

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

### پژوهشها

- ۳ ..... پلورالیسم حقوقی / دکتر حسین میرمحمدصادقی
- ۱۵ ..... بررسی تطبیقی نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی / دکتر فرهاد خمایی زاده
- ۳۷ ..... رویکردهای موسع و مضیق پیشگیری و آثار آن / دکتر شهرام ابراهیمی
- ۵۳ ..... ضمانت اجرای مغفول در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران / دکتر ابراهیم موسی زاده
- ۸۵ ..... اصل قانونمداری در اعمال اداری / دکتر محمدرضا ویژه
- ۱۱۵ ..... توثیق بیمه نامه / دکتر عبدالله خدابخشی
- ۱۴۵ ..... بینه و گستره آن / سیداحمد سجادی نژاد
- ۱۶۷ ..... آثار ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین / مهدی علیزاده

### ترجمه چکیدهها

- ۱۸۹ ..... ترجمه عربی (موجز المقالات) / محمد سلامی
- ۲۰۲ ..... ترجمه انگلیسی (Abstracts) / رحمت الله کریم زاده



- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- مقاله ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۰ کلمه) بیشتر نباشد.
- دو نسخه از مقاله حروف چینی شده در محیط word به همراه دیسکت یا لوح فشرده آن ارسال گردد.
- تیتراهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳... و زیرمجموعه آنها با ۱-۱، ۲-۱، ۳-۱، ... و ۲-۲، ۱-۲، ... مشخص شود.
- چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ارجاعات در متن مقاله بین پرانتز به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همان، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
- نقل قولهای مستقیم به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی متر) از راست درج شود.
- شکل لاتینی نامهای خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی در پاورقی درج شود.
- یادداشتهای توضیحی (توضیحاتی که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد) در پاورقی درج شود.
- ارجاع در یادداشتهای به همان ترتیب متن و مشخصات تفصیلی مأخذ در فهرست پایان مقاله بیاید.
- اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام مشهور نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار ش. ق. یا م. (به ترتیب برای سالهای شمسی، قمری یا میلادی).
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد، شماره صفحات مقاله.
- پایگاههای اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- مقالات رسیده به هیچ وجه عودت داده نمی‌شود.
- نویسندگان می‌توانند مقاله‌های خود را به نشانی دفتر مجله (مشهد، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱) یا نشانی الکترونیکی (razaviunmag@gmail.com) ارسال کنند.

## پلورالیسم حقوقی\*

- دکتر حسین میرمحمدصادقی
- دانشیار دانشگاه شهید بهشتی

### چکیده

جهان ما جهان کثرت و تنوع است که این پدیده از جهات مختلف قابل بررسی می‌باشد. موضوع بحث این مقاله بررسی مواردی است که یک نفر ممکن است تحت تأثیر قواعد آمره مختلف دولتی، مذهبی، قبیله‌ای، عرفی و... قرار گیرد که هر یک صلاحیت اجرا شدن در حوزه‌های مورد نظر را دارند. این را می‌توان پلورالیسم حقوقی نامید و آن را وضعیتی دانست که دو یا چند نظام حقوقی بر یکدیگر تأثیر متقابل می‌گذارند. تعارض قواعد آمره مختلف را می‌توان از سه بعد مورد بررسی قرار داد که در این مقاله با ذکر مثالهایی توضیح داده شده است. اول: نوع رابطه قواعد آمره مختلف (مثلاً اینکه در یک سیستم انجام کاری الزامی دانسته شده و در سیستم دیگر منع شده است)؛ دوم: ارتباط دو سیستم از لحاظ قواعد موجود در آنها (مثلاً پذیرش یا عدم

پذیرش قواعد یک سیستم در سیستم دوم)؛

سومین جنبه‌ای که می‌توان از آن دیدگاه به تعارضات نگریست، نتیجه نهایی مواجهه دو سیستم با یکدیگر است (اتحاد، تداوم مقابله کامل، تقسیم حوزه‌های مداخله و تجمیع). در این مقاله این جنبه‌ها به تفصیل مورد بحث قرار گرفته و ضمن بررسی تعارض قواعد و نرّمهای مختلف در سیستمهای متفاوت ملی، مذهبی، دولتی و غیره، بهترین شیوه‌های حل این تعارضات مورد بررسی قرار گرفته است و در پایان موضع حقوق اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مواجهه با سایر سیستمها و به ویژه حقوق عرفی تبیین شده است. **واژگان کلیدی:** پلورالیسم حقوقی، قواعد آمره، حقوق غیر دولتی، عرف، حقوق مذهبی، تعارض و مقابله.

مقدمه

این مقاله به موضوع پلورالیسم حقوقی می‌پردازد و ضمن بررسی تعارض قواعد و نرّمهای مختلف در سیستمهای متفاوت ملی، محلی، مذهبی و غیره، به بهترین شیوه‌های حل این تعارضات اشاره می‌کند و پس از آن به موضع اسلام و قانون اساسی ایران در این زمینه می‌پردازد. در این بخش به اهمیت عرف و حقوق عرفی در اسلام، وجود احکام امضایی در این آیین و تأثیر آموزه‌های سایر ادیان در امور خانوادگی، تجاری، حقوقی و حتی کیفی اشاره شده است و جهت گیری کلی قانون اساسی، حفظ وحدت ملی در عین توجه به تنوع اقوام، زبانها، نژادها، ادیان و مذاهب مختلف دانسته شده و پیشنهادهایی برای همزیستی مسالمت آمیز سیستم حقوق ملی و سیستم حقوق عرفی در راستای ایجاد وحدت ملی و امنیت دیرپا در کشور ارائه شده است.

۱. تعریف پلورالیسم حقوقی

جهان ما جهان کثرت، تنوع و تعدد است. تنوع و پلورالیت همواره در میان بشر وجود داشته است. این پدیده از جهات مختلف قابل بررسی می‌باشد، لیکن آنچه که در اینجا مورد بحث است وجود قواعد آمرانه<sup>۱</sup> مختلف است که هر یک صلاحیت

1. Normative orders.

اجرا شدن در زمینه مورد نظر را دارد. این مطلب را می‌توان پلورالیسم حقوقی<sup>۱</sup> نامید و آن را چنین تعریف کرد: «شرایطی که در آن جمعیت خاصی از بیش از یک مجموعه قانون تبعیت می‌کنند»، یا به پیروی از ژاک واندرلیندن،<sup>۲</sup> تعریف زیر را از این پدیده ارائه کرد: وجود ساختارهای حقوقی مختلف در درون یک جامعه خاص برای اعمال شدن در شرایط مشابه». نویسنده دیگری به نام هوکر،<sup>۳</sup> پلورالیسم حقوقی را چنین تعریف می‌کند: «وضعیتی که در آن دو یا چند نظام حقوقی بر یکدیگر تأثیر متقابل می‌گذارند». وی از جمله به مستعمرات سابق انگلستان و فرانسه اشاره می‌کند که در آنها حقوق وارداتی با حقوق موجود مذهبی یا عرفی در کنار یکدیگر وجود داشته است.

۲. انواع پلورالیسم حقوقی

با توجه به آنچه گفتیم می‌توان از یک دیدگاه دو نوع پلورالیسم حقوقی را شناسایی کرد. نوع اول مواردی را در بر می‌گیرد که قوانین دولتی، نرّمهای متفاوتی را به رسمیت می‌شناسند. مثلاً در قوانین برخی از کشورهای آفریقایی، بومیان تابع قوانین عرفی و اروپاییان تابع مجموعه‌ای از قوانین وارداتی می‌باشند. همین طور، در هند و پاکستان، علی‌رغم حاکم شدن کامن‌لا به وسیله انگلیسیها، حاکمیت حقوق خانواده بر اساس موازین اسلام بر مسلمانان پذیرفته شد. این را می‌توان پلورالیسم حقوقی دولتی<sup>۴</sup> نامید. از سوی دیگر، هرگاه بخشی از قواعد آمره از دولت گرفته شده و بعضی دیگر به دولت مرتبط نباشند از آن به عنوان پلورالیسم حقوقی عمیق<sup>۵</sup> نام می‌بریم.

بدین ترتیب این نوع اخیر مبتنی بر این پیش فرض می‌باشد که حقوق لزوماً از دولت نشئت نمی‌گیرد، بلکه بر خلاف نظر آنان که معتقد به تمرکزگرایی حقوقی<sup>۶</sup>

1. Legal pluralism.
2. Jucques Vanderlinden in John Gilissen (ed) Le Pluralisme Juridique, 1972.
3. Hooker.
4. State law pluralism.
5. Deep legal pluralism.
6. Legal centralism.

می‌باشند، می‌تواند منابع دیگری چون عرف یا مذهب هم داشته باشد و از این رو می‌توان از حقوق شرعی یا حقوق عرفی در کنار حقوق دولتی سخن گفت. در همین جا اشاره به این نکته ضروری است که حقوق عرفی<sup>۱</sup> با عرف<sup>۲</sup> متفاوت است. عرف آن چیزی است که مردم آن را مطلوب می‌دانند، در حالی که حقوق عرفی به قواعد و اوامری اشاره دارد که مردم رعایت آنها را الزامی می‌دانند.

بدین ترتیب و با پذیرش حقوق غیر دولتی<sup>۳</sup> وقوع پلورالیسم حقوقی عمیق و تعارض بین قواعد آمره مختلف اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد. به عبارت دیگر، در حالی که دولتها انتظار تبعیت از قوانینشان را در قلمرو سرزمینی خود یا از سوی اتباعشان دارند، نظامهای غیر دولتی، مثلاً نظامهای مذهبی یا قبیله‌ای، هم ممکن است انتظار تبعیت از قوانین و دستورات خود را حتی در صورت تعارض داشتن با قوانین دولت، داشته باشند. این تعارض با توجه به کم شدن قدرت دولت در پرتو پدیده جهانی شدن پررنگ‌تر شده است. دولتها در دهه‌های گذشته برای خود هر حقی را در تعیین نوع برخورد با شهروندانشان قائل بودند و مداخله دیگران را در این زمینه به عنوان مداخله در امور داخلی خود تلقی می‌کردند که گاه رگه‌هایی از این تفکر هنوز در میان برخی از دولت مردان کشورها یافت می‌شود. لیکن این تفکر در پرتو پدیده جهانی شدن و ایجاد حقوق جهانی بشر رنگ باخته است و دول ملی تحت تأثیر فعالان فراملی قرار گرفته و نمی‌توانند در مورد نوع رفتار خود فعال ما یشاء باشند. از جمله عوامل محدودکننده، حقوق عرفی است که از لحاظ زمانی بر حقوق دولتی و حتی حقوق مذهبی تقدم داشته و گاه آن را حقوق مردمی<sup>۴</sup> می‌نامند که حق تعیین حقوق را به عرف مردم به جای دولت وا می‌گذارد و ضمن تشکیل بخش مهمی از حقوق امروز نشان می‌دهد که قدرت دولت آنچنان که شاید برخی از دولت مردان تصور می‌کنند نیست.

1. Customary law.
2. Custom.
3. Non-state law.
4. Folk law.

### ۳. جنبه‌های مختلف

تعارض قواعد آمره مختلف را می‌توان از سه جنبه مورد بررسی و مطالعه قرار داد. جنبه اول به نوع رابطه قواعد آمره مختلف با یکدیگر مربوط می‌شود. از جنبه دوم، رویه‌های اتخاذشده از سوی یک حقوق در قبال حقوق دیگر مورد بررسی قرار می‌گیرند و بالاخره سومین جنبه که عام‌تر و کلی‌تر می‌باشد، به نتیجه نهایی مواجهه حقوق مختلف با یکدیگر می‌پردازد. این سه جنبه را ذیلاً مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۴. چگونگی رابطه نرملهای مختلف با یکدیگر

از لحاظ جنبه اول، یعنی رابطه اوامر و نرملهای موجود در سیستمهای مختلف با یکدیگر، می‌توان از دو نوع قاعده صحبت کرد؛ نخست قواعدی که حاوی دستورات خاصی می‌باشند.<sup>۱</sup> (مثلاً دستور خواندن نماز یا پرهیز از تعدد زوجات) و دوم قواعدی که شرایط خاصی را برای اعتبار اعمال مختلف تعیین می‌کنند<sup>۲</sup> (مثلاً شرایط صحت ازدواج، وصیت و غیره). ارتباط بین قواعد نوع اول در سیستمهای مختلف ممکن است صورتهای مختلفی داشته باشد. گاه بر اساس تعالیم ارائه شده در هر دو سیستم باید کاری انجام شده یا از انجام آن پرهیز شود (مثلاً نهی از ارتکاب قتل). تأکید بر این مسئله در هر دو سیستم باعث کارایی بیشتر نرمل می‌شود. لیکن گاه سیستم دوم حکمی در این زمینه ندارد که این امر به معنای آن است که سیستم دوم اجازه اجرای حکم سیستم اول را می‌دهد، مثل نماز خواندن در اسلام که چون در سیستمهای حکومتی سکولار حکمی در مورد آن نیست تعارضی به وجود نمی‌آید. همین طور، وقتی حقوق دولتی تعدد زوجات را منع کرده ولی حقوق شرعی آن را نه واجب بلکه مجاز می‌شمارد تعارض قابل ذکری پیش نخواهد آمد و دو سیستم در کنار یکدیگر ادامه حیات می‌دهند. لیکن تعارض در صورتی پیش می‌آید که یک سیستم دستور انجام و سیستم دیگر دستور عدم انجام کاری را بدهد. برای مثال

1. Imperative norms.
2. Norms of validation.

ممکن است در سیستم سنتی قتل شرافتمندانه<sup>۱</sup> واجب و در سیستم دوم جرم محسوب شود یا ختنه کردن زنان در برخی از سیستم‌های سنتی در میان قبایل آفریقایی حتماً باید انجام شود، در حالی که در بسیاری از کشورهای اروپایی مثلاً انگلستان، صراحتاً (از سال ۲۰۰۳) جرم دانسته شده است. این نوع تعارضها با پیچیده‌تر شدن روابط و ازدیاد قوانین دولتی (مثلاً در مورد ساعات کار، تنظیم روابط بین کارگر و کارفرما یا بین اعضای خانواده و نظایر آنها) بیشتر می‌شود. برای مثال، ساعات کار ممکن است به گونه‌ای تنظیم شود که اجازه انجام فریضه نماز را به فرد معتقد ندهد و یا قوانین موضوعه اجازه داشتن عمامه یا شمشیر را به یک فرد سیک ندهد، در حالی که قوانین مذهبی آنها داشتن عمامه یا شمشیر را ضروری بدانند. مسائل اخیر راجع به حجاب دانش‌آموزان مسلمان در کشور فرانسه نیز در همین رابطه قابل ذکر می‌باشد. حتی در زمینه آنچه که می‌توان آن را مستحبات یا مکروهات نامید نیز ممکن است تعارضهایی، هرچند نه به شکل شدید، با حقوق دولتی پیش آید. اقدام یکی از دیپلمات‌های ایران در روز عید قربان در مورد ذبح گوسفند در منزل مسکونی‌اش در کشور انگلستان در چند سال گذشته و غوغای ناشی از آن در رسانه‌های انگلیسی در این مورد قابل ذکر است.

در مورد قواعد دوم، گاه سیستم‌های مختلف ممکن است شرایط متفاوتی را برای صحت اعمال و رفتار مردم تعیین نمایند. برای مثال، در حقوق انگلستان وصیت باید حتماً کتبی باشد یا انجام مراسم ازدواج توسط فرد زیر هیجده سال هم برای وی و هم برای کشیشی که مراسم را انجام می‌دهد جرم محسوب می‌شود.

## ۵. شیوه‌های حل تعارضات

تقابل بین قواعد مختلف در دو سیستم ممکن است به این شکل حل شود که مثلاً حقوق دولتی به حقوق دیگر جنبه قانونی بخشیده و آن را به رسمیت بشناسد، مثل اینکه حقوق دولتی، ازدواجی را که بر اساس اصول اسلامی انجام شده باشد معتبر

1. Honour killing.

بداند. برای مثال در استرالیا، علی‌رغم اینکه مهاجران اروپایی سیستم حقوقی خود را در آن کشور حاکم کرده‌اند، اخیراً حقوق دولتی مواردی از حقوق بومیان آن کشور را که قریب چهل هزار سال سابقه سکونت در آن منطقه دارند به رسمیت شناخته است و در نتیجه دادگاه عالی استرالیا در مواردی بر اساس حقوق عرفی بومیان آن کشور رأی داده است. همین طور، در آمریکا و کانادا اخیراً بومیان این کشور حقوقی از همین نوع را در قانون اساسی این کشورها به دست آورده‌اند.

از سوی دیگر، ممکن است حقوق دولتی اساساً متعارض قواعدی که در یک سیستم سنتی موجب معتبر شدن وقایع حقوقی خاصی می‌شوند نگردد. مثلاً در انگلستان سالها موضوع انجام ازدواج بر اساس تعالیم مسیحیت به کلیسا واگذار شده و دولت دخالتی در آن نمی‌کرد. همین طور، پس از بازگشت یهودیان - که در قرن سیزدهم میلادی از انگلستان اخراج شده بودند - به انگلستان در سال ۱۶۶۰، آنان برای سالهای متمادی ازدواج خود را بر اساس اصول دینی خود انجام می‌دادند و حقوق دولتی در این مورد دخالت نمی‌کرد.

لیکن مشکل‌سازترین حالت آن است که یک سیستم عمل خاصی را بر اساس قواعد و نرملهای خود معتبر دانسته و سیستم دیگر آن را غیر معتبر بداند. برای مثال، در یک سیستم ممکن است صرف ایجاب و قبول موجب تحقق نکاح یا بیع اموال غیر منقول دانسته شود، در حالی که سیستم دیگر اعتبار نکاح یا بیع را در این موارد منوط به ثبت آنها بداند، چنان که در فرانسه، بر خلاف انگلستان، انجام ازدواج در کلیسای مسیحی موجب اعتبار آن نمی‌شود، بلکه ثبت آن در دفتر ثبت ازدواج از شرایط معتبر شناخته شدن آن است.

## ۶. شیوه‌های اتخاذ شده از سوی یک سیستم در مواجهه با سیستم دیگر

جنبه دومی که می‌توان از آن دیدگاه به چگونگی ارتباط بین دو سیستم از لحاظ قواعد موجود در آنها پرداخت، بررسی شیوه‌های اتخاذ شده از سوی یک سیستم در مواجهه با سیستم دیگر است. این مواجهه ممکن است به شکل مخالفت کامل یک سیستم با سیستم دیگر و حتی تلاش برای حذف آن باشد یا اینکه برعکس، یک

سیستم به نوعی سیستم دوم را پذیرفته و به رسمیت بشناسد. این شناسایی ممکن است به این صورت باشد که یک سیستم قواعد و نرْمهای موجود در سیستم دیگر را به رسمیت شناخته و برای آنها ضمانت اجرا قائل شود،<sup>۱</sup> یا اینکه بالاتر از آن، قواعد موجود در آن سیستم را به عنوان قواعد خود پذیرفته و نهادهایی مثل دادگاه یا سایر مراجع و شیوه‌های حل و فصل اختلافات موجود در آن سیستم دوم را به رسمیت بشناسد (شناسایی سازمانی).<sup>۲</sup> برای مثال، کامن‌لا<sup>۳</sup> متشکل از عرفهای مردم است که با پذیرش قواعد عرفی موجود از قبل بین مردم و از جمله تجار ایجاد شده است.

سیستمهای حقوق مذهبی - مثلاً حقوق اسلامی - ممکن است این نوع شناسایی را در مورد قواعد و نهادهای سایر سیستمها - مثلاً آنچه که به اهل کتاب مربوط می‌شود - داشته باشند. در مسائلی مثل حقوق خانواده این کار آسان‌تر صورت می‌پذیرد ولی در سایر موارد، مثلاً حقوق قراردادها و حتی حقوق کیفری، هم انجام آن غیر ممکن نیست. برای مثال، یک سیستم ممکن است به نیت طرفین قرارداد، که مایلند قرارداد منعقدہ تحت حاکمیت قوانین و قواعد موجود در سیستم دیگری قرار داشته باشد، احترام بگذارد. حتی در حقوق کیفری نیز این نوع شناسایی هر چند مشکل است ولی بی‌سابقه نیست. در ادامه این نوشتار به این موضوع اشاره‌ای خواهیم داشت.

### ۷. نتیجه نهایی مواجهه بین دو سیستم

سومین جنبه‌ای که می‌توان از آن دیدگاه به تعارضات نگریست، نتیجه نهایی مواجهه دو سیستم با یکدیگر است که می‌تواند یکی از چهار صورت را به خود بگیرد. اولین صورت، ایجاد اتحاد بین دو سیستم است.<sup>۴</sup> یعنی اینکه دو سیستم نهایتاً به یک سیستم تبدیل می‌شود و سیستم جدید دارای عناصری از هر دو سیستم قبلی است. این روند بسیار طولانی است و از جمله در حقوق روم اتفاق افتاد که سیستمهای حقوقی

1. Normative recognition.
2. Institutional recognition.
3. Common law.
4. Unification.

مختلف نهایتاً به حقوق روم تبدیل شدند. حالت دوم، تداوم تعارض و مقابله<sup>۱</sup> است که می‌تواند سالها به طول انجامد. سومین حالت، تداوم نیم سیستمی بین دو سیستم<sup>۲</sup> به شیوه‌ای غیر منظم<sup>۳</sup> است، به طوری که هر یک به زمینه خاصی می‌پردازند و سیستم دیگر در آن مورد مداخله نمی‌کند، و بالاخره چهارمین حالت، تجمع<sup>۴</sup> می‌باشد که بر اساس آن تعارضات بین دو سیستم به گونه‌ای حل می‌شود در حالی که هر دو ویژگیها و خصوصیات خود را به عنوان یک سیستم مستقل حفظ می‌کنند.

### ۸. موضع حقوق اسلامی و ایران در مواجهه با سایر سیستمها

با پایان یافتن این بحث کلی، به موضع حقوق اسلامی و قوانین کشورمان در مواجهه با سایر سیستمها و به ویژه حقوق عرفی سایر اقوام و ملل می‌پردازیم. برخورد اسلام در این مورد برخوردی پذیرنده و توأم با سعه صدر است. برخی از احکام اسلام امضایی بوده‌اند، یعنی عرف موجود بین مردم را به عنوان قاعدهٔ مربوط به خود پذیرفته است که در بالا از آن تحت عنوان شناسایی سازمانی سخن گفتیم. برای مثال قسامه، به عنوان یکی از طرق اثبات جنایات در حقوق اسلامی، در صورت فقدان اقرار یا بیّنه و وجود حالت لوث و برای پرهیز از به هدر رفتن خون افراد، همان رویه‌ای است که در دوران قبل از اسلام بین مردم عمل می‌شده و در حال حاضر نیز در «قانون مجازات اسلامی» وارد شده است. در سایر امور کیفری نیز این برخورد قابل مشاهده است، مثل جرم نبودن شرب خمر غیر مسلمانان در خفا. همین طور، در حالیکه خمر مال محسوب نشده و در نتیجهٔ ربایش آن بین مسلمانان سرقت نیست، بنا به تصریح فقیهان، اگر غیر مسلمانی از غیر مسلمان دیگر خمر برباید عمل وی سرقت محسوب خواهد شد. به همین دلیل، بیع آن نیز بین غیر مسلمانان می‌تواند صحیح باشد؛ زیرا مبیع از لحاظ آنها مالیت دارد، که این شرط صحت عقد بیع

1. Contradiction: Continuing conflict.
2. Agglomeration.
3. Disorderly way.
4. Integration.

است. پذیرش جهل به قانون به ویژه از افراد جدیدالاسلام، حتی در امور کیفری، نیز دلیلی بر توجه این دین به پیشینه فکری و اعتقادی افراد و پرهیز از مطلق‌انگاری است، در حالی که در بسیاری از نظام‌های حقوقی امروز جهل به قانون تحت هیچ شرایطی عذر و بهانه قابل پذیرشی از سوی مرتکبان جرایم محسوب نمی‌شود.<sup>۱</sup>

این پذیرش در امور غیر کیفری آشکارتر است. صحیح دانستن ازدواج غیر مسلمانان، در صورتی که طبق تعلیمات مذهب خود ازدواج کرده باشند و پذیرش عرفهای مقبول بین آنها به عنوان شرایط ضمنی قراردادها نمونه‌هایی از این پذیرش می‌باشد، به طوری که مطابق مجله «قانون مدنی کشور عثمانی» که بر اساس فقه حنفی نگاشته شده بود: «المعروف بین التجار کالمشروط بینهم». این عبارت عرفهای تجاری را در حکم شرایط صریح قراردادی دانسته است. در حقوق ایران هم عرف یکی از منابع مهم قانون در مرحله تدوین قوانین، و یکی از منابع مهم برای تشخیص مصداقها در مرحله دادرسی می‌باشد.

قانون اساسی ایران نیز علی‌رغم تأکید بر وحدت ملی در اصول مختلف از جمله اصول نهم، بیست و ششم و صدم قانون اساسی، تنوع اقوام، زبانها، نژادها، ادیان و مذاهب مختلف را به رسمیت شناخته است و در اصول نوزدهم و بیستم قانون اساسی به حقوق مساوی آنها از لحاظ انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و نیز حمایت قانون از همه افراد ملت تأکید کرده است.

رسمیت دیگر مذاهب اسلامی و سایر ادیان توحیدی و لزوم برخورد عادلانه با پیروان سایر ادیان نیز در اصول دوازدهم، سیزدهم و چهاردهم قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفته است. به علاوه، طبق اصل پانزدهم قانون اساسی، «... استفاده از زبانهای محلی و قومی در مطبوعات و رسانه‌های گروهی و تدریس ادبیات آنها در مدارس در کنار زبان فارسی آزاد است».

## نتیجه‌گیری: تنوع حقوقی و وحدت ملی

با توجه به آنچه که گفته شد، به نظر می‌رسد که ظرفیت لازم برای توجه به تنوع اقوام و زبانها و نژادهای مختلف در کشور، در عین حفظ وحدت ملی، در اسلام و قانون اساسی ایران وجود دارد. در حالی که دگم‌گرایی و بی‌توجهی به این تنوع می‌تواند منشأ بروز تشتت، پراکندگی و جدال در کشور شود، توجه بایسته به آن می‌تواند موجب استفاده بهینه از تمام ظرفیتهای موجود در جهت بهبود امور و تقویت وحدت ملی شود. تنها با ذکر یک مثال در امور کیفری که مشکل‌سازترین زمینه است این مقال را پایان می‌دهیم. همه می‌دانیم که تعدادی از جرایم در حقوق ایران دارای ماهیت خصوصی است و بدون شکایت شاکی خصوصی قابل پیگیری نمی‌باشد و نیز می‌دانیم که در میان برخی از عشایر و قبایل آیین فصل برای خاتمه دادن به خصومتها با دخالت ریش سفیدان و رؤسای قبایل وجود دارد. می‌توان با نهادینه کردن این دخالتها، مثلاً از طریق شوراهای حل اختلاف که در حال حاضر در سراسر کشور فعال هستند، به حل و فصل خصومتهای ناشی از ارتکاب جرایم دارای ماهیت خصوصی کمک کرد. انجام این کار قطعاً در اختلافات خانوادگی، تجاری و مدنی آسان‌تر خواهد بود. استفاده از حقوق عرفی در تدوین قوانین، به ویژه آنهایی که به مناطق خاص مربوط می‌شوند، نیز می‌تواند موجب غنای بیشتر حقوق، پذیرفته شدن بهتر آن در میان مردم و در نتیجه ارتقای قانون‌گرایی در آنها، که پیش شرط اساسی رفاه و توسعه است، و هم‌زیستی مسالمت‌آمیز سیستم حقوق ملی و سیستم حقوق عرفی، به جای ایجاد تنش و ناسازگاری بین آنها و نهایتاً برقراری امنیت دیرپا در کشور شود.

۱. برای مثال، در حقوق انگلستان جهل به قانون تحت هیچ شرایطی عذر و بهانه‌ای در قبال ارتکاب جرم محسوب نمی‌شود. پرونده بیلی (Bailey) در انگلستان در سال ۱۸۰۰ مؤید این دیدگاه حقوق انگلستان است (جهت تفصیل بحث جهل به قانون، ر.ک: حسین میرمحمدصادقی، جرایم علیه اموال و مالکیت، چاپ چهاردهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۲۳۷-۲۳۸).

## بررسی تطبیقی

# نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی\*

- دکتر فرهاد خمایی زاده<sup>۱</sup>
- استادیار دانشگاه شهید بهشتی

### چکیده

برای تضمین احترام به قانون اساسی و بررسی مطابقت قوانین عادی با آن، بعضی کشورها مبادرت به تأسیس دادگاه قانون اساسی نموده‌اند در حالی که در بعضی دیگر این امر به قضات محاکم تحت نظارت یک مرجع عالی قضایی سپرده شده است. همچنین کشورهایی هستند که کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی را تنها قبل از توشیح و انتشار قانون پذیرفته‌اند. واژگان کلیدی: قانون اساسی، قوانین عادی، کنترل، مطابقت، دادگاه.

### مقدمه

قانون اساسی به طور معمول دربردارنده قواعد و اصول کلی مربوط به ساختارهای سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مذهبی و حقوق و آزادیهای فردی در یک کشور است و قوانین دیگر که موسوم به قواعد عادی هستند و به ترتیب تعیین شده

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۶/۱۲.

1. farhad\_khomamizadeh@yahoo.com



در قانون اساسی هر کشور وضع می‌شوند، در درجه پایین‌تری نسبت به آن قرار دارند. بنابراین اصولاً هیچ قانونی نباید برخلاف مقررات قانون اساسی وضع و اجرا شود. مثلاً در جمهوری اسلامی ایران بر طبق اصل ۴ قانون اساسی «کلیه قوانین و مقررات... باید بر اساس موازین اسلامی باشد...». و در همین راستا اصل ۷۲ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد».

بنابراین یکی از موضوعات مهم در هر کشور چگونگی نحوه نظارت و تعیین مرجع نظارتی برای کنترل اجرای دقیق مقررات قانون اساسی در جریان وضع یا اجرای قوانین عادی می‌باشد.

علی‌رغم پذیرش لزوم تطابق قوانین عادی با قانون اساسی، روش یکسانی در نحوه اعمال چنین نظارتی اتخاذ نشده است. در بعضی کشورها پس از توشیح و انتشار قانون، مراجعی برای رسیدگی به ادعاهای مربوط به عدم مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی تعیین شده است در حالی که کشورهای دیگری پس از تصویب قانون در پارلمان و قبل از توشیح، انتشار و رسمیت یافتن قانون، اعمال چنین نظارتی را پذیرفته‌اند. لذا مقاله حاضر خصوصیات دو نوع نظارت مذکور را مورد بررسی قرار می‌دهد.

### ۱. نظارت بعد از انتشار و رسمیت یافتن قانون

بعضی کشورها برای کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی بعد از زمانی که قانونی با انجام تشریفات مقرر در قانون اساسی مثل تصویب پارلمان، توشیح و انتشار به مرحله اجرا درمی‌آید، تمهیداتی اندیشیده‌اند. در تعدادی از این کشورها دادگاههای قانون اساسی عهده‌دار انجام این مهم می‌باشند در حالی که در کشورهایی دیگر مراجع قضایی صلاحیت این نوع رسیدگی را دارند.

#### ۱-۱. دادگاه قانون اساسی<sup>۱</sup>: تعداد زیادی از کشورها با توجه خاص بر رعایت

1. La juridiction constitutionnelle.  
این دیوان در دو شعبه خود دارای ۱۶ قاضی است که به وسیله مجلسین این کشور برای مدت ۱۲ سال تعیین می‌شوند و تجدید انتخاب آنها ممکن نیست.

دقیق قانون اساسی، مرجع مشخصی را به نام دادگاه قانون اساسی تأسیس نموده‌اند که معمولاً صلاحیت این مرجع نه فقط رسیدگی به موضوع تطابق قوانین عادی با قانون اساسی، بلکه نظارت بر اجرای دقیق قانون اساسی در تمام شئون مملکت و رعایت حقوق و آزادیهای افراد مصرحه در قانون اساسی می‌باشد. به عنوان نمونه به ذکر خصوصیات و وظایف این مراجع در کشورهای ترکیه، آلمان، ایتالیا، اسپانیا، کره جنوبی، فدراسیون روسیه، کویت، مصر، یمن و لبنان می‌پردازیم:

۱-۱-۱. ترکیه: در قانون اساسی ۱۹۸۰ کشور ترکیه تشکیل دادگاه عالی قانون اساسی متشکل از ۱۱ عضو اصلی و ۴ عضو علی‌البدل برای رسیدگی به ادعاهای مطروحه در رابطه با شکل و محتوای قوانین، احکام با پشتوانه قانون و آیین‌نامه داخلی مجلس اعلای ترکیه، با قانون اساسی پیش‌بینی شده است. دادگاه یک رئیس و یک معاون رئیس را از بین اعضای اصلی برای مدت چهار سال انتخاب می‌نماید. حکم صادره از دادگاه در رابطه با بررسی انطباق قانون عادی با قانون اساسی قطعی می‌باشد (اصل ۱۵۳). درخواست رسیدگی و فسخ باید حداکثر تا ۶۰ روز پس از انتشار قانون مربوطه توسط رئیس جمهور، گروه حزبی پارلمانی در قدرت، گروه حزبی پارلمانی مخالف و حداقل یک پنجم از کل تعداد اعضای مجلس اعلای ملی ترکیه مطرح شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۴: ۵۰۶). به موجب اصل ۱۵۲ اگر محکمه‌ای در مقام رسیدگی، عدم مطابقت یک قانون یا حکم دارای پشتوانه قانون را مغایر با قانون اساسی تشخیص دهد یا در صورتی که به جدی بودن ادعایی در این رابطه از سوی یکی از احزاب متقاعد شود، رسیدگی تا زمان تصمیم‌گیری دادگاه قانون اساسی به تأخیر می‌افتد. دیوان ظرف مدت ۵ ماه نسبت به مورد مطروحه اتخاذ تصمیم می‌نماید (همان).

۱-۱-۲. آلمان: در کشور آلمان به موجب بندهای ۳ و ۴ ماده ۲۰ قانون اساسی «قوه مقننه متشکل از مجلس فدرال و مجلس ایالتی<sup>۱</sup> مکلف است قوانین و حقوق را رعایت نماید. اگر شخصی بخواهد این نظم را بر هم بزند، هر آلمانی حق دارد در

1. Bundestag-Bundesrat.

برابر او مقاومت نماید، هر گاه راه دیگری وجود نداشته باشد». مراجعه به دادگاه قانون اساسی برای طرح موضوع نقض قانون اساسی این کشور یا تفسیر غیر صحیح آن، پیش‌بینی شده است. مراجعه کننده می‌تواند هر شخص عادی و یا کلیه ارگانهای کشور باشند. دادگاه قانون اساسی فدرال<sup>۱</sup> بر اجرای دقیق قانون اساسی فدرال و دادگاههای قانون اساسی هر لاند<sup>۲</sup> یا استان<sup>۳</sup> و نیز بر اجرای قانون اساسی همان استان نظارت دارند. یکی از وظایف دادگاه قانون اساسی کنترل تطابق قوانین عادی با قانون اساسی است که به طرق زیر قابل طرح است:

- درخواست یک مقام سیاسی (دولت فدرال یا لاند<sup>۴</sup> یا یک سوم اعضای بوندستاگ) علیه یک قانون منتشره قبل یا بعد از ۱۹۴۹؛  
- درخواست یک قاضی که مدعی است قانون حاکم در پرونده مطروحه (منتشر شده قبل یا بعد از ۱۹۴۹) خلاف قانون اساسی است؛

- درخواست یک شهروند که مدعی باشد اجرای قانونی به وسیله دستگاه اداری یا قضایی به حقوق اساسی وی مندرج در قانون اساسی لطمه وارد می‌نماید.<sup>۵</sup>

۱-۱-۳. ایتالیا: در کشور ایتالیا که دارای دو مجلس قانونگذاری نمایندگان و سنای جمهوری می‌باشد (اصل ۵۵) بررسی موضوع انطباق قوانین و مقررات قانونی دولت و مناطق با قانون اساسی مصوب ۲۲ دسامبر ۱۹۴۷<sup>۶</sup> دادگاه قانون اساسی می‌باشد (اصل ۱۳۴).<sup>۷</sup> این دادگاه به موجب قانون ۱۱ مارس ۱۹۵۳ تأسیس و از ۱۹۵۶ رسماً آغاز به کار نمود و متشکل از ۱۵ قاضی می‌باشد که به موجب اصل

1. Bundesverfassungsgericht.  
2. Les tribunaux constitutionnelles des landers.  
3. از جمله وظایف مهم دیگر دادگاه می‌توان به رسیدگی نحوه عملکرد قوای عمومی و یا مراجعه هر شخص مدعی نقض حقوق اساسی‌اش و متقاضی ابطال یک قانون یا یک عمل اداری یا یک رأی نام برد (Fromont, 1994: 16).  
4. همراه با اصلاحات بعدی ۹ فوریه و ۲۷ دسامبر ۱۹۶۳، ۲۲ نوامبر ۱۹۶۷ و ۱۶ ژانویه ۱۹۸۹.  
5. وظایف دیگر این دادگاه رسیدگی به دعاوی مربوط به تعارضات اختیارات بین دستگاههای دولتی، بین دولت و مناطق و میان مناطق و همچنین اتهامات وارد به رئیس جمهور با رعایت شرایط مقرر در قانون اساسی می‌باشد. قابل ذکر است که حسب اصل ۱۱۴ قانون اساسی «کشور ایتالیا به منطقه، استان و بخش تقسیم می‌گردد».

۱۳۵ قانون اساسی یک سوم آنها به وسیله رئیس جمهور و یک سوم از طرف اجلاس مشترک مجلسین و یک سوم نیز از سوی هیئت قضات عالی عادی و اداری از بین قضات محاکم عالی، عادی و اداری و همچنین از بین قضات بازنشسته و استادان دانشگاه در رشته‌های حقوق قضایی و وکلای دادگستری که بیست سال سابقه کار و کالت داشته باشند، برای مدت ۱۲ سال انتخاب می‌گردند و قابل انتخاب مجدد نیستند. دادگاه قانون اساسی صلاحیت رسیدگی به کلیه درخواستهای مربوط به کنترل اجرای قانون اساسی را دارد، چه توسط یک دادگاه که در جریان رسیدگی به یک پرونده قانون حاکم را خلاف قانون اساسی تشخیص می‌دهد و چه توسط هر مدعی دیگر مطرح شده باشد. در صورتی که دادگاه قانون اساسی مغایرت ضوابط یک قانون یا سند قانونی را که دارای قدرت قانونی است، با اصول قانون اساسی اعلام نماید، قانون یا سند فوق‌الذکر از روز پس از اعلام دیوان از درجه اعتبار ساقط می‌گردد (اصل ۱۳۸).

۱-۱-۴. اسپانیا: در کشور اسپانیا که قانون اساسی جدید آن در ۲۷ دسامبر ۱۹۷۸ تصویب شده، دادگاه قانون اساسی<sup>۱</sup> متشکل از ۱۲ قاضی که برای مدت ۹ سال به وسیله کنگره و سنا (هر یک ۴ نفر)، دولت (۲ نفر) و شورای عمومی قضات (۲ نفر) انتخاب می‌شوند، مسئول نظارت بر اجرای قانون اساسی می‌باشد. درخواست چنین رسیدگی به وسیله مقامات اجرایی، مجامع ذی‌نفع دولت، جوامع،<sup>۲</sup> ۵۰ نماینده یا سناتور و یا قاضی تردید کننده بر مطابقت قانون حاکم بر موضوع مطروحه با قانون اساسی (کنترل عینی قواعد)، مطرح می‌شود. همچنین در رابطه با رعایت قانون اساسی در جریان انعقاد معاهدات بین‌المللی این مرجع نقش پیشگیری کننده دارد.<sup>۳</sup>

1. Le tribunal constitutional.  
2. کشور اسپانیا به صورت نیمه فدرال اداره می‌شود و از ۱۷ جامعه مستقل (Les communes) تشکیل شده که هر یک دارای یک قوه مقننه و یک قوه مجریه می‌باشند.  
3. این دادگاه همچنین در موارد ذیل صلاحیت رسیدگی دارد:  
رسیدگی به اختلافات در رابطه با روابط بین دولت و جوامع؛  
رسیدگی به شکایات هر فردی که مدعی باشد به انجام یک دستور اداری یا رأی، به حقوق اساسی‌اش به موجب قانون اساسی لطمه وارد شده است. تعداد این گونه مراجعات بسیار زیاد است (به نقل از: Fromont, 1994: 56-57).

۱-۱-۵. کره جنوبی: در کشور کره جنوبی حسب اصل ۱۱۱ قانون اساسی ۱۹۴۸ دادگاه قانون اساسی از جمله بر انطباق قوانین عادی با قانون اساسی نظارت دارد. این دادگاه متشکل از ۹ قاضی منصوب شده به وسیله رئیس جمهور به مدت ۶ سال (با پیش‌بینی انتصاب مجدد) می‌باشد (اصل ۱۱۲). رئیس این دادگاه را رئیس جمهور از میان قضات با موافقت مجلس ملی منصوب می‌نماید. برای احراز عدم انطباق قانونی با قانون اساسی رأی موافق حداقل ۶ قاضی ضروری می‌باشد.

۱-۱-۶. فدراسیون روسیه: در فدراسیون روسیه که متعاقب اضمحلال اتحاد جماهیر شوروی تأسیس<sup>۱</sup> و حسب ماده ۱ قانون اساسی مورخ ۱۲ دسامبر ۱۹۹۳ کشوری دموکراتیک و فدرال تعریف شده و سیاستهای جدید اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و اجتماعی را نسبت به سیستم قبلی اتخاذ نموده، یکی از مهمترین تحولات تأسیس مرجعی به نام دادگاه قانون اساسی به تأسی از کشورهای اروپایی برای نظارت بر اجرای دقیق قانون اساسی بوده است. دادگاه قانون اساسی متشکل از ۱۹ قاضی تعیین شده به وسیله شورای فدرال<sup>۲</sup> بر مبنای پیشنهاد رئیس جمهور، عهده‌دار رسیدگی به شکایات مربوط به عدم رعایت قانون اساسی می‌باشد (ماده ۱۲۸ قانون اساسی). به موجب ماده ۱۲۷ قانون اساسی، این دادگاه در موارد ذیل وارد رسیدگی خواهد شد:

- درخواست رئیس جمهور، یکی از دو مجمع پارلمان یا یک پنجم اعضای آنها، دولت، یا یکی از دو دادگاه عالی فدراسیون و یا ارگانهای قانونگذاری یا اجرایی هر یک از زیرمجموعه‌های فدراسیون<sup>۳</sup> با طرح ادعای عدم رعایت قانون اساسی در وضع قوانین و اقدامات قاعده‌ساز فدراسیون یا یکی از زیرمجموعه‌هایش همچنین در جریان انعقاد معاهدات بین‌المللی که هنوز به مرحله اجرا در نیامده‌اند؛

۱. متعاقب فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی در ۱۹۹۱ این کشور به ۱۵ کشور مستقل تبدیل شد که یکی از آنها فدراسیون روسیه می‌باشد.

2. Le conseil de la federation.

۳. پارلمان فدراسیون روسیه دارای دو شعبه است: یکی شورای فدراسیون و دیگری دوما (Douma). فدراسیون روسیه ۸۸ زیرمجموعه دارد که عبارتند از: ۲۰ جمهوری (Republique) که دربردارنده اقوام اصلی غیر روس هستند، ۶ سرزمین (Territoires (Kraj)) که دربردارنده روسها و اقلیتهای قومی هستند، ۴۹ ناحیه (Region (Oblast)) و ۲ شهر مهم فدرال مسکو و سنت پترزبورگ که اقوام روس دارند و بالاخره ناحیه مستقل یهودیها (Juive) و ۱۰ منطقه مستقل (obcrug) واقع در شمال و سیبری.

- درخواست یکی از طرفین دعوی، تعارض صلاحیت بین ارگانهای فدراسیون یا بین فدراسیون و زیرمجموعه‌هایش؛

- درخواست محاکم و یا درخواست افراد معمولی در رابطه با کنترل تطابق قانون حاکم بر دعوی با قانون اساسی.

با توجه به اینکه در شوروی سابق قرن‌ها حقوق به عنوان وسیله‌ای برای اعمال فرامین حکومتی و نقش مردم تنها رعایت بی‌چون و چرای دستورات حاکمیت بوده، تأسیس چنین مرجعی می‌تواند نقش مهمی در رشد اهمیت جایگاه حقوق و خصوصاً رعایت حقوق و آزادیهای فردی داشته باشد و مسلماً اعمال نقش درست این مرجع، گام مؤثری در راه اعتمادسازی نسبت به حقوق و نقش آن در تنظیم روابط اجتماعی است.

۱-۱-۷. جمهوری عربی یمن: در کشور جمهوری عربی یمن به موجب اصل ۱۵۵ قانون اساسی ۱۹۹۰ دادگاه قانون اساسی متشکل از فقهای جامع الشرایط و منتخب مجلس شورا که به وسیله صدر شورای ریاست جمهوری منصوب می‌شوند، تأسیس شده است که بر اجرای درست قانون اساسی نظارت دارد. به موجب اصل ۱۵۷ قانون اساسی تصمیمات این دادگاه قابل اعتراض نبوده و در روزنامه رسمی منتشر می‌شود (Refaat, 1998: 430).

۱-۱-۸. کویت: در کشور کویت که قانون اساسی آن در ۱۹۶۲ تصویب شد دادگاه قانون اساسی در ۱۹۷۳ تأسیس شد و قبل از این تاریخ محاکم از بررسی موضوع عدم مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی امتناع می‌ورزیدند. این دادگاه متشکل از ۵ قاضی و ۲ عضو مکمل پیشنهاد شده به وسیله شورای عالی قضات و منصوب شده به موجب فرمان می‌باشند. این قضات همزمان در دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور نیز فعالیت دارند. وظایف دادگاه قانون اساسی رسیدگی به تفسیر قواعد قانون اساسی، کنترل تطابق قوانین و آیین‌نامه‌های اداری با قانون اساسی و حل اختلافات مربوط به انتخابات قانونی می‌باشد. در رابطه با مورد دوم کنترل می‌تواند به صورت انتزاعی<sup>۱</sup> یا عینی<sup>۲</sup> باشد. درخواست کنترل انتزاعی می‌تواند از سوی یک

1. Le control abstrait.

2. Le control concret.

مقام اداری، یا مجمع ملی و یا دولت مطرح شود در حالی که درخواست کنترل عینی می‌تواند به دو صورت عنوان شود:

از جانب هر شخص که پرونده‌ای در محاکم دارد که در این صورت محکمه می‌تواند ادعای او را رأساً رد کند و یا اینکه آن را برای رسیدگی به دادگاه قانون اساسی ارجاع دهد.

هر محکمه می‌تواند هر گاه در جریان رسیدگی به یک پرونده تشخیص دهد یک قانون یا مقرر بر خلاف قانون اساسی می‌باشد رأساً موضوع را جهت بررسی به دادگاه قانون اساسی ارجاع نماید. در این صورت رسیدگی به پرونده مربوطه منوط به اتخاذ تصمیم دادگاه قانون اساسی خواهد بود.

به موجب ماده ۱۷۳ قانون اساسی آرای صادره از دادگاه قانون اساسی قطعی‌اند. بررسی سوابق رسیدگی دادگاه قانون اساسی در کویت حاکی از آن است که این مرجع تمایل چندانی به اعمال کنترل بر قوانین صادره از پارلمان نداشته است و با برقراری شرایطی، محدودیتهایی را برای چنین رسیدگی به وجود آورده است. به علاوه در مواردی هم که دادگاه قانون اساسی به موضوع رسیدگی نموده تنها در موارد مشهود و کاملاً بی‌ابهام، مغایرت قانونی با قانون اساسی را اعلام داشته است. برعکس در مورد مقررات و دستورات دارای منشأ اداری و قانونی بودن آنها فعالانه عمل نموده است (Elassar, 1998: 257).

۱-۱-۹. مصر: در کشور مصر که قانون اساسی جدید آن در ۱۹۷۱ به تصویب رسیده است دیوان عالی قانون اساسی<sup>۱</sup> تأسیس شده به موجب قانون شماره ۴۸ سال ۱۹۷۹ که مقرر آن در قاهره بوده (ماده ۱۷۴ قانون اساسی) و دارای قضاتی غیر قابل عزل می‌باشد (ماده ۱۷۷ قانون اساسی)، وظیفه کنترل اجرای قانون اساسی را بر عهده دارد.<sup>۲</sup>

1. La Haute Cour Constitutionnelle.

قبلاً و به موجب قانون شماره ۸۱ سال ۱۹۶۹ مرجعی به نام L Organe juridictionnel supreme عهده‌دار این امر بود.

۲. وظایف دیگر این دیوان عبارتند از: ۱- تفسیر مقررات قوانین پارلمانی همچنین تصویب نامه‌های دولتی که قوت قانونی دارند. ۲- اتخاذ تصمیم مقتضی در جریان اختلافات صلاحیتی بین حوزه‌های قضایی خصوصاً بین مراجع قضایی عادی و مراجع اداری (به نقل از: Refaat, 1998: 235).

احکام صادره از دیوان که باید به وسیله ۷ قاضی صادر شوند<sup>۱</sup> قطعی و غیر قابل تجدیدنظر بوده و داری اعتبار امر مختومه می‌باشد و در روزنامه رسمی کشور درج می‌گردد. این دیوان مرجع انحصاری کنترل اجرای قانون اساسی می‌باشد (ماده ۱۷۵ قانون اساسی) و محاکم دیگر چنین صلاحیتی را ندارند. ارائه درخواست رسیدگی از دیوان به طور مستقیم و به وسیله شخص یا گروهی از اشخاص امکان‌پذیر نمی‌باشد بلکه محدود به موارد ذیل می‌باشد:

- چنانچه در جریان رسیدگی به پرونده‌ای در یکی از محاکم، ادعای عدم تطابق قانونی با قانون اساسی مطرح شود در این صورت دادگاه در صورتی که ادعا را مقرون به صحت تشخیص دهد مهلت ۳ ماهه‌ای به مدعی برای طرح ادعایش در دیوان را می‌دهد. اگر ظرف ۳ ماه اقدام نشد ادعای مربوطه رد می‌شود؛

- خود محاکم می‌توانند در جریان رسیدگی به یک پرونده در صورت احراز عدم مطابقت قانون حاکم بر موضوع با قانون اساسی پرونده را به حالت تعلیق درآورده و موضوع را برای رسیدگی به دیوان ارجاع نمایند؛

- خود دیوان نیز می‌توانند در جریان رسیدگی به یکی از مواردی که در صلاحیتش است موضوع عدم تطابق قانون با قانون اساسی را رأساً بررسی نماید (Refaat, 1998: 237).

به عنوان مثالی از عملکرد دیوان، می‌توان به تصمیم متخذه در ۱۶ می ۱۹۸۷ اشاره نمود که به موجب آن دیوان، عدم مطابقت قانون انتخابات پارلمان را با ماده ۶۲ قانون اساسی که برای هر شخصی حق کاندیدا شدن را قائل شده بود و همچنین ماده ۴۰ قانون اساسی که اصل برابری افراد را مقرر می‌داشت، به دلیل اعمال بررسی در لیستهای انتخاباتی احزاب، اعلام نمود (Ibid: 239).

۱-۱-۱۰. لبنان: این کشور نیز به تبعیت از کشور فرانسه، دارای شورای قانون

۱. این قضات از بین قضات فعلی دادگاه عالی قانون اساسی، اعضای انجمنهای قضایی (Les orders juridictionnels) (فعلی یا قبلی) که پنج سال سابقه کار مشاور (conseiller) داشته باشند، اساتید حقوق دانشگاههای مصر که هشت سال پی‌درپی عنوان پروفیسوری را اخذ نموده باشند و وکلای شاغل در دیوان عالی کشور دیوان عالی اداری، دارای ده سال سابقه کار انتخاب می‌شوند. رئیس دیوان نیز به وسیله رئیس جمهور انتخاب می‌شود.

اساسی می‌باشد که تنها مقامات عمومی کشور حق رجوع به آن را دارند و اشخاص عادی چه مستقیماً و چه به مناسبت طرح دعوی در مراجع دادگستری حق درخواست رسیدگی از این مرجع را ندارند. تأسیس این شورا صریحاً در سند طائف ۲۲ اکتبر ۱۹۸۹ و قانون اساسی ۱۹۹۰ پیش‌بینی شده است. بنابراین آمار رسیدگی‌های این مرجع بسته به آگاهی و اشتیاق مسئولین سیاسی کشور می‌باشد. پنج نفر از اعضای شورای قانون اساسی لبنان به وسیله مجلس نمایندگان و پنج نفر دیگر به وسیله شورای وزیران انتخاب می‌شوند. این اعضا پس از انتخاب شدن رئیس و نایب رئیس خود را تعیین می‌نمایند. درخواست رسیدگی می‌تواند به وسیله رئیس جمهور، رئیس شورای وزیران، رئیس مجلس نمایندگان و یا شش نماینده مطرح گردد. تا کنون عملاً نمایندگان مجلس از این اختیار استفاده نموده‌اند آن هم برای جلوگیری از نافذ شدن رأی اکثریت به تصویب قانونی خلاف قانون اساسی. مع ذلک یکی از تفاوت‌های شورای قانون اساسی لبنان با مشابه آن در فرانسه این است که کنترل قانون اساسی در لبنان بعد از انتشار قانون در روزنامه رسمی به عمل می‌آید. شورای قانون اساسی می‌تواند اجرای قانون مورد اعتراض را تا زمان اتخاذ تصمیم خود معلق نماید. البته با صدور رأی شورای قانون اساسی مبنی بر وارد بودن اعتراض، قانون موضوع رسیدگی کأن لم یکن و از ابتدا باطل تلقی می‌گردد و این عطف به ماسبق شدن ممکن است به حقوق مکتسبه لطمه وارد آورد (Gannage, 1998: 266).

تصمیمات شورا قطعی و غیر قابل تجدیدنظر می‌باشد.

۲-۱. دیگر مراجع: در بعضی از کشورها با پذیرش امکان رسیدگی به ادعای مغایرت قانون عادی با قانون اساسی، دادگاه خاصی در این رابطه تأسیس نشده، بلکه مراجع قضایی عادی عهده‌دار چنین رسیدگی می‌باشند مثل کشورهای ژاپن، ایالات متحده آمریکا، سوئیس، پاکستان و امارات متحده عربی.

۱-۲-۱. ژاپن: در کشور ژاپن که قوانین باید به تصویب مجلسین مرکب از «مجلس نمایندگان» و «مجلس مشاوران» برسد (اصل ۴۲)، «قانون اساسی قانون برتر تلقی می‌شود و هر گونه قانون، تصویب‌نامه، فرمان سلطنتی، یا دیگر اعمال حکومتی بر خلاف قانون اساسی فاقد اثر قانونی و بی اعتبار هستند» (اصل ۹۰).

به موجب اصل ۸۱ قانون اساسی ۱۹۴۶ دیوان عالی<sup>۱</sup> «آخرین مرجع قضایی و مسئول تشخیص انطباق قوانین، فرمانها، مقررات و تصویب‌نامه‌ها با قانون اساسی می‌باشد». همچنین به موجب اصل ۱۷۹ قانون اساسی این کشور «دیوان عالی از رئیس و تعدادی قضات که به موجب قانون انتخاب می‌شوند، تشکیل می‌گردد. قضات مزبور به استثنای رئیس دیوان، توسط هیئت وزیران منصوب خواهند شد. پس از انتصاب قضات دیوان عالی کشور، مردم در نخستین انتخاب عمومی مجلس نمایندگان، انتصاب آنها را مورد تجدیدنظر قرار خواهند داد و به همین نحو پس از یک دوره ۱۰ ساله در اولین انتخابات عمومی مجلس نمایندگان بار دیگر تجدیدنظر صورت می‌گیرد». این دیوان در موارد مرجوعه بسیار محافظه کارانه عمل نموده و تنها در موارد معدودی عدم مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی را اعلام داشته است (Fromont, 1994: 136).

۲-۲-۱. ایالات متحده آمریکا: کشور ایالات متحده آمریکا یک کشور کامن‌لا تلقی می‌شود و در واقع کامن‌لا و انصاف منبع مهم حقوق هستند که قانون هم در کنار آنها ایجاد و متحول شده است.

در ایالات متحده آمریکا که دارای حکومت فدرال است کلیه قوانین فدرال و ایالتی<sup>۳</sup> باید مطابق با قانون اساسی که یک منبع خاص و مهم حقوق در این کشور است، وضع شوند.<sup>۴</sup> بر خلاف تلقی که در کشورهای کامن‌لا از قانون به عنوان

1. La cour supreme.

۲. بعد از جنگ جهانی دوم حقوق عمومی این کشور شدیداً از ایالات متحده آمریکا تأثیر پذیرفته که مصداق بارز آن برقراری نظارت قضایی بر تطابق قوانین عادی بر قانون اساسی بوده است. مع ذلک در کشور ژاپن کماکان رجوع به مراجع قضایی از سوی ژاپنها یک امر استثنایی تلقی می‌گردد و اگر هم دعوی طرح شود معمولاً در همان مراحل ابتدایی از طریق پروسه سازش حل و فصل می‌گردد (fromont, 1994: 9).

۳. به موجب اصلاحیه دهم وارده بر قانون اساسی این کشور مصوب ۱۷۹۱ «اختیاراتی که قانون اساسی به ایالات متحده تفویض نمی‌کند و ایالات را از اعمال آنها ممنوع نمی‌دارد مخصوص هر یک از ایالات یا از آن ملت است». در این کشور قانونگذار ایالتی در تمام مواد صلاحیت وضع قانون دارد جز در مواردی که از اختیارات قانونگذار فدرال است.

۴. قابل ذکر است که در این کشور هر یک از ایالات قانون اساسی خاص خود را دارند که نباید مغایر با قانون اساسی فدرال باشد و کلیه قوانین ایالتی باید در چارچوب قانون اساسی ایالتی تنظیم شوند. دادگاه عالی هر ایالت صلاحیت رسیدگی به تطابق قوانین ایالتی با قانون اساسی آن ایالت را دارد.

وسيله‌ای صرفاً برای اعمال اضافات یا تصحیحات بر حقوق وجود دارد<sup>۱</sup> در آمریکا قانون اساسی (قانون اساسی ۱۷۸۷ و ۲۶ تکمله آن) قانون بنیادی کشور تلقی می‌شود و نمی‌توان به آن به صورت فرعی نگریست یا تفسیر مضیق بر آن اعمال نمود. تمام محاکم باید از اجرای قوانین ایالتی یا فدرال که مغایر قانون اساسی فدرال یا قانون اساسی ایالتی باشند خودداری نمایند و تمام آراییی که مبنی بر مغایرت یک قانون با قانون اساسی صادر می‌شوند قابل تجدیدنظر در دیوان عالی فدرال می‌باشند. دیوان عالی ایالات متحده آمریکا<sup>۲</sup> که از نه قاضی تعیین شده به وسیله رئیس جمهور و تأیید شده به وسیله پارلمان تشکیل شده است،<sup>۳</sup> از سال ۱۸۰۳ در پی رسیدگی به دعوی مربوری علیه مدیسن<sup>۴</sup> صلاحیت رسیدگی به ادعاهای مطروحه در رابطه با مغایرت قوانین عادی با قانون اساسی فدرال را بر عهده دارد هر چند هیچ قانونی که صراحتاً این امر را مقرر نموده باشد، وجود ندارد.

موضوع پرونده مذکور از این قرار بود که جان آدامز رئیس جمهور آمریکا قبل از اتمام دوره ریاست جمهوری‌اش مربوری را طی حکمی به عنوان قاضی صلح در ناحیه فدرال منصوب نمود. زمانی که رئیس جمهور جدید شروع به کار نمود، این حکم پس از تأیید سنا به مهر ایالات متحده نیز مهور شده بود. مع ذلک وزیر جدید به نام مدیسن از ارسال حکم مربوری امتناع می‌نمود. مربوری از دیوان عالی درخواست نمود تا با توجه به قانون مصوب ۱۷۸۹ و «مقرره مندوس»<sup>۵</sup> که به موجب

۱. در واقع در کشورهای کامن‌لا که مصداق بارز آن کشورهای انگلستان، ایرلند، ایالات متحده آمریکا، کانادا، استرالیا و نیوزلند می‌باشند منبع درجه اول حقوق رویه قضایی می‌باشد و به طور سنتی قانون تنها برای تکمیل یا تصحیح کامن‌لا وارد عمل می‌شود و با توجه به نقش فرعی‌اش باید به صورت مضیق تفسیر گردد. این در حالی است که در کشورهای موسوم به رومی-ژرمنی مثل کشور فرانسه قانون نقش درجه اول در معرفی قواعد حقوقی را داشته و قضات موظفند در دعوی مطروحه بر اساس قواعد کلی حقوقی وضع شده توسط قانونگذار مبادرت به صدور رأی نمایند و تنها در صورت نقص، ابهام و اجمال قانون به منابع دیگر حقوقی از جمله رویه قضایی مراجعه می‌نمایند.

2. La Cour Supreme des Etats-Unis.  
۳. این قضات برای تمام عمر در این سمت انجام وظیفه می‌نمایند و تنها به درخواست خودشان بازنشسته می‌شوند.  
4. Marbury v. Madison.  
5. Writ of mandamus.

آن دادگاه فرد یا هیئتی را به ایفای وظایفش اجبار می‌نماید، مدیسن مکلف به ابلاغ حکم انتصاب وی شود. دیوان عالی نهایتاً اعلام داشت که مربوری طبق قانون و به طور قطعی به قضاوت منصوب شده و محق به اخذ حکم انتصاب خود می‌باشد. همچنین دادگاه اذعان نمود که ابلاغ حکم از اختیارات مطلق رئیس جمهور و وزیر او نمی‌باشد. مع ذلک دیوان با اذعان بر صلاحیت اصلی‌اش به موجب قانون اساسی به عنوان یک دادگاه استینافی، خود را دارای صلاحیت برای صدور چنین دستوری ندانست و قانون دادرسی ۱۷۸۹ که مجوز رجوع مستقیم اشخاص به دیوان عالی را برای صدور دستور به مقامات اداری صادر نموده بود، بر خلاف قانون اساسی تلقی نمود (صفایی، ۱۳۷۶: ۲۸۱). بعدها این روند تثبیت شد و از جمله در پرونده «رو علیه وید» در رابطه با تعیین مجازات جنایی برای زنی که سقط جنین نموده بود، دیوان عالی فدرال مغایرت قانونی ایالتی را که سقط جنین را به شدت محدود و مجازات می‌نمود، به دلیل مغایرت با مقرره الحاقیه چهارم قانون اساسی فدرال که رعایت «حق برخورداری از زندگی خصوصی»<sup>۱</sup> را الزامی دانسته، باطل اعلام نمود (شیروی، ۱۳۸۴: ۱۹۰).

از طرفی در آمریکا قوانین موضوعه فدرال و معاهدات ارزش برابر دارند و معاهدات نیز نباید مغایر قانون اساسی فدرال باشند. به عبارت دیگر معاهده منعقد بین ایالات متحده آمریکا با کشوری دیگر چنانچه دارای مقرره‌ای مغایر قانون اساسی فدرال باشد اجرای آن در دیوان عالی فدرال در ایالات متحده آمریکا رد می‌شود.

قابل ذکر است برای چنین رسیدگی بر خلاف آنچه در کشورهای مثل آلمان پذیرفته شده لازم است دعوایی طرح شده باشد و در جریان آن اجرای قانونی به دلیل مغایرت با قانون اساسی زیر سؤال برود. دادگاه عالی در قضیه رید علیه کورت<sup>۲</sup> رأی صادره بر اساس عهدنامه منعقد بین انگلستان و ایالات متحده آمریکا را که مقرر دهنده امری خلاف قانون اساسی آمریکا بود، رد نمود. در این پرونده یک زن آمریکایی که شوهر نظامی آمریکایی خود را در انگلستان به قتل رسانده بود در دادگاه نظامی آمریکایی که حسب معاهده منعقد بین دو کشور صلاحیت

1. Right to privacy.  
2. Reid v. Covert.

رسیدگی داشت محاکمه شد. متهم معترض بود که حسب قانون اساسی ۱۸۷۸ آمریکا و قانون Bill of rights باید محاکمه با حضور هیئت منصفه غیر نظامی برگزار گردد و عهدنامه منعقد نمی‌تواند ناسخ قانون اساسی باشد. این استدلال مورد پذیرش دیوان عالی آمریکا قرار گرفت (تقی‌زاده انصاری، ۱۳۸۳: ۵۵).

آرای صادره به وسیله دادگاه عالی ایالات متحده آمریکا برای مقامات سیاسی لازم‌الاجرا هستند و تنها خود دیوان صلاحیت عدول از نظریات قبلی خود را دارد.<sup>۱</sup>

۳-۲-۱. سوئیس: در کشور سوئیس که طبق قانون اساسی ۱۸۴۸ و اصلاحیه‌های بعدی کنفدراسیونی متشکل از ۱۹ کانتون می‌باشد<sup>۲</sup> سیستمی مشابه ایالات متحده آمریکا برای کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی اتخاذ شده است. در این کشور دادگاههای فدرال که حافظ قانون اساسی تلقی می‌شوند و دارای ۲۶ تا ۲۸ قاضی اصلی و ۱۱ تا ۱۳ عضو علی‌البدل منتخب مجامع فدرال برای مدت شش سال می‌باشند، می‌توانند قانون یا عمل اداری یک کانتون را ناقض قانون اساسی فدرال یا حتی قانون اساسی کانتون اعلام نمایند. مع ذلک این دادگاه صلاحیت ندارد مغایرت یک قانون فدرال با قانون اساسی فدرال را اعلام نماید و این امر در صلاحیت مجمع فدرال<sup>۳</sup> می‌باشد در حالی که دادگاه عالی فدرال در ایالات متحده

۱. در انگلستان حقوق عمومی دربردارنده حقوق اساسی به معنای فرانسوی آن نیست و بر خلاف آمریکا قانون اساسی نوشته وجود ندارد. قوانین حاکم بر نهادهای عالی پادشاهی بریتانیا و ایرلند شمالی قواعد کامن‌لا و قواعد قانونی هستند که در مرتبه‌ای بالاتر از قواعد حاکم بر دیگر شاخه‌های حقوق قرار ندارند. به طور صریح حقوق اساسی بریتانیا را می‌توان در یک عبارت تشریح نمود: پارلمان قدرت حاکم است یعنی این نهاد نمی‌تواند خود را متکی بر آینده نماید و قواعدش غیر قابل کنترل به وسیله هر مقام بریتانیایی است. اصل نظارت دادگاهها بر تطابق قوانین عادی با قانون اساسی پذیرفته نشده است. در این کشور تفکیک رسمی بین قانون اساسی و قانون عادی وجود ندارد و لذا موضوع کنترل مطابقت قوانین مصوب پارلمان با قواعد حقوق اساسی نوشته یا غیر مدون اصلاً مطرح نمی‌شود. به این ترتیب انگلستان از معدود کشورهای غربی است که چنین کنترلی را اعمال نمی‌نماید (صفایی، ۱۳۷۶: ۲۶۱؛ ۶۸، ۸۳؛ Fromont, 1994).

۲. به موجب ماده ۳ قانون اساسی سوئیس «حاکمیت کانتونها در چارچوب محدودیتهای مقرر در قانون اساسی فدرال اعمال می‌شود و لذا آنها از تمام حقوق به جز آنچه در محدودیت سیستم فدرال است برخوردارند».

3. Federal Assembly.

آمریکا با توجه به اختیارات وسیع خود می‌تواند هرگونه قوانین صادره از کنگره، هر دستورالعمل اجرایی و هر قانون ایالتی را به سبب مغایرت با قانون اساسی ملغی‌الاثرب اعلام نماید. همچنین بر خلاف دادگاه عالی فدرال در ایالات متحده آمریکا که دارای شعب محلی و منطقه‌ای می‌باشد دادگاه فدرال سوئیس دارای شعب در کانتونها نیست (Bhagwan, 1989: 37).

۴-۲-۱. پاکستان: در کشور پاکستان قوانین مغایر با قانون اساسی باطل می‌باشند و دیوان عالی کشور که رئیس آن توسط رئیس جمهور و قضاتش پس از مشورت با رئیس دیوان تعیین می‌شوند، در این رابطه تصمیم‌گیری خواهد نمود.

۵-۲-۱. امارات متحده عربی: در امارات متحده عربی<sup>۱</sup> نظارت بر تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی مصوب دسامبر ۱۹۷۱ با یک مرجع قضایی به نام دیوان عالی اتحاد دارای یک رئیس و حداکثر پنج قاضی می‌باشد. در صورت صدور حکمی از این مرجع مبنی بر اعلام مغایرت قانون اتحاد با قانون اساسی و یا مخالفت قانون محلی با قانون اتحاد یا قانون اساسی اتحاد موظف به رفع مغایرت می‌باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۴: ۲۷۷).

## ۲. نظارت قبل از انتشار و اجرای قانون

در تعدادی از کشورها این امکان به وجود آمده تا قبل از این که قانونی منتشر شده و به مرحله اجرا درآید مطابقت آن با قانون اساسی مورد رسیدگی واقع شود. نمونه بارز اتخاذ این رویه در کشورهای فرانسه و جمهوری اسلامی ایران قابل ملاحظه می‌باشد.

۱-۲. فرانسه: در کشور فرانسه، پارلمان متشکل از مجلس نمایندگان و مجلس سنا می‌باشد. لوایح قانونی تهیه‌شده به وسیله نخست‌وزیر پس از تأیید هیئت دولت و شورای دولتی برای بررسی و تصویب به پارلمان ارجاع می‌شود. به علاوه نمایندگان پارلمان نیز می‌توانند پیشنهادات قانونی خود را در قالب طرح قانونی مطرح نمایند. به

۱. متشکل از امارات ابوظبی، دبی، شارجه، عمان، ام‌القرین، فجیره و رأس‌الخیمه.

هر حال برای تصویب یک قانون توافق هر دو مجلس لازم است. پس از تأیید پارلمان، قانون مصوب برای توشیح رئیس جمهور ارسال می‌گردد تا ظرف دو هفته آن را امضا نماید یا برای بازبینی به پارلمان عودت دهد. پس از امضای رئیس جمهور قانون در روزنامه رسمی منتشر و در پاریس، یک روز پس از انتشار و در سایر مناطق یک روز پس از وصول روزنامه به هر استان لازم‌الاجرا خواهد بود.

در فرانسه نوع خاصی از نظارت بر اجرای قانون اساسی از طریق تأسیس نهادی به نام شورای قانون اساسی<sup>۱</sup> پیش‌بینی شده است. به موجب ماده ۶۱ قانون اساسی فرانسه قوانین موسوم به قوانین ارگانیک<sup>۲</sup> و مقررات داخلی مجلس ملی و سنا باید حتماً قبل از اجرا از جهت مطابقت با قانون اساسی مورد تأیید شورای قانون اساسی قرار گیرند در حالی که بررسی انطباق دیگر قوانین با قانون اساسی الزامی نیست. بررسی قبل از انتشار و اجرای این گونه قوانین می‌تواند به وسیله رئیس جمهور یا نخست‌وزیر یا رئیس مجلس ملی یا رئیس مجلس سنا یا شصت نفر از نمایندگان مجلس ملی یا شصت نفر از سناتورها از شورای قانون اساسی درخواست شود. بنابراین اگر چنین درخواستی صورت نگیرد قانون مصوب پارلمان قابل انتشار و اجرا می‌باشد در حالی که قوانین گروه اول باید از صافی بررسی شورای قانون اساسی عبور نمایند.

شورای قانون اساسی نه عضو انتصابی دارد که به مدت نه سال فعالیت می‌نمایند و به وسیله رئیس جمهور، رئیس مجلس ملی و رئیس مجلس سنا (هر یک سه عضو) منصوب می‌شوند (بدون حق تجدید عضویت) هر سه سال یک مرتبه یک سوم آنها تغییر می‌یابند. به علاوه تمام رؤسای جمهور قبلی فرانسه عضو

1. Le conseil constitutionnel.
2. Les lois organiques.

قانون ارگانیک قانونی است که بر مبنای درخواست صریح قانونگذار اساسی برای تکمیل یا تشریح مقررات قانون اساسی توسط قوه مقننه تصویب می‌گردد. فرایند تصویب این قوانین از فرایند بازنگری قانون اساسی آسانتر اما از فرایند تصویب قوانین عادی مشکل‌تر است. در حقوق اساسی جمهوری پنجم این دسته از قوانین، ارزش هنجاری پایین‌تر از قانون اساسی و بالاتر از قانون عادی دارند (به نقل از: تقی‌زاده، ۱۳۸۵: ۱۱۶، زیرنویس ۲).

مادام‌العمر این شورا می‌باشند (حسنی، ۱۳۶۹: ۱۰۴). این رسیدگی فارغ از هرگونه دعوی و منازعه و قبل از توشیح قانون انجام می‌شود و به هیچ وجه معادل دادگاه قانون اساسی در بعضی کشورهای دیگر نمی‌باشد.

کنترل اجرای قانون اساسی در فرانسه از این جهت ناکافی به نظر رسیده که تنها در حد فاصل بین تصویب یک قانون در مجلس و امضای آن به وسیله رئیس جمهور رسیدگی شورای قانون اساسی آن هم بنا به درخواست برخی مقامات انجام‌پذیر می‌باشد. به این ترتیب قوانین قبلی و احکام و اعمال اداری تحت چنین نظارتی قرار ندارند (Fromont, 1994: 140).<sup>۱</sup> همچنین نه افراد معمولی و نه محاکم قضایی حق مراجعه به آن برای طرح ادعای مغایرت قانونی عادی با قانون اساسی را ندارند (Bhagwan, 1989: 14).

۲-۲. جمهوری اسلامی ایران: در جمهوری اسلامی ایران بر طبق اصل ۷۱ قانون اساسی ۱۳۵۸ «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع نماید» از طرفی به موجب اصل ۷۲ قانون اساسی «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد».

در رابطه با کنترل تحقق این انطباق، نهادی به نام شورای نگهبان تأسیس شده است. به موجب اصل ۹۱ قانون اساسی «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها شورایی به نام شورای نگهبان... تشکیل می‌شود». و در تأکید بر اهمیت وجودی این نهاد اصل ۹۳ قانون اساسی مقرر داشته: «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان، اعتبار قانونی ندارد مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر

۱. به طور کلی وظایف شورای قانون اساسی فرانسه عبارتند از: ۱- بررسی و کنترل قانونی بودن انتخابات ریاست جمهوری، اعلام بلاتصدی بودن پست ریاست جمهوری به هر دلیل، تصمیم‌گیری در مواردی که انتخابات پارلمانی مورد اعتراض واقع شده است. ۲- ارائه مشاوره در رابطه با مطابقت قوانین ارگانیک و دستورالعملهای مجالس قبل از اجرا شدن. ۳- ارائه مشاوره به رئیس جمهور در موارد اضطراری و اتخاذ راه‌های مناسب. ۴- کنترل مطابقت یک معاهده بین‌المللی، یک قانونی که باید منتشر شود و همچنین حل اختلافات صلاحیتی بین دولت و پارلمان.



حقوقدان اعضای شورای نگهبان». اعضای این شورا دوازده نفر متشکل از شش نفر فقیه و شش نفر حقوقدان می‌باشد.<sup>۱</sup> در مواردی که موضوع انطباق قانون مصوب مجلس با قانون اساسی مطرح باشد تمام اعضا در رأی گیری شرکت دارند.

به عنوان مثالی از عملکرد این نهاد می‌توان به نظر شورای نگهبان در مورد لایحه تأسیس وزارت معادن و فلزات مصوب کمیسیون صنایع و معادن مجلس مورخ ۱۳۶۰/۴/۲۵ اشاره نمود. در واقع به موجب تبصره ماده ۲ لایحه مورد بحث عنوان شده بود: «آیین‌نامه و مقررات مالی و معاملاتی و استخدامی یکنواخت برای شرکتها و واحدهای مذکور در ماده ۲ پس از تصویب هیئت وزیران به مورد اجرا گذاشته می‌شود». به نظر شورای نگهبان نظر به اینکه برخی از این مقررات جنبه قانونی داشته و باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد تا قابل اجرا باشد و در این تبصره به دخالت و تصویب مجلس شورای اسلامی اشاره‌ای نشده، مغایر قانون اساسی است (مهرپور، ۱۳۷۱: ۶۲).

لازم به ذکر است، در مواردی که بررسی قانون از لحاظ انطباق با موازین شرعی مطرح باشد مستنبط از اصل ۴ قانون اساسی بررسی موضوع در صلاحیت فقهای شورای نگهبان می‌باشد. در این رابطه می‌توان به نظر شورای نگهبان در مورد لایحه اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مورخ ۱۳۶۱/۶/۱۸ اشاره نمود. در واقع به موجب ماده ۲۹۱ آیین دادرسی کیفری مصوب مجلس مقرر شده بود: «در جرایمی که جنبه حق‌اللهی ندارند و مربوط به حقوق الناس می‌باشند دادگاههای کیفری می‌توانند در غیاب متهم، دادگاه را تشکیل و حکم مقتضی صادر نمایند. در مواردی که دادگاه غیاباً مبادرت به صدور حکم می‌نماید، هرگاه محکوم علیه غایب رأساً به حکم غیابی اعتراض نماید دادگاه صادرکننده حکم غیابی مکلف است حقوق متهم غایب را در خصوص داشتن حق اعتراض، به نامبرده ابلاغ نماید. بعد از ابلاغ مراتب اعم از اینکه اعتراض از ناحیه محکوم علیه غایب واصل شده یا نشده باشد دادگاه اتخاذ تصمیم خواهد نمود. در این صورت حکم دادگاه قطعی و

۱. انتخاب فقها مستقیماً از سوی مقام معظم رهبری و انتخاب حقوقدانان با پیشنهاد رئیس قوه قضائیه و با رأی مجلس شورای اسلامی خواهد بود. دوره عضویت اعضا شش سال است.

حضور محسوب است. «فقهای شورای نگهبان این مصوبه را مطابق موازین شرعی ندانسته و اعلام داشتند: «... به علت اینکه حکم غیابی بر خلاف قاعده فقهی (الغائب علی حجتہ) می‌باشد از نظر شرعی به تأیید اکثریت آقایان فقهای شورای نگهبان نرسید. به علاوه در احکام غیابی وقتی محکوم به، به محکوم له تسلیم می‌شود باید از نامبرده تأمین متناسب اخذ شود (همان: ۲۳۶-۲۳۷).

مطابق اصل ۹۴ قانون اساسی «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود، شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق با موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر بیند برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند...». این مدت برای مدت ده روز قابل تمدید است. چنانچه ظرف مدت قانونی اظهارنظر شورای نگهبان وصول نشود مصوبه مجلس قابلیت اجرا می‌یابد.<sup>۲</sup>

در جمهوری اسلامی ایران رسیدگی به شکایات علیه تصویب نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و دیگر نظامات و مقررات دولتی و شهرداریها که بر خلاف شرع یا قانون یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه صادر شده باشد در صلاحیت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌باشد. مثلاً در پرونده کلاسه ۱۳۸/۷۳ که منجر به صدور دادنامه شماره ۱۱۰ مورخ ۷۳/۹/۱۹ شده، شورای تأمین استان کردستان طی مصوبه ۷۲/۵/۱۹ مقرر نمود که دستگاه قضایی باید قبل از صدور هرگونه احکام در خصوص استرداد زمین و خلع ید در سطح استان با شورای تأمین هماهنگی نماید. با وصول درخواست ابطال مصوبه مذکور، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ۷۴/۲/۱۷ تصمیم شورای تأمین را از مصادیق مداخله آشکار قوه مجریه در وظایف و مسئولیتها و اقتدارات خاص قوه قضائیه و مغایر اصل تفکیک و استقلال قوا و خلاف قانون اساسی (اصل ۵۷) تشخیص داده و آن را ابطال نموده است (ر.ک: مدنی، ۱۳۷۶: ۱۶۸).

۱. در مورد طرحها یا لوایح فوری به موجب اصل ۹۷ قانون اساسی اعضای شورای نگهبان باید در مجلس حضور یابند و پس از تصویب مجلس حداکثر ظرف ۲۴ ساعت اعلام نظر نمایند.  
 ۲. شورای نگهبان وظایف دیگری را نیز عهده‌دار است از جمله در رابطه با تفسیر قانون اساسی (اصل ۹۸ قانون اساسی)، نظارت بر انتخابات (اصل ۹۹ قانون اساسی).

قابل ذکر است به موجب اصل ۱۷۰ قانون اساسی «قضات دادگاهها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا نماید». رسیدگی به درخواست ابطال یک آیین‌نامه در هیئت عمومی دیوان رسیدگی می‌شود، مع ذلک در مواردی که موضوع غیر شرعی بودن آیین‌نامه مورد ادعا باشد دیوان موضوع را برای بررسی به شورای نگهبان می‌فرستد و بر مبنای نظر شورای نگهبان در رابطه با بطلان یا عدم بطلان آیین‌نامه تصمیم‌گیری خواهد نمود.<sup>۱</sup>

### نتیجه

نظارت بر انطباق قوانین عادی با قانون اساسی همواره از اهمیت خاصی برخوردار بوده است. مع ذلک در نحوه انجام چنین نظارتی اختلاف نظر وجود دارد.

در بعضی از کشورها چنین نظارتی یا بعد از اینکه قانون مصوب پارلمان طی تشریفات قانونی مقرر در هر کشور منتشر شد، رسمیت یافت و به مرحله اجرا درآمد به وسیله مراجع خاصی به نام دادگاه قانون اساسی متعاقب درخواست پاره‌ای مقامات، قضات محاکم و یا حتی هر شخص معمولی قابل اعمال می‌باشد یا اینکه مراجع قضایی عادی زیر نظر مرجع عالی قضایی عهده‌دار رسیدگی به شکایات مطروحه در رابطه با عدم مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی می‌باشند. این روش از این نظر که هر زمان امکان بررسی موضوع تطابق قانون عادی با قانون اساسی آن هم زیر نظر قضات باتجربه دادگاه قانون اساسی و یا مرجع عالی قضایی را میسر می‌سازد قابل دفاع است.

از طرفی مشاهده می‌شود که بعضی کشورها فقط قبل از انتشار و به مرحله اجرا درآمدن قانون مصوب پارلمان امکان بررسی مطابقت آن را با قانون اساسی پذیرفته‌اند مثل کشور فرانسه که مرجع خاصی را به نام شورای قانون اساسی برای

۱. ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب بهمن ۱۳۶۰، مجموعه قوانین روزنامه رسمی سال ۱۳۶۰، ص ۱۷۵.

چنین بررسی تعیین نموده و تنها در صورت درخواست مقامات خاصی شورای قانون اساسی وارد رسیدگی خواهد شد. مع ذلک چنانچه درخواستی در این مقطع ارائه نشود یا مرجع مذکور مطابقت قانون مصوب پارلمان را با قانون اساسی تأیید نماید، پس از انتشار و به مرحله اجرا درآمدن قانون، دیگر ادعای عدم مطابقت آن با قانون اساسی مسموع نخواهد بود. به نظر می‌رسد اتخاذ این روش نمی‌تواند نظارت مطلوب را میسر سازد؛ زیرا چه‌بسا در مرحله قبل از انتشار قانون به جهتی موضوع عدم رعایت قانون اساسی محسوس نبوده و یا مورد توجه مقامات صلاحیت‌دار برای طرح موضوع واقع نشود، ولی بعد از انتشار قانون مثلاً قاضی محکمه‌ای در جریان رسیدگی به پرونده‌ای احراز نماید قانون حاکم بر موضوع دعوی مغایر با قانون اساسی می‌باشد. در این صورت مطابق سیستم متخذه در کشورهایی مثل فرانسه امکان طرح موضوع وجود ندارد و قاضی مذکور نمی‌تواند به استناد این مغایرت از اجرای قانون حاکم امتناع نماید و مرجعی نیز برای انجام چنین رسیدگی پیش‌بینی نشده است.

بنابراین به نظر می‌رسد بهترین روش نظارت، برقراری سیستم نظارتی مرکب از دو روش فوق باشد به این ترتیب که قبل از انتشار و به مرحله اجرا درآمدن قانون، مرجعی برای کنترل مطابقت آن با قانون اساسی تعیین شود و بعد از انتشار قانون نیز این امکان در اختیار مراجع اجراکننده قوانین قرار داده شود تا در صورت تشکیک در مطابقت قانونی با قانون اساسی موضوع را در مرجعی تخصصی مطرح نمایند. به این ترتیب همواره می‌توان از اجرای قانون عادی خلاف قانون اساسی جلوگیری نمود.

۱. تقی‌زاده، جواد، «شورای قانون اساسی فرانسه و نظارت بر انتخابات پارلمانی»، *مجله اندیشه‌های حقوقی*، شماره دهم، بهار و تابستان ۱۳۸۵ ش.
۲. تقی‌زاده انصاری، مصطفی، *حقوق بین‌الملل* (ترجمه کتاب دومینیک کارو)، انتشارات دادگر، ۱۳۸۳ ش.
۳. حسنی، حسن، *مقامات عالی قوه مجریه در قانون اساسی ایران و فرانسه و مطالعه تطبیقی آنها*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۴. شیروی، عبدالحسین، *حقوق تطبیقی*، تهران، سمت، ۱۳۸۴ ش.
۵. صفایی، سیدحسن، *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام حقوقی معاصر* (ترجمه و تلخیص کتاب رنه داوید و کامی ژوفرهاسپینوزی)، تهران، دادگستر، ۱۳۷۶ ش.
۶. عمید زنجانی، عباسعلی، *حقوق اساسی تطبیقی*، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۷. مدنی، سیدجلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، تهران، پایدار، ۱۳۷۶ ش.
۸. مهرپور، حسین، *مجموعه نظرات شورای نگهبان*، دوره اول، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
9. Bhagwan, Vishnoo Bhushan Vidya, *World Constitutions*, Sterling Publishers Private Limited, 1989.
10. Elassar, Y., *Les Constitutions Des Pays Arabes-Le Control De La Constitutionlite Des Lois Au Koweit*, Colloque de Beyrouth, 1998.
11. Fromont, Michel, *Grands Systemes De Droit Etrangers*, 2eme ed., Dalloz, 1994.
12. Gannage, P., *Les Constitutions Des Pays Arabes -Le Conseil Constitutionnel Libanais*, Coloque de Beyrouth, 1998.
13. Refaat, Abdel-Wahab, *L Experience De La Haute Cour Constitutionnelle En Egypte*, Les constitutions des pays arabes, Colloque de Beyrouth, 1998.

## رویکردهای موسع و مضیق پیشگیری و آثار آن\*

□ دکتر شهرام ابراهیمی<sup>۱</sup>

□ استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز

### چکیده

بیشتر مردم در پاسخ به این پرسش که «چه برداشتی از پیشگیری دارند؟» بیان می‌دارند که این مفهوم، آنچنان از وضوح برخوردار است که حتی نیاز به تحقیق برای یافتن تعریف از آن احساس نمی‌شود. اغلب نیز پیشگیری را مفهوم مقابل سرکوبی می‌دانند. با وجود این، وقتی ادبیات قابل توجه مربوط به پیشگیری را بررسی می‌کنیم، به سرعت ملاحظه می‌کنیم که مفهوم «پیشگیری» چندان هم روشن و آشکار نمی‌باشد. در واقع به تعداد نویسندگانی که در پی تعریف این مفهوم برآمده‌اند، تعریف وجود دارد. اگر از تفاوت‌های فرعی بگذریم و تفاوت‌های اساسی را ملاک قرار دهیم، می‌توان در نوشته‌های اختصاص یافته به پیشگیری از بزهکار، دو جهت‌گیری کلی را ملاحظه کرد: رویکرد موسع که «هر اقدامی» در زمینه مبارزه با بزهکاری، حتی پاسخ‌های

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۱۲/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۶/۱۲.

1. shahramshiraz@yahoo.fr

کیفری (ضمانت اجراهای کیفری) و جبران خسارت از بزه‌دیدگان را پیشگیرانه محسوب می‌کند. در رویکرد مضیق، پیشگیری عبارت است از شیوه‌هایی غیر قهرآمیز که دولت جهت مهار بزهکاری، از طریق حذف یا محدودسازی عوامل جرم‌زا و نیز از طریق مدیریت مناسب عوامل محیط فیزیکی و اجتماعی که فرصتهای مناسب ارتکاب جرم را فراهم می‌کند، به کار می‌گیرد. در این مقاله به بررسی این دو رویکرد می‌پردازیم.

**واژگان کلیدی:** پیشگیری از جرم، مفهوم پیشگیری، رویکرد موسع، رویکرد مضیق.

### درآمد

در واژگان جامعه معاصر، برخی کلمات وجود دارند که سرشار از محتوای ایدئولوژیک و احساسی و عاطفی می‌باشند. آزادی، برابری، همبستگی، عدالت و... یا عباراتی از قبیل کرامت انسانی، حقوق بشر از این دسته می‌باشند.

امتیاز استعمال این کلمات این است که دارای چنان پویایی هستند که حتی ممکن است در شرایطی، موجب تحریک و شورش عده‌ای گردد. اما ایراد این دست عبارات، به ابهام آنها باز می‌گردد. عبارت پیشگیری از بزهکاری نیز از این ایراد مصون نمی‌باشد. هر ساله مؤسسه‌های جدیدی با عنوان و موضوع پیشگیری از جرم تأسیس می‌شود و هزینه‌های زیادی صرف اقدامات پیشگیرانه می‌شود، لیکن محدوده کار تعیین نمی‌گردد. به عنوان مثال، شورای اروپا به منظور مبارزه مؤثر با اشکال مختلف جرایم و افزایش حمایت از شهروندان در اروپا و تسهیل همکاری بین دولتها در این زمینه، برای دوره ۲۰۱۳-۲۰۰۷ سه سند جدید به تصویب رساند. میزان بودجه خاص برنامه «پیشگیری، آماده‌سازی و مدیریت» به ۱۴۰ میلیون یورو رسید. یک برنامه خاص نیز با عنوان «پیشگیری و مبارزه با بزهکاری» که هدف آن تضمین آزادی و امنیت شهروندان و حمایت از جامعه در برابر فعالیتهای مجرمانه، بویژه جرایم سازمان‌یافته فراملی، با بودجه ششصد میلیون یورو، به تصویب رسید.<sup>۱</sup>

همچنین امروزه کنشگران فعال در این حوزه، مردم را نسبت به پیشگیری از جرم حساس می‌کنند، فعالیتهای ورزشی و تفریحی سازماندهی می‌کنند، برای جوانان

1. A. J. Pénal, N 3, 2007, Mars 2007.

برنامه‌های ویدئویی اجرا می‌کنند، اما ارتباط بین این اعمال با عوامل بزهکاری، آشکار و مسلم نیست. از طرف دیگر، در اتخاذ یک تدبیر یا انجام یک اقدام پیشگیرانه، به داده‌های مربوط به ارزیابی نتایج آن، کمتر توجه می‌شود. هر کس بر اساس بینش و دریافت خود اقدام می‌کند و به شناخت و دانش خود از آن موضوع تکیه می‌کند. در کشور ما نیز به نام پیشگیری از جرم، انجمنهای جوانان و ستادهای مختلفی ایجاد شده است.<sup>۱</sup>

همچنین طرحهای متعددی تحت پوشش پیشگیری، تأمین بودجه می‌شود، در صورتی که هیچ کدام ارتباط مستقیمی با بزهکاری ندارد (DI Marino, 1999: 3535). ابتکارات و برنامه‌های جدید در زمینه پیشگیری از جرم نیز، چند سالی است که به طور جدی افزایش یافته است. همزمان با این اقدامات، بر کنشگرانی که دارای مأموریت پیشگیری هستند نیز افزوده می‌شود. قراردادهای محلی امنیت نیز، در برخی از کشورها از جمله فرانسه، به طور جدی از اقدامات پیشگیرانه حمایت می‌کند. با اختصاص دهها میلیارد دلار، مشاغلی از قبیل میانجیگری در محله‌ها و اجتماعات محلی، دستیاران پیشگیری، کمک مربیان در مدارس و... با محوریت پیشگیری ایجاد شده است. مأموریت این نیروها، حضور در اماکن ناامن است. این عده با تکیه بر اطلاعات خود از آن محله‌ها و اماکن، نسبت به مراقبت بر آن موقعیتهای، کمک به مردم دارای مشکل و مداخله در دعاوی و اختلافات به عنوان میانجیگری اقدام می‌کنند. به عنوان مثال، مرکز ملی پیشگیری از جرم در کانادا در سال ۲۰۰۰، نزدیک به شش میلیون دلار برای ۱۳۴ طرح اختصاص داد. این نوع از اقدامها، عمدتاً ناظر به گروههایی است که مستعد ورود به دنیای بزهکاری می‌باشند، لذا آموزشهایی مانند مهارتهای اجتماعی و حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات و نیز برنامه‌های فرهنگی، اجتماعی و ورزشی، به آنها ارائه می‌شود (Cusson, 2002: 8).

طرحهای دیگری نیز در مورد ارتقای امنیت گروههای در معرض خشونت

۱. قوة قضائیه، به موجب آیین‌نامه‌ای، در بیست و سوم مهر ماه سال ۱۳۸۳، ستاد حفاظت اجتماعی را با هدف پیشگیری تأسیس کرد که البته در سال ۱۳۸۵، به ستاد مردمی پیشگیری و حفاظت اجتماعی تغییر نام یافت (ر.ک: تعالی حقوق، ۱۳۸۶: ۴/۱۱).

مانند زنان و دانش‌آموزان می‌باشند.<sup>۱</sup> مثلاً زمانی که یک مربی به رشد اجتماعی و شخصی اطفال کمک می‌کند، آنها را در برابر وسوسه‌های بزهکاری مقاوم می‌کند (Borodin, 1977: 221). پلیس و نیروهای انتظامی نیز هنگامی که از اماکن عمومی مراقبت می‌کند یا به بزه‌دیدگان، در زمینه شیوه‌های محافظت از خود در برابر تعرضات و پرخاشگری جدید مشاوره می‌دهند و یا از برخورد و کشمکشهایی که ممکن است ایجاد شود، می‌کاهند، به نوعی از بزهکاری پیشگیری می‌کنند. همچنان که شرکتهای امنیت خصوصی نیز از طریق مراقبت و نگهبانی و سازوکارهای کنترل ورودیها و هشداردهنده‌ها، در پیشگیری از جرم مشارکت می‌کنند (Tournyol, 2006: 48). در واقع پیشگیری از جرم، گاهی آگاهانه و گاهی به طور ناخودآگاه، در محیطهای متعددی از قبیل منزل، مدرسه، شرکت، توسط مرییان، واحدهای تأمین امنیت، ادارات و پلیس، اعمال و اجرا می‌شود.

به طور کلی شیفتهگی کنونی به پیشگیری از جرم، به ناکارآمدی کیفر و سرکوبی و اقدامات قهرآمیز برمی‌گردد. اما برای اینکه یک اقدام دارای آثار پیشگیرانه باشد، صرف غیر قهرآمیز و تنبیهی بودن آن کفایت نمی‌کند.

همچنان که اکثر مردم نیز در پاسخ به این پرسش که «چه برداشتی از پیشگیری دارند؟» بیان می‌دارند که این مفهوم، آنچه از وضوح برخوردار است که حتی نیاز به تحقیق برای یافتن تعریف از آن احساس نمی‌شود. اغلب نیز پیشگیری را مفهوم مقابل سرکوبی می‌دانند. با وجود این، وقتی ادبیات قابل توجه مربوط به پیشگیری را بررسی می‌کنیم، ملاحظه می‌کنیم که مفهوم «پیشگیری» چندان هم روشن و آشکار نمی‌باشد. اما سؤال اصلی این است که آیا این اقدامات متنوع پیشگیرانه است؟ آیا می‌توان بر آنها عنوان پیشگیری اطلاق کرد؟

بدین ترتیب، تدوین، اجرا و موفقیت تدابیر پیشگیرانه به تعریفی که از پیشگیری ارائه می‌دهیم، بستگی دارد. قبل از هر چیز، باید پیشگیری از جرم را تعریف و از آشفتگی معناشناسی در این زمینه که موجب گردیده است، به هر عملی مانند

1. Conseils aux personnes âgées pour une sécurité citoyenne, service de La communication du ministère de l'intérieur, janvier 2005. www.interieur.gouv.fr

برگزاری کارگاههای هنری و نمایشی، کمک به بزه‌دیدگان، آوازخوانی، برنامه‌های اوقات فراغت در تابستان، بازسازی منازل مسکونی و تشکیل انجمنهای جوانان عنوان «پیشگیری» اطلاق گردد، جلوگیری کنیم. اما پیش از تعریف، به بررسی تاریخی مفهوم پیشگیری می‌پردازیم.

بررسی تاریخی مفهوم پیشگیری که ابتدا در حوزه پزشکی ظاهر شد، یعنی از خاستگاه تا تحولات اخیر، کار دشواری است. تاریخ امور اجتماعی، به خوبی شاهد انتقال مفاهیم بهداشت و سلامت، به حوزه امور اجتماعی می‌باشد. بنابراین، مفهوم پیشگیری از مدل سلامت عمومی سازمان بهداشت جهانی یعنی پیشگیری اولیه (مانعت از ظهور و بروز بیماری)، دومین (شناخت و شناسایی اولین نشانه‌ها و مبارزه با آن) و سومین (مراقبت بر عواقب) الهام گرفته است. آثار این تقسیم‌بندی را در قوانین می‌توان یافت.

البته در اغلب زمانها، پیشگیری یک مبنای ایدئولوژیک داشته و قبل از هر چیز، ابعاد اقتصادی و نظامی آن مد نظر بوده است. مفهوم پیشگیری پس از آن، در قرن نوزدهم، جهت رسیدن به یک طرح انسانی و مبتنی بر رفاه اجتماعی، بعد و جنبه اجتماعی با رنگ و بوی اخلاقی به خود گرفت.

ریشه‌های جرم‌شناسی پیشگیرانه را همانند جرم‌شناسی بالینی، که غایت آن پیشگیری از جرم است می‌توان در نخستین آثار جرم‌شناسی علمی مشاهده کرد (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸). انریکو فری، پس از بیان قانون اشباع جنایی و اعلام اینکه پیشگیری عمومی فاقد اثر می‌باشد، مجموعه‌ای از برنامه‌های پیشگیری که آنها را جایگزین کیفر یا هم‌ارزهای کیفر نامید، ارائه کرد. البته همه این مباحث که توسط انریکو فری ارائه شد، در حد یک پاراگراف بود. به عبارت دیگر فری یک نظریه عمومی در باب پیشگیری ارائه نکرد. اما از دهه ۱۹۳۰، همراه با مکتب شیکاگو، آرام آرام، وجود رشته جدیدی به نام جرم‌شناسی پیشگیرانه تأیید شد، به طوری که امروزه موضوع پیشگیری از جرم، باب روز و مرسوم شده است و ادبیات قابل توجهی در این زمینه وجود دارد و هر روز نیز بر تعداد کنگره‌ها و نشستهای پیشگیری از جرم در سطوح داخلی و بین‌المللی

افزوده می‌شود،<sup>۱</sup> هر چند هنوز همانند جرم‌شناسی بالینی نظام‌مند نشده است. بنابراین تحول مفهوم پیشگیری لاینفک از ارزشهای جامعه، تحول آن، جایگاهی که جامعه به فرد می‌دهد، یافته‌های علمی و به طور خاص جرم‌شناختی نمی‌باشد.<sup>۲</sup>

### ۱. تعریف پیشگیری

تعریف پیشگیری از بزهکاری، که در چند سال اخیر عمده ادبیات جرم‌شناسی را به خود اختصاص داده است، نحوه اجرا و توسعه تدابیر آن، از یک کشور به کشور دیگر فرق می‌کند (Jaily, 2003: 85). برخی آن را نوعی مداخله از طریق اتخاذ تدابیر برای جلوگیری یا کاهش خطرات ارتکاب یا کاهش نتایج احتمالی می‌دانند (Fourcaudot, 1991: 3). موریس کوسن، جرم‌شناس کانادایی، پیشگیری را چنین تعریف می‌کند: «اتخاذ تدابیر غیر کیفری، به منظور پیشگیری از تبدیل اندیشه مجرمانه به فعل، همراه با تغییر اوضاع و احوال خاصی که ممکن است در آن، جرم ارتکاب یابد» (Cusson, 2002: 3).<sup>۳</sup> بر اساس این تعریف، چنانچه بزهکار در محاسبه خود، میزان سود احتمالی را در مقایسه با تلاش و زحمت و نیز خطرات موجود، ضعیف بدانند، از ارتکاب جرم منصرف خواهد شد.

البته تعریف پیشگیری موضوع چندان آسانی هم نیست؛ زیرا غالب نویسندگان، به بررسی پیشگیری می‌پردازند، بدون آنکه از قبل، نسبت به تعریف و توجیه آن اقدام کنند. از سویی، اگر بخواهیم از متونی که به دنبال نقد و بررسی این موضوع بوده‌اند، استفاده کنیم، کار دشوارتر خواهد شد؛ زیرا این متون عموماً تعاریف بسیار متفاوتی از موضوع ارائه می‌دهند. هر چند که این یک مسئله قراردادی است. لذا در اینجا، ابتدا رویکردهای مختلف مربوط به پیشگیری در ادبیات جرم‌شناسی را ارائه می‌دهیم و در نهایت به تحلیل انتقادی آن می‌پردازیم.

۱. اولین همایش ملی پیشگیری از جرم در ایران در تاریخ ۱۰ و ۱۱ اسفند ۱۳۸۷ با ابتکار دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا برگزار شد.

2. *La prévention: Concept, politique, pratiques en débat*, sous la direction de Brigith Bouquel, L'Harmattan, 2005, p.12-15.

۳. این کتاب توسط صدیق بطحایی به زبان فارسی ترجمه و توسط انتشارات دادگستر منتشر شده است.

### ۲. بینشهای مختلف راجع به پیشگیری

در واقع به تعداد نویسندگانی که در پی تعریف این مفهوم برآمده‌اند، تعریف وجود دارد. اگر از تفاوت‌های فرعی بگذریم و تفاوت‌های اساسی را ملاک قرار دهیم، می‌توان در نوشته‌های اختصاص یافته به پیشگیری از بزهکاری، دو جهت‌گیری کلی را ملاحظه کرد: رویکرد موسع که «هر اقدامی» در زمینه مبارزه با بزهکاری، حتی پاسخهای کیفری (ضمانت اجراهای کیفری) و جبران خسارت از بزهدیدگان را پیشگیرانه محسوب می‌کند. در این رویکرد، در واقع فقط به نتیجه توجه می‌شود؛ یعنی هر روش، صرف نظر از محتوا، خواه کیفری، خواه غیر کیفری، که منجر به کاهش نرخ بزهکاری می‌شود (Cusson, 2007: 403).

به عبارت دیگر، اگر تدابیر اتخاذ شده فاقد اثر پیشگیرانه باشد، پیشگیرانه محسوب نخواهد شد.

### ۲-۱. رویکرد موسع (فراگیر)

بر اساس این بینش، هر آنچه در راستای مبارزه با بزهکاری به کار می‌رود، داخل در تعریف پیشگیری است. این نوع نگرش، ابتدا در اندیشه سیاست جنایی انریکو فری پدیدار شد. وی به آزادی اراده در ارتکاب عمل جنایی اعتقاد نداشت. به نظر وی، عوامل مختلف فردی و اجتماعی در این زمینه، نقش تعیین کننده دارد. فری از این بحث دو نتیجه می‌گرفت:

۱. «تدابیر دفاع فردی»<sup>۱</sup> که بر مبنای پیشگیری از تکرار و نه بر سزادهی استوار است، باید جایگزین کیفرهای کلاسیک گردد.

۲. پیشگیری عمومی را باید در تدابیر دفاع جمعی، جایگزینهای کیفر، یا هم‌ارزهای کیفر، که در جهت حذف یا کاهش عوامل اجتماعی بزهکاری طراحی شده است جستجو کرد و نه از طریق تهدید کیفر فاقد ارزش ارعابی.<sup>۲</sup> بنابراین مفهوم مورد نظر فری، یک مفهوم فراگیر و تمامیت‌خواه

1. Mesure de défense individuelle.

2. Ferri, E., *La sociologie criminelle*, p.313.

بوده است.<sup>۱</sup> زیرا نه فقط جایگزینهای کیفر، بلکه تدابیر فردی پیشگیری از تکرار را نیز در بر می‌گرفت.<sup>۲</sup>

این بینش فراگیر و تمامیت‌خواه از پیشگیری، سپس در «جنبش دفاع اجتماعی» (Gramatica, 1955: 3) هم دنبال شد. همچنان که در نوشته‌های برخی از جرم‌شناسان معاصر (Szabo, 1984: 437 à 444) و نیز تشکیل شورای پیشگیری یا مراکز پیشگیری برخی از کشورها از جمله فرانسه<sup>۳</sup> از زمان اصلاح ساختار تشکیلات آن در سال ۱۹۹۸، به وضوح این نگرش، مشاهده می‌شود.

اخیراً نیز این رویکرد فراگیر را در گزارش ارزیابی از برنامه‌های پیشگیری آمریکای شمالی که در سالهای ۱۹۹۷-۲۰۰۲، به درخواست کنگره آمریکا، توسط شرمن و همکارانش در دانشگاه مریلند انجام شد، می‌توان مشاهده کرد. این نویسندگان، بر اساس این اندیشه که پیشگیری یک هدف است، معتقد بودند که هر وسیله و ابزاری که برای دستیابی به این هدف به کار گرفته شود، باید به عنوان یک ابزار پیشگیرانه مورد توجه قرار گیرد؛ به عبارت دیگر اقدام پیشگیرانه، هر نوع اقدامی است که موجب

۱. گفتنی است، کتاب «جامعه‌شناسی جنایی» فری مشتمل بر جرم‌شناسی نظری و مجموعه انتقادهایی از حقوق موضوعه آن عصر و پیشنهادات اصلاحی بر مبنای این توضیحات (جرم‌شناسی کاربردی) است. فصل اول و دوم کتاب، به ترتیب به «انسان‌شناسی جنایی» و «آمار جنایی» اختصاص یافته است، حال آنکه فصل چهارم و آخر به اصلاحات عملی حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری پرداخته است. فصل سوم به مسئولیت کیفری به عنوان نقطه‌ای بین جرم‌شناسی نظری و جرم‌شناسی کاربردی اختصاص یافته است.

۲. فری بزهداران را به پنج دسته تقسیم می‌کند و برای هر دسته سیاست جنایی خاص آنها را ارائه می‌دهد. به عنوان نمونه، نسبت به بزهداران به عادت، خنثی‌سازی، نسبت به بزهداران اتفاقی، یعنی بخش عمده بزهداران، که به دلیل فشار زیاد شرایط اجتماعی نامناسب بر شخصیت و ساختار بیولوژیک و نیز به دلیل عدم پایداری و استقامت در مقابل یک وسوسه، مرتکب جرم شده‌اند، سیاست جنایی مبتنی بر باز اجتماعی کردن و نسبت به بزهداران احساسی، جبران خسارت از طرف آنها را پیشنهاد می‌کند. در نظر فری، جبرگرایی، برابر با تقدیرگرایی نیست و مجرم بالفطره تقدیراً محکوم به ارتکاب جرم نمی‌باشد؛ زیرا عوامل اجتماعی می‌تواند از آن جلوگیری کند. همچنین، سیاست جنایی پیشنهادی وی نسبت به مبتلایان به بیماریهای روانی، فردی کردن ضمانت اجراهای کیفری بر محور خنثی‌سازی است.

3. Commission des maires sur la sécurité (rapport Bonnemaison): *Face à la délinquance; prévention, répression, solidarité*, 1982.

کاهش میزان جرم در آینده گردد. نتیجه اینکه بر اساس نظر نویسندگان، ضمانت اجراهای کیفری و ابزارهای پیشگیری از تکرار جرم نیز داخل در تعریف پیشگیری می‌باشد. همچنان که تدوین کنندگان لایحه قانون پیشگیری از جرم در ایران نیز، ضمن اتخاذ همین بینش، با عدم تفکیک پیشگیری کیفری از پیشگیری غیر کیفری، موجب خلط پیشگیری از جرم و پیشگیری از تکرار جرم شده‌اند. اما علی‌رغم استقبال از این بینش، نمی‌توان از بررسی ایرادات و آثار آن چشم‌پوشی کرد.

### الف) ایراد رویکرد موسع

چنین بینش موسعی دو ایراد دارد. اول اینکه مقوله پیشگیری و سرکوبی دو مقوله منفک و جدای از هم می‌باشند و هر کدام ویژگی و منطق خاص خود را دارد. ایراد دوم این است که برخی از مجازاتها، مثلاً مانند جریمه روزانه یا جزای نقدی لزوماً جنبه پیشگیرانه ندارد.

از سویی به دنبال افزایش جرایم خرد و نیز بی‌نزاکتی و افزایش احساس ناامنی (نوروزی، ۱۳۸۴: ۲۵۷-۲۷۶) و محدودیتهای مداخله صرف کیفری، برداشت و مفهوم موسع از پیشگیری، مورد استقبال عمده کشورها قرار گرفته است (Lemaitre, 2006: 209).

### ب) رویکرد موسع و آثار آن

اصل هر امر پیشگیری است، معمولاً به دلیل ناتوانی در تعیین علمی علت بزهدکاری، منتخبی از اقدامات و شیوه‌ها را پیشگیری می‌داند که لزوماً نیز پیشگیرانه نیست. از این اصل، سه نتیجه به دست می‌آید: ۱- پیشگیری در مورد همه چیز، ۲- پیشگیری برای همه<sup>۱</sup>، ۳- پیشگیری توسط همه<sup>۲</sup>.

بحث «هر اقدامی پیشگیرانه است»، را به کرات می‌توان در گفتار دولتمردان و نیز مسئولان اجرایی مشاهده کرد. این دسته در اندیشه خود، مجموعه‌ای از اقدامات، مانند مبارزه با بی‌سوادی، مبارزه با اعتیاد، مبارزه با بدهکار شدن بیش از اندازه و ورشکستگی، اوقات فراغت جوانان، کمک به بزهدیدگان جرایم، توزیع لامپهای جیبی

1. La prévention pour tous.  
2. La prévention par tous.

هشداردهنده بین سالمندان، کار عام المنفعه، میانجیگری و... را پیشگیرانه می دانند. یعنی هزینه کردن در امور اجتماعی - فرهنگی که بی تردید، در حوزه مسئولیت و اختیارات دیگر نهادها و وزارتخانه‌ها می باشد. در واقع با نام و زیر پوشش پیشگیری، هر کاری انجام می شود و بدتر آنکه برای هر کس نیز انجام می شود.

در این فرض، یعنی پیشگیری برای همه افراد، تمام اقشار و سطوح جامعه آماج تدابیر پیشگیری قرار می گیرند. به عنوان مثال شوراهای پیشگیری از جرم در فرانسه، این واقعیت را فراموش کرده اند که اقدامات آنها باید ناظر به اشخاص در معرض خطر باشد و نه کل جمعیت. یعنی مجموعه اقداماتی که این شوراها با هدف رضایت و خشنودی همه مردم و بدون اینکه با علل بزهکاری ارتباطی داشته باشد، انجام می دادند. مثلاً یکی از شوراهای پیشگیری از جرم در فرانسه از تأسیس یک باشگاه قهوه به خود می بالید. خانم کریستین لازرژ، در گزارش خود در مورد اشخاص یا جمعیت مخاطب قراردادهای پیشگیری در پنج شهر فرانسه، خاطر نشان ساخت که این اقدامها، متوجه اشخاصی بوده که هیچ مشکلی نداشتند. این انحراف از هدف واقعی، به حدی بود که دولت مجبور شد از طریق صدور یک بخش نامه به این قضیه عکس العمل نشان دهد. هر چند این بخش نامه نیز در عمل مفید واقع نشد (Lazerges, 1999).

پیشگیری توسط همه: اصولاً همکاری، یک قاعده اساسی در سیاست مبارزه با بزهکاری محسوب می شود. دولتها نیز به همکاریهای اجتماعی، اقتصادی و نیز حضور ساکنان اهمیت می دهند. یعنی عدم مشارکت این عده، تلاشهای دولت را نیز با شکست مواجه می کند (رستمی، ۱۳۸۶: ۱۳۹). به عنوان نمونه، یک شبکه اروپایی پیشگیری از جرم در سال ۲۰۰۱ و تحت حمایت اتحادیه اروپا، با هدف تبادل اطلاعات در خصوص رویه‌های موفقیت آمیز در زمینه پیشگیری از بزهکاری، ایجاد گردید. محور برنامه‌های این شبکه عبارت بود از نشان دادن اینکه پیشگیری بر سازماندهی و نظام مند کردن همکاری بین کنشگران تأمین امنیت و پیشگیری، یعنی پلیس، سازمانهای بین‌المللی، بازار امنیت و شهروندان استوار است. البته این همکاری به افزایش بازدهی کمک می کند. مثلاً مردم می توانند اطلاعات مورد نیاز پلیس را در اختیار پلیس قرار دهند، وضعیتهای مشکوک را اطلاع دهند و یا در

مراقبت و نظارت شرکت کنند. در همین چارچوب، عده‌ای از متخصصان بر اهمیت پلیس محلی یا اجتماع مدار تأکید می کنند. بنابراین در اینجا با یک پلیس پیشگیرانه مواجه می‌باشیم. در نهایت اینکه برای تضمین همکاری بین نهادها و مشارکت کنندگان مختلف، تأسیس یک سیستم اطلاع‌رسانی و بانک اطلاعات ضروری است. این سیستم با تحقیقات پلیسی و غیر پلیسی تغذیه می‌شود. مثلاً کشورهای عضو فضای شنغن، به منظور برطرف کردن ناامنی احتمال ناشی از حذف کنترل در مرزهای داخلی فضای شنغن، سیستم اطلاعات شنغن را راه‌اندازی کرده‌اند.<sup>۱</sup> فرانسه در سال ۲۰۰۶، ۱۹۲۵ فرد خارجی را که توسط سایر کشورها اعلام شده بود، تحت کنترل گرفت (Olivier, 2005: 153). بنابراین همکاری جنبه‌های مختلفی دارد: راه‌اندازی سیستم اطلاعات جهت ارزیابی ماهیت و نیز جغرافیای بزهکاری، توزیع اطلاعات، شناسایی بهتر بزهکاران و در نهایت سازوکارهای هماهنگ جهت مبارزه با بزهکاری و تأمین امنیت. همچنان که این همکاری اجازه می‌دهد تا جامعه مدنی، فعالیت پلیس را بهتر کنترل کند؛ زیرا تا زمانی که پلیس به صورت مجزا فعالیت می‌کند، بیشتر مرتکب خطا می‌شود. ولی این بحث که در گفتار و نظریه به راحتی بیان می‌شود، در عمل با دشواریهایی مواجه است. در واقع، قبل از هر چیز، مشکلات از نوع جامعه‌شناختی بروز خواهد کرد. در این زمینه اختلاف بین دسته‌ای از کنشگران و نیروی پلیس از مشکلات اولیه است.

مشکل دیگر به تشکیل جلسات شوراها و واحدهای پیشگیری از بزهکاری مربوط می‌شود. اعضای این شوراها در جلسات آن که معمولاً یک بار در سال تشکیل می‌شود منظم و آماده شرکت نمی‌کنند. از طرفی، فرمانداران، قضات، افسران پلیس و مدیران مدارس در اکثر جلسات شخصاً حاضر نمی‌شوند و جانشین یا قائم مقام خود را به جلسات می‌فرستند. استدلال آنها این است که این شوراها، به محل مناسبی برای تجدید دیدار تبدیل شده است. در واقع در عمل نیز این شوراها، با توجه به ترکیب آنها، کارایی چندانی ندارد (شیری، ۱۳۸۶: ۲۸).

1. Systeme d'information de Schengen (SIS).



## ۲-۲. رویکرد مضیق

این برداشت، غالباً در ادبیات جرم‌شناختی مشاهده می‌شود و البته همیشه با صراحت و روشنی لازم همراه نمی‌باشد. بر این اساس، پیشگیری عبارت است از شیوه‌هایی غیر قهرآمیز که دولت جهت مهار بزهکاری، از طریق حذف یا محدودسازی عوامل جرم‌زا و نیز از طریق مدیریت مناسب عوامل محیط فیزیکی و اجتماعی که فرصتهای مناسب ارتکاب جرم را فراهم می‌کند، به کار می‌گیرد. در این رویکرد، فقط تدابیر قبل از ارتکاب جرم مورد توجه است (نجفی ابرنآبادی، در نوبت انتشار).

البته مفهوم محدود و مضیق پیشگیری لزوماً جنبه نظری ندارد. شورای اروپا در توصیه‌نامه شماره ۷ R(83) کمیته وزیران به کشورهای عضو، «پیشگیری کیفری» را که بر کیفر، قطعی بودن و اجرای آن مبتنی است، از محدوده پیشگیری خارج ساخت. پر واضح است که برای شورای اروپا، پیشگیری تنها باید به عنوان یکی از ابزارهای سیاست جنایی تعریف و از سایر ابزارهای این سیاست، مانند کیفر با کارکردهای مختلفش، کمک به بزه‌دیدگان، باز اجتماعی کردن، کیفرزدایی، اصلاح بزهکاران، جایگزین کیفر مناسب آزادی و به طریق اولی مسئولیت مدنی تفکیک می‌شود (Tunc, 1974: 407).

بر این اساس، در این حوزه، ارعاب، سزادهی، باز اجتماعی کردن و یا ترمیم، غایت و محتوای مداخله اهمیت زیادی ندارد. به عبارتی به جای صحبت کردن از پیشگیری بهتر است از عبارت «مداخله مقدم»<sup>۱</sup> و «مداخله مؤخر»<sup>۲</sup> بر ارتکاب جرم صحبت کرد. از این تفکیک نتایج متعدد به دست می‌آید:

۱- بر اساس آنچه پیش از این گفتیم، پیشگیری از طریق تهدید کیفر یا ارعاب عمومی یا بازدارندگی، از دایره مفهوم پیشگیری در جرم‌شناسی پیشگیرانه خارج می‌شود. این موارد قطعاً به پیشگیری به معنای موسع مربوط می‌شود، اما گنجانیدن آن در جرم‌شناسی پیشگیرانه، خطر توجه اتهام عدم فهم این نوع از جرم‌شناسی را افزایش می‌دهد. در واقع جرم‌شناسی پیشگیرانه، دقیقاً جهت رفع و علاج ناکارآمدی

1. Intervention à priorie.
2. Intervention à posteriori.

فرضی یا واقعی- بازدارندگی کیفر ایجاد شد.

۲- از سویی، تدابیر فردی ناظر به جلوگیری از تکرار جرم که جنبه فردی داشتند و ما آن را به دلیل اجرای آن در بستر نظام کیفری، در چارچوب پیشگیری کیفری مطالعه می‌کنیم، اصولاً جزء جرم‌شناسی بالینی قلمداد می‌شود؛ زیرا این نوع پیشگیری از اصول، راهبردها و فنون کاملاً متفاوت و مختص به خود تبعیت می‌کند.

۳- تعریف پیش گفته، نظام جبران خسارت و کمک به بزه‌دیدگان جرایم را نیز از شمول و قلمرو خود خارج می‌کند؛ زیرا این اقدامات مربوط به پس از ارتکاب جرم بوده و دارای هدف ترمیمی است.

۴- در نهایت اینکه فرایند مدرن سیاست جنایی که تحت عناوین «جرم‌زدایی»، کیفرزدایی<sup>۱</sup> و قضازدایی<sup>۲</sup> مطرح شده است (ر.ک: رایجیان اصلی، ۱۳۸۱)، نیز از قلمرو جرم‌شناسی خارج می‌شود؛ زیرا دو مورد اول، به جرم‌شناسی سیاست جنایی مربوط است (نجفی ابرنآبادی، تقریرات) و مورد سوم که در ارتباط با میانجیگری، صلح و سازش و مصالحه می‌باشد، جزء جرم‌شناسی تکنیکهای کیفری و جرم‌شناسی کلینیکی است و بی‌تردید از حوزه پیشگیری خارج می‌باشد.

## ۳. تحلیل انتقادی مفهوم پیشگیری

پس از ارائه تعاریف مختلف از پیشگیری به تحلیل انتقادی از مفهوم پیشگیری می‌پردازیم. هدف از بحث تحلیل انتقادی، ارائه تعریفی است که دربردارنده حداکثر انسجام منطقی باشد. از بین مفاهیم ارائه‌شده، آن موردی که شانس موفقیت و اجرا و کاربردی کردن آن بیشتر باشد، مناسب‌تر به نظر می‌رسد. برای رسیدن به کارآمدی باید به مبنای احتمالی کارآمدی پیشگیری پردازیم. بدین صورت که می‌توان از طریق تدابیر و اقدامات معین، بر رفتار افراد تأثیر گذارد تا اقدامات مجرمانه ارتکاب نیابد. تحلیل این فرضیه سه نکته را روشن می‌سازد:

1. Décriminalisation.
2. Dépénalisation.
3. Déjudiciarisation.

۱- اینکه رفتارهای نامطلوبی به نام اعمال مجرمانه وجود دارد؛

۲- در بین کل جمعیت، عده خاصی گرایش و تمایل به ارتکاب جرم دارند؛

۳- امکان تغییر رفتار این دسته از طریق توسل به اقدامات خاص وجود دارد. حال سؤال دیگر این است که معیارهای این تدابیر یا اقدامهای خاص چه می‌تواند باشد؟ وجود (تحقق) همزمان چند شرط در اینجا ضروری به نظر می‌رسد:

۱. زمانی یک اقدام، پیشگیرانه است که هدف اصلی یا حداقل انحصاری آن، پیشگیری از بزهکاری یا انحرافات باشد. به عبارت دیگر، متوجه عوامل یا فرایند بزهکاری باشد. مثلاً حضور پلیس می‌تواند در این فرایند اختلال ایجاد کند؛<sup>۱</sup>

۲. این اقدامات بر خلاف تدابیر فردی، در صورتی پیشگیرانه است که دارای وصف جمعی باشد؛

۳. اقدامات مذکور در صورتی پیشگیرانه خواهد بود که ناظر به مرحله قبل از ارتکاب جرم باشد؛

۴. هدف صریح و مشخص این اقدامات باید کاهش بزهکاری باشد. تدابیری که هدف غایی آنها مساعدت به خانواده‌های کثیرالاولاد باشد، هرچند نتیجه ناخواسته یا غیر مستقیم آن، جلوگیری از تبدیل شدن فرزندان این عده به افراد بزهکار باشد، اقدامی پیشگیرانه محسوب نمی‌شود. به عبارت دیگر مقامات دولتی و کنشگران باید ضمن توجه به آثار پیشگیرانه آن، آگاهانه از آن برای همین هدف استفاده کنند و نه اینکه به پیشگیری به عنوان یکی از آثار جنبی آن بنگرند؛

۵. این اقدامات و تدابیر نمی‌تواند جنبه قهرآمیز و سرکوب‌گرانه داشته باشد. غیر قهرآمیز بودن یعنی اینکه برای اعمال این اقدامات رضایت ذی‌نفع الزامی است. بنابراین تمام تدابیر سرکوب‌گر مانند بازداشت، محکومیت و ضمانت اجراهای کیفری از قلمرو آن خارج می‌شود. در واقع اقداماتی از قبیل باز اجتماعی کردن زندانیان، هرچند در جهت جلوگیری از تکرار جرم اعمال می‌شود، لیکن به دلیل اینکه در اکثر اوقات در شرایط نسبتاً قهرآمیز اجرای مجازات اعمال می‌شود، از

1. *Le role de la police dans la prevention de la criminalité*, septieme colloque annuel du CIPC, OSLO, Norvège, 8 et 9 Novembre 2007.

قلمرو این تعریف خارج می‌شود. البته این به معنای رد اقدامات کیفری و قهرآمیز نمی‌باشد؛ زیرا تدابیر قهرآمیز نیز به طور اجتناب‌ناپذیر با پیشگیری ترکیب می‌شود؛<sup>۱</sup> ۶. تدابیر و اقدامات زمانی پیشگیرانه هستند که متوجه و ناظر به یکی از علل بزهکاری باشد.

در واقع، دو دسته بسیار متفاوت از علل را می‌توان از همدیگر تفکیک کرد؛ ابتدا عللی که برخی از اشخاص را مستعد یا آماده ورود به بزهکاری می‌کند و اصطلاحاً عوامل خطر نامیده می‌شود؛ دوم وضعیت و موقعیتهایی که افراد در آن مرتکب جرم می‌شوند. این دسته اخیر، تحت تأثیر اوضاع و احوالی قرار می‌گیرند که ارتکاب جرم را برای آنان، سودمند و کم‌خطر می‌سازد.

در حال حاضر، علی‌رغم توسعه بحثهای مربوط به مفاهیم و مبانی نظری این موضوع، هنوز هم اغلب به پیشگیری، به عنوان یک اقدام مبتنی بر شهود و الهام و تجربه شخصی، نگاه و کمتر از تحقیقات جرم‌شناختی استفاده می‌شود. با پیشرفت دانش و اطلاعات نباید به تجربه و الهام اکتفا کرد. اگر دغدغه کارآمدی وجود داشته باشد، باید از تحقیقات علمی، به منظور دست یافتن به تدابیری که شانس و احتمال موفقیت آنها بیشتر است، استفاده کرد.

۱. به عنوان مثال قانونگذار ما در سال ۱۳۸۵، در جهت تقویت تأثیر پیشگیری کیفری از جرایم اقتصادی، انتشار حکم را نیز به ضمانت اجرای کیفری سابق افزود، که به نوعی همان تشهیر فقهی می‌باشد. به موجب ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد محکومیت قطعی به ارتکاب جرم اختلاس، ارتشاء، مداخله یا تبانی یا اخذ پورسانت در معاملات دولتی، اختلال در نظام اقتصادی کشور، سوء استفاده از اختیارات به منظور جلب منفعت برای خود یا دیگری، جرایم گمرکی، جرایم مالیاتی، قاچاق کالا و ارز و به طور کلی جرم علیه حقوق مالی دولت، به دستور دادگاه صادرکننده رأی قطعی، خلاصه متن حکم، شامل مشخصات فرد، سمت یا عنوان، جرایم ارتكابی و نوع و میزان مجازات محکوم‌علیه به هزینه وی در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار و عنداللزوم یکی از روزنامه‌های محلی منتشر و در اختیار سایر رسانه‌های عمومی گذاشته می‌شود. مشروط به آنکه ارزش عواید حاصل از جرم ارتكابی یکصد میلیون (۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال یا بیشتر از آن باشد.

همچنین مرجع تجدیدنظر، موظف است حداکثر ظرف مدت شش ماه به پرونده‌های موضوع این ماده رسیدگی و حکم صادر نماید. در صورت تأخیر بدون عذر موجه، قضات شعبه رسیدگی کننده به مجازات انتظامی از درجه ۴ به بالاتر محکوم می‌شوند. البته انتشار حکم از منظر جرم‌شناسی، عاری از ایراد نیست؛ زیرا از یک سو موجب انگ‌زنی و برجسب‌زنی اجتماعی می‌شود و از سوی دیگر زمینه بازگشت او به جامعه و بازپذیری اجتماعی او را شدیداً دچار مشکل می‌کند.

۱. رایجیان اصلی، مهرداد، «تبیین استراتژی عقب‌نشینی یا تحدید مداخله حقوق جزا»، *مجله حقوقی و قضایی دادگستری*، شماره ۱۴۱، ۱۳۸۱ ش.
۲. رستمی، ولی، «مشارکت مردم در فرایند کیفری»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، سال ۳۷، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۶ ش.
۳. شیرینی، عباس، «نقد و بررسی لایحه پیشگیری از وقوع جرم»، *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۸۶ ش.
۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «پیشگیری از بزهکاری و پلیس» (درآمدی بر پیش‌همایش ملی پیشگیری از وقوع جرم)، *مجموعه مقالات پیش‌همایش ملی پیشگیری از جرم*، در نوبت انتشار.
۵. همو، *جرم‌شناسی سیاست جنایی و تکنیکهای حقوق کیفری*، مباحثی در علوم جنایی، تقریرات درس جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، نیم‌سال دوم ۱۳۸۴-۸۳.
۶. همو، *کیفرشناسی نو، جرم‌شناسی نو، تازه‌های علوم جنایی*، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۷. نوروزی، نادر، «جرایم خرد علیه نظم عمومی، راهبردها و راهکارها»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۶۸، ۱۳۸۴ ش.
8. Borodin, S. V., «L'action des organisations sociales dans la prévention de La délinquance», APC, n3, 1977.
9. Cusson, Maurice, «la prévention: les principes et la prévention policiere», in Maurice Cusson, (sous la direction), *traité de sécurité interieure*, éd HMMH, 2007.
10. Cusson, Maurice, *Prévenir la délinquance, les methods efficaces*, puf, 2002.
11. Di Marino, Gaëtan, «La nouvelle politique française de prevention de la criminalité urbain», la Semaine juridique, éd. G. n 46, 1999.
12. Fourcaudot, Martin et Provost, lionel, *prévention de la criminalité et relations communitaires*, mont Royal, modulo, Editeur, 1991.
13. Gramatica, E., «prévention et défense sociale», RIDS, 1955, no 1-2.
14. Jilly, T. «La prevention entre tradition et innovation, le cas allemande», RICP, 2003.
15. Lazerges, Christine, «méthodes utilisées par les organismes de prévention», rapport au 27e congrés de l'association de criminologie, Aix-en-provence, 1999.
16. Lemaitre, André, «sécurité, prévention et droits de l'homme», revue de la faculté de droit de l'université de liège, 2006/1-2.
17. Olivier, H., «La gouvernance de sécurité: un concept pour nouveau paradigme en criminologie?», in, RICPT, n 2, 2005.
18. Szabo, D., «prévention, concepts et strategie», RSC 1984, Rassat, M. op. cit.
19. Tournyol Du Clos, Lorraine, «Evolutions de l'offer de sécurité privée en france», RICPT, n1, 2006.
20. Tunc, A., «Resposabilité civile et dissuasion des comportments antisociaux», mélanges dédiés à Marc Ancel, 1974.

## ضمانت اجرای مغفول

### در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران\*

- دکتر ابراهیم موسی‌زاده<sup>۱</sup>
- دکترای حقوق عمومی

#### چکیده

قانون اساسی به عنوان نُرْم برتر و هنجار مرجع، از نظر سلسله‌مراتب در صدر همه قوانین و مقررات قرار دارد، لذا تضمین برتری آن بر تمامی آنها، امری لازم و ضروری است. از این منظر، قانون اساسی نه تنها در برابر تجاوزهای احتمالی قوه مقننه، بلکه باید از تعرضات سایر قوا و ارکان حکومتی و غیر حکومتی نیز مصون نگه داشته شود.

به همین منظور در اکثر کشورها مرجعی برای صیانت از قانون اساسی در برابر همه تهدیدها پیش‌بینی شده است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مقابله با تجاوزهای احتمالی قوه مقننه (مجلس شورای اسلامی) بر عهده نهادی خاص و مستقل (شورای نگهبان) قرار داده شده است. اما به زعم حقوقدانان کشور ما، در برابر تجاوزات و تهدیدهای سایر قوا و نهادهای

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۱۲/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۰/۲۶.

سیاسی، قانون اساسی دارای ابهام بوده و هر کدام از آنها مراجعی چون رهبری، رئیس جمهور و حتی تأسیس دادگاه قانون اساسی را پیشنهاد نموده‌اند که نوشتار حاضر ضمن بررسی و نقد این دیدگاهها، در صدد نمایاندن ضمانت اجرایی واحد و متمرکز اما در عین حال مغفول و فراموش شده می‌باشد. **واژگان کلیدی:** حاکمیت قانون، هنجار برتر، ضمانت اجرا، پاسداری از قانون اساسی، شورای نگهبان.

#### مقدمه

اصل حاکمیت قانون از اصول مهم حقوق عمومی است. این اصل یک مفهوم کلی است که شامل کلیه قوا و نهادهای حاکمیتی می‌باشد؛ به این معنا که کلیه فعالیت‌های عمومی اعم از قانونگذاری، قضایی، اداری و اجرایی تابع قانونند. اصل حاکمیت قانون بر کلیه اعمال هنجاری، ایجاب می‌کند که قواعد مندرج در قانون اساسی بر قواعد دیگر حاکمیت داشته باشند؛ چرا که قانون اساسی دست‌آورد عالی‌ترین مظهر اراده حاکم است و سایر پدیده‌های حاکمیتی باید در پیروی و دنباله‌روی آن موجودیت یابند. برای تضمین برتری قانون اساسی باید چاره‌ای اندیشیده شود که سایر اعمال حاکمیتی، قواعد قانون اساسی را مورد تجاوز قرار ندهند. نظارت بر تطابق قوانین و مقررات با قانون اساسی، شرط اساسی حاکمیت قانون می‌باشد. باید توجه داشت که اعلام و شناسایی و تصویب قانون اساسی و قرار دادن آن در رأس هرم سلسله‌مراتب قواعد حقوقی، یک مرحله از کار است. مرحله اساسی، ضمانت اجرا و مکانیسمی است که بتواند اجرای آن را از طرف قوای حاکم تأمین و تضمین نماید و در برابر نقض آن عکس‌العمل حقوقی نشان دهد. بنابراین تحقق حاکمیت قانون منوط به تضمین اجرای قانون اساسی است و تضمین اجرای قانون اساسی نیز منوط به این است که یک مرجع عالی، مستقل و بی‌طرف، نسبت به اجرای قانون اساسی نظارت کند و از تجاوز احتمالی قوای حاکم و نهادهای سیاسی و اجرایی به قانون اساسی و اصول مندرج در آن جلوگیری نماید. در نظام حقوقی کشور ما، قانونگذار قانون اساسی، علاوه بر اصول قانون اساسی، حفظ و حراست موازین اسلامی را (به عنوان عالی‌ترین هنجار حقوقی) نیز در نظر

داشته و خود را مقید به دو میثاق شرع و قانون اساسی کرده است.

حال سؤال اساسی و اصلی این است که آیا قوه مؤسس، برای تضمین حاکمیت شرع و قانون اساسی، مرجع و مکانیسمی نیز پیش‌بینی کرده است؟ این نوشتار با در نظر گرفتن سؤال فوق و با فرض اینکه مرجعی واحد و متمرکز برای صیانت از «شرع» و «قانون اساسی» پیش‌بینی شده، در پنج بند، شکل گرفته که پس از ارائه مفهوم‌شناسی از «قانون» و «ضمانت اجرا»، به تبیین مفاهیم مرتبط با موضوع و ارائه تحلیل حقوقی، به اثبات فرضیه پرداخته است.

### ۱. تعریف و مفهوم قانون

قانون (Canon) لغتی سریانی به معنای خط‌کش است و در اصطلاح عبارت است از قاعده‌ای حقوقی که مراجع قانونگذاری تصویب کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۴/۲۸۴۶) یا مجموعه‌ای از قواعد کلی است که بر رفتار اشخاصی که در جامعه زندگی می‌کنند و بر ارگانهای حکومت که اداره جامعه را بر عهده دارند حاکم بوده و در ارتباط افراد با ارگانهای حکومت و در ارتباط با دیگر واحدهای سیاسی ظاهر می‌شود و اجرای آن از جانب دولت تضمین می‌شود (مدنی، ۱۳۸۵: ۲۹). به عبارت دیگر قانون مفهومی است کلی و غیر موقت که مراجع صلاحیت‌دار، آن را برای اجرا تصویب کرده و به عموم مردم عرضه می‌دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۴: ۴). قانون در مقابل سایر قواعد اجتماعی نظیر قواعد اخلاقی و عرفی قرار می‌گیرد. «قواعدی که در زمان و مکان معین در اکثریت جامعه رعایت آنها لازم شمرده شده و یا اجرای آن قواعد را نیکو بدانند و در عین حال، آن قواعد ضمانت اجرا نداشته باشد اخلاق نامیده می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۹). اما قانون قاعده‌ای است که توسط قدرت عمومی مقرر شده و مدلول آن الزام یا اذن و اباحه است و همه افراد باید از آن پیروی کنند و اختصاص به مصداق و مورد معین ندارد. اعتبار یک قانون بسته به ضمانت اجرای آن است (همان: ۹۴).

بنابراین، ضمانت اجراست که مرز میان قانون و سایر قواعد اجتماعی را روشن می‌کند، لذا قاعده قانونی قاعده‌ای است که دارای ضمانت اجرا باشد، خواه اینکه

عام باشد و اساسی و خواه اینکه مربوط به موارد خاص و عادی باشد. به عبارت دیگر برای اینکه یک قاعده در درجه اول قانون تلقی شود باید از شرایط حداقلی برخوردار گردد؛ یعنی باید حداقل عناصری را در بر داشته باشد. به تعبیر حقوقدانان: «قانون دارای عناصر چهارگانه می‌باشد که این عناصر عبارتند از: ۱- کلی بودن ۲- الزامی بودن ۳- قلمرو اجتماعی داشتن آن ۴- ضمانت اجرا داشتن» (همان: ۲۶).

از میان عناصر چهارگانه فوق، به تناسب موضوع مقاله، ویژگی و عنصر «ضمانت اجرایی» قانون را مدنظر قرار می‌دهیم و به بررسی مفهوم و انواع آن می‌پردازیم.

### ۱-۱. ضمانت اجرا؛ خصیصه‌ای بنیادین در قوانین

مقرراتی که از ضمانت اجرا یعنی ضمانت قدرت عمومی برخوردار است به نام قانون نامیده می‌شود (همان: ۸۳).

قاعده حقوقی یعنی قاعده‌ای که توأم با ضمانت اجراست. الزامی بودن از مشخصات قاعده حقوقی است ولی قواعد دیگر هم حالت الزامی را دارد در حالی که قاعده حقوقی نیستند. مثل قواعد اخلاقی و قواعد مذهبی که برای پیروان ایجاد تکلیف می‌کند و الزام در معنای وسیع را به همراه دارد اما ضمانت اجرای مادی مثل [قاعده] حقوقی ندارند. قاعده حقوقی از جانب دولت تضمین شده است (مدنی، ۱۳۸۵: ۳۷).

به گفته هابس،<sup>۱</sup> حقوقدان و فیلسوف معروف انگلیسی، حقوق توصیه نیست، فرمان است. هدف قانون این نیست که مفاهیم را تعریف کند. موضوع اصلی حکم قانون، ایجاد الزام و تکلیف در رفتار متقابل اجتماعی است، اوامر و نواهی ویژه‌ای که ضمانت اجرا دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱/۱۸۵).

قاعده حقوقی دارای ضمانت اجرایی کافی و مؤثر می‌باشد؛ زیرا در غیر این صورت در حکم پند و اندرز و موعظه خواهد بود و نه قاعده حقوقی و ضمانت اجرای قاعده حقوقی نیز یا از طریق اعمال مجازات و کیفر است و یا ضمانت اجرایی نقض قانون در خود قانون است که مقرر می‌دارد، عمل حقوقی انجام شده با

1. Hobbes.

نقض قانون محکوم به بطلان یا عدم نفوذ است، مثل ماده ۱۹۰ قانون مدنی (واحدی، ۱۳۸۵: ۳۴).

قانون قاعده‌ای الزام‌آور است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۵۸).

قاعده حقوقی چهار خصیصه دارد، باید الزام‌آور بوده و رعایت آن از طرف دولت تضمین شده و مفاد آن کلی، عمومی و بالاخره هدف آن تنظیم روابط اجتماعی باشد. بنابراین قاعده‌ای را که ضمانت اجرایی ندارد نمی‌توان در شمار قواعد حقوقی آورد (عمید زنجانی، ۱۳۸۳: ۴۹).

الزام‌آور بودن قانون از ویژگیهای ذاتی هر قانون به شمار می‌رود. منظور از ویژگیهای ذاتی قانون، آن دسته از وجوه ممیز و عناصر مقوم است که بدون وجود آنها اساساً قانون تشکیل نمی‌شود. فرق قانون با دیگر هنجارهای رفتاری در این است که عدم پیروی از آن، عکس‌العمل دستگاه حکومتی را به دنبال می‌آورد. در حقیقت، پیروی از قانون الزام و اجبار می‌شود و در اعمال هنجارهای یک نظام حقوقی به اقتناع و التزام وجدان، اتکا نمی‌شود. قدرت قوانین کشوری در ترس و وحشتی است که مردم از نیروی سیاسی موجود در پشت آن قوانین دارند (منتسکیو، ۱۳۷۰: ۸۱۵) و به تعبیر ژان ژاک روسو در صورتی که ضمانت اجرایی وجود نداشته باشد قوانین در میان افراد بشر بی‌اثر خواهد بود و این به ضرر افراد عادل و به سود اشخاص شریر خواهد بود (روسو، ۱۳۸۰: ۱۸۷).

الزام‌آور بودن قانون، مستلزم این معناست که مجریان قانون در درجه نخست از اجرای آن سر باز نزنند و هوسبازانه به اجرای آن نپردازند و در درجه دوم بر اساس قاعده، آن را الزام و اعمال کنند که معنای اخیر (یعنی حاکمیت قانون بر اساس قاعده) حاکمیت قانون به معنی الاخص نامیده می‌شود. ویژگی الزام‌آور بودن قانون از ویژگیهای ذاتی آن است به این معنا که شاید نقطه فارق قانون و دیگر قواعد اجتماعی تنظیم رفتار و به یک معنا جزء مقوم قانون، الزامی بودن آن باشد (رک: راسخ، ۱۳۸۵: ۱۵-۱۶).

### ۲-۱. مفهوم ضمانت اجرای قانون

هرگاه قانونی نقض شود قدرت عمومی برای حفظ نظم و حقوقی که ضمن نقض آن قانون تباه شده، به کار می‌افتد و عکس‌العمل نشان می‌دهد که این عکس‌العمل را ضمانت اجرا گویند. «ضمانت اجرا حمایت مراجع رسمی است در اعمال قانون، که ممکن است به صورت کلی و یا جزئی باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳/۲۴۲۱).

اما باید توجه داشت که برای همه قواعد حقوقی یک نوع ضمانت اجرا وجود ندارد (مدنی، ۱۳۸۵: ۳۷). بر خلاف پندار برخی از مؤلفان حقوق، ضمانت اجرا اختصاص به تعقیب قضایی ندارد. علاوه بر این، خود تعقیب قضایی ضمانت اجرا محسوب نمی‌شود، بلکه ابزار ضمانت اجراست و ضمانت اجرا همان قسمتی از قدرت عمومی است که علیه ناقض قانون به کار برده می‌شود.

«ضمانت اجرا اشکال مختلف دارد و بر حسب رشته‌های مختلف حقوقی فرق می‌کند. مانند ضمانت اجرای مدنی، ضمانت اجرای اداری و ضمانت اجرای کیفری» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۰۱).

مجازاتها ضمانت اجرای بزها هستند. بطلان و عدم نفوذ و رد شهادت و لگگردان و رد اقرار و مانند اینها ضمانت اجرای مدنی هستند. انفصال موقت یا دائم ضمانت اجرای اداری می‌باشند (همو، ۱۳۸۱: ۳/۲۴۲۱).

### ۲. بررسی «ضمانت اجرا» در قانون اساسی

#### ۱-۲. مفهوم و قلمرو قانون اساسی

قانون اساسی قانونی است که اصول حکمرانی و سازمانهای راجع به آن و اصول مهم حقوق عمومی آحاد ناس در آن فراهم آمده است. اگر کتبی باشد و به تصویب رسیده باشد قانون اساسی نوشته گویند وگرنه قانون اساسی عرفی خوانند (همان، ش ۱۰۵۹۶).

در قانون اساسی ساختمان حقوقی دولت و رابطه سازمانهای آن با یکدیگر مطرح می‌شود. در این رشته، شکل حکومت و قوای سازنده آن و طرز شرکت افراد در ایجاد قوای سه‌گانه و حقوق و آزادیهای آنان در مقابل دولت، مورد گفتگوست.

کلسن حقوقدان اتریشی که نظریه او درباره «حقوق محض» شهرت جهانی یافته و طرفداران زیادی پیدا کرده است، قانون اساسی را در رأس هر نظام حقوقی می‌داند و اعتبار همه قواعد را در سلسله‌مراتب خود ناشی از آن می‌داند.

در نظریه بنیادی کلسن همه قواعد حقوق بر یک بنیاد اصلی و مشترک استوار است. اصلی که ساختمان حقوقی دولت را به وجود می‌آورد و در بیشتر کشورها به صورت قانون اساسی جلوه می‌کند و در واقع میثاق ملی است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۷).

مهمترین و بالاترین قانونی که از خارج بر دولت حکومت دارد و اعمال همه قوای سه‌گانه، حتی قانونگذاری را هدایت می‌کند قانون اساسی است (همان: ۱۲۲).

قوانین اساسی معلوم می‌دارند که امور مهم کشور چیست، چه کسانی در چه زمانی، در کجا چه حقوقی دارند؟ (بوشهری، ۱۳۸۴: ۲/۲۳).

قانون اساسی یک سلسله اصول و قواعد مدوّن و مرتبی است که زیر لوای یک متن رسمی و تشریفاتی به وسیله مقامات صلاحیت‌دار به تصویب رسیده و به افراد و تشکیلات سیاسی و متصدیان امور و همچنین بر قوانین عادی به عنوان «قانون برتر» حکم می‌راند (وفادار، ۱۳۸۲: ۱۵۶).

به عبارت بهتر قانون اساسی در مفهوم عام، به کلیه قواعد و مقررات موضوعه یا عرفی، مدوّن یا پراکنده گفته می‌شود که مربوط به قدرت و انتقال و اجرای آن است.... قانون اساسی، از یک سو حدّ و مرز آزادی فرد را در برابر عملکردهای قدرت (نهادهای فرمانروا) و از سوی دیگر حدود اعمال قوای عمومی را در برخورد با حوزه حقوق فردی رسم می‌کند (قاضی، ۱۳۸۰: ۳۵).

#### ۲-۲. نظریات مطرح راجع به «ضمانت اجرای» قانون اساسی

آیا می‌توان ادعا کرد که قانون اساسی دارای ارزش چندانی نیست؛ زیرا قوانین اساسی مورد تجاوز و بی‌حرمتی قرار می‌گیرند، معلق و بلااجرا می‌مانند و به کلی لغو و نسخ و ابطال می‌شوند؟ یا برعکس آیا می‌توان ادعا کرد که قوانین اساسی، مانند سایر قوانین از ضمانت اجرای حقوقی برخوردار بوده و نقض آن همراه با عکس‌العمل حقوقی می‌باشد؟

در این زمینه نظریات متفاوتی از سوی حقوقدانان مطرح گردیده است. گروهی معتقدند که قانون اساسی فاقد ضمانت اجراست و گروه دیگری برای قانون اساسی، نظیر سایر قوانین، ضمانت اجرا قائلند. در ادامه به بررسی نظریات هر دو گروه می‌پردازیم:

### نظریه اول (قانون اساسی فاقد ضمانت اجرا)

آنان معتقدند: «تکالیفی که بر طبق قانون اساسی بر عهده قوای سه‌گانه گذاشته شده است ضمانت اجرای مؤثر و مستقیمی ندارد» (مدنی، ۱۳۸۵: ۳۹).  
ویکتور هوگو می‌گوید: «قوانین اساسی برای این که مورد تجاوز قرار گیرند، به وجود آمده‌اند؛ زیرا فریاد نمی‌زنند» (هاشمی، ۱۳۸۴: ۱۸۳).

قاعده‌ای را که ضمانت اجرایی ندارد نمی‌توان در شمار قواعد حقوقی آورد و اگر چنین اصلی را بپذیریم ناگزیر باید قانون اساسی را به عنوان قانون دارای قواعد حقوقی مشخص انکار کنیم؛ زیرا تکالیفی که قانون اساسی برای نهادها و شخصیت‌های حقوقی معین می‌کند و یا اختیاراتی که برای قوه مقننه، مجریه و قضائیه قائل می‌شود هیچ‌کدام ضمانت اجرایی مؤثر و مستقیمی ندارد و اصولاً قانون اساسی در برابر کودتای نظامی یا انقلاب مردمی فاقد تضمین است (عمید زنجانی، ۱۳۸۳: ۴۹).

قواعد به اصطلاح حقوقی به دو جهت کلی از سایر قواعد متمایز می‌شوند: اول به دلیل صدور مستقیم یا غیر مستقیم آنها از سوی قدرت عمومی. دوم ضمانت اجرای آنها از راه‌های قضایی یا اداری.

شرطی که منشأ قاعده باید از سوی قدرت عمومی باشد در مورد قانون اساسی صادق است، لکن در خصوص شرط دوم که ضمانت اجرای قواعد به وسیله دستگاه‌های قضایی یا اداری است میان صاحب‌نظران اختلاف وجود دارد. جمعی را اعتقاد بر آن است که پشتیبان اجرای قواعد حقوقی، دستگاه دولتی است که بر حسب حاکمیت و اقتدار خود عمل می‌کند و اگر کسانی که قواعد و مقررات بر آنان بار شده است از قبول و اجرای آن روی بربانند یا خلاف آن عمل کنند به وسیله مکانیسم الزام و اجبار و قوای قاهره که انحصار آن در دست قدرت عمومی

است و ادار به اطاعت خواهند شد. انجام این امر، مستلزم آن است که تضمین‌کننده اجرای قاعده و کسی که قاعده بر او تحمیل می‌شود دو عنصر متفاوت باشند در حالی که در قانون اساسی مسئله به این صورت نیست.

مقام صادرکننده قاعده و ضامن اجرای آن که قدرت عمومی است و باید مقررات و قواعد بر او هم تحمیل شود در بسیاری از موارد یکی است لذا الزام فرمانروایان به اجرای قواعد مصوبی که بر خود آنان نیز بار می‌شود کار بسیار دشواری است (قاضی، ۱۳۸۳: ۷۳).

در نقد این نظریه باید گفت که در نظام‌های سیاسی و حقوقی امروزی، تعامل و ارتباط متقابل قوا به نحوی تنظیم می‌گردد که ضامن اجرای قانون اساسی، مجزا و منفک از مقام و مرجع صادرکننده آن پیش‌بینی می‌شود. بر خلاف حکومت‌های پیشین، امروزه با قبول اصل تفکیک قوا و پیش‌بینی آن در قوانین اساسی و پذیرش نظارتهای متقابل، قدرت عمومی در میان ارکان متعدد تقسیم و سرشکن می‌شود و دیگر نمی‌توان پذیرفت که قدرت عمومی در دست یک رکن یا یک فرد می‌باشد.

از سوی دیگر، صرف این ادعا که ضمانت اجرای قانون اساسی همانند ضمانت اجرای قوانین عادی نمی‌باشد لطمه‌ای بر الزامی بودن قانون اساسی نمی‌زند، مگر ضمانت اجرای موجود در سایر رشته‌های حقوقی، ماهیت یکسانی دارند؟ آیا قوانین عادی همیشه دارای ضمانت اجرا هستند؟

مضافاً اینکه، ماهیت ضمانت اجرای قواعد حقوق بین‌الملل متفاوت از ضمانت اجرای قوانین داخلی می‌باشد و با اینکه دولتها، موضوع آن رشته حقوقی می‌باشند، ولی با این حال حقوقدانان، به پذیرش ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل اذعان دارند (میرعباسی، ۱۳۷۶: ۲۹/۱).

بنابراین، پذیرش این نظریه که قانون اساسی فاقد ضمانت اجرا می‌باشد دارای ایرادهایی به شرح فوق بوده و این نظریه نمی‌تواند ارزش حقوقی داشته باشد.

### نظریه دوم (قانون اساسی متضمن ضمانت اجرا)

طرفداران این نظریه معتقدند که قانون اساسی نظیر سایر قوانین دارای ضمانت اجرا

می‌باشد. به تعبیر آنان: «قانون اساسی صرفاً یک نقشه قدرت نیست که برای مخاطبان خود، نهادها و اشخاص مجاز به اعمال قدرت سیاسی را مشخص کند، بلکه قوانین اساسی برای وضع محدودیتها راجع به اعمال اختیارات توسط پادشاه و یا دیگر صاحب‌منصبان و نیز برای تنظیم حقوق اساسی و آزادیها و دیگر ارزشهای بنیادین جامعه طراحی شده‌اند. همان گونه که توماس پین<sup>۱</sup> در کتاب خود نوشت: حکومت بدون قانون اساسی یک قدرت نامشروع می‌باشد» (بارنت، ۱۳۸۲: ۱۶).

قانون اساسی ضرورتاً باید قدرت مطلقه را تحت نظر و مراقبت داشته باشد و گرنه شایسته شناسایی به عنوان یک قانون اساسی مناسب و لیبرال نخواهد بود.

هر جامعه‌ای که حمایت از حقوق در آن تضمین نشده و تفکیک قوا صورت نپذیرفته فاقد قانون اساسی است (اعلامیه حقوق بشر ۱۷۸۹ فرانسه، ماده ۱۶).

اصول قانون اساسی چارچوب همه مقررات کشور است. قانون اساسی در رأس تمام قوانین قرار دارد. قانون اساسی میثاقی است بین ملت و حکومت. دولت‌ها باید خود را مقید بدانند که حقوق و آزادیهای پیش‌بینی شده در قانون اساسی را به دقت مراعات نمایند و از حدود اختیارات خود تجاوز نکنند. اشخاصی که از اصول قانون اساسی خارج شوند صلاحیت اشتغال در آن مقام را از دست می‌دهند (مدنی، ۱۳۸۵: ۱۶۳).

از این جهت که هر قانون اساسی سازمانها و تشکیلات اساسی دولت را تعیین می‌کند، برای حفظ نظم در دولت‌ها و روابط بین قوای مختلف، هیچ یک از سازمانهای مزبور نباید بتواند به قانونی که آن را به وجود آورده است تجاوز کند. عدم امکان تجاوز فرع به اصل، از قواعدی نیست که برای اثبات آن احتیاجی به استدلال باشد و بدیهی است قانون عالی که صلاحیت سازمانهای پایین‌تر را تعیین می‌کند به آنها اجازه تجاوز به خود را نخواهد داد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۹۴).

### نظریه سوم (واقعیت موجود)

به نظر نگارنده، برای پذیرش یا نفی ضمانت اجرای قانون اساسی لازم نیست به

1. Thomas Paine.

استدلالهای صرف حقوقی و نظری متوسل شویم، بلکه باید چشم بر واقعتهای موجود بگشاییم. به نظر ما از نیمه دوم قرن بیستم، هیچ کشوری سراغ نداریم که قانون اساسی مدون و نوشته داشته باشد، لکن نهادی برای تضمین آن پیش‌بینی نکرده باشد، لذا در همه کشورها، نهادهای ناظر یا نهادهای صیانت از قوانین اساسی پیش‌بینی شده است، پس لازم نیست که برای اثبات ضمانت اجرای قانون اساسی به استدلالهای صرف تئوریکال بسنده نماییم. «حقوق اساسی (قانون اساسی) یک حقوق تضمین شده توسط قاضی می‌باشد. حقوق اساسی نوین به سختی تحمل خواهد کرد که بدون تضمین اعمال آن توسط قاضی، اساسی به عنوان یک حقوق تلقی شود. امروزه حقوق اساسی آلمان، آمریکا، اتریش، کانادا، اسپانیا، ایتالیا، بلژیک، یونان، فرانسه، پرتغال، سوئیس و غیره به صورت وسیعی حقوق رویه‌ای هستند» (فاورو، ۱۳۸۳: ۲۷).

دولت در مفهوم کنونی خود، دولت حقوقی است؛ به این معنا که اداره کشور باید بر طبق قانون انجام شود. این اصل نه تنها ناظر بر قواعدی است که از خارج دولت را محدود می‌سازد، شامل قواعدی هم که دولت وضع کرده است می‌شود.

به این ترتیب باید پذیرفت که پاسداری از قانون اساسی در واقع حمایت از «دولت حقوقی» و «حاکمیت قانون» در برابر «دولت سیاسی» و «دولت خودکامه» است. بنابراین، مشاهده می‌شود که وجود «ضمانت اجرا» برای قانون اساسی، صرف نظر از جنجالهای نظری و صرفاً بر اساس واقعیت موجود، امری قطعی و غیرقابل انکار می‌باشد.

### ۳-۲. ماهیت «ضمانت اجرای» قانون اساسی

قانون اساسی باید در درون خود تضمیناتی را ببیندیشد که دیگر کسی یارای تجاوز به آن اصول را نداشته باشد. برای اینکه ملتی بتواند روی پای خود بایستد باید اصول ثابت و محترمی در درون آن جامعه حکم فرما باشد تا ستون فقرات آن جامعه شود. این ستون فقرات قانون اساسی است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۲۳).

ضمانت اجرای قانون اساسی به مجموعه نهادها و سازوکارهایی اطلاق می‌شود



که به وسیله آنها بدون هیچ گونه محدودیتی، برتری قانون اساسی بر همه قوانین و قواعد فرودین دیگر تضمین می گردد.

در همه کشورهای که به یک قانون اساسی مجهزند این قانون به عنوان نرم برتر در نظر گرفته می شود. برای حصول اطمینان از این برتری، نظامهای ضمانت اجرا پیش بینی شده است و اعمالی که تحت کنترل مبتنی بر قانون اساسی قرار می گیرند عبارتند از: ۱- قوانین ۲- آیین نامه ها و قواعد ناشی از اراده قوه مجریه ۳- تصمیمات قضایی ۴- عدم صلاحیت مقامی که عمل از او ناشی شده است (هامون، ۱۳۸۳: ۷۶).

بر طبق اصل حاکمیت قانون، وظیفه اولیه ای که به قانون اساسی مدون محول شده عبارت از مهار کردن نهادهای حکومت است. اعمال اختیارات حکومتی که برای تحقق ارزشهای جوامع ضروری است، باید مهار شود تا خود آن اختیارات، ویرانگر ارزشهایی نباشند که به منظور ترویج آنها به وجود آمده اند (E.C. Wade, 1983: 285).  
قانون اساسی از نظر سلسله مراتب در صدر همه قوانین قرار دارد. به عبارت دیگر، همه قوانین و مقررات مملکت از قانون اساسی آن مملکت ریشه می گیرد و لذا هیچ قانونی نمی تواند مخالف آن باشد (وفادار، ۱۳۸۲: ۱۱۵).

هر چند در ماهیت و نوع ضمانت اجرای قانون اساسی نقصی وجود دارد، نباید از آن نتیجه گرفت که این قواعد کاملاً فاقد خصیصه الزامی هستند؛ زیرا با فشار سایر نهادها و پذیرش کنترل متقابل ناشی از تفکیک قوا و نظارت قوای ناظر، متخلف مجبور به اطاعت خواهد شد.

نقص ضمانت اجرا به قانون اساسی اختصاص ندارد و در حقوق خصوصی، کیفری و به ویژه حقوق بین الملل نیز این نقص وجود دارد. بنابراین تعیین مسئولیت و پیش بینی شیوه های کنترل برای ضمانت اجرا کافی است و بر این اساس در قانون اساسی نیز مانند قوانین عادی، کنترلها و ضمانتهایی تعیین می گردد تا در حد ممکن اجبار برای اجرای قانون اساسی و نظم جامعه تأمین شود (ر.ک: قاضی، ۱۳۸۰: ۲۹).

### ۳. روشها و شیوه های تضمین قانون اساسی

برای حفظ قانون اساسی قبول این نظر که قوای دولتی حق تجاوز به آن را ندارند

کافی به نظر نمی رسد. باید دید به چه ترتیب عملاً از تجاوز می توان جلوگیری کرد و مقام صالحی که بتواند عدم مطابقت اعمال حاکمیت را با قانون اساسی تشخیص دهد و از آنها جلوگیری کند کدام است؟

لازم به ذکر است که قانون اساسی را نه تنها باید در مقابل تجاوزهای احتمالی قوه مقننه بلکه باید از تجاوزهای احتمالی قوه مجریه، قوه قضائیه، سایر نهادهای حاکمیتی، گروهها و احزاب سیاسی نیز مصون نگه داشت؛ چرا که تهاجم صورت گرفته علیه قانون اساسی از سوی سایر قوا بیشتر از قوه مقننه می باشد. به لحاظ حقوقی برای صیانت از قانون اساسی روشهای متعددی معمول و مرسوم است که عبارتند از:

### ۱-۳. از حیث ماهیت نهاد تضمین کننده

در همه کشورها، پاسداری از قانون اساسی به وسیله قانون اساسی پیش بینی می شود که این پاسداری یا بر عهده مرجع قضایی می باشد؛ مثل دیوان عالی ایالات متحده آمریکا (قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، اصل سوم، جزء ۱، بخش ۲)، یا یک نهاد سیاسی آن را بر عهده دارد؛ مثل شورای قانون اساسی فرانسه (قانون اساسی فرانسه، فصل هفتم، اصول ۶۴-۵۶). با این توضیح که برای صیانت از قانون اساسی به ویژه در مقابل تجاوزهای احتمالی قوه مقننه، هیأت و نهاد سیاسی معین می کنند.

البته به زعم برخی، عیب مهم این روش این است که سیاست با عدالت و اصول و عرف سازگار نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۲۶)

### ۲-۳. از حیث زمان تضمین

به لحاظ زمان نظارت، اعمال نظارت به شیوه های «پسینی» و «پیشینی» تقسیم شده است. به این معنا که برخی کشورها نظارت بر اجرای قانون اساسی را پیش و قبل از لازم الاجرا شدن قوانین و مقررات اعمال می کنند (قانون اساسی فرانسه، اصل ۶۱) و در برخی دیگر، موضوع صیانت از قانون اساسی به بعد از لازم الاجرا شدن قوانین و مقررات و بدون هیچ گونه محدودیت زمانی موکول می شود (نظیر دادگاه قانون اساسی آلمان فدرال).

### ۳-۳. از حیث تعدد مراجع

به لحاظ وحدت یا تعدد مراجع نظارتی، روشهای «متمرکز» و «غیر متمرکز» وجود دارد. به این معنا که در سیستم متمرکز به جای دادگاههای عادی، مرجع ویژه و خاصی تحت عنوان دادگاه یا شورای قانون اساسی و وظیفه صیانت از قانون اساسی را بر عهده می‌گیرد و صرفاً به دعاوی و ترافعات حقوق اساسی که در آنجا مطرح می‌شود رسیدگی کرده و در صورت احراز عدم انطباق موضوع دعوا با قانون اساسی، آن را باطل اعلام می‌نماید که بطلان آن در خصوص همه افراد صدق خواهد کرد.

اما در نظام غیر متمرکز، دادگاههای عادی قضایی به ترافعات مربوط به قانون اساسی رسیدگی می‌کنند.

مشخصه اصلی این مدل، گسترده‌گی صلاحیت دادگاهها برای قضاوت در موضوعاتی از طیفهای مختلف است. به ترتیبی که دادگاهها درباره موضوعاتی مرتبط با قوانین موضوعه و موضوعات مربوط به قانون اساسی در دعاوی تحت رسیدگی شان واجد صلاحیتند. در این شیوه، نظارت بر مبنای قانون اساسی در همه دادگاهها به عنوان یک اصل پذیرفته شده است و هیچ رسیدگی ویژه‌ای در رابطه با موضوعات مربوط به قانون اساسی صورت نمی‌گیرد (زارعی، ۱۳۸۴: ۱۵۹).

نظارت قضایی یکی از ویژگیهای جدید قوانین اساسی آزاد است. نظارت قضایی اشاره به اختیار دادگاهها برای نظارت بر مطابقت قوانین عادی و مصوبات قوه مجریه با قانون اساسی دارد. غالباً این وظیفه به یک دادگاه ویژه قانون اساسی واگذار شده که دادگاههای عادی باید موضوعات مرتبط با قانون اساسی را که در خلال دادرسی مطرح می‌شود به این دادگاه ارجاع دهند.

به نظر برخی از حقوقدانان روش قضایی شایستگی بیشتری از روش سیاسی دارد: هیئتهای قضایی مأمور حفظ قانون اساسی در دنیا دو گونه‌اند: در بعضی از کشورها دیوان عالی قضایی پیش‌بینی می‌شود تا اشخاصی که شکایت از قوانین معارض با قانون اساسی دارند در آن تظلم کنند و ابطال قانون را بخواهند و دیوان عالی نیز اگر به تعارضی برخورد، قانون را باطل کند چنان که دیوان عالی متحده در کشور فدرال سوئیس حق دارد قوانین دولتهای عضو را که به قانون فدرال تجاوز کرده

است باطل کند.

بهترین راه حمایت از قانون اساسی این است که قضاوت اختیار پیدا کنند که هرگاه با قانونی برخورد کنند که با قانون اساسی مخالف باشد در دعوی از اجرای آن قانون خودداری کنند بدون اینکه حق ابطال آن را داشته باشند چون اگر قاضی حق داشته باشد قانون را ابطال کند این اقدام هم نوعی تجاوز از طرف قوه قضائیه به قوه مقننه است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۲۷-۱۲۸).

در مقابل، عده‌ای نیز طرفدار شیوه متمرکز می‌باشند. در حال حاضر دادگاههای قانون اساسی به شیوه متمرکز در کشورهای دارای نظام پارلمانی یا نیمه پارلمانی استقرار یافته‌اند. وظیفه اعمال دادرسی اساسی به دادگاه قانون اساسی سپرده می‌شود که به گفته کلسن مستقل از تمام نهادهای دولتی است. هر نهادی که وجود، کارکرد و صلاحیتهای آن در معرض دست‌اندازشای قانونگذار یا دولت باشد، نمی‌تواند به عنوان یک دیوان قانون اساسی در نظر گرفته شود.

قوای عمومی تحت نظارت دیوان قانون اساسی، حق آسیب رساندن به وضعیت استقلال آن را ندارند (شوالیه، ۱۳۷۸: ۸۸).

وظیفه اعمال دادرسی اساسی در دادگاه خاصی متمرکز می‌شود که صرفاً به این منظور تأسیس شده و در این حوزه از نوعی انحصار برخوردار است. مفهوم این انحصار آن است که دادگاههای عادی نمی‌توانند به ترافعات خاص دادگاه قانون اساسی رسیدگی نمایند.

این دادگاه یک قدرت مستقل را تشکیل می‌دهد و نقش وی تضمین احترام قانون اساسی در تمام حوزه‌هاست.

اینکه نظارت پیش یا پس از انتشار قانون باشد تغییری در مسئله ایجاد نمی‌کند. دیوانهای عالی قانون اساسی آلمان، ایتالیا، اسپانیا، اتریش و پرتغال هم به اعمال نظارت پیشین می‌پردازند، اما هیچ‌گاه گفته نمی‌شود که این دادگاهها تنها در مواردی که به اعمال نظارت پسین می‌پردازند عمل قضایی انجام می‌دهند. بنابراین این دادگاهها چه در اعمال نظارت پیشین و چه در اعمال نظارت پسین و چه با ارجاع مقامات دولتی و چه با ارجاع اقلیت پارلمانی، به اعمال نظارت قضایی می‌پردازند (فاورو، ۱۳۸۵: ۳۷۰).

### ۴. ضمانت اجرای قانون اساسی در نظام حقوقی ایران

در جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان به منظور صیانت از قانون اساسی در مقابل تجاوزات احتمالی مجلس شورای اسلامی پیش‌بینی و تأسیس شده است (ر.ک: ق.ا، اصول ۷۲ و ۹۶) که از این لحاظ صیانت قانون اساسی، در برابر نقض احتمالی مجلس شورای اسلامی پیش‌بینی شده و ضمانت اجرای قانون اساسی نیز از این حیث غیر قابل خدشه می‌باشد. اما سؤالات و ابهامی که مطرح می‌شود این است که: اولاً: در مقابل تجاوزات احتمالی سایر قوا و ارکان حکومتی چه تضمین‌هایی برای قانون اساسی پیش‌بینی شده است؟ چون ممکن است قانون اساسی از سوی نهادهایی چون شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای عالی امنیت ملی، قوه مجریه، قوه قضائیه، مجمع تشخیص مصلحت نظام، شوراهای محلی و... نقض شود.

ثانیاً: باید توجه داشت که مجلس شورای اسلامی به لحاظ دور بودن از امور اجرایی و ادواری بودن دوره آن و نمایندگی مستقیم مردم، کمترین تهدید برای قانون اساسی محسوب شده در حالی که قوای مجریه و قضائیه با داشتن بیشترین اختیارات و اقتدارات، بالاترین تهدید برای نقض قانون اساسی محسوب می‌شوند. لذا در مقابل تهدیدات و عملکردهای آنها که ناقض قانون اساسی باشند چه تضمیناتی باید اندیشید؟ ثالثاً: با توجه به نوع نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی (که صرفاً مقید به نظارت پیشین و محدود به زمان معین می‌باشد) (ر.ک: ق.ا، اصول ۹۴-۹۵) اگر بعد از اعلام نظر شورای نگهبان مشخص گردد که در مرحله عمل، قوانین لازم‌الاجرا، آثار و نتایجی مغایر با قانون اساسی، به ویژه حقوق بنیادین و آزادیهای اساسی افراد به بار می‌آورند، در این صورت چه راه حلی برای تضمین قانون اساسی و جلوگیری از اجرای قواعد مغایر با آن وجود دارد؟

رابعاً: اشخاص برای احیای حق و تضمین حقوق اساسی خویش حق تظلم‌خواهی در چه مرجعی دارند؟

در این زمینه با توجه به مباحث مختلفی که به صورت پراکنده در آثار حقوقدانان مطرح گردیده است نظریه واحدی وجود نداشته و راه‌های متعددی

پیشنهاد شده است که هر یک، مقامات و مراجعی را به این منظور پیشنهاد داده‌اند که در ادامه به بررسی این نظریات می‌پردازیم:

### ۴-۱. مقام رهبری

گروهی معتقدند که بر اساس مقدمه قانون اساسی<sup>۱</sup> و اصول ۵ و ۵۷ آن، رهبری ضامن قانون اساسی و عدم انحراف نظام می‌باشد. با این عبارت که در نظام حقوقی ما نهادی برتر پیش‌بینی شده است که رهبری می‌باشد. با وجود این نهاد برتر، دیگر نیازی به دادگاه یا شورای عالی قانون اساسی وجود ندارد. وقتی می‌گوییم رهبر بر سه قوه نظارت دارد و یا رهبر وظیفه هماهنگی بین سه قوه را دارد خودبه‌خود و به طور غیرمستقیم، وظایف دادگاه عالی یا شورای عالی را رهبر بر عهده دارد. بنابراین در چنین زمینه‌ای چون احساس خلأ نشده در قانون اساسی ما، دادگاه عالی یا مشابه آن پیش‌بینی نشده است. در حقیقت روح قانون اساسی ما، کاری را که دادگاه عالی باید انجام دهد از رهبری خواسته است (عمید زنجانی، ۱۳۸۰: ۱۶).

در پاسخ به این نظریه باید گفت که اولاً احتمال نقض قانون اساسی توسط رهبری و نهادهای وابسته به رهبری به علت ریاست او بر قوه مجریه (ق.ا، اصل ۶۰) و دارا بودن عالی‌ترین مقام رسمی کشور (ق.ا، اصل ۱۱۳) و با توجه به حوزه گسترده صلاحیتها و اختیارات رهبری، مصرح در اصل ۱۱۰ قانون اساسی وجود دارد. ثانیاً اصل ۵۷ قانون اساسی صرفاً بر اعمال قوای حاکم زیر نظر ولایت مطلقه امر تأکید دارد که با توجه به مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، این اصل ناظر بر اصل ۱۱۰ قانون اساسی و دلیل بر محصور نبودن اختیارات رهبری در بندهای یازده گانه اصل مذکور می‌باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۵: ۶۶۶؛ مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۸۰: ۳). لذا نظارت مذکور در این اصل نسبت به «تضمین قانون اساسی» خروج موضوعی دارد. ثالثاً نظارت بر قانون اساسی و تضمین آن مستلزم وجود تشکیلات و اعطای صلاحیت می‌باشد که در قانون اساسی چنین امری به رهبری اعطا نشده است.

۱. ر.ک: مقدمه قانون اساسی، ذیل عنوان «ولایت فقیه عادل».

### ۲-۴. رئیس جمهور

گروه دیگر، رئیس جمهور را به عنوان مرجع تضمین و صیانت از قانون اساسی پیشنهاد می‌کنند. اینها معتقدند که قانون اساسی ممکن است از یک سو با تصویب قوانین عادی یا دستورها و مقررات لازم‌الاجرای دولتی و از سوی دیگر با نقض عملی مقررات آن، یا کوتاهی در فراهم کردن زمینه‌های اجرایی آن مورد تجاوز قرار بگیرد. در متن قانون اساسی بسیاری از کشورها تمهیداتی در هر دو زمینه مزبور اندیشیده شده و راهکارهایی طراحی شده است.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، وظیفه اول به عهده نهاد خاص و مستقلی به نام شورای نگهبان گذاشته شده است. اما وظیفه دوم یعنی مراقبت در اجرای اصول قانون اساسی و معطل و متروک نماندن آنها و عدم نقض عملی آنها، بر عهده رئیس جمهور گذاشته شده است (مهرپور، ۱۳۸۰: ۲۰).

مسئول اجرای قانون اساسی در قوه قضائیه، قوه مقننه، قوه مجریه، صدا و سیما، نهادهای تابع رهبری و غیره رئیس جمهور می‌باشد (هاشمی، ۱۳۸۰: ۵۰).

این یک معنای کاملاً صحیح است که بگوییم رئیس جمهور ناظر بر اجرای قانون اساسی است به صورت نظارت استطلاعی (عمید زنجانی، ۱۳۸۰: ۵۰).

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به منظور اجبار قوای سه گانه به وظایف قانونی خود از اختیارات رئیس جمهور و برای اجبار رئیس جمهور از اختیارات رهبر و برای کنترل مقام رهبری از وجود نهادی مردمی به نام خبرگان استفاده شده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۳: ۵۰).

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای پاسداری از این قانون، از نظر تقنینی و اجرایی قائل به تفکیک شده است:

- پاسداری تقنینی بر عهده شورای نگهبان است که از طریق نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی در مطابقت آنها با شرع و قانون اساسی اقدام می‌نماید.
- پاسداری اجرایی، تحت عنوان «مسئولیت اجرای قانون اساسی» بر عهده رئیس جمهور قرار گرفته است (هاشمی، ۱۳۸۰: ۲۸۴).

نظریات این گروه نیز قابل خدشه بوده و ایرادهای حقوقی متعددی بر آن وارد

است. که این ایرادها عبارتند از:

الف) رئیس جمهور و قوه مجریه به لحاظ اختیارات گسترده و اقتدارات وسیع اجرایی نسبت به قوای دیگر، بالاترین تهدید برای نقض قانون اساسی تلقی می‌شود، لذا سپردن مسئولیت اجرای قانون اساسی و تضمین آن به یک فرد منطقی به نظر نمی‌رسد.

ب) تضمین قانون اساسی و تطبیق اعمال با اصول آن، مستلزم برداشت و تفسیر از اصول قانون اساسی است؛ یعنی اینکه مرجع تضمین باید صلاحیت تفسیر قانون اساسی را داشته باشد تا بتواند موارد مغایرت را تشخیص دهد، در حالی که در قانون اساسی چنین صلاحیتی به رئیس جمهور اعطا نشده است.

ج) بر اساس نظریه تفسیری شورای نگهبان از اصل ۱۱۳، حوزه اعمال این اصل فقط مربوط به اجرای اصول قانون اساسی می‌باشد. در این رابطه نظریه شماره ۷۵/۲۱/۱۴۵۹ مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۲ مقرر می‌دارد: «اصل ۱۱۳ مربوط به جایی است که اصلی از اصول قانون اساسی یا به کلی اجرا نشده باشد یا متوقف شده باشد. در اینجا وظیفه ریاست جمهور است که از مقامات مسئول بخواهد آن اصل را اعمال کند.»<sup>۱</sup>

د) اگر رئیس جمهور دید که قانونی بر خلاف قانون اساسی تصویب شده است یا دستگاه قضایی حکمی بر خلاف قانون اساسی داده است آیا می‌تواند جلو آن را بگیرد؟ آیا با ساختار قانون اساسی ما انطباق دارد؟ با ساختار فعلی قانون اساسی، طبعاً

۱. همچنین ر.ک: نامه شماره ۸۰/۱۴۲۶۷ مورخ ۱۳۸۰/۷/۲۲ دبیر شورای نگهبان خطاب به رئیس قوه قضائیه به شرح ذیل:

«اجرای قانون اساسی، اجرا و احیا و معطل نماندن و شکل‌گیری اجرایی قوانین را می‌رساند. مفاد اصل ۱۱۳ به معنای پیگیری اجرا و احیای اصول قانون اساسی است و رئیس قوه مجریه موظف است وظایف مربوط به آن را مستقیماً اجرا کند و در رابطه با دیگر قوا و نهادها مانند رهبری، مجلس، قوه قضائیه و نظایر آنها باید شرایط و مقدمات لازم را جهت اجرا و احیای آن قوانین که در اختیار او می‌باشد مهیا کرده و در صورت عدم اجرا تذکر دهد.

مفهوم نظارت را لازمه مسئولیت اجرای قانون دانستن، غفلت است. معمولاً در قوانین، دستگاه ناظر از دستگاه مجری جداست و وظیفه نظارت ماهیتاً وظیفه‌ای قضایی است که در مقابل اجرا قرار می‌گیرد و نه تنها لازمه آن نبوده بلکه با آن تقابل دارد» (مهرپور، ۱۳۸۴: ۴۲۳؛ مجموعه نظریات شورای نگهبان، نظریات تفسیری و مشورتی، ۱۳۸۱: ۴۸۸).

نمی‌توانیم بگوییم که چنین اختیاری دارد؛ زیرا دخالت در قوه دیگر خواهد بود. ه) اینکه رئیس جمهور جلو اجرای حکم دادگاه یا جای دیگر را بگیرد ظاهراً با ساختاری که قانون اساسی ما دارد مطابقت نمی‌کند. همیشه این واهمه هست که اگر این اختیار (دخالت در قوای دیگر) به او داده شود گرچه ممکن است بسیار خوب باشد اما گاهی این اختیار و قدرت در دست او باعث سوء استفاده می‌شود و آن دیکتاتوری که از آن می‌ترسیم از این راه پیش می‌آید (مهرپور، ۱۳۸۰: ۳۵). به عبارت دیگر اعطای صلاحیت تضمین قانون اساسی به رئیس جمهور مغایر اصل استقلال و تفکیک قوا می‌باشد.

و) «حقوقدانان غالباً بر این عقیده‌اند که رئیس جمهور، مسئولیت اجرای قانون اساسی را بر عهده دارد و در صورت مشاهده نقض، تخلف و یا عدم اجرای قانون اساسی باید با استفاده از ابزارهای مختلف اقدام نماید.

قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیتهای ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۵/۹/۴ نیز مؤید این امر است.

برداشت حقوقدانان بر این است که رئیس جمهور مسئولیت اجرای قانون اساسی در کلیه قوا اعم از مجریه، مقننه و قضائیه را بر عهده دارد، ولی با مذاقه حقوقی به نظر می‌رسد این امر قابل تشکیک است و در واقع و یا لااقل از اصل ۱۱۳ قانون اساسی این موضوع قابل استنباط نیست و اگر قصد چنین بود باید متن قانون به نحو دیگری تنظیم می‌گردید. به نظر ما نهایت برداشت از اصل ۱۱۳ قانون اساسی این است که رئیس جمهور مسئولیت اجرای قانون اساسی در قوه مجریه و در محدوده ریاست خود را داراست و نه نسبت به سایر قوا» (نجفی اسفاد، ۱۳۷۹: ۱۳۶).

ز) مضافاً اینکه اگر بر فرض محال، رئیس جمهوری علاوه بر مسئولیت اجرای قانون اساسی، مسئولیت نظارت بر آن را هم بر عهده داشته باشد این امر، فی‌نفسه ضمانت اجرای قانون اساسی تلقی نمی‌شود؛ چرا که همیشه مقام ناظر با مرجع تضمین یکی نیست. در قوانین عادی هم در کنار مقام ناظر، مرجع ضمانت اجرا نیز وجود دارد. به عنوان مثال سازمان بازرسی کل کشور مسئول نظارت بر اجرای صحیح قوانین در دستگاههای اداری می‌باشد (ر.ک: ق.ا، اصل ۱۱۴)، اما ضمانت اجرای

قوانین و یا مرجع تضمین آنها، مراجع قضایی و دیوان عدالت اداری می‌باشد نه سازمان بازرسی کل کشور. به عبارت بهتر سازمان بازرسی فقط بر حسن اجرای قوانین نظارت می‌کند، اما اینکه با متخلفین از قوانین و یا با اعمال مغایر با قوانین به چه نحوی برخورد شود این امر از حیطة صلاحیت آن خارج بوده و بر عهده مراجع دیگری می‌باشد.

### ۳-۴. قوه قضائیه

گروه دیگری با استناد به بند ۳ اصل ۱۵۶ و اصل ۱۷۳ قانون اساسی که نظارت بر حسن اجرای قوانین بر عهده قوه قضائیه گذاشته شده و با استظهار بر اینکه کلمه «قوانین» به صورت مطلق استعمال شده و هم قانون عادی و هم قانون اساسی را شامل می‌شود، لذا صلاحیت نظارت بر اجرای صحیح قانون اساسی را از وظایف قوه قضائیه می‌دانند.

این نظریه نیز مصون از خطا نبوده و دارای ایرادات متعددی به شرح ذیل می‌باشد:

الف) اگر قوه قضائیه بخواهد برای این امر دادگاه اختصاصی تشکیل دهد از آنجا که در قانون اساسی چنین مرجعی پیش‌بینی نشده است، لذا این امر مغایرت صریح با قانون اساسی دارد و نقض قانون اساسی به منظور اجرای آن صحیح نیست.

ب) دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع قضایی اختصاصی، بر اساس نظریه تفسیری شورای نگهبان<sup>۱</sup> و قوانین و مقررات مربوطه،<sup>۲</sup> صرفاً صلاحیت رسیدگی به مقررات قوه مجریه را داشته و سایر قوانین و مقررات از شمول رسیدگی این دیوان خارج می‌باشند. در حالی که تضمین کامل و تام ایجاب می‌کند که همه قوانین و مقررات موجود مورد نظارت قرار گیرند.

ج) ایجاد مرجعی در بطن قوه قضائیه برای صیانت از قانون اساسی مغایر اصول

۱. ر.ک: نظریه تفسیری شماره ۳۲۸۳ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۱: «با توجه به قرینه «قوه مجریه» در قسمت اخیر اصل ۱۷۰ قانون اساسی، مقصود از تعبیر «دولتی» در این اصل قوه مجریه است» (روزنامه رسمی کشور، مجموعه قوانین و مقررات ۱۳۸۳).

۲. ر.ک: قانون دیوان عدالت اداری، مواد ۱۳ و ۱۹، مصوب ۱۳۸۵/۹/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

حقوقی است؛ چرا که مدعی علیه و قاضی یکی خواهد بود؛ چون قوه قضائیه نیز در موارد بسیاری ناقض قانون اساسی محسوب می‌شود.

د) منظور بند ۳ اصل ۱۵۶ از «نظارت بر حسن اجرای قوانین»، ناظر بر اصول فصل یازدهم به ویژه اصول ۱۶۱، ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون اساسی می‌باشد. به این معنا که این نظارت در سطح قوانین عادی و در ارتباط با وظایف قوه قضائیه می‌باشد.

#### ۴-۴. رئیس مجلس شورای اسلامی

برخی ممکن است استدلال کنند که قانون اساسی از یک سو با تصویب قوانین عادی و از سوی دیگر با تصویب مقررات لازم‌الاجرا مورد تجاوز قرار می‌گیرد که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قوانین عادی (مصوبات مجلس شورای اسلامی) توسط نهاد خاص و مستقلی به نام شورای نگهبان مورد نظارت قرار می‌گیرند و مقررات نیز اولاً در چارچوب قوانین تصویب می‌شوند، ثانیاً ذیل اصل ۱۳۸ قانون اساسی، رئیس مجلس شورای اسلامی را مکلف نموده است تا مقررات مغایر با قوانین را مورد نظارت قرار دهد و از آنجا که کلمه «قوانین» مطلق استعمال شده، لذا هم قانون عادی و هم قانون اساسی را شامل می‌شود و این بر عهده رئیس مجلس شورای اسلامی است تا مقررات مغایر با قانون اساسی را مورد نظارت قرار دهد.

این نظریه نیز دارای ایرادهایی به شرح ذیل می‌باشد:

الف) مقررات و آیین‌نامه‌ها اقسام متعددی دارند<sup>۱</sup> که از این میان فقط آیین‌نامه‌های اجرایی، مبتنی بر قوانین تأییدشده قبلی می‌باشند و سایر مقررات به صورت مستقل توسط مراجع ذی‌ربط تصویب می‌شوند (موسی‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۵۱؛ ابوالحمد، ۱۳۸۰: ۸۰).

ب) نظارت رئیس مجلس شورای اسلامی بر آیین‌نامه‌ها و مصوبات مقرر در اصل ۱۳۸ قانون اساسی، فقط مقررات «دولتی» را شامل می‌شود در حالی که در نظام حقوقی ما، مراجع دیگری نیز وجود دارند که دست به تصویب مقررات می‌زنند.

۱. ر.ک: موسی‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۵۱؛ نیز: ابوالحمد، ۱۳۸۰: ۸۰.

ج) بر اساس نظریه تفسیری شورای نگهبان، «قوانین» مقرر در اصل ۱۳۸ قانون اساسی، منصرف از قانون اساسی بوده و رئیس مجلس شورای اسلامی فقط صلاحیت تطبیق مقررات با قوانین عادی را دارد. آن گونه که نظریه تفسیری ذیل در پاسخ به استفساریه رئیس مجلس شورای اسلامی، مؤید این ادعا می‌باشد:

ریاست محترم مجلس شورای اسلامی

عطف به نامه شماره ۴۱۹ ه ب مورخ ۱۳/۸/۱۳۷۰؛ در خصوص تفسیر اصل ۱۳۸ قانون اساسی موضوع در جلسه شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت، نظر تفسیری شورا بدین شرح اعلام می‌گردد:

«کلمه قوانین مذکور در ذیل اصل ۱۳۸ قانون اساسی شامل قانون اساسی نمی‌شود» (مؤذیان، ۱۳۸۰: ۲۲۸).

#### ۴-۵. تأسیس دادگاه قانون اساسی

برخی اشخاص تشکیل دادگاه یا شورای عالی صیانت از قانون اساسی را پیشنهاد داده‌اند. به نظر اینان تنها راه حل باقی‌مانده، بازنگری در قانون اساسی و پیش‌بینی دادگاه عالی قانون اساسی می‌باشد (هاشم‌زاده هریسی، ۱۳۸۳: ۳۱۶).

ایراد این نظریه نیز این است که ایده آن فراتر از چارچوب قانون اساسی می‌باشد. موضوع ما، وضعیت فعلی می‌باشد، به این معنا که در حال حاضر و با توجه به قانون اساسی موجود، چه راه حل حقوقی وجود دارد؟ والا اگر موضوع و مسئله به بازنگری در قانون اساسی موکول شود در آن صورت، موضوع، حالت و صبغه حقوقی خود را از دست خواهد داد.

#### ۵. ضمانت اجرای متمرکز اما مغفول

با توجه به مطالب مذکور، شاید در بدو امر چنین به نظر آید که قوه مؤسس یا قانونگذار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران توجهی به موضوع نداشته و امر صیانت از قانون اساسی را به فراموشی سپرده و این امر خود چنین ابهامات و جنجالهایی را باعث شده است، اما آیا واقعاً چنین است؟

برای روشن شدن موضوع به بررسی اصل چهارم قانون اساسی می‌پردازیم:

## ۱-۵. اصل چهارم قانون اساسی<sup>۱</sup>

به نظر ما، قانونگذار قانون اساسی، موضوع ضمانت اجرای قانون اساسی و تعیین مرجع آن را مدنظر داشته و از آن عبور نکرده است. بلکه مرجعی متمرکز و همراه با نظارت پسینی بر تمامی قوانین و مقررات پیش‌بینی و تصویب کرده است. به عبارت دیگر، بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، تضمینی بهتر و مطمئن‌تر صورت گرفته است، ولی متأسفانه این تضمین و نهاد آن در مرحله عمل و اجرا مغفول مانده و به آن توجهی صورت نگرفته است و این عدم توجه باعث شده که پیشنهادهای انحرافی برای ضمانت اجرای قانون اساسی شکل بگیرد. یکی از دلایل اصلی مغفول ماندن موضوع این است که اصل چهارم در ارتباط با اصول ۹۱ تا ۹۹ قانون اساسی تفسیر شده است. به بیان رساتر، علت فراموشی اصل چهارم این بوده است که در واقع «فقه‌های شورای نگهبان» مقرر در اصل چهارم همان فقه‌های موضوع اصل ۹۱ قانون اساسی تعبیر شده است. در حالی که موضوع اینچنین نبوده است. بلکه فقه‌های اصل ۹۱ قانون اساسی صرفاً از نظر عدم مغایرت مصوبات «مجلس شورای اسلامی» با موازین شرع و قانون اساسی شکل گرفته است در حالی که فقه‌های اصل چهارم از نظر عدم مغایرت همه قوانین و مقررات (اعم از مصوبات مجلس شورای اسلامی و غیر آن) شکل گرفته است.

قانونگذار قانون اساسی در حین تصویب اصل چهارم در مقام بیان تضمین عالی‌ترین هنجار حقوقی کشور بوده است و این موضوع هیچ ارتباطی با تضمین عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی نداشته است. آن‌گونه که مشروح مذاکرات اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز بر این موضوع دلالت صریح دارد:

... ما اصل چهارم را به رأی گذاشتیم و رأی کافی نیاورد و یک رأی کم داشت و

۱. اصل چهارم قانون اساسی: 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 فقه‌های شورای نگهبان است.

این یک رأی مربوط به نکته‌ای بود که مطرح شد و معلوم شد که آن هم برای رفع هرگونه دغدغه، توضیح لازم دارد و آن این است که مقام تشخیص‌دهنده چه کسی باشد؟ به طور خصوصی تذکر داده شد که به هر حال در خود قانون اساسی برای تشخیص این قسمت باید فکری بشود... اگر در همین جا بنویسیم که مشخص، فقه‌های عصر می‌باشند هیچ مشکلی هم پیش نمی‌آید و مانعی هم ندارد و از لحاظ فقه‌ای که دارند هیچ اشکالی ندارد و مخالفتی هم وجود ندارد و تشخیص این اصل طبق ضوابطی که در اصول آینده آمده است به عهده فقه‌ها و مجتهدین است. می‌فرمایند آن شورای نگهبان که گذاشته‌اید، برای قوانین مجلس شورای ملی است مگر این طور نیست؟ برای اینکه قوانین مجلس شورای ملی را می‌خواهند بگویند برمی‌گردد به آن شورا و تشخیص‌دهنده آن است. در صورتی که شورای نگهبان فقط برای قوانین مصوب مجلس شورای ملی است، در حالی که اینجا می‌گویند اطلاعات و عموماً این قانون اساسی. بنویسید «فقیه اعلم»؛ در ولایت فقیه هم داشتید و در اینجا هم بنویسید «فقیه اعلم» تا از ابهام بیرون بیاید. یعنی آن اعلامی که به نظر اکثریت مردم باشد «مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱/۳۴۶-۳۴۷».

بنابراین ملاحظه می‌شود که تصویب اصل چهارم قانون اساسی، بی‌ارتباط با اصول ۷۲ و ۹۱ بوده است؛ چرا که اصول اخیرالذکر فقط مختص به تشخیص عدم مغایرت قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی و موازین شرع می‌باشند، آن‌گونه که اصل ۷۲ تصریح می‌کند که مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. در حالی که اصل چهارم از عبارت «قوانین»؛ اعم از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی و یا غیر آن و از عبارت «مقررات» که خارج از شمول قوانین می‌باشد استفاده کرده است.

در واقع اصل چهارم قانون اساسی، علاوه بر مصوبات مجلس شورای اسلامی، مصوبات و مقررات سایر قوا و مراجع و نهادها را نیز در نظر گرفته است.

پس ملاحظه می‌شود که اصل چهارم، یک اصل مستقل از اصول ۷۲ و ۹۱ قانون اساسی بوده و دایره شمول آن، هم قوانین و هم مقررات می‌باشد و به لحاظ اینکه

نحوه اجرای این اصل تحت یک ضابطه در بیاید و مقام تضمین کننده آن مشخص گردد قانونگذار قانون اساسی، فقهای مقرر در اصل ۹۱ قانون اساسی را مسئول آن تعیین نموده و این در واقع یک صلاحیت و تکلیف اضافی است که به فقهای شورای نگهبان اعطا شده است. آن گونه که تهیه قانون مربوط به تعداد و شرایط و کیفیت انتخاب نمایندگان مجلس خبرگان رهبری برای اولین دوره به فقهای شورای نگهبان واگذار شده است (ر.ک: ق.ا، اصل ۱۰۸). و یا اینکه همین فقها به عنوان اعضای ثابت در مجمع تشخیص مصلحت نظام عضو بوده و یا سایر وظایفی که بر طبق اصول متعدد قانون اساسی بر عهده شان گذارده شده است (ر.ک: ق.ا، اصول ۱۱۱، ۱۱۸ و ۱۷۷).

برای اثبات ادعا لازم به ذکر است که حتی در حین تصویب این اصل، پیشنهادها دیگری نیز صورت گرفته است که مقام تشخیص دهنده، مراجع و اشخاص دیگری باشند، با این عبارت که «به نظر من باید تشخیص این امر به شورای رهبری احاله شود» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۳۵۱/۱). اما نهایتاً فقهای مقرر در اصل ۹۱ (فقهای شورای نگهبان) برای این موضوع تعیین شده اند. اما نه از باب صلاحیتهای مقرر در اصول ۷۲ و ۹۱، بلکه این صلاحیت، یک صلاحیت جدید و اضافی می باشد.

مجدداً در تأیید این ادعا (مبنی بر اینکه، قانونگذار قانون اساسی ملتفت موضوع بوده و بر خلاف برخی ادعاها، نهاد صیانت از قانون اساسی را از نظر دور نداشته) می توان به مشروح مذاکرات اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی استناد جست. در این اسناد ملاحظه می کنیم:

منظور، پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس با قانون است اما از نظر پاسداری از اجرای قانون لازم نیست تذکر داده بشود، بعد از آنکه ما نظام جمهوری اسلامی را در مملکت امضا کردیم این قانون اساسی و جمهوری اسلامی باید حافظ هم داشته باشد. احکام شرع باید حافظ داشته باشد اگر شورای نگهبان در طی ده روز نوشت که این قانون مخالف با اسلام و قانون اساسی نیست ولی بعد از بیست روز فهمید اشتباه کرده، ما برای آن هم باید فکری بکنیم، بنابراین این طور می گوئیم که همیشه امکان اظهار نظر مجدد باشد (یعنی همان نظارت پسین) (همان: ۹۴۷-۹۵۸/۲).

پس ملاحظه می شود که اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی هم نظارت پسین بر قوانین و هم نظارت متمرکز بر همه قوانین و مقررات را در نظر داشته اند و راه حل آن نیز تصویب اصل چهارم بوده است<sup>۱</sup> که همه قوانین و مقررات (تصویب نامه ها، آیین نامه ها، بخش نامه ها و سایر اعمال اداری) باید منطبق با عالی ترین هنجار حقوقی باشند. حتی نایب رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی خطاب به یکی از اعضای مجلس می گوید:

آقای دکتر بنی صدر در کشورهای دارای پارلمان، دادگاه قانون اساسی یعنی محکمه قانون اساسی در مواردی که شکایت کنند که یک قانونی بر خلاف قانون اساسی است رسیدگی و اظهار نظر می کند (همان: ۹۵۹/۲).

باید توجه داشت که نظارت بر قانون اساسی و تضمین آن توسط مرجع اصل چهارم، علاوه بر اینکه به لحاظ استقلال و عدم وابستگی آنها به قوای سه گانه با اصل استقلال و تفکیک قوا سازگار می باشد، با روح حاکم بر قانون اساسی نیز منطبق می باشد؛ چرا که همان گونه که متذکر شدیم تضمین قانون اساسی و نظارت بر اجرای آن مستلزم دارا بودن صلاحیت تفسیری می باشد که بر اساس اصل ۹۸ قانون اساسی چنین صلاحیتی به فقهای شورای نگهبان اعطا شده است. در حالی که قوه مؤسس چنین صلاحیتی را به مراجع و مقامات دیگر اعطا نکرده است.

### ۲-۵. دایره شمول اصل چهارم

قوانین از نظر سلسله مراتب، به قانون اساسی، قانون عادی و مقررات تقسیم می شوند که قانون توسط مجلس تصویب می شود و مقررات عبارتند از: آیین نامه ها، تصویب نامه ها، بخش نامه ها و هر عملی که توسط نهادهای حکومتی یا هیئت دولت یا دستگاههای اداری به معنای عام تصویب و اتخاذ می گردند.

بنابراین «اتلاق اصل چهارم شامل کلیه قوانین و مقرراتی است که در جمهوری اسلامی در هر سه قوه و سایر نهادهای حاکمیتی اعمال می گردد» (عمید زنجانی، ۱۳۸۵: ۲۱۴).

۱. اصلی که در پیش نویس نبوده و توسط اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی تهیه و تصویب گردیده است (ر.ک: یزدی، ۱۳۷۵: ۷۵).



بر این اساس، شورای نگهبان دو نظریه تفسیری راجع به اصل چهارم صادر نموده است که مشخص کننده حوزه شمول این اصل می‌باشد.

بر اساس نظریه شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ که مقرر می‌دارد: «مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر بر 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» (ر.ک: مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۰: ۴۸).

همچنین شورای نگهبان در نظریه تفسیری دیگر به شماره ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۳/۳ حتی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام را محدود به اصل چهارم نموده است. این نظریه مقرر می‌دارد: «مطابق اصل چهارم قانون اساسی، مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند خلاف موازین شرع باشد» (ر.ک: همان: ۲۳۲).

### ۳-۵. نحوه اعمال اصل چهارم

الف) از آنجا که اعمال این اصل، مستلزم نوعی نظارت بعدی و پسینی می‌باشد لذا بر خلاف نوع نظارت شورای نگهبان بر مصوب مجلس شورای اسلامی که به صورت پیشینی و خودکار و بدون شکایت صورت می‌گیرد، این نوع نظارت باید همراه با ارجاع و شکایت و دادخواهی باشد. به عبارت دیگر، زمانی نظارت اعمال می‌شود که فرد یا مقام یا مرجعی از موضوع شکایت نموده و ادعای مغایرت آن را داشته باشد.

ب) اعمال اصل چهارم صرفاً محدود به تشخیص مغایرت قانون و مقررات با هنجار عالی حقوقی می‌شود نه نسخ آنها؛ چرا که ظاهر اصل چهارم دلالت بر این ادعا دارد.

ج) از آنجا که اصل ۷۱ قانون اساسی صلاحیت انحصاری قانونگذاری و نسخ آن را برای مجلس شورای اسلامی قائل است لذا فقهای شورای نگهبان فقط مغایرت را تشخیص می‌دهند.

د) حکم فعلی ضرورت برقراری نظم در امور و تقسیم و تفکیک وظایف که فلسفه وجودی قانون اساسی را نیز تشکیل می‌دهد مؤید این استنباط است. به عبارت دیگر، تا زمانی که شکایتی از قانون یا مقرره‌ای صورت نگیرد مقام ناظر حق دخالت ندارد و در صورت شکایت، فقط تکلیف تشخیص مغایرت بر عهده اوست و جایگزینی قانون یا مقررات جدید بر عهده مراجع ذی‌ربط می‌باشد.

ه) در فاصله میان تشخیص و وضع و انتشار قانون و مقررات جایگزین، قانون و مقررات سابق همچنان لازم‌الاجراست. به عبارت دیگر، فقهای شورای نگهبان با تشخیص و ابلاغ قوانین و مقررات مغایر، به تکلیف خویش عمل نموده و نسبت به اجرای تکالیف ناشی از آن، اختیار و وظیفه‌ای ندارند.

و) لازم است فقهای شورای نگهبان در راستای انجام تکالیف قانونی و شرعی خویش که بر اساس اصل چهارم قانون اساسی عهده‌دار می‌باشند نسبت به تأسیس تشکیلات نظارتی در سطح سازمانها، نهادها و مناطق جغرافیایی اقدام و با پذیرش شکایات و تظلم‌خواهی افراد و اشخاص نسبت به صیانت از عالی‌ترین هنجار حقوقی اقدام نمایند.

ز) هرچند ممکن است ایراد شود که اصل چهارم صرفاً ناظر بر موازین اسلامی بوده و منصرف از قانون اساسی می‌باشد اما باید اذعان داشت که اولاً امری که مغایر با موازین اسلامی باشد به طریق اولی مغایر با قانون اساسی خواهد بود. ثانیاً موازین اسلامی عالی‌ترین هنجار حقوقی در نظام حقوقی ما محسوب می‌شود، لذا صیانت از آن اگر بهره‌ای بیشتر از صیانت از قانون اساسی در بر نداشته باشد، مطمئناً کمتر نخواهد داشت.

### نتیجه

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، برای حاکمیت قانون و شرع و تضمین عالی‌ترین هنجار حقوقی، مرجعی واحد و متمرکز و در عین حال نظارتی از نوع پسینی، پیش‌بینی نموده است که بر اساس صراحت اصل چهارم قانون اساسی، این تضمین به صورت عام و مطلق شامل همه قوانین و مقررات می‌گردد، لذا:

- ۱- قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی (حتی پس از تأیید شورای نگهبان و در مرحله اجرا) می‌توانند به ادعای مغایرت با قانون اساسی و هنجار برتر حقوقی مورد شکایت و دعوا قرار گیرند که رسیدگی به این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان بوده تا در صورت تشخیص صحت ادعا، موارد مغایرت را اعلام نمایند.
- ۲- از سایر قوانین لازم‌الاجرا، همچون قوانین مصوب قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، قوانین مصوب شورای انقلاب، قوانین مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام و... می‌توان در نزد فقهای شورای نگهبان به ادعای مغایرت آنها با هنجار برتر شکایت کرد.
- ۳- از هر نوع مقررات (اعم از آیین‌نامه‌ها، مصوبات، دستورالعمل و...) و تصمیمهای قضایی مغایر با قانون اساسی که قابل شکایت در دیوان عدالت اداری نباشند می‌توان به استناد اصل چهارم، در نزد فقهای شورای نگهبان شکایت نمود که رسیدگی به این شکایت از تکالیف آنان می‌باشد.
- ۴- مصوبات سایر مراجع قاعده‌گذار نظیر مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی انقلاب فرهنگی، شوراهای اسلامی شهر و روستا و... مصون از نظارت مقرر در اصل چهارم نبوده و در صورت مغایرت با هنجار مرجع، حق شکایت از آنها محفوظ می‌باشد.
- ۵- هر فرد و شخصی که ادعای نقض حقوق اساسی خویش را داشته باشد و هر نوع عمل تقنینی، قضایی، اداری و حتی حزبی و گروهی را که مغایر با آزادیها و حقوق مصرح خود در قانون اساسی بیابد می‌تواند از آنها در مرجع مقرر در اصل چهارم تظلم خواهی نماید.

### کتاب‌شناسی

۱. بارت، اریک، *مقدمه‌ای بر حقوق اساسی*، ترجمه دکتر عباسعلی کدخدایی، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۲. بوشهری، جعفر، *حقوق اساسی، اصول و قواعد*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق اموال*، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۴ ش.
۴. همو، *میسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۵. همو، *مقدمه علم حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۳ ش.
۶. راسخ، محمد، «ویژگیهای ذاتی و عرضی قانون»، *نشریه مجلس و پژوهش*، سال سیزدهم، شماره ۵۱، بهار ۱۳۸۵ ش.
۷. روسو، ژان ژاک، *قرارداد اجتماعی*، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران، آگاه، ۱۳۸۰ ش.
۸. زارعی، محمدحسین، «مفهوم و مبانی کنترل قضایی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۲، ۱۳۸۴ ش.
۹. شوالیه، ژاک، *دولت قانونمند*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸ ش.
۱۰. عمید زنجانی، عباسعلی، «قانون اساسی، مسئولیت اجرا و تفکیک قوا»، *مجله حکومت اسلامی*، شماره ۲۰، ۱۳۸۰ ش.
۱۱. همو، *حقوق اساسی ایران*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵ ش.
۱۲. همو، *درآمدی بر فقه سیاسی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۳ ش.
۱۳. فاوورو، لویی، «حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی»، ترجمه جواد تقی‌زاده، *نشریه حقوق اساسی*، سال دوم، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۳ ش.
۱۴. همو، «دادگاههای قانون اساسی»، ترجمه علی‌اکبر گرجی، *نشریه حقوق اساسی*، سال چهارم، شماره ۶ و ۷، زمستان ۱۳۸۵ ش.
۱۵. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، *بایسته‌های حقوق اساسی*، چاپ هفتم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۰ ش.
۱۶. همو، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.
۱۷. *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، *گامی به سوی عدالت*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ش.
۱۹. همو، *مبانی حقوق عمومی*، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ ش.
۲۰. همو، *مقدمه علم حقوق*، چاپ بیست و ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹ ش.
۲۱. *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، «نظریات تفسیری و مشورتی»، تهران، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۱ ش.
۲۲. مدنی، سیدجلال‌الدین، *مبانی و کلیات علم حقوق*، چاپ دهم، تهران، پایدار، ۱۳۸۵ ش.
۲۳. *مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی*، چاپ دوم، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۰ ش.
۲۴. *مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴ ش.
۲۵. منتسکیو، شارل دو، *روح القوانين*، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۰ ش.
۲۶. موسی‌زاده، رضا، *حقوق اداری*، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۷. مهرپور، حسین، «قانون اساسی، مسئولیت اجرا و تفکیک قوا»، *مجله حکومت اسلامی*، شماره ۲۰، ۱۳۸۰ ش.

۲۸. همو، *وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی*، تهران، ثالث، ۱۳۸۴ ش.
۲۹. میرعباسی، سیدباقر، *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران، دادگستر، ۱۳۷۶ ش.
۳۰. نجفی اسفاد، مرتضی و فرید محسنی، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، الهدی، ۱۳۷۹ ش.
۳۱. واحدی، قدرت‌الله، *مقدمه علم حقوق*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۳۲. وفادار، علی، *حقوق اساسی و تحولات سیاسی*، چاپ سوم، تهران، وفادار، ۱۳۸۲ ش.
۳۳. هاشم‌زاده هریسی، هاشم، «درآمدی بر مسئله نقض و عدم اجرای قانون اساسی»، *نشریه حقوق اساسی*، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۸۳ ش.
۳۴. هاشمی، سیدمحمد، «قانون اساسی، مسئولیت اجرا و تفکیک قوا»، *مجله حکومت اسلامی*، شماره ۲۰، ۱۳۸۰ ش.
۳۵. همو، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چاپ پنجم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۰ ش.
۳۶. همو، *حقوق بشر و آزادیهای اساسی*، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۳۷. هامون، فرانسیس و سلین واینر، «صیانت از قانون اساسی»، ترجمه محمد جلالی، *نشریه حقوق اساسی*، سال دوم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۳ ش.
۳۸. یزدی، محمد، *قانون اساسی برای همه*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۵ ش.
39. WADE, E.C.S. and A.W. Bradly, *Constitutional and administrative*, 9<sup>th</sup> ed, Longman Publications, 1983.

## اصل قانونمداری در اعمال اداری\*

- دکتر محمدرضا ویژه<sup>۱</sup>
- دکترای حقوق عمومی دانشگاه منتسکیو (بردو - فرانسه)

### چکیده

اصل قانونمداری که از ارکان حکومت قانون است، در اعمال اداری از آن منظر اهمیت می‌یابد که شهروندان با قدرت عمومی مواجه هستند و این موضع نابرابر، بیم سوء استفاده اداره از قدرت را می‌افزاید و لزوم اعمال موثر اصل مزبور را ایجاب می‌نماید.

در این راستا، نخست باید چارچوب نظری اصل قانونمداری را بازشناخت. در مبانی این اصل، ویژگیهای قوانین و مقررات، به عنوان مرجع قانونمداری، و منطق حاکم بر آنها شایان توجه است. همچنین سرشت این اصل و گستره آن، نیز موارد نقض قانونمداری، کاوشی ژرف را می‌طلبد. سپس به جلوه‌های گوناگون این اصل در عرصه عمل می‌پردازیم. بی‌گمان نظارت بر اعمال قانونمداری نخستین جایگاه را در این حوزه

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۳/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۸/۹.

داراست. در این نظارت، لحاظ اختیار تمیز اداره در اعمال خویش در خور اعتناست، که قانونمداری متصلب و انعطاف‌ناپذیر عرصه را بر ابتکار عمل اداره و اتخاذ تصمیم سازگار با شرایط اجتماعی تنگ خواهد نمود. افزون بر آن، محدودیتهای اعمال اصل قانونمداری نیز باید مطمح نظر قرار گیرند. شرایط استثنایی مانند جنگ و اعمال حاکمیت که بنا بر ماهیت خویش قابل نظارت قضایی نیستند، در زمره این محدودیتها هستند.

**واژگان کلیدی:** قانونمداری، قانون، اداره، اعمال اداری، اختیار تمیز.

مقدمه

دیرزمانی است که در جامعه از ضرورت قانونمداری سخن رانده می‌شود بی آنکه به مبنای نظری و مفاد عینی آن توجه شود. بدیهی است که در جایگاه تحلیل علمی ابتدا باید مبانی نظری یک رهیافت را شناخت و سپس راهکارهای اجرایی آن را با الهام از تجربیات پیشین و شرایط زمانی و مکانی طراحی نمود.

قانونمداری<sup>۱</sup> یکی از مبانی حکومت قانون<sup>۲</sup> است و بدیهی است که بر تبعیت تمامی افراد و نهادها، در حوزه روابط خصوصی یا عمومی، از قانون دلالت دارد. قانونمداری در حقوق اداری ضرورت دوچندان می‌یابد، چه، در این گستره مقام اداری و طرف مقابل در موقعیت حقوقی یکسان قرار ندارند و بیم آن می‌رود که اداره از موقعیت برتر خود به اتکای قدرت عمومی سوء استفاده کند. پس یکی از مهمترین حوزه‌هایی که قانونمداری باید در آن نهادینه شود، اعمال اداری است.

در واقع اصل قانونمداری اداره را در اتخاذ و اعمال تصمیمهای خویش محدود می‌نماید. مبنای این محدودیت چیست و در چه حوزه‌ای اعمال می‌شود؟ این محدودیت برای اعمال اداری ناشی از مبنای بنیادین حکومت مدرن است که باید از حقوق و آزادیهای شهروندان حمایت و آنها را تضمین نماید. کیفیت این تضمین را نیز قاضی احراز می‌نماید. اما اعمال اداری چیستند؟ اعمال اداری اعمالی هستند که از سوی اداره انجام می‌گیرند و وجه تسمیه آنها نیز به همین دلیل است. این اعمال گستره وسیعی را از تصمیمهای مربوط به افزایش کارآمدی اداره و اجرایی (اعمال

1. Légalité.  
2. Etat de droit.

مادی) تا اعمالی که واجد آثار حقوقی هستند (اعمال حقوقی) در بر می‌گیرد. پس چون این اعمال آثاری مستقیم و ملموس در زندگی عمومی شهروندان دارند، اعمال اصل قانونمداری در این گستره اهمیتی بسزا می‌یابد.

در عین حال بارها بدین نکته اشاره شده است که اداره برای پیشبرد منافع عمومی و اعمال خویش نیازمند نوعی آزادی عمل نسبی است. پس به منظور تسهیل اجرای اعمال اداری، آزادی عمل مناسبی نیز باید برای اداره، در چارچوب قانونمداری آن اعمال در نظر گرفته شود. به دیگر سخن، اصل قانونمداری اعمال اداری باید انعطاف پذیر نیز باشد (Vlachos, 1993: 59). در این مقوله، مرز این انعطاف‌پذیری (به منظور تأمین آزادی عمل اداره) و اعمال متصلب اصل قانونمداری (به منظور تأمین حقوق شهروندان) مطمح نظر ماست.

در نگرشی کلی می‌توان بین سازگاری قوانین با قانون اساسی و سازگاری اعمال اداری با قوانین ارتباط برقرار نمود، بدین توضیح که اگر انطباق با قوانین را به معنای رابطه مبتنی بر سازگاری مقررات اجرایی یا تصمیمهای مقامهای فرودین با قانون مصوب قانونگذار باشد، سازگاری با قانون اساسی آن را تکمیل می‌کند.

«اصل سازگاری با قوانین در مفهوم گسترده به معنای انطباق با حقوق یعنی هنجار فرازین است که قانون اساسی در رأس این هرم قرار می‌گیرد» (Favoreu, 1980: 18). در واقع، می‌توان گفت که در یک چارچوب کلی اعمال اداری، با واسطه قوانین، از قانون اساسی نیز تبعیت می‌نماید. پس می‌توان اذعان داشت که حلقه ارتباطی تصمیمهای اداری با سلسله مراتب هنجارها در نظام حقوقی اصل قانونمداری و این اصل به سان ناظم مقتدر این سلسله مراتب است.

فرضیه ما در این پژوهش بر اساس پاسخ به سه پرسش اساسی شکل می‌گیرد: نخست اینکه آیا می‌توان قواعد حقوقی را در یک چارچوب قانونی برای عمل اداری گرد هم آورد و این مجموعه دارای چه ویژگیهایی است؟ سپس، چه راهکارهایی برای پیروی اداره از این هنجارها وجود دارد؟ سرانجام اینکه «آیا استثناهایی نیز در این گستره وجود دارند و اداره نیز از آزادی عمل در مواجهه با موارد خاص برخوردار است»؟ (Rivero, 2002: 79)

بدیهی است، چنان که از عنوان پژوهش حاضر برمی آید، حقوق اداری ایران مدنظر نیست، بلکه هدف تحلیل نظریه جامع در این خصوص می باشد (که منحصر به نظام حقوقی خاصی نیست)، گویانکه به فراخور موضوع مورد بحث، در مواردی به نظام حقوقی کشورمان نیز اشاره‌ای گذرا داریم.

در این چارچوب می توان بر این اعتقاد بود که ایجاد چارچوب خاص قانونی برای اعمال اداری امکان پذیر است. در کنار آن با اتخاذ راهکارهای مناسب می توان هم به اعمال بهینه قوانین و مقررات اجرایی دست یافت و هم آزادی عمل نسبی را برای مقام اداری فراهم آورد.

در همین راستا ابتدا چارچوب نظری اصل قانونمداری را در اعمال اداری بررسی می کنیم. سپس به اعمال اصل قانونمداری اعمال اداری و اشکال و جنبه‌های گوناگون نظارت بر آن می پردازیم.

## ۱. کلیات اصل قانونمداری در اعمال اداری

در بخش نخست ابتدا نظریه قانونمداری را تحلیل می نماییم. باید با منابع این اصل، به عنوان مراجع ارزیابی اعمال اداری آشنایی یافت و در عین حال دریافت که این اصل در چه اساس نظری ریشه دارد تا به ارزیابی مقرون به صوابی از این اصل دست یابیم. مفهوم قانون، به عنوان محور این اصل نیز بحث عمیقی را در این مقوله می طلبد. سپس به موارد نقض موارد مذکور می پردازیم که در دو گروه کلی فقدان قانونمداری در تصمیم اداری و فقدان آن در اتخاذ تصمیم اداری و اجرای آن قابل شناسایی هستند. آشنایی با این موارد نیز در پیشگیری و برخورد با آنها اجتناب ناپذیر است.

### ۱-۱. مبانی قانونمداری

همان گونه که در مقدمه اشاره شد، قانونمداری اساس بنیادین «حکومت قانون» است و رعایت آن به عنوان شرطی ضروری برای مؤثر بودن «حکومت قانون» به شمار می رود. پس نخستین گام، تبیین ارتباط «حکومت قانون» و اصل «قانونمداری» است. در نگرشی کلی می توان گفت که قانونمداری در داخل گستره «حکومت قانون»

قرار می گیرد؛ زیرا «حکومت قانون» مفهومی عامتر از پیروی حکومت از قواعد حقوقی را داراست و پارامترهایی نظیر حمایت از حقوق بنیادین، تفکیک قوا و سلسله مراتب هنجارها را نیز در بر می گیرد. امر مسلم این است که در بسیاری از نظامهای حقوقی، حکومت قانون از دگردیسی دولت قانونمدار<sup>۱</sup> برآمده است. در «دولت قانونمدار» صرف تبعیت نهادهای دولت از قوانین کفایت می نماید و این نهادها نباید به اعمال خارج از این حوزه دست یازند، ولی در حکومت قانون، پیروی دولت از اصولی نظیر تفکیک قوا یا سلسله مراتب هنجارها و یا قواعد عام و برتر حقوق بنیادین مطرح می باشد. در واقع به نظر می رسد که «دولت قانونمدار» مربوط به ساختار نظام حقوقی است، ولی «حکومت قانون» یک فراساختار<sup>۲</sup> است بدین معنا که بر عناصر ساختار نظام حقوقی حکومت و آن را راهبری می کند. اما اصل قانونمداری هنوز به عنوان رکن مهم «حکومت قانون» مطرح است و با اصول دیگر مقوم این چارچوب ارتباط نزدیکی دارد.

از نظر واژه شناسی، واژه قانونمداری به معنای مرجع بودن قواعد حقوقی است. البته باید توجه داشت که در اینجا قانون به معنای اعم آن مورد نظر است و قانون در معنای خاص یعنی تنها مصوبه های قانونگذار مورد نظر نیست. به طور خلاصه، «قانونمداری در مفهوم مدرن خویش به معنای مرجع بودن حقوق برای جامعه است. ضمانت اجرای مغایرت با قوانین، صلاحیت مراجع قضایی یا اداری برای نقض اعمال اداری غیرقانونی است» (Van Lang, 2002: 170). بنابراین، قانونمداری اصلی ترکیبی است؛ زیرا امروزه منابع شکلی حقوق متعدد هستند. اصل «قانونی بودن جرایم و مجازاتها» نیز شکل خاص اصل قانونمداری در امور کیفری است که به لحاظ اهمیت وافر این امور، مورد تأکید بیشتری قرار گرفته است (GAUDEMET, 2003: 917).

اگر در صدد ترسیم شمایی از این اصل باشیم، قانونمداری بین هنجارهای فرازین اداره و تصمیمهای آن ارتباط ایجاد می کند. این ارتباط رابطه ای یک سویه است بدین معنا که بر مبنای پیروی تصمیمهای اداره از آن هنجارهاست. بنابراین نخست

1. Etat legal.

2. Supra structure.

باید دانست که این هنجارهای فرازین اداره یا به عبارت دیگر قواعد محدودکننده اعمال اداری چیستند (منابع قانونمداری) و سپس قانونمداری را با وجود این منابع ارزیابی نمود.

### الف) منابع

در بدو امر باید بدین نکته اشاره نمود که هنجارهای مورد نظر اصل قانونمداری در اعمال اداری اشخاص حقوقی عمومی از دو منظر قابل تحلیل هستند: گروهی همان هنجارهای عمومی هستند که بر اعمال اشخاص حقوق خصوصی (حقیقی و حقوقی) نیز اعمال می‌شوند؛ و گروه دیگر هنجارهای ویژه اعمال اشخاص حقوقی عمومی هستند که در گستره حقوق اداری اعمال می‌شوند (مانند هنجارهای ناظر بر ارائه خدمات عمومی) (Gaudemet, 2003: 919). گوااینکه به کارگیری هنجارهای گروه نخست در مورد اعمال اداری نیز با عنایت به منطبق حاکم بر رابطه اداره و طرف آن، در بسیاری موارد اجتناب‌ناپذیر است.

بی‌تردید در رأس منابع حقوق اداری در کشورهای واجد نظام حقوقی مدون، قانون اساسی قرار دارد. تمامی هنجارهای مطروحه در قوانین مادون باید با هنجارهای قانون اساسی، به عنوان قانون مافوق سازگار باشد و اعمال اداری نیز لاجرم از این قاعده مستثنا نخواهد بود. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز اصول بسیاری باید به عنوان هنجارهای برتر در اعمال اصل قانونمداری مورد استناد قرار گیرد. در این قانون، اصول ۱۷۰، ۱۵۶ و ۱۷۳ به اعمال اصل قانونمداری در نظام اداری کشورمان اختصاص یافته، ولی اصل ۱۳۸ در این میان جایگاهی خاص دارد. به موجب این اصل، به عنوان مبنای قانونمداری تصمیمهای اداری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های اداری نباید با «متن و روح قوانین مخالف باشد». از این رو، می‌توان چنین استنباط کرد که قانون اساسی مفهومی موسع از قانونمداری را مدنظر دارد؛ زیرا به «متن» قوانین اکتفا نکرده و مغایرت با «روح و غایت» قوانین را نیز نقض اصل قانونمداری برشمرده است.

دومین منبع در اعمال اصل قانونمداری، قوانین عادی و مقررات اجرایی از قبیل

تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها هستند که اعمال اداری نباید با هنجارهای مندرج در آنها نیز تعارضی داشته باشد. البته مقررات اجرایی نیز به نوبه خود مشمول اصل قانونمداری هستند، بدین معنا که نباید با قوانین عادی تعارض داشته باشند و برای سهولت در اجرای آن قوانین وضع شوند. در این مقوله، بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظارت بر سازگاری مقررات اجرایی مافوق با قوانین بر عهده رئیس مجلس شورای اسلامی و نظارت بر سازگاری مقررات اداری با قوانین بر عهده دیوان عدالت اداری است. البته مقررات اجرایی با قواعد شرعی نیز نباید تعارض داشته باشند که رسیدگی بدین امر نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری است و دیوان، با کسب نظر شورای نگهبان، در این خصوص تصمیم مقتضی را اتخاذ می‌نماید.<sup>۱</sup>

سومین منبع مهم اصل قانونمداری، معاهدات بین‌المللی است. لازم به ذکر است که جایگاه معاهدات بین‌المللی در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی کشور ما مغفول افتاده است. مطابق ماده ۹ قانون مدنی، معاهدات بین‌المللی به مثابه قوانین عادی تلقی می‌شود و در نتیجه هنجارهای ناشی از معاهدات بین‌المللی باید در سطح هنجارهای قوانین عادی در هرم سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی جای گیرد. به نظر می‌رسد که هنجارهای حقوقی ناشی از معاهدات بین‌المللی می‌تواند به عنوان منبعی مهم برای اعمال اصل قانونمداری مطرح شود. خوشبختانه، در سالهای اخیر، روندی در دادگاههای قضایی آغاز شده است که گاه در آرای خویش به معاهدات بین‌المللی، مانند میثاق حقوق مدنی و سیاسی استناد می‌نمایند، ولی متأسفانه این گرایش در آرای دیوان عدالت اداری غایب است.

به علاوه در کشور ما منبع دیگری نیز وجود دارد و آن آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری است که در رسیدگی به دعاوی اداری به کار می‌آید.

با توجه به منابع فوق می‌توان بدین تعریف ابتدایی از اصل قانونمداری دست یافت

۱. ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری.

که «تمامی تصمیمهای اداری باید بر اساس قاعده‌ای کلی باشد که از پیش توسط قانونگذار یا مقام واجد صلاحیت تثبیت شده باشد» (Laubadere, 2002: 88).

در فرانسه، افزون بر منابع نوشته، منابع نانوشته‌ای به نام اصول عمومی حقوق<sup>۱</sup> نیز برای قانونمداری اعمال اداری در نظر می‌گیرند که نقض آنها غیر قانونی است. این اصول به مرور زمان توسط رویه قضایی شناسایی شده که مقامهای اداری در تصمیمهای خویش باید آنها را لحاظ نمایند. به نظر می‌رسد که روند شناسایی این اصول منبعث از حقوق آنگلو ساکسون باشد که به صورت موازی در کنار نظام حقوق نوشته اعمال می‌شود. در واقع، شورای دولتی<sup>۲</sup> در رویه قضایی خویش این قواعد را مشخص نموده است که نه فقط در تصمیمهای اداری بلکه مقررات اجرایی نیز در فقدان قوانین، باید آنها را مد نظر قرار دهند. اصولی مانند اصل برابری ارباب رجوع در برابر قوانین و مقررات؛<sup>۳</sup> اصل برابری استفاده‌کنندگان از خدمات عمومی؛<sup>۴</sup> اصل بی‌طرفی اداره<sup>۵</sup> و سرانجام اصل حفظ انسجام خانوادگی<sup>۶</sup> در زمره اصول عمومی حقوق هستند که مقامهای اجرایی و اداری باید آنها را اعمال نمایند و نقض آنها به منزله فقدان قانونمداری تلقی خواهد شد. این اصول از مجاری گوناگونی حاصل می‌آیند: گاه قاضی اداری قاعده موجود در قوانین را عمومیت می‌بخشد؛ در مواردی قاعده‌ای را از روح قانون یا مجموعه‌ای از قوانین استنباط می‌کند؛ و سرانجام گاه اصلی مربوط به اساس یا سرشت یک نهاد را شناسایی می‌کند. امروزه این اصول در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی فرانسه در سطح قوانین تلقی می‌شود و جایگاهی به سزا در اعمال اصل قانونمداری دارد (Laubadere, 2002: 91-94).

البته در آفرینش و توسعه این اصول اندکی باید احتیاط نمود، چه ممکن است در جایگاه مناسب خویش قرار نگرفته و موجب بی‌نظمی در سلسله‌مراتب هنجارها

1. Principes généraux du droit.  
2. Conseil d'Etat.  
3. رأی شورای دولتی در ۷ دسامبر ۱۹۹۰ در قضیه Min. Educ. nat. c. Mme Buret.  
4. رأی شورای دولتی در ۱۳ مه ۱۹۹۴ در قضیه Commune de Dreux.  
5. رأی شورای دولتی در ۱۷ فوریه ۱۹۹۲ در قضیه Eglise de scientologie de Paris.  
6. رأی شورای دولتی در ۲ دسامبر ۱۹۹۴ در قضیه Mme Agyepong.

شوند، ولی در صورت تشخیص صحیح، به سهولت در سلسله‌مراتب هنجارها جای گرفته و اعمال قوانین و مقررات اجرایی را تسهیل می‌نمایند. با توجه به ضعف رویه قضایی دیوان عدالت اداری، به نظر می‌رسد شناسایی و استناد به این اصول در کشورمان به تشمت اعمال اصل قانونمداری بینجامد و از این‌رو به کارگیری آن توصیه نمی‌شود.

اما در باب خود قوانین، یکی از ویژگیهای جوامع مدرن، ازدیاد قوانین<sup>۱</sup> به دلیل افزایش نیازهای اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی است. از این رهگذر، گاه قانونگذار بسیاری از قوانین بی‌فایده را به تصویب می‌رساند و همین پدیده موجب دشواری استقرار اصل قانونمداری می‌شود. از سوی دیگر، افزایش حجم قوانین موجب کاهش تأثیر آنها نیز می‌شود. این کاهش تأثیر نیز به نوبه خویش، به بی‌ثباتی قوانین و تزلزل نظم حقوقی می‌انجامد. افزون بر آن، پدیده ازدیاد قوانین، موجب تبدیل قوانین به قوانینی خاص می‌شود (Goyard-Fabre, 1992: 40) که در این حالت، آنها بیشتر صبغه‌ای مصداقی می‌یابند و در نتیجه از کلیت، به عنوان خصوصیت بنیادین هر قانون، عاری می‌شوند.

نکته دیگر، اهمیت تفسیر قوانین در این زمینه است. به راستی آیا تفسیر، موجب تضعیف قانونمداری می‌شود یا تقویت آن؟ پاسخ این پرسش مهم به نوع تفسیر بازمی‌گردد. به طور طبیعی، تفسیر مراجع اداری همواره در جهت گسترش اختیارات آنهاست و تفسیر مراجع قضایی نیز به محدودیت این اختیارات گرایش دارد. به نظر می‌رسد تثبیت اصل قانونمداری در اعمال اداری، فارغ از محتوای قوانین (که نباید قابلیت تفسیر فراوانی داشته باشند) به توازن و تعادل میان تفاسیر این دو مرجع (اداری و قضایی) بازگردد. تفوق هر یک از این دو نوع تفسیر به محدودیت بیش از حد اداره یا آزادی بی‌حد و حصر آن خواهد انجامید؛ زیرا اداره همواره در پی آن است که با تفسیر، حوزه اختیار خویش را افزایش دهد و دادگاه اداری با تفسیر، در صدد محدودیت اختیار اداره است.

1. Prolifération des lois.

### ب) سرشت اصل و ارزیابی آن

اصل قانونمداری اصلی است که به موجب آن افراد در موقعیتی خاص باید رفتار معینی را انجام دهند؛ بدین معنا که قانون برای موقعیتهای مشخص اوامر و نواهی ناظر بر رفتار افراد دارد که آنها باید این اوامر و نواهی را رعایت نمایند. «قانونمداری به معنای یکسان‌سازی رفتار شهروندان نیست، بلکه تنها قواعد کلی رفتار اجتماعی را تعیین می‌کند» (Van Lang, 2002: 130). از منظری دیگر، اصل قانونمداری متضمن نوعی اعتماد مطلق به قواعد حقوقی است و این مهم شاید به نگرشی افراطی نسبت به قواعد حقوقی بینجامد (Chevallier, 1992: 68). به ویژه آنکه کارکرد منفی اصل قانونمداری نیز که قانون را به مثابه اسطوره‌ای برای اداره فرض می‌نماید و از این رهگذر نوعی تقید خشک و متصلب به مفاد قوانین حاکم بر جامعه<sup>۱</sup> را به همراه دارد، خطری است که همواره اندیشمندان حقوقی را به خود مشغول داشته است (Loschak, 1981: 387-389).

شارل آیزنمن دو مفهوم کلی را برای اصل «قانونمداری» برشمرده است. نخست این اصل به معنای ارتباط (یک‌جانبه یا تبعیت) اعمال اداری با قوانین است (مفهوم مضیق) و دوم در مفهوم ارتباط اعمال اداری و کلیه قواعد حقوقی (اعم از قوانین مصوب قانونگذار، تمامی تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها) می‌باشد (مفهوم موسع) (Eisenmann, 1957: 26-27).

در تلقی موسع، این بحث پیش می‌آید که بی‌گمان یکی از مبانی مهم اصل قانونمداری پیروی اداره از قوانین است؛ زیرا قوانین، برتر هستند و قانونگذار به منظور نظم بخشیدن و محدودیت اداره، قوانین را وضع نموده است. حال آنکه می‌دانیم بخشی از مقررات اجرایی توسط خود مقامهای اداری وضع شده است و این برتری در رابطه فوق (پیروی مقام اداری از مقرراتی که خود وضع نموده است) مشاهده نمی‌شود. به بیان دیگر، وضع قوانین و مقررات اجرایی از دو منظر کاملاً مغایر تبعیت می‌کند: قانونگذار با وضع قوانین، در صدد محدودیت اداره است و

1. Instrumentalité du droit.

مقام اجرایی با وضع مقررات اجرایی، در صدد بسط اختیارات خویش برای پیشبرد امور اداره است. برخی اندیشمندان حقوق اداری پیشنهاد کرده‌اند که اعمال مقررات اجرایی تنها محدود به اداره‌شوندگان یا طرف مقابل اداره باشد و اداره تنها از قوانین مصوب قانونگذار تبعیت نماید. البته این رویکرد مقرون به صواب نیست، چه، بسیاری از مقررات اجرایی مربوط به تصمیمهای مقامهای اداری و تنها ناظر بر اعمال اداره هستند. برخی دیگر نیز پیشنهاد کرده‌اند که «مفهوم موسع اصل قانونمداری را نباید پذیرفت و تنها مفهوم مضیق (ارتباط با قوانین) در اجرای اصل قانونمداری می‌تواند مطلوب باشد» (Ibid.: 29). برای مثال در دیدگاه آیزنمن، مفهوم «قانونمداری» به پیروی اداره از قوانین شکلی مضیق بازمی‌گردد. اما باید تأکید نمود که کاربرد اصل «قانونمداری» از ابتدا و به گونه‌ای سنتی در مفهوم عام<sup>۱</sup> قانون بوده و در اصطلاح «دولت قانونمدار» نیز همین مفهوم مراد شده است (Gaudemet, 2001: 530). به علاوه مفهوم مضیق قانونمداری محدودیت بسیار گسترده این اصل را به دنبال خواهد داشت که البته مطلوب نیست.

لازم به یادآوری است که در کشورهایی که حتی اجرای قوانین در نظام اداری با مشکلات فراوانی روبه‌روست، به عنوان مرحله آغازین می‌توان از این پیشنهاد دفاع کرد (گویانکه در مورد رویه قضایی حتی در این کشورها نیز این راه حل با مشکل مواجه می‌شود)، ولی بی‌تردید در کشورهای واجد نظام اداری قانونمند و پیشرفته، این پیشنهاد قابل اعتنا به نظر نمی‌رسد.

افزون بر موارد فوق، باید گفت که از نتایج جنبش قانون اساسی<sup>۲</sup> تبعیت قوانین مادون از قانون اساسی است و در عین حال این قوانین باید با یکدیگر، یا به عبارت بهتر با نظام حقوقی هماهنگی داشته باشند. این هماهنگی شامل شباهت منطقی نیز هست. بنابراین قانونمداری به معنای پیروی محض از قوانین نیست، آن هم قوانینی که جداگانه و فارغ از سایر اجزای نظام حقوقی تعریف شده باشند، بلکه قانونمداری در عین هماهنگی با قانون، در رویه‌ای منطقی، قانون اساسی را شرط نخستین و

1. Lato sensu.  
 2. Constitutionnalisme.



مبنایی خویش قرار می‌دهد (Goyard-Fabre, 1992: 32).

بدیهی است که در هماهنگی موصوف، منطق حاکم بر اصل قانونمداری، شکلی است تا ماهوی بدین معنا که شکل قاعده حقوقی (از نظر مرجع و تشریفات تصویب) مطمح نظر است و به هیچ روی آن را با ارزش هنجارهای موجود در نظام حقوقی کاری نیست، گواينکه گاه در اعمال قواعد شکلی، ناگزیر به ارزیابی هنجارهای ماهوی نیز هستیم.

به دنبال همین منطق شکلی حاکم بر اصل قانونمداری است که رعایت سلسله‌مراتب قواعد حقوقی اهمیت می‌یابد. بدیهی است قواعد گوناگون حقوقی دارای اهمیت حقوقی یکسان نیستند و در چارچوب اصل قانونمداری نیز در یک رده قرار ندارند. مقام اداری در تصمیمهای خویش باید به این سلسله‌مراتب توجه کافی را مبذول نماید. به دیگر سخن، وجود سلسله‌مراتب در نظام حقوقی شرط لازم برای تحقق اصل قانونمداری است.

### ۱-۲. موارد نقض قانونمداری در اعمال اداری

با شناخت مبانی قانونمداری، اکنون می‌توان به مقوله اصلی یعنی تعامل اداره با هنجارهای حقوقی پرداخت. رعایت قانونمداری در اعمال اداری شقوق گوناگونی را در بر می‌گیرد. گاه مقام اداری با تجاوز از حدود اختیارات خویش اعمالی را مرتکب می‌شود که غیر قانونی بوده و در نتیجه آثار آنها نیز باطل است. گاه نیز مقام اداری از حدود اختیارات خویش تجاوز نکرده و مرتکب عملی می‌شود که خود غیر قانونی نیست، ولی تبعات و آثار آن غیر قانونی است که البته تشخیص آن بر عهده مرجع قضایی اداری است. اعمال اصل قانونمداری در موارد فوق مبتنی بر قواعدی چند است:

۱. هر تصمیم اداری خاص باید به موجب مقررات قانونی یا اجرایی در آن زمینه باشد؛
۲. هر گونه تصمیم اجرایی در نظام اداری که بر خلاف مقررات قانونی یا اجرایی باشد باید قابل ابطال باشد.

۳. زیان‌دیده باید بتواند از مجاری قانونی ابطال این تصمیم مخالف قوانین و مقررات اجرایی را درخواست و جبران زیان وارد به خویش را که از رهگذر این تصمیم وارد شده است، مطالبه نماید؛

۴. اگر در اجرای تصمیمهای اداری عملی مخالف قوانین و مقررات انجام شود، در صورت ارتکاب آن توسط کارمند و خطای شخصی او، مسئولیت وی را به دنبال خواهد داشت و در صورت خطای اداره مسئولیت اداره را در پی خواهد داشت (Hauriou, 2002: 578).

بر اساس پیش‌فرضهای فوق است که قانونمداری اعمال اداری از دو سو تهدید می‌شوند: نخست در حوزه صلاحیت تصمیم‌گیری اداری و روند اجرای این تصمیمها و دوم مفاد تصمیمهای اداری که حاوی نقض قانونمداری اعمال اداری هستند.

### الف) نقض شکلی قانونمداری

این موارد به دو دسته کلی تقسیم می‌شود:

- نقض اصل قانونمداری در موردی که به صلاحیت مقام اداری مربوط می‌شود (عدم صلاحیت مقام اداری): در این مورد مقام اداری برای تصمیم‌گیری واجد صلاحیت نیست و این عدم صلاحیت نیز به شخص وی بازمی‌گردد.<sup>۱</sup> به دیگر سخن، در قانون مرجع، صلاحیتی برای تصمیم‌گیری به این مقام اداری اعطا نشده است. برای مثال، از نظر دیوان عدالت اداری، یکی از مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری ایران با اختیارات مصرحه در قانون تأسیس این نهاد مصوب ۲۲ اسفند ۱۳۵۱ و قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی مصوب ۱۶ تیرماه ۱۳۵۳ مغایرت دارد.<sup>۲</sup> در نتیجه شورای مذکور برای این مصوبه واجد صلاحیت نبوده است.

- نقض اصل قانونمداری در موردی که به روند اجرای عمل اداری ارتباط می‌یابد (نقص در فرایند اجرا): (Morand-Deville, 1999: 276). در این فرض

1. Ratione personae.  
 ۲. دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شماره ۷۰ به تاریخ ۱۳۷۰/۶/۲۶ در ابطال مصوبه جلسه ۱۳۶۹/۲/۱۷ شورای عالی شهرسازی.

تصمیم اداری با قانون سازگار بوده و مقام اداری نیز در حدود اختیارات خویش آن را صادر نموده، اما در اجرا با قانون مغایرت پیدا می‌کند. به سخن دیگر، اجرای تصمیم اداری از نظر شکلی مطابق با فرایند پیش‌بینی شده در قانون نیست. برای مثال، دیوان عدالت اداری تصریح می‌کند که منظور از غیبت مذکور در «مادتین ۱۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۶۲ و ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۶۵ غیبت‌های ارادی است و غیبت ناشی از علل و عوامل خارج از اراده کارمند مشمول حکم این مواد نیست».<sup>۱</sup> در مورد فوق، نقض قانونمندی شکلی است و مصادیق مشمول روند رسیدگی به تخلفات اداری نزد مقام اداری با قانون مذکور یکسان نیست.

**ب) نقض ماهوی قانونمندی**

موارد نقض ماهوی نیز به دو گروه کلی تقسیم می‌شود:

- **نقض اصل قانونمندی از جهت غایتی که عمل اداری دنبال می‌کند** (تجاوز از حدود مقرر برای مقررات اجرایی)؛ در این حالت، مقام اداری از نظر شخصی صلاحیت لازم را برای تصمیم‌گیری دارد، ولی تصمیم اداری را خارج از حدود مقرر<sup>۲</sup> و یا خارج از چارچوب زمانی<sup>۳</sup> و مکانی<sup>۴</sup> لازم اتخاذ نموده است (در صورتی که این چارچوبها در قانون در نظر گرفته شده باشند). در واقع، در این گروه، صلاحیت شکلی مانند آنچه گفته شد، مورد نظر نیست بلکه حوزه ماهوی برای وضع مقررات اجرایی اهمیت می‌یابد. به دیگر سخن، وضع مقررات اجرایی مکمل قوانین است و حوزه این تکمیل نیز توسط قانونگذار باید پیش‌بینی شده باشد. بدیهی است که مقام اداری نمی‌تواند از طرف خویش مواردی را به قانون بیفزاید یا از مواردی چشم‌پوشی نماید.

۱. دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شماره ۶۰ به تاریخ ۱۳۶۸/۸/۱ در اعلام تعارض آرای صادره از شعب دهم و دوازدهم دیوان عدالت اداری.

- 2. Ratione materiae.
- 3. Ratione temporis.
- 4. Ratione loci.

گاه مقام اداری شرایط مقرر در قانون را توسعه می‌دهد. برای مثال، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۹۲۶ به تاریخ ۱۳۸۶/۹/۴ مقرر داشته است که ادارات آموزش و پرورش نمی‌توانند شروط غیر موجه از قبیل «فقد ردیف استخدامی» به ماده ۶ قانون معتمدین خدمت به آموزش و پرورش مصوب ۱۳۶۹ بیفزایند و این گونه شروط «وجاهت قانونی» ندارد. در مورد دیگری، «با اینکه قسمت آخر بند ۱ ماده ۱۵ قانون موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ شهرداریها را مکلف نموده تا در صورت مراجعه مالک برای احداث ساختمان پروانه ساختمان را صادر و تسلیم نمایند، شهرداری در بخش‌نامه‌ای رضایت مستأجرین را نیز به مفاد ماده مذکور افزوده بود».<sup>۱</sup>

گاه نیز مقام اداری محدودیت‌هایی را در مقررات اجرایی ایجاد می‌کند یا در واقع حوزه اعمال قانون را محدود می‌کند. برای مثال، در ماده ۱۵۴ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ مقرر گردیده است که: «کلیه کارفرمایان موظفند با مشارکت وزارت کار و امور اجتماعی و سازمان تربیت بدنی کشور محل مناسب برای استفاده کارگران در رشته‌های مختلف ورزشی ایجاد نمایند و...». در این ماده، قانونگذار «کارفرما را در خصوص ایجاد فضای ورزشی مناسب در محدوده محوطه کارگاه محصور و مقید نکرده است، ولی ماده ۸۷ آیین‌نامه اجرایی موضوع تبصره ماده ۱۵۴ قانون کار مصوب ۱۳۷۰/۴/۲۳ هیئت وزیران که مفید این قید و تضييق و لزوم ایجاد فضای ورزشی در محوطه کارگاه و آثار و توالی ناشی از عدم اجرای آن است مخالف قانون تشخیص داده شده است».<sup>۲</sup> افزون بر آن، مقام اداری نمی‌تواند مقرراتی وضع نماید که «موافق هدف و حکم مقنن نباشد».<sup>۳</sup> همه موارد فوق را در مقوله «غایت»

۱. دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شماره ۱۱۰ به تاریخ ۱۳۷۰/۸/۲۱ در ابطال بخش‌نامه ۱۳۸۰۳/۵/۲۰-۱۳۶۳/۱/۲۵ معاونت فنی شهرداری.  
 ۲. دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شماره ۱۷۸ به تاریخ ۱۳۷۱/۸/۱۶ در اعلام تعارض آرای صادره از شعب بیستم و بیست و دوم دیوان عدالت اداری.  
 ۳. دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شماره ۷۵۸ به تاریخ ۱۳۸۵/۱۱/۱۵ در اعلام تعارض آرای صادره از شعب اول و سوم و دهم و هجدهم بدوی و شعبه دوم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری. همچنین ر.ک: دادنامه شماره ۶۸۴ به تاریخ ۱۳۸۵/۹/۲۶ در ابطال مصوبه جلسه هفتاد و پنجم شورای عالی بیمه خدمات درمانی کشور و دستورالعمل شماره ۵۳۱۵۱/۱۰۰۰/ب مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۹ سازمان بیمه خدمات درمانی کشور.

قانون می‌توان گنجانند گرچه به نظر می‌رسد کشف «هدف» قانونگذار برای قاضی اداری نیز دشوار بنماید.

این گروه، گستره وسیعی از نقض قانونمداری را تشکیل می‌دهند و قضات اداری نیز به درستی بیشترین توجه را به آنها دارند. این گونه تصمیمهای اداری عموماً خارج از حدود اختیارات قوه مجریه (در تلقی کلی) اتخاذ می‌شود و در کشورمان توسط دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود.<sup>۱</sup> در واقع، تفکیک حوزه قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی به دقت توسط قاضی اداری دنبال می‌شود تا مقررات اجرایی جنبه قانون نیابند و مقام اداری به قانونگذار تبدیل نشود.<sup>۲</sup> متأسفانه در اینجا اختلاط آشکاری بین نقض قانونمداری اعمال اداری به دلیل فقدان صلاحیت مقام اداری (نقض شکلی) و تجاوز از حوزه مورد نظر قانونگذار برای مقام اجرایی (نقض ماهوی) قابل شناسایی است و دیوان عدالت اداری هر دو مورد را زیر عنوان «تجاوز از حدود اختیارات قوه مجریه» ارزیابی می‌نماید.

**– نقض اصل قانونمداری از نظر هدف و انگیزه‌های عمل اداری (نقض قوانین)؛** سرانجام گاه تصمیم اداری و فرایند اجرای آن با قانون سازگار بوده، ولی این انگیزه و هدف از انجام عمل اداری است که موجبی برای غیر قانونی بودن آن است. انگیزه مقام اداری نیز طیف گسترده‌ای از فهم ناصواب از قوانین تا فراهم آوردن فضایی برای سوء استفاده شخصی یا اداری را در بر می‌گیرد. در این مقوله، فهم ناصواب از قوانین به مخالفت با هدف قانونگذار نیز ارتباط می‌یابد. پرسشی که مطرح می‌شود این است که تفاوت این مغایرت با هدف قانونگذار با مورد مشابه در گروه پیشین چیست؟ به نظر می‌رسد در این مورد، مقام اداری تنها هدف قانونگذار

۱. گستره وسیعی از آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به این نوع نقض قانونمداری اختصاص یافته است. برای مثال ر.ک: دادنامه‌های شماره ۲۷۳ به تاریخ ۱۳۷۹/۹/۲۰ در ابطال ماده ۶ دستورالعمل تشکیل تعاونیها و تبصره‌های آن؛ شماره ۱۱۸ به تاریخ ۱۳۸۲/۳/۱۸ در ابطال مصوبه شماره ۸۴۵۳/۱۴۱ مورخ ۱۳۸۰/۳/۲۸ وزارت نیرو و شماره ۸۲۱، ۸۲۲ و ۸۲۳ به تاریخ ۱۳۸۵/۱۲/۲۰ در ابطال دستور اداری شماره ۱۴۳۱۵-۱/۵۲ مورخ ۱۳۸۴/۲/۲۴ سازمان تأمین اجتماعی.

۲. دادنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شماره‌های ۷۰ و ۷۱ به تاریخ ۱۳۶۷/۹/۷ در ابطال موادی از آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۳ قانون نظام صنفی.

را دریافته است<sup>۱</sup> ولی در گروه پیشین، مقام اداری با وضع مقررات اجرایی، در عمل، قانون مرجع را به چالش می‌کشد. در این مورد واکنش قاضی اداری می‌تواند گوناگون باشد. برای مثال در فرانسه، می‌تواند به «صدور اعلامیه مبنی بر غیر قانونی بودن عمل اداری و بطلان آن بینجامد» (Chapus, 2002: 192). در کشورمان، در ضمانت اجرای این نوع نقض قانونمداری اعلامیه‌ای وجود ندارد، بلکه دیوان عدالت اداری مستقیماً آن را ابطال می‌نماید.

## ۲. نظارت بر قانونمداری در اعمال اداری

بخش دوم به حوزه‌های گوناگون نظارت بر قانونمداری اعمال اداری اختصاص یافته است. در این مقوله ابتدا به شیوه‌های تحقق اصل قانونمداری در این اعمال می‌پردازیم. تلقی صواب از اختیار تمیز اداره در قانونمدار بودن اعمال خویش و نیز انواع نظارت بر اعمال اداری جنبه‌های مهم اعمال این اصل را تشکیل می‌دهند که باید در نظارت مورد عنایت قرار گیرد. محدودیتهای اعمال این اصل نیز باید مورد توجه قرار گیرد. از این رو تحلیل شرایط استثنایی و اعمال دولت که هر یک به نوبه خویش محدودیتی مهم برای اصل قانونمداری به شمار می‌رود، اجتناب‌ناپذیر است. بدیهی است که توجه به این محدودیتها برای مرجع قضایی ناظر بر اصل قانونمداری ضروری است.

### ۲-۱. اعمال اصل قانونمداری

همان‌گونه که ذکر آن رفت، اصل قانونمداری بین هنجارهای فرازین و اعمال یا تصمیمهای اداره ارتباط ایجاد می‌کند. این ارتباط را از دو جنبه می‌توان تحلیل نمود: یا اعمال اداری باید هماهنگ با قوانین و مقررات باشد (نگرش حداکثری یا ایجابی) و یا اینکه این اعمال مغایر قوانین و مقررات نباشد (نگرش حداقلی یا سلبی). تفاوت این دو گونه را به سهولت می‌توان دریافت. در شق نخست، اعمال در صورت

۱. برای مثال در دادنامه شماره ۲۴۶ به تاریخ ۱۳۷۸/۵/۲۳ در ابطال قسمتی از بند یک مصوبه شماره ۱۲۳۴۲/ت/۱۷۶۲۵ ه به تاریخ ۱۳۷۵/۱۱/۶ هیئت وزیران، به نظر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری «مقید نمودن عیدی پایان سال به شرط رضایت از خدمات کارکنان دولت مخالف هدف مقنن در وضع ماده واحده مذکور است».

پیش‌بینی کامل شکلی و ماهوی در قوانین و مقررات، قانونمند هستند و در شق دوم، عدم تعارض با قوانین و مقررات اعمال اداری را قانونمند می‌سازد.

باز هم می‌توان تحلیلی عمیق‌تر از شق نخست ارائه داد: در این شق دو نوع رابطه بین اعمال اداری و قوانین و مقررات قابل شناسایی است، یا می‌توان از انطباق<sup>۱</sup> این اعمال با قوانین و مقررات سخن راند و یا از سازگاری<sup>۲</sup> آنها بحث کرد. انطباق اعمال اداری با قوانین و مقررات، هماهنگی ایجابی این اعمال در چارچوب قانونمدار است و سازگاری این اعمال با قوانین و مقررات، هماهنگی سلبی این اعمال در چارچوب فوق‌الذکر است. به بیان دیگر، در نوع نخست (انطباق) اعمال اداری باید کاملاً با اجزای چارچوب قانونی هماهنگ باشد؛ و در نوع دوم اعمال اداری نباید خارج از چارچوب قانونی باشند که این عدم خروج نوعی هماهنگی سلبی است. پس در این صورت «با دو نوع رابطه بین اعمال اداری از سویی و قوانین و مقررات از سوی دیگر مواجه خواهیم بود» (Ibid.: 31-32). بدیهی است که هر یک از این دو، با عنایت به نوع و اهمیت قوانین و مقررات که یک سوی رابطه را تشکیل می‌دهند، قابل اعمال خواهد بود.

لازم به ذکر است که هدف از این ارتباط یکسان‌سازی و تشابه تصمیمیهای اداری نیست، بلکه مفاد آنها باید از قواعد مندرج در هنجارها پیروی نماید. البته آزادی عمل و قدرت ابتکاری که این هنجارهای کلی برای مقامهای اداری در نظر گرفته‌اند، احراز این مطابقت را اندکی دشوار می‌کند. با توجه به این دو نوع ارتباط می‌توان گفت اصل قانونمداری دو گونه تعهد برای مقام اداری ایجاد می‌کند: تعهد سلبی بدین معنا که مقام اداری نباید تصمیمی در تعارض با هنجارهای عمومی حاکم بر اعمال اداری اتخاذ نماید و تصمیمیهای وی نباید تغییری در حوزه مقررات ایجاد نماید و تعهد ایجابی که از این منظر، مقام اداری برای اجرای مفاد هنجارهای عمومی باید تمامی تدابیر قانونی و فردی را به کار گیرد و تصمیمیهای وی نباید خلأ قانونی باقی بگذارد (Vlachos, 1993: 60).

1. Conformité.
2. Compatibilité.

در حقوق اداری آلمان مبنای اصل قانونمداری بخش سوم ماده ۲۰ قانون بنیادین این کشور است. در واقع، «این اصل از دو اصل فرعی تشکیل شده است: اصل برتری قانون<sup>۱</sup>، که مبین پیروی اداره از قوانین موجود و متضمن منع اداره از اتخاذ تصمیمی است که در تعارض با یک قانون باشد (قانونمداری ماهوی). نیز اصل حوزه صلاحیت قانونی<sup>۲</sup>، که به موجب آن اداره تنها می‌تواند عملی را انجام دهد که به موجب قانون برای آن صلاحیت داشته باشد و این اصل نیز از بخش سوم ماده ۲۰ قانون بنیادین آلمان نشئت گرفته است (قانونمداری شکلی)» (Maurer, 1994: 107-111).

به نظر می‌رسد که در اصل «برتری قانون» تبعیت از مفهوم ماهوی قانون مدنظر است در حالی که اصل «حوزه صلاحیت قانونی» قوانین شکلی و به ویژه قوانین مربوط به صلاحیت مقامهای اداری را در بر می‌گیرد و در نتیجه قلمرو آن محدودتر اما کاربرد آن در حقوق اداری بیشتر است. این اصل ناشی از این تلقی است که اداره نمی‌تواند مانند اشخاص حقوق خصوصی هر عملی را ولو با عدم پیش‌بینی قانون انجام دهد و قواعد حقوق عمومی از این منظر با حقوق خصوصی تمایز اساسی می‌یابد. توضیح اینکه در حقوق خصوصی، قانونگذار بر آن است که آزادی هر چه فزوتتر شهروندان را در اعمال حقوقی آنها تأمین نماید؛ اما در حقوق عمومی، «محدودیت هر چه فزوتتر اداره، به منظور حفظ حقوق و آزادیهای طرف مقابل آن یعنی شهروندان مدنظر است» (Moor, 1992: 12-13). لازم به ذکر است که هر دو اصل مکمل یکدیگر در حفظ حقوق و آزادیهای شهروندان هستند.

موضوع دیگری که باید بدان توجه نمود، ماهیت اعمال اداری به عنوان موضوع نظارت اداری است. در نگرشی کارکردی، این اعمال را می‌توان به دو دسته کلی تفکیک نمود: «نخست، اعمال مادی<sup>۳</sup> که تصمیمیهای مربوط به کارکردهای اداره هستند و عملکرد آن را تسهیل می‌نمایند و دارای آثار حقوقی نیستند. دوم، اعمال حقوقی<sup>۴</sup>

1. Principe de la primauté de la loi.
2. Principe de l'existence d'un domaine réservé à la loi.
3. Actes matériels.
4. Actes juridiques.

که به نوعی هنجارساز هستند و هنجارهای حقوقی را در سطح اجرایی ایجاد می‌نمایند» (Eisenmann, 1957: 32-33). به عبارت دیگر این اعمال دارای آثار حقوقی هستند.

نظارت بر این دو دسته از اعمال یکسان نیست و هر گروه روش ویژه خویش را می‌طلبد. اعمال مادی نیازمند نظارت شکلی هستند تا آیین تصویب و اجرای آنها با قوانین و مقررات مغایر نباشد. اما در اعمال حقوقی، نظارت شکلی و ماهوی هر دو ضروری است؛ زیرا مفاد این اعمال نیز باید منطبق با قوانین و مقررات باشد. جنبه‌ای دیگر از اصل قانونمداری که یادآوری آن خالی از فایده نیست «الزام مقام اداری به پیش‌بینی مقررات اجرایی مناسب برای اعمال قوانین یا دیگر مقررات برتر است. عدم پیش‌بینی این مقررات اجرایی نوعی دیگر از نقض اصل قانونمداری را تشکیل می‌دهد» (Rivero, 1995: 289).

برای برخورد با یک عمل اداری غیر قانونی سه راه را می‌توان در پیش گرفت: نخستین راه رسیدگی به اعتبار اعمال اداری در مراجع اداری است. در این فرض ذی‌نفع بطلان تصمیم اداری را از مرجع اداری درخواست می‌نماید. در صورت احراز غیر قانونی بودن عمل اداری، مرجع مذکور بی‌اعتباری آن عمل و جبران خسارت را از مقام مورد نظر درخواست می‌نماید.

دومین روش را در فرانسه «رسیدگی فوق‌العاده به تصمیم اداری غیر قانونی»<sup>۱</sup> می‌نامند. در این رسیدگی زیان‌دیده در هر زمان می‌تواند از تصمیم اداری غیر قانونی به مرجع قضایی اداری دادخواهی نماید. بدیهی است، چنان‌که از نام آن برمی‌آید این راهکار از طرق عادی دادخواهی نبوده، بلکه برای زمانی که عمل اداری قطعی شده و زیان‌دیده راه به جایی نمی‌برد، پیش‌بینی شده است. همچنین این رسیدگی تنها شامل بخش‌نامه‌ها نبوده، بلکه قراردادها و تصمیمهای اداری را نیز در بر می‌گیرد.

سرانجام آخرین آنها این است که اعمال غیر قانونی باید مورد رسیدگی قرار گیرند، ولی این اقدام در دادگاههای قضایی انجام می‌پذیرد. از این منظر «در برخی موارد مراجع قضایی صلاحیت خواهند داشت تا موارد غیر قانونی را در اعمال

1. Exception d'illégalité.

اداری تشخیص دهند و بدانها رسیدگی نمایند» (Chapus, 2001: 1013). این موردی است که در کشورمان زیر عنوان دیوان عدالت اداری و در فرانسه زیر عنوان شورای دولتی مشاهده می‌کنیم.

### الف) اختیار تمیز اداره

همان‌گونه که در بخش نخست اشاره شد منابع قانونمداری کاملاً مشخص و محدود هستند و اداره باید در تصمیمهای خویش قواعد موجود در این منابع را رعایت نماید. اما در عین حال رعایت این قواعد باید انعطاف‌پذیر نیز باشد. در اینجا است که مسئله اختیار تمیز اداره در تشخیص شرایط اعمال این قواعد رخ می‌نماید. اختیار تمیز مقام اداری یکی از مهمترین مسائل حقوق اداری کنونی است که باید حدود و ثغور آن را با عنایت به صلاحیت وی کاملاً مشخص نمود. اختیار تمیز، اختیاری است که به موجب آن مقام اداری، در اجرای قاعده‌ای حقوقی، می‌تواند آن قاعده را متناسب با شرایط و اوضاع و احوال اجرا نماید (Morand-Deville, 1999: 278). به عبارت دیگر اختیار تمیز به برداشت شخصی مقام اداری از سازگاری معیارهای عینی قانونی با شرایط خارجی اعمال آنها بازمی‌گردد. باید متذکر شد که این قدرت به هیچ روی محدودیتی برای اصل قانونمداری به شمار نمی‌رود، بلکه تنها به چگونگی اجرای آن مربوط می‌شود. به علاوه، اختیار تمیز به معنای خودسری مقام اداری در تصمیم‌گیری نیست، بلکه نوعی آزادی عمل نسبی در حدود معیارها و رفتارهای قانونی است. به دیگر سخن، این اختیار تنها در چارچوب سازگار با اصل قانونمداری اعمال می‌شود. از این رو، شورای دولتی فرانسه همواره گستره اختیار تمیز اداری را کاهش داده است؛ زیرا در مقابل قواعد حقوقی که معیارهای عینی<sup>۱</sup> را ارائه می‌نمایند، اختیار تمیز اتکای مطلق به ارزیابی شخصی<sup>۲</sup> مقام اداری دارد.

ولی این نکته را نیز نباید از نظر دور داشت که اختیار تمیز مقام اداری فراتر از صلاحیت اوست، چه در صورت اتخاذ تصمیم در حوزه صلاحیت مقام اداری، موردی

1. Critères concrets.  
2. Appréciation subjective.

برای اعمال اختیار تمیز باقی نمی‌ماند. در واقع، همواره در تعریف صلاحیت مقام اداری فضای خالی نیز برای آزادی عمل او نیز در نظر گرفته می‌شود. این را نیز باید افزود که حتی در اعمالی که به طور کامل قانونمدار هستند، اداره حداقلی از اختیار تمیز را برای خود محفوظ می‌دارد. در مقابل، عمل اداری نمی‌تواند ناشی از اختیار تمیز مطلق مقام اداری باشد. در نتیجه، در تصمیمهای اداری باید تعاملی بین قانونمداری و اختیار مقام اداری لحاظ شود که کفه قانونمداری همواره سنگین‌تر بنماید.

در نظارت بر نحوه اعمال این اختیار توسط مقام اداری دو مورد باید لحاظ شود: ابتدا صلاحیت مقام اداری که اختیار تمیز را اعمال نموده است (زیرا میزان اعمال اختیار تمیز بستگی به میزان صلاحیت مقام اداری برای تصمیم‌گیری دارد)؛ سپس هدف از اعمال اختیار تمیز که به یقین باید تأمین منافع عمومی باشد. قوانین همواره «عناصری را برای اتخاذ تصمیم اداری ارائه نموده‌اند و امکان ارزیابی را نیز برای مقام اداری فراهم آورده‌اند، هموست که باید شرایط مقرر در قوانین و مقررات را با اوضاع و احوال زمان تصمیم‌گیری منطبق نماید» (Rivero, 2002: 82).

به نظر می‌رسد که قوانین و مقررات کمتر به انگیزه تصمیمهای اداری پرداخته‌اند. در واقع این وظیفه قاضی است که سوء تعبیر عمدی یا غیر عمد از قواعد اداری را از ورای تصمیمهای اداری دریابد. کشف انگیزه تصمیم اداری دارای اهمیتی به سزا در استنباط قاضی از اختیار تمیز مقام اداری است. با توجه به همین انگیزه است که امکان دارد قاضی اختیار تمیز مقام اداری را تجاوز از حدود اختیارات وی تشخیص دهد. پرسش دیگر این است که آیا نظارت قضایی بر اعمال اداری شامل موارد امتناع غیر قانونی از انجام عمل اداری نیز می‌شود یا خیر؟ در این رابطه پاسخهای گوناگونی ارائه شده است، ولی با عنایت به روح و منطق حاکم بر اعمال اداری می‌توان گفت که نظارت قضایی این مورد را نیز در بر می‌گیرد. «مدت زمان» لازم برای انجام عمل اداری نیز در مقوله اختیار تمیز مطرح شده است و عمل اداری باید در مدت زمان قانونی یا معقول انجام شود و نقض آن ضمانت اجرای قانونی را به دنبال خواهد داشت. بدیهی است در موردی که مدت زمان ویژه برای اجرای عمل اداری مشخص نشده باشد به عرف رجوع خواهد شد.

نظارت قضایی بر اعمال اختیار تمیز مقام اداری نیازمند معیارهایی است که به فراخور مورد باید به کار گرفته شوند. در تمامی موارد نقض شکلی اصل قانونمداری، قاضی اداری نظارت لازم را به عمل می‌آورد. این نظارت در موارد نقض ماهوی اصل قانونمداری نیز در تجاوز از حدود اختیارات، خطای در ارزیابی ماهوی و خطای حقوقی جاری است. اما در اعمال اختیار تمیز توسط مقام اداری، نظارت قاضی محدود می‌شود، یعنی قاضی حداقلی از منطق و انصاف را در عمل اداری باید احراز نماید. به عبارت دیگر، اعمال اختیار تمیز، همان‌گونه که ذکر شد، لجام‌گسیخته نیست. در اینجا است که باید معیارهای ویژه‌ای را برای ارزیابی اعمال اختیار تمیز مقام اداری و تجاوز احتمالی او از حدود اختیاراتش در نظر گرفت. نخستین معیار، مفهوم «خطای آشکار»<sup>۱</sup> است که در این ارزیابی سخت به کار می‌آید. در حقوق اداری نوین این مفهوم به تخلف بارز اداری بازمی‌گردد. قضات انگلیسی اختیار تمیز اداری را هنگامی در زمره خطاهای آشکار قرار می‌دهند که آن را «غیر معقول» ارزیابی نمایند. بدیهی است که مانند سایر معیارهای کاربردی در حقوق آنگلو ساکسون، آنها نیز جنبه‌ای کاملاً موضوعی و شخصی دارند. دیوان فدرال سوئیس نیز تصمیمهای اداری ناشی از «بی‌دقتی آشکار» اداره را لغو می‌نماید. آرای این دیوان نشانگر آن است که معیارهای عینی‌تری را برای ارزیابی «بی‌دقتی آشکار» می‌توان به کار گرفت. شورای دولتی فرانسه نیز از سالهای دهه شصت میلادی این مفهوم را در ارزیابی اختیار تمیز اداره مورد توجه قرار داد.<sup>۲</sup>

معیار دیگری که به کار گرفته می‌شود «نظریه جمع‌بندی»<sup>۳</sup> است. به موجب این نظریه در ارزیابی اختیار تمیز در یک تصمیم اداری باید منافع و زیانهای آن تصمیم ارزیابی شود و سپس در جمع‌بندی، اختیار تمیز مقام اداری سنجیده می‌شود. بدیهی است که در اعمال این معیار، قاضی اداری نیازمند «اصل تناسب»<sup>۴</sup> است. به موجب

1. Erreur manifeste.

۲. رأی دنیزه در سال ۱۹۵۳ و رأی لاگرانژ در سال ۱۹۶۱.

3. Théorie de bilan.

4. Principe de proportionnalité.

این اصل، میزان زیانهای وارده بر اشخاص خصوصی از رهگذر عمل اداری، باید با منافع عمومی که عمل اداری برای تأمین آن انجام می‌گیرد، تناسب داشته باشد. مثال بارز این نوع عمل اداری، سلب مالکیت مالکین خصوصی از املاک خویش به منظور اجرای طرحهای عمومی است.

در پایان نکته مهم دیگری را نیز باید یادآور شد و آن نقش قوانین در اعمال اصل قانونمندی و رابطه آن با اختیار تمیز اداره است. بین ابهام در قوانین و شالوده منعطف آنها و اختیار تمیز اداره و آزادی عمل آن ارتباط مستقیم وجود دارد. در صورت وجود این گونه قوانین، قانونمندی برای اداره تنها به سان قاعده کلی و ناظر در روابط اداری خواهد بود و نقش مؤثر خویش را از دست خواهد داد. به تبع آن، قاضی اداری نیز نمی‌تواند محک مؤثری برای تعیین حدود اختیار تمیز مقام اداری داشته باشد.

### ب) انواع نظارت

نظارت بر اعمال اداری انواع گوناگونی را در بر می‌گیرد و به شیوه‌های مختلفی نیز اعمال می‌شود. گاه نظارت محدود به مواردی خاص است و گاه نیز اعمال اداری خاصی را در بر می‌گیرد که به طور عام تصمیمهای مالی اداره در این خصوص دارای اهمیت فزونتری هستند. برای مثال در مزایده‌ها و مناقصه‌های اداری که بیم تبانی احتمالی مقامهای اداری با طرف مقابل قرارداد می‌رود، اختیار تمیز مقام اداری بسیار کاهش می‌یابد و در موارد مربوط به عملیات اداری یا ساختمانی برای حفظ منافع عمومی این اختیار تمیز بسیار افزایش می‌یابد. هر دو مورد از چارچوبهای طبیعی روند اداری به شمار می‌روند ولی باید قانونمدار باشند.

علاوه بر همه موارد فوق، قانون حاکم در زمان تصمیم اداری نیز بسیار مهم است و باید بدان توجه لازم را مبذول داشت. مثال این مورد را در رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌توان یافت که در ۱۵ آذرماه سال ۱۳۶۳، در رأی خویش بدان اشاره نموده است:

نظر به اینکه به موجب قانون بازسازی نیروی انسانی مصوب ۱۳۶۰/۷/۵ مرجع رسیدگی و صدور رأی در مورد جرایم مصرحه در آن قانون هیئتهای بدوی و تجدیدنظر بازسازی قرار داده شده و از طرفی طبق ماده ۵۹ قانون مرقوم کلیه

قوانین پاک‌سازی و سالم‌سازی و قوانین دادگاههای اداری و مقررات مغایر آن نیز لغو گردیده است علی‌هذا صدور هرگونه ابلاغ و حکمی رأساً از طرف وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت مشمول این قانون در ارتباط با جرایم پیش‌بینی شده که رسیدگی به آن در صلاحیت هیئتهای مزبور می‌باشد در زمان حکومت قانون بازسازی فاقد اعتبار قانونی است....

پس قاضی اداری باید قواعد قانون حاکم در زمان اتخاذ تصمیم و نیز شرایط زمانی و مکانی همان برهه را در نظر بگیرد و سپس در مورد تجاوز یا عدم تجاوز از حدود اختیارات مقام اداری تصمیم بگیرد.

### ۲-۲. محدودیتهای اصل قانونمندی

همان‌گونه که پیش از این نیز گفته شد، اصل، پیروی اداره از قواعد حقوقی است. ولی شرایط و اوضاع و احوال خاص ممکن است در مواقعی به اعمال محدودیتهایی در اعمال این اصل منتهی شود. این محدودیتهای به منزله نقض اصل قانونمندی نیست، چه خود قوانین این محدودیتهای یا افزایش صلاحیت مقام اداری را برای تصمیم‌گیری پیش‌بینی می‌کنند. به سخن دیگر، در این موارد نوعی خاص از قانونمندی جایگزین نوعی دیگر می‌شود. البته باید در نظر داشت که این شرایط نادر هستند و بنا بر اصل کلی، برای حمایت از حقوق شهروندان، محدودیتهای اصل قانونمندی به گونه‌ای محدود تفسیر می‌شوند. این شرایط را می‌توان در دو گروه کلی «اوضاع و احوال استثنایی» که به شرایط اتخاذ تصمیم اداری مربوط است و «اعمال حاکمیت» که به ماهیت نوع خاصی از اعمال اداری بازمی‌گردد، بررسی نمود.

### الف) نظریه اوضاع و احوال استثنایی

عناصر عمومی اوضاع و احوال استثنایی همان شرایط مورد بحث در قراردادهای حقوق خصوصی است. اما در این گستره، شرایط استثنایی نظام خاص قانونمندی را می‌طلبد. برای مثال، گاه مقامهای اجرایی در اموری مداخله می‌نمایند که پیش از آن قلمرو انحصاری قانونگذار بود. اما نکته‌ای که در ارزیابی این شرایط استثنایی باید در نظر داشت این است که این شرایط استثنایی هستند و به هیچ روی صبغه دائمی

ندارند؛ نیز وجود این اوضاع و احوال باید توجیه شود. افزون بر آن اعمال اداری در این شرایط نیز باید از حداقل تطابق با قواعد حقوقی برخوردار باشند.

همان‌گونه که از عنوان نیز برمی‌آید، شرایط استثنایی در برهه‌ای پیش می‌آید که منافع عمومی به شدت در خطر افتاده باشد و به سرعت عمل اداره در تصمیم‌گیری برای حفظ منافع عمومی نیاز باشد. به عبارت دیگر، این شرایط قواعد خود را می‌طلبند. مثال اعلامی چنین شرایطی وقوع جنگ است. در شرایط جنگی، حتی آزادیهای عمومی نیز به منظور حفظ منافع عمومی محدود می‌شوند. در کنار آن شرایط ویژه نیز وجود دارد که نیازمند تدابیر خاصی است که گاه با اعمال اصل قانونمداری تعارض می‌یابد. در بلایای طبیعی با چنین شرایطی مواجه هستیم. به هر تقدیر، قاضی اداری، باید شرایط خاص را به عنوان استثنایی بر اصل قانونمداری حاکم بر اعمال اداری احراز نماید.

نتایج این شرایط استثنایی دو گونه است: نخست اینکه مقام اداری باید قواعد شکلی اتخاذ و اجرای تصمیم اداری (از نظر صلاحیت و روند اجرایی) را رعایت نماید. دوم اینکه مقام اداری باید قانونمداری در شرایط استثنایی را نیز رعایت نماید و قاضی اداری نیز با توجه به شرایط موصوف قانونمداری اعمال وی را ارزیابی نماید. اختیار تمیز مقام اداری در این مقوله اهمیت فراوانی می‌یابد و ناگفته پیداست که شرایط استثنایی به معنای افزایش اختیار مذکور نیست. بدیهی است که در نظر نگرفتن این موارد مسئولیت مبتنی بر تقصیر یا مسئولیت مبتنی بر خطای اداره را به فراخور مورد، در پی خواهد داشت. در خصوص قراردادهای اداری، وقوع شرایط غیر قابل پیش‌بینی تعلیق قراردادهای اداری را می‌تواند به دنبال داشته باشد<sup>۱</sup> (Rivero, 2002: 86-87).

### ب) اعمال حاکمیت

در اصل، قاضی اداری باید بتواند بر تمامی فعالیتهای دولت هم از جنبه قانونمداری و هم از لحاظ مسئولیت ناشی از آنها نظارت نماید. اما استثنایی بسیار مهم بر این اصل تحمیل می‌شود و آن بخشی از فعالیتهای دولت است که از آنها با عنوان «اعمال

۱. نظریه عدم پیش‌بینی - Théorie de l'imprévision.

حاکمیت<sup>۱</sup> یاد می‌شود. این گروه، اعمالی هستند که قابل رسیدگی در مراجع قضایی و اداری نیستند و در نتیجه ورای گستره اعمال اصل قانونمداری هستند.

در مورد توجیه و تعریف این اعمال با توجه به رویه قضایی (به ویژه رویه قضایی شورای دولتی فرانسه) نظریه‌های گوناگونی ارائه شده است. برخی این اعمال را دارای دلایل و انگیزه‌های سیاسی می‌دانند و به همین دلیل این اعمال را خارج از نظارت اداری تلقی می‌کنند، ولی باید گفت که توجیه برخی از اعمال حاکمیت با تمسک به دلایل سیاسی در بسیاری موارد به خود کامگی سیاسی می‌انجامد و اکنون در بیشتر نظامهای اداری پیشرفته، این دلایل توجیهی قابل قبول برای تعارض با قانونمداری محسوب نمی‌شوند. گروهی دیگر این اعمال را وسیله‌ای برای اجرای کارکردهای دولتی تلقی می‌کنند، در نتیجه کارکردهای اداری نیز که وسیله‌ای برای تحقق کارکردهای حاکمیت هستند، از شمول نظارت اداری مستثنا می‌شوند. اما ایراد مهمی که بدین تعریف می‌توان وارد نمود این است که ابتدا باید دید کارکردهای حاکمیت چیست. سرانجام برخی نیز اعمال حاکمیت را اعمالی می‌پندارند که تصمیم‌گیری یا اجرای آنها فقط منحصر به مقامهای اداری نیست که این نیز مانع از ارائه تعریفی جامع و مانع از «اعمال حاکمیت» است (Vlachos, 1993: 101-102).

در نهایت به نظر می‌رسد که ارائه تعریفی شایسته از اعمال حاکمیت امکان‌پذیر نیست و تنها راه این است که به تعریف سلبی این اعمال بسنده نماییم: «اعمال حاکمیت اعمالی هستند که دولت آنها را به هر دلیل انجام می‌دهد و به علت سرشت خویش قابل طرح در مراجع اداری یا قضایی نیستند». در این تعریف علت عدم شمول قانونمداری به این اعمال، ماهیت ویژه آنهاست که به فراخور هر کشور تغییر می‌یابد. در واقع، ماهیت ویژه این اعمال که مربوط به اعمال حاکمیت ملی هستند، آنها را از شمول نظارت خارج می‌نماید. مصادیق این اعمال بسیار هستند که از آن جمله می‌توان از موارد ذیل یاد کرد: تصمیمهایی که مربوط به روابط قوای مجریه و مقننه هستند و عملکردهای دولت که مربوط به روابط خارجی از هر قسم هستند

1. Actes de gouvernement.



مذاکرات، امضا و تصویب معاهدات بین‌المللی یا پیوستن به سازمانهای منطقه‌ای و بین‌المللی) از این قبیل مصادیق به شمار می‌روند.

### نتیجه

بقای اصل قانونمندی در گرو انعطاف‌پذیری فراوان این مفهوم است. در واقع این اصل تنها متضمن آن نیست که نهاد دولتی به ویژه اداره، فرمانبردار قوانین باشد، بلکه دال بر رعایت مجموعه‌ای از هنجارهای مربوط به ارزشهای عالی است که در لایه‌های فوقانی هرم نظام حقوقی قرار دارند. بدین ترتیب اصل قانونمندی ارتباطی تنگاتنگ با سلسله‌مراتب هنجارها پیدا می‌کند. از این منظر اصل قانونمندی به سان ناظم نظم حقوقی (در جنبه داخلی آن) عمل می‌کند تا لایه‌های گوناگون هنجاری در جای خویش قرار گیرند و مانع تعارضهای احتمالی بین آنها شده و تعارضهای ایجادشده را نیز رفع می‌نماید. بدین سان می‌توان دید که اصل قانونمندی اصلی پویاست که حوزه گسترده‌ای را در بر می‌گیرد. با این نگرش، اصل قانونمندی در قلب نظریه حکومت قانون جای می‌گیرد. اعمال این اصل، قانون را در چارچوب نظریه حکومت قانون از معیاری متصلب و محصول قانونگذار به عنصری پویا در قالب هنجارهای موجود در نظام حقوقی درمی‌آورد که در رابطه متقابل با دیگر عناصر حکومت قانون است. در نتیجه، در گستره اعمال اداری نیز قوانین نه تنها محدودیتی برای اعمال اداری نیستند، بلکه به مثابه شرط لازم برای کارکرد اداری در اجرای آنها محسوب می‌شوند و البته آشکارا می‌توان تفاوت دو دیدگاه را دریافت.

اعمال اداری چه ماهوی و چه حقوقی، به فراخور ماهیت خویش، نظارت شکلی و ماهوی را می‌طلبند. در واقع نظارت بر قانونمندی اعمال اداری با توجه به نوع عمل اداری صورت می‌گیرد و همین نظارت، با حفظ اختیار تمیز برای اداره در تأمین منافع عمومی، امنیت قضایی را در رابطه اداره و مراجعان (اعم از بهره‌مندان از خدمات اداری، کارمندان و طرفهای قراردادهای اداری) مستقر و تثبیت می‌نماید.

### کتاب‌شناسی

1. Chapus, R., *Droit administratif général*, T.1, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001.
2. Chapus, R., *Droit du contentieux administratif*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2002.
3. Chevallier, J., «*La dimension symbolique du principe de légalité*», Figures de la légalité, Paris, Publisud, 1992.
4. Eisenmann, Ch., «*Le droit administratif et le principe de légalité*», Etudes & Documents, Conseil d'Etat, 1957.
5. Favoreu, L., «*L'apport du Conseil constitutionnel au droit public*», Pouvoirs, n°18, 1980.
6. Gaudemet, Y., «*Légalité (Principe de)*», Dictionnaire de la culture juridique, Paris, P.U.F. / Lamy, 2003.
7. Gaudemet, Y., *Traité de droit administratif*, T.1, 16<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001.
8. Goyard-Fabre, S., «*Les fondements de la légalité*», Figures de la légalité, Paris, Publisud, 1992.
9. Hauriou, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002.
10. Laubadere, A. de et Venezia, J.C. et Gaudemet, Y., *Droit administratif*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002.
11. Loschak, D., «*Le principe de légalité – Mythes et mystifications*», Actualité Juridique de Droit Administratif (A.J.D.A.), 1981.
12. Maurer, H., *Droit administratif allemand*, Traduit par Michel Fromont, Paris, L.G.D.J., 1994.
13. Moor, P., «*Introduction à la théorie de la légalité*», Figures de la légalité, Paris, Publisud, 1992.
14. Morand-Deville, J., *Cours de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999.
15. Rivero, J. et Waline, J., *Droit administratif*, 19<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002.
16. Rivero, J., *Droit public*, T.1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1995.
17. Van Lang, A. et Gondouin, G. et Inseguet-Brisset, V., *Dictionnaire de droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2002.
18. Vlachos, G., *Principes généraux du droit administratif*, Paris, Ellipses, 1993.

## توثیق بیمه‌نامه\*

□ دکتر عبدالله خدابخشی

□ دادیار دادرسی عمومی و انقلاب مشهد

### چکیده

حوادث رانندگی همواره مشکل ساز است، چه برای زیان‌دیده و چه برای مرتکب و زیان‌زننده. راهکارهای قانونی نیز گاه بر این مشکلات می‌افزاید و گاه موجب تبعیض می‌شود. یکی از راهکارهای مطلوب کاستن از این دشواریها، اقدام قانون اصلاح بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث ۱۳۷۸ است که وثیقه گذاشتن بیمه‌نامه و استفاده از طرفیت قابل اطمینان نهاد بیمه را پیش‌بینی کرده است. بررسی راهکار اجرایی کردن ماده ۲۱ قانون فوق وجهه همت این مقاله است. واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، بیمه‌نامه، توثیق، حوادث رانندگی، بیمه‌گر، بیمه‌گذار.

### درآمد

«ضروریات و نیازها، منطق را به دنبال خود می‌کشند»؛ این سخن گویای تفکری

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۲/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۶/۱۲.

است که به دنبال اجرای عدالت در پرتو تحولات حقوقی است و در کتابهای حقوقی بارها تکرار شده است. بی‌گمان درک این سخن آسان نیست ولی وقتی کوره حوادث رانندگی داغتر می‌شود و فکر جبران خسارت زیان‌دیده از یک سو و «تصادفی بودن» بیشتر این حوادث و بی‌اثر بودن سیاست کیفری تشدید مجازات نسبت به مرتکبان از سوی دیگر و پیشگیری از اعمال بازداشت‌های موقتی، برای همگان احساس می‌شود، می‌توان امیدوار بود که تقدم ضرورت بر منطق، بیشتر درک خواهد شد. در این میدان، دیگر کسی به دنبال حفظ اصول سنتی حقوق نیست<sup>۱</sup> و تحولات، سنتها را اصلاح یا درون‌تهی می‌کند. دیگر، دادن مهلت دو سال و سه سال برای جبران خسارت موضوعیت ندارد؛ انتظار تا زمان صدور حکم و قطعیت رأی و ملموس نمودن تعهد مسئول حادثه و تبدیل «تعهد به کار» به «تعهد به پول» معنا ندارد؛<sup>۲</sup> تفاوت نهادن میان اعضای خانواده و دیگران و استثنا کردن حمایت از زیان‌دیده مصداق تبعیض است<sup>۳</sup> و...؛ این رویکردهای ضروری نوعی غلبه بر سنت می‌باشند و نباید از آن هراس داشت.

حوادث رانندگی، جرم محسوب شده‌اند؛ جرمی عادی (پرادل، ۱۳۸۶: ۱۲۶) که در عین اتفاقی بودن، بسیار زیانبار است و اگر وضع زیان‌دیده را دشوار می‌کند، به مسئول و مرتکب نیز گزند قابل توجه می‌رساند؛ احساس پریشانی وجدان، افتادن در مسیر اداری و رفت و آمدهای متعدد به مراجع ذی‌ربط و اتلاف وقت، توقیف وسیله نقلیه و محروم شدن از کسب درآمد، بازداشت احتیاطی و احتمالی به دلیل تضمین حضور، از جمله آثار حوادث رانندگی نسبت به مرتکب می‌باشد. برای هر یک از این آثار می‌توان توجیهی ذکر کرد و بازتاب کلی آنها را به سوی بازدارندگی عمومی و خصوصی که در حقوق کیفری مطرح است هدایت کرد.<sup>۴</sup> در عین حال می‌توان از نتایج نامطلوب آنها، در برخی موارد جلوگیری نمود یا

۱. برای ملاحظه پای‌بندی حقوق فرانسه به اصول مرسوم خود ر.ک: عراقی و دیگران، ۱۳۸۶: ۴۷، ۴۸ و ۷۴.  
 ۲. برای ملاحظه تفاوت مفاهیم «تعهد به کار» و «تعهد به پول» ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۱-۵۴.  
 ۳. اشاره به ماده ۲ قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی... سابق که هرچند نسخ شده است ولی در مورد روابط پیشین، تا حدودی اعمال می‌شود.  
 ۴. در مورد نقش بازدارندگی مجازات در حوادث رانندگی، ر.ک: Peden, 2004.

عوارض آنها را کاهش داد تا حکم عام عادلانه قانونگذار با انصاف قضایی نسبی تلطیف گردد و همگان با یک رویکرد، مورد خطاب و سرزنش قرار نگیرند.<sup>۱</sup> یکی از راهکارهای مطلوب، اقدامی است که در قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث ۱۳۷۸ برای وثیقه نهادن بیمه‌نامه و استفاده از ظرفیت قابل اطمینان نهاد بیمه مسئولیت<sup>۲</sup> پیش‌بینی شده است. این راهکار هنوز در مرحله گذر از سنت مرسوم به تحول جدید است و تجزیه چند ماهه اعمال قانون و دیده‌ها یا شنیده‌ها حکایت از عدم استفاده مناسب از آن در رویه قضایی دارد و همین امر ما را بر آن داشت تا به بررسی تحلیلی این راهکار بپردازیم.

بنابراین هدف ما بررسی ماده ۲۱ قانون است که جز در موارد تصریح شده، منظور همان «قانون اصلاح بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث» ۱۳۷۸ می‌باشد. در این ماده آمده است: «محاکم قضایی موظفند در حوادث رانندگی منجر به خسارت بدنی، بیمه‌نامه شخص ثالثی را که اصالت آن از سوی شرکت بیمه ذی‌ربط کتباً مورد تأیید قرار گرفته است تا میزان مندرج در بیمه‌نامه به عنوان وثیقه قبول نمایند». این نوشتار در دو بخش ارائه می‌شود. ابتدا در بخش اول قواعد عمومی وثیقه بیمه‌نامه را بررسی می‌کنیم تا بتوانیم در بخش دوم آثار حقوقی آن را به دست آوریم.

## ۱. قواعد عمومی توثیق بیمه‌نامه

### ۱-۱. جایگاه بیمه‌نامه در توثیق قانونی

#### ۱-۱-۱. توثیق الزامی

توثیق از جمله به اطمینان کردن، استوار کردن و محکم نمودن، معتمد داشتن و ثقه

۱. ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی و ماده ۵ قانون بیمه... ۱۳۷۸ از برخی تخلفات رانندگی یاد می‌کند که ضرورت برخورد بیشتر، جهت بازدارندگی کیفری و مدنی را نشان می‌دهد.

2. Liability Insurance.

گفتن کسی و ثقه خواندن (معین، ۱۳۷۱: ۱۱۶۲) تعریف شده است. وثیقه‌های دین در حقوق مدنی (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۶)، توثیق اسناد در حقوق تجارت (ر.ک: اخلاقی، ۱۳۶۸: ۲۳-۱) و قرار تأمین وثیقه در حقوق کیفری، از معنای لغوی دور نیست و می‌توان یک روح مشترک را با عنوان «اطمینان داشتن» به استیفای حق یا وصول وجه سند یا حضور متهم، در میان آنها تصور نمود. دادرسی در حقوق کیفری، بر خلاف بخش اعظم دعاوی مدنی، وابسته به «حیات» متهم در همه دعاوی و «حضور» متهم در دعاوی حق‌اللهی است (خدابخشی، ۱۳۸۷: ۹۸-۹۹)، از این رو برای حضور متهم باید چاره‌ای اندیشید. این امر در انواع قرارهای تأمین ظاهر و قرار وثیقه یکی از مهمترین انواع آنها محسوب می‌شود. حوادث رانندگی با برخی شرایط، جرم محسوب شده‌اند و مرتکب به عنوان متهم باید برای جبران خسارت زیان‌دیده و حضور در مراجع قضایی برای اعمال ضمانت اجرای مقرر، تضمینی ارائه دهد.

به طور عمده، مرجع قضایی، با صدور قرار کفالت و وثیقه، حضور شخصی را به عنوان کفیل یا تسلیم مالی را به عنوان توثیق لازم می‌داند و در مواردی که این امکان وجود نداشته باشد، چاره‌ای جز معرفی متهم به زندان وجود ندارد. در هر مورد که تناسب قرار تأمین با وضعیت متهم و جرم ارتكابی، به صدور قرار وثیقه منتهی می‌شود، باید مالی تسلیم شود. قانونگذار در ماده ۲۱ قانون، در این قاعده تغییری نداده و هرگز به مراجع قضایی، تکلیف صدور قرار تأمین وثیقه را ننموده است بلکه شأن نزول ماده ۲۱، با «حکومت»<sup>۱</sup> و جانشینی یک ماهیتی به جای ماهیت دیگر هماهنگ است؛ به این معنا که پس از صدور «قرار» وثیقه و به شرط آنکه مرجع قضایی این قرار را متناسب دانست، بیمه‌نامه، معادل همان مال مورد نظر خواهد بود و به عنوان مصداقی جهت ایجاد تضمین تحویل مال مورد وثیقه عمل خواهد کرد. بنابراین امری که در ماده ۲۱ قانون الزامی است پذیرش بیمه‌نامه به عنوان مصداق وثیقه و اعتبار دادن به توثیق ناشی از آن است نه اینکه قرار تأمین

۱. هرگاه امری مفسر و ناظر امری دیگر باشد، امر اول حاکم و امر دوم محکوم نام دارد و این حالت را حکومت می‌گویند که از مباحث دقیق اصول فقه است (برای ملاحظه بیشتر ر.ک: ولایی، ۱۳۸۴: ۱۷۸-۱۷۹).

برای حوادث رانندگی، لزوماً از نوع قرار وثیقه باشد. به عبارت دیگر ماده ۲۱ قانون، به نتیجه قرار توجه دارد نه به سبب آن.

نتیجه اینکه مرجع قضایی می‌تواند از قرار وثیقه بی‌نیاز گردد. بدین سان توثیق الزامی، متوجه نتیجه قرار تأمین است که الزام را متوجه مرجع قضایی در پذیرش بیمه‌نامه می‌کند نه اینکه الزامی برای صدور قرار وثیقه باشد هرچند در مواردی، این الزام متوجه صدور قرار نیز می‌شود اما این مورد استثناست و علت آن بیان خواهد شد.

### ۱-۱-۲. ماهیت بیمه‌نامه به عنوان وثیقه

«محاکم قضایی موظفند... بیمه‌نامه شخص ثالث را... به عنوان وثیقه قبول نمایند». بنابراین توثیق قانونگذار متوجه بیمه‌نامه است و از این حیث اعتبار بسیار قابل توجهی به آن داده شده است. اعتباری که تنها در حقوق حوادث رانندگی اثر ندارد و پا را فراتر گذاشته و مسیر توثیق اسناد مالی را به طور کلی هموار می‌نماید.

«بیمه‌نامه سندی است که به امضای بیمه‌گر و بیمه‌گذار می‌رسد و تجلی و تظاهر قرارداد بیمه می‌باشد» (محمودصالحی، ۱۳۷۶: ۹۲). قرارداد بیمه که به طور مستقیم، پیونددهنده تعهدات بیمه‌گر در مقابل بیمه‌گذار و مقابل اشخاص ثالث<sup>۱</sup> می‌باشد، خود را در سند مکتوبی<sup>۲</sup> نشان می‌دهد که دارنده آن از حقوق مالی قابل توجهی برخوردار می‌شود. آیا توثیق بیمه‌نامه به اعتبار قرارداد بیمه است یا ناشی از خود سند بیمه‌نامه می‌باشد؟ پاسخ این پرسش را در گفتار بعدی تشریح می‌کنیم و در اینجا بیان می‌داریم که در ماده ۲۱ قانون تنها اشاره به بیمه‌نامه ندارد بلکه «اعلام کتبی» اصالت بیمه‌نامه را هم ضروری دانسته است. بنابراین از یک سو اصل توثیق متوجه بیمه‌نامه می‌باشد (صرف نظر از قرارداد آن یا خود سند) و از سوی دیگر، فعلیت

۱. در برخی از انواع آن، در ابتدای انعقاد قرارداد بیمه، به صورت غیر مستقیم است و پس از حادثه، به صورت مستقیم می‌توان تعهد بیمه‌گر را مقابل ثالث ملاحظه نمود.

۲. علی‌رغم اشاره ماده ۲ قانون بیمه ۱۳۱۶ به اینکه «عقد بیمه و شرایط آن باید به موجب سند کتبی باشد و سند مزبور موسوم به بیمه‌نامه خواهد بود»، نمی‌توان این عقد را تشریفات دانست (در این مورد ر.ک: بابایی، ۱۳۸۲: ۳۴-۳۶).

یافتن چنین توثیقی، منوط به اعلام کتبی شرکت بیمه‌گر در تأیید اصالت بیمه‌نامه است. کدام یک از این دو سند، «سبب» است و کدام یک «شرط» توثیق محسوب می‌گردد؟ آیا می‌توان آخرین جزء این ماهیت را همان اعلام بیمه‌گر در اصالت بیمه‌نامه دانست و تا آن زمان از پذیرش بیمه‌نامه امتناع نمود یا وضعیت به گونه‌ای دیگر است و آنچه برای توثیق لازم است و آثار خود را به طور متفاوت دارد، همان بیمه‌نامه‌ای است که مرتکب (متهم) ارائه می‌دهد و عدم تأیید کتبی بیمه‌گر، «مانع» از پذیرش بیمه‌نامه خواهد بود؟<sup>۱</sup>

ایراد نشود که چرا با وجود اشاره ماده ۲۱ قانون و ضرورت تأیید اصالت بیمه‌نامه، ما همچنان تردید داریم و چرا اعلام کتبی بیمه‌گر را در فرایند توثیق قانونی مذکور لازم نمی‌دانیم؛ زیرا پاسخ داده می‌شود که هدف ما نفی اثر اعلام کتبی بیمه‌گر در اصالت بیمه‌نامه نیست، بلکه ماهیت این اعلام است؛ زیرا می‌دانیم که در مورد ارکان توثیق، هم ارائه بیمه‌نامه لازم است و هم اعلام مکتوب اصالت آن، اما بر این اساس که کدام یک سبب محسوب می‌شود تا با تحقق آن، آثار توثیق را اعمال نماییم و اینکه در صورت «سبب» نبودن اعلام کتبی اصالت بیمه‌نامه، آیا این تأیید، مانع توثیق محسوب است یا شرط توثیق، آثار حقوقی مختلف به وجود می‌آید. اگر اعلام کتبی بیمه‌گر، «شرط» تحقق باشد، با صرف ارائه بیمه‌نامه نمی‌توان توثیق را پذیرفت و در هر حال لازم به ارائه اعلام کتبی بیمه‌گر است اما اگر بیمه‌نامه، سبب باشد و اعلام کتبی بیمه‌گر، مانع از توثیق محسوب شود در این صورت به محض حضور متهم و ارائه بیمه‌نامه که به طور معمول همراه اوست، مرجع قضایی باید توثیق را کامل بداند مگر اینکه متعاقباً و پس از استعلام از شرکت بیمه، اصالت بیمه‌نامه انکار شود (مانع توثیق).

می‌دانیم که در سایر مواردی که وثیقه تودیع می‌شود ممکن است سند مالکیت

۱. تمایز سبب، شرط و مانع، در تحلیل ماهیت هر موضوع و اثبات آن آثار بسیار دارد؛ سبب به طور متعارف با نتیجه ملازمه دارد، شرط چنین ملازمه‌ای ندارد ولی با عدم نتیجه چنین ملازمه‌ای دارد. مانع تنها با عدم ماهیت مرتبط است و به صرف تردید در اینکه مانعی وجود دارد، در آن ماهیت تردیدی نمی‌شود مگر اینکه با دلیل ثابت شود که مانع به وجود آمده است.

نیز مجعول باشد یا فردی با جعل شناسنامه، خود را صاحب سند معرفی نماید و توثیق، با معرفی مال غیر به عمل آید؛ از سوی دیگر، عدم اصالت، امری خلاف اصل می‌باشد و نمی‌توان آن را از مقام «مانعیت» به شأن «شرطیت» ترقی داد و امر خلاف اصل را یکی از «شرایط» ماهیت توثیق دانست. می‌دانیم که بیمه‌نامه مظهر تعهدات بیمه‌گر است و اگر اعلام کتبی بیمه‌گر این اندازه اهمیت داشته باشد که «شرط» توثیق محسوب شود، به این معناست که اعلام اراده تعهد را محور این امر قرار داده‌ایم و اصول حاکم بر تعهدات چنین نتیجه‌ای را تأیید نمی‌کند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۶۶-۶۹). منظور از اصالت تنها «صدور» سند می‌باشد و همچنان که خواهیم گفت به «مفاد» تعهدات بیمه‌گر و بیمه‌نامه ارتباطی ندارد. صدور بیمه‌نامه هم تنها با جعل مغایرت دارد و این امری مخالف اصل و استثنا می‌باشد. حال باید پرسید که آیا پس از ملاحظه بیمه‌نامه به عنوان سبب توثیق و با توجه به اینکه اصل بر اصالت آن است باید متهم را بازداشت نمود تا اعلام کتبی اصالت بیمه‌نامه واصل شود یا باید بر حسب متعارف امور اقدام کرد و تنها در صورت «اعلام عدم اصالت»، توثیق را منتفی دانست. ممکن است ایراد شود که اگر متهم پس از «اعلام عدم اصالت» متواری شد چه باید کرد؟ اما این پرسش نمی‌تواند ناقض استدلال باشد؛ زیرا همین امر در مورد سند مالکیت مجعول یا دارنده شناسنامه مجعول هم مطرح است و کسی در مورد اصالت این اسناد تردیدی ندارد و به دنبال احراز این امر نیست که ابتدا اصالت آنها را به دست آورد. در وضعیت فعلی پیشنهاد می‌شود پس از اعلام حادثه رانندگی، همراه با دستور بررسی حادثه و اخذ نظر کارشناس، موضوع از شرکت بیمه هم استعلام شود تا پس از فراهم آمدن موجبات توثیق، بیمه‌نامه همراه با پاسخ شرکت بیمه‌گر، مجموعاً اطمینان مرجع قضایی را جلب نمایند.

ممکن است ایراد دیگری به راه حل مذکور مطرح نمایند؛ به این صورت که بیمه‌گر با اعلام اصالت بیمه‌نامه، فقط صدور سند و انتساب آن را به خود اعلام نمی‌کند بلکه می‌پذیرد که تعهداتی هم دارد و حاضر است از این تعهدات به عنوان توثیق استفاده شود، بنابراین تا زمان اعلام بیمه‌گر چگونه می‌توان چنین پذیرشی را محرز دانست؟ پاسخ این ایراد در ادامه بیان خواهد شد.

## ۲-۱. حقوق ناشی از بیمه‌نامه در فرایند توثیق

برای اینکه بدانیم علت اعتباری که قانونگذار به بیمه‌نامه داده و توثیق آن را برای مرجع کیفری الزامی نموده است چیست؟ باید به تحلیل حقوق ناشی از بیمه‌نامه پردازیم و روابط چندگانه آن را بررسی نماییم. این بحث نه تنها برای شناخت آثار وثیقه نهادن بیمه‌نامه مناسب است، بلکه راه را برای توسعه اعتبار مذکور در سایر موارد و نگرش دوباره‌ای به رهن حق دینی و به طور کلی مال غیر ملموس هموارتر می‌کند.

### ۱-۲-۱. مبنای توثیق بیمه‌نامه

بی‌گمان باید نوعی حق مالی و قابل اعتماد از بیمه‌نامه ناشی شود که قانونگذار را به پذیرش آن به عنوان وثیقه، ترغیب نموده است. آیا حق ناشی از بیمه‌نامه، عینی است یا دینی؟ آیا خود بیمه‌نامه اعتبار دارد و چهره حق، در سند تشخیص یافته است و وصف تجریدی دارد یا به اعتبار مفاد سند بیمه‌نامه، چنین توثیقی پذیرفته شده است؟ آیا ماهیت توثیق، نوعی توقیف طلب نزد شخص ثالث است که اعتبار وثیقه عینی به آن داده شده یا اینکه به واقع، ماهیت وثیقه معمولی را دارد؟

یکی از آثار بسیار مهم بیمه‌های مسئولیت، تحقق نوعی حق مالی برای بیمه‌گذار است. نه تنها حق بیمه‌گذار به عنوان یکی از طرفین قرارداد بیمه، پس از تحقق کامل قرارداد قابل تصور است و احساس آرامش ناشی از تأمین آینده برای وی به وجود می‌آید، بلکه نوعی تعهد نیز برای بیمه‌گر در جبران خسارت بیمه‌گذار در صورت رجوع زیان دیده به او و کاهش دارایی بیمه‌گذار نیز قابل تصور است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۵ و بعد). حادثه رانندگی تعهدات معلق بیمه‌گر را به حالت منجز در می‌آورد و از آن پس، چهره حق و تکلیف معکوس می‌شود. بیمه‌گذار حق دارد اجرای تعهدات بیمه‌گر را بخواهد و بیمه‌گر هم چون حق بیمه‌ها را دریافت نموده و ریسک را پذیرفته است، باید از عهده تعهد برآید. در قرارداد بیمه، هدف، جبران خسارت زیان دیده است و با تحقق حادثه رانندگی (خطر مبنای قرارداد) تعهدات بیمه‌گر دو حالت می‌یابد؛<sup>۱</sup> از یک سو متوجه بیمه‌گذار است و از سوی دیگر به زیان‌دیده

مرتبط می‌شود و گویی رابطه‌ای مستقیم بین آنها ترسیم می‌گردد که هرچند در ظاهر مخالف اصل نسبی بودن قرارداد است اما در واقع این گونه نیست و بر اساس توجیهات منطقی، با چنان اصلی مغایرت نخواهد داشت. بر اساس حق «مستقیم و ویژه» زیان‌دیده (ر.ک: همان: ۱۷۰ و بعد؛ خدابخشی، ۱۳۸۱: ۱۴۱؛ Borham: 1976)، ایرادات و دفاعیات بیمه‌گر، بعد از تحقق حادثه رانندگی، در مقابل زیان‌دیده قابل طرح و استناد نیست؛ خسارت زیان‌دیده باید پرداخت شود و اگر ادعایی وجود دارد، بیمه‌گر باید به بیمه‌گذار مراجعه نماید و بر اساس قاعده استفاده بلاجهت یا قائم‌مقامی قانونی، وجوهی را که به زیان‌دیده داده است، دریافت نماید.

بنابراین باید دید مبنای توثیق بیمه‌نامه به کدام یک از این حقوق باز می‌گردد تا بر اساس آن، آثار توثیق را در مبحث بعدی به دست آوریم.

### ۲-۲-۱. بیمه‌نامه یا مفاد آن

بیمه‌نامه، سند قرارداد است و بر اساس قواعد اسناد و قراردادهای نقش اثباتی دارد و تمام حیثیت حقوقی خود را از قرارداد به دست می‌آورد؛ زیرا حاکی از حق قراردادی می‌باشد. تحولات حقوق تجارت، نوعی تشخیص و چهره ثبوتی به اسناد بازرگانی داده است که بر اساس آن، اعتبار مربوط به آنها از خود سند به وجود می‌آید و پایگاه معاملاتی اولیه، نقش مستقیم در اعتبار ظاهری سند ندارد؛ همان که به اصل تجریدی بودن سند معروف است و در گسترده‌ترین حالت آن، نه تنها ایرادات و دفاعیات صادرکننده سند را نمی‌پذیرد، بلکه به سند، چهره مال مستقل می‌دهد و آثار مهمی را در حقوق خصوصی و کیفری به دنبال خواهد داشت؛ امکان توثیق سند یکی از این موارد است؛ زیرا وقتی خود سند ارزش مستقل داشته باشد و حاکی از حق دیگری نباشد یا آن حق، در مقایسه با سند، نقش قابل توجهی نداشته باشد، قواعد رهن و وثیقه را می‌توان در مورد سند اعمال نمود. در مرحله پایین‌تر از این تحول هم، تحویل سند را در حکم قبض مفاد آن می‌دانند و احتمال عدم دسترسی به حقوق سند را نادیده می‌گیرند.<sup>۱</sup>

۱. در مورد جانشینی سندی مانند چک یا سفته به جای وجه نقد و ایفای تعهدات ناشی از قرارداد با تحویل دادن این اسناد (ر.ک: کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۶: ۲۲۶-۲۲۸).

۱. مفهوم حادثه در بیمه‌های مسئولیت، مفهومی کاملاً تخصصی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۱۵-۱۴۲).

بیمه‌های مسئولیت از منبع قدرتمند و قابل اطمینانی ارتزاق می‌کنند، روابط بازرگانی در مورد آنها قابل اعمال است (ماده ۲ قانون تجارت) و نقش حمایتی و حاکمیت اداری و قضایی در ایفای تعهدات بیمه‌گران در مورد آنها تأکید و دنبال می‌شود. از این رو، به سند بیمه‌نامه اعتباری هم‌سنگ سند مستقل می‌دهند که تحویل آن به بیمه‌گذار، اطمینان دارنده را به در اختیار داشتن حقی نزدیک به حق عینی، جلب می‌کند و ارائه آن به زیان‌دیده نیز احساس آرامش او را در وصول خسارت به دنبال دارد. با این تحلیل آیا توثیق بیمه‌نامه به اعتبار «خود سند» است یا هنوز باید متوجه «مفاد سند» و به دنبال توجیه مناسب دیگری بود؟

مشکل آن است که اگر توثیق بیمه‌نامه به جهت مفاد سند باشد، یا باید امکان رهن حق دینی را پذیرفت یا در حق ناشی از بیمه‌نامه دخالت کنیم و آن را در حکم حق عینی قابل توقیف بدانیم و یا ماهیت توثیق را «توقیف طلب نزد ثالث» دانست که قواعد وثیقه تا جایی که امکان‌پذیر باشد، در مورد آن اعمال خواهد شد. این احتمالات را به ترتیب بررسی می‌نماییم تا نتیجه‌گیری ما روشن‌تر باشد.

#### الف) چهره ثبوتی بیمه‌نامه و توثیق ناشی از آن

برای این راه حل که قانون، به بیمه‌نامه اعتبار مستقل داده و صرف‌نظر از حق درونی آن، امکان توثیق را پذیرفته است می‌توان این‌گونه استدلال نمود:

۱- بیمه‌گری نوعی معامله بازرگانی است و اسناد صادره در آن رابطه، از احکام اسناد تجاری تبعیت می‌کنند؛ همان‌طور که وثیقه سهام شرکت (ماده ۱۱۴ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت) ممکن است یا چک، سفته و برات را به عنوان تضمین تسلیم کنند، بیمه‌نامه هم دارای اوصاف تجریدی است و توثیق آن منطقی به نظر می‌رسد.

۲- در ماده ۲۱ قانون از قبول کردن «بیمه‌نامه شخص ثالث» «به عنوان وثیقه» یاد شده است و ظهور عبارت دلالت بر اعتبار سند دارد نه اینکه حاکی از حق دیگری باشد. ضرورت «اعلام کتبی بیمه‌گر» نیز همان‌طور که گفته شد، به جهت احراز انتساب «سند» به شرکت بیمه‌گر است نه اینکه لزوم وجود حق نزد بیمه‌گر را نشان دهد. به ویژه اینکه در مواردی، بیمه‌گذار هیچ حقی نسبت به بیمه‌نامه ندارد اما

شرکت بیمه همچنان متعهد به پرداخت خسارت زیان‌دیده خواهد بود.

۳- عبارت «تا میزان مندرج در بیمه‌نامه» قرینه‌ای بر خلاف این استدلال محسوب نمی‌شود تا گفته شود این عبارت نشان می‌دهد که قانون، به مفاد سند توجه بیشتری دارد تا به خود سند؛ زیرا پاسخ می‌دهیم بر اساس هر ماهیتی که برای توثیق قائل شویم، بیشتر از مفاد سند نمی‌توان بیمه‌گر را متعهد دانست و اینکه اعتبار توثیق به جهت خود سند یا مفاد آن یا علت دیگری باشد هیچ فرقی در آن ندارد. بنابراین از عبارت مذکور نمی‌توان مصادره به مطلوب نمود و آن را قرینه مخالف به شمار آورد.

بدین‌سان ممکن است گفته شود که بیمه‌نامه مانند «سند» مستقلی است که به خودی خود قابل توثیق می‌باشد و اعتباری وابسته به «مسند» یا تعهدات درونی بیمه‌نامه ندارد و باید بر این اساس به بررسی آثار آن پرداخت.

#### ب) توثیق حق و مفاد بیمه‌نامه

برای اینکه بتوان حقی را به عنوان مبنای توثیق دانست باید: ۱- حق مالی باشد؛ ۲- حکایت از عینیت مالی داشته باشد (حق عینی یا در حکم آن)؛ ۳- به قبض عرفی درآید؛ ۴- سبب دین فراهم باشد. این شرایط از مواد ۷۷۱، ۷۷۲، ۷۷۴ و ۷۷۵ قانون مدنی به دست می‌آید و وثیقه در حقوق کیفری نیز اعمال همان قواعد را ایجاب می‌کند.

در مورد حادثه رانندگی، به محض تحقق، حق مستقیم زیان‌دیده در مقابل بیمه‌گر به وجود می‌آید؛ تحقق حق زیان‌دیده به معنای تعهد مسئول حادثه است و به این جهت، وثیقه نهادن ایرادی ندارد؛ زیرا تعهد مسئول «در ذمه است» (ماده ۷۷۵ قانون مدنی) و حتی اگر هنوز اصل مسئولیت ثابت نشده باشد، سبب آن با توجه به دلایل اتهام که متوجه مسئول حادثه است تحقق یافته و توثیق، از این حیث، بلااشکال است. حق ناشی از بیمه‌نامه، بی‌گمان مالی محسوب می‌شود و هدف بیمه‌گذار (مسئول حادثه) هم بر آن بوده تا خسارت مالی و بدنی، در هنگام تحقق چنین مسئولیتی جبران شود. دو رکن دیگر باقی می‌ماند، یکی عینی بودن و دیگری امکان قبض که عبور از آنها و توجیه توثیق، آسان نیست. ماده ۷۷۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است» و اگر

توثیق به اعتبار مفاد بیمه‌نامه باشد چگونه می‌توان از حق عینی سخن گفت؟ در این خصوص، نویسندگان از امکان یا عدم امکان رهن سخن گفته‌اند و رویکردهای فقهی را بر اساس نیازهای جامعه و تحولات حقوقی تفسیر نموده‌اند (کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۷۶: ۵۴۰-۵۴۱). در مورد امکان قبض و اقباض مال موضوع رهن و وثیقه، آنچه مهم است استیلا عرفی است به نحوی که در زمان نیاز، بتوان از محل رهن، استیفای حق نمود. به همین دلیل، قبض که مفهومی عرفی است به دو جهت تعدیل و با روابط حقوقی و اجتماعی حاضر تطبیق داده شده است؛ از یک سو، اصل قبض، چون در فقه نیز مخالفان قابل توجهی دارد (همان: ۵۰۷-۵۱۰)، در برخی مقررات نادیده گرفته می‌شود و برای مثال رهن مال غیر منقول، در مقررات ثبتی هیچ‌گاه با قبض طلبکار و تخلیه ملک توسط بدهکار (راهن) همراه نیست (ر.ک: ماده ۴۲ قانون دریایی). از سوی دیگر رویه قضایی و دکترین، مفهوم بسیار موسعی از قبض ارائه می‌کنند و استیلا عرفی را به جای آن قرار می‌دهند. برای مثال، وثیقه‌گذار مبلغی پول در حساب دادگستری نزد یکی از بانکها تودیع نموده و فیش پرداخت آن را ارائه می‌دهد. ممکن است ایراد شود که این وجه، در حساب باقی است و بانک حق کم کردن آن را ندارد اما این ایراد خیالی بیش نیست؛ زیرا بانک هیچ‌گاه وجوه نقد را نگهداری نمی‌کند و وجوه تمام حسابها، در مجموعه‌ای مشترک با عنوان اعتباری جمع می‌شود و تسعیر می‌یابد به نحوی که از آن به تبدیل تعهد هم یاد شده است.<sup>۱</sup> بنابراین وجه سپرده شده نه به قبض در می‌آید و نه عین معین است و تنها طلبی است که وثیقه‌گذار (راهن) از بانک دارد و مرتهن (مرجع قضایی) بر آن طلب، مقدم است. پس نباید از توثیق حق ناشی از بیمه‌نامه در عجب بود. آیا با توجه به الزامات قانونی که متوجه بیمه‌گران است و حقوق بیمه‌گذاران و زیان‌دیدگان را تضمین نموده، به آنها حق تقدم داده، قواعد ورشکستگی شرکتهای بیمه را مانند بانک وضع نموده<sup>۲</sup> و برای تشکیل شخصیت حقوقی آنها، تضمینهای اساسی اخذ شده است،<sup>۳</sup> می‌توان تردید نمود که هیچ

۱. در مورد وضعیت حساب جاری و امکان تبدیل تعهد در آن، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۱۶.

۲. قانون تأسیس بیمه مرکزی و بیمه‌گری، مصوب ۱۳۵۱/۳/۳۰، مواد ۵۱-۵۳.

۳. همان، مواد ۳۶ و ۴۶.

پولی نزد بیمه‌گر باقی نیست و یک طلب یا بدهی ساده است که ممکن است قادر به پرداخت باشد یا نباشد؟ آیا بیمه‌نامه نقشی کمتر از فیش صادره از بانک دارد؟ این نکته را هم باید متذکر شد که تمام تلاشها برای توجیه توثیق «حق» به جای «عین معین»، در حقوق مدنی مطرح است که ماهیت حقوقی «رهن» را در خود دارد اما اگر گفته شود که ماهیت «وثیقه» در حقوق کیفری متمایز از رهن می‌باشد و هدف، تنها ایجاد اطمینان به حضور متهم و جبران خسارت زیان‌دیده است، در آن صورت آسان‌تر می‌توان به توثیق بیمه‌نامه پرداخت. به ویژه که قرارهای دیگر تأمین (الزام به حضور، کفالت) هر دو، نوعی تعهد مدنی صرف ایجاد می‌کنند که اولی عهده خود متهم و دومی عهده شخص ثالث (کفیل) است و به اعتبار همین تعهدات می‌باشد که اطمینان برای مرجع قضایی به وجود می‌آید. بنابراین وثیقه نهادن نیز تضمینی مطمئن‌تر است که در قالب یک مال قابل تعیین و دسترس ظاهر می‌شود اما در هر حال، تعهد، رکن اصلی این وثیقه می‌باشد و همین امر برای مراجع قضایی کفایت می‌نماید.

### ج) توقیف طلب نزد ثالث

در مواد ۸۷ تا ۹۵ قانون اجرای احکام مدنی (۱۳۵۶) و در مقررات تأمین خواسته از قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی به نهاد «توقیف طلب متعهد در نزد شخص ثالث» اشاره و احکام آنها مقرر شده است. طلب اعم از مال معین یا حق مالی می‌باشد و شخص ثالث می‌تواند امین صرف باشد یا طرف قرارداد مالی با بدهکار و می‌تواند نسبت به مالی که نزد خود دارد حق تقدم داشته باشد (برای مثال فروشنده، نسبت به ثمن بیع که هنوز تسلیم ننموده است حق حبس دارد) یا فاقد چنین امتیازی باشد. در تمام این حالات، پس از اقرار ثالث به اینکه مالی از خواننده دعوی نزد خود دارد، متعهد است آن مال را تنها با اجازه مرجع توقیف‌کننده طلب، اداره کند و حق ندارد آن را به خواننده تحویل دهد تا زمانی که وضعیت خواهان و حقانیت یا عدم آن به اثبات برسد. در تأمین خواسته، فرایندی مانند رهن مدنی صورت می‌گیرد و نوعی توثیق را می‌توان تصور کرد؛ زیرا توقیف مال، مقدمه وصول به حق محسوب می‌شود و لازم است که مال، قابلیت توقیف و



استیفای حق را داشته باشد. وقتی طلبی نزد ثالث توقیف شود به این معناست که در استیلای عرفی خواهان و مرجع قانونی باقی می‌ماند و ثالث، مسئولیت جدیدی در قبال آنها می‌یابد که جدای از مسئولیت اولیه در قبال خواننده (طلبکار از ثالث) می‌باشد. مالی که نزد ثالث توقیف می‌شود اگر عین معین باشد هرگز به قبض کسی در نمی‌آید و اگر مال کلی مانند وجه نقد باشد نیز همین وضع را دارد اما در هر دو حالت، نوعی توثیق و اقدام احتیاطی قابل تصور است. بدون تردید، بر اساس قرارداد بیمه، بیمه‌گر متعهد است به محض تحقق حادثه، خسارت وارد به بیمه‌گذار را جبران کند. جبران این خسارت از طریق پرداخت به زیان‌دیده است اما این پرداخت، با هدف سقوط تعهد بیمه‌گذار (مسئول حادثه) در قبال زیان‌دیده صورت می‌گیرد و بنابراین می‌توان چنین گفت که با حادثه رانندگی و مدیون شدن مرتکب، زیان‌دیده می‌تواند طلب او را از بیمه‌گر توقیف نماید یا مرجع قضایی می‌تواند برای تعهد حضور متهم، همین طلب را نزد بیمه‌گر توقیف کند و به توثیق مورد نظر نائل آید و همان‌طور که گفته شد ضرورتی به قبض نیز وجود ندارد یا لازم نیست که طلب مرتکب، به صورت حق عینی باشد و حق دینی نیز کافی می‌باشد.<sup>۱</sup>

**۱-۲-۳- توثیق بیمه‌نامه در موارد مشابه**

حکم ماده ۲۱ قانون که در «حوادث رانندگی منجر به خسارت بدنی» تشریح شده است بی‌سابقه نیست و توثیق ناشی از بیمه‌نامه در حقوق بیمه به ویژه بیمه‌های اشخاص مانند بیمه عمر سابقه دارد. به موجب ماده ۶۵ قانون بیمه قانون ۱۹۳۰ (۱۳) ژوئیه) فرانسه که در ماده ۱۰-۱۳۲ قانون بیمه‌های این کشور نیز عیناً تکرار شده است «بیمه‌نامه عمر را خواه از طریق الحاقیه یا ظهننویسی به عنوان تضمین، در صورتی که بیمه‌نامه به صورت حواله کرد باشد و خواه با رعایت تشریفات ماده ۲۰۷۵ قانون مدنی، با تنظیم سند، می‌توان مورد وثیقه قرار داد».<sup>۲</sup> دریافت وام از ذخیره ریالی

۱. برای توقیف طلب در حقوق فرانسه علیه بیمه‌گر ر.ک: Ledoux, 1997: 133-135

2. La Police d'assurance peut être donnée engage soit par avenant, soit par endossement, à titre de garantie si elle est à ordre, soit par acte soumis aux formalités de L'article 2075 du Code Civil.

بیمه‌نامه هم هر چند توجیحات مختلفی از آن شده است (مشایخی، ۱۳۵۳: ۳۲۵-۳۳۳)<sup>۱</sup> لکن همراه با نوعی توثیق درونی به سود بیمه‌گر است. بیمه‌گذار به جای بازخرید قرارداد و پایان دادن به آن، می‌تواند معادل آنچه با پرداخت حق بیمه، ذخیره کرده است وام دریافت کند و همان بیمه‌نامه نوعی وثیقه پرداخت اقساط وام محسوب می‌شود. در ایران، این عملکرد مرسوم است و توثیق ناشی از بیمه‌نامه مورد تردید قرار ندارد. در همین جا می‌توان گفت اگرچه حکم ماده ۲۱ قانون ویژه حوادث رانندگی منجر به خسارت بدنی است، علت حکم مقرر در آن می‌تواند در بیمه‌های مسئولیت مدنی کارفرمایان، پزشکان و بیمه‌های مسئولیت حرفه‌ای دیگر استفاده شود و به باور ما بیمه‌گر در این فرایند، حق مخالفت ندارد و آنچه مهم است درخواست بیمه‌گذار (مسئول حادثه) و ارائه بیمه‌نامه می‌باشد و همان‌طور که گفته شد «اعلام کتبی بیمه‌گر»، شرط توثیق نیست، بلکه «اعلام بیمه‌گر» مانع از توثیق محسوب می‌گردد.

**۱-۲-۴. ماهیت توثیق با توجه به حقوق ناشی از بیمه‌نامه**

بیمه‌های مسئولیت به طور کلی و مسئولیت ناشی از حوادث رانندگی به طور خاص، حقوق چندگانه‌ای را برای طرفین و اشخاص ذی‌نفع به وجود می‌آورند. در رابطه بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار با توجه به اصل لزوم عقود و لازم‌الاتباع بودن تعهدات آن، حق بیمه‌گر در وصول و تملک حق بیمه‌ها و حق بیمه‌گذار در پوشش مسئولیت خود هنگام تحقق خطر موضوع بیمه، محقق است. در رابطه بین بیمه‌گذار و زیان‌دیده، حق استناد به قرارداد بیمه و استفاده از طرفیت آن در جبران خسارت او و در رابطه بین زیان‌دیده و بیمه‌گر، حق دریافت خسارت از بیمه‌گر بر اساس نوعی قائم‌مقامی عمومی از بیمه‌گذار و حق استناد بیمه‌گر به پرداخت خسارت به زیان‌دیده در مقابل بیمه‌گذار (مسئول حادثه) از این قبیل حقوق می‌باشد.

ماهیت وثیقه بدون توجه به روابط حقوقی مذکور قابل درک نیست و آثار آن را هم باید بر اساس حدود و ثغور حقوق مذکور به دست آورد. درست است که

۱. برای ملاحظه بحث دریافت وام و وثیقه ناشی از آن در بیمه عمر ر.ک:

Liebenberg, Carson and Hoyt, *The Demand for Life Insurance Policy Loans*, in: <http://ssrn-id1334711.pdf>.

زیان‌دیده پس از حادثه رانندگی، حق مستقیمی در قبال بیمه‌گر به دست می‌آورد و حق رجوع به او را دارد اما این رجوع را مستقل از رابطه خود با بیمه‌گذار مسئول یا بیمه‌گر انجام نمی‌دهد و نوعی رابطه معاوضی و مبتنی بر اسباب متقابل را می‌توان در این میان احساس کرد. سبب رجوع هر یک از اشخاص (بیمه‌گذار، زیان‌دیده) در تعهدات و حقوق دیگری نهفته است و بیمه‌نامه، جامع این اسباب محسوب می‌شود. بنابراین اگر مرتکب جرم از توثیق بیمه‌نامه سود می‌برد اولاً تنها در حدود حقی که دارد چنین بهره‌ای خواهد برد ثانیاً آن را مانند مال مستقل خود وثیقه نمی‌دهد، بلکه توثیق بیمه‌نامه به حقوق دیگران هم مرتبط می‌شود و قواعد ضبط وثیقه را در صورت تخلف، متمایز از سایر وثیقه‌ها می‌کند ثالثاً چون بیمه‌گذار نیز در بیمه‌نامه حقوقی دارد، توثیق بیمه‌نامه مانند رهن مستعار یا توثیق مال غیر جهت تأمین آزادی متهم نخواهد بود و قواعد این ماهیات، در مورد بیمه‌نامه اعمال نمی‌شود. بدین‌سان وثیقه بیمه‌نامه، توقیف طلب نیست اما احکام آن را می‌پذیرد و در کنار توثیق حقوق ناشی از آن، باید آثار توقیف طلب نیز توجه داشت.

## ۲. آثار حقوقی توثیق بیمه‌نامه

بیمه‌نامه باید به عنوان وثیقه پذیرفته شود و نه تنها قواعد منطقی و تفسیر صحیح، آن را ایجاب می‌کند، بلکه الزام قانونی (ماده ۲۱ قانون) نیز جای هیچ اختیاری را برای مراجع قضایی باقی نگذاشته است (الزام به قبول توثیق بیمه‌نامه نه الزام به صدور قرار تأمین وثیقه). بنابراین بر اساس تحلیل روابط حقوقی چندگانه آن، در این قسمت، آثار پس از توثیق را بررسی و پاسخ پرسشهای زیر را روشن می‌نماییم:

۱- وثیقه‌گذار چه کسی است؟ ۲- حدود تعهدات شرکت بیمه‌گر چیست و نقش وی در فرایند توثیق چگونه است؟ ۳- آیا ماده ۲۱ قانون همان‌طور که ظاهر آن نشان می‌دهد مطلق است و در همه موارد باید توثیق بیمه‌نامه را پذیرفت؟ ۴- حق تقدم زیان‌دیده در وصول خسارت چگونه است؟ ۵- تضمین حضور متهم و ضبط وثیقه چه قواعدی دارد و آیا توثیق بیمه‌نامه در ابتدای دادرسی کیفری و انتهای آن، از این حیث متفاوت است؟

برای پاسخ به این سؤاها، آثار توثیق بیمه‌نامه را در ارتباط با بیمه‌گذار، بیمه‌گر و شخص ثالث زیان‌دیده مطرح می‌نماییم و این نکته را یادآور می‌شویم که هر چند یک طرف توثیق، مرجع قضایی است و باید قواعد قضایی آن را هم بررسی کرد ولی این قواعد چون بازتاب وضعیت بیمه‌گذار (مسئول حادثه) می‌باشد، ما را بی‌نیاز از آثار توثیق در رابطه با مرجع قضایی می‌کند؛ این آثار، همزمان با بررسی وضعیت بیمه‌گذار و زیان‌دیده بیان خواهد شد.

## ۲-۱. توثیق در رابطه با بیمه‌گذار

### ۲-۱-۱. وثیقه‌گذار یا بیمه‌گذار

در ماده ۲۱ قانون به امکان توثیق بیمه‌نامه و اعلام کتبی بیمه‌گر در مورد اصالت بیمه‌نامه اشاره شده است. بیمه‌گر متعهد به پرداخت خسارت می‌باشد و این قرینه‌ها ممکن است چنین تداعی کنند که بیمه‌گر، وثیقه‌گذار است و باید قرار قبولی وثیقه را تأیید کند یا حداقل همان اعلام کتبی وی، به منزله تأیید قرار قبولی وثیقه هم می‌باشد اما این تفسیر، غیر اصولی و غیر قابل پذیرش است؛ زیرا نه تنها قراردادن تعهد حضور متهم بر عهده بیمه‌گر با اصل براءت مغایر است و از هیچ جای قانون و قرارداد بیمه نمی‌توان چنین تعهدی را پذیرفت، بلکه از نظر عملی هم این امکان وجود ندارد؛ زیرا بیمه‌گر در قالب شرکت فعالیت می‌کند و مدیر عامل یا دارنده اختیارات مالی شرکت را نمی‌توان در تمام مراجع قضایی حاضر کرد و قرار قبولی را به تأیید او رساند. اعلام کتبی بیمه‌گر نیز چیزی بیشتر از صدور بیمه‌نامه و اصالت داشتن سند و تعهد اجمالی بیمه‌گر، بر اساس قرارداد بیمه نیست و مانند اعلام ثالث در وجود طلب نزد وی تلقی می‌شود بنابراین هرگز نمی‌توان بیمه‌گر را وثیقه‌گذار دانست. در حقیقت، مرتکب جرم مکلف است تضمین مورد نیاز مرجع قضایی را فراهم آورد و اگر قرار مورد نظر این مرجع، وثیقه باشد، باید مالی معرفی کند. او می‌تواند وجه نقد از اموال خود تودیع کند یا توقیف مال غیر منقول خود را بخواهد. نکته دیگر اینکه وثیقه‌گذار، همان متهم است و غیر او نمی‌تواند با ارائه بیمه‌نامه، چنین توثیقی را درخواست کند. به عبارت دیگر، بیمه‌نامه هر چند برای هر فردی که

آن را در اختیار دارد حق ایجاد می‌کند اما حق هر کس وابسته به بیمه‌نامه خود اوست و فقط مسئول حادثه می‌تواند از پوشش بیمه‌نامه خود بهره‌برداری نماید و نکته دیگر آنکه وقتی ما از عبارت «بیمه‌گذار» یاد می‌کنیم تنها به فردی که در ابتدا قرارداد بیمه را منعقد نموده است اشاره نداریم بلکه چون مطابق ماده ۳ قانون «از تاریخ انتقال وسیله نقلیه کلیه تعهدات ناشی از قرارداد بیمه موضوع این قانون به منتقل‌الیه و وسیله نقلیه منتقل می‌شود و انتقال‌گیرنده تا پایان مدت قرارداد بیمه، بیمه‌گذار محسوب خواهد شد».

## ۲-۱-۲. فقدان حق بیمه‌گذار در فرایند توثیق

در حوادث رانندگی، جز در موارد مندرج در ماده ۷ قانون، پوشش مطمئنی برای جبران خسارت زیان‌دیده وجود دارد. این پوشش یا از طریق بیمه‌نامه و شرکت بیمه‌گر و یا از طریق طرح تکمیلی بیمه مسئولیت<sup>۱</sup> که در قانون، ظهور در صندوق دارد، می‌باشد. بنابراین جبران خسارت، ارتباطی مستقیم با داشتن بیمه‌نامه ندارد و رابطه آنها عموم و خصوص مطلق است (جبران خسارت همیشه از محل بیمه‌نامه ممکن است اما فقدان بیمه‌نامه به معنای عدم جبران خسارت نیست). صندوق وقتی دخالت می‌کند که پوشش بیمه‌ای به جهات مذکور در ماده ۱۰ قانون موجود نباشد و در این موارد با رعایت تبصره ۱ ماده ۱۰ و تبصره‌های ماده ۴ قانون به جبران خسارت اقدام می‌کند. البته صندوق نقش واسطه پرداخت خسارت را دارد و پس از این پرداخت، مطابق نص بند ج ماده ۱۱ قانون و ملاک ماده ۳۰ قانون بیمه (۱۳۱۶) به مسئول حادثه رجوع و مبالغ پرداختی را وصول می‌کند. از سوی دیگر، داشتن بیمه‌نامه به معنای پوشش برای همه مسئولان حادثه رانندگی نیست؛ زیرا طبق ماده ۶ قانون «در صورت اثبات عمد راننده در ایجاد حادثه توسط مراجع قضایی و یا رانندگی در حالت مستی یا استعمال مواد مخدر یا روانگردان مؤثر در وقوع حادثه یا در صورتی که راننده مسبب فاقد گواهی‌نامه رانندگی باشد یا گواهی‌نامه او متناسب با نوع وسیله نقلیه نباشد شرکت بیمه موظف است بدون اخذ تضمین،

1. Complementary Schemes to Liability Insurance.

خسارت زیان‌دیده را پرداخت نموده و پس از آن می‌تواند به قائم‌مقامی زیان‌دیده از طریق مراجع قانونی برای استرداد تمام یا بخشی از وجوه پرداخت‌شده به شخصی که موجب خسارت شده است مراجعه نماید». بنابراین در این حالات، علی‌رغم وجود بیمه‌نامه، مسئولیت اولیه و نهایی، متوجه مسئول حادثه است و به عبارت دیگر، برای مسئول حادثه نمی‌توان حقی را در بیمه‌نامه تصور کرد. آیا در موارد ماده ۶ قانون یا جایی که اساساً هیچ بیمه‌نامه‌ای وجود ندارد و صندوق دخالت می‌کند نیز می‌توان ماده ۲۱ قانون را اعمال نمود؟

ممکن است در ظاهر بین ماده ۶ و صندوق تفاوت گذاشت و در حالت اول چون بیمه‌نامه وجود دارد امکان توثیق را پذیرفت ولی در مورد صندوق چون «بیمه‌نامه» وجود ندارد، چنین امکانی را رد کرد اما این تفسیر ظاهری قابل پذیرش نیست و باید تحلیل دیگری مطرح کرد. برای این امر باید مبنای واقعی توثیق بیمه‌نامه را بررسی مجدد نمود و به این نتیجه رسید که آیا این مبنای، در فروض مورد نظر ما وجود دارد یا خیر؟

آنچه در مبحث اول گفته شد در این قسمت به ما کمک می‌کند؛ بیمه‌گذار، پیش از حادثه به فکر تأمین و پوشش بیمه‌ای بوده است و قانون هم از انتظار مشروع او پس از حادثه حمایت می‌کند. بیمه‌گذار، هم قبل از حادثه و هم بعد از حادثه، حق قراردادی دارد و حقوق خود را در بیمه‌نامه استیفا می‌کند به نحوی که اگر خسارت را پردازد می‌تواند از بیمه‌گر مسترد دارد. حال که چنین حقی دارد چرا نتواند با توثیق بیمه‌نامه، خود را از بازداشت برهاند و به مرجع قضایی اطمینان دهد که هم به قانون احترام گذاشته است و هم انتظار دارد در زمان رویداد اتفاقی، بهترین استفاده را ببرد و مصداق قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» شود و قاعده «الخراج بالضمنان» را مورد استفاده قرار دهد. بنابراین توثیق بیمه‌نامه، بدون ارتباط با حقوق مسئول حادثه، قابل توجیه نیست و یکی از مظاهر این حق در وثیقه نهادن می‌باشد اما راننده‌ای که به جهت عمدی بودن ارتکاب جرم یا بدمستی و نظایر آن، حادثه رانندگی را به وجود آورده نه انتظار مشروع او قابل پذیرش است و نه مبنای حمایتی قانون در توثیق بیمه‌نامه به کمک او می‌آید.

## ۲-۲. توثیق در رابطه با بیمه‌گر

بیمه‌گر یک طرف تعهدات و آثار ناشی از توثیق بیمه‌نامه است. بحث از احکام مدنی و جزایی که علیه مرتکب حادثه رانندگی صادر می‌شود و بازتاب آنها در حقوق بیمه‌گر، مورد نظر ما نیست و فرصت مناسب دیگری را برای تشریح آن می‌طلبد. در اینجا قصد داریم بازتاب توثیق بیمه‌نامه را در وضع بیمه‌گر بررسی نماییم و حدود اعمال قواعد وثیقه را که در قانون آیین دادرسی کیفری آمده است نسبت به وثیقه مورد نظر خود به دست آوریم. با بررسی روابط چندگانه‌ای که گفته شد می‌توان این آثار را تصور کرد:

۱- حقوق بیمه‌گر در مورد بیمه‌نامه به جای خود باقی است؛

۲- بیمه‌گر اصالت بیمه‌نامه را می‌پذیرد نه اصل تعهدات خود را؛

۳- حدود تعهدات بیمه‌گر در هنگام ضبط وثیقه باید رعایت شود و فراتر از آن، چیزی بر عهده بیمه‌گر نیست.

گفتنی است با تحلیلی که در مورد توثیق بیمه‌نامه و حفظ حقوق بیمه‌گر گفته شد می‌توان به یک نکته مهم نیز اشاره کرد؛ به این صورت که علت توثیق بیمه‌نامه تنها حفظ وضعیت زیان‌دیده و جبران خسارت اوست و هرگز فراتر از آن نخواهد رفت و حتی تضمین حضور متهم در مرجع قضایی نیز از لوازم پذیرش آن نیست. می‌دانیم مطابق ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۷۸) یکی از ارکان مهم صدور قرار تأمین، پوشش خسارات زیان‌دیده از جرم است و در حوادث رانندگی که عمده تأکید دادرسی نیز همین امر می‌باشد و متهم، از پیش به تحصیل بیمه‌نامه اقدام نموده است، بیمه‌نامه بهترین پوشش‌دهنده به جبران خسارت است و همین امر نیز قانونگذار را به اعتبار دادن به این توثیق تشویق نموده است. بنابراین تمام حقوق بیمه‌گر در هنگام ارزیابی خسارت زیان‌دیده و میزان آن باید رعایت شود. همین نکته مهم است که توثیق بیمه‌نامه را از قواعد عمومی وثیقه متمایز می‌کند.

توثیق بیمه‌نامه و اعمال قواعد دادرسی کیفری: گفته شد که بیمه‌نامه برای جبران خسارت زیان‌دیده (پوشش جنبه خصوصی جرم) به عنوان وثیقه پذیرفته می‌شود و هرگز دلالت بر مسئولیت نهایی بیمه‌گر ندارد، حقوق او را تضییع نمی‌کند

و تعهد حاضر نمودن متهم را بر بیمه‌گر تحمیل نمی‌کند؛ زیرا وثیقه‌گذار محسوب نمی‌شود. بدین ترتیب تفاوت فاحشی با سایر مصادیق وثیقه دارد؛ زیرا در قواعد عمومی قرارهای وثیقه اولاً وثیقه‌گذار مال خود را تضمین حضور متهم قرار می‌دهد؛ ثانیاً در صورت تخلف حضور متهم، مطابق مقررات، وثیقه ضبط می‌شود و پس از جبران خسارت زیان‌دیده، باقی‌مانده به دولت تملیک می‌شود. این قواعد، با مبنای توثیق بیمه‌نامه مطابقت ندارند و تحلیل «حقوق چندگانه بیمه‌نامه»، ما را به نتایج دیگری رهنمون می‌کند:

۱- ممکن است در ابتدای تحقیقات جزایی، برای حادثه رانندگی منتهی به قتل غیر عمد، قرار وثیقه‌ای معادل ۴۰ میلیون تومان صادر شود. متهم بیمه‌نامه را ارائه می‌دهد و مرجع قضایی آن را می‌پذیرد (نحوه عملکرد مرجع قضایی در ادامه تشریح می‌شود) سپس با ارجاع موضوع به هیئت کارشناسی، معلوم می‌شود که حادثه دو علت دارد و نیمی از مسئولیت بر عهده خود مقتول بوده است. در این صورت اگر حکم صادر شود مسئولیت بیمه‌گذار معادل نیمی از دیه مقرر است و به همین ترتیب بیمه‌گر در همان حدود باید از عهده خسارت برآید.

۲- در همین فرض اگر حضور متهم لازم باشد، بدیهی است که به متهم اخطار و مهلت مقرر هم داده می‌شود و اگر حاضر نشد نوبت به ضبط وثیقه می‌رسد. دستور ضبط وثیقه اگر مطابق قواعد عمومی باشد به این منتهی می‌شود که کل وجه بیمه‌نامه از بیمه‌گر اخذ شود (۴۰ میلیون تومان) و پس از کارشناسی مجدد و معلوم شدن دخالت زیان‌دیده و صدور حکم به نیمی از دیه، خسارت او جبران و باقی‌مانده مبلغ به حساب دولت واریز می‌شود! بدین ترتیب، بیمه‌گر مبلغی بیشتر از مسئولیت خود پرداخت نموده است؛ زیرا علاوه بر جبران خسارت زیان‌دیده، به همان اندازه هم بدون جهت به دولت بدهکار و مجبور به پرداخت شده است!

این نتایج قابل پذیرش نیست و هرگز هدف قانون بر این امور نبوده است. باز هم بر این نکته مهم تأکید داریم که هدف از توثیق بیمه‌نامه، تضمین حضور متهم نیست، بلکه چون منبع مالی معتبری وجود دارد و برای مرجع قضایی اطمینان حاصل می‌شود که خسارت زیان‌دیده، بدون دشواری پوشش داده شده و جبران می‌شود، توثیق بیمه‌نامه

پذیرفته خواهد شد تا فارغ از بخش خصوصی جرم، برای اعمال مجازات عمومی و حضور متهم، اقدام دیگری به عمل آید و حضور وی از آن طریق تضمین شود. بنابراین نباید انتظار داشت که دولت تمام وجه بیمه‌نامه را صرفاً به دلیل تخلف متهم تملک کند و بیمه‌گر را مجبور کند علیه متهم به طرح دعوی استفاده بلاجهت یا جبران خسارت ناشی از عدم حضور در مراجع قضایی اقدام نماید. بدیهی است آثار حقوقی هر ماهیتی از مبانی و لوازم آن به دست می‌آید و وقتی بیمه‌نامه تنها نقش جبران‌کننده خسارت زیان‌دیده را عهده‌دار است نباید آثار دیگری را بر آن مترتب دانست. این امر از آثار حقوق چندگانه در بیمه‌نامه است که سابقاً اشاره نمودیم و نشان می‌دهد که «محکومیت متهم و تعیین میزان خسارت»، رکن مهمی در توثیق بیمه‌نامه می‌باشد.

### ۲-۳. توثیق در رابطه با زیان‌دیده (شخص ثالث)

با تحقق حادثه رانندگی، حق مستقیم برای زیان‌دیده به وجود می‌آید و می‌تواند دعوی مستقیمی را علیه بیمه‌گر طرح کند. این حق، همراه با تقدم زیان‌دیده بر سایر طلبکاران و حتی بالاتر از آن، نوعی طلب مستقیم و جدا از سایر طلبکاران می‌باشد و توثیق بیمه‌نامه هم بر این تقدم و استقلال طلب تأکید دارد. از آنجا که بیمه‌نامه برای جبران خسارت زیان‌دیده می‌باشد، اگر حقی برای وی ثابت نشود یا خسارت او با خسارتی که به طور متقابل به راننده مسئول وارد آورده است (تصادم دو وسیله نقلیه) تهاتر شود، به همان میزان نیز توثیق از بیمه‌نامه برداشته می‌شود. این گفتار می‌تواند به مرجع قضایی هم مرتبط شود و بنابراین از عملکرد قضایی توثیق هم بحث خواهیم داشت.

### ۲-۳-۱. توثیق بیمه‌نامه و حق تقدم زیان‌دیده

حق تقدم و مستقل زیان‌دیده با توجه به قواعد عمومی بیمه‌ها و قواعد وثیقه می‌تواند به صورت ذیل باشد:

(۱) مطابق ماده ۶۰ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری مصوب ۱۳۵۰/۳/۳۰ با اصلاحات بعدی «اموال مؤسسات بیمه همچنین ودایع مذکور در مواد ۳۶ و ۴۶ تضمین حقوق و مطالبات بیمه‌گذاران، بیمه‌شدگان و صاحبان حقوق آنان است و در صورت انحلال یا ورشکستگی مؤسسه بیمه، بیمه‌گذاران و بیمه‌شدگان و

صاحبان حقوق آنان نسبت به سایر بستانکاران حق تقدم دارند. در میان رشته‌های مختلف بیمه، حق تقدم با بیمه عمر است...». مطابق مقررات آیین دادرسی کیفری (ماده ۱۴۵) و قانون مدنی (ماده ۷۸۰) وثیقه مستلزم نوعی حق تقدم است. حق مستقیم زیان‌دیده هم نمی‌تواند این امتیاز را ناچیز بشمارد؛ زیرا اگر شرکت بیمه‌گر ورشکسته شود، زیان‌دیده‌ای که از توثیق بیمه‌نامه برخوردار است، بر سایر افراد مقدم است و در صورت مراجعه زیان‌دیدگان متعدد، وثیقه‌ای که مقدم است امتیاز مقدم دارد. اما آیا توثیق بیمه‌نامه حق زیان‌دیده ناشی از حادثه رانندگی، بر قسمت اخیر ماده ۶۰ و بیمه عمر هم مقدم خواهد بود؟ به نظر می‌رسد چنین امتیازی ندارد و همان‌طور که گفته شد توثیق، بدون ارتباط با حقوق چندگانه افراد تصور نمی‌شود و در این حالت، نمی‌توان حقوق دیگر افراد را در این فرایند نادیده گرفت. توثیق بیمه‌نامه، بر گردن تعهدات بیمه‌گر و حقوق زیان‌دیده در دادرسی کیفری است و تنها بر سایر طلبکاران هم عرض مقدم خواهد بود نه اینکه تمام مقررات بیمه‌ای را کنار بگذارد. (۲) استیفای حقوق زیان‌دیده از محل وثیقه بیمه‌نامه، منوط به صدور حکم محکومیت مسئول حادثه و تا میزانی است که استحقاق آن را دارد بنابراین اثر تقصیر وی و کاستن از مسئولیت متهم، در بیمه‌نامه هم مؤثر است.

### ۲-۳-۲. توثیق بیمه‌نامه در رویه قضایی

استفاده از ظرفیت مالی بیمه‌نامه و بیمه‌گران جهت اطمینان از جبران خسارت زیان‌دیده و پوشش بخش خصوصی جرم، در رویه قضایی بدون سابقه نیست؛ در بخش‌نامه مورخه ۱۳۷۴/۲/۹ ریاست محترم وقت قوه قضائیه رد پایی از این توثیق به دست می‌آید. در این بخش‌نامه آمده بود: «نظر به اینکه برابر مواد ۱۲۹، ۱۳۲ و ۱۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری، قضات محترم در امر رسیدگی به جرایم قتل غیر عمدی و صدمه ناشی از تصادفات رانندگی مبادرت به صدور قرار تأمین وثیقه می‌نمایند و این امر در موارد عجز متهم از ایداع وثیقه، منتهی به بازداشت او می‌گردد، علی‌هذا مستند به اعلام شماره ۵۱۰-۱۳۷۴/۱/۲۱-اداره بیمه مرکزی مبنی بر تعهد پرداخت دیه تا سقف هفتاد میلیون ریال، ارائه بیمه‌نامه معتبر از سوی متهم

می‌تواند به عنوان وثیقه تا میزان مندرج در آن تلقی و در موارد شمول، نیاز به اخذ تأمین دیگری نیست؛ مگر آنکه میزان دیه و مجازات پیش‌بینی شده در قانون، اخذ تأمین خاص یا شدیدتر را ایجاب نماید».

بنابراین رویکرد فعلی رویه قضایی که با پشتوانه قانون همراه است نباید دچار انفعال شود و خود را در مقابل یک نهاد نامأنوس بداند. گذشته از تحولات حمایتی نظام بیمه مسئولیت مدنی و ضرورت دخالت مؤثر رویه قضایی در این فرایند، لازم است که اقدام اساسی از سوی قضات محترم به عمل آید تا زمینه اجرای قانون فراهم آید و از نظر سطح حمایتها، نوآوری در احکام و بررسی مجدد مبنای مسئولیت ناشی از حوادث رانندگی، مانند رویکرد رویه قضایی فرانسه (ر.ک: ژوردن، ۱۳۸۲: دیباچه کتاب) در رویه قضایی ایران هم چنان تحولی صورت گیرد.

از آنجا که پس از تصویب قانون، دیده یا شنیده شده است که ماده ۲۱ قابل اجرا نیست و سبب تعدد قرار تأمین و مانند آن می‌شود، لازم است بر اساس مبانی و مفاهیم بحث، نحوه اجرای قانون بررسی گردد. در این مورد نکات زیر قابل توجه است:

۱- قانون، به بیمه‌نامه اعتباری داده است که توثیق آن در حکم توثیق سایر اموال می‌باشد و اعتبار شرکت بیمه‌گر و حقوقی که مسئول حادثه در بیمه‌نامه دارد، توجیه‌کننده آن می‌باشد.

۲- حکم ماده ۲۱ قانون هرگز محدودیت یا توسعه‌ای در مقررات قرار تأمین که طبق قانون آیین دادرسی کیفری، باید برای حضور متهم صادر گردد به وجود نیاورده است. بنابراین رویه قضایی در صدور قرار تأمین از هر نوع، اختیار قانونی دارد و با رعایت تناسب و ضرورت حضور متهم، یکی از آنها را صادر می‌نماید. برخلاف برخی که ادعا می‌نمایند در حوادث رانندگی، قرار تأمین تنها منحصر در وثیقه شده است باید چنین گفت که این ادعا، فاقد دلیل و توجیه حقوقی است و علاوه بر مغایرت با اصول دادرسی کیفری و قواعد عمومی قرارهای تأمین که بعضاً جهت صدمات بسیار جزئی حتی از قرار التزام به حضور نیز فراتر نمی‌رود، اساساً با متن ماده ۲۱ قانون نیز مطابقت ندارد؛ زیرا این ماده به علت و نوع قرار اشاره‌ای ندارد، بلکه بیمه‌نامه را به نوعی وثیقه قابل اطمینان ترقی داده است.

۳- با توجه به دلایلی که در بخشهای گذشته بیان نمودیم، توثیق بیمه‌نامه جهت اطمینان از جبران خسارت زیان‌دیده است و به جهت ارتباط همزمان با حقوق اشخاص دیگر غیر از بیمه‌گذار (مسئول حادثه)، نمی‌توان جهت تضمین حضور متهم از آن استفاده کرد. به عبارت دیگر در هنگام صدور قرار تأمین، مرجع قضایی، آنچه را مناسب می‌داند تعیین می‌کند و معادل خسارت وارده (دیه یا ارش)، اگر متهم بیمه‌نامه ارائه داد، می‌تواند وثیقه را بپذیرد اما هرگز نمی‌تواند فراتر از خسارت وارده، توثیق را بر بیمه‌نامه و بیمه‌گری که مسئولیت پرداخت را دارد، تحمیل کند.

۴- ممکن است با صدور قرار کفالت، متهم اعلام کند که کفیل ندارد، ولی بیمه‌نامه دارد و بیشتر از میزان خسارت را هم حاضر است از اموال خود تودیع کند در این صورت، موضوع تابع همان بحثی است که در مورد تبدیل قرار کفالت به وثیقه، به درخواست متهم و جهت جلوگیری از بازداشت وی مطرح می‌شود و قاعده ویژه‌ای ندارد. بدیهی است اجابت این درخواست الزامی می‌باشد.

۵- تبدیل مال موضوع وثیقه به مال دیگر در مورد بیمه‌نامه هم مطرح می‌شود. پس از اینکه متهم مالی را جهت وثیقه تودیع کرد، می‌تواند با ارائه بیمه‌نامه، تا اندازه خسارت وارد به زیان‌دیده، درخواست تبدیل وثیقه را داشته باشد و مرجع قضایی مکلف است آن را بپذیرد و از اموال اولیه وثیقه‌گذار، رفع توقیف نماید.

۶- ممکن است در ابتدای صدور قرار تأمین وثیقه، خسارات بدنی به صورت قطعی معلوم نباشد. در این صورت، مسئله از همان قواعد عمومی که تا کنون بوده است تبعیت می‌کند؛ به این صورت که اولاً اختیار تعیین نوع قرار و میزان آن با مرجع قضایی است و ثانیاً متهم باید معادل مبلغ قرار وثیقه، اموالی معرفی کند و بیمه‌نامه هم در این میان قابل پذیرش می‌باشد اما نکته قابل توجه آن است که میزان دیه و ارش معلوم نیست و در مواردی، قدر متیقن هم نمی‌توان به دست آورد. در این صورت چه باید کرد؟ اولین پاسخ آن است که این امر، عذر و بهانه‌ای برای پذیرفتن توثیق بیمه‌نامه نیست و رویه قضایی هم نباید با دستاویز قراردادن این امر، به دشمنی با منطبق ماده ۲۱ قانون برخیزد و به نام نظر قضایی، تفسیری ارائه دهد و موضوع حاضر را از شمول ماده ۲۱ قانون منصرف بداند؛ زیرا بدون تردید، توثیق

بیمه‌نامه این موارد را هم پوشش می‌دهد و دلیلی بر انصراف یا عدم شمول قانون بر این امر وجود ندارد. در مرحله دوم می‌توان با نگاه منطقی به موضوع، راه حلی را پیدا کرد؛ اگر صرف نظر از بحث توثیق بیمه‌نامه به موضوع نگاه کنیم ملاحظه می‌شود که علت صدور قرار، هم جبران خسارت (نامعلوم) است و هم اعمال ضمانت اجرای عمومی نسبت به مرتکب و در این موارد، رویه قضایی بر اساس شرایط هر پرونده و گزارشهای موثق، ناچار است قراری صادر نماید و اگر سؤال شود که علت صدور قرار چیست، احتمال خسارت آینده را به عنوان توجیه‌کننده میزان قرار اعلام می‌کند. بنابراین مرجع قضایی، خود می‌داند که با صدور قرار تأمین وثیقه، چه میزان از آن به جهت جنبه‌های خصوصی بوده و با یک ارزیابی نسبی، می‌تواند همان میزان را به عنوان وثیقه، از محل بیمه‌نامه تأمین کند و بدیهی است اگر در ادامه رسیدگی خسارت کمتر یا بیشتر از ارزیابی نسبی اولیه شد، به همان میزان با تخفیف قرار و کاستن از توثیق بیمه‌نامه یا تشدید قرار و افزایش توثیق، موضوع خسارت واقعی را با بیمه‌نامه منطبق می‌کند.

۷- می‌دانیم که حوادث رانندگی، به طور معمول علاوه بر خسارت بدنی، خسارت مالی هم به بار می‌آورند و در موقع صدور قرار تأمین، باید این خسارت را که معمولاً با عبارت ضرر و زیان ناشی از جرم معرفی می‌شوند در نظر گرفت (ماده ۱۳۶ قانون آیین دادرسی کیفری). در این صورت آیا این خسارت را که باز هم به طور نسبی تخمین زده شده و ارزیابی می‌شود، باید از محل بیمه‌نامه پوشش داد؟ در این مورد دو استدلال قابل طرح است که یکی به پذیرش و دیگری به نفی آن منتهی می‌شود؛ از یک سو می‌توان گفت که اصول حاکم بر توثیق بیمه‌نامه و اعتباری که قانون، بر اساس واقعیت منطقی آن، به بیمه‌نامه داده است دلالت بر پذیرش توثیق آن حتی نسبت به خسارت مالی دارد و وقتی امکان جبران خسارت و قبول وثیقه برای خسارت بدنی باشد چرا بابت خسارت مالی نباشد. از طرف دیگر می‌توان چنین گفت که اولاً ماده ۲۱ قانون در مقام منزلت دادن به بیمه‌نامه و توثیق آن، تنها به «خسارت بدنی» اشاره دارد و فراتر از آن منظور نبوده و دلیلی بر الحاق خسارت مالی به خسارت بدنی وجود ندارد؛ ثانیاً خسارت مالی بر حسب ماده ۴ قانون، برای

جبران، محدودیت سقف دارد در حالی که این امر برای خسارت بدنی متصور نیست، زیرا هرچند در ماده ۵ قانون از سقف تعهدات بیمه‌گر یاد شده است اما در تبصره ۲ ماده ۴ قانون، امکان پوشش خسارات فراتر از سقف بیمه‌نامه هم وجود دارد، ولی خسارت مالی این گونه نیست؛ ثالثاً به طور معمول خسارت مالی تابع شرایط عمومی بیمه‌نامه است و محدودیت‌هایی برای پرداخت دارد که در قالب شروط قراردادی ذکر می‌شود اما خسارت بدنی، به دلیل اهمیت نمی‌تواند با شرایط عمومی یا الحاق شده به بیمه‌نامه محدود شود. بنابراین عدم پذیرش بیمه‌نامه قویتر است.

برای نتیجه‌گیری باید گفت که تمام استدلالهای مطرح شده در نظر دوم قابل رفع و پاسخ هستند. از یک سو در مورد شرایط محدودکننده و قواعد عمومی شروط الحاقی به بیمه‌نامه، فرقی بین خسارت بدنی و مالی وجود ندارد و هرچند اهمیت خسارت بدنی قابل انکار نیست اما این نکته وجه تفاوتی را در بحث پذیرش بیمه‌نامه ندارد و آن گونه که ادعا می‌شود نمی‌توان بین خسارت مالی و بدنی، از نظر پرداخت یا عدم پرداخت، تمایز گذاشت. از سوی دیگر، توثیق بیمه‌نامه برای خسارت بدنی در کنار خسارت مالی به این معناست که به سقف بیمه‌نامه برای پوشش خسارت بدنی باید توجه شود و تنها در همان حدود بیمه‌نامه پذیرفته شود و مازاد را خود مرتکب باید تأمین کند، اما این نکته بدیهی چه ارتباطی با عدم پذیرش بیمه‌نامه دارد. اشاره ماده ۲۱ قانون هم به آن جهت است که تنها خسارت بدنی ناشی از حوادث رانندگی، جرم و نیازمند تأمین وثیقه هستند و صرف خسارت مالی این گونه نیست، اما وقتی عملی جرم اعلام شد و در فرایند کیفری قرار گرفت، تمام اجزای عمومی و خصوصی آن، یک پیکره واحد را تشکیل می‌دهد و در این صورت، ضرر و زیان مالی ناشی از جرم نیز بخش قابل توجه جرم است. علت اشاره ماده ۱۳۶ قانون آیین دادرسی کیفری نیز همین نکته می‌باشد و معلوم است که خسارت مالی که از جرم ناشی شود ماهیت مدنی صرف دارد و جرم بودن آن، از نظر عقلی و قانونی قابل تفکیک است اما قانون همه این ماهیت را در یک دادرسی قابل بررسی می‌داند و لذا به جبران خسارت مالی هم بی‌توجه نیست. بنابراین از اشاره ماده ۲۱ به «خسارت بدنی» نباید چنین تفسیر کرد که خسارت مالی که همراه

خسارت بدنی است مشمول قانون نیست.

۸- آنچه در مورد فرایند قضایی توثیق بیمه‌نامه گفته شد به این معنا نیست که دو قرار تأمین صادر شود. در همه دعاوی مربوط، بیش از یک قرار نباید صادر شود و ماده ۲۱ قانون دلالت بر تفکیک جنبه عمومی و خصوصی و اختصاص یک قرار برای هر کدام ندارد. اگر مرجع قضایی تصمیم به صدور قرار وثیقه داشت، بدیهی است که میزان قرار را مشخص می‌کند. در این هنگام آنچه برای خسارت زیان‌دیده به صورت روشن (در صدمات و خسارات قطعی) و یا نسبی (صدمات و خسارات غیر قطعی) معین می‌شود و بخشی از پیکره همان قرار واحد را تشکیل می‌دهد، از طریق بیمه‌نامه قابل تأمین است و آنچه جهت جنبه عمومی در همان قرار مستقر است از محل سایر اموال متهم ایداع خواهد شد. بنابراین قرار واحد است اما طبق ماده ۱۳۶ قانون آیین دادرسی کیفری دو حیثیت دارد و توثیق بیمه‌نامه فقط مربوط به حیثیت و ماهیت خصوصی (خسارت) است.

۹- در مورد تشدید یا تخفیف مبلغ قرار وثیقه (برای مثال اگر گواهی جدید پزشک قانونی میزان صدمات را بیشتر نشان دهد یا کارشناس اعلام کند که خود مصدوم هم در حادثه دخالت دارد و نیمی از خسارت طبق قانون با خود مصدوم باشد که به ترتیب، سبب تشدید قرار و تخفیف آن می‌شود)، از آنجا که سند بیمه‌نامه ملاحظه شده است و به صورت مصدق پیوست پرونده مربوط می‌باشد و نامه شرکت بیمه هم دلالت بر اصالت بیمه‌نامه دارد، نیازی به اقدام دیگر نیست و با تشدید یا تخفیف قرار، همان ظرفیت بالقوه مالی که در بیمه‌نامه وجود دارد، خودبه‌خود به عنوان وثیقه با مبلغ جدید، احتساب می‌شود. در هر حال اگر متهم اموالی دیگر از خود را نیز تودیع نموده باشد حق دارد پس از تخفیف قرار تأمین، رفع توقیف از اموال خود را بخواهد و از اعتبار بیمه‌نامه (تنها برای خسارت) استفاده کند؛ زیرا در هر صورت انتخاب مال مورد وثیقه با متهم است و مرجع قضایی نمی‌تواند تخفیف قرار و کم شدن مبلغ وثیقه را از محل بیمه‌نامه احتساب نماید و اموال دیگر متهم را همچنان در توقیف نگهدارد.

۱۰- در ماده ۲۱ قانون از اعتبار توثیق «تا میزان مندرج در بیمه‌نامه» یاد شده است اما باید به مفاد تبصره ۱ ماده ۴ نیز توجه داشت و در آن موارد، حتی فراتر از میزان

مندرج در بیمه‌نامه، از توثیق آن استفاده کرد.

۱۱- ممکن است با صدور قرار وثیقه و ارائه بیمه‌نامه برای بخش خصوصی قرار، متهم از تودیع بخش عمومی قرار امتناع کند یا قادر به معرفی مال دیگری نباشد؛ در این صورت باید بازداشت شود حتی اگر بخش عمومی قرار مبلغ کمی باشد. این امر مانند فرضی می‌باشد که برای جرم تخریب، قرار وثیقه‌ای معادل ۴ میلیون تومان صادر شده است و متهم، تنها قادر به تودیع ۳/۹۰۰/۰۰۰ تومان می‌باشد که در این صورت تردیدی در بازداشت متهم نیست. توثیق بیمه‌نامه هرگز به معنای نادیده گرفتن اصول قرارهای تأمین و دادرسی کیفری نخواهد بود و قرار نیست متهم در هر شرایطی آزاد شود!

### نتیجه‌گیری

توثیق بیمه‌نامه باید بر اساس حقوق اشخاص مختلفی که به آن مرتبط می‌شوند تحلیل گردد. اگر مرتکب حادثه، هیچ حقوقی در آن نداشته باشد، امکان توثیق وجود ندارد و دقیقاً به جهت حقوق بیمه‌گر در آن است که قواعد ضبط وثیقه، آن‌طور که در سایر موارد است، در بیمه‌نامه اعمال نمی‌شود و باید بر اساس منطق خاص آن به تعیین آثار ناشی از وثیقه اقدام کرد. هر چند ماهیت و آثار توثیق بیمه‌نامه، بدون ابهام نیست و در برخی موارد، باید از برخی ظواهر قانون تعدی کرد و آنها را از توثیق مذکور منصرف دانست ولی چون نص ماده ۲۱ قانون چاره‌ای جز اعمال وثیقه باقی نگذاشته است، برای جمع تمام قواعد مقرر و ضرورت دسترسی به متهم، وثیقه بیمه‌نامه تنها جهت جبران خسارت زیان‌دیده تلقی می‌شود و هرگز برای حضور متهم در مرجع قضایی قابل استفاده نیست. معنای این سخن تفکیک قرار تأمین و صدور چند قرار نیست، بلکه محتوای قرار وثیقه، از چند جهت بررسی می‌شود و اگر رویه قضایی در صدد اجرای ماده ۲۱ قانون باشد (که گریزی از آن نیست) باید این رویکرد را دنبال کند و یا با کنار زدن تحلیل منطقی مذکور، آثار نامطلوب اجرای قواعد مرسوم وثیقه را در مورد بیمه‌نامه هم بپذیرد. رویکرد دوم، مورد پسند ما نیست و به رویه قضایی توصیه می‌شود که منطبق حاکم بر بیمه‌نامه را محور تفسیر خود قرار دهد.



۱. اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۲۴، ۱۳۶۸ ش.
۲. بابایی، ایرج، *حقوق بیمه*، تهران، سمت، ۱۳۸۲ ش.
۳. پرادل، ژان، *حقوق کیفری تطبیقی، جرایم علیه اشخاص (آسیبهای جسمی)*، ترجمه مجید ادیب، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۴. خدابخشی، عبدالله، «دفاع از حقوق کیفری»، *دوفصلنامه علوم جنایی*، سال دوم، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۷ ش.
۵. همو، *تأثیر بیمه در حقوق مسئولیت مدنی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱ ش.
۶. ژوردن، پاتریس، *اصول مسئولیت مدنی*، ترجمه و تحقیق مجید ادیب، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۷. عراقی، عزت‌الله، حسن بادینی و مهدی شهابی، *درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی*، مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶ ش.
۸. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عقود معین، عقود اذنی - وثیقه‌های دین*، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن‌برنا، انتشارات مدرس، ۱۳۷۶ ش.
۹. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن‌برنا، ۱۳۷۶ ش.
۱۰. همو، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، یلدا، ۱۳۸۴ ش.
۱۱. کاتوزیان، ناصر و محسن ایزانلو، *مسئولیت مدنی، بیمه مسئولیت مدنی*، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷ ش.
۱۲. محمودصالحی، جانعلی، *فرهنگ اصطلاحات بیمه و بازرگانی*، تهران، شرکت صادراتی سازمان صنایع ملی ایران، ۱۳۷۶ ش.
۱۳. *مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور*، سال ۱۳۸۲، اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۵ ش.
۱۴. مشایخی، همایون، *مبانی و اصول حقوقی بیمه، بیمه‌های اشخاص*، مدرسه عالی بیمه ایران، ۱۳۵۳ ش.
۱۵. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۱ ش.
۱۶. ولایی، عیسی، *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*، چاپ چهارم، تهران، نی، ۱۳۸۴ ش.
17. Borham, Atallah, *Le Droit Propre De La Victime Et Son Action Direct Contre L'assureur De La Responsabilité Automobile Obligation*, L.G.D.J, Paris, 1976.
18. Ledoux, Jean-luc, *Les Saisies: Chronique de Jurisprudence*, 1986-1996, Larcier, 1997.
19. Liebenberg, Andre P., James M. Carson and Robert E. Hoyt, *The Demand for Life Insurance Policy Loans*, in: <http://ssrn-id1334711.pdf>.
20. Peden, M.M., *World Health Organization, World Bank, World Report on Road Traffic Injury Prevention: On Road Traffic Injury Prevention*, World Health Organization, 2004.

## بینه و گستره آن\*

□ سیداحمد سجادی نژاد<sup>۱</sup>

□ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

### چکیده

در این مقاله بینه و گستره آن، در قالب دو مبحث کلی مورد بررسی قرار گرفته است.

در مبحث اول بینه تعبدی (شهادت شرعی و قانونی)، تفاوت شهادت با روایت، تعدد در شهادت، تعارض شهادتات و مستند شهادت پس از نقل اقوال بررسی شده و در مبحث دوم بینه واقعی و وجدانی، ضرورت فحص از آن، هر گاه مرتبط با حقوق افراد باشد و ملاک حجیت تجربه مورد توجه قرار گرفته است و در پایان این گونه نتیجه‌گیری شده که «بینه» در لغت و عرف به معنای حجت و برهانی است که موجب یقین شود و اصل بر وجدانی (واقعی) بودن بینه است و خاستگاه بینه تعبدی (شرعی و قانونی) نبود بینه وجدانی است و بینه تعبدی مطلق بوده و شامل خبر واحد نیز می‌شود، بلکه خبر و شهادت از

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۷/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۶/۱۲.

یک سخنانند و شهادت عدل واحد همچون خبر واحد حجت است و حل تعارض در باب شهادت به شیوه حل آن در روایات انجام می‌گیرد و بینة وجدانی (واقعی) با تجربه که به معنای آزمودن است نیز به دست می‌آید و هر گاه با احقاق حق ملازمه داشته باشد انجام آن لازم است. و ازگان کلیدی: بینة، حجت، شهادت، روایت، مستند شهادت، تعدد در شهادت، بینة اعتباری، بینة وجدانی، تجربه، ظن خاص.

#### مقدمه

موضوع حکم<sup>۱</sup> عمل انسان است (ر.ک: حکیم، ۱۴۰۸: ۱۸۵/۲) و نوع حکم، اعم از ظاهری و واقعی و نیز تطبیق آن بر مصداق خارجی، نیازمند دلیل و حجت<sup>۲</sup> است. از حجت، که در مفهوم آن الزام به پیروی نهفته است، تعبیر به برهان، علامت، آیه، بینة و شاهد نیز شده است (ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۴: ۲۷۷/۱).  
 قاعدة «البینة علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۴۴۳/۱۸) در قضاوت که مقام فصل خصومت و یکی از میدانهای تطبیق احکام کلی بر مصداق خارجی است، معروف است اما اینکه «بینة» همان شهادت است یا هر نوع حجتی، اعم از شرعی و وجدانی را شامل می‌شود، موضوع این مقاله است و برآنیم تا آن را که لاقبل به لحاظ دامنه مستندات قاضی دارای آثار مهم و فراوانی است، در قالب دو مبحث: ۱. بینة تبعدی (شرعی و قانونی) ۲. بینة واقعی (وجدانی) بررسی کنیم.

### ۱. بینة تبعدی (شرعی و قانونی)

بینة به معنای مبین و کاشف از امری و اصل در آن کاشفیت واقعی و وجدانی است، اما از آنجا که همیشه بینة واقعی و وجدانی در دسترس نیست قانونگذار یا شارع اموری را به عنوان بینة اعتبار می‌کند تا در صورت نبود بینة وجدانی ذی‌حق بتواند از آنها در اثبات حق خود استفاده کند؛ بنابراین خاستگاه بینة اعتباری جایی است که

۱. بسیاری فعل مکلف را موضوع فقه دانسته و بعضی هم آن را موضوع احکام شرعی می‌دانند و بر فرض تفاوت، مراد ما از «موضوع» موضوعات خارجی فقه نیست، بلکه موضوع منطقی است.  
 ۲. «حجت از حجج به معنای غلب است، «لجّ فحجّ» یعنی لجاجت کرد تا غالب شد. و ممکن است از باب «حجّ البیت» و به معنای رجوع باشد» (ر.ک: ابن منظور، ۱۴۰۵: ۲۲۸/۲).

بینة واقعی وجدانی وجود نداشته باشد.

در این مبحث در راستای مطلب فوق بینة شرعی (فرق بین شهادت و روایت، عدد در شهادت، تعارض بینات و شهادات، مستند شهادت) و بینة قانونی بررسی می‌شود.

### ۱-۱. بینة شرعی

«بینة» از «البین» به معنای واضح و «بین الشیء» به معنای روشن کردن است، أبان، بین، تبین و استبان، همگی به معنای وضوح و انکشاف است و «بینة» مؤنث «بیین» و جمع آن بینات به معنای دلالت واضح، اعم از عقلی و محسوس است (طریحی، ۱۴۰۸: ۲۷۴/۱؛ راغب اصفهانی، ۱۴۰۴: ۶۸).

در عرف نیز «بینة» به معنای حجت و برهانی است که موجب یقین شود (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱/۳)؛ بنابراین هر نوع برهان و دلیلی که آشکارکننده حق از باطل باشد، (از نظر لغت و عرف) بینة نامیده می‌شود (ر.ک: طوسی، ۱۴۰۹: ۳۸۹/۱۰؛ طبرسی، ۱۴۰۶: ۶۹/۴ و ۲۹۰؛ همو، ۲۵۴/۵؛ طباطبایی، میزان: ۱۱۴/۷؛ همو، ۱۸۳/۱۰؛ ابن جوزی، ۱۴۰۷: ۳۶/۳) و بینة شرعی مصداقی از مطلق بینة است و در نبود بینة واقعی و وجدانی<sup>۱</sup> درجه‌ای از اعتبار را دارد که بینة وجدانی دارد (خویی، ۱۳۶۴: ۱/۴۰۵).

در معنای شرعی بینة با دو نظریه روبه‌رو هستیم:

۱. بینة در شرع، به استثنای موارد خاص، فقط به معنای شهادت (فیروزآبادی، بی‌تا: ۳۰۵/۱) دو شاهد است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۸۲/۱).

۲. بینة در شرع به معنای مطلق حجت شرعی است.<sup>۲</sup>

بر اساس نظریه اول، بینة در جمله «البینة علی المدعی...» به جز در موارد خاص، فقط به معنای شهادت دو شاهد است و بر اساس نظریه دوم عبارت است از مطلق

۱. اصل در بینة این است که فی‌نفسه مبین و نشانگر واقع باشد و از آنجا که بینة شرعی این چنین نیست از سوی دیگر دستور به پیروی از آن داده شده است بینة شرعی (تبعدی) نامیده می‌شود.  
 ۲. محمد هادی معرفت در این باره می‌گوید: بینة در قرآن کریم و احادیث به معنای لغوی است و نمی‌توان حدیث مسعده را صرفاً دلیل بر حجیت شهادت عدلین گرفت و اگر بینة را ظاهر در خصوص شهادت عدلین بدانیم، لازمه‌اش آن است که تمامی مواردی را که به کمتر از این اکتفا شده، یا بیش از این اعتبار شده، موارد استثنایی بگیریم که این خود مشکل فنی در پی دارد (ر.ک: مجلة قضایی و حقوقی دادگستری، ۱۳۷۰: ۶۰/۲).

حجت شرعی، در مقابل استبانہ و وضوح وجدانی، و اطلاق آن بر دو شاهد، اصطلاحی جدید است که در میان فقهای متأخر رایج شده و ناشی از انس ذهنی است.<sup>۱</sup> بنابراین علم قاضی،<sup>۲</sup> اقرار، خبر واحد، استصحاب و... نیز «بینه» است و همچون اثبات احکام کلی قدرت اثبات موضوعات را نیز دارند و معنی از این جهت نرسیده است (خویی، ۱۴۱۰: ۴۴۰/۵).

معروف است که خبر واحد در موضوعات حجت نیست. جماعتی هم آن را حجت دانسته‌اند و نظر صحیح حجت بودن خبر واحد در موضوعات است و دلیل آن همان دلیل حجیت خبر واحد در احکام یعنی سیره قطعی عقلاست و اینکه گفته شده: روایت مسعده (و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به اليقينة) راه اثبات اشیا را به استبانة وجدانی و بینه (شهادت) محدود کرده و خبر واحد در آن مشاهده نمی‌شود؛ بنابراین سیره یادشده نهی شده اشکال است (خویی، ۱۴۱۳: ۳۱۹/۱ و ۳۲۱).

بی‌شک حجت منحصر به شهادت نیست. اختلاف در این است که آیا اثبات موضوعات خارجی، مخصوصاً در مقام قضاوت، با هر نوع حجتی از جمله خبر واحد ثقه امکان‌پذیر است یا خیر؟

داخل کردن خبر واحد ثقه در بینة شرعی و در نتیجه امکان اثبات موضوعات از این طریق، به دو صورت و بر اساس دو فرض جدای از هم قابل بررسی است: یکی اینکه دامنه «بینة شرعی» را گسترش داده و آن را به معنای مطلق حجت شرعی بگیریم که بحث قبل بود. دوم اینکه «بینة شرعی» را به شهادت محدود کنیم اما شهادت و روایت را به لحاظ ماهوی یکی بدانیم که در مطلب آینده بحث می‌شود.

## الف) شهادت و روایت

آیا بین شهادت و روایت تفاوت است؟ پاسخ مثبت یا منفی به این پرسش دارای

۱. اینکه اطلاق بینه بر دو شاهد، اصطلاح متأخران باشد با کلام ابن ادریس که از متقدمان است و می‌گوید: «اليقينة في الشريعة المعهودة، هي شهادة الشاهدين إلا ما خرج بالدليل» سازگار نیست.  
 ۲. «و إذا جعلنا اليقينة الإقرار أو الإشهاد من حيث أبانت عن الأمر و كشفت فأقوى منها علم اليقين» (ر.ک: علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۹۱-۴۹۲).

آثار مهمی است؛ حجیت شاهد واحد اعم از زن و مرد، برده و آزاد، در غیر موارد منصوص، و رجوع به مرجحات باب تعادل و تراجیح در تعارض شهادت و حل تردیدهای موجود درباره حجیت ترجمه مترجم (گلابیگانی، کتاب الشهادت: ۲۶۵)، نظر کارشناس، بازگویی اشتباه دیگری در عبادات (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۵۷)، گزارشگر گزارشگر (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۸۷/۹) و خبره (بحرانی، بی‌تا: ۱۴۸/۲۴) را می‌توان از آثار پاسخ مثبت به این پرسش و اتحاد ماهوی بین روایت و شهادت برشمرد.

بعضی (ر.ک: خطاب رعینی، ۱۴۱۶: ۱۶۱/۸) گمان کرده‌اند معنای شهادت و تفاوت آن با روایت، روشن و بی‌نیاز از تعریف است در حالی که قرافی<sup>۱</sup> [متوفای ۷۲۳] در الفروق می‌گوید: «هشت سال تلاش کردم تا فرق بین شهادت و روایت را بیابم و در نهایت هم بدان دست نیافتم» (صنهاجی قرافی، ۱۹۹۸: ۱۲/۱).

قرافی پس از اعتراف به بی‌نتیجه ماندن تلاشهای هشت ساله‌اش در دستیابی به فرق بین شهادت و روایت، فرقه‌های ذکر شده (ر.ک: تستری، بی‌تا: ۲۲۴؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۹۰/۵؛ شانه‌چی، ۱۳۶۲: ۱۲۵؛ عسقلانی، بی‌تا: ۱۸۸/۵) از جمله تعدد، ذکوریت و حریت در شهادت را رد کرده و شرایط را فرع تصور شهادت و روایت دانسته و می‌گوید: اول باید بدانیم شهادت چیست تا بگوییم تعدد، ذکوریت و حریت و... در آن شرط است و مبتنی کردن شناخت بر شرایط و شرایط بر شناخت دور است. وی در ادامه فرقی را که مازری در شرح البرهان (که احتمالاً شهید اول [متوفای ۷۸۶] در القواعد و الفوائد (بی‌تا: ۲۴۷/۱) از او متابعت کرده است) آورده، نقل و آن را ستایش می‌کند که گفته است: الشهادة و الرواية خبران غير أن المخبر عنه إن كان أمراً عاماً لا يختص بمعين، فهو الرواية كقوله عليه الصلاة والسلام: إنما الأعمال بالنيات بخلاف قول العدل عند الحاكم: لهذا عند هذا دينار (ر.ک: صنهاجی قرافی، ۱۹۹۸: ۱۲/۱).

گرچه قرافی تعریف مازری در البرهان را ستوده اما اعتراف وی در دست نیافتن به فرق بین روایت و شهادت و استمداد ایشان از فضلا در این جهت نشانگر این است که این فرق نیز از نظر وی خالی از اشکال نبوده است. میرزای قمی نیز بعد از

۱. شهاب‌الدین ابوالعباس احمد بن ادریس بن عبدالرحمن صنهاجی بهنسی مصری مشهور به قرافی است، متبحر در علم فقه و اصول و علوم عقلیه.

ردّ تعدد در شهادت به عنوان ملاک تفاوت با روایت، روایات زیادی را که در آنها اخبار از سماع خاص و یا روایت خاص راوی از امام است، ناقض تعریف مازری و شهید دانسته است (قمی، چاپ سنگی: ۴۶۵) و نگاهی اجمالی به روایات، گفته میرزا را تأیید می‌کند؛ زیرا روایات همچون شهادت، خبر از امر محسوس و موضوع خارجی گرفتار، تقریر و فعل معصوم عَلَيْهِ السَّلَام است. علاوه بر آن در نقل روایات از تعبیرهایی مثل نزد امام بودم،<sup>۱</sup> شنیدم<sup>۲</sup> و یا شاهد بودم...<sup>۳</sup> استفاده شده که «شاهد» نیز هنگام شهادت دادن از همین تعبیرها استفاده می‌کند.

همچنین مرحوم اصفهانی در حاشیه بر مکاسب پس از اشاره به انحصار قضیه به خبریه و انشائیة و تقسیم خبر به شهادت و خبر محض، وجوه متعددی را که در فرق بین شهادت و روایت آورده شده - از جمله، حق خدا بودن مخبر به در روایت و حق غیر بودن در شهادت، تعدد در شهادت بر خلاف روایت، مسبوق به سؤال بودن شهادت بر خلاف روایت، صرف اعلام در روایت و وسیله بودن شهادت - رد یا نقض کرده و می‌گوید: «هرگاه خبر بیانگر حکم کلی باشد روایت و اگر تطبیق کلی بر مصداق باشد شهادت است» (ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۹۰/۵ و ۹۲) که این تفاوت نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا تمام احکام در مرحله عمل تطبیق کلی بر مصداق خارجی است و چگونه می‌توان پذیرفت که تطبیق خبر کلی بر مصداق خارجی همیشه شهادت باشد.

مرحوم آشتیانی در رد نظر کسانی که ترجمه را گاهی روایت و گاهی شهادت دانسته‌اند می‌گوید: در دلیل حجیت خبر عادل، که عمده آن آیه نبأ است، لفظ روایت نیامده تا گفته شود مباین با شهادت است، بلکه نبأ مرادف با خبر است و هر خبری را - روایت یا شهادت - شامل می‌شود، جز اینکه نسبت به بعضی از افراد آن، دلیل خاص بر تعدد داریم و این موجب نمی‌شود این دو از تحت خبر خارج باشند (آشتیانی، ۱۴۰۴: ۶۰). سید مرتضی نیز شهادت، روایت و قول مفتی را از یک باب دانسته و تفاوت بین آنها را رد می‌کند (ر.ک: علم‌الهدی، ۱۳۷۶: ۵۲۲/۲ و ۵۲۷).

۱. «کنت عنده...» (ر.ک: کلینی، ۱۳۸۸: ۲۹۰/۱ و ۳۴۰/۴؛ صدوق، *الخصال*: ۱۶۰؛ طوسی، ۱۳۶۳: ۲۸۷/۳).  
 ۲. «قال سمعت...» (ر.ک: حمیری قمی، ۱۴۱۳: ۳۵۹).  
 ۳. «و أنا شاهد...»، «کنت شاهدا...» (ر.ک: کلینی، ۱۳۸۸: ۲۸۷/۷؛ صدوق، ۱۴۰۴: ۲۴۵/۴).

آنچه که به عنوان نتیجه در پایان این بحث می‌توان گفت این است که هرگاه خبری برای قضاوت به قاضی داده شود نامش شهادت است در غیر این صورت خبر محض است. از این رو شهادت شاهد اصل، در شهادت بر شهادت در حد روایت باقی می‌ماند و به صرف اعلام آن توسط شاهد فرع به قاضی، شهادت نامیده می‌شود. روشن است که این تفاوت اسمی است و تأثیری در ماهیت شهادت که همان خبر و روایت است، ندارد؛ بنابراین ادله حجیت خبر واحد مطلق خبر اعم از زن و مرد، برده و آزاد، مترجم، کارشناس، کسی که اشتباه دیگری در عبادات را بازگو می‌کند، گزارش گزارشگر و خبره در غیر موارد منصوص را شامل و در تعارض بینات همچون تعارض دو خبر به مرجحات باب تعادل و تراجیح رجوع می‌شود.

خطاب و عتاب علی عَلَيْهِ السَّلَام به شریح قاضی (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۶۵/۲۷)، به دنبال پذیرفتن خبر حضرت در رابطه با زره طلحه مبنی بر اینکه عبدالله بن قفل آن را به ناحق برداشته است نیز اشاره به عدم تفاوت بین روایت و شهادت دارد. همچنین سخن امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام، پس از تصریح به جواز پذیرش شاهد واحد و قسم و استقرار سیره پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و علی عَلَيْهِ السَّلَام بر آن، خطاب به ابوحنیفه، مبنی بر اینکه: «تعجب نکن! شما نیز با پذیرش خبر یک نفر از عده‌ای که شاهد واقعه بوده‌اند در حقیقت شهادت یک نفر را پذیرفته‌اید» (همان: ۲۶۸-۲۶۹) در دو روایت عباس ابن هلال و احمد بن محمد ابی نصر بن زنی از ابوالحسن الرضا عَلَيْهِ السَّلَام اشاره به عدم تفاوت بین خبر و شهادت دارد. علاوه بر این گاهی از روایت تعبیر به شهادت شده است؛ امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام می‌فرماید: دوازده هزار نفر واقعه غدیر را شاهد بوده و برای علی شهادت دادند نتوانست حق خود را بگیرد اما شما با دو شاهد حق خود را می‌گیرید (همان: ۲۳۸). روشن است که اخبار گزارشگران غدیر همچون سایر اخبار بوده و شهادت اصطلاحی در حضور قاضی نبوده است، در حالی که امام از آن تعبیر به شهادت کرده و از پذیرفته نشدن آن گله‌مند است.

بنابراین روایت و شهادت به لحاظ ماهوی یکی است و شرایط ویژه از جمله تعدد در بعضی از مصادیق (مثل اکثر موارد در باب شهادت که در عدد نیز متغیر و متفاوت است) نیاز به دلیل خاص دارد.

## ب) تعدد در شهادت

شاید مهمترین موضوعی که بررسی فرق بین روایت و شهادت را به دنبال داشته این باور بوده که در شهادت تعدد شاهد شرط است اما در روایت و خبر تعدد راوی شرط نیست و به دنبال آن در بعضی از موضوعها مثل ترجمه اختلاف شده است که شهادت است تا تعدد لازم باشد و یا خبر است تا شرط نباشد.

اختلاف در وحدت و تعدد مترجم در بین امامیه (گلپایگانی، کتاب الشهادت: ۲۶۵) مخصوصاً اهل سنت (شوکانی، ۱۹۷۳: ۱۸۸/۹) شدید است به طوری که از مالک و شافعی دو قول نقل شده و ابوحنیفه اکتفای به یکی را جایز دانسته و ابویوسف دو تا را لازم می‌داند.

در مطلب قبل، به این نتیجه رسیدیم که دلیل حجیت شهادت همان دلیل حجیت خبر است و در خبر، اصل بر عدم تعدد است. اما آیا دلیلی کلی بر تعدد در خصوص شهادت (خبری که در جهت صدور حکم به قاضی داده می‌شود) داریم یا خیر؟

برخی تعدد در شهادت را مفروض گرفته و از آن بحثی نکرده‌اند<sup>۱</sup> و برخی نیز آیه شریفه ﴿وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ (طلاق/۲) را دلیل بر تعدد در شاهد گرفته‌اند (گلپایگانی، کتاب القضاء: ۱۸/۱) در حالی که آیه یادشده مربوط به تحمل شهادت در طلاق است و بین تحمل شهادت و ادای آن در عدد ملازمه نیست و چه بسا علت تعدد در تحمل شهادت در دسترس نبودن یا فراموش کردن برخی از شهود در مقام ادا باشد نظیر آنچه که در آیه شریفه می‌فرماید: ﴿...فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٍ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ (بقره/۲۸۲).

در روایتی امام باقر علیه السلام، در پاسخ به حکم ابن عتیبه و سلمة بن کهیل که با استدلال به آیه شریفه ﴿وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾، قضاوت با شاهد واحد را خلاف قرآن می‌دانستند، فرموده است: «چگونه آن را خلاف قرآن می‌دانید حال آنکه پیامبر صلی الله علیه و آله و نیز علی علیه السلام در نزد خود شما در کوفه با شاهد واحد و قسم حکم کرده‌اند و از همین رو بود که علی علیه السلام به شریح قاضی فرمود: سه مرتبه به جور قضاوت کردی:

۱. صاحب جواهر با این سخن که تمییز شهادت از روایت با عرف است، در واقع تفاوت ماهوی آنها را مفروض گرفته و عرف را ملاک تمییز مصادیق خارجی می‌داند (ر.ک: نجفی، ۱۳۴۷: ۱۰۷/۴۰).

آنجا که با درخواست بینه به خبر من به عنوان حاکم مسلمین، عمل نکردی و شهادت حسن را چون یکی است و قنبر را چون غلام است، درباره زره طلحه که عبدالله بن قفل تمیمی آن را به ناحق برداشته است، نپذیرفتی» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۷/۲۶۵).

و نیز در دو روایت عباس بن هلال و احمد بن محمد بن ابی‌نصر بزنطی از ابوالحسن الرضا علیه السلام پس از نقل فرمایش امام صادق علیه السلام مبنی بر جواز پذیرش قسم و شهادت یک نفر و استقرار سیره پیامبر صلی الله علیه و آله و علی علیه السلام بر آن فرمود: ابوحنیفه که از امام صادق علیه السلام پرسیده بود و این پاسخ را شنید تعجب کرد. امام به ایشان فرمود: شما نیز با پذیرش خبر یک نفر از صد نفر که شاهد واقعه بوده‌اند در حقیقت شهادت یک نفر را پذیرفته‌اید (همان: ۲۶۸ و ۲۶۹). آیه‌الله معرفت نیز پس از طرح این سؤال که آیا اخبار یک نفر (شهادت عدل واحد) در موضوعات معتبر است، می‌گوید: با در نظر گرفتن آنکه دلیل حجیت خبر واحد، بنای عقلا و آیه نبأ می‌باشد، شامل احکام و موضوعات هر دو می‌گردد؛ زیرا آیه در خصوص موضوعات است و نمی‌تواند مورد خودش را شامل نشود. از این رو بدون اشکال، شهادت عدل واحد را حجت می‌دانیم. علاوه بر این، بینه در حدیث مسعده طبق مفهوم لغوی آن، شامل خبر واحد نیز می‌شود (ر.ک: مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ۱۳۷۰: ش ۲).

با توجه به مطالب فوق، استدلال به آیات شریفه ﴿وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ و ﴿وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ (طلاق/۲) بر تعدد شاهد در مقام ادا از جهاتی قابل مناقشه است:

۱. آیات فوق در مقام اشهاد و تحمل شهادت است و مقام اشهاد با ادای آن در عدد ملازمه ندارد.

۲. قضاوت با شاهد واحد و قسم مدعی مورد اتفاق امامیه و قبول شافعی است، پیامبر صلی الله علیه و آله، ابوبکر، عمر و عثمان نیز به آن عمل کرده‌اند (علم‌الهدی، ۱۴۱۷: ۴۲۷ و ۴۲۹: شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵۰۶/۱۳) و روایات نیز در این زمینه زیاد است (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۱۸/۱۹۲).

۳. چگونه ممکن است خبر یا روایت ثقه از معصوم نسبت به حکم کلی که تا قیامت کاربرد دارد و افراد بی‌شماری بر مبنای آن مورد حکم قرار خواهند گرفت حجت و مورد عمل باشد اما خبر ایشان در موضوع خارجی (شهادت) که موردی

است، حجت و مثبت دعوی نباشد؟ به ویژه نظر قاضی که در دایره وظیفه خود شأن اجتهاد را دارد، در پذیرش شهادت قابل توجه است؛ زیرا ممکن است صحت شهادت چند نفر را مشکوک و یا خلاف واقع بداند و آن را رد یا تحقیق کند (ر.ک: صدوق، ۱۴۰۴: ۲۰/۳ و ۲۷) و در مقابل شهادت یک نفر در نزد او به دلیل قدرت اثباتی که دارد مثل شهادت زوج نسبت به زوجه (نور/ ۶) و شهادت ذوالشهادتین (ر.ک: علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۹۱)، از همان آثاری برخوردار باشد که شهادت چند شاهد و راوی برخوردار است و حتی به صرف ادعا به دلیل محرز بودن صداقت مدعی، قاضی به نفع او حکم کند (صدوق، ۱۴۰۴: ۲۷/۳ و ۱۰۸). بنابراین ارزیابی طرفهای دعوا و نیز شهود و حل تعارض بین آنها به دست قاضی است و تنها تشخیص او، ملاک عمل است.

۴. روایتی (کلینی، ۱۳۸۸: ۴۱۶/۷) که فقها نیز بر اساس آن فتوای داده‌اند مبنی بر اینکه اگر یک مرد و دو زن نبود، یک شاهد و قسم مدعی کافی است و روایاتی که حاکی از تعدد است مربوط به موارد خاص است و دلیل کلی بر تعدد شهادت نداریم.

### ج) تعارض شهادت

تعارض دو بینة وجدانی همچون تعارض دو قطع نسبت به یک موضوع امکان‌پذیر نیست، چنان که تعارض بینة شرعی با بینة وجدانی همچون تعارض امارات با قطع نشاید؛ زیرا با وجود قطع، موضوع اماره منتفی است، بنابراین تعارض در باب بینات منحصر است به دو یا چند بینة شرعی از قبیل دو خبر یا شهادت با یکدیگر.

یکی از آثار وحدت شهادت و روایت این است که در تعارض شهادت، همچون روایات، می‌توانیم به مرجحات رجوع کنیم هر چند طریقی بودن شهادت و کاشفیت آن خود نشانگر امکان رجوع به مرجحات است، روایات (صدوق، ۱۴۰۴: ۶۵/۳) نیز (علی‌رغم نظر مشهور (روحانی، ۱۴۱۲: ۲۴۳/۲۵)) در خصوص حل تعارض شهادت، دلالت بر رجوع به مرجحات دارد.

بر اساس قاعده کلی «البینة علی المدعی و الیمین علی من أنکر» (کلینی، ۱۳۸۸: ۳۶۱/۷، ۳۶۲ و ۴۱۵) اقامه بینة وظیفه مدعی و قسم بر دوش منکر است (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۷۶/۳)، در عین حال بینة منکر نیز در صورت اقامه، مورد توجه است و با قاعده فوق منافات

ندارد و فرضاً منافات داشته باشد تعارض بینات در جایی که هر دو مدعی و منکر باشند تردیدناپذیر است؛ زیرا در این صورت اقامه بینة و قسم بر عهده هر دو است.

روایات در حل تعارض بینة شرعی (شهادت) به صورتهای مختلف: ۱. تقدم بینة اکثر (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۷/۲۴۹)، ۲. تقسیم مال بر حسب عدد بینة (همان)، ۳. قرعه (همان: ۲۵۱)، ۴. تقدم بینة ذوالید (همان: ۲۴۹) بر کسی که ید ندارد ۵. عدم پذیرش بینة از ذوالید (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۷/۲۳۴) وارد شده است. شیخ طوسی در مقام جمع بین آنها می‌گوید: هرگاه دو بینة با هم تعارض کنند و هیچ یک از طرفین دعوی بر مورد ادعا ید نداشته باشد، بینة اعدل مقدم است و اگر در عدالت مساوی باشند طبق خبر ابوبصیر بینة اکثر مقدم است و روایت سکونی مبنی بر تقسیم مال بر حسب تعداد شهود، حمل بر صلح می‌شود و اگر در عدد نیز مساوی باشند قرعه زده می‌شود و نام هر کس خارج شد قسم می‌خورد و مال به او داده می‌شود اما اگر یکی از دو نفر بر مال ید داشته باشد، هرگاه بینة هر دو بر سبب مالکیت، مثل خریدن و... باشد بینة ذوالید مقدم است و الا بینة مدعی مقدم خواهد شد و خبر اسحاق بن عمار مبنی بر قسم هر دو و تقسیم مال بین آنها حمل بر صلح می‌شود. ایشان می‌افزاید: بنابراین جمع بین روایات امکان‌پذیر است و هر کس در آنها تأمل و دقت کند چنین خواهد گفت (طوسی، ۱۳۶۵: ۶/۲۳۷).

سؤالی که در اینجا وجود دارد این است که در حقوق مالی یک شاهد و یک قسم کافی است آیا در مورد بحث نیز این گونه است؟

پاسخ این است که بینة مدعی در صورتی مقدم بر بینة ذوالید است که در عدد کامل باشد (ر.ک: حلی، ۱۴۱۲: ۵۳۵/۸؛ مزنی، بی‌تا: ۳۰۶؛ نووی، بی‌تا: ۳۲۸/۱۴) و بر خلاف سایر موارد قسم نمی‌تواند به جای شاهد دوم بنشیند (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۷/۸؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۵۵؛ حلی، ۱۴۱۲: ۴۴۸/۸) در غیر این صورت برای کشف حقیقت استظهار و تحقیق می‌شود (ر.ک: حلی، شرواح الاسلام، بی‌تا: ۹۰۸/۴؛ حلی، ۱۴۱۳: ۴۸۱/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۴۴/۱۴).

بینة و ید هر دو از اماراتند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۳۰۸/۳). در عین حال بسیاری معتقدند در مقام تعارض، لااقل به دو دلیل، بینة مقدم بر ید است: ۱. محل بینة جایی است که دیگری ید داشته باشد پس گویا تقدم بینة بر ید مفروض است ۲. اگر بینة مقدم

بر ید نباشد ادعای مدعی بر ذوالید مسموع نبوده و تکلیف مدعی به اقامه بینه لغو خواهد بود (ر.ک: بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۳/۳۵۴؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱/۱۷۴).

دلایل اقامه شده برای تقدم بینه (هرچند کامل باشد) بر ید در حالی که هر دو از امارات و حجتند، قابل تأمل است؛ زیرا بینه تنها به معنای شهادت عدلین نیست، بلکه شامل مطلق حجت اعم از شرعی و وجدانی می شود و اگر چنین باشد دیگر نخواهیم گفت اعتبار بینه (شهادت) در مواردی که ید وجود دارد دلیل بر تقدم بینه (شهادت) بر ید است و اگر نباشد لغویت لازم خواهد آمد؛ زیرا ممکن است کسی ادعا کند شهادت عدلین به عنوان مصداقی از بینه در جایی مورد قبول است که ید نباشد و اگر ید باشد مدعی باید بینه واقعی و وجدانی اقامه کند بنابراین پذیرش بینه (که به معنای مطلق حجت است) در مورد ید، دلیل بر تقدم نیست و لغویت لازم نمی آید و شهادت عدلین با ید معارضه و تساقط می کنند و حتی می توان گفت قاعده ید مقدم بر شهادت عدلین است؛ زیرا اقامه دو شاهد بر مالکیت خانه و یا زمینی که دیگری سالها آن را در تصرف خود دارد آسان است.

### د) مستند شهادت

اخبار یا از روی علم است یا از روی ظن حاصل از حواس پنج گانه یا حدس و یا از روی تجربه مثل اخبار طیب که چیزی را تجربه کرده است. از سوی دیگر خبردهنده یا در ضمن خبر، اسباب علم و ظن خود را با تفصیل بیان می کند و یا تنها می گوید: می دانم یا گمان می کنم که مثلاً این ملک از آن زید است و یا بدون اشاره به ظن یا علم خود می گوید: این مال از آن زید است. حال باید دید وظیفه شاهد چیست و چگونه باید شهادت دهد تا مورد قبول واقع شود؟ بی شک اگر شهادت شاهد از روی علم یا مستند به حس باشد مورد قبول است. در عرف و لغت نیز شاهد به کسی گفته می شود که خبر از مشهودات و محسوسات خود بدهد. روایات شهادت بر زنا نیز دلالت بر لزوم شهادت حسی دارد و حتی می توان بر این مطلب ادعای اجماع کرد؛ زیرا همه تصریح دارند که علم حضوری و حسی به جز در چند مورد که استفاضه و شهرت در آنها کافی است شرط شهادت است. البته

تعداد موارد استنشاده بر اساس نظر فقها مختلف است و در مجموع از نسب، ملک مطلق، وقف، زوجیت، ولاء، عتق، موت، ولادت، رقیّت و عدالت نام برده اند (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۵: ۱۸/۳۲۰-۳۳۳).

به نظر می رسد علاوه بر حس، آنچه قریب به حس است مثل تواتر و دلیل تبدلی نیز می تواند مستند شهادت قرار گیرد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۱)؛ زیرا هر یک از اینها حجت شرعی (ظن خاص) است. البته شهادتی که مستند آن علم<sup>۱</sup> باشد مقدم بر شهادتی است که مستند آن اصل یا استصحاب است و استصحاب نیز مقدم بر اصول دیگر است (خویی، ۱۴۱۳: ۱/۳۲۵) و شهادتی که مستند آن حدس و تخمین (ظن مطلق) باشد پذیرفته نمی شود (حلی، بی تا: ۲/۲۷۹) و بر اساس روایات، ضابط کلی شهادت علم عادی است (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۸/۳۲۰).

### ۲-۱. بینه قانونی

در ابتدای بحث اشاره کردیم بینه به معنای چیزی است که کشف از واقع کند و از آنجا که کشف از واقع همیشه میسر نیست شارع یا قانونگذار اقدام به اعتبار امور دیگری به جای بینه واقعی می کند. بنابراین بینه شرعی و قانونی (شهادت) داخل در بینه اعتباری و تبدلی است و موضوع آن جایی است که بینه واقعی وجود نداشته باشد.<sup>۲</sup> ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی دلایل اثبات دعاوی را اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات و قسم دانسته است که از این موارد، اقرار، شهادت، امارات (مثل تصرف و ید) و قسم دلایل شرعی نیز هستند.

علم قاضی که از طرق متعارف به دست آمده باشد در امور کیفری حجت و مثبت جرم است (رأی اصراری ۱۳۶۸/۷/۱۱-۵۶، ردیف ۱۳/۶۸؛ رأی اصراری ۱۸/۱۳۶۸/۷-۶۳، ردیف ۱۹/۶۸؛ رأی اصراری ۱۳۷۸/۴/۱-۶، اما در قانون مدنی به عنوان دلیل اثبات دعوی ذکر نشده و در مقابل اسناد کتبی به ادله اضافه شده است.

بر اساس ماده ۱۲۸۴ ق.م. سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا

۱. اگر مراد از علم، قطع طریقی باشد که حجیت آن ذاتی است نیازی به ذکر مستند نیست.

۲. لذا بعضی گفته اند: اگر آیه مربوط به شهادت نازل نشده بود و نص شرعی نداشتیم هزار شاهد هم چیزی را ثابت نمی کرد؛ زیرا شهادت شاهد ملازمه با کشف حقیقت ندارد (ر.ک: ابن سلمه، ۱۴۱۶: ۴/۱۴۷).

دفاع قابل استناد باشد و بر اساس مواد ۱۲۸۶، ۱۲۸۷، ۱۲۸۹ و ۱۲۹۱ سند بر دو نوع است: رسمی و عادی، اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأموران رسمی در حدود صلاحیت آنها و طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد رسمی است و سایر اسناد کتبی عادی است و اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته و درباره طرفین و وراثت و قائم مقام آنان معتبر است: ۱. اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب‌الیه تصدیق نماید. ۲. هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی الواقع امضا یا مهر کرده است.

در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند نسبت به اسناد مزبور ادعای جعلیت بکند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است (ماده ۱۲۹۲ ق.م.).

در قانون مدنی دو نوع شهادت وجود دارد: یکی شهادت شرعی و دیگری شهادت تکمیلی که جهت مزید اطلاع استماع می‌شود (ماده ۱۳۱۴ ق.م.).<sup>۱</sup>

در شهادت شرعی، شرایط شرعی مثل بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد مدنظر واقع شده است اما دایره جریان آن محدود است و نسبت به امارات از قبیل تصرف مالکانه، ارزش کمتری دارد؛ طبق مواد ۱۳۰۶، ۱۳۰۷ و ۱۳۰۸ ق.م. مصوب ۱۳۱۴ هیچ یک از عقود و ایقاعات و تعهدات که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد را نمی‌توان فقط به وسیله شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد و دعوی سقوط حق از قبیل پرداخت دین، اقاله، فسخ، ابراء و امثال آنها در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده ولو آنکه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد به شهادت قابل اثبات نیست و نیز در ماده ۱۳۰۹ آمده است: در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد.

مواد ۱۳۰۶، ۱۳۰۷ و ۱۳۰۸ فوق‌الاشاره که مخالف با شرع نیز هست، به موجب

۱. شهادت اطفالی را که به سن پانزده سال تمام نرسیده‌اند فقط ممکن است برای مزید اطلاع استماع نمود.

قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ حذف شده‌اند. ماده ۱۳۰۹ نیز طبق نظریه ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ شورای نگهبان، خلاف موازین شرع دانسته شده و ابطال گردیده است، اما کماکان در قانون مدنی وجود دارد و در نظریه ۱۲۹۰/۷-۱۳۷۷/۳۰۲/ح.ق. آمده است: با توجه به اینکه در اصلاحات سال ۱۳۷۰ ق.م. تعرضی به متن ماده ۱۳۰۹ نشده و حذف نگردیده است ماده ۱۳۰۹ ق.م. موضوعاً دارای قدرت اجرایی است.

در هر حال محدودیتهای یادشده در امارات قانونی وجود ندارد؛ در ماده ۱۳۲۳ آمده است: امارات قانونی در کلیه دعاوی اگرچه از دعاوی ای باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست معتبر است مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد.

بر اساس مواد ۱۳۲۱، ۱۳۲۲ و ۱۳۲۴ اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود. امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکور در این قانون از قبیل مواد ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر و اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده، عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند.

نسخ ماده ۱۳۰۶ و ۱۳۰۷ در عدم پذیرش شهادت در دعاوی مربوط به عقود و ایقاعات و تعهدات که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد موجه است اما نسخ ماده ۱۳۰۸ و ۱۳۰۹ که شهادت را در مقابل سند رسمی و حکم دادگاه نمی‌پذیرد موجه نیست؛ زیرا سند رسمی و حکم دادگاه بینة واقعی و یا به منزله آن است و بدیهی است که موضوع بینة شرعی (شک) همواره در جایی است که دلیل واقعی و قطعی وجود نداشته باشد و تقدم شهادت دو شاهد که تحصیل آن برای بسیاری آسان است بر حکم دادگاه و سند رسمی که بینة واقعی یا به منزله آن است خلاف وجدان است؛ چگونه می‌توان پذیرفت شخصی با دو شاهد بتواند منزل مسکونی و یا زمین زراعتی و باغ دیگری را که سالها در آن زندگی و یا زراعت می‌کند و سند رسمی به نام خود دارد بگیرد و تصرف و سند ثبتي او ارزشی نداشته باشد!



## ۲. بینة واقعی (تجربی و وجدانی) و فحص از آن

موضوعهایی که بالوجدان حقیقت را نمایان می‌کند به دو بخش برهانی و حسی قابل تقسیم است: بخش حسی، گاه همچون حرارت برای آتش بر همه آشکار است و گاه کشف آن با کاوش و آزمایشهای علمی<sup>۱</sup> و تجربی پیچیده بر روی اشیا همچون دی ان ای (DNA) به دست می‌آید و نتایج به دست آمده از آزمایشهای تجربی را می‌توان به سه دسته احتمالی، ظنی و یقینی تقسیم کرد. در این بحث می‌خواهیم بدانیم جستجو برای کشف حقایق خارجی که موضوع حکم شرعی قرار می‌گیرند و یا دارای آثار حقوقی هستند، از طریق تجربه و تحقیقات علمی (فحص در موضوعات) واجب است یا خیر؟ و اگر پاسخ مثبت است ملاک پذیرش آن علم است یا ظن تجربی نیز کفایت می‌کند؟

### ۲-۱. ملاک حجیت تجربه

آیا ظن حاصل از تجربه حجت است؟ ظاهراً اختلافی است: عده‌ای به ظن حاصل از تجربه تکیه کرده (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۵: ۱۷/۱۵؛ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۹۴/۲) و بعضی دیگر آن را کافی نمی‌دانند.

بحث از تجربه در صورتی موضوعیت دارد که به عنوان ظن خاص مطرح باشد و مواردی که علم آور است از بحث خارج است؛ زیرا حجیت علم ذاتی است و ابزار آن هر چه باشد نقشی در حجیت علم ندارند و در این صورت بحث و گفتگو محدود به این است که قاضی می‌تواند به علم خود عمل کند یا خیر.<sup>۲</sup> بنابراین بحث از تجربه در صورتی موضوعیت دارد که به عنوان ظن خاص مطرح باشد که قهراً شامل هر نوع تجربه خواهد شد. به عنوان مثال، قیافه‌شناسی در شناخت نسب

۱. علم در لغت به معنای دانایی نقیض جهل به معنای نادانی است که از تجربه حاصل آید و به آن عقل نیز گویند (ر.ک: ابن منظور، ۱۴۰۵؛ غزالی، ۱۴۱۷: ۲۰).

۲. از نگاه امامیه و اهل ظاهر، امام و حاکمان منصوب از جانب ایشان می‌توانند در حقوق و حدود بدون استثنا به علم خود حکم نمایند از همین رو قاطبة امامیه بر ابوبکر ایراد کرده‌اند که چرا علی‌رغم علم به عصمت و طهارت فاطمه علیها السلام که جز حق نمی‌گوید به ادعای ایشان در نخله بودن فدک گوش نداده و از وی بینه خواسته است (ر.ک: علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۸۶، ۴۸۸، ۴۹۱ و ۴۹۲؛ طوسی، ۱۴۱۷: ۲۴۴/۶).

اشخاص از روشهای تجربی است (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۷/۸؛ حلی، بی‌تا: ۲۷۸/۲) و بسیاری از اهل سنت آن را پذیرفته‌اند<sup>۱</sup> و فقهای امامیه نظر قیاف را از این رو نپذیرفته‌اند که مبتنی بر حدس و تخمین است (ر.ک: حلی، بی‌تا: ۱۷۱/۲، ۲۷۸ و ۲۷۹). استدلال فوق در رد قیاف نشانگر این است که هرگاه قیاف بر اساس تجربه عمل کند تفاوتی با سایر تجربه‌ها نخواهد داشت. سکوت امام رضا علیه السلام نیز مخصوصاً راجع به آنچه که به پیامبر صلی الله علیه و آله نسبت داده می‌شود (ر.ک: کلینی، ۱۳۸۸: ۳۲۲/۱؛ صدوق، بی‌تا: ۲۰) دلالت بر جواز رجوع به قیاف دارد و روایت مستدرک در فرض صحت سند، مبنی بر حرام بودن اجرت قیاف (نوری، ۱۴۰۸: ۶۹/۱۳)، دلالت بر حرمت قیافه‌شناسی ندارد؛ زیرا در همین روایت اجرت قضاوت نیز که بی‌تردید از مشاغل حلال است، مورد نهی قرار گرفته است. البته عدم رضایت مندی امام رضا علیه السلام در رجوع به قیاف از روایت مشهود است (نجفی، ۱۳۴۷: ۹۳/۲۲) لکن این عدم رضایت مندی می‌تواند جهات مختلفی داشته باشد و مهم این است که امام علیه السلام از آن نهی نکرده است. رد نظر قیاف از سوی فقها نیز بر این مبنا بوده است که وی بر اساس حدس و تخمین عمل می‌کند و مفهوم آن این است که اگر کار قیاف بر اساس تجربه واقعی باشد، مخصوصاً در عصر علم و صنعت که ابزار لازم را در دست دارد، می‌تواند مورد قبول قرار گیرد و استثنای آن از سایر تجربه‌ها و جهی نخواهد داشت.

### ۲-۲. تجربه (فحص) و ضرورت آن در موضوعات شرعی

تجربه به معنای آزمودن است و مجرب کسی را گویند که امور و اشیا را آزموده و نسبت به آنها شناخت و علم یافته است، بلوا نیز به معنای تجربه است (ر.ک: فراهیدی، ۱۴۰۹: ۱۱۳/۶ و ۳۴۰/۸).

خواص و آثار اشیا از طریق کاوش و جستجوی علمی به دست می‌آید که همواره همراه بشر بوده و هست جز اینکه تا قبل از عصر صنعت و پیشرفت به دلیل مجهز نبودن انسان به ابزار مدرن علمی و ناقص بودن جستجوها و تجربه‌های

۱. ابن کثیر در سیره نبوی آورده: هنگامی که حضرت وارد بر عایشه شد از سخن قیاف نسبت به زید ابن حارثه و اسامة بن زید مسرور بوده است از همین رو شافعی و احمد در اختلاف نسب به قول قیاف عمل کرده‌اند (ر.ک: ابن کثیر، ۱۳۹۶: ۶۱۸/۴).

صورت گرفته، نتایج قطعی اندکی به دست آورده و بیشتر بر حدس و قیاس تکیه داشته است که نمونه‌های آن انحصار تولد در بیضهٔ چپ، نکبت بودن ذبح خروس سفید (ر.ک: مجلسی، بی تا: ۳۷۷/۵۷ و ۷/۶۲: مناوی، ۱۴۱۵: ۷۴۰/۳)، آسیب دیدن کبد همچون دیگک داغ با وارد کردن ناگهانی آب در آن (ر.ک: مناوی، ۱۴۱۵: ۴۹۵/۱) است. لذا فلاسفه در رد احکام نجوم می‌گویند: اساس این علم بر تجربه است که حاصل نیست؛ زیرا گردش امور سماوی طولانی‌تر از عمر افراد است تا بتوان آن را با تجربه دریافت (ر.ک: ابن ابی‌الحدید، ۱۳۷۸: ۲۰۴/۶ و ۲۰۵).

در آیات شریفهٔ قرآن واژه‌های امتحن، ابتلی، خُبر و خبیر (ر.ک: حجرات/۳؛ بقره/۱۲۴؛ نساء/۶؛ احزاب/۱۱؛ کهف/۶۸ و ۹۱؛ نساء/۳۵) و مشتقات آنها به معنای آزمودن (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۱/۲) به کار رفته است. همچنین در روایات، به دلیل آثار مفید و فراوانی که در تجربه و آزمودن وجود دارد، همچون انتخاب مناسب و استحکام و اتقان کار، مردم نسبت به خود و دیگران، مخصوصاً برای دست‌یابی به حقیقت شیعه بودن، تشویق و احیاناً تکلیف به امتحان (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۸۳/۳)، و اختبار (کلینی، ۱۳۸۸: ۶۷۲/۲) شده‌اند. ابن عساکر در تاریخ دمشق آورده است: ای مردم! فرزندانان را با حب علی بیازمایید چرا که بی‌شک علی مردم را به گمراهی نمی‌خواند و از حق دور نمی‌شد. پس هر کس او را دوست بدارد از شماسست و دشمن او از شما نیست (ابن عساکر، ۱۴۱۵: ۲۸۸/۴۲).

فقها نیز در موارد متعددی از جمله تشخیص میزان نقصان شنوایی (حلی، ۱۴۱۳: ۶۸۵/۳) از تجربه بهره گرفته و رجوع به پزشک و اعتماد به نظر خبره و صاحب تجربه را در تشخیص موضوعهایی که دارای حکم شرعی است، مثل جایی که استعمال آب (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۰: ۱۹۴/۲)، امساک از خوردن و آشامیدن (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۳۱/۵)، راه رفتن و حرکت کردن (کاشف‌الغطاء، چاپ سنگی: ۴۳۳/۲) مضر است و امور مربوط به رؤیت هلال (ر.ک: کرکی، ۱۴۰۸: ۹۷/۱۱) را پذیرفته‌اند. امیرالمؤمنین عَلَيْهِ السَّلَام نیز بر اساس بعضی از نقلها، از روشهای تجربی برای دست‌یابی به واقع و کشف آن در قضاوت بهره برده و مستند فقها نیز قرار گرفته است (حائری، ۱۴۱۵: ۲۳۳).

اصولیان بر خلاف شبهات حکمیة تحریمیة و وجوبیة، در شبهات موضوعیة، به دلیل اطلاق روایات، فحص را که همان تجربه در جهت کشف واقع است، شرط اجرای

اصول عملیة نمی‌دانند اما در مواردی مثل شک در حصول استطاعت در باب حج، رسیدن مال به حد نصاب شرعی در باب زکات، اشتباه دماء ثلاثه در زنها، جستجو برای یافتن آب قبل از تیمم و آنچه که شارع به آنها اهتمام دارد مثل نفوس و اعراض مردم می‌گویند بنای عقلا بر فحص است (انصاری، ۱۳۸۱: ۴۴۱/۲ و ۴۴۲) و بعضی از بزرگان معتقدند عقل، بنای عقلا و وجدان حکم می‌کند که در تمام موضوعات فحص و جستجو بشود و مسامحه در ترک آن در صورت امکان، مخصوصاً زمانی که رفع شبهه سهل، و مشتبه مهم باشد، قابل قبول نیست (ر.ک: سبحانی، ۱۳۶۷: ۵۹/۳).

لااقل در مواردی که فحص و جستجو لازمهٔ احقاق حق است ضرورت آن به خوبی از کلام فقها و روایات قابل استفاده است.

### نتیجه‌گیری

بینه، به معنای روشن کردن، وضوح و انکشاف و دلالت واضح اعم از عقلی و محسوس است و هر نوع برهان و دلیلی که آشکارکنندهٔ حق از باطل باشد، بینه نامیده می‌شود و بینة شرعی مصداقی از مطلق بینه و در نبود بینة واقعی و وجدانی، درجه‌ای از اعتبار را دارد که بینة وجدانی دارد.

در معنای شرعی بینه دو نظریه وجود دارد: یکی اینکه بینه در شرع فقط به معنای شهادت دو شاهد است. دوم اینکه بینه در شرع به معنای مطلق حجت شرعی است که خبر واحد نیز از آن جمله است.

داخل کردن خبر واحد ثقه در بینة شرعی و در نتیجه امکان اثبات موضوعات از این طریق، به دو صورت امکان‌پذیر است: یکی اینکه دامنهٔ «بینة شرعی» را گسترش داده و آن را به معنای مطلق حجت شرعی بگیریم. دوم اینکه «بینة شرعی» را به شهادت محدود کنیم اما شهادت و روایت را به لحاظ ماهوی یکی بدانیم.

وحدت و عدم وحدت شهادت و روایت دارای آثار مهمی است؛ حجیت شاهد واحد اعم از زن و مرد، برده و آزاد، در غیر موارد منصوص، و رجوع به مرجحات باب تعادل و تراجیح در تعارض شهادت و حل تردیدهای موجود دربارهٔ حجیت ترجمه مترجم، نظر کارشناس، بازگویی اشتباه دیگری در عبادات، گزارش

گزارشگر و خبره را می‌توان از آثار اتحاد ماهوی بین روایت و شهادت برشمرد.

تعدد شهادت، به عنوان قاعده کلی از روایات قابل استفاده نیست و آنچه که هست مربوط به موارد خاص است. آیات شریفه «و استشهدوا شهیدین من رجالکم... و أشهدوا إذا تبایعتم» و «و أشهدوا ذوی عدل منکم» نیز دلالت بر لزوم تعدد شهادت در مقام ادا ندارند؛ زیرا این آیات در مقام اشهاد و تحمل شهادتند و مقام اشهاد با ادای آن در عدد ملازمه ندارد.

در قوانین دو نوع شهادت وجود دارد: یکی شهادت شرعی که بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد در آن شرط است اما دایره جریان آن محدود است و نسبت به امارات از قبیل تصرف مالکانه از ارزش کمتری برخوردار است و دیگری شهادت تکمیلی که جهت مزید اطلاع استماع می‌شود.

موضوعهایی که بالوجدان حقیقت را نمایان می‌کند به دو بخش برهانی و حسی قابل تقسیم است: بخش حسی گاه همچون حرارت برای آتش بر همه آشکار است و گاه کشف آن با کاوش و آزمایشهای علمی و تجربی پیچیده بر روی اشیا همچون دی ان ای (DNA) به دست می‌آید. نتایج به دست آمده از آزمایشهای تجربی را می‌توان به سه دسته احتمالی، ظنی و یقینی تقسیم کرد و حجیت ظن حاصل از این گونه تجربه‌ها به عنوان ظن خاص مورد اختلاف است.

در آیات شریفه قرآن واژه‌های امتحن، ابتلی، خبر و خیبر و مشتقات آنها به معنای آزمودن به کار رفته است. همچنین تجربه در روایات، به دلیل آثار مفید و فراوانی که دارد مورد سفارش واقع شده است. فقها نیز در موارد متعددی از جمله تشخیص میزان نقصان شنوایی از تجربه بهره گرفته‌اند. در عین حال اصولیان بر خلاف شبهات حکمیة تحریمیة و وجوبیه در شبهات موضوعیه، به دلیل اطلاق روایات، فحص را که همان تجربه در جهت کشف واقع است شرط اجرای اصول عملیه نمی‌دانند هرچند عقل، بنای عقلا و وجدان حکم می‌کند که در تمام موضوعات فحص و جستجو بشود و مسامحه در ترک آن، مخصوصاً زمانی که رفع شبهه سهل و مشتبّه مهم باشد، قابل قبول نیست و در مواردی که فحص و جستجو لازمه احقاق حق است ضرورت آن به خوبی از کلام فقها و روایات قابل استفاده است.

### کتاب‌شناسی

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن، *القضاء*، چاپ دوم، قم، دار الهجره، ۱۴۰۴ ق.
۲. ابن ابی الحدید، *شرح نهج البلاغه*، بیروت، دار احیاء الکتب العربیه، ۱۳۷۸ ق.
۳. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، *السرائر*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن جوزی، عبدالرحمن، *زاد المسیر*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۷ ق.
۵. ابن حمزه طوسی، ابو جعفر محمد بن علی، *الوسیله*، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ ق.
۶. ابن سلمه، احمد بن محمد، *شرح معانی الآثار*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۶ ق.
۷. ابن عساکر دمشقی، ابوالقاسم، *تاریخ مدینه دمشق*، دار الفکر، ۱۴۱۵ ق.
۸. ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۷ ق.
۹. ابن کثیر، محمد، *السیره النبویه*، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۹۶ ق.
۱۰. ابن منظور، لسان العرب، ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
۱۱. اردبیلی، ملا احمد، *مجمع الفائده و البرهان*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ ق.
۱۲. انصاری، مرتضی، *الرسائل*، قم، مؤسسه مطبوعاتی دینی، ۱۳۸۱ ش.
۱۳. همو، *القضاء و الشهادت*، قم، باقری، ۱۴۱۵ ق.
۱۴. بجنوردی، محمدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهدی، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. بحر العلوم، سید محمد، *بلغه الفقهیه*، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق.
۱۶. بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضره*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۱۷. تستری، نورالله، *احقاق الحق*، بی تا.
۱۸. حائری، سید کاظم، *القضاء فی الفقه الاسلامی*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، و سائل الشیعہ، چاپ چهارم، قم، آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. خطاب رعینی، محمد بن محمد، *مواهب الجلیل*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۶ ق.
۲۱. حکیم، سید محسن، *حقائق الاصول*، چاپ پنجم، قم، بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۲۲. حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام*، چاپ دوم، تهران، استقلال، بی تا.
۲۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تذکره الفقهاء*، تبریز، المطبعة الرضویه، بی تا.
۲۴. همو، *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. همو، *مختلف الشیعہ*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۶. حمیری قمی، ابوالعباس عبدالله بن جعفر، *قرب الاسناد*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. خوبی، سید ابوالقاسم، *الصوم*، قم، لطفی، ۱۳۶۴ ش.
۲۸. همو، *الطهاره*، چاپ دوم، قم، لطفی، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. همو، *الصلاه*، چاپ سوم، قم، دار الهادی، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. روحانی، سید محمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، چاپ سوم، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۳۱. سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول* (تقریرات درس اصول امام خمینی)، قم، دار الفکر، ۱۳۶۷ ش.
۳۲. سرخسی، ابوبکر، *اصول السرخسی*، تحقیق ابوالوفاء الافغانی، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. شانہ چی، کاظم، *درایة الحدیث*، چاپ سوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۲ ش.
۳۴. شوکانی، محمد بن علی بن محمد، *نیل الاوطار*، بیروت، دار الجیل، ۱۹۷۳ م.
۳۵. شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، کتابخانه مفید، بی تا.

۳۶. شهید ثانی، زین‌الدین جبعی عاملی، *الروضه البهیه (شرح لمعه)*، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.  
 ۳۷. همو، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.  
 ۳۸. صدوق، محمد بن علی، *الخصال*، تحقیق علی‌اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، بی‌تا.  
 ۳۹. همو، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ ق.  
 ۴۰. سنه‌اجی قزاقی، احمد بن ادريس، *الفروق*، دار الکتب العلمیه، ۱۹۹۸ م.  
 ۴۱. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.  
 ۴۲. طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان*، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۰۶ ق.  
 ۴۳. طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، تحقیق سیداحمد حسینی، چاپ دوم، قم، مکتب النشر الثقافه الاسلامیه، ۱۴۰۸ ق.  
 ۴۴. طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار*، چاپ چهارم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ ش.  
 ۴۵. همو، *التبیین فی تفسیر القرآن*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.  
 ۴۶. همو، *الخلافت*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.  
 ۴۷. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه الرضویه، ۱۳۸۷ ق.  
 ۴۸. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ق.  
 ۴۹. عاملی، سیدمحمد، *مدارک الاحکام*، قم، آل‌البیت، ۱۴۱۰ ق.  
 ۵۰. عسقلانی، ابن حجر، *فتح الباری*، چاپ دوم، بیروت، دار المعرفه، بی‌تا.  
 ۵۱. علم‌الهدی، سید مرتضی، *الانتصار*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.  
 ۵۲. همو، *الذریعه الی اصول الشریعه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶ ش.  
 ۵۳. همو، *الناصریات*، رابطه الثقافات و العلاقات الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.  
 ۵۴. غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، انواری، ۱۴۱۸ ق.  
 ۵۵. غزالی، محمد، *المستصفی فی علم الاصول*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.  
 ۵۶. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، دار الهجره، ۱۴۰۹ ق.  
 ۵۷. فیروزآبادی الهورینی، شیخ نصر، *القاموس المحیط*، بی‌تا.  
 ۵۸. قمی، میرزا ابوالقاسم، *قوانین الاصول*، چاپ سنگی.  
 ۵۹. کاشف‌الغطاء، جعفر، *کشف الغطاء*، چاپ سنگی، اصفهان.  
 ۶۰. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد*، قم، آل‌البیت، ۱۴۰۸ ق.  
 ۶۱. کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، چاپ سوم، آخوندی، ۱۳۸۸ ق.  
 ۶۲. گلپایگانی، محمدرضا، *کتاب الشهادات*، قم، دار القرآن الکریم.  
 ۶۳. همو، *کتاب القضاء*، قم، دار القرآن الکریم.  
 ۶۴. مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الوفاء، بی‌تا.  
 ۶۵. مزنی، اسماعیل، *مختصر المزنی*، بیروت، دار المعرفه، بی‌تا.  
 ۶۶. مناوی، محمد عبدالرؤوف، *فیض التدریر شرح الجامع الصغیر*، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.  
 ۶۷. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، چاپ سوم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۴۷ ش.  
 ۶۸. نراقی، ملااحمد، *مستند الشیعه*، مشهد، آل‌البیت، ۱۴۱۵ ق.  
 ۶۹. نوری طبرسی، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل*، آل‌البیت، ۱۴۰۸ ق.  
 ۷۰. نووی، محیی‌الدین، *المجموع*، بیروت، دار الفکر، بی‌تا.

## آثار ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین\*

- مهدی علیزاده<sup>۱</sup>
- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

### چکیده

قرارداد جانشینی در بارداری از پیچیدگی‌های ویژه‌ای برخوردار است، چرا که علاوه بر آثار عمومی قراردادها، آثار خاصی را در بر می‌گیرد. چگونگی تعهدهای مادر جانشین و والدین حکمی در مقابل یکدیگر و خودداری آنها از ایفای تعهدات می‌تواند مسائل مهم بسیاری را در آثار عمومی قرارداد ایجاد کند. از سوی دیگر، اجرای قرارداد مطابق مفاد نیز موجب می‌شود تا مباحث جدیدی در مورد نسب فرزند ناشی از جانشینی در بارداری، چگونگی محریت و یارث وی مطرح شود که ضرورت دارد از نظر فقهی - حقوقی بررسی شود. در این نوشتار تلاش شده تا بر پایه مبانی و منابع فقه امامیه و حقوق ایران آثار ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین بررسی و تبیین گردد.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۵/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۰/۲۶.

واژگان کلیدی: رحم جایگزین، قرارداد جانشینی در بارداری، باروری کمکی، مادر جانشین، والدین حکمی، حقوق خصوصی.

### مقدمه

وضعیت استفاده از رحم جایگزین (علیزاده، ۱۳۸۵: ۱۷۷) و همچنین ماهیت قرارداد آن (همو، ۱۳۸۶: ۱۴۹) بر پایه دو دانش فقه و حقوق پیش از این بررسی شد و مشخص گردید، در نظام حقوقی ایران، قانون خاص، رأی وحدت رویه و یا رویه قضایی که به جانشینی در بارداری اختصاص یافته باشد و حکم قانونی آن را تبیین کند، وجود ندارد. با وجود این، تبیین گردید که بنا بر قواعد عمومی قراردادها، همچنین قوانین متناسب با این موضوع مانند قانون مدنی و قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب تیرماه ۸۲ از یک سو و بنا بر مبانی و منابع فقهی، فتاوا و استفتائات از سوی دیگر، استفاده از این شیوه جانشینی، بدون ایجاد عقد نکاح بین مادر جانشین و صاحب اسپرم برای برخی از زوجهای نابارور و با ایجاد عقد نکاح مزبور برای تمامی زوجهای نابارور جایز است و آنها می‌توانند چنین شیوه‌ای را به طور مستقیم یا با تمهید مقدماتی، موضوع قراردادی مانند اجاره اشخاص قرار دهند و در نتیجه، تعهدات و قراردادهایی را با مادر جانشین، زوجهای دیگر و یا اشخاص ثالثی که به نحوی با این موضوع مرتبط می‌گردند، منعقد کنند.

در این نوشتار تلاش می‌شود، تا بر پایه مبانی و منابع فقه امامیه و حقوق ایران، آثار ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین بررسی شود و تبیین گردد که در صورتی که اشخاص اقدام به انعقاد چنین قراردادی نمایند، آثار، احکام و نتایج نقض تعهدات قرارداد مزبور به چه وضعیتی می‌باشد.

انعقاد هر قراردادی و در شمار آنها قرارداد جانشینی در بارداری موجب می‌شود تا آثار، احکام و تعهدهای عامی ایجاد شود و طرفهای آن متعهد به انجام اموری شوند. اما قرارداد جانشینی در بارداری، علاوه بر آثار عمومی فوق، آثار خاص دیگری مانند وضعیت رابطه نسبی فرزند متولدشده با والدین حکمی و مادر جانشین، محرمیت فرزند با آنان و همچنین کیفیت ارث‌بری وی از آنان یا به عکس را نیز دربردارد که نیاز است تا به آنها پرداخته شود که به ترتیب زیر بررسی می‌شود.

## ۱. آثار و نتایج عمومی

### ۱-۱. تعهدهای مادر جانشین

اجیر در قرارداد اجاره اشخاص به طور معمول متعهد می‌شود تا کار مورد تعهد را مطابق شرایط قرارداد، عرف مرسوم و قواعد شغلی، اجرا، موضوع کار را تسلیم و کالا را تا زمان تحویل به مستأجر حفظ کند و مستأجر متعهد به قبض کالا یا پذیرش کار و پرداخت اجرت است (کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۷۴: ۵۷۸/۱).

این آثار عمومی، در قرارداد جانشینی در بارداری مبتنی بر اجاره اشخاص نیز جاری است، اما به دلیل ارتباط چنین قراردادی با شخصیت جسمانی و معنوی انسان تفاوتی نیز دارد. مادر جانشین به موجب قرارداد جانشینی متعهد می‌شود تا مطابق شرایط قرارداد، عرف مرسوم در بارداری و اصول پزشکی، تخمک بارور شده یا جنین والدین حکمی را در رحم خویش به مدت معینی نگهداری کند و با رعایت اموری که برای سلامتی خود و جنین ضرورت دارد، آن را پرورش دهد و پس از طی زمان بارداری و زایمان، فرزند را به والدین حکمی تحویل دهد.

به این ترتیب اجیر (مادر جانشین) در قرارداد جانشینی در بارداری، مباشر خاص است و عمل بارداری و زایمان باید به وسیله خود او انجام شود، مگر آنکه بر اساس قرارداد جانشینی، مادر جانشین اجازه واگذاری چنین عملی را با رعایت شرایط لازم به زن دیگر داشته باشد. اگر چنین اجازه‌ای را نداشته باشد و پس از انعقاد قرارداد قبل از بارداری از انجام تعهد خودداری کند، دادگاه می‌تواند او را اجبار به انجام تعهد کند. هرگاه اجبار از این راه نیز ممکن نشود، والدین حکمی حق فسخ قرارداد و مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهد را پیدا می‌کنند. اما اگر خودداری بعد از بارداری باشد، مسئله دشوار می‌شود، به ویژه هنگامی که خودداری منجر به ارتکاب جرایم نسبت به اشخاص و آسیبهای جسمانی علیه جنین شود. موضوع خودداری از انجام تعهد در این وضعیت، علاوه بر جنبه حقوقی، جنبه کیفری نیز پیدا می‌کند.

بر پایه مباحث مسئولیت مدنی قراردادی، والدین حکمی می‌توانند خساراتی را مطالبه کنند که مسلم، مستقیم، مشروع، شخصی، جبران‌نشده و قابل پیش‌بینی باشد

(کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۷۸/۱). بنابراین، والدین حکمی می‌توانند در صورتی که مادر جانشین به تعهد قراردادی خود پس از انعقاد قرارداد و پیش از بارداری عمل نکند، هزینه‌های پرداختی مختلف مانند هزینه آزمایشات، امور درمانی و امور مقدماتی دیگری که برای این امر ضرورت داشته و همچنین وجه التزامی را که مادر جانشین در قرارداد متعهد شده تا در صورت عهده‌شکنی به والدین حکمی بپردازد، مطالبه کنند (همان: ۲۴۳/۱). والدین در قسم اخیر می‌توانند وجه التزام را مطالبه کنند، هرچند که از تخلف مادر جانشین خسارتی به بار نیامده باشد و آنان در این باره نیازی به اثبات خسارت ندارند. اما اینکه عهده‌شکنی مادر جانشین موجب وقوع خسارت احتمالی در آینده شود، با توجه به موضوع قرارداد جانشینی در بارداری امری دور از انتظار است و با فرض آنکه تحقق پیدا کند، در صورتی که نتیجه مسلم و مستقیم وضع فعلی والدین حکمی زیان‌دیده باشد، با استفاده از ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی می‌توان آن را در حکم خسارت مسلم و مستقیم کنونی برشمرد. گرچه درباره زیانهای آینده مانند زیانهای گذشته، یقین و قناعت وجدانی به دست نمی‌آید و همه چیز احتمالی است. بنابراین، درباره میزان زیانهای احتمالی به ظن قوی و نزدیک به یقین که در حکم علم و مبنای بسیاری از احکام است، استناد می‌شود (همان: ۲۷۹/۱).

موضوع دیگر آنکه مفاد تعهد جانشینی در بارداری، ناظر به نتیجه حاصل از بارداری نیست، بلکه به نظر می‌رسد، تعهد ناظر به انجام پاره‌ای از مواظبتها و کوششها برای حفظ جنین و رشد آن است، چراکه زنده و سالم ماندن و یا نماندن جنین و همچنین رشد کردن یا نکردن جنین، از توان و اراده مادر جانشین خارج است. بنابراین، مادر جانشین، کافی است ثابت کند که مطابق شرایط قرارداد و عرف مرسوم در بارداری و پزشکی، تمام کارهایی را که لازمه بارداری بوده است، انجام داده و در این باره کوتاهی نکرده است. اما تعهد مادر جانشین به تحویل نوزاد پس از زایمان، ناظر به نتیجه است و در صورت خودداری از آن باید علت خارجی را که مانع کار او شده است، ثابت کند تا از مسئولیت آن مبرا شود. این علت باید خارجی باشد به گونه‌ای که نتوان آن را به متعهد مربوط کرد (قانون مدنی، ماده ۲۲۷)، دیگر آنکه غیر قابل پیش‌بینی باشد و شخص بر حسب عادت، انتظار وقوع آن را

نداشته باشد، همچنین باید احترازناپذیر باشد و شخص نتواند آن را دفع کند (قانون مدنی، ماده ۲۲۹) و گرنه مسئول است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۸۹/۱؛ همو، قواعد عمومی، ۱۳۷۴: ۸۱۱/۴). موضوع دیگر آنکه مادر جانشین به موجب قرارداد جانشینی در بارداری وظیفه دارد تا همانند هر امین دیگری از نوزاد متولدشده تا زمان تحویل به والدین حکمی، به دور از افراط و تفریط نگاهداری و حضانت کند. اگر در بحث نسب اثبات شود که مادر جانشین، مادر نسبی است، نگهداری و حضانت از نوزاد متولدشده مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی هم حق و هم تکلیف اوست. اما اگر چنین نسبی اثبات نشود، این حضانت تکلیفی است که در نتیجه قرارداد جانشینی در بارداری ایجاد می‌شود.

## ۲-۱. تعهدهای والدین حکمی

همان‌گونه که مادر جانشین ملزم است نوزاد را به والدین حکمی تحویل دهد، والدین حکمی نیز ملزمند نوزاد را در موعد مقرر تحویل بگیرند و گرنه باید خسارات ناشی از تأخیر خود مانند هزینه‌های خوراک، پوشاک، درمان، از کارافتادگی، اجرت‌المثل نگهداری و شیردهی را جبران کنند. همچنین، والدین حکمی ملزمند با تمام شدن کار موضوع قرارداد، اجرت مادر جانشین را بپردازند و به نظر می‌رسد که زایمان پایان کار موضوع قرارداد باشد، مگر آنکه شرایط قرارداد به گونه‌ای دیگر تنظیم شده و دوران شیردهی را شامل شود.

## ۲. آثار و نتایج اختصاصی

قرارداد جانشینی در بارداری، علاوه بر آثار عمومی فوق، آثار خاص دیگری مانند وضعیت رابطه نسبی فرزند متولدشده با والدین حکمی و مادر جانشین، حریمیت فرزند با آنان و همچنین کیفیت ارث‌بری وی از آنان یا به عکس را نیز در بر دارد که نیاز به بررسی دارد.<sup>۱</sup>

وضعیت رابطه نسبی چنین فرزندی با والدین حکمی و مادر جانشین، در میان آثار خاص دیگر، نقش مبنایی دارد، چراکه اثبات یا عدم اثبات آن، بر وضعیت دیگر آثار،

۱. مشابه این آثار در قرارداد اجاره شخص دایه برای شیردهی نوزاد نیز تقریباً مطرح می‌باشد.

تأثیر مستقیم دارد و می‌تواند مبنای اثبات یا نفی وضعیتهای محرمیت و ارث‌بری گردد. پس ضرورت دارد، نخست به وضعیت رابطه نسبی چنین فرزندی پرداخته شود تا با بهره‌بری از نتایج این بررسی، وضعیت دیگر آثار نیز مشخص گردد.

## ۱-۲. نسب فرزندی ناشی از جانشینی در بارداری

مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک و رحم، در تمامی موارد به استثنای مورد رابطه نامشروع زنا، از نظر شرعی پدر و مادر نسبی فرزند محسوب می‌شوند و در این باره اختلافی نیست (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲۲/۳۱ و ۲۵۶/۲۹)، اما بین فقهای امامیه درباره نسب مادری زن صاحب تخمک و یا زن صاحب رحم با فرزندی که در اثر شیوه جانشینی در بارداری به دنیا آمده، اختلاف است. بیشتر فقهای معاصر زن صاحب تخمک (خمینی (امام)، بی تا: ۶۲۳/۲؛ روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۳۹۴)، برخی زن صاحب رحم (تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۳؛ روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۴۰۶) و برخی هر دو را مادر نسبی فرزند بر شمرده‌اند (روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۳۹۵) و برخی زن صاحب تخمک را مادر نسبی و زن صاحب رحم را مادر عرفی فرزند دانسته‌اند (همان: ۳۹۴) و برخی نیز تعیین مادر در این مورد را از نظر شرعی مشکل دانسته و رعایت احتیاط بین آنها را ضروری می‌دانند (سیستانی، ۱۴۱۶: ۴۵۹/۱؛ همو، ۱۴۱۷: ۴۳۲).

قانون مدنی ایران درباره نسب پدری و مادری، مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک و رحم، از فقه امامیه پیروی کرده و بر مقررات آن، چیزی نفیاً یا اثباتاً نیفزوده است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۶/۲؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۰: ۴۲/۲ و ۱۰۶). از مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک و رحم، در تمامی موارد به استثنای رابطه نامشروع زنا، از نظر قانونی، پدر و مادر نسبی فرزند محسوب می‌شوند. اما قانون مدنی، نسبت به وضعیت نسبی این فرزند با زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم ساکت است. پس می‌توان با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی حکم چنین موضوعی را در منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر جستجو کرد.

از نظر فقهی، دلیل معذرت مکلفینی که مقلد هستند، عمل به فتوای مرجعشان است.

اما برای آنکه وضعیت فقهی و حقوقی نسب فرزند ناشی از جانشینی در بارداری با تفصیل بیشتری تبیین گردد، می‌توان از مفهوم نسب متعارف و شرایط لازم برای ایجاد آن در فقه و حقوق بهره برد و بررسی کرد که مفهوم و شرایط مزبور درباره فرزند ناشی از جانشینی نیز صدق می‌کند یا نه و آیا می‌تواند این رابطه نسبی، بین والدین حکمی و مادر جانشین و چنین فرزندی نیز برقرار شود؟ به دلیل چنین ضرورتی، نخست مفهوم و شرایط لازم برای ایجاد نسب متعارف در فقه و حقوق به اختصار بررسی و سپس با استفاده از یافته‌های آن وضعیت نسب ناشی از جانشینی در بارداری تبیین می‌شود.

نسب در لغت به معنای خویشاوندی (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۲۷۱/۷؛ جوهری، ۱۴۰۷: ۲۴۴/۱؛ ابن منظور، ۱۴۰۵: ۷۵۵/۱؛ معین، ۱۳۶۰: ۴۷۱۴/۴)، اصل و نژاد (معین، ۱۳۶۰: ۴۷۱۴/۴؛ دهخدا، ۱۳۳۵: ۴۶۹/۴۳) به کار رفته است. اما درباره مفهوم اصطلاحی آن می‌توان گفت، تعریفی از سوی شارع که بیانگر وجود مفهوم حقیقت شرعیه برای این واژه در فقه و همچنین تعریفی از سوی قانونگذار ایران که بیانگر وجود مفهوم قانونی برای آن در قانون ایران باشد، موجود نیست. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که شارع و قانونگذار تبیین ماهیت و مفهوم نسب را به عرف واگذار کرده است، چرا که اگر ماهیت و مفهومی غیر از این مقصود می‌بود، منطبق تشریح و تقنین چنین اقتضا و ایجاب می‌کرد که آن را بیان کند تا قبح عدم بیان و یا قبح تأخیر بیان از زمان احتیاج لازم نیاید.

چنین استدلال و استنباطی، فقها و حقوقدانان را بر آن داشته است تا بکوشند با بهره‌بری از ماهیت و مفهوم این واژه در عرف، تعریف اصطلاحی متناسبی را تبیین کنند، به گونه‌ای که بتوان با استفاده از آن، ماهیت و مفهوم نسب را شناسایی کرد و نسب مصادیق خارجی را تشخیص داد و آن را به دیگران نیز شناساند.

تعاریف اصطلاحی فقهی و حقوقی که تا کنون برای این مقصود بیان شده است، بسیار نزدیک به یکدیگر می‌باشد و تفاوت اندکی با هم دارد. برای مثال، برخی نسب را چنین تعریف کرده‌اند:

نسب عبارت از منتهی شدن رابطه ولادت شخصی به شخص دیگر (مانند فرزند به پدر) و یا دو شخص به شخص ثالث (مانند دو برادر به پدر) است، به طوری که ولادت مزبور شرعی و یا در حکم آن باشد و در عرف نیز نسب بر آن صدق کند

(علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۴۱/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۰/۸؛ طباطبایی، ۱۴۰۴: ۳۳۴/۲؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۱۰/۱۹؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۷/۳۹؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۸۱/۵).

تعریف اصطلاحی فوق درباره نسب، تعریفی است که در منابع فقهی بسیار متداول می‌باشد و تقریباً تمامی فقها در تعریف نسب، با اندک اضافاتی که بیشتر مربوط به گستره آن می‌باشد و آن را مشخص تر می‌نماید، همین تعریف را بیان کرده‌اند. اصل این تعریف را علامه حلی در قرن هفتم هجری قمری مطرح کرده و به تدریج از سوی فقهای دیگر مانند شهید ثانی، سیدعلی طباطبایی، محقق نراقی و محمدحسن نجفی نیز مقبولیت پیدا کرده و تکمیل گردیده است. در بین حقوقدانان نیز محمد عبده این تعریف را برگزیده و حتی می‌توان گفت که منشأ دیگر تعاریف حقوقی نیز قرار گرفته است.

برخی حقوقدانان، نسب را رابطه یا وابستگی خونی و حقوقی می‌دانند و می‌گویند: [نسب] رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱/۲).

و یا

در اصطلاح حقوقی با توجه به کتاب هشتم قانون مدنی [نسب] وابستگی خونی و حقوقی بین افراد را گویند (صفایی و امامی، ۱۳۸۰: ۳/۲).

برخی دیگر از حقوقدانان نسب را چنین تعریف می‌کنند:

نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد (امامی، ۱۳۷۰: ۱۵۱/۵).

تحلیل تعاریف فوق، بیانگر آن است که تمامی این تعاریف با آنکه از جهت گستره با یکدیگر تفاوت دارد، به دلیل برخوردار بودن از تعبیری مانند «ولادت»، «انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد»، «رابطه خونی» و «وابستگی خونی» دارای وجه مشترک هستند و تمامی آنها برقراری رابطه نسبی بین دو یا چند شخص را ناشی از رابطه ولادت و منتهی شدن رابطه ولادت شخصی به شخص دیگر بر شمرده‌اند،

چراکه رابطه خونی و یا وابستگی خونی تنها از این راه ایجاد می‌شود، مشروط بر اینکه ولادت شرعی، قانونی و در حکم آنها باشد و ولادت یکی از آنها و یا هر دوی آنها با توجه به رعایت فاصله عرفی متناسبی به دیگری و یا شخص ثالثی منتهی شود. پس بنا به این تعاریف، نسب یا رابطه نسبی، ناشی از رابطه ولادت شرعی یا قانونی و در حکم آنهاست و عنصر ولادت با چنین کیفیتی، نقشی اساسی در ایجاد رابطه نسبی بین آنها دارد تا بدان پایه که یکی از ارکان بسیار مهم آن است و بدون آن، رابطه نسبی بین این افراد ایجاد نمی‌شود.

آیه «الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هنّ أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتی ولدنهم...» (مجادله/ ۲) که در تبیین مفهوم «مادر» و در صدد جلوگیری از ایجاد انحراف در مفهوم عرفی آن است، بیان می‌کند: «کسانی که همسرانشان راظهار می‌کنند [و می‌گویند: تو نسبت به من به منزله مادرم هستی، این‌طور نیست]، آنان هرگز مادرانشان نیستند، مادرانشان تنها کسانی هستند که آنها را به دنیا آورده‌اند...». از این آیه نیز می‌توان شرطیت و ضرورت وجود رابطه ولادت و منتهی شدن رابطه ولادت اشخاص با یکدیگر را برای برقراری رابطه نسبی بین دو یا چند شخص و یا حداقل بین فرزند و مادر تحصیل کرد، چراکه منطوق آیه دلالت بر این دارد که شرط برقراری نسبت مادری بین یک زن و یک شخص آن است که شخص از آن زن به دنیا آمده باشد، به بیانی دیگر، رابطه ولادت بین آنها برقرار باشد و ولادت چنین شخصی به آن زن منتهی شود.

پس از تبیین نقش رابطه ولادت در ایجاد رابطه نسبی، بحث مهم دیگری که در این باره می‌تواند طرح و بررسی شود، این است که آیا رابطه ولادت امری بسیط است و دارای مفهوم واحدی می‌باشد؟ یا اینکه دارای فرایندی چندگانه است و بر پایه اینکه گستره آن چه فرایندهایی را در بر می‌گیرد، می‌تواند دارای مفهوم عام و خاص باشد. دیگر آنکه در صورتی که رابطه مزبور بسیط نباشد، این موضوع نیز مطرح می‌باشد که آیا تأثیر فرایندهای چندگانه آن در ایجاد رابطه ولادت بین شخصی به شخص دیگر و انتساب نسب آنها به یکدیگر و همچنین انتقال ویژگیهای جسمانی و شخصیتی اشخاص یکسان است یا آنکه تأثیرات متفاوتی بر کیفیت ایجاد چنین اموری دارد و این



تفاوتها نیز می‌تواند بر رابطه بین اشخاص تأثیر بگذارد و چنین رابطه‌ای را متفاوت کند. بدیهی است که رابطه ولادت امری بسیط نیست، چراکه دارای فرایند چندگانه‌ای مانند تحصیل اسپرم و تخمک، باروری تخمک با اسپرم، بارداری و زایمان است و به دلیل آنکه مفهوم ولادت و رابطه ولادت در گستره‌های متفاوت استعمال شده است، می‌تواند دارای دو مفهوم عام و خاص باشد. رابطه ولادت در مفهوم خاص به زایمان یا بارداری و زایمان بدون توجه به کیفیت مراحل تحصیل اسپرم و تخمک و باروری تخمک و بالعکس اطلاق می‌شود. حال آنکه ولادت در مفهوم عام، دربرگیرنده تمامی مراحل مختلف و فرایندهای چندگانه است که با باروری تخمک با اسپرم آغاز و با طی مراحل دوران بارداری و سپس زایمان پایان می‌پذیرد. مفهوم عام در مقایسه با مفهوم خاص، کثرت استعمال بیشتری دارد و در اغلب موارد، مقصود از ولادت همان مفهوم عام آن است و انصراف به آن دارد.

با اینکه نقش مراحل و فرایندهای مزبور در ایجاد رابطه ولادت بین شخصی با شخص دیگر و انتساب نسب آنها با یکدیگر و همچنین انتقال ویژگیهای جسمانی و شخصیتی اشخاص یکسان نیست. اما زن صاحب تخمک به دلیل رابطه ژنتیکی چنین فرزندی با وی نقش بیشتری در منتهی شدن انتساب فرزند به خود دارد، چراکه بر پایه برخی از روایات<sup>۱</sup> و همچنین بر اثر یافته‌های دانش پزشکی (عرف خاص) (خاوری و شریعتی، بی‌تا: ۸)، تمام خصوصیات ژنتیکی چنین فرزندی که در ساختار

۱. برای مثال، امام محمد باقر علیه السلام فرمودند: «مردی از انصار با همسر خود شرفیاب محضر رسول مکرم اسلام صلی الله علیه و آله شد و عرض کرد: یا رسول الله! این زن دخترعمو و همسر من است، زنی پاک و عقیق می‌باشد، برای من فرزندی آورده است که چهره‌اش سیاه، لوله‌های بینی او گشاد، موهایش پیچیده و بینی‌اش پهن است. خلاصه طفلی با ممیزات نژادی یک حبشی متولد شده است. نظیر چنین فرزندی در خانواده و اجداد پدری و مادری‌ام نیست. حضرت از زن سؤال کرد: چه می‌گویی؟ زن قسم یاد کرد از هنگامی که من به همسری این مرد درآمده‌ام، با هیچ کس نیامیخته‌ام. حضرت مانند کسی که به فکر فرو رود، سر به زیر انداخت و سپس سر بلند کرد و دیده به آسمان گشود. بعد رو به شوهر کرد و فرمود: بین هر انسان تا حضرت آدم، نود و نه عرق وجود دارد که همه در ساختمان فرزند مؤثر است. هنگامی نطفه در رحم قرار گیرد، عرقها به جنبش افتاده و همه از خدا درخواست دارند که فرزند مزبور، شبیه آنها ساخته شود. این بجه غیر مشابه به شما از همان عرقهای دور است که در اجداد و اجداد اجدادات سابقه دارد. کودک را بگیر که فرزند توست! زن عرض کرد: یا رسول الله صلی الله علیه و آله عقده مرا گشودی و از غصه خلاصم کردی (حرّ عاملی، بی‌تا: ۱۲۸/۱۵).

جسمانی، روانی و شخصیتی وی بسیار مؤثر می‌باشد، متعلق و منتسب به اسپرم مرد و تخمک زن صاحب تخمک است. برای مثال، هسته لویاست که موجب می‌گردد تا گیاه حاصل از آن، لویا شود، نه خاک و یا اسپرم، و تخمک است که موجب می‌گردد تا موجودی انسان یا غیر انسان، سفید یا رنگین پوست شود، نه رحم. حال آنکه زن صاحب رحم، بدون ارتباط با خصوصیات ژنتیکی فرزند، تنها مرحله پرورش و زایمان وی را بر عهده دارد. پس به دلیل وجود ارتباط ژنتیکی مزبور و همچنین انتقال خصوصیات اشخاص از راه ژنتیک، خصوصیات این فرزند به زن صاحب تخمک انتساب پیدا می‌کند تا به زن صاحب رحم.

ظاهراً مطالب فوق درباره شرطیت رابطه ولادت برای ایجاد نسب و توجه به نقش تخمک در انتقال خصوصیات ژنتیکی والدین به فرزندان و همچنین ملاک و معیار قرار دادن اعطای تخمک و باروری آن با اسپرم برای منتهی شدن رابطه ولادتی اشخاص با یکدیگر، مبنای فتوای آن دسته از فقهای است که زن صاحب تخمک را مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری دانسته‌اند (خیمینی (امام)، بی‌تا: ۶۲۳/۲؛ نیز ر.ک: روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۳۹۴؛ حسینی، ۱۴۲۳: ۲۲۵/۲). برای مثال، آیه الله صافی بیان می‌کند: فرزند به حمل کننده تخمک منتسب نمی‌شود، چراکه وی ظرفی برای تخمک محسوب می‌شود (همان).

علاوه بر مطالب فوق، ظاهراً قاعده «الزرع للزراع» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۷۶/۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲۲۵/۵؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۲۵/۵) و مباحث مرتبط به آن نیز به نحوی مورد توجه و استفاده قرار گرفته است.

اما مطالب فوق درباره شرطیت رابطه ولادت برای ایجاد نسب از یک سو و دلالت ظهور آیه ۲ سوره مجادله بر اراده نوعی دیگر از مفهوم خاص برای ولادت؛ یعنی، نتیجه حاصل از عمل بارداری و زایمان بدون توجه به مرحله کیفیت باروری از سوی دیگر، مبنای فتوای آن دسته از فقهای است که زن صاحب رحم را مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری دانسته‌اند (تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۳؛ روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۴۰۶). چراکه می‌توان چنین استدلال کرد، مطابق این آیه، عنوان «ولادت» بر فعل بارداری و زایمان که از زن صاحب رحم صادر می‌شود، صدق می‌کند و شکی در آن نیست، اما

صدق چنین عنوانی بر عمل اعطای تخمک که از زن صاحب تخمک صادر می‌شود، محل شک و تردید است و وقتی دلایلی بر صدق آن وجود نداشته باشد، اصل بر عدم صدق آن است. در نتیجه بین زن صاحب تخمک و فرزند متولدشده در اثر شیوهٔ جانشینی در بارداری، رابطهٔ ولادتی برقرار نمی‌شود و پیرو آن، زن، مادر محسوب نخواهد شد. برای مثال، مرحوم خویی در پاسخ به اینکه کدام یک از این زنها (زن صاحب تخمک یا زن صاحب رحم)، مادر فرزند محسوب می‌شود، می‌فرماید: «... أمّا الأمّ فهي التي حملته و وضعته...» (تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۳)؛ ... اما مادر [فرزند مزبور] زنی می‌باشد که او را حمل و زایمان کرده است.

اما به نظر می‌رسد، بر پایهٔ قراین بسیاری مانند شرایط حاکم در زمان ارائهٔ تعاریف و عدم دستیابی دانش پزشکی به استفاده از شیوهٔ جانشینی در بارداری، مقصود از ولادت در تعاریف فوق در تمام یا حداقل غالب موارد، ولادت به مفهوم عام آن می‌باشد که دربرگیرندهٔ تمامی مراحل مختلف و فرایند مزبور مانند تحصیل اسپرم و تخمک، باروری تخمک با اسپرم، بارداری و زایمان است، نه مفهوم خاص که منحصر در باروری یا ولادت و یا بارداری و ولادت باشد.

پس هرگاه رابطهٔ ولادت ضابطه و معیار برای برقراری نسب باشد و از نظر عرف عام و خاص (پزشکی)، رابطهٔ ولادت دلالت بر مفهوم عام داشته باشد و از رابطهٔ ولادت، مفهوم عام با فرایندهای مزبور اراده شود، زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم هر دو می‌توانند مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری محسوب شوند، بی‌آنکه بحثی از کمیت و کیفیت شرکت آنها در مراحل مختلف رابطهٔ ولادت مطرح باشد، چراکه هر یک از آنها در یک یا چند مرحله از مراحل فرایند رابطهٔ ولادت که عامل ایجاد رابطهٔ نسبی است، شرکت دارند و رابطهٔ ولادت چنین فرزندی به دلیل چنین شرکتی از سوی زن صاحب تخمک و صاحب رحم در این رابطه، می‌تواند به هر دوی آنان منتهی شود و همین اندازه که رابطهٔ ولادت به آنها منتهی شود، برای ایجاد رابطهٔ مادر نسبی بین زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم با چنین فرزندی می‌تواند کافی باشد.

بنابراین، با وجود انتساب خصوصیات ژنتیکی فرزند به زن صاحب تخمک، رابطهٔ ولادتی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری، با توجه به مفهوم عام و دلالت

آیهٔ ۲ سورهٔ مجادله<sup>۱</sup> زن صاحب رحم را هم شامل می‌شود. بنابراین، نمی‌توان نقش زن صاحب رحم را در این باره نادیده گرفت و وی نیز به استناد معیار و ضابطهٔ ضرورت رابطهٔ ولادت برای ایجاد و برقراری رابطهٔ نسبی و همچنین به دلیل شرکت وی در مراحل از فرایند رابطهٔ ولادت، می‌تواند مادر نسبی محسوب شود.

ظاهراً این امر مبنای فتوای آن دسته از فقهای است که زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم هر دو را مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری دانسته‌اند (ر.ک: روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۳۹۵)، چراکه می‌توان چنین استدلال کرد: هر کدام از آنها در رابطهٔ ولادت که ضابطه و معیار ایجاد نسب است، به نوعی شرکت داشته‌اند. برای مثال، آیهٔ الله موسوی اردبیلی در این باره بیان می‌کند:

صاحب اسپرم پدر این فرزند است و زن صاحب تخمک و صاحب رحم هر دو مادر این فرزند هستند (همان).

نابرابری تأثیر تخمک و رحم در ایجاد رابطهٔ ولادت بین شخصی با شخص دیگر و انتساب نسب آنها با یکدیگر و همچنین انتقال ویژگیهای جسمانی و شخصیتی اشخاص موجب گردیده تا برخی از فقها با آنکه مفهوم عام را برای رابطهٔ ولادت پذیرفته‌اند، اما به دلیل آنکه تخمک در مقایسه با رحم نقش مؤثرتری دارد، اصالت را به تخمک بدهند و بین نوع رابطهٔ نسبی زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم تفاوت قائل شوند و زن صاحب تخمک را مادر نسبی و زن صاحب رحم را مادر عرفی بشناسند. برای مثال، آیهٔ الله فاضل لنکرانی در این باره بیان می‌کنند:

صاحب نطفه و تخمک، پدر و مادر او می‌باشند و صاحب رحم مادر عرفی کودک محسوب می‌شود (همان).

تصریح به رابطه‌ای مانند مادر عرفی برای زن صاحب رحم به دلیل اینکه مادر عرفی در شرع دارای احکام خاص و یا احکام متعلق به مادر نسبی مانند حریمیت و ارث نمی‌باشد، تأثیری در بحث ایجاد نمی‌کند. نتیجه اینکه این فتوا در واقع به فتوای

۱. «کسانی که همسرانشان را ظاهر می‌کنند [و می‌گویند: تو نسبت به من به منزلهٔ مادرم هستی، این طور نیست]، آنان هرگز مادرانشان نیستند، مادرانشان تنها کسانی هستند که آنها را به دنیا آورده‌اند...».

قسم اول بازگشت دارد و دارای آثار مترتب بر آن می‌شود.

علی‌رغم آنچه تا کنون بیان گردید، برخی نیز تعیین مادر نسبی در شیوه‌جانشینی در بارداری را از نظر شرعی مشکل دانسته‌اند و رعایت احتیاط بین زنه‌ای صاحب تخمک و صاحب رحم با این فرزند را ضروری می‌دانند (سیستانی، ۱۴۱۶: ۴۵۹/۱). برای مثال، آیه‌الله سیستانی بیان می‌کند:

«فی المسألة احتمالات فلا بد من رعاية الاحتیاط بینهما» (سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۳۲)؛ احتمالاتی در این مسئله وجود دارد، ناگزیر باید بین آن دو رعایت احتیاط شود.

بنابراین، فتاوی‌ای فوق در نهایت به چهار فتوا بازگشت می‌کند: برخی زن صاحب تخمک و برخی زن صاحب رحم و برخی دیگر هر دوی آنها را مادر نسبی فرزند ناشی از شیوه‌جانشینی در بارداری می‌دانند و برخی نیز قائل به احتیاط شده‌اند. مادر نسبی بودن زن صاحب تخمک در مقایسه با فتاوی‌ای دیگر طرفداران بیشتری دارد. به نظر می‌رسد، قانونگذار اگر قول سوم را برگزیند و زن صاحب تخمک و صاحب رحم را مادر نسبی بداند، گرچه خلاف فتوای مشهور عمل کرده است، اما به دلیل آنکه فتوا درباره‌ی آن وجود دارد اشکالی نداشته و خلاف شرع محسوب نمی‌شود.

## ۲-۲. حریمیت

هنگامی که بین دو یا چند شخص رابطه‌ی نسبی یا سببی برقرار شود، آثار متعددی به وجود می‌آید که محرم شدن آنها با یکدیگر، در شمار این آثار است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۴۹۵/۲؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۷۱/۲۹). حریمیت نیز آثار متعددی با خود به همراه دارد که ایجاد مانعیت برای ازدواج آنها با یکدیگر یا با برخی از وابستگان آنها، در شمار این آثار است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۵۰۷/۲؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۹/۲۹؛ خمینی (امام)، بی‌تا: ۲۶۱/۲). اینکه حریمیت ناشی از رابطه‌ی نسبی و سببی مانع برای ازدواج دارندگان چنین رابطه‌ای با هم می‌باشد (ر.ک: نساء/ ۲۳)، اختلافی نیست و فقها و حقوقدانان بر چنین موضوعی اتفاق دارند.<sup>۱</sup>

بین فقها و حقوقدانان درباره‌ی اینکه بین مرد صاحب اسپرم و فرزند ناشی از جانشینی در بارداری رابطه‌ی نسبی برقرار می‌گردد و آنها پدر و فرزند محسوب می‌شوند، اختلافی

۱. مواد ۱۰۴۵ تا ۱۰۴۷ قانون مدنی به این موضوع پرداخته و بر آن دلالت دارد.

وجود ندارد. نتیجه اینکه حکم مانعیت برای ازدواج، به آنها تعلق می‌گیرد، یعنی اگر فرزند دختر باشد، این مرد، پدر، برادران و پسران وی نمی‌توانند با این دختر ازدواج کنند. اما اینکه چنین موضوعی و حکمی درباره‌ی زن صاحب تخمک، زن صاحب رحم و همسر وی نیز جریان دارد و به آنها نیز تعلق می‌گیرد یا نه، موضوعی است که با توجه به مطالب گذشته درباره‌ی نسب، نمی‌تواند یکسان باشد و نیاز به بررسی دارد.

بنا به فتاوی‌ای که زن صاحب تخمک را مادر نسبی دانستند، بدیهی است که بین زن صاحب تخمک و فرزند، رابطه‌ی نسبی برقرار می‌گردد و هرگاه فرزند ناشی از جانشینی در بارداری پسر باشد، زن و فرزند در اثر چنین رابطه‌ای، با یکدیگر محرم می‌شوند، در نتیجه حکم مانعیت برای ازدواج، آنها را در بر می‌گیرد. بر این اساس از نظر مبانی فقه و حقوق، ازدواجی بین این پسر با چنین زنی و همچنین مادر، خواهر و دختران وی نمی‌تواند محقق شود. حال آنکه موضوع درباره‌ی زن صاحب رحم تفاوت دارد و چنین نیست، چراکه بر پایه‌ی این قسم فتاوا، بین زن صاحب رحم و فرزند ناشی از جانشینی در بارداری رابطه‌ی نسبی وجود ندارد و چنین زنی مادر نسبی و محرم فرزند شمرده نمی‌شود و هنگامی که چنین باشد، مانعیتی نیز برای ازدواج بین وی و همچنین مادر، خواهر و دختران وی با این فرزند در صورتی که فرزند پسر باشد، وجود ندارد، مگر آنکه به دلیل تحقق سبب یا اسبابی دیگر بین آنها رابطه‌ی سببی برقرار شود و در اثر ایجاد رابطه‌ی سببی با یکدیگر محرم شوند.

برای مثال، زن صاحب رحم پس از زایمان فرزند ناشی از جانشینی در بارداری را با رعایت شرایط لازم مندرج در فقه و حقوق شیر دهد، نتیجه اینکه در اثر چنین عملی، رابطه‌ی رضاع بین آنها برقرار می‌گردد و زن صاحب رحم، مادر رضاعی فرزند و فرزند نیز فرزند رضاعی زن محسوب می‌شود و به موجب چنین رابطه‌ی سببی و بر اساس قاعده مشهور «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۷۵۳/۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۱۷/۴؛ مصطفوی، ۱۴۱۷: ۳۱۵) با یکدیگر محرم می‌شوند.

مثال دیگر اینکه اگر زن صاحب رحم مجرد باشد و پیش از اقدام به جانشینی در بارداری به همسری مرد صاحب اسپرم درآید و در چنین وضعیتی اقدام به جانشینی در بارداری نماید، در اثر برقراری رابطه‌ی سببی مصاهرت (ازدواج)، بین وی و فرزند

در صورتی که پسر باشد، محرمیت ایجاد می‌شود، چراکه فرزند شوهر زن صاحب رحم محسوب می‌شود.

مثال اخیر همان پیشنهادی است که در بحث وضعیت فقهی - حقوقی استفاده از رحم جایگزین برای برطرف شدن حکم عدم جواز استفاده از شیوه‌جانشینی در بارداری بیان شد. با به کارگیری این عمل، مانعی برای استفاده از شیوه‌جانشینی در بارداری باقی نمی‌ماند. علاوه بر این ثمره، به کارگیری پیشنهاد مذکور موجب می‌شود بین زن صاحب رحم و فرزند ناشی از جانشینی در بارداری محرمیت نیز ایجاد شود.

پیشنهاد اخیر، بین زن صاحب رحم و فرزند مزبور، ایجاد محرمیت می‌کند، اما موضوع عدم محرمیت مادر، خواهر و فرزندان زن صاحب رحم با این فرزند را حل نخواهد کرد. بنابراین، پیشنهاد می‌شود که در صورت نیاز به برقراری چنین محرمیتی، زن صاحب رحم علاوه بر اقدام به ازدواج با مرد صاحب اسپرم، فرزند ناشی از جانشینی در بارداری را پس از زایمان شیر دهد.

وضعیت محرمیت بنا به آن قسم از فتاوا که زن صاحب تخمک را مادر نسبی و زن صاحب رحم را مادر عرفی دانستند، نیز مانند وضعیت فوق است و آنچه در آنجا بیان شد، درباره آن نیز صدق می‌کند.

اما بنا به آن قسم از فتاوا که زن صاحب رحم را مادر نسبی دانستند، بدیهی است که بین زن صاحب رحم و فرزند، رابطه نسبی برقرار می‌گردد و هرگاه که فرزند ناشی از جانشینی در بارداری، پسر باشد، زن و فرزند در اثر چنین رابطه‌ای، با یکدیگر محرم می‌شوند، در نتیجه حکم مانعیت برای ازدواج، آنها را در بر می‌گیرد. بر اساس این از نظر مبانی فقه و حقوق، ازدواج این پسر با چنین زنی و همچنین مادر، خواهر و دختران وی ممنوع و حرام است.

بر پایه این قسم فتاوا، موضوع درباره زن صاحب تخمک تفاوت دارد و به دلیل آنکه بین زن صاحب تخمک و فرزند رابطه نسبی وجود ندارد، چنین زنی مادر نسبی محسوب نمی‌شود و از این جهت محرم نیستند، اما به دلیل آنکه زن صاحب تخمک همسر مرد صاحب اسپرم می‌باشد و چنین فرزند، فرزند شوهر زن صاحب تخمک می‌باشد، به دلیل رابطه سببی مصاهرت (ازدواج) با یکدیگر محرم هستند و ازدواج

آنها حرام است.

مادر، خواهر و دختران زن صاحب تخمک در این قسم، با فرزند مزبور در صورتی که فرزند پسر باشد، نامحرمند، مگر آنکه به دلیل تحقق سبب یا اسبابی دیگر، بین آنها رابطه سببی برقرار شود و در اثر ایجاد این رابطه سببی با یکدیگر محرم شوند. بنا به آن قسم از فتاوا که زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم را مادر نسبی دانستند، وضعیت محرمیت آنان و همچنین مادران، خواهران و فرزندان آنها با فرزند ناشی از جانشینی در بارداری مشخص است و نیازی به بررسی ندارد.

بنا به آن قسم از فتاوا که تعیین مادر نسبی در شیوه‌جانشینی در بارداری را از نظر شرعی مشکل دانسته‌اند و رعایت احتیاط بین زنهای صاحب تخمک و صاحب رحم با فرزند را ضروری می‌دانند، زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم از جهت نسب با فرزند ناشی از جانشینی در بارداری محرم نیستند، اما برای رعایت احتیاط، باید احکام زنان محرم را نسبت به آنها اجرا کنند و با آنان ازدواج نکنند.

البته هرگاه بین مرد صاحب اسپرم با یک یا هر دوی این زنهای رابطه زوجیت برقرار باشد، بین زن یا زنان و فرزند به دلیل تحقق چنین رابطه سببی، محرمیت ایجاد می‌شود و آنها از جهت محرمیت مزبور نمی‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند.

## ۲-۳. ارث

نسب و سببهای زوجیت و ولاء موجبات ارث هستند و هرگاه این عوامل بین اشخاصی ایجاد شود، اشخاص از یکدیگر ارث می‌برند. اشخاصی که به موجب نسب ارث می‌برند، عبارت از سه طبقه «پدر، مادر، فرزندان و فرزندان فرزندان»، «اجداد، برادر، خواهر، فرزندان آنها» و «عموها، عمه‌ها، دایه‌ها، خاله‌ها و فرزندان آنها» می‌باشند. این موضوع در فقه<sup>۱</sup> و حقوق<sup>۲</sup> امری اتفاقی است و در آن اختلافی نیست. بنابراین، بنا بر آن قسم از فتاوا که زن صاحب تخمک را مادر نسبی فرزند ناشی از

۱. این موضوع در بیشتر کتابهای فقهی در باب ارث مطرح شده است (برای نمونه ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹: ۸۱۱/۴؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸: ۴۱۸/۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۲۵/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۰/۱۳؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۱۰/۱۹؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۷/۳۹؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۸۱/۵).

۲. قانون مدنی، مواد ۸۶۱ و ۸۶۲.

جانشینی در بارداری دانستند، زن و فرزند از یکدیگر ارث می‌برند و بنا بر آن قسم از فتاوا که زن صاحب رحم را مادر نسبی چنین فرزندی دانستند، زن و فرزند از یکدیگر ارث می‌برند و بنا بر آن قسم که هر دو زن صاحب تخمک و صاحب رحم را مادر نسبی دانستند، زنان مزبور از فرزند ناشی از جانشینی در بارداری و فرزند نیز از زنان صاحب تخمک و صاحب رحم ارث می‌برند. بنا بر آن قسم از فتاوا که زن صاحب رحم را مادر عرفی دانستند و یا اینکه رعایت احتیاط بین زنان و فرزند را ضروری دانستند، فرزند و زنان مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند، گرچه به مصالحه با یکدیگر سفارش شده‌اند.

### نتیجه‌گیری

مادر جانشین به موجب آثار عمومی قرارداد جانشینی در بارداری متعهد می‌شود تا مطابق شرایط قرارداد، عرف مرسوم در بارداری، اصول پزشکی، تخمک بارور شده یا جنین والدین حکمی را در رحم خویش به مدت معینی نگهداری کند و با رعایت اموری که برای سلامتی خود و جنین ضرورت دارد، آن را پرورش دهد و پس از طی زمان بارداری و زایمان، فرزند را به والدین حکمی تحویل دهد. به این ترتیب اجیر (مادر جانشین) در قرارداد جانشینی در بارداری، مباشر خاص است. اگر وی از انجام تعهد خودداری کند و این خودداری، پس از انعقاد قرارداد و قبل از بارداری باشد، دادگاه می‌تواند او را اجبار به انجام تعهد کند. هرگاه اجبار از این راه نیز ممکن نشود، والدین حکمی حق فسخ قرارداد و مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهد را پیدا می‌کند. اما اگر خودداری بعد از بارداری باشد، مسئله دشوار می‌شود، به ویژه هنگامی که خودداری منجر به آسیب‌های جسمانی به جنین شود. موضوع خودداری از انجام تعهد در این وضعیت، علاوه بر جنبه حقوقی، به دلیل ارتکاب جرائم علیه اشخاص مانند سقط جنین جنبه کیفری نیز پیدا می‌کند.

موضوع دیگر آنکه مفاد تعهد جانشینی در بارداری، ناظر به نتیجه حاصل از بارداری نیست، بلکه به نظر می‌رسد، تعهد ناظر به انجام پاره‌ای از مواظبت‌ها و کوشش‌ها برای حفظ جنین و رشد آن است، چراکه زنده و سالم ماندن و یا نماندن

جنین و همچنین رشد کردن یا نکردن جنین، از توان و اراده مادر جانشین خارج است. بنابراین، مادر جانشین در این باره کافی است ثابت کند که مطابق شرایط قرارداد و عرف مرسوم در بارداری و پزشکی، تمام کارهایی را که لازمه بارداری بوده است، انجام داده و کوتاهی نکرده است. اما تعهد مادر جانشین به تحویل نوزاد پس از زایمان، ناظر به نتیجه است و در صورت خودداری از آن باید علت خارجی را که مانع کار او شده است، ثابت کند تا از مسئولیت آن مبرا شود. همچنین مادر جانشین به موجب قرارداد جانشینی در بارداری وظیفه دارد تا همانند هر امین دیگری از نوزاد متولد شده تا زمان تحویل به والدین حکمی، به دور از افراط و تفریط نگاهداری و حضانت کند.

همان‌گونه که مادر جانشین ملزم است تا نوزاد را به والدین حکمی تحویل دهد، والدین حکمی نیز ملزمند نوزاد را در موعد مقرر تحویل بگیرند و گرنه باید خسارات ناشی از تأخیر خود را جبران کنند. همچنین والدین حکمی ملزمند با تمام شدن کار موضوع قرارداد، اجرت مادر جانشین را بپردازند و به نظر می‌رسد که زایمان، پایان کار موضوع قرارداد باشد، مگر آنکه شرایط قرارداد به گونه‌ای دیگر تنظیم شده باشد.

قرارداد جانشینی در بارداری، علاوه بر آثار عمومی فوق، آثار خاص دیگری مانند وضعیت رابطه نسبی فرزند متولد شده با والدین حکمی و مادر جانشین، محرمیت فرزند با آنان و همچنین کیفیت ارث‌بری وی از آنان یا به عکس را نیز در بر دارد.

مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک و رحم مطابق با مفاد مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ قانون مدنی در تمامی موارد به استثنای رابطه نامشروع زنا، پدر و مادر نسبی فرزند محسوب می‌شوند. اما قانون مدنی، نسبت به وضعیت نسبی این فرزند با زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم ساکت است. پس می‌توان با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی، حکم چنین موضوعی را در منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر جستجو کرد.

بین فقهای امامیه درباره نسب مادری زن صاحب تخمک و یا زن صاحب رحم با فرزندی که در اثر شیوه جانشینی در بارداری به دنیا آمده، اختلاف است. اکثر

فقهای معاصر، زن صاحب تخمک، برخی زن صاحب رحم و برخی هر دو را مادر نسبی فرزند برشمرده‌اند. حال آنکه برخی زن صاحب تخمک را مادر نسبی فرزند و زن صاحب رحم را مادر عرفی فرزند برشمرده‌اند. و برخی نیز تعیین مادر در این مورد را از نظر شرعی مشکل و رعایت احتیاط بین آنها را ضروری دانسته‌اند.

پس از استدلال‌های تفصیلی انجام شده در این باره می‌توان بیان کرد که با وجود انتساب خصوصیات ژنتیکی فرزند به زن صاحب تخمک، رابطه ولادتی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری با توجه به مفهوم عام و دلالت آیه ۲ سوره مجادله زن صاحب رحم را هم شامل می‌شود. بنابراین، نمی‌توان نقش زن صاحب رحم را در این باره نادیده گرفت و وی نیز به استناد معیار و ضابطه ضرورت رابطه ولادت برای ایجاد و برقراری رابطه نسبی و همچنین به دلیل شرکت وی در مراحل از فرایند رابطه ولادت می‌تواند مادر نسبی محسوب شود.

ظاهراً این امر مبنای فتوای آن دسته از فقهای است که زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم هر دو را مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری دانسته‌اند، چراکه می‌توان چنین استدلال کرد، هر کدام از آنها در رابطه ولادت که ضابطه و معیار ایجاد نسب است، به نوعی شرکت داشته‌اند.

اگرچه از نظر فقهی، دلیل معذرت مکلفینی که مقید هستند، عمل به فتوای مرجعشان است. اما از نظر حقوقی، قانونگذار می‌تواند قول مادر نسبی بودن زن صاحب تخمک و صاحب رحم را برگزیند. گرچه این عمل قانونگذار خلاف نظر مشهور است، اشکالی وجود نخواهد داشت، چراکه خلاف شرع عمل نکرده است.

بین فقها و حقوقدانان درباره اینکه بین مرد صاحب اسپرم و فرزند ناشی از جانشینی در بارداری رابطه نسبی برقرار می‌گردد و آنها پدر و فرزند محسوب می‌شوند، اختلافی وجود ندارد. نتیجه اینکه حکم مانعیت برای ازدواج، به آنها تعلق می‌گیرد، یعنی اگر فرزند مزبور دختر باشد، این مرد، پدر، برادران و پسران وی نمی‌توانند با دختر مزبور ازدواج کنند.

این حکم بین زن صاحب تخمک و صاحب رحم با فرزند ناشی از جانشینی در بارداری نیز در صورتی که قانونگذار آنها را مادر نسبی بداند، حاکم خواهد بود.

### کتاب‌شناسی

۱. ابن فهد حلی، *المهذب البارع*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲. ابن منظور، *لسان العرب*، قم، نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵ ق.
۳. اردبیلی، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ ق.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ هشتم، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۷۰ ش.
۵. بجنوردی، سیدمحمدحسین، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۶. تبریزی، میرزا جواد، *صراط النجاه*، دفتر نشر برگزیده، ۱۴۱۶ ق.
۷. جوهری، اسماعیل، *الصحاح*، چاپ چهارم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۷ ق.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، تحقیق شیخ محمد رازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۹. حسینی، سیدشهاب‌الدین، *التلخیص الصناعمی بین العلم و الشریعه*، بیروت، بی تا، ۱۴۲۳ ق.
۱۰. حسینی مراغی، سید عبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. خاوری، هوشنگ و منوچهر شریعتی، *توارث عمومی*، بی تا.
۱۲. خمینی (امام)، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۱۳. خوانساری، سیداحمد، *جامع المدارک*، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ش.
۱۴. دهخدا، علی اکبر، *لغتنامه*، تهران، مجلس شورای ملی، ۱۳۳۵ ش.
۱۵. *روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)*، تهران، جهاد دانشگاهی و سمت، ۱۳۸۰ ش.
۱۶. سیستانی، سیدعلی، *الفتاوی المیسره*، چاپ سوم، قم، مکتب آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۱۷. همو، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۶ ق.
۱۸. شهید ثانی، *الروضه البهیة*، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۹. همو، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۰. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، *حقوق خانواده*، چاپ چهارم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۰ ش.
۲۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، الاعلمی، ۱۴۰۹ ق.
۲۲. طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل*، قم، آل البیت، ۱۴۰۴ ق.
۲۳. علامه حلی، *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۴. علیزاده، مهدی، «ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، شماره ۲۳، ۱۳۸۶ ش.
۲۵. همو، «وضعیت فقهی - حقوقی استفاده از رحم جایگزین»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، شماره ۱۹، ۱۳۸۵ ش.
۲۶. فاضل آبی، *کشف الرموز*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۸ ق.
۲۷. فراهیدی، خلیل، *کتاب العین*، چاپ دوم، دار الهجره، ۱۴۰۹ ق.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، *خانواده*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵ ش.
۲۹. همو، *دوره عقود معین*، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴ ش.
۳۰. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴ ش.
۳۱. همو، *مسئولیت مدنی*، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ش.

٣٢. محقق حلي، شرائع الاسلام، چاپ دوم، تهران، استقلال، ١٤٠٩ ق.  
 ٣٣. مصطفوي، سيد محمد كاظم، مائة قاعدة فقهيہ، چاپ سوم، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٧ ق.  
 ٣٤. معين، محمد، فرهنگ فارسي، چاپ چهارم، تهران، امير كبير، ١٣٦٠ ش.  
 ٣٥. نجفي، محمد حسن، جواهر الكلام، چاپ سوم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٣٦٧ ش.  
 ٣٦. نراقي، مستند الشيعه، قم، آل البيت، ١٤١٥ ق.

# ترجمه چكيده ها

## موجز المقالات

### التعددية القانونية

- الدكتور حسين ميرمحمدصادقي
- أستاذ مساعد بجامعة الشهيد بهشتي

إننا نعيش في عالم الكثرة والتعدد وهذه الظاهرة قابلة للتأمل من جوانب عدة. المسألة المبحوث عنها في هذه المقالة مناقشة المصاديق التي يمكن أن يدخل شخص تحت مظلة القواعد الآمرة المختلفة، كالقواعد الحكومية والدينية والعشيرية والعرقية و... على وجه كل من هذه القواعد تصلح لأن تجري في هذه الحقول الخاصة. لنا أن نسمي هذه الظاهرة «التعددية القانونية». وهذه حالة تؤثر على نظامين قانونيين أو أكثر وتلك الحالة تتحقق بصورة متقابلة.

يمكن أن يدرس تعارض القواعد الآمرة من أبعاد ثلاثة والتي بينها ضمن الأمثلة المنوعة.

الأول، نوع علاقة القواعد الآمرة المختلفة (مثل ما إذا كان في نظام خاص العمل بشيء خاص إلزامياً وفي آخر ممنوعاً).

الثاني، العلاقة بين النظامين القانونيين من ناحية القواعد الموجودة فيهما (كقبول أو

ردّ القواعد الموجودة في النظام الأوّل دون الثاني).

الثالث، النتيجة الغائبة التي تنجم من مواجهة ومقارنة النظامين (كالوحدة ومواصلة التقابل الأكيد وتقسيم الحقول المتداخلة والتجميع).

لقد استهدف الكاتب هذه الوجوه والجوانب بصورة مبسّطة وضمن معالجة تعارض القواعد والمعايير المختلفة في النظم المختلفة، كالنظم القومية والدينية والحكومية وغيرها ولقد أوعز إلى أحسن وأتقن الأساليب المختلفة لحلّ التعارض.

وفي نهاية المطاف أشار إلى موقف القانون الإسلاميّ ودستور الجمهوريّة الإسلاميّة الإيرانية في المواجهة للنظم الأخرى خاصّة القانون العرفيّ.

**الكلمات الرئيسية:** التعادّية القانونيّة، القواعد الآمرة، القانون الغير الحكوميّ، العرف، القانون الدينيّ، التعارض والتقابل.

### دراسة مقارنة لرعاية انطباق القوانين المتعارفة للدستور

□ الدكتور فرهاد خمامي زاده

□ أستاذ مساعد بجامعة الشهيد بهشتي

نرى بعض البلاد عمدوا للاحتفاظ على الدستور ولرعاية موافقة القوانين المتعارفة له، إلى تأسيس محكمة الدستور، كما نرى ببلاداً أخرى قد فوّضت هذا الأمر إلى المحاكم التي تحت إشراف مرجع قضائيّ عال. وتجدر الإشارة إلى أنّه توجد بلاد اعتنقت رعاية موافقة القوانين المتعارفة للدستور ولكن قد تحقق ذلك قبل توشيح القانون ونشره.

**الكلمات الرئيسية:** الدستور، القوانين المتعارفة، الرعاية، الموافقة، المحكمة.

### تقاريب موسّعة ومضيّقة للوقاية (من الجريمة) وآثارها

□ الدكتور شهرام إبراهيمي

□ أستاذ مساعد بجامعة شيراز

في الإجابة عن هذا السؤال «ما وجهة نظركم حول الوقاية من الجريمة وما المراد منها؟» يعتقد أكثر الناس أنّ هذا المفهوم واضح على وجه لا غبار عليه ولذلك

لاحتجاج إلى البحث عن تعريفه وتبيينه. يرى الأغلب أنّ الوقاية من الجريمة مفهوم يغيّر القمع. ولكن مع ذلك كلّ حينما ندرس الكتب والآثار المكتوبة حول الوقاية نلاحظ بعد أدنى تأمل أنّ هذا المفهوم ليس بواضح كما يدعى. في الواقع، وهنا تعريف كثيرة إلى حدّ يعادل عدد الذين عرفوا هذا المفهوم، ولكن مع غضّ النظر عن الفروق الفرعيّة وضمن الالتفات إلى الفروق الهامّة والأصليّة وبعد دراسة المكتوبات الخاصّة بالوقاية عن الجريمة (التي بأيدينا) نستطيع أن نصل إلى اتّجاهين: الاتّجاه الموسّع الذي يعتقد أنّ كلّ عمليّة حول مكافحة الجريمة، حتّى الأعمال الجزائيّة (الضمانات الجزائيّة العمليّة) وتدارك الأضرار عن المجنيّ عليهم تعتبر أعمال ونشاطات وقائيّة. ولكن الاتّجاه المضيق يرى أنّ الأساليب الغير القهريّة التي تتخذها الحكومة للوقاية من الجريمة، عبر حذف أو تضيق وتحديد الأسباب التي تفضي إلى الجريمة، وكذلك عبر إدارة مناسبة لأسباب البيئة الفيزيقيّة والاجتماعيّة التي تتيح الفرصة للجريمة.

تعرّض الكاتب في دراسته هذه إلى معالجة هذين الاتّجاهين.

**الكلمات الرئيسية:** الوقاية من الجريمة، مفهوم الوقاية، الاتّجاه الموسّع، الاتّجاه المضيق.

### ضمانة الإجراء المغفولة في دستور الجمهوريّة الإسلاميّة الإيرانيّة

□ الدكتور إبراهيم موسى زاده

□ دكتوراً في فرع القانون العامّ

يعتبر الدستور كميّار أسمى وملاك مرجع من ناحية سلسلة الدرجات ولها مكانة مرموقة وفي صدر القوانين والقواعد، لذلك من اللازم وجود ضمانة لترجيحها على جميع القوانين. وعليه لا بدّ وأن يحتفظ من جميع الاعتداءات المحتملة الآتية من جانب القوّة المقنّنة، بل ولا بدّ أن يصاب من انتهاكات القوى والمؤسّسات الأخرى الحكوميّة وغيرها.

وللوصول إلى هذا الغرض اعتبر كثير من البلاد مرجعاً للصيانة من الدستور تصدياً لكلّ هذه الاعتداءات والتهديدات. وفي دستور المجمعوريّة الإسلاميّة الإيرانيّة



للحؤول دون هذه الانتهاكات المحتملة الآتية من جانب القوة المقتنّة (مجلس النواب الإسلامي) قد وُضع هذا الواجب على عاتق مؤسسة خاصة ومستقلة (مجلس الصيانة). ولكن يرى القانونيون الإيرانيون أنّ كفيّة صيانة الدستور دون اعتداءات وتصرفات بقيّة القوى والمؤسسات السياسيّة مبهمّة وكلّ من هذه القوى السياسيّة اقترح مصادر لهذا الأمر، كالقيادة والرئيس وحتى تأسيس محكمة الدستور. الدراسة الراهنة تعالج هذه الاتجاهات ويفنّدها أحياناً وإضافة إلى ذلك تؤكد على ضمانات إجراء واحدة ومتمحورة والتي كانت لحدّ الآن منسيّة ومغفولة.

**الكلمات الرئيسية:** حاكميّة القانون، المعيار الأسمى، ضمانات الإجراء، الصيانة عن الدستور، مجلس الصيانة عن الدستور.

## مبدأ رعاية القانون في الأعمال الإداريّة

- الدكتور محمّدرضا ويژه
- دكتوراً في فرع القانون العام

مبدأ رعاية القانون الذي يعتبر من أركان حكومة القانون وسيادته، جاءت أهميّته من ناحية أنّ المواطنين يواجهون السلطة العامّة وهذا الموقف الغير المساوي يمكن أن يتيح الفرصة للإدارة للاستخدام السيئ من السلطة، فعليه يجب إعمال المؤثر والفاعل لهذا المبدأ.

في هذا الصعيد من الواجب التعريف بالأطر النظرية لمبدأ رعاية القانون. من الأمور التي تليق ملاحظتها كمبادئ لهذا الأصل هما خصائص القوانين والقواعد كمرجع لرعاية القانون والمنطق الحاكم عليها. ومن المسائل الهامة التي تفتقر إلى دراسة عميقة هي ماهية هذا المبدأ ونطاقه ومصاديق نقض القانون.

بعد ذلك، تطرّق الكاتب إلى المظاهر العدة لهذا المبدأ في حقل العمل. لا شك أنّ الاحتفاظ على إعمال رعاية القانون يأخذ المكانة الأولى في هذا المجال. في هذه الرعاية، ملاحظة اختيار تمييز الإدارة وكيفية أخذ تصميم الإدارة في أعمالها من الأمور التي تليق بالانتباه. من المعلوم رعاية القوانين المتصلّبة وغير المرنة تضيق المجال لابتكار العمل واتّخاذ القرارات المناسبة بشأن الظروف الاجتماعيّة. إضافة إلى

ذلك، يجب الالتفات إلى العراقيل والمآزق التي تشاهد حين إعمال مبدأ رعاية القانون. من هذه العراقيل والمآزق، الظروف الخاصّة كالحرب، وإعمال الحاكميّة والسلطة التي بسبب ماهيتها الطبيعيّة غير قابلة للرعاية القضائيّة.

**الكلمات الرئيسية:** رعاية القانون، القانون، الإدارة، الأعمال الإداريّة، اختيار التمييز.

## توثيق ورقة التأمين

- الدكتور عبدالله خدابخشي
- قاضي المحكمة العامّة والثورة بمشهد المقدّسة

لا زالت حوادث المرور توجب مشاكل للمتضرّر أو المجنيّ عليه وكذلك للجاني أو الضارّ والحلول القانونيّة قد تزيد على عدد هذه المشاكل وتوجب ترجيحات غير جائزة. أحد الطرق التي تستخدم لتقليص هذه المشاكل والتي جاءت في إصلاح قانون التأمين القسريّ للمسؤوليّة المدنيّة لمالكي وسائل المرور الأرضيّة بالمقابل للشخص الثالث سنة ١٣٧٨، هي توثيق ورقة التأمين والاستفادة من الطريقيّة القابلة للاطمئنان لمؤسسة التأمين. دراسة عمليّة إجراء المادة الواحدة والعشرين من هذا القانون هي التي رمى الكاتب إليها في هذه الدراسة.

**الكلمات الرئيسية:** المسؤولية المدنيّة، ورقة التأمين، التوثيق، حوادث المرور، المؤمن، المؤمن.

## البيّنة ونطاقها

- سيّد أحمد سجّادي نژاد
- طالب في مرحلة الدكتوراً في فرع قانون العقوبات وعلم الإجرام

لقد نوقشت في هذا المقال البيّنة ونطاقها في إطار مبحثين كليّين. ففي المبحث الأوّل، بعد الإيعاز إلى الأقوال العدة في هذا المجال، لقد لوحظت البيّنة التبعديّة (الشهادة الشرعيّة والقانونيّة) والفرق بين الشهادة والحكاية، التعدّد في الشهادة، تعارض الشهادات ومستند الشهادة. وفي المبحث الثاني تطرّق الكاتب إلى البيّنة الواقعيّة

والوجدانية وضرورة الفحص عنها إذ كانت متعلقة بحقوق الأفراد وكذلك ملاك حجّية التجربة وفي الأخير وصل إلى هذه الحصيلة وهي أنّ البيّنة في اللغة والعرف معناها الحجّة والبرهان الذي يعطي اليقين. والأصل أنّ البيّنة وجدانية وواقعية ومنشأ حجّية البيّنة التعبدية (الشرعية والقانونية) عدم البيّنة الوجدانية. البيّنة التعبدية مطلقة وتشمل الخبر الواحد أيضاً، بل الخبر والشهادة من سنخ واحد وشهادة العدل الواحد حجّة كالخبر الواحد وطريقة حلّ التعارض في باب الشهادات على غرار حلّ التعارض في باب الروايات. والبيّنة الوجدانية (الواقعية) تقتنص بسبب التجربة التي معناها الاختبار وعندما تستتبع إحقاق الحق لا ريب أنّ أعمال هذه التجربة واجب قطعاً.

الكلمات الرئيسية: البيّنة، الحجّة، الشهادة، الحكاية، مستند الشهادة، تعدّد الشهادات، البيّنة الاعتبارية، البيّنة الوجدانية، التجربة، الظنّ الخاصّ.

## الآثار الناجمة من عقد استخدام الرحم النيابي

- مهدي عليزاده
- ماجستير في القانون الخاصّ

لا شك أنّ لعقد النيابة في الحمل غوامض خاصّة، لأنّه إضافة إلى الآثار العامة للعقود يشمل آثارها الخاصّة. من المعلوم كيفيّة معاهدات الأمّ النائبة والوالدين الحكميين بعضها في مقابل الآخرين، واجتنابهما من الوفاء بالعهود يفضيان إلى مسائل هامة في آثار العامة للعقود. من جانب آخر، قضية لزوم الوفاء بالعقد حسب مفاده، تطرح مباحث حديثة حول نسب الولد الناجم من النيابة في الحمل وكذلك مسألة كيفيّة الحرمة أو الإرث التي توجب دراستها فقهاً وقانوناً.

في هذه المناقشة، حاولنا أن نعالج مستنداً إلى المبادئ والمنابع الفقهيّة للإماميّة والقانون الإيراني، الآثار الناشئة من عقد استخدام الرحم النيابي.

الكلمات الرئيسية: الرحم النيابي، عقد النيابة في الحمل، اللقاح الثانوي، الأمّ النائبة، الوالدان الحكميان، القانون الخاصّ.

performing of the contract according to its content may also create new discussions about the parentage of the child which is born from a surrogacy mother, the quality of his privation and inheritance that is necessary to be considered from the viewpoint of law and jurisprudence.

This article attempts to consider the effects of using surrogacy on the bases of Imamate jurisprudence and Iran law.

**Key words:** Surrogacy, Contract of surrogacy, Helping fertilization, Alternative mother, Legal mother, Private law.

## Assurance of Insurance Policy

- *Dr. Abdollah Khodabakhshi*
- *Prosecutor of public and revolutionary prosecutor's office of Mashhad*

**D**riving accidents are always regarded as a problem for both injured and who causes damage. Sometimes legal solutions may also increase these problems and occasionally cause discrimination. One of the desirable solutions of decreasing of these difficulties is compulsory insurance law reform act of civil responsibility of owners of land motor vehicles against third party insurance of 1378 that has forecasted the giving security of insurance policy and making use of reliable insurance agency. This paper attempts to consider a solution for execution of article 21 of the above law.

**Key words:** *Civil responsibility, Security, Insurance policy, Deriving accidents, Insurer, The insured.*

## Evidence and Its Scope

- *Seyyed Ahmad Sajjadinejad*
- *A PhD student of criminal law and criminology*

**E**vidence and its scope in the form of two general topics will be considered in this article. After quoting the opinions, the devotional evidence (religious and legal testimony), the difference between testimony and narrative, plurality of testimonies, conflict of testimonies and the documents of the testimony have been discussed in the first topic. In the second topic the real and conscientious evidence, the necessity of the inquiry of it when it is related to the

rights of persons and the criterion of the validity of the experience have been taken into consideration. At the end, it is concluded that the lexical and terminological meaning of the "evidence" is certain proof and that genuinely it must be a conscientious (real) evidence and that the origin of the devotional evidence (religious and legal) is lack of conscientious evidence and that the devotional evidence is absolute and include the isolated tradition too, rather that the tradition and testimony are in one class and the testimony of just witness like an isolated tradition is valid and that the way of solution of the conflict in the case of testimonies is similar to the method of solving conflict in the case of traditions and also the conscientious evidence (real) can be achieved with experience and when it is attached to the administration of justice it is necessary to do it.

**Key words:** *Evidence, Proof, Testimony, Narrative, Document of testimony, Plurality of the testimony, Conscientious evidence, Experience, Specific surmise.*

## The Effects of Contract of Surrogacy

- *Mahdi Alizadeh*
- *An M.A. of private law*

**T**he contract of surrogacy has many special complexities, because in addition to the general effects of contracts, it has especial effects. The quality of the commitments of the surrogacy mother and legal parents against each other and their prevention from performing their commitments may produce many important issues in the general effects of the contract. On the other hand,

## Neglected Sanction

### in Islamic Republic of Iran' Constitution

- Dr. Ibrahim Moosazadeh
- A PhD of public law

Constitution as a superior norm and normal source is on the top of all laws and rules, so protecting its superiority over them all is necessary. From this perspective, constitution not only has to be protected against the possible violations of legislature but also should be immunized against offensives of other governmental and non-governmental powers.

Therefore, in most countries it has been forecasted an authority for preservation of constitution against all threats. Guardianship council is responsible for confronting with the possible offensives of the legislature (Islamic Consultative Assembly) in Islamic Republic of Iran's constitution. However, some lawyers of our country believe that the constitution with respect to confrontation with the offensives and threats of other political power and institutions is ambiguous, so each of them have suggested authorities like leadership, president and even establishment of constitution court. As well as considering of these ideas, this article attempts to represent a single and concentrative but at same time neglected and forgotten sanction.

**Key words:** *Rule of law, Superior norm, Sanction, Guard the constitution, Guardianship council.*

## Principle of Legality in Administrative Acts

- Dr. Mohammad Reza Vjeh
- A PhD of public law

The principle of legality that is one of the pillars for Rule of law will be of importance in administrative acts due to the point that citizens are faced with public power; and this unequal position, increases the fear of administration misuse of power and emphasizes the necessity of effective application of the stated principle.

In this regard, the theoretical frame of legality principle initially must be re-known. In the essences of this principle, the rules and regulations specifications, as the legality sources, and the logic of them, are of paramount note. Also, this principle nature and its extent as well as legality violations require proper research.

Afterwards, we consider different aspects of this principle in practice. Undoubtedly, in this extent, supervising the legality application is at the first place. In this supervision, considering power of discernment of administration is worthful to heed; since tough and inflexible legality will constrict the space for administration in innovation and making decisions compatible with social conditions. Furthermore, the limitations in applying the legality principle must be considered. Exceptional conditions such as war and governmental acts which can not be supervised juridically due to their natures are among these limitations.

**Key words:** *Legality, Law, Administration, Administrative acts, Power of discernment*

acceptance or rejection of each other.

3- The end-result of the conflict, e.g. unification or amalgamation.

4- In this article, these various aspects have been discussed in detail and while the conflict between various rules and norms in different national, religious and state systems has been studied, some solutions have been offered.

And finally, the approach of the Islamic law and the Constitution of The Islamic Republic of Iran to this problem has been explained.

**Key words:** *Legal pluralism, Normative orders, Non-state law, Custom, Religious law-conflict.*

### Comparative Examining of Supervising of the Conformity of the Common Law with the Constitution

- *Dr. Farhad Khomamizadeh*
- *Assistant professor of Shahid Beheshti University*

Respecting for the constitution and considering its conformity with the common law, some countries have established constitution court, while in some other countries this duty has been given to the judges who are controlled by a supreme judicial authority. There are some countries that have accepted the controlling of conformity of common law with the constitution only before its approval and issuance.

**Key words:** *Constitution, Common law, Controlling, Conformity, Court.*

### Narrowed and Enlarged Approaches of the Prevention and Its Effects

- *Dr. Shahram Ibrahimi*
- *Assistant professor of Shiraz University*

Most people in response to the question that what is your understanding of the prevention? Say that this concept is so obvious that there is no need to search any definition for it. Most of them say that the prevention is versus of repression too. Considering the concept of prevention and its literary content, however we see that the concept of prevention is not so clear and obvious. Indeed, there are as many definitions as writers who attempt to define it. If we overlook the secondary differences and choose the fundamental differences as the criteria, we can see two aspects in the writings which are dedicated to the prevention of the offence: enlarged approach that regards any attempt in the ground of fighting against offence even retributive response (retributive sanctions) and compensating the losses of those who suffer them as preventive. In narrowed approach, prevention means forcing ways that the government uses for controlling offence through eradication or restricting the factors of crime and also through appropriate management of the factors of the physical and social environment that supply the suitable opportunity for committing crime. In this article we consider these two approaches.

**Key words:** *Prevention of the crime, Concept of prevention, Enlarge approach, Narrowed approach.*

## Table of contents

### Researches:

Legal Pluralism/ Dr. Hossein Mir Mohammad Sadeghi .....	3
Comparative Examining of Supervising of the Conformity of the Common Law with the Constitution/ Dr. Farhad Khomamizadeh .....	15
Narrowed and Enlarged Approaches of the Prevention and Its Effects Dr. Shahram Ibrahim .....	37
Neglected Sanction in Islamic Republic of Iran' Constitution/ Dr. Ibrahim Moosazadeh .	53
Principle of Legality in Administrative Acts/ Dr. Mohammad Reza Vjeh .....	85
Assurance of Insurance Policy/ Dr. Abdollah Khodabakhshi .....	115
Evidence and Its Scope/ Seyyed Ahmad Sajjadinejad .....	145
The Effects of Contract of Surrogacy/ Mahdi Alizadeh .....	167

### Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Mohammad Salami .....	189
English Translation/ Rahmatollah Karimzadeh .....	202

## Abstracts

### Legal Pluralism

- *Dr. Hossein Mir Mohammad Sadeghi*
- *Associate professor of Shahid Beheshti University*

**W**e live in an era of plurality. This phenomenon can be studied from different viewpoints. This article deals with cases in which one may be subjected to more than one normative order. This can be described as legal pluralism, in which two or more legal systems are counter-effective.

The conflict between various normative orders can be studied from three aspects.

1- The kind of the relationship between various normative orders, e.g. one system may require an act as obligatory, while the other may forbid it.

2- the kind of the relationship between the two systems, e.g., total