



فصلنامه علمی پژوهشی

سال بیست و سوم، شماره ۸۹ / تابستان ۱۴۰۵ / بهای تک شماره: ۶۰۰۰ تومان

حقوق اسلامی

صاحب امتیاز: علی اکبر رشاد

مدیر مسئول: علی اکبر رشاد

سر دبیر: محمود حکمت نیا

اعضای هیأت تحریریه:

نجادعلی 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 نیانگنجی؛ استاد گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران.

اعضای هیأت تحریریه بین المللی:

نبیل مهدی الشهاوی؛ استاد دانشگاه پنسیراه / 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 احمدقصر، خیابان پژوهشگاه، شماره ۲، تلفن: ۴ - ۸۸۷۳۴۸۶۳

قم: بلوار پانزده خرداد، خیابان شهید میثمی، تلفن: ۳۷۶۰۳۵۶۹ نمابر: ۳۷۶۰۲۹۹۷، 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 ۸۹/۱۲/۱۴ مورخ ۸۹/۳/۱۱/۱۰۴۳۷۷ 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؛ ۵) 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)، چ 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 منتشرشده از يك مؤلف در يك 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 منتشرشده 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

الگوی مطلوب نظارت شرعی بر قانونگذاری از منظر انطباق و عدم مغایرت در قانون اساسی مهدی رجایی و محمدرضا اصغری شورشستانی.....	۵
مطالعه تطبیقی فتوای معیار در حقوق کیفری کشورهای اسلامی روح‌الله اکرمی، ابوالفتح خالقی و زهرا امینی.....	۴۱
وضعیت محاکم اختصاصی در نظام دادرسی اسلامی محمد صادق‌پور ازبرمی، محمد بهرامی خشکار و احسان حسانی.....	۷۷
چشم‌انداز رهن منفعت از حیث انعقاد و آثار در نظام حقوقی ایران امین قاسم‌پور و محمدحسن صادقی‌مقدم.....	۱۱۱
مبانی و آثار اعمال اصل استماع دعوا حسین داودی بیرق و مهدی هادی.....	۱۴۹
استانداردهای حاکم بر جابجایی بار اثبات دعوی در جرایم مربوط به فساد در نظم تقنینی جمهوری اسلامی ایران احمد مؤمنی‌راد و فاطمه فولادی.....	۱۸۳





The ideal model of sharia supervision over legislation from the perspective of compliance and non-contradiction in the constitution

Mehdi Rajaei* (Corresponding Author) 

Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

Email: mahdi.rajaei85@gmail.com

Mohammadreza Asghari Shourestani

Assistant Professor, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

Email: m.asghari@ujsus.ac.ir



Use your device to scan
and read the article online

Citation Rajaei, M., Asghari Shourestani, M. (2026). The ideal model of sharia supervision over legislation from the perspective of compliance and non-contradiction in the constitution . [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#).23 (89): 5-40



[10.22034/ilaw.2024.1973906.3121](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.1973906.3121)

Received: 06 December 2022 , Accepted: 08 May 2024

Abstract

One of the components of divine sovereignty over society is the rule of divine commandments over the legal norms of society. Accordingly, and according to the will of the people, the constitution has also shaped the structure of the legislative system of the Islamic Republic of Iran based on the maximum sovereignty of the Shari'a (Article 4 of the Constitution) and has stated two patterns of compliance and non-compliance with the law.

But given the conceptual scope of these two patterns, the question arises as to which pattern is the criterion for monitoring the laws? This article expresses an analytical and descriptive way that although the procedure of the Majlis and the Legal Doctrine has accepted the pattern of non-contradiction, the basic legislature, contrary to the claims of some experts in using this Two patterns have neither conflicted nor enthusiasm in legislation. This article believes that given these two patterns in the constitution, that is, in accordance with Islamic standards and inadequacy with Islamic law, a comprehensive interpretation of the principles can be a comprehensive interpretation of the principles. The constitution presented that the appliance of both patterns in the House of Representatives. Finally, the theory of this article is evaluated in accordance with the views of the jurists regarding the ratio of law and the law.

Keywords

Non-compliance, adaptation, law, fixed and variable sentences.



Extended Abstract

1. Introduction

The defining characteristics of any legal system are rooted in its foundational principles and ideological underpinnings. In contemporary legal thought, systems are often categorized by their adherence to liberalism or socialism, which shape the entirety of their legislative frameworks. The legal system of the Islamic Republic of Iran is fundamentally distinguished by its commitment to the sovereignty of divine law, a principle established following the 1979 Revolution. According to Article 4 of the Iranian Constitution, all civil, criminal, financial, economic, administrative, cultural, military, and political laws and regulations must be based on “Islamic criteria” (*mavazin-e eslami*). This constitutional mandate represents a commitment to the maximalist implementation of Sharia within the state’s legislative structure.

However, the terminology used within the Constitution to describe this relationship has created significant conceptual and practical challenges. The text alternates between two distinct models: “compliance” (*intibaq*) and “non-contradiction” (*adam-e moghayarat*). While some articles suggest that laws must actively match Islamic standards, others imply that the mere absence of conflict with Sharia is sufficient for legitimacy. This linguistic variation has sparked a long-standing debate among legal scholars and jurists regarding whether the Guardian Council—the body tasked with Sharia oversight—should adopt a minimalist (negative) or a maximalist (positive) approach to supervision.

Currently, the dominant legal doctrine and the practical precedent of the Guardian Council favor the “non-contradiction” model, which views the absence of conflict as the primary benchmark for a law’s legitimacy. Critics argue that this negative model is insufficient for establishing the true “Islamic” nature of the legislative system, as an absence of contradiction does not necessarily prove positive alignment with divine goals. This research seeks to address this gap by providing a comprehensive and hermeneutical interpretation of the Constitution that integrates both “compliance” and “non-contradiction” into a unified model of supervision.

2. Research Methodology

This study employs an analytical-descriptive research methodology to examine the relationship between Sharia and state legislation. The research is grounded in a systematic analysis of the Iranian Constitution, specifically looking at the nuances of Articles 4, 91, 94, and 96. Furthermore, it scrutinizes the interpretive opinions and historical precedents of the Guardian Council to identify shifts in their oversight terminology.

The methodological framework also draws heavily on traditional and contemporary Islamic jurisprudence (*fiqh*) to categorize the targets of oversight. Central to this analysis is the division of Islamic rulings into “fixed” (*thabit*) and “variable”

The ideal model of sharia supervision over legislation from the perspective of

(mutaghayyir) commands. The study utilizes the works of prominent jurists such as Allameh Tabataba'i, Ayatollah Javadi Amoli, and Mirza Na'ini to understand how the legislative process should interact with these different types of rulings. Finally, the method of induction (istiqla) is applied to identify "Islamic criteria" (mavazin) from primary scriptural sources (Quran and Sunnah) that can serve as objective benchmarks for legislative compliance.

3. Research Findings

The core finding of this research is that the dual terminology of the Constitution is not a result of legislative redundancy or lack of precision. Instead, "compliance" and "non-contradiction" serve distinct, complementary functions within a comprehensive oversight model.

A. Conceptual Clarity: Compliance vs. Non-Contradiction The study finds that "compliance" (intibaq) is an affirmative, existential requirement. For a law to be compliant, it must be positively derived from or actively match Islamic standards. This is a proactive model that seeks to ensure the law reflects the spirit of Sharia. In contrast, "non-contradiction" (adam-e moghayarat) is a negative, prohibitive requirement. It suggests that legitimacy is maintained as long as a law does not explicitly violate an established Sharia ruling. The "non-contradiction" model is essentially a minimalist check that removes "un-Islamic" elements but does not necessarily guarantee that the remaining law is "Islamic" in its essence.

B. The Dual-Track Oversight Framework The research argues that the Constitution assigns a dual responsibility to the Guardian Council based on the "target" of the oversight. Whenever the Constitution mentions "compliance," it is almost always paired with "Islamic criteria" (mavazin-e eslami). These criteria represent the macro-principles and goals of the Sharia. Conversely, "non-contradiction" is typically associated with specific "Sharia rulings" (ahkam-e shar'i). Thus, a law is truly legitimate only if it satisfies both conditions: it must not contradict specific traditional rulings and it must actively comply with overarching Islamic criteria.

C. Categorization of Rulings and Legislative Flexibility A critical finding involves the distinction between fixed and variable rulings.

- **Fixed Rulings:** In areas where Sharia has established permanent and unchangeable laws (e.g., inheritance, qisas), legislation must strictly conform to these specific rulings.
- **Variable Rulings and Non-Explicit Matters:** In many modern issues where there is no specific, fixed Sharia text (non-monsoos matters)—such as administrative regulations, modern economic policies, or military structures—it is impossible to demand direct compliance with a specific "ruling". For these matters, the research finds that the law must satisfy two conditions: it must not contradict general Sharia prohibitions, and it must be positively "compliant" with general "Islamic criteria".

D. Identifying "Islamic Criteria" (Mavazin) The research identifies "Islamic cri-

teria” as the essential standards used to measure the Islamic-ness of a system. These include justice (adalat), security (amniyat), human dignity (keramat-e ensani), order (nazm), and the rejection of harm (la-darar). These criteria are extracted through several scientific methods:

- Induction (Istiqra): By studying various micro-commands in scripture, jurists can identify the underlying thematic priorities of the Legislator.
- Purposes of Sharia (Maqasid): Utilizing the known goals of Sharia to interpret the necessity of laws that promote public welfare and ethics.
- Explicit Statements: Some criteria are explicitly mentioned in scripture as the “life” or “spirit” of the law, such as the statement “Justice is the life of the rulings”.

4. Conclusion

The current practice of focusing primarily on the “non-contradiction” of laws with Sharia represents a minimalist oversight that fails to realize the maximalist objectives of Article 4 of the Constitution. This study concludes that a truly Islamic legislative system requires a “maximalist” model that differentiates between specific rulings and general criteria.

The proposed model dictates that the Guardian Council evaluate every legislative act on two distinct levels: ensuring it does not contradict specific Sharia rulings (ahkam) and verifying that it actively complies with macro-level Islamic criteria (mavazin). This dual-layer approach provides a practical solution for governing “new matters” (omour-e mostahdatha) where traditional jurisprudence may be silent, but Islamic principles of justice and public interest are not.

Furthermore, the study emphasizes that the “Islamic-ness” of the system should not be a post-facto check alone. Instead, the legislative drafting process itself must be “soaked” in Islamic criteria from the outset. By adopting this comprehensive interpretation, the legal system moves from a state of mere “non-sinfulness” toward the positive creation of a “virtuous” legal order that fully reflects divine sovereignty while maintaining the flexibility needed for modern 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.



الگوی مطلوب نظارت شرعی بر قانونگذاری از منظر انطباق و عدم مغایرت در قانون اساسی

مهدی رجایی* (نویسنده مسئول)

Email: mahdi.rajaei85@gmail.com

استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

محمدرضا اصغری شورستانی

Email: m.asghari@ujsus.ac.ir

استادیار، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران



استاد رجایی، مهدی؛ اصغری شورستانی، محمدرضا (۱۴۰۵). الگوی مطلوب نظارت شرعی بر قانونگذاری از منظر انطباق و عدم مغایرت در قانون اساسی. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۹): ۴۰-۵۵
doi:10.22034/ilaw.2024.1973906.3121

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۵، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹

چکیده

یکی از مؤلفه‌های اقامه حاکمیت الهی بر جامعه، حاکمیت احکام الهی بر هنجارهای حقوقی جامعه است؛ بر همین اساس و طبق خواست مردم، مقنن اساسی نیز ساختار نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران را مبتنی بر حاکمیت حداکثری احکام شرعی (اصل چهارم قانون اساسی) شکل داده و در همین راستا دو الگوی انطباق و عدم مغایرت قانون با شرع را بیان کرده است.

اما باتوجه به گستردگی مفهومی و مصداقی این دو الگو این سؤال مطرح می‌شود که کدام الگو، معیار نظارت بر قوانین قرار می‌گیرد؟ این نوشتار با بهره‌مندی از روشی تحلیلی و توصیفی بیان می‌کند که هرچند رویه نهاد ناظر بر مصوبات مجلس و دکتترین حقوقی، الگوی عدم مغایرت را پذیرفته است، اما مقنن اساسی بر خلاف ادعای برخی از صاحب‌نظران در به‌کارگیری این دو الگو نه دچار تعارض شده و نه تفنن در قانونگذاری داشته است. این نوشتار بر این باور است که باتوجه به متعلق این دو الگو در قانون اساسی یعنی مطابقت با موازین اسلامی و عدم مغایرت با احکام اسلامی می‌توان تفسیر جامعی از اصول قانون اساسی ارائه داد که مشعر بر کاربست هر دو الگو در نهاد ناظر بر مصوبات مجلس باشد. در انتها نیز نظریه این نوشتار باتوجه به آرای فقها در خصوص نسبت قانون و شرع ارزیابی می‌شود.

واژگان کلیدی

عدم مغایرت، انطباق، شریعت، قانون، احکام ثابت و متغیر.



مقدمه

یکی از شاخصه‌هایی که منجر به تشخیص یک نظام حقوقی می‌شود، مبانی تشکیل‌دهنده آن نظام حقوقی است؛ برای مثال در حقوق معاصر، اندیشه لیبرالیسم مبنای نظام حقوقی و تقنینی بسیاری از جوامع قرار گرفته است یا نظام سوسیالیستی نظام حقوقی خود را بر اساس اندیشه مالکیت اشتراکی شکل داده است و تمام ارتباطات حقوقی را بر اساس این اندیشه بنیان نهاده است.

نظام حقوقی ایران نیز از این اصل مستثنی نبوده است. در همین راستا باتوجه به اعتقادات و باورهای مردم، احکام شریعت و تعالیم اسلامی از دیرباز بنیان نظام حقوقی ایران را تشکیل داده است، اما نقش شریعت پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وارد مرحله نوینی شد و با پذیرش حاکمیت الهی در قانون اساسی، احکام شریعت به صورت حداکثری^۱ اساس و بنیان نظام تقنینی ایران قرار گرفت. قانون اساسی این مهم را با عبارت مختلفی در اصول متعدد خود مقرر داشت؛ برای مثال در برخی از اصول از انطباق قانون با شرع سخن گفته شد و در اصول دیگری الگوی عدم مغایرت بیان گردید، اما باتوجه به وسعت مفهومی و مصداقی این دو عبارت، از همان ابتدا این سؤال مطرح شد که الگوی قانون اساسی در خصوص سنجش قوانین مصوب مجلس چیست؟ و آیا الگوی عدم مغایرت نیز می‌تواند منجر به اقامه نظام تقنینی اسلامی به صورت حداکثری شود؟

آنچه در ادبیات حقوقی موجود است، بررسی هر کدام از این الگوها و معایب و محاسن هر کدام از این دو مدل نظارتی در نظام تقنینی ایران است، اما هیچ کدام از این نوشته‌ها در صدد جمع این دو الگو و ارائه الگویی که

۱. «اصل چهارم: کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

جامع این دو الگو باشد، نبوده‌اند؛ لذا این نوشتار از این جهت دارای نوآوری است. از سوی دیگر همان‌طور که بیان شد، دکترین غالب بر نظام حقوقی ایران و نهاد ناظر بر مصوبات، الگوی عدم مغایرت است. در صورتی که الگوی عدم مغایرت مدلی سلبی است که نمی‌تواند مثبت مشروع بودن نظام تقنینی باشد؛ زیرا اثبات مشروع بودن قوانین نیازمند اثبات مشروع بودن قوانین است که این امر به وسیله یک الگوی عدمی محقق نمی‌شود. در همین راستا لازم است تا در راستای تحقق بند ۱ سیاست‌های کلی قانونگذاری، الگویی مبنای تقنین باشد که به وسیله آن بتوان مشروعیت قوانین را احراز کرد و این امر به وسیله به کارگیری الگوی انطباق محقق می‌شود، اما استفاده از الگوی انطباق قوانین با احکام شرعی دارای محذوراتی است که این نوشتار در صدد است با ارائه تفسیری که از این دو الگو ارائه می‌دهد، آن محذورات را رفع کند. در همین راستا می‌توان ضرورت این مقاله را ارائه الگویی جامع از قانون اساسی دانست که می‌تواند مشروعیت قوانین را به وسیله آن احراز کرد. الگویی که برآمده از کلام فقها در این خصوص است.

در همین راستا این نوشتار ابتدا می‌کوشد با روشی تحلیلی - توصیفی الگوی مورد نظر قانون اساسی را با تکیه بر تصریحات اصول قانون اساسی، تفسیر و رویه شورای نگهبان و دکترین حقوقدانان به دست آورد.

در ادامه نیز تلاش می‌شود الگوی مطلوب نظام قانونی اسلام از میان کلمات فقها استنباط شود؛ لذا این نوشتار با تقسیم احکام اسلامی به احکام ثابت و متغیر، نظر خود را در خصوص الگوی تقنینی مطلوب از جهت انطباق و عدم مغایرت تبیین می‌کند.

۱. مفهوم‌شناسی

در این قسمت تلاش می‌شود تا مفاهیم اساسی این نوشتار تبیین گردد تا بدین وسیله فهم مشترکی میان نویسندگان و مخاطبان ایجاد شود.

۱-۱. مفهوم و گستره انطباق

تحلیل درست از معنای انطباق مبتنی بر درک مفهوم منطقی این واژه است. در همین راستا زمانی می‌توان گفت که یک مفهوم با مفهوم دیگر منطبق است که میان آن دو مفهوم رابطه تساوی یا عموم خصوص مطلق برقرار باشد. حال باید مذاقه کرد که آیا رابطه تساوی یا عموم و خصوص مطلق در رابطه میان قانون با شرع وجود دارد یا خیر؟ در همین راستا باید گفت که رابطه تساوی در خصوص قانون و شرع متصور نیست؛ زیرا در این صورت باید تمام مصادیقی که در قانون وجود دارد، عینا در شرع نیز وجود داشته باشد و از سوی دیگر تمام مصادیقی که در شرع است، به شکل قانون درآید که هیچ کدام از این دو حالت توسط صاحب نظران پذیرفته نشده است؛ بنابراین از این لحاظ نمی‌توان مفهوم انطباق را در خصوص شرع و قانون در نظر گرفت.

نسبت دیگری که در خصوص مفهوم انطباق می‌توان میان شرع و قانون در نظر گرفت، برقراری نسبت عموم و خصوص مطلق میان شرع و قانون است؛ بدین معنا که شرع مفهومی اعم از قانون داشته باشد. در این صورت شرع مفهوم عامی است که تمام مصادیق قانون در آن لحاظ شده است. به نظر می‌رسد منظور قائلین انطباق شرع و قانون همین معنا باشد. به این معنا که مصادیق و مفاد قانون باید در شرع وجود داشته باشد و قانون مستخرج از شرع باشد. حال این انطباق گاه به این صورت است که قانونگذار عینا مفاد و مفاهیم شرعی را به قانون تبدیل می‌کند و گاه به این صورت است که مفاد و مصادیق قانونی با ضوابط کلان شرعی (موازین اسلامی) مطابقت دارد.

نکته دیگری که در خصوص انطباق شرع و قانون باید مدنظر قرار داد، این مطلب است که انطباق یک امر وجودی است و نیاز به اثبات دارد. در این صورت تنها زمانی می‌توان گفت که قانون با شرع مطابق است که این انطباق احراز شود؛ لذا اگر انطباق میان شرع و قانون احراز نشود،

طبق الگوی انطباق نمی‌توان حکم به مشروعیت قانون داد. در این صورت نمی‌توان گستره انطباق را وسعت داد و شامل مواردی دانست که شک به انطباق وجود دارد؛ زیرا انطباق تنها در صورت احراز آن محقق می‌شود و می‌تواند مشعر بر مشروعیت قانون باشد (صلواتی، ۱۳۹۵، ص ۷۸).

۱-۲. مفهوم و گستره عدم مغایرت

الگوی عدم مغایرت مشعر بر آن است که مشروعیت قانون، مستلزم احراز شرعی بودن قانون نیست، بلکه هر قانونی که مغایرتی با احکام شرعی نداشته باشد، مشروع دانسته می‌شود. در این صورت مفهوم و گستره الگوی عدم مغایرت، عام‌تر از الگوی عدم انطباق خواهد بود.

عدم مغایرت مقوله‌ای عدمی است. به این معنا که این الگو، مغایرت قانون و شرع را به عنوان مانعی برای تحقق مشروعیت قانون می‌داند. در این صورت زمانی که مغایرت قانون با شرع محرز نشود، این مانع مفقود شده و حکم به عدم مغایرت قانون با شرع داده می‌شود؛ لذا در این الگو، ملاک مشروعیت قانون، عدم مغایرت آن با شرع است؛ بدین معنا که حتی اگر مطابقت قانون با شرع احراز نشود و نتوان برای قانون یک مستند شرعی پیدا کرد، همین که این قانون مغایر با شرع نیست، عدم مغایرت آن با شرع احراز می‌شود.

۱-۳. مفهوم و گستره موازین اسلامی

کلیدواژه «موازین» با متعلقات مختلفی همچون «موازین اسلام» (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۴۲۰) «موازین شرع» (حسینی شیرازی، ۱۴۱۹، ص ۳۹۶) و «موازین فقه» (منتظری، ۱۴۱۷، ص ۵۳۱) در فقه و بعضاً در قانون اساسی به کار رفته است. مقصود از «میزان» در لغت، آن چیزی دانسته شده که اشیاء به وسیله آن مورد سنجش قرار می‌گیرند (مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۱۳، ص ۹۸). برخی از مفسران «میزان» را به «عدالت» تعریف کرده‌اند؛ (آلوسی، ۱۴۱۵، ج ۱۰،

ص ۱۰۱)، اما برخی از مفسرین دیگر میزان را هر چیزی دانسته‌اند که به واسطه آن بتوان حق را از باطل یا راست را از دروغ یا عدالت را از ظلم یا فضیلت را از رذیلت تشخیص داد (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۱۹، ص ۴۷). این تبیین ازسویی با معنای لغوی میزان سازگارتر است و ازسوی دیگر منحصر به یک مصداق خاص مانند «عدالت» نیست. هرچند که عدالت مصداق اعلای «میزان» دانسته شود، اما مفهوم آن نزد مفسرین منحصر در عدالت نبوده و معنایی اعم دارد. دراین صورت می‌توان معنای میزان را «سنجه یا معیار سنجش» دانست. دراین صورت مقصود از موازین اسلام، معیارهایی است که از کتاب، سنت قطعی قابل تعمیم و عقل برهانی (در باب جایگاه عقل و نقش آن در استنباط احکام، ر.ک: علیدوست، ۱۳۸۳، ص ۴۷) استخراج می‌شود.

ویژگی منحصر به فرد این معیارها که به صورت موازین اسلام بیان می‌شود آن است که شارع مقدس اساس دین و نظام اجتماعی مومنان را بر اساس آن بنیان نهاده است و راضی به تخطی از این معیارها نیست. این معیارها سنجه‌ای برای ارزیابی اسلامی بودن قوانین است؛ زیرا اگر مصوبه‌ای با این موازین که اساس دین و مشی اجتماعی اسلام را تشکیل می‌دهد، منطبق نباشد، نمی‌تواند قانون یا یک نظام تقنینی اسلامی را ایجاد کند. این بنیان‌ها را می‌توان عدالت، امنیت، نفی ضرر، سهولت، نظم، حفظ کرامت انسانی، انصاف، حریت، رعایت اخلاق و... دانست که همگی از مفاد ادله شرعی قابل استنباط است و فقها آنها را به عنوان ضوابط یا موازین کلان شریعت از ادله استنباط کرده و آنها را در استنباطات خود پایه و اساس قرار می‌دهند (حکیم، ۱۹۷۹، ص ۴۳/ صدر، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۱۱).

۱. شایان ذکر است علامه آیت‌الله جوادی آملی در تبیین اهمیت جایگاه عقل می‌فرماید: «خداوند سبحان در بخش پایانی سوره مبارکه نساء، جایگاه رفیع عقل را مشخص و تبیین می‌کند که وحی و نبوت یک امر ضروری است. می‌فرماید: ما انبیا را فرستادیم که شما عاقلان به من اعتراض نکنید که چرا برای ما راهنما نفرستادی. [این حرف] یعنی عقل آن قدر قدرت دارد که با خدا گفت و گو و احتجاج کند که چرا برای من رسول و راهنما نفرستادی؛ درحالی که از مسیر دشوار پیش روی من آگاه بودی؛ لذا عقل می‌فهمد که نمی‌فهمد و نیاز به راهنما دارد» (بیانات معظم له در دیدار با اعضای مؤسسه آینده روشن و مرکز تخصصی مهدویت، قم، ۱۳۹۷/۱۰/۲۵).

نگاه این نوشتار به موازین اسلامی دلیلی در کنار ادله اربعه نیست که بتوان با تمسک به آنها حکم شرعی جعل کرد، بلکه موازین اسلامی طریقی برای کشف صحت حکم شرعی است. به این معنا که اگر حکمی از ادله استنباط شود ولی این حکم در راستای موازین اسلام نباشد و منطبق با آن دانسته نشود، نمی‌تواند در نظام تقنینی و حکمی اسلام جای گیرد؛ زیرا انطباق با موازین اسلامی طریقی است که صحت استنباط حکم را بیان می‌کند و نشانگر آن است که فقیه مسیر استنباط را به درستی طی کرده است؛ بنابراین موازین اسلام فهم صحیحی از نص را مهیا می‌کند؛ به گونه‌ای که اگر استنباط فقیه از نص در راستای این موازین نباشد، فقیه باید در مقدمات و ادله‌ای که به آنها تمسک کرده است، بازنگری کند. مرحوم صاحب جواهر در این مورد می‌فرماید: «وَكُلُّ شَيْءٍ تَضَمَّنَ نَقْضُ غَرَضِ أَصْلِ مَشْرُوعِيهِ الْحَكْمِ، نَحْكَمُ بِبَطْلَانِهِ» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۲، ص ۲۰۲). همچنین شیخ انصاری در این مورد بر این عقیده است که اگر تعارضی میان موازین و ادله شرعی ایجاد شود و دلیل شرعی به قدری معتبر باشد که نتوان از آن چشم‌پوشی کرد و آن را رد کرد، لازم است آن دلیل را به تأویل برد (حکیمی، ۱۳۷۳، ص ۱۱۳) تا حکم مستنبط از آن دلیل تعارضی با موازین و ضوابط کلان شریعت نداشته باشد.

بنابراین می‌توان گفت تمسک به موازین اسلام اجتهاد در مقابل نص نیست، بلکه تمسک به اهداف قطعی شریعت برای فهم بهتر نص است. پس از تبیین مفاهیم دخیل در موضوع بحث، این مسئله مورد مذاقه قرار می‌گیرد که رویه شورای نگهبان درخصوص انجام وظیفه نظارتی خود در امور تقنینی به چه شکل است.

۲. ارزیابی رویه شورا در مورد ملاک مشروعیت قوانین

شورای نگهبان در راستای انجام وظیفه قانونی خود، نظراتی را ناظر بر انطباق مصوبات با موازین اسلامی و عدم مغایرت با احکام شرعی ارائه

داده است؛ برای مثال شورای نگهبان در نظر تفسیری شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ در پاسخ به شورای عالی قضایی که درخصوص اعتبار قوانین و مقررات قبل از انقلاب اسلامی سؤال کرده بود،^۲ بر ضرورت مطابقت قوانین و مقررات با موازین اسلامی تأکید کرده و تشخیص این امر را هم به استناد اصل چهارم، با فقهای این شورا دانسته است.^۳ همچنین، در نظر شماره ۶۰۵۳ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۱۹ مقرر کرده است که «آیین‌نامه انتظامی پزشکی ... از لحاظ انطباق بر موازین شرعی بررسی شد.» در بند ۵ نظر شماره ۸۷۷۰ مورخ ۱۳۶۲/۳/۱۲ درخصوص طرح تأسیس وزارت اطلاعات جمهوری اسلامی ایران نیز مقرر شده است: «عبارت «با حداکثر استفاده از نیروهای مردمی» در بند الف ماده مزبور ... از جهت انطباق با موازین شرعی نیز به تأیید اکثریت فقها نرسید.» همچنین در نظر تفسیری شماره ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ بیان شده است: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی، به‌طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است.»^۴ علاوه‌براین، در نظر شماره ۳۰/م مورخ ۵۹/۹/۹ پیرامون «لایحه پرداخت

۱. «مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به‌طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات، در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است؛ بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجرا می‌گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلامی می‌داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارید».

۲. استعلام شماره ۱/۱۱۴۳ مورخ ۱۳۶۰/۱/۲۵ شورای عالی قضایی: «شورای محترم نگهبان؛

اجرای قوانین و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های گذشته که برخلاف موازین اسلامی است و صدور حکم بر طبق آنها در محاکم، به‌خصوص باتوجه به اصل چهارم و اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی به هیچ عنوان موجه نیست. این نظر به شورای عالی قضایی پیشنهاد شده که باتوجه به این دو اصل، همه قوانین و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های خلاف اسلام منسوخ و محاکم موظفند طبق اصل یکصد و شصت و هفتم بر طبق موازین اسلام رأی دهند و این موازین به‌وسیله شورای عالی قضایی طبق فتوای امام استخراج و به دادسراها و دادگاه‌های انقلاب و دادسراها و دادگاه‌های دیگر ابلاغ گردد و بدین‌ترتیب تا تصویب لوایح قانونی در مجلس شورای اسلامی، جلوی اجرای احکام خلاف اسلام گرفته شود».

۳. در مشروح مذاکرات جلسات سال‌های نخستین شورای نگهبان نیز این موضوع به صراحت قابل ردیابی است (برای نمونه ر.ک: مشروح مذاکرات جلسه ۱۳۶۱/۲/۱۴ شورای نگهبان، ص ۴، مندرج در: <https://b2n.ir/> (motabeqat).

۴. این نظر بعداً و ذیل سنجش قوانین و مقررات اختلافی بر اساس نظر فقیه حاکم، از زاویه دیگری مورد نقد قرار خواهد گرفت و اینجا تنها از بعد قید «انطباق بر موازین اسلامی» به‌عنوان شاهد مثال ذکر شده است.

دستمزد کارکنان طرح‌های عمرانی در مناطق جنگی» نیز به نظر می‌رسد ضمن توجه به تفکیک میان دو کلیدواژه یادشده، به «عدم مغایرت آن [لایحه] با احکام شرع مقدس و قانون اساسی» تصریح کرده است.

البته تفکیک شورای نگهبان میان انطباق با موازین اسلامی و عدم مغایرت با احکام اسلامی را نمی‌توان به عنوان رویه غالب شورا معرفی کرد. چه آنکه شورای نگهبان در نظرات بعدی^۱ خود رویه دیگری را شکل داده است. این نهاد در رویه غالب خود عدم مغایرت مصوبات با موازین و احکام شرعی را بیان می‌کند و توجهی به تفکیک عرصه انطباق و عدم مغایرت ندارد، اما قانون اساسی در مقام تبیین وظیفه شورای نگهبان به مثابه نهاد ناظر بر مشروعیت قوانین از هردو عبارت انطباق و عدم مغایرت بهره برده است. در همین راستا لازم است مراد مقنن اساسی در خصوص الگوی نظارت بر مشروعیت قوانین تبیین شود.

۳. بازشناسی الگوی مطلوب نظارت بر مشروعیت قوانین

قانون اساسی به عنوان میثاق ملی ایرانیان، حاکمیت احکام الهی بر نظام تقنینی ایران را پذیرفته و در همین راستا مقرر داشته که تمامی قوانین در ایران مبتنی بر احکام شریعت است. این مطلب بیانگر دخالت حداکثری شرع در نظام تقنینی ایران است. در همین راستا قانون اساسی جهت صیانت از شرع نهاد شورای نگهبان را مسئول نظارت بر مشروعیت مصوبات مجلس معرفی کرده است.

اما ادبیات قانون اساسی در تبیین رسالت شورای نگهبان بین دو عبارت «عدم مغایرت» و «انطباق» دَوْران پیدا کرده است. به گونه‌ای که در مواجهه

۱. از جمله نظرات اولیه شورای نگهبان که در آن، با عبارت «عدم مغایرت با موازین اسلام» اظهار نظر کرده است، مربوط به «طرح انتزاع بنیاد شهید از سازمان بهزیستی کشور» مصوب ۵۹/۱۰/۱۰ است که شورای نگهبان در نظر شماره م/۴۸/ک/۳ نسبت به آن این چنین اظهار نظر کرده است: «طرح قانونی مربوط به بنیاد شهید که در جلسه علنی ۵۹/۱۰/۱۰ با حضور اعضای شورای نگهبان به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، در جلسه شورای نگهبان مورد شور قرار گرفت و مغایر با موازین اسلام و قانون اساسی شناخته نشد».

ابتدایی با عبارات قانون اساسی شبهه تعارض میان عبارات قانون اساسی یا تفنن قانونگذار اساسی در عبارت‌پردازی حادث می‌شود و این انگاره در ذهن مخاطب نقش می‌بندد که قانونگذار اساسی التفات دقیقی نسبت به مفاهیم عبارات به کار رفته در قانون اساسی نداشته و در اصول مختلف قانون اساسی از عبارات متعددی استفاده کرده است؛ درحالی که از تمام این عبارات، مقصود واحدی را اراده کرده است.^۱

در مقابل مطلب فوق می‌توان این نظر را بیان کرد که مقنن اساسی در مقام تفنن در عبارت‌پردازی نبوده و از به کاربردن هر کدام از این عبارات مقصود خاصی را دنبال کرده است. چه آنکه مفسر در مقام تفسیر قانون، باید مراد قانونگذار را به صورت حکیمانه تفسیر کند. به دیگر سخن، تا زمانی که محملی برای تفسیر حکیمانه اصول قانون اساسی وجود دارد، نباید آن را به گونه‌ای تفسیر کرد که اصلی از اصول یا واژه‌ای از واژگان قانون از معنا تهی گردد. در این صورت باید به گونه‌ای عمل کرد که عبارت‌پردازی‌های مختلف قانون با یکدیگر قابل جمع باشد.

از سوی دیگر ظواهر کلام متکلم و قانونگذار دارای حجیت است و اعراض از آن و اخذ معنایی غیر از آنچه در ظاهر آمده، نیازمند اثبات و اقامه دلیل است؛ بنابراین به نظر می‌رسد اصول قانون اساسی در خصوص ملاک مشروعیت قوانین باید به گونه‌ای تفسیر شود که از سویی ناظر بر الگوی انطباق باشد و از سوی دیگر الگوی عدم مغایرت را بیان کند. در این صورت تفسیر مورد

۱. برای مثال اصل چهارم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات ... باید بر اساس موازین اسلامی باشد.» در اصل نود و چهارم قانون اساسی نیز شورای نگهبان به صراحت موظف شده است تا مصوبات مجلس را از حیث انطباق با موازین اسلام و قانون اساسی بررسی کند و چنانچه آنها را مغایر ببیند، برای تجدیدنظر به مجلس شورای اسلامی برگرداند. از سوی دیگر اصل هفتاد و دوم قانون اساسی چنین بیان کرده است که: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر ... بر عهده شورای نگهبان است.» اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی نیز همین حکم را نسبت به مصوبات دولت مقرر و بیان کرده است: «مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر ... با شورای نگهبان است.» در اصل نود و ششم قانون اساسی نیز بیان شده است که تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان است.

نظر، جامع ملاک انطباق و عدم مغایرت خواهد بود. حال این سؤال مطرح می‌شود که چگونه می‌شود چنین تفسیر جامعی از قانون اساسی ارائه داد؟ در پاسخ باید گفت این مهم باتوجه به متعلق انطباق و عدم مغایرت در قانون اساسی محقق می‌شود. با این توضیح که هر جا که قانون اساسی از عبارت انطباق استفاده کرده است، پس از آن، عبارت موازین اسلام آمده است؛ لذا انطباق قانون با موازین اسلام مورد نظر مقنن اساسی بوده است و هر جا که عبارت عدم مغایرت به کار رفته است، مقصود عدم مغایرت مصوبه با احکام شرع است؛ چه آنکه عدم مغایرت در قانون اساسی نیز با عبارت احکام شرع همراه شده است. در این صورت مدلول این دو گزاره یکسان نیست تا انگاره تعارض پیش آید؛ زیرا تعارض زمانی محقق می‌شود که در خصوص مفهوم واحد دو عبارت متفاوت به کار رفته باشد. در حالی که در محل بحث دو عبارت مطابقت با موازین اسلامی و عدم مغایرت با احکام اسلامی ناظر بر دو مدلول متفاوت است؛ لذا تصور تعارض در خصوص آن وجود ندارد.

لذا بر اساس قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» متن قانون اساسی باید به گونه‌ای تفسیر شود که از سویی متضمن انطباق مصوبه با موازین اسلامی باشد و از سوی دیگر مصوبه مغایرتی با احکام شرعی نداشته باشد. طبق این تفسیر قانون اساسی در راستای تحقق نظارت تقنینی شورای نگهبان بر قوانین و مقررات، دو تکلیف برای این نهاد مقرر کرده است. نخست آنکه شورای نگهبان در فرآیند انجام وظیفه تقنینی خود وظیفه احراز عدم مغایرت مصوبه یا مقرره با احکام اسلام را دارد، اما عبارات مذکور در اصل چهارم و صدر اصل نود و چهارم ظرفیتی فراتر و بلکه تکلیفی مضاعف برای شورای نگهبان ایجاد کرده است که به موجب آن، شورای نگهبان موظف است نسبت به انطباق یک مصوبه با موازین اسلام نیز اظهار نظر کند.

این نگاه مبتنی بر مدل تقنینی است که قانون اساسی بیان کرده است زیرا عبارات متعدد قانون اساسی در مقدمه و اصول متعدد، مشعر بر آن است که قانون اساسی یک نظام تقنینی اسلامی به صورت حداکثری را تدوین کرده است. در صورتی که الگوی نظارت حذاقلی که در قالب مدل عدم مغایرت بیان می شود، نمی تواند اهداف قانون اساسی در حوزه تقنین را محقق کند. چه آنکه عدم مغایرت با شرع یک امر سلبی است و یک امر سلبی نمی تواند مثبت یک امر ایجابی باشد. در محل بحث نیز ما نمی توانیم با احراز عدم مغایرت مصوبه با شرع ادعا کنیم که مصوبه ای که از این فرآیند عبور کرده است، اسلامی است؛ زیرا زمانی می توان اسلامی بودن یک مصوبه را احراز کرد که دلایل مثبتة ناظر بر اسلامی بودن آن مصوبه باشد. در این صورت قانونی مشروع و در راستای نظام تقنینی اسلامی به صورت حداکثری خواهد بود که ازسویی مغایرتی با احکام اسلامی نداشته باشد و ازسوی دیگر منطبق با موازین اسلامی تهیه شده باشد.

اما همان طور که بیان شد، شورای نگهبان در رویه فعلی خود میان انطباق یک مصوبه بر موازین اسلام و عدم مغایرت آن با احکام اسلام تفکیک قائل نبوده و تنها با عبارت «این مصوبه مغایر موازین شرع شناخته نشد»، بسنده کرده است. این درحالی است که این مدل از اظهار نظر به صورت تام و تمام منطبق با مبنای حاکمیت قوانین الهی در نظام تقنینی ایران نیست و این رویه نیازمند تتمیم و تکمیل است.

ضرورت تغییر رویه فعلی، با التفات به بندهای ۱ و ۲ سیاست های کلی قانونگذاری ابلاغی ۱۳۹۸/۷/۶ مقام معظم رهبری ملموس تر است. چه آنکه مقام معظم رهبری موازین شرع را اصلی ترین مبنای قانونگذاری دانسته و از صاحب نظران راهکاری برای تضمین اجرای اصل چهارم قانون اساسی مطالبه کرده اند. هرچند تکلیف اولیه در عمل به بندهای یادشده با مجلس شورای اسلامی است، اما شورای نگهبان نیز به مثابه پاسدار شرع و قانون

اساسی در حیطه تقنین، نمی‌تواند وظیفه خود را با وجود صراحت‌های مذکور در اصول متعدد قانون اساسی و نیز مبنای مهم حاکمیت شرع، محدود به اعلام عدم مغایرت مصوبات با موازین شرع کند. چه‌آنکه قانون اساسی احراز عدم مغایرت مصوبات با احکام اسلام و نیز انطباق آنها با موازین اسلام را از شورای نگهبان مطالبه کرده است؛ لذا شورا با عذر صعوبت نمی‌تواند از زیر بار عمل به این تکلیف شانه خالی کند.

بنابراین باتوجه به اصول متعدد قانون اساسی و لزوم جمع میان الگوی انطباق و عدم مغایرت مشخص گردید که بیان مطابقت و عدم مغایرت قانون نسبت به موازین اسلامی و احکام اسلامی از باب تعارض و از باب تفنن در قانونگذاری نبوده است، بلکه باتوجه به متعلق هر کدام از این الگوها می‌توان چنین گفت که قانون اساسی دو وظیفه برای شورای نگهبان در نظر گرفته است. نخست احراز مطابقت مصوبات با موازین اسلام که این موازین از ادله اربعه استنباط می‌شود و قوام احکام اسلامی مبتنی بر آنهاست. وظیفه دیگر نظارت بر عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام شرعی است.

اما در مقابل این تفسیر که جامع اصول قانون اساسی در خصوص الگوی مشروعیت قوانین است، برخی بر این باورند که شورای نگهبان به این دلیل الگوی عدم مغایرت را برگزیده است که در بسیاری از موضوعات تقنینی، امکان تحقق انطباق قانون با شرع وجود ندارد. چه‌آنکه در بسیاری از موضوعاتی که قانونگذار در خصوص آنها اقدام به قانونگذاری می‌کند، سابقه فقهی وجود ندارد و در نتیجه نهاد مقنن و ناظر نمی‌توانند انطباق مصوبه با شریعت را احراز کنند. از سوی دیگر ممکن است موضوعی که مورد تقنین قرار می‌گیرد، از امور مستحدثه باشد و حکمی در خصوص آن استنباط نشده باشد. در این صورت انطباق قانون با شرع در بسیاری از موضوعات قانونی ممکن نیست و شورای نگهبان لاجرم مشروعیت مصوبات را با استفاده از الگوی عدم مغایرت احراز می‌کند.

پاسخ به این اشکال منوط به تبیین نظام مطلوب تقنینی در اسلام است.

در همین راستا در ادامه نظام مطلوب تقنین در اسلام که در راستای نظریه این نوشتار است، تبیین می‌گردد.

۴. تبیین الگوی مطلوب تقنین در اسلام

پس از تبیین الگوی مدنظر قانون اساسی در این قسمت به بازشناسی الگوی مطلوب نظام تقنینی اسلام پرداخته می‌شود و به این سؤال پاسخ داده می‌شود که الگوی مطلوب تقنینی در اسلام، الگوی انطباق مصوبات با شریعت است یا مدل مطلوب تقنینی در اسلام الگوی عدم مغایرت مصوبات با شرع را نیز پذیرفته است؟

با این توضیح که الگوی عدم مغایرت یک مدل حداقلی است که یک امر عدمی را بیان می‌کند؛ حال آنکه به وسیله یک امر عدمی (الگوی عدم مغایرت) نمی‌توان یک امر ایجابی (مشروعیت قوانین) را استنباط کرد. چه آنکه مشروع بودن قانون نیازمند احراز است و احراز مشروع بودن قانون با یک امر عدمی میسر نمی‌شود. در همین راستا این نتیجه مستنبط است که الگوی عدم مغایرت نمی‌تواند الگوی مطلوب اسلام در امر تقنین باشد زیرا احراز مشروعیت قوانین تنها به وسیله الگوی مطابقت میسر می‌باشد، اما همان‌طور که بیان شد، این اشکال مطرح می‌شود که بسیاری از موضوعاتی که مورد تقنین قرار می‌گیرد، یا از امور مستحدثه‌ای است که حکم شرعی در خصوص آنها استنباط نشده است یا موضوعات تقنینی، موضوعاتی است که شرع در خصوص آنها اظهار نظری نکرده است. در این صورت چگونه می‌توان الگوی انطباق را در خصوص آنها مطرح کرد؟

در پاسخ به این اشکال باید به این نکته توجه داشت که فقها احکام اسلامی را به دو قسم احکام ثابت و متغیر تقسیم کرده‌اند و امر قانونگذاری در هر کدام از این دو قسم متفاوت است. در همین راستا در ادامه الگوی تقنینی مطلوب اسلام با توجه به تفاوت حکم ثابت و متغیر تبیین می‌شود.

۴-۱. الگوی تقنینی در مورد احکام ثابت و متغیر

تقنین در موضوعاتی که دارای حکم ثابتی است، مورد مناقشه فقها قرار ندارد و آنها بر این باورند که اگر موضوع تقنینی دارای حکم ثابتی باشد، قانون مطابق با آن حکم شرعی تعیین می‌گردد؛ برای مثال در خصوص بحث دیات یا قصاص یا ارث، قانونی مشروع است که بر اساس احکام مربوط به این بخش‌ها تدوین گردد، اما در مقابل احکام ثابت، دسته‌ای از احکام هستند که ناظر بر امور متغیر هستند. اموری مانند معاملات و دخل و خرج‌ها و تعداد نیروهای نظامی و بسیاری از مسائل اجتماعی و حکمرانی که در شرایط مختلف دارای احکام متفاوتی هستند و در خصوص این موضوعات احکام ثابت شرعی وجود ندارد؛ زیرا این احکام با تغییر شرایط زمانی و مکانی تغییر می‌کنند و اصولاً حکم ثابتی نمی‌توان برای این موضوعات تعیین نمود و جعل حکم ثابت برای این موضوعات موجب فساد می‌شود. با این توضیح که مصالح و مفاسدی که موجب صدور حکم می‌شود، در برخی از موضوعات امور ثابتی هستند؛ در نتیجه حکم نیز که تابع مصالح و مفاسد است، ثابت خواهد بود (سبحانی، ۱۴۱۳، ص ۲۲۰-۲۲۳). این در حالی است که این مصالح و مفاسد در خصوص برخی از موضوعات وجه ثابتی ندارند و در شرایط زمانی و مکانی مختلف تغییر می‌کنند. در این صورت به تبع تغییر شرایط زمانی و مکانی و تغییر مصالح و مفاسد، حکم نیز تغییر می‌کند (طباطبایی، [بی‌تا]، ص ۶۷ / مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۳۷-۴۰).

در همین راستا یکی از اندیشمندان معاصر احکام شرعی را به دو دسته احکام ثابت و احکام متغیر تقسیم کرده است. ایشان بر این نظر است که احکام ثابت خود به دو دسته قابل تقسیم است. دسته‌ای از این احکام، در خصوص موضوعات و نیازهای ثابت بشر وضع شده است و در همه شرایط زمانی ثابت و بدون تغییر است زیرا به امور فطری انسان که اموری تغییر ناپذیر است، مربوط می‌شود. دسته‌ای دیگر از احکام ثابت در مورد

موضوعات جدیدی است که موضوع آن تازه ایجاد شده و حکم آن به تازگی وارد دانش فقه شده است. این دسته از احکام نیز در زمره احکام ثابت قرار می‌گیرد؛ زیرا این دست از احکام نیز طبق روش استنباطی احکام ثابت از ادله استنباط می‌شوند. به گونه‌ای که اگر این موضوع در گذشته نیز اتفاق می‌افتاد، همین حکم برای آن استنباط می‌شد و همین روش استنباطی درخصوص آن به کار گرفته می‌شد.

اما این اندیشمند دسته سوم را احکامی می‌داند که برای رویدادهای جزئی و تغییرپذیر وضع می‌شوند. ایشان بر این باورند که حکم این موضوعات هرچند جزء احکام ثابت شرعی نیستند، ولی باید بر اساس ضوابط کلان اسلامی و طبق آموزه‌های فقهی و حقوقی استنباط شوند. این دسته از احکام مانند دیگر احکام شرعی دارای ثبات نیستند و بر اساس نیازها و مصالحی که وجود دارد، وضع می‌گردد؛ لذا این دسته از احکام، فرامینی هستند که دوام آنها مبتنی بر شرایط زمانی و مکانی و حفظ مصالح و مفاسدی است که حکم باتوجه به آنها صادر شده است. به دیگر سخن این حکم تا زمانی بر قوت خود باقی است که شرایطی که در وضع آنها مورد ملاحظه قرار گرفته است، پابرجا باشد (جوادی آملی، ۱۳۸۶، ص ۳۶۶-۳۶۹).

ایشان بر این باورند که صلاحیت تعیین این دسته از احکام، در اختیار ولی امر قرار دارد و فقیه عادل نیز به وسیله مشورت با کارشناسان امر و بر اساس موازین کلان اسلامی از جمله عدالت، امانت و... حکم موضوعات متغیر را تعیین می‌کند (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ص ۴۴۸-۴۵۰) و حجیت آنها مبتنی بر حجیت حکم ولی امر بر امر زعامت است.

فقه‌ها بر این باورند که جعل حکم ثابت برای مسائل متغیر بر خلاف حکمت الهی است زیرا تعیین حکم ثابت برای این موضوعات منجر به عسر و حرج مردم و مکلفین می‌شود و نظام اسلامی را در انجام وظایفش ناکارآمد و ناتوان نشان می‌دهد.

دومین محذوری که تعیین حکم ثابت برای موضوعات متغیر دارد، محدود شدن اختیارات حاکم اسلامی در تعیین مصالح جامعه است. با این توضیح که احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند و زمانی که شارع مقدس حکمی را برای موضوعی وضع کند، حاکم اسلامی تنها در صورتی می‌تواند آن حکم را تغییر دهد که مصلحت اهمی از مصلحت موجود در حکم اولی وجود داشته باشد تا این مصلحت اهم بتواند منجر به تغییر حکم شود. از سوی دیگر مصلحت اهم باید مورد تأیید شارع مقدس نیز باشد تا با استناد به آن بتوان با تمسک به عناوین ثانوی حکم اولی را به حکم ثانوی تغییر داد. این در حالی است که احراز مصلحت شارع کار آسانی نیست و بدین ترتیب نمی‌توان به آسانی حکم ثانوی را جایگزین حکم اولی کرد؛ در این صورت اختیارات ولی فقیه در اداره حکومت بسیار محدود می‌شود. چه‌آنکه ولی فقیه در مقابل بسیاری از موضوعات متغیر قرار می‌گیرد که شارع مقدس برای آن مسائل احکام ثابتی را تعیین کرده است و امکان تغییر آنها وجود ندارد و این امر برخلاف حکمت الهی است. اما اگر قائل به آن شویم که برای موضوعات متغیر، حکم ثابت شرعی وجود ندارد، ولی امر می‌تواند با تمسک به مصالحی که بعد از مشورت با کارشناسان تشخیص می‌دهد، حکم آن موضوع را با توجه به شرایط زمانی و مکانی و تغییر مصالح و مفاسد تعیین کند. در این صورت دیگر لازم نیست ولی امر برای تعیین حکم جدید مصلحت اهم را تشخیص دهد (ارسطا، ۱۳۹۲، ص ۶۵۰-۶۷۲). پس از تبیین جایگاه حکم ثابت و متغیر در شریعت و چگونگی تعامل با آن، چگونگی قانونگذاری در خصوص این دسته از احکام مورد توجه قرار می‌گیرد.

۴-۲. چگونگی تعیین قانون در مورد مسائل متغیر

همان‌طور که بیان شد، تعیین حکم ثابت در خصوص موضوعات متغیر برخلاف حکمت الهی است. در همین راستا در شریعت برای موضوعات متغیر حکم ثابتی

وضع نشده است و تعیین آن احکام باتوجه به شرایط زمانی و مکانی و باتوجه به مصالح و مفاسدی که در زمان‌های مختلف وجود دارد، به ولی امر سپرده شده است تا وی بر اساس موازین کلان اسلامی حکم مسائل متغیر را تعیین کند.

سؤالی که درخصوص این دسته از احکام ایجاد می‌شود آن است که چرا در تعیین قانون برای موضوعات متغیر از ضوابط کلان اسلامی استفاده می‌شود و به ادراکات عقلی بسنده نمی‌شود و تعیین حکم درخصوص این موضوعات مانند دیگر نظامات تقنینی به عقل سپرده نمی‌شود؟

در پاسخ به این پرسش باید به این نکته توجه داشت که حکم عقل در بسیاری از امور از حکم شارع کفایت نمی‌کند. چه‌آنکه عقل مدرک کلیات است و در تشخیص مصادیق و جزئیات نمی‌تواند حکم دقیقی ارائه دهد (علامه حلی، ۱۳۷۱، ص ۲۵). برای مثال عقل آدمی کلیت حسن عدالت را درک می‌کند اما از تشخیص مصادیق آن قاصر است؛ برای مثال عقل در تشخیص تقدم هر کدام از مصالح خمس که فقها آن را در ضمن مصلحت حفظ جان، دین، ناموس، مال و عقل بیان می‌کنند، ناتوان است و نمی‌تواند در شرایط مختلف اولویت را تشخیص دهد؛ لذا لازم است تا تعالیم شرعی در این موضوعات به کمک عقل آمده و رهنمون آن باشد. در این صورت شارع مقدس ضوابط کلان اسلامی مانند سهولت^۱، نفی حرج^۲، عدالت^۳ و... را بیان می‌کند و مقرر می‌دارد حکمی که درخصوص موضوعات متغیر وضع می‌گردد، باید مطابق با این موازین تعیین گردد.

بنابراین قانون درخصوص موضوعاتی که فاقد حکم ثابت شرعی هستند یا به تعبیر مرحوم نائینی غیرمنصوص هستند، نمی‌تواند مطابق با شریعت باشد، بلکه حکم این سلسله از موضوعات، باید مطابق با ضوابط کلان شریعت مانند عدالت، امنیت، کرامت انسانی، نظم، سهولت و... تدوین گردد.

۱. «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره: ۱۸۵).

۲. «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۷۸).

۳. «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ» (حدید: ۲۵).

تفاوت دیگری که در تقنین احکام ثابت و متغیر وجود دارد، آن است که قانون در خصوص موضوعاتی که دارای حکم ثابت شرعی است، تنها به یک شکل می‌تواند صادر گردد؛ برای مثال قانون در خصوص حکم ربا فقط می‌تواند ناظر بر حرمت ربا باشد. در این صورت تنها همین صورت از قانون مشروع خواهد بود؛ بدین معنا که قانون تنها در صورتی مشروع است که مطابق با این حکم شرعی باشد، اما در خصوص موضوعات متغیر، باتوجه به اینکه حکم شرعی ثابتی در خصوص آنها وجود ندارد، قانون باید از سویی با دیگر احکام شرعی مغایرتی نداشته باشد و از سویی دیگر برای اینکه مشروعیت آن احراز شود، باید مطابق با موازین اسلامی باشد.

۴-۳. چگونگی استخراج موازین اسلامی و رفع تعارض میان آنها

یکی از مهم‌ترین مباحثی که در راستای تنقیح نظر این نوشتار مبنی بر انطباق قوانین با موازین اسلامی باید مورد توجه قرار گیرد، پاسخ به این سؤال است که مصادیق موازین اسلامی چیست و چگونه این موازین از ادبیات اسلامی استخراج می‌شود؟ در نهایت باید به این سؤال پاسخ داده شود که اگر در مواردی برخی از این موازین در عالم خارج و در تهیه قانون با یکدیگر تعارض پیدا کند، چگونه باید عمل کرد؟ در جهت پاسخ به این سؤال می‌توان گفت کشف موازین اسلامی می‌تواند از چند طریق انجام شود که در ادامه به بیان آن پرداخته می‌شود.

۴-۳-۱. استفاده از استقراء

فقها و صاحب‌نظران در خصوص استقراء بیان داشته‌اند که استقراء هر استدلالی است که ما را از خاص به عام می‌رساند (صدر، ۱۳۵۹، ص ۸). در این روش محقق با مطالعه ادله شرعی و دستورات خرد که در آیات و روایات بیان شده است، به بنیان و ریشه این اوامر پی برده و می‌تواند بدین وسیله ضابطه و میزانی که شارع در نظر داشته و این اوامر را بر اساس آن صادر کرده است، به دست آورد. در همین راستا برخی استقراء را به معنای تتبع

معانی احکام در دلالت‌های مشترکشان تفسیر نموده‌اند که از توجه به آنها ضوابط کلانی به‌دست می‌آید (ریسونی، ۱۹۹۱، ص ۸). در میان فقهای شیعه نیز هرچند برخی استقراء را یقین‌آور ندانسته‌اند اما در مقابل برخی از قواعد فقهی مورد قبول فقها از طریق استقراء به‌دست آمده است (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۲۲۴). مانند قاعده اصالت صحه (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۱۲۲) یا قاعده معذوریت جاهل که فقها ریشه آن را استقراء دانسته‌اند (صدر، ۱۳۹۵، ص ۱۶۲). بنابراین فقهای شیعه نه‌تنها استقراء اطمینان‌بخش را حجت دانسته‌اند، بلکه به واسطه آن اقدام به استخراج قواعد فقهی کرده‌اند. به‌نظر می‌رسد موازین اسلامی را نیز می‌توان از طریق استقراء به‌دست آورد. موازینی که چراغ راهی برای مقنن است تا با توجه به این موازین، قوانین مشروعی را تقنین نماید. یکی از این موازین بحث کرامت انسانی است. با این توضیح که با مذاقه و استقراء در ادله شرعی این مطلب قابل فهم است که یکی از ضوابطی که شارع مقدس در فرامین خود بدان توجه داشته است، مسئله صیانت از کرامت انسان به‌خصوص مومنین و شهروندان جامعه اسلامی است. در این راستا می‌توان به آن دسته از روایاتی اشاره کرد که در جهت توجه به ارزش والای انسانی صادر شده است؛ برای مثال خداوند متعال انسان را خلیفه خود در زمین قرار داده^۱ و بدین وسیله او را بر دیگر موجودات برتری داده است یا در روایتی حرمت مومن فراتر از حرمت کعبه دانسته می‌شود.^۲ یا از فرامینی که درخصوص ممنوعیت غیبت، تهمت و بسیاری از امور دیگر به‌دست می‌آید آن است که نقطه تلاقی و محوری این دستورات صیانت از کرامت انسان و مومنین است تا به واسطه این امور مخدوش نگردد. این ادله مشعر بر ارزش انسان و لزوم حفظ کرامت او است. در همین راستا با توجه به این میزان اسلامی مقنن موظف است در قانونگذاری از وضع قوانینی که موجب مخدوش شدن کرامت

۱. «قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً» (بقره: ۳۰).

۲. «الْمُؤْمِنُ أَغْظَمُ حُرْمَةً مِنَ الْكُفَّةِ» (ابن بابویه، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۲۷).

شهروندان جامعه اسلامی می‌شود، حذر کند.

یکی دیگر از موازینی که می‌توان از طریق استقراء در ادله شرعی به آن پی برد، بحث رعایت انصاف در شریعت است. به گونه‌ای که باتوجه به روایاتی که درخصوص این موضوع وجود دارد، می‌توان از آن به‌عنوان یکی از موازین اسلامی که در تمشیت امور اجتماعی مورد توجه قرار گرفته است، یاد کرد. به‌دیگرسخن از مجموع روایاتی که درخصوص انصاف وجود دارد و باتوجه به جایگاه انصاف در روابط اجتماعی^۱ می‌توان آن را به‌عنوان یکی از موازین اسلامی مورد بازشناسی قرار داد. دراین خصوص می‌توان به روایاتی که انصاف را موجب عدالت، می‌داند و از آن به‌عنوان یکی از صفات حکمرانان یاد می‌شود، اشاره کرد.^۲

۴-۳-۲. بیان انشا در قالب جملات خبری

یکی از مهم‌ترین وجوهی که موازین اسلامی در قالب آنها بیان می‌شود، تعالیم انشایی است که در قالب جملات خبری بیان می‌شود. زبان‌شناسان این مدل از بیان را ناظر بر تاکید بیش از اندازه نزد متکلم می‌دانند. در این مواقع متکلم موضوعی را که ماهیت انشائی دارد را در قالب جمله خبری بیان می‌کند. به این معنا که تحقق موضوع انشاء امری قطعی و بدیهی است؛ لذا مفاد انشایی را در قالب جمله خبری بیان می‌کند.

در مقام تعیین موازین اسلامی نیز می‌توان در میان ادله به برخی از این بیانات مواجه شد که بیانگر امور قطعی است که شارع مقدس امثال آنها را امری بدیهی و مفروض می‌داند. خداوند سنن خود را که امری قطعی و بدیهی هستند را در این قالب بیان می‌کند. در همین راستا می‌توان از این مدل جملات برخی از موازین اسلامی را استخراج کرد؛ برای مثال خداوند حرجی

۱. «الْإِنصَافُ يَرْفَعُ الْخِلَافَ وَ يُوَجِّبُ الْإِيتِلَافَ: انصاف، اختلافات را از بین می‌برد و موجب الفت و همبستگی می‌شود» (لیثی واسطی، ۱۳۷۶، ص ۲۶).

۲. «الْإِنصَافُ زَيْنُ الْإِمْرَةِ: انصاف، زیور زمامداری است». «مَنْ مَنَعَ الْإِنصَافَ سَلَبَهُ اللَّهُ الْإِمْكَانَ: کسی که انصاف (عدالت) به خرج ندهد، خداوند قدرت را از او بگیرد». «زُكَاةُ الْقُدْرَةِ الْإِنصَافُ: زکاتِ قدرت، انصاف است» (تمیمی آمدی، ۱۴۱۰، ص ۵۱).

نبودن احکام را به همین صورت بیان می‌کند و می‌فرماید: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ». اصل عدم وجود ضرر و زیان در اسلام را نیز می‌توان در قالب این روش استنباط کرد. آنجا که نبی مکرم اسلام در روایت مشهور «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۸۰) این سنت الهی را بیان می‌کند. بیان ایشان مستلزم آن است که هر قانونی که متضمن ایجاد ضرر و زیان نسبت به جامعه مسلمین شود، از نظر شارع مقدس قانون مشروعی نخواهد بود.

۴-۳-۳. بیان برخی موازین اسلامی در آیات و روایات

در برخی از موارد مشاهده می‌شود که شارع مقدس پس از بیان تعدادی از احکام، دلیلی را برای احکام پیش گفته بیان می‌کند. به گونه‌ای که به نظر می‌رسد این احکام مبتنی بر این اصل و میزان کلی جعل شده است؛ برای مثال خداوند در آیه ۱۸۵ سوره مبارکه بقره پس از بیان احکام روزه افراد مریض و مسافر این نکته کلیدی را بیان می‌کند که «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ». از سیاق کلام شارع این امر فهمیده می‌شود که دلیل این احکام، حکم کلی سهولت در دین است. در همین راستا فقیه محقق می‌تواند با استخراج این امور به برخی از موازین اسلامی که احکام شرعی مبتنی بر آنها تنظیم شده است، دست یابد و آنها را به عنوان موازین اسلامی در اختیار مقنن قرار دهد تا قوانین بر اساس آنها تنظیم گردد.

۴-۳-۴. صراحت در بیان موازین

در برخی از ادله شرعی این امر مشاهده می‌شود که برخی از موازین اسلامی صراحتاً در قالب یک دلیل شرعی بیان شده است؛ برای مثال می‌توان به روایت «الْعَدْلُ حَيَاةُ الْأَحْكَامِ» اشاره کرد که در آن حضرت عدل را باعث حیات و قوام احکام دانسته‌اند. به گونه‌ای که عدل ریشه و بنیان احکام است. از این نوع از ادله نیز می‌توان برخی از موازین اسلامی را استنباط و کشف نمود. یکی دیگر از موازینی که می‌توان مستقیماً از نص روایات کشف کرد،

اخلاق مداربودن قانون است؛ بدین معنا که قانون نمی‌تواند معیارهای اخلاقی را رعایت نکند. مهم‌ترین نصی که در این خصوص وجود دارد، روایت معروف «إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۶۸، ص ۳۸۲) است که پیامبر در این روایت هدف از رسالت خود را احیای اخلاق خدایی می‌داند؛ لذا می‌توان اخلاق‌مداری الهی را به‌عنوان یکی از موازین مهم اسلامی دانست. در همین راستا باید گفت مقنن و نهاد ناظر بر قوانین ملزم است در تعیین قوانین و نظارت بر آن به این نکته توجه داشته باشند که قوانین باید واجد معیارهای اخلاقی باشد؛ لذا قانونی که امور اخلاقی در آن مخدوش است، نمی‌تواند قانون مورد نظر شارع باشد.

برخی از موازین هستند که عقل صراحتاً مذمومیت آن را درک می‌کند؛ برای مثال می‌توان به ظلم کردن اشاره کرد. ظلم و مذمومیت آن در بسیاری از منابع نقلی بیان شده و عواقب ناخوشایند آن نیز بیان شده است، اما فارغ از ادله نقلی، عقل انسانی نیز ناظر بر مذمومیت ظلم است؛ بنابراین می‌توان برخی از این موازین را از حکم قطعی عقل نیز استنباط و کشف کرد. در این موارد روایات بیانگر مصادیق ادراکات عقلی خواهند بود.

یکی دیگر از موازینی که هم عقل و هم ادله نقلی آن را به‌عنوان یکی از موازین اسلام در امر زمامداری معرفی می‌کند، بحث حفظ امنیت در جامعه است؛ زیرا اگر جامعه‌ای فاقد امنیت باشد، رسیدن جامعه به اهداف ترسیم‌شده امری غیرممکن خواهد بود؛ زیرا امنیت یکی از پیش شرط‌های رشد و تعالی جامعه و دستیابی به اهداف جامعه است. در همین راستا می‌توان حفظ امنیت را به‌عنوان یکی از موازین اسلامی در امور اجتماعی دانست؛ لذا مقنن موظف است در تنظیم قوانین به این مهم توجه کند و قوانینی را که می‌تواند امنیت اقتصادی، اجتماعی و... را مختل کند، تصویب نکند.

۴-۳-۵. مقاصد شریعت

مقاصد شریعت اهدافی است که شریعت از وضع احکام شرعی دنبال

می‌کند؛ مقاصد شریعت از استقراء در ادله شرعی و قطع بر مقصود بودن آن مقصد نزد شارع کشف می‌شود؛ ولی این مطلب به این معنا نیست که می‌توان تمام مقاصد شریعت را کشف کرد زیرا در پاره‌ای از موارد راه مشخصی برای فهم آنها در شریعت مطرح نشده است. نگاه ما به مقاصد شریعت، دلیلی در کنار ادله اربعه نیست، بلکه مقاصد شریعت مانند سیره عقلاء و ارتکاز عقلاء طریقی برای رسیدن به ادله اربعه است و همان‌طور که سیره ما را به‌سوی سنت رهنمود می‌کند و خود دلیل مجزایی نیست، مقاصد شریعت نیز به همین شکل است. به این معنا که مقاصد، فقیه را در مسیر کشف حکم شرعی یاری می‌دهد و فهم صحیحی از نص را مهیا می‌کند؛ به گونه‌ای که اگر استنباط فقیه از نص در راستای مقاصد شریعت نباشد، فقیه باید در مقدمات و ادله‌ای که به آنها تمسک کرده است، مذاقه بیشتری بکند.

با این توضیح می‌توان گفت مقاصد شریعت می‌تواند یکی از ابزارهایی باشد که بتوان با تمسک به آن برخی از موازین اسلامی را از ادله استخراج کرد. به گونه‌ای که با مذاقه در این مقاصد می‌توان موازینی را در وضع احکام به‌دست آورد که این موازین به‌صورت کلان امور مهمی هستند که شارع آنها را در تشریع احکام مورد توجه قرار داده است و همین امر مشعر بر اهمیت آن موازین است و همین موازین مستخرجه می‌تواند به‌عنوان موازینی در امر قانونگذاری نیز مورد ملاحظه قرار گیرد.

پس از بیان موازین اسلامی و چگونگی کشف آنها باید به این سؤال پاسخ داد که در صورت تعارض میان این موازین کدام یک از آنها مقدم خواهد بود. در پاسخ باید گفت همان‌طور که فقها در قواعد فقهی بحث حکومت برخی از قواعد بر دیگر قواعد را مطرح می‌کنند (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۶۳/ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۸۱)، درخصوص این موازین نیز می‌توان قائل به تقدم یا حکومت برخی از موازین بر دیگر

موازین شد؛ بدین معنا که باتوجه به اهمیتی که برخی از این موازین دارد و رعایت آن مورد اهتمام شارع بوده است، می‌توان آنها را بر دیگر موازین حاکم دانست؛ برای مثال میزان عدالت و نفی ضرر بر دیگر موازین مقدم می‌گردد و در تعارض این موازین با یکدیگر می‌توان این موازین را حاکم بر دیگر موازین دانست. وظیفه تشخیص این تقدم بر عهده فقهای شورای نگهبان است که باتوجه به ملکه اجتهادی که در ایشان وجود دارد، ازسوی این موازین را استنباط کنند و در مقام تعارض حکومت این موازین نسبت به دیگر موازین را تشخیص داده و در مرحله اجرا به منصفه ظهور برسانند.

نتیجه

فرآیند تقنین در اسلام را می‌توان ذیل چهار مرحله توصیف کرد. در مرحله نخست تعالیم اسلامی توسط خداوند متعال جعل می‌گردد. در مرحله دوم نبی مکرم اسلام و ائمه هدی علیهم‌السلام به تبیین و تفسیر تعالیم الهی می‌پردازند. در مرحله سوم فقهای جامع الشرایط حکم موضوعات مختلف را باتوجه به ادله شرعی که همان تبیینات معصومین علیهم‌السلام است، استنباط می‌کنند. در مرحله چهارم نیز نهاد مقنن باتوجه به آموزه‌های دینی، اقدام به وضع برنامه‌ها و تعیین الزاماتی برای اداره جامعه می‌کند که این الزامات لاجرم باید منطبق با تعالیم اسلامی باشد تا بتوان آن قوانین را متصف به وصف اسلامیت دانست، اما انطباق قوانین با تعالیم اسلامی با این چالش مواجه بود که در بسیاری از موضوعات تقنینی، حکم شرعی ثابتی وجود ندارد تا بتوان قانون را منطبق بر آن تعیین نمود؛ زیرا احکام شرعی ثابت شامل تمام موضوعات تقنینی نمی‌شود و بسیاری از موضوعات تقنینی در قالب احکام متغیر شرعی بیان می‌شود. در این صورت بسیاری از موضوعات تقنینی حکم ثابت شرعی ندارد تا بتوان قانون را با آنها منطبق کرد زیرا آن احکام با تغییر شرایط تغییر می‌کند. ازسوی دیگر و درخصوص این موضوعات نمی‌توان به صرف عدم

مغایرت قانون با شرع بسنده کرد و از عدم مغایرت، مشروع بودن قانون را استنباط نمود؛ زیرا الگوی عدم مغایرت یک امر عدمی است و با یک امر عدمی نمی‌توان یک امر ایجابی که مشروع بودن قوانین با شرع است را استنباط کرد.

این نوشتار در راستای رفع این چالش این پیشنهاد را مطرح کرد که قانون درخصوص موضوعاتی که حکم ثابت شرعی درمورد آنها وجود دارد، باید منطبق با آن حکم ثابت شرعی باشد، اما درخصوص موضوعاتی که حکم شرعی ثابتی درمورد آنها وجود ندارد، قوانین باید علاوه بر اینکه مغایرتی با احکام شرعی در ابواب مختلف فقهی نداشته باشد، باید منطبق با موازین اسلامی نیز باشد؛ زیرا تنها در این صورت است که می‌توان ادعا کرد که این دسته از قوانین مشروع است؛ زیرا مشروع بودن قانون یک امر ایجابی است و احراز انطباق با شرع را می‌طلبد. حال اگر این انطباق با احکام شرعی ممکن باشد، قانون منطبق با حکم شرعی تعیین می‌گردد، اما اگر به دلیل متغیر بودن حکم شرع نتوان قانون را با حکم شرعی منطبق کرد، لازم است تا قانون با موازین اسلامی منطبق باشد تا بدین وسیله انطباق قانون با شرع احراز شود.

مفاد قانون اساسی را نیز می‌توان بر اساس تفسیری حکیمانه، ناظر بر تبیین فوق دانست. چه آنکه قانونگذار اساسی با التفات به این مطلب که انطباق قانون و شرع در تمامی موضوعات تقنینی ممکن نیست، انطباق با موازین اسلامی را لازم دانسته و بحث انطباق با احکام شرعی را مطرح نکرده است و در همین راستا مدل عدم مغایرت با احکام شرعی را طرح کرده و آن را کافی دانسته است. در این صورت می‌توان گفت قانون اساسی دو ملاک برای مشروعیت قوانین مطرح کرده است، نخست آنکه قانون منطبق با موازین اسلامی باشد تا از این طریق مشروعیت قوانینی که حکم شرعی ثابتی درخصوص آنها وجود ندارد، احراز شود و از سوی دیگر این قوانین

مغایرتی با احکام شرعی نداشته باشد. در این صورت شورای نگهبان در راستای انجام وظایف قانونی خود موظف است قوانین را از دو جهت مورد بررسی قرار دهد. نخست آنکه آن قانون مغایرتی با احکام شرعی نداشته باشد و از سوی دیگر این قوانین باید مطابق با موازین اسلامی از جمله مطابق با اصل عدالت، امنیت، نظم، سهولت، پرهیز از ایجاد ضرر و زیان و عسر و حرج و... باشد. این موازین از طرقی مانند استقراء، توجه به دلیل احکام، بیان صریح ادله شرعی و... قابل استخراج از آموزه‌های اسلامی است.

اما اگر با نگاه وسیع‌تری با موضوع مواجه شویم لازم است تا مدلی مطرح گردد که در آن قبل از مرحله نظارت، فرایند قانونگذاری مبتنی بر موازین اسلامی انجام پذیرد. در همین راستا این مهم مستلزم آن است که الگویی مطلوب برای قانونگذاری مبتنی بر موازین اسلامی تهیه گردد. به این معنا که اصول تقنینی مبتنی بر موازین اسلامی استخراج شود. این نوشتار تلاش کرد تا در حد وسع خود و به عنوان سنگ بنایی در این خصوص اقدام کند و برخی از موازین مهم و طرق دستیابی به آنها را به عنوان فتح بابی در این خصوص مطرح کند، اما این مهم نیازمند نگارش مقاله‌ای مجزا در این حوزه است تا بتواند اصول تقنینی را مبتنی بر موازین اسلامی تدوین کند و شرایطی را مهیا سازد تا مصوبه پیش از ورود به مرحله نظارت از موازین اسلامی اشراق شده باشد. در این صورت نظارت نهاد ناظر نیز اصولی‌تر، ضابطه‌مندتر خواهد بود.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ گونه 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

- آلوسی، سید محمود؛ *روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم*؛ بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی؛ *الخصال*؛ قم: جامعه مدرسین، ۱۳۶۲.
- ارسطا، محمدجواد و محمد مهدی فر؛ *فقه اجتماعی*؛ قم: انتشارات مکتب اندیشه، ۱۳۹۹.
- ارسطا، محمدجواد؛ «حکم حکومتی و قانون»، مجموعه مقالات همایش فقه و قانون؛ چ ۲، قم: انتشارات زینی، ۱۳۹۲.
- انصاری، مرتضی؛ *فرائد الأصول*؛ قم: مجمع فکر الإسلامی، ۱۴۲۲ ق.
- تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد؛ *غرر الحکم و درر الکلم*؛ چ ۲، قم: دارالکتاب الإسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- جواد آملی، عبدالله؛ *جامعه در قرآن*؛ چ ۳، قم: نشر اسراء، ۱۳۸۹.
- جواد آملی، عبدالله؛ *شریعت در آینه معرفت*؛ چ ۵، قم: نشر اسراء، ۱۳۸۶.
- حسینی شیرازی، سید محمد؛ *الفقه، القانون؛ بیروت: مرکز الرسول الأعظم للتحقیق والنشر*، ۱۴۱۹ ق.
- حکیم، محمد تقی؛ *الأصول العامة للفقه المقارن*؛ قم: انتشارات آل البيت علیه السلام، ۱۹۷۹ م.
- حکیمی، محمدرضا؛ «احکام دین و اهداف دین»، *مجله نقد و نظر*؛ ش ۱، دی ۱۳۷۳، ص ۱۰۷-۱۲۲.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ *الجواهر النضید*؛ چ ۵، قم: نشر بیدار، ۱۳۷۱.
- خمنی، سید روح الله؛ *الرسائل*؛ قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
- ریسونی، احمد؛ *نظریة المقاصد عند الإمام الشاطبی*؛ رباط: دارالأمان، ۱۹۹۱ م.
- سبحانی، جعفر؛ *مع الشيعة الإمامية؛ تهران: نشر شعر*، ۱۴۱۳ ق.
- صدر، سید محمد؛ *ما وراء الفقه؛ بیروت: دارالأضواء*، ۱۴۲۰ ق.
- صدر، سید محمد باقر؛ *الإسلام يقود الحياة؛ قم: مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر*، ۱۴۲۱ ق.
- صدر، سید محمد باقر؛ *المعالم الجديدة للأصول*؛ قم: کتافروشی النجاش، ۱۳۹۵.
- صدر، سید محمد باقر؛ *مبانی منطقی استقراء؛ ترجمه احمد فهری زنجانی؛ تهران: پیام آزادی*، ۱۳۵۹.

■ الگوی مطلوب نظارت شرعی بر قانونگذاری از منظر انطباق و عدم مغایرت در قانون اساسی

صلواتی، عباس؛ معیار مشروعیت مصوبات مجلس شورای اسلامی؛ انطباق یا عدم مغایرت (پایان نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشگاه تهران (دانشکده گان فارابی)، ۱۳۹۵.

طباطبایی، سید محمدحسین؛ المیزان فی تفسیر القرآن؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۷ ق.

طباطبایی، سید محمدحسین؛ فراهایی از اسلام؛ جمع آوری و تنظیم سید مهدی آیت اللهی؛ تهران: جهان آرا، [بی تا].

طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن؛ النهایة فی مجرد الفقه؛ چ ۲، بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.

علیدوست، ابوالقاسم؛ فقه و عقل؛ قم: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ چ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

لیثی واسطی، علی بن محمد؛ عیون الحکم والمواظ؛ قم: دارالحديث، ۱۳۷۶. متقی هندی، علی بن حسام الدین؛ کنز العمال فی سنن الاقوال والافعال؛ چ ۵، بیروت: مؤسسة الرساله، ۱۴۰۱ ق.

مجلسی، محمد باقر؛ بحار الأنوار؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق. مرعشی شوشتری، سید محمود؛ دیدگاه های نو در حقوق؛ چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۴۲۷ ق.

مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهیه؛ قم: مدرسه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱ ق. منتظری، حسین علی؛ دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیه؛ چ ۲، قم: المركز العالمی للدراسات الإسلامیه، ۱۴۰۹ ق.

منتظری، حسین علی؛ نظام الحکم فی الإسلام؛ چ ۲، قم: نشر سرائی، ۱۴۱۷ ق. موسوی بجنوردی، محمد حسن؛ القواعد الفقهیه؛ تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی؛ قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.

مهرپور، حسین؛ مجموعه نظریات شورای نگهبان «تفسیری و شرعی» (دوره اول از تیرماه ۱۳۵۹ تا تیرماه ۱۳۶۵)؛ تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۷.

نائینی، میرزا محمدحسین؛ تنبیه الأمة و تنزیه الملة؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ ق.

نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

نراقی، ملا احمد؛ عوائد الأيام؛ قم: مکتبه أعلام الإسلامی، ۱۴۱۷ ق. هاشمی شاهرودی، سید محمود و جمعی از پژوهشگران؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)؛ قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ق.

Reference

- Alusi, Sayyid Mahmoud; *Ruh al-Ma'ani fi Tafsir al-Qur'an al-Azim*; Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 1415 AH. [In Arabic]
- Ibn Babawayh, Muhammad ibn Ali; *Al-Khisal*; Qom: Jami'at al-Mudarrisin, 1362. [In Arabic]
- Arasta, Mohammad Javad and Mohammad Mahdi-far; *Social Jurisprudence*; Qom: Makth-e Andisheh Publications, 1399. [In Persian]
- Arasta, Mohammad Javad; "Governmental Decree and Law," in *Collection of Articles from the Conference on Jurisprudence and Law*; 2nd ed., Qom: Zeini Publications, 1392. [In Persian]
- Ansari, Morteza; *Fara'id al-Usul*; Qom: Majma' al-Fikr al-Islami, 1422 AH. [In Arabic]
- Tamimi Amidi, Abd al-Wahid ibn Muhammad; *Ghurur al-Hikam wa Durar al-Kalim*; 2nd ed., Qom: Dar al-Kitab al-Islami, 1410 AH. [In Arabic]
- Javadi Amoli, Abdullah; *Society in the Quran*; 3rd ed., Qom: Isra Publishing, 1389. [In Persian]
- Javadi Amoli, Abdullah; *Sharia in the Mirror of Knowledge*; 5th ed., Qom: Isra Publishing, 1386. [In Persian]
- Husseini Shirazi, Sayyid Muhammad; *Jurisprudence, the Law*; Beirut: Markaz al-Rasul al-A'zam for Research and Publishing, 1419 AH. [In Arabic]
- Hakim, Muhammad Taqi; *General Principles of Comparative Jurisprudence*; Qom: Al-Bayt Publications, 1979. [In Arabic]
- Hakimi, Mohammad Reza; "Religious Rulings and Religious Goals," *Naqd va Nazar Journal*; No. 1, January 1995, pp. 107–122. [In Persian]
- Hilli (Allameh Hilli), Hasan ibn Yusuf; *Al-Jawhar al-Nadid*; 5th ed., Qom: Bidar Publishing, 1371. [In Arabic]
- Khomeini, Sayyid Ruhollah; *Al-Rasa'il*; Qom: Isma'iliyan Publications, 1410 AH. [In Arabic]
- Raisuni, Ahmad; *The Theory of Objectives According to Imam al-Shatibi*; Rabat: Dar al-Aman, 1991. [In Arabic]
- Sobhani, Ja'far; *With the Imami Shi'a*; Tehran: Nashr-e Mash'ar, 1413 AH. [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Muhammad; *Mawara' al-Fiqh*; Beirut: Dar al-Adwa', 1420 AH. [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Muhammad Baqir; *Islam Guides Life*; Qom: Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr, 1421 AH. [In Arabic]

- Sadr, Sayyid Muhammad Baqir; *New Landmarks of Principles*; Qom: Al-Najah Bookstore, 1395. [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Muhammad Baqir; *Logical Foundations of Induction*; translated by Ahmad Fehri Zanjani; Tehran: Payam-e Azadi, 1359. [In Persian]
- Salavati, Abbas; *Criteria for the Legitimacy of Resolutions of the Islamic Consultative Assembly; Compliance or Non-Contradiction* (Master's thesis); Tehran: University of Tehran (Farabi Campus), 1395. [In Persian]
- Tabataba'i, Sayyid Mohammad Hossein; *Al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an*; Qom: Islamic Publications Office of the Society of Seminary Teachers of Qom, 1417 AH. [In Arabic]
- Tabataba'i, Sayyid Mohammad Hossein; *Highlights of Islam*; collected and edited by Sayyid Mahdi Ayatollah; Tehran: Jahan-Ara, [n.d.]. [In Persian]
- Tusi, Abu Ja'far Muhammad ibn Hasan; *Al-Nihayah fi Mujarrad al-Fiqh*; 2nd ed., Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, 1400 AH. [In Arabic]
- Alidoust, Abolqasem; *Jurisprudence and Reason*; Qom: Research Institute for Islamic Culture and Thought, 1383. [In Persian]
- Kulayni, Muhammad ibn Ya'qub; *Al-Kafi*; 4th ed., Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah, 1407 AH. [In Arabic]
- Laythi Wasiti, Ali ibn Muhammad; *Uyun al-Hikam wa al-Mawa'iz*; Qom: Dar al-Hadith, 1376. [In Arabic]
- Muttaqi Hindi, Ali ibn Husam al-Din; *Kanz al-Ummal fi Sunan al-Aqwal wa al-Af'al*; 5th ed., Beirut: Mu'assasat al-Risalah, 1401 AH. [In Arabic]
- Majlisi, Muhammad Baqir; *Bihar al-Anwar*; Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi, 1403 AH. [In Arabic]
- Mar'ashi Shoushtari, Sayyid Mahmoud; *New Perspectives in Law*; 2nd ed., Tehran: Mizan Publishing, 1427 AH. [In Persian]
- Makarem Shirazi, Naser; *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*; Qom: Amir al-Mu'minin School, 1411 AH. [In Arabic]
- Montazeri, Hossein-Ali; *Studies on the Guardianship of the Jurist and the Jurisprudence of the Islamic State*; 2nd ed., Qom: World Center for Islamic Studies, 1409 AH. [In Arabic]
- Montazeri, Hossein-Ali; *The System of Government in Islam*; 2nd ed., Qom: Sarayi Publishing, 1417 AH. [In Arabic]
- Mousavi Bojnourdi, Muhammad Hassan; *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*; edited by Mahdi Mehrizi and Muhammad Hassan Darayati; Qom: Al-Hadi Publishing, 1419 AH. [In Arabic]

Mehrpour, Hossein; *Collection of Opinions of the Guardian Council "Interpretive and Sharia" (First Period from July 1980 to July 1986)*; Tehran: Dadgostar Publishing, 1387. [In Persian]

Na'ini, Mirza Muhammad Hossein; *Tanbih al-Ummah wa Tanzih al-Millah*; Qom: Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom, 1424 AH. [In Persian]

Najafi, Muhammad Hassan; *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam*; Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi, 1404 AH. [In Arabic]

Naraqī, Mulla Ahmad; *Awa'id al-Ayyam*; Qom: Maktabat A'lam al-Islami, 1417 AH. [In Arabic]

Hashemi Shahroudi, Sayyid Mahmud et al.; *Encyclopedia of Jurisprudence According to the School of Ahl al-Bayt*; Qom: Institute for the Encyclopedia of Islamic Jurisprudence, 1426 AH. [In Persian]



A comparative study of quality fatwa in Islamic criminal law

Ruhollah Akrami

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Email: r.akrami@qom.ac.ir

Abolfath Khaleghi

Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Email: ab_khaleghi@qom.ac.ir

Zahra Amini* (Corresponding Author)

PhD Candidate in Criminal Law and Criminology, University of Qom, Qom, Iran

Email: zahraamini.1124@gmail.com



Citation Akrami, R., Khaleghi, A., Amini, Z. (2026). A comparative study of quality fatwa in Islamic criminal law. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*.23 (89): 41-75.

[10.22034/ilaw.2024.715461](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.715461)

Received: 05 February 2024 , Accepted: 13 August 2024

Abstract

Islamic countries have tried to match their legislation and legal system with the ideological and belief principles of their ruling political system. The ruling political systems in Islamic countries have taken various approaches when dealing with the issue of “adherence to a specific sect, narrative, or non-adherence to it”. Many Islamic countries (such as Saudi Arabia, Brunei, Malaysia, and Mauritania), despite taking a specific sect and narrative as a standard for their rules and regulation, trying not to go astray from the limits of a specific sect, when encountering international issues and observing social interests, have to some extent accepted the narratives of other sects. However, some countries have limited the right (the real sentence) to a specific sect of the Mazahib Arba’ah (The Four Sunni Schools) and provided some reasons to prove their claims. Among the most important reasons they provide is that they have limited the right (truth) to a specific school or schools. The present study, using a descriptive-analytical approach, tries to investigate the legal approach of Islamic countries in this regard, and after that, explain the reasons provided by the supporters of the limitation of standard fatwa to a specific school or schools, and then, criticize their reasoning.

Keywords

Penal law, standard fatwa, schools, Islamic countries.



Extended Abstract

1. Introduction

In Islamic Sharia, the science of jurisprudence (Fiqh) is responsible for determining the obligatory and situational rulings that govern human behavior, defining the relationship between individuals, God, and society. Jurisprudence is often described as a comprehensive theory for the management of human life, encompassing legal matters—especially transactions and criminal justice—within its domain. While many rulings are explicitly stated in clear textual evidence (Nass), others must be deduced by jurists through the process of Ijtihad (legal reasoning) from primary sources. Historically, during the time of the Prophet Muhammad and the early caliphs, no specific school of thought (Madhhab) existed, and people sought rulings from the Sahaba without being bound to a single opinion. However, during the Abbasid era, the four Sunni schools—Hanafi, Maliki, Shafi'i, and Hanbali—were formalized as the official legal frameworks, leading to a long-standing tradition where Sunni Muslims primarily refer to the fatwas of these four Imams. In contrast, the Shia Jafari (Imamiyah) school has maintained an open door for continuous Ijtihad based on the Quran, Sunnah, intellect, and consensus.

Modern Islamic states face a significant challenge in harmonizing their legal systems with their ideological and religious foundations. The central problem involves the “Standard Fatwa” (Fatwa-ye me'yar): whether the legislator and the judge are religiously or legally obligated to follow a specific school or a particular fatwa during the process of lawmaking and adjudication. While some nations strictly limit legal criteria to a single school, others have adopted more pluralistic or flexible models to address contemporary social, international, and political complexities. This study explores the diverse approaches taken by Islamic nations, evaluating the arguments for and against the limitation of legal rulings to specific jurisprudential schools.

2. Research Methodology

This research utilizes a descriptive-analytical methodology to examine the legal and jurisprudential frameworks of various Islamic countries regarding the selection of a standard fatwa. The scope of the study is specifically focused on criminal justice systems, including fixed punishments (Hudud), retaliation (Qisas), blood money (Diyat), and discretionary punishments (Ta'zir), in countries that have integrated Islamic Sharia into their penal codes. Consequently, Muslim-majority nations that have adopted purely Western-inspired criminal systems without significant reference to Islamic jurisprudence (such as Egypt) are excluded from this study. The research further investigates the internal justifications provided by Islamic schools of thought for the restriction of fatwas, analyzing these arguments from a cross-sectarian perspective based on the foundational principles of the Sunni and Imamiyah traditions.

3. Research Findings

The study identifies three primary legal approaches regarding the standard fatwa in the criminal law of Islamic nations:

A. **Restriction to a Specific School and Fatwa:** In this model, the state designates one school as official and identifies specific authoritative texts as the primary legal criteria. Saudi Arabia exemplifies this approach; its legal system is not fully codified, and judges refer directly to Hanbali jurisprudential sources. In 1973, the Saudi political system officially recognized the Hanbali school and designated *Sharh al-Muntaha* and *Sharh al-Iqna* as the primary reference books. However, some flexibility exists; if a ruling cannot be found in these texts or if following them causes extreme hardship or contradicts the public interest, judges may consult other Sunni schools. Similarly, Mauritania relies on Maliki jurisprudence for its criminal code, and its Supreme Council of Fatwa issues rulings strictly aligned with Maliki teachings.

B. **Restricted School with Flexible Fatwa (The Hybrid Model):** Several countries officialize a primary school but permit the adoption of opinions from other schools to serve the public interest. Afghanistan (under its 2003 Constitution) designated the Hanafi school as the standard but uniquely recognized Jafari jurisprudence for its Shia minority in specific legal matters. In Brunei, the Shafi'i school is official, yet the law allows for the use of Hanafi, Maliki, or Hanbali opinions if required for the public interest and approved by the Sultan. Malaysia follows a similar pattern; while the Shafi'i school is the baseline, federal and state laws (such as in Johor or Malacca) allow muftis and fatwa committees to adopt rulings from other Sunni schools or even exercise independent judgment if society's needs demand it. In the United Arab Emirates, while the Maliki school is dominant in many emirates, Ras al-Khaimah prioritizes the Hanbali school, and the federal civil code establishes a hierarchy of reference: Maliki, then Hanbali, then Shafi'i, and finally Hanafi.

C. **Unrestricted School and Fatwa:** Some nations avoid anchoring their legal systems to a single school. Pakistan identifies the Quran and Sunnah as the overarching criteria for all laws, allowing for interpretations consistent with the beliefs of various Islamic sects. Libya established a "Dar al-Ifta" that issues rulings based on the Quran and Sunnah without being bound to a specific school, although its penal code often directs judges to the "easiest opinion" from the famous Sunni schools. The Maldives also uses a broad definition of Sharia, occasionally drawing from both Shafi'i and Hanafi views to harmonize with modern social norms.

Jurisprudential Critique of Tamadhhub (School Adherence): The research analyzes the debate over limiting the standard fatwa (Tamadhhub). Proponents argue that strict adherence prevents "legal anarchy" and "religious hedonism," where individuals might selectively choose the easiest rulings (Tattabu' al-Rukhas). They also cite the Quranic obligation to obey those in authority (Ulul-Amr), arguing that if the state mandates a specific school, it becomes a binding legal duty.

However, the study finds these arguments insufficient from a scholarly perspective. Critics, including modern scholars like Al-Sanhuri, argue that there is no divine or rational evidence to suggest that “truth” or the right to Ijtihad is confined to the four Sunni schools. Historically, the formalization of these four schools was a political administrative decision by the Abbasid Caliph Al-Qadir bi-Allah, rather than a religious necessity. Furthermore, the founders of these schools—Abu Hanifa, Malik, Shafi’i, and Ahmad ibn Hanbal—all explicitly stated they were fallible and urged their followers to prioritize authentic Hadith over their personal opinions. Some researchers even characterize rigid Tamadhhub as a newly invented innovation (Bid’ah), noting it was absent during the era of the Sahaba and their immediate successors.

4. Conclusion

The study concludes that the “Standard Fatwa” in Islamic criminal law is undergoing a transition from rigid sectarian adherence to a more pragmatic and pluralistic framework. While many countries maintain a nominal preference for a specific school, they increasingly utilize a combination approach to resolve modern legal dilemmas and ensure public welfare.

The restriction of valid jurisprudence to four specific schools is largely seen as a historical and political construct that lacks definitive textual support from the Quran or Sunnah. In the case of Iran, while the Jafari school is official, the legal philosophy distinguishes between the “attainment of truth” and “legal proof,” allowing for a broader engagement with various Islamic traditions in practice. Ultimately, the research suggests that for Islamic criminal law to remain effective and just, it must prioritize evidentiary strength (Hujjat) and the public interest over strict school loyalty, moving toward a dynamic model of Ijtihad that reflects the needs of contemporary society.

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.



مطالعه تطبیقی فتوای معیار در حقوق کیفری کشورهای اسلامی

روح‌الله اکرمی ^{id}

دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. Email: r.akrami@qom.ac.ir

ابوالفتح خالقی

استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. Email: ab_khaleghi@qom.ac.ir

زهرامینی* (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه قم، قم، ایران. Email: zahraamini.1124@gmail.com



استاد اکرمی، روح‌الله؛ خالقی، ابوالفتح؛ امینی، زهرا (۱۴۰۵). مطالعه تطبیقی فتوای معیار در حقوق کیفری کشورهای اسلامی. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۹): ۷۵-۴۱

[10.22034/ilaw.2024.715461](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.715461)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۶. تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۳

چکیده

اکثر کشورهای اسلامی سعی داشته‌اند که نظام حقوقی کشورشان، با مبانی ایدئولوژیکی و اعتقادی نظام سیاسی حاکم بر آنها هماهنگ باشد. نظام سیاسی حاکم بر کشورهای اسلامی در مسئله «تعیین فتوای معیار»، رویکردهای متفاوتی داشته‌اند. بسیاری از کشورهای اسلامی (مانند عربستان، برونی، مالزی و موریتانی)، با اینکه در قوانین خود مذهب و قول خاصی را معیار قرار داده‌اند و نیز سعی کرده‌اند تا از محدوده مذهب خاص عدول نمایند؛ ولی در مواجهه با معضلات بین‌المللی و رعایت مصالح اجتماعی، قول دیگر مذاهب را نیز تا حدودی پذیرفته‌اند، اما بعضی از کشورها، حق (حکم واقعی) را در مذهب خاص از مذاهب اربعه یا در مذاهب اربعه، محصور پنداشته‌اند و ادله‌ای برای اثبات مدعیات خودشان اقامه نموده‌اند؛ ازجمله مهم‌ترین دلیل آنان این است که حق (واقع) را در مذهب یا مذاهب خاص، منحصر دانسته‌اند. این تحقیق با روش توصیفی - تحلیلی، نخست به بررسی رویکرد حقوقی کشورهای اسلامی در این زمینه و پس از آن به تبیین ادله قائلان به تحدید فتوای معیار در مذهب یا در مذاهب خاص و سپس به نقد ادله آنان پرداخته است.

واژگان کلیدی

حقوق کیفری، فتوای معیار، مذاهب، کشورهای اسلامی.



مقدمه

در شریعت اسلامی، دانش فقه عهده‌دار تعیین احکام تکلیفی و وضعی ناظر بر رفتار انسان است که رابطه بین آدمیان و خداوند متعال و دیگر هم‌نوعانش را مشخص می‌نماید؛ به تعبیر امام خمینی (ره) «تئوری واقعی و کامل اداره انسان از گهواره تا گور است» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱، ص ۲۸۹)؛ بنابراین تعریف، مسائل حقوقی (به‌ویژه باب معاملات) در قلمرو فقه، قرار می‌گیرد. احکام بسیاری از این مسائل در نصوص و ادله نقلی صحیح‌السند صریحاً بیان شده و برخی دیگر توسط فقیهان از مصادر فقهی استنباط می‌شوند. اجتهاد بنابر اخبار موثق و تاریخ صحیح از همان دوران حیات نبی مکرم اسلام وجود داشته است. هر گاه آن حضرت نمایندگان‌شان را به نقاط دوردست اعزام می‌کرد، در موارد عدم نص صریح، آنان را به استنباط از کتاب و سنت رهنمایی می‌نمود (شرف‌الدین، ۱۴۰۵، ص ۷۱). در زمان خلفا و صحابه که مذهب معینی وجود نداشت، مردم برای شناخت احکام به صحابه مراجعه می‌کردند؛ بدون التزام به رأی معین (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۲۵). در زمان خلافت عباسیان، چهار مذهب اهل سنت به‌عنوان مذاهب رسمی شناخته شدند. در دوره رواج مجدد اجتهاد و تقلید، برخی فقها با استناد به اجماع مسلمانان، مبنی بر جواز تقلید از هریک از صحابه (در صدر اسلام)، انحصار اجتهاد را در مذهب اربعه مردود دانستند. البته این امر فراگیر نشد و اهل سنت غالباً تاکنون به فتاوی‌ای امامان چهارگانه خودشان مراجعه می‌کنند (آقابزرگ طهرانی، ۱۳۸۹، ص ۲۷-۱۹ / یوسفی مقدم، ۱۳۹۰، ص ۴۲۷-۴۴۵)، اما در فقه شیعه، باب اجتهاد تاکنون باز بوده و فقهای امامیه با استناد به کتاب، سنت، عقل و اجماع، احکام شرعی را استخراج می‌کنند. در زمینه الزام به مذهب معین و رأی خاص یا عدم آن، در مقام تقنین و قضا، اختلاف آرا (میان فریقین و علمای هر دسته از فریقین) وجود دارد. همچنین نظام سیاسی کشورهای اسلامی در این زمینه، رویکردهای مختلف داشته‌اند.

در این زمینه سه رویکرد کلی قابل مشاهده است: ۱. «تحدید فتوای معیار» که رویکرد شماری از کشورها است؛ همانند کشور عربستان و کشور لیبی. ۲. «تحدید مذهب معیار و عدم تحدید فتوای معیار» که رویکرد برخی دیگر از کشورها است؛ همانند کشور افغانستان، برخی از امارت‌ها در امارات متحده عربی، برونتی، مالزی، نیجریه و موریتانی؛ ۳. «عدم تحدید مذهب و فتوای معیار» که رویکرد دسته سومی از کشورها است؛ همانند پاکستان، قطر و مالدیو. با این حال در رویه قضایی برخی از کشورها، عدم پایبندی به تحدید مذهب معین یا قول خاص نیز دیده می‌شود.

بررسی رویکرد کشورها و ادله آنها، موضوع مقاله حاضر است. مسئله اصلی در اینجا این است که آیا قانونگذار و قاضی، در مقام تقنین و قضا، باید طبق مذهب معین و فتوای خاص عمل کنند یا ملزم به آن نیستند؟ رویکرد کشورهای اسلامی در این زمینه چگونه بوده‌اند؟

در این نوشتار چند نکته از باب تبیین محدوده تحقیق باید مورد توجه قرار گیرد: ۱. این نوشتار ناظر است به کشورهایی که در سیستم حقوق کیفری به فقه اسلامی رو آورده‌اند؛ لذا نظام حقوق کیفری کشورهای مسلمانی که مقتبس از حقوق کشورهای غربی بوده و اقبالی به فقه نشان نداده‌اند همانند مصر (اکرمی، ۱۴۰۰، ص ۳۱)، از حوزه مطالعه خارج است. ۲. کانون توجه در این تحقیق، بعد کیفری نظام تقنینی و قضایی کشورهای اسلامی است. اغلب کشورها تلاش کرده‌اند تا در نظام کیفری محدود به مذهب معینی نباشند؛ هرچند قوانین مدنی آنها، بر پایه فقه تدوین شده‌اند (همانند اردن، عراق و افغانستان که اردن (اصل ۲ قانون اساسی اردن) در قانون اساسی، اسلام را به عنوان دین رسمی و عراق (اصل ۲ قانون اساسی عراق) که اسلام را منبع اصلی قانونگذاری اعلام کرده‌اند و افغانستان (اصل ۳ قانون اساسی افغانستان) ملاک را در عدم مغایرت قوانین با شریعت دانسته است)، اما

قوانین کیفری آنان، بر خاستگاه‌های غربی تدوین شده است.^۱ از همین رو در نوشتار حاضر ضمن بررسی کلیت تحدید مذهب معیار (در کشورهای مورد مطالعه)، به قلمرو کیفری توجه خاص شده است.

در اینجا نکته مهم و قابل توجه، این است که تمذهب از موضع خود اهل سنت، بر اساس مسلمات و مبانی خود آنان، مورد بررسی و نقد قرار گرفته است نه از موضع مذهب امامیه و مبانی اینان. در اینجا تفاوت عمده میان مبانی اهل سنت و امامیه در این است که اهل سنت پیشوایان چهارگانه خودشان را معصوم و مصون از خطا نمی‌دانند ولی امامیه، ائمه اطهار را معصوم و مصون از خطا می‌دانند. بر این اساس تمذهب بر اساس مسلمات خود آنان قابل دفاع نخواهد بود، اما تمذهب بر اساس مفروضات امامیه قابل نقد نخواهد بود. با توجه به آنچه اشاره شد اولاً این نقد از موضع فرامذهبی و مذهب خاص نیست و ثانیاً این نقد بر اساس مبانی و مفروضات خود اهل سنت است؛ بنابراین در این نوشتار، تمذهب در اندیشه اهل سنت مورد نقد قرار می‌گیرد نه امامیه.

ناگفته نماند که بررسی نظام حقوقی و کیفری ایران و ادله آن، از حوزه این تحقیق خارج است، چون بررسی و نقد آن در این نوشتار نمی‌گنجد و نیاز به مقاله مستقلی دارد.

۱. رویکرد حقوق کیفری کشورهای اسلامی در زمینه تحدید فتوای معیار

۱-۱. عربستان

در سیستم حقوقی عربستان، احکام فقهی به صورت قانون مدون در نیامده‌اند. دادگاه‌ها در جرایم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات (منصوص شرعی)، با

۱. شاهد بر این مدعا آن است که قانون مدنی افغانستان متأثر از فقه حنفی (Schneider, 2007, p.114 / Ras-) و قوانین مدنی اردن و عراق نیز خاستگاه فقهی دارند (زحیلی، tin-Tehrani and Yassari, 2012, p.11). اما کدهای مجازات آنها مقتبس از فقه نبوده و ریشه غربی دارند (اکرمی، ۱۴۰۰، ص ۳۱/ همو، ۱۴۰۱، ص ۱۴).

مراجعه مستقیم به منابع فقهی حکم صادر می کنند (ر.ک: اکرمی، ۱۴۰۱). نظام سیاسی حاکم بر عربستان، در ۱۹۷۳، برای متحد کردن رویه های مختلف قضایی، مذهب امام «احمد بن حنبل» را به عنوان مذهب رسمی و دو کتاب «شرح المنتهی» و «شرح الاقناع» را به عنوان کتاب های معیار معرفی کرده است. در زمان اختلاف بین کتاب های یاد شده، باید به «شرح المنتهی» و در صورت عدم وجود نص در هردو کتاب، به کتاب «شرح الزاد» یا «شرح الدلیل» مراجعه کنند. اگر نصی در کتاب های یاد شده، نیابند به کتاب های فقهی دیگر مذاهب مراجعه کنند و در این صورت اعضای محاکم قضایی [با مشورت با یکدیگر] با صحیح ترین قول، قضاوت نمایند (محمد الطائی، ۲۰۰۹، ص ۱۲۳) بنابراین اگر از نظر قاضی، تطبیق مسئله بر نظر مفتی مذهب مذکور، مشقت ایجاد کند یا مخالف مصلحت عمومی باشد، به دیگر مذاهب رجوع می شود تا طبق مصلحت عمومی رأی صادر گردد (احمد بخیت، ۲۰۱۶، ص ۷۰۹-۷۱۰) برای مثال قضات سن مسئولیت کیفری را طبق صلاح خودشان، تعیین می کند (Hajed A. Alotaibi, 2020, p.11).

ناگفته نماند که مقصود عربستان از مذاهب دیگر، مذاهب چهارگانه اهل سنت است نه مطلق مذاهب تا شامل مذهب امامیه شود.

۱-۲. لیبی

کشور لیبی در جهت یکپارچه سازی فتاوا، نهاد «دارالافتا» را تأسیس کرد (قانون شماره ۱۵، ۲۰۱۲ م). مطابق ماده ۱۱ آن، افتا باید بر اساس کتاب و سنت انجام گیرد بدون اینکه به مذهبی خاص و رایبی معین، الزام شده باشد. مشابه این ماده، در اصل ۸ قانون اساسی ۲۰۱۶ لیبی هم آمده است که الزامی در تبعیت از رأی فقهی معین در مسائل اجتهادی وجود ندارد. با این وجود، مقنن در قانون جزای لیبی، معیار کلی ای را بیان نموده است؛ قاضی در احکام حدود، در صورت فقدان نص، باید به «آسان ترین رأی از قول مشهور» استناد کند: ماده ۲۳ (قانون شماره ۱۴۸، ۱۹۷۲ م از باب اقامه حد

سرقت و محاربه)، ماده ۱۰ (قانون شماره ۷۰، ۱۹۷۳ م از باب اقامه حد زانی)، ماده ۱۶ (قانون شماره ۵۲، ۱۹۷۴ م از باب اقامه حد کذف)، ماده ۲۰ (مکرر اضافه شده) بموجب احکام قانون شماره ۱۲، مصوب ۲۰۱۶ از باب تعدیل قانون شماره ۱۳ مصوب ۱۴۲۵، از باب اقامه حد سرقت و محاربه).

درجرائم قصاص و دیه، با اینکه الگوی احاله دادن را پذیرفته است، به شکل مقررات فوق عمل نمی‌شود. مثلاً در قانون شماره ۶ مصوب سال ۱۴۲۳ در احکام قصاص و دیه، قاضی را احاله به منابع شرع داده است، اما در ماده ۳ مکرر ج از قانون کیفری لیبی (تحدیدالأرش)، به فتوای مشهورتر از «ایسرالمذاهب فقهی معتبر»، احاله داده است.

به نظر برخی از محققان اهل سنت، مقصود قانونگذار لیبی، از قید مشهورترین در ارجاع به «ایسرالمذاهب» و قید معتبر شرعی در ارجاع به مذاهب معتبر شرعی (مطابق مذاهب و اجتهادات معتبر شرعی)، مذاهب چهارگانه است؛ نه ارجاع به ایسرالمذاهب به صورت مطلق تا مذهب امامیه یا زیدیه را هم شامل شود (سیوی، ۱۴۳۹، ص ۱۶۹)؛ زیرا آنان مذهب امامیه در عداد مذاهب شرعی معتبر قرار نداده‌اند.

۱-۳. افغانستان

مقنن در اصل ۱۳۰ قانون اساسی ۱۳۸۲ تعبیر «مطابق فقه حنفی» را به کار برده است. او در کد جزای افغانستان ۱۳۹۰، تمام جرایم حدود، قصاص را به «فقه حنفی» ارجاع داده است، اما برای به رسمیت شناختن مذهب امامیه، در اصل ۱۳۱ قانون اساسی، قضات را ملزم کرده‌اند که فقط در مورد شیعیان، بر مبنای مذهب امامیه دآوری کنند (حسینی حنیف، ۱۳۸۵، ص ۱۰۰).

افغانستان در ۱۳۹۸، برای پیشگیری از تشتت آرا و فتاوا در نظام حقوقی، حکم «تأسیس دارالافتاء جمهوری اسلامی افغانستان» را صادر کرد. هرچند علمای دارالافتاء موظفند طبق فقه حنفی، فتوا صادر کنند (ر.ک: معلومات مختصر پیرامون دارالافتاء جمهوری اسلامی افغانستان). طبق آنچه گفته شد

افغانستان در تعیین مذهب معیار، اهل سنت را به فقه حنفی ارجاع می‌دهد و تلاش کرده است تا فقه جعفری را نیز فی‌الجمله یعنی فقط در مورد شیعیان به رسمیت بشناسد.

۱-۴. امارات متحده عربی

مقنن در اصل ۷ قانون اساسی امارات متحده عربی ۱۹۷۱، به صراحت شرع را به‌عنوان مصدر رسمی قانونگذاری پذیرفته است، اما در تعیین مصادر شرع، در قانون مذکور سکوت کرده و ضابطه‌ای ارائه نداده است. قانونگذار در ماده ۱ قانون مدنی، مسئله ارجاع به مصادر شرع را به‌نحو روشنی بیان کرده است. طبق این ماده، ابتدا به فقه مالکی و بعد به فقه حنبلی سپس به فقه شافعی و بعد از آن به فقه حنفی مراجعه می‌شود (Butti Sultan, ۱۹۹۶, p. ۲۲۳). ولی این رویکرد در قانون مجازات امارات متحده وجود ندارد و بر مذهبی خاص تأکید نشده است، اما در برخی از امارتها، مذهب فقهی خاصی را به‌عنوان مذهب معیار قرار داده‌اند. مثل امارت «راس الخیمه»، معیار را بر فقه حنبلی قرار داده است. در دیگر امارتها، مذهب مالکی به‌عنوان مذهب معیار شناخته شده است (اکرمی، ۱۴۰۱، ص ۲۳).

اکثر احکامی که صادر می‌شود مطابق با فقه مالکی است، همانند حکم فرجام‌خواهی شماره ۶ ۲۰۰۰، دادگاه تالی، طبق ادله اثبات زنا در مذهب مالکی (= حاملگی)، زنی را به جرم زنا محصنه به سنگسار محکوم کردند.^۱ در برخی از احکام نیز به دیگر مذاهب تمسک جسته‌اند. همانند رأی ۱۹۹۴ درباره تساوی دیه مسلمان با غیرمسلمان، مطابق با فقه حنفی رأی صادر کرده است (اکرمی، ۱۴۰۱، ص ۱۸۱).

از مجموع آنچه از قوانین امارات متحده عربی نقل شد، این به‌دست می‌آید که منظور آنان از شرع، احکام شرعی است که محدود در مذاهب اربعه باشند؛ نه به‌معنای عام که شامل مذهب امامیه نیز بشود.

1. Appeal No. 6 of 22 years, Sharia Circuit, decided of June 10, 2000.

۱-۵. بروئی

در قانون اساسی بروئی، ذیل اصل ۲، مذهب شافعی به‌عنوان مذهب رسمی کشور معرفی شده است. باوجود تصریح قانونگذار به این امر، از مذاهب دیگر مانند حنفی، مالکی، حنبلی نیز ممکن است در صورت لزوم، برای منافع عمومی (با ارائه ادله محکم) و در نهایت رضایت سلطان، استفاده می‌شود (Nurdeng Deuraseh, 2022, p.123-124).

قانونگذاران بروئی حق را منحصر در مذاهب اربعه اهل سنت دانسته‌اند؛ زیرا هیچ سخنی از مذهب امامیه یا مذاهب دیگر به میان نیاورده‌اند.

۱-۶. مالزی

مطابق اصل ۴۲ قانون اساسی مالزی، پایبندی به فتوا از وظایف شرعی ساکنان مالزی است مگر در اعتقادات شخصی (Lukman Ayinla A., 2016, p.10). مرجع صدور فتوا نیز منحصر در «اداره افتا» است (Zaini, 2012, p.924).

در قسمت ۳۹، قانون فدرال ۱۹۹۳، ذکر شده است که مفتی پیرو مکتب شافعی است و طبق این مکتب مبادرت به صدور فتوا خواهد نمود، اما اگر در جایی که پیروی دقیق از این مکتب مخالف منافع عمومی باشد، مفتی مجاز به پیروی از سایر مکاتب فقهی دیگر است و اگر رجوع به فتاوی دیگر مکاتب، چاره کار نبود، می‌تواند طبق صلاحدید خود عمل نماید. مشابه این ماده در مصوبه شماره ۷، ۲۰۰۴، در بخش ۱۴ آمده است.^۱

در قوانین ایالت‌های مالزی، نیز می‌توان همین رویکرد را مشاهده نمود. به‌طور مثال در بخش ۱ قسمت ۳ از قانون جزای ایالت کلانتان ۲۰۱۵، مقرر داشته است، حکم شریعت، باید مطابق مکتب شافعی باشد یا مطابق هر یک

1. ENACTMENT NO. 7 OF 2004/ FATWA ENACTMENT 2004/ PART II - THE APPOINTMENT AND FUNCTIONS OF THE MUFTI, POWER OF THE STATE FATWA COUNCIL AND FATWA RELATING TO MATTER OF NATIONAL INTEREST: Section 14. Qaul muktamad to be followed.

از مذاهب حنفی، مالکی و حنبلی باشد.^۱ مشابه این ماده، در ایالت‌های دیگر نیز مشاهده می‌شود؛ از باب نمونه بند ۱ از قسمت ۲ از قانون جزای ایالت «جوهور» ۲۰۰۳، بند ۱ از قسمت ۲ قانون جزای مالاکا، بند ۱ از قسمت ۲ ایالت پاهانگ، بند ۱ از قسمت ۲ ایالت ساراواک، شریعت را مطابق با مذهب شافعی، یا مطابق با هر یک از مذاهب حنفی، مالکی یا حنبلی می‌داند. باز برای نمونه قسمت ۵۴ قانون جزای ایالت جوهور، در بند ۱ مقرر می‌دارد که کمیته فتوا در صدور هر فتوا باید طبق قول مذهب شافعی، رأی دهد. در بند ۲ اجازه صدور فتوا را از مذاهب دیگر مثل حنفی، مالکی یا حنبلی داده است و در بند ۳ مقرر داشته است که به مقتضای وضعیت جامعه، هیئت فتوا می‌تواند بدون الزام به مذهب معینی، اجتهاد کند. مشابه این ماده در دیگر ایالت‌ها نیز وجود دارد؛ مثل قسمت ۴۲ از قانون جزای مالاکا.

باتوجه به آنچه از قوانین فدرال مالزی و قوانین ایالت‌های آن گذشت، پیشفرض قانونگذاران منحصر دانستن حق، در مذاهب چهارگانه بوده است. افزون‌براین، منظور از عدم الزام به مذهب معین، عدم الزام به مذهب معین از مذاهب چهارگانه اهل سنت است؛ نه اینکه اعم از مذهب امامیه منظور باشد.

۱-۷. موریتانی

طبق قانون کیفری موریتانی، جرایم اعم از تعزیر، حد، قصاص و دیات، بر اساس فقه مالکی رسیدگی می‌شود. در ماده ۴۴۹ در موارد خلا قانونی، مراجع قضایی را به منابع اسلامی ارجاع داده است، اما طبق اصل ۹۴ قانون اساسی موریتانی ۱۹۹۱ (اصلاحیه ۲۰۱۷م): «شورای عالی فتوا»، وظیفه صدور فتوا را دارد و آرای فقهی شورای عالی فتوا، منطبق با آموزه‌های مذهب مالکی است.^۲ بنابراین به حسب ظاهر قانون اساسی کشور موریتانی حق را منحصر در مذهب مالکی دانسته است.

1. ENACTMENT No. 13 OF 2015, SYARIAH CRIMINAL CODE (II) (1993) 2015.

2. Constitution of the Islamic Republic of Mauritania 1991, as amended to 2017 (Art. 94).

۱-۸. نیجریه

در نیجریه، از ژانویه ۲۰۰۰، تلاش ایالتها برای تدوین قانون بر اساس منابع فقهی آغاز شد؛ برای نمونه در ایالتها زامفارا، باوچی، سوکوتو، جیگاوا، یوبه، کبی و کانو، شاهد وضع مقررات مربوط به مجازات‌های حدود، قصاص و دیات هستیم. در مورد جرایم تعزیری غیرمنصوص، به قانون جزا ۱۹۵۹ ارجاع داده است و قضات، بر اساس قرآن، سنت و اجتهاد در مذهب مالکی حکم می‌کنند؛ مثلاً ماده ۹۲ ایالات زامفارا، جیگاوا، یوبه، ماده ۹۵ ایالت باوچی، ماده ۹۳ ایالت کبی، ماده ۹۴ قانون ایالت سوکوتو (اکرمی، ۱۴۰۱، ص ۱۷۸) با اینکه کدهای جزای نیجریه، تا حد زیادی تحت تأثیر مذهب مالکی هستند (Abdulwahab Danladi Shittu, 2015, p.103)، اما گاهی قانونگذار از این رویه تبعیت نکرده است و طبق مذهب مالکی رأی نداده است. مثلاً در بخش ۱ ماده ۱۴۷ ایالت کانو در بحث مجازات پدری که فرزند خود را کشته است، مجازات را دیه و حبس حداکثر ده سال مقرر کرده است. در میان مذاهب چهارگانه اهل سنت، همگی قائل به عدم قتل پدر (پدری که قاتل باشد) هستند مگر مذهب مالکی. ایالت زامفارا نیز در بخش ۲۰۴ از قول مالکی تبعیت نداشته است (Abdulwahab Danladi Shittu, 2015, p.112).

به‌هرحال در قانون نیجریه سخن از رجوع قانونگذار یا قاضی به غیر از مذهب مالکی در میان نیامده است.

۱-۹. پاکستان

رویکرد مقنن پاکستان، در تقیید به مذهب معین و عدم آن، در بند ۱ اصل ۲۲۷ قانون اساسی، منعکس شده است. طبق این اصل، کلیه قوانین موجود، باید مطابق با دستورات اسلام (مطابق با قرآن و سنت) وضع شده باشند. در تطبیق این بند بر حقوق شخصی هریک از مسلمانان، از هر فرقه‌ای، «مطابقت با قرآن و سنت»، به این معنی است که هر تفسیری از قرآن و

سنت طبق معتقدات هر فرقه، پذیرفته می‌شود.^۱ مطابق با نظر دادگاه فدرال شریعت، فتوا در صورتی که توسط قرآن و سنت پشتیبانی نشود اعتباری ندارد. البته اگر فتوا از طرف یکی از آنها ثابت شود معتبر و معیار است. فتوا به خودی خود هیچ ارزش ذاتی ندارد، مگر اینکه وابسته به منابع اولیه حقوق اسلامی باشد که در این صورت می‌تواند معیار قرار بگیرد (Cheema, Shahbaz Ahmad, 2016).

در میان کشورهای اسلامی، شاید پاکستان، یکی از معدود کشورهایی است که بر مذهب خاص تکیه نکرده و معیار اصلی را به صورت کلی، قرآن و سنت دانسته است.

۱۰.۱. قطر

کشور قطر، در ماده ۱ قانون اساسی تصریح می‌کند شریعت اسلام، منبع قانونگذاری است، بدون اینکه ضابطه و معیار دیگری مشخص کند. در رابطه با تحدید فتوای معیار، قانونگذار در قانون مدنی قطر (شماره ۲۲، ۲۰۰۶م)، ماده ۳ مقرر داشته که قضات در موارد خلا قانونی، اول باید به مذهب حنبلی و در صورت فقدان حکم به یکی دیگر از مذاهب اربعه رجوع کنند و اگر در دیگر از مذاهب اربعه نیز حکم را نیافت، طبق قواعد عامه فقه اسلامی، حکم را صادر نماید. برخی نیز معتقدند که قضات عملاً در هنگام خلا قانون مدنی، به کتب فقهی سنی‌مهری مراجعه می‌کنند (بیات، ۲۰۰۹، ص ۷۷)، اما در ماده ۱ قانون مجازات (شماره ۱۱، ۲۰۰۴م) با اینکه جرایم شرعی اعم از حدود، قصاص و دیات به شرع ارجاع داده شده است، موضع روشنی در تعیین مذهب معیار وجود ندارد. این ماده در رویه قضایی کشور قطر، اعمال می‌شود و احکام، ناظر به شرع اسلام صادر می‌گردد.^۲ بنابراین محاکم با استناد به یکی از مکاتب فقهی چهارگانه، مجاز هستند رأی صادر کنند. به طور مثال دیوان تمیز در یکی از آرای

1. The constitution of the Islamic republic of Pakistan (As modified upto the 31st July, 2004).

۲. محكمة التمييز القطرية، املود اجلائية، الطعن رقم: ۲۰۱۶/۱۰۴، تاریخ الجلسة ۲۰۱۶/۱۲/۱۹.
محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم: ۲۰۱۶/۴۹۲، تاریخ الجلسة ۲۰۱۶/۱۱/۰۷، الحكم ۲۱.

خود در سال ۲۰۱۰ شرایط قصاص و اجرای آن را مطابق فقه حنبلی تعیین کرد.^۱ در موارد دیگر، احکامی مطابق با مذاهب فقهی دیگر نیز صادر شده است (Hassanein, 2018, p.40).

قانونگذار در قانون مدنی گرچه معیار را مذهب حنبلی تعیین کرده است اما در بخش قوانین جزائی هیچ ضابطه و معیاری برای مذهب خاصی تعیین نکرده است، اما عملاً دادرسی‌ها طبق یکی از مذاهب چهارگانه انجام می‌شود.

۱-۱۱. مالدیو

ماده ۳ قانون قضایی مالدیو^۲، ۲۰۱۰، مقرر داشته است که منابع مورد استناد در دادگاه‌ها مطابق با قانون اساسی و شریعت اسلامی باشند. همین‌طور در ماده ۱۲۰۵ قانون مجازات، به قضات اختیار می‌دهد که در جرایم حدی و قصاص به شرع مراجعه کنند. قوانین فعلی مالدیو در موارد فقدان قانون، بر اصول شریعت به‌ویژه مکتب شافعی تکیه می‌کند (H. Robinson, 2006, p.3). با این وجود، در تقنین برخی احکام به آرای فقه حنفی (در باب جرم زنا، ماده ۴۱۱) رجوع شده است (اکرمی، ۱۴۰۱، ص ۱۸۱). قانون همبستگی مذهبی ۲۰۱۶ (شماره ۶)، فتوا را به رسمیت شناخت (Mo-hamed Ibrahim, 2018, p.89). طبق این قانون، مردم مالدیو محدود به تبعیت از مذهب خاصی نخواهند بود. برای حل اختلافات در آرای فقهای شافعی، علمای حقوق، با اتخاذ تفسیری که به بهترین شکل منعکس‌کننده دیدگاه‌های هماهنگ با هنجارهای جامعه فعلی مالدیو باشد، تعارضات را مرتفع می‌سازد (H. Robinson, 2006, p.4).

بنابر آنچه از قانون مالدیو نقل شد، قانون اساسی مالدیو، شریعت اسلام را به معنای عام بکار برده و آن را به هیچ مکتب فقهی خاصی محدود نکرده است؛ گرچه در بعضی موارد به مذهب شافعی و حنفی ارجاع داده است.

1. see: Court of Cassation, criminal Issues, Case no229/2010, 21 march 2011.

2. JUDICATURE ACT OF MALDIVES, Act No: 22/2010.

۱۲-۱. ایران

مسئله تحدید یا عدم تحدید فتوای معیار در ایران، از دو حیث قابل طرح است: اولاً از این حیث که آیا در تعیین فتوای معیار، رجوع به فقه مذاهب دیگر ممکن (مجاز) است؟ ثانیاً از این حیث که بر فرض عدم امکان رجوع به مذاهب دیگر و امکان رجوع فقط به فقه مذهب امامیه، فتوای معیار کدام است؟ فتوای ولی فقیه؟ فتوای شورای نگهبان؟ فتوای مشهور؟ فتوای هریک از فقها؟ فتوای اعلم؟ فتوای اسهل؟ فتوای احوط؟ فتوا کارآمد؟

نظام سیاسی و حکومتی جمهوری اسلامی ایران، مبتنی بر ولایت فقیه، برخاسته از فقه شیعه است. این مسئله مقنن را بر آن داشته است که خود را مقید به مذهب شیعه دوازده امامی و مبانی آن بداند. با این حال دیگر مذاهب را به رسمیت شناخته و در حدود احوال شخصیه، فقه مخصوص به خودشان را جاری و ساری می‌داند.

مهم‌ترین و بنیادی‌ترین اصلی که نشان‌دهنده رویکرد ایران در تعیین مذهب معیار است، اصل ۱۲ قانون اساسی است. در این اصل مقرر شده است: «دین رسمی ایران اسلام و مذهب جعفری اثنی‌عشری است و این اصل الی الابد غیر قابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدیه دارای احترام کامل می‌باشد و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوطه آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هریک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب». اصل ۷۲ و اصل ۸۵ قانون اساسی تأکید دوباره بر اصل ۱۲ قانون اساسی است.

تا اینجا مشخص می‌شود که مذهب رسمی نظام ایران، مذهب امامیه است، اما عالمان امامیه (جز اخباری‌ها) اجتهاد و افتا را در احکام عملی

دین، مسدود نمی‌داند، بلکه در مقام افتا تابع ادله و حجت معتبری هستند؛ لذا نسبت به آرای مذاهب دیگر لایشرط است نه به شرط لاکه در پایان این نوشتار به اختصار توضیح داده خواهد شد.

۲. نگاه تطبیقی به رویکرد کشورهای اسلامی در تحدید فتوای معیار

بنابر آنچه در زمینه کشورهای اسلامی اهل سنت گذشت (در تقسیم کلی)، دو رویکرد متفاوت در زمینه تحدید فتوای معیار وجود دارد: تحدید به مذهب معین و عدم تحدید به مذهب معین. این دو رویکرد مبتنی بر آرای عالمان و فقیهان اهل سنت هستند که از مبانی فقهی‌شان مدد می‌گیرند. به تعبیر دیگر میان عالمان و فقیهان اهل سنت، در تحدید فتوای معیار الزام یا عدم الزام به مذهب و رأی خاص، به صورت کلی دو قول وجود دارد: ۱. الزام به مذهب و رأی خاص (زیرا مستفتی به حقانیت مذهب معین معتقد شده است؛ لذا التزام به آن و وفای به آن بر او واجب دانسته است)؛ ۲. عدم الزام به مذهب و رأی خاص (این قول به دو قول تجزیه می‌شود: یکی عدم التزام به مذهب معین از مذاهب اربعه در عین التزام به مذاهب اربعه. قول دیگر عدم تحدید التزام به مذاهب اربعه و جواز رجوع به غیر آنها مثل مذهب امامیه و زیدیه) که در ضمن قول دوم بیان گردیده است.

۲-۱. ادله تحدید فتوای معیار در مذهب و قول خاص (= تمذهب)

الزام به مذهب معین و قول خاص، در فقه با عنوان «تمذهب»، مطرح شده است؛ واژه «تمذهب» به معنای خارج نشدن از دیدگاه‌های اجتهادی و اصولی و مبانی یک مجتهد یا مؤسس یک مذهب است (شويعر، ۲۰۲۱، ص ۵). به نظر می‌رسد قائلان به تمذهب، در انتخاب یکی از مذاهب اربعه، اجتهاد را مجاز می‌دانند اما بعد از انتخاب یکی از مذاهب اربعه، تلفیق میان مذاهب را غیر مجاز می‌دانند: «از این رو «عامه»، اجتهاد در اصل انتخاب مذاهب را مجاز دانسته‌اند که هرکس هر مذهبی را خواست انتخاب نماید

اما اجتهاد ناشی از مذهب در احکام و فروع آن را ممنوع اعلام کردند، حتی ... تلفیق اقوال بین این چهار مذهب ... جایز نشمرده‌اند» (منتظری، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۱۴۸؛ به نقل از: افندی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۳۳). این مطلب از رویکرد بسیاری از کشورهای اهل سنت (پیش‌تر ذکر شد) آشکار است. نخست ادله تحدید فتوا معیار در مذهب معین بیان می‌شود:

۱. یا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ (نساء: ۵۹). طبق مفاد ایجابی آیه فوق، تبعیت از خدا و پیامبر و الوالامر واجب است؛ بنابراین اگر صاحبان امر قاضی را به مذهب و قول معین الزام کنند، اخذ به آن بر قاضی واجب است. بر اساس مفاد سلبی آیه فوق، اگر الوالامر قاضی را از حکم بر چیزی منع کند، حکم قاضی درباره آن چیز، غیر نافذ خواهد بود و قاضی همانند دیگر مردم، حکم رعایا را خواهد داشت (سهلی، ۲۰۱۲، ص ۸۲۶).

۲. اجتناب از اباحه‌گری: اگر عامه مردم مخیر میان مذاهب باشد و الزام به مذهب معین نداشته باشد، منتهی به اباحه‌گری می‌شود به این صورت که موارد «رخص» را در مذاهب استقصا می‌کنند و تنها به موارد «رخص» از مذاهب، عمل می‌کنند (نجدی، ۱۴۲۸، ص ۲۲۸-۲۲۳).

۳. اجتناب از تشتت رویه: دلیل مهم دیگر اجتناب از تشتت رویه در تقنین و قضاست. بدین ترتیب الزام به یک رأی معین لازم و بلکه ضروری است؛ زیرا بعد از بسته‌شدن باب اجتهاد، مناسب‌ترین رویه برای اداره جامعه، لزوم تقلید از ائمه مذاهب است. حاکمان این اختیار را دارند که مردم را به تبعیت از نظر فقهی خاصی ملزم کنند (محمد الطباخ، ۲۰۲۱، ص ۱۸۲۵).

۲-۲. ادله تحدید فتوای معیار در مذاهب اربعه

مطابق این قول بر مکلف واجب نیست که از مذهب و مجتهد معین در تمام مسائل و حوادث تقلید کند، بلکه می‌تواند از هر مذهبی از مذاهب چهارگانه که بخواهد تبعیت نماید. ابن‌المفلح در کتاب «الفروع» در آخر

کتاب الحدود، بر انحصار واقع (= حق) در مذاهب اربعه و نفی آن از غیر مذاهب اربعه تأکید کرده است (شويعر، [بی تا]، ص ۵). لازمه سخنان ایشان جواز رجوع به مذاهب اربعه و عدم جواز رجوع به غیر آنهاست. توجه به این بحث به لحاظ آثار و نتایجی که در جهان اسلام به دنبال دارد مهم است. بحث‌هایی همانند «تتبع رخص» (ر.ک: عبدالوهاب، ۲۰۱۳، ص ۱۰۵-۱۲۰)، «ایسر المذاهب» و «تلفیق» (سلیمی پور، ۱۳۹۹، ص ۵۴)، همگی با پیشفرض عدم الزام به مذهب و قول خاص و عدم انحصار حق در مذهب خاص، قابل طرح‌اند. اکنون ادله تحدید فتوای معیار در مذاهب اربعه بیان می‌شود:

۱. یا دَاوُدُ... فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ (ص: ۲۶). نحوه استدلال به این صورت است که قاضی مکلف است که به حق داوری کند؛ یعنی طبق آنچه که خودش حق می‌پندارد داوری نماید. ممکن است از نظر قاضی گاهی حق در مذهب و قول معین نباشد یعنی مذهب و قول معین مطابق با واقع نباشد، بلکه از نظر وی ممکن است مذهب و قول دیگر مطابق با حق (واقع) باشد. براین اساس الزام قاضی در مقام قضاوت به مذهب و قول معین، گاهی لازمه‌اش الزام وی است که به غیر حق داوری کند (سهلی، [بی تا]، ص ۸۲۴).

۲. فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ (نحل: ۴۳) مفاد آیه این است که مطلبی که انسان نمی‌داند باید از اهل علم سؤال کند. این امر مطلق است؛ آیه کریمه آن را مقید به افراد خاصی نکرده است. براین اساس الزام قاضی به مذهب معین یا قول معین، وجهی ندارد (سهلی، [بی تا]، ص ۸۲۵).

۳. نحوه استدلال به حدیث بریده (ابن ملقن، ۱۴۲۰، ج ۹، ص ۵۵۲/ هیشمی، ۱۴۲۲، ج ۴، ص ۲۲۸/ البانی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۳۲۴) به این شکل است که طبق مفاد این روایت بر قاضی لازم است که مطابق آنچه که حق می‌داند حکم کند و مجاز نیست که بر خلاف آن حکم نماید. قاضی که واقع را نمی‌داند و داوری می‌کند اهل آتش است؛ اعم از اینکه حکم وی مطابق با واقع باشد یا مخالف با آن. براین اساس الزام قاضی به مذهب و قول معینی

در مقام قضا، گاهی لازم می‌آید که قاضی بر خلاف آنچه که حق می‌داند حکم کند یا بر پایه جهل حکم کند که طبق حدیث مذکور از آن منع شده است؛ بنابراین الزام قاضی به مذهب و قول معین مجاز نخواهد بود (سهلی، [بی‌تا]، ص ۸۲۵).

۴. سهولت در دین: در مواردی که اجتهاد مجاز است، برای متصدی امور مسلمانان مجاز نیست که کسی را از اجتهاد در آن موارد منع کند؛ زیرا اجتهاد در دین و عدم تقید به مذهب و قول خاص، موجب سعه و سهولت در دین و دینداری است. الزام قاضی به مذهب و قول خاص خلاف سهولت در دین است. از این رو، الزام قاضی به مذهب و قول معین مجاز نیست (همان، ص ۸۲۵-۸۲۶).

نتیجه: برخی از عالمان اهل سنت حق را در مذهب خاص و معین از چهارگانه محدود دانسته‌اند و برخی محدود ندانسته‌اند، اما قریب به اتفاق آنان، در مذاهب چهارگانه محدود دانسته‌اند؛ لذا غالباً الزام به مذهب معین را یا الزام به مذاهب چهارگانه را لازم دانسته‌اند چون حق را در مذهب معین از مذاهب چهارگانه یا در مذاهب چهارگانه محدود می‌دانند؛ بنابراین نقطه مشترکی که میان آرای غالب عالمان اهل سنت وجود دارد، تحدید حق در مذهب خاص یا مذاهب اربعه است. آنچه که این نوشتار ناظر به آنست، تحدید فتوای معیار در مذهب معین یا مذاهب چهارگانه است. نقد هریکی از ادله به صورت جداگانه در عین اینکه نیازی نیست، از ظرفیت این نوشتار خارج است؛ این نوشتار همه ادله‌ای را که ناظر به تحدید فتوای معیار هستند، به صورت کلی مورد نقد قرار خواهد داد.

۲-۳. نقد ادله تحدید فتوای معیار در مذهب یا مذاهب معین

در این بخش از مباحث لازم است که به نقد آرای فقیهان و عالمان اهل سنت و رویکرد برخی کشورهای اسلامی به صورت کلی بپردازیم که حق را منحصر در مذهب یا مذاهب خاص می‌دانستند. به تعبیری، در اینجا صرفاً به نقد مبنای ادله اقوال اهل سنت خواهیم پرداخت که برخی به آن تصریح

کرده بود و بسیاری به‌عنوان مفروض و مسلم در نظر گرفته بود که واقع محدود در مذاهب اربعه است نه مذاهب دیگر؛ این مدعایی است بدون دلیل. در اینجا این نکته شایان توجه است که این نوشتار بر اساس مبانی و مسلمات و مفروضات خود اهل سنت به نقد پرداخته است نه بر اساس مبانی مذهب امامیه.

اولاً ائمه اربعه نه خودشان محل وحی بوده‌اند و نه ارتباط مستقیم با آسمان‌های معنا و لوح محفوظ داشته‌اند و نه اجتهاد را برای دیگران ممنوع دانسته‌اند. افزون‌بر این ائمه اهل سنت معاصر پیامبر نیز نبودند که قول و نظرشان از این باب حجیت داشته باشند، بلکه حدود یک قرن با رحلت پیامبر فاصله داشته‌اند.

ثانیاً نه دلیل از عقل بر انحصار واقع در مذاهب اربعه داریم و نه دلیلی از نقل (کتاب و سنت). هیچ دلیلی از عقل و نقل بر انحصار واقع در مذاهب اربعه نداریم. همچنین نه آیه‌ای بر انحصار اجتهاد در مذاهب اربعه تاکنون نازل شده است و نه روایت معتبری از پیامبر در این زمینه نقل شده است و نه برهان عقلی بر این مطلب قابل اقامه است که مفاد آنها این باشد که تنها ائمه مذاهب اربعه حق اجتهاد دارند و فقیهان معاصر آنان و بعد از آنان چنین حقی نداشته باشند. نیز هیچ دلیلی نداریم که عالمان دیگر به پایه و درجه علمی آنان نرسند.

ثالثاً خلیفه عباسی به نام «القادر بالله» از مذاهب بسیاری که در میان امت اسلامی ظهور کرده بودند، فقط مذاهب اربعه را به‌عنوان مذاهب رسمی اعلام کرد. او در برابر دریافت مبلغی که از پیروان مذاهب اربعه دریافت کرد، آنها را به رسمیت شناخت. در مقابل، پیروان مذهب جعفری پولی را که خلیفه عباسی خواسته بود نپرداختند، مذهب آنان را در شمار مذهب رسمی قرار نداد (منتظری، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۱۴۸؛ به نقل از: افندی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۳۳).

رابعاً آنان مصون از خطا نبودند یعنی دارای مقام عصمت نبودند و خود

آنان نیز ادعای مصونیت از خطا را نداشته‌اند، بلکه آنان به صراحت گفته‌اند که مصون از خطا نیستند و آرای آنها زمانی حجت هستند که مطابق با کتاب و سنت و... باشند.

اشکالاتی که بر قول دوم وارد باشد بر قول اول نیز وارد خواهد بود؛ برای مثال اگر واقع محدود در مذاهب اربعه نباشد، محدود در یکی از آنها نیز نخواهد بود. اگر ائمه اربعه ارتباط مستقیم با اسمان وحی نداشته باشند، یکی از آنها نیز نخواهد داشت. اگر هیچ‌یک از ائمه اربعه مصون از خطا نباشند، یکی از آنها نیز مصون از خطا نخواهد بود.

خامسا افزون بر آنچه بیان شد، برخی از فقهای اهل سنت نیز حق را محدود در مذاهب چهارگانه ندانسته‌اند؛ مثلاً طبق قانون «المجله الاحکام العدلیه» اولیای صغار، حق نداشتند که کودک نابالغ خود را به نکاح کسی یا بالعکس کسی دیگر را به نکاح وی درآورد. این حکم مخالف مذاهب اربعه و مطابق با فتوای «ابن شبرمه» است (مناقبی، ۱۳۸۶، ص ۱۶۹ / قاضی، ۱۴۳۲، ص ۳۹).

ازجمله کسانی که حق (واقع) را در مذاهب اربعه محدود نمی‌داند، «سنهوری» از علمای اهل سنت است. به نظر سنهوری، در استفاده از منابع حقوقی و استخراج احکام فقهی از آنها در حوزه قانونگذاری باید به چند مطلب پایبند بود: «مطلب اول اینکه عدم تمسک به مکتب خاصی از فقه اسلامی است؛ چراکه ممکن است به همه مذاهب فقهی رجوع شود و از آنها بهره‌مند گردند. پس نمی‌توان در عقاید محتمل ابو حنیفه خود را مقید دانست و به‌طور کامل نباید به مکتب حنفی به‌صورت کامل پایبند بود. دلیلی برای پایبندی به چهار مکتب معروف وجود ندارد زیرا مکاتب دیگری مانند مکتب زیدیه و مکتب امامیه وجود دارد که می‌توان تا حد زیادی از آنها استفاده نمود» (سنهوری، [بی‌تا]، ص ۴۹).

ازجمله عالمان اهل سنت که واقع را محدود در مذاهب اربعه ندانسته است، علامه البانی است. طبق نظر ایشان وادار کردن قاضی و حاکم به

مذهب خاص (مثل مذهب ابی حنیفه) و قول خاصی، مجاز نیست؛ زیرا لازم است که مفتی بر اساس دلیل (کتاب، سنت و...) فتوا دهد [که ممکن است مطابق با هیچ یکی از مذاهب اربعه نباشد] (ر.ک: البانی، <http://www.islamweb.ne>).

بعضی از محققین اهل سنت با استناد به سیره اصحاب و تابعین، التزام به مذهب معین را بدعت در دین دانسته است. او می گوید در جایی که از شرع دلیل بر خلاف وجود داشته باشد، عدم جواز تقلید بدیهی است. در ادامه ایشان تمذهب را بدون شک از بدعت های جدید می داند که نه در عصر صحابه رائج بوده و نه در عصر تابعین و نه در عصر تابعین تابعین: «فهو [التمذهب] من البدع المحدثه بلا شک» یعنی بدون تردید «تمذهب» از بدعت های جدید است. در ادامه ایشان از معصومی خجندی نقل می کند که تبعیت از یکی از مذاهب اربعه یا تبعیت از مذهبی غیر از مذاهب اربعه نه واجب است و نه مستحب، بلکه التزام به مذهب معین در تمام مسائل، انسان را به ورطه خطا، تعصب و تقلید جاهلانه می اندازد (نجدی، ۱۴۲۸، ص ۲۲۹-۲۳۰).

از عبارات ائمه مذاهب اربعه نیز نفی تمذهب و از مجموع عبارات آنان نفی لزوم التزام به مذاهب اربعه در جمیع موارد استفاده می شود: أنکر الامام ابوحنیفه □□□□ تقلیده، فقال: اذا صح الحديث فهو مذهبی، و قال ایضا: لا یحل لاحد ان یأخذ بقولنا ما لم یعلم من این اخذناه (همان، ص ۲۳۱). یعنی امام ابی حنیفه □□□□ تقلید از خودش را رد کرده است؛ پس او گفته است: مذهب من، روایت صحیح است؛ و نیز گفته است: برای احدی، اخذ به قول من مجاز نیست، مگر اینکه بداند که من آن را از کجا اخذ کرده ام.

اما الامام مالک □□□□ فقال: انما انا بشر اخطی و اصبی، فانظروا فی رای، فکل ما وافق الکتاب و السنة فخذوه، و کل ما لم یوافق الکتاب و السنة فاتركوه (همان، ص ۲۳۱-۲۳۲). امام مالک □□□□ گفته است: من بشرم،

دچار خطا و صواب می‌شوم؛ پس به فتوای من نگاه کنید اگر موافق کتاب و سنت یافتید، اخذ کنید؛ وگرنه، ترک کنید.

دعا الامام الشافعی ﷺ الى عدم التزام مذهب معین بقوة و صراحة .. (همان، ص ۲۳۲). یعنی امام شافعی ﷺ [پیروان خودش را] به صراحت و قوت، به عدم التزام به مذهب معین دعوت کرده است. شافعی به پیروانش می‌گفت: من را در هر چه می‌گویم تقلید نکنید؛ در آن بیندیشید (منتظری، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۱۵۰).

امام احمد حنبل: ... و قد صرح الامام احمد، بالنهاي عن التقليد والالتزام بمذهب امام معین فی كثير من كلامه فقال: لا تقلدنی و لا تقلد مالکا و لا الشافعی و خذ من حيث اخذوا (نجدی، ۱۴۲۸، ص ۲۳۳). یعنی امام احمد [حنبل] در بسیاری از سخنان خود، به صراحت از تقلید و التزام به مذهب امام معین نهی کرده است. پس او گفته است که نه از من تقلید کنید و نه از مالک و نه از شافعی؛ [احکام را] از همان منبعی اخذ کنید که آنان اخذ کرده‌اند.

از مجموع عبارات مذاهب چهارگانه، این مطلب به دست می‌آید که التزام به مذهب معین در همه مسائل بدعت است: «و من اقوال هؤلاء الائمة ﷺ تبين لنا أن التزام مذهب معین بدعة و خطأ ...» (همان، ص ۲۳۳).

براین اساس عالمان اهل سنت تا کنون، هیچ دلیل موجهی از عقل و نقل بر انحصار واقع در یکی از مذاهب چهارگانه یا در مذاهب چهارگانه یا بر انحصار جواز اجتهاد در آنان، نتوانسته‌اند ارائه بدهند؛ زیرا ائمه علیهم السلام چهارگانه، نه ارتباط مستقیم با لوح محفوظ داشته‌اند، نه خود آنان ادعای مصونیت از خطا را داشته‌اند و نه «اعتبار» القادر بالله، همانند «اعتبار» پیامبر از حجیت شرعی برخوردار بوده است. در گذشته فقیهان بسیاری در میان امت اسلامی ظهور کرده‌اند و پس از این نیز ظهور خواهند کرد، هیچ دلیلی بر منع آنها از اجتهاد وجود نداشته و ندارد. برخی از محققان اهل سنت نیز با «مذهب» شدیداً مخالف بوده‌اند: یکی از محققین اهل سنت شرایط

اجتهاد را از قول فخر رازی ذکر کرده، می‌گوید عده‌ای از عالمان اهل سنت مانند غزالی اجتهاد را محدود در ائمه چهارگانه دانسته‌اند. ایشان می‌گویند تحدید اجتهاد در ائمه چهارگانه فاقد دلیل است. غزالی و مانند ایشان به سبب تقوا و احتیاط در دین خدا و به گمان اینکه فقهای معاصر آنان از چنان جایگاه علمی برخوردار نبوده‌اند، اجتهاد را محدود به ائمه اربعه دانسته‌اند، بلکه به سبب احترام به ائمه چهارگانه و برای جلوگیری از هرج و مرج در دین به تحدید اجتهاد، فتوا داده است. ایشان در عبارتی می‌گویند، نزاع و اختلاف در جواز و عدم جواز اجتهاد نیست، بلکه نزاع در این است که آیا از میان عالمان و فقیهان بعد از ائمه اربعه کسانی در خارج یافت شده‌اند که واجد شرایط اجتهاد باشند یا خیر؟ (اختلاف در مصداق است) غزالی و مانند وی به گمان اینکه فقیه واجد شرایط اجتهاد در خارج وجود نداشته و ندارد اجتهاد را به ائمه اربعه محدود ساخته‌اند. نویسندگان در ادامه می‌گویند این دسته از فقها استقصا نکرده‌اند و گرنه فقهای واجد شرایط وجود داشته‌اند. او می‌گوید پیامد دیدگاه «تمذهب»، تحجر فکری و فاصله گرفتن دین از واقعیت‌های جامعه و ضرورت‌های زمانه است (سعیدی، [بی‌تا]، ص ۴۵۶۶-۴۵۷۰). نویسندگان بر این باور است که نه حق (واقع) در انحصار مذهب خاص قرار دارد (چون واقع در اختیار کسی نیست) و نه دلیلی بر تحدید جواز اجتهاد، در شخص یا فرقه‌ای خاص، اقامه شده است.

نقدهای یاد شده، بر مذاهب اهل سنت، بر اساس مبانی و مسلمات مفروضات و عبارات عالمان خود اهل سنت، وارد بود؛ آنان چون حق را محدود در مذهب معین از مذاهب چهارگانه یا در مذاهب چهارگانه می‌دانستند، اجتهاد و افتا را نیز به تبع آن، محدود در آنها می‌دانستند، اما ایران گرچند مذهب امامیه را مذهب رسمی دانسته است، اما اشکالات یادشده بر اساس مبانی مذهب امامیه وارد نمی‌شوند؛ زیرا عالمان امامیه اولاً ائمه اطهار را معصوم و مصون از خطا و وارث علوم پیامبر ص می‌دانند؛ لذا اشکالات یادشده بر مبانی خود

آنان وارد نیست. ثانیاً برخی عالمان امامیه به صراحت میان مقام ثبوت و اثبات فرق نهاده‌اند. آنان گرچه به لحاظ مقام ثبوت حق را محدود در مذهب امامیه دانسته‌اند، اما به لحاظ مقام اثبات (اجتهاد و افتا مربوط به مقام اثبات است)، نسبت مذهب امامیه به آرای مذاهب دیگر اسلامی لایشرط است نه بشرط لا؛ یعنی عالمان امامیه به صورت کلی در مقام اثبات تابع ادله و حجت معتبر است (نه استحسان و قیاس و مصالح مرسله) که در مقام اثبات قائم می‌شوند؛ با صرف نظر از اینکه با مذاهب دیگر اسلامی موافق باشد یا مخالف و حتی با صرف نظر از اینکه در مقام ثبوت مطابق با واقع باشد یا مخالف با واقع؛ زیرا واقع در اختیار غیر معصوم نیست. نه معصوم در دسترس همگان است و نه کسی به لوح محفوظ دسترسی دارد؛ برای نمونه امامیه قطع (یقین جازم) را حجت می‌دانند چون کشف ذاتی قطع است و حجت هم لازم بین کشف است؛ لذا عالمان علم اصول، عمل را طبق قطع واجب می‌دانند؛ اعم از اینکه موافق با آرای دیگر مذاهب اسلامی باشد یا مخالف و اعم از اینکه در مقام ثبوت مطابق با واقع باشد یا مخالف. مسئله انقیاد و تجری در علم اصول، شاهد بر این مدعیات است و مؤید آنهاست. طبق آرای عالمان علم اصول، شخص منقاد بر اساس ادله و حجت یقینی که در مقام اثبات قائم می‌شود (اعم از اینکه مطابق با واقع باشد یا خلاف)، طبق یقین و علم خود عمل می‌کند و پاداش داده می‌شود نه اینکه مجازات گردد و نه اینکه صرفاً مُعذّریت داشته باشد. متجری چون مخالف علم و حجتی، عمل می‌کند (اعم از اینکه مطابق با واقع باشد یا مخالف) که در مقام اثبات قائم می‌شود، مستحق تنبیه است.^۱ براین اساس حق را محدود به آرای عالمان و فقیهان نمی‌دانند؛ زیرا در آرای عالمان دین تعارض وجود دارد در صورتیکه دین عاری از تعارض است.

۱. الأولى: إنّ التجّری یقابل الانقیاد، فکما أنّ الانقیاد هو إطاعة التکلیف وامتناله سواءً کان مطابقاً للواقع أو لا، كذلك التجّری هو مخالفة التکلیف الواصل سواءً طابق الواقع أو لا، فهما متقابلان. الثانية: إنّ العقل یدرک حسن الانقیاد مطلقاً، وبما أنّ التجّری یقع فی مقابله بمقتضى المقدمة الأولى، فسوف یدرک العقل قبح التجّری كذلك (حیدری، ۲۰۲۳، ص ۱۹۹).

حجت به معنای مطابقت با واقع نیست بلکه به معنای طریق و روش مستدل و معتبر است: «انّ الحجّیه لیست هی المطابقه للواقع وإصابته، وانما هی المنهج المستدلّ علیه، سواء إصاب الواقع أم لا» (حیدری، ۲۰۲۳، ص ۱۹۳). «فالتفسیر بالرأی المنهّی عنه [فی الرویات] أمرٌ راجعٌ إلى طریق الكشف دون المكشوف [واقع]» (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۱۷۶).

نتیجه

باتوجه به اینکه اختلاف فتاوا در میان مذاهب مختلف و آرای عالمان در مذهب واحد (اعم از شیعه و سنی) وجود دارد، نظام تقنینی و قضایی کشورهای اسلامی در گزینش این آرا، رویکردهای متفاوتی داشته‌اند. اکثر کشورهای اسلامی، در قدم اول، تمایلی به عبور از مرزهای مذهب رسمی کشورشان نداشته‌اند و تلاش کرده‌اند که طبق مذهب رسمی کشور خودشان عمل کنند، اما زمانی که با مسائل پیچیده اجتماعی و سیاسی و بین‌المللی روبه‌رو شده‌اند، به اقوال سایر مذاهب از مذاهب اربعه نیز تمسک کرده‌اند و رویکرد تلفیقی از مذاهب اربعه را برگزیده‌اند.

در «الزام یا عدم الزام به مذهب و رأی خاص» میان علمای اهل سنت به صورت کلی دو قول وجود دارد: ۱. الزام به مذهب و رأی خاص (زیرا مستفتی به حقانیت مذهب معین معتقد شده است؛ لذا التزام به آن و عمل به آن بر او واجب است)؛ ۲. عدم الزام به مذهب و رأی خاص (این قول به دو قول تجزیه می‌شود: یکی عدم التزام به مذهب معین از مذاهب اربعه در عین التزام به مذاهب اربعه. قول دیگر عدم تحدید التزام به مذاهب اربعه و جواز رجوع به غیر آنها مثل مذهب امامیه و زیدیه که این قول سوم شمرده می‌شود)، اما ادله قائلان قول اول و قول دوم، قانع کننده نیست. دلیل عمده عالمان اهل سنت و جماعت، تحدید واقع در مذهب معین از مذاهب اربعه یا در مذاهب اربعه بوده است. آنان تاکنون، هیچ دلیل موجهی از عقل و نقل

بر اثبات انحصار واقع در یکی از مذاهب چهارگانه یا در مذاهب چهارگانه یا بر انحصار جواز اجتهاد در آنان، نتوانسته‌اند ارائه بدهند؛ زیرا ائمه چهارگانه، نه خودشان محل وحی بوده‌اند و نه ارتباط مستقیم با آسمان‌های معنا و لوح محفوظ داشته‌اند و نه خود آنان چنین ادعایی کرده‌اند، بلکه از عبارات ائمه مذاهب اربعه نیز نفی تمذهب و از مجموع عبارات آنان نفی لزوم التزام به مذاهب اربعه در جمیع موارد استفاده می‌شود. حتی برخی از عالمان اهل سنت مانند سنه‌وری به صراحت تمام، انحصار حق (واقع) را در مذاهب اربعه نفی کرده‌اند، اما ایران گرچند مذهب امامیه را مذهب رسمی اعلام کرده‌اند، اما اشکالات یادشده بر اساس مبانی مذهب امامیه وارد نمی‌شوند؛ زیرا عالمان امامیه اولاً ائمه اطهار را معصوم و مصون از خطا می‌دانند. ثانیاً برخی عالمان امامیه به صراحت میان مقام ثبوت و اثبات فرق نهاده‌اند. آنان گرچه به لحاظ مقام ثبوت حق را محدود در مذهب امامیه دانسته‌اند، اما به لحاظ مقام اثبات، نسبت مذهب امامیه به آرای مذاهب دیگر اسلامی لا بشرط می‌دانند نه بشرط لا.

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

آقابزرگ طهرانی، محمدحسن؛ تاریخ حصرالاجتهاد؛ ترجمه مرتضی نادری؛ تهران: نیا، 1389.

ابن ملقن، عمر بن علی؛ البدر المنیر فی تخریج أحادیث الشرح الكبير؛ ریاض: دارالعاصمة للنشر والتوزيع، 1425 ق.

احمد بخیت، احمد محمد؛ «قراءة نقدية فی تقنین أحكام الفقه و صیاغتها»، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا؛ 2، آوریل ۲۰۱۶، ص 963-676.

اکرمی، روح الله؛ «بازتاب فقه در قوانین مجازات کشورهای شافعی مذاهب، مطالعه موردی اندونزی، بروئی، مالزی و یمن»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر؛ 23، تابستان 1400، ص 53-29.

اکرمی، روح الله؛ «رویکرد نظام حقوقی کشورهای اسلامی به موضوع صدور حکم کیفری بر اساس منابع فقهی»، دیدگاه های حقوق قضایی؛ 97، بهار 1401، ص 189-167.

اکرمی، روح الله؛ «موقعیت فقه حنفی در حقوق کیفری کشورهای اسلامی، مطالعه موردی افغانستان، سودان و امارات متحده عربی»، دین و قانون؛ 35، بهار 1401، ص 28-10.

البانی، ناصرالدین؛ دروس للشيخ الألبانی، الاجتهاد والإفتاء، حکم الإلتزام بمذهب معین فی الفتوی؛ دروس صوتیه قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية: <http://www.net.islamweb.net>.

البانی، ناصرالدین؛ صحيح سنن أبي داود؛ ریاض: مكتبة المعارف، 1419 ق.

بیات، محمدحاتم؛ «أساسيات النظام القضائي القطري و ماضيه و حاضره»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية؛ 1، ژانویه 2009، ص 108-57.

حسینی حنیف، احمد؛ «تقنین در ترازوی فقه (با نگاهی ویژه به اجرای فقه امامیه در نظام قضایی افغانستان)»، سفیر؛ 2، تابستان 1385، ص 110-77.

حیدری، کمال؛ العقل الفقهی بین الإطلاع والتاریخية؛ بیروت: مؤمنون بلاحدود، 2023 م.

حیدری، کمال؛ القطع؛ قم: دار فراق، 1427 ق.

خلف محمد الطائي، عبدالرزاق؛ «النظام القضائي في المملكة العربية السعودية: نشأته و تطوره»، مجلة الراصد للحقوق؛ 42، ژانویه 2009، ص 141-۱۱۹.

خمینی، سیدروح الله؛ صحیفه امام (ره)؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۸.

زحیلی، وهبه؛ الفقه الإسلامي وأدلته؛ ج 4، دمشق: دارالفکر، 1409 ق.

سالم، احمد عبدالوهاب؛ تتبع الرخص (مقالات فی الفتوی والإفتاء)؛ کویت: إدارة الإفتاء، 2013 م.

سعیدی، محمدبن ابراهیم؛ الإلزام بالمذهب فی الفتوی؛ ریاض: جامعة أم القرى، 2018 م.

سلیمی پور، عبدالوهاب، ناصر مریوانی و محمد عادل ضیایی؛ «حکم فقهی تلفیق فتوا در مذاهب اربعه اهل سنت»، فقه و اصول؛ 3، پاییز 1399، ص 72-51.

سنهوری، عبدالرزاق؛ الوسيط فی شرح القانون المدني؛ بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2009 م.

سهلی، ابراهیم بن محمد بن حسن؛ سلطة ولی الأمر فی الفتوا؛ ریاض: مكتبة العبيكان، 2012 م.

- سیوی؛ هشام محمد؛ «تقییم مسلك المشرع الليبي في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بعقوبة جريمة القتل العمد»، مجلة العلوم الشرعية؛ ش ۵، آوریل ۲۰۱۸، ص 158-182.
- شرف الدین موسوی، عبدالحسین؛ النص والاجتهاد؛ تهران: مؤسسه البعثه، 1405 ق.
- الشويعر، السلام بن محمد؛ التمهيد حقيقته وحكمه؛ الاولى، تونس: مركز الإمام مالك الحديث والأثر، 2021 م.
- طباطبایي، سيد محمد حسين؛ الميزان في تفسير القرآن؛ بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 1390 ق.
- قاضی، عمر مختار؛ «التقريب بين المذاهب الفقهية الإسلامية والفقه القانوني و تأثير الشريعة في القوانين المعاصرة»، رسالة التقريب؛ ش 86، رجب و شعبان 1432، ص 31-46.
- محقق داماد، سيد مصطفی؛ قواعد فقه (بخش قضایی)؛ تهران: مركز نشر علوم اسلامي، 1381.
- محمد الطباخ، يس محمد؛ «سلطة ولي الأمر في التشريع»، مجلة البحوث الفقهية والقانونية؛ ش ۳۶، اکتبر 2021، ص 1791-1887.
- مناقبی، محمد تقی؛ «احوال شخصيه و قلمرو آن در فقه، حقوق و نظام های حقوقی کشورهای اسلامی»، سفیر؛ ش 2، تابستان 1386، ص 157-189.
- منتظری، حسینعلی؛ مبانی فقهی حکومت اسلامی؛ ترجمه محمود صلواتی؛ ج 3، چ 2، قم: دفتر معظم له، 1367.
- نجدی، عبد الرحمن؛ ضوابط الفتوى في الشريعة الإسلامية؛ قاهره: مكتبة المصطفى نزار البان، 1428 ق.
- هيشمی، نورالدین علی بن ابی بکر؛ مجمع الزوائد و منبع الفوائد؛ تحقیق محمد عبدالقادر احمد عطا؛ بیروت: دارالكتاب العربی، 1422 ق.
- یوسفی مقدم، محمدصادق؛ «تقلید: التزام و پذیرش فتوای مجتهد و عمل به آن بدون درخواست دلیل از وی»، دائرة المعارف قرآن کریم؛ قم: بوستان کتاب، 1386.
- Ayinla A, Lukman”, Muhtasib) ombudsman (and Fatwa of mufti in Negeria :An ananalysis of the ideal Approach ,“Journal of Islamic Thought and civilization:6) , (1Spring ,2016 p.1-16.
- Butti Sultan Butti Ali Al-Muhairi”, The position of Shari’a within the UAE constitution and the federal supreme court’s application of the constitutional clause concerning Shari’a ,“Arab Law Quarterly , (3)11, Jun ,1996 p.219-244.
- Cheema ,Shahbaz Ahmad”, Fatawa in Pakistani Courts :An Appraisal ,“Electronic Journal , (48) 31 ,December ,2016 p.61-76.
- Danladi Shittu ,Abdulwahab”, towards locating the Negerian Shari’ah penal codes’ provisions for willful Homicide within the Shari’ah ,“Ilorin Journal of Religious Studies. 5(1), 2015, p.60-79.
- Hajed A. Alotaibi, An Analytical Study on the Saudi Juvenile Justice, UK: Cam-

- bridge Scholars Publishing, 2020.
- Hassanein, Ahmed Samir , “The Impact of Islamic Criminal law on the Qatari Penal Code”, *Arab law quarterly*, 32(1), 2018, p.60-79.
- Ibrahim, Mohamed ,Ahmad Hidayat Buang , “Maldivian legal system: Islamic Influence and legal reform”, *Shariah Journal*, 26 (1), May 2018, p.71-98.
- Kabeh, Rastin-Tehrani & Yassari, Nadjma, Max Planck Manual on Family Law in Afghanistan, Berlin, 2 edition, German: Max Planck Institute for Comparative and Interna-tional Private Law, 2012.
- Nurdeng Deuraseh; Raihana Mohd Raffi, Amalina Roslan, Rahmadi Indra Tektona, “The pattern and trend of fatawa related to Halal consumption law in Negera Brunei Darussalam: Analyzing Historical date of previous Fatwas issued”, *Diponegoro law Revie*. 7(1), April 2022, p.121-137.
- Robinson , Paul H., “Final Report of the Maldivian Penal Law & Sentencing Codification Project: Text of Draft Code (Vol1) and official Commentary (vol2)” , Penn Carey Law, January 2006, p.9-38.
- Schneider, Irene , “Recent Developments in Afghan Family Law Research Aspects”, *The German Journal on Contemporary Asia (ASIEN)*, No.104, Juli 2007, p.106-118.
- Zaini Nashah, Hayatllah Laluddin, Zulia Mohd Kusrin, Mohd RizalMuwazir, “Standardisation of Fatwa n Malaysia: Management and problems”, *Advances in Natural and Applied Sciences*, 6 (6), June 2012, p.923-926.

Reference

- Agha Bozorg Tehrani, Muhammad Hassan; *History of the Restriction of Ijtihad*; Translated by Morteza Naderi; Tehran: Naba, 1389. [In Persian]
- Ibn al-Mulaqqin, Umar ibn Ali; *Al-Badr al-Munir fi Takhrij Ahadith al-Sharh al-Kabir*; Riyadh: Dar al-Asimah for Publishing and Distribution, 1425 AH. [In Arabic]
- Ahmad Bakhit, Ahmad Muhammad; “A Critical Reading of the Codification of Jurisprudential Rulings and Their Formulation,” *Journal of the Faculty of Sharia and Law in Tanta*; No. 2, April 2016, pp. 676–963. [In Arabic]
- Akrami, Ruhollah; “Reflections of Jurisprudence in the Penal Laws of Shafi’i-School Countries: A Case Study of Indonesia, Brunei, Malaysia, and Yemen,” *Contemporary Comparative Law Studies*; No. 23, Summer 1400, pp. 29–53. [In Persian]
- Akrami, Ruhollah; “The Approach of the Legal Systems of Islamic Countries to the Issue of Issuing Criminal Judgments Based on Jurisprudential Sources,” *Journal of Judicial Law Perspectives*; No. 97, Spring 1401, pp. 167–189. [In Persian]

- Akrami, Ruhollah; "The Status of Hanafi Jurisprudence in the Criminal Law of Islamic Countries: A Case Study of Afghanistan, Sudan, and the United Arab Emirates," *Religion and Law*; No. 35, Spring 1401, pp. 10–28. [In Persian]
- Al-Albani, Nasiruddin; *Lessons by Sheikh Al-Albani, Ijtihad and Fatwa, the Ruling on Adherence to a Specific School in Fatwa*; Audio lessons transcribed by the Islamic Network website: <http://www.islamweb.net>. [In Arabic]
- Al-Albani, Nasiruddin; *Sahih Sunan Abi Dawud*; Riyadh: Maktabat al-Ma'arif, 1419 AH. [In Arabic]
- Bayat, Muhammad Hatim; "Fundamentals of the Qatari Judicial System: Its Past and Present," *Damascus University Journal for Economic and Legal Sciences*; No. 1, January 2009, pp. 57–108. [In Arabic]
- Hosseini Hanif, Ahmad; "Codification in the Balance of Jurisprudence (with a Special Look at the Implementation of Imamiyah Jurisprudence in the Afghan Judicial System)," *Safir*; No. 2, Summer 1385, pp. 77–110. [In Persian]
- Haydari, Kamal; *The Jurisprudential Mind Between Absolutism and Historicity*; Beirut: Mu'minin Bila Hudud, 2023. [In Arabic]
- Haydari, Kamal; *Certainty*; Qom: Dar Farāqid, 1427 AH. [In Arabic]
- Khalaf Muhammad Al-Ta'i, Abdul Razzaq; "The Judicial System in the Kingdom of Saudi Arabia: Its Origin and Development," *Al-Rafidain Journal of Rights*; No. 42, January 2009, pp. 119–141. [In Arabic]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Sahifeh-ye Imam*; Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, 1378. [In Persian]
- Zuhayli, Wahbah; *Islamic Jurisprudence and Its Evidence*; Vol. 4, Damascus: Dar al-Fikr, 1409 AH. [In Arabic]
- Salem, Ahmed Abdel-Wahhab; *Tattabu' al-Rukhas (Articles on Fatwa and Issuing Fatwas)*; Kuwait: Department of Fatwa, 2013. [In Arabic]
- Sa'idi, Muhammad ibn Ibrahim; *Adherence to a School in Fatwa*; Riyadh: Umm Al-Qura University, 2018. [In Arabic]
- Salimipour, Abdul-Wahhab, Naser Marivani, and Mohammad Adel Ziaee; "The Jurisprudential Ruling on the Combination of Fatwas in the Four Sunni Schools," *Fiqh and Usul*; No. 3, Autumn 1399, pp. 51–72. [In Persian]
- Sanhuri, Abd al-Razzaq; *Al-Wasit in the Explanation of the Civil Law*; Beirut: Al-Halabi Legal Publications, 2009. [In Arabic]
- Sahli, Ibrahim ibn Muhammad ibn Hassan; *The Authority of the Ruler in Fatwa*; Riyadh: Obeikan Library, 2012. [In Arabic]
- Siwi, Hisham Muhammad; "Evaluating the Libyan Legislator's Approach in Codifying Islamic Sharia Rulings Related to the Punishment for Intentional Homi-

- cide,” *Journal of Sharia Sciences*; No. 5, April 2018, pp. 158–182. [In Arabic]
- Sharaf al-Din Musawi, Abd al-Husayn; *Text and Interpretation*; Tehran: Al-Ba’thah Institute, 1405 AH. [In Arabic]
- Al-Shuway’ir, Al-Salam ibn Muhammad; *Al-Tamadhhub: Its Reality and Ruling*; 1st Edition, Tunis: Imam Malik Center for Hadith and Athar, 2021. [In Arabic]
- Tabataba’i, Seyyed Muhammad Hossein; *Al-Mizan fi Tafsir al-Qur’an*; Beirut: Al-A’lami Foundation for Publications, 1390. [In Arabic]
- Qadhi, Omar Mukhtar; “Approximation Between Islamic Jurisprudential Schools and Legal Jurisprudence and the Influence of Sharia in Contemporary Laws,” *Risalat al-Taqrif*; No. 86, Rajab and Sha’ban 1432 AH, pp. 31–46. [In Arabic]
- Muhaqqiq Damad, Seyyed Mostafa; *Rules of Jurisprudence (Judicial Section)*; Tehran: Islamic Science Publication Center, 1381. [In Persian]
- Muhammad Al-Tabbakh, Yassin Muhammad; “The Authority of the Ruler in Legislation,” *Journal of Jurisprudential and Legal Research*; No. 36, October 2021, pp. 1791–1887. [In Arabic]
- Munaqibi, Muhammad Taqi; “Personal Status and Its Scope in Jurisprudence, Law, and the Legal Systems of Islamic Countries,” *Safir*; No. 2, Summer 1386, pp. 157–189. [In Persian]
- Montazeri, Hossein Ali; *Jurisprudential Foundations of Islamic Government*; Translated by Mahmoud Salavati; Vol. 3, 2nd Edition, Qom: Office of the Grand Ayatollah Montazeri, 1367. [In Persian]
- Najdi, Abdul Rahman; *Regulations of Fatwa in Islamic Sharia*; Cairo: Al-Mustafa Nizar Al-Baz Library, 1428 AH. [In Arabic]
- Haythami, Nuruddin Ali ibn Abi Bakr; *Majma’ al-Zawa’id wa Manba’ al-Fawa’id*; Edited by Muhammad Abd al-Qadir Ahmad Ata; Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, 1422 AH. [In Arabic]
- Yousefi Moqaddam, Mohammad Sadeq; “Taqlid: Adherence and Acceptance of a Mujtahid’s Fatwa and Acting Upon It Without Requesting Evidence from Him,” *Encyclopedia of the Holy Qur’an*; Qom: Bustan-e Ketab, 1386. [In Persian]
- Ayinla A, Lukman, “Muhtasib (ombudsman) and Fatwa of mufti in Nigeria: An analysis of the ideal Approach,” *Journal of Islamic Thought and Civilization*, (6: 1). Spring 2016, p. 1-16.
- Butti Sultan Butti Ali Al-Muhairi, “The position of Shari’a within the UAE constitution and the federal supreme court’s application of the constitutional clause concerning Shari’a,” *Arab Law Quarterly*, 11(3), Jun 1996, p. 219-244.
- Cheema, Shahbaz Ahmad, “Fatawa in Pakistani Courts: An Appraisal,” *Electronic Journal*, 31 (48), December 2016, p. 61-76.

Danladi Shittu, Abdulwahab, "Towards locating the Nigerian Shari'ah penal codes' provisions for willful Homicide within the Shari'ah," *Ilorin Journal of Religious Studies*, 5(1), 2015, p. 60-79.

Hajed A. Alotaibi, *An Analytical Study on the Saudi Juvenile Justice*, UK: Cambridge Scholars Publishing, 2020.

Hassanein, Ahmed Samir, "The Impact of Islamic Criminal law on the Qatari Penal Code," *Arab Law Quarterly*, 32(1), 2018, p. 60-79.

Ibrahim, Mohamed, Ahmad Hidayat Buang, "Maldivian legal system: Islamic Influence and legal reform," *Shariah Journal*, 26 (1), May 2018, p. 71-98.

Kabeh, Rastin-Tehrani & Yassari, Nadjma, *Max Planck Manual on Family Law in Afghanistan*, Berlin, 2nd edition, German: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 2012.

Nurdeng Deuraseh; Raihana Mohd Raffi, Amalina Roslan, Rahmadi Indra Tektona, "The pattern and trend of fatawa related to Halal consumption law in Negera Brunei Darussalam: Analyzing Historical date of previous Fatwas issued," *Diponegoro Law Review*, 7(1), April 2022, p. 121-137.

Robinson, Paul H., "Final Report of the Maldivian Penal Law & Sentencing Codification Project: Text of Draft Code (Vol1) and official Commentary (vol2)," *Penn Carey Law*, January 2006, p. 9-38.

Schneider, Irene, "Recent Developments in Afghan Family Law Research Aspects," *The German Journal on Contemporary Asia (ASIEN)*, No. 104, Juli 2007, p. 106-118.

Zaini Nashah, Hayatllah Laluddin, Zulia Mohd Kusrin, Mohd Rizal Muwazir, "Standardisation of Fatwa in Malaysia: Management and problems," *Advances in Natural and Applied Sciences*, 6 (6), June 2012, p. 923-926.



The status of special judicial courts in the Islamic judicial system

Mohammad Sadeghpour Azbarami* (Corresponding Author) 

PhD Candidate in Fiqh and Criminal Law, Shahid Motahhari University, Tehran, Iran.

Email: dr.m.sadeghpour@gmail.com

Mohammad Bahrami Khoshkar

Associate Professor, Department of Fiqh and Islamic Law, Shahid Motahhari University, Tehran, Iran.

Email: m1.khoshkar@gmail.com

Ehsan Hassani

PhD Candidate in Fiqh and Criminal Law, Shahid Motahhari University, Tehran, Iran.

Email: ehsanhassani14@gmail.com



Use your device to scan
and read the article online

Citation Sadeghpour Azbarami, M., Bahrami Khoshkar, Hassani, E. (2026). The status of special judicial courts in the Islamic judicial system. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*.23 (89): 77-109.

 [10.22034/ilaw.2024.711690](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.711690)

Received: 13 May 2023 , Accepted: 17 December 2023

Abstract

In many legal systems of the world, special judicial courts are an integral part of that country's judicial system, which has its serious opponents and supporters. In the Islamic Republic of Iran, a special military court is provided for in Article 172 of the Constitution, special courts for revolution and children are provided for in Article 294 of the Islamic Penal Code, and a special court for clergy is provided by the order of the leadership. Considering that the laws of the Islamic Republic of Iran must be according to the standards of the Islamic holy Sharia, this question is raised whether the formation of special courts in the process of Islamic proceedings has been considered (whether approved or prohibited) in Islamic sources? And if the sources do not refer to such courts, does its formation conflict with the basic principles of Islamic proceedings or not? The present article, while examining various contemporary and advanced historical and jurisprudential sources, proves that basically there was no effect and sign of special courts during the rule of the Prophet of Islam and Imams, and it was not paid attention to in the books of Shia jurists, but the formation of such courts with good reasons And observing the special and strict conditions in order to protect the rights of the victim and the criminal does not conflict with the important principles of Islamic judgment.

Keywords

special court, Extraordinary court, general court, Islamic procedure.



Extended Abstract

1. Introduction

In most modern legal systems, specialized judicial courts are an inseparable component of the judicial infrastructure, though they remain a subject of debate among legal scholars. In the Islamic Republic of Iran, the existence of such courts is legally formalized. The Constitution, specifically Article 172, recognizes military courts, while the Islamic Penal Code (Article 294) identifies Revolutionary and Juvenile courts as specialized entities. Furthermore, the Special Clerical Court operates under the direct decree of the Supreme Leadership. Given that the Iranian legal system is fundamentally predicated on Islamic Sharia—as mandated by Article 4 of the Constitution—a critical question arises regarding the legitimacy of these courts within Islamic jurisprudence (Fiqh).

Specialized courts are defined as judicial authorities whose jurisdiction is determined by the specific characteristics of the defendant, the nature of the crime, or the personality of the parties involved. These courts stand in contrast to general courts, which possess universal jurisdiction over all legal matters. Proponents of specialized courts argue that they provide necessary expertise, accelerate the judicial process, prevent external influence, and protect the privacy of sensitive parties. However, critics argue that such courts may jeopardize the principle of equality before the law and often lack the procedural safeguards found in general courts. This research seeks to determine whether Islamic sources (the Quran and Sunnah) explicitly support or prohibit the formation of specialized courts and whether their existence is compatible with the overarching principles of Islamic justice.

2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical methodology to investigate the status of specialized courts within the Islamic judicial framework. The research is conducted through library-based data collection, utilizing a wide array of primary and secondary sources, including the Holy Quran, Hadith (narrations of the Infallibles), classic and contemporary Shiite jurisprudential texts, and relevant Iranian statutes. The authors reviewed over 100 specialized jurisprudential volumes to identify references to the structure of the judiciary in Islamic history. The analysis focuses on interpreting these sources to extract general principles of “Islamic Adjudication” (Qada) and applying them to the modern concept of specialized jurisdiction.

3. Research Findings

The research yields several significant findings regarding the historical, jurisprudential, and legal foundations of specialized courts:

Historical and Jurisprudential Silence: A comprehensive review of Islamic his-

tory and the era of the Prophet Muhammad and the Imams reveals that a formal “specialized judicial organization” did not exist. During the early Islamic period, the Prophet and later the Imams or their appointed governors held general jurisdiction over all disputes. Interestingly, there is a marked silence in classical Shiite jurisprudential literature regarding the prohibition or endorsement of specialized courts. This silence suggests that the structure of the judiciary was often viewed as a matter of administrative discretion rather than a fixed ritualistic requirement.

The Principle of Non-Prohibition and “Region of Silence”: Islamic jurisprudence defines prohibited types of adjudication based on the judge’s character—specifically targeting ignorance and corruption—rather than the structural type of the court. Since there is no explicit text (Nass) forbidding the division of judicial labor into specialized branches, the research concludes that this falls within the “Region of Silence” (Manat-e-al-Faraq), where the Islamic ruler has the authority to organize affairs based on public interest (Maslahah).

The Governance (Velayi) Nature of Adjudication: In Shiite Fiqh, the position of a judge (Qadi) is considered a branch of “Velayat” (governance). Leading jurists, including Imam Khomeini and Sahib al-Jawahir, argue that while the core principles of justice are divine, the operational details are entrusted to the Islamic ruler. Therefore, the Wali-e-Faqih (or the Islamic government) has the authority to limit the general jurisdiction of certain judges to specific fields (such as military or juvenile matters) to enhance the efficiency of the justice system.

Analogy of the “Moqallid” (Non-Mujtahid) Judge: A crucial finding relates to the requirement of “Ijtihad” (independent legal reasoning) for judges. While traditional Fiqh often requires a judge to be a Mujtahid, many contemporary jurists permit the appointment of “Moqallid” (specialist but non-mujtahid) judges due to the vast increase in population and legal complexity. The logic used to justify non-mujtahid specialists—namely, the necessity of preventing the backlog of cases and ensuring expert oversight—is directly applicable to the justification of specialized courts.

Alignment of Goals: The ultimate goal of the Islamic judicial system is the realization of “Qist” (equity) and “Adl” (justice). Specialized courts align with these goals by providing:

- Expertise: Preventing “specific ignorance” in complex technical fields like military or commercial law.
- Speed: Avoiding the delays (Ataleh) inherent in general courts.
- Protection: Safeguarding the dignity of specific groups, such as children, or maintaining national security through non-public military trials.

4. Conclusion

The study concludes that the formation of specialized courts is not only compatible with Islamic principles but is a necessary evolution of the judicial system

in response to the complexities of modern society. While Islamic sources do not provide a specific blueprint for these courts, the absence of a prohibition combined with the administrative authority of the Islamic ruler (Wali-e-Faqih) provides a solid jurisprudential basis for their existence.

However, the research emphasizes that because specialized courts are an exception to the rule of general jurisdiction, their formation must be strictly regulated. To remain within the framework of Islamic justice and avoid the “bitter historical experiences” of judicial abuse, the following conditions must be met:

1. Principle of Minimality: Specialized courts should only be established in cases of absolute necessity.
2. Legal Basis: Their jurisdiction and structure must be explicitly defined by the rule of law.
3. Judicial Oversight: They must remain under the supervision of the central judiciary to ensure consistency.
4. Adherence to Fair Trial Standards: They must not become tools for “harshness” or “discrimination.” The fundamental rights of the defendant, including the right to a defense and the presence of a lawyer, must be respected in accordance with the Islamic principle of “La-Darar” (No Harm).

In summary, specialized courts are a legitimate “secondary tool” for achieving the primary Islamic goal of absolute justice, provided they operate under strict legal and religious safeguards.

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.



وضعیت محاکم اختصاصی در نظام دادرسی اسلامی

محمد صادقپور از برمی ^{ID}

دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، مدرسه عالی و دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.
Email: dr.m.sadeghpoor@gmail.com

محمد بهرامی خشکار

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، مدرسه عالی و دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.
Email: m1.khoshkar@gmail.com

احسان حسانی

دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، مدرسه عالی و دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.
Email: ehsan hassani14@gmail.com



استناد صادقپور از برمی، محمد؛ بهرامی خشکار، محمد؛ حسانی، احسان (۱۴۰۵). وضعیت محاکم اختصاصی در نظام دادرسی اسلامی. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۹): ۱۰۹-۷۷
[doi 10.22034/ilaw.2024.711690](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.711690)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۲۳، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۶

چکیده

در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا، محاکم قضایی اختصاصی جزء لاینفک سیستم قضایی آن کشور می‌باشند که مخالفان جدی و موافقان خود را دارد. در جمهوری اسلامی ایران نیز دادگاه اختصاصی نظامی در اصل ۱۷۲ قانون اساسی و دادگاه‌های اختصاصی انقلاب و اطفال در ماده ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی و دادگاه ویژه روحانیت به دستور مقام رهبری، پیش‌بینی شده است. با توجه به اینکه قوانین جمهوری اسلامی ایران باید طبق موازین شرع مقدس اسلام باشد، این سؤال مطرح است که آیا در منابع اسلامی، تشکیل محاکم اختصاصی در فرآیند دادرسی اسلامی، مورد توجه (اعم از تأیید یا نهی) قرار گرفته است؟ و در صورت عدم اشاره منابع به چنین محاکمی، تشکیل آن با اصول اساسی دادرسی اسلامی تنافی دارد یا خیر؟ مقاله حاضر ضمن بررسی منابع گوناگون تاریخی و فقهی معاصر و متقدم ثابت می‌کند که اساساً اثر و نشانه‌ای از محاکم اختصاصی در دوران حکومت نبی مکرم اسلام و ائمه هدی علیهم‌السلام وجود نداشته و در کتب فقیهان شیعه نیز بدان توجهی نشده است اما تشکیل چنین محاکمی با دلایل قابل قبول و رعایت شروط خاصه و سخت‌گیرانه در راستای حفظ حقوق بزه‌دیده و بزه‌کار با اصول مهمه قضاوت اسلامی منافاتی ندارد.

واژگان کلیدی

محاکم اختصاصی، دادگاه اختصاصی، دادگاه عمومی، دادرسی اسلامی.



مقدمه

روش تحقیق در این مقاله، توصیفی تحلیلی است که به بررسی آیات، روایات و مواد قانونی مربوط به تشکیل محاکم اختصاصی، می‌پردازد. روش گردآوری مطالب، به صورت کتابخانه‌ای است که با استفاده از کتب، مقالات و نرم‌افزارهای فقهی، حقوقی و تاریخی انجام خواهد شد. باتوجه به بکربودن موضوع مقاله، پیشینه فقهی مؤثری در این حوزه یافت نشد و شاید بتوان مدعی بود که جزء اولین آثار فقه تحلیلی پیرامون محاکم اختصاصی است. امید است که فقیهان و حقوقدانان ارجمند با تحقیق بیشتر، موجب رشد نظری و عملی حوزه مذکور گردند.

فقه‌های شیعه تشکیل هیئت حاکمه و قوه قضائیه را یک ارتکاز عقلی و جزء فطریات بشری می‌دانند که آنها موظف به رسیدگی و تنظیم امور عامه‌اند تا منازعات و مخاصمات را حلّ و فصل نمایند و هر امری که عرف آن را برای حفظ اساس نظام و دوام زندگی لازم می‌داند، انجام دهند. از ناحیه شارع مقدّس نیز هیچ ردعی بر این ارتکاز ذهنی عقلاء وارد نشده و این به معنای اثبات و امضاء وی می‌باشد لذا تشکیل هیئت حاکمه و قوه قضائیه وجوب شرعی پیدا می‌کند. البته این تأیید صرفاً در اصل تشکیل این مجموعه‌هاست اما خصوصیات مسئولین آنها و خصوصیات قضات مشغول در قوه قضائیه جزء اموری است که توسط شارع، مشخص می‌گردد و توسط او به صورت عام یا خاص نصب می‌گردند؛ بنابراین لزوم اصل تشکیل حکومت و قوه قضائیه، از ناحیه بناء عقلاست - لذا دلایل مطروحه در نصوص قرآنی و روایی ارشاد عقلی دارند - و وجوب برخورداری از شرایط خاص، از ناحیه شارع مقدّس (عراقی، ۱۳۷۹، ص ۳۲-۳۳).

اصل اولیه حقوقی، برابری همه شهروندان در برابر قانون و یکسانی شیوه و آیین دادرسی برای همه افراد جامعه فارغ از جایگاه اقتصادی، اجتماعی، قومی و مذهبی است و این امر مورد توجه ویژه قانون اساسی جمهوری

اسلامی نیز قرار گرفته است؛ تا آنجا که قانون اساسی رهبر را در برابر قانون با سایر شهروندان مساوی می‌شمارد. در گذشته و در نظام‌های پادشاهی و استبدادی، اشراف و اعیان و شاهزادگان دون شأن خود می‌دانستند که در دادگاه‌های عادی همانند مردم دیگر محاکمه گردند. از این‌رو، دادگاه‌های خاص با ساختار دادرسی ویژه برای آنها تشکیل شد تا فاصله میان آنها و اتباع حفظ گردد. در مکاتب و نظام‌های مختلف حقوقی به این پیشینه و اثرات سوء آن توجه شده است؛ از این‌رو برچیدن دادگاه‌های خاص و اصالت بخشیدن به دادگاه‌های عمومی برای همه قشرها به مثابه گسترش دموکراسی و از مظاهر مردم‌سالاری تلقی گردید (مجیدی، ۱۳۸۹، ص ۲۶۶).

تشکیل دادگاه‌های اختصاصی در ایران پیشینه طولانی دارد و می‌توان نشانه‌های پررنگی از آن را در دوره ساسانیان یافت. دکتر سیدحسن امین در تفکیک میان صلاحیت شرع و عرف در این دوره می‌گوید: «در حوزه دادگستری و حقوق، افزون بر مسائل حقوق خصوصی و کیفری و دادرسی شرعی که در انحصار موبدان زرتشتی بود، در حوزه حقوق عمومی و اداری قضات عرف هم به قضایای سیاسی، نظامی و گاهی جزایی زیر نظر شخص شاه که قانونگذار رسمی و بالطبع داور نهایی (با صلاحیت قضایی نامحدود) و رئیس تمام طبقات کشور محسوب می‌شد، رسیدگی می‌کردند. یعنی پرونده‌های مدنی و جزایی (عادی) در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های شرع بود و برابر دادرسی شرعی به وسیله مغان و دستوران و موبدان به آنها رسیدگی می‌شد؛ اما پرونده‌های سیاسی، امنیتی، نظامی، اداری و مالیاتی و کیفری (فوق‌العاده) در دادگاه عرفی رسیدگی می‌شد.» (امین، ۱۳۸۲، ص ۱۲۳) این تفکیک را در عصر قاجار به تقلید از عصر صفوی نیز شاهد هستیم (همان، ص ۳۸۸) همچنین در دوران مشروطه محاکم تجارت (دادگاه اختصاصی بازرگانان) به عنوان یکی از محاکم استثنایی زیر نظر وزارت عدلیه به پرونده‌ها رسیدگی می‌کرد (همان، ص ۴۷۹). از دیگر محاکم اختصاصی که در عصر صفوی و

افشاری و سپس در عصر قاجار شاهد آن هستیم، محاکم اختصاصی نظامی است که زیر نظر قاضی عسکر اداره می‌شد (همان، ص ۴۸۷). تعداد زیادی از کشورهای دنیا از محاکم اختصاصی بهره می‌برند، البته تشکیل محاکم اختصاصی مخالفان و موافقان زیادی دارد، مخالفان معتقدند که در این محاکم تخلفات زیادی در برابر دادرسی عادلانه صورت می‌پذیرد و موافقان آن معتقدند که دلایل موجهی برای تشکیل این محاکم وجود دارد و وجود اندکی از تخلفات را می‌توان نادیده گرفت (زراعت، ۱۳۸۲، ص ۳۰). البته موافقان نیز کثرت این محاکم را غلط دانسته و صرفاً در موارد ضروری تشکیل آن را لازم می‌دانند.

۱. تعریف محاکم اختصاصی

ماده ۴ قانون اصول تشکیلات عدلیه مصوب ۱۳۰۷ هجری شمسی، محاکم اختصاصی را این گونه تعریف می‌نماید: «محاکم اختصاصی آن است که به هیچ امری حق رسیدگی ندارد غیر آن چه قانون صراحتاً اجازه داده است مثل محاکم تجارت و نظامی و غیره که تشکیلات و ترتیبات آنها به موجب قانون علی‌حده معین می‌شود». در تعریفی بهتر می‌توان گفت: محاکم قضایی اختصاصی به مراجع قضایی اطلاق می‌گردد که صلاحیت آنها به اعتبار ویژگی متهمین یا جرم یا شخصیت طرفین دعوا مشخص می‌شود.

۲. جایگاه محاکم اختصاصی نسبت به محاکم عمومی

مقسم در تقسیم بندی محاکم به عمومی و اختصاصی، صلاحیت است. در کتاب‌های حقوقی صلاحیت‌های متعددی را برای محاکم قضایی بیان نموده‌اند، از قبیل: صلاحیت محلی، ذاتی و شخصی که بررسی دقیق هر یک از آنان خارج از رسالت این نوشتار است. اما صلاحیت ذاتی یا همان صلاحیت مطلقه که در مقابل صلاحیت نسبی استعمال می‌شود (جعفری

لنگرودی، ۱۳۹۳، ص ۴۰۷) صلاحیتی است که مربوط به نظم عمومی جامعه است لذا عدول از آن موجب بطلان دادرسی می‌شود و طرفین دعوا نیز نمی‌توانند بر خلاف آن توافق نمایند.

در امور کیفری اصل بر صلاحیت مراجع عمومی است و هرگاه قانونگذار مرجع دیگری را برای رسیدگی به جرمی مشخص نکرده باشد باید به صلاحیت دادگاه‌ها، دادسراها و مراجع تحقیق عمومی رجوع کرد. ماده ۴ قانون اصول تشکیلات عدلیه، اصلاحی ۱۳۰۹/۴/۳، به صراحت استثنایی بودن مراجع اختصاصی را یادآور شده بود: «محاکم اختصاصی آن است که در هیچ امری حق رسیدگی ندارد غیر آنچه که صراحتاً اجازه داده شده است.» (آشوری، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۷۸) طبقه بندی دادگاه‌ها را به دادگاه‌های عمومی و اختصاصی، طبقه بندی عرضی دادگاه‌ها می‌گویند (صدرزاده، ۱۳۷۲، ص ۷۸). مرجع عمومی را می‌توان عبارت از مراجعی دانست که حق رسیدگی و صدور حکم نسبت به عموم دعاوی را صرف نظر از ویژگی دعوا یا ویژگی متداعیین دارد (هاشمی، ۱۳۷۲، ص ۵۷۷). یعنی دادگاه اختصاصی در ذیل دادگاه عمومی تعریف نمی‌شود بلکه (برخلاف دادگاه تخصصی) از آن مستقل بوده و در عرض آن تعریف می‌شود. اما به موجب اصل ۱۵۹ قانون اساسی تمامی محاکم اعم از عمومی و اختصاصی، زیر مجموعه قوه قضائیه محسوب می‌شوند.

بنابراین صلاحیت ذاتی هر دادگاه نشان‌دهنده محدوده فعالیت آن دادگاه است که به موجب قانون بیان می‌شود و حق عدول از این چارچوب را ندارد؛ لذا اگر دو دادگاه صلاحیت محلی رسیدگی به جرمی را داشته باشند، صلاحیت دادگاه اختصاصی جلوتر از دادگاه عمومی است - این همان صلاحیت ذاتی است - و اگر شامل آن نشد تحت شمول عام دادگاه‌های عمومی قرار می‌گیرد.

نکته حائز اهمیت این است که چون محاکم اختصاصی به دلیل

محدودیت‌هایش، نسبت به محاکم عمومی حالت استثنایی داشته؛ لذا افزایش دایره استثنائات به طوری که هر قشری برای خود دادگاه اختصاصی داشته باشد، مطلوب نیست و قانونگذار باید مراقب باشد که گرفتار قباحات تخصیص اکثر نگردد. به‌هرصورت در قوانین ایران، تشکیل چنین محاکمی صحیح دانسته شده که بدان اشاره می‌شود.

۳. محاکم اختصاصی در قانون اساسی ایران

اصل ۱۵۹ قانون اساسی ایران نیز تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها را منوط به حکم قانون می‌داند. اگر مقصود از واژه قانون در این اصل، قانون اساسی باشد، تنها دادگاه اختصاصی مجاز به فعالیت، دادگاه نظامی است. اما آنچه از ظاهر امر پیداست انحصار واژه قانون در قانون اساسی اشتباه است و تمامی قوانین اعم از اساسی، کیفری و مدنی را در بر می‌گیرد؛ بنابراین می‌توان گفت که تنها اصلی که می‌توان از آن به‌صورت تلویحی، اذن تشکیل محاکم اختصاصی را فهمید اصل ۱۷۲ قانون اساسی است: «برای رسیدگی به جرایم مربوط به وظایف خاص نظامی یا انتظامی اعضاء ارتش، ژاندارمری، شهربانی و سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، محاکم نظامی مطابق قانون تشکیل می‌گردد، ولی به جرایم عمومی آنان یا جرایمی که در مقام ضابط دادگستری مرتکب شوند در محاکم عمومی رسیدگی می‌شود. دادستانی و دادگاه‌های نظامی، بخشی از قوه قضائیه کشور و مشمول اصول مربوط به این قوه هستند.»

اما همان‌طور که گفته شد تشکیل این محاکم، حالت استثنایی دارد و کمینه‌گرایی قانون اساسی در تشکیل محاکم اختصاصی، حکایت از تمایل قانون‌گذار به قلّت این محاکم دارد؛ بنابراین می‌توان این را به عنوان یک اصل نانوشته پذیرفت که «اصل بر عدم تشکیل محاکم اختصاصی است»؛ لذا در راستای رعایت عدالت همگانی و ایجاد امنیت قضایی عادلانه که

مصرّح قانون اساسی ایران است (بند ۱۴ ماده ۳ ق.ا.)، اصل بر رسیدگی جرایم در دادگاه‌های عمومی است مگر اینکه بنابر دلایلی فرآیند دادرسی قضایی در محاکم اختصاصی یا فوق العاده انجام پذیرد. علاوه بر ماده ۳ قانون اصول تشکیلات عدلیه «قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکم صلحیه» مصوب ۱۳۰۷ هجری شمسی^۱ که اشاره بر اصل بودن محاکم عمومی دارد در قوانین فعلی نیز این مطلب قابل رؤیت است. ماده ۵۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز به این مطلب اذعان دارد. تبصره ماده ۲۹۸ و ماده ۴۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری نیز شاهد این مدعی است که محاکم عمومی صلاحیت کلی برای رسیدگی به جرایم دادگاه‌های اختصاصی را دارند اما به دلیل تفکیک این دادگاه‌ها از یکدیگر، حتماً باید دادرسی در دادگاه‌های اختصاصی انجام پذیرد اما در صورت عدم تشکیل دادگاه اختصاصی در یکی از شهرها، دادگاه کیفری یک و دو می‌تواند به جرایم متهمین رسیدگی نماید.

۴. محاکم اختصاصی قضایی ۲ در قوانین دیگر ایران

ماده ۲۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «دادگاه‌های کیفری به دادگاه کیفری یک، دادگاه کیفری دو، دادگاه انقلاب، دادگاه اطفال و نوجوانان و دادگاه‌های نظامی تقسیم می‌شود». دو دادگاه اول عمومی و سه دادگاه بعدی اختصاصی می‌باشند.

در کنار سه دادگاه فوق که به نص صریح قانون تشکیل شده است، دادگاه ویژه روحانیت نیز جزء محاکم اختصاصی می‌باشد که بدون نص قانونی مصرّح و به دستور مستقیم رهبر انقلاب تشکیل یافت^۲ و به کار خود ادامه می‌دهد.^۳ درباره

۱. محاکم عمومی آن است که حق رسیدگی به تمام دعاوی را دارد غیر آن چه قانون صراحتاً استثناء کرده است.

۲. با قید قضایی، محاکم اختصاصی شبه قضایی مانند: هیأت منصفه، سازمان تعزیرات حکومتی و شورای حل اختلاف، را خارج شد.

۳. با حکم امام خمینی در تاریخ ۱۳۶۶/۳/۲۵.

۴. با تأیید مقام معظم رهبری در سال ۱۳۶۹.

قانونی یا غیرقانونی بودن دادگاه ویژه روحانیت بحث‌های طولانی و مفصلی شده که این نوشتار عهده دار آن نیست (ر.ک: دریاباری، ۱۳۸۳).

۵. هدف از تشکیل محاکم اختصاصی

تأسیس این گونه مراجع رسیدگی در کنار مراجع عمومی باید مبتنی بر دلایل قابل قبولی باشد تا سلب صلاحیت از مراجع اخیر (عمومی) به نفع آنها را توجیه نماید، زیرا یکی از ویژگی‌های مشترک در میان اغلب مراجع اختصاصی، محدودیت‌های حق دفاع متهم به شکل برگزاری محاکمه غیرعلنی، یا عدم استقبال از برخورداری از وکیل در این مراجع است (خالقی، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۶۰). دلایل تشکیل محاکم اختصاصی در ایران عبارتند از:^۱

۵.۱. متخصص بودن قضات

امروزه به دلیل پیشرفت جوامع و توسعه روابط و مناسبات افراد با یکدیگر زمینه‌های بروز اختلاف و لزوم مراجعه به دادگستری برای حل و فصل آن نیز بیشتر شده است. به همین دلیل اختلافات و دعاوی اعم از اینکه جنبه مجرمانه داشته یا صرفاً مربوط به نقض تعهدی قراردادی یا موجد مسئولیت مدنی باشد، فراوان و متنوع شده است به همین دلیل قضات نمی‌توانند واجد تخصص لازم در همه زمینه‌ها باشند و این واقعیت ایجاب می‌کند که هر یک به دسته‌ای خاص از امور رسیدگی کرده تا به تدریج در آن تبحر یابند. براین اساس یکی از اهداف تشکیل محاکم اختصاصی نیز همان گونه که از نام آن برمی‌آید، استفاده از تخصص قضات برای رسیدگی به جرایم خاص یا اتهامات افراد خاص می‌باشد چراکه رسیدگی به برخی دعاوی به دانشی افزون بر دانش قضائی قضات محاکم عمومی نیاز دارد (صفاری خوزانی، ۱۳۹۰، ص ۱۵).

طبیعی است که باتوجه به اهمیت موضوع و ضرورت رعایت نظم و

۱. این دلایل حصری نبوده و ممکن است در آینده به دلایل موجه دیگری، محاکم اختصاصی تشکیل گردند.

انضباط خاص دادگاه‌های نظامی برای رسیدگی به اتهامات پرسنل نظامی در اغلب کشورها وجود دارند. نهادهای قضایی بین‌المللی نیز مخالفتی با تأسیس این گونه دادگاه‌ها مشروط بر این که معیارهای ناظر به دادرسی منصفانه از جمله، انصاف، بی‌طرفی و حقوق دفاعی متهمان رعایت شود، ندارند (آشوری، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۸۳).

در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا از جمله ایران، دادگاه اطفال و نوجوانان جزء محاکم اختصاصی می‌باشد و دلیل اختصاصی بودن آن نیز ظرافت‌های مواجهه با اطفال و نوجوانان است که نیاز به تخصص عالمانه و تجربه فراوان دارد.

امام خمینی نیز در پیام خود برای تشکیل دادگاه ویژه روحانیت علاوه بر برخورد قاطعانه با مفسدین موجود در لباس روحانیت، به این موضوع اشاره می‌کند که روحانیون از حال روحانیون بهتر مطلعند و می‌توانند احکام دقیق‌تری صادر نمایند (خمینی، ۱۳۹۱، ص ۶۰).

۵-۲. تسریع در دادرسی

بنابر اصل ۳۲ قانون اساسی، تسریع در دادرسی یک وظیفه کلی برای تمامی محاکم اعم از عمومی و خصوصی است. اما گاهی برای فرار از اطاله دادرسی در محاکم عمومی، مجبور به تأسیس محاکم خصوصی می‌شویم تا به سرعت به جرایم ارتكابی پرداخته شده و نتیجه آن بیان گردد؛ لذا در دادرسی قضایی ایران، یکی از دلایل مهم تشکیل دادگاه نظامی و دادگاه انقلاب، همین امر بوده است.

معمولاً در مراجع اختصاصی به دلیل محدود بودن صلاحیت آنها به جرایم معین یا اشخاص معین، طول مدت رسیدگی، به پرونده‌ها نسبت به مراجع عمومی کمتر است و این ویژگی در مورد برخی جرایم، مانند جرایم نظامی که سرعت در واکنش مناسب در برابر جرم از اهمیت زیادی برخوردار است، بسیار مورد توجه قرار دارد (خالقی، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۶۰). پیداست

که تسریع در دادرسی نباید منجر به کاهش دقت در تحقیق و صدور حکم گردد، مقصود از تسریع در دادرسی این است که باتوجه به اهمیت جرم یا شخصیت مجرم یا شرایط خاص، نیازمند این هستیم که بدون گرفتارشدن در اطاله‌های مرسوم در دادرسی‌های عمومی، به بررسی آن پردازیم؛ بنابراین اگر روزی در محاکم عمومی، پرونده‌ها با سرعت قابل قبولی به نتیجه برسند، قطعاً باید محاکم اختصاصی‌ای که تنها با این هدف تأسیس شده‌اند جمع‌آوری شوند.

۵.۳. عدم اعمال نفوذ

برای جلوگیری از تأثیر قدرت عمومی یا افراد ذی‌نفوذ در محاکمه برخی اشخاص، لازم است که محاکم اختصاصی تشکیل شده و بدون هیچ‌گونه وا همه و اعمال نفوذی، این اشخاص محاکمه گردند. چنانچه یکی از اهداف تشکیل دادگاه ویژه روحانیت در کشور ما نیز این بوده است که این محاکم بتوانند بدون توجه به ابهت متهم و بدون آنکه اعمال نفوذی در جریان دادرسی صورت گیرد، به جرایم روحانیون رسیدگی نمایند (دریاباری، ۱۳۸۳، ص ۵۲).

۵.۴. حفظ اسرار یا شخصیت متهم

یکی از ویژگی‌های محاکم اختصاصی غیرعلنی بودن آنهاست. دلایل غیرعلنی بودن محاکمه در مراجع اختصاصی بسته به نوع آن مرجع متفاوت است، لکن دلیل عمده، شخصیت ویژه متهم است که باتوجه به آن، مصالح جامعه ایجاب می‌نماید که محاکمه غیرعلنی برگزار گردد. برای مثال غیر علنی بودن دادرسی جرایم اطفال به خاطر حفظ اسرار و هویت ایشان است تا در آینده مورد سوء استفاده قرار نگیرند. یا برای مثال غیرعلنی بودن محاکمه یک فرمانده نظامی در دوران جنگ به جرم خیانت به کشور، بدین خاطر است که محاکمه علنی وی، تأثیر نامطلوبی در روحیه سربازان خواهد گذاشت. همچنین ضرورت حفظ اسرار نظامی که در اکثر پرونده‌ها

مطرح می‌شود موجب گردیده است که دادگاه‌های نظامی به‌صورت غیر علنی برگزار گردد تا فرصت هرگونه سوء استفاده از خیانت کاران به کشور سلب گردد (همان، ص ۴۶). به نظر می‌رسد دادگاه ویژه روحانیت نیز به دلیل حفظ جایگاه روحانیت در جامعه و احتمال خدشه در دین‌داری مردم به‌صورت غیرعلنی برگزار می‌گردد. درهرحال این دلیل نیز ازجمله دلایل معقولی است که هر نظام حقوقی را مجاب می‌کند که به‌صورت محدود، دست به تشکیل محاکم اختصاصی بزند.

۶. جایگاه محاکم اختصاصی در دادرسی اسلامی

اصل ۴ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی، و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد». حال سؤال اساسی این است که تشکیل محاکم اختصاصی جنبه اسلامی دارد یا خیر؟ آیا در میان آیات الهی و روایات معصومین نشانه‌ای از جواز یا نهی از این محاکم وجود دارد؟ و اگر ادله‌ای صریح در تأیید یا ردّ محاکم اختصاصی نبود، با چه شرایطی می‌توان تشکیل این محاکم را پذیرفت؟ آیا اصول حاکمه در باب قضای اسلامی با تشکیل این گونه محاکم تنافی ندارد؟ و عدم تنافی، ما را در منطقه الفراغ قرار می‌دهد؟

برای رسیدن به نتیجه مطلوب، می‌توان سؤالات فوق را در دو سؤال اساسی خلاصه نمود تا با پاسخ به آنها، وضعیت محاکم اختصاصی در نظام دادرسی اسلامی را مشخص نمود.

آیا در قرآن شریف و سیره معصومین، دلیلی مصرّح بر جواز تشکیل محاکم اختصاصی یا نهی از آن، وارد شده است؟ درصورت عدم وجود ادّله، آیا تشکیل چنین محاکمی با مبانی کلی دادرسی اسلامی منافات دارد؟

۶-۱. بررسی جواز یا نهی از تشکیل محاکم اختصاصی در منابع اسلامی

در عصر نبوی، چیزی که بتوان به آن عنوان «سازمان قضایی» داد، وجود نداشت. پیامبر که مظهر کامل قوای سه‌گانه تشریع، قضا و اجرا بود، خود امر قضا را تصدی می‌فرمود و جامعه ساده و محدود آن روز مدینه نیز جز این اقتضا نمی‌کرد (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۲۰). اما رفته‌رفته با گسترش جغرافیای اسلامی، قضاوت در برخی مناطق، تفویض شد و حتی انتخاب قضات نیز به استانداران آن منطقه واگذار گردید، همان‌طور که در نامه مشهور امیرالمومنین به مالک‌اشتر مشهود است (ر.ک: شریف رضی، ۱۴۱۴، ص ۴۵۲). اما آنچه مسلم است عدم وجود محاکم اختصاصی در دوره حکومت معصومین علیهم‌السلام است.

شاید برخی تصور کنند که آنچه تحت عنوان رسیدگی به امور حسبه توسط محتسبین صورت می‌گرفت، شامل محاکم اختصاصی شود اما واقعیت امر این است که محتسب بر فرض وجودش در زمان حضرات معصومین علیهم‌السلام، وظایف مشخصی داشت که او را نهایتاً متولی محاکم شبه‌قضایی قرار می‌داد که سازمان مشابه آن در زمان کنونی همان سازمان تعزیرات است. بیشتر وظایف محتسب در غالب امر به معروف و نهی از منکر قرار می‌گرفت که جنبه پیشگیرانه داشت؛ بنابراین نمی‌توان پذیرفت رسیدگی به امور حسبه یکی از مصادیق محاکم اختصاصی بوده است (ماوردی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۱۳-۳۹۴).

- حصری بودن قضاوت حرام

حصری بودن قضاوت‌های حرام بدین معناست که قضاوت‌های نهی شده، چارچوب مشخصی دارند. در روایتی صحیح‌السند از امام صادق آمده است: قضات چهار دسته‌اند، سه دسته در دوزخند، و یکی اهل بهشت است: ۱- آنها که عالم (به علم قضا) هستند ولی ظالمانه قضاوت کنند، در آتشند؛ ۲- آنان که عالم (به علم قضا) نیستند و حکم ظالمانه کنند، در آتشند؛

۳- آنها که عالم (به علم قضا) نیستند ولی (اتفاقی) به حق قضاوت کنند، اینان هم جهنمی‌اند (زیرا بدون صلاحیت، این منصب را اشغال نموده‌اند)؛

۴- آنها که عالم (به علم قضا) هستند و به حق حکم می‌کنند، اهل بهشتند (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۴، ص ۶۳۸)؛ لذا شیخ طوسی در تقسیم بندی قضاوت به واجب، حرام و جایز، در اقسام قضاوت حرام چنین می‌فرماید: «فأن یکون جاهلاً ثقةً کان أو غیر ثقةً أو یکون فاسقاً من أهل العلم» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۸۳). از این لحاظ دو ویژگی مهم در ردّ قاضی مطرح است: جهل و فسق. هر یک از این دو ویژگی در فردی وجود داشته باشد صلاحیت قضاوت از او سلب شده و حق نشستن بر چنین جایگاه خطیری را ندارد.

کاملاً مشخص است که داشتن صلاحیت‌های عمومی همانند عاقل بودن، بالغ بودن و... در این روایت مفروض انگاشته شده است. روایت فوق در مقام بیان قضاوت‌های حرام هستند و اگر غیر از این موارد، مورد دیگری بود از باب قبح عقاب بلا بیان، باید بدان اشاره می‌شد و مبحثی با این اهمیت در لسان فقها بیان می‌گردید. حال اینکه تنها همین دو ویژگی به عنوان قضاوت حرام، مطرح شده است؛ لذا اگر قضاوت قاضی در یک حوزه محدود مثل قضاوت در حوزه اطفال و نوجوانان اشکال داشت، می‌بایست به آن اشاره می‌شد و او را در عداد قضاوت‌های حرام بیان می‌کردند.

جهل در قضاوت دو صورت دارد: جهل به معنای اعم، یعنی جهل به کل علوم قضایی؛ و جهل به معنای اخص، یعنی جهل به امور تخصّصی. هر دوی این جهل‌ها موجب می‌شوند که قاضی به اشتباه حکم نماید. ممکن است یک قاضی عادل، به علوم قضایی مسلط باشد اما نداشتن تخصّص در یک حوزه خاص، او را به سمت صدور رای ناعادلانه بکشاند. در واقع تشکیل محاکم اختصاصی همچون دادگاه اطفال و نوجوانان و دادگاه نظامی در راستای پرهیز از جهل به معنای اخص می‌باشد.

بناء علی هذا، علاوه بر عدم وجود دلیل بر تأیید محاکم اختصاصی، در

طرف مقابل نیز دلیلی بر عدم تشکیل چنین محاکمی دیده نمی‌شود و هیچ یک از فقهای متقدم نیز مطلبی در ردّ و نفی این محاکم بیان نکرده‌اند. به نظر می‌رسد تشکیل محاکم اختصاصی در اعصار مختلف یک امر عرفی و عقلایی بوده که عقلای حقوق‌دان برای پیشبرد عدالت، تصمیم بر تشکیل چنین محاکمی گرفته‌اند و برخی از حکام و صاحب نفوذان نیز از آن سوء استفاده نموده‌اند. در هر حال باید دید این امر عرفی و عقلایی با اصول قضایی اسلام سازگاری دارد یا خیر؟

۶-۲. تطبیق اهداف محاکم اختصاصی با اهداف دادرسی اسلامی

وقتی آیات مربوط به باب قضا در کنار هم قرار می‌گیرند، به راحتی می‌توان گفت که هدف از قضاوت، قضاوتی است که بر مدار حق و عدل باشد و حق را برای مستحق فراهم نماید. آیاتی همانند: «إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء: ۵۸)، «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ» (مائده: ۸) و «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يَحِبُّ الْمُقْسِطِينَ» (مائده: ۴۲). روایات موجود در این باب نیز بر همین مناسط تأکید دارند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۱۱-۲۱۱). در تعریف فقها از قضاوت نیز هدف از باب قضا «بإثبات الحقوق واستيفائها للمستحق» بیان شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۲۵).

نمایان است که تشکیل محاکم قضایی در راستای حفظ حقوق عامه و ایجاد نظم و امتیّت، یک امر بدیهی و عقلایی است که تمام حکومت‌ها بدان اهتمام دارند. در دین مبین اسلام نیز در راستای تأکید بر احقاق حقوق الهی و مردم، آیات متعدد و روایات فراوانی برای تبیین و تنظیم دادرسی عادلانه بیان شده است؛ لذا فقیهانی چون آیت‌الله گلپایگانی با استدلال به این آیات و روایات، قضا را امری ثابت و از ضرورات شریعت دانسته و از آن بالاتر معتقدند همان‌طور که قاعده لطف الهی، وجود احکامی بین مردم را از ناحیه خدا اقتضا دارد، همچنین این قاعده مقتضی است که یک ولیّ، وجود داشته

باشد تا اختلاف و نزاع و خصومت را دفع نماید و بر خداوند متعال جایز نیست که مردم را بدون ولیّ رها نماید تا در خصومت‌ها ندانند به که رجوع نمایند و هیچ مظلومی نتواند حقش را از ظالم بستاند (گلپایگانی، ۱۴۲۶، ص ۱۹-۲۰). از این رو بدون نظام قضایی، امور مردم سروسامان نمی‌گیرد و مصالح بزرگی همچون اعانه مظلومین، مبارزه با ظالمین، استرداد حق به صاحبان حق و امر به معروف و نهی از منکر تعطیل می‌شود.

پس هدف نهایی از تشکیل محاکم قضایی، احقاق حقوق شهروندان به صورت عادلانه می‌باشد و اگر تشکیل محاکم اختصاصی کمکی در راستای این مهم نماید نه تنها تأسیس آن اشکالی ندارد بلکه با اهداف عالیه تشکیل محاکم قضایی اسلامی سازگار است. به طور مثال اگر هدف از تشکیل این محاکم بهره‌برداری از تخصص قضات خبره در حوزه‌ای خاص مثل حوزه اطفال و نوجوانان باشد به طور یقین می‌تواند در احقاق حقوق مستحقین یاری کننده باشد.

۳. عدم تنافی «محدودیت در محاکم اختصاصی» با «صلاحیت عام در قضاوت اسلامی»

تمام دستورات و نواهی شارع مقدّس پیرامون مبحث قضا، دلالت بر صلاحیت عام قضات اسلامی دارد. یعنی جایی دیده نمی‌شود که برای فردی خاص یا محکمه‌ای خاص، محدودیتی قرار داده باشند. باتوجه به پیچیده نبودن قضاوت در آن زمان، یک قاضی می‌توانست به همه دعاوی رسیدگی کند. حتی تا مدت‌ها قضات اسلامی مرکز رسیدگی خاصی نداشته و در مساجد به دعاوی مردم رسیدگی می‌کردند. قاضی اسلامی صلاحیت دارد که در هر حوزه‌ای چه مدنی چه کیفری، چه اطفال چه بزرگسال، چه نظامی چه غیر نظامی، ورود نموده و حکم صادر نماید؛ لذا هیچ تفکیکی میان این دادگاه‌ها به چشم نمی‌خورد.

به عنوان نمونه در قسمت‌هایی از نامه امیرالمومنین به مالک اشتر درباره تعیین قاضی آمده است: «برای دادرسی در میان مردم کسی را برگزین که از دیدگاه تو افضل شهروندان تو باشد؛ ... و به برداشت‌های نخستین بسنده نکند و تا به ژرفا و تاریکی‌های موضوع دست نیافته است، به داوری نپردازد، آگاه‌ترین کس در شناخت شبهات باشد و چیره‌ترین آنان بر دلایل و امارات» (شریف رضی، ۱۴۱۴، ص ۴۵۳). مشهود است که هیچ اشاره‌ای به تفکیک محاکم ندارد و تنها نکته مربوط به بحث کنونی، اهمیت این موضوع است که امیرالمومنین در کنار خصوصیات اخلاقی قاضی، تأکید بر «ژرف‌نگری قاضی» و «شناخت دلایل و امارات» داشته که به نظر می‌رسد اشاره به «تخصص قاضی» دارد که بتواند با تکیه بر این ویژگی‌ها حکم منصفانه صادر نماید.

بی‌تردید باتوجه به رویکرد عام‌گرایی صلاحیت قضایی در قضاوت اسلامی، مقصود از این تخصص، تخصص کلی در امر قضاست. اما می‌توان گفت که اگر محاکم اختصاصی به جهت ژرف‌نگری تشکیل شوند استفاده از قضات متخصص و ژرف‌نگر، هیچ مشکلی نداشته و رویکرد آن منطبق با آرمان‌های دادرسی اسلامی است، زیرا آنان می‌توانند دلایل و امارات حوزه تخصصی خویش را مدقّانه شناخته و حکم مناسب صادر نمایند. حال باید بررسی نمود که حاکم اسلامی توانایی محدودسازی صلاحیت عام قضات اسلامی را دارد؟

۶-۲-۱. توانایی حاکم اسلامی در تحدید صلاحیت محاکم قضایی

امام خمینی همانند صاحب‌جواهر (نجفی، ۱۴۱۴، ج ۴۰، ص ۹) و محقق نراقی (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷، ص ۷)، بعد از تعریف قضا، آن را منصبی می‌داند که خداوند برای نبی مکرم اسلام و سپس ائمه هدی و سپس ولی فقیه جامع شرایط قرار داده است: «منصب قضاوت از مناصب جلیله‌ای است که از طرف خدای متعال، برای پیغمبر صلی‌الله‌علیه‌وآله و از طرف او برای ائمه

معصومین علیهم السلام و از طرف آنان برای فقیه جامع شرایطی که می‌آید ثابت است و مخفی نماند که قضاوت شأن بزرگی دارد و تحقیقاً وارد شده است که: قاضی به درستی در پرتگاه جهنم قرار گرفته است و از امیرالمومنین است که فرمود: ای شریح در جایگاهی نشسته‌ای که فقط پیغمبر یا وصی پیغمبر یا شقی در آنجا می‌نشیند» (خمینی، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۸۱). در جایی دیگر به بیان شئون پیامبر اسلام در میان امت می‌پردازد و بعد از شأن «نبوت و رسالت» و شأن «سلطنت، ریاست و سیاست» به شأن «قضا و حکومت شرعی» اشاره می‌کند (خمینی، ۱۴۱۵، ص ۱۰۵-۱۰۷).

فقه‌های کثیری از واژه ولایت استفاده نموده و قضاوت را از شئون آن می‌دانند: «و الحقّ، أن يقال: إنّ القضاء منصب من مناصب الحكومة و ولاية معجولة من قبل من له الولاية على الناس» (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۵). آیت‌الله اراکی نیز در فرق میان قضا و ولایت، صراحتاً قضاوت را از شئون و فروع ولایت عامه می‌داند: «و أمّا الفرق بين «القضاء» و «الولاية»: فهو أنّ القضاء فرع من فروع الولاية العامة، والولاية العامة هي السلطة التي بها تحلّ إرادة محلّ إرادة حاضرة أو غائبة» (اراکي، ۱۳۹۳، ص ۱۲). فقه‌های دیگر همانند شهید اول در دروس (گلیپایگانی، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۱۷)، شهید ثانی در مسالک الافهام (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۲۵) و محقق سبزواری در کفایه الفقه (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۶۶۰) قائل به ولایی بودن منصب قضا هستند. حتی آیت‌الله خویی که قائل به ولایت مطلقه فقیه نیست، ولایت فقیه را در امر قضا غیر قابل انکار می‌داند: «لا يخفى ان الافتاء من مناصب الفقيه، بل يجب له الافتاء مع الرجوع إليه واجتماع شرائط الافتاء فيه كما يجب له القضاء بل هو من شئون الافتاء وهذا مما لا شبهة فيه» (خویی، ۱۳۶۸، ج ۵، ص ۳۴).

بنابراین قضاوت از امور ولایی است و این حاکم اسلامی است که می‌تواند بر مسند عظیم الشأن قضاوت بنشیند و اوست که متناسب با شرایط

زمان و مکان، تصمیمات و تغییراتی را در عرصه اجرائیات قضایی جامعه اسلامی، لحاظ نماید. به عبارت دقیق‌تر، شارع مقدس چارچوب و اصول قضاوت اسلامی را در آیات الهی و از لسان معصومین بیان نموده و جزئیات و فروع آن را به دست حاکم اسلامی سپرده که به اقتضای زمانه و عرف جامعه می‌تواند آنها را تغییر دهد. به عنوان نمونه بعد از عصر نبوی، به جهت گسترش جغرافیای اسلام لازم بود که هر شهری برای خودش قاضی داشته باشد لذا دیگر قضاوت منحصر در یک فرد نبود و حاکم اسلامی تصمیم بر گسترش کمی قضاات گرفت. بعد از آن، انتخاب قضاات به دست استانداران هر منطقه تفویض شد. سپس سیستم قضایی، شکل مستقلی از قوه مجریه پیدا کرد و قاضی القضاات به تمامی امور قضایی کشور رسیدگی می‌کرد. و به همین نحو تفویضات، تغییرات و بروزرسانی شیوه‌های اجرایی و مدیریتی سیستم قضایی صورت پذیرفت.

آیت‌الله سبحانی در این باره چنین می‌فرماید: «در اسلام اساساً تفصیلی میان قوا وجود نداشت و همگی را یک فرد مدیریت می‌کرد اما بعداً به «اقتضای زمان» این قوا از هم تفکیک شد و اسلام هم نهی و منعی از آن ندارد.» (سبحانی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۵). حاکم اسلامی موظف به حفظ اصول قضایی اسلامی است و در چگونگی اجرای آن مختارست تا از نوین‌ترین شیوه‌های روز دنیا به شرط عدم تنافی با اصول، استفاده نماید و این ذیل امور ولایی او تعریف می‌شود. در عصر کنونی نیز به جهت وسعت امور کشورداری، ولی فقیه مدیریت قوه قضائیه را به مجتهدی شایسته تفویض نموده است.

از جمله شئون ولایی ولی فقیه در حوزه قضایی، محدود کردن صلاحیت عام محاکم عمومی است، بدین معنا که او می‌تواند صلاحیت برخی از دادگاه‌ها را از حیث اشخاص یا جرایم محدود نماید. گاهی این امر به دستور مستقیم ولی فقیه صورت می‌پذیرد همانند تشکیل دادگاه ویژه روحانیت، گاهی توسط قوه قضائیه

و مقننه، که می‌توانند در راستای ژرف‌نگری، استفاده از تخصص بالای قاضی، رعایت حقوق بزه‌دیده و بزه‌کار و حفظ اسرار، دادگاه ویژه اطفال و نوجوانان یا دادگاه نظامی یا دادگاه انقلاب را تشکیل دهند.

علی‌هذا تشکیل محاکم اختصاصی از اختیارات حاکم اسلامی است و همان‌گونه که اختیار دارد مدیریت قوه قضائیه را تفویض نماید یا دادگاه‌های حقوقی را از کیفری تفکیک نماید یا در ذیل محاکم عمومی، محاکم تخصصی تشکیل دهد یا از غیرمجتهدین در امر قضاوت استفاده نماید، می‌تواند با مشورت عقلای علم قضا و حقوق و متناسب با مقتضیات زمان و مکان، محاکم اختصاصی را تأسیس نموده و صلاحیت هر یک را معین نماید.

۶-۲-۲. قضاوت مقلد

این بخش به عنوان یکی از نمونه‌های ولایت حاکم اسلامی در حوزه قضایی مطرح می‌گردد که می‌توان با الغاء خصوصیت و حذف ویژگی‌های غیرموثر در حکم شرعی، در جواز تشکیل محاکم اختصاصی از آن بهره برد. هشدارهای ائمه هدی و به تبع آنان، سخت‌گیری فقیهان در بیان صفات قاضی، حکایت از حساس و خطیر بودن این منصب دارد که اگر مال، عرض و جان مردم در دست ناهلان قرار گیرد، تبعات غیر قابل جبرانی در پی خواهد داشت. یکی از صفاتی که به‌صورت ویژه مورد تأکید قرار گرفته و در گستره آن نیز مناقشه گردیده، اجتهاد قاضی است.

در میان منازعه‌ای که میان فقها وجود دارد که برخی قائل به شرطیت اجتهاد مطلق قاضی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۲۸) و برخی دیگر قائل به کفایت شرطیت اجتهاد متجزی هستند (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۰)، مرحوم صاحب جواهر معتقد است اجتهاد شرط قضاوت نیست و مقلدینی که واقف بر اصول قضاوت هستند می‌توانند در منصب قضا قرار گرفته و بر اساس اصول تنظیم شده قضایی قضاوت نمایند. در میان روایات،

نصوص فراوانی وجود دارد، که ملاک در محاکمه و قضاوت، حکمی است که بر اساس احکام و فرامین نبی مکرم اسلام و اهل بیت ایشان صادر شود و آشکار است اگر شخصی، احکام قضاوت را بدانند، و متصدی قضاوت گردد، هرچند مجتهد مطلق نباشد، حاکم به حق، قسط و عدل، بر او صدق می‌کند (نجفی، ۱۴۱۴، ج ۴۰، ص ۱۶). در واقع نیاز نیست که قاضی دادگاه کیفری، مجتهد در باب نماز، روزه، حج و... باشد و حتی امروزه باتوجه به ازیاد جمعیت و افزایش روزشمار جرایم و مجرمین، امکان این که تمام قضات، قاضی مجتهد متجزی باشند نیست چه رسد به مجتهد مطلق بودن. در واقع دایره وجوب کفایی قضاوت به حدی وسیع شده است که حکومت‌ها برای حفظ نظام انسانی و مدنی نیازمند قضات متعددی هستند تا امور شهروندان جامعه بر زمین نماند.^۱

بنابراین استفاده از قضاتی که اصطلاحاً مقلد محسوب می‌شوند ناگزیر است لکن با این شرط که در چارچوب قوانین مدون قضاوت نمایند و صرفاً به تطبیق موضوع با قانون بپردازند؛ لذا مناط قبول قضاوت «مجتهد متجزی» و «مقلد عالم به علم قضاوت» برای این است که دادرسی‌ها معطل نمانده و دچار اطاله نگردند.

حکم امام خمینی نیز در به کارگیری قضات غیرمجتهد در سیستم دادرسی کشور به اقتضای شرایط زمان بوده است: «در بعضی از احوال که قضاوت زیاد است و افراد به آن زیادی نیستند که بتوانند همه مراکز قضاوت را قاضی واجد همه شرایط گذارند و قاضی واجد شرایط کم است. در این صورت فقیه مجتهد عادل، اشخاصی را که مورد اطمینان هستند که اجتهاد را هم نمی‌دانند، ولی از کتاب‌هایی که در این باب نوشته شده است می‌توانند مسائل قضا را بفهمند و مورد اطمینان هم هستند و ظاهراً عدله هم هستند

۱. «وظيفة القضاء من فروض الكفاية، لتوقف نظام النوع الانساني عليه، و لأن الظلم من شيم النفوس فلا بد من حاكم ينتصف للمظلوم من الظالم، ولما يترتب عليه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۶).

اینها را نصب می‌کند که قضاوت کنند ... از طرف من هم مجازند که جعل قضاوت کنند تا قضاوت شرعی بشود.» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۲، ص ۲۶) با این جهت‌گیری فقهی حضرت امام خمینی، زمینه حلّ مشکل قضاوت در کشور فراهم شد. در قانون نیز مقرر گردید که به دلیل نداشتن مجتهد جامع الشرایط به قدر کفایت، شورای عالی قضایی از لیسانسیه‌های قضایی الهیات، علوم قضایی و اداری و طلاب با سابقه که دو سال خارج فقه خوانده باشند استفاده کند (مدنی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۲۸۲).

در نتیجه اگر پذیرفته شود که به اقتضای زمان و شرایط خاص، اجتهاد مطلق و حتی اجتهاد به طور کلی (اعم از مطلق و متجزی)، شرط قضاوت نیست و مقلدین متخصص و عالم، می‌توانند قضاوت نمایند تا خللی در سیستم دادرسی جامعه ایجاد نشود و پرونده روی پرونده تلنبار نگردد، پس با الغاء خصوصیت از این استدلال و با تکیه بر ولایت حاکم اسلامی، می‌توان گفت طبق مبانی اسلامی، تشکیل محاکم اختصاصی برای تسریع در دادرسی‌ها و فرار از طولانی‌شدن و بی‌نتیجه ماندن پرونده‌های قضایی، امری پذیرفته شده است.

۷. شروط اساسی تشکیل محاکم اختصاصی

باتوجه به بحث‌های صورت گرفته، ثابت شد که آموزه‌های اسلامی با تشکیل محاکم اختصاصی مشکلی نداشته و آن را از وظایف ولیّ فقیه و موکول به عرف و بنای عقلا می‌دانند. ولی تشکیل محاکم اختصاصی از منظر بسیاری از جرم‌شناسان و حقوقدانان جزایی (به‌عنوان عقلا و متخصصین حوزه قضا) مورد تردید است و باتوجه به تجربه تلخ بشری در این دادگاه‌ها به دلیل عدم رعایت دادرسی بی‌طرفانه، عدم تناسب مجازات با جرم و اعمال نفوذ حکومت‌ها و صاحبان نفوذ، از تشکیل این محاکم پرهیز دارند. چنانچه مراجع اختصاصی با هدف شدت عمل و یا تسامح خاص تشکیل

شوند، مغایر با تساوی افراد در مقابل قانون خواهند بود؛ این دادگاه‌ها به ویژه آن‌گاه قابل انتقادند که معیارهای دادرسی منصفانه را نادیده انگاشته و با گرایشی مشهود به سمت و سوی نظام تفتیشی (مانند غیرعلنی بودن کل فرایند رسیدگی، فقدان وکیل مدافع منتخب متهم و یا به طور کلی عدم تجویز حضور وکیل)، عادلانه بودن احکام صادر شده را با تردید مواجه کنند (آشوری، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۷۹).

از نظر کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد، وجود دادگاه‌های اختصاصی می‌تواند اصل برابری افراد در مقابل دادگاه و همچنین بی‌طرفی و استقلال دادگاه را به خطر اندازد (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۸).

قاعده فراگیر «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» نیز به یاری آمده و به عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی حقوقی حکم می‌کند که هر جا ضرری به حقوق شهروندان وارد آید، اسلام مخالف آن است. برخی از فقها یکی از دلایل وجوب قضاوت را «قبیح بودن تفویت حقوق مومنین» بیان نموده‌اند: «شارع مراجعه به محاکم جور را حرام کرده و شیعیان را به فقها ارجاع داده است زیرا تصدی قضا بر آنها واجب است و گرنه موجب از بین رفتن حقوق مومن می‌شود که این قبیح است زیرا چگونه می‌شود شارع امورات قضایی مردم را رها کند در حالی که احیاء حقوق آنان ولو با مراجعه به فقیه امکان دارد» (سبحانی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۵) می‌توان این موضوع را به قاعده «لا ضرر» بازگرداند که در صورت عدم توجه به تشکیل محاکم قضایی، موجب ضرر به خود، مومنین و نظام اسلامی می‌گردد. بر این اساس یکی از ملاکات باب قضا، جلوگیری از تفویت حقوق مومنین و ضرر رساندن به آنان است. این پیشگیری به دو صورت ممکن است: اولاً با تشکیل حکومت اسلامی و برپایی محاکم اسلامی و ثانیاً مقابله با محاکمی که دادرسی منصفانه ندارند؛ لذا تشکیل محاکم اختصاصی اگر منجر به سقوط حقوق متهمین و ایجاد ضرر بر آنان شود، بنا بر قاعده مذکور مورد تأیید دادرسی اسلامی نیست.

اما مسئله قابل توجه اینجاست که تقریباً هیچ یک از عقلای علم قضا و حقوق، با تشکیل محاکم اختصاصی اطفال و نوجوانان مخالفتی نداشته و در بند ۳ ماده ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک، تشکیل محاکم اختصاصی کودکان را الزامی می‌دانند. در مورد محاکم اختصاصی دیگر، کشورهای زیادی در جهت حفظ اسرار ملّی و نظامی، تشکیل محاکم اختصاصی نظامی را ضروری و بدیهی می‌دانند. این مطلب نشان می‌دهد عرف قضایی، تشکیل محاکم اختصاصی را برای گروهی خاص با هدفی معین پسندیده و مطابق با دادرسی عادلانه می‌داند و نمی‌توان به طور کامل با تشکیل چنین محاکمی مخالفت ورزید و ضرورت آن بر هیچ فردی پوشیده نیست. النهایه، تشکیل محاکم اختصاصی باید با شروط سخت‌گیرانه‌ای صورت پذیرد، شروطی همانند:

- صلاحیت اولیه دادرسی با محاکم عمومی است؛
- تشکیل محاکم اختصاصی باید در حدّ ضرورت باشد؛
- صلاحیت این محاکم نیز باید محدود باشد؛
- تشکیل محاکم اختصاصی باید به نصّ صریح قانون باشد؛
- توجیه تشکیل این محاکم باید مورد قبول اکثریت عقلای علم قضا و حقوق باشد؛
- این محاکم باید زیر نظر قوه قضائیه باشند؛
- آئین دادرسی محاکم عمومی در این محاکم جاری باشد؛
- هرگاه این محاکم از اصول دادرسی اسلامی فاصله گرفتند، می‌بایست درباره ادامه کار آنها تجدید نظر نمود.

نتیجه

باتوجه به بحث‌های صورت گرفته نتایج ذیل حاصل گردید:

۱. محاکم اختصاصی امری نوین و نوپدید نیستند و در نظام‌های حقوقی قبل از اسلام نیز وجود داشته است که در عصر کنونی مخالفان جدّی و

موافقانی هم دارد. تنها اصل موجود در قانون اساسی ایران که دالّ بر تشکیل محاکم اختصاصی است، اصل ۱۷۲ می‌باشد. این تک اصل حکایت از گرایش قانونگذار به کمینه و استثنایی بودن تشکیل چنین محاکمی دارد. باتوجه به محدودیت‌های موجود در محاکم اختصاصی، تشکیل چنین محاکمی باید با دلایل قابل قبولی صورت پذیرد.

۲. جالب است که در میان فقهای شیعه، کسی بدین مسئله اهتمام نداشته و این مقاله با بررسی بیش از ۱۰۰ کتاب از کتب فقهای بزرگ شیعه (اعم از قدما و متأخرین) در مبحث قضا، هیچ نشانه‌ای در تأیید یا ردّ محاکم اختصاصی نیافت.

۳. دلایل تطبیق محاکم اختصاصی با دادرسی اسلامی عبارتند از: عدم ردع شارع در منابع اسلامی، تطبیق اهداف محاکم اختصاصی با اهداف دادرسی اسلامی، عدم تنافی «محدودیت در محاکم اختصاصی» با «صلاحیت عام در قضاوت اسلامی» و الغای خصوصیت از استدلال بر قضاوت مقلّد.

۴. هیچ‌گونه نهی و ردعی از سوی شارع مقدّس درباره محاکم اختصاصی به چشم نمی‌خورد و با بررسی نظر فقها در باب قضاوت‌های حرام، دریافتیم که این قضاوت‌ها محصور بوده و هیچ نشانه‌ای از حرمت تشکیل محاکم اختصاصی وجود ندارد؛ بنابراین این عدم ردع به معنای امضاء شارع و قرار گرفتن موضوع بحث در منطقه الفراغ است.

۵. تشکیل قوه قضائیه یک امر ضروری و برخاسته از بدهت عقلی است که مورد تأیید اسلام می‌باشد. هدف اصلی از تشکیل محاکم قضایی استیفای حقوق الهی و مردمی است. اگر تشکیل محاکم اختصاصی با استفاده از قضات متخصص و ژرف‌نگر در جهت هدف مذکور باشد، هیچ اشکالی ندارد.

۶. بررسی منابع اسلامی نشان داد که صلاحیت قاضی، عام است و ابتدائاً محدودیتی در آن وجود ندارد. اما باتوجه به اینکه منصب قضا از مناصب ولایی و الهی است و از شئون مختص نبی مکرم اسلام و امامان

معصوم بوده که آنان نیز در عصر غیبت ولی فقیه را متکفل گرداندن امور قضایی می‌دانند، می‌توان گفت شارع مقدّس بعد از بیان اصول اساسی قضاوت، فروع آن را به نبی، وصی و ولی فقیه سپرده است که به اقتضای اعصار و امصار قابل تغییر می‌باشند. تأسیس محاکم اختصاصی - که موجب محدودیت صلاحیت عام قضاات می‌شوند - نیز از جمله فروعاتی است که به دست حاکم اسلامی می‌باشد.

فقیهانی که معتقدند اجتهاد مطلق یا اساساً اجتهاد (اعم از مطلق و متجزی) شرط قضاوت نیست، دلیل آن را گسترش جرم و مجرم و کمبود قاضی برای رسیدگی به حجم زیادی از پرونده‌ها می‌دانند. با الغاء خصوصیت از این استدلال و تکیه بر ولایت حاکم اسلامی می‌توان گفت اگر تشکیل محاکم اختصاصی در جهت تسریع دادرسی و جلوگیری از اطاله دادرسی و تلبارشدن پرونده‌ها باشد، مورد تأیید دادرسی اسلامی خواهد بود.

۷. درنهایت باتوجه به تجربه‌های تلخ برخی از محاکم اختصاصی از یک سو، و ضرورت تشکیل برخی محاکم اختصاصی مثل دادگاه اطفال و نوجوانان از سوی دیگر، می‌توان تشکیل حداقلی و استثنایی این محاکم را با دلایل موجّه، شروط سختگیرانه و نظارت دائمی قوه قضائیه پذیرفت.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسؤل، 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

قرآن کریم.

- آشوری، محمد؛ آیین دادرسی کیفری؛ ج ۱۹، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
- اراکي، محسن؛ کتاب القضاء؛ قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۹۳.
- امین، سیدحسن؛ تاریخ حقوق ایران؛ تهران: دائرة المعارف ایران شناسی، ۱۳۸۲.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین؛ القضاء والشهادات؛ قم: مجمع الفکر، ۱۴۱۵ ق.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین؛ مسالک الأفهام؛ قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ ج ۲۶، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۳.
- حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة؛ قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- خالقی، علی؛ آیین دادرسی کیفری، ج ۳۳، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵.
- خمینی، سیدروح الله؛ امام خمینی و نهادهای انقلاب اسلامی؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۱.
- خمینی، سیدروح الله؛ بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
- خمینی، سیدروح الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۲۲ و ۲۳، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۳۴ ق.
- خمینی، سیدروح الله؛ ترجمه تحریر الوسیلة؛ قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۳.
- خمینی، سیدروح الله؛ صحیفه امام؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
- خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ قم: مدینه العلم، ۱۳۶۸ ق.
- دریاباری، سیدمحمد؛ دادسرا و دادگاه ویژه روحانیت؛ تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۳.
- زراعت، عباس؛ اصول آیین دادرسی کیفری ایران؛ تهران: مجد، ۱۳۸۲.
- سیحانی، جعفر؛ نظام القضاء والشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء؛ قم: مؤسسه امام صادق، ۱۳۷۶.
- سبزواری، محمدباقر؛ کفایة الفقه؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- شریف رضی، محمدبن حسین؛ نهج البلاغة؛ قم: هجرت، ۱۴۱۴ ق.
- صدرزاده افشار، محسن؛ آیین دادرسی مدنی و بازرگانی؛ تهران: مابد، ۱۳۷۲.
- صفاری خوزانی، حمید؛ جایگاه مراجع قضایی اختصاصی در سیر تحولات نظام دادرسی کیفری جمهوری اسلامی ایران (پایان نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشگاه امام صادق،

۱۳۹۰.

- طوسی، محمد بن حسن؛ *المبسوط فی فقه الإمامیه*؛ تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
- عراقی، آقاضیاء؛ *کتاب القضاء*؛ قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا، ۱۳۷۹.
- قاری سید فاطمی، سید محمد؛ *حقوق بشر در جهان معاصر*؛ تهران: شهر دانش، ۱۳۸۷.
- کلینی، محمد بن یعقوب؛ *الکافی*؛ قم: دارالحدیث، ۱۴۲۹ ق.
- گلپایگانی، محمدرضا؛ *القضاء والشهادات*؛ قم: سید علی حسینی میلانی، ۱۴۲۶ ق.
- ماوردی، علی بن محمد؛ *الأحكام السلطانية والولايات الدينية*؛ بیروت: خالد عبداللطیف السبع العلی، ۱۴۱۰ ق.
- مجیدی، محمدرضا؛ *آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*؛ تهران: معارف، ۱۳۸۹.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ *قواعد فقه قضایی (بخش قضایی)*؛ تهران: نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۱.
- مدنی، جلال الدین؛ *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی*؛ تهران: همراه، ۱۳۷۳.
- نجفی، محمد حسن؛ *جواهر الکلام*؛ ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۴ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی؛ *مستند الشیعة فی أحكام الشریعة*؛ قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۵ ق.
- هاشمی، سید محمد؛ *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*؛ تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲.

Reference

The Holy Quran. [In Arabic]

Ashouri, Mohammad; *Criminal Procedure*; 19th ed., Tehran: Samt, 1395. [In Persian]

Araki, Mohsen; *Book of Judgment (Kitab al-Qada)*; Qom: Majma' al-Fikr al-Islami, 1393. [In Arabic]

Amin, Seyyed Hassan; *History of Iranian Law*; Tehran: Encyclopedia of Iranology, 1382. [In Persian]

Ansari, Morteza bin Mohammad Amin; *Judgment and Testimony (Al-Qada wa al-Shahadat)*; Qom: Majma' al-Fikr, 1415 AH. [In Arabic]

Jaba'i Ameli (Shahid Thani), Zein-al-Din; *Pathways of Understanding (Masalik al-Afham)*; Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah, 1413 AH. [In Arabic]

Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; *Legal Terminology*; 26th ed., Tehran: Ganj-e Danesh, 1393. [In Persian]

- Hurr Ameli, Mohammad bin Hassan; *Wasa'il al-Shia*; Qom: Al al-Bayt Institute, 1409 AH. [In Arabic]
- Khaleghi, Ali; *Criminal Procedure*; 33rd ed., Tehran: Shahr-e Danesh, 1395. [In Persian]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Imam Khomeini and the Institutions of the Islamic Revolution*; Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, 1391. [In Persian]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Bada'i' al-Durar fi Qa'idat Nafy al-Darar*; Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, 1415 AH. [In Arabic]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Tahrir al-Wasilah*; Vol. 22 and 23, 2nd ed., Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, 1434 AH. [In Arabic]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Translation of Tahrir al-Wasilah*; Qom: Society of Seminary Teachers of Qom, 1383. [In Persian]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Sahifeh-ye Imam*; Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, 1378. [In Persian]
- Khoei, Seyyed Abu al-Qasim; *Misbah al-Faqahah*; Qom: Madinat al-Ilm, 1368 AH. [In Arabic]
- Daryabari, Seyyed Mohammad; *Prosecution and Special Court for the Clergy*; Tehran: Islamic Revolution Document Center, 1383. [In Persian]
- Zera'at, Abbas; *Principles of Iranian Criminal Procedure*; Tehran: Majd, 1382. [In Persian]
- Sobhani, Ja'far; *The System of Judgment and Testimony in the Illustrious Islamic Sharia (Nizam al-Qada wa al-Shahadah)*; Qom: Imam Sadiq Institute, 1376. [In Arabic]
- Sabzevari, Mohammad Baqer; *Sufficiency of Jurisprudence (Kifayat al-Fiqh)*; Qom: Islamic Publishing Institute, 1423 AH. [In Arabic]
- Sharif Razi, Mohammad bin Hussein; *Nahj al-Balagha*; Qom: Hejrat, 1414 AH. [In Arabic]
- Sadrzadeh Afshar, Mohsen; *Civil and Commercial Procedure*; Tehran: Majed, 1372. [In Persian]
- Saffari Khoozani, Hamid; *The Position of Specialized Judicial Authorities in the Evolution of the Criminal Procedure System of the Islamic Republic of Iran (Master's Thesis)*; Tehran: Imam Sadiq University, 1390. [In Persian]
- Tusi, Mohammad bin Hassan; *The Elaborate Treatise on Imami Jurisprudence (Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah)*; Tehran: Al-Maktabah al-Murtadawiyah,

1387 AH. [In Arabic]

Iraqi, Agha Zia; *Book of Judgment (Kitab al-Qada)*; Qom: Imam Reza Islamic Sciences Institute, 1379. [In Arabic]

Qari Seyyed Fatemi, Seyyed Mohammad; *Human Rights in the Contemporary World*; Tehran: Shahr-e Danesh, 1387. [In Persian]

Kulayni, Mohammad bin Ya'qub; *Al-Kafi*; Qom: Dar al-Hadith, 1429 AH. [In Arabic]

Golpayegani, Mohammad Reza; *Judgment and Testimony (Al-Qada wa al-Shahadat)*; Qom: Seyyed Ali Hosseini Milani, 1426 AH. [In Arabic]

Mawardi, Ali bin Mohammad; *The Ordinances of Government (Al-Ahkam al-Sultaniyyah)*; Beirut: Khalid Abd al-Latif al-Sab' al-Ilmi, 1410 AH. [In Arabic]

Majidi, Mohammad Reza; *Introduction to the Constitution of the Islamic Republic of Iran*; Tehran: Ma'aref, 1389. [In Persian]

Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa; *Rules of Judicial Jurisprudence (Judicial Section)*; Tehran: Islamic Sciences Publication, 1381. [In Persian]

Madani, Jalal-al-Din; *Constitutional Law and Political Institutions of the Islamic Republic*; Tehran: Hamrah, 1373. [In Persian]

Najafi, Mohammad Hassan; *Jewels of Speech (Jawahir al-Kalam)*; 7th ed., Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1414 AH. [In Arabic]

Naraqi, Ahmad bin Mohammad Mahdi; *Document of the Shia regarding the Rulings of Sharia (Mustanad al-Shia)*; Qom: Al al-Bayt Institute for the Revival of Heritage, 1415 AH. [In Arabic]

Hashemi, Seyyed Mohammad; *The Constitution of the Islamic Republic of Iran*; Tehran: Shahid Beheshti University, 1372. [In Persian]



The Perspective of Interest Mortgage Concerning with 'Conclusion and Effects' in Iran's Legal System

Amin Ghasempour* (Corresponding Author) 

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

Mohammadhassan Sadeghi-Moghaddam

Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran
Email: mhsadeghy@ut.ac.ir

Use your device to scan and read the article online



Citation Ghasempour, A., Sadeghi-Moghaddam, M. (2026). The Perspective of Interest Mortgage Concerning with 'Conclusion and Effects' in Iran's Legal System. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.713383).23 (89): 111-148..
 [10.22034/ilaw.2024.713383](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.713383)

Received: 3 January 2024 , Accepted: 8 May 2024

Abstract

Based on the Civil Code A.D. 1928, interest hypothecation is void in Iran's current legal system. However, quite a number of jurists and legal jurists have provided evidence against rejection of interest hypothecation and have even seen it valid and necessary. But none of them have so far presented any details, effects, and rules of the aforementioned institution. Therefore, it is essential to further investigate interest hypothecation, especially considering the different nature of this kind of hypothecation from object hypothecation with regard to contract conditions, effects, and rules of it.

Putting all this together, and while agreeing with idea of the aforementioned group of jurists and legal jurists, this study (of course now in the stage of "conclusion") was an attempt to offer the legislator a system to govern mortgage of interest, thereby properly determining the legal details of it and subsuming it under the Mortgage Contract (not Article 10 of Civil Code) along with its effects and rules. Indeed, it will be a proposed institution to improve the perspective of Iran's legal system in which the corollary will be the acceptance of interest mortgage

Keywords

Mortgage, Hypothecated Interests, Term, Time Limit, Default.



Extended Abstract

1. Introduction

In the contemporary legal system of Iran, Article 772 of the Civil Code (enacted in 1929) explicitly declares the mortgage of usufruct (benefits) to be void.. This prohibition is deeply rooted in the traditional views of Imami jurists, who argue that since “possession” (qabd) is a fundamental condition for the validity of a mortgage contract, and because benefits are intangible and cannot be physically possessed, such mortgages are inherently flawed. However, many modern jurists and legal scholars have questioned this stance, arguing that recognizing the mortgage of usufruct is not only legally plausible but economically essential for a developing financial system.

While previous research has touched upon the necessity and feasibility of this legal institution, there remains a “missing link” regarding the specifics of its formation (conclusion) and its distinct legal effects compared to the mortgage of physical objects. A mortgage of usufruct operates differently from a mortgage of a physical asset; for instance, while the default on an object mortgage usually leads to a sale (Bay’), a default on a usufruct mortgage necessitates a lease (Ijara) to satisfy the debt. This research aims to propose a comprehensive legal framework that integrates usufruct mortgage into the defined contract of “Rahn” (rather than general agreements under Article 10 of the Civil Code), ensuring it carries all the formal protections and executive mechanisms of traditional collateral law.

2. Research Methodology

This study employs a normative and analytical legal research methodology, drawing extensively from Islamic jurisprudence (Imami Fiqh) and the existing Iranian statutory framework, particularly the Civil Code and the Registration Law. The authors analyze the gaps in current legal literature, noting that while some scholars support the validity of debt or usufruct mortgages, they often remain silent on the practical requirements and specific legal incidents of such contracts.

The research progresses in stages: first, it reinterprets classical concepts like “possession” to fit intangible assets. Second, it categorizes the methods of determining “mortgaged benefits” (Manfa’at-e Marhouneh) based on duration and deadlines. Third, it utilizes a comparative approach to contrast the “Mortgage of Object” (Rahn-e Ayn) with the “Mortgage of Usufruct,” specifically focusing on assets with official titles like real estate and vehicles. Finally, the study proposes a procedural model consisting of fifteen distinct stages for the official execution of these mortgages through the State Organization for Registration of Deeds and Properties.

3. Research Findings

The core findings of this research center on the structural requirements for forming a valid usufruct mortgage and the legal consequences thereof.

Redefining Possession (Qabd): The research argues for a shift from physical possession to “spiritual or intellectual control” (Istila-ye Manavi). In this proposed system, the level of control is determined by the nature of the asset; for example, for real estate, “possession” is achieved through official registration in the property records, which ensures the legal survival of the collateral for the mortgagee.

Classification of Usufruct Determination: The study identifies three primary models for defining the mortgaged benefits:

1. **Duration-based (Moddati):** The parties agree that upon default, the mortgagee can lease the property for a specific period (e.g., two years) to recover the debt.
2. **Deadline-based (Mohlati):** The parties set a specific end date (a “deadline”) after which the mortgagee’s right to collect benefits expires, regardless of how much was recovered.

3. **Debt-based (Deyn-mehvar):** A model where the lease continues until the debt is fully paid. The authors conclude this model is void (Batel) due to “Gharar” (uncertainty), as it is impossible to predict the future rental value or the exact time needed for recovery, making the mortgaged object essentially unknown.

Specialized Forms of Usufruct Mortgage:

- **Usufruct of Money:** The research finds that mortgaging the “benefit” of money is valid, provided it involves non-consumptive use, such as using funds to meet bank deposit requirements for a visa or participating in a lottery, where the principal remains intact.
- **Lessee’s Mortgage:** A tenant (as the owner of usufruct) may mortgage their remaining leasehold interest, provided they are not legally or contractually barred from transferring the benefits to a third party.

Interaction with Competing Rights: A significant finding involves the simultaneous mortgage of an asset’s object and its usufruct. The authors propose that this is permissible if the rights of the first mortgagee are protected. If an object mortgage exists, the mortgagee’s consent is required for a subsequent usufruct mortgage because it may decrease the asset’s market value. Conversely, if a usufruct mortgage is already in place, the owner may mortgage the physical object without the usufruct mortgagee’s consent, as the change in ownership does not typically harm the usufructuary right.

Procedural Timeline: The research outlines a 15-stage executive process for usufruct mortgages, ranging from the date of formation and initial default to the official auction of the lease and the final fulfillment of the debt. This structure highlights the importance of the “Initial Default” (at the debt’s maturity) versus the “Executive Default” (after the official notification).

4. Conclusion

The study concludes that the categorical prohibition of usufruct mortgage in Article 772 of the Civil Code is no longer aligned with modern legal and economic realities. To modernize the system, the research offers several key recommendations:

- **Legislative Reform:** Articles 774 of the Civil Code and 34 of the Registration Law should be amended to explicitly recognize usufruct as valid collateral.
- **Compulsory Registration:** Similar to the Law on Pre-sale of Buildings, the registration of usufruct mortgages for major assets (real estate, vehicles, aircraft) must be mandatory and conducted through official public offices to protect third parties and ensure transparency.
- **Abolishing Physical Possession:** The requirement for physical “qabd” should be replaced with legal/registered control to facilitate the mortgage of intangible benefits.
- **Strict Validity Criteria:** Legal recognition should be limited to duration-based or deadline-based models, while debt-based models should remain void to prevent legal ambiguity and protect the mortgagor from indefinite loss of their property’s use.

By implementing these changes, the Iranian legal system can provide a stable and predictable framework for usufruct-based financing, balancing the rights of creditors with the protections afforded to owners.

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.



چشم انداز رهن منفعت از حیث انعقاد و آثار در نظام حقوقی ایران

امین قاسمپور* (نویسنده مسئول)

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
Email: amin.ghasempour@ut.ac.ir

محمدحسن صادقی مقدم

استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
Email: mhsadeghy@ut.ac.ir



استناد قاسمپور، امین؛ صادقی مقدم، محمدحسن (۱۴۰۵). چشم انداز رهن منفعت از حیث انعقاد و آثار در نظام حقوقی ایران. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۹): ۱۴۸-۱۱۱

doi 10.22034/ilaw.2024.713383

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۳، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹

چکیده

رهن منفعت در نظام فعلی حقوقی، به حکم قانون مدنی مصوب ۱۳۰۸ باطل است. ازسوی دیگر بسیاری از فقها و حقوقدانان بر این نظر، به طور مستدل، خدشه وارد آورده و صحت این نهاد را امری محتمل، بلکه ضروری دانسته اند؛ لکن هیچ یک از ایشان جزئیات، آثار و احکام نهاد مزبور را بیان ننموده است. درحالی که ترهین منافع (در فرض پذیرش آن در اصل) از حیث چگونگی انعقاد و برخی آثار و احکام دیگر در وضعیتی متفاوت با رهن عین بوده و این امر، ضرورت بررسی جداگانه ای را در این خصوص می طلبد. نگارندگان در این پژوهش، ضمن تأیید عقیده این گروه از فقها و حقوقدانان، تلاش نموده اند نظامی را به منظور وثیقه گذاری منافع اموال، به مقنن پیشنهاد نمایند که بتواند جزئیات عمل حقوقی ترهین منافع را (البته اکنون در مرحله انعقاد و آثار) به گونه ای هماهنگ بیان نموده و در عین حال ذیل عقد معین «رهن» (و نه ماده ۱۰ ق.م.) با تمام آثار و احکام آن قرار گیرد: نهادی پیشنهادی برای دورنمای نظام حقوقی کشور که فرع بر پذیرش رهن منفعت در اصل می باشد.

واژگان کلیدی

رهن، منافع مرهونه، مدت، مهلت، تخلف در پرداخت.



مقاله

مطابق ماده ۷۷۲ ق.م. رهن منفعت باطل است. این حکم، از عقیده مشهور فقهای امامیه الهام گرفته است. فقهای مزبور معتقدند از آنجا که در انعقاد عقد رهن، قبض شرط صحت می باشد؛ لذا رهن منفعت به دلیل عدم امکان قبض منافع، باطل است.

نویسندگان حقوقی در مورد رهن منفعت تاکنون پژوهش هایی را به رشته تحریر درآورده اند؛ صرف نظر مطالبی «توصیفی» که در کتب مرجع پیرامون رهن منفعت آورده شده است، نخستین پژوهش «هنجاری» مربوط به رهن منفعت در نظام حقوقی ایران که «در قالب مقاله پژوهشی» تدوین یافته، از سوی نگارندگان همین مقاله صورت گرفته است (صادقی مقدم و قاسمپور، ۱۳۹۳، ص ۱۲۳-۱۵۹)؛ بدین معنا که در نخستین گام، به امکان سنجی رهن منفعت در نظام حقوقی ایران و ضرورت به رسمیت شناختن آن پرداخته شد. گویی در پیچه ای نو به سوی دنیای حقوق گشوده شد و ضرورتی انکارناپذیر به وضوح آشکار شد. نویسندگان مذکور در گام دوم، با عبور از مبانی و ضرورت رهن منفعت، به چگونگی اجرای آن در احکام دادگاه پرداختند (همو، ۱۳۹۶، ص ۷-۳۲). در این مرحله، فرض بر آن شد که عقد رهن منفعت بین دو شخص منعقد شده است و نقشه راهی برای اجرای آن ترسیم شد.

اما حلقه مفقوده ای در این میان احساس می گردید: «چگونگی انعقاد رهن منفعت». از حیث ترتیب حقوقی و نیز آموزشی، بررسی انعقاد یک عقد، مقدم بر بررسی اجرای آن است. گویی پلی نااستوار بین دو ساحل رهن منفعت و اجرای آن وجود داشت.

مقاله پیش رو، به مثابه پلی استوار، این حلقه مفقوده را به هم پیوند می دهد. در این مقاله، با تکیه بر مبانی فقهی و حقوقی و البته با مفروض دانستن صحت اصل رهن منفعت، به تبیین چگونگی «انعقاد» صحیح رهن منفعت و الزامات آن پرداخته می شود. این مقاله، تکمیل کننده مباحث مطرح

شده در دو مقاله قبلی و گامی در جهت ارائه یک چهارچوب جامع برای رهن منفعت است. گویی با نگارش این مقاله، بنای رهن منفعت استحکام و انسجام بیشتری یافته است.^۱

پیش از ورود به مباحث، توجه به نکاتی ضروری است:
اولاً: نگارندگان با وجود کنکاش در منافع فقهی و حقوقی به هیچ کتاب یا رساله‌ای که احکام خاص رهن منفعت را بررسی نموده باشد، برخورد ننمودند و آنان که قائل به صحت رهن دین و منفعت هستند نیز به ذکر همین نکته و توجیه آن اکتفا کرده، در مورد مقتضیات خاص ترهین منافع، سکوت کرده‌اند.

نکته دیگر آنکه در بررسی موارد و احکام رهن منفعت، به سرفصل‌های مشابه در رهن عین توجه شده اما لزوماً همه آن‌ها در این پژوهش، مورد بررسی قرار نگرفته‌اند؛ علت این امر نیز به‌طور عمده، اشتراک در احکام می‌باشد. برای مثال، در این مقاله، حق تقدم مرتهن را در نظام پیشنهادی رهن منفعت بررسی و ترسیم نموده لکن سخنی از حق تعقیب به میان نیاورده‌ایم؛ چراکه به‌طور کلی حق تعقیب، نوعی ضمانت اجرا و فرع بر حق تقدم است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۹۶) و اجرای آن نیز بحث جداگانه‌ای را نمی‌طلبد.

۱. مفاهیم و کلیات

پیش از ورود به مباحث، لازم به ذکر است که در پژوهش حاضر مراد از «مفاهیم»، واژگان و عباراتی است که در نظام پیشنهادی رهن منفعت، به‌طور قراردادی مد نظر قرار داده‌ایم؛ واژگانی که ممکن است در لغت و عرف حقوقی معنای متفاوتی داشته باشد.

۱. گفتنی است دو مقاله دیگر به شرح زیر نیز در خصوص رهن منفعت اخیراً به چاپ رسیده است که هر دو، در راستای شناسایی «اصل رهن منفعت و ضرورت آن» (ر.ک: صادقی‌مقدم و قاسم‌پور، ۱۳۹۳) و البته با ذکر رویکردها و نظرات نوین و مفصل‌تری تدوین یافته‌اند. این دو مقاله، که در جای خود قابل ستایش هستند، به مباحث مربوط به انعقاد و اجرای رهن منفعت ورود نکرده‌اند (ر.ک: صادقی‌مقدم و مرادی، ۱۳۹۹، ص ۱۵۹-۱۸۷ / نیز ر.ک: همو، ۱۴۰۱).

۱-۱. واژگان و مفاهیم کاربردی و قراردادی در نظام پیشنهادی رهن منفعت

در این بخش به شرح واژگان و مفاهیم کلیدی و کاربردی در نظام پیشنهادی رهن منفعت می‌پردازیم. ابتدا دو مفهوم بنیادی «قبض» و «منافع مرهونه» را در حد لازم شرح می‌دهیم و سپس به بررسی سایر مفاهیم مرتبط می‌پردازیم.

۱-۱-۱. مفهوم و تفسیر جدید از «قبض» در نظام رهن منفعت

در تألیفات مربوط به رهن دین یا رهن منفعت گفته شده است که قبض فیزیکی و مادی در عقد رهن امروزه به عنوان عنصری زائد به حساب می‌آید و لازم است مقنن در این خصوص تجدیدنظر کند. (ر.ک: کریمی، ۱۳۷۶/ قزوینی، ۱۳۸۲/ شکری، ۱۳۹۰/ صادقی مقدم و قاسم‌پور، ۱۳۹۳) از سوی دیگر اطمینان از وجود و بقای وثیقه جهت استیفای طلب (در صورت ضرورت) در ذات عقد رهن به چشم می‌خورد؛ و گرنه باتوجه به اینکه اصولاً دارایی هر شخص وثیقه عمومی بدهی‌های او است، انعقاد رهن هیچ فرقی با حالت قبل از آن ایجاد نمی‌نماید.

در این نوشتار برآنیم که از آن افراط (قبض بالأصابع و مادی) و این تفریط (فقدان اطمینان از بقای حقوقی مال مرهون) پرهیز کنیم. بدین معنا که در اینجا قائل به لزوم قبض معنوی و استیلای عرفی بر مال مرهون جهت اطمینان از بقای حقوقی آن هستیم و از آنجا که منفعت عین در خود آن نهفته بوده و قابل انفکاک نیست، هر تدبیری که درمورد قبض منفعت اندیشیده شود، لاجرم درمورد وضعیت حقوقی عین نیز ولو به صورت جزئی، اثرگذار است. (ر.ک: صادقی مقدم و قاسم‌پور، ۱۳۹۳، ص ۱۴۱). حال تبیین این امر ضروری است که در رهن منفعت، منظور از قبض (یا همان استیلای معنوی) بر منفعت یک مال چیست و چه مفهومی دارد؟ در این باره راهکاری که مناسب به نظر می‌رسد آن است که (در صورت سکوت طرفین)، شدت و غلظت قبض، باتوجه به مالی که طرفین به وثیقه گذارده‌اند، تعیین شود. برای مثال در فرض تهرین یک دستگاه رایانه شخصی، که مال به راحتی

دست به دست می‌گردد و فاقد سند رسمی است، پایین‌ترین سطح استیلا که همان صرف ممنوعیت از تصرف منافی با حق مرتهن و دادن بدل در صورت اتلاف (و سایر تکالیف راهن) است، وجود دارد؛ به علاوه همان‌گونه که در مقاله پیش‌گفته ذکر شد، «الزام راهن به تسلیم مال» یکی از راهکارهای اطمینان‌بخشی به مرتهن در رهن اموال منقول است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۰۹). از سوی دیگر در رهن اموال غیرمنقول که دارای سند رسمی هستند، حد اعلای استیلا را که همان ثبت رسمی در دفتر املاک و اسناد سجلی ملک به علاوه کلیه تکالیف عمومی راهن است، شاهد هستیم. در واقع در این دیدگاه، با توجه به مالی که طرفین به وثیقه‌گذارده‌اند، اراده طرفین را تفسیر می‌نماییم.

دیدگاه مزبور به اراده باطنی و ضمنی طرفین توجه بیشتری دارد و با واقع نیز سازگارتر به نظر می‌رسد و می‌تواند به عنوان گزینه پیشنهادی در برابر مقنن باشد. ضمناً فراموش نکنیم که در عمل، اقبال عمومی به ترهین عین اموال غیرمنقول یا نهایتاً وسایل نقلیه که اصولاً دارای سند رسمی هستند و نیز «پول» بسیار رایج‌تر بوده و نادر است که برای مثال یک دستگاه رایانه شخصی وثیقه گردد.

در رهن منفعت نیز به این رویه ظنین بوده و معتقدیم انعقاد رهن منفعت در مورد املاک و وسایل نقلیه - که عمدتاً دارای سند رسمی هستند - در مقایسه با سایر اموال منقول، هم با اشکالات و پیچیدگی‌های کمتر و هم (به دلیل مظنه بیشتر برای اجاره رفتن) با استقبال بیشتری مواجه خواهد شد؛ بالتبع، تمرکز بحث این نوشتار نیز عمدتاً بر روی این گونه اموال خواهد بود. هرچند که اجاره اموال منقول غیراساسی - مانند رایانه، گوشی همراه و... از لحاظ تئوری و علمی با ایراد حقوقی مواجه نیست. به این ترتیب در این نوشتار اگرچه قائل به این نیستیم که رهن منفعت فقط در مورد اموال دارای مظنه اجاره، صحیح است اما تحدید و احصای اموال در رهن منفعت

(بدین صورت که انعقاد و اجرای رهن منفعت درمورد برخی اموال مهم و سرمایه‌ای تنها به صورت رسمی و با دخالت مقام عمومی نافذ و ممکن شناخته شود) به عنوان راهکاری واقع بینانه اکیداً به مقنن پیشنهاد می‌گردد.

۱-۱-۲. منافع مرهونه

در عقد رهن، مورد رهن باید مشخص باشد و در نظام رهن منفعت، از آنجا که منافع «اصولاً» با ذکر مدت، معین می‌گردند و هر مدتی، مقید به نقطه ابتدا و انتها می‌باشد؛ لذا تعیین نقطه ابتدا و انتهای منافع مرهونه جهت صحت عقد، «شرطیت» دارد.

۱-۱-۳. تخلف اولیه و تخلف اجرایی (ثانویه) در پرداخت بدهی

در مباحث مربوط به اجرای رهن، باتوجه به ماده ۳۴ ق.ث. مصوب ۱۳۸۶ شاهد دو تخلف در پرداخت ازسوی مدیون می‌توان بود: یکی هنگام سررسید دین که مقنن به درستی فرض کرده است که مدیون بدون اینکه مورد مطالبه قرار گیرد باید تعهد خویش را ایفا نماید. دیگری پس از آن است که طلبکار با مواجه شدن با عدم پرداخت، به مقام صالح عمومی مراجعه نموده و مبادرت به ارسال اجرائیه برای مدیون می‌نماید تا اگر ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ، دین پرداخت نشود، سایر مراحل عملیات اجرایی ادامه یابد.

بدین ترتیب به منظور تبیین بهتر مطلب و احتراز از اطناب، واژه «تخلف اولیه» را به معنای عدم پرداخت دین توسط مدیون در سررسید طلب به کار برده و واژه «تخلف اجرایی» را ناظر به تخلفی که مدیون پس از ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه در پرداخت دین خود می‌نماید، استفاده می‌نماییم.

۱-۲. مبانی و کلیات درباره نظام رهن منفعت

این گفتار ناظر به آثار و احکام نظام رهن منفعت می‌باشد. برخی از این آثار و احکام، خاص نظام رهن منفعت بوده و برخی دیگر، با اقتباس از نظام رهن عین مورد قیاس قرار گرفته است.

۱-۲-۱. ملازمه رهن منفعت با عقد اجاره

رهن، به این منظور منعقد می‌گردد که در صورت تخلف رهن از پرداخت دین، مرتهن طلب خود را از عوض مال مرهون، استیفا نماید. این قاعده هم در رهن عین و هم در رهن منفعت یکسان است. لکن، حسب اینکه مال مرهون، عین باشد یا منفعت، انتقال و تبدیل آن به عوض، در قالب عقد خاص خود صورت می‌گیرد: عین را با عقد بیع منتقل می‌کنند و منفعت را با اجاره؛ حاصل و عاید هر دوی این اعمال حقوقی نیز (به‌طور مرسوم) همان «پول» است که مرتهن خواهان رسیدن به آن می‌باشد. پس اگر رهن عین، (در صورت عدم تأدیه دین از سوی رهن) ملازمه با عقد بیع دارد، رهن منفعت بی‌شک با عقد اجاره در تلازم است. بدین ترتیب کلیه الزامات پیرامون عین مستأجره، از جمله قابلیت بقا در برابر انتفاع (ماده ۴۷۱ ق.م.)، لاجرم درباره عین مرهون‌المنفعه نیز حاکم می‌گردد.

۱-۲-۲. عدم امکان توثیق منافع پیش از سررسید دین به عنوان رهن منفعت

برخی نویسندگان معتقدند که رهن منفعت، ناظر بر منافع زمان انعقاد رهن تا زمان سررسید دین می‌باشد؛ بدین صورت که از زمان انعقاد رهن، مال مرهون (مثلاً خانه رهن) به اجاره، واگذار شده و اجاره‌بها رهن قرار گیرد. برخی از ایشان بدون ذکر هرگونه استدلالی، این قضیه را رهن منفعت و متفاوت با رهن اجاره‌بها دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۴۳).

اما این برداشت، صحیح نیست و به هیچ‌وجه انصرافی به رهن منفعت ندارد: می‌دانیم یکی از ویژگی‌های بارز عقد رهن آن است که با تخلف از پرداخت دین، رهنه به اراده مرتهن (و البته با دخالت مقامات عمومی)، تملیک می‌گردد (نه به اراده شخص دیگر) و عوض این تملیک (تا سرحد طلب مرتهن) مستقیماً به مالکیت وی درآمده و دیگر، سخنی از حق عینی تبعی در میان نخواهد بود.

اما در فرض مورد نظر نویسندگان مذکور، از زمان انعقاد رهن، تا سررسید

دین، منافع مال به اجاره واگذار شده و اجاره‌بها رهنه قرار می‌گیرد؛ این اجاره‌بها که به‌طور معمول، «پول» است، هنوز به‌طور قطعی و کامل به مالکیت مرتهن در نیامده است و حق مرتهن بر آن، همچنان حق عینی تبعی محسوب می‌گردد؛ وانگهی، در این فرض، تا پیش از اجاره شدن مال، مرتهن هیچ حقی (چه تبعی و چه اصلی) بر اصل منافع مال ندارد و در صورت امتناع مدیون از انعقاد عقد اجاره، مرتهن تنها می‌تواند الزام وی به اجاره دادن مال را از محکمه بخواهد تا پس از آن اجاره‌بها رهن باشد. بدین ترتیب در این حالت با ۲ عقد در طول یکدیگر مواجه هستیم: ۱- عقدی که به موجب آن مدیون، تعهد می‌کند که مال را به اجاره دهد (تعهد به فعل مثبت حقوقی) ۲- عقد رهن پول یا اسکناس که نوعی از رهن عین است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۴۰/ اصغری آقمشهدی و میری، ۱۳۸۸، ص ۱۰۵ به بعد).

به علاوه، یکی از احکام عقد رهن، آن است که با ایفای تعهد در سررسید دین یا اعراض از رهن توسط مرتهن، آنچه به وثیقه گذاشته شده است از حبس حق تبعی مرتهن، رهایی یابد؛ حال اگر گروگذاری عوض منافع دوران ماقبل از سررسید دین (= اجاره‌بها) را رهن منفعت بدانیم، در صورت ایفای تعهد از سوی راهن یا اعراض مرتهن از رهن، آنچه به عنوان مال طلق به راهن بازگشته و حق عینی تبعی مرتهن از آن زایل می‌گردد، عبارت است از پولی که به عنوان اجاره‌بها پرداخت شده است، نه منافعی که به ثالث (= مستأجر) تملیک شده است. ماده ۱۴۶ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی، مصوب ۱۳۸۷ در بند ششم، طی حکمی که مرتبط با بحث جاری به نظر می‌رسد مقرر می‌دارد: «در موارد مذکور در ماده فوق و ماده ۱۴۵ هرگاه منافع مال مورد معامله حق سکنی بوده و به بستانکار منتقل شده باشد باید حق نامبرده تا آخر مدت مذکور در سند رعایت شود».

بدین ترتیب، شائبه «رهن منفعت بودن» توثیق منافع دوران ماقبل از سررسید دین را باید از ذهن زدود و آن را از شمول مقررات رهن منفعت

خارج و تعیین منافع مرهونه را منحصرأً پس از زمان حلول سررسید دین، ممکن دانست.

۱-۲-۳. لزوم تعیین منافع

گفته شد که رهن منفعت با عقد اجاره ملازمه دارد؛ در این وضعیت، اولاً برای مرتهن، مطلوب آن است که بداند چه میزان منفعت را (و احیاناً از چه زمان تا چه زمان) برای استیفای طلب خود در اختیار دارد. ثانیاً برای راهن نیز موجب غرر خواهد بود که منافع مال وی به‌طور نامعلوم در اختیار دیگری باشد به‌طوری که وی بتواند هر زمان که بخواهد اقدام به استیفای طلب خود از منافع کند. از جهت شخص ثالث نیز که در بحث ما قرار است مستأجر واقع شود، معین بودن مدت، از الزامات عقد اجاره است (ماده ۴۶۸ ق.م.؛) لذا تردیدی باقی نمی‌ماند که منافع باید در حد رفع جهل، مشخص گردد که پیش‌تر نام آن را «منافع مرهونه» نهادیم. بدیهی است تعیین منافع مرهونه با تعیین تاریخ آغاز و تاریخ پایان مدت منافع مرهونه صورت می‌گیرد که تعیین تاریخ‌های مزبور نیز بسته به نوع و مدل تعیین منافع، در هر مورد به شیوه خاص خود انجام می‌پذیرد. مطالب فوق، مقدمه‌ای برای بحث بعدی مبنی بر «اقسام متصور در تعیین مدت منافع مرهونه» قرار می‌گیرد.

۱-۲-۴. اقسام تعیین منافع مرهونه در نظام رهن منفعت

تعیین منافع مرهونه، در وهله نخست، در سه حالت مختلف زیر قابل تصور است:

- الف) تعیین منافع به‌صورت تعیین مدت خالص منافع قابل تملیک؛ (از این پس: «مدتی»)
- ب) تعیین منافع در قالب تعیین تاریخ پایان امکان تملیک منافع؛ (از این پس: «مهلتی»)
- ج) تعیین منافع بر اساس میزان دین؛ (از این پس: «دین‌محور»)

بدین ترتیب نهایتاً با سه حالت اصلی در تعیین منافع مرهونه روبه‌رو هستیم که در ادامه به بررسی و توضیح هریک از این آن‌ها خواهیم پرداخت.

الف) تعیین منافع به صورت «مدتی»

در این فرض آنچه از اراده باطنی طرفین برمی‌آید آن است که از تاریخ تخلف در پرداخت، منافع مدت مشخصی از ملک (یک سال، سه سال و...) به‌طور کلی در رهن مرتهن قرار می‌گیرد. یعنی از تاریخ تخلف در پرداخت، مرتهن می‌تواند مال مرهون را به اجاره دهد به‌طوری که مدت آن اجاره یا (در صورت انعقاد چند عقد اجاره پشت‌سرهم) مجموع مدت اجاره‌ها از حد مشخصی تجاوز ننماید. در واقع در این حالت، آنچه در وهله اول اهمیت دارد، کمیت و میزان منافی است که قرار است عنداللزوم، تملیک گردد و اینکه عمل تملیک (اجاره) در عمل تا چه زمان ادامه یابد، از خاطر طرفین نگذشته است یا دست‌کم در درجه دوم از اهمیت قرار دارد.

توجه شود که ذکر عبارت «مدت مشخص» به معنای تعیین مدتی نیست که زمان شروع آن در حاق واقع در آینده و به تاریخ تقویمی، مشخص باشد؛ بلکه در این فرض، تاریخ شروع و خاتمه مدت موثوقه، برای طرفین (دست‌کم در وهله اول) اهمیتی ندارد و در واقع، آن‌ها تنها بر این اراده هستند که عقد اجاره‌ای با مدت مذکور در آینده و در صورت تخلف در پرداخت، منعقد شود و اجاره‌بها محلی برای استیفای طلب مرتهن، قرار گیرد. بدیهی است (در فرض عدم کفایت رهنه برای وصول طلب) در صورت انعقاد اجاره‌ای که مدت آن کمتر از مدت مذکور در عقد رهن باشد، پس از انقضای اجاره، حق ارتهان مرتهن تا استیفای کامل مدت باقی‌مانده محفوظ است. درمورد این قسم از تعیین منافع، موارد زیر به ذهن می‌رسد:

اول: پس از سررسید دین و تخلف راهن از پرداخت آن، این امکان وجود دارد که مرتهن در استیفای طلب خود تراخی و اهمال کند و از این بابت، مصالح راهن به خطر بیفتد؛ پس مناسب آن است که در نظام حقوقی آینده

ایران، مقنن، مقررات پیش‌فرض این حالت را با قید مهلت وضع کند و ما این پیشنهاد را در گفتاری جداگانه بررسی نموده‌ایم.

دوم: در صورت انعقاد اجاره‌ای که مدت آن کمتر از مدت مذکور در عقد رهن باشد، پس از انقضای اجاره، اصولاً حق ارتهان مرتهن تا استیفای مدت باقی‌مانده محفوظ است. مگر اینکه طرفین در مورد این حالت نیز توافق نمایند.

سوم: در این حالت، تاریخ آغاز منافع مرهونه، همواره منطبق با تاریخ شروع عقد اجاره است؛ چراکه بنا به تراضی صورت گرفته، مدتی به‌طور کلی به‌عنوان وثیقه در نظر گرفته شده است که این مدت، قرار است توسط ابزاری به نام «عقد اجاره» مصروف گردد؛ لذا نقطه آغازین منافع مرهونه، منطبق با لحظه انعقاد اجاره می‌باشد.

چهارم: در این قسم از تعیین منافع، انطباق تاریخ شروع مدت منافع مرهونه با تاریخ شروع اولین عقد اجاره، لزوماً به معنای انطباق و هم‌زمانی خاتمه آن دو نیست (هرچند که هم‌زمانی خاتمه آن‌ها، بعید یا نادر هم به‌نظر نمی‌رسد، بلکه اصولاً باید چنین باشد)؛ بلکه ممکن است شرایطی پیش آید که تاریخ خاتمه مدت منافع مرهونه، قبل از خاتمه اجاره قرار گیرد:

برای مثال، اگر در حالی که نُه ماه و نیم تا انقضای مدت مقرر در عقد رهن و عقد اجاره باقی مانده است، ملک مورد اجاره (موقتاً) از قابلیت انتفاع خارج گردد و مستأجر اقدام به فسخ اجاره نماید (البته در صورتی که در اجاره‌های رهنی برای مستأجر حق فسخ قائل شویم)، در این حالت حق ارتهان مرتهن به اندازه نُه ماه و پانزده روز بر ملک مزبور باقی است، اما با توجه به عرفِ قدرتمند جاری در خصوص انعقاد اجاره در مدت‌های متعارف و به اصطلاح، رُند (مانند یک سال، دو سال و...) در مورد املاک، آیا می‌توان اجاره‌ای به مدت نُه ماه و نیم برقرار کرد؟

در این فرض اگر عقد اجاره‌ای جدید با مدت متعارف (مثلاً یک سال)

منعقد گردد، پس از نه ماه و پانزده روز از ابتدای این عقد اجاره، تاریخ پایان منافع مرهونه فرامی‌رسد و از آن پس طلبکار، حقی (به‌عنوان مرتهن و از باب عقد رهن) بر اجاره‌بهای مدت باقی‌مانده (دو ماه و نیم آینده)، ندارد و در صورت عدم استیفای طلب، می‌تواند به سایر اموال بدهکار (از جمله اجاره‌بهای همان مدت باقی‌مانده) رجوع و از آن طریق مابقی طلب خود را استیفا نماید. تفاوت آن در این حالت با حالت استیفا از باب رهن، این است که برای استیفا از اجاره‌بهای مدت خارج از توافق، وی باید همچون طلبکاری عادی اقدام نماید و برای مثال، با اقامه دعوا در دادگاه، درخواست تأمین خواسته معادل مابقی طلب بدهد. در هر حال در مورد تاریخ خاتمه منافع مرهونه در این حالت باید گفت:

- ۱- در فرض عدم کفایت رهنه برای وصول طلب، قاعدتاً تا استیفای کامل مدت، به انعقاد اجاره مبادرت می‌گردد؛ لذا با عنایت به اینکه مدت موثوقه را نمی‌توان برخلاف تراضی طرفین، افزایش داد ناگزیر تاریخ پایان منافع مرهونه در این فرض، در هر حال، تاریخ استیفای کامل مدت مقرر در عقد رهن خواهد بود؛ خواه این تاریخ، منطبق با تاریخ انقضای عقد اجاره باشد یا مغایر با آن. باید دانست که مغایرت و عدم تطابق تاریخ استیفای کامل مدت موثوقه با تاریخ انقضای عقد اجاره، امری خاص و خلاف اصل است که علت آن در قسمت «چهارم» در همین شماره ذکر شد، اما به هر حال در چنین وضع ویژه‌ای، مرتهن منافع، نسبت به اجاره‌بهای دوران خارج از توافق، حقی از باب عقد رهن و حق عینی تبعی پیشین، نخواهد داشت.
- ۲- در فرضی که رهنه برای وصول طلب، کفایت کرده و مدت موثوقه نیز در آن عقد اجاره استیفا می‌گردد: در این حالت همچون فرض قبل، با عنایت به اینکه مدت موثوقه را نمی‌توان برخلاف تراضی طرفین، افزایش داد، تاریخ استیفای مدت، تاریخ پایان منافع مرهونه تلقی می‌گردد و مرتهن منافع، نسبت به اجاره‌بهای دوران خارج از توافق، حقی از باب عقد رهن

و حق عینی تبعی پیشین، نخواهد داشت. بدیهی است این تاریخ در این فرض پس از تاریخ وصول طلب قرار دارد. مانند آنکه با سپری شدن نُه ماه از انعقاد اجاره یک‌ساله، طلب مرتهن وصول گردد و دو ماه بعد (یعنی ماه یازدهم اجاره) مدت موثوقه استیفا گردد.

۳- در فرضی که رهنه برای وصول طلب، کفایت کرده اما مدت موثوقه در آن عقد اجاره استیفا نگردد: در این فرض، تاریخ پایان منافع مرهونه، تاریخ پایان عقد اجاره‌ای است که طلب مرتهن در اثنای آن وصول شده است. مثل آنکه در عقد رهن منفعت، مدت موثوقه، چهار سال تعیین و متعاقباً اجاره‌ای دوساله منعقد گشته و سپس در پایان ماه بیست‌ویکم این اجاره، طلب وصول گردد.

ممکن است ایراد شود که ماده ۳۴ ق.ث. صحبت از ارزیابی "تمامی" وثیقه به میان آمده است و لذا در اجرای رهن منفعت نیز کل منافع مورد ارزیابی و سپس تملیک قرار می‌گیرد و لذا نقطه پایانی منافع مرهونه بایستی پایان کل مدت توافق‌شده محسوب گردد.

این سخن در فرضی که تنها یک عقد اجاره رهنی بتواند کل مدت موثوقه را پوشش دهد صحیح است؛ چنانکه در فرض پیشین، در همان ابتدا بتوان اجاره رهنی را برای چهار سال منعقد نمود، اما باید دانست ممکن است مدت موثوقه به اندازه‌ای تعیین شود که امکان انعقاد اجاره برای آن مدت به صورت یکجا وجود نداشته باشد؛ مثل آنکه مدت یا مهلت موثوقه هفت سال تعیین شود. در این صورت چاره‌ای جز تبعض و تکرار قرارداد اجاره وجود نخواهد داشت. فرض کنیم در اثنای دومین عقد اجاره رهنی و درحالی که پس از انقضای این اجاره، هنوز (برای مثال) دو سال از مدت یا مهلت موثوقه باقی بماند، طلب مرتهن استیفا گردد؛ حال در این فرض آیا وجهی برای تکرار عقد اجاره باقی می‌ماند؟ مسلماً خیر. در ارتباط با این بحث، می‌توان به ماده ۱۴۴ آیین‌نامه اجرایی نیز اشاره نمود که

مقرر می‌دارد: «... در صورتی که حاصل فروش بعضی از رقبات، کافی برای پرداخت بدهی گردد، از تنظیم صورت مجلس مزایده نسبت به بقیه خودداری می‌شود...».

از سوی دیگر، نمی‌توان تاریخ استیفای طلب را تاریخ پایان منافع مرهونه دانست؛ چرا که با توجه به تراضی طرفین هنگام انعقاد رهن، و البته بدون اینکه زمان استیفای طلب در ابتدا مشخص باشد، منافع دوران مابعد از استیفای طلب نیز ممکن‌التملیک بوده است و اکنون نیز آن منافع به مستأجر واگذار شده است. به علاوه آنکه در نظام رهن عین نیز بنا بر آن است که «کل عین»، تملیک گشته و عوض آن تا حدی که با طلب مرتهن برابری می‌نماید به وی واگذار گردد. تعیین مدت منافع مرهونه نیز به مثابه مشخص کردن یک عین (ولو کلی) برای توثیق است. وانگهی در عقد اجاره «با تسلیم عین مورد اجاره، منافع نیز تسلیم شده محسوب است و بر همین مبنا موجر می‌تواند اجاره‌بهای تمام مدت را از مستأجر بگیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۴۲). بدین ترتیب در فرض مثال، نمی‌توان ادعا کرد که از تاریخ استیفای کامل طلب مرتهن، مدت منافع مرهونه در تاریخی مقدم بر تاریخ خاتمه اجاره، به سر آمده است. در واقع، وثیقه‌گذارن یک مال، به معنای وثیقه شدن آن تا سرحد طلب دائن نمی‌باشد و افزون‌بودن ارزش رهنه از طلب طلبکار، منافاتی با رهنه‌بودن کل آن مال ندارد.

بدین ترتیب با عنایت به بند ۶ ماده ۱۴۶ آیین‌نامه اجرایی و نیز طبق تعریفی که در شماره «۱-۱-۲» از منافع مرهونه ارائه دادیم، در فرض «استیفای طلب در اثنای عقد اجاره و عدم استیفای کامل مدت در اثنای آن عقد»، تاریخ خاتمه منافع مرهونه، تاریخ انقضای همان عقد اجاره می‌باشد. پس به‌طور خلاصه در فرض تعیین منافع به‌صورت «مدتی» تاریخ پایان منافع مرهونه یا تاریخ انقضای عقد اجاره‌ای است که در اثنای آن، طلب مرتهن وصول شده است؛ یا تاریخ استیفا شدن مدت موثوقه. (هرکدام که زودتر

فرارسد؛ هرچند معمولاً پایان اجاره با تاریخ استیفای مدت، منطبق است).

ب) تعیین منافع به صورت «مهلتی»

در این حالت، آنچه در وهله اول برای طرفین (به‌طور خاص راهن) اهمیت دارد، آن است که استیفای طلب از منافع مال مرهون، در عمل، از تاریخ مشخصی تجاوز ننماید و به‌طور خلاصه، به طول انجامیدن روند استیفای طلب از منافع، فقط تا زمان مشخصی ممکن باشد؛ صرف‌نظر از اینکه تا آن زمان، چه میزان منفعت تملیک شده باشد. بدین ترتیب، زمان مشخصی را به‌عنوان نقطه پایان امکان استیفای طلب تعیین می‌کنند به‌طوری که پس از آن تاریخ، دیگر امکان استیفای مرتهن از منافع آن مال و یا از اجاره‌بهای احتمالی آن در هر حال ممنوع است و مال باید خالی از هرگونه تصرف حقوقی (به‌طور مشخص: عقد اجاره) به راهن تحویل داده شود. این نقطه پایان، ممکن است یا به‌صورت تاریخ تقویمی صورت گیرد یا با ذکر ضرب‌الاجلی که از تاریخ انعقاد عقد اجاره یا از تاریخ تخلف در پرداخت شروع می‌شود. همچنین چنانچه نقطه پایان مهلت ادامه استیفای طلب، بر اساس فاصله‌ای که از تاریخ انعقاد اجاره دارد تعیین گردد، خطر اهمال و تعلل مرتهن در شروع به استیفای طلب متصور است؛ چراکه وی آسوده‌خاطر است که هرزمان مبادرت به انعقاد اجاره نماید، مهلت، محفوظ بوده و از آن پس شروع می‌شود.

نکته حائز اهمیت آنکه در فرض تعیین منافع در قالب «مهلتی»، ذکر عباراتی نظیر «مهلت»، «ضرب‌الاجل» و... به معنای تعیین فرصت برای انعقاد اجاره یا تعیین ضرب‌الاجل برای شروع به اقدامات مقدماتی جهت استیفای طلب (به‌طوری که از آن پس رهن منفسخ شود) نیست؛ هرچند به دلالت تضمینی، آن معنا را هم در بر می‌گیرد. بلکه منظور، تعیین زمانی است که مدیون، مطمئن شود از آن پس، مالش دیگر در تصرف مستأجران یا تحت حق عینی تبعی مرتهن نخواهد بود.

نکته دیگر اینکه باتوجه به توضیح و استدلالی که درمورد نقطه پایانی منافع مرهونه تبیین شد، در فرض تعیین منافع به صورت «مهلتی»، نقطه پایان منافع مرهونه، یا تاریخ انقضای عقد اجاره‌ای است که در اثنای آن، طلب مرتهن وصول شده است و یا تاریخ اتمام مهلت موثوقه (هرکدام که زودتر فرارسد؛ هرچند معمولاً تاریخ پایان اجاره با تاریخ اتمام مهلت، منطبق است).

ج) تعیین منافع به صورت «دین محور»؛ صحیح یا باطل؟

در این حالت توافق به گونه‌ای است که اگر مرتهن قصد استیفای طلب را از مال مرهون داشته باشد، باید آن قدر عقد اجاره بر مال مزبور منعقد گردد تا از حاصل اجاره‌بها به طلب خویش برسد.

برای مثال در دعوای مسئولیت مدنی، خوانده، مورخ ۹۴/۱/۱ محکوم به پرداخت ۵۰ میلیون ریال به عنوان خسارت در حق خواهان می‌گردد. پس از صدور حکم، طرفین توافق می‌کنند که مبلغ مزبور در تاریخ ۹۴/۶/۱ پرداخت گردد و ضمناً شرط می‌گردد که از تاریخ تخلف بدهکار در پرداخت مبلغ، طلبکار حق دارد تقاضای اجاره شدن ملک مشخص متعلق به مدیون را از مراجع مربوطه بنماید و تا وصول کامل طلب، منافع ملک و به عبارت دقیق‌تر، اجاره‌بهای آن در اختیار طلبکار باشد.

به نظر می‌رسد نمی‌توان توافق مزبور را صحیح پنداشت: اولاً در اجرای رهن منفعت ممکن است چند عقد اجاره (در طول هم) بر مال وثیقه منعقد گردد؛ خصوصاً در اماکن مسکونی که (به دلیل تمایل موجران بر افزایش هر ساله اجاره‌بها) انعقاد اجاره برای مدتی بیش از یک سال یا دو سال، چندان مرسوم نیست. ثانیاً همان گونه که در سطر فوق گفته شد بنا بر آن نیست که اجاره‌بها در کل طول مدت استیفای طلب، در هر کدام از عقود اجاره، یکسان باشد. آیا می‌توان تصور کرد که امسال، اداره ثبت یا واحد اجرای احکام، ضمن ارزیابی اجاره‌بهای ماهیانه مال برای یک سال به مبلغ ۱۰ میلیون ریال، چهار سال بعد نیز منافع مال را به همین مبلغ

تقویم و ارزیابی نماید؟

احتمال و امکان افزوده شدن بر مبلغ ارزیابی شده به دلیل رقابت شرکت‌کنندگان در مزایده اجاره و نیز امکان خروج موقت مال از قابلیت انتفاع و در نتیجه، بقای حق ارتھان مرتهن (البته در فرض تعیین منافع در قالب «مدتی») را باید بر سایر علل نامعلوم بودن و عدم ثبات میزان اجاره‌بها در طول مدت استیفای طلب، افزود.

در رد نظریه «تعیین منافع به صورت دین محور» همچنین می‌توان افزود که این گونه تعیین منافع اصولاً بدین معنا است که طلب مرتهن در هر حال و سرانجام باید از عوض منافع، وصول گردد و لذا مفاهیمی همچون مازاد احتمالی وثیقه، رهن مکرر منافع مرهونه، عدم تکافوی وثیقه و مانند این‌ها در فرض تعیین منافع به صورت دین محور، قابل تصور نیست. این در حالی است که از احکام مربوط به عقد رهن (چه در قانون مدنی و چه در فقه) چنین استنباط می‌شود از جنبه تئوری و علمی، وثیقه، مالی است مقطوع و مجرد از سایر اموال مالک آن، که صرف نظر از رویه‌های جاری، هنگام تخلّف مدیون در پرداخت دین، آن وثیقه طی «عقد واحد» قابل تملیک است. استنباط مذکور فارغ از قاعده «امکان تعدیل قرارداد در عقود مستمر» است. بدین معنا که این مورد مفروغ عنه در اعتبار این حکم دخالتی ندارند. حال با این اوصاف، آیا می‌توان تعیین منافع مرهونه بر اساس دین مدیون را صحیح دانست؟ مسلماً خیر؛ چرا که در این صورت این سؤال، بی‌پاسخ می‌ماند که چه مالی و در ازای چه بهایی می‌تواند طی یک عقد (و فقط یک عقد) تملیک (یا همان اجاره) گردد؟

بدین ترتیب به نظر می‌رسد با توجه به تفاسیری که در بالا ذکر شد وجود غرر در این فرض محرز بوده و به نظر می‌رسد این وضعیت را با هیچ تفسیری نمی‌توان در قالب یک عقد صحیح ولو ماده ۱۰ ق.م. قرار داد و تنها باید قائل به بطلان تراضی شد.

۱-۲-۵. مواعد قابل توجه و تعیین کننده در نظام رهن منفعت؛ مواعد پانزده گانه

در نظام رهن منفعت، از ابتدای انعقاد عقد رهن تا پایان عقد اجاره، مواعد مختلفی وجود دارد که در اینجا به بررسی موارد مهم و تعیین کننده آنها می پردازیم؛ باید در نظر داشت که در لابه لای این مواعد، مواعد جزئی تر نیز وجود دارد (مثل تاریخ صدور و یا ارسال اجرائیه، تاریخ الصاق آگهی مزایده در اماکن مربوطه، تاریخ ارزیابی وثیقه و...) لکن به دلیل اهمیت کمتر این موارد، مورد بررسی قرار نگرفته اند. پیرامون مواعد ذکر شده نیز باید گفت هرچند تفاوت و فاصله برخی از آنها در عمل ممکن است چندان کوتاه باشد که منطبق با هم به نظر برسند لکن باتوجه به اینکه این تقسیم بندی و تفکیک از نظر آموزشی و علمی مفید به نظر می رسد به بیان آن پرداخته ایم. نکته دیگر آنکه تقسیم بندی و تفکیک مواعد مزبور با فرض اجرای "رسمی" عقد رهن آن هم از طریق اداره ثبت و به طور خلاصه مبتنی بر تشریفات مقرر در ماده ۳۴ ق.ث. مصوب ۱۳۸۶، آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷ با اصلاحات سال ۱۴۰۱ و نیز مقررات پیشنهادی به مقنن صورت گرفته است. همچنین در این نوشتار با الهام از آیین نامه فوق الذکر، برای جلوگیری از تعلل مرتهن در اجرای عقد رهن، مهلت «ده روزه» را به عنوان مبنا قرار در نظر گرفتیم. با این مقدمه ابتدا به ذکر مواعد مذکور و سپس طی مثالی به بررسی آنها خواهیم پرداخت:

- تاریخ انعقاد رهن منفعت

- تاریخ سررسید طلب (دین) = تاریخ تخلف اولیه در پرداخت

- تاریخ ایجاد حق مراجعه مرتهن به مقام عمومی جهت درخواست صدور

اجرائیه (موضوع ماده ۳۴ ق.ث.) = تاریخ شروع مهلت ۱۰ روزه مرتهن

جهت درخواست صدور اجرائیه

- تاریخ درخواست صدور اجرائیه از مقام عمومی توسط مرتهن

- تاریخ انقضای مهلت درخواست صدور اجرائیه از مقام عمومی
 - تاریخ ابلاغ اجرائیه به راهن = تاریخ مراجعه مرتهن به راهن (تاریخ مطالبه)
 - = زمان شروع مهلت ۱۰ روزه ایفای دین توسط مدیون
 - تاریخ تخلف اجرایی مدیون (تخلف دوم) از پرداخت دین = تاریخ ایجاد حق مرتهن مبنی بر درخواست ادامه عملیات اجرایی از مقام عمومی =
 - تاریخ شروع مهلت ۱۰ روزه (پیشنهادی) مرتهن جهت درخواست ادامه عملیات اجرایی از مقام عمومی
 - تاریخ درخواست طلبکار از مرجع قانونی مبنی بر ادامه عملیات اجرایی
 - تاریخ انقضای مهلت درخواست طلبکار از مرجع قانونی مبنی بر ادامه عملیات اجرایی
 - تاریخ ایجاد امکان انعقاد اجاره
 - تاریخ اعلان آگهی مزایده وثیقه
 - تاریخ برگزاری جلسه مزایده = تاریخ تملیک وثیقه (تاریخ انعقاد عقد اجاره)
 - تاریخ استیفای کامل طلب
 - تاریخ پایان منافع مرهونه
 - تاریخ پایان عقد اجاره
- برای مثال، در قرارداد رسمی بیعی به ارزش سه میلیارد ریال، مورخ ۹۳/۱/۱ (موعد شماره ۱) سررسید پرداخت ثمن، شش ماه دیگر یعنی ۹۳/۷/۱ (موعد شماره ۲) معین می‌گردد. مشتری که صاحب ملکی تجاری در برج میلاد تهران است، ضمن این معامله، منافع ملک خود را به مدت دو سال (به صورت «مدتی- مهلتی» به شرح آتی) در رهن بایع قرار می‌دهد. بدین ترتیب که در صورت تخلف در پرداخت ثمن، بایع حق دارد از منافع دوساله ملک مزبور طلب خود را استیفا نماید و بدین منظور، تقاضای اجاره دادن ملک مزبور را از مقامات عمومی بنماید. همچنین شرط می‌گردد که: «انعقاد عقد اجاره، نباید پیش از ۹۴/۱/۱ باشد؛ یعنی شش ماه پس از سررسید دین

(موعد شماره ۱۰)؛ به علاوه در هر حال پس از تاریخ ۹۷/۱/۱ مرتهن حقی بر رهنه یا مال الاجاره احتمالی نخواهد داشت.» (موعد شماره ۱۴).

سررسید دین فرا می‌رسد و پرداختی ازسوی مدیون صورت نمی‌گیرد. همچنین مطابق مقررات (مفروض) این حوزه، در صورتی که در عقدنامه رهن منفعت، نقطه شروعی برای امکان انعقاد اجاره تعیین شده باشد، به‌طوری که بیش از سه ماه از تاریخ سررسید دین فاصله داشته باشد، مرتهن زودتر از سه ماه مانده به آن تاریخ، حق مراجعه به مقامات عمومی (دفترخانه تنظیم‌کننده سند) و تقاضای صدور اجرائیه را ندارد؛ همچنین می‌دانیم که مهلت مرتهن جهت مراجعه به دفترخانه در هر حال ۱۰ روز از تاریخ ایجاد حق آن اقدام است (مواعد ۳ و ۷) بدین ترتیب، مرتهن که بر اساس مقرر مفروض فوق و نیز با عنایت به ماده ۱۷۶ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی، از تاریخ ۹۳/۱۰/۱ (موعد شماره ۳) تا پایان روز ۹۳/۱۱/۱۲ (موعد شماره ۵) حق انجام اقدامات مقدماتی و مراجعه به مقامات عمومی را جهت درخواست صدور اجرائیه دارا شده است، مورخ ۹۳/۱۰/۱۰ (موعد شماره ۴) راهی دفترخانه اسناد رسمی و فی‌الجمله دست به کار اقدامات لازم جهت انعقاد عقد اجاره (در آینده) از تاریخ ۹۴/۱/۱ (موعد شماره ۱۰) به بعد می‌گردد. با پیگیری‌های صورت گرفته، مورخ ۹۳/۱۱/۱۰ (موعد شماره ۶) اجرائیه موضوع ماده ۳۴ ق.ث. به مدیون ابلاغ می‌گردد و وی (باتوجه به ماده ۱۷۶ آیین‌نامه اجرا) تا پایان روز ۹۳/۱۱/۲۱ (موعد شماره ۷) نیز موفق به ادای دین نمی‌گردد. متعاقباً طلبکار که (طبق قوانین مفروض) تا پایان تاریخ ۹۳/۱۲/۲ (موعد شماره ۹) فرصت درخواست ادامه عملیات اجرایی را از دفترخانه دارا شده است، این کار را در تاریخ ۹۳/۱۱/۲۳ (موعد شماره ۸) انجام می‌دهد. در مرحله بعد، اداره ثبت در تاریخ ۹۳/۱۲/۱۷ (موعد شماره ۱۱) آگهی مزایده اجاره را منتشر و اعلان می‌نماید و در آن مقرر می‌دارد مورخ ۹۴/۲/۱ (موعد شماره ۱۲) جلسه مزایده اجاره تشکیل خواهد گردید

و نهایتاً در همین تاریخ، جلسه مزبور تشکیل و عقد اجاره‌ای یک‌ساله بر ملک مزبور از قرار، ماهیانه یکصد میلیون ریال منعقد شده و پس از انقضای آن، همان عقد، این بار به لطف تورم هر ساله در نظام اقتصادی، از قرار، ماهیانه یکصد و دوازده میلیون ریال، برای یک‌سال دیگر تمدید می‌شود. این عقد اجاره در تاریخ ۹۶/۲/۱ (مواعد شماره ۱۴ و ۱۵) منقضی می‌شود و از این رهگذر جمعاً مبلغ دو میلیارد و چهارصد میلیون ریال (به عبارتی دویست و چهل میلیون تومان) اجاره بها عاید می‌گردد که در این فرض، مرتهن برای مابقی طلب خود می‌تواند مطابق مقررات مربوط به اسناد ذمه‌ای اقدام نماید (مواد ۱۲، ۱۱۵ و ۱۱۷ آیین‌نامه اجرا). لازم به ذکر است در این مثال با توجه به مادّه ۱۲۲ آیین‌نامه، تاریخ ایجاد امکان برگزاری جلسه مزایده (صرف‌نظر از تلاقی با ایام تعطیل و صرفاً از نظر محاسباتی و تئوری) ۹۴/۱/۳ می‌باشد. همچنین در مثال فوق‌الذکر، نظر به عدم وصول کامل طلب طلبکار، موعد شماره ۱۳ متصور نیست.

اما پیرامون مواعد تفکیک‌شده و مثال فوق نکاتی را باید مد نظر داشت:

۱- در تقسیم‌بندی فوق، انتزاع فاصله بین موعد «سوم تا پنجم» و نیز موعد «هفتم تا نهم» بر اساس پیشنهادی است که در شماره «۱-۲-۶» پیرامون لزوم اقدام فوری مرتهن ذکر کردیم و در مثال فوق، مهلت ده‌روزه را بر اساس پیشنهاد مزبور برای اقدام مرتهن، مفروض در نظر گرفتیم.

۲- در این تقسیم‌بندی، بین زمان تخلف بدهکار در پرداخت (موعد دوم) و تاریخ ایجاد حق مراجعه مرتهن به مقام عمومی (موعد سوم) تفکیک نمودیم؛ چراکه در نظام رهن منفعت، این دو لزوماً با یکدیگر منطبق نیستند و این انطباق، بستگی به این دارد که زمان ایجاد امکان انعقاد اجاره، متصل به تاریخ دیرکرد باشد یا منفصل از آن؛ چنانچه این انفصال، به اندازه‌ای باشد که طبق مقررات مفروض، طلبکار برای درخواست صدور اجرائیه، تا مدتی باید در انتظار بماند، در این حالت می‌توان شاهد تفکیک بین موعد

دوم و سوم بود. مثال فوق نیز به گونه‌ای طرح شده است که گویای این تمایز باشد. بنابراین، موعد ایجاد امکان اجاره (موعد دهم) بسته به اینکه بنا به تراضی طرفین، چقدر از تاریخ تخلف در پرداخت فاصله داشته باشد می‌تواند فی‌مابین موعد شماره ۷ تا ۱۲، متغیر باشد. فراموش نشود که تخلف اجرایی (= ثانویه) در پرداخت دین، کاشف از تخلف ابتدایی است و با احراز آن، کلیه آثار ناشی از تخلف ابتدایی، حاکم می‌گردد.

۳- در مثال، پس از انقضای اولین عقد اجاره، اگر (به هر دلیل و برای مثال) از مدت موثوقه، یازده ماه باقی مانده باشد، با انعقاد دومین اجاره یک‌ساله، پایان ماه یازدهم در هر حال پایان منافع مرهونه خواهد بود؛ اعم از آنکه پیش از ماه یازدهم، طلب مرتهن از اجاره‌بها وصول شده باشد یا خیر.

اما چنانچه از مدت موثوقه (به هر دلیل و برای مثال) بیش از یک سال باقی مانده باشد و با انعقاد دومین عقد اجاره یک‌ساله، مرتهن پیش از انقضای اجاره به طلب خود برسد، پایان همان عقد اجاره پایان منافع مرهونه خواهد بود.

بدین ترتیب، ملاحظه می‌گردد که تاریخ وصول طلب مرتهن در اثنای اجاره، هیچ‌گاه به‌عنوان تاریخ پایان منافع مرهونه تلقی نمی‌گردد، اما در تعیین آن موثر است. در این باره در انتهای شماره «۱-۲-۱» در بحث تعیین منافع مرهونه به‌صورت «مدتی»، توضیحات لازم تبیین گردید.

۱-۲-۶. تصرفات منافی حق مرتهن

در نظام رهن عین، انتقال مالکیت عین مرهونه و نیز اجاره دادن آن، مهم‌ترین تصرفاتی است که ذیل عنوان تصرفات منافی حق مرتهن مورد بررسی قرار می‌گیرند تا حدود و ثغور و شرایط این گونه اعمال حقوقی را بر عین مرهونه تبیین نمایند. ما نیز به پیروی از این رسم، تصرفات ناقل مالکیت و نیز اجاره دادن مالی که منافع آن به رهن‌گذارده شده است را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف) تصرفات ناقل مالکیت

مطابق قوانین و مقررات فعلی و نیز نظر مشهور فقهای امامیه، فروش عین مرهونه، در هر حال، غیرنافذ بوده و در این باره اذن مرتهن لازم است. (ماده ۲۶۴ ق.آ.د.م.، ماده ۲۲۹ ق.ا.ح. و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ و نیز مفهوم رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲ مورخ ۱۴۰۲/۰۳/۳۰ دیوان عالی کشور). ازسوی دیگر، همان دغدغه‌ای که مرتهن عین، از فروش آن دارد، مرتهن منافع نیز از فروش مال مرهون‌المنفعه خواهد داشت؛ چه آنکه فروش عین، متضمن تملیک موبد کل منافع بوده که شامل منافع مرهونه نیز می‌گردد، اما واقع‌بینی ایجاب می‌نماید که بین اموال غیرمنقول سنددار که بیم اختفا یا دست‌به‌دست شدن آن نرفته و حق مرتهن در سجل ملک ثبت می‌گردد، با سایر اموال، تمایز قائل شویم؛ به‌طوری که عدم نفوذ را تنها مختص انتقال اموال اخیرالذکر دانسته و انتقال اموال غیرمنقول سنددار را نافذ بدانیم. این تفکیک را یک‌بار در بحث قبض، پیشنهاد نمودیم و پیش از این نیز در نظام رهن عین برخی از حقوقدانان درمورد فروش عین مرهونه، متذکر این راهکار شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۸۲ به بعد). اتخاذ راهکار فوق برای آینده نظام حقوقی به مقنن پیشنهاد می‌گردد.

ب) اجاره مال مرهون‌المنفعه

اجاره مال مرهون‌المنفعه در مدتی که با منافع مرهونه تداخل دارد، به مثابه فروش عین مرهونه در نظام رهن عین بوده و بی‌تردید منافی با حق مرتهن منافع به حساب می‌آید و نیازمند اذن وی است، اما اگر تاریخ انقضای اجاره پیش از سررسید طلب مرتهن منافع تعیین شده باشد، اصولاً منافاتی با حق وی نخواهد داشت و نمی‌توان این‌گونه تصرفات را غیرنافذ دانست؛ مگر در فرض خاصی که وضعیت مال به گونه‌ای است که اجاره آن موجب اُفت محسوس کیفیت و نهایتاً کاهش اجاره‌بهای آن در آینده گردد. در قسمت بعد مباحث مربوط به انعقاد رهن منفعت را تبیین خواهیم نمود.

۲- انعقاد رهن منفعت

در این گفتار به بررسی موارد مبتلابه و قابل توجه به هنگام تراضی بر رهن منفعت خواهیم پرداخت و سعی بر آن شده است تا از ذکر آنچه بین نظام رهن عین و رهن منفعت، مشترک است پرهیز شده و حتی المقدور به موارد مختص رهن منفعت پرداخته شود.

۲-۱. شرط واگذاری منافع به مرتهن، در صورت تخلف در پرداخت دین^۱

در نظام رهن عین، ضمن اشاره به سوءاستفاده رباخواران از شرط واگذاری منافع به خود مرتهن در صورت تخلف در پرداخت دین، گفته شده است: «...اگر شرط وکالت در فروش با مفاد ماده ۳۴ قانون ثبت منافات داشته باشد، به طریق اولی شرط تملیک مورد رهن به مرتهن با آن تعارض آشکار دارد. به اضافه، این شرط ازجمله قراردادهایی است که در ماده ۳۹ قانون ثبت باطل اعلام شده است (مواد ۳۳، ۳۴ و ۳۸ ق.ث.)» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۲۹) در فقه امامیه نیز نظر مشهور همین است. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ص ۷۳/ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۸۸/ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۲۲۶/ میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۳۶/ علامه حلی، ۱۴۱۴، ص ۲۵۷).

در رهن منفعت نیز اگرچه بیم تملک عین وجود ندارد اما همچنان امکان سوءاستفاده از شرط تملیک رهنه در سررسید دین قابل تصور است: ممکن است منافع ارزشمند مالی آن هم به مدتی طولانی، برای دینی خُرد رهنه قرار گیرد که در این حالت شرط تملک رهن، به ضرر راهن است. اما در تقویت بطلان شرط تعلق رهن به مرتهن، نکته‌ای دیگر به ذهن می‌رسد که ظاهراً مغفول مانده است و شایسته بود قبل از اتمام به حقوق راهن، به آن توجه می‌شد و آن اینکه این شرط، با اصول حقوقی نیز سازگار

۱. توجه شود که این بحث، متفاوت با بحث «واگذاری منافع به مرتهن در صورت یافته نشدن مستأجر» است. مورد اخیر مربوط به «اجرای رهن منفعت» می‌باشد که در پژوهشی جداگانه مورد بررسی قرار گرفته است (ر.ک: صادقی مقدم و قاسم‌پور، ۱۳۹۳).

نیست: ذات عقد رهن اقتضا دارد که به قدر طلب مرتهن، از عوض رهنه (که به طریق بیع یا اجاره به دست می‌آید) استیفا گردد و معلوم باشد رهنه بابت چقدر از طلب تملیک می‌گردد و به‌طور کلی غرض، آن است که مرتهن به آنچه تاکنون از دست داده است برسد و وضعیت وی به حالت سابق جبران گردد؛ کما اینکه در ماده ۳۴ ق.ث. سابق نیز استیفای خسارت تأخیر تأدیه از مورد رهن نیز از اقتضائات همین قاعده بوده است؛ به عبارت دیگر عقد رهن نمی‌تواند مجرای برای کسب سود و افزایش ناروای مال یا دارا شدن بلاجهت باشد، بلکه هدف، رسیدن هرچه محتوم‌تر طلبکار به طلب خود می‌باشد.

۲-۲. رهن منفعت پول

پول نیز مال است و درمورد امکان ترهین عین آن کمتر تردید شده است و حتی فقه‌های معاصر نیز در استفتائات خود، جواز آن اعلام نموده‌اند. (صانعی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۸، مسئله شماره ۶۶۶/ نیز ر.ک: اصغری آقمشهدی و میری، ۱۳۸۸، ص ۱۰۵ به بعد) اما در این نوشتار، این سؤال قابل بررسی است که آیا منفعت پول نیز قابل ترهین است؟ این سؤال از آن رو اهمیت دارد که می‌دانیم رهن منفعت در مقام اجرا با عقد اجاره در تلازم است و در اجاره لازم است عین مستأجره، در برابر انتفاع، قابلیت بقا را داشته باشد و به اصطلاح، مصرف‌شدنی نباشد؛ مثل انواع خوراکی‌ها یا ادوات آتش‌بازی مانند فشفسه، ترقه و... (ماده ۴۷۱ ق.م.) ازسوی دیگر، پول نیز از اموالی است که در حالت عادی با استفاده متعارف، اصولاً قابلیت بقا را ندارد.^۱

نویسندگان حقوقی ضمن اشاره به ماده ۴۷۱ ق.م. که مقرر می‌دارد: «برای صحت اجاره باید انتفاع از عین مستأجره با بقاء اصل آن ممکن باشد»، آورده‌اند «اجاره پول برای خرج کردن امکان ندارد؛ ولی هرگاه صراف‌ی برای

۱. به نظر می‌رسد که به‌طور کلی منظور از قابلیت بقا، بقای مادی و جسمی است مگر با یک استثنا که آن هم «پول» است: درمورد اخیر، قابلیت بقای حقوقی پول مورد بحث است، وگرنه جسم پول همواره وجود داشته و دست‌به‌دست در گردش است.

افتتاح نمایشگاه خود مقداری پول اجاره کند، نافذ است.» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۳۷۳/ امامی، ۱۳۷۰، ص ۵/ عدل، ۱۳۸۹، ص ۲۸۹/ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۷۳) در فقه نیز پولی که از کفار ذمی اخذ می شود توسط متولی امور خمس، قابل اجاره دادن دانسته شده است. (یزدی، ۱۴۰۹، ص ۳۸۷) بدین ترتیب و باتوجه به آنچه در مقدمه این قسمت پیرامون لزوم بقای عین مرهون المنفعه در برابر انتفاع گفته شد، باید گفت تراضی بر رهن منفعت پول، صحیح است، مشروط بر اینکه در این گونه اموال که عین آنها با انتفاع متعارف، قابلیت بقا را ندارند، انتفاع خاص و نامتعارفی که اجاره بر اساس آن صحیح انگاشته می شود ذکر گردد. برای مثال ذکر گردد که منفعت پول از جهت تکمیل میزان سپرده بانکی به منظور صلاحیت برای شرکت در قرعه کشی سالانه بانک، یا رهن منفعت پول، جهت اخذ ویزای کشوری که داشتن میزان معینی از سرمایه را جهت اعطای ویزا ضروری می داند (بدون اینکه مورد مصرف اجباری برای آن پیش بینی نماید)، یا همان مثال بازگشایی صرافی و

۲-۳. اجتماع رهن عین یک مال با رهن منافع آن

یکی از مسایل قابل توجهی که در نظام رهن منفعت شایسته بررسی است آنکه آیا می توان در آن واحد هم نسبت به ترهین عین مالی تراضی نمود و هم نسبت به منافع آن؟ برای مثال شخص «الف» به خاطر دو دین جداگانه، مدیون «ب» و مدیون «ج» است. به این منظور، برای یک دین، عین خانه خود را در رهن «ج» و برای دین دیگر، منافع یک ساله آن را در رهن «ب» قرار می دهد (با فرض ثبت رسمی مراتب).

درمورد مثال مذکور، باید گفت این قرارداد از لحاظ تحلیل حقوقی، عبارت است از اینکه: «الف» عین مال، منهای منافع مدتی مشخص را در گرو «ج» گذاشته است و منافع مدتی را که از وثیقه «ج» استثنا شده است، در گرو «ب».

لازم به ذکر است رهن عین و رهن منفعت یک مال به صورت همزمان، (ضمن در نظر گرفتن مبنای فوق) به شرطی ممکن است که اصرار بر قبض توسط مقنن از بین برود. اگر قبض، (آن گونه که مورد نقد نویسندگان و سایر حقوقدانان است) در کار نباشد تعارضی بین حقوق دو مرتهن (یکی مرتهن عین و دیگری مرتهن منفعت) به نظر نمی‌رسد. البته نباید فراموش کرد که در صورت تقدم انعقاد رهن عین بر تاریخ انعقاد رهن منافع، به نظر می‌رسد رضایت مرتهن عین جهت انعقاد رهن منفعت لازم به نظر می‌رسد. چرا که وجود حق ارتهان بر منافع ملک، از جمله عوامل کاهش رغبت خریداران محسوب می‌گردد؛. مگر اینکه با وجود تقدم انعقاد رهن عین، عقد رهن منفعت به گونه‌ای منعقد گردد که بیم هیچ گونه تعرض به حقوق مرتهن نخست در میان نباشد و این فرض، قاعدتاً درحالتی ممکن است رخ دهد که تعیین منافع در رهن منفعت به صورت «مهلّت محوّر» یا «مهلّتی-مدتی» انجام شده باشد و نقطه پایان مهلت، پیش از سررسید طلب مرتهن عین قرار گرفته باشد، اما در تعیین منافع به صورت مدتی از آنجا که استیفای مدت ملازمه‌ای با گذر زمان به اندازه آن مدت ندارد و ممکن است منافع هجده ماهه ملک (مثلاً به دلیل تأخیر در انعقاد اجاره) در طول دو سال استیفا گردد؛ لذا در این مورد (تقدم انعقاد رهن عین بر انعقاد رهن منفعت و تعیین منافع به شکل «مدتی») اخذ اذن از مرتهن عین جهت انعقاد رهن منفعت، ضروری به نظر می‌رسد.

اما در فرضی که رهن منفعت قبلاً منعقد شده باشد، از آنجا که انتقال مالکیت عین، اصولاً ضروری برای مرتهن منفعت و مستأجر احتمالی در بر نخواهد داشت، نیازی به اذن مرتهن منفعت جهت انعقاد رهن عین احساس نمی‌گردد. ممکن است گفته شود چنانچه مرتهن دوم که مرتهن عین است، نسبت به وجود رهن منفعت ناآگاه بماند، چه تدبیری باید اندیشید و اثر جهل وی چیست؟

در پاسخ به سؤال، با استمداد از ملاک سایر مواد مربوط به عقد رهن، در این فرض چاره‌ای جز قائل شدن حق فسخ برای مرتهن دوم (مرتهن عین) وجود نخواهد داشت. بدیهی است این پاسخ در فرض تسری اجاره رهنی تا سررسید طلب مرتهن دوم است؛ وگرنه چنانچه پیش از سررسید طلب مرتهن دوم، استیفا از منافع تمام شده باشد، موجبی برای قائل شدن حق فسخ برای مرتهن نخست وجود نخواهد داشت.

۲-۴. رهن منفعت در صورت مالکیت صرف منافع (مستأجربودن راهن)

مستأجر، مالک منافع است و بنا بر قواعد عمومی، مالک حق هرگونه تصرفی را در مایملک خود دارد، جز آنچه به ضرر دیگران باشد. (اصل ۴۰ ق.ا.، نمونه بارز تصرفات مستأجر در منافع، اجاره دادن آن است. (مواد ۴۷۳ و ۴۷۴ ق.م.))؛ لذا در حالت کلی و علی‌الاصول، هیچ منعی وجود ندارد که مستأجر، منفعی را که در اختیار دارد در رهن طلبکار گذارد تا در صورت عدم پرداخت دین، وی با تملیک منافع متعلق به مدیون (مستأجر اول) طلب خود را استیفا نماید. منتها این استیفا محدود به زمانی است که مدیون طبق تراضی‌ای که با مالک داشته است، منافع را در اختیار داشته و نمی‌تواند از آن فراتر رود.

اما باید توجه داشت در عقد اجاره، گریزی از تعیین مدت نیست؛ لذا عقدی که مستأجر (راهن) در ترهین منافع مملوکه خود منعقد می‌نماید در هر حال مقید به مهلت خاصی است. بدین ترتیب به نظر می‌رسد در فرض مستأجربودن راهن، در هر حال عنصر «مهلت» دخالت دارد و ترهین منافع در قالب «مهلتی» صورت می‌پذیرد. (چراکه اگر تعیین منافع به صورت «مدتی» باشد و منظور، بقای حق ارتھان تا استیفاء کامل مدت باشد پس از انقضای موعد اجاره راهن، عقد رهن، مشمول معاملات فضولی می‌گردد.) لذا اگر مدت تعیین نشود و فقط به ذکر مهلت اکتفا شود، لاجرم این مهلت باید کمتر یا حداکثر، مساوی با مهلت باقی‌مانده تا انقضای عقد اجاره باشد و

اگر تنها به ذکر مدت بسته گردد، چاره‌ای جز انعقاد عقد به صورت مدتی-مهلتی وجود ندارد. البته ممکن است نظر دیگری گفته شود باید بین اطلاع رهن از دخالت عنصر مهلت و عدم اطلاع وی تفاوت گذارد.

نکته دیگر آنکه در تهرین منفعی که به مستأجر تعلق دارد باید به مفاد تراضی و یا مقررات خاص قانونی در رابطه با شروط و حقوقی که به نفع مالک ایجاد شده است، توجه گردد. برای مثال شرط منع مستأجر در واگذاری منافع به ثالث (مواد ۴۷۳ و ۴۷۴ ق.م.) متضمن ممنوعیت تهرین منافع نیز می‌باشد؛ چراکه همان‌گونه که بارها ذکر شد، رهن منفعت در مرحله اجرا با عقد اجاره (واگذاری منافع) ملازمه دارد. البته مطابق اصول حقوقی چنانچه این منع به صورت شرط نتیجه و سلب حق واگذاری منافع به ثالث باشد، نظر به فقدان حق واگذاری منفعت و تهرین آن، باید قائل به بطلان عقد رهن از همان ابتدای انعقاد بود؛ (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۳۷۷/عظیمیان، ۱۳۸۸، ص ۳۴) چراکه مالی به رهن گذارده شده است که در واقع غیرقابل انتقال و در حکم ناموجود است و با توجه به سلب پیشین حق انتقال منافع، نمی‌توان اعتقاد به فضولی بودن رهن و عدم نفوذ آن داشت. لکن در صورتی که این منع در قالب شرط فعل (منفی حقوقی) برقرار گردد، تهرین منافع از سوی مستأجر محکوم به بطلان نیست؛ لکن با عدم پرداخت دین از سوی بدهکار (مستأجر)، نظر به فعلیت یافتن حق طلبکار در تملیک منافع، اسباب مسئولیت مستأجر (رهن) در برابر مالک عین و نیز حق فسخ برای مالک را در پی دارد. ذکر این نکته نیز خالی از فایده نیست که «قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ در مورد محل پیشه و تجارت، اصل انتقال‌پذیری اجاره را وارونه ساخته و به مستأجر، حق انتقال به غیر نداده است، مگر اینکه این اجازه را به وسیله نوشته از موجر گرفته باشد. (ماده ۱۰ ق.ر.م.م. ۱۳۵۶)» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۳۷۵).

گفتنی است کلیه مطالب فوق در هر فرضی که رهن، فقط منافع را

در مالکیت خود داشته باشد (مانند متهب در هبه منافع) جاری است و اختصاصی به فرض مستأجریودن رهن ندارد.

نتیجه و پیشنهاد

- در انعقاد رهن منفعت، مدت منفعی که به عنوان وثیقه تعیین می گردد باید مشخص باشد. این امر اصولاً یا به شکل تعیین مدت خالص منافع قابل تملیک و یا به شکل تعیین مهلت و ضرب الاجل برای تملیک منافع (صرف نظر از میزان منفعی که در آن مهلت تملیک می گردد) و یا تلفیقی از دو فرض اخیر انجام می شود. تعیین منافع به صورت دین محور باطل است. - ترهین هم زمان عین و منفعت یک مال برای دو دین جداگانه مشروط به حفظ حقوق مرتهنین (خصوصاً مرتهن عین) ممکن به نظر می رسد. یکی از چالش های اصلی در این خصوص، شرط قبض در عقد رهن طبق قانون مدنی است. از این رو حذف شرط قبض توسط قانونگذار، راه حلی برای این چالش است. با حذف این شرط، دیگر تعارضی بین حقوق دو مرتهن (عین و منفعت) وجود نخواهد داشت، اما حتی در این صورت نیز ملاحظات در این خصوص وجود خواهد داشت:

اولاً در صورت تقدم رهن عین بر رهن منفعت، رضایت مرتهن عین برای رهن منافع لازم است. چرا که وجود حق رهن بر منافع، از جمله عوامل کاهش رغبت خریداران محسوب می شود؛ این حکم، یک استثنا دارد: اگر رهن منفعت به صورت «مهلتی» یا «مهلتی-مدتی» باشد و نقطه پایان آن قبل از سررسید طلب مرتهن عین باشد، نیازی به رضایت مرتهن عین نیست. ثانیاً در صورت تقدم رهن منفعت بر رهن عین، نیازی به رضایت مرتهن منفعت برای رهن عین نیست.

ثالثاً اگر مرتهن دوم (مرتهن عین) از وجود رهن منفعت ناآگاه باشد، وی حق فسخ خواهد داشت. البته این حق فسخ در صورتی است که اجاره رهنی

تا سررسید طلب مرتهن دوم تسری داشته باشد.

- اکیداً توصیه می‌گردد مقنن همانند ابتکاری که در قانون پیش‌فروش ساختمان در خصوص الزامی دانستن ثبت رسمی و دخالت دادن مقام عمومی در انعقاد و اجرای قرارداد پیش‌فروش اتخاذ نموده است، انعقاد و نیز اجرای رهن (اعم از عین و یا منفعت) را در مورد اموال سرمایه‌ای و اساسی (مانند ملک، خودرو، هواپیما، اموال دولتی و...) جهت جلوگیری از جهل مرتهنین و منتقل‌الیه (حسب مورد مشتری یا مستأجر) نسبت به حق ارتهان بر عین و بر منفعت و دشواری‌های ناشی از بی‌اطلاع ماندن آن‌ها، تنها به صورت رسمی، نافذ و مورد حمایت خود بداند.

- ماده ۷۷۴ قانون مدنی و نیز ماده ۳۴ قانون ثبت مصوب ۱۳۸۶ در عصر فعلی باید به گونه‌ای اصلاح و تنظیم گردد که مقبولیت رهن منفعت نیز از آن استنباط گردد. هرچند که در نگاه اول، اطلاق واژه «مال» در تبصره ۱ آن ماده، شامل منافع نیز می‌تواند باشد لکن تردیدی نیست که مقنن هنگام تصویب این ماده خصوصاً با وجود ماده ۷۷۴ قانون مدنی مبنی بر بطلان رهن منفعت، نظری بر «منافع» نداشته است.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ گونه 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 هیچ گونه تضاد منافی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

منابع

- اصغری آقشهیدی، فخرالدین و حمید میری؛ «رهن اسکناس»، نامه مفید؛ ش ۷۳، شهریور ۱۳۸۸، ص ۱۰۵-۱۲۴.
- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، چ ۶، تهران: نشر اسلامی، ۱۳۷۰.
- بروجردی عبده، محمد؛ حقوق مدنی؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱۳، قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۴ ق.
- حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن؛ المختصر النافع؛ ج ۱، چ ۶، قم: مؤسسه المطبوعات الدینی، ۱۴۱۸ ق.
- شکری، فریده؛ «رهن دین در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۷۵، پاییز ۱۳۹۰، ص ۷۵-۱۱۲.
- صادقی مقدم، محمدحسن و امین قاسمپور؛ «چشم انداز رهن منفعت از حیث اجرا در نظام حقوقی ایران»، حقوق اسلامی؛ ش ۵۴، آذر ۱۳۹۶، ص ۷-۳۲.
- صادقی مقدم، محمدحسن و امین قاسمپور؛ «رهن منفعت»، نشریه فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۲۳-۱۵۹.
- صادقی مقدم، محمدحسن و حجت اله مرادی؛ «رهن منفعت در فقه امامیه»، پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۳۳، دی ۱۳۹۹، ص ۱۵۹-۱۸۷.
- صادقی مقدم، محمدحسن و حجت اله مرادی؛ «ضرورت و امکان سنجی رهن منفعت در نظام حقوقی کنونی ایران»، آموزه های فقه مدنی؛ ش ۲۵، خرداد ۱۴۰۱، ص ۱۸۵-۲۰۴.
- صانعی، یوسف؛ استفتائات قضایی؛ ج ۲، تهران: نشر پرتو خورشید، ۱۳۸۸.
- عاملی (شهید ثانی)، زید بن علی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۴، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- عدل، منصور؛ حقوق مدنی؛ تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.
- عظیمیان، محمد؛ «تصرفات منافی حق مرتهن»، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران؛ ش ۱۰۱، بهمن ۱۳۸۸، ص ۱۷-۴۱.
- قزوینی، علی؛ «رهن دین»، مجله اندیشه های حقوقی؛ ش ۴، پاییز ۱۳۸۲، ص ۶۳-۷۹.
- کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین؛ ج ۱، چ ۱۱، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۹۱.
- کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین؛ ج ۴، چ ۶، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۸۹.
- کریمی، عباس؛ «رهن دین»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ش ۳۸، پاییز ۱۳۷۶، ص ۱۹-۴۲.
- گیلانی (میرزای قمی)، ابوالقاسم بن محمدحسن؛ جامع الشتات فی أجوبة السؤالات؛ ج ۲، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ق.

نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن؛ *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*؛ ج ۲۵، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
یزدی، سیدمحمدکاظم؛ *عروة الوثقی*؛ ج ۲، چ ۲، بیروت: مؤسسة الأعلى للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.

Reference

- Asghari Aghmashhadi, Fakhruddin and Hamid Miri; "Mortgage of Banknotes," *Nameh Mofid*; No. 73, September 2009, pp. 105-124 [In Persian]
- Emami, Sayyid Hassan; *Civil Law*; Vol. 2, 6th ed., Tehran: Islamiyeh Publishing, 1991 [In Persian]
- Boroujerdi Abdeh, Mohammad; *Civil Law*; Tehran: Ganj-e Danesh, 2001 [In Persian]
- Hilli (Allamah Hilli), Hasan ibn Yusuf ibn Mutahhar; *Tadhkirat al-Fuqaha*; Vol. 13, Qom: Al al-Bayt Institute, 1414 AH [In Arabic]
- Hilli (Muhaqqiq Hilli), Najm al-Din Ja'far ibn Hasan; *Al-Mukhtasar al-Nafi*; Vol. 1, 6th ed., Qom: Al-Matbu'at al-Diniyah Institute, 1418 AH [In Arabic]
- Shokri, Farideh; "Mortgage of Debt in the Iranian Legal System," *Judgment Legal Journal*; No. 75, Autumn 2011, pp. 75-112 [In Persian]
- Sadeqi-Moghaddam, Mohammad Hassan and Amin Ghasempoor; "Prospects of Usufruct Mortgage from the Perspective of Execution in the Iranian Legal System," *Islamic Law*; No. 54, December 2017, pp. 7-32 [In Persian]
- Sadeqi-Moghaddam, Mohammad Hassan and Amin Ghasempoor; "Usufruct Mortgage," *Islamic Jurisprudence and Law*; No. 9, Autumn and Winter 2014, pp. 123-159 [In Persian]
- Sadeqi-Moghaddam, Mohammad Hassan and Hojatollah Moradi; "Usufruct Mortgage in Imami Jurisprudence," *Private Law Research*; No. 33, January 2021, pp. 159-187 [In Persian]
- Sadeqi-Moghaddam, Mohammad Hassan and Hojatollah Moradi; "The Necessity and Feasibility Study of Usufruct Mortgage in the Current Iranian Legal System," *Civil Jurisprudence Doctrines*; No. 25, June 2022, pp. 185-204 [In Persian]
- Sanei, Yousef; *Judicial Inquiries (Istifta'at)*; Vol. 2, Tehran: Parto-ye Khorshid Publishing, 2009 [In Persian]
- Amili (Shahid Thani), Zayn al-Din ibn Ali; *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i' al-Islam*; Vol. 4, Qom: Islamic Knowledge Foundation, 1413 AH [In Arabic]
- Adl, Mansour; *Civil Law*; Tehran: Khorsandi Publications, 2010 [In Persian]
- Azimian, Mohammad; "Dispositions Inconsistent with the Mortgagee's Right," *Monthly Journal of the Center of Notaries and Assistants*; No. 101, February 2010, pp. 17-41 [In Persian]

- Qazvini, Ali; "Mortgage of Debt," *Legal Thoughts Journal*; No. 4, Autumn 2003, pp. 63-79 [In Persian]
- Katouzian, Nasser; *Nominate Contracts*; Vol. 1, 11th ed., Tehran: Enteshar Publishing Company, 2012 [In Persian]
- Katouzian, Nasser; *Nominate Contracts*; Vol. 4, 6th ed., Tehran: Enteshar Publishing Company, 2010 [In Persian]
- Karimi, Abbas; "Mortgage of Debt," *Journal of the Faculty of Law and Political Science, University of Tehran*; No. 38, Autumn 1997, pp. 19-42 [In Persian]
- Gilani (Mirza-ye Qomi), Abu al-Qasim ibn Mohammad Hassan; *Jami' al-Shatat fi Ajwibat al-Su'alat*; Vol. 2, Tehran: Kayhan Institute, 1413 AH [In Arabic]
- Najafi (Sahib al-Jawahir), Mohammad Hassan; *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam*; Vol. 25, 7th ed., Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1404 AH [In Arabic]
- Yazdi, Sayyid Mohammad Kazem; *Al-Urwat al-Wuthqa*; Vol. 2, 2nd ed., Beirut: Al-A'lami Library, 1409 AH [In Arabic]



Foundations and Effects of Implementing the Principle of Hearing a Lawsuit

Hossein Davoodi Beyragh* (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran

Email: h.davoodi@ut.ac.ir

Mehdi Hadi 

MA in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran

Email: mehdi.haadi1366@gmail.com

Use your device to scan
and read the article online



Citation Davoodi Beyragh, H., Hadi, M. (2026). Foundations and Effects of Implementing the Principle of Hearing a Lawsuit. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 23 (89): 149-182..
 [10.22034/ilaw.2024.715460](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.715460)

Received: 17 December 2023 , Accepted: 13 August 2024

Abstract

In this research, by using the descriptive-analytical method, using legal books and looking at the judicial procedure, an attempt has been made to examine the principles of the principle of hearing a lawsuit and the effects of applying this principle on the concepts and persons involved in the lawsuit. Examining these cases will be of great help in understanding the principle of hearing the case and how to use it. The Imami jurists have categorically spoken about the necessity of hearing the lawsuits and have tried to make the lawsuits heard as much as possible. In addition to the jurisprudential basis, observance of public order, society's demand, the need to preserve the government's sovereignty, reason and the origin of the demand for the fundamental right to litigate, the legal and social bases are the basis of hearing the lawsuit. The principle of hearing a lawsuit as a procedural principle has a direct and undeniable impact on the law, judicial procedure, doctrinal opinions, the government, society, the judge and the surroundings of the lawsuit.

Keywords

Effects of lawsuit, Restoration of proceedings, Order not to hear the lawsuit, Formal exception, The principle hearing of the lawsuit.



Extended Abstract

1. Introduction

The pursuit of justice stands as the cornerstone of any legal system. In the Islamic Republic of Iran, Article 156 of the Constitution defines the Judiciary's primary mandate as "supporting individual and social rights and being responsible for the realization of justice". While the concept of justice is often categorized into distributive and procedural dimensions, the role of the Judiciary is fundamentally linked to procedural justice—ensuring that the mechanisms of law are fair and accessible to all. Within this framework, the Principle of Hearing a Lawsuit emerges as a vital procedural necessity that bridges the gap between abstract legal rights and their practical enforcement.

The Principle of Hearing a Lawsuit posits that legal systems must provide appropriate mechanisms and adhere to specific formalities to listen to and process the grievances of individuals. This is not merely an administrative step but a fundamental right intended to achieve justice in the shortest possible time and to bolster public confidence in the judicial apparatus. While some legal scholars argue against its status as a distinct principle due to a lack of explicit statutory naming, the sources argue that its existence is self-evident and inherent in the fundamental right to litigation (Article 34 of the Constitution) and international human rights documents. This research explores the multi-faceted foundations—jurisprudential, legal, and social—of this principle and analyzes its profound effects on the legislature, the judiciary, and the litigants themselves.

2. Research Methodology

This study adopts a descriptive-analytical approach, drawing upon a comprehensive review of legal literature, Islamic jurisprudential texts, and judicial precedents. The methodology involves examining primary sources of Imami jurisprudence (Fiqh) to establish the religious obligation of hearing cases. Simultaneously, the research analyzes constitutional law, international human rights instruments, and contemporary legal doctrines to identify the secular and social foundations of the principle. By observing judicial "rouyeh" (precedent), such as decisions from the Supreme Court and appellate courts, the study evaluates the practical application and impact of the principle on the Iranian legal system.

3. Research Findings

3.1 Foundations of the Principle

The research identifies two primary categories of foundations:

- **Jurisprudential Foundations (Fiqh):** In Imami jurisprudence, the necessity of hearing a lawsuit is firmly established. Scholars like Ayatollah Rashti emphasize

that a valid claim creates a mandatory obligation for the judge to hear the case. This is supported by Quranic verses (e.g., Al-Ma'idah: 42, 48; Sad: 24) that command ruling with justice and hearing grievances. Furthermore, the jurisprudential rule of "Preserving the System" (Hifz-al-Nizam) underscores that social stability and the livelihood of the people depend on a functioning judicial system that resolves disputes and prevents social friction.

- **Legal and Social Foundations:** Beyond religious texts, the principle is rooted in the fundamental right to litigation, recognized in Article 34 of the Iranian Constitution and international documents like the Universal Declaration of Human Rights. Socially, the principle is essential for maintaining public order; without state-mediated dispute resolution, individuals might resort to self-help, leading to social collapse. Additionally, the act of hearing cases strengthens state sovereignty and legitimacy. When citizens turn to the state to resolve conflicts, they are effectively acknowledging its authority and legitimacy. Rationality (Aql) also dictates that disputes must be heard by a competent authority to prevent the accumulation of individual animosities that disrupt social harmony.

3.2 Effects of Implementing the Principle

The implementation of this principle has wide-ranging consequences:

- **On the Legislature:** The principle serves as a guide for law-making, preventing the enactment of laws that would arbitrarily deny citizens the right to trial. It also demands that laws be written in clear, accessible language so that individuals understand their rights and how to seek redress.
- **On Judicial Precedent and Judges:** Article 167 of the Constitution requires judges to seek guidance from legal principles when statutes are ambiguous. The Principle of Hearing a Lawsuit encourages judges to adopt a "procedural repair" approach. Instead of issuing immediate formal rejections (Orders of Non-Hearing), judges are encouraged to allow litigants to fix procedural flaws in their petitions. It also mandates that judges must provide fair defense opportunities, including holding hearings and allowing legal representation.
- **On Society:** A high rate of formal rejections in courts can lead to negative perceptions of corruption or inefficiency. By applying the principle of hearing, courts can reduce the redundant filing of cases that were previously rejected on mere technicalities, thereby improving social welfare indicators and judicial statistics.
- **On Litigants:** The principle ensures that the plaintiff is placed in a position where they can attempt to prove their claim, while the defendant is brought into a structured process that guarantees their right to be notified and to defend themselves against allegations.

4. Conclusion

The Principle of Hearing a Lawsuit is far more than a technical rule of procedure;

it is a vital pillar of justice that finds deep resonance in both Imami jurisprudence and modern human rights. The research concludes that this principle must be explicitly recognized as a legal cornerstone to ensure the protection of fundamental rights and the maintenance of public order.

The transition from a formalistic approach—where cases are often dismissed for minor technical errors—to a more substantive approach focused on the “procedural repair” of claims is essential for enhancing the legitimacy of the judicial system. By mandating that the state, through its judges, must actively listen to and facilitate the resolution of disputes, the legal system fulfills its constitutional promise of supporting individual and social rights. Ultimately, the consistent application of this principle reduces judicial backlog, promotes social peace, and ensures that the state remains accountable to its 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.



مبانی و آثار اعمال اصل استماع دعوا

حسین داودی بیرق* (نویسنده مسئول)

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.
Email: h.davoodi@ut.ac.ir

مهدی هادی 

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.
Email: mehdi.haadi1366@gmail.com



استناد داودی بیرق، حسین؛ هادی، مهدی (۱۴۰۵). مبانی و آثار اعمال اصل استماع دعوا. فصلنامه حقوق

اسلامی. ۲۳ (۸۹): ۱۸۲-۱۴۹

doi 10.22034/ilaw.2024.715460

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۲۶، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۳

چکیده

در این تحقیق با استفاده از روش توصیفی-تحلیل، استفاده از کتب حقوقی و با نگاهی به رویه قضایی، تلاش شده تا مبانی اصل استماع دعوا و آثار اعمال این اصل بر مفاهیم و اشخاص دخیل در دعوا بررسی شود. بررسی این موارد کمک شایانی در شناخت جایگاه اصل استماع دعوا و چگونگی استفاده از آن خواهد داشت. فقهای امامیه به صورت قاطع از ضرورت استماع دعوا سخن گفته و تلاش کرده‌اند تا حد امکان دعاوی را استماع‌پذیر نمایند. درکنار مبنای فقهی، رعایت نظم عمومی، خواسته اجتماع، لزوم حفظ حاکمیت دولت، عقل و منشأ بر خواسته از حق بنیادین دادخواهی، مبانی حقوقی و اجتماعی اصل استماع دعوا هستند. اصل استماع دعوا به عنوان یک اصل دادرسی، بر قانون، رویه قضایی، نظرات دکترین، جامعه، دادرس و اطراف دعوا تأثیر مستقیم و غیر قابل انکاری دارد.

واژگان کلیدی

آثار دعوا، ترمیم دادرسی، قرار عدم استماع دعوا، ایراد شکلی، اصل استماع دعوا.



مقاله

اصل ۱۵۶ قانون اساسی فلسفه وجودی قوه قضائیه را «... پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت ...» دانسته است. به نظر می‌رسد پشتیبانی از حقوق فردی و اجتماع نیز با هدف دستیابی به عدالت مد نظر بوده است. بعد از یک نگاه کوتاه به اصل مزبور به ذهن خطور می‌نماید که عدالت چیست؟ صاحب‌نظران عدالت را به دو گونه عدالت روئیه‌ای و توزیعی تقسیم کرده‌اند. عدالت توزیعی را منفعت به‌دست آمده فرد در مقابل آورده او می‌دانند و عدالت روئیه‌ای را به دو جنبه ساختاری و اجتماعی تقسیم کرده‌اند. جنبه ساختاری عدالت روئیه‌ای به چگونگی اخذ تصمیم برای منصفانه‌بودن آن می‌پردازد و جنبه اجتماعی عدالت روئیه‌ای به بررسی روابط فی مابین اشخاص حاضر در جامعه می‌پردازد (هزارجریبی، ۱۳۹۰، ص ۵۳). به روشنی می‌توان دید که مفهوم عدالت آنچنان روشن و در دسترس نیست تا متولی احقاق آن را بتوان مشخص کرد؛ از همین رو آنچه در اصل پیش‌گفته بیان شده بسیار انتزاعی است. درواقع بیشتر حوزه‌های اعمال عدالت اساساً از دایره وظیفه قوه قضائیه خارج است. تا زمانی که جرمی محقق نشده یا دعوایی مطرح نگردیده و نیز مورد از امور حسبی نباشد، چگونه قوه قضائیه در روابط اشخاص می‌تواند دخالت کرده؟ یا به عدم توازن عرفی وقت و سرمایه اختصاص یافته توسط یک شخص در مقابل عایدی آن تصمیمی اخذ نماید؟ البته چنین نیست که عبارت مذکور در اصل ۱۵۶ کاملاً لغو باشد. قوه قضائیه می‌تواند در دستیابی به یک عدالت عرفی بسیار مثرثمر باشد اما باید ابتدا به این تناقض مهم پاسخ دهد که اعمال اصل استماع دعوا تا کجا موجب خروج دادگاه از عدالت عرفی مد نظر اصل مزبور نمی‌شود؟ از یک سو اعمال این اصل به معنای پذیرش حداکثری دعاوی و پرهیز از رد شکلی دعاوی و توجه به مفهومی به نام اصل ترمیم دادرسی است. این امر فی‌نفسه موجب افزایش احساس جاری‌بودن

عدالت در جامعه خواهد شد، که از آن به عنوان یکی از شاخصه‌های اصلی رفاه اجتماعی در دنیای امروز یاد می‌شود (همان، ص ۴۲). از سوی دیگر استماع حداکثری دعاوی مطلق نیست و منافع و حقوق خواننده، لزوم رعایت قواعد شکلی و رعایت بی‌طرفی دادرس در رسیدگی، عواملی محدودکننده در اعمال اصل استماع دعوا هستند. برای یافتن پاسخ باید ابتدا اصل استماع دعوا را به خوبی شناخت. این تحقیق در پی یافتن مبانی موجه اصل استماع دعوا و نیز آثار اعمال این اصل بر مفاهیم و اشخاص اطراف دعواست. به نظر می‌رسد هم فقه امامیه و هم لزوم حفظ نظم عمومی وجود این اصل را توجیه می‌کنند. اعمال اصل مذکور نیز بر دادرسی و تفسیر قوانین موضوعه شکلی تأثیرگذار باشد. به هر حال هر چه شناخت عمیق‌تری از مفهوم اصل استماع دعوا به دست آید، بهتر می‌توان حدود اعمال این اصل را در جهت دست یافتن به عدالت تبیین کرد. در این تحقیق با بهره‌گیری منابع فقهی، حقوقی و علوم اجتماعی تلاش شده مبانی و آثار اعمال اصل استماع دعوا بررسی شود.

در ادامه ابتدا با مفهوم اصل ضرورت استماع دعوا آشنا شده و سپس مبانی فقهی، حقوقی و اجتماعی آن را خواهیم شناخت. در نهایت نیز آثار اعمال اصل مزبور واکاوی می‌گردد.

۱. اصل استماع دعوا

منظور از اصل استماع دعوا این است که «باید با راهکارهای مناسب و رعایت تشریفات دعاوی اشخاص را استماع و رسیدگی نمود تا اجرای عدالت در کمترین زمان ممکن میسر و اعتماد مردم به دستگاه قضایی افزایش یابد.» (سربازیان و سیاوش‌پور، ۱۳۹۸، ص ۶۶). دادرسی دانی مخالف وجود اصلی به نام اصل استماع دعواست (السان و محمودی، ۱۳۹۷، ص ۴۷۵) و دلیل استدلال خود را عدم صراحت قانون در وجود چنین اصلی در

دادرسی عنوان نموده است. به نظر چنین استدلالی صحیح نمی‌باشد؛ چراکه اولاً ضرورت استماع دعوا در قوانین اساسی برخی از کشورها^۱ و اسناد بین‌المللی به صراحت مورد اشاره قرار گرفته است (کاپلتی و جی گارث، ۱۳۹۸، ص ۲۳۲). دوما حتی عدم اشاره قوانین پیش‌گفته نیز تأثیر در شناخت ضرورت استماع دعوا به عنوان اصل حقوقی نخواهد داشت؛ چراکه استماع دعوا یک حق بنیادی برای آحاد مردم به‌شمار می‌رود و معیارهای دعوا باید به سود اصل حق تفسیر شوند تا حقوق بنیادین محدود نشود (خدابخشی، ۱۳۸۷، ص ۳۰۱) اصل ۳۴ قانون اساسی نیز برخاسته از همین حق است و عدم اشاره صریح قانونگذار به اصل مزبور را نیز باید به دلیل بدیهی تلقی نمودن وجود چنین اصلی در دادرسی دانست. استدلال فوق را قید عبارت «حکم» در اصول متعدد از جمله اصل ۳۴ قانون اساسی و قسمت اخیر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی تقویت می‌نماید. با عنایت به وظیفه ذاتی دادگاه در رسیدگی ماهوی به دعوا و فصل خصومت (عباسی لاهیجی، ۱۴۰۰، ص ۳۱)، از میان حکم، قرار و دستور قضایی، تنها حکم ابزار رسیدن به این هدف است (میرزائزاد بروجنی و فرحزادی، ۱۴۰۰، ص ۳۲) و صدور آن نیز در فرض استماع دعوا میسر است. سوما ویژگی‌هایی برای یک اصل حقوقی برشمرده شده که عبارت‌اند از، نمایندگی ارزش‌های حاکم بر نظام حقوقی، کلی بودن، دائمی بودن، انتزاعی بودن (صادقی، ۱۳۹۴، ص ۳۲-۴۲)، پویایی (محمودی کردی، ۱۳۹۷، ص ۳۳۴)، مبنابودن برای حقوق موضوعی، ثبوتی بودن، قابل استنباط بودن توسط عقل مستقل (حیاتی، ۱۳۹۷، ص ۳۲-۳۳) و راهگشایبودن برای قضاوت. وجود تمام این ویژگی‌ها در یک اصل حقوقی مقدور نیست و به فراخور حال هریک از اصول حقوقی دارای برخی از این ویژگی‌ها هستند؛ برای مثال ویژگی کلی بودن با نمایندگی از ارزش‌های نظام حقوقی حاکم بر

۱. از جمله ۱ ماده ۱۰۳ قانون اساسی آلمان (هرکس که به نزد دادگاه آمده باید سخنش برابر قانون شنیده شود). بند ۲ ماده ۲۴ قانون اساسی ایتالیا (هرکس حق غیرقابل تخطی دارد برای دفاع از خود در هر مقطع و مرحله از فرایند رسیدگی قضایی)؛ ماده ۲۰ قانون اساسی یونان.

جامعه، در منافات است. کلی بودن خود به تعبیری به معنای مشترک بودن در تمام نظام‌های حقوقی به کار می‌رود (صادقی، ۱۳۹۴، ص ۳۳) اما نمایندگی از ارزش‌های جامعه محدود در مرزهای سیاسی یا فرهنگی جامعه است. ضرورت استماع دعوا به جهت اینکه یک اصل دادرسی بوده و مربوط به ماهیت امر نمی‌گردد، از ویژگی ثبوتی بودن، خارج است، همچنین از این باب که یک اصل فراسرزمینی است، محدود به نمایندگی از ارزش‌های جامعه ایرانی نیست. به غیر از این دو ویژگی، سایر ویژگی‌های یک اصل حقوقی در اصل استماع دعوا موجود است؛ بنابراین همین اندازه که بتوان اختلاف در یک امر حقوقی را به عنوان یک دعوا شناسایی کرد باید آن را قابل استماع دانسته (نهرینی، ۱۴۰۰، ص ۴۸۴) و وجود اصلی به نام ضرورت استماع دعوا را پذیرفت (داودی بیرق و آرمیون، ۱۴۰۱، ص ۷۱۸).

۲. مبانی اصل استماع دعوا

دانستیم ضرورت استماع دعوا یک اصل حقوقی است. هم اکنون به بررسی مبانی موجه این اصل می‌پردازیم.

۲-۱. مبانی فقهی اصل استماع دعوا

در فقه امامیه اشاراتی بر اصل استماع دعوا وجود دارد. آیت الله رشتی با بکاربردن عبارت «دعواه دعوی ملزمه یجب سماعها» تلویحا به این اصل اشاره کرده است (رشتی، ۱۴۰۱، ص ۲۳۸) دیگر فقها نیز عبارتی مشابه بیان کرده‌اند (عاملی، ۱۳۹۷، ص ۱۶). شاید به ذهن خطور نماید که منظور از «قابل استماع بودن» ایجاد التزام برای قاضی در رسیدگی به دعوا نیست، بلکه توجه به خود دعوا داشته و طرح دعوا را صحیح می‌داند، حال اگر قاضی تمایل به رسیدگی داشته باشد، وارد رسیدگی خواهد شد، اما چنین استدلالی لغو است؛ از جمله دلایلی که مربوط به وجوب رسیدگی و استماع دعوا می‌باشد و در منابع اولیه مورد اشاره قرار گرفته است. آیات ۴۲ و ۴۸

سوره مائده و ۲۴ سوره صاست. در این آیات می‌توان ضرورت حکم کردن بین مردم، فصل خصومت، استماع دادخواهی و رسیدگی را مشاهده کرد. از این رو در فقه امامیه، اصل بر قابل استماع بودن دعواست (هرمزی، ۱۳۹۴، ص ۱۸) و این استماع امری واجب است (سلار، ۱۴۰۴، ص ۲۳) بسیاری از فقها برای قابل استماع بودن دعوا وجود شرایطی از جمله داشتن اهلیت (محقق حلی، ۱۴۱۱، ص ۳۴۷)، وجود اختلاف و تنازع (آشتیانی، ۱۴۲۵، ص ۳۳۸)، مجهول نبودن دعوا به طور مطلق (رشتی، ۱۴۰۱، ص ۱۵۲) یا با استثنا (عاملی جزینی، ۱۴۱۷، ص ۸۴) را لازم دانسته و بحث‌هایی در مورد قابلیت استماع دعوی ضمنی و احتمالی را مطرح کرده‌اند (ر.ک: مؤذنی و کیخا، ۱۴۰۰، ص ۱۷۵-۱۹۴). طرح این مسائل نه تنها به معنی اعتقاد به عدم ضرورت استماع دعوا نیست، بلکه نشان‌دهنده اعتقاد بر ضرورت استماع دعوا و تلاش ایشان برای فراهم کردن شرایط استماع‌پذیری دعواست.

در کنار صراحت کلام فقها، می‌توان از قاعده فقهی «ضرورت حفظ نظام» نیز ضرورت استماع دعوا را احراز نمود. عبارت «نظام» در کلام فقها به سه مفهوم بیان شده است. اول در معنای سامان داشتن امور معیشتی و زندگی مردم (خمینی، ۱۳۷۹، ص ۶۱۹/ نجفی، ۱۴۰۲، ص ۴۰۴) دوم در مفهوم حفظ کشور اسلامی استفاده شده (نائینی، ۱۴۲۴، ص ۳۹-۴۰) و سوم به حفظ حکومت اسلامی تعبیر کرده‌اند (خمینی، ۱۴۲۲، ص ۵۱۰). در اینکه قاعده مزبور شامل حفظ حکومت اسلامی می‌گردد یا خیر اتفاق نظر وجود ندارد. برخی موافق شمول قاعده بر حفظ حاکمیت اسلامی هستند (حسن‌زاده، محمدزاده، رازانی و مطلبی، ۱۴۰۰، ص ۱۵۴) و گروهی دیگر معتقد هستند که «کاربرد «نظام» به معنای حکومت، محدود به شماری از فقهای معاصر است. افزون‌براین بررسی کاربرد این واژه توسط فقها و قرائین لفظی و غیرلفظی و سیاق و محل کلام، به‌خوبی نشان می‌دهد که اصالت نظام سیاسی منظور ایشان نبوده است» (باقی‌زاده و امیدی‌فرد، ۱۳۹۳، ص ۱۷۵)

اما همه در اینکه قاعده مزبور شامل معیشت، زندگی و آرامش و آزادی مردم جامعه می‌گردد هم نظر هستند (نوبهار، ۱۳۹۸، ص ۴۵) (ملک‌افضلی اردکانی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۱). لازمه حفظ نظم و آرامش اجتماعی بی‌تردید در گروی استماع دعاوی مطروحه و رفع خصومت‌های اشخاص خواهد بود؛ بنابراین از منظر فقه امامیه، دعاوی که دارای شرایط لازم است، باید استماع شود (عاملی جزینی، ۱۳۹۷، ص ۸۴).

۲-۲. مبانی حقوقی و اجتماعی اصل استماع دعوا

در کنار مبانی فقهی اصل استماع دعوا دارای مبانی حقوقی و اجتماعی است. صاحب‌نظران در بررسی مبانی حقوقی و اجتماعی تلاش کمتری داشته‌اند و بیشتر مبانی فقهی اصل استماع دعوا بررسی شده است. در ادامه به بررسی این مبانی پرداخته می‌شود.

۲-۲-۱. دادخواهی حقی بنیادین برای اشخاص

«تمامی حقوق و آزادی‌هایی را که وجود آنها موجب پایداری و نبود آنها موجب از هم گسیختگی فردیت انسانی می‌شود» را حقوق بنیادین نامیده‌اند (گرچی، ۱۳۸۳، ص ۱۴) جایگاه این حقوق بدان اندازه رفیع است که بسیاری از صاحب‌نظران در جنبه بین‌المللی آن را جزء قواعد آمره حقوق بین‌الملل محسوب کرده (جلالی و حنیف، ۱۴۰۱، ص ۲۳۱) و در جنبه داخلی ابزاری برای تحدید قدرت دولت در مقابل مردم می‌دانند (حاجی‌پور، ۱۳۹۶، ص ۴۲) یکی از بارزترین مصادیق حقوق بنیادین، حق دادخواهی است. در کنار اصل ۳۴ قانون اساسی، ماده ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بند ب ماده ۱۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر از جمله قوانین بین‌المللی هستند که به وجود چنین حقی اشاره کرده‌اند (محسنی، ۱۳۹۶، ص ۵۳۳). ضمانت اجرای پذیرش حق دادخواهی به عنوان یک حق بنیادین موجب ایجاد وظیفه‌ای به نام استماع دعوا اشخاص توسط حاکمیت خواهد بود؛

چراکه دولتها ملزم به رعایت کرامت اشخاص و رعایت حقوق انسانی آنهاست (ساجدی، ۱۳۹۵، ص ۴۹) و دادخواهی به عنوان یکی از ابتدائی ترین و درعین حال مهم ترین حقوق اشخاص جامعه نقشی غیر قابل انکار در تضمین دیگر حقوق فردی و اجتماعی ایشان، خواهد داشت (امینی، ۱۳۹۸، ص ۴۹)؛ از همین رو حق دادخواهی تنها در صورتی غیر قابل خدشه خواهد بود که استماع حداکثری دعوا یک ضرورت دانسته شود.

۲-۲-۲. حفظ نظم عمومی جامعه

به باور ارسطو انسان واقعی باید شهروندی فعال در جامعه باشد (فلاح زاده، ۱۳۸۶، ص ۴۹) چراکه شهروندان عناصر تشکیل دهنده جامعه محسوب می شوند. ازسویی پویایی جامعه درگروی فعالیت و تلاش آنهاست و ازسوی دیگر «اگر در شبکه وسیع روابط اجتماعی، هنجارها رعایت نشود، زندگی اجتماعی مختل و جامعه عملاً فلج خواهد شد» (فیروزجائیان گلوگاه و مجیدی، ۱۳۹۷، ص ۲)؛ لذا مفهومی به نام نظم عمومی اهمیت خود را نشان می دهد. در تعریف نظم عمومی گفته شده «نظم اعتباری ناشی از قواعد و مقررات حقوق موضوعه که وابسته به یک سلسله اصول و احکام راجع به هیأت اجتماعی است؛ به گونه ای که اگر آن اصول و افکار از بین برود، مصداقی برای نظم عمومی وجود نخواهد داشت» (موسوی مجاب، ۱۳۹۸، ص ۹)؛ از همین رو نظم عمومی ایجادکننده صلح درونی در یک جامعه سیاسی است و بدون آن اساساً تشکیل جامعه سیاسی امکان پذیر نیست (گرچی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۳). «بی نظمی اجتماعی می تواند فرسایش ارزشها و هنجارهای جامعه و همچنین برهم ریختگی ظاهر محیط را منجر شود» (فیروزجائیان گلوگاه و مجیدی، ۱۳۹۷، ص ۱۴). دولت از روش در حفظ نظم عمومی گام بر میدارد اول با دخالت در قراردادهای اشخاص مانند قرارداد کار از طریق تصویب قوانین (کرمی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۴-۱۱۵) و دوم از طریق استماع دعوا و رفع تنازع میان اشخاص حاضر در جامع. اگر اختلافات شخصی در

جامعه رفع نگردد بی گمان هر شخص اقدام به استیفای حق مورد ادعای خویش بر خواهد آمد و این امر موجب از میان رفتن نظم عمومی و اخلال عمده در پویایی اجتماع خواهد داشت.

۲-۲-۳. حفظ جایگاه حاکمیتی دولت

دولت به معنای اعم شامل تمام سازمان‌های اداری، قضایی و قانونگذاری است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۴۵-۴۷) حکمرانی دولت مربوط به نحوه تعامل دولت با شهروندان است (صمدزاده، گوهریان و اصغری، ۱۴۰۱، ص ۲۹۴) لذا شأن دولت حفظ و ارتقاء این رابط و تعامل می‌باشد. در کنار وظایف قانونگذاری و حاکمیتی دولت، قانون اساسی در اصول ۱۵۶ الی ۱۷۴ به وظایف قضایی دولت تصریح کرده است. سؤال در این است که آیا بدون تصریح قانون اساسی نیز می‌توان شأن دولت در رسیدگی به دعاوی را احراز کرد؟ ابن خلدون وجود دولت را به دلیل انتظام بخشی به جامعه لازم می‌داند (موسوی، ۱۳۹۰، ص ۱۹۰) اما باید توجه داشت که این رابطه یک سویه نیست بلکه مردم نیز به نوبه خود در ایجاد یک دولت قدرتمند سهیم هستند (عباسی شاهکوه، ۱۳۹۸، ص ۱۰۱). در کنار دیگر مؤلفه‌ها، رجوع به دولت برای رفع تنازع موجب تقویت دولت و کاراتر شدن آن خواهد شد. شاید به همین دلیل شهید ثانی کسی که برای دادخواهی رجوع به قضاوت جور رجوع کند را فاسق و گناه کار می‌داند (عاملی جبعی، ۱۳۹۶، ص ۱۴۳)؛ بر همین اساس استماع دعوا توسط دولت از دو جنبه موجب تقویت حاکمیت دولت خواهد شد و بدون تصریح قانونگذار نیز این وظیفه و حق برای دولت مفروض است. اول رجوع مردم به دولت نوعی اعطای مشروعیت و به رسمیت شناختن آن است دوم با رجوع به دولت و رفع تنازع ناهنجاری‌های اجتماعی و درگیری‌های فی ما بین اشخاص کاهش می‌یابد که موجب کاهش اقدامات دولت برای جلوگیری از گسترش این ناهنجاری‌ها خواهد شد. هر دو این موارد درگرو پذیرش و اعمال اصل استماع دعوا محقق خواهد شد.

قانون اساسی در اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ و بند ۱ اصل ۱۵۶ از عبارت حکم استفاده کرده است. مبنای این الزام با مبنای اصل ۳۴ متفاوت است. اصل ۳۴ در فصل مربوط به حقوق ملت قرار داشته و گویای حق طرح دعوا، برای تمام اشخاص جامعه است، اما اصول مربوط به وظایف قوه قضائیه، به وظیفه دولت در استماع دعوا نظر دارد. این اصول به تنهایی بر حق اشخاص در رجوع به دولت برای استماع دعوا و وظیفه دولت در استماع این دعاوی اشاره نموده و فاقد الزامی برای اشخاص در مراجعه به دولت می باشد؛ از همین رو اصل ۱۵۹ قانون اساسی مقرر گردید تا اشخاص در شروع دعوا مختار باشند اما در مرجع تظلم خواهی فاقد چنین اختیاری گردند و از این رهگذر جایگاه و شان حاکمیتی دولت حفظ و ارتقاء یابد.

۲-۲-۴. ادراک عقلی

«بنیادگرایی فلسفی غرب، از عقل تعریفی ارائه می دهد مبنی بر اینکه، می توان به بغرنج ترین مسائل پاسخی ورای زمان و مکان ارئه داد» (خبازی کناری، ۱۳۹۸، ص ۱۲۸) دل وکیو (۱۳۹۱)، سرچشمه اصول حقوقی را طبیعت اشیا می داند و عقل را وسیله استخراج این اصول محسوب می کند (صادقی، ۱۳۹۴، ص ۸۹) و جزء مستقلات عقلی محسوب می شود (میرزایی، ۱۴۰۰، ص ۳۱۴). این عبارت که «اگر عقل را از قانون جدا کنیم، دیگر قانون وجود ندارد بلکه با غول های قوانین مواجه می شویم» (دل وکیو، ۱۳۳۸، ص ۲۵۵). گویای این امر است که به چه اندازه وجود و استمرار اصول حقوق و از جمله آن اصل استماع دعوا با عقلانیت گره خورده است. در اصول فقه با وجود اینکه فقها بابی به نام مستقلات عقلی را مطرح و به بررسی آن پرداخته اند اما هیچ گاه عقل را در کنار قرآن، سنت و اجماع قرار نمی دهند؛ از همین رو دامنه استدلال فقهی به حکم عقل محدود و نادر است (مطلبی و جمشیدی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۳) اما در مقابل اصول حقوقی رابطه ای نزدیک با عقل بشری دارند (حیاتی، ۱۳۹۷، ص ۲۱) اصل استماع دعوا

نیز از این قاعده کلی تبعیت می‌نماید. عقل حکم می‌نماید که دعوا توسط مرجعی صالح و مورد پذیرش طرفین دعوا، استماع گردد. عدم استماع دعوا به معنا بقای خصومت طرفین دعواست. انباشت این خصومت‌های فردی، از یک‌سو موجب اختلال در جامعه شده و از سوی دیگر حق فردی طرفین دعوا در حل خصومت خویش توسط دولت، بی‌پاسخ خواهد گذاشت.

۲-۲-۵. خواسته اجتماع در لزوم پذیرش اصل استماع دعوا

از دیدگاه افرادی که حقوق را از پنجره علوم اجتماعی می‌نگرند، خواسته اجتماعی می‌تواند باعث ایجاد اصول حقوقی گردد (لوی برول، ۱۳۸۸، ص ۷۰)؛ چرا که معتقد هستند «حقوق به مثابه تابعی از اجتماع همپای تحولات اجتماعی توسعه و تکامل می‌یابد» (دل وکیو، ۱۳۳۸، ص ۴). به همین دلیل گفته شده است، اصول «بهتر از قوانین، ترجمان تمنیات و خواسته‌های عمیق آن جماعت است» (لوی برول، ۱۳۸۸، ص ۱۷). «از نظر هابز حکمران درباره همه مسایل عمومی دارای اختیارات قضاوت است؛ یعنی حق استماع دعاوی طرف‌های دعوا و صدور رأی را دارد» (سبزه‌ای، ۱۳۸۶، ص ۷۶) در واقع به عقیده وی تنها یک قرارداد در اجتماع وجود دارد و آن قراردادی است که مردم با یکدیگر منعقد کرده‌اند تا دولتی بر جامعه حاکم شود و از همین رهگذر دولت را طرف قرارداد جامعه نمی‌داند بلکه محصول این قرارداد تلقی می‌کند (همان، ص ۷۵). اراده جامعه بر این است که دولت بر امور جامعه حاکم باشد و به تنظیم ملزومات اجتماعی از جمله رفع تنازعات حادث شده بپردازد. جنبه دیگر این خواسته را امکان طرح دعوا اشخاص علیه دولت می‌توان دانست. برای قرن‌های متمادی نظام حاکم بر سرزمین‌هایی که امروزه به نام کشور ایران می‌شناسیم، یک نظام سلطنت مطلقه بود (اکبری لایمی، ۱۳۹۵، ص ۶۸). در این نظام حاکمیت، وضع قوانین و اجرای آن در اختیار پادشاه قرار داشت (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۴۷-۴۸). در گام نخست جهت برون رفت از این مشکل تفکیک قوا امری ضروری به نظر می‌رسید که در اصل ۲۷ متمم قانون

اساسی بعد از انقلاب مشروطه مورد توجه قرار گرفت (مرادخانی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۴). با تصویب اصل مزبور راه برای بحث در مورد امکان مسئولیت دولت در برابر شخص متضرر فراهم گردید. به دلیل اینکه وقتی تمام قدرت از جمله قوه قضائیه در یک شخص حقیقی یا حقوقی اعم از دولت یا پادشاه جمع باشد، دادخواهی از شخصی که خود تضییع کننده حق بوده است، لغو به نظر می‌رسد؛ لذا تا پیش از آن، اصل این مسئولیت مورد پذیرش نبود. این امر آنچنان بدیهی به نظر می‌رسید که مظفرالدین شاه در دستخط ارسالی خود به مجلس اول اعلام می‌دارد: «در تمامی دول مشروطه دو قوه است یکی قوه قانونیه و یکی قوه اجرائیه و رفع اغتشاش را در تمام دنیا در این دیدند که این دو قوه از هم جدا باشند.» (مرادخانی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۴) و هیچ اشاره‌ای به قوه قضائیه نمی‌نماید. امروزه دولت علاوه بر مسئولیت در برابر اعمال و تصمیمات مراجع اجرائی در مورد اعمال و تصمیمات مراجع قضائی و تقنینی نیز مسئول است (شهینایی، ۱۳۹۲، ص ۸۸/ زرگوش، ۱۳۸۸، ص ۳۳). بی‌شک آنچه در تحقق این مهم تأثیر بسزایی داشته، خواسته مردم بوده است. این خواسته جمعی موجب استماع‌پذیری دعاوی اشخاص بر علیه دولت گردیده است. همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، یکی از معیارهای شناسایی اصول حقوقی، ناشی از ارزش‌های اجتماعی بودن آن اصل است. خواسته جامعه در واقع تجلی همان ارزشی است که در جامعه، مبنی بر لزوم مسئولیت‌پذیری دولت، وجود دارد.

۳. آثار اصل استماع دعوا

اصل استماع دعوا را باید از استماع دعوا متمایز نمود. اعمال این اصل بر خلاف نامی که بر آن نهاده‌اند تنها محدود در مرحله دادرسی نیست؛ از همین رو اثر توجه به این اصل و اعمال آن را باید در مفاهیم گسترده‌تر از دادرسی جست‌وجو کرد. در واقع اصل مزبور بر قانونگذاری، رویه قضایی، دیدگاه دکتین، دادرس، طرفین دعوا، کارکرد دولت تأثیرگذار است و عدم

اعمال آن موجب تشکیل معیاری ناصحیح در ارزیابی جامعه می‌شود. در ادامه با این مباحث بیشتر آشنا خواهیم شد.

۳-۱. تأثیر اصل استماع دعوا بر قانونگذار

اصول ۷۱ و ۷۳ قانون اساسی تصویب قوانین عادی و تفسیر این قوانین را در صلاحیت مجلس شورای اسلامی قرار داده است. با وجود اینکه «عام بودن» یکی از ویژگی‌های قانون محسوب می‌شود (رستمی و حسینی‌پور اردکانی، ۱۳۹۲، ص ۳۱)، اما در عمل قوانین نیز به جهت کارکرد غیر انتزاعی نمی‌توانند شامل نص صریحی برای تمام وقایع باشند (فاطمی، ۱۳۹۴، ص ۲۳) از همین رو تفسیر قانون امری اجتناب ناپذیر است (صادقی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۱). اصول حقوقی از جمله اصل استماع دعوا یکی از ابزارهای مفسرین قانون خواهد بود.^۱ به غیر از این مرحله اصل استماع دعوا را در دو مرحله دیگر می‌تواند موثر در قانون باشد. اول، مرحله تولید قانون است. از یک سو اصل استماع دعوا مانع از تولید قانونی مغایر با این اصل می‌گردد؛ لذا قانونگذار نمی‌تواند قانونی تصویب نماید که عامه مردم را از حق طرح دعوا منع نماید^۲ و از سوی دیگر قانونگذار باید از این اصل در تصویب قوانین کارا بهره‌گیرد^۳. دوم مرحله توزیع قانون، بدین شرح که لازمه رعایت اصل استماع دعوا آشنایی اشخاص جامعه با حقوق و تکالیف خود است و این امر محقق نمی‌گردد مگر با نگارش قانون به زبانی عامه فهم و در دسترس قرارداد آن (الماسی و حبیبی درگاه، ۱۳۹۰، ص ۱۸۷/ خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹، ص ۶۸).

۱. استفساریه صادره از مجلس شورای اسلامی در مورد شمول ماده ۵۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی بر هزینه‌های شورای حل اختلاف از این جمله است.

۲. شورای نگهبان در نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۲۴۳۱ مورخ ۱۳۹۰/۳/۴ به دلیل اینکه اطلاق جزء (۱) بند ب ماده (۱) لایحه تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۱/۳۰ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی مغایر اصل ۳۴ شناخت از تصویب آن خودداری نمود. نک: سامانه جامع نظرات شورای نگهبان

۳. ماده واحده طرح الحاق ماده (۸۴ مکرر) به قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) نمونه‌ای از تأثیر اصل استماع دعوا در تصویب قوانین است.

۳-۲. تأثیر اصل استماع دعوا بر رویه قضایی

پیش‌تر بیان شد که نص قوانین مصوب، نمی‌تواند به‌تنهایی پاسخ‌گوی همه مسائل و مشکلات قضایی مردم باشد در این شرایط رویه قضائی باید از اصولی که مسام حقوقی که در نصوص قانون بیان نشده استفاده کند (فیاض‌بخش، عسگرخانی و میرعباسی، ۱۳۹۷، ص ۲۷۸) چراکه این اصول نیز یکی از مبانی حکم مرجع قضایی محسوب می‌شود (صادقی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۰).

رویه قضایی را به دو بخش رویه قضایی به‌معنای عام و خاص تقسیم می‌نمایند. آرای صادره از محاکم دادگستری را رویه عام قضایی و آرای وحدت رویه را رویه خاص قضایی تعبیر کرده‌اند (اسلامی‌پناه، ۱۳۹۷، ص ۲۴۴-۲۵۰) در رویه قضایی عام باید به اصل ۱۶۷ قانون اساسی توجه کرد. اصل مزبور در موارد اجمال و نبود قانون، دادرس را ملزم به رجوع به منابع معتبر فقهی و اصول حقوقی دانسته است. در بسیاری از موارد خود فتاوا معتبر، دارای تعارضات با یکدیگر هستند اما درعین حال به اعتبار فقهی که این فتاوا را صادر نموده ممکن است هردو فتاوا از منابع مسلم فقهی محسوب شوند در این شرایط نه‌تنها گره مشکل تعیین تکلیف دادرس در رسیدگی باز نشد بلکه گره کوری بر گره قبلی افزوده شد. از این باب اصول حقوقی می‌توانند جهت‌دهنده رویه قضایی باشند. درواقع ایجاد و حفظ وحدت در رویه قضایی ایجاب می‌کند که قضات فتوایی را که مطابق اصول حقوقی است، انتخاب نمایند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۳۶۶)؛ برای نمونه شعبه ۱۳ تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۸۴۱۱/۹۱، تأیید دعوا توسط قانون را بر لزوم استماع دعوا لازم دانسته، اما بر پایه اصل استماع دعوا، همین اندازه که اختلافی واجد تعریف دعوا بوده و مخالف قانون نباشد باید استماع گردد (نهرینی، ۱۴۰۰، ص ۴۸۴)؛ لذا آنچه موجب عدم تبدیل چنین

۱. دادگاه چنین استدلال کرده که، قانونگذار تنها دعوی تنفیذ وصیت نامه عادی را پذیرفته؛ بنابراین دادگاه در مورد دعوی تنفیذ سایر اسناد عادی تکلیفی به رسیدگی ندارد (معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری کل استان تهران، ۱۴۰۱، ص ۱۶۵).

استدلالی به یک رویه عام قضایی شده است وجود اصل استماع دعواست. تأثیر دیگر اعمال اصل استماع دعوا بر رویه قضایی را می‌توان در تأثیر این اصل بر دیگر اصول دادرسی مشاهده کرد. نمونه بارز این تأثیر را می‌توان در اصل سرعت در رسیدگی دید. سرعت در احقاق حق، یکی از شاخصه‌های ارزیابی عدالت است (مافی و افشار ونگینی، ۱۴۰۱، ص ۱۶۴). از این جهت این دو اصل دارای مبنای واحدی هستند. ارتباط این دو اصل به حدی است که می‌توان گفت عدم رعایت اصل سرعت در رسیدگی، مترادف با عدم استماع دعوا است؛ چراکه اولاً تأخیر ممکن است صحت یک تصمیم را زیر سؤال ببرد. ثانیاً گذشت زمان رعایت برابری حقوق متداعیین از سوی دادگاه را منتفی می‌سازد (Zuckerman, 1999, pp.6-7) و این نتایج همان نتایجی است که از عدم استماع دعوا حاصل می‌شود. در کنار رویه عام قضایی اصل استماع دعوا بر رویه قضایی به معنای خاص نیز تأثیرگذار است. دیوان عالی کشور در هنگام صدور رأی وحدت رویه اصول حقوقی و از جمله اصل استماع دعوا را از ذهن دور نمی‌دارد. آرای وحدت رویه شماره ۷۹۲، ۸۰۱ و ۸۳۲ از جمله مواردی است که هیئت عمومی دیوان عالی کشور اصل استماع دعوا را در نظر داشته است و با استناد به این اصل آرای وحدت رویه مزبور را صادر نموده است.

۳-۳. تأثیر اصل استماع دعوا بر دیدگاه دکترین

نظر شخصی حقوق دانان در مورد مسائل حقوقی را دکترین گویند؛ از همین رو تعداد نظرات در تحقق دکترین در علم حقوق تأثیر در اعتبار آن ندارد در حالی که در فقه تعداد صاحب نظران موافق یک موضوع در اعتبار و حجیت آن موثر است و از آن به اجماع تعبیر می‌کنند (اسلام‌پناه، ۱۳۹۹، ص ۱۱) در نگاه اول چنین به ذهن می‌رسد که اصل استماع دعوا خود مخلوق نظریات دکترین می‌باشد (روویه، ۱۳۷۵، ص ۵۷)، اما نباید از یاد برد که این اصل ناشی از یک حق بنیادین، به نام حق دادخواهی است. در واقع

نقش دکترین کمک به کشف اصول (فیاض بخش، عسگرخانی و میرعباسی، ۱۳۹۷، ص ۲۷۸)، حدود اعمال و ضمانت اجرای نقض آن است. هیچ گاه نظریه دکترین حقوق، نمی تواند حق دادخواهی و به طبع آن اصل استماع دعوا را انکار کند، اما عکس این مسئله درست نیست و اصل استماع دعوا می تواند بر نظرات دکترین موثر باشد. از یک منظر وظیفه دکترین، فرضیه سازی، نظریه پردازی، نقد و پیشنهاد (اسلامی پناه، ۱۳۹۹، ص ۱۰-۱۱) و هدف ایشان، دستیابی به عدالت است (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ص ۱۰). کارکرد ملموس انجام این وظیفه را می توان در کمک به وضع قوانین، تفسیر قوانین مصوب و نقد آرای دادگاه ها مشاهده کرد. دکترین با طرح مباحث علمی به طور کلی موجب نهادینه شدن، وضع قوانین کارآمد، روش نقد و استدلال صحیح قوانین و آرا، قانونمند کردن رسیدگی ها، اصلاح رویه قضایی، ارتقای نظام حقوقی و برقراری عدالت می شوند (اسلام پناه، ۱۳۹۹، ص ۱۱-۱۶). در این مسیر یکی از ابزارهای دکترین اصول حقوقی از جمله اصل استماع دعوا است؛ برای نمونه یکی از صاحب نظران با در نظر داشتن اصل استماع دعوا، رأی شعبه ۱۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران به شماره ۹۷۳ را که در آن دادرس خواسته خواهان مبنی بر مطالبه وجه التزام را تعدیل کرده را نادرست دانسته است (میرشکاری، ۱۴۰۰، ص ۱۶۰).

۳-۴. تأثیر اعمال اصل استماع دعوا بر جامعه

هنگامی که در جامعه میزان دعاوی مطروحه در دادگستری از استانداردهای عرفی موجود بالاتر رود، جامعه در معرض قضاوتی مبنی بر وجود فساد و بی قانونی گسترده هم در مراجع دولتی و هم در روابط افراد حاضر در جامعه قرار خواهد گرفت. این قضاوت می تواند در بلندمدت تأثیرات عمده ای در کاهش توریست پذیری و سرمایه گذاری خارجی بر جامعه داشته باشد؛ بر همین اساس راهکارهایی برای کاهش آمار دعاوی مطرح در محاکم، مانند طبقه بندی دعاوی، تخصیصی نمودن رسیدگی ها، استانداردسازی زمان

دادرسی، تشویق و تقویت شیوه‌های جایگزین حل اختلاف، پیشنهاد شده است (حبیبی درگاه، ۱۳۹۲، ص ۳۶)، اما به نظر نگارندگان اعمال اصل استماع دعوا، راهکاری حتی موثرتر از روش‌های عنوان شده قبلی خواهد بود. در بررسی‌های میدانی به‌روشنی مشخص است که آمار دعاوی مطروحه به میزان قابل توجهی به جهت رد دعوی به صورت شکلی و طرح چندین باره آنها در محاکم قضایی رشد می‌کند. استفاده از راهکارهای ترمیم دادرسی می‌تواند در رد شکلی دعاوی و به تبع آن کاهش آمار دعاوی تأثیر چشم‌گیری داشته باشد.

۳-۵. تأثیر اصل استماع دعوا بر دادرس

اعمال اصل استماع دعوا بر دادرس از سه منظر موثر است. اولاً دادرس حسب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ملزم به رسیدگی دعواست و تخلف از انجام این وظیفه، برای وی دارای ضمانت اجراهای کیفری و انتظامی می‌باشد.^۱ ثانیاً نتیجه عملی اعمال اصل استماع دعوا، امکان ترمیم دعاوی ناقص است. در صورتی که دادرس بدوی به جهت ایراد شکلی وارد بر دادخواست، دعاوی قابل ترمیمی را با صدور قرار قاطع دعوا رد نماید، دادنامه بدوی در مراجع عالی نقض خواهد شد یا دادنامه صادره مورد انتقاد صاحب‌نظران قرار خواهد گرفت (صادقی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۸). ثالثاً دادرس باید علاوه بر استماع دعوا، اقدام به تشکیل جلسه رسیدگی بدوی و اعطای فرصت دفاع به طرفین در مقابل ایرادات و ادعاها نماید (کاپلنتی و جی گارث، ۱۳۹۸، ص ۲۳۷-۲۳۹). در واقع استماع دعوا یک امر اداری و شکلی صرف نیست که به صرف پذیرش رسیدگی دادگاه در رسیدگی به دعوا محقق

۱. ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۵ ماده ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات. البته اثر اصل استماع دعوا بر دادرس در این خصوص مواجه با سه استثنا می‌باشد:

۱. چنانچه دادرس شامل موارد مصرح در مواد ۹۱ و ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی گردد.

۲. در صورتی که شرایط بند ۲ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی محقق گردد.

۳. حسب تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادرس مجتهد بوده و قانون را خلاف شرع تشخیص دهد.

شود بلکه باید لوازم این استماع نیز توسط دادگاه فراهم گردد. تشکیل جلسه، اعطای فرصت عرفی کافی برای دفاع از ادعای، فراهم نمودن امکان انتخاب وکیل، عدم عودت دعوا از واحد ارجاع دادگاه^۱، امکان دفاع شفاهی در کنار ارائه مطالب کتبی (کاپلتی و جی گارث، ۱۳۹۸، ص ۲۳۴-۲۳۹). همگی از لوازم استماع به معنای دقیق کلمه است. آرای متعدد صادره در رویه قضایی ایران کاملاً گویای این واقعیت است که دادرسی نمی‌تواند حتی باوجود ایرادات عمده شکلی بدون تشکیل جلسه رسیدگی، اقدام به صدور رأی کند (معاونت آموزش و تحقیقات دادگستری کل اصفهان، ۱۳۹۳، ص ۱۹۵/ معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۹۲، ص ۶۰-۶۱/ معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری کل استان تهران، ۱۳۹۹، ص ۶۰)؛ چراکه نظارت طرفین بر روند دادرسی و تحصیل دلیل خود از تضمینات رعایت اصل استماع دعواست.

۳-۶. اثر اصل استماع دعوا بر طرفین دعوا

مستقیم و بدیهی‌ترین اثر اصل استماع دعوا را بر طرفین دعوا باید جست‌وجو کرد. اعمال اصل استماع دعوا ازسویی، خواهان را که برای احقاق حق ادعایی خود طرح دعوا می‌نماید (محسنی، ۱۳۹۷، ص ۴۰۵)، در وضعیت لزوم اثبات ادعای مطرح شده قرار می‌دهد. این وضعیت تا بدانجا حساس است، که گفته شده، بدون وجود مدرک و توانایی در اثبات ادعا، مدعی نباید طرح دعوا نماید؛ چراکه موجب صدور حکم بر بی‌حقی و سقوط کامل حق احتمالی یا ادعایی وی می‌گردد (نهرینی، ۱۴۰۰، ص ۳۶۲). ازطرف دیگر، اعمال اصل مزبور، «خواننده را در فرایند دادرسی قرار داده،

۱. متأسفانه واحد ارجاع دادگاه‌ها در صورتی که دادخواستی را دارای ایراد شکلی بدانند آن را به خواهان دعوا جهت رفع ایراد عودت می‌نمایند. چنین عملی علاوه بر اینکه موجب خروج دادگاه از عدالت و بی‌طرفی می‌گردد و نوعی امداد به خواهان در طرح بهتر دعوا می‌باش، آشکارا مخالف آیین دادرسی مدنی هم از جهت نصوص متعدد آن و هم از منظر ویژگی این قانون در جلوگیری از خودکامگی دادرسی و نیز از جنبه فلسفه این قانون مبنی بر رسیدگی نظاممند و مشخص به دعاوی می‌باشد.

به گونه‌ای که به حقوق و تکالیف معین در رسیدگی ملتزم شود» (محسنی، ۱۳۹۳، ص ۵۵۵۲). حق طرفین دعوا به دریافت ابلاغ جلسه رسیدگی، تصویر دادخواست و ضمائم آن به زبان فارسی^۱ در آغاز فرایند دادرسی و دیگر مقاطع مربوط به آیین دادرسی، ارائه دلیل و به مناقشه کشیدن دلیل طرف مقابل، حضور در دستیابی به دلیل و ملتزم نشدن به رأی دارای اعتبار امر قضاوت شده میان دیگران (نسبی بودن اثر رأی)؛ از جمله حقوق ناشی از استماع دعوا برای اطراف دعواست (کاپلنتی و جی گارث، ۱۳۹۸، ص ۲۳۳).

نتیجه

برخلاف عقیده برخی صاحب نظران استماع دعوا را باید به عنوان یک اصل حقوقی پذیرفت. علاوه بر اینکه در فقه امامیه بر ضرورت استماع دعوا تأکید شده است، لزوم رعایت حقوق بنیادین اشخاص، حفظ نظم عمومی، حفظ جایگاه حاکمیتی دولت، ادراک عقلی و خواسته اجتماع در پذیرش دعاوی اشخاص جامعه همگی از جمله مبانی حقوقی و اجتماعی بر اصل بودن ضرورت استماع دعوا می باشند. با نگاهی به آثار گسترده اصل مزبور، اهمیت این اصل نه تنها در قواعد آیینی رسیدگی به دعوا، بلکه به صورت کاربردی بر تمامی مفاهیم پیرامون دعوا، مشهود است. اصل استماع دعوا، مانع تولید و تفسیر قانون مغایر با حق دادخواهی اشخاص شده و تضمین می نماید که تمامی قوانین تصویب شده به صورت اطمینان بخشی در اختیار و در دسترس اشخاص قرار گیرد. این اصل رویه قضایی را در دست یافتن به حکم مقتضی و برداشتی در جهت ترمیم دعوا قانون یاری داده و الزامی برای رویه قضایی در رسیدگی به دعوا در کمترین زمان ممکن، ایجاد می کند همچنین به دکترین حقوقی در تولید فرضیات پویا و مثمرتر در راستای تصویب و تفسیر قانون و رویه قضایی، کمک می نماید. موجب پاسخ گو

۱. بر همین اساس دادگاه ابلاغ اوراق قضایی که به زبان فارسی تنظیم نشده را با وجود ابلاغ واقعی، فاقد آثار قانون می دانسته است (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۹۲، ص ۱۸۲).

گردیدن دولت در مقام اعمال تصدی گری خویش شده و از میزان آمار پرونده‌های موجود در محاکم می‌کاهد. دادرس را ملزم می‌دارد تا حد امکان دعوائی که مطرح شده را استماع نماید، فرصت کافی در حدود امکان قانون، بر ترمیم دعوا ناقص توسط خواهان به وی بدهد و ملزم به تشکیل جلسه اول رسیدگی قبل از هر تصمیم قاطع باشد، همچنین این اصل خواهان و خواننده را ملزم به بیان دفاعیات و ادعاهای خود در دادگاه می‌کند.

حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ گونه 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 هیچ گونه تضاد منافی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

منابع

- آشتیانی، میرزا محمد حسن؛ کتاب القضاء؛ قم: کنگره علامه آشتیانی، ۱۴۲۵ ق.
- اسلامی پناه، علی؛ «دکترین به منزله منبع حقوق»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۳۲، پاییز ۱۳۹۹، ص ۲۸-۲۹.
- اسلامی پناه، علی؛ «رویه قضائی به منزله منبع حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی؛ ش ۸۴، زمستان ۱۳۹۷، ص ۲۴۳-۲۶۵.
- اکبری لالیمی، مرتضی؛ «اجرای حق تعیین سرنوشت، تقابل حقوق بشر با حاکمیت دولت‌ها»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۹۶، زمستان ۱۳۹۵، ص ۷۷-۵۹.
- الماسی، نجاد علی و بهنام حبیبی درگاه؛ «بررسی اصول حاکم بر قوانین کارآمد از نظر تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه حقوق خصوصی؛ ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۲۴-۵.
- امینی، حسین؛ کلیدواژه حق، آشنایی با مفاهیم قانون اساسی، تحلیل برخی کلیدواژگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۸.

باقی‌زاده، محمدجواد و عبدالله امیدی‌فرد؛ «ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه»، فصلنامه شیعه‌شناسی؛ ش ۴۷، پاییز ۱۳۹۳، ص ۲۰۰-۱۷۰.

پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی؛ مجموعه آرای قضایی محاکم تجدیدنظر استان تهران؛ تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۹.

تاری‌وردی، صادق و علی محمد فلاح‌زاده؛ «نقش رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در توسعه اصول حقوق اداری از منظر حقوق بشر»، فصلنامه حقوق پزشکی (ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی)؛ بهار ۱۳۹۹، ص ۵۱۳-۴۹۹.

جلالی، محمد و احمد حنیف؛ «لزوم بازخوانی مفهوم حقوق بنیادین بشر به عنوان قاعده آمره بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی؛ ش ۱۰۰، زمستان ۱۴۰۱، ص ۲۴۵-۲۲۷.

جمال‌زاده، ناصر و مجتبی باباخانی؛ «کاربرد قاعده حفظ نظام در اندیشه فقهی - سیاسی امام خمینی»، دوفصلنامه علمی - پژوهشی دانش سیاسی؛ ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ص ۴۰-۵.

حاجی‌پور، مرتضی؛ «تأثیر حقوق بنیادین بشری بر آزادی قراردادی»، پژوهش حقوق خصوصی؛ ش ۲۰، پاییز ۱۳۹۶، ص ۶۰-۳۵.

حبیبی درگاه، بهنام؛ حقوق و اقتصاد؛ تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۲.

حسن‌زاده، حامد، علی محمدزاده، احسان رازانی و مسعود مطلبی؛ «شناسایی و اعتبارسنجی شاخص‌های نظام انقلابی در اندیشه امام خامنه‌ای با استفاده از رویکرد هرمنوتیک زمینه‌گرا و روش دلفی»، فصلنامه علمی پژوهش‌های انقلاب اسلامی؛ ش ۲، تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۷۴-۱۵۱.

حلی، جعفر بن حسن؛ المختصر النافع فی فقه امامیه؛ قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق. حیاتی، علی عباس؛ «مفهوم اصل حقوقی و مقایسه آن با قاعده حقوقی»، نشریه دانش حقوق مدنی؛ ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص ۲۶-۱۵.

خبازی‌کناری، مهدی؛ «عقل منفی و ضدعقل: عقل‌گرایی انتقادی پوپر و ساختارزدایی دریدا»، حکمت و فلسفه؛ ش ۵۷، بهار ۱۳۹۸، ص ۱۱۷-۱۴۰.

خدابخشی، عبدالله؛ «تحلیل حقوقی دعوای اثبات مالکیت»، نشریه پژوهش‌های حقوقی؛ ش ۱۴، پاییز ۱۳۸۷، ص ۳۳۳-۲۹۱.

خسروی، احمد و حامد نوروزی؛ «حق بر فهم قانون»، مجله حقوق دادگستری؛ ش ۱۱۱، پاییز ۱۳۹۹، ص ۸۷-۶۵.

خمینی، سیدروح‌الله؛ استفتائات؛ ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ق.

خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب البیع؛ ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و چاپ آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.

داودی بیرق، حسین و سیدکمال آرمیون؛ «قرار اناطه در دادرسی مدنی با بررسی رویه قضایی»، مطالعات حقوق خصوصی؛ ش ۴، زمستان ۱۴۰۱، ص ۷۳۵-۷۱۵.

دل وکیو، ژور؛ «بنیان تعقلی حقوق»، ترجمه امیر هوشنگ آجودانی؛ مجله حقوق وزارت دادگستری؛ ش ۲، تابستان ۱۳۳۸، ص ۹۵-۷۳.

دل وکیو، ژور؛ «فلسفه حقوق»، ترجمه جواد واحدی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱.

راسخ، محمد و فاطمه بخشی زاده؛ «پیش زمینه مفهوم قانون در عصر مشروطه: از مالک الرقابى تا تنظیمات»، مجله حقوق دادگستری؛ ش ۸۳، پاییز ۱۳۹۲، ص ۶۱-۳۷.

رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی پور اردکانی؛ «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی»، فصلنامه بررسی های حقوق عمومی؛ ش ۱، بهار ۱۳۹۲، ص ۵۰-۲۷.

رشتی، میرزا حبیب الله؛ کتاب قضا؛ قم: انتشارات دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۱ ق.

روبی، پل؛ «نظم حقوقی و منابع حقوق»، ترجمه حسین خزائی؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ش ۳۵، پاییز ۱۳۷۵، ص ۶۹-۴۹.

زرگوش، مشتاق؛ «مسئولیت مدنی دولت: از مصونیت تا مسئولیت»، نشریه حقوق اساسی؛ ش ۱۲، زمستان ۱۳۸۸، ص ۵۲-۱۹.

ساجدی، امیر؛ «حقوق بشر و حقوق شهروندی از نگاه دولت های اسلامی خاورمیانه با تأکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه تخصصی علوم سیاسی؛ ش ۳۶، پاییز ۱۳۹۵، ص ۵۹-۴۱.

السان، مصطفی و نصیبه محمودی؛ «مطالعه تطبیقی اصل تغییرناپذیری دعوای حقوقی در حقوق ایران و امریکا»، مطالعات حقوق تطبیقی؛ ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص ۴۹۱-۴۷۳.

سبزه‌ای، محمدتقی؛ «جامعه مدنی به مثابه قرارداد اجتماعی: تحلیل مقایسه‌ای اندیشه‌های هابز، لاک و روسو»، پژوهش حقوق عمومی؛ ش ۲۲، پاییز ۱۳۸۶، ص ۹۹-۶۷.

سربازیان، مجید و اسماعیل سیاوش پور؛ «مبانی صدور قرار عدم استماع دعوا در مواجهه با چالش‌های حقوقی پیرامون آن»، تعالی حقوق؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۸، ص ۸۴-۶۰.

سکینه، کرمی؛ «نظم عمومی، ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، حقوقی دادگستری؛ ش ۹۱، پاییز ۱۳۹۴، ص ۱۳۲-۱۰۵.

سلار، حمزه بن عبدالعزیز؛ المراسم العلویة والأحكام النبویة فی فقه الإمامیه؛ قم: منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.

شهنایی، احمد؛ «مسئولیت مدنی دستگاه‌های دولتی ناشی از وضع مقررات خلاف قانون، کنکاشی در یک رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی؛ ش ۲، بهار ۱۳۹۲، ص ۹۰-۷۱.

صادقی، محسن؛ اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه؛ تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۴.

صمدزاده، علی اکبر، حمیدرضا گوهریان و سید مهدی اصغری؛ «جهان‌شمولی حقوق بشر در بستر حاکمیت دولت‌ها»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران؛ ش ۶، تابستان ۱۳۹۴، ص ۲۹۸-۲۸۷.

- عاملی جبعی، زین الدین؛ *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*؛ ترجمه اسدالله لطفی؛ تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۷.
- عاملی جبعی، زین الدین بن علی بن احمد؛ *تحریر الروضة فی شرح اللمعة*؛ ترجمه علیرضا امینی و سید محمد رضا آیتی؛ تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.
- عباسی شاهکوه، مهدی؛ «نسبت سنجی مناسبات قدرت، دولت و جامعه در ایران پیشامدرن»، *فصلنامه دولت پژوهی*، ش ۱۸، تابستان ۱۳۹۸، ص ۹۷-۱۲۹.
- عباسی لاهیجی، بیژن؛ *مبانی حقوق اساسی*؛ تهران: انتشارات جنگل، ۱۴۰۰.
- فاطمی، ثریا؛ جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق اداری؛ تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.
- فان کانگم، راثول؛ *تاریخ آیین دادرسی مدنی اروپایی*؛ ترجمه حسین داودی بیرق؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰.
- فلاح زاده، علی محمد؛ «نسبت حقوق شهروندی و حقوق بشر»، *حقوقی دادگستری*، ش ۵۸، بهار ۱۳۸۶، ص ۴۷-۶۴.
- فیاض بخش، مرجانه، ابومحمد عسگرخانی و سیدباتو میرعباسی؛ «نقش اصول حقوقی در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران»، *مطالعات فقه و حقوق ایران*؛ ش ۱۹، زمستان ۱۳۹۷، ص ۲۶۳-۲۸۲.
- فیروزجائیان گلوگاه، علی اصغر و مرضیه مجیدی؛ «فرسایش سرمایه اجتماعی و بی نظمی در بین شهروندان تهرانی»، *پژوهش های راهبردی مسائل اجتماعی ایران*؛ ش ۲۱، تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۸-۱.
- کاپلٹی، مورو و برایان جی گارث؛ *سیاست ها، گرایش ها و اندیشه ها در آیین دادرسی مدنی*؛ ترجمه حسن محسنی؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
- کاتوزیان، ناصر؛ *توجیه و نقد رویه قضایی*؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹.
- کاتوزیان، ناصر؛ *گفت وگوهای مطبوعاتی*؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر؛ *مقدمه علم حقوق*؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
- گرگی، علی اکبر؛ «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، *نشریه حقوق اساسی*؛ ش ۲، بهار ۱۳۸۳، ص ۷-۲۶.
- گرگی، علی اکبر؛ *مبانی حقوق عمومی*؛ تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
- لوی برول، هانری؛ *جامعه شناسی حقوق*؛ ترجمه ابوالفضل قاضی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.
- مافی، همایون و رحمان افشار ونگینی؛ «ایجاد دادگاه تجاری در راستای اصل سرعت در آیین دادرسی»، *فصلنامه دانشنامه های حقوقی*؛ ش ۱۴، بهار ۱۴۰۱، ص ۱۶۰-۱۸۴.
- محسنی، حسن؛ «اصل دسترسی به عدالت و حق دادخواهی دولت»، *مطالعات حقوق خصوصی*؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۶، ص ۵۳۱-۵۵۰.

- محسنی، حسن؛ «تصرفات دادخواهان در دعوا و دادرسی (رویکرد تطبیقی)»، مطالعات حقوق تطبیقی؛ ش ۱، بهار ۱۳۹۷، ص ۴۰۳-۴۲۳.
- محسنی، حسن؛ اداره جریان دادرسی (بر پایه همکاری و در چهارچوب اصول دادرسی)؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
- محمودی کردی، زهرا؛ «ماهیت اصول کلی حقوقی و کارکردهای آن در حقوق بین‌المللی»، نشریه حقوق بین‌المللی؛ ش ۵۸، تابستان ۱۳۹۷، ص ۳۶۴-۳۲۹.
- مرادخانی، فردین؛ «پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران»، نشریه حقوق دادگستری؛ ش ۹۲، زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۶۹-۱۹۱.
- مطلبی، سیدمحمد موسی و حسن جمشیدی؛ «دلیل عقل و جایگاه آن در سیره فقهی محقق اردبیلی»، مطالعات اسلامی فقه و اصول؛ ش ۹۵، زمستان ۱۳۹۲، ص ۱۰۵-۱۲۴.
- معاونت آموزش قوه قضائیه؛ رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه انقلاب؛ تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
- معاونت آموزش قوه قضائیه؛ رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های عمومی حقوقی؛ ج ۱۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- معاونت آموزش و تحقیقات دادگستری کل اصفهان؛ نشست‌های قضایی دادگستری استان اصفهان؛ اصفهان: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
- معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری کل استان تهران؛ رویه قضایی محاکم استان تهران (دورری) سال‌های ۱۳۸۰ تا ۱۴۰۰؛ تهران: انتشارات دادگستری کل استان تهران، ۱۴۰۱.
- معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری کل استان تهران؛ مجموعه دیدگاه‌های حقوقی و قضایی قضات دادگستری استان تهران؛ تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۹.
- معین، محمد؛ فرهنگ فارسی؛ تهران: انتشارات سرایش، ۱۳۸۱.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهیه؛ قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱ ق.
- ملک‌افضلی اردکانی، محسن؛ «آثار قاعده حفظ نظام»، فصلنامه حکومت اسلامی؛ ش ۴، زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۰۹-۱۴۶.
- موسوی، سیدمحمد، اندیشه‌های سیاسی در اسلام و ایران؛ تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۰.
- مؤذنی، حمید و محمدرضا کیخا؛ «قابل استماع بودن دعوا با دادخواست غیر قطعی»، جستارهای فقهی اصولی؛ ش ۲۳، تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۷۳-۱۹۴.
- میرزائاد بروجنی، رسول و علی‌اکبر فرحزادی؛ اصل قابل استماع بودن دعاوی در فقه اسلامی و حقوق ایران؛ تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۴۰۰.
- میرزایی، اقبال‌علی؛ «نقش اصول حقوقی در تفسیر و رفع تعارض قوانین، مطالعه موردی قوانین

- کیفری و مدنی ایران»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۱۱۳، بهار ۱۴۰۰، ص ۳۰۹-۳۳۱.
- میرشکاری، عباس؛ رساله عملی در حقوق قراردادها؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰.
- نائینی، میرزاحمدحسین؛ تنبیه‌الامة و تنزیه‌الملته؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ ق.
- نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۲ ق.
- نوبهار، رحیم؛ «از حفظ حکومت تا حفظ نظام»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی؛ ش ۶۳، تابستان ۱۳۹۸، ص ۴۳-۶۴.
- نهرینی، فریدون؛ آیین دادرسی مدنی؛ تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.
- هرمزی، خیراله؛ «شرایط قابل استماع بودن دعوا در فقه»، فصلنامه حقوق خصوصی؛ ش ۱۳، زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۸۱-۱۹۴.
- هزارجریبی، جعفر؛ «بررسی احساس عدالت اجتماعی و عوامل مؤثر بر آن (مطالعه موردی شهر تهران)»، جامعه‌شناسی کاربردی؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۰، ص ۴۱-۶۲.
- Zuckerman .A ; *Justice in Crisis*; Oxford University press, 1999.

Reference

- Ashtiani, Mirza Mohammad Hassan; *Kitab al-Qada*; Qom: Allameh Ashtiani Congress, 1425 AH [In Arabic]
- Eslami-Panah, Ali; "Doctrine as a Source of Law", *Private Law Research Quarterly*; No. 32, Autumn 1399 [In Persian]
- Eslami-Panah, Ali; "Judicial Precedent as a Source of Law", *Legal Research Quarterly*; No. 84, Winter 1397 [In Persian]
- Akbari Lalimi, Morteza; "Implementation of the Right to Self-Determination, Confrontation of Human Rights with State Sovereignty", *Judiciary Law Journal*; No. 96, Winter 1395 [In Persian]
- Almasi, Nejad-Ali and Behnam Habibi Dargah; "Study of Principles Governing Efficient Laws from the Perspective of Economic Analysis of Law", *Private Law Quarterly*; No. 2, Autumn and Winter 1390 [In Persian]
- Amini, Hossein; *The Keyword "Right", Getting Familiar with Constitutional Concepts, Analysis of Some Keywords of the Constitution of the Islamic Republic of Iran*; Tehran: Research Institute of the Guardian Council, 1398 [In Persian]
- Bagheizadeh, Mohammad Javad and Abdullah Omidifard; "Necessity of Preserving the System and Prohibiting Disorder Therein in Imami Jurisprudence", *Shia Studies Quarterly*; No. 47, Autumn 1393 [In Persian]
- Research Institute for Extraction and Study of Judicial Precedent; *Collection of Ju-*

- dicial Opinions of the Appeal Courts of Tehran Province*; Tehran: Judiciary Press and Publication Center, 1399 [In Persian]
- Tarivardi, Sadegh and Ali Mohammad Fallahzadeh; "The Role of Judicial Precedent of the General Board of the Court of Administrative Justice in the Development of Administrative Law Principles from the Perspective of Human Rights", *Medical Law Quarterly (Special Issue on Human Rights and Citizenship Rights)*; Spring 1399 [In Persian]
- Jalali, Mohammad and Ahmad Hanif; "The Necessity of Re-reading the Concept of Fundamental Human Rights as a Jus Cogens Rule of International Law", *Journal of Legal Research*; No. 100, Winter 1401 [In Persian]
- Jamalzadeh, Nasser and Mojtaba Babakhani; "Application of the Rule of Preserving the System in the Jurisprudential-Political Thought of Imam Khomeini", *Political Science Bi-Quarterly*; No. 1, Spring and Summer 1396 [In Persian]
- Hajipour, Morteza; "Effect of Fundamental Human Rights on Contractual Freedom", *Private Law Research*; No. 20, Autumn 1396 [In Persian]
- Habibi Dargah, Behnam; *Law and Economy*; Tehran: Javdaneh Publications, 1392 [In Persian]
- Hassanzadeh, Hamed, Ali Mohammadzadeh, Ehsan Razani and Masoud Motalebi; "Identification and Validation of Indicators of the Revolutionary System in the Thought of Imam Khamenei using Context-Oriented Hermeneutics and Delphi Method", *Scientific Quarterly of Islamic Revolution Research*; No. 2, Summer 1400 [In Persian]
- Hilli, Ja'far ibn Hasan; *Al-Mukhtasar al-Nafi' fi Fiqh al-Imamiyyah*; Qom: Al-Matbu'at al-Diniyah Institute, 1418 AH [In Arabic]
- Hayati, Ali Abbas; "Concept of Legal Principle and its Comparison with Legal Rule", *Journal of Civil Law Knowledge*; No. 2, Autumn and Winter 1397 [In Persian]
- Khabbazi Kenari, Mahdi; "Negative Reason and Anti-Reason: Popper's Critical Rationalism and Derrida's Deconstruction", *Wisdom and Philosophy*; No. 57, Spring 1398 [In Persian]
- Khodabakhshi, Abdullah; "Legal Analysis of Lawsuit for Proof of Ownership", *Journal of Legal Research*; No. 14, Autumn 1387 [In Persian]
- Khosravi, Ahmad and Hamed Norouzi; "Right to Understand the Law", *Judiciary Law Journal*; No. 111, Autumn 1399 [In Persian]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Istifta'at*; Vol. 3, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom, 1422 AH [In Persian]
- Khomeini, Seyyed Ruhollah; *Kitab al-Bay'*; Vol. 2, Tehran: Institute for Compila-

- tion and Publication of Imam Khomeini's Works, 1379 [In Arabic]
- Davoudi Beyragh, Hossein and Seyyed Kamal Armioun; "Order of Anaté (Reference) in Civil Procedure with an Examination of Judicial Precedent", *Private Law Studies*; No. 4, Winter 1401 [In Persian]
- Del Vecchio, Giorgio; "The Rational Basis of Law", translated by Amir Hushang Ajoudani; *Journal of Law of the Ministry of Justice*; No. 2, Summer 1338 [In Persian]
- Del Vecchio, Giorgio; *Philosophy of Law*, translated by Javad Vahedi; Tehran: Mizan Publishing, 1391 [In Persian]
- Rasekh, Mohammad and Fatemeh Bakhshizadeh; "Background of the Concept of Law in the Constitutional Era: From Ownership to Regulations", *Judiciary Law Journal*; No. 83, Autumn 1392 [In Persian]
- Rostami, Vali and Seyyed Mojtaba Hosseinipour Ardakani; "Judicial Supervision of Non-Governmental Public Institutions and Organizations", *Public Law Studies Quarterly*; No. 1, Spring 1392 [In Persian]
- Rashti, Mirza Habibollah; *Kitab al-Qada*; Qom: Dar al-Quran al-Karim Publications, 1401 AH [In Arabic]
- Roubier, Paul; "Legal Order and Sources of Law", translated by Hossein Khazaie; *Journal of the Faculty of Law and Political Science of the University of Tehran*; No. 35, Autumn 1375 [In Persian]
- Zargoush, Mushtaq; "Civil Responsibility of the State: From Immunity to Responsibility", *Journal of Constitutional Law*; No. 12, Winter 1388 [In Persian]
- Sajedi, Amir; "Human Rights and Citizenship Rights from the Perspective of Middle Eastern Islamic States with Emphasis on the Constitution of the Islamic Republic of Iran", *Specialized Political Science Quarterly*; No. 36, Autumn 1395 [In Persian]
- Elsan, Mostafa and Nasibeh Mahmoudi; "Comparative Study of the Principle of Immutability of Legal Action in Iranian and American Law", *Comparative Law Studies*; No. 2, Autumn and Winter 1397 [In Persian]
- Sabzei, Mohammad Taqi; "Civil Society as a Social Contract: A Comparative Analysis of the Thoughts of Hobbes, Locke and Rousseau", *Public Law Research*; No. 22, Autumn 1386 [In Persian]
- Sarbazian, Majid and Esmail Siavashpour; "Foundations for Issuing the Order of Non-Hearing a Lawsuit in Confronting Legal Challenges Surrounding it", *Excellence of Law*; No. 4, Winter 1398 [In Persian]
- Sakineh, Karami; "Public Order, a Tool for Judicial Control of Unfair Terms", *Judiciary Legal*; No. 91, Autumn 1394 [In Persian]

- Sallar, Hamzah ibn Abd al-Aziz; *Al-Marasim al-Alawiyyah wa al-Ahkam al-Nabawiyyah fi Fiqh al-Imamiyyah*; Qom: Al-Haramayn Publications, 1404 AH [In Arabic]
- Shahnai, Ahmad; "Civil Responsibility of Government Agencies Arising from the Enactment of Illegal Regulations, Investigation into a Decision of the Court of Administrative Justice", *Rai Quarterly: Judicial Opinion Studies*; No. 2, Spring 1392 [In Persian]
- Sadeghi, Mohsen; *Legal Principles and Their Position in Positive Law*; Tehran: Mizan Publications, 1394 [In Persian]
- Samadzadeh, Ali Akbar, Hamidreza Goharri and Seyyed Mahdi Asghari; "Universality of Human Rights in the Context of State Sovereignty", *Political Sociology of Iran*; No. 6, Summer 1394 [In Persian]
- Amili Jab'i, Zayn al-Din; *Al-Rawdah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah*, translated by Asadollah Lotfi; Tehran: Majd Publications, 1397 [In Persian]
- Amili Jab'i, Zayn al-Din ibn Ali ibn Ahmad; *Tahrir al-Rawdah fi Sharh al-Lum'ah*, translated by Alireza Amini and Seyyed Mohammad Reza Ayati; Tehran: Samt Publications, 1396 [In Persian]
- Abbasi Shahkouh, Mahdi; "Relativity of Power Relations, State and Society in Pre-Modern Iran", *State Research Quarterly*; No. 18, Summer 1398 [In Persian]
- Abbasi Lahiji, Bijan; *Foundations of Constitutional Law*; Tehran: Jangal Publications, 1400 [In Persian]
- Fatemi, Soraya; *Position and Role of Judicial Precedent of the Court of Administrative Justice in Administrative Law*; Tehran: Jangal Publications, 1394 [In Persian]
- Van Caenegem, Raoul; *History of European Civil Procedure*, translated by Hossein Davoudi Beyragh; Tehran: Enteshar Co., 1400 [In Persian]
- Fallahzadeh, Ali Mohammad; "Relation between Citizenship Rights and Human Rights", *Judiciary Legal*; No. 58, Spring 1386 [In Persian]
- Fayyazbakhsh, Marjaneh, Abu Mohammad Asgarkhani and Seyyed Bato Mir Abbasi; "The Role of Legal Principles in Resolving Ambiguity and Silence of Iranian Law", *Studies in Iranian Jurisprudence and Law*; No. 19, Winter 1397 [In Persian]
- Firouzjaeian Golougah, Ali Asghar and Marziyeh Majidi; "Erosion of Social Capital and Disorder among Tehran Citizens", *Strategic Research on Iranian Social Issues*; No. 21, Summer 1397 [In Persian]
- Cappelletti, Mauro and Brian G. Garth; *Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure*, translated by Hassan Mohseni; Tehran: Enteshar Co., 1398 [In Persian]
- Katouzian, Nasser; *Justification and Critique of Judicial Precedent*; Tehran: Mizan

Publishing, 1399 [In Persian]

Katouzian, Nasser; *Press Interviews*; Tehran: Enteshar Co., 1393 [In Persian]

Katouzian, Nasser; *Introduction to the Science of Law*; Tehran: Enteshar Co., 1392 [In Persian]

Gorji, Ali Akbar; "Basis and Concept of Fundamental Rights", *Journal of Constitutional Law*; No. 2, Spring 1383 [In Persian]

Gorji, Ali Akbar; *Foundations of Public Law*; Tehran: Jangal Publications, 1388 [In Persian]

Lévy-Bruhl, Henri; *Sociology of Law*, translated by Abolfazl Ghazi; Tehran: Mizan Publishing, 1388 [In Persian]

Mafi, Homayoun and Rahman Afshar Vangini; "Creation of a Commercial Court in Line with the Principle of Speed in Procedure", *Legal Encyclopedia Quarterly*; No. 14, Spring 1401 [In Persian]

Mohseni, Hassan; "The Principle of Access to Justice and the Right to Litigation of the State", *Private Law Studies*; No. 3, Autumn 1396 [In Persian]

Mohseni, Hassan; "Dispositions of Litigants in Lawsuit and Procedure (Comparative Approach)", *Comparative Law Studies*; No. 1, Spring 1397 [In Persian]

Mohseni, Hassan; *Administration of the Litigation Process (Based on Cooperation and Within the Framework of the Principles of Procedure)*; Tehran: Enteshar Co., 1393 [In Persian]

Mahmoudi Kordi, Zahra; "Nature of General Principles of Law and Their Functions in International Law", *Journal of International Law*; No. 58, Summer 1397 [In Persian]

Moradkhani, Fardin; "Emergence of the Concept of Separation of Powers in the Iranian Constitutional Revolution", *Journal of Judiciary Law*; No. 92, Winter 1394 [In Persian]

Motalebi, Seyyed Mohammad Mousa and Hassan Jamshidi; "The Proof of Reason and its Position in the Jurisprudential Biography of Mohaghegh Ardebili", *Islamic Studies: Jurisprudence and Principles*; No. 95, Winter 1392 [In Persian]

Education Department of the Judiciary; *Iranian Judicial Precedent Related to the Revolutionary Court*; Tehran: Jangal Publications, 1388 [In Persian]

Education Department of the Judiciary; *Iranian Judicial Precedent Related to General Civil Courts*; Vol. 11, Tehran: Jangal Publications, 1392 [In Persian]

Education and Research Department of the Judiciary of Isfahan; *Judicial Meetings of the Judiciary of Isfahan Province*; Isfahan: Jangal Publications, 1393 [In Persian]

Human Resources and Cultural Affairs Department of the Judiciary of Tehran Prov-

- ince; *Judicial Precedent of the Courts of Tehran Province (Arbitration) Years 1380 to 1400*; Tehran: Tehran Province Judiciary Publications, 1401 [In Persian]
- Human Resources and Cultural Affairs Department of the Judiciary of Tehran Province; *Collection of Legal and Judicial Views of the Judges of Tehran Province*; Tehran: Judiciary Press and Publication Center, 1399 [In Persian]
- Moin, Mohammad; *Persian Dictionary*; Tehran: Sarayesh Publications, 1381 [In Persian]
- Makarem Shirazi, Nasser; *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*; Qom: School of Imam Amir al-Mu'minin, 1411 AH [In Arabic]
- Malak-Afzali Ardekani, Mohsen; "Effects of the Rule of Preserving the System", *Islamic Government Quarterly*; No. 4, Winter 1389 [In Persian]
- Mousavi, Seyyed Mohammad; *Political Thoughts in Islam and Iran*; Tehran: Payame Noor University Press, 1390 [In Persian]
- Moazzeni, Hamid and Mohammad Reza Keikha; "Hearability of a Lawsuit with a Non-Final Petition", *Jurisprudential and Principles Studies*; No. 23, Summer 1400 [In Persian]
- Mirzanejad Boroujeni, Rasoul and Ali Akbar Farahzadi; *The Principle of Hearability of Lawsuits in Islamic Jurisprudence and Iranian Law*; Tehran: University of Judicial Sciences and Administrative Services Press, 1400 [In Persian]
- Mirzaei, Eqbalali; "The Role of Legal Principles in the Interpretation and Resolution of Conflict of Laws, Case Study of Iranian Criminal and Civil Laws", *Judiciary Law Journal*; No. 113, Spring 1400 [In Persian]
- Mirshekari, Abbas; *Practical Treatise on Contract Law*; Tehran: Enteshar Co., 1400 [In Persian]
- Naini, Mirza Mohammad Hossein; *Tanbih al-Ummah wa Tanzih al-Millah*; Qom: Islamic Propagation Office Publications of the Qom Seminary, 1424 AH [In Persian]
- Najafi, Mohammad Hassan; *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam*; Vol. 21, Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1402 AH [In Arabic]
- Nobahar, Rahim; "From Preserving the Government to Preserving the System", *Public Law Research Quarterly*; No. 63, Summer 1398 [In Persian]
- Nahrini, Fereydoon; *Civil Procedure*; Tehran: Ganje Danesh, 1400 [In Persian]
- Hormozi, Khairollah; "Conditions for Hearability of Lawsuits in Jurisprudence", *Private Law Quarterly*; No. 13, Winter 1394 [In Persian]
- Hezarjaribi, Jafar; "Study of the Feeling of Social Justice and Factors Affecting it (Case Study of Tehran)", *Applied Sociology*; No. 3, Autumn 1390 [In Persian]
- Zuckerman, Adrian; *Justice in Crisis*; Oxford University Press, 1999.



Standards governing shifting the burden of proof in corruption-related crimes in the legal system of the Islamic Republic of Iran

Ahmad Momeni-Rad 

Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

Email: momenirad@ut.ac.ir

Fatemeh Fooladi* (Corresponding Author)

PhD Candidate in International Law, University of Tehran, Tehran, Iran

Email: fooladi.121@gmail.com

Use your device to scan and read the article online



Citation Momeni-Rad, A., Fooladi, F. (2026). Standards governing shifting the burden of proof in corruption-related crimes in the legal system of the Islamic Republic of Iran. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 23 (89): 183-214..
 [10.22034/ilaw.2024.715455](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.715455)

Received: 19 February 2023 , Accepted: 13 August 2024

Abstract

In the contemporary world, the methods of committing crimes, including crimes related to financial corruption, have become increasingly complex and have made countries face serious problems in fighting them. In this regard, the experiences of many countries in the field of fighting against corruption emphasize the necessity of shifting the burden of proof in these crimes. The following article, relying on the analytical-descriptive method, while addressing the general reasons for the necessity of this shift, including the lack of agility of traditional approaches in dealing with this category of crimes, the necessities of social and human rights, and the specific reasons related to the nature of the crime. And the characteristics of the perpetrator and the victim, the standards governing the shift of the burden of proof, including the scope of changing the threshold of proof and compliance with the principle of equality of arms is taken into consideration in criminal proceedings. In the end, while studying examples of the burden of proof in crimes such as money laundering in the law amending the anti-money laundering law, as well as illegal possessions in the law on the addition of articles to the law on the implementation of Article 49 of the Constitution, the conclusion was reached that The Iranian legislator's approach to this transfer has always been with precaution and has tried not to face the problem of ignoring the principle of innocence. Albeit, by determining the legal emirates in the relevant criminalization and citing the primacy of the emirates over principles, the society can benefit from the interests of shifting the burden of proof on the accused in corruption-related crimes.

Keywords

Corruption offenses, illicit possession, money laundering, relocation the burden of proof, the principle of innocence.



Extended Abstract

1. Introduction

In the contemporary world, the mechanisms for committing crimes, particularly those involving financial corruption, have attained unprecedented levels of complexity, presenting significant challenges for national legal systems. Traditionally, the burden of proof in criminal law rests firmly upon the prosecution, a principle deeply rooted in the presumption of innocence. This principle, enshrined in international instruments such as Article 11 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), serves to protect citizens from arbitrary state power by requiring that guilt be established according to law in a fair trial. However, the technical sophistication of modern corruption—most notably in money laundering and illicit enrichment—has led international bodies and national legislatures to reconsider the unconditional application of this rule.

International conventions, including the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (Palermo Convention) and the United Nations Convention Against Corruption (UNCAC), allow for the reversal or shifting of the burden of proof regarding the lawful origin of alleged proceeds of crime. This study addresses the fundamental question of how such a shift aligns with the principles of a progressive legal system and the requirements of a fair trial. It explores the necessity of deviating from traditional proof standards and examines the mechanisms through which potential conflicts with the presumption of innocence can be resolved, ultimately focusing on the specific application of these standards within Iranian legislation.

2. Research Methodology

This research employs a descriptive-analytical methodology to investigate the shift of the burden of proof in corruption-related offenses. The analysis is structured across two primary levels:

1. **Theoretical Necessity Assessment:** An evaluation of the general and specific justifications for deviating from traditional prosecution-led proof requirements, grounded in human rights, social utility, and the unique nature of corruption.
2. **Legal Framework Analysis:** An examination of the boundaries of these shifts, specifically focusing on the “threshold of proof” and the “equality of arms” within criminal proceedings. The study further scrutinizes the Iranian legislative landscape, particularly the Law on the Implementation of Article 49 of the Constitution and the Anti-Money Laundering Law, to determine the extent to which these concepts have been integrated into domestic law and where gaps remain.

3. Research Findings

Theoretical Justifications for the Shift

■ Standards governing shifting the burden of proof in corruption-related crimes in

The study identifies two categories of justifications: general and specific.

- **General Justifications:** The shift is justified by the intersection of corruption and human rights. Systematic corruption is increasingly viewed as a violation of collective rights, such as the right to sustainable development and a “corruption-free society”. While shifting the burden may seem to infringe upon the defendant’s right to a fair trial, it is argued that this is a necessary trade-off to protect the rights of victims and society at large. Furthermore, deterrence and economic analysis suggest that placing the burden on the defendant—who often has easier access to evidence regarding the source of their wealth—reduces the disproportionate costs and technical hurdles faced by the prosecution.

- **Specific Justifications:** These are tied to the inherent nature of corruption. Corruption is often a “victimless crime” in the traditional sense, as both parties (e.g., in bribery) may benefit and thus seek to keep the transaction secret. The perpetrators are frequently public officials who hold positions of trust, making their illicit enrichment a direct violation of public interest. The transnational and technologically complex nature of these crimes further necessitates modern evidentiary tools like the reverse burden.

Legal Constraints and the “Equality of Arms”

The research emphasizes that shifting the burden is not an absolute abandonment of proof standards. Instead, it involves a modified threshold. Under Article 20 of the UNCAC, for instance, the prosecution must still demonstrate a “significant increase in assets” for which there is a “lack of reasonable justification” before the burden shifts to the defendant. This ensures that the process remains grounded in evidence rather than mere suspicion. Additionally, the principle of equality of arms must be maintained. In complex economic crimes, defendants are often influential individuals capable of obstructing justice; thus, shifting the burden serves to level the playing field between a weakened prosecution and a powerful defendant, rather than granting an unfair advantage to the state.

The Iranian Legislative Approach

In Iran, the shift of the burden of proof is evident in several key areas:

- **Article 49 of the Constitution:** This article empowers the government to confiscate illicit wealth. The 2019 amendments to the law implementing this article explicitly require claimants to prove the legitimacy of assets seized by judicial authorities.

- **Anti-Money Laundering (AML) Law:** The 2018 reforms, influenced by Financial Action Task Force (FATF) recommendations, define money laundering in a way that often necessitates the defendant to prove the legal origin of suspicious funds, particularly when there is a “strong suspicion” of illegality.

- **Jurisprudential Justification:** The Iranian legislator justifies these shifts by relying on legal presumptions (Amareh). In Islamic jurisprudence, a “presumption”

(such as the presumption of the illegitimacy of a sudden, massive increase in a public official's wealth) takes precedence over a general "principle" (Asl) like the presumption of innocence.

4. Conclusion

The research concludes that traditional criminal law tools are often insufficient to combat the evolving complexities of financial corruption. The necessity of protecting public interest and human rights, combined with the unique characteristics of corruption perpetrators and victims, justifies a cautious shift in the burden of proof. The Iranian legislative approach has been historically cautious, attempting to balance effective anti-corruption measures with the protection of the presumption of innocence.

However, by formalizing legal presumptions within the criminalization process, the Iranian legal system can benefit from the enhanced efficiency of the reverse burden while maintaining jurisprudential consistency. The study suggests that instead of viewing the shift as a violation of the presumption of innocence, it should be seen as a sophisticated evidentiary tool that prioritizes the "presumption" (Amareh) of illicit enrichment in specific, high-risk contexts—such as the unexplained wealth of public officials—thereby safeguarding the public's trust and the nation's economic security.

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.



استانداردهای حاکم بر جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم مربوط به

فساد در نظم تقنینی جمهوری اسلامی ایران

احمد مؤمنی‌راد^{ID}

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

فاطمه فولادی* (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه تهران، تهران، ایران. Email: fooladi@gmail.com



استناد مؤمنی‌راد، احمد؛ فولادی، فاطمه (۱۴۰۵). استانداردهای حاکم بر جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم مربوط به فساد در نظم تقنینی جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۹): ۲۱۴-۱۸۳

doi 10.22034/ilaw.2024.715455

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۳۰، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۳

چکیده

در جهان معاصر روش‌های انجام جرایم از جمله جرایم مربوط به فساد مالی پیچیدگی‌های روزافزون یافته و کشورها را در مبارزه با آنها با معضلات جدی مواجه ساخته‌اند. در این راستا تجارب بسیاری از کشورها در زمینه مبارزه با فساد بر ضرورت جابه‌جایی بار اثبات دعوی در این جرایم تأکید می‌نماید. نوشتار پیش‌رو با تکیه بر روش تحلیلی-توصیفی، ضمن پرداختن بر دلایل عمومی ضرورت این جابه‌جایی از جمله عدم چابکی رویکردهای سنتی موجود در مقابله با این دسته از جرایم، ضرورت‌های حقوق بشری و اجتماعی و دلایل اختصاصی مرتبط با ماهیت جرم و ویژگی‌های مرتکب و قربانی، استانداردهای حاکم بر جابه‌جایی بار اثبات دعوی از جمله محدوده تغییر آستانه اثبات و رعایت اصل تساوی سلاح‌ها را در رسیدگی کیفری مورد مذاقه قرار داده است. در انتها ضمن بررسی مصادیقی از جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایمی مانند پولشویی در قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی و همچنین داراشدن نامشروع در قانون الحاق موادی به قانون به قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی، این نتیجه به‌دست آمد که رویکرد مقنن ایرانی نسبت به این جابه‌جایی همواره احتیاط‌آمیز بوده و کوشیده است با ایراد نادیده گرفتن اصل برائت روبرو نشود. حال آنکه با تعیین امارات قانونی در جرم‌نگاری‌های مربوطه و با استناد به تقدم امارات بر اصول، می‌توان جامعه را از مزیای جابه‌جایی بار اثبات دعوا بر ذمه متهم در جرایم مرتبط با فساد منتفع نمود.

واژگان کلیدی

اصل برائت، پولشویی، جابه‌جایی بار اثبات، جرایم فساد، داراشدن نامشروع، کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد.



مقاله

بار اثبات دعوی در اکثر نظام‌های حقوق کیفری به عهده مقام تعقیب بوده و تا حد زیادی در قواعد سازنده این نظام‌ها ریشه دوانده است. طرح ادعا علیه دیگر افراد بدون استماع دلایل مثبت و ادعا منطقی و عادلانه نیست و لذا اصل براءت برای رهانیدن شهروندان از اتهام‌های مغرضانه یا بی دلیل و بدون مذاقه کافی در هنگام اعمال قوه قاهره توسط حاکمیت‌ها، ظهور نموده است. اسناد بین‌المللی متعددی به لزوم رعایت اصل براءت توسط دولت‌ها پرداخته‌اند. از جمله می‌توان به بند یک ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر اشاره نمود که مقرر می‌دارد: «هر شخصی که متهم به ارتکاب جرم کیفری است، تا زمان احراز و اثبات جرم خویش حسب قانون و در محاکمه‌ای علنی که در آن به تمامی تضمینات لازم جهت دفاع دسترسی داشته باشد، بی گناه تلقی می‌گردد» (UDHR, 1948, Art. 11). همچنین کمیته حقوق بشر از اصل براءت به عنوان ابزاری یاد می‌کند (CCPR General Comment No. 13, 1984, para. 7) که با نهادن بار اثبات اتهام بر دوش مقام تعقیب، متهم را از تردید در انتساب جرم به وی منتفع می‌سازد، لکن با گذشت زمان ارتکاب جرایم از لحاظ فنی پیچیدگی‌های بیشتری یافتند. این پیچیدگی‌ها در جرایم مربوط به فساد مانند پولشویی به واضح‌ترین شکل نمایان شد و به تبع مشکلات برآمده از آن، اسناد بین‌المللی و برخی نظام‌های حقوق ملی به تعدیل قاعده نهادن بدون قید و شرط بار اثبات دعوی بر دوش مقام تعقیب برخاستند؛ برای مثال در بند یک از ماده ۴ قانون مصادره عواید ناشی از قاچاق مواد مخدر و داروهای روان‌گردان اتحادیه اروپا آمده است: «فرض بر این است که کلیه پرداخت‌هایی که پیش یا پس از لازم‌الاجرا شدن این کنوانسیون در ارتباط با قاچاق مواد مخدر به متهم صورت پذیرفته است، عواید حاصل از این جرم بوده اند». همچنین حسب بند دوم از ماده مزبور، کلیه اموال و عوایدی که در بازه زمانی شش

سال پیش از شروع فرآیند دادرسی به متهم تعلق گرفته که به نحوی با قاچاق مواد مخدر ارتباطی داشته است، عواید حاصل از جرم هستند، مگر آنکه خلاف این امر در دادگاه اثبات گردد.^۱ بند ۵ از ماده ۷ کنوانسیون سازمان ملل در ارتباط با مواد مخدر و داروهای روان‌گردان نیز اشعار می‌دارد: «هر یک از اعضا می‌توانند ترتیباتی را فراهم نمایند که بار اثبات دلیل در رابطه با منشأ قانونی عواید و یا سایر اموال ادعایی در معرض ضبط معکوس گردد، البته به میزانی که چنین اقداماتی با اصول حقوق داخلی و تشریفات قضایی در انطباق باشد».^۲ مهم‌تر از همه در بند ۷ از ماده ۱۲ کنوانسیون پالرمو می‌باشد که در آن آمده است: «کشورهای عضو می‌توانند مقرر نمایند که متهم بایست منبع قانونی عواید حاصل از جرم ادعایی یا سایر اموال قابل مصادره را ارائه نماید، به این شرط که این امر با اصول حقوق داخلی آنها و نیز با ماهیت دادرسی قضایی و یا سایر روندهای دادرسی انطباق داشته باشد».^۳ لذا بار اثبات دعوی در موارد خاصی معکوس گشته و برعهده متهم قرار گرفت. این تغییر در رویکردهای تقنینی بین‌المللی و برخی نظام‌های حقوقی ملی ازجمله نظام تقنینی ایران، در باب بار اثبات دعوی، موضوعی نبوده است که به‌آسانی پذیرفته شود. نسبت این جابه‌جایی با اصول دادرسی عادلانه به‌طور اعم و اصل برائت به‌طور اخص، محور انتقادات بسیاری بوده است.

به‌منظور دست‌یافتن به پاسخ این پرسش که این جابه‌جایی تا چه میزان با اصول و قواعد یک نظام حقوقی مترقی و اصول دادرسی عادلانه مرتبط با آن انطباق دارد، بایست موضوع را در دو سطح مورد بررسی قرار داد. نخست بایست به ضرورت‌سنجی نقض قاعده سنتی نهادن بار اثبات دعوی بر دوش مقام تعقیب پرداخت. چه ضرورت‌هایی برای نیل به مفهوم عدالت، ما را

1. The Confiscation of Proceeds of Trafficking of Narcotic Drugs and Substances Law (1992), Art14 (1) & (2).
2. United Nations Convention Against Illicit Traffics of Narcotic Drugs and Psychotropic Substance, (1998), Art5 (7).
3. United Nations Convention Against Transnational organized Crime (2001), Art12 (7).

به لزوم بکارگیری این جابه‌جایی رهنمون ساخته است؟ مسئله بعدی آن است که حدود تعارض جابه‌جایی بار اثبات دعوی با دیگر قواعد و اصول حقوقی چیست و تعارضات احتمالی با چه سازوکارهایی قابل رفع هستند. در آخر به بررسی جابه‌جایی بار اثبات دعوا در قوانین ایران پرداخته شد تا مشخص گردد این اصل در چه مواردی وارد قوانین ایران شده و چه عرصه‌هایی مورد غفلت قانون‌گذار ایران بوده است.

۱. مبانی نظری توجیه‌کننده ضرورت جابه‌جایی بار اثبات دعوی

ضرورت‌های جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم مربوط به فساد را در دو بخش می‌توان مورد بررسی قرار داد. برخی از این دلایل مواردی هستند که درمورد سایر جرایم نیز قابل تعمیم می‌باشد و لذا عمومی می‌باشند، اما برخی دیگر از این دلایل بر ماهیت خاص جرایم فساد استوارند و نمی‌توان آنها را در باب سایر جرایم نیز جاری دانست.

۱-۱. ضرورت‌های عمومی جابه‌جایی بار اثبات دعوی

در این بخش و در مقام توجیه ضرورت بار اثبات دعوی در جرایم فساد، ابتدا به تشریح دلایلی که دایره عام‌تری دارند خواهیم پرداخت. یعنی مواردی که اگر در جرایم دیگر نیز اثبات شوند،

نهادن بار اثبات دعوا برعهده متهم را توجیه می‌نمایند؛ تأثیر جابه‌جایی بار اثبات دعوا در حمایت از حقوق بشر، منافع مترتب بر جابه‌جایی بار اثبات دعوی، عملکرد بازدارنده این جابه‌جایی و تحلیل اقتصاد حقوقی این نوع از جابه‌جایی در این بخش مورد بررسی قرار می‌گیرند.

در صدر این دلایل لازم است به قابلیت در نظر گرفتن جرایم فساد به عنوان عامل نقض حقوق بشر اشاره شود تا بتوان ثابت نمود با جابه‌جایی بار اثبات در جرایم مزبور، از نقض حقوق بشر جلوگیری به عمل می‌آید، لکن آنچه در بادی امر به نظر می‌رسد نقض اصل برائت و دادرسی عادلانه

در صورت نهادن بار اثبات دعوی بر عهده متهم است. توضیح آنکه دادرسی عادلانه یکی از مصادیق مهم حقوق بشر است که در مواد ۱، ۲ و ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۶ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی به آن پرداخته شده و یکی از محبوب‌ترین مواد کنوانسیون مزبور است (Zachariadou, 2017, p.3). یکی از از مهم‌ترین حقوق متهم و پایه دادرسی منصفانه اصل براءت است (Lewis, 2012, p.31) و جابه‌جایی بار اثبات دعوی در حالت کلی نقض اصل براءت و حق دسترسی فرد به دادرسی عادلانه می‌باشد. ماهیت آمره این حق مانع از آن است که بتوان از آن حتی در چهارچوب تراضی افراد موضوع اعمال این حق تخطی نمود. عدول از چنین حقی تنها زمانی توجیه پذیر است که بر مبنای تعهد دیگری هم سنگ آن و برآمده از قاعده ای آمره صورت پذیرد.^۱ لذا نهادن بار اثبات بر دوش متهم در جرایم مربوط به فساد زمانی توجیه پذیر است که بپذیریم مبارزه با فساد در یک جامعه مبنا در حقوق بشر دارد.

نویسندگان معدودی با تفسیر موسع از ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در باب جنایات علیه بشریت، این گمانه را مطرح کردند که فساد گسترده و سیستماتیک (Grand Corruption) می‌تواند مصداقی از جنایت علیه بشریت باشد (Ramasastry, 2015, p.714). این ماده در هنگام بر شمردن مصادیق جنایت علیه بشریت، «اعمال غیر انسانی دیگر از این دست را که عامداً به قصد ایجاد رنج یا صدمه شدید به سلامت جسمی و روحی» ارتکاب یابد را مصداقی از جرایم مشمول این ماده دانسته است. در نظر این نویسندگان می‌توان فساد را به عنوان عاملی که منجر به صدمه شدید به افراد یک جامعه می‌گردد، از مصادیق مورد نظر این مقررہ تلقی کرد؛ لذا اگر جرم فساد را دارای اثراتی همچون ایجاد رنج یا صدمه شدید به سلامت جسمی و روحی بدانیم، با نهادن بار اثبات دعوا بر ذمه متهم، در

1. Vienna Convention On The Law Of Treaties (1969), Art53, Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.

پی حمایت از قربانیان آن بوده‌ایم.

اگرچه پذیرفتن این نظریه به دلایل گوناگونی از جمله تخطی از اصل تفسیر مضیق در دادرسی‌های کیفری و همچنین دشواری احراز وجود سوء نیت خاص مد نظر این ماده در مرتکبان جرایم فساد دشوار می‌نماید، اما نشان از تکاپو در بین نویسندگان حقوقی جهت ایجاد ساختاری حقوقی برای حمایت از بزه‌دیدگان جرایم مربوط به فساد دارد. با همین هدف اما با رویکردی متفاوت، برخی دیگر از نویسندگان حقوقی، مبارزه با فساد را در چهارچوب حقی جمعی یعنی حق بر زیست در «جامعه‌ای عاری از فساد» (Corruption Free Society) جای داده‌اند (Spalding, Andrew. B, 2014, p.1394)^۱ به نظر می‌رسد علاوه بر اینکه رویه موجود در اسناد بین‌المللی نمی‌تواند موید وجود چنین حقی باشد (Peters, 2019, p.1256)، معلق کردن مبارزه با فساد بر وجود یا عدم وجود چنین حقی نیز ممکن است خود به‌جای تسهیل در مبارزه با فساد، به اختلال در روند این مبارزه بینجامد. برخی دیگر از نویسندگان به مبارزه با فساد در راستای پیشگیری از بی‌کیفرمانی مرتکبان آن، تأکید دارند. اساساً یک فرض بنیادین حقوق کیفری آن است که آنچه به‌واقع مانع جرم است چشم‌انداز مجازات می‌باشد؛ لذا بی‌کیفرمانی فساد، به فراگیر شدن و تداوم آن در جامعه بین‌المللی منجر خواهد شد.

به‌هر حال، اسناد و رویه‌های قضایی منطقه‌ای و بین‌المللی متعددی در حال ترویج این گفتمان هستند که نسبتی منفی مابین رواج فساد و تحقق حقوق بشر در یک جامعه وجود دارد. کمیسیون آمریکایی حقوق بشر در قطعنامه ۱۷.۱ خود در سال ۲۰۱۷، خاطر نشان می‌سازد که فساد نه تنها مشروعیت حاکمیت را در یک کشور خدشه دار می‌سازد، بلکه با تضییع

1. see: Kofele-Kale, 'the Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law', 34 International Lawyer (2000) 149; Spalding.

سرمایه‌های ملی باعث از میان رفتن فرصت آحاد جامعه در دستیابی برابر به حق بر غذا و مسکن، حق بر سلامت و حق بر عدالت می‌گردد (IA-CHR Res, 2017). شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد در همین راستا فساد را عاملی منفی در بهره‌مندی جوامع از حقوق بشر می‌داند (A/HRC/RES/29/11, 2015). کما اینکه سلف آن یعنی کمیسیون حقوق بشر نیز از تأثیر مخرب فساد بر تمتع از حقوق بشر یاد کرده بود (UNHRC Rep) (E/CN.4, 2005, para.41). به دیگر تعبیر حقوق بشر یک «چهارچوب هنجاری» (Normative Framework) برای توجه به آثار فساد در جوامع گوناگون پدید آورده است (UN Doc. GA 72/137, 2017, para.4). در دل این چهارچوب می‌توان نقض حقوق بشر به علت فساد را مورد مؤاخذه قرار داد. همچنین «دستور العمل ۲۰۳۰ در ارتباط با توسعه پایدار سازمان ملل متحد» که در سال ۲۰۱۵ به تصویب مجمع عمومی رسید، از اعضا خواسته است که به کاهش اساسی فساد و ارتشا در قلمرو خود اهتمام ورزند و تمامی اموال حاصل از فساد را تا سال ۲۰۳۰ به صاحبان اصلی آن اعاده نمایند.^۱ تلقی فساد به عنوان مانعی بر سر راه توسعه پایدار که یکی از مصادیق نسل سوم حقوق بشر می‌باشد، در این سند نمایان است. تقابل فساد و حق بر توسعه پایدار از آن جهت منطقی به نظر می‌آید که فساد ماهیتاً مانعی اساسی در راه توزیع عادلانه منابع ملی و در نتیجه ارتقا برابری در یک جامعه است (Peters, 2019, p.1252). کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد کوشیده است تا به صورت قراردادی ویژگی هنجاری، نقض‌های حقوق بشری صورت گرفته به علت فساد را ارتقا بخشد. ماده ۳۵ این سند بین‌المللی از کشورهای عضو می‌خواهد «اقدامات ضروری را طبق اصل حقوق داخلی خود اتخاذ نموده تا اطمینان حاصل نمایند افراد یا واحدهایی که در اثر فساد متحمل زیان شده‌اند، این حق را داشته باشند تا

1. Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, GA Res. 70/1, 25 September 2015, Points 16.4, 16.5.

به منظور دریافت خسارت، علیه اشخاصی که مسئول آن زیان هستند اقامه دعوی نمایند.^۱ این کنوانسیون که بیش از ۱۸۰ کشور در آن عضویت دارند و مقبولیتی جهانی یافته است، عدم وجود فساد در جوامع را تعهدی تلقی کرده است که نقض آن اشخاص متضرر را مستحق دریافت خسارت می‌گرداند. اهمیت این رویکرد از این روست که اولاً، در نظام حقوقی بسیاری از کشورها فساد به صورت عام جرم‌انگاری نشده و به ذکر مصادیقی از آن در قوانین اکتفا گردیده است و ثانیاً، برخی از مصادیق فساد مانند رشوه (Bribery) به صورت سنتی حتی در صورت جرم‌انگاری به عنوان یه «بزه فاقد قربانی» (Victim Less Crime) انگاشته شده‌اند (Peters, 2019, p.1255).^۲ لذا تأکید بر لزوم جبران خسارات وارده از طریق فساد، می‌تواند در تفسیر تکاملی از این مقرر، حقوق جمعی نقض شده مانند حق بر توسعه و یا خسارات غیرمستقیم مانند تضییع حق بر دسترسی به غذا یا مسکن به علت لطمات وارده به سرمایه ملی را پوشش دهد.

بنابراین مشخص می‌گردد اگر چه جابه‌جایی بار اثبات دعوا با اصول دادرسی عادلانه که از زمره حقوق بشر با ماهیت آمره می‌باشند در تباین است، اما عدول از آن در راستای حمایت از موازینی هم سنگ با آن و از قسم دیگر قواعد آمره می‌باشد. به واقع جابه‌جایی بار اثبات دعوا در راستای مبارزه با فساد است که موجب نقض‌های حقوق بشر همچون حق بر توسعه و به طور غیرمستقیم انواع مختلف نسل دوم حقوق بشر همچون حق بر دسترسی به غذا می‌گردد.

مورد دیگری که در زمره دلایل عمومی توجیه‌کننده جابه‌جایی بار اثبات دعوی قرار دارد؛ نهادن بار اثبات دعوی بر ذمه متهم به عنوان استثنا و در راستای منفعت اجتماعی است. توضیح آنکه جابه‌جایی بار اثبات دعوا

1. United Nation Convention Against Corruption (2003), Atr 34.

2. Peters, Anne (2019), Corruption as a Violation of International Human Rights, The European Journal of International Law Vol. 29 no. 4, Published by Oxford University Press, p.1255.

در نهایت به دنبال نیل به همان هدفی است که نهادن بار اثبات بر دوش مقام تعقیب در پی آن است؛ یعنی هر دو به عنوان سازوکارهای حقوقی در تلاشند تا تعادل بین منافع عمومی و آزادی‌های فردی در معقول‌ترین حالت ممکن حفظ گردد (Hamer, 2007, p.147). در این کشاکش رویه نظام‌های حقوقی به‌طور سنتی بر جایگاه والاتر اصل برائت مستقر بوده است؛ لذا برای جابه‌جایی بار اثبات دعوا، این منافع عمومی است که نیاز به اثبات دارد؛ لذا هر زمان که بنا باشد تعادل بین این دو مفهوم حقوقی با نقض اصل برائت به‌سوی صیانت از منافع عمومی سوق نماید، باید به قدر ضرورت و نه به شکلی بی‌ضابطه، اقدام به جابه‌جایی بار اثبات دعوی نمود.^۱

بی‌شک جرایم مربوط به فساد از جمله جرایمی هستند که ارتباط مستقیمی با نافع عمومی جامعه دارند که از جمله آن می‌توان به تأثیر فساد بر رشد اقتصادی کشور، اقتصاد غیررسمی، خدمات بخش عمومی، سرمایه‌گذاری، عملکرد بازار و فاصله طبقاتی اشاره نمود. مسئله‌ای که به‌صورت تجربی ثابت شده است و همواره در آمارهای نهادهای مختلف بین‌المللی مورد تأکید قرار می‌گیرد (خندان، ۱۳۹۵، ص ۲۰). اهمیت و ضرورت پاسداشت منافع عمومی جامعه ایجاب می‌کند در صورتی که این منافع توسط جرایم مرتبط با فساد مورد تهدید جدی قرار بگیرند، بار اثبات دعوی بر ذمه متهم گذاشته شود تا مبارزه جدی‌تری با جرایم مزبور صورت پذیرد.

از این‌روست که در هنگام انعقاد کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد، دولت‌های مذاکره‌کننده، جابه‌جایی بار اثبات دعوا را در قالب ماده ۲۰ کنوانسیون^۲ و تحت عنوان «داراشدن نامشروع»، در ارتباط با افزایش چشمگیر دارایی‌های مقامات عمومی که منافع عمومی جامعه را مورد مخاطره قرار می‌دهد، را پذیرفته و بر آنان تکلیف کرده‌اند مشروعیت منابع

1. ECHR, Janosevic v. Sweden (2004) 38 European Human Rights Reports E.H.R.R.473.

2. United Nation Convention on Fighting Against Corruption, 2003, Art20.

دارایی خویش را اثبات نمایند.

مسئله دیگری که قادر است جابه‌جایی بار اثبات دعوی درخصوص جرایم مختلف ازجمله جرایم مرتبط با فساد را توجیه نماید؛ اثر بازدارندگی حاصل از جابه‌جایی بار اثبات است. بازدارندگی عاملی منفرد اما مهم در راهبردهای مبارزه با فساد است؛ زیرا فساد حاصل یک رفتار آنی نیست و لذا سیاست‌های بازدارندگی بر آن تأثیر بسزایی دارند.

به‌طور کلی می‌توان گفت با عدم قطعیت در اعمال مجازات‌ها درخصوص یک جرم، آن جرم افزایش خواهد یافت. پیچیدگی مجازات مرتکبان جرایم مرتبط با فساد آن است که این جرم هرچند بدون قربانی نیست، اما برخلاف اکثر جرایم نمی‌توان قربانی آن را به‌آسانی شناسایی کرد، چراکه معمولاً اشخاص درگیر، خود به نحوی ذینفع محسوب می‌شوند و از محرمانه ماندن آن سود می‌برند؛ برای مثال در رابطه با جرم رشوه، دستیابی به ادله روشن راجع به پرداخت واقعی آن معمولاً بسیار مشکل‌ساز است و منجر به بی‌کیفر ماندن جرایم مربوط به آن می‌گردد؛ لذا از آنجاکه شیوه‌های سنتی گردآوری ادله غالباً به نتیجه قانع‌کننده‌ای منتهی نمی‌شوند، برای برقراری رویه‌های جدیدتر به‌منظور گردآوری ادله، وجود قوانین گسترده‌تری ضرورت دارد (لانگست، ۱۳۸۷، ص ۶۱۲). در این راستا نهادن بار اثبات دعوی برعهده متهم، می‌تواند به‌عنوان یکی از شیوه‌های نوین و کاربردی در این عرصه به‌کار آید؛ بدین معنا که جابه‌جایی مذکور نهایتاً منجر به افزایش هزینه ارتکاب جرم نسب به فایده آن گشته و نتیجتاً بازدارندگی در ارتکاب به جرایم فسادرا افزایش می‌دهد.

تحلیل اقتصاد حقوقی نیز دریچه دیگری است که می‌تواند در جابه‌جایی بار اثبات دعوی در رابطه با جرایم مختلف مد نظر قرار گیرد. به‌خصوص در جرایم مرتبط با فساد که دستگاه قضایی درصدد آن است تا ضربه وارده بر دارایی‌های عمومی را جبران نماید؛ این نکته همواره بایست مد نظر قرار

استانداردهای حاکم بر جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم مربوط به فساد در نظم تقنینی ج.ا.ا. ■

گیرد که چنین جابه‌جایی‌هایی چه نقشی در کاهش یا افزایش هزینه‌های عمومی دارند.

در تحلیل اقتصاد حقوقی یکی از دغدغه‌های محوری مقنن آن است که سازوکارهای نظام حقوقی را به نحوی طراحی نماید که فایده واکنش دستگاه قضایی بر هزینه‌های اقتصادی برآمده از آن غلبه نموده و عملکرد مذکور از این منظر توجیه‌پذیر باشد. روند اثبات در برخی از جرایم به علت ماهیت پیچیده آن جرم، هزینه‌های نامتناسبی را به مقام تعقیب تحمیل می‌کند. جرایم مربوط به فساد به علت سازوکارهای خاص خود، عموماً از این دسته‌اند. یکی از کارکردهای اقتصادی ادله در جهت درونی کردن هزینه‌ها، می‌تواند فروض قانونی و انتقال بار اثبات دعوی باشد (الماسی، ۱۳۹۱، ص ۱۸). جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم مربوط به فساد، احتمال پیگیری جرم توسط حاکمیت را افزایش می‌دهد؛ زیرا مقام تعقیب دیگر نگران آن نیست که بودجه محدود تخصیص یافته به وی ممکن است کفاف هزینه‌های تحقیقات و بررسی‌های فنی مربوطه را ندهد؛ لذا می‌توان ادعا نمود که جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم مربوط به فساد از این منظر نیز قابل توجیه است.

۱-۲. دلایل اختصاصی

در این بخش به تبیین آن دسته از مبانی پرداخته‌ایم که قابل تعمیم به جرایم دیگر نیستند و بر مبنای آن‌ها، نمی‌توان جابه‌جایی بار اثبات در مابقی جرایم را توجیه نمود. ویژگی خاص جرایم فساد، ویژگی‌های مرتکبان جرایم فساد و ویژگی‌های قربانیان جرایم مزبور در این قسمت از نوشتار مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

ویژگی خاص جرایم مربوط به فساد، در صدر ممیزه‌هایی است که بایست در توجیه جابه‌جایی بار اثبات دعوی در این جرایم مد نظر قرار گیرد. یکی از دلایل معکوس نمودن بار اثبات در جهان کنونی مربوط به ماهیت

جرایم و پیچیدگی‌های ارتکاب آنهاست. رشد و توسعه فناوری در کنار افزایش آسایش برای افراد، پیچیدگی‌هایی را در حوزه حقوق کیفری به‌خصوص در زمینه‌های کشف جرم و شناسایی مجرمان ایجاد نموده است و هرچند که امکانات پلیسی افزایش یافته‌اند، هم‌زمان مجرمان نیز راه‌های پیچیده‌ای را برای ارتکاب جرایم کشف می‌نمایند؛ لذا معکوس نمودن باراثبات دلیل برعهده بزه‌کاران یکی از راه‌کارهایی است که درخصوص جرایم پیچیده انجام می‌شود و می‌توان آن را را لازمه اصل احتیاط در شرایط پیشرفت فن‌آوری در دنیای معاصر دانست (رشیدی و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۲۶۶).

پیچیدگی ارتکاب جرایم درخصوص جرمی مانند پولشویی باتوجه به ماهیت دوگانه آن به خوبی قابل توصیف است. این جرم در دهه‌های اخیر رشد فراوانی داشته و در بیشتر موارد نتیجه دیگر جرایم بوده و در عین حال می‌تواند خود، منشأ و مشوقی برای ارتکاب جرایمی همانند قاچاق مواد مخدر، اسلحه، قاچاق انسان، تروریسم، آدم‌ربایی و دیگر جرایم باشد؛ در نتیجه لطمات جبران‌ناپذیری به امنیت و اقتصاد کشورها و حتی جامعه بین‌المللی وارد نماید (جوادی و دیگران، ۱۳۹۸، ص ۳۰).

دیگر ویژگی خاص جرایم مرتبط با آن است که در حال حاضر به یک پدیده بین‌المللی و ماهیت فراملی تبدیل شده‌اند؛ یعنی فعالیت‌هایی که اثرات مخرب آنها فراتر از محل وقوع جرم، کشور یا کشورهای ثالث را متأثر می‌سازند (Yagubali gizi & Gurban oglu, 2017, p.84). این مسئله گستردگی تأثیرات مخرب جرایم مربوط به فساد را نشان می‌دهد که جامعه بین‌المللی را درگیر و متضرر می‌سازند؛ لذا کشورها با انعقاد معاهدات بین‌المللی در پی همکاری با یکدیگر برای سرکوب و مقابله با جرایم مزبور بوده و با نهادن بار اثبات این جرایم بر ذمه متهم، در پی تعدیل پیچیدگی جرایم مزبور برآمده‌اند.

ویژگی خاص مرتکبان جرایم فساد، از دیگر وجوهی است که توجه به

آن می‌تواند تبیین‌کننده ضرورت بکارگیری نهاد جابه‌جایی بار اثبات دعوی باشد.

بر اساس مواد و روح حاکم بر کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با فساد و همین‌طور اسناد مختلف بین‌المللی، مشخص می‌شود مرتکبان فساد، مقامات عمومی (Public Officials) می‌باشند. به بیان دیگر، اشخاصی که در دایره تعریف مقام عمومی نگنجند، حتی در صورت ارتکاب رفتار مشابه در شرایطی همسان، تحت لوای جرم فساد قرار نخواهند گرفت. از جمله آنکه بند ۱ ماده ۸ کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با فساد، اشعار میدارد: «هر کشور عضو، به منظور مبارزه با فساد، طبق اصول اساسی نظام حقوقی خود، یکپارچگی، صداقت و مسئولیت را در بین مقامات دولتی خود ارتقاء خواهد داد» و بند ۲ همین ماده بیان می‌دارد: «هر کشور عضو، به‌ویژه تلاش خواهد نمود تا در چهارچوب نظام حقوقی و سازمانی خود مقررات یا استانداردهای رفتاری را جهت اجراء صحیح، آبرومندانه و مناسب عملکردهای دولتی به کار برد». در مارس ۲۰۰۷، بانک جهانی، استراتژی بهبود مدیریت عمومی و مبارزه با فساد را تصویب و به مبارزه با فساد در بخش دولتی تأکید نمود (Yagubali gizi & Gurban oglu, 2017, p.92). کنوانسیون مریدا در تعریف مقام عمومی آورده است: «هر فردی که عهده‌دار سمتی قضایی، تقنینی، اجرایی یا اداری، به صورت دائم یا موقت، انتصابی یا انتخابی، با دریافت دستمزد یا بدون آن، باشد، صرف نظر از جایگاه وی در سلسله مراتب مربوطه مقام عمومی تلقی می‌گردد». این تعریف شکل سنتی از مقام دولتی را ارائه می‌دهد که بر اساس رابطه سازمانی فرد با نهاد قرار دارد (امیری و ملاکریمی، ۱۴۰۰، ص ۱۳۹۹). در ادامه کنوانسیون مریدا همانند OECD، تعریفی کاربردی از مقامات دولتی ارائه می‌کند و علاوه بر فساد مقامات دولتی خارجی، مقامات دولتی داخلی و مقامات سازمان‌های بین‌المللی عمومی، کارمندان کار برای یک آژانس دولتی یا شرکت عمومی،

یا نهادهای که خدمات عمومی ارائه می‌کند را مقامات دولتی در راستای اهداف UNCAC محسوب می‌نماید. شایان ذکر است ازجمله مصادیق فساد که تقریباً در تمامی معاهدات بین‌المللی مبارزه با فساد مشترک است، رشوه‌دادن به مقام خارجی است. در کنوانسیون مریدا در رابطه با رشوه تأکید بر پذیرش رشوه و گیرنده آن است که عمدتاً مقامات عمومی می‌باشند، تا پیشنهاددهنده که ممکن است هر فرد یا نهادهای ازجمله نهادهای خصوصی باشد. دلیل عمده‌ای که در جرایم مرتبط با فساد مقامات عمومی، بار اثبات دعوا عکس می‌گردد آن است که امکان تعیین ذی‌نفع مشخص برای جرم وجود ندارد؛ بر خلاف جرایم خصوصی که بزه‌دیده مشخص است و قادر است راساً به احقاق حقوق خود پردازد.

قربانیان جرایم فساد نیز قابل مقایسه با سایر جرایم نیستند. برخی از جرایم مانند رشا و ارتشا بعضاً به‌عنوان جرایم بدون قربانی (Victimless Crime) انگاشته می‌شوند. در این موارد جرایم فساد توافقی (Conventional Corruption) انگاشته می‌شوند، بدین دلیل که هم راشی و هم مرتشی از این جرایم سود می‌برند. اما همین جرایم نیز درانتها به سرمایه‌های ملی خسارت وارد می‌نمایند و اعتماد عمومی را خدشه‌دار می‌نمایند.

برای تبیین ماهیت قربانیان اصلی جرایم مرتبط با فساد، می‌توان به آیین‌نامه رفتار (Code of Conduct) بین‌المللی سازمان ملل اشاره نمود. آیین‌نامه مزبور، به صراحت بیان می‌دارد مناصب عمومی به آن نحوی که در قوانین ملی تعریف شده‌اند، یک جایگاه اعتماد است و متضمن وظیفه‌ای برای رفتار در راستای منافع عمومی است. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، کنوانسیون‌های مرتبط با فساد به فساد مقامات عمومی می‌پردازند. به‌واقع فساد از هرنوع آن، وفاداری نهایی مقامات دولتی در راستای منافع عمومی کشورشان را مخدوش می‌سازد. به‌واقع ویژگی خاص تمامی جرایم مربوط به فساد، آن است که اعتماد عمومی در سطح کشورها و روابط بین‌المللی را نشانه

رفته، وجهی از سوء استفاده از مردم توسط دولت و نیروهای دولتی، صرف نظر از آنکه چه کسی در نهایت سود می‌برد، اتفاق افتاده، در نهایت آرامش و اعتماد جامعه مدنی مخدوش می‌گردد. به‌واقع، یکی از مهم‌ترین وجوه جرایم مرتبط با فساد آن است که ارزش‌ها و عناصر کلیدی حاکمیت مطلوب را تضعیف می‌نمایند. برنامه توسعه ملل متحد (UNDP)، شاخص‌های حاکمیت مطلوب را در ۸ مؤلفه مشارکت مردم، شفافیت، پاسخ‌گویی، عدم تبعیض، کارآمدی و مؤثر بودن، حاکمیت قانون، مسئولیت‌پذیری و اجماع محوری معرفی می‌نماید (Gisselguist, 2012, p.15). ازجمله جرایمی که از مهم‌ترین مصادیق فساد می‌باشد و عناصر حاکمیت مطلوب را تضعیف می‌نماید، پولشویی است. پولشویی به معنای مشروعیت بخشیدن به عواید حاصل از فعالیت‌های غیرقانونی، با حفظ ارزش دارایی‌های بدست آمده و تبدیل پول «کثیف» به پول «پاک» است. طبیعتاً پولشویی نمی‌تواند در فضای باز و آشکار صورت پذیرد و گاهی اوقات به ابزارهای پیچیده‌ای برای پنهان کردن منشأ واقعی دارایی‌ها نیاز دارد؛ لذا شفافیت را که در دسترس بودن عمومی اطلاعات و بررسی دقیق تصمیمات مقامات عمومی است (Vian, 2020, p.2) تضعیف می‌نماید.

رشا و ارتشا از دیگر مصادیق فساد، موجب تبعیض و عدم کارآمدی دولت گشته و اختلاس، موجب نقض حاکمیت قانون می‌گردد؛ بنابراین سخن‌گزافی نیست که بگوئیم قربانی اصلی فساد، اعتماد عمومی جامعه مدنی در سطح کشورها و فراتر از آن در سطح بین‌المللی و همچنین مهم‌ترین ارزش‌های حاکم بر جامعه جهانی است که به نسبت قربانی خصوصی از اهمیت بالاتری برخوردارند و عکس‌نمودن بار اثبات دعوا، نمایانگر توجه به اهمیت قربانیان اصلی جرایم مرتبط با فساد می‌باشد.

۲. حدود تعارض جابه‌جایی بار اثبات دعوی با دیگر اصول و قواعد حقوقی

به‌رغم توضیحات و ادله‌هایی که در بخش پیشین در باب ضرورت جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم فساد مطرح گردید، نفس جابه‌جایی مذکور چون خلاف اصول حقوقی عمومی است، باید با دقت کافی و در حدود ضرورت اعمال گردد. در همین راستا در این بخش به تبیین حدود و ثغور حاکم بر جابه‌جایی بار اثبات پرداخته و نکاتی که لازم است در این باب مد نظر باشد را مورد مذاقه قرار داده‌ایم. رابطه جابه‌جایی بار اثبات دعوی با آستانه (Threshold) اثبات اولین مسئله‌ای است که باید در این باره تبیین گردد زیرا در بسیاری از موارد کاهش آستانه اثبات دعوی به غلط جابه‌جایی اثبات بار دعوی انگاشته می‌شود.

در مسئولیت مدنی (Liability)، گاه به‌علت نفعی که عامل بروز خسارت از فعل زیانبار خود برده و خسارتی که به دیگری تحمیل شده قانون‌گذار از عنصر تقصیر صرف نظر می‌کند و مسئولیت منتفع را مفروض می‌گیرد. موضوع اساسی برای اثبات در این میان، عامل خسارت و انتساب فعل زیانبار به مرتکب است. در هنگام اتخاذ چنین سیاستی در عرصه تقنین، قانون‌گذار می‌کوشد تا بین منفعتی که اجتماع از فعل مذکور می‌برد و مسئولیتی که قانون بر فاعل بدون تقصیر آن فعل بار می‌کند، به نحوی تعادل ایجاد نماید تا فاعل مذکور به‌علت الزام به جبران خسارت بدون تقصیر، از فعلی که برای اجتماع سودمند است، صرف نظر ننماید. محور اساسی در برقراری این تعادل، تعیین آستانه‌ای معقول برای اثبات است (Kaplow, 2011, p.14). در هنگام تحمیل مسئولیت کیفری به اشخاص، لزوم دقت نظر در تعیین آستانه مذکور بیشتر احساس می‌گردد؛ زیرا عواقب تعیین آستانه در این موارد امری بیش از جبران خسارت بوده و به حوزه اعمال مجازات تسری می‌یابد (Kaplow, 2011, p.15)؛ لذا قانون‌گذار در مورد

اثبات مسئولیت کیفری در هنگام تسهیل و پایین آوردن آستانه اثبات دعوی بایست در مقام صیانت از منفعت اجتماعی مهم‌تری نسبت به موارد مشابه در مسئولیت مدنی باشد. به نظر می‌رسد موضوع مبارزه با فساد می‌تواند زمینه توجیهی مناسبی در این باب فراهم آورد. اگرچه برای تضمین عدم تخطی از قواعد حقوقی در این باره، تنها به این توجیه بسنده نشده و آستانه‌ای حداقلی در بسیاری از موارد برای اثبات در نظر گرفته شده است. در ماده ۲۰ کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد در باب داراشدن نامشروع، آستانه اثبات از دلایل به امارات کاهش یافته است؛ بدین معنا که اگر چه بار اثبات مشروع بودن منبع دارایی توسط دلایل بر عهده متهم نهاده شده است، اما کماکان این مقام تعقیب است که بایست «افزایش چشمگیر دارایی» (Significant Increase in Assets) و «عدم وجود توجیه معقول» (Lack of Reasonable Justification) برای این افزایش را به اثبات برساند. به نظر می‌رسد که با این روش از کاهش نامعقول و دلبخواهی آستانه اثبات تا حد تهی شدن آن از معنای وجودی‌اش ممانعت به عمل خواهد آمد.

حق بر تساوی سلاح‌ها، مورد دیگری است که بایست در هنگام جابه‌جایی بار اثبات دعوی توجه ویژه‌ای به آن مبذول داشت. جابه‌جایی بار اثبات دعوی به عنوان یک سلاح آیین دادرسی کیفری تنها در صورتی می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد که ناقض اجزای حق بر دادرسی منصفانه نباشد؛ زیرا فلسفه وجودی پدید آمدن چنین سازوکاری اساساً از بین بردن فاصله موجود در جرایم پیچیده اقتصادی بین ابزارهای به کار رفته توسط مجرمین و ابزارهای تعقیب جرم در اختیار مقام تعقیب است و قصد آن هرگز اعطای مزیتی بی دلیل به مقام تعقیب نیست. یکی از اجزای ضروری حق بر دادرسی عادلانه (The Right to Fair Trail or The Right To Fair Hearing)، اصل تساوی سلاح‌ها بین طرفین دادرسی است؛ بدین معنا که طرفین از جایگاهی برابر و موقعیتی یکسان در طول روند رسیدگی به

پرونده برخوردار خواهند بود.^۱ این اصل تضمین می‌نماید که خواننده دعوی در مقام دفاع از خویشتن از فرصت معقولی برخوردار بوده و بدون تضمینات لازم در برابر مقام عمومی تعقیب که از پشتوانه حاکمیتی بهره‌مند می‌باشد، رها نگردیده است. تساوی سلاح‌ها مشتمل بر حق دسترسی به فرصت و تسهیلات کافی جهت تدارک دفاعیات ازجمله امکان دسترسی به مدارک مورد استناد مقام تعقیب نیز خواهد بود.

در نگاه نخست به نظر می‌رسد جابه‌جایی بار اثبات دعوی باعث از میان رفتن تعادلی می‌شود که اصل تساوی سلاح‌ها در تکاپوی برقراری و حفظ آن است، اما توجه به این نکته لازم است که ماهیت برخی از جرایم و مرتکبان احتمالی آن‌ها، گاه به نحوی است که مقام تعقیب را در کشف حقیقت در موضع ضعف قرار می‌دهد. جرایم اقتصادی را می‌توان مصداق مهمی از این تعبیر دانست؛ زیرا عمده مرتکبان آن را اشخاص صاحب‌نفوذی تشکیل می‌دهند که توانایی آن را دارند تا به نحوی مانع اجرای عدالت قضایی علیه خویشتن گردند (شریفی، ۱۳۹۶، ص ۸۰). به همین دلیل کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد، ماده ۲۵ خود را به جرایم علیه عدالت اختصاص داده و کوشیده است با این تدبیر از اعمال نفوذ اصحاب قدرت برای ایجاد مانع در روند رسیدگی عادلانه قضایی جلوگیری نماید.

نتیجه آنکه به نظر می‌رسد در جرایم مربوط به فساد اقتصادی، نه تنها حمایت از متهم در برابر اقتدارات و اختیارات مقام تعقیب موضوعیت کمتری دارد؛ بلکه گاه لازم است همانند کنوانسیون مبارزه با فساد، از روند رسیدگی عادلانه در برابر اعمال نفوذ متهم صیانت نمود. در چنین جایی عدول از اصل تساوی سلاح‌ها با جابه‌جایی بار اثبات دعوی موجه به نظر می‌رسد و نمی‌توان آن را مخل دادرسی منصفانه دانست.

1. European Court Judgment in the Case of Offer and Hop finger, No. 524/59 and 617/59, Dec 19.12.60.

۳. جابه‌جایی بار اثبات دعوا در جرایم مربوط به فساد در نظام تقنینی ایران

پس از بیان ادله عمومی و اختصاصی درخصوص جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم مرتبط با فساد و بررسی حدود تعارض جابه‌جایی بار اثبات دعوی با دیگر اصول و قواعد حقوقی، نهادن بار اثبات دعوی بر ذمه متهم در نظام تقنینی ایران مورد تدقیق و مطالعه قرار خواهد گرفت.

منظور از معکوس شدن بار اثبات دعوا در حقوق ایران، مواردی است که دادستان بر اساس اصول کلی، تمامی عناصری که جرم را تشکیل می‌دهد اثبات می‌نماید، لکن در برخی از قوانین به صراحت یا به تلویح بار اثبات جرم بر عهده متهم گذاشته شده است. ازجمله می‌توان به ماده ۴۹۹ قانون مجازات اسلامی^۱ اشاره نمود. در این موارد قانون‌گذار اغلب از عبارت «متهم خلاف آن را اثبات کند»، یا «مگر آنکه خلافش ثابت شود»، استفاده می‌کند. با این حال ممکن است از این عبارات استفاده نشود و تلویحا از مفهوم متن قانون، معکوس شدن بار اثبات استفاده شود. همچنین بنا بر تفسیر برخی حقوق‌دانان، اصل ۴۹ قانون اساسی^۲ را نیز می‌توان از مصادیق جابه‌جایی بار اثبات دعوی در نظر گرفت. شاهد این مدعا قانون الحاق برخی از مواد به قانون اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی می‌باشد که در ماده ۲۲ خود به صراحت سازوکاری را جهت اثبات مشروعیت دارایی‌های توقیف شده توسط مقام قضایی به‌عهده خواهان دعوی قرار داده است.

اصل ۴۹ قانون اساسی در ارتباط با ثروت‌های نامشروع است که دولت موظف است آنها را گرفته، به صاحبان حق بازگرداند. در راستای اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی نخستین بار طرح اعاده اموال نامشروع و اجرای اصل

۱. «هر کس در یکی از دسته‌ها یا جمعیت‌ها یا شعب جمعیت‌های مذکور در ماده ۴۹۸ عضویت یابد به سه ماه تا پنج سال حبس محکوم می‌گردد مگر اینکه ثابت شود از اهداف آن بی‌اطلاع بوده است».

۲. «دولت موظف است ثروت‌های ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوء استفاده از موقوفات، سوء استفاده از مقاطعه کاری‌ها و معاملات دولتی، فروش زمین‌های موات و مباحات اصلی، دایر کردن اماکن فساد و سایر موارد غیر مشروع را گرفته و به صاحب حق رد کند و در صورت معلوم نبودن او، به بیت‌المال بدهد».

چهل و مهم قانون اساسی در سال ۱۳۶۳ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و دادگاه‌های ویژه‌ای تأسیس شدند. احکام شعب این دادگاه‌ها در قالب سه دسته کلی: «۱- احکام مصادره، ۲- احکام تملیکی و ۳- احکام ناظر بر تعلق خمس و حق سرپرستی» صادر می‌شوند.

ماده ۳ الحاق برخی از مواد به قانون اجرای اصل چهل و مهم قانون اساسی مصوب سال ۱۳۹۸،^۱ اموال نامشروع را هرگونه اموالی که از طریق جرم یا سوء استفاده از موقعیت برخلاف حق تحصیل شده باشد تعریف می‌نماید و تبصره ۱، ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی،^۲ بار اثبات دعوی درخصوص تحصیل اموال و معاملاتی که با ظن نزدیک به علم، ناصحیح انجام شده‌اند را بر ذمه متصرف قرار می‌دهد. این مسئله بدان معنی است که مسئولیت اثبات عدم تحصیل اموال از طریق رفتار مجرمانه یا غیرقانونی یا سوء استفاده از مقام و موقعیت شغلی یا اطلاعات ناشی از جایگاه و اعمال نفوذ برخلاف حق، بر شمرده در ماده ۳ طرح اجرای اصل چهل و مهم قانون اساسی برعهده متهم می‌باشد.

مصادق بارز دیگر از پذیرش جابه‌جایی بار اثبات دعوی در نظام حقوقی ایران را می‌توان در قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ یافت. این قانون سعی در انطباق نظام حقوقی ایران با توصیه‌نامه‌های گروه ویژه اقدام مالی داشته است و در ماده ۲،^۳ پولشویی را هرگونه اقدام جهت پنهان‌نمودن یا از میان بردن منشأ تحصیل مال نامشروع تعریف نموده است.

۱. «اموال نامشروع، اموالی است که از طریق رفتار مجرمانه یا غیرقانونی یا سوء استفاده از مقام و موقعیت شغلی یا اطلاعات ناشی از جایگاه و اعمال نفوذ برخلاف حق تحصیل شده باشد».

۲. «هرگاه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد، مانند آنکه نوعاً و با توجه به شرایط امکان تحصیل آن وجود نداشته باشد، مسئولیت اثبات صحت آنها برعهده متصرف است».

۳. «الف. تحصیل، تملک، نگهداری یا استفاده از عواید حاصل از جرایم با علم به منشأ مجرمانه آن ب. تبدیل یا مبادله یا انتقال عوایدی به منظور پنهان کردن منشأ مجرمانه آن با علم به اینکه به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم از ارتکاب جرم به‌دست آمده، یا کمک به مرتکب جرم منشأ به نحوی که وی مشمول آثار و تبعات قانونی ارتکاب آن جرم نشود. ج. پنهان یا کتمان کردن منشأ، منبع، محل، نقل و انتقال، جابه‌جایی یا مالکیت عوایدی که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در نتیجه جرم تحصیل شده باشد».

بر اساس طرق و مراحل پیچیده‌ای که تطهیرکنندگان پول طی می‌کنند، اگر صرفاً درصدد اثبات جرایمی باشیم که منشأ غیرمشروع منافع به صرافت روشن گردد، در اغلب موارد به بن‌بست خواهیم رسید؛ ازاین‌رو تدوین کنندگان معاهدات بین‌المللی سعی کرده‌اند در این موارد بار اثبات را بر گردن متهم بگذارند یعنی به دولت‌های عضو پیشنهاد گردیده است که اگر با اصول حقوق داخلی خویش منطبق بدانند، متهم را ملزم به اثبات منشأ قانونی درآمدهای خود نمایند (جوادی و دیگران، ۱۳۹۸، ص ۳۵).

در قوانین پراکنده دیگری نیز شمایی کلی از توجه قانون‌گذار به جابه‌جایی بار اثبات دعوی را می‌توان یافت. طبق ماده ۵ قانون مجازات مرتکبان قاچاق، مصوب ۱۳۱۲^۱، مفروض گشته است که هرگاه مال موضوع این ماده در تصرف حامل آن یافت شود، وی صاحب آن کالا است و برعهده وی است که خلاف آن را ثابت نماید. همان‌گونه که از منطوق این ماده مشخص است، بار اثبات برعهده حامل به‌عنوان متهم است.

به‌رغم قوانینی که ذکر آن رفت و طی آنها جابه‌جایی بار اثبات دعوی در قوانین ایران مد نظر بوده است، اساساً به‌نظر می‌رسد با توجه به جایگاه فقهی و حقوقی اصل برائت در قوانین موضوعه ایران، قانون‌گذار ایرانی هیچ‌گاه نتوانسته است به‌صورتی بنیادین نسبت خود را با جابه‌جایی بار اثبات دعوی در حقوق کیفری مشخص نماید. کما اینکه برخی از قوانین مانند قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ نهایتاً با تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام به قانون تبدیل شد و طرح قانون اجرای بخشی از اصل ۴۹ قانون اساسی و اعاده اموال نامشروع نیز برای پرهیز از ایرادات فقهی احتمالی شورای نگهبان، از تصریح به جابه‌جایی بار اثبات دعوی اجتناب نموده و موضوع را به قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی

۱. «هرگاه مال موضوع درآمد دولت و یا ممنوع‌الصدور و یا ممنوع‌الورود به توسط مکاری و یا وسایل دیگری حمل شود و حامل نتواند ارسال‌کننده و یا صاحب اصلی آن را تعیین و اثبات نماید علاوه بر ضبط مال و در صورت نبودن مال رد بهاء آن، باید شخصا از عهده پرداخت جریمه مقرر در قانون برآید».

ارجاع می‌دهد.

نکته قابل توجه در توجیه فقهی پذیرش جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم فساد آن است که در موارد مربوطه، قانون‌گذار عمدتاً بر مبنای وجود یک «اماره» به جابه‌جایی بار اثبات دعوی رای داده است و اراده‌ای بر خدشه وارد کردن بر اصل برائت نداشته است زیرا از چه از منظر فقه و چه از منظر حقوق «اماره بر اصل مقدم است».

نتیجه

برخی از ابزارهای کلاسیک حقوق کیفری، پاسخ‌گوی نیازهای سیاست‌های نوین کیفری نیستند. پیچیدگی روزافزون سازوکارهای مبادلات مالی، بودجه‌ریزی و کارپردازی‌های عمومی باعث شده‌اند مرتکبان جرایم در این حوزه، به انحاء مختلف و متغیر دست به ارتکاب چنین جرایمی بزنند. براین مبنا تحمیل اثبات بار دعوی بر مدعی‌العموم، گاه از توان تخصصی و مالی این نهاد قضایی خارج است. توجیهات عمومی مانند نسبت میان جرایم فساد و نقض حقوق بشر، منافع مترتب بر ضرورت جابه‌جایی بار اثبات، عملکرد بازدارنده جابه‌جایی جرایم فساد و تحلیل اقتصاد حقوقی این نوع از جابه‌جایی و توجیهات تخصصی مرتبط با ویژگی‌های خاص جرم، مرتکب جرم و قربانی جرم در جرایم مربوط به فساد همگی مؤید این نکته‌اند که لازم است جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم فساد در سیاست‌های کیفری نوین مورد توجه جدی مقنن قرار گیرد.

در بخش اول این نوشتار به بررسی مبانی نظری توجیه‌کننده جابه‌جایی بار اثبات دعوی در دو سطح دلایل عمومی و دلایل اختصاصی پرداختیم. در صدر این دلایل بایست به قابلیت در نظر گرفتن جرایم فساد به عنوان عامل نقض حقوق بشر اشاره نمود. مورد دیگری که در بطن دلایل عمومی توجیه‌کننده جابه‌جایی بار اثبات دعوی قرار دارد، جابه‌جایی به عنوان

استثنا و در راستای منفعت اجتماعی است. فایده دیگری که بر جابه‌جایی بار اثبات دعوی بر ذمه متهم، مترتب است و می‌توان آن را از دلایل موجهه این جابه‌جایی به شمار آورد، اثر بازدارندگی حاصل از جابه‌جایی بار اثبات است. تحلیل اقتصاد حقوقی نیز دریچه دیگری است که می‌تواند در جابه‌جایی بار اثبات دعوی مد نظر قرار گیرد؛ به‌خصوص در جرایم مرتبط با فساد که دستگاه قضایی درصدد آن است تا ضربه وارده بر دارایی‌های عمومی را جبران نماید؛ این نکته همواره باید مد نظر قرار گیرد که چنین جابه‌جایی‌هایی چه نقشی در کاهش یا افزایش هزینه‌های عمومی دارند. در باب دلایل اختصاصی نیز ویژگی خاص جرایم مربوط به فساد، ویژگی خاص مرتکبان جرایم فساد، از دیگر وجوهی است که توجه به آن می‌تواند تبیین‌کننده ضرورت بکارگیری نهاد جابه‌جایی بار اثبات دعوی باشد. به علاوه قربانیان جرایم فساد نیز قابل مقایسه با سایر جرایم نیستند. برخی از جرایم مانند رشا و ارتشا بعضاً به‌عنوان جرایم بدون قربانی انگاشته می‌شوند. در این موارد جرایم فساد توافقی انگاشته می‌شوند، بدین دلیل که هم راشی و هم مرتشی از این جرایم سود می‌برند، هرچند همین جرایم نیز درانتها به سرمایه‌های ملی خسارت وارد می‌نمایند و همچنین اعتماد عمومی را نیز خدشه‌دار می‌نمایند.

در ادامه حدود تعارض جابه‌جایی بار اثبات دعوی با برخی از ملازمات کلی حقوقی ازجمله لزوم تفکیک بین جابه‌جایی و آستانه اثبات دعوی و همچنین لزوم عدم خدشه بر حق بر تساوی سلاح‌ها مد نظر قرار گرفت. مواردی که بجاست قانون‌گذار ایرانی نیز در هنگام تقنین در باب جابه‌جایی بار اثبات دعوی مد نظر قرار دهد.

در بخش انتهایی این نوشتار به بررسی نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران در جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم فساد پرداختیم. دو مصداق اصلی از این رویکرد را در نظام حقوقی کشور، می‌توان در قانون اصلاح قانون

مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ و همچنین قانون الحاق برخی از مواد به قانون اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۱۳۹۸ مشاهده نمود. هر دو قانون مذکور از قوانین اخیرالتصویب در نظم تقنینی جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شوند و در توجیه اصل جابه‌جایی بار اثبات دعوی مشکلاتی را داشته‌اند. قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی در نهایت با تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام به نظام حقوقی ایران وارد شد و قانون الحاق برخی از مواد به قانون اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی نیز جهت پرهیز از ایرادات شورای نگهبان، در هنگام ارائه طرح، جابه‌جایی بار اثبات دعوی را به قانون مبارزه با پولشویی ارجاع داده بود.

همچنین توجیه فقهی جابه‌جایی بار اثبات دعوی در جرایم فساد آن است که قانون‌گذار عمدتاً بر مبنای وجود یک «اماره» به جابه‌جایی بار اثبات دعوی رای داده است و روشن است که چه از منظر فقه و چه از منظر حقوق «اماره بر اصل مقدم 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

- الماسی، نجادعلی؛ «تحلیل اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهیدبهبشتی؛ ش ۶۰، زمستان ۱۳۹۱، ص ۹-۴۰.
- امیری، صالح و امید ملاکریمی؛ «چالش‌های جمهوری اسلامی ایران در جرم‌انگاری عنوان داراشدن نامشروع مندرج در کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی؛ ش ۴، زمستان ۱۴۰۰، ص ۱۳۹۵-۱۴۱۶.
- جوادی، فاطمه، سیدمهدی صالحی و سیدمهدی قریشی؛ «واکاوی مبانی فقهی اماره مجرمیت در جرم پولشویی»، فقه و مبانی حقوق اسلامی؛ ش ۱، شهریور ۱۳۹۸، ص ۲۹-۴۸.
- خندان، عباس؛ «فساد سیاسی و اداری: تأثیرات متقابل و نقش عوامل اجتماعی»، فصلنامه اقتصاد مقداری؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۹-۴۴.
- رشیدی، جاسم، باقر شاملو و علیرضا سایبانی؛ «مفاهیم و مبانی معکوس کردن اثبات دلیل در جرم پولشویی با رویکرد دینی»، فصلنامه سبک زندگی اسلامی با محوریت سلامت؛ ش ۲، مرداد ۱۴۰۰، ص ۲۵۸-۲۶۹.
- شریفی، عبدالحمید و مهدی شیدائیان؛ «الزامات تساوی سلاح‌ها در رفتار دادستان و متهم؛ با نگاهی به جرایم اقتصادی»، فصلنامه علوم اجتماعی (ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق)؛ زمستان ۱۳۹۶، ص ۱۴۹-۱۸۱.
- لانگست، پیتر؛ برنامه‌های جهانی مبارزه با فساد؛ ترجمه امیرحسین جلالی فراهانی و حمید بهره‌مند بیگ‌نظر؛ تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۷.
- A/HRC/RES, (2015) 29/11/The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights.
- Hamer ,David” (2007) the Presumption of Innocence and Reverse Burden :A Balancing Act”, *the Cambridge Law Journal*, Volume 66 (1), pp.142-171.
- Gisselquist ,R .M ,(2012) .*Good Governance as a Concept ,and Why This Matters for Development Policy*, WIDER Working Paper. Helsinki: UNU-WIDER.
- Ramasastry ,Anita” (2015) ,Is There a Right to Be Free from Corruption “? *University of California ,Davis*, Vol. 49. pp.703-739.
- Peters ,Anne“(2019) Corruption as a Violation of International Human Rights,“ *The European Journal of International Law* Vol. 29 no. 4, Published by Oxford University Press, pp.1251-1287.
- Kaplow ,Louis” (2011) Burden of Proof ,“*Harward Law Scholl , Cambridge*, pp.1-94.
- Lewis ,Margaret .K” (2012) Presuming Innocence ,or Corruption ,in China” *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 50, No. 2, pp 287- 291.
- Vian ,Taryn (2020) *Anti-corruption ,transparency and accountability in health: concepts ,frameworks and approaches*, Global Health Action, available at <https://>

- doi.org/10.1080/16549716.2019.1694744
- Spalding, Andrew. B (2014). "Corruption, Corporations and the New Human Right", *91 Washington University Law Review (WULR)*. pp.1364-1428
- Yagubali gizi, MammadovaVafa, Gurban oglu, Mammadov Vugar (2017). "International legal framework of fight against corruption", *JURIDICAL SCIENCES AND EDUCATION*. 2017 no. 53. pp.80-98.
- Zachariadou ,Nikoleta ,Papadopoulou ,Triantafyllia) Lina" .(2017) (European Human Rights Law Essay on" The Right to a Fair Trial ,"*ARISTOTLE UNIVERSITY OF THESSALONIKI FACULTY OF LAW*. pp.1-16.
- Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law) Art ,(14 .Para .(1984) .7 CCPR General Comment No.13 .
- The Universal Declaration of Human Rights) UDHR ,(General Assembly resolution 217a.1948 ,
- Janosevic v .Sweden ,*European Human Rights Reports* E. H. R. R. 473, 2004.
- ,the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights ,Human Rights Council Res.2005 ,29/11 .
- HUMAN RIGHTS AND THE FIGHT AGAINST IMPUNITY AND CORRUPTION ,IACHR ,September 12 RESOLUTION.2017 ,1/17
- Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health) Report on Health,(UN Doc .GA ,72/137 para.2017 ,4
- Progress Report Submitted by the Special Rapporteur ,UN Human Rights Commission ,UN Doc .E/CN /4 .Sub ,2/2005/18 .para.2005 ,41 .
- The Confiscation of Proceeds of Trafficking of Narcotic Drugs and Substances Law, .(1992)
- United Nations Convention against Illicit Traffics of Narcotic Drugs and Psychotropic Substance.1998 ,
- United Nations Convention Against Transnational organized Crime.2001 ,

Reference

- Almasi, Nejad-Ali, "Economic Analysis of Evidence in Civil Proceedings," *Journal of Legal Research, Shahid Beheshti University*, No. 60, Winter 2012, pp. 9-40 [In Persian].
- Amiri, Saleh and Omid Molakarimi, "Challenges of the Islamic Republic of Iran

in the Criminalization of Illicit Enrichment under the UN Convention Against Corruption,” *Journal of Public Law Studies*, No. 4, Winter 2021, pp. 1395-1416 [In Persian].

Javadi, Fatemeh, Seyed Mahdi Salehi, and Seyed Mahdi Qoreishi, “Analysis of Jurisprudential Foundations of the Presumption of Guilt in Money Laundering Crimes,” *Jurisprudence and Foundations of Islamic Law*, No. 1, September 2019, pp. 29-48 [In Persian].

Khandan, Abbas, “Political and Administrative Corruption: Mutual Impacts and the Role of Social Factors,” *Quantitative Economics Quarterly*, No. 4, Winter 2016, pp. 19-44 [In Persian].

Rashidi, Jasem, Bagher Shamloo, and Alireza Sayebani, “Concepts and Foundations of Reverse Burden of Proof in Money Laundering Crimes with a Religious Approach,” *Islamic Lifestyle Quarterly with a Focus on Health*, No. 2, August 2021, pp. 258-269 [In Persian].

Sharifi, Abdolhamid and Mahdi Sheidaieian, “Requirements of Equality of Arms in the Conduct of Prosecutor and Defendant; With a Look at Economic Crimes,” *Journal of Social Sciences (Special Issue on Crime Prevention and Law)*, Winter 2017, pp. 149-181 [In Persian].

Langseth, Peter, *Global Anti-Corruption Programs*, Translated by Amir Hossein Jalali Farahani and Hamid Bahremand Big Nazar, Tehran: Islamic Parliament Research Center, 2008 [In Persian].

A/HRC/RES/29/11 (2015), The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights.

Hamer, David (2007), “The Presumption of Innocence and Reverse Burden: A Balancing Act”, *The Cambridge Law Journal*, Volume 66 (1), pp. 142-171.

Gisselquist, R. M. (2012), *Good Governance as a Concept, and Why This Matters for Development Policy*, WIDER Working Paper. Helsinki: UNU-WIDER.

Ramasasthy, Anita (2015), “Is There a Right to Be Free from Corruption?”, *University of California, Davis*, Vol. 49, pp. 703-739.

Peters, Anne (2019), “Corruption as a Violation of International Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Vol. 29, No. 4, Published by Oxford University Press, pp. 1251-1287.

Kaplow, Louis (2011), “Burden of Proof”, *Harvard Law School*, Cambridge, pp. 1-94.

Lewis, Margaret K. (2012), “Presuming Innocence, or Corruption, in China”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 50, No. 2, pp. 287-291.

Vian, Taryn (2020), “Anti-corruption, transparency and accountability in health:

- concepts, frameworks and approaches”, *Global Health Action*, available at <https://doi.org/10.1080/16549716.2019.1694744>.
- Spalding, Andrew B. (2014), “Corruption, Corporations and the New Human Right”, *Washington University Law Review (WULR)*, Vol. 91, pp. 1364-1428.
- Yagubali gizi, Mammadova Vafa, Gurban oglu, Mammadov Vugar (2017), “International legal framework of fight against corruption”, *Juridical Sciences and Education*, No. 53, pp. 80-98.
- Zachariadou, Nikoleta, Papadopoulou, Triantafyllia (Lina) (2017), “European Human Rights Law Essay on ‘The Right to a Fair Trial’”, *Aristotle University of Thessaloniki Faculty of Law*, pp. 1-16.
- Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (Art. 14), Para 7. (1984), *CCPR General Comment No. 13*.
- The Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*, General Assembly resolution 217 a, 1948.
- Janosevic v. Sweden, *European Human Rights Reports*, E.H.R.R. 473, 2004.
- The Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Rights, *Human Rights Council Res. 29/11*, 2005.
- Human Rights and the Fight Against Impunity and Corruption*, IACHR, September 12 Resolution 1/17, 2017.
- Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health (Report on Health), *UN Doc. GA 72/137*, para 4, 2017.
- Progress Report Submitted by the Special Rapporteur, UN Human Rights Commission, *UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/2005/18*, para. 41, 2005.
- The Confiscation of Proceeds of Trafficking of Narcotic Drugs and Substances Law*, (1992).
- United Nations Convention against Illicit Traffics of Narcotic Drugs and Psychotropic Substance*, 1998.
- United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, 2001.

✦ Islamic Law ✦

Contents

The ideal model of sharia supervision over legislation from the perspective of compliance and non-contradiction in the constitution	
Mehdi Rajaei & Mohammadreza Asghari Shourestani	5
A comparative study of quality fatwa in Islamic criminal law	
Ruhollah Akrami, Abolfath Khaleghi & Zahra Amini	41
The status of special judicial courts in the Islamic judicial system	
Mohammad Sadeghpour Azbarami, Mohammad Bahrami Khoshkar & Ehsan Hassani	77
The Perspective of Interest Mortgage Concerning with ‘Conclusion and Effects’ in Iran’s Legal System	
Amin Ghasempour & Mohammadhassan Sadeghi-Moghaddam	111
Foundations and Effects of Implementing the Principle of Hearing a Lawsuit	
Hossein Davoodi Beyrag & Mehdi Hadi	149
Standards governing shifting the burden of proof in corruption-related crimes in the legal system of the Islamic Republic of Iran	
Ahmad Momeni-Rad & Fatemeh Fooladi	183



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, Pazhooheshgah 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>