مطلقاً هدر است» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۱۵۵) و «چنین کسی شرعاً حرمت ندارد و قتلش واجب است؛ گرچه برای غیر امام یا نایب او جایز نیست» (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۹۱). البته به «اعتبار» (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۲۶۳) هم استناد شده است.

۴-۱. روایت سعیدبن مسیب

مهم‌ترین دلیلی که برای این نظر در کلمات فقها دیده می‌شود، استناد به روایت سعیدبن مسیب است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۷۳/ حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۹۸). مطابق این روایت، معاویه نامه‌ای به ابوموسی اشعری می‌نویسد و از او می‌خواهد که حکم مسئله‌ای را از امام علی (ع) بپرسد و آن اینکه ابن ابی الجسرین مردی را با زنش یافته و او را کشته است. آیا قصاص می‌شود یا خیر؟ امام علی (ع) می‌فرماید:

«أنا أبو الحسن، إن جاء بأربعة يشهدون علي ما شهد، وإلا دفع برقته (حرر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۱۳۵): من ابوالحسن هستم. اگر چهار نفر شاهد بیاورد که شهادت دهند بر آنچه که دیده است، به‌طور کلی آزاد می‌شود». مطابق این روایت، شوهر اگر چهار شاهد بیاورد، قصاص نمی‌شود. اینجا بدون اینکه جرم آن مرد در محکمه ثابت شود و حکم به قتل او داده شود، می‌فرمایند که اگر چهار شاهد داشته باشد، قصاص نمی‌شود؛ یعنی

مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات، مهدورالدم به شمار می‌رود؛ وگرنه حکم به سقوط قصاص داده نمی‌شد.

در نقد استناد به این روایت، گفته شده که این روایت از حیث سند ضعیف است. آیت‌الله خویی، دلالت روایت را بر مدعای مشهور می‌پذیرد، اما روایت را از حیث سند، قاصر می‌داند (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، صص ۸۳-۸۴ و ۲۴۶-۲۴۷). دو نقد دیگر هم در استناد به این روایت می‌توان بیان نمود. اول اینکه ممکن است این روایت مربوط به بحث دفاع از حریم و ناموس باشد و سؤال این بوده که ابن ابی الجسرین مردی را کشته و ادعا دارد که در دفاع از ناموسم او را کشتم و نمی‌دانیم راست می‌گوید یا دروغ. مشکلی که این احتمال دارد، این است که در این صورت لازم نبود، ابن ابی الجسرین چهار شاهد بر تجاوز داشته باشد، بلکه اگر دو شاهد هم داشت که مردی تعرض به ناموس او داشته است، حتی تعرض کمتر از زنا، و او را کشته است، از قصاص معاف می‌شد.

نقد بعدی این است که این روایت، در واقع مصداق «لو وجد مع زوجته رجلاً یزنی بها فله قتلها فیما بینه و بین الله تعالی...» است (خویی، ۱۴۲۴، ص ۲۴۷) و در چنین حالتی، زانی و زانیه نسبت به شوهر مهدورالدم‌اند، اما دلالتی بر اینکه نسبت به بقیه مردم هم مهدورالدم باشند، ندارد؛ خصوصاً اگر زنا، زنا‌ی مستوجب قتل و رجم نباشد. به تعبیر دیگر اینکه شوهر می‌تواند مردی را که در حال زنا با زنش است بکشد، اختصاص به مواردی ندارد که زانی محصن باشد؛ در نتیجه این روایت از محل بحث خارج است. به هر حال از اینکه شوهر می‌تواند زانی و همسر زانیه‌اش را در حال زنا بکشد، نمی‌توان استفاده کرد که مرتکب جرم حد مستوجب سلب حیات، مهدورالدم مطلق است. شهید ثانی می‌نویسد: «فی الإستدلال بالخبر نظر، لأنه مخصوص بمن یقتله الزوج لکونه زنی بزوجه، فلا یلزم تعدیه الی غیرها، خصوصاً الأجانب، مع عموم قوله تعالی: النفس بالنفس خصّ منه ما تضمّنته الروایه، فیبقی ما عداها» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۱۵۵).

۴-۲. روایت ابی الصباح کنانی

در این مسئله به روایت صحیححه ابوالصباح کنانی استناد شده است (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۲۶۳/ علوی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۴۵۵/ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ص ۱۰۹): «عن ابی عبداللّٰه (ع) فی حدیث قال: سألته عن رجل قتلہ القصاص له دیه، فقال: لو كان ذلك لم یقتص من أحد و قال: من قتلہ الحد فلا دیه له (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۶۳): از امام صادق (ع) سؤال کردم شخصی را قصاص می‌کشد (در اثر اجرای قصاص می‌میرد)، آیا دیه دارد؟ فرمود: اگر چنین باشد، هیچ کس دیگری را قصاص نمی‌کند و فرمود: کسی که حد او را بکشد، دیه‌ای برای او نیست».

صاحب ریاض، روایات متعدد دیگری را که به همین مضمون وارد شده است (همان، ص ۶۳-۶۵) نیز مستند این حکم می‌داند (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۲۶۳). در پاسخ باید گفت که روایت ابوالصباح کنانی متعرض این مسئله نشده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۱۸۹). آنچه این روایت در صدد بیان آن می‌باشد، این است که اگر کسی در اثر اجرای قصاص عضو یا حدی مانند صد ضربه شلاق فوت کند، دیه‌ای برای او وجود ندارد. اینکه مرتکب حد مستوجب سلب حیات، مهدورالدم مطلق است و هر کس او را بکشد، دیه‌ای برای او در نظر گرفته نمی‌شود، از این روایت به دست نمی‌آید. اگر کسی بدون اینکه بداند دیگری مهدورالدم است، بر اثر نزاع شخصی او را بکشد، آیا گفته می‌شود که حد، مقتول را کشت؟ پاسخ بقیه روایات مورد استناد هم به همین بیان است.

۴-۳. صدق نکردن قتل مظلوماً

قرآن کریم، حق قصاص را برای ولی دم مقتولی می‌داند که مظلوماً کشته شده است: «و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً». چون خدا دستور داده است که برخی زناکاران و... را بکشید، بر کشتن ایشان، «من قتل مظلوماً» صدق نمی‌کند تا ولی دم بتواند قصاص کند (شوستری، ۱۴۰۶،

ج ۱۱، ص ۲۷۰). اگر کسی دیگری را بکشد و بعد معلوم شود که مقتول، شخصی مانند بیجه بوده که ۲۶ پسر بچه را بعد از تعرض کشته است، آیا مستحق قصاص است چون مقتول، مظلوماً به قتل رسیده است؟ خوب است به نمونه دیگری توجه شود:

«کودک‌آزار جوانی که به ۸۶ پسر نوجوان تجاوز کرده و به دست فرد یا افراد ناشناسی کشته شده است، از سوی دادگاه، مهدورالدم شناخته شد. پلیس در نخستین گام از تحقیقات به پرس‌وجو از دوستان و خانواده شاهرخ پرداخت و متوجه شد که او در بهار ۱۳۸۶ به اتهام ربودن و ایجاد مزاحمت برای چند پسر دانش‌آموز بازداشت و به زندان محکوم شده بود. در حالی که فرضیه جنایت ناموسی قوت گرفته بود، اظهارات یکی از دوستان شاهرخ به نام سیاوش، سرنخ مهمی را به پلیس داد. پلیس فهمید که سیاوش از قربانیان شاهرخ بوده و شاهرخ او را به خانه کشانده و مورد تعرض جنسی قرار داده است و از آن صحنه‌ها فیلم گرفته و از فیلم این تعرض استفاده و از سیاوش اخاذی می‌کرده است. در حالی که تحقیقات ادامه داشت، روشن شد که شاهرخ چندین پسر دانش‌آموز را آزار داده بود. وقتی پلیس دفترچه خاطرات شاهرخ را پیدا کرد، متوجه اقدامات هولناک او علیه پسران نوجوان شد. شاهرخ، نام قربانیان خود را در دفترچه نوشته بود؛ ۸۶ کودکی که از سوی شاهرخ مورد آزار قرار گرفته بودند، نامشان در این دفترچه بود. او اعمالی را که مرتکب شده بود، با جزئیات کامل در آن دفترچه نوشته بود. با افشای این ماجرا، چندین مظنون بازداشت شدند، اما پلیس مدرکی علیه آنها به دست نیاورد. به این ترتیب، با گذشت ۱۱ سال از کشته‌شدن شاهرخ، پدر و مادر او به دادگاه رفتند و اعلام کردند که چون قاتل پسرشان شناسایی نشده است، تقاضا دارند تا دیه او از صندوق بیت‌المال به آنها پرداخت شود. وقتی برای قضاوت دادگاه روشن شد که قربانی با پسران نوجوان در ارتباط بوده و به آنها تجاوز جنسی می‌کرده است، درخواست اولیای دم مبنی بر

دریافت دیه از بیت‌المال را رد کردند، اما با اعتراض اولیای دم، پرونده به دادگاه کیفری یک استان تهران فرستاده شد. قضات شعبه چهارم دادگاه کیفری استان تهران پس از بررسی موشکافانه پرونده اعلام کردند که با توجه به سابقه بد قربانی، او به لحاظ شرعی محقون‌الدم نیست و خانواده‌اش نیز به تبع آن، حق مطالبه دیه را از بیت‌المال ندارند. این رأی در شعبه ۲۸ دیوان عالی کشور مُهر تأیید خورد و قطعی شد» (سایت انتخاب ۱۷/۵/۱۳۹۷).

آیا واقعاً این کودک‌آزار مظلوماً کشته شده و قاتلش مستحق قصاص است؟

در پاسخ باید گفت که اگر خدا دستور داده بود که هرکس می‌تواند مثلاً زناکار به عنف را بکشد، استدلال صحیح بود، اما چنین دلیلی نداریم. آنچه هست اینکه حکم زناکار به عنف، قتل است اما اینکه متصدی قتل او چه کسی باشد، قدر متیقن از آن امام و حاکم است. در روایت صحیح‌ه بکیربن‌اعین چنین آمده است که پس از آنکه امام (ع) حکم زناکار با محارم و زناکار با عنف را اعدام بیان می‌کند، راوی می‌پرسد: «چه کسی این دو را می‌زند و می‌کشد در حالی که کسی از این دو شکایت نمی‌کند؟» و امام (ع) در پاسخ می‌فرماید: «اعمال مجازات بر عهده امام است، اگر این دو نزد امام برده شوند»:

قال: من زنی بذات محرم حتی یواقعها ضرب ضربه بالسّیف أخذت منه ما أخذت و إن کانت تابعته ضربت ضربه بالسّیف أخذت منها ما أخذت، قیل له: فمن یضربهما و لیس لهما خصم؟ قال: ذاک علی الإمام إذا رفعا إلیه (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۱۳).

پس نمی‌توان گفت زانی به عنفی که توسط غیر امام و بدون اذن او کشته شده، مظلوماً کشته نشده است تا ولیّ او حق قصاص نداشته باشد. جالب اینجاست که آیت‌الله خوئی در تأیید نظرش مبنی بر اینکه کشتن زناکار به عنف و... توسط غیر امام قصاص دارد، به همین آیه تمسک کرده و برای

ولی دم او حق قصاص قائل است^۱ (خویی، ۱۴۲۴، ص ۲۴۸).

۴-۴. صدق نکردن ازهاق عدواناً

ضابطه موجب قصاص نفس، ازهاق النفس المعصومه المكافئه عمداً عدواناً است و کسی که مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات را می‌کشد، مرتکب قتل عدوانی نشده است و در نتیجه قصاص ندارد. این استدلال برای این حکم که کشتن مهدورالدم قصاص ندارد، زیرا که عدواناً به قتل نرسیده است، ممکن است مفید باشد، اما برای این حکم که مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات، مهدورالدم است، مفید نمی‌شود؛ زیرا: اولاً؛ گویا پذیرفته که مرتکب چنین جرمی، نفس معصومه است، اما کشتن عمدی او ظلم نیست و او عدواناً به قتل نرسیده است، در حالی که همه بحث این است که چنین نفسی، مهدورالدم است.

ثانیاً؛ این دلیل، نهایتاً اثبات می‌کند که کشتن چنین فردی، قصاص ندارد، اما اثبات نمی‌کند که دیه هم ندارد؛ در حالی که از نظر موافقان این نظر، دیه هم در قتل چنین افرادی وجود ندارد.

ثالثاً؛ اگر کشتن مهدورالدم، عدواناً نیست، پس برای چه برای کسی که خودسرانه مرتکب قتل چنین افرادی شده است، تعزیر پیش‌بینی شده است؟

۴-۵. مترتب شدن قتل بر نفس جرم حدی مستوجب سلب حیات

دلیل دیگری که می‌توان برای این نظر اقامه کرد، گرچه نویسنده ندیده است بدان استناد شده باشد، این است که در آیات و روایات، بر نفس عمل یعنی جرم حدی، قتل مترتب شده است؛ در نتیجه نفس ارتکاب زنا، محصنه و زنا با محارم و... موجب اعدام است؛ اعم از اینکه امام و حاکم،

۱. «هل یثبت القصاص أو الدیه أو الکفّاره فی من قتل من هو مهدورالدم لکن لا بالأضافه إلی القاتل، بل هو مهدورالدم فی نفسه؟ كما إذا کان مرتداً فطریاً، أو کان لائطاً فهو مهدورالدم، ولكن لیس لكل أحد قتله، فإذا قتله من دون إذن الحاکم کان ظلماً و عدواناً فیدخل تحت قوله تعالی و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً. فلا ملازمه بین کون الشخص مهدورالدم و جواز قتله بالنسبه إلی کل أحد، فجواز القتل إنما ثبت للحاکم و لولی الأمر، لا أنه یجوز لكل أحد قتل ذلك. فلیس هنا دلیل ینفی القصاص أو الدیه أو الکفّاره عن القاتل فی مثل هذه الموارد.»

حکم به اعدام بدهند یا ندهند. برای نمونه در روایتی صحیحیه آمده است: «سئل أبو جعفر (ع) عن رجل إغتصب امرأة فرجها، قال: يقتل محصناً كان أو غير محصن (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۰۸): از امام باقر (ع) پرسیده شد حکم مردی که به زنی زنا کرده، چیست؟ فرمودند: کشته می شود؛ خواه محصن باشد یا نباشد».

یا در روایتی (هرچند از نظر سند ضعیف) در مورد کسی که به قصد دزدی یا زنا وارد خانه دیگری می شود، پرسیده شد و امام (ع) در پاسخ فرمودند: «اعلم أنّ من دخل دار غیره، فقد أهدر دمه ولا یجب علیه شیء (همان، ص ۷۰): بدان! هرکس که وارد خانه دیگری شود، خون خود را هدر کرده است و بر قاتلش چیزی لازم نیست».

در ردّ این دلیل، می توان گفت اینکه بر نفس عمل، قتل مترتب شده، دلالت بر این ندارد که مرتکب نسبت به همه اشخاص مهدورالدم باشد. اصولاً در همه قوانین جزایی، مجازات بر نفس عمل مترتب است، اما آیا از این امر می توان استفاده کرد که هرکس این مجازات را بر مرتکب اعمال کند، مسئولیتی از این حیث ندارد و فقط از باب دخالت در نظم عمومی، تعزیر می شود؟ به تعبیر دیگر چنان که برخی بزرگان گفته اند: میان وجوب حدّ و مهدورالدم بودن ملازمه ای وجود ندارد (خویی، ۱۴۲۴، ص ۲۴۸). صاحب جواهر می نویسد:

معیار [در قصاص]، احترام نفس است، به گونه ای که بر مکلف حفظ آن واجب باشد و مرجع در این مورد، استظهار از ادله است؛ و گرنه، صرف اینکه کشتن کسی از باب حد واجب باشد، اقتضای این را ندارد؛ خصوصاً در صورتی که مرتکب توبه کرده و پشیمان و متأسف باشد، اما حد از او ساقط نمی شود. مانند اینکه فرض شود بعد از اقامه بینه و حکم حاکم توبه کرده باشد [که این توبه، مسقط حد نیست]. اشکال این ادعا که چنین شخصی، احترام ندارد و به علت اینکه حد قتل بر او واجب شده، شبیه برخی حیوانات غیر محترم است، بر شما مخفی نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۱۶۷).

۴-۶. روایت صحیحہ ابی عبیدہ

ابی عبیدہ از امام صادق (ع) می‌پرسد:

سألته عن امرأه تزوّجت رجلاً و لها زوج، فقال: إن كان زوجها الأوّل مقيماً معها في المصر التي هي فيه تصل إليه و يصل إليها فإنّ عليها ما على الزّاني المحصن الرّجم و إن كان زوجها الأوّل غائباً عنها أو كان مقيماً معها في المصر لا يصل إليها و لا تصل إليه فإنّ عليها ما على الزّانية غير المحصنه و لا لعان بينهما. قلت: من يرحمها و يضربها الحدّ و زوجها لا يقدمها إلى الإمام و لا يريد ذلك منها؟ فقال: إنّ الحدّ لا يزال لله في بدنّها حتّى يقوم به من قام أو تلقى الله و هو عليها: پرسیدم زنی با مردی ازدواج می‌کند در حالی که شوهر دارد. فرمودند: اگر شوهر اولش با او در شهری که در آن است، مقیم است و او به شوهرش دسترسی دارد و شوهر هم به او، حدی که بر زانی محصن لازم است یعنی رجم بر اوست و اگر شوهر اولش از او غائب است یا همراه او مقیم در همان شهر است لکن نه شوهر به او دسترسی دارد و نه او به شوهرش، بر او حدی که بر زانیه غیر محصن لازم است می‌باشد و لعانی بین این دو نیست. پرسیدم چه کسی او را رجم می‌کند و او را حد می‌زند در حالی که شوهرش او را نزد امام نمی‌برد (و شکایت نمی‌کند) و نمی‌خواهد حد بر او اجرا شود؟ فرمودند: حد برای خدا همیشه در بدنش هست تا کسی آن را اقامه کند یا خدا را ملاقات کند در حالی که حد بر اوست (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۲۵-۱۲۶).

مستفاد از روایت این است که صرف ازدواج زن شوهردار با مرد دیگر و رابطه جنسی با او، مجازات حد را در پی دارد و حد همیشه بر مرتکب جرم حدی هست تا حد بر او توسط کسی اجرا شود.

در پاسخ باید گفت اینکه حد بر او هست، روشن است و مقتضای استصحاب هم همین است، اما اینکه او نسبت به همه اشخاص مهدورالدم باشد، از روایت استفاده نمی‌شود. به بیان دیگر، روایت بیان می‌کند که حد همیشه بر او هست تا کسی آن را اقامه کند. باید دانست که اولاً؛ اقامه

حدود به نظر جزو عناوین قصديه است و مجری باید قصد اقامه حد را داشته باشد تا صدق کند. اگر کسی دیگری را بکشد و بعد معلوم شود مقتول، زانی به عنف بوده، آیا صدق می کند که حد الهی را اجرا کرده است؟ ثانیاً؛ چون در صحیححه حفص آمده است: «إقامه الحدود إلی من إلیه الحکم» (همو، ۱۴۰۸، ج ۲۸، ص ۴۹) شاید مفاد روایت تنها این باشد من إلیه الحکم مصداق من قام است و نهایتاً کسی که از امام اذن بگیرد و حد را اجرا کند، نه اینکه مرتکب نسبت به همگان مهدورالدم باشد.

نکته قابل ذکر اینکه اگر این استدلال را که قتل بر نفس عمل بار شده بپذیریم، باید بپذیریم که مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات، نسبت به کافر حتی کافر حربی هم مهدورالدم است؛ حال آنکه، اکثر فقها او را نسبت به کافر ذمی، مهدورالدم نمی دانند و کافر ذمی قاتل مرتد را مستحق قصاص می دانند (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۹۸).^۱

۴-۷. قاعده درأ

چون در ثبوت قصاص تردید وجود دارد؛ قاعده درأ اقتضا می کند به قصاص کسی که مرتکب قتل چنین افرادی شده است، حکم نشود. پاسخ این است که اولاً؛ محل بحث، شبهه حکمیه است و اینکه آیا قاعده درأ در شبهات حکمیه هم جاری می شود یا فقط اختصاص به شبهات مصداقیه دارد، جای تأمل است. به تعبیر دیگر اینکه قاعده درأ علاوه بر مرحله قضا و دادرسی، در مرحله کشف حکم شرعی و استنباط و اجتهاد هم کاربرد دارد یا خیر، جای تأمل دارد (حاجی ده آبادی، ۱۴۰۱، ص ۳۶)؛ گرچه برخی به چنین نظری معتقدند. ثانیاً؛ در مورد جریان قاعده درأ در قصاص و به طور کلی امور حق الناسی اختلاف نظر وجود دارد و نظر صحیح آن است که قاعده درأ در قصاص و کلاً در حق الناس جریان ندارد (حاجی ده آبادی، ۱۴۰۰، ص ۱۷۷-۲۱۲).

۱. برخی معاصران همچون آیت الله صافی و آیت الله موسوی اردبیلی به عدم قصاص معتقدند (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۷۰۶۲).

۴-۸. دیگر ادله

می‌توان ادله دیگری هم آورد؛ مثلاً به اطلاق روایاتی تمسک کرد که برخی مجرمان را مهدورالدم می‌دانند. برای نمونه در روایتی صحیحه، محمد بن فضیل از امام رضا (ع) می‌پرسد: «حکم دزدی که بر زن بارداری داخل می‌شود و جنین او را می‌کشد و آن زن چاقویی را برداشته و دزد را کشته است، چیست؟» و امام (ع) در پاسخ می‌فرماید: «هدر دم اللص: خون دزد هدر است» (حرر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۶۱). همچنین، در صحیحه حسین بن خالد، امام صادق (ع) در مورد شخصی که به قصد لواط با دیگری در حال خواب به سراغ وی رفته بود و وقتی بر پشت شخص قرار گرفت، او بیدار شد و متجاوز را کشت، فرمودند: «لا دیه له و لا قود» (همان، ص ۷۰). در روایتی نیز، فتح بن یزید جرجانی از امام (ع) سؤال می‌کند که مردی به قصد دزدی یا فجور وارد خانه دیگری می‌شود و صاحبخانه او را می‌کشد. آیا صاحبخانه در مقابل او قصاص می‌شود یا خیر؟ امام (ع) می‌فرماید: «اعلم ان من دخل دار غیره فقد اهدر دمه و لا یجب علیه شیء» (همان). در روایت دیگری از پیامبر (ص) نقل شده است که فرمودند: «من کابر إمرأه لیفجر بها فقتلته فلا دیه له و لا قود» (همان). در موثقه سکونی نیز امام صادق (ع) فرموده است: رسول خدا (ص) فرمودند: «من شهر سیفاً فدمه هدر: کسی که شمشیر بکشد، خونش هدر است» (همان، ص ۶۱). این چند روایت در مورد اینکه خون دزد و محارب نسبت به چه افرادی هدر است، اطلاق دارند. در پاسخ می‌توان گفت در روایت اول ممکن است الف و لام «اللص»، الف و لام عهد باشد، نه جنس. اینکه خون دزدی که بر زن بارداری وارد شده و جنین وی را کشته و زن در همان لحظه او را به قتل رسانده، هدر است، دلالت بر این نمی‌کند که خون این دزد و چنین افرادی نسبت به همگان هدر است. این روایت دو احتمال دارد: یکی اینکه در مورد دفاع مشروع باشد و دیگری در مورد مقابله به مثل (کشتن قاتل در مقابل کشتن جنین

نقدی بر مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات ■

توسط مادر که ولی دم است) و هرکدام که باشد، از محل بحث خارج است. این وضعیت در مورد سایر روایات هم صادق است؛ یعنی محتمل است، چنان که برخی فقها گفته‌اند، در مورد دفاع باشد، نه اینکه چنین افرادی مهدورالدم مطلق‌اند. ضمن اینکه روایت فتح بن یزید و روایت بعد از آن از حیث سند ضعیف‌اند.

۵. دلایل مهدورالدم مطلق نبودن مرتکب جرم حدی

چنان که گذشت، این بحث اشاره‌وار مطرح شده و نه به تفصیل و مبسوط. برای نمونه آیت‌الله خویی صراحتاً مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات را مهدورالدم مطلق نمی‌داند و کشتن او را موجب قصاص می‌داند، اما ایشان با نفی مستند مشهور، عموم ادله قصاص را حاکم می‌دانند. ایشان در بیان ادله می‌نویسد: فقها برای این مطلب به روایت سعید بن مسیب اشاره کرده‌اند که در مورد فردی به نام ابن ابی الجسرین است که مردی را که با زنش یافته بود، کشته بود. ایشان کلاً از این بحث می‌کنند که آیا شوهر می‌تواند زانی به همسرش و همسر زانیه‌اش را بکشد و قصاص نشود یا خیر (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۸۳-۸۴). ایشان با رد استناد به این روایت، عموم ادله قصاص را حاکم می‌دانند و معتقدند چیزی که نافی قصاص باشد، وجود ندارد (خویی، ۱۴۲۴، ص ۲۴۸). به هر حال صرف نقد ادله موافقان برای تثبیت نظر مخالفان کافی است؛ با وجود این، می‌توان ادله‌ای را به شرح زیر برای این نظر ارائه داد.

۵.۱. نبودن محاکمه غیابی در حق الله

لازمه مهدورالدم دانستن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات که توسط شخصی غیر از حکومت کشته شده، آن است که محاکمه غیابی در حق الله پذیرفته شود؛ امری که ناصحیح است. چرا که، قاتل اینک می‌خواهد با ادله‌ای اثبات کند که مقتول، مرتکب جرم حدی مانند زانی با محارم یا

زنای محصنه شده است. به فرض که او، شاهد و مستندات علم‌آور و... اقامه کند، مقتول زنده نیست تا از خود دفاع کند. شاید مقتول، شبهه موضوعی یا حکمی داشته؛ شاید مکره بوده؛ شاید و شاید. اینکه بگوییم ادله به اندازه‌ای کافی است که حتی اگر زنده بود هم نمی‌توانست از خود دفاع کند، اصلاً صحیح نیست؛ زیرا پرسش این است که اگر به‌طور مثال، متهم به زنا با محارم زنده باشد و قاضی با مطالعه پرونده و شهادت شهود مطمئن باشد که ادله به اندازه‌ای قوی است که او نمی‌تواند از خودش دفاع کند، آیا می‌تواند بدون اینکه دفاعیات متهم را اخذ کند و سخنان او را بشنود، وی را به اعدام محکوم کند و حکم را اجرا نماید؟ یکی از اصول دادرسی، قضایی بودن رسیدگی است. مطابق این اصل، رسیدگی به جرم باید توسط مقام صالح صورت گیرد و دیگران نمی‌توانند خود متصدی رسیدگی و دادرسی و صدور و اجرای حکم گردند. اصل ۳۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد» و مطابق ماده ۱۲ ق.ا.م.ا. ۱۳۹۲: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد» (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: نوبهار، ۱۳۸۹).

۵-۲. تأثیر حکم قاضی در مهدورالدم شدن

به‌نظر می‌رسد مادامی که حاکم، حکم به قتل مرتکب جرمی نداده است، وی مهدورالدم به شمار نرود؛ خصوصاً در جرمی مانند محاربه که یکی از چهار مجازات آن، اعدام است و سه مجازات دیگر آن، صلب، قطع دست و پا و تبعید است. آیا معقول است محاربه‌ای که هنوز حاکم نوع مجازات او را انتخاب نکرده است، مهدورالدم تلقی کنیم؟ حال، اگر حاکم مجازات تبعید یا قطع دست و پا یا صلب (با فرض اینکه صلب در حال حیات صورت می‌گیرد) را انتخاب کند، آیا کسی می‌تواند بگوید این مجازات کافی نیست و چون مطابق آیه شریفه یکی از مجازات‌ها اعدام

است، می‌خواهم او را به قتل برسانم؟ شبیه این وضعیت در برخی دیگر از موارد هم مشاهده می‌شود؛ مثلاً کسی اقرار به زنا یا محصنه کرده و سپس توبه کرده و هنوز حاکم درباره اجرای حد یا عفو او تصمیم نگرفته است. آیا کشتن چنین شخصی، قصاص و دیه ندارد؟ برخی معاصرین معتقدند: «عمل شنیع زنا به فرض ثبوت واقعی موجب مهدورالدم شدن زانی پیش از حکم حاکم شرع نیست» (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۸۰۶۰).

۵.۳. روایات دالّ بر لزوم اقرار و شهادت (اثبات جرم) برای کشتن مهدورالدم

در روایات به وسیله ادات حصر تأکید شده است که کشتن مرتکب جرم حدی باید پس از آن باشد که چهار بار اقرار کند یا چهار شاهد علیه وی شهادت دهند. مستفاد از این ادله، آن است که تا جرم ثابت نشده است، نمی‌توان چنین شخصی را کشت و طبعاً کشتن چنین شخصی مشمول ادله قصاص خواهد بود. برای نمونه در صحیح‌ه جمیل آمده است: «لا یرجم الزّانی حتّی یقرّ بالزّنا أربع مرّات» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۰۶). در روایتی موثقه نیز امام صادق (ع) می‌فرماید: «إذا أقرّ الزّانی المحصن کان أوّل من یرجمه الإمام ثمّ النّاس فإذا قامت علیه البینه کان أوّل من یرجمه البینه الإمام ثمّ النّاس» (همان، ص ۹۹). مستفاد از این روایت این است که مردم، حق اجرای رجم را ندارند؛ مگر اینکه شخص اقرار به زنا کرده باشد یا شهود علیه وی شهادت داده باشند. این دلیل اخص از مدعا می‌باشد.

۵.۴. صحیح‌ه داودبن فرقد و روایات مشابه

در روایات متعدد بر این مطلب تأکید شده است که خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده است و برای تجاوز از آن حد نیز، حدی قرار داده است. مستفاد از این روایات، این است که کشتن مرتکب جرم حدی به وسیله امام صورت می‌گیرد و کسی که از این حد، تجاوز کند، حد دارد. لازمه اینکه کشتن بر غیر امام ممنوع است و حد دارد، آن است که خون

چنین شخصی محترم است و مهدور نیست^۱ (صانعی، ۱۳۸۳، ص ۲۶۸). در صحیحہ داود بن فرقہ آمده است:

قال: سمعت أبا عبد الله (ع) يقول إن أصحاب رسول الله (ص) قالوا لسعد بن عبادہ أ رأيت لو وجدت علی بطن امرأتک رجلاً ما كنت صانعاً به؟ قال: كنت أضربه بالسيف، قال: فخرج رسول الله (ص) فقال: ماذا يا سعد، فقال سعد: قالوا لو وجدت علی بطن امرأتک رجلاً ما كنت صانعاً به فقلت أضربه بالسيف فقال: يا سعد فكيف بالأربعة الشهود؟ فقال: يا رسول الله بعد رأی عینی و علم الله أن قد فعل؟ قال: إی والله بعد رأی عینک و علم الله أن قد فعل. إن الله قد جعل لكل شیء حداً و جعل لمن تعدی ذلك الحدّ حداً: او می گوید از امام صادق (ع) شنیدم که می فرمود: اصحاب پیامبر به سعد بن عبادہ گفتند: اگر بر شکم زنت مردی را بیابی [که دارد با او زنا می کند] با او چه می کنی؟ سعد گفت: او را با شمشیرم می زنم. پیامبر خارج شد [از آنجا می گذشت و سخن سعد را شنید] و فرمود: ای سعد! چه خبر شده؟ سعد گفت: اینان می گویند اگر بر شکم زنت مردی را بیابی، با او چه کار می کنی؟ من هم گفتم با شمشیر او را می زنم [و می کشم]. پیامبر فرمود: پس چهار شاهد چه می شود؟ سعد گفت: ای رسول خدا! پس از آنکه چشمم دیده است و خدا می داند که این مرد، آن کار را انجام داده است [باز چهار شاهد لازم است]؟ پیامبر فرمود: قسم به خدا، بله! پس از آنکه چشمانت دیده و خدا هم می داند [باز چهار شاهد لازم است]. همانا خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده است و بر کسی که از آن حد، تجاوز کند، حدی قرار داده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۴).

شاهد بر این مطلب هم روایت عمرو بن قیس است (صانعی، ۱۳۸۳، ص ۲۶۸) که در ادامه می آید. ممکن است گفته شود که مستفاد از روایت،

۱. از عبارت آیت الله تبریزی نیز چنین مطلبی قابل استفاده است؛ زیرا به این روایت استظهار می کنند (تبریزی، ۱۴۲۶، ص ۱۴۵).

این است که اگر شوهر چهار شاهد داشته باشد، می‌تواند بکشد و قصاص نمی‌شود، اما پاسخ این است که روایت در صدد توییح سعد است و اینکه نمی‌تواند مرتکب قتل شود. به تعبیر دیگر روایت در صدد بیان این مطلب است که خدا برای زنا حدی قرار داده است و نمی‌توان زانی را پیش از اینکه چهار نفر علیه او شهادت دهند کشت و کسی که از این حد، تجاوز کند، بر او حد و مجازات لازم است (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۱۰۴).

اگر گفته شود روایت نهایتاً بر حرمت کشتن بدون وجود شاهد دلالت می‌کند، اما بر اینکه حتی اگر بتواند اثبات کند باز قصاص دارد، دلالتی ندارد، پاسخ این است که از روایت عمرو بن قیس برمی‌آید که روایت صرفاً در صدد بیان حکم تکلیفی نیست و به دنبال بیان حکم وضعی هم هست؛ زیرا در این روایت پس از بیان اینکه تجاوز از حد، حد دارد، دو مورد برای آن بیان شده است: کسی که مال دیگری را از راه غیر حلال به دست می‌آورد، دستش قطع می‌شود چون از حد تجاوز کرده است و کسی که شهوتش را از غیر راه ازدواج، اطفاء کرده و زنا کرده است، حد جلد و رجم دارد. البته از آنجا که این روایت از حیث سند ضعیف است، در حد مؤید است؛ گرچه چون مفاد روایت با روایات صحیحه تکرار شده می‌توان بیش از مؤید آن را در نظر گرفت:

قال: أبو عبد الله (ع) يا عمرو بن قيس أشعرت أن الله أرسل رسولا وأنزل عليه كتاباً وأنزل في الكتاب كل ما يحتاج إليه وجعل له دليلاً يدل عليه وجعل لكل شيء حداً ولمن جاوز الحد حداً إلى أن قال: قلت: وكيف جعل لمن جاوز الحد حداً؟ قال: إن الله حد في الأموال أن لا تؤخذ إلا من حلها فمن أخذها من غير حلها قطعت يده حداً لمجاوزة الحد وإن الله حد أن لا ينكح النكاح إلا من حلّه و من فعل غير ذلك إن كان عزباً حداً وإن كان محصناً رجم لمجاوزته الحد (حرر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۵-۱۶).

۵.۵. آثار نامطلوب عملی

هرگاه قرار است حکمی به عنوان حکم شرعی لحاظ گردد یا حداقل در قانون آورده شود، باید نتایج و لوازم آن را سنجید و آنگاه، اگر تالی فاسد و نتیجه غیر قابل قبول نداشت، در قانون آورد. مهدورالدم دانستن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات، در عمل آثاری دارد که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۵.۵.۱. فرار مجرم قاتل از قصاص و دیه

در پرونده‌های بسیاری، مردی با زنی شوهردار رابطه جنسی داشته و در نهایت او را کشته است. دادگاه در پی تقاضای اولیای دم، قاتل را به شرط پرداخت نصف دیه از سوی اولیای دم به قصاص محکوم می‌کند. حال، قاتل می‌تواند بگوید من مهدورالدم را کشتم چون زانیه، شوهردار بوده و مدت مدیدی با من رابطه جنسی داشته است و کشتن مهدورالدم، قصاص و دیه ندارد؟!

۵.۵.۲. فرار اولیای دم از پرداخت فاضل دیه

در برخی موارد، مردی پس از زنای محصنه مکرر با زنی، به کمک آن زن، شوهرش را به قتل رسانده و به رجم و قصاص با رد فاضل دیه محکوم شده است. برای نمونه خلاصه جریان پرونده‌ای (کلاسه پرونده ۳۶۵۹/۲۳/۲۷، شماره دادنامه ۲۷/۴۷۵، تاریخ رسیدگی ۷۱/۲/۳) به شرح ذیل است:

هاشم ۴۰ ساله و شهلا ۳۱ ساله، متهم هستند به شرکت در قتل مرحوم خسرو... بر اثر خفگی و زنا محصنه با یکدیگر بدین شرح که متهم ردیف دوم... گفته است: حدود چهار سال پیش، متهم ردیف یکم با اینجانب رابطه نامشروع داشته... تا اینکه حدود پنج روز پیش... در حین آمدن متهم ردیف یکم، شوهرم متوجه قضیه می‌گردد... متهم ردیف یکم گفت چنانچه شوهرت زنده بماند، آبروی ما می‌رود... ساعت ۲۴ آمد و به اتفاق همدیگر در آشپزخانه طناب را به سقف بستیم. شوهرم را بیدار کردم و گفتم در منزل را می‌زنند. با همدیگر وارد آشپزخانه شدیم. متهم ردیف یکم که در پشت در مخفی شده بود، ایشان را از پشت گرفت و به اتفاق اینجانب دست‌های

■ نقدی بر مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات

نامبرده را بستیم و متهم ردیف یکم، طناب را به گردن ایشان انداخت و بالا کشید و بنده شوهرم را نگه داشته بودم... حرف‌های وی را پذیرفتم و در قتل شرکت کردم..... هر دو متهم به قصاص نفس و تحمل حد رجم (سنگسار) محکوم می‌گردند که قبل از اجرای حکم قصاص، نصف دیه کامله به متهم ردیف یکم پرداخت شود (بازگیر، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۸۱-۱۸۲).

شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور، حکم را تأیید می‌کند. حال، آیا اولیای دم می‌توانند بگویند چون زانی قاتل، زانی محصن بوده است و چنین کسی مهدورالدم است، پس پرداخت فاضل دیه به او معنا ندارد؟ چگونه است که اگر ما بیرون دادگاه چنین مردی را می‌کشیم، نه به قصاص و نه به دیه محکوم نمی‌شدیم، اینک که می‌خواهیم او را قصاص کنیم، به پرداخت فاضل دیه ملزم می‌باشیم؟!

۵.۵.۳. استناد گسترده به دفاع مهدورالدم بودن مقتول یا اعتقاد به مهدورالدم بودن و فرار قاتل از قصاص با ایجاد شبهه

مهدورالدم دانستن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات، در عمل باعث شده برخی قاتلان و وکلای ایشان، مهدورالدم بودن مقتول را دستاویزی برای فرار از قصاص قرار دهند. در جنایتی، مردی که به زن برادر خود مشکوک بوده و زن با مردی رفت‌وآمد داشته، او را می‌کشد و ادعا می‌کند که چون مرتکب زنا محصنه شده، مهدورالدم را کشته است. نکته حائز اهمیت آنکه، در این جنایت و موارد مشابه، گرچه قاتل نمی‌تواند زنا را اثبات کند، اما برای قاضی در صحت ادعای وی شبهه پیش می‌آید و آنگاه، با توجه به ماده ۱۲۰ که قاعده درأ را در کلیات قانون مجازات اسلامی آورده است و نظر برخی که قاعده درأ را در قصاص جاری می‌دانند، به راحتی از قصاص فرار می‌کند و به پرداخت دیه محکوم می‌شود. این در حالی است که اولیای دم تقاضای قصاص دارند و ممکن است پس از قطع امید از دستگاه قضایی، خودسرانه به قصاص قاتل بپردازند.

۵.۵.۴. توسعه مهدورالدم به مهدورالعضو، مهدورالجسم، مهدورالمال و...

اگر مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات، مهدورالدم مطلق باشد، آنگاه، این سؤال مطرح می‌شود که مرتکبان سایر حدود و جرایم، آیا به نسبت مجازات آن جرم، مهدور می‌باشند؟ مثلاً می‌توان گفت سارق حدی، مهدورالعضو است و اگر کسی چهار انگشت دست راست او را ببرد، به قصاص محکوم نمی‌شود؟ مطابق بند ب ماده ۲۰۲ ق.م.ا. «مرتکب جرم حدی که مستوجب قطع عضو است، مشروط بر اینکه جنایت وارد شده، بیش از مجازات حدی او نباشد»، مهدورالعضو است. اگر جانی بدون اینکه قصد اجرای حد را داشته باشد صرفاً در دعوایی، انگشت دیگری را ببرد و بعد معلوم شد که وی، سارق حدی بوده است، آیا از قصاص و دیه معاف است؟ آیا شارب مسکر، مهدورالجسم است؟ اگر کسی دیگری را در دعوایی شلاق بزند و بعد معلوم شود که او، مرتکب شرب خمر بوده، آیا ضارب می‌تواند از مجازات ضرب دیگری فرار کند؟ اگر کسی دیگری را حبس کند و بعداً معلوم شود وی مستحق حبس بوده است، آیا مجرم می‌تواند به این بهانه که فرد حبس شده شرعاً مستحق زندان بوده است، از خویش دفاع کند؟ طبعاً هر دو طرف پاسخ مشکل است؛ زیرا اگر پاسخ منفی باشد، پرسش این است که چه تفاوتی میان این جرایم و جرم حدی مستوجب سلب حیات وجود دارد و اگر پاسخ مثبت باشد، واقعاً می‌توان چنین چیزی را پذیرفت و آیا این امر باعث هرج و مرج نمی‌شود؟

۵.۶. تأثیر انگیزه در جواز قتل و سقوط قصاص و دیه

از برخی روایات استفاده می‌شود که نیت و انگیزه مرتکب در سقوط قصاص و دیه مهم است. برای نمونه در روایتی صحیحه، برید عجلی از امام باقر (ع) می‌پرسد: مؤمنی فردی ناصبی که دشمنی‌اش معلوم و معروف بوده را به خاطر غضب برای حق تعالی و به انگیزه آن می‌کشد؛ آیا قصاص می‌شود؟ امام (ع) پاسخ می‌دهند: اینان (حکام جور) او را می‌کشند، اما اگر

نزد امام عادل شکایت برده شود، او را قصاص نمی‌کند. البته بر امام لازم است که اگر مقتول ورثه دارد، دیه‌اش را از بیت‌المال بپردازد. در انتها هم می‌فرماید: «لان قاتله انما قتله غضباً لله عزّوجلّ و للإمام و لדיن المسلمین: چون قاتلش او را به خاطر غضبی که برای خداوند عزّوجلّ و امام و دین مسلمین داشته، کشته است:

سألت أبا جعفر (ع) عن مؤمن قتل رجلاً ناصباً معروفاً بالنصب علی دینه غضباً لله تعالی یقتل به؟ فقال: أمّا هؤلاء فیقتلونه ولو رفع إلى إمام عادل ظاهر لم یقتله. قلت: فیبطل دمه؟ قال لا ولكن إن كان له ورثه فعلى الإمام أن یعطيه المّ الدیه من بیت‌المال لأنّ قاتله إنّما قتله غضباً لله عزّوجلّ و للإمام و لדיن المسلمین (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۱۳۲).

برخی از معاصرین هم به این امر در خصوص کشتن مرتد تصریح کرده‌اند (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ص ۷۷)؛^۲ بنابراین نمی‌توان گفت هرکس با هر انگیزه‌ای مرتکب جرم حدی مستوجب سلب را بکشد، به قصاص و دیه محکوم نمی‌شود؛ در نتیجه اگر زانی غیر محصن، زانیه محصنه را به علت اختلافاتی که با هم دارند بکشد، از قصاص و دیه مبرا نخواهد بود و حداقل به دیه محکوم خواهد شد.

نتیجه

گرچه مقتضای اصل هم آن است که در هر قتل عمدی، قصاص است؛ مگر اینکه دلیلی بر نفی قصاص باشد، مشهور فقها، مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات را مهدورالدم مطلق می‌دانند و کشتن او را موجب قصاص و دیه نمی‌پندارند. این نظر، اطلاق دارد؛ یعنی اعم از آنکه قاتل از مهدورالدم بودن

۱. در خصوص این روایت، مباحثی مطرح است؛ مثلاً چرا دیه لازم است؟ علامه مجلسی احتمال می‌دهد که پرداخت دیه مستحب باشد، در فرضی که ورثه ناصبی مقتول مؤمن اند (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۲۱۲).

۲. «ولکن التحقیق ان یقال ان القول بجواز قتل المرتد لغير الإمام (ع) مطلقاً فی غایه الإشکال بل یلزم الهرج و المرج بل القدر المتیقن من الأدله جوازه لمن سمع منه سبّ النبی أو واحد من الأنبیاء أو شتمه أو إظهار عداوته للذین علی نحو یوجب غضب السامع و غیرته و تغییر حاله فقتله فحینئذ لیس علیه شیء.»

و ارتکاب جرم وی مطلع باشد یا نباشد، به قصد اقامه حد او را بکشد یا چنین قصدی را نداشته باشد، حاکم، به قتل وی حکم داده باشد یا نداده باشد. مشهور فقها، این امر را مسلم انگاشته و جز یکی دو دلیل مانند اجماع و روایت سعید بن مسیب، دلایل خاصی را نیاورده‌اند، اما می‌توان دلایلی را برای ایشان اقامه کرد؛ همچون تعلق حکم قتل بر نفس عمل.

در مقابل، برخی فقها، مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات را تنها نسبت به امام، مهدورالدم دانسته و کشتن او را توسط غیر امام، مستوجب قصاص و دیه می‌دانند. البته سابقاً النبی (ص) را مهدورالدم مطلق دانسته و کشتن مرتد را به علت عدم تکافو در دین، موجب قصاص نمی‌دانند. اینان عمدتاً با نقد ادله مشهور، به عموم و اطلاق ادله قصاص استناد کرده‌اند، اما می‌توان دلایل متعددی را در این زمینه اقامه کرد.

در مقام ارزیابی، ادله مشهور قابل نقد است و آنچه در نهایت می‌توان گفت، این است که اولاً؛ باید میان مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات و محکوم به مجازات سلب حیات تفاوت بگذاریم و ثانیاً باید میان کسی که قصد اقامه حد الهی را داشته و کسی که چنین قصدی نداشته است، فرق گذاشت؛ در نتیجه اگر کسی به قصد اقامه حد الهی، محکوم به اعدام به سبب ارتکاب جرم حدی را بکشد، از قصاص و دیه معاف باشد. لذا، اصلاح بندهای الف و ب ماده ۳۰۲ ق.ا.م.ا. ۱۳۹۲ ضروری به نظر می‌رسد. حال اگر بپذیریم مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات مهدورالدم مطلق است، باید تنها در نفی قصاص چنین گفت، اما اینکه کشتن خودسرانه چنین فردی دیه هم نداشته باشد، جای بررسی و تأمل دارد.

حامی مالی

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

نقدی بر مهدورالدم مطلق بودن مرتکب جرم حدی مستوجب سلب حیات

سهام نویسنده در پژوهش

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

تضاد منافع

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

منابع

اصفهانى (فاضل هندی)، محمدبن حسن؛ كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ۱۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.

بازگیر، یدالله؛ قتل عمد؛ ج ۱، تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶.

تبریزی، جوادبن علی؛ تنقیح مبانی الأحكام (کتاب القصاص)؛ قم: دارالصدیقه الشهیده (ع)، ۱۴۲۶ق.

حاجی ده‌آبادی، احمد؛ «جریان یا عدم جریان قاعده درأ در فصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۲۵، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، ص ۱۷۷-۲۱۲.

حاجی ده‌آبادی، احمد؛ درسنامه قواعد فقه جزایی؛ ج ۳، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۴۰۱.

حائری، سیدعلی بن محمد؛ ریاض المسائل؛ ج ۱۶، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۸ق.

حرّ عاملی، حسن؛ وسائل الشیعه؛ ج ۲۸ و ۲۹، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ق.

حسینی حسنی، ابی بکر بن محمد؛ کفایها لأخیار؛ بیروت: دارالخیر، ۱۴۱۹ق.

حسینی روحانی، سیدمحمدصادق؛ فقه الصادق (ع)؛ ج ۲۶، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۲ق.

حکیم، سیدمحمدسعید؛ منهاج الصالحین؛ ج ۳، بیروت: دارالصفوه، ۱۴۱۵ق.

حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ قواعد الأحكام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.

حلّی، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام؛ ج ۲ و ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تبصره‌المتعلّمین فی أحكام‌الدین؛ تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ق.

حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب الإمامیه؛ ج ۶، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.

خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیله؛ ج ۲، قم: دارالعلم، [بی‌تا].

- خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانى تكاملها المنهاج؛ ج ۴۲، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخويى (ره)، ۱۴۲۲ ق.
- خویی، سیدابوالقاسم؛ محاضرات فى الموارىث؛ قم: مؤسسه السبطين العالميه، ۱۴۲۴ ق.
- سبحانى، جعفر؛ أحكام القصاص فى الشريعة الإسلاميه الغراء؛ قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۹۱.
- سیستانی، سیدعلی؛ المسائل المنتخبه؛ قم: دفتر معظم له، ۱۴۲۲ ق.
- سیستانی، سیدعلی؛ منهاج الصالحین؛ ج ۳، قم: دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
- شربینى خطیب، محمد؛ معنى المحتاج؛ ج ۴، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۳۷۷ ق.
- شوشتری، محمدتقی؛ النجعه فى شرح اللّمعه؛ ج ۱۱، تهران: کتابفروشى صدوق، ۱۴۰۶ ق.
- صانعی، یوسف؛ فقه الثقلین (کتاب القصاص)؛ قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۳.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ الخلاف؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالك الألفهام؛ ج ۱۵، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضه البهیة فى شرح اللّمعه الدمشقیه؛ ج ۱۰، قم: کتابفروشى داوری، ۱۴۱۰ ق.
- علوی، سید عادل؛ القصاص على ضوء القرآن والسنة (تقریرات درس قصاص آیت الله العظمی سید شهاب الدین مرعشى نجفی (ره))؛ ج ۳، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشى نجفی (ره)، ۱۴۱۵ ق.
- عوده، عبدالقادر؛ التشريع الجنائى الإسلامى؛ ج ۲، ۱۲، بیروت: مؤسسه الرساله، ۱۴۱۳ ق.
- لنکرانى، محمد فاضل؛ تفصیل الشریعه فى شرح تحریر الوسیله (القصاص)؛ قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۱ ق.
- مجلسی، محمد باقر؛ مرآه العقول فى شرح أخبار آل الرسول (ص)؛ تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
- مدنی کاشانی، حاج آقازضا؛ کتاب القصاص للفقهاء والخواص؛ قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- مکی (شهید اول)، محمد؛ اللّمعه الدمشقیه فى فقه الإمامیه؛ بیروت: دار التراث، ۱۴۱۰ ق.
- نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
- نوبهار، رحیم؛ اصل قضایى بودن مجازات ها؛ تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.



Investigating the usurper's guarantee in reducing the property of objects (with emphasis on devaluation of money)

Mohammad Taqi Moradi* (Corresponding Author)

Ph.D. Candidate in Islamic Jurisprudence and Principles of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Qom, Qom, Iran.

Email: mtmoradi1402@gmail.com

Mohammadjavad Heydari Khorasani

Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Qom, Qom, Iran.

Email: dr.mjheydari@gmail.com

Mohammad Nozari Ferdowsieh

Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Qom, Qom, Iran.

Email: abasaleh.s@gmail.com

Davoud Hassanpour

Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

Email: hassanpour.davood@gmail.com



Use your device to scan and read the article online

Citation Moradi, M.T., Heydari Khorasani, M., Nozari Ferdowsieh, M., Hassanpour, D. (2025). Investigating the usurper's guarantee in reducing the property of objects (with emphasis on devaluation of money). *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (87): 73-99  [10.22034/ilaw.2025.718504](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.718504)

Received: 09 March 2024 , Accepted: 08 May 2024

Abstract

The guarantee of his usurper is certain. In relevant sources, if the usurper is imprisoned the same property, the same is the same as the same sentence and his guarantee has not been accepted in reducing its property. In the analysis of the verdict, while citing the non-evidence of the usurper's responsibility to reduce property, the loss of credit traits was not considered the necessity of compensation. In a descriptive-analytical study, by examining the evidence of usurpation and general rules and relevant practical principles, the main question was answered as a usurper in reducing the property of the usurped objects, and it was concluded that in the traits that are tailored. They are property, there is no difference between real, credit and additional traits, and each of them is guaranteed. If the usurper led to a reduction in the property of an object, including money, the usurper must offset its property and pay the same property, whether in real or credit property. In order to achieve this result, numerous arguments were criticized in the text of the article

Keywords

Guarantee, usurpation, property, money, Wastage Rul.



Extended Abstract

1. Introduction

In Islamic jurisprudence and Iranian civil law, the liability of a usurper (ghasib) is a fundamental principle established by their unlawful and forced control over the property or rights of another. Traditionally, legal discourse holds that if a usurped object (ayn) remains physically intact, the usurper's primary obligation is to return that specific item to its owner. In such cases, many legal scholars argue that the usurper is not liable for a reduction in market price (qimat-e suqiyyah) if the physical attributes of the object have not changed, positing that a decline in public demand does not constitute a compensable physical defect.

However, a significant legal and ethical dilemma arises when the financial value (maliyyat) of the object—defined as its capacity to satisfy human needs and its desirability among rational actors—diminishes substantially during the period of usurpation. This issue is most acute in the context of currency. If a usurper holds a specific sum of money for several years and eventually returns the same nominal amount, the owner suffers a drastic loss in purchasing power due to inflation and depreciation. This research addresses the core question: Is the usurper liable for the reduction of maliyyat as a compensable loss independent of the physical object?.

2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical methodology to investigate the scope of a usurper's liability. The research evaluates primary sources of Islamic jurisprudence (Fiqh) and the Iranian Civil Code (specifically Articles 301 to 337) to determine the legal basis for compensation. The analysis involves a critical review of existing jurisprudential opinions, contrasting traditional views with contemporary needs. Specifically, the study examines key legal maxims, including the Rule of Hand (Ali al-Yad), the Rule of Destruction (Itlaf), the Principle of No Harm (La Darar), and the Maxim of Harsh Treatment (Al-Ghasib yu'khadh bi ashaqq al-ahwal). It explores how these rules apply to the loss of financial value in both tangible assets (e.g., ice or water) and credit-based assets like national currency.

3. Research Findings

The research identifies that maliyyat is an attribute distinct from the physical essence of an object. The findings conclude that there is no legal distinction between physical, conventional (etebari), and relative qualities when they serve

as the essential pillars of an object's financial value. Key findings include:

- Refinement of the “Likeness” (Mithl) Principle: Drawing on Surah Al-Baqarah (2:194), the study argues that “likeness” in the context of money refers to its purchasing power and financial worth, not merely the physical paper or nominal face value. Returning devalued currency fails the test of “like for like” as understood by rational actors (uqala).
- Expansion of the Rule of Hand (Ali al-Yad): Under this maxim, a usurper is liable for the object as it was at the time of seizure, including the qualities that drive market desirability. Returning an object that has lost its maliyyat due to the usurper's delay does not constitute a valid “restoration” (ada).
- Broadening the Rule of Destruction (Itlaf): While some scholars limit this rule to physical destruction, this research supports the view that destroying the financial value of a thing—such as holding ice until it melts or holding currency until it devalues—triggers liability for the lost value.
- The Maxim of Harsh Treatment: Because usurpation is a malicious act, the law applies the strictest possible standards against the usurper. This maxim prioritizes the owner's right to be made whole over any hardship the usurper might face in compensating for value loss.
- Application of the Principle of No Harm (La Darar): Jurisprudential evidence suggests that exempting a usurper from liability for currency depreciation results in a “harmful ruling” against the owner, which is rejected in Islamic law.
- Conflict of Scholarly Opinion: The study critiques the view of Mohaqqiq Isfahani, who argues that returning the physical item discharges liability regardless of value loss. Instead, it aligns with the views of Imam Khomeini and Akhund Khorasani, who maintain that the loss of maliyyat is a form of damage that must be remedied to ensure justice.

4. Conclusion

The research concludes that a usurper is legally and religiously liable for any significant reduction in the financial value (maliyyat) of a usurped object, regardless of whether the physical object remains intact. Simply returning the physical ayn is insufficient if its economic essence has been depleted by the duration of the usurpation. This is particularly vital for modern currency; the “likeness” of a sum of money usurped years ago is its equivalent purchasing power today. Therefore, the usurper's debt is only discharged when the full fi-

nancial value is restored to the owner. This interpretation upholds the Principle of No Harm, ensures the Maxim of Harsh Treatment effectively deters unlawful seizures, and aligns the legal system with the common-sense expectations of rational actors regarding financial justice.

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.



بررسی ضمان غاصب در کاهش مالیت اشیا

(با تأکید بر کاهش ارزش پول)

محمدتقی مرادی* (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران.
Email: mtmoradi1402@gmail.com

محمدجواد حیدری خراسانی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران.
Email: dr.mjheydari@gmail.com

محمد نوذری فردوسیة

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران.
Email: abasaleh.s@gmail.com

داود حسن پور

استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهیدمطهری، تهران، ایران.
Email: hassanpoor.davood@gmail.com



Use your device to scan and read the article online

استناد مرادی، محمدتقی؛ حیدری خراسانی، محمدجواد؛ نوذری فردوسیة، محمد؛ حسن پور، داود (۱۴۰۴). بررسی ضمان غاصب در کاهش مالیت اشیا (با تأکید بر کاهش ارزش پول). فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۷): ۹۹-۷۳

doi 10.22034/ilaw.2025.718504

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۹، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹

چکیده

ضمان غاصب برخاسته از تسلط عدوانی وی، امری مسلم است. در منابع مرتبط، در صورتی که غاصب، عین مال را حبس کند، به استرداد همان عین حکم شده و ضمان وی در کاهش مالیت آن پذیرفته نشده است. در تحلیل این حکم، ضمن استناد به عدم شمول ادله مسئولیت غاصب به کاهش مالیت، اتلاف صفات اعتباری مشمول لزوم جبران دانسته نشده است. در پژوهش پیش رو به شیوه توصیفی- تحلیلی، با بررسی ادله مسئولیت غاصب و قواعد عمومی و اصول عملیه مرتبط، به این سؤال اصلی مبنی بر ضمان غاصب در کاهش مالیت اشیای غصب شده پاسخ داده شد و این نتیجه به دست آمد که در ازاله صفاتی که مقوم مالیت هستند، تفاوتی بین صفات حقیقی، اعتباری و اضافی وجود ندارد و ازاله هر کدام از آنها، ضمان آور است. اگر غصب به کاهش مالیت یک شیء از جمله پول منجر شد، غاصب باید مالیت آن را جبران کند و پرداخت عین مال، چه در اموال حقیقی و چه در اموال اعتباری کافی نمی باشد. برای دستیابی به این نتیجه، ادله متعددی نقد و بررسی شد که در متن مقاله اشاره شده است.

واژگان کلیدی

ضمان، غصب، مالیت، پول، قاعده اتلاف.



مقدمه

قانون مدنی در مواد ۳۰۱ تا ۳۳۷ با عنوان «در الزاماتی که بدون قرار داد حاصل می‌شود» از مسائل زیر سخن گفته است: ایفای ناروا؛ اداره مال غیر؛ استیفا از عمل یا مال غیر؛ غصب؛ اتلاف و تسبیب. ماده ۳۰۷ قانون مدنی، امور ذیل را موجب ضمان قهری دانسته است: «۱. غصب و آنچه که در حکم غصب است؛ ۲. اتلاف؛ ۳. تسبیب؛ ۴. استیفاء».

از نظر فقه و حقوق موضوعه به حکم ادله نقلی و عقلی، اگر کسی مال فردی را بدون رضایت وی و عدواناً تحت تسلط خودش در آورده و غصب کند، مسئول جبران خسارت‌های وارد شده به صاحب مال است. درباره مسئولیت غاصب در صورت بقای عین غصبی در دست وی، چند صورت گفته شده است: ۱. لزوم ردّ همان عین غصبی در صورت امکان؛ ۲. لزوم ردّ بدل حیلوله در صورت دشواری ردّ عین؛ ۳. لزوم ردّ عین معیوب به همراه ارزش خسارت؛ ۴. لزوم ردّ عین و توابع آن در صورت تبدیل به ماهیت دیگر. در کاهش قیمت ساقیه کالای غصبی نیز گفته شده که اگر اوصاف آن تغییر نکند، غاصب مسئولیتی ندارد و همان عین را برمی‌گرداند (امام خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۵۹ / شهید اول، [بی‌تا]، ج ۳، صص ۱ و ۶ / محقق ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۱۹)؛ چون آنچه کم شده، رغبت و تمایل مردم به این کالا است و چیزی از خود کالا کاسته نشده است (عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱۸، ص ۱۹۸). برخی از حقوق‌دانان نیز بعد از مسئول دانستن غاصب نسبت به نقص و عیب کالا بیان داشته‌اند: «البته اگر قیمت مال مغضوب در بازار پایین بیاید، نباید آن را با نقص و عیب، قیاس کرد؛ چون آنچه در این فرض از بین رفته، رغبت مردم است، نه مال مغضوب» (امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۲۰۸). در برخی موارد غاصب با حبس مال غیر، سبب کاهش مالیت آن مال می‌شود، هر چند مباشر در این کار نیست، مانند اینکه پولی را از دیگری غصب کرده و بدون اذن وی آن را حبس کند و بعد از ۱۰ سال بخواهد آن را پس دهد. مسئله این پژوهش این است که مسئولیت غاصب در این حالت که

عین غصبی باقی مانده، با کدام یک از چهار صورت مذکور منطبق است؟ به عبارتی، آیا مالیت کاسته شده، به صورت مستقل و جدای از عین مال، مورد ضمان است یا نه؟ با توجه به اینکه در بقای عین به شکل روز اول خودش، حتی در صورت نزول قیمت سوقیه، غاصب مسئول دانسته نشده، در نگاه ابتدایی به نظر می‌رسد غاصب، مسئول جبران مالیت کاهش یافته نباشد و با صرف پس دادن عین، عهده غاصب بریء شود (اصفهانى، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۹۱). بازگشت این اختلاف‌ها به تفصیل بین صفات حقیقی و غیرحقیقی بازمی‌گردد. برخی فقط ازاله وصف حقیقی را ضمان آور می‌دانند (همان)، ولی برخی معتقدند: «در ضمان ناشی از ازاله صفاتی که مقوم مالیت هستند، تفاوتی بین صفات حقیقی، اعتباری و اضافی وجود ندارد» (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۶۹). از این رو، انتقال آب از بیابان خشک به کنار رود دجله، همانند ازاله وصف سرکه بودن که در قیمت آن دخیل است، ضمان آور است، همچنان که نگه داشتن یخ از تابستان و تحویل دادن آن به صاحبش در زمستان، ازاله و اتلاف وصف نسبی است که در ارزش مال، دخیل است؛ بنابراین ازاله و کاهش مالیت نیز که وصف اعتباری است، ضمان آور خواهد بود.

نتایج این نوشتار، ضمان غاصب در فرض اتلاف عین پول و مسئولیت وی در جبران مالیت آن را نیز تا حدودی مشخص می‌کند. همچنین در قاعده «تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه» (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۷/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۵۴) هم ثمره دارد؛ آیا تلف عین مال، مدنظر است یا شامل تلف مالیت هم می‌شود (ر.ک: اصفهانى، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۸۴). از جمله مقالاتی که درباره مسئولیت غاصب نگاشته شده، عبارت‌اند از: «ضمان غاصب نسبت به منافع در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران» توسط حمید اکبری و علی اکبر ایزدی در نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران؛ «عدم النفع» توسط مصطفی سعادت و حسین هوشمند فیروزآبادی در

شماره ۲۶ نشریه حقوق اسلامی؛ «قلمرو ضمان در فقه مذاهب اسلامی (در امور مالی)» توسط سعید بیگدلی در شماره ۱۵ نشریه فقه مقارن؛ «بررسی احکام غصب در اعیان و منافع از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران» ارائه شده در سومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام. این مقالات، بیگانه از بحث حاضر بوده و در هیچ کدام از آنها، به پرسش این مقاله پاسخی داده نشده است.

در این نوشتار، ادله مربوط به مسئولیت غاصب در صورت سببیت در کاهش مالیت اشیای حقیقی و اعتباری از منظر فقه و قوانین موضوعه، نقد و بررسی و مسئولیت وی از ضمن ادله واکاوی می‌شود. جهت تبیین زوایای بحث، نخست مفاهیم ضمان و مالیت بحث شده و سپس با تفتن به اشکال ضمان قهری غاصب از منظر فقه و حقوق، صورت‌های مختلف مسئولیت غاصب مطرح شده است. در نهایت، ادله مسئولیت غاصب در سببیت در کاهش مالیت بررسی شده تا امکان نتیجه‌گیری میسر گردد.

۱. مفاهیم مرتبط

برای تبیین صورت مسأله و امکان ارزیابی ضمان غاصب در کاهش مالیت اشیاء، ابتدا معانی ضمان غاصب و مالیت بیان می‌گردد.

۱-۱. ضمان غاصب

ضمان به معنای ذمه و عهده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۴، ص ۲۳۹). هرگاه شخصی، ناگزیر از جبران خسارت وارد شده به دیگری باشد، در برابر او ضامن بوده و مسئولیت دارد. در حقوق کشورهای عربی، بیشتر از واژه «التزام» استفاده شده است. این واژه، اگرچه با کلمه تعهد، مشابهت بیشتر دارد، با مفهوم لغوی ضمان، سازگارتر است (هاشمی، ۱۳۸۹، ص ۱۶).

مسئولیت در مفهوم وسیع، گاهی به واسطه قرارداد برای اشخاص ایجاد می‌شود که به آن، الزامات ناشی از عقد یا مسئولیت قراردادی می‌گویند که از نقض قرارداد

ناشی می‌شود. در موارد زیادی بدون اینکه قراردادی بین اشخاص وجود داشته باشد، به عمد یا خطا، زبانی به افراد وارد شده و شخص ملزم به جبران خسارات می‌شود. به این نوع از الزام، الزامات خارج از قرارداد، مسئولیت قهری، مسئولیت غیرقراردادی یا ضمان قهری می‌گویند که از نقض تکلیف قانونی که بر همگان مقرر است ناشی می‌شود (همان، ص ۱۷ / صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ص ۷).

بیشتر فقیهان بین دو مسئولیت قراردادی و قهری، فرق نگذاشته و در مواردی همچون تخلف اجیر و ایراد خسارت به مال موضوع تعهد، به قواعد عمومی اتلاف و تسبیب استناد کرده‌اند (فهیمی، ۱۳۹۱، ص ۹۰). از منظر فقه و قانون، یکی از مواردی که باعث ضمان قهری می‌شود، غصب است که با استیلاي عدوانی بر مال و حق غیر محقق می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۳۵، ج ۱۲، ص ۱۴۹ / ماده ۳۰۸ ق.م). البته برخی معتقدند که در غصب حقوق، ضمان ید وجود ندارد (امام خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۵۳). ماده ۳۰۸ ق.م نیز بیان می‌دارد: «غصب، استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است».

۱-۲. مالیت

دارایی‌ها از جهتی در سه دسته قابل تقسیم‌اند: اعیان؛ منافع و حقوق (جعفری لنگرودی، [بی‌تا]، ص ۴۳). اموال نقد، طلا و نقره، سکه‌های رایج و پول نقد هر کشوری، جزء اموال به حساب می‌آیند. به هر چیزی که مطلوب مردم برای حوائجشان بوده و در معاش آنها موثر است، مال گفته می‌شود، مثل خانه، ماشین، خوراکی‌ها، نوشیدنی‌ها، لباس و... (بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۲۹). به عبارتی، هرچه که قابل تقویم به پول باشد مال است (لنگرودی، [بی‌تا]، ص ۳۶). دو امر در تحقق مالیت یک شیء معتبر است: ۱. آن شیء مورد احتیاج انسان باشد و نیازی از نیازهای مادی یا معنوی او را برطرف کند؛ ۲. دسترسی به آن، نیازمند کار و تلاش باشد (ایراوانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۶۵).

گاهی خود مال از بین می‌رود و گاهی مالیت آن، با اینکه عین مال، باقی مانده است، مانند یخ در زمستان که هیچ مالیتی ندارد (بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۲۸). همچنین اگر کسی ده سال پیش، مبلغی پول نقد از دیگری غصب کرده باشد، موقع برگرداندن عین یا عوض آن، قطعاً مالیت آن از بین رفته و درصد بالایی از ارزش پول کم شده است. از این رو، مالیت، امری جدای از مال است. البته پول از مصادیق مال اعتباری است؛ چون فی نفسه، در رفع حوائج به کار نمی‌رود، بلکه بعد از اعتبار نهاد قانون یک کشور، معتبر شده و برای رفع حوائج به کار می‌رود (همان، ص ۳۰).

۲. اشکال ضمان قهری غاصب از منظر فقه و حقوق

در این قسمت برای شناسایی خلأ موجود در متون فقهی و حقوقی پیرامون مسئولیت غاصب در صوت حفظ عین کالا و کاهش مالیت آن، اشکال ضمان قهری غاصب از منظر فقه و حقوق بیان می‌شود.

۲-۱. اشکال ضمان قهری غاصب از منظر فقه

از منظر فقه شیعه، مسئولیت غاصب نسبت به مال غصب‌شده، چهار حالت دارد؛ زیرا عین کالا، یا موجود است و یا موجود نیست. اگر عین موجود نباشد، یا تلف شده است و یا با تغییر صفات، به کالای دیگر تبدیل شده است. اگر تلف شده باشد، کالا، یا مثلی است و یا قیمی. در ادامه، حکم هر چهار صورت از منظر فقه بیان می‌شود:

۲-۱-۱. فرض بقای عین کالای غصب‌شده

اگر مال غصبی در دست غاصب یا افراد معلوم الحال موجود باشد باید همان مال به مالک برگردانده شود، هر چند رد آن هزینه داشته و مستلزم ضرر به اموال غاصب باشد، مانند لزوم عودت ابزارآلات غصبی به کار رفته در ساختمان (امام خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۵۷). در روایات نیز آمده است: «لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ جَاذًا وَ لَا لَاعِبًا؛ مَنْ أَخَذَ عَصِيَّ أَخِيهِ فَلْيُرْدهَا»

(ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۴۷۳ / نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۲، ص ۱۰۵)؛ «هرکس عصبایی را از دیگری گرفت باید آن را به صاحبش برگرداند».

الف) ضمان در صورت تغییر شکل کالای غصب‌شده

اگر غاصب، صورت کالای غصب‌شده را تغییر دهد، باید همان را به مالک برگرداند؛ به‌خاطر اینکه تبدیل کالا به کالا یا اوصاف دیگر، مزیل ملک نیست (طباطبایی، ۱۴۲۲، ج ۱۴، ص ۴۸ / عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱۸، ص ۲۰۲). در قبال تغییرات، اگر قیمت کالا پایین آمده باشد، باید ارزش آن را به مالک بدهد. اگر هم قیمت بالا رفته، از آن مالک خواهد بود. (عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱۸، ص ۲۶۰ / علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۲۸).

ب) ضمان منافع کالای غصب‌شده

به اجماع فقها، منافع مباحی که با دخالت غاصب، بدون استفاده از بین رفته (تفویت) و یا غاصب آنها را به نفع خودش استفاده کرده (استیفای بلاجهت و نامشروع)، بر گردن وی می‌باشد (عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱۸، ص ۱۵۶-۱۵۷ / طباطبایی، ۱۴۲۲، ج ۱۴، ص ۴۱ / فصیحی‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۲۶۱). اگر هم کالایی چندین منفعت داشته، غاصب باید اجرت بیشترین منفعت را پرداخت کند، هرچند از منافع دیگر استفاده کرده باشد (محقق ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۴۸). وجه مسئولیت غاصب در قبال منافع، این است که منافع به تبع عین، در ملک مالک بوده و مال می‌باشند، هرچند بعد از غصب پدید آید (عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱۸، ص ۱۵۸ / امام خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۶۷).

۲-۱۲. فرض تلف شدن عین کالای غصبی

اگر مال غصب‌شده، تلف شود، باید بدل آن به صاحبش برگردانده شود (امام خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۵۳). مسئولیت غاصب در جبران خسارت، طبق مثلی یا قیمی بودن کالا تعیین می‌شود. تشخیص قیمی یا مثلی بودن کالا نیز با عرف است.

اگر در مقام انتقال مثل، قیمت مثل پایین آمده باشد غاصب فقط مکلف به پرداخت همان مثل است و مالک، حق مطالبه قیمت یا تفاوت قیمت را ندارد (امام خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۱۶۰). البته در متون فقهی آمده است: اگر با اختلاف زمان و مکان، مثل کالای تلف شده از مالیت خارج شود، مانند اتلاف آب در بیابان و بازگرداندن آن در شهر یا اتلاف یخ در تابستان و بازگرداندن آن در زمستان، مالک ملزم به گرفتن مثل نیست و باید در زمان و مکان خاص تحویل داده شود. منشأ این حکم، قیمت پیدا کردن مثل به نفع مالک است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۷۷ / شهید اول، [بی تا]، ج ۳، ص ۱۱۳ / محقق ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۵۷). در این فرض که مالک می تواند مطالبه قیمت آن در زمان غصب را بکند یا نه، امام خمینی به «المسأله مشکله» تعبیر کرده و احتیاطاً حکم به تصالح کرده است (امام خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۱۶۱).

۲-۲. اشکال ضمان قهری غاصب از منظر حقوق

مطابق ماده ۳۱۱ ق.م. ضمان غاصب در تدارک ضرر در سه صورت خلاصه می شود:

۱. در فرض بقای عین، غاصب باید آن را به مالک بازگرداند؛ ممکن است مال، معیوب شده و یا نقص پیدا کرده باشد. در این صورت غاصب باید علاوه بر رد مال، عیب یا نقص را نیز جبران کند (امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۷۲۹ / کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۰۷ / صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ص ۲۹). ماده ۳۱۵ ق.م. بیان می دارد: «غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او به مال مغضوب وارد شده باشد».
۲. در موردی که مال مغضوب تلف شده، غاصب باید بدل آن (مثل یا قیمت) را به مالک بدهد؛

ماده ۳۱۲ ق.م. بیان می دارد: «هرگاه مال مغضوب، مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین الادا را بدهد و اگر مثل موجود بوده و

از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد». طبق ماده ۳۲۰ ق.م. اتلاف منفعت، مانند اتلاف مال است و چون مثل آن را نمی‌توان به متضرر داد، باید قیمت آن پرداخت شود. اگر مال مغضوب در زمره اموالی است که در عرف برای آنها اجرتی وجود دارد، مانند خانه و اتومبیل، غاصب باید اجرت‌المثل آن را از زمان غصب تا روز تلف یا خلع ید بپردازد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ص ۳۸).

۳. در حالتی که مال مغضوب باقی است، ولی بازگرداندن آن ناممکن یا بعید است، غاصب باید بدل حیلوله بدهد (همان، ص ۳۳).

۳. نقد و بررسی ادله مسئولیت غاصب در کاهش مالیت

از مجموع مطالب مطرح شده در کتب فقها و حقوق‌دانان روشن شد که جز کاهش قیمت سوقیه کالا، مطالب قابل توجهی درباره کاهش یا از بین رفتن مالیت اعیان غصبی، از جمله کاهش مالیت در غصب پول و افت ارزش آن به میان نیامده است. در کاهش قیمت سوقیه کالای غصبی در بقای عین نیز گفته شده که اگر اوصاف آن تغییر نکند، غاصب مسئولیتی ندارد و همان عین را برمی‌گرداند (عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱۸، ص ۱۹۷ / امام خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۵۹ / شهید اول، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۱-۶ / محقق ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۱۹)؛ چون آنچه کم شده، رغبت و تمایل مردم به این کالا است و چیزی از خود کالا کاسته نشده است (عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱۸، ص ۱۹۸). برخی از حقوق‌دانان نیز بعد از مسئول دانستن غاصب نسبت به نقص و عیب کالا بیان داشته‌اند: «البته اگر قیمت مال مغضوب در بازار پایین بیاید، نباید آن را با نقص و عیب، قیاس کرد؛ چون آنچه در این فرض از بین رفته، رغبت مردم است، نه مال مغضوب» (امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۲۰۸).

در این قسمت، ادله‌ای که در ضمان قهری و مسئولیت غاصب در صورت کاهش مالیت پول می‌توان بدان استناد کرد نقد و بررسی می‌شود. برخی از

این ادله عبارت‌اند از:

۳-۱. استناد به واژه «مثل» در آیه ۱۹۴ سوره بقره

آیه ۱۹۴ سوره بقره یکی از ادله قرآنی مسئولیت است که بیان می‌دارد: «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ: پس هر که بر شما تعدی کرد، شما هم به مثل آن بر او تعدی کنید».

این آیه یکی از ادله مسئولیت غاصب در جبران مالیت دانسته شده است (بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۲۹). عمومیت این آیه می‌رساند که غاصب باید «مثل» همان خسارتی را که وارد کرده، جبران کند. برخی فقها نیز تشخیص مثل در مثلی را به عهده عقلاً نهاده‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۳۹). ماده ۹۵۰ ق.م نیز معتقد است تشخیص مثلی با عرف می‌باشد. عرف عقلاً، این حقیقت را درک می‌کند که پول الآن مثل پول چند سال پیش نیست. البته امام خمینی بیان داشته که «فلزات و معادن قالب ریزی شده مثل مس و همچنین طلا و نقره مضروب و غیره مضروب، مثلی هستند» (امام خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۶۲). هر چند ظاهراً این فتوا، پول را مثلی می‌داند، نه قیمی، به نظر می‌رسد مثلی بودن آن به اعتبار است، نه به کاغذ و عین خارجی‌اش؛ یعنی مثل صد میلیون ده سال قبل، صد میلیون کاغذی الآن نیست، بلکه مبلغی است که معتبر، معادل آن می‌داند. در واقع مثلی بودن پول به قیمی منتهی می‌شود؛ یعنی قیمت همان پول ده سال پیش. ماده ۳۱۲ ق.م نیز بیان می‌دارد: «هرگاه مال مغضوب، مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین‌الادا را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد». هر چند این ماده قانونی و فتوای امام خمینی، ناظر به اتلاف مال مثلی است، بازگشت مثلی به قیمی می‌رساند که برداشت عرف در لزوم ادای مثل همان مال غصبی، پشتوانه علمی هم دارد.

۳-۲. عموم قاعده «علی الید»

طبق روایت «علی الید ما أخذت حتی تُؤدّی» (ابی داود، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۲۸۴، ح ۳۵۶۱)، غاصب باید در «ما أخذت»، عین همان را که گرفته، با همه اوصافش برگرداند. روشن است که یک میلیون الآن، عین یک میلیون ده سال پیش نیست. از این رو، بازگرداندن مالی که به خاطر حبس آن توسط غاصب، مالیت خودش را از دست داده، «حتی تُؤدّی» حساب نشده و غایت مسئولیت تأمین نشده است. سایر روایات نظیر «لَهُ صَوَافِی الْمُلُوكِ مَا كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ غَيْرِ وَجْهِ الْعُضْبِ لِأَنَّ الْعُضْبَ كُلَّهُ مَرْدُودٌ» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۱۲۸/ حرّ عاملی، ۱۴۱۶، ج ۹، ص ۵۲۴) نیز بازگردادن کل مغضوب را لازم می‌داند. عموم کل، اعم از افرادی و صفاتی می‌باشد.

طبق این قاعده، جبران عین که مالیت آن کم شده، بر عهده ذوالید است. غایت این مسئولیت، ادای مأخوذ به مالک آن است. امام خمینی معتقد است اگر در مسئولیت نسبت به اتلاف یا کاهش ذمالیت به قاعده «علی الید» استناد شود، وی مسئول و ضامن خواهد بود؛ زیرا اوصافی که در رغبت مردم به کالا دخیل هستند، تحت ید قرار گرفته و به خاطر شمول این قاعده، ضمان آور خواهند بود (علامه حلّی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۶۸). البته سخن وی در باب ضمان مقبوض به عقد فاسد است که به طریق اولی، شامل ضمان غاصب نیز می‌شود. وی در بیانی صریح در ابطال اعتبار پول توسط دولت‌ها، فرد غاصب را مسئول و ضامن می‌داند؛ زیرا پول در زمان غصب، با عنوان «اعتبار» تحت ید غاصب قرار گرفته و او، ضامن پول معتبر شده است. موقع پس‌دادن نیز باید عین همراه این وصف را ادا کند؛ چه زوال اعتبار آن از سوی دولت، کلاً آن را از مالیت انداخته و چه باعث کاهش مالیت آن شده باشد. دلیل ضمان، با یک ملاک و اعتبار، هر دو صورت را شامل می‌شود (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۶۹-۵۷۰).

در مقابل، محقق اصفهانی معتقد است که با صرف پس‌دادن عین، عهده

غاصب بری می‌شود، هرچند عین بازگردانده شده از مالیت افتاده باشد، همان‌طور که بی‌شک بازگرداندن عینی که قیمت سوقیه آن کاسته شده، باعث برائت ذمه می‌شود. نتیجه اینکه وظیفه غاصب، عودت عین مال غصب‌شده است، نه بازگرداندن مال با صفات اعتباری آن (یعنی مالیت)، وگرنه تفاوتی بین سقوط مالیت و کاهش مالیت نخواهد بود. مقتضای قاعده ضمان «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» نیز تدارک مال به حمل شایع است، نه تدارک مالیت (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۹۱). اوصاف مال نیز به حمل شایع، مال نیستند، بلکه مقوم مالیت عین هستند و جز مال به حمل شایع، چیزی بر عهده شخص لازم نمی‌شود (همان، ص ۴۳۹).

امام خمینی با تکیه بر مبنای خود در شمول قاعده «علی‌الید» بر اتلاف مالیت اشیا، دیدگاه آخوند خراسانی و محقق اصفهانی را ناتمام می‌داند (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۶۹). البته این استناد نادرست به نظر می‌رسد؛ زیرا آخوند خراسانی با امام خمینی هم‌نظر بوده و معتقد است اطلاق قاعده ضمان، شامل اتلاف مالیت نیز می‌شود. در نتیجه، غاصب هم باید عینی را که مالیت آن کاسته شده و هم ما به التفاوت آن را به مالک بدهد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۳۹).

۳-۳. سیره عقلا

در مسئولیت غاصب در صورت کاهش مالیت پول به سیره عقلا نیز می‌توان استناد کرد. حکما این مسئولیت را تحت عنوان قضایای مشهوره مبنی بر «قبح سلب مال دیگران» بیان داشته‌اند (ابن‌سینا، ۱۳۷۵، ص ۳۶). ارتکاز عقلا این است که بازگرداندن عین پول ده سال پیش که مالیت آن کم شده، ادای مسئولیت نیست.

فقیه معاصر، آیت‌الله بهجت نیز با تمسک به عرف عقلا در مسئولیت نسبت به اتلاف مالیت می‌نویسد: «اگر عین مغضوبه سالم و بی‌عیب باقی بود، رد آن به مالک کافی است و تفاوت قیمت سوقیه مضمون نیست. این حکم در موارد تحقق اتلاف مالیت به حسب حکم، مثل صورت ذهاب

مالیت رأساً، خالی از تأمل نیست، چنانچه از مراجعه به عرف عقلا در تغریمات به غضب و عدوان، نه به مطلق ید استفاده می‌شود و از ملاحظه نفی ضرر در ذهاب مراتب مالیت استفاده می‌شود» (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۴، ص ۵۹۹). برخی فقها هم معتقدند عقلا در لزوم جبران خسارت‌های وارد شده به دیگران، بین اتلاف مال و اتلاف مالیت تفاوتی قائل نمی‌شوند، به‌ویژه اینکه واژه‌های به‌کار رفته در روایات نظیر «افساد» مال، فقط شامل اتلاف مالیت می‌شود (قمی، ۱۴۲۳، ص ۲۰۴).

۳-۴. توسعه دلالت قاعده اتلاف (ضمان)

قاعده ضمان با عبارت «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» مشهور شده است (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲، ص ۲۸۸). مراد از تلف، هلاک و فنا و مراد از اتلاف، از بین بردن مال غیر است. برخی معتقدند این قاعده فقط در مسئولیت ناشی از اتلاف مال ظهور دارد، نه اتلاف مالیت (بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۲۹). با این حال، چون چنین متنی در هیچ روایتی نیامده و از روایات ابواب مختلف، اصطیاد شده است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۴۹/ بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۲۸). می‌توان گفت: دلیلی بر اختصاص این قاعده به اتلاف مال وجود ندارد. در متون فقهی نیز در تبیین دلالت قاعده، تمرکزی بر اتلاف مال نشده است. برای نمونه، محقق همدانی بیان می‌دارد: «مقتضای قاعده "من أتلف"، وجوب خروج از عهده چیزی است که تلف شده؛ این تلف، هرطور واقع شده باشد» (همدانی، ۱۴۲۰، ص ۳۷). در نتیجه، فردی که با غضب پول و بازگردان عین پول غصبی بعد از چند سال، باعث کاهش مالیت آن شده، باید علاوه بر رد مال، مالیت آن را نیز جبران کند.

برخی از فقها، عنوان مال حکمی را هم مشمول قاعده ضمان دانسته‌اند (خوانساری، [بی‌تا]، ص ۲۵۳). برخی دیگر، قاعده اتلاف را به حقوق مالی از جمله حق تحجیر نیز تعمیم داده و گفته‌اند: «اگر کسی آن را از بین ببرد قاعده اتلاف شامل آن می‌شود» (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۳۲). برخی

فقها نیز با تعریف مال به آنچه عقلا در ازای آن، چیزی پرداخت می‌کنند، توسعه قاعده به اتلاف مالیت را از باب مناسبت حکم و موضوع پذیرفته‌اند؛ زیرا عرف درنهایت، میزان و ملاک در مسئولیت را اتلاف مالیت اشیا می‌داند (قمی، ۱۴۲۳، ص ۲۰۴). محقق اصفهانی نیز معتقد است قاعده اتلاف، تمام مراتب اتلاف را نیز در بر می‌گیرد و اختصاص به مرتبه‌ای خاص ندارد. وی می‌نویسد: «همه مراتب اتلاف، موجب ضمان است؛ چون بر اتلاف این موضوع خاص (مال منتسب به غیر با اضافه ملکیه) ضمان مترتب شده است. اتلاف چنین مالی، گاهی به اتلاف رابطه ملکیت است، گاهی به اتلاف مالیت مال و گاهی به زیادی در مال از هر دو جهت» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۳۶). این دیدگاه وی در ضمان اتلاف مالیت، به اتلاف ناشی از تغییر اوصاف، مثل تغییر رنگ کالا مربوط است و شامل فرض این نوشتار نمی‌شود. از این رو، در جای دیگر می‌نویسد: «اگر اصل مال به کلی از ارزش ساقط شود، قاعده اتلاف شامل آن نمی‌شود؛ چون مقتضای قاعده، فقط تدارک اصل مال است، نه مالیت آن». وی این اشکال را که «در فرض اتلاف مالیت و ارزش یک شیء، اتلاف مال صادق است»، توهّم دانسته و می‌نویسد: «مال با فرض مالیت آن، مرکب از ذات مال و وصف مالیت است و با باقی ماندن اصل مال، فقط اتلاف مالیت مال رخ می‌دهد. پس اتلاف مال به اعتبار متعلق (وصف مالیت) آن است، نه اتلاف ذات مال. از این رو، مشهور فقها تدارک و ضمان تنزل قیمت را لازم نمی‌دانند، با اینکه مقداری از مالیت مال تلف شده است» (همان، ص ۳۹۱).

امام خمینی (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۶۸) و آخوند خراسانی (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۳۹)، توسعه دلالت این قاعده بر مسئولیت در قبال اتلاف مالیت را نپذیرفته‌اند. از این رو، آخوند خراسانی استناد به این قاعده در قطع اعضای عید را که مال تلف نشده و فقط مالیت آن کاسته شده، مردود دانسته است (همو، ۱۴۱۳، ص ۵۸/ همو، ۱۴۰۶، ص ۳۸).

برآیند دیدگاه فقیهان موافق و مخالف توسعه دلالت قاعده با توجه به اصطیادی بودن متن آن، پذیرش توسعه دلالت قاعده بر کاهش مالیت است.

۳-۵. قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقی الأحوال»

مسئولیت افراد در امور مالی، گاهی ناشی از اعمال غیر مجرمانه است، مانند لزوم بازگردادن مقبوض به عقد فاسد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۸۰) و گاهی ناشی از عدوان و اعمال مجرمانه، مانند مسئولیت غاصب. عدوانی بودن عمل غصب باعث شده که فقها تعامل با وی را در چارچوب قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقی الأحوال» مطرح کنند؛ یعنی غاصب به سخت‌ترین پست‌ترین کیفیت مجازات می‌شود و برای او هیچ ارفاقی در نظر گرفته نمی‌شود. این امر به سوء نیت غاصب برمی‌گردد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ص ۳۱). تمسک به این قاعده در مسئولیت غاصب، با مبنای بازدارندگی در مسئولیت نیز هماهنگ است (ر.ک: بادینی، ۱۳۹۲، ص ۳۶۰).

اهل سنت مدلول این قاعده را با عنوان تغلیظ حکم غاصب عنوان کرده‌اند (ماوردی، ۱۴۱۹، ج ۷، ص ۱۹۹/ نووی، [بی‌تا]، ج ۱۴، ص ۲۵۶). هرچند این قاعده، مدرک روایی خاصی نداشته (خویی، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۱۶۳) و برخی آن را به عامه استناد داده‌اند، شهرت بین فقها، آن را قاعده‌ای مقبول می‌نمایاند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۱۸/ محقق ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۶۰/ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۱۷/ ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۰۵/ امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۶۵۷). برخی فقها نیز معتقدند شهرت آن قابل چشم‌پوشی نیست (بهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۶۲۳). در وجوب تحمل مشقت توسط غاصب، ادعای اجماع شده (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۱۰) و کاشف الغطا این رفتار را مقتضای حکمت دانسته است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۳۱).
شرع اسلامی به امور مالی مردم اهمیت داده و برای آن قوانین ویژه‌ای وضع کرده تا شهروندان بتوانند در پرتو آنها به زندگی بپردازند. سخت‌گیری برای متجاوز به اموال دیگران از این قوانین است تا هیچ کس جرأت دست‌اندازی

به اموال دیگران را پیدا نکنند (علیشاهی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۵). این قاعده به قدری حائز اهمیت است که بر قاعده «نفی حرج»، مقدم دانسته شده و ادله نفی حرج و ضرر از غاصب، انصراف دارد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۶۵۷)، در حالی که خود قاعده «نفی حرج»، بر همه احکام اولیه حکومت دارد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۱۰). از جمله نتایج این قاعده این است که غاصب باید مال غصب شده را برگرداند، هرچند معسر و تنگ دست شده باشد (لاری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۵۲۰)، در حالی که طبق آیه ۲۸۰ سوره بقره، به بدهکار غیر عدوانی در حال عسر و ناداری، باید مهلت داد.

محقق ایروانی به امکان تمسک به این قاعده در جبران مالیت توسط غاصب اشاره کرده است (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۰۵). برخی معتقدند این قاعده فقط اخذ در حالت های شدید را شامل می شود، نه اخذ مازاد بر عین تلف شده را (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۸۳). برای نمونه، اگر کالایی را در مکان خاصی تلف کرده، مالک می تواند از غاصب بخواهد متحمل خسارت شده و در همان مکان تحویل دهد، هرچند مستلزم این باشد که چند برابر آن مال را هزینه کند. این دیدگاه درست نیست؛ زیرا برخی فقها، موارد تحمیل مازاد از عین بر غاصب را نیز مشمول این قاعده دانسته اند (مظفر، [بی تا]، ج ۱، ص ۸۱). برای نمونه، در غصب عبد و جنایت بر وی، غاصب باید ارش عبد را به مولای وی پرداخت کند و عبد معیوب هم به مولا می رسد، هرچند در جنایت خطای غیر عدوانی، مولا مخیر است در اینکه قیمت عبد را بگیرد و عبد ناقص را به جانی بدهد یا بدون عوض، عفو کند (شهید ثانی، ۱۴۳۵، ج ۴، ص ۴۹۵ / نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۱۲۷).

۳-۶. استصحاب اشتغال ذمه

طبق قواعد اصولی، اگر کسی یقین به اشتغال ذمه خود داشت باید برائت یقینی تحصیل کند، وگرنه همچنان مدیون خواهد بود (آخوند خراسانی، ۱۴۳۰، ج ۳، ص ۹۳ / خویی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۲۹۵). استصحاب بقای حق،

مؤید لزوم پرداخت معادل مال غصب‌شده در مالیت است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۷۴). روشن است که کسی که ده سال پیش، پولی را از دیگری غصب کرده، با پرداخت همان مبلغ بدون جبران مالیت کاسته شده، به برائت خودش یقین پیدا نمی‌کند. قاعده اشتغال و حتی استصحاب بقای عهده در مسئولیت ناشی از مقبوض به عقد فاسد و تبدیل مثل به قیمت نیز مورد استناد قرار گرفته است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۳۹).

برخی معتقدند: در این صورت، دو اصل متصور می‌شود: ۱. اصل بقای عهده تا زمانی که مالیت از بین رفته جبران شود؛ ۲. اصل بقای عهده بر آنچه که قبل از سقوط مالیت، بر عهده غاصب آمده بود. اصل اول اجرا نمی‌شود؛ چون شرعاً و عرفاً چیزی جز وجوب دفع عین بر عهده غاصب، ثابت نشده بود. از این رو، بعد از عودت عین، بقای عهده در جبران مالیت معنایی نخواهد داشت (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۹۲). همچنین چه بسا اشکال شود که این فرض، جزو اقل و اکثر استقلالی است که در آن نسبت به زائد برائت جاری می‌شود؛ چون عین مال، یک ضمان و مالیت، یک ضمان مستقل دارد. جواب این است که دو ضمان مستقل وجود ندارد، بلکه مضمون، یک چیز است که دارای مالیت است. از این رو، در ادای مال بدون جبران مسئولیت ناشی از اتلاف مالیت، استصحاب تعهد می‌شود (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۷۳).

محقق اصفهانی معتقد است تمسک به استصحاب در لزوم جبران مالیت، جز از راه اصل مثبت (هرگاه با اجرای اصل، اثری عقلی، یا عادی، یا شرعی با واسطه اثر عقلی و عادی را بر موضوعی مترتب کنیم، اصل را مثبت گویند) امکان ندارد؛ زیرا بقای عهده بر جبران مالیت بعد از بازگرداندن عین، ملزوم عادی یا عقلی و وجوب جبران مالیت است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۹۲). این ایراد نیز وارد نیست؛ زیرا لازمه عقلی اصل بقای اشتغال ذمه، وجوب خروج از عهده است و این لازمه، حکم اعم برای احکام واقعی و ظاهری است، همان‌طور که وجوب طاعت، لازمه اعم برای حکم واقعی

و ظاهری است. بی شک چنین موردی، مثبت به حساب نمی آید؛ زیرا با استصحاب بقای عهده، فقط اشتغال ذمه اثبات می شود و به دنبال آن، عقل به لزوم خروج از عهده حکم می کند. برائت قطعی در خروج از عهده، جز با جبران مالیت تلف شده، حاصل نخواهد شد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۷۴). لازم به ذکر است که محقق اصفهانی حتی استصحاب عهده از راه استصحاب کلی (یعنی استصحاب مفهومی که شامل افراد متعدد باشد) را نیز مردود می داند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۹۲).

۳-۷. قاعده لاضرر

طبق قاعده لاضرر، تشریح هر نوع حکم ضرری در اسلام نفی شده است. حکم به عدم ضمان غاصب و مسئول ندانستن وی در جبران مالیت، حکم ضرری علیه مالک است (همان/ بهجت، ۱۴۲۶، ج ۴، ص ۵۹۹). این درحالی است که طبق قاعده احترام، احترام مال مؤمن مثل احترام خون اوست (بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۲۶). پس هر ضرری که متوجه اموال و خون انسان ها گردد، ضمان خواهد داشت. از این رو، فقها در ضمان غاصب نسبت به اعمال حر کبیر، به احترام عمل او استدلال کرده اند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۶). چه بسا اشکال شود که عکس قضیه بالا هم صادق است؛ یعنی مسئول دانستن غاصب در جبران مالیت پولی که عین آن را دست نخورده نگه داشته، حکم ضرری علیه غاصب است. محقق اصفهانی نیز به این اشکال اشاره کرده و در تکمیل آن می نویسد: «خود غاصب به این ضرر، به خصوص در حال جهل، اقدام نکرده تا در اثبات ضرر به قاعده اقدام تمسک شود» (همان، ص ۳۹۲). این اشکال مبنی بر دو طرفه شدن ضرر در حکم به جبران مالیت در مقبوض به عقد فاسد نیز مطرح شده و تفاوت این دو بحث در عدم صدق قاعده اقدام در مسئله مقبوض به عقد فاسد است؛ زیرا گیرنده کالا جز با حسن نیت، وارد معامله نشده و مسئولیتی در جبران را متعهد نشده است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۳۹).

در جواب نقضی باید گفت: عموم مسئولیت‌های ناشی از تصرف عدوانی، به ضرر غاصب است، حتی در تعاقب ایدی غاصبین متعدد که هریک از افراد، مسئولیت تضامنی دارند، این ضرر علیه همه آنها پذیرفته شده است. لازمه اجتناب از حکم ضرری علیه غاصب، نفی جمیع مسئولیت‌ها علیه وی است. در جواب حلی هم به قاعده «الغاصبُ یؤخذُ بأشقِّ الأحوال» تمسک می‌شود. یکی از مصادیق اعمال و احوال شدید و سخت، تحمیل این ضرر به غاصب است.

نتیجه

از مطالب پیشین روشن شد که در کتب فقهی و حقوقی درباره تکلیف غاصب و مسئولیت وی نسبت به جبران خسارت، صور زیر مطرح شده است:

۱. لزوم ردّ عین غصب‌شده در صورت بقای آن؛ ۲. لزوم ردّ مثل کالای تلف شده در صورت مثلی بودن آن؛ ۳. لزوم ردّ قیمت کالای تلف شده در صورت قیمی بودن آن؛ ۴. لزوم ردّ عین و توابع آن در صورت تبدیل به ماهیت دیگر؛ ۵. لزوم ردّ عین با نمائات متصل و منفصل و منافع بهره‌برداری شده و ضایع شده. همچنین بیان شده که در بقای عین مغضوب، اگر با تغییر قیمت بازار، قیمت سوقیه کالای غصبی پایین بیاید، ولی اوصاف آن تغییر نکند، غاصب مسئولیتی ندارد.

برآیند مطالب ارائه شده در مسئولیت غاصب این است که اگر غصب و نگهداری اموال دیگران از راه تسبیب، به کاهش مالیت یک شیء از جمله پول منجر شد، غاصب باید مالیت آن را جبران کند و پرداخت عین مال، چه در اموال حقیقی و چه در اموال اعتباری کافی نبوده و باعث رفع مسئولیت وی نمی‌شود. این حکم در صورتی که غاصب، مالی مثل یخ در تابستان و آب در بیابان را غصب کرده و در زمستان و منطقه مسکونی بخواهد برگرداند، اجماعی بوده و همه قبول دارند که مالک می‌تواند یخ را در تابستان و آب را در بیابان مطالبه کند، اما در جبران مالیت کاسته شده از پول، اختلاف نظر

وجود دارد. واژه «مثل» در آیه ۱۹۴ سوره بقره با استناد به برداشت عرف از همانندی دو چیز، عموم قاعده «علی‌الید» در شمول اوصاف دخیل در رغبت مردم به کالا، سیره عقلا در حکم به لزوم جبران همه خسارت‌های واردشده به دیگران، قاعده «الغاصبُ یؤخِّدُ بأشَقِّ الأحوال» در تغلیظ حکم غاصب، اصل اشتغال ذمه و استصحاب بقای حق و قاعده «لاضرر» از جمله ادله این حکم می‌باشند. به بیان دقیق‌تر، مبنای این دیدگاه به عدم تفاوت بین صفات حقیقی و غیرحقیقی بازمی‌گردد؛ زیرا در ضمان ناشی از ازاله صفاتی که مقوم مالیت هستند، تفاوتی بین صفات حقیقی، اعتباری و اضافی وجود ندارد و ازاله هرکدام از آنها، ضمان‌آور است، هرچند برخی فقط ازاله وصف حقیقی را ضمان‌آور می‌دانند. لازم به یادآوری است که بیشتر ادله ذکر شده در فرض اتلاف مالیت در مقاله (به‌جز دلیل الغاصب یؤخِّدُ بأشَقِّ الأحوال و قاعده علی‌الید)، اختصاصی به ضمان غاصب ندارد و می‌توان به‌صورت کلی، این ادله را برای ضمان‌آور بودن اتلاف مالیت (نه‌تنها در صورت غصب) مطرح کرد، منتها با توجه به رسالت نگارش این مقاله در لزوم بحث مستقل از اتلاف مالیت توسط غاصب به‌عنوان یکی از صورت‌های مسئولیت ناشی از غصب، ادله در این راستا عنوان شده است.

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.

تضاد منافع

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

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم؛ حاشیه‌المکاسب؛ تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم؛ کتاب فی‌الوقف؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم؛ کفایه‌الأصول؛ تعلیقه علی زارعی؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۰ق.
- ابن‌ابی‌جمهور، محمدبن‌زین‌الدین؛ عوالی‌الثالی‌العزیزیه؛ قم: مؤسسه سیدالشهداء(ع)، ۱۴۰۳ق.
- ابن‌سینا، حسین‌بن‌عبدالله؛ الإشارات‌والتنبیها؛ قم: بلاغت، ۱۳۷۵.
- ابوداود، سلیمان‌بن‌اشعث؛ سنن‌أبی‌داود؛ بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۰ق.
- اصفهان‌ی، محمدحسین؛ حاشیه‌کتاب‌المکاسب؛ قم: أنوار‌الهدی، ۱۴۱۸ق.
- امامی، سیدحسن؛ حقوق‌مدنی؛ تهران: اسلامی، ۱۳۹۳.
- انصاری، مرتضی؛ کتاب‌المکاسب؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری(ره)، ۱۴۱۵ق.
- ایروانی، علی‌بن‌عبدالحسین؛ حاشیه‌المکاسب؛ تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- بادینی، حسن؛ فلسفه مسئولیت‌مدنی؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
- بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد‌الفقهیه؛ قم: الهادی، ۱۴۲۸ق.
- بروجردی، آقا‌حسین؛ تقریرات‌ثلاث؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- بهبهانی، محمدباقر‌بن‌محمد؛ حاشیه‌مجمع‌الفائده‌والبهران؛ قم: مؤسسه‌العلامه‌الوحید‌البهبهانی، ۱۴۱۷ق.
- بهجت، محمدتقی؛ جامع‌المسائل؛ قم: دفتر معظّم‌له، ۱۴۲۶ق.
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق‌اموال؛ تهران: مشعل‌آزادی، [بی‌تا].
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط‌در‌ترمینولوژی‌حقوق؛ تهران: گنج‌دانش، ۱۳۹۱.
- حرّ‌عاملی، محمدبن‌حسن؛ وسائل‌الشیعه؛ قم: آل‌البتیت(ع)، ۱۴۰۹ق.
- حلی(محقق‌حلی)، جعفر‌بن‌حسن؛ شرائع‌الإسلام؛ تهران: استقلال، ۱۴۰۹ق.
- حلی(علامه‌حلی)، حسن‌بن‌یوسف؛ تحریر‌الأحكام‌الشرعیه؛ قم: مؤسسه‌امام‌صادق(ع)، ۱۴۲۱ق.
- حلی(علامه‌حلی)، حسن‌بن‌یوسف؛ تذکرها‌لفقهاء؛ قم: آل‌البتیت(ع)، ۱۴۱۴ق.
- حلی(علامه‌حلی)، حسن‌بن‌یوسف؛ قواعد‌الأحكام؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- خمینی(امام‌خمینی)، سیدروح‌الله؛ تحریر‌الوسیله؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، [بی‌تا].

خمینی (امام خمینی)، سیدروح‌الله؛ کتاب‌البیع؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق.

خوانساری، سیداحمد؛ جامع‌المدارک؛ قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.

خوانساری، محمد؛ العاشیه‌الثانیه علی‌المکاسب؛ [بی‌جا]: [بی‌نا]، [بی‌تا].

خویی، سیدابوالقاسم؛ أجودالتقریرات؛ تقریرات آیت‌الله نائینی؛ قم: عرفان، ۱۳۵۲.

خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح‌الفقاهه (المکاسب)؛ [بی‌جا]: [بی‌نا]، [بی‌تا].

صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی؛ مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)؛ تهران: سمت، ۱۳۹۲.

طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض‌المسائل؛ قم: آل‌البتیت (ع)، ۱۴۲۲ق.

طوسی، محمدبن‌حسن؛ تهذیب‌الأحكام؛ تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۵.

طوسی، محمدبن‌حسن؛ خلاف؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۷ق.

عاملی (شهید اول)، محمدبن‌مکی؛ الدروس الشرعیه؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، [بی‌تا].

عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن‌علی؛ الروضه‌البهیة؛ قم: مجمع‌الفکر، ۱۴۳۵ق.

عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن‌علی؛ مسالک‌الأفهام؛ قم: مؤسسه المعارف‌الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.

عبدالعالی (محقق ثانی)، علی؛ جامع‌المقاصد؛ قم: آل‌البتیت (ع)، ۱۴۱۰ق.

علیشاهی، ابوالفضل؛ «نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقّ الأحوال» و قلمرو مصداقی آن»، مطالعات اسلامی فقه و اصول؛ ش ۸۹، تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۲۵-۱۵۰.

فخرالمحققین، محمدبن‌حسن؛ ایضاح‌الفوائد؛ قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷.

فصیحی‌زاده، علیرضا؛ «تفویت منفعت و مبانی ضمان‌آوری آن»، فصلنامه حقوق؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۰، ص ۲۷۷-۲۵۹.

فهیمی، عزیزالله؛ مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست در فقه و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و اسناد بین‌المللی)؛ قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱.

قمی، سیدتقی؛ الأنوار البهیة فی القواعد الفقهیه؛ قم: محلاتی، ۱۴۲۳ق.

قناتی، جلیل؛ «ضمان قهری یا مسئولیت مدنی»، ارائه در نشست علمی: ارزیابی مقررات نظام حقوقی ایران در مورد تسهیم مسئولیت مدنی؛ [بی‌تا]، مندرج در:

https://clci.ut.ac.ir/article_922.html.

کاتوزیان، ناصر؛ وقایع حقوقی؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.

کاشف‌الغطاء، حسن بن‌جعفر؛ أنوار‌الفقاهه - کتاب‌البیع؛ نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق.

- کلینی، محمد بن یعقوب؛ کافی؛ تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- لاری، سید عبدالحسین؛ التعليقات علی المکاسب؛ قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۸ ق.
- مامقانی، محمد حسن؛ غایها لآمال؛ قم: مجمع الذخائر الإسلامیه، ۱۳۱۶ ق.
- ماوردی، علی بن محمد؛ الحاوی الکبیر؛ بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۹ ق.
- مظفر، محمد رضا؛ حاشیه المظفر علی المکاسب؛ قم: حبيب، [بی تا].
- نائینی، میرزا محمد حسین؛ منیه الطالب؛ تهران: المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳.
- نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی؛ مستدرک الوسائل؛ بیروت: آل البيت (ع)، ۱۴۰۸ ق.
- نووی، یحیی بن شرف؛ المجموع شرح المهذب؛ بیروت: دارالفکر، [بی تا].
- همدانی، حاج آقارضا؛ حاشیه کتاب المکاسب؛ قم: مؤلف، ۱۴۲۰ ق.



The Epistemological Impact of Pragmatism on Sunni Governance Jurisprudence in Muslim Countries

Seyyed Ehsan Rafiei Alavi

Associate Professor, Department of Philosophy of Law, Baqir al-Olum University, Qom, Iran.
Email: rafiealavy272@gmail.com

Mohammad Hosseini* (Corresponding Author)

Ph.D. Graduate in Philosophy of Law, Baqir al-Olum University, Qom, Iran.
Email: dr.mohammadreza.hosseini@gmail.com



Use your device to scan
and read the article online

Citation Rafiei Alavi, S.E., Hosseini, M. (2025). The Epistemological Impact of Pragmatism on Sunni Governance Jurisprudence in Muslim Countries. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (87): 101-131

[10.22034/ilaw.2024.713259](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.713259)

Received: 09 July 2023 , Accepted: 08 May 2024

Abstract

Modern pragmatism is a non-Foundationalism approach that advocates empiricism in law. Legal pragmatists regard law as a form of practical reason, and their epistemological foundation is based on the transition from Kant's transcendental reason to the productivity of instrumentalist reason. This approach contrasts with legal rationalists and gives originality to practical necessities. The implementation of development programs in Muslim countries since the eighteenth century has led to modern pragmatism gradually influencing the theocratic thought of Muslim countries. Meanwhile, government jurisprudence has its own source of authority and legitimacy due to its normative system and has been influenced by a pragmatic epistemological basis. This influence, based on the imposition of a legal rule, first in civil law and more recently in public law and government theory, has created a non-structuralist attitude and changed the paradigm of governmental jurisprudence from traditional natural law to modern natural law. The result of this paradigm shift is the originalization of human-like rationality in the creation of the legal rule. The protection of private property, the rights of religious minorities, and even good relations with hostile Islamic states such as The Israeli regime are consequences of the pragmatism's influence in establishing the rule of law.

Keywords

Non-Fundamentalism, empiricism, instrumental reason, practical necessity, practical reason.



Extended Abstract

1. Introduction

The principle of the rule of law in Muslim countries has historically been rooted in the epistemological foundations of theocracy, categorized within the paradigm of legal rationalism. Traditional Sunni governance jurisprudence (Fiqh al-Hukm) views the origin of law as the divine will, classifying it as a form of religious natural law where legal obligation is derived from a theocratic system. The methodology of this traditional paradigm is governed by Usul al-Fiqh (principles of jurisprudence), and its ultimate goal is the establishment of an Islamic utopia or “virtuous city”.

However, since the 18th century, the implementation of development programs in Muslim countries has gradually allowed pragmatism to influence governance jurisprudence, fundamentally transforming the basis of the rule of law. This shift represents a move from traditional natural law to modern natural law, characterized by the prioritization of human rationality in the creation of legal rules. Modern legal pragmatism does not view the divine will as the primary source of legal obligation; instead, it treats law as an instrument of the state’s will and a tool for creating legal norms. This research seeks to explain how this epistemological transformation has led to a non-foundationalist attitude within governance jurisprudence, impacting civil rights, private property, and the very structure of the state,.

2. Research Methodology

This study employs an analytical method to investigate the epistemological shift within Sunni governance jurisprudence. The methodology involves two primary steps:

- First, clarifying the semantic distinctions of “pragmatism” as it applies to pure philosophy, political science, and modern law, particularly noting how these definitions differ between Western contexts and the Muslim world,.
- Second, evaluating the impact coefficient of the pragmatic epistemological foundation on governance jurisprudence, specifically within the context of developmental imperatives.

The research focuses on Sunni-majority countries because of the historical and widespread application of the four schools of jurisprudence as the criteria for legal obligation. It further examines the relationship between the concept of development—as defined by international standards like the United Nations’

“quality of life” metrics—and the prescriptive strategy of modern legal pragmatism,.

3. Research Findings

The research identifies several critical findings regarding the influence of pragmatism:

- **Impact on Civil Law:** The initial and most significant effects appeared in civil law and personal status codes. Pragmatic approaches were driven by practical economic necessities rather than traditional jurisprudential reasoning. Examples include the 18th-century “Rida” case in Egypt, which allowed deviation from waqf (endowment) rules for economic circulation, and 20th-century reforms in inheritance and property laws in Syria, Tunisia, and Pakistan,. These changes prioritized economic development and capital-centric growth over strict adherence to traditional religious principles,.
- **The “Civil State” and Public Law:** In the realm of public law, pragmatism has influenced the emergence of the “Civil State” (Dawla Madaniyya) theory, notably championed by thinkers like Yusuf al-Qaradawi and the Muslim Brotherhood,. This model emphasizes democracy, pluralism, and social participation, shifting the focus from the “Caliph’s command” to variables of legitimacy and social acceptance,.
- **Epistemological Shift:** The core finding is a transition from foundationalism to non-foundationalism,. Traditional jurisprudence is foundationalist, relying on “basic beliefs” (e.g., sacred texts) that are self-justifying and serve as the reference for all other rules. Pragmatism, conversely, utilizes a “norm of justification” that is not based on external foundations but on practical effectiveness and social consensus,.
- **Instrumental Reason vs. Theoretical Reason:** In traditional Islamic thought, legal propositions are linked to theoretical reason and ontological reality (the way things are in the divine order),. Modern pragmatism severs this link, viewing law solely as a product of instrumental/practical reason (al-aql al-abzari),. This leads to an anti-realist view where legal rules are not discovered truths but are mere tools for social management,.

4. Conclusion

The study concludes that the influence of modern legal pragmatism on Sunni governance jurisprudence has led to a paradigm shift from religious natural

law to modern human-centric natural law,. This transformation is not merely a structural change but an epistemological imposition that threatens the dissolution of traditional jurisprudence,. By prioritizing consequentialism, instrumental methodology, and the goals of legal rules over their sacred sources (the Quran and Sunnah), the pragmatic approach distances itself from the foundational epistemology of Fiqh.

While some modern reformist jurists attempt to ground these changes within Sharia, their logic often aligns more closely with the pragmatic “norm of justification” than with traditional legal rationalism. The degree of this influence is directly correlated with a country’s level of development; more developed nations like Turkey, Malaysia, and Indonesia demonstrate a more profound adoption of these pragmatic, instrumentalist legal frameworks compared to less developed regions. Ultimately, while traditional jurisprudence has the inherent capacity for a rationalist legal system, the current trend suggests a movement toward a fully secularized, instrumentalist understanding of governance,.

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.



تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی اهل سنت در کشورهای مسلمان

سیداحسان رفیعی علوی

Email: rafiealavy272@gmail.com

دانشیار گروه فلسفه حقوق، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران.

محمد حسینی* (نویسنده مسئول)

Email: dr.mohammadreza.hosseini@gmail.com

دانش‌آموخته دکتری فلسفه حقوق، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران.



استناد رفیعی علوی، سیداحسان؛ حسینی؛ محمد (۱۴۰۴). تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی

بر فقه حکمرانی اهل سنت در کشورهای مسلمان. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۷): ۱۳۱-۱۰۱

doi 10.22034/ilaw.2024.713259

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۸، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹

چکیده

اصل حاکمیت قانون در کشورهای مسلمان از مبنای معرفتی تئوکراسی پیروی می‌کند و در الگوواره عقل‌گرایان حقوقی دسته‌بندی می‌شود. اجرای برنامه توسعه از قرن هجدهم در کشورهای مسلمان، سبب شده تا عمل‌گرایی به صورت تدریجی بر فقه حکمرانی کشورهای مسلمان تأثیر بگذارد و مبنای اصل حاکمیت قانون را متحول کند. این نوشتار توضیح می‌دهد که تحول صورت‌گرفته بر اساس تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی بر مبنای معرفتی تئوکراسی در فقه حکمرانی است. تأثیر یاد شده ابتدا در حقوق مدنی و سپس در حقوق عمومی و نظریه دولت نمایان شده است. بر این اساس در فقه حکمرانی نگرشی نامبناگرا ایجاد شده و الگوواره آن از حقوق طبیعی سنتی به حقوق طبیعی مدرن تغییر کرده است. نتیجه این تغییر، اصالت بخشی به عقلانیت انسان‌گونه در ایجاد قاعده حقوقی است. حمایت از مالکیت خصوصی، حقوق بشر و حقوق شهروندی از پیامدهای تأثیر عمل‌گرایی در ایجاد قاعده حقوقی است. یافته این پژوهش آنست که تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی در سطح فلسفه حقوق کشورهای مسلمان قابل ارزیابی است. از این رو رویکرد عمل‌گرا، قانون را گونه‌ای از ادراکات عقل عملی می‌پندارد و بنیاد معرفت‌شناختی آن بر گذار از عقل استعلایی کانت، و بهره‌وری از عقل ابزارگرایانه است.

واژگان کلیدی

نامبناگرایی، تجربه‌گرایی، عقل ابزاری، ضرورت عملی، عقل عملی.



مقدمه

فقه حکمرانی سنتی اهل سنت که از این پس با کوتاه واژه - فقه حکمرانی - از آن یاد می‌شود، منشأ قانون را اراده الهی می‌داند و از این جهت در رده حقوق طبیعی دینی دسته بندی می‌شود (Al-Azmeh, 1996, p.12) و برخی فقه پژوهان معاصر^۱ آن را دارای پارادایم^۲ می‌پندارند (Fekry Ibra-him, 2015, p.63). در این پارادایم، مبنای الزام اصول و قواعد حقوقی، در نظام معرفتی تئوکراسی ترسیم می‌شود (-Al-wazna, 2016, pp.251-260). روش شناسی حقوقی بر اساس دانش اصول فقه (Kamali, 1996, p.3)، و غایت قواعد حقوقی تشکیل دولت یوتوپای اسلامی (مدینه فاضله) است (Al-Azmeh, 1996, p.128). فقه حکمرانی در الگوی یاد شده، ساختارمند و هنجاریست (Oktavinanda, 2018, p.15).

مسئله این نوشتار آنست که با شتاب صورت گرفته در اجرای برنامه توسعه در دهه‌های اخیر، بنیاد معرفتی عمل‌گرایی مدرن، مبنای الزام قواعد حقوقی را دچار تحول معناداری کرده است (Hallaq, 2005, p.1). این تحول با تغییر شیفت پارادایمیک از حقوق طبیعی سنتی (Al-Azmeh, 1996, p.96) به حقوق طبیعی مدرن قابل توضیح است.

توضیح بیشتر آنست که رویکرد عمل‌گرا هر چند از اندیشه تئوکراسی^۳ به عنوان مولفه‌ای سودمند بهره می‌برد (Nasr, 2001, p.90) اما در حقیقت

۱. گفتنی است در این تحلیل از منظر فلسفه علم به فقه سنتی نگریسته شده و تلاش شده تا فقه سنتی را دارای مبنایی هنجاری و ساختارمند معرفی نماید. آنچه برای این نوشتار اهمیت دارد، توجه به این نکته است که فقه سنتی از منظر کلی، از الگویی مسلط در نظام واره استنباط حکم شرعی (یا به عبارت دیگر از مبنا) پیروی کرده است و این الگوی مسلط میناگرایانه، توسط عمل‌گرایی مدرن حقوقی به چالش کشیده شده است.

۲. به کاربرد اصطلاح پارادایم (Paradigm) خالی از نوعی تسامح نیست. پارادایم در اینجا به معنای (الگوی مسلط) است و منظور آنست که نظام واره استنباط حکم شرعی در فقه سنتی علی‌رغم تمام تنوعی که دارد، همچنان از الگویی مسلط و چهارچوبی معین پیروی می‌کند که توضیح آن در متن بیان شده است.

۳. در فقه سنتی هر حکم عملی باید برآمده از مبنا باشد (یعنی قاعده حقوقی زمانی اعتبار می‌یابد که از منبع کتاب و سنت برآمده باشد) اما در نگرش عمل‌گرایانه، رابطه عمل با مبنا، اصالتی ندارد و صرفاً هر چه در عمل سودمند باشد، همان معیار قاعده حقوقی قرار می‌گیرد. بر این اساس عمل‌گرایان حتی اگر اندیشه‌های الهیاتی را در مقام عمل سودمند ببینند (بدان نگاه ابزاری داشته) از آن پیروی می‌کنند و انگهی نه از باب اصالت بخشی به مبنای الهیات.

مبنای اصل حاکمیت قانون را اراده الهی نمی‌داند (Ibid, p.92) و از ماهیت قانون به عنوان ابزار ایجاد قاعده حقوقی استفاده می‌کند و قانون را تبلور اراده دولت می‌پندارد (Grey, 1989, p.793). در رویکرد نوین، منشأ الزام حقوقی در عقلانیت انسان گونه است نه در اراده الهی.

این نوشتار می‌کوشد ابتدا توضیح دهد که عمل‌گرایی مدرن حقوقی بر کدام قسمت از نظم حقوقی کشورهای مسلمان تأثیر گذاشته، و این تأثیر بواسطه کدام نیاز در کشورهای مسلمان بوده است. و در گام دوم که مهم‌ترین قسمت این نوشتار است، تبیین شود که تأثیر عمل‌گرایی مدرن حقوقی با تحمیل مبنای معرفت‌شناختی عمل‌گرایانه بر مبانی معرفتی فقه سنتی صورت گرفته و فرآورده این کنش، اضمحلال فقه سنتی خواهد بود.

پیشینه این پژوهش را می‌توان در دو دیدگاه، دسته بندی کرد:

دیدگاه نخست محصول پژوهش نصر است؛ او تأثیر عمل‌گرایی بر فقه سنتی کشورهای مسلمان را فرآورده غلبه الزام سیاسی بر الزام حقوقی پنداشته، و این فرآیند را با تعبیر «دموکراتیزاسیون اسلامی» توضیح می‌دهد (Nasr, 2001, p.21). به باور نصر، تأثیر عمل‌گرایی بدلیل نواندیشی فقیهان و نوآوری در اجتهاد سنتی نبود، بلکه دولت‌ها بواسطه نیاز در ایجاد توسعه اقتصادی - سیاسی ناگزیر بودند تا دیدگاه حقوقی عمل‌گرایانه اتخاذ نمایند (Ibid).

دیدگاه دوم متعلق به فکری ابراهیم است. فکری ابراهیم در نقد نظریه کولسن قلم زده است. کولسن با بررسی قوانین موضوعه کشورهای مسلمانان همچون عثمانی، مصر، عراق و سوریه در قرن ۱۹ و ابتدای قرن بیستم، توضیح می‌دهد که فقه سنتی بدلیل ناکارآمدی و ناسازگاری با مدرنیسم کشورهای مسلمان، ناچار شده تا شیوه استنباطی عمل‌گرا و نامبناگرا را اتخاذ نماید. فکری ابراهیم برخلاف نظریه کولسن، بر این باور است که تحولات حقوقی در کشورهای مسلمان، نتیجه پلورالیسم حقوقی در فقه مذاهب چهارگانه است و ریشه آن در درون روش‌شناسی فقه (اصول فقه)

است (Fekry Ibrahim, 2015, pp.3-4).

با عنایت به آنچه بیان شد، پرسش اصلی آنست که: تأثیر عمل‌گرایی حقوقی مدرن بر فقه حکمرانی سنتی اهل سنت چیست؟ نظریه مورد پذیرش این نوشتار آنست که دیدگاه نصر و فکری ابراهیم، تقلیل عمل‌گرایی به فلسفه سیاسی، یا به بحثی در درون ساختار فقه است و حال آنکه پدیده عمل‌گرایی خصوصاً در دهه‌های اخیر در سطح فلسفه فقه حکمرانی، به صورت ترکیبی از دوگانه توصیف - تجویز ظاهر شده و ایده دولت مدنی، مهم‌ترین دست‌آورد آن است. دولت مدنی با احتساب ضریب تأثیر برنامه توسعه در برخی کشورهای مسلمان بازتاب بیشتری داشته اما ملزومات آن در کشورهای کم‌برخوردار از توسعه نیز مشاهده می‌شود که نمونه آن را اکنون در دولت طالبان نیز می‌توان نشان داد.

جنبه نوآورانه این پژوهش آنست که توضیح می‌دهد عمل‌گرایی حقوقی در حقیقت به واسطه ضرورت‌های اجرای برنامه توسعه، بر شیوه استنباط فقه سنتی تحمیل شده و با غلبه دادن نامبناگرایی و ترجیح تجربه‌گرایی، مبنای معرفتی استنباط فقهی را از رویکرد عقل‌گرایانه به رویکرد تجربی و عرفی تقلیل می‌دهد. گسترش نگرش‌های عمل‌گرایانه و تجربی در استنباط فقهی، منجر به اضمحلال کامل فقه سنتی خواهد شد. وانگهی فقه سنتی بواسطه بنیاد معرفتی خود، ظرفیت بازسازی نظام حقوقی عقل‌گرایانه را دارد و می‌تواند به عنوان رقیب جدی عمل‌گرایی به کنش‌گری بپردازد.

روش تحقیق این نوشتار مبتنی بر روش تحلیلی است و می‌کوشد تا ابتدا توضیح روشنی از اصطلاح عمل‌گرایی ارائه دهد و در گام دوم، ضریب تأثیر مبنای معرفتی عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی را بکاود. ضرورت و اهمیت این پژوهش از این است که در مقام تحلیل و ارائه نظریه در مورد موضوعی پرچالش در اندیشه معاصر اهل سنت است. از آنجا که اصل حاکمیت قانون مهم‌ترین و اساسی‌ترین رکن هر نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد، این نوشتار

در مقام تحلیل و ارائه نظریه برای اساسی‌ترین قسمت حقوق معاصر در کشورهای مسلمان است. بررسی تأثیر مبانی معرفتی عمل‌گرایی با احتساب ضریب برنامه توسعه، موضوعی است که بیشتر کشورهای مسلمان از شاخ آفریقا، خاورمیانه و حتی خاور دور از قبیل مالزی و اندونزی با آن درگیر هستند و از سوی دیگر، فقه شیعه نیز با ورود به عرصه حکمرانی از این مسئله مستثنی نیست. چالش تأثیر عمل‌گرایی حقوق مدرن بر فقه شیعه نیز نخستین بار در ایران در قالب «قانون اصلاحات ارضی» مصوب ۱۳۳۹ (۱۹۶۰ م) در راستای اصلاحات اجتماعی- اقتصادی رژیم پهلوی دوم، اعمال گردید که بزودی مورد بررسی واقع خواهد شد.

بنابراین موضوع این نوشتار اولاً واکاوی چالشی بنیادی در نظام فقه و حقوق جهان اسلام است. ثانیاً پل ارتباط گفتمانی میان کشورهای اسلامی در حوزه فقه و حقوق عمومی است.

۱. واکاوی چگونگی تأثیر عمل‌گرایی بر نظام حقوقی کشورهای مسلمان

واکاوی میزان تأثیر عمل‌گرایی بر فقه اهل سنت، ابتدا نیازمند تفکیک اصطلاحات متنوعی است که با واژه عمل‌گرایی صورت می‌گیرد. توضیح بیشتر آنکه عمل‌گرایی به عنوان یک جریان پرنفوذ در حقوق معاصر آمریکا به گونه‌ای درک می‌شود که با اصطلاح عمل‌گرایی در فلسفه محض و علوم سیاسی متفاوت است. هر چند تمام این اصطلاحات از بن مایه مشترکی برخوردار هستند، اما کاربرد ویژه هر کدام در ریز موضوعات تخصصی متفاوت خواهد بود (Legg & Hookway, 2021, pp.3-4) و همین تفاوت سبب شده تا فقه پژوهان معاصر همچون کولسن و فکری ابراهیم، هر کدام از واژه عمل‌گرایی معنای متفاوتی را قصد کنند (Fekry Ibrahim, 2015, pp.3-4). بر این اساس، حتی نصر نیز زمانی که واژه عمل‌گرایی را در سطح فلسفه سیاسی معاصر کشورهای مسلمان مطرح می‌کند و از آن با

عنوان (دموکراتیزاسیون) یاد می‌کند (Nasr, 2001, p.21)، محور مباحث خود را بر فقه، شریعت و جنبه‌های هنجاری دین اسلام معطوف می‌دارد، وانگهی درک او از واژه عمل‌گرایی نیز با درک فکری ابراهیم تفاوت زیادی دارد. این تنوع در تفسیر واژه عمل‌گرایی سبب می‌شود تا گاهی صورت مسئله به روشنی درک نشود از این رو ضروریست تا واژه یاد شده و جنبه‌های معناشناختی آن ابتدا به صورت تفکیک شده مورد کاوش قرار بگیرد.

۱-۱. اصطلاح‌شناسی عمل‌گرایی

عمل‌گرایی به سستی^۱ در فلسفه گفته می‌شود که اصالت را به پیامد در مقام عمل می‌دهد. بنیاد فلسفی عمل‌گرا ریشه در شک‌گرایی هیوم دارد؛ و از سوی دیگر با اثرپذیری از هگل، دوگانه ذهن و عین را برنمی‌تابد. بر این اساس عمل‌گرایان دلمشغول شناخت ذات و ماهیت امور نیستند (Shaun, 2017, pp.50-51). عمل‌گرایی حقوقی رویکردی پرجاذبه در حقوق مدرن و پست مدرن خصوصاً در آمریکا است (Grey, 1989, ppp.409-410) و بسیاری از پژوهشگران حقوق، عمل‌گرایی را بر دیدگاه حقوقی خود تأثیرگذار ارزیابی می‌کنند (Lipkin, 1989, pp.701-806). عمل‌گرایی در حقوق یک رویکرد است و به همین دلیل باید آن را بر اساس متغیرهایش توضیح داد. این اصطلاح بر خلاف نگرش عقل‌گرایان حقوقی (Schlag, 1989, p.1223)، اشاره به نامبناگرایی در حقوق دارد. بنیاد حقوقی عمل‌گرایی مانند بنیاد فلسفی آن، مبتنی بر استفاده از روش تجربی (James, 1907, p.151) در حقوق است.^۲

برخلاف اصطلاح عمل‌گرایی در حقوق مدرن که مبتنی بر پارادایم

۱. در اندیشه پیرس، پراگماتیسم دارای (اصول منطقی)، سیستم علمی و فلسفه علم است اما اندیشمندان پس از پیرس، پراگماتیسم را به (نگرشی در فلسفه) تقلیل دادند (Hookway, 2012, part 9 & Ibid, 2003).

۲. پراگماتیسم شکلی از تجربه است (Hookway, 2012, part3-4): ویلسون نسبت تجربه و عمل‌گرایی را در مقایسه میان عمل‌گرایی و ایده‌آلیسم استعلایی توضیح داده است. حتی ادعا شده که بنیاد تجربی عمل‌گرایی به ایده‌آلیسم مطلق نزدیک‌تر بوده و بر این اساس عمل‌گرایی، ایده‌آلیسم مطلق را «تجربی» کرده است (Wilson, 2016).

■ تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی اهل سنت در کشورهای مسلمان

فلسفی است، عمل‌گرایی در کشورهای مسلمان ارتباط منسجمی با بنیاد فلسفی آن ندارد (Fekry Ibrahim, 2015, p.3). همین مسئله سبب شده تا درک متفاوتی از این اصطلاح حاصل شود (Coulson, 1978, p.37). عمده دیدگاه‌های ارائه شده به شرح ذیل است:

الف: عمل‌گرایی معادل مفهوم کثرت‌گرایی حقوقی در فقه مذاهب چهارگانه است. بر این اساس عمل‌گرایی رویکردی التقاطی در مذاهب فقهی خواهد بود و به پدیداری مفهومی اطلاق می‌شود که برای نیل به اهداف حقوقی در مقام عمل، انحصار روش فقهت در یک مذهب فقهی را نفی کرده و در مقابل از کثرت‌گرایی میان مذاهب فقهی حمایت می‌کند (Fekry Ibrahim, 2015, pp.3-4). شمول این اصطلاح گسترده است و ادعا شده که حتی فقیهانی همچون سبکی و زرکشی نیز طبق این توضیح، عمل‌گرا بوده‌اند (Ibid). ناگفته نیست که طبق تبیین یاد شده، عمل‌گرایی با مفهوم مدرن آن همپوشانی ندارد.

ب: عمل‌گرایی محصول درک متفاوت از مفهوم قانون مدرن در کشورهای مسلمان است (Coulson, 1978, p.218). مدرنیسم حقوقی سبب شده تا مفهوم قانون میان ضرورت عملی و اصول مذهبی، گرفتار دو قطبی شود (Ibid). بر این اساس مفهوم قانون برای کارآمدی و تأثیر‌گذاری، ضرورت عملی را اتخاذ کرده و به اصول مذهبی عنایت جدی ندارد. نتیجه آنکه عمل‌گرایی به معنای درک قانون بر اساس ضرورت عملی است (Ibid, pp.218-219).

این نوشتار در نقد دیدگاه نخست، عمل‌گرایی را جستاری در درون الگوواره فقه حکمرانی کلاسیک ارزیابی نمی‌کند، بلکه باور دارد عمل‌گرایی از ملزومات اجرای برنامه توسعه، و رهیافت تجربه‌گرایانه است و بر ساختار فقه حکمرانی اهل سنت تحمیل شده است.

۱-۲. ترسیم جامعه هدف تأثیر عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی

منظور از کشورهای مسلمان در این نوشتار صرفاً اشاره به کشورهایی است

که از فقه مذاهب اهل سنت بهره می‌برند. علت آنست که فقه مذاهب چهارگانه، شمول گسترده‌ای در کشورهای مسلمان دارد و در تجربه تاریخی، سالیان دراز معیار الزام حقوق بوده است (Jackson, 1996, p.53). از این رو جامعه هدف این نوشتار متمرکز بر کشورهای مسلمان سنی مذهب است. گرچه در خصوص نسبت دین و دولت در کشورهای یاد شده نظریه‌های متنوعی وجود دارد و اساساً برخی از دولت سکولار (An-Naim, 2010, p.45)، سخن گفته و برخی از دولت دینی دم می‌زنند. اما بی تردید نمی‌توان انکار کرد که الزام به قواعد حکومت و دولت در تمام این کشورها به نوعی مورد حمایت نظریات سنتی فقه حکمرانی است (Fadel, 2018, p.60)؛ و فقیهان در تجربه تاریخی خود همواره از حکومتی سخن گفتند که شرع در آن اجرا می‌شود (علیخانی، ۱۴۰۰، ص ۴۴). از منظری دیگر، اصول حقوقی اسلامی همواره با گفتمان عمومی کشورهای مسلمان مرتبط، و نظام هنجاری حقوق اسلامی در کنار نظام هنجاری دولت از منبع اقتدار و مشروعیت خاص خود برخوردار است و در تعامل با هنجار دولت قرار دارد (An-Nacim, 2010, p.1).

بنابراین تأثیر عمل‌گرایی، ضریب یکسانی در کشورهای مسلمان نداشته است از این رو جامعه هدف این نوشتار متمرکز بر میزان توسعه پذیری کشورهای مسلمان است و تجربه این عمل‌گرایی در کشورهای اسلامی، موضوع و جامعه هدف اصلی پژوهش را دنبال می‌نماید.

۱-۳. رابطه مفهوم توسعه با عمل‌گرایی حقوق مدرن در کشورهای مسلمان

مفهوم توسعه با بهره‌گیری از عقلانیت تکاملی^۱ بر علوم اجتماعی تأثیرگذار است (موثقی، ۱۳۸۳، ص ۲۲۴) و دارای فرآیند هنجارمندی است که سازمان ملل آن را پذیرفته و یکی از مهم‌ترین ابزارهای زیست جهانی محسوب می‌شود. سازمان ملل، توسعه را با عنوان «کیفیت زندگی» مطرح

۱. بر اساس دیدگاه (عقلانیت تکاملی) نهادها در فرآیند توسعه، مطابق اراده انسان برساخته (Constructive) می‌شود (Hayek, 2012, pp.43-65).

■ تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی اهل سنت در کشورهای مسلمان

کرده و بر این باور است که توسعه باید مجموعه‌ای سازوار و متعادل میان ابعاد فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی، به اضافه توسعه کمی و کیفی باشد (United Nations, 1971).

از دوران جنگ سرد، مفهوم توسعه با ایدئولوژی پیوند خورده (روکس برو، ۱۳۷۰، ص ۵۲-۵۳) و رهیافت تجویزی قدرتمندی به خود گرفته است (موثقی، ۱۳۸۳، ص ۲۳۳). سازمان ملل در آغاز دهه دوم توسعه، تاکید کرده که توسعه نیازمند رهیافت یکپارچه در سطح جهانی است (Sachs, 2009, p.8). از این رو توسعه در اندیشه معاصر، قرین با (استراتژی تجویزی) در نظر گرفته می‌شود. بر این اساس در کشورهای مسلمان به میزان توسعه یافتگی، رابطه منطقی میان توسعه یافتگی و اثر پذیری از استراتژی تجویزی توسعه وجود دارد که در این میان ضریب تأثیر، متوجه اصل حاکمیت قانون خواهد بود.

با عنایت به توضیحات یاد شده، رویکرد عمل‌گرا به طور یکسان و نظام‌مند در حقوق کشورهای مسلمان پدیدار نشده است. بنابراین نه به طور یکسان تحلیل پذیر است و نه به طور یکسان در شاخه‌های معین حقوقی قابل سنجش است و حتی نتیجه تأثیر عمل‌گرایی نیز یکسان نیست. واکاوی قوانین موضوعه در کشورهای مسلمان نشان از آن دارد که نیاز به ایجاد توسعه و رشد شاخص‌های اقتصادی مطابق با استانداردهای غربی، مهم‌ترین عامل تأثیر عمل‌گرایی بر فقه سنتی بوده است که در ادامه بدان اشاره خواهد شد.

۱-۳-۱. تأثیر عمل‌گرایی بر حقوق مدنی کشورهای مسلمان

اولین و مهم‌ترین تأثیر عمل‌گرایی در سپهر حقوق مدنی و احوالات شخصیه طنین انداز شد. نسل اول رویکردهای عمل‌گرا در حقوق کشورهای مسلمان بر اساس ضرورت‌های عملی در حوزه اقتصاد صورت گرفت نه استدلال فقهی. توجه به توسعه اقتصادی با نگاه سرمایه محوری (Ibra-him, 2005, p.524) و ملزومات حقوقی آن از قبیل حمایت از مالکیت خصوصی، از مهم‌ترین عوامل تأثیر عمل‌گرایی بر حقوق مدنی است. در

قرن ۱۸ در پرونده مشهور (ریدا) برای نخستین بار به مردم اجازه داده شد تا در معاملات، از قواعد فقه مذاهب عدول کنند و بر همین اساس زنی بنام ریدا موفق شد تا املاک موقوفه خود را بفروش برساند (Fekry Ibrahim, 2015, p.235). این قانون در اقتصاد مصر اثرگذار بود و سبب شد تا بخش زیادی از املاک موقوفه در چرخه اقتصادی درآید و معامله پذیر شود، هر چند این رای قضائی بر خلاف فقه مذاهب بود و بر اساس نیاز دولت به ایجاد توسعه اقتصادی صورت گرفت.

نسل دوم رویکردهای عمل گرا در قرن بیستم مشهود است. ابتدا در سال ۱۹۴۵ در سودان مقرر شد تا وصیت در حدود ثلث دارایی خالص انجام شود (Nasir, 2009, pp.234-236) و دلیل این کار استدلال فقهی نبود بلکه نیاز اقتصادی وصیت کنندگان برای تأمین هزینه‌های اقتصادی بود (Coulson, 1978, p.205). این قانون هر چند مطابق فقه امامیه صحیح است اما با فقه برخی مذاهب چهارگانه سازگار نبود و به همین دلیل وقتی همان قانون در مصر در سال ۱۹۴۶ به عنوان اصلاح قانون تعهدات وصیت اعمال شد، مستند به فقه شیعه گردید (Egyptian Act No. 71/1946). در سال ۱۹۵۹ قانون ارث در تونس تغییر کرد و در سال ۱۹۶۱ همان قانون در کشور پاکستان تغییر کرد در حالیکه تا آن تاریخ، قانون ارث پاکستان متأثر از قانون مصر بود (Faruki, 1965, p.253). در سال ۱۹۴۹ ابتدا در سوریه و سه سال بعد در مصر، قانون لغو املاک موقوفه خانوادگی اعمال شد و بر این اساس دیگر انتقال مالکیت اموال یاد شده از طریق ارث امکان پذیر نشد. دلیل این اقدام نیز توجیه اقتصادی بود زیرا بخش بزرگی از زمین‌ها در سوریه به دلیل مالکیت وقفی، قابلیت انجام فعالیت‌های کلان اقتصادی را نداشت و معامله پذیر نبود و نیاز بود تا مالکیت این زمین‌ها فک شود (Coulson, 1978, p.219). در سال ۱۹۵۳ در قانون مدنی عراق با استناد به حقوق دول غربی، بیمه و قراردادهای مشروط (Aleatory contract)

■ تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی اهل سنت در کشورهای مسلمان

قانونی شد (Ibid, 2018). در ایران نیز «قانون اصلاحات ارضی» مصوب ۱۳۳۹ (۱۹۶۰م) در راستای اصلاحات اجتماعی - اقتصادی رژیم پهلوی دوم، اعمال گردید و مالکیت زمین‌های کشاورزی از مالکین سلب شد و به رعایایی تفویض شد که در همان زمین، کشاورزی می‌کردند؛ این قانون در سال ۱۳۵۸ (۱۹۷۹م) توسط شورای نگهبان قانون اساسی، مخالف با شریعت اسلام تشخیص داده شد. شورای نگهبان در نامه شماره ۱۳۷۱ مورخ ۱۳۶۳/۴/۲۱ در پاسخ به نامه آیه‌الله خادمی، خطاب به وزارت کشاورزی ابراز داشت:

مطابق دستورالعمل شماره ۳۳۱۳/۱/۱۲ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۲ قانون اصلاحات ارضی دوره طاغوت، مغایر با موازین شرعی است، سریعاً لغو آن به ادارات تابعه اعلام گردد.^۱

همان‌گونه که در اسناد قانونی یاد شده مشاهده می‌شود، تأثیر عمل‌گرایی بواسطه نیاز دولت‌ها بر ایجاد توسعه اقتصادی صورت گرفته و چنانچه اعمال این تغییرات، مخالف با شریعت و فقه بوده، اولویت با ایجاد توسعه در نظر گرفته شده است.

۱-۳-۲. تأثیر عمل‌گرایی در ساحت حقوق عمومی و نظریه دولت

تأثیر عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی در حقوق عمومی و حقوق کیفری به اندازه حقوق مدنی (Zakariyah, 2015, p.192) پرطنین نبود. دلیل آن است که حوزه اجتماعی - سیاسی و مطالعات حوزه عمومی جامعه از توسعه نیافته‌ترین قسمت‌های فقه حکمرانی اهل سنت است (Kamali, 2016, p.385)؛ هر چند عمل‌گرایی در سطح حقوق اساسی در گرایش‌های غیر سیاسی از اسلام تأثیر چشم‌گیری داشته و نمونه اخیر آن در بازنویسی قانون اساسی مصر در سال

۱. موارد خلاف شرع قانون اصلاحات ارضی بعدها طی فرآیند قانونی تصحیح شد و طبق مصوبه مورخ ۱۳۷۰/۳/۲ مجمع عالی تشخیص مصلحت نظام، و سپس در تاریخ ۱۳۸۱/۱۱/۳ و در نهایت با مصوبه مورخ ۱۳۹۰ ابلاغ گردید. توضیح مبسوط در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان با عنوان: (قانون تعیین تکلیف وضعیت اراضی) قابل مشاهده است.

۲۰۱۴ کاملاً مشهود است (Steuer&Blouet, 2015, p.256) اما این تأثیر فقط در سطح فقه فردی بوده از این رو از موضوع این نوشتار خارج است. در هر حال تأثیر عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی اگر چه در حقوق موضوعه عمومی به اندازه حقوق موضوعه مدنی نیست، اما در سطح دکتربین قابل تحلیل است. به عنوان نمونه از یک سو با وقوع بهار عربی از سال ۲۰۱۰ و به قدرت رسیدن جنبش اخوان المسلمین در مصر، و از سوی دیگر با تردید در امکان تحقق دولت اسلامی که محصول اعلان موجودیت بنیادگرایانی همچون القاعده و داعش است (Hafijur Rahman, 2020, pp.8-9)؛ مباحث حقوق عمومی و نظریه دولت نیز از نگرش عمل‌گرا تأثیر جدی پذیرفت و شعاع آن به مباحث فلسفه فقه حکمرانی کشیده شد؛ به گونه‌ای که فرآورده آن را می‌توان در نظریه (دولت مدنی/ Civil State) (Limor, 2017, p.23)؛ و اصالت بخشی به متغیرهایی از قبیل (مقبولیت) و (مشروعیت) (An-Nacim, 2010, p.19) مشاهده کرد. توضیح بیشتر آنکه دکتربین‌های متأثر از رویکرد عمل‌گرا در دو قالب کلان دسته بندی می‌شود:

قالب اول با نسل اول و دوم اندیشمندان اخوان المسلمین مطرح شده است (علیخانی، ۱۴۰۰، ص ۳۸)، هر چند که اندیشمندان نسل دوم تأثیر پذیری عمیق‌تری از عمل‌گرایی دارند (Halverson, 2010, pp.56 & 74). این قالب، تعین قاعده حقوقی را در جنبه شکلی و فرمال، در نهاد دولت می‌پندارد. قالب دوم بنیاد حقوق عمومی در فقه حکمرانی را به طور مستقیم با نهاد دولت پیوند نزده و بیشتر تمایل دارد تا با تعریف و شناسایی اصول حقوقی، مبنای نوینی برای قواعد حقوقی استنباط نماید (Kamali, 2016, p.402). بر این اساس شریعت اسلامی مجموعه‌ای از سوابق، رویه‌ها و اصول کلی به همراه مجموعه‌ای از فنون هرمنوتیکی و پارالوژیکال (استدلال ناسازوار/ paralogical) است (Al-Azmeh, 1996, p.12). تبیین هر کدام از دو رویکرد یاد شده به شرح ذیل است:

الف) تأثیر عمل‌گرایی در نظریه دولت

ایده (دولت مدنی) در سال ۲۰۱۱ در مصر که پیش از آن در حدود یک قرن پیش مطرح شده بود، با قدرت گرفتن جنبش اخوان المسلمین در عرصه حقوق عمومی تعیین یافت (Steuer&Blouet, 2015, p.237) اما کودتای نظامی سال ۲۰۱۳ اجازه نداد تا جنبه‌های مختلف این ایده، پدیدار شود. دولت مدنی به معنای دولت غیر نظامی است (Ibid). قرضای به عنوان نسل دوم از اندیشمندان اخوان المسلمین، دولت مدنی را با شاخص‌هایی همچون دموکراسی، کثرت‌پذیری، حمایت از حقوق اقلیت‌های دینی و صیانت از مشارکت اجتماعی زنان معرفی کرد (قرضاوی، ۲۰۰۵، ص ۱۷۱). دغدغه اصلی قرضای و اندیشمندان همسو با او در ابتدا دفاع از امکان تحقق دولت در اسلام است (همان، ص ۸). آنان می‌کوشند بر خلاف روایت بنیادگرایان، مفهوم دولت در اسلام را متمایز با (فرمان خلیفه) معرفی کنند (همان، ص ۳۱) و از متغیرهای مدرن مانند اصول مدنیت و شهروندی بهره‌برند (Steuer & Blouet, 2015, p.3). بنیاد این مسئله به فلسفه فقه حکمرانی باز می‌گردد و با چالش امویان با نظم حقوقی دولت مدینه در صدر اسلام شباهت زیادی دارد (Zakariyah, 2015, pp.11-12).

ب) اصالت‌بخشی به متغیرهایی همچون مشروعیت و مقبولیت

این رویکرد نوعاً از سوی کسانی ارائه شده که به طور مستقیم در باب حقوق عمومی نظریه پردازی نکرده و از مصادیقی همچون دولت، نامی به میان نیاوردند. این گروه بجای ایده پردازی مصادیقی، از متغیرهایی بحث کرده‌اند که می‌تواند تأثیر مستقیم بر اصل حاکمیت قانون بگذارد (Al-Najjar, 2013, p.38). دکترین این گروه در قالب مفهوم (مقبولیت و مشروعیت) تعیین یافته است. دیدگاه این گروه دربردارنده رویکرد انتقادی - تجویزی است (Al-Azmeh, 1996, p.12). روی انتقاد این گروه عموماً متوجه نظریات ماوردیان در فقه حکمرانی است. آنان با انتقاد از نظام فقه

حکمرانی خلیفه محور، در حقیقت از نگرش تاریخی به فقه حکمرانی انتقاد می‌کنند. بر این اساس، عده‌ای قواعد فقه حکمرانی کلاسیک را صرفاً توجیه‌گر رفتار حکومت‌ها دانسته (Fadel, 2018, p.60)؛ و برخی فقه حکمرانی را تا پایان حکومت عثمانی، فاقد نظام هنجاری آگاهانه می‌دانند (عبدالمنعم احمد، ۱۹۹۱، ص ۱۵-۱۶)؛ عده‌ای نیز بر این باورند که در فقه حکمرانی برای دولت، وجود هنجاری تعریف نشده است (Kamali, 2016, pp.384-385). در این میان در ارزیابی نسبت دین و دولت، می‌توان حکم سلطان بیبرس در قرن ۱۳ مبنی بر انتساب چهار قاضی از مذاهب چهارگانه در قاهره برای سامان دادن به نظام قضائی مصر را نقطه عطف مهمی قلمداد کرد (Jackson, 1996, p.49) چه اینکه فرمان یاد شده با نهادینه کردن نظام تقلید، فقه مذاهب را از واقعیت‌های اجتماعی جدا کرد و گشودگی فقه نسبت به تأثیر تکاملی مشاهدات تجربی را از آن زدود (Kamali, 1996, p.32). در نتیجه بر اساس دیدگاه‌های یاد شده نمی‌توان الگوی معین و مشخصی از اصول اسلامی در مورد حقوق عمومی ارائه داد.

جنبه تجویزی ارائه شده از این گروه نیز بجای تمرکز بر نهادگرایی و بحث از ملزومات دولت، معطوف بر تعریف متغیرهای بنیادی در اصول حقوقی است. فرآورده این دیدگاه معرفی عنصر (مقبولیت و مشروعیت) به عنوان مبنای الزام است. بر این اساس هر قاعده حقوقی که مشروعیت اجتماعی نداشته باشد، موجه نیست. بر این اساس قاعده حقوقی باید بر اساس خرد جمعی و برگرفته از یک سیستم مشارکتی مطابق با منابع معتبر اسلامی باشد.

۲. تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی بر مبنای الزام قاعده حقوقی

قانون‌گذار متن قاعده حقوقی را در حقوق موضوعه ایجاد می‌کند و برای آن ضمانت اجرا وضع می‌نماید (حیاتی، ۱۳۹۷، ص ۲۴). نظام حقوقی برگرفته از اصول حقوقی به همراه قاعده است و در حقیقت، اصول حقوقی

ایده‌های اصلی هستند که قوانین بر مبنای آنها وضع می‌شود (بولانژه، ۱۳۷۶، ص ۷۳-۷۴). اصول حقوقی از سویی به عنوان مبنای حقوق موضوعه، ثبوتی بوده و ناظر به مقام واقع و نفس الامر است (حیاتی، ۱۳۹۷، ص ۲۲)، و از سوی دیگر جایگاه فراقانونی داشته و بنیاد یک نظام حقوقی را سامان می‌بخشد (همان). باید توجه داشت که سخن از مبنای الزام در اینجا، شمول داشته و اعم از قواعد حقوقی مصطلح و اصول حقوقی است از این رو اصل حقوقی به مثابه اصل پیشین در نظر گرفته می‌شود و تمرکز بر قاعده حقوقی خواهد بود. با عنایت به توضیحات یاد شده، «مبنای الزام» همواره از معرفت‌شناسی خاص خود پیروی می‌کند و در حقیقت، مبنای الزام باید کاملاً سازوار با بنیاد معرفت‌شناسانه خود باشد. در این قسمت توضیح داده خواهد شد که عمل‌گرایی مدرن حقوقی صرفاً در وضع قوانین بر فقه سنتی تأثیر نگذاشته بلکه مبنای معرفتی خود را بر معرفت‌شناسی حاکم بر فقه سنتی تحمیل کرده است.

۲-۱. مبنای معرفتی الزام در حقوق طبیعی دینی

در حقوق دینی، مبنای قاعده حقوقی از منبع آن تأثیر می‌پذیرد (Kelly, 1992, pp.92-100). کتاب مقدس و سنت، منبع اولیه بیان اراده الهی است (Al wazna, 2016, pp.251-252). قواعد بنیادین حقوقی با تکیه بر متون مقدس استخراج، استنباط و تفسیر می‌شود (Al-Azmeh, 1996, p.12). عقل به عنوان منبعی در طول کتاب و سنت شناسایی شده و از آن به (عقل استنباطی) تعبیر می‌شود. فرآیند اجتهاد، عینیت بخشی به عقل استنباطی در تعامل با متون مقدس است (Al wazna, 2016, pp.251-252).

وصف مبنای گروهی مهم‌ترین شاخص معرفتی قاعده حقوقی در فقه حکمرانی کلاسیک است (Makdisi, 1985, pp.97-98). مبنای گروهی به معنای وجود (باورهای پایه/ Basic beliefs) و (غیراستنتاجی)^۱ است. باورهای پایه خود

1. Non-inferentially basic beliefs & non-inferentially justified beliefs.

بنیاد، موجه بنفسه، و مرجع تایید باورهای دیگر است. قاعده حقوقی مبنای گرا همان قاعده بنیادی است که از جنبه ماهوی هیچ گاه مورد سوال چرایی واقع نمی شود و موجه بودن آن مفروض است (Oktavinanda, 2018, p.Vii). به عنوان نمونه، روایت: «إن ما أسكر كثيره، فقليله حرام»^۱ یک اصل حقوقی است (Zakariyah, 2015, p.25). بر این اساس قاعده حقوقی ساخته می شود مبنی بر اینکه هر نوشیدنی مست کننده حرام است (مزنی، [بی تا]، ص ۲۶۵) و فاعل آن سزاوار مجازات حد می باشد (همان). فرآیند ایجاد الزام حقوقی در حقوق معاملات و حقوق عمومی نیز به همین کیفیت است و در دوره معاصر نیز کاربرد دارد (Zakariyah, 2015, p.25). نتیجه آنکه گزاره (حرمت نوشیدن هر مست کننده) بیان گر اراده تشریحی خداوند است و یک گزاره پایه به حساب می آید که مرجع تایید دیگر قواعد حقوقی خواهد بود.

۲-۲. مبنای معرفتی الزام در رویکرد عمل گرا

بنیاد معرفتی رویکرد عمل گرا در حوزه شناخت (Cognition) شکل گرفته (Schlag, 1989, p.1223) و رقیب اندیشه عقل گراست. عقل گرایی شکلی از اندیشیدن نیست بلکه شکلی از وجود است و عمل گرایی با جنبه وجودی عقل گرایانه در تقابل است (Ibid, p.1224). مهم ترین فرآورده معرفتی عمل گرایی در حقوق، استفاده از روش تجربی برای رسیدن به حقیقت است (Ibid, p.1223).

پیروان رویکرد عمل گرا دیدگاه های متفاوت و گاه متعارضی دارند (Smith, 1990, p.410)؛ اما سرمنشأ تمام نظریات آنان به (عقل عملی) باز می گردد چه اینکه آنان قانون را گونه ای از (عقل عملی) می پندارند (Ibid, p.409). مفهوم عقل عملی به معنای عقل استعلایی (Transcendental Intellect) کانت (Maddy, 2007, p.50)، و گاه به معنای عقل ابزارگرایانه است (Instrumentalism Intellect). تفاوت در آنست که ادراک عقل

۱. ترجمه: چیزی که زیادش سبب مستی شود، اندکش نیز حرام است (ابن قدامه، [بی تا]، ۱۰/۳۲۷).

استعلایی کانت هر چند از ادراک عقل متعالی (Transcendent Intellect) مستقل شده و خود به صورت مستقل (Kant, 1998, p.149, B.25)، مبنای الزام قواعد حقوق را درک می‌کند و نیازی به اعتبار سنجی توسط قواعد خارجی و عقل نظری ندارد (Friedman, 2013, p.22)، اما همچنان در پارادایم مکتب حقوق طبیعی^۱ است (Kelly, 1992, pp.258 & 261)؛ وانگهی رویکرد ابزاری به عقل توسط عمل‌گرایان حقوقی، ادراک عقل عملی را یکسره معطوف بر مقام عمل کرده و دیگر به پارادایم حقوق طبیعی نیز وفادار نیست. تبدیل ادراک عقلی به ابزار، بدین معناست که ادراک عقلی می‌تواند در درک روش شناختی مفید باشد اما نمی‌تواند به طور مستقل به گزاره‌های حقوقی، ارزش درست یا نادرست نسبت دهد (دراوس، ۱۳۹۱، ص ۴۷۲). بر این اساس عمل‌گرایان حقوقی توجه ویژه‌ای به اهداف و غایات قواعد حقوقی دارند و از این جهت در مقابل حقوق دانان طبیعی و صورت‌گرایان حقوقی قرار می‌گیرند. نتیجه آنکه عمل‌گرایی درک متفاوتی نسبت به حقوق ارائه می‌دهد (Warner, 2010, p.406).

توضیح بیشتر آنکه عمل‌گرایان، توجیه را فاقد مبنا می‌دانند (Ibid). نامبناگرایی در توجیه بدین معناست که در تصمیم‌گیری در مورد اینکه از چه چیزی باید دفاع شود و چطور باید عمل کرد، هنجارهای متعددی در نظر گرفته می‌شود که (هنجار توجیهی/ Norm of Justification) نامیده می‌شود (Ibid). هنجار توجیهی به عنوان هنجار استاندارد، و برای شناسایی و تعیین هنجارهای دیگر بکار می‌رود. هنجار توجیهی، مبنایی در خارج از خود ندارد و احتیاجی هم به چنین مبنایی ندارد و این مشخصه ممتاز عمل‌گرایی در

۱. برخی اندیشوران، مکتب حقوقی کانت را «حقوق طبیعی» می‌پندارند اما به تعبیر آرتور ریپستین، فلسفه حقوقی کانت به طور عمده، معطوف بر نسبت سنجی میان اخلاق و حقوق است و به‌دشواری می‌توان فلسفه حقوق او را در چهارچوب «علم حقوق» معاصر جای داد. او توضیح می‌دهد که فلسفه حقوق کانت، معطوف به اموری است که با تحلیل مفهوم حقوق بی‌ارتباط است؛ مواردی همچون درهم آمیختن صریح مفاهیم اخلاقی با مفاهیم حقوقی، تمرکز بر مفهوم «اجبار» و توجه بیش‌ازحد به جزئیات نظری. افزون بر این، فلسفه حقوق کانت به پرسش استاندارد «علم حقوق هنجاری» نیز عنایتی نمی‌کند (ریپستین، ۱۳۹۵، ص ۳۳۱).

مورد (توجیه) است. هنجار یاد شده در مقام عمل به طور مستمر به کار می‌رود (Rorty, 1982, p.xxv).

عمل‌گرایان نظریه‌ی صدق به معنای مطابقت با واقع را نمی‌پذیرند. بنابراین مسئله اصلی نگرش عمل‌گرایی، مطابقت با واقع نیست بلکه توجیه است. همواره هنجارهایی که در عمل بکار می‌رود، معیار است از این رو در این رویکرد، امکان تعریف حقیقت وجود ندارد (Ibid, 1991, p.23). راهبرد عمل‌گرایی آنست که مفهوم (صدق) معادل باشد با توجیه‌شدن به نحو مقتضی به وسیله هنجارهای کاربردی و رایج (Ibid, 1989, p.52). نتیجه نگرش عمل‌گرایی، نفی هر گونه هنجار عالی در سلسله هنجارهای حقوقی است. هنجار حقوقی عمل‌گرا، از کثرت‌گرایی دفاع می‌کند. به عبارت دیگر هر هنجار حقوقی در پرتو دیگر هنجارها تغییر و تحول می‌یابد و دارای ذات مستقل نیست (Warner, 2010, pp.407-408). در این نگرش تنوع و گوناگونی اهمیت زیادی دارد و دیدگاه‌های مختلف و اسلوب‌های متفاوت دینی، فرهنگی، طبقات اجتماعی، نژاد و جنسیت سبب تولید ادبیات «همگرایی» شده و به مثابه نظریه نهایی «توجیه» در نظر گرفته می‌شود (Ibid). بر این اساس هر گونه انکار همگرایی در راستای تبیین برآمده از مطالعه عقل‌گرایانه و در راستای نیل به نظریه واحد، با جوهر عمل‌گرایی حقوقی ناسازگار خواهد بود (Ibid).

با عنایت به مطالب یاد شده، مهم‌ترین تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی بر فقه سنتی آنست که اصل حاکمیت قانون، تابع غایت قاعده حقوقی خواهد بود و بر خلاف مکتب حقوق دینی مبنای الزام، تابع منبع قاعده حقوقی (یعنی کتاب و سنت) نیست.

۲-۳. تأثیر معرفت‌شناختی عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی

مهم‌ترین تأثیر معرفتی عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی آنست که الگوواره فقه حکمرانی کلاسیک در حوزه حکمرانی از حقوق طبیعی سنتی به حقوق طبیعی

مدرن تغییر می‌کند. این بدان معناست که اصل حاکمیت قانون مبتنی بر کشف اراده الهی نیست بلکه وامدار عقلانیت انسان‌گرایانه است (Gava & Stern, 2015, pp. 85 & 177). نتیجه آنکه اصل حاکمیت قانون همچون قبل، تابع منبع آن نیست و بر اساس (روش‌شناسی) تعیین می‌شود. منظور از روش‌شناسی، چگونگی شناخت قواعد الزام‌آور حاکم بر روابط اجتماعی به عنوان پل ارتباطی میان معرفت‌شناسی و باورهای موجهی است که در مورد معرفت (حکمت‌نیا، ۱۳۹۳، ص ۸) سخن می‌گوید. روش‌شناسی تجربی رویکرد عمل‌گرا، تمایل زیادی به بهره‌وری از داده‌های جامعه‌شناسی، اقتصاد و ... دارد و به شناخت و کشف ماهیت حقوقی موضوعات، پایبند نیست.

در روش‌شناسی رویکرد عمل‌گرا، شریعت به خودی خود معیار برای مبنای الزام نیست و انگهی با توجه به سودمندی شریعت در هنجارهای اجتماعی و نظم حقوقی، می‌تواند مفید و حتی لازم باشد (Coulson, 1978, pp. 149-90). تا پیش از کاربست عمل‌گرایی در کشورهای مسلمان، روش‌شناسی حقوقی و اصل حاکمیت قانون بر اساس شریعت تعریف می‌شد. شریعت، هسته سخت الزام حقوقی و بنیاد روش‌شناسانه آن در فلسفه نظری (عقل‌نظری) شکل می‌گرفت (Coulson, 1978, pp. 149-150). مقام عمل نیز بدون اصالت بخشی به فایده و مصلحت، تابعی از رهیافت عقل‌نظری بود بنابراین گسست بین مدرکات عقل‌نظری و عقل عملی از مهم‌ترین تأثیرات عمل‌گرایی بر فقه حکمرانی است.

۳. دیدگاه برگزیده

همان‌گونه که در شرح دیدگاه کولسن مطرح شد، ایجاد توسعه در کشورهای مسلمان نیاز به آن داشت تا قوانین سخت‌گیرانه شریعت محور به نفع رویکردهای تجربی تعدیل شود. بر این اساس حقوق‌مدرن، اساساً فقه سنتی و الزام برآمده از آن را دارای منزلت علمی تلقی نکرد، در حالیکه

فقه سنتی بواسطه بنیاد معرفت‌شناختی خود، از عقل‌گرایی و واقع‌گرایی در حقوق حمایت می‌کند.

توضیح بیشتر آنکه در عمل‌گرایی مدرن حقوقی هیچ ارتباطی میان مدرکات عقل عملی و عقل نظری متصور نیست (Smith, 1990, p.410)، و عقل صرفاً شأن و منزلت ابزاری دارد. انفکاک عقل عملی از عقل نظری (Maddy, 2007, p.50) نشان از اصالت بخشی به امور تجربی در گزاره‌های حقوقی دارد، بر این اساس گزاره‌های حقوقی غیرواقع‌گرا بوده و در نظریه‌های علمی از دیدگاه آنتی رئالیستی جانب‌داری می‌کند (اصغری، ۱۳۸۷، ص ۱۷۰).

در اندیشه اسلامی، گزاره‌های فقهی هرچند برآمده از عقل عملی است اما این گزاره‌ها مستند به عقل نظری است. به عبارت دیگر «معرفت» آنگاه که به هستی و وجود تعلق بگیرد، دانش درجه اول محسوب شده و مفاد گزاره‌های عقل نظری خواهد بود؛ و آنگاه که متعلق آن، شناخت و آگاهی باشد، دانش درجه دوم بحساب آمده و مفاد گزاره‌های عقل عملی می‌باشد. فرآورده این دیدگاه آنست که معرفت‌شناسی ثبوتی، نگاهی فلسفی و هستی‌شناختی دارد و ارتباط متعلق خود را با واقع و تکوین می‌جوید. در مقابل، معرفت‌شناسی اثباتی ناظر به معرفت است و ویژگی‌های شناخت را مورد توجه قرار می‌دهد. نتیجه آنکه معرفت‌شناسی ثبوتی از منظر رتبه در جایگاه اصل پیشین نسبت به معرفت‌شناسی اثباتی قرار دارد (رضایی و خسروی، ۱۳۹۲، ص ۱۰). این دسته بندی در دانش هنجاری از قبیل فقه نیز جاری خواهد بود.

به طور عمده واقع‌گرا بودن گزاره‌های فقهی، ملهم از عقل نظری است و نظریه ضرورت بالقیاس (مصباح یزدی، ۱۳۹۱، ص ۷۱) قابل توضیح است. قضایایی که محمول آنها موصوف به وجوب و باید است از معقولات ثانی فلسفی است و وجوب مندرج در این قضایا، مصداق ضرورت بالقیاس است که از رابطه بین فعل اختیاری انسان و اثر مترتب بر آن انتزاع شده است. به عنوان مثال در گزاره: «باید مجرم، مجازات شود»، رابطه بین مجازات و هدف،

با یکی از اهداف حقوق یعنی امنیت اجتماعی بیان می‌شود. به همین جهت است که اگر پرسیده شود چرا باید مجرم را مجازات کرد؟ پاسخ آنست که اگر مجرم به مجازات نرسد، جامعه دچار هرج و مرج می‌شود. بنابراین، گزاره‌های حقوقی نه تنها مبتنی بر حقایق تکوینی می‌باشند بلکه مفاد این گزاره‌ها نیز اشاره به حقایق تکوینی دارد و بر این اساس، هم قابلیت صدق‌پذیری و هم قابلیت برهان‌پذیری در چنین گزاره‌هایی وجود دارد.

بر اساس توضیح یاد شده گزاره‌های حقوقی، اعتباری محض^۱ نیست و صرفاً مستند به توافق یا قرارداد یا هر امر عرفی دیگر نمی‌باشد بلکه برآمده از واقعیت است. واقعیت در اینجا به معنای حقیقت تکوینی است بدین معنا که هم شامل عالم خارج و محسوس می‌شود و هم شمول گسترده‌ای نسبت به محسوسات دارد.

نتیجه

نگرش عمل‌گرا در حقوق مدرن، درک متفاوتی ایجاد می‌کند. اصالت بخشی به یافته‌های عقل عملی، و استفاده از تجربه‌گرایی در حقوق، مهم‌ترین رهیافت این نگرش است. این پژوهش در مقام اثبات این نکته است که رویکرد عمل‌گرای مدرن بر فقه حکمرانی کشورهای مسلمان تأثیر گذاشته است. هر چند ضریب تأثیر یاد شده در تمام کشورهای مسلمان یکسان نیست اما وابسته به متغیرهای مورد تایید در اجرای برنامه توسعه از قبیل: کثرت‌پذیری، بردباری دینی، تعامل با کفار حربی، پذیرش تساهل

۱. به عبارت دیگر مفاهیم حقوقی در این نگرش از قبیل مفاهیم ماهوی نیست و اصطلاحاً، ماب‌آزاء عینی ندارد. از این رو به یک معنا می‌توان آنها را «اعتباری» نامید. به عنوان مثال مفهوم دزد با اعتبارهای مختلف برای انسان جنبه توصیفی پیدا می‌کند اما این توصیف نه از این جهت است که دزدی دارای ماهیت انسانی است، بلکه اتصاف انسان به وصف دزدی از جهت نوعی رفتار (فعل ربودن مال دیگری) صورت می‌گیرد. همچنین مفهوم «مال» به یک اعتبار اگر مضاف به انسان اعتبار شود، مشیر به مفهوم دیگری با عنوان «مالکیت» است. مالکیت نیز عینیت خارجی ندارد و با اعتبار کردن عنوان «مالک» برای انسان، و عنوان «مملوک» برای پول (یا هر چیز دیگری) ایجاد می‌شود. از این رو نه تغییری در ذات انسان پدید می‌آید و نه در ذات پول. این‌گونه اعتبارات ویژگی‌های خاصی دارد و با واقعیات عینی مرتبط است و صرفاً از ابداعات ذهن نیست.

شرعی در حقوق زنان و مواردی از این قبیل است. از این رو کشورهای مسلمان بیشتر توسعه یافته مانند ترکیه، اندونزی، مالزی؛ و اخیراً کشورهای حوزه خلیج فارس نسبت به کشورهای کم برخوردار از توسعه، از متغیرهای یاد شده بیشترین تأثیر را پذیرفته‌اند. گونه تأثیر پذیری از عمل‌گرایی چه آگاهانه یا ناخودآگاه، سبب شده تا منبع معرفتی فقه حکمرانی از عقل متعالی، به عقل ابزاری تغییر کند. هر چند رویکرد نوین فقیهان نو اندیش در فقه حکمرانی در تلاش است تا استنباط نوین خود را مستند به شریعت نماید، اما شیوه آنان در منطق (عقل‌گرایانه) حقوقی نمی‌گنجد و در مقابل، تابع هنجار (توجیه) عمل‌گرایی مدرن است. بر این اساس بازخوانی فقه حکمرانی در گذار از الگوی کلاسیک احکام السلطانی به اندیشه مدرن، دربردارنده ویژگی: پیامدگرایی، روش‌شناسی ابزاری، و توجه به غایت قواعد حقوقی است و از این جهت از منطق معرفتی عمل‌گرا پیروی می‌کند و از معرفت‌شناسی فقه فاصله می‌گیرد.

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.

تضاد منافع

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

منابع

- ابن قدامه، عبدالله؛ المغنی؛ بیروت: انتشارات دارالکتب العربی للنشر والتوزیع، [بی‌تا].
- اصغری، محمد؛ «تلاقی پراگماتیسم و پُست‌مدرنیسم در فلسفه ریچارد رورتی»، نشریه معرفت فلسفی؛ ش ۲، زمستان ۱۳۸۷، ص ۱۶۵-۱۹۴.
- بولانژه، ژان؛ «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه علیرضا محمدزاده و ادقانی؛ نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ش ۰ (دوره ۳۶)، ۱۳۷۶، ص ۷۳-۱۰۰.
- حکمت‌نیا، محمود؛ «فواعد بنیادین در حقوق و روش‌شناسی احراز و توسعه آنها»، نشریه حقوق اسلامی؛ ش ۴۲، آذر ۱۳۹۳، ص ۷-۳۷.
- حیاتی، علی‌عباس؛ «مفهوم اصل حقوقی و مقایسه آن با قاعده حقوقی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)»، نشریه دانش حقوق مدنی دانشگاه پیام نور؛ ش ۲، دی ۱۳۹۷، ص ۲۹-۴۴.
- دراھوس، پیتر؛ فلسفه مالکیت فکری؛ ترجمه محمود حکمت‌نیا و همکاران؛ تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱.
- رضایی، مهدی و محمد مهدی خسروی؛ «معرفت‌شناسی ثبوتی گزاره‌های حقوقی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی؛ ش ۳۹، تیر ۱۳۹۲، ص ۹-۳۴.
- روکس برو، یان؛ جامعه‌شناسی توسعه (نظریه‌های توسعه‌نیافتگی)؛ ترجمه مصطفی ازکیا با همکاری محمدسعید ذکائی؛ تهران: نشر توسعه، ۱۳۷۰.
- ریبستین، آرتور؛ «فلسفه حقوقی کانت»، ترجمه مژگان جعفری؛ مجموعه مقالات انتشارات بلک ول (به ویراستاری دنیس پترسون)؛ تهران: انتشارات ترجمان، ۱۳۹۵، ص ۳۳۱-۳۵۸.
- عارف نصر، محمد؛ فی مصادر التراث السياسي الإسلامي؛ [بی‌جا]: نشر المعهد العالمی للفکر الإسلامي، ۱۹۹۴ م.
- عبدالمعین احمد، فؤاد؛ أصول نظام الحكم فی الإسلام؛ اسکندریه: مؤسسه شباب الجامعه، ۱۹۹۱ م.
- علیخانی، علی‌اکبر؛ «اندیشه عمر تلمسانی و گذار اخوان المسلمین به دموکراسی»، فصلنامه نظریه‌های اجتماعی متفکران مسلمان؛ ش ۱، فروردین ۱۴۰۰، ص ۳۷-۶۰.
- قرضاوی، یوسف؛ من فقه الدوله فی الإسلام؛ قاهره: نشر دار الشروق، ۲۰۰۵ م.
- ماوردی، ابی‌الحسن علی بن محمد بن حبیب؛ الأحكام السلطانیة والولايات الدینیة؛ تحقیق احمد مبارک البغدادی؛ کویت: نشر مکتبه دار ابن قتیبه، ۱۹۸۹ م.
- مزنی، اسماعیل؛ مختصر المزنی؛ بیروت: انتشارات دارالمعرفه للطباعه والنشر، [بی‌تا].
- مصباح یزدی، محمدتقی؛ فلسفه اخلاق؛ تحقیق احمدحسین شریفی؛ قم: انتشارات مؤسسه آموزشی امام خمینی (ره)، ۱۳۹۱.
- موتقی، سیداحمد؛ «توسعه؛ سیر تحول مفهومی و نظری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ش ۶۳، فروردین ۱۳۸۳، ص ۲۲۳-۲۵۲.

- Abdul Moneim Ahmad, Fouad, "Principles of the System of Judgment in Islam," (Alexandria: Shabab Al-Jame'a Foundation, 1991). (In Arabic)
- Abu-rabi', Ibrahim M, "Contemporary Islamic Intellectual History: A Theoretical Perspective," Islamic Studies, Vol 44, no 4, *Islamic Research Institute*, International Islamic University, Islamabad, (2005).
- Al wazna, Rafat. Y, "Islamic Law: Its Sources, Interpretation and the Translation of It into Laws Written in English," *Int J Semiot Law* 29, (2016).
- Al-Azmeh, Aziz, " *Islams and Modernities*," published by Verso, Second edition, (1996).
- Alikhani, Ali Akbar, "The Thought of Omar Talemsani and the Transition of the Muslim Brotherhood to Democracy," *Quarterly Journal of Social Theories of Muslim Thinkers*, No. 1, (11), (2021). (In Persian)
- Al-Mawardi, Abi Al-Hassan Ali Ibn Muhammad Ibn Habib, "Al-Ahkam Al-Sultaniya and Al-Walayah Al-Diniya," researched by: Ahmad Mubarak Al-Baghdadi, (Kuwait: Ibn Qutaybah School Publishing, 1989). (In Arabic)
- Al-Mazni, Ismail, "Mukhtasar Al-Mazni," (Beirut: Dar Al-Marifa Publications for Printing and Publishing). (In Arabic)
- Al-Najjar, Abd Al-Majid, "paper presented at the international conference on 'Politics and Ethics' for the Faculty of Islamic Studies," Qatar Foundation, Doha, 11 June (2013).
- Al-Qaradawi, Yusuf, "from the jurisprudence of the state in Islam," Second Ed, (Cairo: Dar al-Shorouk Publishing, 2005). (In Arabic)
- An-Nacim, Abdullahi Ahmed, "The Compatibility Dialectic: Mediating the Legitimate Coexistence of Islamic Law and State Law," *The Modern Law Review*, Vol 73, No 1, [Modern Law Review, Wiley], (2010).
- An-Naim, Abdullahi Ahmed, "Islam and the Secular State _ Negotiating the Future of Sharia," Harvard University Press, (unknown edition), (2010).
- Aref Nasr, Mohammad, "In the Sources of Islamic Political Heritage," (Publication of the International Institute of Islamic Thought, 1994). (In Arabic)
- Boulanger, Jean, "General Principles of Law and substantive law," Translated by Alireza Mohammadzadeh Vadghani, *Journal of the Law & Political science Faculty of Law and Political Science University of Tehran*, No. 36, (1997). (In Persian)
- Drahos Peter, " A Philosophy of Intellectual Property," Translated by Mahmoud Hekmatnia Et al, (Tehran: Publications of the Institute of Islamic Culture and Thought), (2012). (In Persian)

- Egyptian Act No. 71/1946.
- Fadel, Mohammad, "Political Legitimacy, Democracy and Islamic Law: The Place of Self-Government in Islamic Political Thought," *Journal of Islamic Ethics*, Brill Publishers, (2018).
- Faruki, Kemal, "Orphaned Grandchildren in Islamic Succession Law," *Islamic Studies*, Vol 4, No 3, (1965).
- Friedman, Michael, "*Kant's Construction of Nature - A Reading of the Metaphysical Foundations of Natural Science*," Cambridge University Press, (2013).
- Friedrich August Hayek, "*Studies in Philosophy, Politics, and Economics*," The University of Chicago Press, (1967).
- Gabriele Gava, Robert Stern (editors), "*Pragmatism, Kant, and Transcendental Philosophy*," (Routledge Studies in Nineteenth-Century Philosophy), Routledge Publications, (2015).
- Gallagher, Shaun, "*Enactivist interventions. Rethinking the mind*," Oxford University Press, (2017).
- Grey, T. C., "Holmes and Legal Pragmatism", *Stanford Law Review*, 41(4), (1989).
- Hallaq, Wael B., "*Themes in Islamic Law Origins evolution islamic law*," Cambridge University Press, First published, (2005).
- Halverson, Jeffrey R., "*Theology and Creed in Sunni Islam - The Muslim Brotherhood, Ash'arism, and Political Sunnism*," First published by Palgrave Macmillan, (2010).
- Hayati, A., "Concept of 'general principles and General rules (Comparative study of Iran and France law)," *Journal of Civil Law Knowledge*, 7(2), (2018). (In Persian)
- Hekmatina, Mahmoud, "Fundamental Rules in Law and Methodology to Elaborate and Develop Them," *Islamic Law*, 11(42), (2014). (In Persian)
- Hookway Christopher, "*The Pragmatic Maxim: Essays on Peirce and pragmatism*," Oxford University Press; (1ed), (2013).
- Ian Roxborough, *Theories of Underdevelopment, Translated by Mustafa Azkia in collaboration with Mohammad Saeed Zakai*, (Tehran: Tosseh publisher), (1991). (In Persian)
- Ibn Qadameh, Abdullah, "*Al-Mughni*," (Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi Publications for Publishing and Distribution). (In Arabic)
- Ibrahim, Ahmed Fekry, "*Pragmatism in Islamic Law. A Social and Intellec-*

- tual History*,” Syracuse University Press, (2015).
- Jackson, S. A, “Islamic Law and the State *The Constitutional Jurisprudence of Shihab Al-Din Al Qarafi (Studies in Islamic Law and Society)*,” First edition by: R. Peters & B. Weiss, Published in Leiden: Brill, (1996).
- James, W, “Pragmatism’s Conception of Truth,” *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, 4 (6), (1907).
- Kamali, Mohammad Hashim, “Methodological Issues in Islamic Jurisprudence,” *Arab Law Quarterly*, vol. 11, no. 1, Brill, (1996).
- Kamali, Mohammad Hashim, “*Caliphate and Political Jurisprudence in Islam: Historical and Contemporary Perspectives*,” The Muslim World Journal, Hartford International University for Religion and Peace, (2016).
- Kant, Immanuel, “*Critique of Pure Reason*,” Edited and translated by Paul Guyer and Allen Wood, Cambridge University Press, (1998).
- Kelly, John Maurice, “*A short history of western legal theory*,” Clarendon Press, Oxford, (1992).
- Lavie, Limor, “The Idea of the Civil State in Egypt: Its Evolution and Political Impact Following the 2011 Revolution,” *Middle East Journal*, Vol 71, no 1, Middle East Institute, (2017).
- Legg & Hookway, “Pragmatism”, Available at: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*,” substantive revision, Edward N. Zalta (ed.), (2021).
- Lipkin, Robert Justin, “*The Anatomy of Constitutional Revolutions*,” Vol, 68. Issue 4, Neb. L. Rev, (1989).
- Maddy, Penelope, “*Second Philosophy: A Naturalistic Method*,” Oxford University Press, (2007).
- Makdisi, John, “*Formal Rationality in Islamic Law and the Common Law*,” Vol 34, Issue 1, Article 10, Published by Cleveland-Marshall College of Law, (1985).
- Mehrizi, Mahdi, “governmental Fiqh,” *Naqd Va Nazar*, 3(12), (1997). (In Persian)
- Movassaghi, Seyed Ahmad, “Development; Conceptual and theoretical evolution,” *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, University of Tehran, No. 63, (2004). (In Persian)
- Nasir, Jamal J , “*The Islamic Law of Personal Status*,” Brill Publications, (2009).
- Nasr, Seyyed Vali Reza, “*Islamic leviathan_ Islam and the making of state power*,” Oxford University Press, (2001).

- Noel James Coulson, "A History of Islamic Law," Edinburgh University Press, (Last ed), (1978).
- Oktavinanda, Pramudya Azhar, "Interpreting Immutable Legal Texts: The Posnerian Pragmatism of Islamic Law," A Dissertation Submitted to the Faculty of the Law School in Candidacy for the Degree of Doctor of Jurisprudence, The University of Chicago, (2018).
- Rahman, Hafijur, "Toward A Wise Political Fiqh: The Perception of State in the Political Thought of Yusuf Al-Qaradawi," *Asbider Akademi Sosyal Bilimler Dergisi*, Volume/Cilt 7 Number/Sayı 21 2020 s.6-22, Publisher: Ankara Hacı Bayram Veli University, (2020).
- Schlag, Pierre, "Missing Pieces: A Cognitive Approach to Law," Vol 67, Number 6, Texas Law Review, (1989).
- Rorty, Richard, "Consequences of Pragmatism," Essays, 1972-1980, Minneapolis: University of Minnesota Press, (1982).
- Schlag, Pierre, (2003), "Truth, Rationality, and Pragmatism_ Themes from Peirce," Oxford University Press, (2003).
- Schlag, Pierre, (1989), "Contingency, Irony, and Solidarity," Cambridge University Press .
- Schlag, Pierre, (1991), "Objectivity, Relativism, and Truth," Cambridge University Press.
- Sachs Wolfgang, "The Development Dictionary_ A Guide to Knowledge as Power," Zed Books: Second Ed, (2009).
- Smith, Steven D, "The Pursuit of Pragmatism," *The Yale Law Journal*, vol 100, no2, The Yale Law Journal Company, Inc, (1990).
- Steuer, Clement & Blouet, Alexis, "The Notions of Citizenship and the Civil State in the Egyptian Transition Process," *middle east law and governance*, Brill Publications, Vol 7, Issue 2, (2015).
- United Nations, "Report of the 1969 Meeting of Experts on Social Policy and Planning," International Social Development Review 3, 1971.
- Warner, Richard, "Legal Pragmatism, in A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory," D. Patterson ed, Blackwell 2d ed, (2010).
- Wilson Aaron B, "Peirce's Hypothesis of the Final Opinion. A Transcendental Feature and an Empirical Constraint," *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, x-2/2018, (2018).
- Zakariyah, Luqman, "Legal Maxims in Islamic Criminal Law_ Theory and Applications," Edited by Dr. Khaled Abou El Fadl, Brill's Arab and Islamic Laws Vol 9, (2015).



Procedural Justice in the Iranian Criminal Process: Foundations, Capacities, and Challenges

Bagher Shamloo* (Corresponding Author)

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Email: b_shamloo@sbu.ac.ir

Amirhossein Khosroabadi

Ph.D. Candidate in Criminal Law and Criminology, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Email: a_khosroabadi@sbu.ac.ir

Use your device to scan
and read the article online



Citation Shamloo, B., Khosroabadi, A. (2025). The effect of informing on termination of marriage and return. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (87): 133-171

 [10.22034/ilaw.2025.715459](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.715459)

Received: 15 November 2023 , Accepted: 08 May 2024

Abstract

According to contemporary thinkers, social justice is the ultimate goal of human society, such that this ideal manifests in all components of the social system. However, the establishment of a just society will not be possible as long as the members of the social system do not "feel" justice. Given the importance of the perception of social justice among the members of a society, justice researchers have re-evaluated "procedural justice." The significance of procedural justice in the criminal justice process lies in the fact that the parties involved in the case (the accused, the victim, and the public prosecutor) should feel justice through the "fair application of criminal law." Adhering to the three principles of equality, participation, and rule-based processes aids their understanding of the fairness of the criminal process.

This study employs a descriptive and analytical approach to evaluate Iran's criminal justice system based on the criteria of procedural justice. Although the constitution emphasises these characteristics, ensuring their implementation requires full support from criminal procedure laws. Without reforming procedural laws based on these features, it is not feasible to expect a "fair application of criminal law" and the realisation of "a sense of justice" among participants in the criminal justice process.

Keywords

Criminal justice system, Criminal procedure Act, Criminal trial, Fair trial, procedural justice, Social justice.



Extended Abstract:

1. Introduction

In contemporary social thought, justice is regarded as the ultimate goal of human society, a virtue that must manifest in all components of the social system. However, a truly just society cannot be realized until its members “feel” or perceive the existence of justice. This psychosocial dimension has led scholars to revisit the concept of procedural justice, shifting focus from the mere distribution of goods and rights—traditionally known as distributive justice—to the fairness of the processes themselves. Within the realm of criminal law, procedural justice ensures that the parties involved (the defendant, the victim, and the public prosecutor) experience a “sense of justice” through the fair implementation of criminal law.

The importance of procedural justice is heightened because criminal law institutions possess the power to limit or revoke the legitimate rights and freedoms of citizens. When formal laws, specifically criminal procedure codes, align with the principles of procedural justice, the likelihood of systemic violations decreases, and a coherent framework for fair trials is established. This research seeks to identify the necessary characteristics of criminal procedure laws to ensure compliance with procedural justice and evaluates the current Iranian legal system against these standards.

2. Research Methodology

This study adopts a descriptive-analytical approach to evaluate Iranian criminal procedure. The methodology is structured in two primary phases: first, the essential indicators of procedural justice are extracted and defined within the context of criminal legislation. Second, the current laws and regulations governing the Iranian criminal justice system are analyzed and assessed based on these extracted indicators to determine their strengths, weaknesses, and capacities for reform.

3. Research Findings

The research identifies three fundamental pillars of procedural justice in criminal proceedings: equality, participation, and regularity. The findings regarding these pillars in the Iranian context are as follows:

- **Principle of Equality:** This principle is manifested through judicial neutrality, independence, the unity of judicial authorities, and equal access to justice. While the Iranian Constitution and the Code of Criminal Procedure

(CPC) emphasize judicial independence and neutrality, several challenges remain. For instance, while judges are legally bound to be neutral, other critical actors in the justice system—such as the police, prison officials, and forensic experts—are not explicitly subjected to the same legal obligations of neutrality in the Iranian policy framework. Furthermore, the existence of specialized and exceptional courts, such as the Special Clerical Court and specific economic crime tribunals, challenges the principle of the “unity of judicial authorities”. Access to justice is also hampered by the lack of mandatory presence for parties in certain appellate stages and the Supreme Court.

- **Principle of Participation:** This pillar ensures that social subjects have an active role in the judicial process through the right to be heard, public trials, and the jury system. Iranian law recognizes the right to be heard and the necessity of informing the accused of charges. However, the right to access case files is often limited at the discretion of judicial authorities for reasons of security or confidentiality, which can impede an effective defense. While the Constitution mandates public trials, legislative exceptions—particularly regarding political and press crimes—sometimes broaden the scope for closed-door sessions beyond constitutional intent. Additionally, the jury board in Iran is criticized for being appointive rather than randomly selected from the public, and its opinions are often merely advisory and non-binding for the court.

- **Principle of Regularity:** This principle, synonymous with formal justice, demands the impartial and consistent application of law. It is supported by the rule of law, the requirement for reasoned and documented decisions, and the right to counsel. A significant achievement in Iranian law is the criminalization of judicial or law enforcement actions that violate legal procedures. However, the “right to counsel” faces a major hurdle in Note to Article 48 of the CPC, which restricts defendants in certain security or organized crime cases to choosing lawyers from a pre-approved list provided by the Head of the Judiciary. This limitation is viewed as a substantial violation of procedural justice and the principle of “equality of arms”.

4. Conclusion

The research concludes that while the Iranian Constitution establishes a strong foundation for most indicators of procedural justice, their legislative implementation in the 2014 Code of Criminal Procedure and subsequent practice is inconsistent. The system demonstrates significant gaps, particularly in the handling of economic and security crimes, where principles such as the unity of courts, public trials, and the free choice of counsel are frequently compromised.

To enhance the legitimacy of the criminal justice system, there is an urgent need to prioritize the principles of participation and regularity. Although the “Judicial Security Document” represents a progressive step toward protecting these rights, it currently lacks the necessary enforcement mechanisms. Therefore, the study suggests that reforming conflicting legal provisions—especially those regarding the restricted choice of lawyers and the expansion of specialized courts—should be the primary focus of any judicial reform program in Iran to ensure a genuine “sense of justice” among citizens.

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.



دادرسی کیفری ایران در سنجه عدالت روزی‌ها

(مبانی، ظرفیت‌ها و چالش‌ها)

باقر شاملو* (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهشتی (ره)، تهران، ایران.
Email: b_shamloo@sbu.ac.ir

امیرحسین خسروآبادی

دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهشتی (ره)، تهران، ایران
Email: a_khosroabadi@sbu.ac.ir



استناد شاملو، باقر؛ خسروآبادی، امیرحسین (۱۴۰۴). دادرسی کیفری ایران در سنجه عدالت روزی‌ها (مبانی، ظرفیت‌ها و چالش‌ها). فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۷): ۱۷۱-۱۳۳
doi 10.22034/ilaw.2025.715459

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۲۴، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۹

چکیده

به تعبیر اندیشمندان معاصر، عدالت اجتماعی غایت جامعه انسانی است؛ به نحوی که این مطلوب در کلیه اجزای سیستم اجتماعی، تبلور یابد. باین‌حال، تا زمانی که تابعان نظام اجتماعی عدالت را «احساس» نکنند، تحقق جامعه عادلانه میسر نخواهد شد. با توجه به اهمیت «برداشت» تابعان یک جامعه از عدالت اجتماعی، اندیشمندان عدالت - پژوه «عدالت رویه‌ای» را بازخوانی کردند. اهمیت عدالت رویه‌ای در فرایند دادرسی کیفری از آن رو است که طرف‌های دعوا (متهم، بزه‌دیده و مدعی‌العموم) در این فرایند، از رهگذر «اجرای عادلانه قانون کیفری»، «احساس عدالت» کنند. رعایت سه اصل برابری، مشارکت و قاعده‌مندی، به ادراک آنان از عادلانه‌بودن فرایند کیفری کمک می‌کند.

پژوهش حاضر با استفاده از رویکرد توصیفی و تحلیلی، به ارزیابی دادرسی کیفری ایران بر اساس معیارها عدالت رویه‌ای می‌پردازد. اگرچه در قانون اساسی به این شاخصه‌ها تأکید شده است، اما تضمین اجرای این شاخصه‌ها مستلزم حمایت کامل قوانین دادرسی کیفری است. در صورت عدم اصلاح قوانین شکلی مبتنی بر این شاخصه‌ها، نمی‌توان انتظار «اجرای عادلانه قانون کیفری» و تحقق «احساس عدالت» در کنش‌گران دادرسی کیفری را داشت.

واژگان کلیدی

دادرسی عادلانه، دادرسی کیفری، قانون آیین دادرسی کیفری، عدالت رویه‌ای، نظام عدالت کیفری.



مقدمه

طی قرن‌های متمادی واژه‌شناسان مفهوم عدالت را در زبان‌های مختلف تعریف کردند. واژگانی چون «عدالت» (Justice)، «انصاف» (Fair) و «قسط»، مشتمل بر معانی متعدد ولی همسو با یکدیگر هستند که افاده برابری، حق و شایستگی می‌کنند (Black, 1983, pp.448-449).^۱ در ادبیات دینی نیز این واژگان افاده همان معانی را می‌دهند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۵۵۱-۵۵۳) که بیانگر اتحاد ذاتی این مفهوم است. با توجه به آنکه مفهوم عدالت در ارتباط با مراتب وجودی انسان معنا می‌یابد، عدالت به شاخه‌های فردی و اجتماعی تفکیک می‌شود. آنچه که غالباً در آثار فقهی در خصوص مفهوم «عدالت» ذیل ابواب قضا، شهادت و وکالت مطرح می‌شود، به «عدالت به‌مثابه وصف شخصی» اشاره دارد. مشهورترین تعریف عدالت در این سطح، مشعر بر عدم ارتکاب گناه کبیره، عدم اصرار بر ارتکاب گناهان صغیره و عدم ترک مروّت می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۴، ص ۶-۷).

متعلّق عدالت اجتماعی، روابط انسان‌ها با یکدیگر و نسبت‌داریی انسان‌ها با سرمایه‌های اجتماعی است. عدالت رویه‌ای (Procedural Justice) یکی از مهم‌ترین ساحت‌های نظریه عدالت اجتماعی است که از سوی نظریه‌پردازان معاصر تبیین شده است. موضوع عدالت رویه‌ای منصفانه‌بودن فرایندها می‌باشد و هدف از آن، اجرای عادلانه قواعد و جلب اعتماد سوژه‌ها نسبت به عادلانه‌بودن فرایندهاست. در مطالعات علوم اجتماعی، عدالت رویه‌ای، به‌عنوان یک معیار اساسی برای سنجش اعتبار نهادهای اجتماعی (Social Institution) کاربرد دارد. یکی از این نهادها که نقش اساسی در تنظیم امور نظام اجتماعی دارد و اهمیت آن به‌دلیل تحدید و سلب حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان مضاعف می‌شود، نهاد قانونگذاری کیفری است. مهم‌ترین ویژگی این نهاد آن است که مفاد آن

۱. در زبان لاتین، واژگانی از قبیل «Justimum» و «Justa» افاده معنایی قریب به واژه عدالت می‌کند.

وصف الزامی به خود می‌گیرد و دارای ضمانت اجراست (Turner, 1997, p. 205). در این میان، قوانین شکلی (که مصداق بارز آن، قوانین حوزه دادرسی هستند) اهمیت بیشتری دارد؛ چراکه در تثبیت برداشت سوژه‌ها از عادلانه بودن رویه‌ها سهم مؤثری ایفا می‌کند؛ از این رو هر اندازه که قوانین دادرسی کیفری با عدالت رویه‌ای سازگار شود، احساس عدالت تحقق یافته میان تابعان نظام حقوقی بیشتر خواهد بود. هرآنچه که اصول عدالت رویه‌ای در قوانین شکلی ظهور داشته باشد، امکان نقض اصول عدالت رویه‌ای در فرایند دادرسی کاهش می‌یابد و چهارچوب منسجمی جهت تحقق دادرسی عادلانه و منصفانه برقرار می‌سازد.

مسئله اساسی این پژوهش آن است که قوانین دادرسی کیفری به‌منظور انطباق با عدالت رویه‌ای، باید واجد چه مشخصه‌هایی باشد. برای پاسخ به این سؤال باید شاخصه‌های عدالت رویه‌ای متناسب با نظام قانونگذاری دادرسی کیفری استخراج شود، اما مسئله مهم‌تر نسبت میان نظام دادرسی کیفری ایران با شاخصه‌های عدالت رویه‌ای است که مستلزم ارزیابی مقررده‌های دادرسی کیفری متناسب با شاخصه‌های استخراج شده می‌باشد. این نوشتار با استفاده روش توصیفی - تحلیلی، ابتدا شاخصه‌های ضروری عدالت رویه‌ای را متناسب با نهاد قانونگذاری کیفری استخراج کرده و تلاش می‌کند تا تبیینی از آن را در بخش نخست ارائه دهد. در بخش دوم نیز تجلی این شاخصه‌ها در قوانین و مقررات مرتبط با دادرسی کیفری بررسی می‌گردد.

۱. عدالت رویه‌ای؛ مفهوم‌شناسی و شاخصه‌ها

به‌منظور سنجش قوانین مرتبط با دادرسی با معیار شاخصه‌های عدالت رویه‌ای، ابتدا ضروری است مفهوم عدالت رویه‌ای تبیین و سپس شاخصه‌های آن استخراج شود.

۱-۱. گذار از عدالت اجتماعی به عدالت رویه‌ای

به موازات تاریخ اندیشه، مفهوم عدالت به‌عنوان مهم‌ترین هنجار در جامعه مورد توجه قرار گرفته است. در حوزه اخلاق و فلسفه نیز عدالت به‌عنوان یکی از مهم‌ترین فضیلت‌ها، و حتی مهم‌ترین فضیلت نهادهای اجتماعی (Social Institution) محسوب می‌شود (Rawls, 2009, p.3). نخستین برداشت‌ها از عدالت اجتماعی منحصر در «عدالت توزیعی» (Distributive Justice) نسبت به کالاها، خدمات، فرصت‌ها و حقوق اجتماعی به‌نحو عادلانه میان شهروندان بود؛ براین‌اساس مارکس (Karl Marx) عدالت اجتماعی را در مفهوم خاص عدالت توزیعی (توزیع برابر منابع و امکانات و بهره‌مندی شهروندان به‌صورت برابر و بازتوزیع ثروت در جامعه) توصیف کرد، دیوید میلر (David Miller) آن را با مفهوم «استحقاق» پیوند داد، جان رالز (John Rawls) عدالت اجتماعی را در مفهوم «برابری فرصت‌ها» ترسیم کرد و راندل دورکین (Ronald Dworkin) نیز آن را منحصر در «برابری حقوق افراد» دانست (حسینی بهشتی، ۱۳۸۳، ص ۱۰۳-۱۰۸).

هریک از این برداشت‌ها در راستای پاسخ به پرسش «کدام شیوه توزیع عادلانه است؟»، به‌وجود آمد و با تمرکز بر ساختارها جامعه و نهادهای اجتماعی، نظریه عدالت اجتماعی را توسعه داد، اما عدالت اجتماعی از سطح مناسبات ساختاری نیز فراتر رفت و به سطح مناسبات روان‌اجتماعی راه یافت. در این سطح، انسان یک کنشگر اجتماعی دارای احساسات پیشران است که این احساسات بر بینش، نگرش و کنش‌های او اثرگذار می‌باشد؛ بنابراین نمی‌توان او را محدود به مناسبات ساختارها و نهادهای اجتماعی کرد. این تغییر پارادایم از عدالت اجتماعی، نخستین انگیزه‌ها را برای توجه به عدالت رویه‌ای به‌وجود آورد. عدالت رویه‌ای، چهره‌ای از عدالت اجتماعی است که نقش مؤثری در تحقق برداشت عمومی از عادلانه‌بودن نظام اجتماعی دارد. پیشینه عدالت رویه‌ای به ابعاد روان‌شناختی انسان بازمی‌گردد؛ آنگاه که

احساسات انسان نسبت به تبعیض برانگیخته می‌شود و بی‌عدالتی را به نظام اجتماعی توسعه می‌دهد و آن را ناعادلانه می‌انگارد (سن، ۱۳۹۲، ص ۴۲۰). در حال حاضر، صرف اتکا به عادلانه‌بودن محتوای قواعد کافی نیست، بلکه انگاره ذهنی سوژه‌های انسانی مبنی بر عادلانه‌بودن این قواعد است که زمینه اجرا، بهینگی و توجیه‌پذیری قواعد را فراهم می‌سازد. برداشت عادلانه از این محتوا ناشی از خودانگاشت‌هایی است که سوژه‌های رقابت در ذهن خود به وجود می‌آورند. اگرچه خودانگاشت‌های عادلانه تا حدودی تحت تأثیر روابط قدرت و غلبه‌گفتمان مسلط برساخته می‌شود، اما شاخصه‌هایی نیز وجود دارد که می‌تواند به صورت عینی در فرایند تصمیم‌گیری و اجرا تأثیر گزارده و در عمل موجب شکل‌گیری خودانگاشت‌های عادلانه از محتوا گردد؛ بنابراین این شاخصه‌ها تأثیر زیادی در برساخت عادلانه از رویه‌ها دارد (Berry, 2005, p.10).

۱-۲. تبیین عدالت‌رویه‌ای

تبیین عدالت‌رویه‌ای مستلزم توضیح این مفهوم و استخراج شاخصه‌های سنجش‌پذیر آن است. برای این منظور، نخست مفهوم عدالت‌رویه‌ای و سپس شاخصه‌های آن تبیین می‌شود.

۱-۲-۱. مفهوم عدالت‌رویه‌ای

عدالت‌رویه‌ای، بازخوردی از نظریات عدالت با حوزه روان‌شناسی اجتماعی است. مسئله اصلی در عدالت‌رویه‌ای آن است که انسان‌ها چگونه نسبت به عادلانه‌بودن کنش‌های اجتماعی قضاوت می‌کنند (ازکمپ، ۱۳۸۶، ص ۵۸۰)؛ بنابراین فراتر از آنکه دستاوردهای عدالت اجتماعی باید محقق شود، باید ادراک عموم سوژه‌ها نسبت به تحقق عدالت اجتماعی مورد توجه قرار گیرد. در واقع، «عدالت باید آشکارا و بی‌تردید دیده شود که اجرا شده است» (سن، ۱۳۹۲، ص ۴۱۱). این ضرورت لزوماً بر اساس اجرای مطلوب یک نظریه عدالت اجتماعی محقق نمی‌شود، بلکه نیازمند

مدیریت برداشت ذهنی سوژه‌های نظریه عدالت خواهد بود تا قضاوت آنان را درباره اجرای عدالت اجتماعی جهت‌دار کند. عدالت رویه‌ای به آن دسته از روابطی تعلق می‌گیرد که در حال رقابت با یکدیگر هستند. در جریان رقابت میان کنش‌گران، آنچه که در پایان باعث می‌شود طرف‌های رقابت از نتیجه (علی‌رغم بازنده یا برنده بودن) رضایت داشته و به آن اکتفا شوند، عدالت رویه‌ای است. عدالت رویه‌ای به دنبال آن است که قواعد رقابت را به نحوی ساماندهی کند تا طرفین رقابت در پایان «برداشت» عدالت کنند (Robbins, 2001, p. 170). جان رالز نظریه عدالت خود را به نحوی می‌پروراند که همسو با عدالت رویه‌ای باشد. علت این امر آن است که رالز غایت عدالت اجتماعی را سامان اجتماعی می‌داند (Rawls, 2009, p. 3) و تا زمانی که سوژه‌های نهادهای اجتماعی (شهروندان جامعه مدنی در رویکرد لیبرال دموکراسی) آن را درک نکنند،^۱ سامان اجتماعی محقق نخواهد شد. رالز در مقام شکل‌گیری در چنین وضعیتی، نهادهای اجتماعی، نظیر قوانین دادرسی، نقش مؤثری در تحقق عدالت رویه‌ای دارند و اگر این نهادها عادلانه باشد، پیامدهای آن نیز عادلانه خواهد بود.^۲

عدالت رویه‌ای از چشم‌انداز دانش حقوق مشتعل بر مجموعه‌ای از الزامات و قواعدی است که شرایط رقابت حقوقی میان دو یا چند سوژه را ساماندهی می‌کند. این قواعد و الزامات می‌تواند ناظر به روابط طرفینی در مرافعات مدنی یا روابط دولت در مقام مدعی‌العموم با اشخاص در دادرسی‌های کیفری باشد. مقصود از عدالت رویه‌ای در فرایند دادرسی

۱. نکته کلیدی در فهم نظریه عدالت رالز آن است که بدانیم او عدالت در واقعیت را با دریافت شهروندان از عدالت (Perception of Justice) دو امر مجزا می‌شمارد. آنچه که در نظریه عدالت به مثابه انصاف (Justice as a Fairness) موضوعیت دارد، درک شهروندان از عدالت است. به همین دلیل طرح موضوعاتی نظیر «حجاب جهل» برای استخراج اصول عدالت در راستای این درک شهروندان از عدالت تأثیرگذار است (see: Bentley, 1973, p. 1071).

۲. این درحالی است که رابرت نوزیک (Robert Nozick) دیدگاه کاملاً متفاوتی با رالز دارد. نوزیک بر این باور است تا زمانی که دنباله‌های پیشین یک رویداد عادلانه باشد، نمی‌توان انتظار پیامدهای عادلانه از آن رویداد را داشت (برای مطالعه بیشتر از موضع نوزیک نسبت به نظریه رالز، ر.ک: Cohen, 1995, chs. 1-2).

کیفری آن است که صرف‌نظر از قضاوت هنجاری در باب قواعد ماهوی ناظر به استحقاق عادلانه اشخاص، شرایط رقابت میان مدعی‌العموم و متهم به‌نحوی سامان‌دهی شود تا هر دو طرف فرصت عادلانه در کسب پیروزی را داشته باشند. به‌همین دلیل، قواعد ترسیم شده در چهارچوب این رقابت باید با لحاظ برابری و بدون هرگونه تبعیض میان طرف‌های رقابت باشد تا بتوان ادعا کرد آنچه در پایان به‌عنوان نتیجه حاصل می‌شود، عادلانه خواهد بود (عدالت‌رویی‌ای ناقص).

۱-۲-۲. سنجه‌های عدالت‌رویی‌ای

اگر چه اصول عدالت اجتماعی مبتنی بر تحلیل «عدالت به‌مثابه انصاف» حول دو شاخصه «برابری» و «تفاوت» استوار شده است (Rawls, 2009, p.53)، اما میان تقریر عام از اصل عدالت و ظهور این اصل در شاخه عدالت‌رویی‌ای ناقص در فرایند دادرسی کیفری، تفاوت زیادی وجود دارد. واقعیت آن است که دو اصل مذکور از عدالت اجتماعی را باید در قوانین ماهوی به‌کار گرفت، اما تا زمانی که اصول عدالت‌رویی‌ای مراعات نشود، نمی‌توان انتظار اجرای صحیح و کامل از قوانین ماهوی و استقرار عدالت اجتماعی داشت (فلاح‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۴۱-۴۳). ازسوی دیگر، استخراج شاخصه‌های قابل سنجش عدالت‌رویی‌ای، امری ضروری است تا بر اساس آن بتوان رویه‌ها را ارزیابی کرد. در صورتی که این شاخصه‌ها استخراج و ارزیابی نشود، امکان انحراف عامدانه رویه‌ها از عدالت اجتماعی و تبعیض هدفمند وجود دارد (Berry, 2005, p.27). در آثار علمی، شاخصه‌های متعددی برای عدالت‌رویی‌ای بیان شده است. بسیاری از این آثار، شاخص‌های عدالت‌رویی‌ای را در چهار مؤلفه بی‌طرفی (Neutrality)، حق‌استماع (Voice)، رعایت کرامت (Respect) و انتقال نمادهای اعتماد آفرین (Trustworthy) بیان کرده‌اند که ناظر بر عدالت سازمانی است (Tyler, 1988, p.117). آمارتیا سن، رسالت عدالت‌رویی‌ای را جلب خرد جمعی نسبت به

عادلان‌بودن فرایندها می‌داند و شاخصه‌های آن را از این رهگذر تبیین می‌کند، اما تحصیل این هدف منوط به دو عامل اهتمام به منافع دیگران و وابستگی متقابل است (سن، ۱۳۹۲، ص ۴۱۹). عامل نخست که هسته تحلیلی نظریه «عدالت به مثابه انصاف» است، بر لزوم برابری، منع تبعیض و انصاف در نهادها تأکید دارد. ثمره عامل دوم نیز در اهتمام به دیدگاه‌های دیگران و ضرورت ارزیابی صحت ادعای آنان نمایان می‌شود، اما رسالت عدالت رویه‌ای را نباید منحصر در سطح روانی سوژه‌ها و برداشت آنان از عادلانه‌بودن فرایند دانست، بلکه عدالت رویه‌ای مشتمل بر تشریفاتی است که موجب اجرای عدالت طبیعی یا عدالت وضعی می‌شود و امکان انحراف از آن را منتفی می‌سازد؛ لذا ضرورت دارد سنجه‌های عدالت رویه‌ای در فرایند دادرسی به نحو مجزا استخراج و تبیین شود. در گفتار بعد، این سنجه‌ها به صورت تفصیلی بررسی می‌گردد.

۱-۳. شاخصه‌سازی دادرسی عادلانه در پرتو عدالت رویه‌ای

به‌طور سنتی، نخستین شاخصه‌های ارزیابی عدالت رویه‌ای در فرایند دادرسی مشتمل بر دو قاعده بود؛ نخست آنکه هیچ کس نمی‌تواند در دعوای خود نقش داور را داشته باشد؛ دوم آنکه ادعا و دفاعیات اشخاص باید به صورت عادلانه استماع شود (فلاح‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۲۰). این دو قاعده ناظر به آن است که سوژه‌ها برداشت عادلانه از فرایندها داشته باشند، اما آنچه که قابل انتقاد به نظر می‌رسد، بی‌توجهی این قواعد نسبت به اجرای عادلانه قواعد است. اساساً رسالت عدالت رویه‌ای در فرایند دادرسی لزوماً ایجاد تصور از عادلانه‌بودن فرایند دادرسی نیست، بلکه اجرای عادلانه طبق قوانین موضوعه نیز می‌باشد؛ بنابراین لازم است در استخراج شاخصه‌های عدالت رویه‌ای، به ضرورت اجرای عدالت (نتیجه عادلانه رویه‌ها) نیز توجه شود.

تجلی عدالت رویه‌ای در فرایند کیفی در سه اصل برابری، مشارکت و قاعده‌مندی (Regularity) در دادرسی ظهور می‌یابد. دو اصل برابری و

مشارکت، ناظر به احساس عدالت میان سوژه‌های فرایند دادرسی است، اما اصل اخیر به اجرای عادلانه، منصفانه و بی‌طرفانه قانون در دادرسی کیفری اشاره دارد. در ادامه هر یک از این سه اصل تبیین می‌شود و در مبحث دوم، قوانین شکلی کیفری ایران مبتنی بر این اصول ارزیابی می‌گردد.

۱-۳-۱. اصل برابری

برابری، مؤلفه اساسی در مطالعات عدالت‌پژوهی و اولین شاخصه مهم عدالت اجتماعی می‌باشد (Rawls, 2009, p.54). نخستین معنایی که از عدالت به ذهن متبادر می‌شود، مفهوم برابری است (والزر، ۱۳۹۴، ص ۵۱۸-۵۱۹)؛ تا حدی که غالب نظریات عدالت اجتماعی در قرن اخیر، نسبت به برابری در یک هسته مفهومی که در آن نظریه‌ی واجد اهمیت است، تأکید داشته‌اند (سن، ۱۳۹۲، ص ۳۱۵). در فرایند دادرسی کیفری، این اصل اهمیت زیادی در احساس عدالت طرف‌های دعوا دارد. در صورت نقض قاعده برابری میان طرف‌های دادرسی کیفری، حتی اگر قوانین ماهوی به درستی اجرا شود، طرف برنده این فرایند موفقیت خود را نه از رهگذر اجرای قانون ماهوی، بلکه ناشی از داشتن جایگاه برتر در فرایند دادرسی کیفری می‌داند. طرف بازنده نیز موقعیت فرودستانه خود را در رقابت کیفری، عاملی برای بازنده‌شدن خود به حساب می‌آورد؛ در نتیجه هیچ یک از طرف‌های رقابت احساس عدالت نخواهند کرد.

در فقه اسلامی، برابری (تسویه) میان طرف‌های نزاع، به‌عنوان یکی از مقومات مشروعیت رویه دادرسی می‌باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۴۲۸-۴۳۰/ تبریزی، [بی‌تا]، ص ۱۱۷-۱۱۸). فقهای اسلامی در بیان مبنای این حکم به آیات قرآن کریم (ر.ک: نساء: ۵۸) و روایات متعدد از معصومین (ع) استناد کرده‌اند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۱۴-۲۱۵/ زحیلی، ۱۴۲۲، ص ۳۳۵). حتی آن دسته از فقهای اسلامی که در وجوب تسویه تردید دارند، رعایت تسویه از سوی دادرس را با هدف رفع تهمت و سوءظن نسبت به قاضی،

عقلاً ضروری می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۴، ص ۱۱۳). اصل برابری از دو حیث سلبی (برابری سیاسی) و ایجابی (برابری قضایی) قابل تفکیک است؛ از بعد سلبی، هریک از شهروندان باید حق برابر در دادخواهی نسبت به هر شخص بدون تبعیض داشته باشند، اما در بعد ایجابی، ساختار قضایی مکلف است در مواجهه با دادخواهی شهروندان بی طرف بوده و استقلال و وحدت درونی خود را حفظ کند (Rawls, 2009, p. 194).

۱-۳-۲. اصل مشارکت

اصل مشارکت یکی از مهم‌ترین اصول در تحقق عدالت رویه‌ای در فرایند دادرسی کیفری است. این اصل ریشه‌دار، رکن اساسی عدالت رویه‌ای و نمایانگر چهره بیرونی نظام قضایی در مواجهه با شهروندان از حیث رعایت قواعد عادلانه می‌باشد (فلاح‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۷۳). اصل مشارکت صرفاً تکلیفی بر عهده ساختارهای قضایی است که باید از سوی نهادهای اجتماعی تضمین گردد و از رهگذر آن، احساس عدالت در ذهنیت سوژه‌ها ایجاد شود (Rawls, 2009, p. 194). برخی مفسران در ذیل آیه ۵۸ سوره نساء^۱ بیان داشته‌اند که «حکم بالعدل»، صرفاً متعلق به محاکمه از سوی حاکم نیست، بلکه «حکم بالعدل» یک تکلیف اجتماعی است که تنها با مشارکت شهروندان در اقامه حکم شرعی حاصل می‌شود (مدرسی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۰۷). اگر حق مشارکت افراد (به‌عنوان طرف دعوا) در فرایند دادرسی کیفری سلب یا محدود شود، عملاً مانعی اساسی در برابر طرف‌های دادرسی کیفری جهت پیگیری روند دعوا ایجاد خواهد شد؛ بنابراین شخصی که با این مانع مواجه شده است، به دلیل آنکه موقعیت مناسبی در رقابت ندارد، هیچ‌گاه احساس عدالت نخواهد کرد.

سازوکارهای نظام عدالت کیفری در مواجهه با مراجعه‌کنندگان به دستگاه قضایی باید به نحوی باشد که اشخاص نقش فعالی در فرایند قضایی بر عهده

۱. «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ».

داشته باشند یا بتوانند دیدگاه‌های عمومی جامعه را به تصمیمات قضایی منتقل کنند؛ بنابراین شاخصه‌های مربوط به اصل مشارکت را می‌توان در حق بر استماع، علنی بودن دادرسی و نهاد هیئت منصفه خلاصه کرد. هر سه شاخصه در زمره تکالیف ساختار قضایی در مواجهه با شهروندان است که می‌تواند در شکل‌گیری خودانگاشت اجرای عدالت در فرایند قضایی مؤثر باشد. در صورتی که هریک از این شاخصه‌ها در فرایند دادرسی کیفری رعایت نشود، اصل مشارکت شهروندان نقض خواهد شد و طرف‌های دعوای کیفری در پایان رقابت احساس عدالت نخواهند کرد.

۱-۳-۳. اصل قاعده‌مندی

اصل قاعده‌مندی در عدالت رویه‌ای ناظر بر فرایند اجرای عادلانه قانون به دور از هرگونه تبعیض می‌باشد. این اصل مساوق با مفهوم «عدالت صوری» (Formal Justice) است که به اجرای کامل و بدون تبعیض هنجارها و قواعد موضوعه حقوقی نسبت به سوژه‌های آن اشاره دارد. اگر در یک سامانه اجتماعی، سه‌گانه ساختار، نهاد و قواعد بنیان‌گذار^۱ را لحاظ کنیم، آنچه که در عدالت رویه‌ای اهمیت دارد قواعد بنیان‌گذار ساختارها و نهادهاست که رسالت به اجراگزاردن قانون (عدالت) محتوایی (Substantive Justice) را بر عهده دارد. با این توضیح، اصل قاعده‌مندی در عدالت رویه‌ای عبارت از «اجرای بی‌طرفانه و یکدست قوانین، فارغ از اینکه اصول محتوایی آن‌ها چه هستند» می‌باشد (Rawls, 2009, p.51).

اصل قاعده‌مندی از آیه ۵۸ سوره نساء^۲ قابل برداشت است. مطابق با این آیه شریفه، فرایند صدور حکم قضایی در مراعات باید عادلانه باشد (تبریزی، [بی‌تا]، ص ۱۸-۲۲). این درحالی است قرآن کریم در آیه ۱۳۵ این

1. Structure, Institution, Constitutive Rules.

۲. «وَ إِذَا حُكِمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ».

سوره^۱ به عدالت محتوایی (قسط) اشاره کرده است. این تمایز در قرآن کریم در واژه‌گزینی میان «عدل» و «قسط» بیانگر ضرورت توجه به اصل قاعده‌مندی در عدالت رویه‌ای با لزوم محتوای مبتنی بر عدالت اجتماعی (قسط) برای هنجارها و قوانین، است.

اصل قاعده‌مندی در دادرسی کیفری ضامن اجرای عادلانه قوانین کیفری است. مهم‌ترین شاخصه این اصل، حاکمیت قانون (در حقوق موضوعه) یا قبح عقاب بلابیان (در فقه) می‌باشد که نتایج بسیار مهمی در دادرسی کیفری به دنبال دارد. مهم‌ترین پیامد آن اصل براءت (فرض بی‌گناهی)، حفظ کرامت شهروندان، تفسیر مضیق قوانین ماهوی کیفری و اجرای سریع قوانین قوانین شکلی نسبت به متهم است (خالقی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۱۶۶-۱۶۸). همچنین حضور متخصصان حقوقی در این فرایند به‌عنوان وکلای طرف‌های منازعه می‌تواند در تحقق این اصل تأثیر به‌سزایی داشته باشد. با این حال، هرگونه تصمیم در فرایند دادرسی ازسوی مقامات باید مستند و مستدل به قواعد حقوقی باشد تا بتوان بر اجرای اصل قاعده‌مندی نظارت دقیق ایفا کرد.

۲. نسبت شاخصه‌های عدالت رویه‌ای در قوانین موضوعه ایران

سه پایه مهم عدالت رویه‌ای در بستر دادرسی کیفری، اصول برابری، مشارکت و قاعده‌مندی است، اما ذیل هریک از این اصول، شاخصه‌هایی نهفته است که در ارزیابی تحقق عدالت رویه‌ای مؤثر خواهد بود. در ادامه هریک از این شاخصه‌ها به‌نحو اجمالی بررسی و نقش قوانین و مقررات ناظر به دادرسی کیفری ایران را از حیث تقویت یا تضعیف این شاخصه‌ها، ارزیابی خواهد شد.

۲-۱. اصل برابری در فرایند دادرسی کیفری

اصل برابری در فرایند دادرسی کیفری خود را در شاخصه‌های راهبردی

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ».

بی‌طرفی و استقلال قضایی، وحدت مراجع قضایی و حق دسترسی به دادخواهی نشان می‌دهد. در ادامه الزامات نظام دادرسی کیفری مبتنی بر این شاخصه‌ها بررسی و جایگاه آن در قوانین دادرسی کیفری واکاوی می‌شود.

۲-۱-۱. بی‌طرفی و استقلال قضایی

بی‌طرفی و استقلال قضایی، شاخصه مهمی در فرایند دادرسی کیفری است که باید از سوی نظام عدالت کیفری تضمین شود. این شاخصه تضمین مهمی برای اصل «برابری» است و شرط ضروری تحقق دادرسی کیفری عادلانه می‌باشد. بر اساس آن، نظام عدالت کیفری بدون جانبداری و تبعیض در طرف‌های دعوا، باید واقعه جنایی را ارزیابی عادلانه کند. با لحاظ این ضرورت، ماده ۶ سند امنیت قضایی^۱ این شاخصه را به‌عنوان یکی از راهبردهای «امنیت قضایی» بیان کرده است. مفاهیم «استقلال» و «بی‌طرفی» ارتباط زیادی با یکدیگر دارند و در عین حال از هم متمایزند. «استقلال» اشاره به عدم اختیار کامل مقام قضایی یا مراجع قضائتی در ایفای وظایف خود دارد و مانع از اعمال نفوذ اشخاص و ساختارها در فرایند دادرسی می‌شود، اما «بی‌طرفی» متعلق به گرایش‌های دادرس در رابطه با موضوع نزاع است تا در پرونده‌ها بدون پیش‌داوری نسبت به نزاع، تصمیم‌گیری کند.

در حقوق کامن‌لا، هرگونه مداخله و مشارکت پیشینی در فرایند تصمیم‌گیری از سوی دادرس، مصداق نقض قاعده بی‌طرفی بوده و دادرسی منصفانه را زیر سؤال می‌برد (فلاح‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۲۶۵). به‌همین دلیل ماده ۳۷۲ این قانون نیز برای تضمین بی‌طرفی دادرس تأکید می‌کند که قبل از «اتمام رسیدگی و اعلام رأی»، نمی‌توان نسبت به برائت یا مجرمیت متهم اظهار نظر کرد. همچنین ماده ۳۷۳ نیز برای رعایت اصل تناظر در دادرسی که از جلوه‌های بی‌طرفی است، دریافت هرگونه اسناد، مدارک یا لوایح

۱. بخشنامه رئیس قوه قضائیه در خصوص سند امنیت قضایی مصوب ۱۳۹۹/۷/۱۶ رئیس قوه قضائیه.

جدید پس از اعلام ختم رسیدگی را ممنوع کرده است. ماده ۳ این قانون نیز صراحتاً به بی‌طرفی مقامات قضایی به‌عنوان یکی از اصول بنیادین دادرسی کیفری تأکید می‌کند. بند ۴ ماده ۱۷ قانون نظارت بر رفتار قضات ۱۳۹۰، خروج مقام قضایی از بی‌طرفی را «تخلف انتظامی» می‌داند. همچنین طبق ماده ۶۰۵ قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات)، آن دسته از مقامات قضایی یا ضابطان دادگستری که «از روی غرض و بر خلاف حق» تصمیمی اتخاذ کنند، به حبس و جزای نقدی محکوم می‌شوند، اما «بی‌طرفی» صرفاً تکلیف قانونی «مراجع قضایی» نیست، بلکه سایر مقامات نظام عدالت کیفری نیز مکلف به رعایت «بی‌طرفی» در تصمیمات خود هستند؛ چه اینکه اشخاصی نظیر پلیس، مأموران زندان‌ها، کارشناسان و پزشک قانونی، نقش مؤثری در تحقق عدالت دارند (Walker & et al., 2000, pp.108, 281 & 265)؛ بنابراین بی‌توجهی قانونگذار به تکلیف این اشخاص در رعایت «بی‌طرفی»، چالش اساسی سیاستگذاری کیفری ایران در تحقق عدالت رویه‌ای است.

عدم انتفاع مقامات از نتیجه دادرسی، یکی از جلوه‌های اصل بی‌طرفی است که به آن منع جانبداری شخصی گفته می‌شود؛ لذا نهاد ردّ دادرسی در سیاستگذاری کیفری برای پشتیبانی از بی‌طرفی و رفع شبهه جانبداری شخصی در تصمیمات قضایی پیش‌بینی شده است. در فقه اسلامی، عدم انتفاع دادرسی از خصومه و وجود رابطه میان دادرسی و یکی از متداعیین (که در حد رابطه میزبان و مهمان) از اسباب منع دادرسی شمرده شده است (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۱۸-۴۱۹ و ج ۲، ص ۱۰). ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری با ذکر جهاتی که مشعر به وجود رابطه منفعت‌طلبانه میان دادرسی و طرف‌های نزاع کیفری است، ایراد ردّ دادرسی را معتبر می‌شمارد. مواد ۴۲۴ و ۱۵۸ نیز این ایراد را به مقامات قضایی در دادرسی و کارشناس دادگستری تسری می‌دهد. باوجود آنکه بسیاری از پرونده‌های کیفری از سوی ضابطان قضایی (ضابطان

عام و خاص) تشکیل می‌شود و غالب پرونده‌های مهم نظیر پرونده‌های جرایم اقتصادی، سایبری و امنیتی، بر اساس گزارش ضابطان خاص استمرار می‌یابد، پذیرش جهات ردّ دادرسی نسبت به ضابطان قضایی ضرورت دارد،^۱ اما در نظام دادرسی ایران، این امر پذیرفته نشده است.

یکی از آثار ویژه اصل بی‌طرفی، استقلال قضایی است که به معنای عدم تأثیرپذیری نظام قضایی از عوامل ساختاری و انسانی در ایفای تکالیف قانونی خود می‌باشد. در این راستا، هرگونه تغییر در وضعیت شغلی مقامات قضایی ممنوع بوده و صرفاً این اقدام در وضعیت‌های استثنایی و به‌طور مضیق امکان‌پذیر است. از نظر فقها، عزل مقام قضایی تنها از سوی ولی‌امر و با لحاظ شرایط و طی تشریفات خاص، معتبر است (همان، ج ۱، ص ۲۳۰-۲۳۵). فراتر از آن استقلال قضایی به حکم قضایی صادرشده نیز سرایت می‌کند و نقض حکم قضایی را منوط به‌وجود شرایط ویژه و ازسوی حاکم اسلامی مجاز می‌داند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۴۳۳-۴۳۴). اصل ۵۷ قانون اساسی ایران به استقلال ساختاری قوه قضائیه از دو قوه حاکمیتی دیگر تصریح می‌کند. اصل ۱۵۶ نیز به‌طور خاص نظام عدالت کیفری را قوه‌ای مستقل معرفی کرده است. ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری نیز بر استقلال مراجع قضایی تأکید و نقض آن را مستوجب مجازات کیفری، بر اساس ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی، می‌داند.

۲-۱-۲. وحدت مراجع قضایی

اصل وحدت مراجع دادرسی یکی از اصول مهم در تضمین اصل برابری در فرایند تعقیب و دادرسی است؛ براین اساس فرایندهای قضایی باید متمرکز در مراجع قضایی عمومی باشند و جز در موارد استثنائی، نباید مراجع قضایی اختصاصی با تمایز میان بزهکاران یا بزه‌دیدگان، جهت تعقیب و دادرسی

۱. رویه‌های تبعیض‌آمیز در فرایند دادرسی کیفری، در میان نهاد پلیس و رفتارهای حرفه‌ای ضابطان قضایی بسیار مشهود است. وجود تبعیض در رویه حرفه‌ای ضابطان قضایی موجب گسترش بی‌عدالتی به سراسر فرایند کیفری می‌شود (see: Walker & et al., 2000, pp.99-101).

ایجاد شود. این اصل مانع شکل‌گیری دادرسی‌های فرمایشی می‌گردد و توسعه بی‌رویه آن، بستری برای نقض اصل برابری و استقلال قضایی به‌شمار می‌آید (خالقی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۶۲). اصل ۱۵۹ قانون اساسی نیز بر صلاحیت عام مراجع عمومی تأکید می‌کند.

آموزه‌های جرم‌شناختی بر ضرورت دادرسی‌های افتراقی از حیث نوع جرم یا بزه‌کار با هدف تسریع یا تخصص‌گرایی^۱ تأکید دارد (جانی‌پور، ۱۳۹۳، ص ۲۹). ماده ۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، مشروعیت محاکم دادرسی افتراقی (با رعایت محدودیت‌های ناظر بر تشکیل و شرایط دادرسی) از حیث ابتناب بر موازین حقوق بشری پذیرفته است.^۲ اما اعمال هرگونه استثنا بر اصل وحدت مراجع قضایی و تشکیل مراجع دادرسی افتراقی باید بر اساس حکم قانون اساسی باشد (زراعت، ۱۳۹۸، ص ۱۲۱-۱۲۲)؛ از این رو ذیل اصل ۱۵۹ در خصوص «لزوم قانونی بودن تشکیل و صلاحیت دادگاه‌ها»، منصرف از تشکیل مراجع قضایی افتراقی است و صرفاً اشاره به نحوه تشکیل، صلاحیت و رویه مراجع قضایی عمومی دارد. در حال حاضر، تنها به موجب اصل ۱۷۲ قانون اساسی، مراجع کیفری نظامی به عنوان مرجع قضایی اختصاصی شناخته شده است. اگرچه ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری بر حاکمیت قانون در تشکیل مراجع قضایی عمومی و افتراقی تأکید کرده است، اما دادسرا و دادگاه‌های ویژه روحانیت مصداق بارز نقض قاعده مذکور است. این در حالی است که تاکنون سه قانون جامع آیین دادرسی کیفری در دوره حیات این محاکم تصویب شده است (جانی‌پور، ۱۳۹۳، ص ۲۲۹-۲۳۱).

مجتمع‌های تخصصی ویژه رسیدگی به جرایم اقتصادی یکی از مصادیق

۱. تشکیل مراجع قضایی افتراقی در نظام‌های حقوقی مبتنی بر دو دلیل است: ۱- سختگیری نسبت به متهمان نظیر دادگاه‌های نظامی دوره پهلوی و دادگاه‌های انقلاب در جمهوری اسلامی ایران؛ ۲- دقت عمل و اخذ سهولت نسبت به متهمان نظیر اطفال و نوجوانان (ر.ک: خالقی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۶۲).

2. Human Rights Committee, General Comment No. 13: Article 14 (Administration of Justice), Equality before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Established by Law, U.N. Doc. CCPR/C/GC/13 (1984), para. 4.

دادرسی افتراقی در حوزه رسیدگی به اتهامات اقتصادی است. اگر چه دستورالعمل و آیین‌نامه رئیس قوه قضائیه، دلالتی به افتراقی بودن این مرجع ندارد، اما قواعد مغایر با اصول دادرسی عادلانه دال بر آن است که سیاست‌گذاری کیفری ایران یک شیوه افتراقی در برابر جرایم اقتصادی کلان و عمده مقرر کرده است (رستمی، ۱۴۰۰، ص ۳۱۲-۳۱۷).^۱ منشأ اعتبار این مجتمع، نامه مقام رهبری (طی ۱۲ بند) به رئیس قوه قضائیه در راستای اعمال محدودیت بیشتر برای متهمان جرایم اقتصادی بود (ر.ک: نعمتی، ۱۳۹۹).^۲ در حال حاضر نیز این محاکم فاقد مستند قانونی بوده و صرفاً با «آیین‌نامه اجرایی نحوه رسیدگی به جرایم اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور» (آیین دادرسی در دادگاه‌های ویژه) مصوب ۱۳۹۷ و «دستورالعمل تشکیل مجتمع تخصصی ویژه رسیدگی به جرایم اقتصادی تهران» مصوب ۱۳۹۸ رئیس قوه قضائیه، اداره می‌شود. این وضعیت بیانگر رویکرد آیین‌نامه‌گرایی حقوق کیفری است (رستمی، ۱۴۰۰، ص ۳۰۵).^۳

۱-۲. حق دسترسی به دادخواهی

حق دسترسی به دادخواهی ریشه در حق بر عدالت‌خواهی دارد، به نحوی که هر شخص بتواند جبران حق قانونی خود را از طریق مرجع دادرسی صالح استیفا کند. اصل تساوی همگان در برابر قانون اقتضا می‌کند همه

۱. برای نمونه قطعی و غیرقابل اعتراض بودن کلیه قرارهای صادره (تبصره ۲) ماده (۵) آیین‌نامه اجرایی، قطعی و غیرقابل اعتراض بودن احکام صادره (به جز کیفر اعدام)، کاهش مدت زمان اعتراض به قرار بازداشت موقت و رسیدگی به اعتراض در شعبه صادرکننده قرار (ماده ۱۶)، محسوب‌شدن کارکنان دستگاه‌های اجرایی به عنوان ضابطان قضایی و دارا بودن اختیارات ضابطان (ماده ۱۳).

۲. برای مطالعه این نامه، ر.ک: «پاسخ به نامه رئیس قوه قضائیه برای اقدامات ویژه در برخورد با اخلاک‌گران اقتصادی»، ۱۳۹۷/۵/۲۰، مندرج در:

(تاریخ مراجعه: آبان ۱۴۰۲). <https://farsi.khamenei.ir/message-content?id=40239>

۳. برخی نویسندگان با استناد به اطلاق اصل (۵۷) قانون اساسی، اجازه مقام رهبری برای تشکیل چنین دادگاه‌ها با آیین دادرسی مختص به آن را دارای وجهت قانونی معرفی کرده‌اند. باین‌حال، باتوجه به اختیارات مقام رهبری وفق بند (۸) اصل (۱۱۰) قانون اساسی، این اجازه محل انتقاد است (برای مطالعه تفصیلی نظرات، ر.ک به: نعمتی، ۱۳۹۹، ص ۱۱-۱۹). همچنین شعبه (۳) دادگاه انقلاب اسلامی ویژه رسیدگی به جرایم اقتصادی تهران، طبق دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۷۸۰۷۳۰۰۰۲۱ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۶، ایراد عدم صلاحیت از سوی متهمان را با استناد به اصل (۵۷) قانون اساسی و مختصات حکم حکومتی مقام رهبری پاسخ‌نپذیرفتند.

شهروندان به مراجع قضایی دسترسی برابر داشته باشند. ماده ۹ سند امنیت قضایی بر ضرورت این حق شهروندی تأکید و به منظور تضمین آن برای کلیه شهروندان، بر راهبردهای تسهیل کننده فیزیکی نظیر جایابی مناسب مجتمع‌های قضایی، اشاره کرده است. شاید تأکیدات موجود در نصوص روایی مبنی بر عدم گزاردن نگرهبان بر درب مجلس قضا (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۹۴) یا ابتنای مجلس قضا در مکان‌های عمومی در دسترس مردم (تبریزی، [بی‌تا]، ص ۷۰)، ناشی از آن باشد که همه شهروندان بتوانند با فراغت اقدام به دادخواهی کنند (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۲۷۶-۲۷۷).

یکی از معیارهای سنجش این شاخصه، امکان حضور اصحاب دعوا در جلسات دادرسی است. به دلیل آنکه رسیدگی در محاکم به صورت توافقی است، عدالت اقتضا می‌کند که طرفین در تمام مراحل جلسات دادرسی حضور داشته باشند (خالقی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۱۴۶). چنین قاعده‌ای در دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲، طبق مواد ۳۴۲ و ۳۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری صراحتاً رعایت می‌شود، اما در بند ۳ ماده ۴۵۰، دادگاه تجدیدنظر ملزم به تشکیل جلسه و احضار اصحاب دعوا در رسیدگی به جرایم تعزیری درجه ۶ و ۷ (مستوجب مجازات غیرحبس) و جرایم تعزیری درجه ۸ نیست. همچنین مستفاد از مواد ۴۶۸ و ۴۶۹ این قانون، رسیدگی در دیوان عالی کشور «بدون احضار طرفین دعوی یا وکلای آنان» جریان دارد و تنها حضور دادستان یا نماینده وی به عنوان مدعی العموم لازم است، اما ضرورت حضور مدعی العموم در جلسه رسیدگی و عدم ضرورت حضور اصحاب دعوی در مرحله تجدیدنظر و دیوان عالی کشور، از مصادیق بارز نقض دادرسی عادلانه می‌باشد (گلدوست جویباری، ۱۴۰۱، صص ۲۳۶ و ۲۹۴).

همچنین لزوم پرداخت هزینه دادرسی در خصوص برخی افراد بی‌بضاعت، می‌تواند مانع اقامه دعوا شود (Karmen, 2000, p.42)؛ لذا بند پ ماده ۱۲ سند امنیت قضایی، پرداخت هزینه خدمات معاضدت قضایی از سوی

قوه قضائیه برای افرادی که قادر به پرداخت این هزینه‌ها نیستند، ضروری می‌داند. ماده ۴۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری با ملاحظه این موضوع، امتیاز ویژه‌ای برای معسرین در نظر دارد. طبق ماده ۵۵۹ قانون مذکور، بزه‌دیدگانی که توانایی پرداخت هزینه «شکایت» را نداشته باشند، از هزینه‌های دادرسی معاف هستند و در صورت مطالبه جبران ضرر و زیان، «دادگاه می‌تواند او را از پرداخت هزینه دادرسی برای همان موضوعی که مورد ادعاست، به‌طور موقت معاف نماید»، اما باید توجه داشت عدم پرداخت هزینه دادرسی، به هیچ وجه نباید مانع دادخواهی کیفری شود؛ چراکه هزینه دادرسی و تشریفات مربوط به اثبات ادعای اعمار در امر کیفری موضوعیت ندارد و مرجع کیفری (دادسرا یا دادگاه) می‌تواند «به‌طور موقت» ادعای اعمار از سوی شاکی را درست فرض کند.

۲-۲. اصل مشارکت در فرایند دادرسی

پس از تبیین اصل مشارکت در مبحث پیشین، شاخصه‌های ذیل در راستای تحقق اصل مشارکت در فرایند دادرسی کیفری بررسی می‌گردد.

۲-۲-۱. حق بر استماع/ شنیده‌شدن (Right to be Heard)

بارزترین جنبه اصل مشارکت در عدالت رویه‌ای، حق بر استماع است. این حق مشتمل بر مؤلفه‌هایی است که باید در کنار هم به‌موجب قوانین شکلی تضمین گردد و بی‌توجهی نسبت به یک مؤلفه موجب تضييع حق بر استماع می‌شود. مهم‌ترین مصداق حق بر استماع، امکان تدارک و ارائه دفاع برای خوانده/ متهم در برابر دعواست؛ با این توضیح که یک طرف دادرسی باید مدعای طرف مقابل را شنیده و فرصت داشته باشد تا در زمان مقتضی، نسبت به این ادعا پاسخ مناسب ارائه کند.^۱ برخی فقهای معاصر، با استناد به آیات قرآن و فحوای سیره معصومین، عدم استماع دعوا یا

۱. ماده (۱۷۱) قانون آیین دادرسی کیفری: «فاصله میان ابلاغ اوراق احضاریه و زمان حضور نزد بازپرس نباید کمتر از پنج روز باشد».

دفاعیات طرف‌های دادرسی را مغایر با عدالت و انصاف می‌دانند؛ از این رو بر منع دادرسی نسبت به شخصی که امکان دفاع از خود را ندارد، تأکید می‌کنند (مدرسی، ۱۴۱۹، ج ۸، ص ۳۳۸/ اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۳۸-۴۳۹). به همین دلیل ماده ۲۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری بر ممنوعیت تفهیم اتهام به کسانی که به‌عنوانی غیر از متهم احضار شده‌اند، تصریح می‌کند، اما در برخی نظام‌های حقوقی، حق تدارک دفاع برای طرف‌های دعوا در شرایط اضطراری یا در موقعیت‌هایی که نتیجه دعوا صرف‌نظر از هرگونه دفاع مشخص است، نادیده گرفته می‌شود (فلاح‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۱۹۳-۱۹۷).

آگاهی طرف منازعه از جزئیات ادعایی که علیه او مطرح شده، لازمه رعایت حق بر استماع است. به همین جهت، در آثار فقهی امکان قضاوت در دعاوی کیفری نسبت به شخصی که غائب است، به دلیل عدم امکان تدارک دفاع و وقوع شبهه، منتفی است (تبریزی، [بی‌تا]، ۱۸۹)؛ لذا به محض اقامه دعوا، نسخه‌ای از دادخواست/شکوایه به همراه ضامم باید به خواننده ابلاغ شود (ماده ۶۷ ق.آ.د.م.). حتی اگر به دلیل «حیثیت اجتماعی متهم، عفت یا امنیت عمومی» ذکر جزئیات اتهامی در برگه احضار ضروری نباشد، متهم حق دارد پیش از برگزاری جلسه تحقیقات مقدماتی با مراجعه به دفتر قضایی، از جزئیات اتهام و دلایل و مستندات آگاه شود (تبصره ماده ۱۷۴ ق.آ.د.ک.). همچنین اگرچه جلب متهم مصداق نقض حق استماع است، اما به دلیل حفظ حقوق بزه‌دیده و صیانت از نظم عمومی (جولوگیری از قرار متهم)، امکان دارد از نهاد «جلب» در فرایند دادرسی کیفری استفاده شود (ماده ۱۸۰ ق.آ.د.ک.).

دسترسی طرف‌های دعوا به اوراق پرونده، یکی از مؤلفه‌های حق بر استماع است (Tomlinson, 2012, p.37)، اما در دادرسی کیفری، به دلیل اهمیت کشف حقیقت، رعایت حیثیت و صیانت از امنیت، محدودیت‌هایی برای این حق وجود دارد. طبق ماده ۱۹۱ و سه تبصره ذیل ماده ۱۰۰ قانون

آیین دادرسی کیفری، بنابر دلایل فوق‌الذکر و به تشخیص مقام قضایی، ممکن است دسترسی شاکی یا متهم به اوراق پرونده محدود شود، اما استفاده بی‌رویه از این محدودیت در فرایند دادرسی، امکان دفاع مؤثر را از اصحاب دعوی سلب می‌کند؛ لذا امکان اعتراض به دستور مقام قضایی وجود دارد که این اعتراض به صورت فوق‌العاده رسیدگی می‌شود. همچنین ممکن است دسترسی به اطلاعات فردی بزه‌دیده در جایی که احتمال ضرر جسمی و حیثیتی برای او دارد، از سوی مقام قضایی محدود شود که چنین قراری قابل اعتراض نیست (ماده ۱۰۱ ق.آ.د.ک.).

۲-۲-۲. علنی بودن دادرسی

دادرسی علنی، یکی از الزامات تضمین عدالت رویه‌ای می‌باشد که به معنای «عدم ایجاد مانع برای حضور افراد در جلسات رسیدگی است» (تبصره ماده ۳۵۲ ق.آ.د.ک.) این شاخصه ضمن آنکه عامل بازدارنده در برابر وقوع ظلم نسبت به متداعیین بوده و جلوی خطا در قضاوت را می‌گیرد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۴۲۸)، موجب افزایش اعتماد عمومی به عادلانه بودن فرایند دادرسی می‌شود (زراعت، ۱۳۹۸، ص ۳۷۹)؛ لذا بند الف ماده ۳ سند امنیت قضایی، قوه قضائیه را مکلف به انتشار اوقات دادرسی علنی در تارنمای قوه و نمایشگرهای محاکم کرده است و ماده ۱۱، حق مطالبه شهروندان نسبت به علنی بودن دادرسی را تثبیت می‌کند. نظام عدالت کیفری در راستای تحقق دادرسی علنی دو وظیفه سلبی و ایجابی دارد؛ نخست آنکه هیچ‌گونه ممانعتی برای حضور شهروندان در فرایند دادرسی ایجاد نشود؛ دوم آنکه مجموعه اقدامات و تمهیدات ضروری و لازم برای حضور مردم، نظیر اطلاع‌رسانی زمان و موضوع برگزاری جلسات دادگاه‌ها و وجود فضای مناسب در جلسات دادرسی، فراهم سازد.

باین حال، علنی بودن دادرسی به معنای رسانه‌ای شدن آن نیست، زیرا این اقدام موجب عوامگرایی کیفری از طریق برساخت‌های رسانه‌ای می‌شود که

این امر می‌تواند مانعی برای تحقق دادرسی عادلانه باشد. اگرچه امروزه رسانه‌های آزاد و مستقل به‌عنوان یک ابزار مهم در تحقق مردم‌سالاری و حکمرانی مبتنی بر خرد جمعی محسوب می‌شوند و نمی‌توان از نقش حمایتی این رسانه‌ها نسبت به طبقه فرودست و محرومان جامعه چشم‌پوشی کرد (سن، ۱۳۹۲، ص ۳۵۶-۳۵۹)، اما واقعیت آن است که غالب رسانه‌ها وابستگی مالی و سیاستی به گروه خاص دارند و ممکن است در روایت‌پردازی نسبت به رویه‌های عدالت‌کیفری، مسیر عدالت قضایی را منحرف سازند (Karmen, 2000, pp.43-44)؛ از این رو قوانین دادرسی کیفری مانع از رسانه‌ای شدن فرایند دادرسی کیفری در رسانه‌های جمعی می‌شوند.

باتوجه به اصل تخطی‌ناپذیر محرمانگی فرایند تحقیقات اتهامات کیفری در نهاد دادرسی^۱ شاخصه علنی بودن در مرجع دادرسی محل بحث نیست و علنی شدن فرایند تحقیق و تعقیب خلاف اصل محرمانگی است (جانی‌پور، ۱۳۹۳، ص ۱۵۸)، اما علنی بودن مراجع دادرسی به قدری حائز اهمیت است که برخی حقوق‌دانان معتقدند غیرعلنی بودن دادگاه رسیدگی‌کننده، جز در موارد مقرر در قانون، نقض تشریفات اساسی دادرسی عادلانه بوده و می‌تواند موجب نقض تصمیمات دادگاه شود (خالقی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۱۴۶-۱۴۷). اصل ۱۶۵ قانون اساسی بیانگر حکم عام علنی بودن دادرسی است، اما گاهی حفظ حقوق اصحاب دعوا یا مصالح عمومی ایجاب می‌کند که این شاخصه محدود شود.^۲ ماده ۳۵۲ و ۴۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌کند کلیه محاکمات دادگاه‌های کیفری باید علنی باشند، اما ماده ۳۵۲

۱. طبق مواد (۹۱)، (۱۹۲) و (۲۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری تحقیقات مقدماتی به‌صورت «محرمانه» و «غیر علنی» انجام می‌شود و اشخاص دخیل در فرایند تحقیق (طرف‌های دعوی کیفری و سایر مقامات مرتبط)، مکلف به حفظ اسرار تحقیقات جنایی هستند. افشای تحقیقات مقدماتی عنوان مجرمانه دارد و متخلفان از آن بر اساس ماده (۶۴۸) قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات)، «به سه ماه و یک روز تا یک سال حبس» و یا جزای نقدی محکوم می‌شوند.

۲. ذیل اصل (۱۶۵) قانون اساسی: «به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد، دادگاه غیرعلنی برگزار می‌شود».

استثنائاتی را برای این شاخصه ذکر می‌کند که عبارت‌اند از: درخواست طرفین در جرایم قابل گذشت، امور خانوادگی و جرایم منافی عفت و اخلاق حسنه، موضوعات مخمل امنیت عمومی یا احساسات قومی و مذهبی و دادگاه‌های اطفال و نوجوانان. استثنائات مقرر در این ماده فراتر از اصل ۱۶۵ قانون اساسی است که محل ایراد می‌باشد.

طبق اصل ۱۶۸، دادرسی جرایم سیاسی و مطبوعاتی به صورت علنی است. اراده قانونگذار اساسی بر آن است که محاکم در رسیدگی به این جرایم، به بهانه منافات با نظم یا عفت عمومی، نتوانند قرار غیرعلنی بودن دادرسی صادر کنند (الهام و برهانی، ۱۳۹۶، ص ۱۹۴): لذا شرط «علنی» بودن محاکم رسیدگی‌کننده به جرایم سیاسی و مطبوعاتی، به نحو مستقل در این اصل آمده است تا استثنائات مذکور در اصل ۱۶۵، مانع از علنی بودن دادرسی این اتهامات نشود (گلدوست، ۱۴۰۱، ص ۲۳۰)، اما ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری بر علنی بودن رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی، در صورتی که مشمول استثنائات مذکور در ماده ۳۵۲ نباشد، تصریح می‌کند.

۲-۲-۳. هیئت منصفه (Jury Board)

هیئت منصفه به گروهی از انسان‌ها اطلاق می‌شود که برای تشخیص تحقق عرفی ارکان جرم، احراز رابطه سببیت و سرزنش‌پذیری متهم، به صورت تصادفی انتخاب و در فرایند دادرسی کیفری حضور می‌یابند. در مقررات برخی کشورها، اعضای هیئت منصفه می‌توانند با وجود ادله جهت احراز اتهام، بر خلاف ظاهر قانون نظر به بی‌گناهی متهم داشته باشند یا او را مستحق تخفیف یا معافیت از کیفر بدانند؛ زیرا اعضای آن به دلیل دارا بودن درک انسانی، به مراتب بهتر از قانون نوشته بدون روح، می‌توانند تشخیص دهند که «آیا اجرای قانون کیفری در آن موقعیت عادلانه است یا نه؟» (Walker & et al., 2000, p. 165). در حال حاضر وجود هیئت منصفه به عنوان جلوهای از سیاست جنایی مشارکتی در راستای تحقق عدالت کیفری، قابل تحلیل

است. نظر هیئت منصفه می‌تواند به واقعی سازی تصمیمات قضایی کیفری کمک کند (خالقی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۳۴۳-۳۴۴). در آثار فقهی تأکید می‌شود که در مجلس قضا، گروهی از عالمان و صاحب نظران و بزرگان جامعه حضور داشته باشند و جهت اصدار حکم به قاضی مشورت دهند و وی را از خطاهای احتمالی آگاه سازند (علامه حلّی، ۱۴۱۳، ص ۴۲۸)، اما نباید از نظر دور داشت که چنین نهادی در آرای فقهای اسلامی، تفاوت ماهوی با نهاد هیئت منصفه در حقوق مدرن دارد، اگرچه کارکردهای مشابهی نیز دارند.

در قانون اساسی ایران، وجود هیئت منصفه تنها در فرایند دادرسی جرایم سیاسی و مطبوعاتی پذیرفته شد. ماده ۳۰ لایحه قانونی مطبوعات ۱۳۵۸ مصوب شورای انقلاب، به ضرورت هیئت منصفه در رسیدگی به جرایم مطبوعاتی تصریح می‌کند، اما شورای نگهبان این لایحه را از حیث شرعی دارای ابهام دانست؛ لذا در جریان تصویب قانون مطبوعات در سال ۱۳۶۴، بحث هیئت منصفه مسکوت ماند. سکوت قانون باعث شد که در رویه قضایی مقررات راجع به هیئت منصفه در لایحه قانونی مطبوعات اجرا شود. اختلافات میان شورای نگهبان و قوه قضائیه بر سر نحوه عملکرد هیئت منصفه و اختیارات آن، موجب تضعیف این نهاد گردید؛ به نحوی که قانون هیئت منصفه مطبوعات ۱۳۸۲، نقش کاملاً تشریفاتی برای هیئت منصفه ترسیم کرد. در حال حاضر، هیئت منصفه در چهارچوب مواد ۴۴-۳۶ قانون مطبوعات اصلاحی ۱۳۷۹ فعال است (الهام و برهانی، ۱۳۹۶، ص ۱۹۵) و ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری صرفاً وجود هیئت منصفه برای رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی را ضروری می‌داند.

ضعف سیاستگذاری کیفری ایران صرفاً به تقلیل جایگاه هیئت منصفه برای جرایم سیاسی و مطبوعاتی خلاصه نمی‌شود، بلکه از جهات دیگر نیز محل نقد است؛ اعضای هیئت منصفه در دادگاه‌ها باید از اشخاص حقیقی عادی باشند و به صورت تصادفی انتخاب شوند تا بتوانند قبح اجتماعی

رفتار متهمان را تشخیص داده و درک عرفی از اجرای عدالت نسبت به متهمان داشته باشند، اما ماده ۳۶ قانون مطبوعات، اعضای هیئت منصفه را با عضویت دوره‌ای با لحاظ شخصیت حقوقی آنان انتصابی می‌داند. همچنین طبق تبصره ۱ و ۲ ماده ۴۳ این قانون، نظر هیئت منصفه صرفاً جنبه مشورتی داشته و دادگاه مکلف به تبعیت از آن نیست.

۲-۳. اصل قاعده‌مندی در فرایند دادرسی

فرایند دادرسی کیفری آمیزه‌ای از احساسات انتقام‌جویانه و عقلانیت عدالت‌گراست که وظیفه مقامات قضایی آن است که عقلانیت عدالت‌گرا را بر احساسات غلبه بخشد. اهمیت این مسئله در قرآن کریم^۱ خطاب به مؤمنان تصریح شده است و تأکید می‌تواند که در مواجهه با بزهکاری، قبح و پلیدی رفتار نابهنجار نباید مانع از صدور حکم عادلانه شود (زحیلی، ۱۴۲۲، ص ۴۳۷). اصل قاعده‌مندی فرایند دادرسی برای تضمین عادلانه بودن این فرایند، اهمیت می‌یابد. اصل قاعده‌مندی در دادرسی کیفری مبتنی بر شاخصه‌هایی است که در ادامه تبیین می‌شود.

۲-۳-۱. حاکمیت قانون

حاکمیت قانون در فرایند تعقیب و دادرسی به معنای ارزیابی رفتارها و فرایندها با یک معیار برتر است؛ براین اساس کلیه فرایندهای کیفری باید مبتنی بر قانون مصوب پارلمان باشد. این شاخصه معیار مشروعیت تعقیب و دادرسی است که در صورت نقض آن، فرایند کیفری نامشروع و ناعادلانه خواهد بود؛ چه اینکه فرایند کیفری مشتمل بر تحدید حقوق و آزادی‌های افراد است. از نظر شرعی، بر اساس حکم اولیه، وضع هرگونه محدودیت در حقوق و آزادی‌های افراد نامشروع است، مگر آنکه در چهارچوب موازین

۱. «وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ» (مائده: ۸).

شریعت صورت گیرد؛ لذا این اصل به مثابه یکی از الزامات تحقق عدالت اجتماعی اهمیت دارد و در قوانین اساسی بدان تأکید می‌شود (Owen & et al., 2019, p. 124). اصل ۲۵ و ۳۲ قانون اساسی ایران به لزوم قانونی بودن بازداشت متهم، استراق سمع، بازرسی نامه‌ها و هرگونه تجسس اشاره می‌کند. اصل ۱۵۹ نیز دلالت بر لزوم حاکمیت قانون در تشکیل مراجع قضایی، اختیارات و صلاحیت‌های آن دارد.

اصل حاکمیت قانون در فرایند کیفری به موجب ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری تضمین شده است. بر اساس بند ۱ و ۲ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، کلیه اقدامات تعقیبی و دادرسی باید مطابق با قانون و در قالب فرایندهای رسمی قضایی صورت گیرد و ضمانت اجرای کیفری تخطی مقامات قضایی و ضابط از این اصل، مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات) است. این صیانت کیفری از اصل حاکمیت قانون در فرایند تعقیب و دادرسی، یک اقدام مؤثر در حمایت از عدالت رویه‌ای می‌باشد.

کلیه اقدامات قضایی، نظیر دستور بازداشت موقت، قرار مجرمیت و تفتیش از منازل و اماکن باید با رعایت دقیق شرایط قانونی باشد. طبق ماده ۵۷۵ قانون مجازات اسلامی (کتاب تعزیرات)، اگر قرار بازداشت، تعقیب و جلب به دادرسی بر خلاف قانون صادر شود، مقام قضایی به انفصال دائم از سمت قضایی محکوم می‌گردد. همچنین ماده ۵۸۰ این قانون مجازات یک ماه تا یک سال حبس برای مقام قضایی یا مأمور دولتی که بر خلاف قانون وارد منزل دیگری می‌شود، تعیین کرده است. باین حال، حمایت کیفری شایسته از حاکمیت قانون در قبال کلیه اقدامات ضابطان دادگستری وجود ندارد، درحالی که اقداماتی از قبیل تذکر، توقیف اشخاص و اماکن،

۱. مقصود از «رسول» ذیل آیه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا (اسراء: ۱۵)» صرفاً انبیاء، اوصیاء و فقها نیست، بلکه شامل هرگونه اندازی است که به واسطه قانون و فرمان از سوی حاکم شرع صادر می‌شود (مدرسی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۲۱۲).

الزام به شرکت در دوره‌های آموزشی، ممانعت از رانندگی و ممانعت از ارائه خدمات عمومی، باید مطابق با قانون و با رعایت صلاحیت ضابطان قضایی صورت گیرد.

۲-۳-۲. مستند و مستدل بودن تصمیمات

باتوجه به قاطعیت آرای قضایی در منازعه که اغلب منجر به شناسایی حق و تکلیف برای طرف‌های دادرسی می‌شود، در فقه اسلامی تأکید شده است که تصمیمات قضایی باید همراه با بیان مستندات حکم و استدلال صحیح مکتوب شود (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۸۲-۸۴). اصل ۱۶۶ قانون اساسی به مستند و مستدل بودن «احکام دادگاه‌ها» الزام کرده است. همچنین بند ۴ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، به لزوم آوردن «جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که بر اساس آن‌ها رأی صادر شده است» در احکام قضایی اشاره می‌کند. باین‌حال در فرایند کیفری، ذکر مستندات قانونی و استدلال‌های قضایی در هر تصمیم ضروری است. برای مثال، ردّ نظر کارشناس ازسوی بازپرس (ماده ۱۶۶)، صدور قرار بازداشت موقت (ماده ۲۳۹)، ردّ اعتراض متهم به قرار بازداشت موقت (ماده ۲۴۱)، صدور کلیه قرارهای تأمین و نظارت قضایی (ماده ۲۵۰)، صدور قرارهای نهایی ازسوی بازپرس (ماده ۲۶۴)، صدور کیفرخواست (ماده ۲۷۹) و صدور رأی ازسوی دادرس دادگاه‌های کیفری (مواد ۳۷۴، ۳۹۵، ۴۵۰، ۴۵۹، ۴۹۵ و ۴۶۹)، از جمله مواردی است که مقامات قضایی حین تصمیم‌گیری باید به مستندات قانونی اشاره کرده و مستدل به آن‌ها اظهارنظر کنند. به‌موجب بند ۱ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات، «صدور رأی غیرمستند و غیرمستدل» تخلف انتظامی می‌باشد. وجه مهم الزام مقامات کیفری به بیان مستندات و استدلال‌های تصمیمات خود، به اصل برائت (فرض بی‌گناهی) بازگردد. این اصل به‌عنوان یک مؤلفه راهبردی در سیاست کیفری محسوب می‌شود و هرگونه محدودیت

نسبت به متهم یا محکوم علیه را منوط رعایت موازین قانونی می‌داند (Rawls, 2009, pp.207-208)، اما با وجود این مقرره‌های قانونی، چالش اساسی رویه دادرسی کیفری ایران آن است که برخی تصمیمات با استدلال‌های نادرست و مستندات ناقص همراه است (خالقی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۱۹۶) که عملاً روند اصل قاعده‌مندی در عدالت رویه‌ای را مختل می‌سازد. با این حال باید این انتظار را داشت که محاکم مرتبه عالی این شاخصه را با نهایت دقت در تصمیمات خود به کار گیرند و ضامن اجرای اصل قاعده‌مندی باشند.

۲-۳-۳. حق برخورداری از وکیل

در آموزه‌های فقهی، لزوم اخذ وکیل برای امور تخصصی که قابل نیابت است، مورد تأکید قرار گرفته است. یکی از این امور، اقامه دعوا یا حضور در جلسات دادرسی است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۴۳۵). همچنین با عنایت به حضور دادستان (مدعی‌العموم) در کنار شاکی و به موجب اصل برابری سلاح‌ها (Principle of Equality of Arms) در فرایند دادرسی، حضور وکیل برای متهم الزامی است و سلب حضور وی موجب خدشه به این فرایند است (زارعت، ۱۳۹۸، ص ۱۲۸-۱۳۰/۸۶). همچنین فقدان حضور وکیل در فرایند دادرسی، یک عامل اساسی در محکومیت بی‌گناهان یا بی‌حقی زیان‌دیدگان بوده است (Hefferman, 2000, p.60)؛ لذا حق برخورداری از وکیل و لزوم انتخاب آزادانه آن از سوی شهروندان، از مؤلفه‌های عدالت رویه‌ای در دادرسی کیفری می‌باشد. دیوان عالی امریکا در پرونده‌های متعدد، آرای دادگاه‌های ایالتی را به دلیل عدم حضور وکیل برای متهم و نقض قاعده برابری در سلاح‌ها، نقض کرده است.^۱

اصل ۳۵ قانون اساسی ضمن تصریح به حق داشتن وکیل از سوی اصحاب دعوا، مقرر می‌کند در صورت عدم توانایی طرفین در اخذ وکیل، «باید برای

1. see: Powell v. Alabama (1932); Johnson v. zerbst (1938); Gideon v. Wainwright (1963).

آنها امکانات تعیین وکیل» را فراهم شود. نظام عدالت کیفری باید شرایطی فراهم کند تا کلیه اصحاب دعوا از طریق دسترسی به خدمات وکالت رایگان، بتوانند دفاع مؤثری از خود داشته باشند. ماده ۵ قانون آیین دادرسی کیفری، حق بنیادین دسترسی به وکیل را برای متهم ضروری می‌داند. همچنین ماده ۲۶ سند امنیت قضایی، حق انتخاب وکیل به‌عنوان یکی از مصادیق حقوق شهروندی به رسمیت می‌شناسد.

اگر مرجع قضایی حق دسترسی «متهم» به وکیل را سلب کند، طبق تبصره ۲ ماده واحده انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا ۱۳۷۰، آراء صادره از سوی این مرجع فاقد اعتبار بوده و از سوی دیوان عالی کشور نقض می‌شود. بر اساس تبصره ۱ ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری، «سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق به متهم موجب بی‌اعتباری تحقیقات» است. علاوه بر این، تأکید سیاست‌گذار کیفری در ماده ۱۹۰ مبنی بر تصریح به «حق» متهم در داشتن «یک وکیل» در فرایند تعقیب،^۱ اقدام مؤثری در جهت تحقق عدالت رویه‌ای در مرحله دادرسی است، اما در این مرحله، الزام حضور وکیل برای متهم تنها برای اتهامات مستوجب مجازات «سلب حیات یا حبس ابد» پیش‌بینی شده است که از این جهت، محل انتقاد است.

طبق ماده ۳۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری، کلیه اصحاب دعوا در تمام مراحل دادرسی کیفری می‌توانند وکیل اختیار کنند و در صورتی که «متهم» فاقد تمکن مالی برای اخذ وکیل باشد، می‌تواند تا پایان اولین جلسه دادرسی تقاضای وکیل کند و دادگاه باید برای او وکیل اختیار نماید (ماده ۳۴۷). همچنین حضور وکیل در رسیدگی به اتهامات اساسی مذکور در ماده ۳۰۲ این قانون، الزامی بوده و در صورت عدم معرفی وکیل از سوی متهم، دادگاه باید وکیل تسخیری انتخاب

۱. بر اساس «ظاهر» ماده (۱۹۰) متهم صرفاً می‌تواند یک وکیل با خود به‌همراه داشته باشد، اما گروهی از اساتید حقوق کیفری در شرح این ماده بیان کردند که قانونگذار به‌دنبال تصریح و اعتبار بخشی به اصل وجود حق بر حضور وکیل در فرایند تحقیقات جنایی برای متهم بوده است و در این ماده، «عدد» فاقد مفهوم است. به‌همین دلیل، سقفی برای تعداد وکیل در فرایند تحقیقات جنایی وجود ندارد (خالقی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۱۷۸).

کند (ماده ۳۴۸). همچنین طبق ماده ۴۱۵، حضور و کیل برای رسیدگی به طیف وسیع‌تری از اتهامات کودکان و نوجوانان در دادسرا و دادگاه‌های رسیدگی‌کننده صلاحیت‌دار، الزامی شناخته می‌شود.

اما تبصره ماده ۴۸ محدودیت قابل ملاحظه‌ای در دسترسی برخی متهمان به وکیل ایجاد کرده است. اگرچه محدودیت‌های مقرر در این تبصره در مصوبه قانونی سال ۱۳۹۲^۱، بسیار گسترده‌تر از مصوبه اصلاحی سال ۱۳۹۴^۲ بود، اما همچنان این تبصره محدودیت اساسی در تحقق عدالت رویه‌ای ایجاد می‌کند. درحالی‌که طبق بند الف ماده ۱۲ سند امنیت قضایی، «تحمیل وکیل یا تحدید حق آزادی انتخاب وکیل» ممنوع است. به نظر می‌رسد با توجه به مؤخر بودن زمان تصویب این سند و با عنایت به جایگاه آن، بازنگری در مواد مذکور از قانون آیین دادرسی کیفری ضرورت دارد.

حسب تبصره ۱ ماده واحده انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی، طرفین دعوا در دادگاه‌های ویژه روحانیت باید وکلای خود را از میان وکلای روحانی انتخاب کنند. همچنین محدودیت مذکور در تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص رسیدگی به دعاوی دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اقتصادی، در ماده ۱۹ آیین‌نامه رئیس قوه قضائیه توسعه پیدا کرده است. محدودیت این حق از سوی مقامی که صلاحیت قانونگذاری ندارد، مغایر با اصول دادرسی عادلانه و نقض حاکمیت قانون می‌باشد. این مقررات از حیث مداخله رسمی در قراردادهای خصوصی اشخاص با یکدیگر، که متأثر از رویکرد پدرسالارانه در حقوق می‌باشد، محل انتقاد جدی است.

۱. تبصره ماده (۴۸) قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲): «اگر شخص به علت اتهام ارتکاب یکی از جرایم سازمان‌یافته و یا جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، سرقت، مواد مخدر و روانگردان و یا جرایم موضوع بندهای (الف)، (ب) و (پ) ماده (۳۰۲) این قانون، تحت نظر قرار گیرد، تا یک هفته پس از شروع تحت نظر قرار گرفتن امکان ملاقات با وکیل را ندارد».

۲. تبصره ماده (۴۸) قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۴): «در جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی و جرایم سازمان‌یافته که مجازات آنها مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است، در تحقیقات مقدماتی طرفین دعوی، وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری مورد تأیید رئیس قوه قضائیه انتخاب می‌نمایند. اسامی وکلای مزبور توسط رئیس قوه قضائیه اعلام می‌گردد».

نتیجه

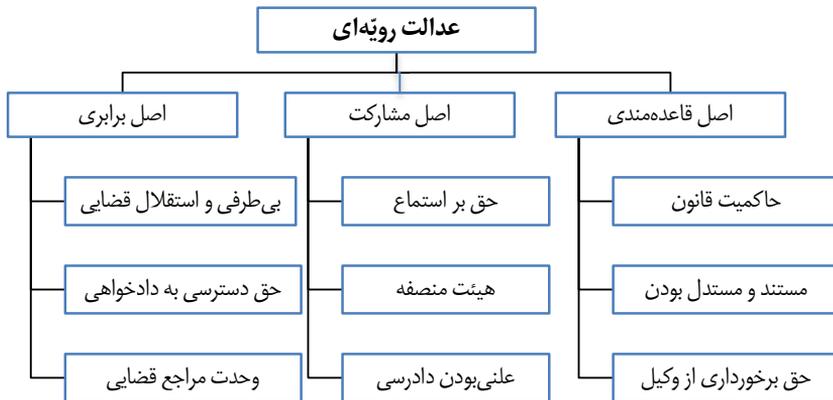
هریک از کنش‌گران نظام عدالت کیفری (متهمان، بزهدیدگان و مدعی‌العموم) تلاش می‌کنند تا در فرایند کیفری ادعای خود را اثبات کنند تا به زعم خود، عدالت محقق شود. باتوجه به اهمیت برداشت این کنش‌گران از عادلانه‌بودن فرایند کیفری، اصول عدالت رویه‌ای مورد توجه واقع می‌شود. شاخصه‌های مزبور حول سه اصل برابری، مشارکت و قاعده‌مندی پایه‌ریزی شده و در ذیل هریک از این سه اصل، شاخصه‌هایی در راستای عادلانه ساختن فرایند دادخواهی در نظام عدالت کیفری وجود دارد (نمودار شماره ۱). الگوهای مطلوب سیاسی به سمت تثبیت این شاخصه‌ها به‌عنوان حقوق اساسی حرکت می‌کنند تا از این رهگذر، مؤلفه‌های مطلوبیت قضایی خود را ارتقا دهند.

در قانون اساسی ایران، اکثر این شاخصه‌ها تثبیت شده است. همچنین شاخصه‌های بی‌طرفی و استقلال قضایی، حق بر استماع و مستند و مستدل‌بودن تصمیمات قضایی، مورد حمایت قانونی قرار دارد، اما انتظار می‌رود که نظارت دقیق بر اجرای این شاخصه‌ها در رویه قضایی صورت گیرد. همچنین باوجود تأکید قانون اساسی به ضرورت سایر شاخصه‌ها، تضمین و رعایت آن‌ها در قانونگذاری و رویه قضایی قابل انتقاد است. در بستر دادرسی جرایم اقتصادی و امنیتی، شاخصه‌های وحدت مراجع قضایی، حاکمیت قانون، علنی‌بودن دادرسی و حق دسترسی به وکیل با محدودیت مواجه شده‌اند. ازسوی دیگر، فقدان انسجام در سازمان وکالت و عدم توازن میان عرضه و تقاضا در این خدمات باعث شده است که به‌طور کلی حق دسترسی به وکیل برای بسیاری از شهروندان محدود شود؛ گو اینکه نظام عدالت کیفری هیچ‌گونه سیاستی برای تضمین این حق برای شهروندان ندارد. علاوه بر این، قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ محدودیت‌های گسترده‌ای در قبال حق دسترسی به وکیل برای متهمان وضع کرده است.

محدودیت‌های این قانون در خصوص حمایت از اجرای کامل شاخصه‌های علنی بودن دادرسی، حق بر دادخواهی و حضور هیئت منصفه، یکی از معضلات اساسی در تحقق عدالت رویه‌ای است؛ لذا قانون آیین دادرسی کیفری از حیث تضمین دادرسی عادلانه، وضعیت نامطلوبی دارد.

باتوجه به غایت وجودی نظام عدالت کیفری مبنی بر تضمین و اجرای عدالت، ضروری است به اصول مشارکت و قاعده‌مندی در فرایند دادرسی کیفری توجه مضاعف شود؛ چه اینکه برداشت شهروندان مراجعه کننده به دادگستری از عادلانه بودن روند دادرسی، ارتباط وثیق با اصل مشارکت دارد و اجرای عادلانه قواعد ماهوی کیفری منوط به رعایت کامل اصل قاعده‌مندی است. خوشبختانه سند مترقی امنیت قضایی این شاخصه‌ها را مورد حمایت اساسی خود قرار داده است، اما هیچگونه تضمین جدی برای اجرای مفاد این سند وجود ندارد. به نظر می‌رسد توجه به مفاد این سند و اصلاح مجدد مقرره‌های قانونی که در تعارض با شاخصه‌های عدالت رویه‌ای هستند، باید مقدم بر هرگونه برنامه اصلاحی در قوه قضائیه قرار گیرد.

نمودار شماره ۱: اصول عدالت رویه‌ای در دادرسی کیفری و شاخصه‌های آن



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.

تضاد منافع

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

منابع

- اردبیلی، سید عبدالکریم؛ *فقه القضاء*؛ ج ۲، قم: جامعه‌المفید، ۱۴۲۳ ق.
- ازکمپ، استوارت؛ *روانشناسی اجتماعی کاربردی*؛ ترجمه فرهاد ماهر، چ ۶، مشهد: به‌نشر، ۱۳۸۶.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی؛ *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*؛ واکنش در برابر جرم؛ چ ۷، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
- انصاری، مرتضی؛ *رسائل فقهیه*؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری (ره)، ۱۴۱۴ ق.
- تبریزی، جواد؛ *أسس القضاء والشهادة*؛ قم: دفتر حضرت آیت‌الله میرزا جواد تبریزی، [بی‌تا].
- جان‌پور، علی؛ *دادگاه‌های کیفری اختصاصی*؛ چ ۱، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳.
- حزّ عاملی، محمدبن حسن؛ *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*؛ قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی بهشتی، سیدعلیرضا؛ *جستارهایی در شناخت اندیشه سیاسی معاصر غرب*؛ تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۸۳.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام*؛ ج ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- خالقی، علی؛ *آیین دادرسی کیفری*؛ چ ۳۹، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۸.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ *مفردات ألفاظ القرآن*؛ بیروت: دارالعلم، ۱۴۱۲ ق.
- رستمی، هادی؛ «سیاست جنایی بخشنامه‌مدار در فرایند دادرسی کیفری»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*؛ ش ۱۰۸، زمستان ۱۴۰۰، ص ۲۹۷-۳۲۱.
- زحیلی، وهبه؛ *تفسیر الوسیط*؛ ج ۱، دمشق: دارالفکر، ۱۴۲۲ ق.

- زراعت، عباس؛ بنیادهای دادرسی کیفری (بنیادهای کلی)؛ ج ۱، تهران: جنگل، ۱۳۹۸.
- سن، آمارتیا؛ اندیشه عدالت؛ ترجمه وحید محمودی و هرمز همایون پور؛ چ ۲، تهران: کندوکاو، ۱۳۹۲.
- فلاحزاده، علی محمد؛ حقوق اداری تطبیقی؛ تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴.
- گلدوست جویباری، رجبعلی؛ آیین دادرسی کیفری؛ چ ۱۳، تهران: جنگل، ۱۴۰۱.
- مدرسی، سیدمحمدتقی؛ من هدی القرآن؛ تهران: دار محبی الحسین، ۱۴۱۹ق.
- نعمتی، مرگان؛ آسیب شناسی آیین رسیدگی مفاسد اقتصادی در دادگاه‌های ویژه (موضوع استجازه از رهبر معظم انقلاب)؛ گزارش پژوهشی، شماره سریال: ۹۹۲۰۰۱۱۱، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۹.
- والزر، مایکل؛ حوزه‌های عدالت؛ دفاع از کثرت‌گرایی و برابری؛ چ ۲، تهران: نشر ثالث، ۱۳۹۴.
- Bentley, David J.; "John Rawls: A Theory of Justice"; *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, No. 1070, 1973.
- Berry, Brian; *Why Social Justice Matters*; Cambridge: Polity, 2005.
- Black, Henry Campbell; *Black's Law Dictionary*; 1st E.D., st. Paul: West Publishing Co., 1983.
- Cohen, Gerald A.; *Self-Ownership, Freedom, and Equality*; Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Heffernan, William C.; "Social Justice/ Criminal Justice"; in: From Social Justice to Criminal justice; Eds. By William C. Heffernan & John Kleinig; New York: Oxford University Press, 2000.
- Human Rights Committee; General Comment No. 13: Article 14 (Administration of Justice), Equality before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Established by Law; U.N. Doc. CCPR/C/GC/13 (1984).
- Karmen, Andrew; "Poverty, Crime & Criminal Justice"; in: From Social Justice to Criminal justice; Eds. By William C. Heffernan & John Kleinig; New York: Oxford University Press, 2000.
- Owen, Stephen S., *Henry Fradella, Tod Burke & Jerry Joplin*; Foundations of Criminal Justice; Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Rawls, John; *A Theory of Justice*; Revised Edition; 1st E.D., Cambridge: Harvard university Press, 2009.
- Robbins, Stephen p.; *Organizational Behavior*; 9th E.D., New Delhi: Prentice Hall, 2001.

Tomlinson, Hugh; *Towards Legal Transparency*, Justice Wide Open Center for Law, Justice and Journalism; London: City University, 2012.

Turner, Jonathan H.; *The Institutional Order*; London: Longman, 1997.

Tyler, Tom R.; "What is Procedural Justice? Criteria used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures"; *Law & Society Review*, Vol. 22, No. 1, 1988.

Walker, Samuel; *Cassia Spohn & Miriam DeLone*; *The Color of Justice; Race, Ethnicity and Crime in America*; 2nd E.D., Ontario: Wadsworth, 2000.



Re-evaluating the Role of Cultural Systems in Confronting the Offense of "Improper Veiling"

Qasem Eslaminia* (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Law, University of Zabol, Zabol, Iran.

Email: eslminia@uoz.ac.ir

Davoud Seifi Qaretiagh

Assistant Professor, Department of Law, University of Zabol, Zabol, Iran.

Email: dseify@uoz.ac.ir

Use your device to scan
and read the article online



Citation Eslaminia, Q., Seifi Qaretiagh, D. (2025). Re-evaluating the Role of Cultural Systems in Confronting the Offense of "Improper Veiling. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (87): 173-204.

 [10.22034/ilaw.2024.713385](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.713385)

Received: 18 January 2023 , Accepted: 08 May 2024

Abstract

Bad clothing as a religious-social and even political and cultural challenge in today's Iranian society more than any other factor requires the adoption of ethical strategies through cultural systems, prior to coercive and police encounters that result from the desirability of populist criminal policy over criminal policy. Security is in that area. Adhering to the rules of clothing, with an ethical approach and beyond social requirements, which is influenced by cultural-educational strategies, gives this regulation a moral character, and the result is the creation of scope and conscientious and rational capacity to accept it. Being ethical in dealing with bad clothing requires that, firstly, cultural systems introduce the hijab as a moral-behavioral virtue and, taking into account the requirements of the modern age, use the moral concepts accepted by the society, which are rooted in the religion and culture of the people, and secondly. The realization of goals such as rehabilitation and expressionism should be achieved more than anything with previous cultural measures, and as a result, the subjects of criminal law, feeling the dependence of their value and dignity on the hijab law, should assume a human-moral mission to obey the law and react Police should also be associated with backgrounds and cultural themes. Based on this, ethics, people and police will play a role as three sides related to the field of coverage by cultural systems.

Keywords

Morality, crime, punishment, cultural, deterrence, bad clothing, police.



Extended Abstract

1. Introduction

In contemporary Iranian society, the phenomenon of “improper veiling” (bad-pushashi) has transformed into a multifaceted challenge involving religious, social, political, and cultural dimensions. Unlike “natural crimes” such as murder or theft, which possess inherent and immediate harmful qualities, improper veiling is often categorized as an instrumental or preparatory behavior. Within the legal framework, it is viewed as a preventative prohibition aimed at curbing subsequent social harms, such as the erosion of the family unit, the spread of divorce, or crimes against chastity. However, because the negative effects are not always immediate or tangible to the general public, many citizens perceive mandatory veiling as a conflict with personal liberty and individual choice.

This tension is exacerbated by the expansion of global media and virtual spaces, which have normalized non-veiling behaviors across the world, leading some sectors of society to question the necessity of religious dress codes. The sources argue that addressing this issue requires a fundamental shift from a security-oriented criminal policy to a people-oriented one. This transition involves prioritizing ethical and cultural strategies over coercive police intervention. The ultimate goal is to move beyond mere legal compliance toward an ethical commitment rooted in the “inner perception of modesty” (affaf), which fosters the rational and conscientious capacity for citizens to accept veiling as a moral virtue rather than a forced mandate.

2. Research Methodology

This study utilizes a qualitative library-based research methodology, synthesizing information from original Sharia sources (such as the Quran and Nahj al-Balagha) and contemporary literature in the fields of ethics, sociology, and criminal law. The research defines “cultural systems” as a network of interconnected institutions—including the Ministry of Education, universities, seminaries, the Islamic Propagation Organization, and national media—that play a direct or indirect role in managing public thought and reinforcing social beliefs. The study’s framework is built upon the interaction of four central elements: the target community, culture, ethics, and the police. By analyzing these components, the research seeks to explain how cultural strategies can lead to “self-deterrence” regarding veiling regulations.

3. Research Findings

The research identifies several critical insights regarding the strategic role of cultural systems in managing the social perception and practice of veiling:

The Primacy of Inner Deterrence: The most effective method for preventing improper veiling is influencing the will and intention of the individual. Drawing on the teachings of Imam Ali, the sources assert that if an individual does not possess an internal monitor or “preacher” within their soul, external warnings and coercive measures will remain ineffective. Effective deterrence must be “etched” into the citizen’s conscience through soft cultural and educational measures so that the need for costly external enforcement is reduced.

- **Hijab as an Ethical Virtue:** Cultural systems must present hijab not merely as a legal or administrative requirement but as an ethical virtue. By using concepts rooted in the public’s existing religious and cultural framework—such as dignity (karamat), modesty (affaf), and shame (haya)—these systems can generate a “shaping of the conscience”. When veiling is perceived as an ethical “good” essential to a healthy personality, it gains a level of legitimacy and social acceptance that force cannot achieve.
- **The “Utilitarian” and “Sacred” Framework:** In a modern, market-driven society, cultural systems should highlight both the sacred nature of veiling and its utilitarian benefits. The research references Quranic verses to illustrate that veiling is intended to prevent social harassment (Ahzab: 59), ensure “purity of heart” (Ahzab: 33), and guard against “diseased hearts” in society (Ahzab: 32). Presenting veiling as a “beneficial trade” for the individual’s safety and family stability aligns with the human tendency to seek personal benefit.
- **Ethical Guidelines for Police Interaction:** Since veiling is primarily an ethical and spiritual matter, any police response must be differentiated from the handling of violent crimes. The research identifies three ethical pillars for law enforcement: Dignity, treating the offender with respect and avoiding violence; Gradualism, following the religious stages of “enjoining good” only when a positive result is probable; and Justice, avoiding selective or discriminatory enforcement, which creates social resentment and erodes legal legitimacy.
- **Expressivism and Rehabilitation:** Cultural systems are vital for “expressivism” (Balaagh-e-Mobin), where the law communicates the community’s collective moral disapproval of a behavior. This helps internalize the “shame” of the offense, facilitating rehabilitation. A criminal response is

only the final link in a chain of public moral evaluation; it should serve to reinforce the social consensus that improper veiling is a “moral evil” rather than a mere violation of state rules.

4. Conclusion

The study concludes that the prevailing social friction regarding veiling in Iran is largely a consequence of the failure and negligence of cultural systems. These institutions have largely failed to produce the necessary intellectual and cultural content to justify veiling as a human and ethical virtue, effectively leaving the police alone in a confrontational struggle against shifting social norms. The sources suggest that criminalization without cultural persuasion results in a “legalism of fear” that devalues human dignity. For veiling to be socially sustainable, it must be “veiling rooted in modesty” (affaf), arising from an individual’s voluntary and rational choice. The research recommends a thorough pathology of past cultural strategies and a shift toward using modern psychological and social sciences to internalize the value of modesty. Ultimately, a system that relies on internal monitors (conscience) is far more efficient and respectful of human dignity than one that relies solely on external punishment.

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.



بازخوانی نقش سامانه‌های فرهنگی

در مقابله با بزه «بدپوششی»

قاسم اسلامی نیا* (نویسنده مسئول)

استادیار گروه حقوق، دانشگاه زابل، زابل، ایران.

داود سیفی قره‌تیاق

استادیار گروه حقوق، دانشگاه زابل، زابل، ایران.

Email: eslminia@uoz.ac.ir

Email: dseify@uoz.ac.ir



استناد اسلامی نیا، قاسم؛ سیفی قره‌تیاق، داود (۱۴۰۴). بازخوانی نقش سامانه‌های فرهنگی در مقابله با بزه «بدپوششی». فصلنامه حقوق اسلامی، ۲۲ (۸۷): ۱۷۳-۲۰۴

doi: 10.22034/ilaw.2024.713385

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲۸، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹

چکیده

«بدپوششی» به‌عنوان یک چالش مذهبی-اجتماعی و حتی سیاسی و فرهنگی در جامعه امروز ایران بیش از هر عاملی نیازمند اتخاذ راهبردهای اخلاق مدارانه از طریق سامانه‌های فرهنگی، مقدم بر برخوردهای قهری و پلیسی است که ناشی از مطلوبیت سیاست جنائی مردم گریانه بر سیاست جنائی امنیت مدار در آن حوزه است. التزام به مقررات پوشش، با رویکرد اخلاقی و فراتر از الزامات اجتماعی که متأثر از راهبردهای فرهنگی- تربیتی و رویکرد عفیفانه جامعه باشد، به این مقرر صیغه اخلاقی می‌بخشد و نتیجه آن ایجاد وسعت و ظرفیت وجدانی و عقلانی برای پذیرش آن است. مساعی این نوشتار اثبات این موضوع است که اولاً ضرورت دارد سامانه‌های فرهنگی با معرفی حجاب به‌عنوان یک فضیلت اخلاقی- رفتاری و با در نظر داشت اقتضائات نوین، از مفاهیم اخلاقی مورد قبول جامعه که ریشه در دین و فرهنگ مردم دارد استفاده نمایند و ثانیاً تحقق اهدافی همانند بازپروری و بیان‌گرایی، بیش از هر چیزی با تدابیر پیشینی فرهنگی محقق گردد و در نتیجه تابعان حقوق کیفری با احساس وابستگی کرامت ارزشی خود به قانون حجاب، برای خود یک رسالت انسانی- اخلاقی در تبعیت از قانون پوشش قائل گردند و واکنش پلیسی نیز با پیشینه‌ها و مضامین فرهنگی همراه باشد. بر این اساس تلازم اصطلاح حجاب و عفاف دال بر آن است که حجاب مطلوب باید ناشی از نظام ادراکی عفیفانه افراد باشد که بیش از هر چیزی یک موضوع اخلاقی محسوب می‌گردد. لذا این نوشتار با استفاده از تحقیقات کتابخانه‌ای در منابع اصیل شرعی و معاصر در حوزه‌های اخلاق و حقوق کیفری، مشتمل بر ترسیم بعضی از مهمترین راهبردهای اخلاقی برای سامانه‌های فرهنگی در راستای تحقق حجاب مبتنی بر عفاف است.

واژگان کلیدی

اخلاق، جرم، مجازات، فرهنگی، بازدارندگی، بدپوششی، پلیس.



مقدمه

جنبه‌های آسیب‌زای رفتارهای واجد ممنوعیت کیفری بسته به نوع رفتار متفاوت است. برخی از رفتارها اصالتاً و ذاتاً آسیب‌زا هستند (قتل، اختلاس، سرقت و...) اما پاره‌ای از ممنوعیت‌های کیفری جنبه مقدماتی و آلی برای خسارت‌ها و آسیب‌های بعدی دارند که گاه از آنها با عنوان جرائم مانع و بازدارنده یاد می‌گردد. بدپوششی و بی‌حجابی (صرف نظر از آثار منفی روحی و باطنی آن) رفتاری است که به‌صورت مقدماتی موجب وقوع سایر جرایم همانند جرایم منافی عفت (نور: ۳۰) و یا سایر آسیب‌ها همانند گسترش پدیده طلاق می‌گردد. ویژگی آلی و مقدماتی بودن ممنوعیت بدپوششی باعث می‌گردد که قبح و ناشایستگی آن برای گروه کثیری از مردم قابل درک نباشد و حتی الزام به رعایت حجاب شرعی را در تعارض با اصل آزادی و اختیار بدانند. در واقع زمانیکه بین حجاب به‌عنوان یک رفتار ظاهری و عفاف به‌عنوان یک درک باطنی و فکری از مقوله حجاب انشقاق حاصل می‌گردد پدیده حجاب از بستر و مجرای اصلی خود خارج می‌گردد و جامعه هدف و مراجع قانونی مرتبط را در تعارض و اصطکاک شدید قرار می‌دهد. از طرفی با گسترش فضاهای رسانه‌ای و مجازی در زندگی مردم و تبدیل جهان به دهکده‌ای کوچک و به‌هنگار بودن بی‌حجابی در غالب کشورهای جهان، اصل پدیده حجاب به‌عنوان یک ضرورت اجتماعی و فرهنگی از طرف بسیاری از تابعان حقوق کیفری مورد سؤال است. با توجه به تهدیدها و چالش‌های بنیادین اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و... علیه پدیده پوشش دینی و عدم التزام طیف قابل ملاحظه‌ای از مردم به آن مقرر، عملیاتی نمودن قانون پوشش، مستلزم تمهید عوامل متعدد فکری، فرهنگی، اجتماعی و حتی اقتصادی است. در این بین تبیین و تشریح معرفی جنبه‌های اخلاقی و معنوی پدیده پوشش توسط سامانه‌های فرهنگی برای جامعه هدف، به‌عنوان یکی از مهمترین عوامل تکوین اقلان شهودی - عقلانی نسبت به

پدیده پوشش محسوب می‌گردد که می‌توان از آن به‌عنوان اخلاق‌مداری در مقابله با بدپوششی یاد نمود. سامانه در مفهوم سیستم، نهاد، سازمان و... استعمال می‌گردد و منظور از آن مجموعه‌ای از اجزاء به هم پیوسته است که با نظمی مشخص به دنبال تحقق هدف واحدی در یک مجموعه هستند. فرهنگ نیز به معنای مجموعه‌ای از اعتقادات، باورها، علم، دین، اخلاق و هنر است (عیوضی، ۱۳۸۷، ص ۲۵۵) بر این اساس سامانه‌های فرهنگی به تمامی نهادها، ارگانها، سازمانها و به‌طور کلی مجموعه‌هایی گفته می‌شود که به‌صورت مستقیم یا غیر مستقیم در صدد تقویت و یا اصلاح اعتقادات، و باورهای مردم با استفاده از مؤلفه‌هایی همانند علم، دین، اخلاق و هنر هستند. سازمانهایی همانند آموزش و پرورش، دانشگاهها، حوزه‌های علمیه، سازمان تبلیغات، وزارت فرهنگ و... اعم از دولتی و یا غیر دولتی هر کدام جزئی از سامانه‌های فرهنگی هستند. سامانه‌های فرهنگی برای تحقق اهداف خود باید از انسجام و هماهنگی درونی و برونی برخوردار باشند (لازرز، ۱۴۰۱، ص ۶۶) لذا منظور این نوشتار از سامانه‌های فرهنگی تمامی ارگانها، مراجع، سازمانها و نهادها و... هستند که با تولید محتوا در حوزه‌های گوناگون نوشتاری، دیداری، رسانه‌ای و... به نحوی در زمینه مدیریت افکار جامعه نقش دارند.

مع الوصف به‌نظر می‌رسد گروهی از افراد جامعه، با نادیده‌انگاری اهمیت نقش و جایگاه سامانه‌های فرهنگی در زمینه مقابله با بدپوششی به‌عنوان یک جرم یا ناهنجاری، از پلیس و تابعان حقوق کیفری صرفاً التزام ظاهری به قانون را بدون لحاظ انگیزه‌های اخلاقی (در بستر رضایت و انتخاب) و بدون توجه به بایسته‌های اخلاق‌مداری می‌طلبند. رویه مزبور شاید در مقابله با جرائمی همانند سرقت و قتل که دارای آسیبهای محسوس و آنی است مؤثر باشد؛ لیکن در زمینه مسائلی که دارای ماهیتی اخلاقی و فرهنگی هستند نتیجه معکوس خواهد داد و باعث می‌گردد که سامانه‌های

فرهنگی و رسانه‌ای پیش از آنکه با استمداد از ظرفیت علم اخلاق (به‌عنوان مظهر اراده و انتخاب انسان) با تولید محتواهای اخلاقی به دنبال ارتقاء ادراک انسان نسبت به آسیب‌های نفسانی جرم و استمداد از ظرفیت‌های اخلاقی او و تحقق خویش بازدارندگی باشد؛ (ریچارد، ۱۳۹۷، ص ۳۰) پلیس را در میدان کارزار با ناهنجاریها تنها رها نمایند و نقش خود را تنها در صدور اعلامیه و یا سخنرانیهای کلی و یک‌طرفه برای تحقق حجاب بدانند.

باتوجه به تأثیرات شگرف و متنوع اخلاق‌مداری در تقویت نهادهای فرهنگی و متعاقباً ارتقاء التزام و پایبندی مردم به هنجارهای کیفری (میشل بست، ۱۳۷۲، ص ۱۰۹) و فقر تحقیقات بنیادین در این زمینه، پلان این نوشتار در راستای معرفی راهبردهای اخلاقی برای سامانه‌های فرهنگی، بر مبنای پاسخگویی به دو سؤال مهم طرح ریزی شده است. اولاً از منظر رویکردهای اخلاقی نقش سامانه‌های فرهنگی در مقابله با بدپوششی چیست و ثانیاً آثار و بازتابهای اخلاق‌مداری در زمینه پیشگیری از بدپوششی چیست؟ از منظر این نوشتار جامعه و پلیس با محوریت اخلاقی که توسط سامانه‌های فرهنگی تدارک و پرورنده می‌گردد در زمینه رعایت قوانین مربوط به حوزه پوشش به ایفاء نقش می‌پردازند. لذا چهار عنصر محوری جامعه هدف، فرهنگ، اخلاق و پلیس به‌عنوان حلقه وصل مباحث این نوشتار ایفاء نقش می‌نمایند. در همین راستا تحقیق حاضر به دنبال تبیین اهمیت و کیفیت تحقق خویش بازدارندگی در زمینه رعایت قواعد پوشش از طریق اتخاذ راهبردهای اخلاق‌مدارانه توسط سامانه‌های فرهنگی می‌باشد. در راستای تبیین نقش و جایگاه سامانه‌های فرهنگی در حوزه تحقق پوشش مطلوب، این مقاله در پنج قسمت به سامان می‌رسد. باتوجه به اینکه موضوع بدپوششی ابتدائاً باید به‌عنوان یک رفتار ضد اخلاقی ارزیابی گردد در گام اول به نقش سامانه‌های فرهنگی در تحقق این باور عمومی پرداخته شده است. سپس به اهمیت معرفی حجاب از طریق سامانه‌های مزبور به‌عنوان یک رفتار تقدس‌آمیز و در عین حال منفعت‌گرایانه اشاره شده است. در مرحله

بعد رسالت نهادهای فرهنگی در ارتقاء نظام‌شناختی جامعه در مورد پدیده پوشش مطرح گردیده است. در قسمت چهارم به آثار اخلاق‌مداری (به‌عنوان محصول کار سامانه‌های فرهنگی) بر سازمان پلیس پرداخته شده است و در بخش پایانی مقاله نیز آثار اخلاق‌مداری اتخاذی توسط سامانه‌های فرهنگی بر تحقق بازپروری و بیان‌گرایی در حوزه تحقق پوشش دینی مطرح گردیده است.

۱. اهمیت و کیفیت ایجاد «تلقی بدپوششی به‌عنوان رفتاری ضد اخلاقی»

سرآغاز فرایند بدپوششی، قصد و انگیزه آن نوع پوشش است. لذا کارآمدترین شیوه مقابله با آن نیز پیشگیری از قصد و انگیزه تخلف است که بیش از هر چیزی به مؤلفه آگاهی و اراده مرتبط است. امروزه کارکرد اصلی جرم‌شناسی کاربردی و زیرمجموعه‌های آن همانند جرم‌شناسی پیشگیری مدار، تأثیرگذاری بر اراده بزه‌کار بالقوه و ایجاد بازدارندگی از سوق بخشی به سمت عملیاتی نمودن جرم است و اتفاقاً موضوع اخلاق نیز تأثیرگذاری بر رفتارهای ارادی آدمیان از طریق آموزش مفاهیم اخلاقی است. به عقیده اندیشمندان بزرگ حوزه علوم انسانی، جرائم اعمالی هستند که به طور جدی به وجدان جمعی جامعه تجاوز می‌کنند و از قوانین اخلاقی جامعه تجاوز می‌نمایند و وجدان‌های سالم را شوکه می‌کنند. قاعدتاً برای وصول به مرحله «شوکه وجدانی»، ارزش‌ها با تدابیر نرم و متناسب فرهنگی - تربیتی باید به شدت در ضمیرهای شهروندان حک شده، پرورش یافته و عمیقاً حس شوند، و دارای چنان نیرویی باشد که هیچ عدم توافقی را تحمل ننماید» (گارلند، ۱۳۹۵، ص ۴۷) و در نتیجه نیاز به اهرم‌های بازدارنده بیرونی که هزینه بردار و دارای عوارض منفی متنوعی هستند کاهش پیدا کند» (آنابلا و رودر یگن، ۱۳۹۷، ص ۳۰).

در این زمینه اگر مردم در فضای ناکارآمدی سامانه‌های فرهنگی، جرمی همانند بدپوششی را صرفاً رفتاری ناقض قانون بدانند و جنبه‌های اخلاقی و بازتابهای عینی آن را از نظر مخفی نمایند؛ قادر نخواهند بود که با تمام روح

و قلب خویش به ایفا وظیفه در حوزه رعایت قوانین پوشش اقدام نمایند. لیکن تلقی بدپوششی به‌عنوان یک شر اخلاقی این احساس ارزشمند را برای مردم ایجاد می‌نماید که در حال انجام یک رسالت اخلاقی و انسانی و فراتر از یک تکلیف محض اداری - قانونی هستند (کنفیلد، ۱۳۹۲، ص ۴۶۱) و این امر موجب تقویت مشروعیت و مقبولیت قانون جرم‌انگاری شده در اذهان عمومی نیز می‌گردد. در این راستا جامعه هدف باید به‌گونه‌ای شهودی و وجدانی به این باور برسد که جرمی همانند بدپوششی - فراتر از یک اقدام خلاف قانون، رفتاری ضد اخلاقی نیز است که در تعارض با نظام یک شخصیت سالم است. با این وجود در دنیایی که تکثر اخلاقی به‌عنوان یک اصل و محدود نمودن آزادیهای مردم از طریق جرم‌انگاری به‌عنوان یک استثنای کاملاً محدود امری مقبول و دارای مشروعیت جهانی است؛ صحبت از نوعی پوشش قانونی به نام «حجاب شرعی» نیازمند توجیحات و مبانی قوی عقلی و وجدانی و تمهید شرایط پیشینی فکری و فرهنگی بسیاری است. غفلت از پشتوانه‌های عقیدتی و اخلاقی و استمداد از نیروی پلیس برای الزام به مقررات پوشش، جفایی بر پلیس و تابعان آن مقرر و در تنافی با قاعده وسع و آیه شریفه «لا یکلف الله نفساً الا وسعها» (بقره: ۲۸۶) است که می‌توان آن را یک اصل بنیادین عقلی و شرعی تلقی نمود. لذا حجاب اصولاً باید ریشه در آبشخورهای عقیدتی، اخلاقی و فرهنگی مخاطب داشته باشد و امری که ذاتاً وابسته به نگرشهای بنیادین و سبک زندگی افراد و مستلزم ایجاد ظرفیت عقلی - وجدانی (منطبق با قاعده وسع و یا ممنوعیت تکلیف مالا یطاق) است با تهدید پلیسی قابلیت اجرا نخواهد داشت. اگر مردم حجاب را ناشی از عقاید بنیادین و اخلاق مورد پذیرش خویش بدانند برنامه‌ها و شبهات فضای مجازی و رسانه‌ای نمی‌تواند حجاب را منتفی نماید. همچنانکه اگر افرادی برای رعایت حجاب به اقتناع عقلانی و شهودی واصل نگردند؛ با تهدید به جریمه و زندان هم به آن ملتزم نخواهند گشت.

سخن امام علی(ع) نیز دلالت بر تقدم بازدارنده‌های درونی بر بازدارنده‌های بیرونی دارد: «اعلموا أنه من لم يعن على نفسه حتى يكون له منها واعظ و زاجر، لم يكن له من غيرها لا زاجر و لا واعظ» اگر به شخصی کمک نگردد تا از طریق قدرتهای درونی دارای نیروی وعظ و بازدارندگی گردد از طریق نیروهای خارجی این مهم حاصل نخواهد گردید (نهج البلاغه، خ ۹۰) بدحجابی امروز ایران ریشه در نگرشها و تفسیرهای اخلاقی غیر منبعث از دین و بی تدبیری سامانه‌های فرهنگی و آموزشی و همچنین دهه‌های متوالی تولید شناخت و فرهنگ از جانب رسانه‌هایی دارد که برای اهداف متنوع خود حجاب را بر نمی تابند. لذا بازپذیرش حجاب توسط این طیف مستلزم تولید بسته‌های فرهنگی مناسب برای مقابله با بدپوششی ناشی از عوامل پیشگفته است. از طرفی، تکوین نظم و امنیت در وضعیتی که فاقد توجیه و اقناع عقلانی و وجدانی (به‌مثابه بنیان‌های اخلاقی فرد و جامعه) باشد علاوه بر اینکه امنیت ناشی از آن در دیدگان جامعه ارزشمند محسوب نمی‌شود؛ عزم درونی و انگیزه مند لازم برای استفاده از عقل عملی در راستای پیشگیری از وقوع جرم را نیز حاصل نمی‌کند و تابعان قانون نیز خویشتن را به‌عنوان موجوداتی شایسته تکریم و پاسداشت نمی‌نگرند.

تشریح جنبه‌های معنوی و اخلاقی جرم در طول تاریخ، رسالت اندیشمندان بزرگ بشری حتی در بین غیرمسلمانان نیز بوده است؛ برای مثال کانت در بین اندیشمندان غیرمسلمان جزء معدود افرادی است که تا حدودی سعی می‌نماید، توجه مخاطبین خود را به جنبه‌های نفس‌الأمری و اخلاقی جرم و گناه معطوف دارد. جنبه‌های مزبور باید با شیوه‌های نوین زمانه برای قبح‌انگاری بدپوششی که فاقد آسیبه‌های آنی عینی و محسوس است استفاده گردد. در این راستا کانت جرم را با اصطلاحاتی همانند «شرارت ناحق، رفتار ضد اخلاقی، تمایلات پست و یک عمل حیوانی و خلاف طبع سلیم انسانی» توصیف می‌نماید (کانت، ۱۳۶۹، ص ۷۳) لذا اگر قرار است بدپوششی به‌عنوان یک جرم معرفی گردد

لازم است که جنبه‌های ضداخلاقی آن برای جامعه هدف مبرهن و توجیه گردد. یعنی جامعه به یک اجماع عمومی بر ضداخلاقی بودن پدیده بدپوششی واصل گردد. امری که تحقق آن به غایت دشوار و پیچیده اما واجد آثار ماندگار و حتمی است. اما ناگزیر ذهن مخاطب باید ابتدا به خصلت اخلاقی بودن پوشش مناسب عادت نماید و مقدم بر اینکه توسط پاداش و مجازات تحریک شود لازم است صفات شریف و عالی اخلاقی را در خود تقویت نماید (همان، ص ۸۳) به عبارتی الزامات اداری و یا مجازات بیرونی نباید علت انحصاری التزام به قانون حجاب باشد زیرا «پرهیز از مجازات به علت ترس بیرونی او را برده صفت بار می‌آورد» (همان، ص ۸۲).

امام علی (ع) در راستای تعمیق ادراک مردم نسبت به مقررات دینی سه ویژگی بسیار مهم که با موضوع پوشش مرتبط می‌گردد را عامل انسجام و پایایی دین تلقی می‌نماید. آن سه ویژگی عبارت است: عفت، ورع و حیا. عفت در اصل به معنای حفظ نفس و «من انسانی» از تمایلات و شهوات نفسانی آسیب‌زا است. عفت یک خصیصه معنوی باطنی با ارزش و تقوای اجتماعی و بیرونی نمودی از عفت باطنی است (مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۸، ص ۱۸۰) در واقع عفت در مفهومی که گفته شد بیشتر در حوزه عفت بطن و فرج استعمال می‌گردد و عفت فرج که والاترین عبادت محسوب و ره‌آورد آن ایجاد ارزش والای انسانی است از طریق پوشش مناسب اجتماعی تحصیل می‌گردد. به عبارتی عفت و پاکدامنی از طرفی باعث انتخاب پوشش مناسب می‌گردد و از طرفی التزام به پوشش دینی باعث تقویت عفت باطنی و قلبی می‌گردد. زیرا در بدپوششی ذهن و فکر تمرکز و انسجام خود را از دست می‌دهد و به اقتضای هر آنچه دیده بیند دل کند یاد صحنه‌های ظاهری از بدپوششی بر فکر و قلب انسان تأثیر سوء می‌گذارد. زیرا بعد از دیدن یک منظره به صورت قهری تمایلی منطبق با موضوع مشاهده شده در انسان ایجاد می‌گردد و حداقل هزینه پاکدامنی و عفت را برای انسان سخت و زیاد می‌نماید.

در روایات مرتبط با موضوع بحث، عفت گاه برترین عبادت، سرمنشاء و مبداء همه خیرها و ارزش‌ها، برترین جوانمردی، راهبرد زیرکان تلقی گردیده و اهل عفاف شریفترین موجودات انسانی تعبیر گردیده^۱ است. در رویکرد دینی هرچیزی که در اختیار انسان قرار گرفته است زکاتی مختص و متناسب با همان موضوع را دارد و زکات زیبایی به‌عنوان یک نعمت ارزنده خداوند مشی و منش عفاف گونه در زندگی اجتماعی اعلام گردیده است.

ارزشی که رابطه نزدیکی با انتخاب پوشش مناسب دارد حیاء و آزر است. البته حیاء و آزر دو جنبه منفی و یا مثبت و به عبارتی ممدوح و مذموم دارد که منظور ما حیاء ممدوح است. یعنی اینکه انسان از شکستن حرمت‌های الهی و اجتماعی حیاء و آزر بازدارنده داشته باشد. این نوع حیاء در لسان امام علی (ع) نوعی زیبایی، تکمیل‌کننده کرامت انسانی، قرین عفاف، دال بر کمال عقل، بهترین لباس دین، دلیل بر ایمان، کلید هر خوبی، بازدارنده از رفتار و افعال قبیح آمیز، پاکسازی‌کننده خطا و گناه، دلالت آشکار بر ایمان، پوشاننده عیوب و... تلقی شده است (تمیمی آمدی، ۱۴۱۰، ص ۷۴) این موارد ابعاد مختلف ارزش حیاء اجتماعی است که تثبیت و تکثیر آن باید جزئی از رسالت مهم سامانه‌های فرهنگی باشد. متقابلاً وقاحت و بی‌شرمی بسیار مذموم دانسته شده است؛ برای مثال این رذیله انسانی اجتماعی با تعبیر ذیل برای مخاطب معرفی شده است و لازم است الهام بخش نهادهای فرهنگی در تقبیح‌انگاری وقاحت باشد: «طلیعه هر گونه شر و بدی، سوق‌دهنده انسان به امور قبیح و بد، بدترین وضعیت برای یک انسان، سالب هر گونه خیر و ارزش از انسان» (همان، ص ۳۶۳).

به نظر می‌رسد قرآن کریم نیز گناه و سیئه را به خودی خود نفرت آور معرفی می‌نماید و اولین بزه دیده هر جرم را مرتکب آن معرفی می‌نماید

۱. «الْعِفَّةُ رَأْسُ كُلِّ خَيْرٍ، الْعِفَّةُ أَفْضَلُ [أَصْلُ] الْفِتْوَةِ، الْعِفَّةُ شَيْمَةُ الْأَكْيَاسِ، أَهْلُ الْعَفَافِ أَشْرَفُ الْأَشْرَافِ، زَكَاةُ الْجَمَالِ الْعَفَافِ» (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص ۸۵).

و در مواضع مختلف اعلام می‌نماید که هر کسی جرمی مرتکب گردد در واقع آن را علیه خویشستن مرتکب گردیده است و لذا هر جرمی ظلم به نفس محسوب می‌گردد (بقره: ۲۳۱) اگر سامانه‌های فرهنگی مطابق با کارکردها و امکانات خود بتوانند بدپوششی را به‌عنوان ظلم به خود فرد بدپوشش توجیه نمایند امکان همراهی مخاطب با قانون حجاب را میسر می‌سازند. اما اگر مردم و مخصوصاً نوجوانان و جوانان در بستر پرورش و آموزش در موعد مناسب بدین موضوع پی نبرند به احتمال زیاد گمان خواهند کرد پرهیز از بدپوششی تنها به خاطر نهی خداوندی است و نه زیان موجود در آن و خداوند هم نیازی به اطاعت انسانها ندارند. زیرا خداوندی که بی‌نیاز مطلق است؛ گر جمله کائنات کافر گردند؛ بر دامن کبریایش هیچ‌گدی نمی‌نشیند. لذا تا زمانی که پلیدی ذاتی بدپوششی مبرهن نگردد ما به مرحله تربیت اخلاقی در آن حوزه نخواهیم رسید. بر این مبنی بدپوششی در صورتی در وجود مکلف ایجاد نفرت می‌نماید که در ذهن او یک رفتار ناشایست تلقی گردد. در این راستا باید در نظام آموزش و پرورش، خانواده، صدا و سیما و سایر ارگانهای فرهنگی از همان کودکی تنفر و کینه بر ضد چنین اعمالی به کودک القا گردد. «نباید عملی (همانند بدپوششی) را صرفاً به‌عنوان یک عمل ممنوع یا مضر تعریف نماییم. بلکه باید به‌عنوان عملی که فی‌نفسه تنفر آمیز است معرفی گردد. دین و تربیت باید در این جهت گام بردارند که یک تنفر مستقیم نسبت به اعمال زشت جاری نمایند» (همان، ص ۶۵).

امام علی (ع) در راستای عینی سازی قبح نهفته در جرم و گناه می‌فرماید: در شگفتم از کسی که از خوردن غذایی که برایش ضرر دارد پرهیز می‌کند اما از گناه که مایه ننگ و رسوایی و عقوبت است پرهیز نمی‌کند (لیسی واسطی، ۱۳۷۶، ص ۳۳۰) در رویکرد دینی، قلب به‌عنوان هسته و ساختار اصلی تشکیل دهنده انسان نیاز به مراقبتی ویژه دارد. از جمله اینکه ورودیهای منتهی به آن با ملاحظه و مراقبت هر تصویری را در قلب منعکس نسازند

تا این بنای مستحکم انسانی در نتیجه دریافت عوامل مخرب و فساد آور به اضمحلال و نابودی سوق پیدا نکند. با این توضیحات مشخص می‌گردد که اگر مردم جامعه در بستر تربیت و پرورش فکری بدپوششی را با منافع بنیادین خود در تعارض ببینند به طور قهری پشتیبان حکومت و پلیس در اجرای مقررات پوشش شرعی خواهند شد. لیکن سؤال مهمی که در این ارتباط مطرح می‌گردد این است که سامانه‌های فرهنگی نظام همانند آموزش و پرورش، مراکز دانشگاهی و علمی، صدا و سیما، ستاد امر به معروف و نهی از منکر، سازمان تبلیغات اسلامی و حوزه‌های علمیه و... تاکنون در راستای رسالت‌های اخلاقی خود چه تدابیر و محتواهایی را در راستای تبیین پدیده حجاب به‌عنوان یک فضیلت والای انسانی و اخلاقی تولید و عرضه نموده‌اند که مقوله حجاب علاوه بر اینکه عنوان یک امر مقدس محسوب گردد؛ در عین حال از طرف مکلف به‌مثابه رفتاری واجد منفعت و سود ارزیابی گردد؟

۲. معرفی پوشش به‌عنوان «امری مقدس» و «رفتاری منفعت‌گرایانه»

حضور گسترده و هدفمند اخلاق در تنظیم کنشگری مردم در حوزه پوشش و حجاب مستلزم پیش‌زمینه‌های فراوانی است. در این راستا سامانه‌های فرهنگی از طریق قالب‌های متنوع و متناسب با اقتضائات نوین (همانند تولید فیلم، سریال، رمان، قصه‌های کوتاه، خطابه‌های کوتاه و جذاب و...) باید به گونه‌ای موضوع حجاب و پوشش را مطرح نمایند که اولاً مردم، بدپوششی را رفتاری ضد باورهای اصیل اخلاقی خود و جامعه تلقی نمایند و ثانیاً تمامی تدابیر فرهنگی و تربیتی به گونه‌ای تنظیم گردد که عدم رعایت پوشش متعارف باعث ایجاد شوک وجدانی گردد. عفت و پاکدامنی از منظر علم اخلاق در کنار خصایصی همانند شجاعت، حکمت و عدالت پایه‌های علم اخلاق و از امور فطری محسوب می‌گردد و مهترین رسالت سامانه‌های فرهنگی، تبیین جنبه‌های فطری عفاف و آثار آن در زمینه‌هایی همانند پوشش

متعارف و مناسب است. در این صورت جامعه هدف به سهولت و با کمترین هزینه و چالش پذیرای قانون حجاب و پوشش خواهد شد.

انسان‌شناسان معناگرا در راستای استمداد از خصیصه تقدس‌گرایی انسانها، جرم را تخطی از اخلاقیات جامعه و یک تجاوز به طور شخصی حس شده علیه هر فرد سالم تلقی می‌نمایند (گارلند، ۱۳۹۵، ص ۴۹-۵۰) تحقیق این مفهوم از جرم در جامعه منوط به آن است که پیروی از قوانین در بستر آموزش و تربیت باید به‌عنوان یک امر مقدس جلوه نماید. «تنها با این شیوه است که بدون نیاز به روش‌های سخت و بی‌رحمانه، افراد عمیقاً با حسی از خصوصیت تقدس قوانین اجتماعی اشباع می‌شوند و پیروی از قوانین به‌عنوان وظیفه مقدسی در نظر گرفته می‌شود که به شدت حفظ و کنترل می‌گردد» (همان، ص ۵۸) باتوجه به آنکه حجاب به‌عنوان یک دستور شرعی توسط خداوند تبیین گردیده است و باتوجه به نقش و جایگاه خداوند و دین در متن زندگی مسلمانان، معرفی حجاب به‌عنوان یک امر مقدس برای مخاطب با مانع خاصی مواجه نیست.

در عین حال در حوزه حجاب و عفاف بیش از هرچیز باید اهمیت و کارکردهای اجتماعی و روان‌شناختی نظام خانواده برای مردم تبیین و سپس تأثیر منفی بدپوششی بر تزلزل و اضمحلال آن باتوجه به دو منبع معتبر عقل و نقل آشکار گردد. به عبارتی باتوجه به خصیصه بارز «منفعت محوری» انسان، به هر میزان که در فرایندهای تربیتی، ابعاد منفی جنبه‌های اخلاقی جرم که مستقیماً به ارکان شخصیتی و احساس عزت در مرتکب آسیب وارد می‌نماید بیشتر مورد اشعار او واقع گردد؛ به همان میزان عزم او برای تقویت خصیصه کم هزینه و انسانی‌تر خویش - بازدارندگی افزایش پیدا می‌کند (پرت، ۱۳۹۶، ص ۱۰) زیرا اصولاً انسان موجودی است که عوامل محدودیت‌آفرین در مسیر آزادی در ابعاد مختلف من جمله حوزه پوشش، باید ریشه در عمق باورهای عقلانی و وجدانی وی داشته باشد و هرگونه مداخله کیفی حداکثری که اصولاً دال بر بی‌اعتمادی

قانونگذار به قدرت تنظیم‌کننده عقل و وجدان در سامان‌دهی مناسبات مزبور است قهراً نوعی آسیب به دو ویژگی مزبور (عقل و وجدان) محسوب می‌گردد. به همین جهت در سیاست جنائی اسلام در راستای مبارزه با انواع ناهنجاریها و به خصوص در حوزه بدپوششی، پیشگیری اجتماعی در اولویت است (محمدی جورکویه، ۱۴۰۱، ص ۱۱۲).

در همین راستا سامانه‌های فرهنگ ساز در تنظیم تدابیر و تولید محتوای فکری- فرهنگی برای معرفی حجاب به‌عنوان یک ارزش برتر، باید بدانند که «جامعه مدرن امروزی به طرز بارزتری نسبت به گذشته‌های دور و نزدیک، با ویژگی تجاری و بازاری شناخته می‌گردد (پل راس، ۱۳۷۹، ص ۲۰) و بر تار و پود تمامی اقدامات فردی و اجتماعی انسان‌ها حاکم است و عرصه حقوق کیفری را بی تأثیر نگذاشته است. ۸۰ درصد بزهکاری در جوامع توسعه یافته جنبه سودجویانه دارد. نگرش سنتی نسبت به جرم تغییر یافته است. ضرب‌المثل «جرم سودی ندارد» به «جرم درآمد می‌آفریند» تغییر کرده است. زیرا نظام‌های سنتی کنترل جرم که مرجع ارزیابی اخلاقی شیوه‌های غیر قانونی و حرام بودند در عصر تنوع و ناهمگنی فرهنگی و حق تضعیف و عزلت نشین شده‌اند (پیکا، ۱۳۹۵، ص ۲۶) به همین خاطر انسان‌ها به مدد تدابیر فرهنگی- رسانه‌ای هر اقدام و رفتاری از جمله جرم‌انگاری در دو حوزه جرایم طبیعی و ساختگی را باید به‌مثابه یک تجارت تلقی نمایند که در وهله اول منفعتی مشخص و نه محتمل برای تابعین حقوق کیفری در برداشته باشد؛ نه اینکه مشروعیت و نامشروعیت صرفاً وابسته به اراده مطلق حکومت و یا یک امر فرا انسانی قلمداد گردد (جعفری، ۱۳۸۸، ص ۱۲۰) لازم به ذکر است پذیرش احکام تابع درک فلسفه احکام نیست زیرا معلوم نیست انسان با عقل محدود خود فلسفه تمامی احکام را درک کند در عین حال در بسیاری از آیات قرآنی التزام به دین و اجرای عملی آن در عرصه

زندگی بسان یک تجارت سودبخش تلقی گردیده است^۱ و در مقابل به علت آثار منفی مترتب، دین‌گریزی نوعی از سفاهت و بی‌خردی معرفی گردیده است؛ برای مثال آیات ذیل حجاب را به‌عنوان یک امر نافع برای فرد و جامعه مطرح می‌نماید:

يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يَعْرِفْنَ فَلَا يُؤْذِينَ وَكَانَ اللَّهُ عَفُورًا رَحِيمًا (احزاب: ۵۹): ای پیامبر به زنان و دخترانت و به زنان مؤمنان بگو پوشش‌های خود را بر خود فروتر گیرند این برای آنکه شناخته شوند و مورد آزار قرار نگیرند [به احتیاط] نزدیکتر است و خدا آمرزنده مهربان است، این آیه از طریق عبارت فَلَا يُؤْذِينَ نشان می‌دهد که حجاب موجب پیشگیری از بزه‌دیدگی و آزار و اذیت در هنگام فعالیت‌های اجتماعی می‌گردد. زیرا حجاب فرد دال بر این موضوع است که عفت و شخصیت معنوی برای فرد دارای حجاب از اهمیت زیادی برخوردار است و کسی حق تعرض به آن را ندارد.

وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ذَلِكُمْ أَطْهَرُ لِقُلُوبِكُمْ وَقُلُوبِهِنَّ (احزاب: ۳۳) در آیه مزبور حجاب موجب طهارت قلبی افراد جامعه دانسته شده است.

يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقَلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا: (احزاب: ۳۲) ای همسران پیامبر شما مانند هیچ یک از زنان [دیگر] نیستید اگر سر پروا دارید پس به ناز سخن مگویید تا آنکه در دلش بیماری است طمع ورزد و گفتاری شایسته گویند. این آیه نیز حجاب را در راستای پیشگیری از وساوس و اندیشه‌های مجرمانه معرفی نموده است.

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدْرَكُمْ عَلَىٰ تِجَارَةٍ تُنْجِيكُمْ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ: ای کسانی که ایمان آورده‌اید آیا شما را بر تجارتی راه نمایم که شما را از عذاب دردناک می‌رهاند» (صف: ۱۰).
«وَمَنْ يَرْغَبْ عَنْ مِلَّةِ إِبْرَاهِيمَ إِلَّا مَنْ سَفِهَ نَفْسَهُ وَلَقَدْ اصْطَفَيْنَاهُ فِي الدُّنْيَا وَإِنَّهُ فِي الْآخِرَةِ لَمِنَ الصَّالِحِينَ: چه کسی جز آنکه به سبک مغزی گراید از آیین ابراهیم روی برمی‌تابد و ما او را در این دنیا برگزیدیم و البته در آخرت [نیز] از شایستگان خواهد بود» (بقره: ۱۳۰).

با این حساب تأکید بیش از حد بر معرفی اقدامات پلیسی و یا جرم انگاری در زمینه التزام مردم به مقررات پوشش اسلامی به‌عنوان «اقدامی در راستای مصالح اجتماعی» باعث به حاشیه رفتن منافع بالقوه مرتکب جرم به‌عنوان بازیگر اصلی جرم گردیده است. با در نظر داشت تعریف بدپوششی به‌عنوان یک رفتار ضد اوامر حکومتی است که برداشت گروهی از مردم این می‌شود که «قانون چیزی جز یک پوشش و ابزار تسلط و سلطه حکمرانان بر طبقه فرودست اجتماع نیست» (هیکس، ۱۳۹۱، ص ۳۴) عدم تبیین جنبه‌های اخلاقی جرم بدپوششی باعث گردیده است که گروهی از مردم حجاب را تنها نمادی از حاکمیت دینی بدانند؛ لذا گاهی نفس پدیده بدپوششی به‌عنوان یک شیوه اعتراضی به حکومت انتخاب می‌گردد. البته جرم انگاری بدون تبیین مصالح بنیادین و نفس‌الأمری نهفته در آن از طریق تولید محتوای شناختی و فرهنگی، ممکن است برآمده از یک دستور حکومتی و بیگانه نسبت به جامعه هدف تلقی گردد که صرفاً به دنبال تحقق آرمان حکمرانان در برج عاج نشسته است (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۱) لیکن اصلاح و ارتقاء نظام‌شناختی مردم در راستای پذیرش قانون، ویژگی بارز حکومت‌های مردم‌سالاری است که مردم تحت حاکمیت خود را با ویژگی‌هایی همانند خردمندی و اندیشه‌ورزی به رسمیت می‌شناسند.

۳. تکوین یا تغییر «نظام شناختی» برای پذیرش حکم پوشش

دین متشکل از سه رکن عقیده و اخلاق و احکام است؛ لیکن این سه رکن کاملاً در تعامل با یکدیگرند و نقص یکی بدون شک موجب نقص در دیگری می‌گردد؛ و مثلاً نمی‌توان انتظار داشت بدون حقوق کیفری دینی، عقیده و اخلاق مردم از گزند عوامل مخرب مصون بماند. لذا توسل همزمان به عوامل حقوقی و اعتقادی راهبرد قرآن است. این حقیقت در آیات متعدد قرآنی آمده است.:: برای مثال، در آیه ۶ سوره نساء آمده است: فاذا دفعتم الیهم

اموالهم فأشهدوا عليهم اموالهم و كفى بالله حسيبا: هرگاه اموال یتیمان را به آن‌ها پرداختید در این موضوع بر آن‌ها گواه بگیرید، و با این وجود، خداوند بر رفتار شما گواه و ناظر است. در این آیه که در موضوع استرداد اموال به یتیمان بعد از احراز رشد آن‌ها است؛ توجه همزمان به هردو حقیقت حقوقی و اعتقادی مطمح نظر است. استرداد اموال باید در حضور شاهد و با اخذ مدرک و سند باشد تا از اختلافات بعدی راجع به اصل وقوع این حادثه یا جزئیات آن جلوگیری شود؛ و ثانیاً تأکید گردیده است که خداوند بر جریان این امر ناظر و محاسبه‌گر است. این مطلب علاوه بر این که در مورد تبانی شهود با یکی از طرفین هشدار می‌دهد؛ در ضمن حاوی نکته تربیتی در مورد تعلیم و تربیت و پرورش اعتقادات افراد راجع به خداوند است. یعنی لازم است همزمان با انجام یک عمل حقوقی، عقیده افراد نسبت به خداوند نیز مستحکم‌تر گردد تا اخلاق مبتنی بر باورهای بنیادین معنوی به‌عنوان پشتوانه‌ای اساسی در التزام مردم به قوانین اجتماعی نقش ایفاء نماید.

بر این اساس در نگرش اخلاقی و مجرم‌مدار، عدم تبیین آثار مخرب جرم بر نظام شخصیتی مرتکب جرم توسط نهادهای فرهنگی را می‌توان در زمره اصلی‌ترین علل فقدان «خصیصه اقتاع بخشی قانون» قلمداد نمود. متقابلاً قدرت اقتاع بخشی قانون از طریق ایجاد محتوای فرهنگی که موجب تصور فرد از قبیح بودن رفتاری که در فرایند ذهنی و وجدانی مورد تصدیق او نیز واقع گردد یکی از اهرم‌های مهم بازدارندگی فعال در شخص محسوب می‌گردد و فراهم‌نمودن فرایند تحقق آن برای تسهیل ایفاء وظیفه پلیسی، جزء وظایف اصلی و ذاتی سامانه‌های فرهنگی محسوب می‌گردد که می‌توان آن را یک حق بنیادین فراموش شده در اعلامیه‌های جهانی حقوق بشر و قوانین اساسی کشورها قلمداد نماییم. با این توضیح که نتایج تحقیقات متعدد نشان داده است که ارتکاب زیاد جرایم ناشی از افول و کاهش درک مربوط به شدت قبح جرائم و به عبارت بهتر عقیده به قبیح نبودن جرائم

مزبور بوده است که سردرگمی نهادهای فرهنگی در تنظیم سیاستهای منطبق با اقتضائات نوین و تورم کیفری و جرم انگاری‌های افراطی در این زمینه بی تأثیر نبوده است (بست، ۱۳۷۲، ص ۲۶۵) در حالی که ارتقاء قدرت درک و فهم نسبت به ذات رفتارهای سوء، عنصر موثری در شکل‌گیری مدیریت درونی و ذهنی برای عدم ارتکاب رفتارهای مزبور تلقی می‌گردد. التزام به قانون با انگیزه‌های اخلاقی که ملهم از تدابیر فرهنگی باشد؛ در قالب یک اهرم فکری نیرومند با فرصت‌های پیش آمده برای ارتکاب جرم که برای هر شهروندی دور از انتظار هم نیست، مواجهه و هم آوردی می‌نماید و در موارد زیادی با دور نگه داشتن پلیس از زندگی شهروندان این امکان را فراهم می‌نماید تا آنها به صورت خودجوش و انگیزه مند بر زندگی خود کنترل داشته باشند. زیرا دریافت شهودی آسیب‌های نفسانی جرم (مبنی بر اینکه جرم با آرامش روحی و روانی من انسانی در تعارض و ناسازگاری است) منجر به شکل‌گیری یک رفتار مسئولانه در فرد می‌گردد و به جهت فراخوانی هسته مرکزی شخصیت انسان یعنی اراده و اختیار او بیشترین انطباق را با ساختار شخصیتی او دارد. منظور از مسئولیت در اینجا هم در مفهوم پاسخ‌پذیری استعمال می‌گردد و هم به‌عنوان یک فضیلت. مسئولیت نوع دوم که به یک مسئولیت‌کنش‌گر و فعال اشاره می‌نماید ناشی از این است که عامل انسانی با درک درست و شفاف آنچه در باطن و ذات رفتار مجرمانه نهفته است برنامه‌های زندگی خود را به گونه‌ای تنظیم می‌نماید که عاری از ارتکاب و حتی نزدیک شدن به محدوده خطرناک ارتکاب جرم باشد. آن هنگام که عدم ارتکاب جرم ناشی از اشراف به واقعیت پدیده مجرمانه است؛ فرد به فضیلتی نائل می‌آید که در حوزه دین‌مداران به‌عنوان تقوا یاد می‌گردد. اما مسئولیت نوع اول یک نوع مسئولیت‌کنش‌پذیر، قهری و ناگزیر است که به طور معمول پس از رخداد یک حادثه تلخ و ناشایست مجرمانه به وجود می‌آید. به‌هرحال تعبیر بدپوششی به‌عنوان یک برآیند

ضد اخلاقی توسط جامعه هدف، مرتبط با ویژگی‌های انسان‌شناختی توانمند سازی و هماهنگی است (وینسنت، ۱۳۹۸، ص ۵۹۸).

در تعبیر مزبور، پیش فرض سامانه‌های فرهنگی در مورد مخاطب آن است که آنها توانایی درک مذموم بودن جرم را دارد و جرم‌انگاری رفتار مزبور جزئی از خواسته‌های عمیق آنان محسوب می‌گردد. ثانیاً تلقی مزبور موجب توانمند سازی و تقویت قدرت اراده مخاطب می‌گردد (حق نظری و شایگان، ۱۳۹۵، ص ۱۱-۵۲) ثالثاً تقویت قدرت اراده موجب ایجاد هماهنگی فرد با محیط اجتماعی می‌گردد که فرد عضو آن است و هماهنگی مزبور موجب سرمایه اجتماعی می‌شود که از پایه‌های مهم سلامت روانی محسوب می‌گردد (عشایری و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۵۹-۸۲) در واقع فرد زمانی به بزهکار تبدیل می‌شود که در سایه بی تدبیرهای فرهنگی - آموزشی، تفسیر و برداشت نامساعد و منفی از قانون بر تلقی و برداشت مساعد و مثبت از قانون غالب و در فرایند تولید ندامت ناشی از ارتکاب جرم اختلال ایجاد می‌نماید (پیکا، ۱۳۹۵، ص ۷۶) لذا وظیفه جامعه تمهید شرایط فرهنگی - تربیتی منجر به بازتولید ندامت در مرتکب جرم است. زیرا کسی که از جرم ارتكابی خود نادم نیست احتمالاً ارتكاب مجدد آن را یک امر طبیعی و شاید هم حق خود می‌داند و این امر باعث سنگینی و گسترده‌گی ناگزیر فعالیت‌های پلیسی می‌گردد. در عین حال راهبرد سازمان پلیس در مقابله با موارد ناگزیر بدپوششی، حتی الامکان باید بر محوریت عناصر و مضامین اخلاقی سامان یابد.

۴. تأثیر اخلاق‌مداری بر سازمان پلیس

بدپوششی به‌عنوان یک موضوع اصالتاً اخلاقی و معنوی، مستلزم یک واکنش کاملاً افتراقی و خاص نسبت به سایر جرایم مشهود همانند کیف قاپی، نزاع و درگیری خیابانی و یا مزاحمت اطفال و بانوان است. با عنایت

به اینکه اصل پوشش، موضوعی عقیدتی و اخلاقی و فرهنگی است؛ باید با پشتوانه‌های سامانه‌های فرهنگی، پلیس در بستری از اخلاق‌مداری و با رعایت اصول انسانی و شرعی در راستای مقابله با بدپوششی اقدام نماید؛ تا صرف واکنش پلیسی موجب ایجاد اشمئزاز و احتراز از مقوله پوشش متعارف نگردد. بعضی از اصول مزبور عبارتند از:

۴-۱. کرامت‌مداری

در هر حرکت و فعالیت فردی و یا اجتماعی، کرامت و شأن انسانی باید رعایت گردد. خواه در تنظیم و تصویب قوانین، خواه در اجرای آن و یا در هنگامی که آن قانون نقض می‌گردد و قرار است به جرم خاطی رسیدگی شود. بر این اساس می‌توان هدف غایی حقوق را تلاش برای حفظ کرامت و ارتقای آن و پیشگیری از عوامل آسیب‌رسان به کرامت انسانی تلقی نمود. رعایت شأن ارزشی و کرامت متخلف و حتی ناظران واکنش پلیسی، مستلزم برخوردی کاملاً اخلاقی و لین و پرهیز از هر گونه خشونت معمول پلیسی است. برای تحقق این منظور نیروهای موسوم به گشت ارشاد باید گزینش شده بهترین و اخلاقی‌ترین نیروهای پلیس باشند. سرشار از شرح صدر و مسلط به انواع مهارت‌های شناختی و روانشناختی باشند تا مخاطب را در موضع لجاجت و موضع‌گیری فعال قرار ندهند. حتی در نگاه اول بتوانند با شناخت لحظه‌ای مخاطب خود اصل فردی سازی مواجهه با او را در عالی‌ترین وجه قابل تصور اجرا نمایند.

۴-۲. استدرارج‌مداری

مقابله با بدپوششی زیر مجموعه امر به معروف و نهی از منکر است و تمامی مراحل تدریجی آن باید به درستی اجرا گردد. در واقع فلسفه حاکم بر تدریجی بودن مراحل امر به معروف و نهی از منکر، آن است که هدف از این تکلیف شرعی کسب نتیجه مطلوب است و نه صرف انجام آن (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۴۹۷) بدون احتمال کسب نتیجه مطلوب و یا با احتمال

جری‌تر شدن مخاطب در نتیجه اجرای این مقرره، هر گونه اقدام آمرانه و یا ناهيانه (به‌جز در موارد خاص) فاقد مبنای شرعی است.

۴-۳. عدالت‌مداری

اصل تساوی در مقابله با تظاهر بدپوششی صرف نظر از مسائلی همانند مکان جغرافیایی تخلف و یا جایگاه افراد، یک اصل اخلاقی و لازمه تأثیرگذاری آن است. البته این موضوع به معنای نادیده‌انگاری شرایط و موقعیتهای مختلف و برخورد یکسان با این پدیده نیست. بلکه اصل مقابله با بدپوششی با در نظر داشت مقتضیات زمانی و مکانی است که مستلزم تغییر در نوع مقابله نیز است. اما به‌رحال با توجه به گسترش فضاهاى رسانه‌ای و مجازى در کشور هر گونه مقابله گزینشی با پدیده مزبور و نادیده گرفتن بدپوششی‌های افراد خاصی همانند سلبریتها و یا ساکنین بعضی از مناطق خاص، ظرفیت انعکاس گسترده اجتماعى را دارد و در صورت پدیداری احساس تبعیض و رویکرد افتراقی در مقابله با آن باعث اثرزدایی از واکنش‌های قهری و پلیسى می‌گردد. به‌رحال تبیین اصول اخلاقی فوق‌الذکر و سایر اصول مرتبط، باید در صدر تدابیر فرهنگی سامانه‌های فرهنگی فعال در زمینه تحقق پوشش اسلامی باشد تا موجب تحقق بازپروری و بیان‌گرایی مطلوب گردد.

۵. تأثیر اخلاق‌مداری بر بازپروری و بیان‌گرایی

هر چند که اهدافی همانند بازپروری و سزاگرایی به‌عنوان اهداف مجازات مطرح می‌گردد؛ با این حال نقش سامانه‌های فرهنگی در تحقق اهداف مزبور غیر قابل انکار و چشم‌پوشی است. در واقع برخورد سرکوبگرانه باید به‌عنوان آخرین حلقه و راهکار در مقابله با بدپوششی محسوب گردد. حتی کارآمدی واکنش قهری و پلیسى نیز مستلزم آن است که تمامی نهادهای فرهنگی و مذهبی به نوبه خود با تدابیر پیشینی متناسب با کارکردهای ذاتی خود، تحقق اهداف بازپروری و بیان‌گرایی را تسهیل نمایند.

۵.۱. تأثیر اخلاق‌مداری بر بازپروری

همگام‌سازی مردم با قوانین مصوب در حوزه حجاب و عفاف یک موضوع اخلاقی محسوب می‌گردد و باید با اقدامات تدریجی و نرم و گام به گام ارگان‌های فرهنگی مرتبط محقق گردد و شاید انتظار تحقق هم‌نویسی در محیط زندان بسته و تاریک و غمزا و یا تجویز یک جریمه نقدی یک آرمان دست‌نیافتنی باشد. در واقع هر چند که بازپروری محصول نهایی یک نظام عدالت کیفری قلمداد می‌گردد؛ ولی در موضوعی همانند بدپوششی بذره‌های این محصول باید در معرفی هدفمند و هوشمندانه موضوع پوشش به‌عنوان یک ضرورت اخلاقی - انسانی از طریق سامانه‌های فرهنگی کاشت گردد. در واقع با تدابیر پیشینی فرهنگی - تربیتی و علمی است که متهم در اولین مواجهه با نظام عدالت کیفری، پلیس را فراتر از یک مأمور و معذور و بلکه او را انسانی مصمم و آگاه و دغدغه‌مند در راستای مصالح اجتماعی و فرد می‌بیند. لذا آموزش اخلاقی مردم در زمینه نوع پوشش مطلوب، باید در صدر تدابیر سامانه‌های فرهنگی - دینی جامعه واقع گردد تا برخوردهای قهری مؤثر افتد. زیرا ارشاد کیفری در مورد فردی که هیچ تصویری از نادرستی بدپوششی ندارد به هیچ‌گونه عنوان نمی‌تواند موثر واقع گردد. لیکن تبیین ضرورت پوشش از طریق فرایندهای تربیتی، بزه‌کاران بالقوه را به‌عنوان یک کنشگر اخلاقی واجد این توانایی می‌سازد که بر خطاهای خود واقف و به آن معترف و در جهت اصلاح خودگام بردارند (بروکس، ۱۳۹۵، ص ۱۰۳) در واقع از آنجا که هر نوع اصلاحی از درون بر می‌خیزد؛ تحلیل و تبیین جرم از طریق سامانه‌های معین و فرهنگی برای مجرمین و غیر مجرمین باید به‌گونه‌ای باشد که تنفر از بزه بدپوششی را درونی نماید. به‌گونه‌ای که فرد ارتکاب جرم مزبور را با فطرت یا ساختار وجودی خود در تناقض ببیند و عزم او برای اصلاح و بازسازی ناشی از این تصور باشد.

۵.۲. تأثیر اخلاق‌مداری بر بیان‌گرایی (بلاغ‌مبین)

یکی از مهمترین انشعابات سزاگرایی که جرم و مجازات را با رویکرد فرهنگی و اخلاقی، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد «تئوری بیان‌گرایی» است که با اصطلاح قرآنی و دینی بلاغ‌مبین نیز همخوانی دارد (نحل: ۸۲) در عین حال «بیان‌گرایی» جدیدترین نظریات تبیینی در مورد ماهیت و کیفیت واکنش‌های جامعه‌ی با رویکرد اخلاقی است که در سال‌های اخیر مورد اقبال بسیاری واقع گردیده است. بر اساس این تئوری واکنش اجتماعی از طریق تولیدات متناسب و محتوایی توسط نهادهای فرهنگی، باید به‌عنوان اجماع عمومی مخالفت با جرم درک گردد که مقدم بر مشروعیت حکومتی دارای مقبولیت مردمی است و مجرم فردی است که یک ملت در برابر او موضع گرفته‌اند (بروکس، ۱۳۹۵، ص ۱۵۰).

بر حسب این تئوری در بستر تدابیر فرهنگی بر بزه و نه بزه‌کار، باید داغ‌نگ حک گردد تا بدون اینکه زشتی آن یک احساس‌گذرا تلقی گردد تبدیل به یک قضاوت نهائی دائمی گردد و آشکارا و به روشنی برانگیزاننده تنفر عمومی باشد. لذا از دید بیان‌گرایان، «واکنش اجزاء دستگاه عدالت کیفری و از جمله پلیس، صرفاً آخرین حلقه‌ی بیان‌قطعی ارزیابی اخلاق (عمومی) راجع به یک رفتار ذاتاً ناپسند در یک شیوه ساختار یافته است» (همان، ص ۱۶۵).

مقبول‌ترین دیدگاه در بیان‌گرایی، «نظریه ارتباطی واکنش قهری» است. بر حسب این دیدگاه واکنش قهری همزمان مستلزم تکوین دو تبیین اخلاقی بین جامعه و بزه‌کار است که رابطه تقابلی با یکدیگر دارند. در گام نخست جامعه از طریق نهادهای فرهنگی با یک نگرش اخلاقی جرم را تقبیح می‌نماید و در گام ثانویه جامعه هدف و یا «بزه‌کار با درک تقبیح عمومی جرم با اظهار پشیمانی با عموم ارتباط برقرار می‌نماید و بر درک عمومی از جرم صحه می‌گذارد و خود را با آن همراه می‌نماید» و این ارتباط دو سویه رکن اصلی اصلاح نیز محسوب می‌گردد (Duff, 2001, p.88) به‌هرحال

با تقویت هنجارهای کیفری از طریق مفاهیم اخلاقی، پلیس به‌عنوان یک دستگاه مدافع ارزشها، واجد یک رویکرد ارزشی می‌گردد. درواقع بیان‌گرایی با شیوه پیشگفته، باعث بالا رفتن هزینه‌های باطنی و وجدانی ارتکاب جرم می‌گردد و شخصی که به درک مزبور رسیده است در واقع یک عامل نظارت درونی قوی در ساختار وجودی خویش تعبیه نموده است که ارتکاب جرمی همانند بدپوششی را با گزندگی و سرزنش قوی درونی می‌نماید و متعاقباً ارتقاء حساسیت درونی نسبت به جرم موجب یک احساس تعلق پایدار و تسهیل‌کننده فرایند ارجاع به اجتماع می‌گردد و به تبع آن استفاده از ابزارهای قهری و سرکوبگر حقوق کیفری کاهش پیدا می‌کند. هزینه سنجی درونی ارتکاب جرم ناشی از عوامل مختلفی است. در حقوق کیفری عرفی به‌صورت کلی گفته می‌شود که دو عامل در تعیین هزینه‌های مترتب بر جرم نقش دارد: میزان صدمه و آسیب وارده و میزان قابلیت سرزنش (بکاریا، ۱۳۷۷، ص ۹۴) بر این اساس دادرسی کیفری برای ارزیابی میزان هزینه‌های درونی ارتکاب جرم هردو عامل (که تمهید آن بر عهده نهادهای فرهنگی و تربیتی است) را باید مورد لحاظ قرار دهد: فرد تا چه میزان از ارتکاب جرم احساس صدمه و آسیب درونی می‌نماید و تا چه سطحی به سرزنش و مواخذه خویش اقدام می‌نماید؟ هردو عامل متأثر و وابسته به کیفیت و نوع نظام اخلاقی است که فرد آن را پذیرفته است. اما اگر وی استعدادها و ظرفیت خود سازندگی خویش را در نتیجه فقدان بیان‌گراییهای فرهنگی مطلوب، نادیده گرفت و صرفاً «در نتیجه عوامل سخت بیرونی مجبور به اصلاح رفتار خویش گردد تا حدودی از حالت طبیعی خود فاصله گرفته است.» (هگتور زاگال، ۱۳۹۷، ص ۶) افرادی که فاقد ظرفیت اخلاقی برای اصلاح خود هستند شایستگی چندانی برای بهره‌مندی از تأسیساتی همانند مجازات‌های جایگزین حبس، عفو خصوصی، آزادی مشروط و... ندارند.

نتیجه

جستار حاضر در راستای تبیین موضوع مفروض تا حدودی نشان داده است که اولاً با بهره‌برداری از اخلاق به‌عنوان یکی از عناصر بنیادین سازنده اجتماع و انسان، سامانه‌های فرهنگی واجد یک رسالت معنوی و تعالی بخش در زمینه تزریق ادراکات مطلوب در همه حوزه‌ها و از جمله مقابله با بدپوششی می‌گردد و ثانیاً اخلاق‌مداری، باعث همراهی فعال و کنشگر مردم با انگیزه‌های تعالی اخلاقی در راستای التزام به مقرات پوشش می‌گردد و این دو موضوع باعث می‌گردد تا حجاب ناشی از عفاف یعنی «پوششی عقیفانه» و مرتبط با یک اقدام اخلاقی و ارادی باشد. از مجموعه این مباحث چنین برمی‌آید که ظاهراً نظام سیاست جنایی کشور، به‌علت ضعف سامانه‌های پشتیبان فرهنگی - تربیتی، از ظرفیت واقعی و حداکثری اخلاق (به‌عنوان عامل فعال سازی اراده بازسازگاری و اجتماع پذیری) برای تبیین و تقویت آن نهاد، همگام‌نمودن مردم با الزام‌های کیفری و حل چالش‌های فرارو بهره‌برداری نکرده است و پلیس را در کارزار مقابله با بدحجابی بدون اقتضائات پیشینی تنها رها نموده‌اند. در حالیکه اهمیت اخلاق‌مداری در راهبری سامانه‌های فرهنگی و به تبع آن مردم ناشی از این واقعیت است که انسان بعضاً از دریچه نگاه اخلاقی خود به ارزش‌های حاکم بر حقوق کیفری و مسئولیت‌های اجتماعی می‌نگرد و آنها را مورد پذیرش و یا رد قرار می‌دهد و بر اساس همان نگرش کنشگری‌های خود را تنظیم و هدایت می‌نماید. اما پیشگیری از بدپوششی در نتیجه نظام بینشی ترس یا نفرت و احساسات دو پهلو و مبهم، فاقد درون مایه انسانی لازم برای ایستایی در مواجهه با آن نوع هنجارشکنی است. لیکن (در صورتی که جرم‌انگاری در بستر اخلاق‌مداری متولد گردد) از طریق تقبیح اخلاقی، تمامی شخصیت انسانی در برابر جرم فراخوانی و سازماندهی می‌گردد. اگر معیار التزام فردی به قوانین، انحصاراً عوامل ظاهری، روبنایی و سطحی باشد (مثلاً رعایت

سرعت مجاز در رانندگی و یا رعایت حجاب به خاطر ترس از جریمه شدن)، افزون بر بالا رفتن هزینه‌های متنوع اجرای قوانین، این افراد هنوز در مسیر شکوفایی تام که متناسب با کرامت و شخصیت انسانی است قرار نگرفته‌اند. بلکه شخصیت تابعان قانون به میزان ارزش مادی مزبور (جریمه نقدی) که فرد در صدد حفظ آن است تنزل پیدا می‌نماید و این امر بر خلاف اقتضائات انسان‌گرایی است. هر چند که در مواجهه با بعضی از انسانها چاره‌ای جز توسل به کیفر نیست و این مهم در قرآن مورد تأیید قرار گرفته است^۱ در عین حال تئوری‌های کیفری عاری از درون مایه اخلاقی به علت ناچیز انگاری ادراکات انسانی در مدیریت رفتار اجتماعی، تنها قادر است به دنبال ناتوان سازی مجرمین بالفعل و بالقوه از طریق دیگر بازدارندگی باشد و کمترین توجه را به شیوه‌های توان مند سازی و خویش بازدارندگی آنها معطوف می‌دارد. در این بین ایجاد دگرگونی و پالایش در تلقی و درک افراد نسبت به رفتار مجرمانه با استفاده از ظرفیت‌های اخلاقی جامعه، مقدمه لازم هر گونه اصلاحی محسوب می‌گردد. تلقی جرم به عنوان یک شر اخلاقی و رفتاری که مقدم بر هر چیزی به انسجام شخصیتی مجرم آسیب حتمی وارد می‌نماید؛ یک نگرش مثبت و مبتنی بر نوعی انسان‌شناسی است که مرتکب را واجد نیروها و استعدادهای ناظر بر خویش - بازدارندگی نفسانی می‌داند که او را قادر می‌سازد به صورت فعال و کنش گر به دنبال انطباق خود با هنجارهای کیفری باشد. تلقی مزبور به عنوان یک مکمل ولی مقدم بر تلقی رایج از جرم وارد عمل می‌گردد و هر یک از نظام‌ها می‌تواند به گونه‌ای که متناسب با ماهیت نظام سیاسی و اجتماعی خود باشد از تلقی مزبور بهره ببرد. در فرایند «علم به تعارض جرم با ساختار شخصیت انسانی» که تابعان

۱. «وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفُتِنَتِ كُلُّ نَفْسٍ بِبُغْيِهَا وَلَاسِيئَةٌ لِلنَّاسِ بَدِينِهِ وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفُتِنَتِ كُلُّ نَفْسٍ بِبُغْيِهَا وَلَاسِيئَةٌ لِلنَّاسِ بَدِينِهِ وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفُتِنَتِ كُلُّ نَفْسٍ بِبُغْيِهَا وَلَاسِيئَةٌ لِلنَّاسِ بَدِينِهِ وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفُتِنَتِ كُلُّ نَفْسٍ بِبُغْيِهَا وَلَاسِيئَةٌ لِلنَّاسِ بَدِينِهِ» (حج: ۴۰).

حقوق کیفری رفتار مجرمانه را با نظام اخلاقی (هویت و جوهره خویش) در تعارض و تنافی آشتی ناپذیری ببیند به صورت تدریجی یک نظام درونی در افراد شکل می‌گیرد که همانند یک بازدارنده قوی و دائمی عمل می‌نماید و به تدریج محدوده توسل به تدابیر سرکوبگرانه تقلیل پیدا می‌کند. با این توضیحات مشخص می‌گردد که تحقق موضوع این نوشتار همچنین نیازمند بسترهای متنوع اخلاقی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی و حتی اقتصادی خاصی است و با توجه به گسترش مظاهر بدپوششی در جامعه به نظر می‌رسد که سامانه‌های فرهنگی تاکنون در ایفاء رسالت اجتماعی و دینی خود مبنی بر بازتولید محتوای اخلاقی که موجب نهادینه شدن التزام به پوشش در جامعه هدف گردد قصور و کوتاهی نموده است. لذا پیشنهاد این نوشتار آن است که با شیوه‌های مقتضی تدابیر گذشته سامانه‌های فرهنگی مورد آسیب‌شناسی واقع گشته و راهبرد تقبیح انگاری بدپوششی با استفاده از علوم و فنون نوین بشری به جد در دستور کار آنها واقع گردد. علاوه بر این پژوهشگران مختلف رشته‌های علوم انسانی تبیین علمی بسترهای مزبور را جزئی از رسالت خود قلمداد نمایند.

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

- آتابلا، میراندا و رودر یگز؛ سیاست جنائی چالش‌های نو راهکارهای کهنه؛ ترجمه محمد نسل؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷.
- استیون، ای بارکان؛ قانون و جامعه؛ ترجمه علی غلامی و دیگران؛ تهران: نشر دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۷.
- ایستون، هیکس؛ توضیح نپست مدرنیسم؛ شک‌آوری و سوسیالیسم از روسو تا فوکو؛ ترجمه خاطره سهرابی و فرزانه حسابی؛ تهران: نشر پژوهاک، ۱۳۹۱.
- بروکس، تام؛ مجازات؛ ترجمه محمدعلی کاظم‌نظری؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.
- بست، ژان میشل؛ جامعه‌شناسی جنایت؛ ترجمه وحیدا فرعون؛ مشهد: انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۷۲.
- بکاریا، سزار؛ رساله جرایم و مجازات‌ها؛ ترجمه محمدعلی اردبیلی؛ چ ۳، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۷.
- پرت، جان؛ مجازات و تمدن، تساهل و عدم تساهل کیفی در جامعه مدرن؛ ترجمه هانیه هژیرالساداتی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶.
- پیکا، ژرژ؛ جرم‌شناسی؛ ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی؛ چ ۴، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.
- تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد؛ تصنیف غررالحکم و دررالکلم؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۶.
- تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد؛ غررالحکم و دررالکلم؛ چ ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- حق‌نظری، محمدرضا و فریبا شایگان؛ «نقش مشارکت نهادهای مردمی در پیشگیری اجتماعی از جرم»، فصلنامه علمی پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی؛ سال یازدهم، ش ۴، زمستان ۱۳۹۵، ص ۳۳-۵۲.
- خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریرالوسیله؛ ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۹۲.
- عشایری، طاهّا، الهام عباسی، اکبر ذوالفقاری و فاطمه نامیان؛ «فراتحلیل تأثیر سرمایه اجتماعی بر گرایش به جرم»، فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۹، ص ۵۹-۸۲.
- عیوضی، محمدرحیم؛ «مفهوم‌شناسی فرهنگ به‌عنوان یک عضو پیوندی»، دانشگاه اسلامی؛ ش ۱، بهار ۱۳۸۷، ص ۲۵۵.
- کانت، امانوئل؛ بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق؛ ترجمه حمید عنایت و علی قصری؛ تهران: شرکت انتشارات خوارزمی، ۱۳۶۹.
- کنفیلد، جان وی؛ تاریخ فلسفه غرب؛ ترجمه یاسر خوشنویس؛ تهران: انتشارات حکمت، ۱۳۹۲.

- گارلند، دیوید؛ مجازات و جامعه مدرن؛ ترجمه نبی‌الله غلامی؛ تهران: میزان، ۱۳۹۵.
- لازرز، کریستین؛ درآمدی بر سیاست جنائی؛ ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی؛ چ ۱۰، تهران: میزان، ۱۴۰۱ ق.
- لیثی واسطی، علی‌بن‌محمد؛ عیون‌الحکم والمواعظ؛ قم: دارالحدیث، ۱۳۷۶.
- محمدی جورکویه، علی؛ «موضع سیاست جنائی اسلام در مسئله حجاب»، مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده؛ ش ۱۰، ۱۴۰۱ ش، ص ۱۱۱-۱۳۴
- مصطفوی، حسن؛ التحقیق فی کلمات القرآن‌الکریم؛ ج ۸، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
- مطهری، مرتضی؛ آشنایی با علوم انسانی؛ تهران: انتشارات همشهری، ۱۳۶۲.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و حمید هاشم‌بیگی؛ دانشنامه جرم‌شناسی؛ تهران: انتشارات دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۷۷.
- وینست، گریتیس؛ افسانه‌پردازی‌های دادگستری ترمیمی؛ ترجمه علی شجاعی؛ تهران: میزان، ۱۳۹۸.
- R.A. Duff; Towards a Theory of Criminal Law?; *Proceeding of the Aristotelian Society: Supplementary Vol LXXXIV*, 2010, pp.1-25 -



A Comparative Study of the Governing Law on Intermediated Securities in the Legal Systems of Iran, England, and the United States

Jaber Esmailzadeh

Department of Private Law, Zanjan Branch, Islamic Azad University, Zanjan, Iran.
Email: jabersmaelzadeh@yahoo.com

Nejadali Almasi* (Corresponding Author)

Department of Private Law, Zanjan Branch, Islamic Azad University, Zanjan, Iran.
Email: nalmasi@ut.ac.ir

Rabia Eskini

Department of Private Law, Zanjan Branch, Islamic Azad University, Zanjan, Iran.
Email: dreskini@inbox.com

Ali-Akbar Izadi-Fard

Department of Private Law, Zanjan Branch, Islamic Azad University, Zanjan, Iran.
Email: ali85akbar@yahoo.com



Use your device to scan and read the article online

Citation Esmailzadeh, J., Almasi, N., Eskini, R., Izadi-Fard, A.A (2025). A Comparative Study of the Governing Law on Intermediated Securities in the Legal Systems of Iran, England, and the United States. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (87): 205-230.

 [10.22034/ilaw.2024.713258](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.713258)

Received: 15 September 2022 , Accepted: 15 January 2024

Abstract

The increasing development of securities has created new issues in this field. One of these issues is the emergence of intermediary securities. Unlike direct securities, these securities are not directly invested by the investor in the issuer's contract. In this method, the intermediary person buys the securities of the issuer and confiscates it, and transfers the rights arising from these confiscated securities to the investor. Although Iran, unlike countries such as the United States and United Kingdom, has not formally provided for these securities in its laws, but in Iran, according to Islamic law, securities are provided under the title of sukuk securities, which are very similar to intermediary securities. . The increasing development of intermediate securities and the global nature of these securities and risks such as the issuer's bankruptcy, double the need to review the law governing these securities. In the United Kingdom, due to the lack of clear rights arising from intermediate securities and the impossibility of determining the location of the property to determine the law governing securities (including intermediate securities), the law is valid if the said securities are registered in that country. In the United States, the law will be enforced if the parties to the contract govern their contract, but if the parties do not agree, the jurisdiction of the mediator will be competent. The jurisdiction of a securities broker is also the area in which the office of the CEO of a securities broker is located. Unfortunately, there is no specific provision in Iranian law regarding the conflict of laws on securities. Therefore, the Iranian legislature tends to impose its national laws on foreign persons in the field of conflict of securities laws, especially intermediate securities.

Keywords

Intermediary Securities, Sukuk, Issuer, Indirect Ownership, Law Governing.



Extended Abstract:

1. Introduction

The rapid evolution of financial markets has catalyzed the emergence of complex investment instruments, most notably intermediated securities. Unlike traditional direct holding systems where investors maintain a direct contractual relationship with the issuer, the modern landscape increasingly relies on indirect ownership. In an intermediated system, securities are held through a chain of financial institutions, such as banks, brokers, and central depositories, where the intermediary holds the primary asset and credits the investor's account with the corresponding rights. This systemic shift was largely driven by the "paper crisis," where the physical handling of certificates became untenable for high-volume, high-speed global trading.

The core challenge of this system lies in the conflict of laws. Because these securities are often electronic, fungible, and traded across borders, determining their legal "location" (*lex situs*) to establish the governing law is fraught with difficulty. This determination is critical for managing risks such as issuer bankruptcy, the insolvency of intermediaries, and the enforcement of proprietary rights. This study provides a comparative analysis of how the United States, England, and Iran address the governing law for these instruments, highlighting the legal gaps in the Iranian framework compared to the more established systems in the West.

2. Research Methodology

This research utilizes a comparative legal analysis to examine the statutory frameworks, judicial precedents, and international conventions governing intermediated securities in three distinct jurisdictions: the United States, England, and Iran. The study analyzes the Uniform Commercial Code (UCC) in the U.S., common law and post-Brexit regulatory shifts in England, and the Securities Market Law and Civil Code in Iran. Furthermore, it integrates international standards, such as the Hague Securities Convention and the Geneva Securities Convention, to evaluate how national laws align with global trends in private international law. The methodology focuses on identifying the criteria used to determine the governing law, such as party autonomy and the intermediary's location.

3. Research Findings

The United States: A Pioneer in Indirect Holding

The U.S. legal system is considered a leader in regulating intermediated se-

curities, primarily through Article 8 of the Uniform Commercial Code (UCC). The U.S. approach is characterized by the principle of party autonomy, allowing parties to explicitly choose the law governing their transactions, provided there is a “reasonable connection” to the chosen jurisdiction.

In the absence of an express agreement, the UCC designates the “intermediary’s jurisdiction” as the default governing law. This jurisdiction is typically defined as the location of the intermediary’s chief executive office. This framework ensures legal certainty by focusing on the entity maintaining the account rather than the elusive physical location of the security itself.

England: Complexity and International Convergence

The English legal system initially struggled with the nature of securities, often debating whether they constituted rights in rem (property) or rights in personam (contractual debt). Currently, English courts often categorize securities as “choses in action” or debt-based assets. Regarding the conflict of laws, England traditionally applied various theories, including the law of the owner’s domicile or the law of the place of the legal act.

Following Brexit, England is no longer bound by the EU’s Rome I Regulation, but it continues to engage with the Hague International Conference on Private International Law. The English framework for determining governing law is segmented:

1. Proprietary issues (rights against third parties) are generally governed by the law of the country where the intermediary is located.
2. Insolvency matters involve a combination of the intermediary’s local law and the law of the court’s seat.
3. Contractual relations between the investor and intermediary are governed by the law applicable to the account agreement.

Iran: Legislative Gaps and the Role of Sukuk

Iran lacks specific statutory provisions regarding the conflict of laws for intermediated securities. While the Securities Market Law of 2005 defines securities broadly to include electronic documents, it does not explicitly regulate the “intermediated” model found in Western systems. Instead, Iran utilizes Sukuk (Islamic securities), which share similarities with intermediated securities but possess distinct legal characteristics.

In Sukuk, the holder typically owns a fractional share of a tangible underlying asset or its usufruct, making it more akin to a title deed than a fungible electronic credit. Unlike intermediated securities in the U.S. or UK, where the investor only owns the “rights” to the asset held by an intermediary, Sukuk holders

are often considered physical possessors of the rights to the base asset, although they cannot partition it.

In terms of governing law, Iranian courts tend to impose national laws on foreign entities, often relying on Article 968 of the Civil Code,. While some scholars argue this article allows for party autonomy, its literal phrasing often leads to the mandatory application of the law of the place where the contract was concluded (*lex loci contractus*). Furthermore, Article 139 of the Constitution creates significant hurdles for international arbitration involving public or state-owned property, which discourages foreign investment in Iranian intermediated instruments.

4. Conclusion

The global nature of capital markets necessitates a clear and predictable framework for determining the law applicable to intermediated securities. The United States and England have developed sophisticated systems that prioritize party autonomy and the location of the intermediary to resolve conflicts of law.

In contrast, Iran's legal framework remains domestic-centric and lacks the specific provisions needed to handle the complexities of cross-border intermediated transactions,. While Sukuk serves as a functional equivalent in the Islamic context, the lack of transparency in indirect ownership and the constitutional restrictions on arbitration remain significant barriers,. For Iran to successfully integrate into the global financial market, it is essential to adopt specialized conflict of law rules that align with international conventions, such as the Hague or Geneva standards, thereby moving away from the rigid application of national law toward a system that respects the international character of modern securities.

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.



بررسی قانون حاکم بر اوراق بهادار واسطه‌ای

در نظام‌های حقوقی ایران، انگلیس و امریکا

جابر اسماعیل زاده

گروه حقوق خصوصی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران
Email: jabersmaelzadeh@yahoo.com
نجداعلی الماسی* (نویسنده مسئول)

گروه حقوق خصوصی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران.
Email: nalmasi@ut.ac.ir

ربیعا اسکینی

گروه حقوق خصوصی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران.
Email: dreskini@inbox.com

علی اکبر ایزدی فرد

گروه حقوق خصوصی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران.
Email: ali85akbar@yahoo.com



استناد اسماعیل زاده، جابر؛ الماسی، نجداعلی؛ اسکینی، ربیعا؛ ایزدی فرد، علی اکبر (۱۴۰۴). بررسی قانون حاکم بر اوراق بهادار واسطه‌ای در نظام‌های حقوقی ایران، انگلیس و امریکا. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۷): ۱۹۸-۱۷۳

doi 10.22034/ilaw.2024.713258

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۲۴، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۵

چکیده

توسعه روزافزون اوراق بهادار باعث ایجاد مباحث نوینی در این زمینه گردیده است. یکی از این مسائل، ظهور اوراق بهادار واسطه‌ای است. در این نوع از اوراق، برخلاف اوراق بهادار مستقیم، سرمایه‌گذار به نحو مستقیم طرف قرارداد با ناشر قرار نمی‌گیرد. در این روش شخص واسطی اقدام به خرید اوراق بهادار ناشر و حبس کردن آن نموده و حقوق ناشی از این اوراق حبس شده را به سرمایه‌گذار منتقل می‌نماید. هرچند ایران برخلاف کشورهایی همچون امریکا و انگلیس این اوراق را به صورت رسمی در قوانین خود پیش بینی ننموده است، اما در ایران و باتوجه به شریعت اسلام، اوراقی تحت عنوان اوراق صکوک پیش بینی گردیده است که شباهت فراوانی با اوراق بهادار واسطه‌ای دارد. توسعه روزافزون اوراق بهادار واسطه‌ای و ویژگی جهانی بودن این اوراق و ریسک‌هایی همچون ورشکستگی ناشر، ضرورت بررسی قانون حاکم بر این اوراق را دوچندان می‌نماید. در انگلستان نیز به دلیل مشهود نبودن حقوق ناشی از اوراق بهادار واسطه‌ای و عدم امکان تعیین محل وقوع مال برای تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار (از جمله اوراق بهادار واسطه‌ای) قانونی را حاکم می‌دانند که اوراق مذکور در آن کشور ثبت گردیده باشند. در امریکا، در صورتی که طرفین قانونی را بر قرارداد خود حاکم نمایند، قانون مذکور اجرا خواهد شد اما در صورتی که طرفین توافقی در این زمینه ننمایند، حوزه قضایی شخص واسطه صالح خواهد بود. حوزه قضایی شخص واسطه اوراق بهادار نیز حوزه‌ای است که دفتر مدیر عامل واسطه اوراق بهادار، در آن واقع شده است. متأسفانه در زمینه تعارض قوانین در مورد اوراق بهادار به طور مشخص، در قوانین ایران مقررهای وجود ندارد؛ بنابراین قانونگذار



ایرانی تمایل دارد در زمینه تعارض قوانین اوراق بهادار بالأخص اوراق بهادار واسطه‌ای، قوانین ملی خود را به اشخاص خارجی تحمیل نماید.

واژگان کلیدی

اوراق بهادار واسطه‌ای، صکوک، ناشر، مالکیت غیرمستقیم، قانون حاکم.

مقدمه

یکی از دستاوردهای دنیای مدرن در عرصه اموال، ظهور و توسعه اوراق بهادار است. با توجه به توسعه روزافزون این اوراق مسائل مختلفی پیرامون این اوراق مطرح می‌شود. یکی از موضوعات قابل بررسی در این زمینه تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار واسطه‌ای است. با این توضیح که اوراق بهادار را در یک دسته بندی کلی می‌توان به اوراق بهادار واسطه‌ای و اوراق مستقیم تقسیم نمود. منظور از اوراق بهادار واسطه‌ای اوراقی است که اعتبار آنها به حساب متعلق به یک واسطه منتقل شده است. ویژگی اصلی این گونه اسناد این است که واسطه صرفاً حق نگه داری و حبس این اسناد را دارد، بدون اینکه واسطه دارای نفعی نسبت به این اوراق باشد. در واقع اوراق بهادار واسطه‌ای زمینه سرمایه‌گذاری را تسهیل نموده است. به عبارت دیگر در حال حاضر، سرمایه‌گذاران از طریق ورودی‌های اعتباری رایانه‌ای، زنجیره‌ای از مؤسسات مالی مانند بانک‌ها، سیستم عامل‌های سرمایه‌گذاری و کارگزاران (واسطه‌ها) صاحب اوراق بهادار می‌شوند. این سیستم اوراق بهادار واسطه باعث شده است که تجارت به‌طور چشمگیری سریعتر، ارزان‌تر و راحت‌تر انجام شود.

گسترش روزافزون تکنولوژی باعث شده است که اوراق واسطه‌ای هر روز با اقبال بیشتری مواجه شود. نکته قابل توجه در زمینه اوراق بهادار واسطه‌ای تبیین ماهیت این اوراق و تعیین قانون حاکم بر این اوراق است. با توجه به اینکه اوراق بهادار واسطه‌ای در نظام حقوقی امریکا پذیرفته شده است و این کشور در این زمینه پیشگام است به همین دلیل در این مقاله به بررسی ماهیت و تبیین قانون حاکم بر اوراق بهادار واسطه‌ای در این کشور خواهیم پرداخت. همچنین

باتوجه به وجود برخی از اسناد در انگلیس در این زمینه، انگلیس و در نهایت حقوق ایران نیز از این منظر مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. مفهوم اوراق بهادار واسطه‌ای

بر اساس بند ۲۴ ماده ۱ قانون قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ اوراق بهادار: «هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد. شورا، اوراق بهادار قابل معامله را تعیین و اعلام خواهد کرد. مفهوم ابزار مالی و اوراق بهادار در متن این قانون، معادل هم در نظر گرفته شده است» بر اساس این تعریف، اوراق بهادار اعم از «ورقه» یا «مستند» است. «منظور قانونگذار از مستند نیز اوراقی است که در مقابل ورقه کاغذی (Physical Certificate) قرار داشته و جنبه غیرکاغذی و الکترونیکی اوراق بهادار مد نظر بوده است» (باقری و شوشی نسب، ۱۳۹۲، ص ۸۳). «براین اساس اوراق بهادار، اسناد مثلی هستند که به وسیله شرکت‌ها، دولت‌ها، سازمان‌های خصوصی و عمومی بین‌المللی به منظور تأمین مالی برای اجرایی شدن، پروژه‌های خصوصی و عمومی بین‌المللی به منظور تأمین مالی برای اجرایی شدن پروژه‌ها و یا تجارت منتشر می‌شوند. این اوراق به کاهش هزینه مالی ناشران کمک می‌کند» (Micheler, 2009, p.13).

بخش (a) ۲ قانون اوراق بهادار امریکا (Securities Act of 1933) که در سال ۱۹۳۳ میلادی به تصویب رسید در مبحث تعاریف آمده است: «عبارت ورقه بهادار به معنای هرگونه نوشته سهام، سهام خزانه، یا به‌طور کلی هرگونه منفعت یا ابزاری که عموماً به عنوان ورقه بهادار شناخته می‌شود»^۱. هرچند سابقاً اوراق بهادار مستقیماً توسط سرمایه‌گذار نگهداری می‌شد، اما در حال حاضر بسیاری از اوراق بهادار از طریق واسطه نگهداری می‌شود.

1. [http://www.govinfo.gov/gcomp/sec/securities act of 1933. xml-GovInfo \(1401/11/06\)](http://www.govinfo.gov/gcomp/sec/securities act of 1933. xml-GovInfo (1401/11/06)).

بر همین اساس یکی از اقسام اوراق بهادار که به نحو فزاینده در حال توسعه و پیشرفت می‌باشد، اوراق بهادار واسطه‌ای می‌باشد. در تعریف اوراق بهادار واسطه‌ای می‌توان بیان نمود که «اوراق بهادار واسطه‌ای، اساساً، اوراق بدهی و حقوق صاحبان سهام متعلق به یک سرمایه‌گذار است که از طریق واسطه یا مجموعه‌ای از واسطه‌ها برای آنها نگهداری می‌شود» (Moffatt, 2018, p. 57). براین اساس اوراق بهادار واسطه از طریق زنجیره‌ای از اشخاص ثالث نگهداری می‌شوند، که هر یک از آنها رابطه قانونی متفاوت با دارایی اصلی دارند. در حقیقت با پیشرفت بازارهای سرمایه و افزایش تعداد اوراق بهادار که به صورت سنتی در شکل کاغذی بودند، دیگر این اوراق از سوی سرمایه‌گذاران اعم از سهامداران یا دارندگان اوراق بهادار قابل نگهداری نبود و امکان جابه‌جایی و دادوستد آنها در معاملات با حجم بالا و با سرعت زیاد، بسیار دشوار بود. پس از این بحران کاغذی که به ایجاد وقفه در عملکرد بازارهای اوراق بهادار منجر شد، سیستم اوراق بهادار الکترونیکی به شکل یک سیستم ثبت سراسری که در آن توقیف و تسویه اوراق بهادار از طریق زنجیره واسطه‌ها و به‌طور غیرمستقیم صورت می‌گیرد، ظاهر شد (Jo-hansson, 2009, p. 139). به همین دلیل در سیستم حقوقی برخی کشورها نوع جدیدی از مالکیت اوراق بهادار با نام اوراق بهادار واسطه‌ای شناخته شد که نهادی بین مالکیت این اوراق و اختیار نگهداری و اداره آنهاست. در این سیستم، دیگر رابطه مستقیم بین ناشر و سرمایه‌گذاران وجود ندارد، بلکه ماهیت آن عبارتست از: رابطه مستقیم سرمایه‌گذار با شرکت سپرده‌گذاری یا کارگزاران و رابطه غیرمستقیم سرمایه‌گذار با ناشر. در این سیستم، نهاد واسطه؛ مالک اسمی اوراق بهادار، شده، اوراق از تملک او خارج نمی‌شود؛ بنابراین نوع جدیدی از مالکیت در حوزه اوراق بهادار پایه‌گذاری شده است که در آن سرمایه‌گذار اوراق را در تصرف نداشته و صرفاً مالک حقوق ناشی از آنها از جمله حق رأی و حق سود است. سوئیس و آمریکا از جمله

کشورهایی هستند که این نوع مالکیت جدید را به رسمیت شناخته‌اند (Garcimartin, 2006, pp3-4) از این مالکیت جدید با عنوان مالکیت غیرمستقیم اوراق بهادار یا اوراق بهادار واسطه‌ای نیز یاد می‌شود. در سیستم مالکیت غیرمستقیم، واسطه و ازجمله شرکتهای سپرده‌گذاری نقشی فراتر از امین ایفا کرده، علاوه بر تصرف مادی اوراق بهادار و نگهداری آنها، خود نیز نوعی مالکیت نسبت به این اوراق پیدا می‌کنند. البته در این نوع مالکیت که مبنای آن تملک و نگهداری اوراق بهادار ازسوی واسطه هاست، مالکیت واسطه در معنای حقیقی خود مصداق ندارد و منظور از «مالکیت واسطه»، عدم قابلیت نقل و انتقال مادی آنها توسط سهامداران است. در این سیستم به جای «مالکیت» از واژه نگهداری (Holding) استفاده می‌شود، اما مفهوم آن فراتر از امانت بوده، به نوعی حق مالکیت واسطه نزدیک می‌شود؛^۱ چراکه مورد امانت باید به مودع بازگردانده شود، اما در این مورد اوراق الکترونیکی برای همیشه در حساب واسطه «حبس» شده، به ثالث تحویل داده نمی‌شود و سهامدار تنها می‌تواند از مزایای آن از قبیل حق دریافت سود استفاده کند. «ساز و کار اوراق بهادار واسطه‌ای در نظام حقوقی امریکا این گونه است که، سهام منتشر شده ازسوی همه شرکت‌ها تحت مالکیت «سیدانکو»

۱. تفاوت هلدینگ (Holding) با مالکیت (Ownership) این است که در هلدینگ، نگهدارنده و متصرف مال، مالک تمام عبار آن نمی‌شود، ولی بسیاری از آثار مالکیت را دارد. طیف هلدینگ شامل تصرف، تسویه و برخی عملیات مربوط به مالکیت است و صرفاً نوعی «اثر مالکیت» را برای دارنده آن ایجاد می‌کند، نه مالکیت کامل را؛ درحالیکه مالکیت، طیف وسیع‌تری داشته و مالک واقعی، حق انتقال عین، هبه، ازدست دادن، ازبین بردن و... اموال متعلق به خود را داراست؛ بنابراین از آنجا که در هلدینگ غیرمستقیم (Holding Indirect) دارنده حق، چنین اختیاراتی را ندارد و در حقیقت، در عین داشتن برخی از اختیارات مالک واقعی، اختیاراتش محدودتر از مالک واقعی است. در اینجا ما از هلدینگ غیرمستقیم به مسامحه با عنوان «مالکیت غیرمستقیم» یاد کرده‌ایم (برای درک بهتر مطلب، ر.ک: Hubert de Vauplane, Directeur Juridique et Conformite, Company law and the Geneva Convention: Point of contention, Group General Counsel, Credit Agricole, 2010, p.4).

(Cede & Co)^۱ به عنوان مالک اسمی سهم (Nominee) قرار می گیرد. شرکت «دی تی سی» (DTC Depository Trust Company)^۲ به عنوان شرکت مادر، اقدام به افتتاح حساب های جداگانه برای مشتریان نموده و سپس امتیاز استفاده از حق مالکیت اوراق بهادار را برای هر مشتری به میزان سهام خریداری شده اختصاص می دهد» (Thévenoz, 2010, p.847) این اقدام که در نتیجه توسعه و پیشرفت بازارهای مالی و افزایش تعداد اوراق بهادار به صورت سنتی در شکل کاغذی و مشکلات ناشی از حمل و جابجایی اوراق کاغذی، صورت گرفت، منتج به ایجاد نوعی از مالکیت جدید اوراق بهادار گردید. (Johansson, 2009, p.139) نظام حقوقی امریکا این نوع از مالکیت غیرمستقیم (اوراق بهادار واسطه ای) را به رسمیت شناخت. در این کشور نگه داری اوراق بهادار توسط واسطه ها به دو صورت انجام می شود. در روش اول، واسطه، خود مالک سهام می باشد، در حالی که در روش دوم واسطه هیچ حقی نسبت به اوراق ندارد، بلکه صرفاً نگه دارنده است.

«در نظام حقوقی انگلیس نیز در صورتی که شخص، روش سرمایه گذاری غیرمستقیم (اوراق بهادار واسطه ای) را انتخاب نماید (بر خلاف مالکیت مستقیم) سهامدار شرکت تلقی نگردیده و هیچ گونه رابطه مستقیمی با شرکت نخواهد داشت، بلکه از طریق واسطه ای مانند کارگزار اقدام به سرمایه گذاری نموده و بر این اساس سرمایه گذار صرفاً در سودآوری شرکت سهیم خواهد بود» (Law Commision, 2020, p.5)، بر این اساس سرمایه گذار حق

۱. Cede and Company «سیدانکو» مخفف گواهی سپرده گذاری، یک مؤسسه مالی تخصصی در ایالات متحده امریکا است که انتقال گواهی سهام را از طرف Depository Trust Company «شرکت سپرده گذاری مرکزی اوراق بهادار» پردازش می کند. این سپرده گذاری مرکزی اوراق بهادار در سیستم بازار مالی ایالات متحده که شامل بورس نیویورک و نزدک است مورد استفاده قرار می گیرد. این مؤسسه از نظر فنی مالک تمام سهام منتشر شده عمومی در ایالات متحده است؛ بنابراین سرمایه گذاران خودشان مالکیت مستقیم در سهام ندارند بلکه حقوق قراردادی دارند که بخشی از زنجیره حقوق قراردادی مربوط به Cede «سیدانکو» است.

۲. Depository Trust Company در سال ۱۹۷۳ میلادی تاسیس شد. یک شرکت نیویورکی است که وظایف یک سپرده گذاری مرکزی اوراق بهادار را به عنوان بخشی از سیستم بازار مالی ایالات متحده انجام می دهد. این شرکت سالانه تراکش هایی به ارزش صدها تریلیون دلار تسویه می کند.

شرکت در جلسات شرکت و یا کسب اطلاعات از شرکت را نخواهد داشت. «در نظام حقوقی ایران یکی از اوراق بهادار قابل معامله‌ای که سابقاً مورد استفاده واقع می‌شد، اوراق قرضه بود. پس از انقلاب مقررات اوراق قرضه طبق نظریه شماره ۱۳۵۱۸/۲۰/۳۰/۸۵ مورخه ۱۳۵۸/۱۱/۲۸ شورای نگهبان غیر شرعی اعلام شد. با غیر شرعی اعلام شدن اوراق قرضه، اوراق دیگری تحت عنوان اوراق مشارکت^۱ جایگزین این اوراق گردید. با تصویب قانون بازار اوراق بهادار در سال‌های ۱۳۸۴ و ۱۳۸۸، بستر قانونی لازم برای طراحی و انتشار انواع گوناگون اوراق بهادار ایجاد گردید» (موسویان و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۱۱۷). «در همین راستا اوراقی تحت عنوان صکوک^۲ مطرح گردیده و مورد استفاده قرار گرفته شده است، که نوعی اوراق بهادار اسلامی محسوب می‌شود» (توحیدی و یارمحمدی، ۱۳۹۸، ص ۴۱) «بر اساس تعدادی از این اوراق بهادار صکوک، از جمله اوراق اجاره، اوراق مضاربه، اوراق مزارعه و اوراق مساقات دارندگان این اوراق در سود پروژه‌های بزرگ و درآمد حاصل از آن سهم می‌باشند، البته در برخی دیگر از صکوک شامل اوراق مرابحه سرمایه‌گذار بدون سهم شدن و شراکت از سود مشخصی بهره مند می‌گردد براین اساس بر خلاف اوراق قرضه که صرفاً گواهی تعهد بدهی است، صکوک نشان‌دهنده مالکیت یک دارایی مشخص برای دارنده اوراق

۱. برای نخستین بار در بند "ب" تبصره ۸۵ قانون برنامه پنج ساله دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۳، اوراق مشارکت به شرح زیر تعریف گردید: «اوراق مشارکت، اوراق بهاداری است که به قیمت اسمی مشخصی منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های زیر بنایی، تولیدی و ساختمانی را دارند به فروش می‌رسد. خریداران این اوراق به نسبت قیمت اسمی در سود حاصل از اجرای طرح مزبور شریک خواهند شد». قانون نحوه انتشار اوراق مشارکت تلاش نمود تا تعریف کامل تری را به دست دهد. به موجب ماده ۲ آن قانون، اوراق مشارکت چنین تعریف شده است:

«اوراق مشارکت، اوراق بهادار بانام و بی نام است که به موجب این قانون به قیمت اسمی مشخص برای مدت معین منتشر می‌شود و به سرمایه‌گذارانی که قصد مشارکت در اجرای طرح‌های موضوع ماده ۱ را دارند واگذار میگردد. دارندگان اوراق به نسبت قیمت اسمی و مدت زمان مشارکت در سود حاصل از اجرای طرح مربوط شریک خواهند بود».

۲. واژه صکوک برای اولین بار در سال ۲۰۰۲ در جلسه فقهی بانک توسعه اسلامی برای اوراق بهادار اسلامی پیشنهاد شد (ر.ک: موسویان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۴۳۷).

است» (احمدی حاجی آبادی، ۱۳۸۶، ص ۹۸) اوراق صکوک را از منظرهای متفاوتی از جمله بر مبنای قراردادها و عقودی که اوراق بر مبنای آن منتشر می شود می توان تقسیم بندی نمود.

استاندارد شرعی شماره ۱۷ سازمان حسابداری و حسابرسی نهادهای مالی اسلامی، صکوک را این گونه تعریف نموده است: «صکوک گواهی هایی با ارزش اسمی یکسان است که پس از اتمام عملیات پذیره نویسی، بیانگر پرداخت مبلغ اسمی مندرج در آن توسط خریدار به ناشر است و دارنده آن مالک یک مجموعه یا مجموعه هایی از دارایی ها، منافع حاصل از دارایی و یا ذینفع در یک پروژه یا یک فعالیت سرمایه گذاری خاص است».

«باید توجه نمود که هرچند در نگاه اول، اوراق بهادار واسطه ای شباهت زیادی با صکوک دارد، اما باید دقت نمود که در اوراق واسطه ای حق تصرف در اوراق را نداشته و صرفا مالک منافع اوراق بهادار (از جمله دریافت سود) قلمداد می گردد و نهاد واسطه نگه دارنده اوراق به صورت الکترونیکی است، اما در اوراق صکوک، دارندگان این اوراق، اوراق مذکور را به صورت فیزیکی در اختیار دارند، هرچند حق تصرف در دارایی پایه و یا افراز آن را ندارند» (باقری و شوشی نسب، ۱۳۹۲، ص ۹۵) از سوی دیگر نگارنده بر این باور است دارایی هایی که در صکوک و در ایران معامله می شوند باید اسلامی باشند و تبعا اگر در مرحله صدور یا انتقال ان تعارض قوانین رخ دهد، دادگاه صلاحیتدار ایرانی جهت حل تعارض می بایست به قواعد عام حل تعارض که در قانون مدنی و قانون تجارت پیش بینی شده است مراجعه نماید، بالعکس در زمینه اوراق بهادار واسطه ای اگر در مرحله صدور یا انتقال ان تعارض قوانین رخ دهد این نوع اوراق تابع کنواسیون حقوق بین الملل خصوصی لاهه (The Hague Conventions on Private

Geneva Securities) و کنوانسیون اوراق بهادار ژنو (International Law Convention)^۲ است که تدابیر ویژه‌ای جهت حل مسئله تعارض قوانین در این دو سند بین‌المللی پیش بینی شده است. تفاوت دیگری که بین اوراق بهادار واسطه‌ای با صکوک اسلامی وجود دارد اینست که در اوراق بهادار واسطه‌ای که دارای سیستم مالکیت غیرمستقیم است شفافیت موضوع معامله پس از انجام معاملات با دشواری مواجه می‌شود (Kouretas, 2012, p.1) این در حالیست که در خصوص صکوک اسلامی چنین مشکلی مصداق ندارد چراکه فروشنده ورقه صکوک در حقیقت بخشی مشاع از دارایی پایه - نظیر بخشی مشاع از هواپیمای اجاره داده شده در صکوک اجاره - و نه یک دارایی مثلی نظیر ورقه بهادار که در سیستم مالکیت غیرمستقیم فی نفسه یک بسته حقوق مالکیت به شمار آمده و دارای ارزشی مستقل است را واگذار می‌کند؛ بنابراین در این مورد مشکل مربوط به تعیین موضوع قرارداد بروز نمی‌کند زیرا صکوک به لحاظ تئوریک بیشتر شبیه به سند مالکیت است تا ورقه بهادار که یک مال مثلی به شمرده می‌شود (Johansson, op.cit, p.178) باید توجه نمود که اوراق بهادار واسطه‌ای با نهاد واسطه‌ای متفاوت می‌باشد و باید بین این دو تفکیک قائل شد. نهاد واسطه طبق تعریف بند د ماده ۱ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید چنین تعریف شده است: «یکی از نهادهای مالی موضوع قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران است

۱. کنفرانس لاهه در مورد حقوق بین‌الملل خصوصی (HCCH) یک سازمان بین دولتی در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی (همچنین به عنوان تعارض قوانین شناخته می‌شود) است که چندین کنوانسیون بین‌المللی، پروتکل‌ها و اسناد حقوقی نرم را مدیریت می‌کند. کنفرانس لاهه برای اولین بار توسط توبیاس آسر در سال ۱۸۹۳ در لاهه تشکیل شد. در سال ۱۹۱۱، آسر جایزه صلح نوبل را به خاطر فعالیت‌هایش در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی دریافت کرد. پس از جنگ جهانی دوم، کنفرانس لاهه به عنوان یک سازمان بین‌المللی تأسیس شد.

۲. کنوانسیون یونی‌درویت (Unidroit) در مورد اوراق بهادار واسطه‌ای که به عنوان کنوانسیون اوراق بهادار ژنو نیز شناخته می‌شود، در ۹ اکتبر ۲۰۰۹ به تصویب رسید. این کنوانسیون تنها توسط یکی از ۴۰ کشور مذاکره کننده (بنگلادش) امضا شده است، اما لازم‌الاجرا نشده است. تفسیر رسمی در سال ۲۰۱۲ منتشر شد این کنوانسیون که تحت نظارت مؤسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی (Unidroit) به تصویب رسید مکمل «کنوانسیون اوراق بهادار لاهه» است که در ۱۷ ژانویه ۲۰۰۲ توسط کنفرانس لاهه در مورد حقوق بین‌الملل خصوصی تصویب شد که در سال ۲۰۱۷ لازم‌الاجرا شد.

که می‌تواند با انجام معاملات موضوع عقود اسلامی نسبت به تأمین مالی از طریق انتشار اوراق بهادار اقدام نماید» این تعریف در بردارنده موضوع نهاد واسطه است که در اساسنامه این نهاد بیان گردیده است. نهاد واسطه به‌عنوان عامل انتشار انواع اوراق بهادار اسلامی یا همان صکوک تنها نهادی است که می‌تواند اوراق بهادار منتشر نماید. شخص بانی که قصد دارد به منظور تأمین مالی خویش اوراق بهادار منتشر نماید بر اساس ماده ۳ دستور العمل انتشار اوراق اجاره، باید تنها از طریق نهاد واسطه به امر انتشار اوراق اقدام نماید. ماده یک کنوانسیون اوراق بهادار لاهه نیز «واسطه» یا نهاد واسطه را این‌گونه تعریف نموده است: "واسطه به شخصی اطلاق می‌شود که در جریان یک تجارت یا سایر فعالیت‌های معمولی، حساب‌های اوراق بهادار را برای دیگران، یا هردو، برای دیگران و به حساب خود نگه می‌دارد و در آن سمت عمل می‌کند". ولی اوراق بهادار واسطه‌ای اوراقی است که اعتبار آنها به حساب متعلق به یک واسطه منتقل شده است.

۲. تعیین قانون حاکم بر تعارض قوانین در اوراق بهادار واسطه‌ای در حقوق انگلیس

«یکی از ویژگی‌های ذاتی اوراق بهادار واسطه‌ای جهانی بودن این اوراق است. با این توضیح که به ندرت پیش می‌آید که تمام طرفین اوراق بهادار واسطه‌ای در حوزه قضایی یک کشور مستقر باشند» (Moffatt, 2018, p.57). همین ویژگی ذاتی، اهمیت تبیین قواعد ذاتی در این حوزه را دوچندان می‌نماید. کنوانسیون رم ۱۹۸۰ در ماده ی ۳ اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را به رسمیت شناخته است، این اصل در سطح بین‌المللی نیز به رسمیت شناخته شده است. مطابق این اصل متعاقبین می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را به‌طور صریح یا ضمنی انتخاب نمایند. لذا ممکن است منجر به اعمال قانون هر کشوری (حتی اگر آن کشور عضو کنوانسیون

نباشد) بشود. براین اساس و باتوجه به پیشتازبودن نظام حقوقی انگلستان در زمینه قوانین ناظر بر اوراق بهادار واسطه‌ای، در غالب موارد در سطح جهانی، بسیاری از کشورهای اسلامی از قانون انگلستان به‌عنوان قانون حاکم و دادگاه انگلستان به‌عنوان محاکم صالح و مرجع حل اختلاف استفاده می‌نمایند» (فهیمی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۳۰۸) «برای مثال در پرونده مربوط به جنرال الکترونیک کپیتال (GE Capital Sukuk) در سال ۲۰۰۹م، به جز ضمانت نامه که قانون ایالت نیویورک به‌عنوان قانون حاکم تعیین شده بود، قانون انگلیس به‌عنوان قانون حاکم بر معاملات صکوک مذکور تعیین گردید. علاوه بر این در پرونده مشهور گلدمن ساکس، قراردادهای پایه صکوک مذکور به ترتیب بر اساس قانون انگلستان، قانون نیویورک و قانون جزایر کیمن تنظیم شد» (Oseni & Kabir Hassan, 2014, p.14).

باتوجه به اینکه حقوق ناشی از اوراق بهادار واسطه‌ای مشهود نیستند و در نتیجه تعیین محل وقوع مال امکان پذیر نبوده؛ بنابراین قاعده محل وقوع مال در این زمینه راهگشا نخواهد بود. «به همین دلیل در اتحادیه اروپا برای تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار (از جمله اوراق بهادار واسطه‌ای) قانونی را حاکم می‌دانند که اوراق مذکور در آن کشور ثبت گردیده باشند» (Moffatt, 2018, p.60). حال اگر طرفین با توافق یکدیگر قانون حاکم بر قراردادهای آنها جهت تعیین قاعده حل تعارض را تعیین نموده‌اند راه حل زیر را می‌توان مد نظر قرار داد. در انگلستان و بسیاری از کشورهای اروپایی قاعده واحد و عام الشمول که بر حقوقی که ناظر بر اوراق بهادار واسطه‌ای باشد یا ناشی از آن است، قابل اعمال باشد، وجود ندارد. به هر حال در انگلستان، قواعد حل تعارض، در تفکیک کلاسیک بین امور مالکانه و قراردادی، حقوق عینی و حقوق شخصی (دینی) تثبیت شده‌اند. این بدان معناست که قواعد حل تعارض متفاوتی برای ابعاد مختلف اوراق بهادار واسطه‌ای وجود داشته و این قواعد از طریق استفاده از مفاهیم حقوقی مانند حقوق مالکانه یا تعهدات قراردادی تدوین شده‌اند؛ بنابراین

اولا، در مورد امور مالکانه یعنی قابل انتساب بودن حقوق دارندگان حساب اوراق بهادار واسطه‌ای در مقابل واسطه‌ها و اشخاص ثالث (حقوق عینی) بر مبنای قانون کشوری که واسطه یا نهاد واسطه در آن قرار دارد قاعده حل تعارض تعیین می‌شود. دوم اینکه در مواردی که واسطه یا نهاد واسطه ورشکسته می‌شود یعنی در مواردی که بحث قابل انتساب بودن حقوق در مقابل مدیر تصفیه مطرح می‌گردد جهت تعیین قاعده حل تعارض از ترکیبی از قانون محل واسطه مورد نظر و قانون دولت مقر دادگاه استفاده می‌شود. سوم اینکه، در فرض ارتباطات قراردادی بین واسطه و صاحبان حساب اوراق بهادار تعیین قاعده حل تعارض، تحت شمول قانون قابل اعمال نسبت به قرارداد یا قانون محل اجرای قرارداد حساب قرار می‌گیرد و در نهایت در مسئله روابط بین دارندگان حساب اوراق بهادار واسطه‌ای و شخص حقوقی صادرکننده آن برای تعیین قاعده حل تعارض باید قانون متبوع شرکت یا شخص حقوقی صادرکننده اوراق بهادار واسطه‌ای را صلاحیت‌دار دانست.

به صورت کلی در نظام حقوقی انگلیس در زمینه اموال منقول، پنج نظریه مطرح شده است. این پنج نظریه عبارت‌اند از: قانون اقامتگاه مالک (The Law of the Domicile)، قانون محل عمل حقوقی (The Law of the Place of the Legal Act)، قانون مناسب (Proper Law)، قانون محل وقوع مال (The Law of the Place of the Property)، و نظریه اصیل و مستقل بودن انتقال^۱ که به نظریه جدید معروف است. هریک از این نظریه‌ها

۱. نظریه دیگری در خصوص قانون حاکم بر سهام با نام وجود دارد که مفهومی نوین و یک نهاد ویژه و مستقل (generis sui) است و نظریه جدیدی محسوب می‌شود که نمی‌توان آن را با مفاهیم حقوق مدنی تطبیق داد. بر اساس این نظریه انتقال سهام با نام با رعایت تشریفات قانونی حق نوینی را برای انتقال گیرنده ایجاد می‌کند که به هیچ عنوان قابل خدشه نیست و به نوعی حق مکتبسه برای فرد ایجاد می‌کند، حتی اگر انتقال دهنده مالک حقیقی سهام نباشد. در نهایت اگر انتقال گیرنده سوء نیت داشته باشد، مالک حقیقی می‌تواند علیه او دعوی مسئولیت مدنی اقامه کند. به علاوه طرفداران این نظریه، به منظور تعدیل آن، حق اقامه دعوی مسئولیت مدنی علیه شرکت یا انتقال دهنده را نیز برای مالک حقیقی می‌شناسند. حال اگر قاضی رسیدگی کننده، نظریه اصیل بودن انتقال‌ها را بپذیرد این موضوع در مسئله تعارض قوانین و تعیین قانون حاکم تأثیر می‌گذارد؛ چراکه تشریفات تغییر ثبت نام، اساس آن را تشکیل می‌دهد، منطقی قانون کشوری که دفتر انتقالات شرکت در آن واقع است باید لازم‌الاجرا باشد.

طرفدارانی داشته و آراییی نیز صادر شده است. اما درخصوص اوراق بهادار علاوه بر تعدد نظریات موجود در زمینه اموال منقول، ماهیت دوگانه اوراق بهادار بر پیچیدگی موضوع افزوده است.

به‌صورت کلی در زمینه اوراق بهادار، رویه قضایی انگلیس اوراق بهادار را در زمره اموال دینی قرار داده است؛ برای مثال در حقوق انگلیس قاضی فارول در پرونده بورلندرز تراستی علیه استیل برادرز بیان کرده است: «سهم، منفعت شریک در شرکت است که با مبلغی پول، در درجه اول از لحاظ مسئولیت و در درجه دوم از نظر منفعت ارزیابی می‌شود، بلکه همچنین ترکیبی است از پیمانهای دوطرفه که طبق ماده ۱۶ قانون شرکت‌های تجاری ۱۸۶۲ (ماده ۱۴ قانون شرکت‌های تجاری ۱۹۸۵) بین تمامی شرکا بسته می‌شود. این قرارداد که ضمن اساسنامه آورده می‌شود یکی از اجزای اصلی سهم است. سهم مبلغی پول، آن‌طور که خواهان پیشنهاد کرده، نیست، بلکه منفعتی است که به وسیله پول ارزیابی می‌شود و موجد حقوق گوناگون، از جمله حق نسبت به مبلغی پول به مقدار کمتر یا بیشتر است که ضمن قرارداد مذکور آمده است» (تفرشی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۶). «البته در انگلستان نیز آراییی وجود دارد که ماهیت اوراق بهادار را یک حق عینی تحلیل می‌کنند» (Micheler, 2002, p.4).

در حقوق انگلیس در برخی از موارد دادگاه‌ها، اوراق بهادار را در زمره حقوق عمومی دانسته و قوانین سرزمینی خود را اعمال می‌کنند. برای مثال در دعوی اسکیمر علیه پراپرتی لیمیتد (Schemmer v. Property limited "۱۹۷۵" ch ۲۷۳)، قاضی پرونده نظریه عمومی بودن مقررات تنظیمی اوراق بهادار را اتخاذ نموده و اقدام به اعمال قوانین ملی در این پرونده نموده است.

«باتوجه به خروج انگلیس از اتحادیه اروپا در طی همه پرسی ۲۰۱۶، مقرره رم یک را دیگر نمی‌توان در مورد کشور انگلیس حاکم دانست؛ زیرا این کشور

1. Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited [1901] 1 Ch 279 (ChD), at 288.

دیگر از اعضای اتحادیه اروپا قلمداد نمی‌شود و مقرر رم یک نیز در مورد کشورهای عضو اتحادیه اروپا است. علی‌رغم عدم اجرا شدن مقرر رم یک در مورد حقوق انگلیس، به نظر می‌رسد کنفرانس بین‌المللی حقوق خصوصی لاهه در این مورد قابلیت اجرایی دارد» (Ungerer, 2019, p.395).

۳. تعیین قانون حاکم بر تعارض قوانین در اوراق بهادار واسطه‌ای در حقوق امریکا

«تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار واسطه‌ای دارای آثار مهمی می‌باشد که نمی‌توان به راحتی از آن چشم‌پوشی نمود. برای مثال در صورتی که نهاد واسطه و رشکست شود، تعیین اینکه کدام قانون بر این نهاد حاکم بوده و تصفیه تعهدات این نهاد چگونه صورت می‌گیرد؟ امری مهم قلمداد می‌شود. برای مثال در فرض ورشکستگی نهاد واسطه در اتحادیه اروپا و ایالات متحده اتفاق نظر وجود دارد که سرمایه‌گذاران دارای منافع انحصاری در اوراق بهادار واسطه هستند» (Moffatt, 2018, p.70). «اهمیت این موضوع زمانی خود را نمایان می‌سازد که متوجه شویم که سرمایه‌گذار توانایی طرح دعوی مستقیم به طرفیت ناشر را مطرح نماید؛ بنابراین سرمایه‌گذار باید به طرفیت واسط خود طرح دعوا نماید و واسط اول نیز در صورتی که به وسیله واسط دیگری با ناشر در ارتباط باشد، صرفاً حق طرح ادعا به طرفیت واسط خود را دارا می‌باشد» (Moffatt, 2018, p.71).

«در حقوق امریکا نیز در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، بر خلاف مقرر رم یک، اماره‌ی قانون محل سکونت متعهد اصلی و شاخص (شخصی که اجرای تعهد اساسی را بر عهده دارد) به‌عنوان قانون نزدیکتر و قانون کشوری که دارای مهم‌ترین ارتباط با قرارداد و طرفین می‌باشد، قابل اعمال خواهد بود» (مافی و تقی‌پور، ۱۳۹۴، ص ۱۷۵).

«مهم‌ترین قانون حاکم بر اوراق بهادار در امریکا، قانون تجارت

متحدالشکل امریکا (UCC) می‌باشد» (Mooney, 2010, p.79) در ماده ۸ این قانون که در سال ۱۹۹۴ مورد بازنگری جدی قرار گرفته است، مسائل مربوط به اوراق بهادار واسطه‌ای پیش بینی گردیده است. بر اساس این ماده در صورتی که طرفین قانونی را بر قرارداد خود حاکم نمایند، قانون مذکور اجرا خواهد شد اما در صورتی که طرفین توافقی در این زمینه نمایند، حوزه قضایی شخص واسطه صالح خواهد بود. حوزه قضایی شخص واسطه اوراق بهادار نیز حوزه‌ای است که دفتر مدیر عامل واسطه اوراق بهادار، در آن واقع شده است.

لازم به ذکر است، در قانون تجارت متحدالشکل امریکا مصوب سال ۲۰۰۱ میلادی اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر تعهدات قراردادی به رسمیت شناخته شده بود. بخش ۳۰۱-۱ در پاراگراف b از قانون یادشده که مقرر می‌دارد: «۲) انتخاب قانون یک کشور توسط طرفین در یک معامله بین‌المللی برای حکومت بر حقوق و تعهدات آن‌ها، خواه معامله متضمن ارتباط با کشور منتخب طرفین باشد یا خیر، اثرگذار خواهد بود» و نیز در بخش ۳۰۱-۱ قانون تجارت متحدالشکل جدید امریکا (تجدیدنظر شده در سال ۲۰۰۸م) نیز اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است. بخش ۳۰۱-۱ قسمت a قانون فوق مقرر می‌دارد: «در صورتی معامله متضمن ارتباط معقول با یک ایالت یا کشوری باشد طرفین حق انتخاب قانون آن ایالت یا کشور خاص را برای حکومت بر حقوق و تعهداتشان دارند» هرچند در این قانون اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم مورد پذیرش واقع شده است، اما این آزادی با محدودیت‌هایی نیز مواجه گردیده است. «بر اساس بند ۱ ماده‌ی ۱۰۵-۱ قانون تجارت متحدالشکل، قانون انتخابی طرفین باید با قرارداد «ارتباط معقول» داشته باشد؛ بنابراین چنانچه طرفین قرارداد، قانونی را که با قرارداد ارتباط معقول نداشته باشد برگزینند، دادگاه به این انتخاب ترتیب اثر نخواهد داد. این ماده در تمامی ایالت‌های امریکا مورد پذیرش واقع شده است» (Rühl, 2007, p.7).

۴. تعیین قانون حاکم بر تعارض قوانین در اوراق بهادار واسطه‌ای در حقوق ایران

در عصر حاضر، پدیده جهانی شدن در تمام حوزه‌ها تأثیر گذاشته است. بازار سرمایه هم از این قاعده مستثنا نیست. جهانی شدن بازار سرمایه به اندازه‌ای واجد اهمیت می‌باشد که برخی بر این باور هستند که «حفظ بقا، دستیابی به توسعه اقتصادی و رقابت در سطح بین‌المللی، نیازمند تغییر شرایط و همسوس شدن با پدیده جهانی شدن است؛ بنابراین بورس اوراق بهادار کشور ما نیز باید خود را آماده ورود به عرصه جهانی کند» (ابراهیمی سرو علیا، ۱۳۹۰، ص ۳۱).

«در حال حاضر، تحولات دنیای تجارت علی‌الخصوص اوراق بهادار واسطه‌ای، از قوانین حقوقی پیشی گرفته» (Burke & Ostroovskiy, 2007, p.205) و همین پیشی گرفتن این تحولات از قوانین حقوقی از یکسو و جهانی شدن بازار سرمایه باعث گردیده است تا در زمینه تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار واسطه‌ای اختلافاتی مطرح شود.

«متأسفانه در زمینه تعارض قوانین در مورد اوراق بهادار به‌طور مشخص، در قوانین ایران مقررهای وجود ندارد؛ بنابراین در نظام حقوقی کنونی ایران برای تعیین قانون حاکم در زمینه اوراق بهادار باید به قوانین عام و دکترین و رویه قضایی موجود متوسل گردید. بر اساس قوانین ماهوی موجود نیز جهت تعیین قانون حاکم باید ضمن تعیین ماهیت هریک از این اوراق، دسته ارتباط این اسناد مشخص گردد. علاوه بر این باتوجه به اینکه غالباً اوراق بهادار توسط بورس اوراق بهادار تهران صادر می‌شود؛ بنابراین توجه به این بازار امری ضروری می‌باشد. با تصویب قانون اوراق بهادار در سال ۱۳۸۴ شمسی، سازمان بورس اوراق بهادار به‌عنوان نهاد نظارتی بازار سرمایه تشکیل شد. متعاقباً با تشکیل کمیته فقهی و تصویب قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی در سال ۱۳۸۸ زمینه برای انتشار و توسعه اوراق بهادار از جمله صکوک فراهم گردید» (فهیمی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۲۹۹).

«علاوه بر عدم وجود قوانین مصرح در نظام حقوقی ایران، در رویه نیز اوراق بهادار واسطه‌ای بین‌المللی صادر نمی‌شود. به عبارت دیگر پیش زمینه توسعه بازار سرمایه و گسترش ابزارهای مالی واسطه در هر نظام حقوقی مستلزم وجود چارچوب حقوقی مناسب می‌باشد» (khan, 2012, p.197) «البته سابقاً در یک مورد نوعی صکوک بین‌المللی از طریق نظام بانکی کشور به استناد قسمت ج بند ۳ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور، در قالب اوراق مشارکت با هدف تأمین مالی شرکت نفت و گاز پارس در راستای تکمیل فازهای باقی مانده میدان مشترک گازی پارس جنوبی منتشر شد. هرچند به دلیل تحریم‌های بین‌المللی، صکوک مذکور به نحو موفقیت آمیزی اجرا نشد اما این حرکت را می‌توان اولین اقدام جمهوری اسلامی ایران جهت انتشار اوراق بهادار واسطه‌ای (صکوک) تلقی نمود» (فهیمی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۳۰۰).

«نکته قابل ذکر در مورد اوراق بهادار واسطه‌ای در نظام حقوقی اسلام، محدودیت ذکر شده در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. بر اساس این اصل تا پیش از بروز اختلاف امکان گرفتن مصوبه از مجلس شورای اسلامی ممکن نخواهد بود» (نبی فیضی چکاب و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۱۷۰) تفاسیر صورت گرفته از اصل ۱۳۹ قانون اساسی را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم نمود. دسته اول تفاسیر را باید تفاسیری دانست که اصل ۱۳۹ را بر اساس اهلیت تفسیر می‌کنند، و دسته دوم نیز تفاسیری هستند که اصل ۱۳۹ قانون اساسی را بر مبنای موضوع قابل ارجاع به داوری تفسیر می‌کنند. تفاوت اینکه اصل ۱۳۹ بر مبنای اهلیت و یا بر مبنای موضوع قابل ارجاع به داوری تفسیر شود در مقابل، داور، دادگاه ایرانی مقرر داوری و دادگاه ایرانی مقرر اجرای رای داوری قابل توجه است.

بررسی قوانین ماهوی موجود در نظام حقوقی کنونی ایران علی‌الخصوص قانون بورس و اوراق بهادار ایران، حاکی از آن است که قانونگذار ایرانی تمایل دارد

در زمینه تعارض قوانین، قوانین ملی خود را به اشخاص خارجی تحمیل نماید. با توجه به ماهیت قراردادی اوراق بهادار واسطه‌ای، معیار دیگری که می‌توان از آن برای تعیین قانون حاکم بر اختلافات ناشی از این دسته از اوراق بهادار تعیین کرد معیار اصل حاکمیت اراده است یعنی طرفین، با توافق یکدیگر قانون حاکم بر این موضوع را به صراحت تعیین می‌کنند. «اما برخی از متخصصان حقوق بین‌الملل خصوصی نیز از ظاهر ماده ۹۶۸ قانون مدنی^۱ به این نتیجه رسیده‌اند که اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران مورد قبول واقع نشده و قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقد را قانون محلی دانسته‌اند که عقد در آن جا منعقد شده است. به نظر می‌رسد که این ماده که متضمن یکی از قواعد شناخته شده حقوق بین‌الملل است از حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه اقتباس شده است؛ زیرا به موجب یک قاعده قدیمی تعارض قوانین فرانسه قرارداد تابع قانون محل انعقاد است مگر اینکه متعاقدين آن را تابع قانون دیگری قرار داده باشند. در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران به جای عبارت مندرج در قاعده تعارض قوانین فرانسه عبارات «مگر اینکه متعاقدان اتباع خارجه بوده و آن را صریحا یا ضمنا تابع قانون دیگری قرار داده باشند» گنجانده شده است که در نتیجه این دستکاری ظاهرا ماده مزبور به صورت امری درآمده است» (الماسی، ۱۳۸۸، ص ۳۴۶) «در تبیین دلایل عمومی دانستن مقررات تنظیمی در زمینه اوراق بهادار عرضه شده در بورس می‌توان بیان نمود این امر «ناشی از وظیفه‌ای است که بر عهده آنها (مقام عمومی بازار سرمایه) برای حفظ و مراقبت از اندوخته‌های ملی گذارده شده است. تسلیم ورقه بهادار قابل معامله به بورس ازسوی دارنده آن برای انجام معامله و خرید آن ازسوی دیگری در بورس در حکم پذیرش ضمنی حاکمیت قانون محل بورس ازسوی طرفین معامله است» (سلجوقی، ۱۳۸۷، ص ۲۷۷).

۱. ماده ۹۶۸ قانون مدنی: «تعهدات ناشی از عقد تابع قانون محل عقد است، مگر اینکه متعاقدان اتباع خارجه بوده و آن را صریحا یا ضمنا تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

نتیجه

پیشرفت تکنولوژی باعث بروز تحولاتی در زمینه حقوق اموال و اوراق بهادار گردیده است. یکی از این تحولات ظهور اوراق بهادار واسطه‌ای است. اوراق بهادار واسطه‌ای، اساساً، اوراق بدهی و حقوق صاحبان سهام متعلق به یک سرمایه‌گذار است که از طریق واسطه یا مجموعه‌ای از واسطه‌ها برای آنها نگهداری می‌شود.

در نظام حقوقی ایران اوراق بهادار واسطه‌ای تعریف نشده است. هرچند در نگاه اول، اوراق بهادار واسطه‌ای شباهت زیادی با صکوک دارد، اما باید دقت نمود که در اوراق واسطه‌ای سرمایه‌گذار حق تصرف در اوراق را نداشته و صرفاً مالک منافع اوراق بهادار قلمداد می‌گردد و نهاد واسطه نگه دارنده اوراق به صورت الکترونیکی است، اما در اوراق صکوک، دارندگان این اوراق، اوراق مذکور را به صورت فیزیکی در اختیار دارند، هرچند حق تصرف در دارایی پایه و یا افراز آن را ندارند. براین اساس شاید با کمی اغماض بتوان صکوک را اوراق بهادار واسطه‌ای دانست.

علی‌رغم پذیرش صکوک در نظام حقوقی ایران اما صکوک بیشتر در حقوق داخلی کاربرد داشته و در عرصه بین‌المللی نیز صکوک کاربردی ندارد؛ زیرا به دلیل تحریم‌های موجود استقبال چندانی در زمینه صکوک صورت نگرفته است. علاوه بر عدم استقلال از صکوک بین‌المللی به دلیل تحریم، اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیز محدودیت جدی در زمینه داوری اموال عمومی و دولتی به وجود آورده است. محدودیت به وجود آمده تمایل سرمایه‌گذاران خارجی جهت سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار واسطه‌ای یا صکوک ایرانی را تحت تأثیر قرار داده است.

در نظام حقوقی آمریکا به‌عنوان نظامی پیشرو در زمینه اوراق بهادار واسطه‌ای مسائل مربوط به این دسته از اوراق پیش‌بینی گردیده است. بر اساس ماده ۸ قانون تجارت متحد الشکل آمریکا، در صورتی که طرفین قانونی

را بر قرارداد خود حاکم نمایند، قانون مذکور اجرا خواهد شد اما در صورتی که طرفین توافقی در این زمینه ننمایند، حوزه قضایی صالح حوزه‌ای است که دفتر مدیر عامل واسط اوراق بهادار، در آن واقع شده است.

در نظام حقوقی انگلیس نیز ضمن پذیرش اصل حاکمیت اراده در نظام تعارض قوانین، در موارد سکوت طرفین، با توجه به عدم مشهود بودن حقوق ناشی از اوراق بهادار، تعیین محل وقوع این دسته از حقوق با چالش‌هایی مواجه است. به صورت کلی رویه قضایی انگلیس، اوراق بهادار واسطه‌ای را در زمره اموال دینی قرارداد و نظام تعارض قوانین این دسته از اموال را بر اوراق بهادار واسطه‌ای حاکم می‌داند. همچنین باید توجه نمود علی‌رغم خروج انگلیس از اتحادیه اروپا، کنفرانس بین‌المللی لاهه کماکان بر این کشور حکم فرما می‌باشد.

متأسفانه در زمینه تعارض قوانین در مورد اوراق بهادار به‌طور مشخص، در قوانین ایران مقررهای وجود ندارد؛ بنابراین در نظام حقوقی کنونی ایران برای تعیین قانون حاکم در زمینه اوراق بهادار باید به قوانین عام و دکترین و رویه قضایی موجود متوسل گردید.

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

- ابراهیمی سرو علیا، محمدحسن: «بررسی تحلیلی فرصت‌ها و تهدیدات جهانی شدن بر بورس اوراق بهادار ایران»، چشم‌انداز مدیریت مالی و حسابداری؛ ش ۱، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۳۱-۱۵۰.
- احمدی حاجی آبادی، روح‌الله: «بررسی فقهی - نظری اوراق بهادار اسلامی (صکوک)»، مجله راهبرد؛ ش ۱۲، زمستان ۱۳۸۶، ص ۹۵-۱۱۲.
- باقری، محمود و نفیسه شوشی نسب: «مالکیت مستقیم و غیرمستقیم اوراق بهادار»، مطالعات حقوق تطبیقی؛ ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ص ۸۱-۹۶.
- تفرشی، عیسی؛ مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری؛ ج ۱، چ ۳، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۴۰۰.
- توحیدی، محمد و رضا یارمحمدی؛ «نوع شناسایی و طبقه‌بندی اوراق بهادار اسلامی (صکوک) از منظر معیارهای گوناگون»، فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری؛ ش ۲۸، پاییز ۱۳۹۸، ص ۴۱-۹۶.
- سلجوقی، محمود؛ حقوق بین‌الملل خصوصی؛ ج ۲، چ ۵، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
- فهیمی، عزیزالله و همکاران؛ «بررسی قانون حاکم بر انتشار صکوک بین‌المللی در جهان و الزامات بسترسازی حقوقی در بازار سرمایه ایران»، دوفصلنامه علمی جستارهای اقتصادی ایران؛ ش ۳۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸، ص ۲۹۷-۳۲۲.
- الماسی، نجادعلی؛ حقوق بین‌الملل خصوصی؛ چ ۸، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
- مافی، همایون و محمدحسین تقی‌پور؛ «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و امریکا»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۱۳، زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۴۷-۱۷۹.
- موسویان، سیدعباس و همکاران: «اوراق بهادار (صکوک) بانکی؛ تبدیل تسهیلات بانکی به اوراق بهادار در بانکداری بدون ربا»، دوفصلنامه تحقیقات مالی - اسلامی؛ ش ۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۱۷-۱۵۰.
- موسویان، سیدعباس؛ بازار سرمایه اسلامی ۱؛ تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۸.
- نبی فیضی چکاب، غلام و همکاران؛ «بررسی موانع و کاستی‌های تأمین مالی خارجی در حقوق ایران»، پژوهش‌های بازرگانی؛ ش ۱۱، تابستان ۱۳۹۴، ص ۱۴۹-۱۷۸.
- Francisco J. Garcimartin Alferez, *The Unidroit Project on Intermediated Securities: Direct and Indirect Holding Systems*, Universidad Rey Juan Carlos of Madrid.
- Georgios P. Kouretas, *Shareholding in EU: Is indirect holding approach appropriate in achieving financial integration?* Department of Business Administration Athens University of Economics and Business GR-10434 Athens

- Greece and Christina I. Tarnanidou Department of Business Administration Athens University of Economics and Business GR-10434. , 2012.
- JA Burke. John and Anatoly. Ostrovskiy: “The intermediated securities system: Brussels I breakdown”. *The European Legal Forum*. NO. 5. 2007.
- Johansson. Erica: “*Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity*”. Berlin: Springer, (2009).
- Hubert de Vauplane , *Directeur Juridique et Conformite, Company Law and the Geneva Convention: Point of Contention* , Group General Counsel , Credit Agricole , 2010.
- Khan. Salman Syed Ali: “*The Role of IDB in Islamic Capital Market Development*” In Mohamed Ariff, Munawar Iqbal, Shamsheer Mohamad (Eds.) *The Islamic Debt Market for Sukuk Securities. The Theory and Practice of Profit Sharing Investment*. Cheltenham: Edward Elgar (Foundations of Islamic Finance) , 2012.
- Law Commission: “*Intermediated securities: who owns your shares?*”, 2020.
- Micheler. Eva: “The Legal Nature of Securities, Inspirations from Comparative Law”, 2009. *Electronic copy* available at: <http://ssrn.com/abstract=1481427>.
- Moffatt. Paula: “*The standardisation of conflicts of laws rules for intermediated securities within the EU: Holy Grail or red herring?*”. Centre for Business and Insolvency Law Nottingham Law School. Nottingham Trent University, 2018.
- Mooney. Charles. W: “THE UNIDROIT GENEVA SECURITIES CONVENTION AND ITS INSOLVENCY ISSUES Core Issues under the UNIDROIT (Geneva) Convention on Intermediated Securities: Views from the United States and Japan. University of Pennsylvania, 2010.
- Oseni. Umar A. Hassan M. Kabir: “Regulating the governing law clauses in Sukuk transactions”. *In J Bank Regul*. Vol. 16. No. 3. 2015. DOI: 10.1057/jbr. 2014.
- Rühl. Giesela: “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”. *Law Research Institute Research Paper Series. CLPE Research Paper*. Vol. 03 No. 1. 2007.
- Thévenoz. Luc: “*Who Holds (Intermediated) Securities? Shareholders, account holders, and nominees*”. *Uniform Law Review*. 2010.
- Ungerer. Johannes: “Consequences of Brexit for European Private International Law”. *European Papers* www. europeanpapers. eu ISSN 2499-8249, Vol. 4. No 1. 2019.

Contents

Law and Legislation in Plato’s Philosophy	
Ali Ardeshir Larijani & Qasim Babaei	5
A Critique of the Absolute Forfeiture of Blood for Perpetrators of Capital Hudud Crimes- (Critique of Clause (a) of Article 302 of the 2013 Islamic Penal Code)	
Ahmad Hajidehabadi	37
Investigating the usurper’s guarantee in reducing the property of objects (with emphasis on devaluation of money)	
Mohammad Taqi Moradi, Mohammadjavad Heydari Khorasani, Mohammad Nozari Ferdowsieh & Davoud Hassanpour	73
The Epistemological Impact of Pragmatism on Sunni Governance Jurisprudence in Muslim Countries	
Seyyed Ehsan Rafiei Alavi & Mohammad Hosseini	101
Procedural Justice in the Iranian Criminal Process: Foundations, Capacities, and Challenges	
Bagher Shamloo & Amirhossein Khosroabadi	133
Re-evaluating the Role of Cultural Systems in Confronting the Offense of “Improper Veiling	
Qasem Eslaminia & Davoud Seifi Qaretiagh	173
A Comparative Study of the Governing Law on Intermediated Securities in the Legal Systems of Iran, England, and the United States	
Jaber Esmaeilzadeh, Nejadali Almasi, Rabia Eskini & Ali-Akbar Izadi-Fard	205





Research Institute
for Islamic Culture
and Thought

IN THE NAME of GOD
Vol.22 / No.87 / Winter 2026
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>