



دانشگاه امام صادق  
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

# پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

سال بیست و سوم | شماره سوم | پیاپی ۵۷  
پاییز ۱۴۰۱

۵۷

- اخلاق‌گرایی قانونی، از نتیجه‌گرایی تا وظیفه‌گرایی  
عرفان کریمی راد • مجتبی فرحبخش • سید منصور میرسعیدی • قاسم قاسمی
- پی‌جوی نظریه «علت قرارداد» از راه آثار آن در نظام حقوقی اسلام  
سید امراله حسینی
- بررسی انصاف ماهوی به عنوان مبنای الزام‌آوری قرارداد  
رامین افتقاری • سیامک ره‌پیک • علی اکبر فرحزادی
- چالش‌های شناسایی رودخانه‌ها به عنوان شخص حقوقی در نظام حقوقی ایران  
صمد حدادی اردکانی • احسان فرهادی • محمدرضا آقاجانی قناد
- امکان‌سنجی دادرسی علنی در فضای مجازی  
علی اکبر ایزدی‌فرد • الیاس یاری • مهرداد پاکزاد • مهدی طالقان غفاری
- واکاوی انسجام‌گرایی و مبنای‌گرایی در نظریات حقوقی:  
تحلیل موردی «نظریه جرم‌انگاری»  
سلمان عمرانی

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱



ACADEMIA DOAJ SID ISC

# پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

۵۷

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی  
سال بیست‌وسوم، شماره سوم، پیاپی ۵۷، پاییز ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام  
مدیر مسئول: سلمان عمرانی، استادیار (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام  
سر‌دبیر: نجادعلی الماسی  
مدیر داخلی: محمد هاشمی سیاوشانی

## اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب رتبه و الفبا):

نجادعلی الماسی ..... استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران  
سیدحسین صفایی ..... استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران  
عباس کریمی ..... استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران  
سیدفضل‌الله موسوی ..... استاد (تخصص: حقوق عمومی) دانشگاه تهران  
توکل حبیب‌زاده ..... دانشیار (تخصص: حقوق بین‌الملل) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام  
سیدمصطفی سعادت‌مصطفوی ..... دانشیار (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام  
علی غلامی ..... دانشیار (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام

\* بر اساس مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، فصلنامه علمی «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» از شماره ۳۴ واجد اعتبار «نشریه علمی» است.  
\* نشریه از شماره ۱ الی ۲۴ با عنوان «اندیشه صادق» و از شماره ۲۵ الی ۳۱ با عنوان «معارف اسلامی و حقوق» منتشر شده است. دوره انتشار این نشریه از ابتدای شماره ۵۵ با مجوز صادره از سوی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی از «دوفصلنامه» به «فصلنامه» تغییر نموده است.

## مقالات نشریه در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

پایگاه استادی علوم جهان اسلام: <https://www.isc.gov.ir>  
پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی: <https://www.sid.ir>  
پایگاه اطلاعات نشریات کشور: <https://www.magiran.ir>  
پایگاه مجلات تخصصی نور: <https://www.noormags.com>  
پایگاه مرجع دانش: <https://www.civilica.com>  
پرتال جامع علوم انسانی: <https://www.ensani.ir>  
پایگاه گوگل اسکالر: <https://www.Google.Scholar.com>  
شبکه علمی اجتماعی آکادمیا: <https://isu-ir.academia.edu>  
پایگاه دو آج: <https://www.DOAJ.org>  
شبکه علمی اجتماعی لینکدین: <https://www.Linkedin.com>

ویراستار انگلیسی: دکتر طاهر حبیب‌زاده  
مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه نیست.

دسترسی به محتوای این نشریه آزاد است.  
بازنشر و استناد به مقالات برای مقاصد غیرتجاری و با ذکر کامل مأخذ رواست.

چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام  
۱۷۶ صفحه / ۵۰،۰۰۰ ریال

نشانی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵  
مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری، تلفکس: ۰۲۱)۸۵۷۵۰۲۵  
مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق، تلفن: ۰۲۱)۸۸۳۸۵۱۱۸  
آدرس سامانه اختصاصی نشریه: <https://ilr.journals.isu.ac.ir>  
آدرس پست الکترونیک نشریه: [ilr@isu.ac.ir](mailto:ilr@isu.ac.ir)

## اهداف و سیاست‌های پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

تولید علم از اقدامات حیاتی و مهم در راستای پیشرفت همه‌جانبه یک کشور و نیل به اهداف بلند خویش است. در سالیان اخیر بسط و تولید علم بومی در ایران رشدی قابل قبول داشته است و روند این رشد نیز امیدوارکننده است. نشریات حقوقی نیز در سالیان اخیر رشدی فزاینده داشته است. در کشورهای مولد علم همواره نشریات علمی از اهمیت خاصی برخوردار است. مقالات برخلاف کتب که غالباً تدوینی و آموزشی است، دربردارنده اندیشه‌های بدیع و نو در زمینه‌های مشخصی است که در مرزهای دانش سیر می‌کند. نشریات علمی - پژوهشی حقوقی، حاصل تحقیقات و پژوهش‌هایی را عرضه می‌کند که اساتید طراز اول و دانشجویان خوش‌فکر و ممتاز دانشکده‌های حقوق مدتی بر سر آن موضوعات تأمل کرده‌اند و آنچه ارائه می‌شود، محصول پژوهشی سامان‌دار و منظم توسط این گروه است. در کشورهای ممتاز از نظر علمی، مقالات علمی - پژوهشی مخاطبان خاص دارد و اساتید و دانشجویان تحصیلات تکمیلی از این دست مقالات بهره‌ای وافر می‌برند.

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی به کوشش دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) به سردبیری استاد دکتر نجادعلی الماسی، به موجب نامه شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ و جلسه مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ کمیسیون بررسی و تعیین اعتبار نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری از شماره ۳۴ (پاییز و زمستان ۱۳۹۰) واجد اعتبار «نشریه علمی» است.

مقالات این نشریه محصول تلاش اساتید، پژوهش‌گران و دانشجویان نخبه حقوق است که از طریق تولید و پژوهش و یا برگرفته از پایان‌نامه (تهیه‌شده زیر نظر اساتید راهنما) است که پس از داوری توسط اساتید منتشر می‌شود.

در این نشریه دو دسته از مقالات ارائه می‌گردد: دسته اول، متمرکز بر شیوه مبنایی و نظری و شیوه تعامل حقوق، فقه، فلسفه و سایر حوزه‌های مرتبط با حقوق است. این دست مقالات با تأکید بر نظریه‌های مبنایی حقوق سعی در واکاوی و ارائه نظریه جدید در ادبیات حقوقی کشور دارد. دسته دیگر مقالات، مقالاتی است که سعی می‌کند مشکلات و مسائل حقوقی را در عرصه عمل، با نگاهی میان‌رشته‌ای، تطبیقی و کاربردی حل کند. به عبارتی، در دسته دوم مقالات سعی در ارائه راهکارهایی مناسب جهت رفع چالش‌های حقوقی موجود در جامعه دارد. دسته دوم به مطالعات و ادبیات عملی حقوق نزدیک‌تر است، حال آنکه دسته اول، سعی در ارائه نظریات جدید در بنیان‌های حقوقی کشور دارد. امید است با تعامل این دو دسته از مقالات، جامعه علمی - حقوقی کشور شاهد ارائه مقالاتی بدیع، در مرزهای دانش در مطالعات حقوق، فقه فلسفه و سایر علوم مورد نیاز جهت رفع مشکلات و ارائه راهکارها و نظریات در فضای علمی و عملی حقوق باشد و این نشریه به غنای ادبیات حقوق در کشور بیافزاید.

ان‌شاءالله جهت‌گیری مجله حاضر آن است که با استفاده از حضور و اشراف اساتید برجسته حقوق کشور، گامی در راستای تولید حقوق اسلامی و بومی بردارد.

# مشور اخلاقی نشریات علمی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

## مقدمه

با توجه به رویکرد دانشگاه امام صادق (علیه السلام) جهت تولید، انتشار و به روزرسانی علوم انسانی اسلامی و پاسخ‌گویی به نیازهای نوظهور انقلاب و نظام اسلامی، همچنین پابندی به راهنماهای ملی و بین‌المللی تدوین شده اخلاق پژوهشی، همچون «راهنمای کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات»<sup>۱</sup> و «مجموعه منشور و موازین اخلاق پژوهش» مصوب معاونت پژوهش و فناوری وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، نشریات علمی - پژوهشی دانشگاه امام صادق (علیه السلام) به‌عنوان عضوی از مجلات علمی - پژوهشی جمهوری اسلامی ایران، ملزم به رعایت اصول ارزش‌های اخلاق حرفه‌ای هستند. در همین راستا اهم مسئولیت‌هایی که برای افراد فعال در نشر مجله همانند: نویسنده(گان)، مدیر مسئول، سردبیر، اعضای هیأت تحریریه و مدیر داخلی(مسئول دفتر نشریه) در نظر گرفته شده به اختصار بیان شده است.

## مسئولیت‌های نویسندگان:

۱. از میان مقالات ارسالی به نشریات دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، مقاله‌ای انتخاب و چاپ می‌شود که قبلاً در سایر مجلات علمی (فارسی یا سایر زبان‌ها) منتشر نشده، حاصل پژوهش اصیل، و دارای منبع و استناددهی دقیق باشد.
۲. مسئولیت نهایی محتوای کامل مقاله ارسالی بر عهده نویسنده(گان) است. شایسته است یافته‌های مقاله به طور کامل گزارش شود و در ارائه یافته‌ها و تفسیر و تحلیل آنها دقت کامل به عمل آید، مقاله حاوی جزئیات و منابع کافی باشد به نحوی که امکان دسترسی سایر پژوهشگران به مجموعه داده‌های یکسان جهت تکرار پژوهش وجود داشته باشد.
۳. قبل از ارسال مقاله، هرگونه تضاد منافع احتمالی که بر نتیجه یا تفسیر یافته‌های پژوهش و یا انتخاب سردبیران و داوران تأثیرگذار است، مطرح، و منابع مالی حامی پژوهش در مقاله ذکر شود.
۴. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و جلوگیری از هرگونه آشکارسازی هویت نویسنده برای داوران و برعکس. به عبارتی، مقاله عاری از هرگونه اطلاعات مضمول خودافشایی بوده، به طوری که داور قادر به شناسایی نویسنده نباشد.
۵. حصول اطمینان از وجود نام، اطلاعات و نقش هر یک از نویسندگان (نویسنده مسئول و نویسنده(گان) همکار) و نبود نامی غیر از پژوهشگران درگیر در انجام پژوهش.
۶. حفظ و حمایت از حریم خصوصی، کرامت انسانی، رفاه و آزادی شرکت‌کنندگان در پژوهش و ذکر هرگونه خطری که به واسطه پژوهش، متوجه انسان‌ها و یا سایر موجودات می‌شود.
۷. نویسنده در هر زمانی که متوجه هرگونه خطا و بی‌دقتی در مقاله خود شود نشریه را در جریان آن قرار داده، نسبت به اصلاح آن اقدام و یا مقاله را بازپس گیرد.
۸. اعلام صریح نویسنده(گان) مبنی بر صحت و اصالت مقاله، فقدان سرقت علمی و چاپ در سایر نشریات.
۹. مواردی از مصادیق رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:
  - ۹-۱. **جمل داده‌ها:** گزارش مطالب غیرواقعی و ارائه داده‌ها یا نتیجه‌های ساختگی به عنوان نتایج آزمایشگاهی، مطالعات تجربی و یا یافته‌های شخصی. ثبت غیرواقعی آنچه روی نداده یا جایجایی نتایج مطالعات مختلف.
  - ۹-۲. **تحریف داده‌ها:** ثبت و ارائه نتایج پژوهش به نحوی که جزئیات اجرای پژوهش یا فرآیند جمع‌آوری داده‌ها دستکاری شود، یا داده‌هایی حذف یا تغییر یابد، یا برخی نتایج کوچک به منظور پنهان کردن واقعیات بزرگتر (بزرگ‌نمایی) شود، تا نتایج پژوهش به اهداف خاصی برسد یا نتایج ارائه شده مورد تردید نباشد.
  - ۹-۳. **سرقت علمی:** اقتباس نزدیک افکار و عبارات نویسندگان دیگر، کپی‌برداری در بیان اندیشه‌ها، شباهت‌های ساختاری در نوشتار یا انتساب ایده‌ها و نتایج دیگران بدون ارجاع مناسب، یا معرفی آن به عنوان یک پژوهش اصیل علمی.
  - ۹-۴. **اجاره علمی:** به‌کارگیری فرد دیگری برای انجام پژوهش توسط نویسنده(گان) و دخل و تصرف اندکی پس از اتمام پژوهش و چاپ آن به نام خود.

۹-۵. **انتساب غیرواقعی:** انتساب غیرواقعی نویسنده (گان) به مؤسسه، مرکز یا گروه آموزشی یا پژوهشی که نقشی در اصل پژوهش مربوطه نداشته.

۹-۶. **ارسال مجدد:** مقاله یا بخشی از آن که در نشریه دیگری (داخل یا خارج از کشور) چاپ شده یا در جریان دوری و چاپ باشد.

۹-۷. **انتشار هم‌پوشان:** چاپ داده‌ها و یافته‌های مقالات پیشین خود با کمی تغییر در مقاله‌ای دیگر با عنوان جدید.

#### **مسئولیت‌های مدیر مسئول:**

۱. پیگیری دسترسی آزاد اطلاعات به نشریه و گسترش نشر و اشاعه آن؛

۲. نظارت و پیگیری امور کاری هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛

۳. دخالت نکردن در فرآیند دآوری علمی مقالات؛

۴. دخالت نکردن در تصمیمات علمی هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛

۵. رعایت حقوق مادی و معنوی نویسندگان، سردبیر، هیأت تحریریه، داوران، و عوامل اجرایی؛

۶. تأیید نهایی مطالب ارسالی به نشریه برای چاپ و انتشار به لحاظ حقوقی.

#### **مسئولیت‌های سردبیر و اعضای هیأت تحریریه:**

۱. حفظ آزادی و اختیار عمل سردبیر نشریه در ایفای مسئولانه وظایف خود از قبیل رد یا پذیرش دست نوشته‌های واصله به کمک هیأت تحریریه و رعایت مسائل مربوط به شایستگی‌های علمی مقاله از جمله حفظ حقوق مادی و معنوی، اصالت پژوهش و نظر داوران و ویراستاران.

۲. تلاش برای ارتقاء و اجرای قوانین و دستورالعمل‌های اخلاق و سلامت پژوهش.

۳. دریافت مستندات مربوط به شرایط مندرج ذیل در پذیرش مقاله از نویسنده (گان):

۳-۱. اعطای حق چاپ مقاله در نشریه دانشگاه؛

۳-۲. اعلام تعارض منافع احتمالی.

۴. انتخاب داوران شایسته با توجه به زمینه تخصصی، تجربه علمی و کاری، و نیز احترام به درخواست‌های مستدل و منطقی نویسنده (گان) در مورد دآوری مقاله توسط داوران خاص؛

۵. اجتناب از آشکارسازی اطلاعات و مشخصات نویسنده (گان) و داوران در فرآیند ارزیابی مقاله و احتراز از ارائه اطلاعات مقاله و بحث درباره جزئیات آن با دیگران؛

۶. جلوگیری از بروز هرگونه تضاد منافع در روند دآوری، که به طور بالقوه بر پذیرش و نشر مقالات ارائه شده تأثیر بگذارد.

۷. بررسی دقیق آثار متهم به تخلفات پژوهشی واصله از داوران یا طرق دیگر (همانند سامانه سمیم‌نور برای مشابه‌یابی)، و در صورت نیاز اقدام براساس «دستورالعمل تخلفات پژوهشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و نیز دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)».

#### **مراحل برخورد رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:**

۱. آگاه‌سازی هیأت تحریریه نشریه و ارسال نامه به نویسنده مسئول برای درخواست توضیح، بدون رفتار قضاوتی؛

۲. اختصاص فرصتی مناسب برای پاسخ‌گویی نویسنده (گان) متهم به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» و پیگیری موارد و تخلفات محرز شده تا آخرین مرحله.

۳. ارجاع موضوع به هیأت تحریریه در صورت دریافت توضیحات غیرقابل قبول از سوی نویسنده برای تصمیم‌گیری نهایی در خصوص پذیرش یا رد مقاله.

۴. مطابق با تصمیم نهایی هیأت تحریریه؛

۵. تذکر کتبی به نویسنده مقاله و یادآوری خط‌مشی چاپ نشریه قبل از انتشار، و یا در خواست اصلاح گزارش و انتشار متن عذرخواهی نویسنده در نشریه شماره بعد؛

۶. اخطار به نویسنده مسئول و رد هر اثر دیگری از نویسنده متخلف؛

۷. انتشار بیانیه عذرخواهی در شماره بعدی نسخه چاپی نشریه و ذکر آن در نسخه برخط (آنلاین) مقاله‌ای که تقلب و سرقت علمی در آن محرز شده است (سلب اعتبار)؛

۸. تلاش برای بهبود مستمر کیفیت و تضمین درستکاری و صداقت محتوای نشریه و احترام به تشکیلات نشریه اعم از: خوانندگان، نویسندگان، داوران صاحب امتیاز، مدیر مسئول، مدیر داخلی، کارکنان هیأت تحریریه و ناشر؛

۹. بررسی تمامی مقالات دریافتی در مدت زمان مناسب.

### مسئولیت‌های داوران:

۱. کمک به بررسی کیفی، محتوایی و علمی مقالات در جهت بهبود و ارتقاء کیفی نشریه.
۲. به‌کارگیری دانش و تخصص حرفه‌ای در حوزه موضوعی مقاله و اعلام تصمیم‌پذیرفتن مقاله به سردبیر نشریه در صورت وجود تضاد منافع اعم از منافع مشترک، مالی، سازمانی، شخصی و یا کمبود زمان برای داوری.
۳. اعلام‌نظر تخصصی و اصلاحی به‌طور روشن و واضح، براساس مستندات علمی و استدلال کافی در مهلت زمانی معین به سردبیر نشریه و نویسنده(گان) و دوری از اعمال نظر سلیقه‌ای، صنفی، نژادی و مذهبی در داوری مقاله.
۴. اجتناب از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری مقاله یا اطلاعات منتشر نشده نویسنده(گان)، برای منافع شخصی.
۵. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و خودداری از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری یا استفاده از داده‌ها و مفاهیم جدید مقاله به‌له یا علیه پژوهش‌های خود یا دیگران یا برای انتقاد یا بی‌اعتبارسازی نویسنده(گان).
۶. کمک به سردبیر نشریه در تهیه گزارش «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» مقالات دریافتی برای داوری.
۷. آگاه‌سازی سردبیر نشریه به‌هنگام تأخیر در انجام داوری مقاله و درخواست تخصیص زمان بیشتر یا گزینش داور دیگر.

### مسئولیت دفتر نشریات علمی - پژوهشی:

۱. تعیین و اعلام شفاف سیاست‌های انتشاراتی خود، به‌خصوص در رابطه با استقلال تصمیم‌گیری هیأت تحریریه، اخلاق انتشاراتی، صیانت از مالکیت فکری و حق چاپ، تضاد منافع، وظایف نویسندگان، داوران، سردبیر و هیأت تحریریه، فرآیند داوری و تصمیم‌گیری، تقاضاهای تجدید نظر و شکایات، حفظ اسناد علمی فرآیند تصمیم‌گیری، حفظ اطلاعات نویسندگان و داوران، اصلاح یا حذف مقالات پذیرفته شده و حل اختلاف بین شاکیان و متهمان به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی».
۲. رصد و پیگیری شکایات تخلفات پژوهشی برای نشریات دانشگاه.
۳. کمک برای اصالت و سلامت پژوهشی مقالات منتشره در نشریات دانشگاه.

پژوهش نامه حقوق اسلامی، مقالات پژوهشی  
سال بیست و سوم، شماره سوم، پیاپی ۵۷، پاییز ۱۴۰۱

### فهرست مطالب

- ۳۵۱ ..... اخلاق گرایی قانونی، از نتیجه گرایی تا وظیفه گرایی  
عرفان کریمی راد، مجتبی فرحبخش، سید منصور میرسعیدی و قاسم قاسمی
- ۳۷۹ ..... پی جویی نظریه «علت قرارداد» از راه آثار آن در نظام حقوقی اسلام  
سید امراله حسینی
- ۴۰۱ ..... بررسی انصاف ماهوی به عنوان مبنای الزام آوری قرارداد  
رامین افتخاری، سیامک ره پیک و علی اکبر فرحزادی
- ۴۳۵ ..... چالش های شناسایی رودخانه ها به عنوان شخص حقوقی در نظام حقوقی ایران  
صمد حدادی اردکانی، احسان فرهادی و محمدرضا آقاچانی قناد
- ۴۶۱ ..... امکان سنجی دادرسی علنی در فضای مجازی  
علی اکبر ایزدی فرد، الیاس یاری، مهرداد پاکزاد و مهدی طالقان غفاری
- ۴۸۳ ..... جرم انگاری» ..... واکاوی انسجام گرایی و مبناگرایی در نظریات حقوقی: تحلیل موردی «نظریه  
سلمان عمرانی

## اخلاق‌گرایی قانونی، از نتیجه‌گرایی تا وظیفه‌گرایی

عرفان کریمی‌راد\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۲۰

مجتبی فرحبخش\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۳۰

سید منصور میرسعیدی\*\*\*

نوع مقاله: پژوهشی

قاسم قاسمی\*\*\*\*

### چکیده

آنصاف عمل به اخلاق در تکالیف اخلاقی نیازمند اراده آزاد است و عنصر اجبار، عمل را از اخلاق تهی و نمی‌توان برآیند اخلاقی را انتظار داشت. این منظر دید که از بنیان عقلانی مستحکمی برخوردار است عمدتاً متناسب به کانت فیلسوف وظیفه‌گرا است. اما رویکرد مقابل در حوزه اخلاق هنجاری یعنی نتیجه‌گرایی با عنایت بر عواقب عمل، حکومت را مجاز به الزام کیفری اخلاق می‌داند. با این وجود مسئله بنیادین عدم عنایت به اراده اخلاقی فاعلان، نگرش ابزارگرایانه و ناکارآمدی چنین نظرانی که بسا یکی از دلایل آن عدم عنایت به اراده مخاطبان باشد، برخی اندیشمندان نتیجه‌گرا را بر آن داشته تا با اتخاذ رویکردی بینابین و البته معترفانه، بازگشت در ملحوظ داشتن موقعیت اراده داشته باشند تا بنیان نظریشان زیر سؤال نرود. به طوری که ضمن تأکید بر اهمیت مقوله اراده آزاد در پذیرش تکالیف اخلاقی، بر آنند که موقعیت متأملانه را باید از موقعیت فعلی تفکیک کرد. در این مقال قصد نگارندگان سنجش اخلاق‌گرایی قانونی در قالبی فراحقوقی، در صافی دو نظریه اخلاقی هنجاری بوده و ارزیابی شد که رویکرد وظیفه‌گرایی عنصر اراده آزاد را در فاعل و در تکالیف مبتنی بر اخلاق و فضیلت ضروری می‌داند. لذا خدشه به این عنصر از طریق اجبار، حال از گذر تهدید و کیفر که در بطن و متن اصل اخلاق‌گرایی قانونی وجود دارد، اراده خالص را که بنیاد تکالیف اخلاق است با چالش مواجه می‌نماید و این منظر تجویزی (وظیفه‌گرایی) که مطمح نظر نویسندگان حاضر هم هست بدانجا ختم می‌شود که حقوق کیفری در این انگاره فراحقوقی نیز نمی‌تواند متکفل الزام و ترویج اخلاق باشد.

واژگان کلیدی: اخلاق‌گرایی قانونی، اراده‌اخلاقی، وظیفه‌گرایی، نتیجه‌گرایی.

\* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.  
karimiraderfan@yahoo.com

\*\* استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران (نویسنده مسئول).  
mo.farahbakhsh@yahoo.com

\*\*\* استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران.  
mansourmirsaeedi@gmail.com

\*\*\*\* استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.  
Ghassem.ghassemi@gmail.com





## مقدمه

بی‌گمان جرم‌گذاری<sup>۱</sup> توسط قانون‌گذاران به جهت حساسیت‌های مختلف، خاصه به دلیل تضییق دایره مقدورات و گسترش دایره محظورات شهروندان، موضوعی حائز اهمیت برای اندیشمندان رشته‌های مختلف بوده است. گاه جامعه‌شناسان، گاه فیلسوفان و... هر کدام با دوربین خاص خود محدوده جرم‌گذاری را مورد توجه قرار داده‌اند.

موضوع این پژوهش از میان اصول جرم‌گذاری، اخلاق‌گرایی قانونی است. اصلی که به دولت مجوز می‌دهد تا با توسل به قوه قهریه به حمایت از برخی هنجارهای مربوط به حوزه اخلاق بپردازد. بدین‌وجه که از گذر جرم‌گذاری و کیفرگذاری، افعالی را که در سایر اصول جرم‌گذاری نمی‌گنجد به نحو قهرآمیز حراست، خاطیان هنجارهای مدنظر این اصل را کیفر و مخاطبان بالقوه آن را نیز تهدید و تنذیر دهد. لذا اخلاق‌گرایی قانونی با اعطای چنین مجوزی و تعیین مصادیقی خاص دقیقاً حکایت از هنجار دارد.

اخلاق‌گرایی قانونی از اعمالی به نحو کیفری حمایت می‌نماید که در آن عناصری موجه و متقن چون ضرر و رنجش به دیگری وجود ندارد و در واقع فراتر از قواعد مبتنی بر حق است. یعنی حمایت از اخلاقیات محض یا اخلاق به ماهو اخلاق و اموری که به طور مستقیم و به‌خودی‌خود ضداخلاق و فضیلت انسانی هستند و لذا به همین دلیل با برخورد کیفری مواجه می‌شوند نه به این دلیل که به فرض به دیگری رنجش یا ضرری وارد کرده یا می‌کنند. بدین ترتیب اصل اخلاق‌گرایی قانونی یکی از پرچالش‌ترین و از قضا آسیب‌پذیرترین اصول جرم‌گذاری بوده است. به‌طوری‌که در ادوار گوناگون با پرسش‌های گوناگونی در باب توجیه خود مواجه شده که اغلب هم به کاهش محدوده و فرسایش آن انجامیده است تا جایی که در بسیاری از دولت‌ها رهسپار موزه خاطرات قانون‌گذاری شده است. برای نمونه آنکه آیا حقوق کیفری می‌تواند و اصلاً این حق را دارد تا از اعمالی دفاع به عمل بیاورد که عنصر منطقی و متقنی چون اصل ضرر در آن وجود ندارد و به‌عبارتی اعمال ضداخلاق محض را مطمح‌نظر قرار دهد؟ یا اینکه منشأ هنجارگذار این اصل کدام است؟ اخلاق عالی‌ه یا اخلاق متعارف جامعه؟ این‌ها فقط نمونه‌ای از پرسش‌هایی است که اخلاق‌گرایی قانونی خصوصاً در قرن اخیر با آن دست‌وپنجه نرم کرده است.

در این مجال فارغ از رویکردهای حقوقی، جامعه‌شناسانه و یا سیاسی و اینکه در

مقام پیشنهاد به قانون‌گذار و طراحی فرمالیسم خاصی باشیم بلکه در بُعدی فراحقوقی در پی این مسئله هستیم که در ساحت فلسفه اخلاق و در شاخه اخلاق هنجاری، اخلاق‌گرایی قانونی چگونه سنجیده و توجیه می‌شود؟ مقصودمان دو رویکرد عمل‌محور در فلسفه اخلاق یعنی وظیفه‌گرایی، که اصولاً با نظریه‌های ایمانوئل کانت معرفی و شناخته می‌شود و سوی دیگر رویکرد نتیجه‌گرایی یا سودمحوری، که در ادامه پس از سنجش اخلاق‌گرایی قانونی در این دو صافی در ساحت اخلاق هنجاری، رویکرد وظیفه‌گرایی را به دلیل عنایت ویژه بر عنصر اراده فاعلان، بر منہج حق و صواب می‌دانیم و اعتقاد بر آن داریم که برخی نتیجه‌گرایان نیز به نحوی که خواهیم دید و با توجیه‌های خاص خود به دلیل مقوله لزوم عنایت بر عنصر اراده فاعل در تکالیف اخلاقی، به نحوی در صف وظیفه‌گرایی قرار می‌گیرند که حکایت از توجیه‌پذیری این منظر هنجاری و قوت بنیان نظری آن دارد.

حساسیت در پاسخ به مسئله فوق و انطباق اخلاق‌گرایی قانونی از این باب است که قواعد آن، هنجارهای اخلاقی محض است که اصولاً ناشی از تکلیف هستند و قواعد ناشی از تکلیف با الزام میانه‌ای ندارد. همان‌طوری‌که برخی نیز اذعان داشته‌اند و عموماً شنیده‌ایم، اندیشمندان حوزه اخلاق همواره برآنند که اختیار و اراده از مقولات فعل اخلاقی است و فعل مجبورانه و خارج از اختیار فاقد ارزش اخلاقی است (دباغ، ۱۳۹۶، ص. ۲۱) و اموری چون ترس از مجازات و رعایت تجویزات به دلیل پیش‌گفته تهی از ارزش اخلاقی است (مصباح یزدی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۲۷۱). بنابراین انسان زمانی می‌تواند اخلاقی عمل نماید و یا کنشی که انجام می‌دهد به اخلاق متّصف شود و بگوییم کنشی اخلاقی از فرد سر زده است که با اراده و برخاسته از نیتی خالص و اخلاقی باشد وگرنه اگر حکومت با عنایت بر اصالت و ماهیت وجودی خود به صورت الزام‌آور خصوصاً از گذر کیفر، آحاد جامعه را به اخلاقی بودن و رعایت موازین رفتار اخلاقی اجبار نماید اصل مسلم پیش‌گفته در غبار ابهام غوطه‌ور می‌شود. مانند آنکه به شخصی بگوییم به فرض عقیف و اخلاقی باش وگرنه ضربه‌های شلاق در انتظار تو است و سپس انتظار داشته باشیم تا شخص اگر هم به فرض به واسطه بیم از کیفر مرتکب اعمال خلاف اخلاق نشود، او را در باطن نیز متّصف به اخلاق بدانیم و

می‌بینیم که چنین امری را در بادی امر نمی‌توان پذیرفت که شخصی بدون اراده یا با نقص اراده اخلاقی به عنوان فاعل اخلاقی شناخته شود.<sup>۲</sup> مگر آنکه با نگاهی سودمحور که با وجود اختلاف در شاخه‌های مختلف آن فصل مشترک تمامیشان اصل طلائی منفعت و منفعت‌گرایی است (Duff, 2001, p. 4). بگوییم مسئله دست‌یازی به نتایج خیر، الزام کیفری را موجه می‌سازد و می‌تواند ما را قانع و مجاب به گذر از مسئله اراده آزاد در گزینش‌ها و پرهیزهای اخلاقی نماید.

لکن مسئله اراده اخلاقی در قواعد تکلیف‌محور (اخلاقی) به قدری مهم است که حتی مورد توجه خاص فیلسوفان و اندیشمندان واقع شده که با اتخاذ رویکردی نتیجه‌گرا و سودمحور، مقوله دفاع کیفری از اخلاقیات را پذیرفتند؛ به نحوی که با توجیحات مخصوص به خود برای اراده و قوه تأمل افراد نیز حظ و اهمیتی قائل شدند تا از این رهگذر بتوانند به نظریات خود اَتقان و استحکام بیشتری ببخشند امری که در نهایت بیانگر به بار آمدن فرسایش نظری دیگری برای اصل اخلاق‌گرایی قانونی است. در واقع مسئله این است که چنانچه بیان خواهیم کرد حقوق کیفری در قواعد مبتنی بر حق کاملاً مجاز است تا فردی را که خلاف هنجار قانونی عمل کرده را با ابزارهای قهرآمیز مواجه نماید و در این مورد مقوله اراده فرد موضوعیتی ندارد در حالی که در قواعد مبتنی بر اخلاق و فضیلت، مانند مواردی که اصولاً اخلاق‌گرایی قانونی مطمح نظر قرار داده است (در گستره مضیق و ناب آن) اراده فرد در درجه اول اهمیت است و فعل اخلاقی که با اراده‌ای مخدوش و آمیخته با مقولاتی نظیر تهدید و بیم از کیفر مراعات شود فعلی از روی وظیفه نخواهد بود و نتیجه آن هم به فرض وجود فاقد ارزش اخلاقی است.

لذا در این مقال در مقام آن هستیم تا ضمن اتخاذ رویکردی فراحقوقی و با منظر دیدی تجویزی، اصل اخلاق‌گرایی قانونی را از صافی دو رویکرد هنجاری اخلاق (وظیفه‌گرایی و نتیجه‌گرایی) عبور داده و با منظر دیدی دیگر عیار آن را سنجیده و دریابیم که آیا می‌توان وجود اصل اخلاق‌گرایی قانونی را در این قالب تجویزی توجیه نمود یا باید این اصل را با ایرادات بنیادین دیگری مواجه دانست و برای حل معضلات اخلاقی ضمن برداشتن سنگینی از دوش حقوق کیفری، در پی چاره دیگری بود.

## ۱. تحلیل مفاهیم

### ۱-۱. اخلاق‌گرایی قانونی<sup>۳</sup>

یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های جرم‌گذاری مربوط به حوزه اخلاق‌گرایی قانونی است. بدین‌وجه که مقنن بی‌آنکه در پی محافظت از دیگران باشد اخلاق را مشمول الزام قرار می‌دهد (برهانی، ۱۳۹۶، ص. ۲۰۲). این اصل متضمن طیف خاصی از رفتارهاست و چنانچه مایکل مور می‌گوید دربرگیرنده اعمالی می‌شود که خارج از آن اموری که میل و فاینبرگ مدنظر داشتند<sup>۴</sup>، بگنجد که ذاتاً و به‌خودی‌خود اموری ضد اخلاق هستند و این امر جواز پاسخ کیفری را می‌دهد (Larry, 2001, p. 69). لذا باید گفت اخلاق‌گرایی قانونی اعمال ضد اخلاقی را با پاسخ کیفری مواجه می‌کند<sup>۵</sup> که پیش از هر چیز ضد اخلاقی محض<sup>۶</sup> است. چه در جلوت انجام شوند و چه در خلوت و عنصر دیگری به‌طور مستقیم مطمح‌نظر نیست و دلیل جرم‌بودنشان ذاتاً خود آن عمل است.

البته فاینبرگ<sup>۷</sup> اخلاق‌گرایی قانونی را به دو حوزه وسیع و مضیق<sup>۸</sup> تقسیم‌بندی می‌کند. در تعبیر وی حوزه موسع برای گسترش جرم‌گذاری خود را ذی‌حق می‌داند تا علاوه بر اعمال مستوجب آزار و رنجش، اعمالی را که از آنها شرعی رسد وارد سیاهه جرایم کند با این نظر که باید سنت‌ها و شیوه‌های زندگی را همواره حفظ، اخلاق را الزام و نهادینه کرد و ترفیع شخصیت انسانی و کمال او را در نظر داشت (Feinberg, 1988, p. 3). این انگاره چنانچه برخی گفته‌اند می‌تواند مصادیقی چون مصرف مشروبات الکلی و مواد مخدر، قمار، چندهمسری، زنا، بامحارم، نگهداری و تماشای صور قبیحه و... را پوشش دهد (فرحبخش، ۱۳۹۲، ص. ۳۴۷). در مقابل اخلاق‌گرایی مضیق، حوزه‌ای محدود از اخلاق‌گرایی موسع است که می‌توانیم آن را الزام اخلاقیات بدانیم. یعنی منع کردن رفتاری که ذاتاً ضد اخلاقی است با وجودی که نه باعث آزار و نه رنجش خود فاعل شود و نه دیگران، حتی با وجود رضایت مرتکبین آن و این رسته می‌تواند به خوبی توجیه‌کننده مداخلات پیشگیرانه هم برای دولت باشد (Feinberg, 1988, p. 4). که مصادیق ناب آن را می‌توان در جرایم منافی عفت توأم با رضایت نظیر زنا یا روابط نامشروع، جست<sup>۹</sup>.

در وهله اول آنچه در اخلاق‌گرایی اهمیت دارد حمایت کیفری از اخلاق به ماهر

اخلاق است و برای اینکه در تشخیص دچار اشتباه نشویم باید توجه داشته باشیم که موارد و مصادیق مدنظر آن با سایر اصول جرم‌گذاری که فاینبرگ سیاهه آن را برشمرده، همپوشانی نداشته باشد (Feinberg, 1984, pp. 26-27). یعنی نتوان ذیل اصل ضرر یا رنجش به دیگری و یا پدرسالاری و... قرار گیرد، کما اینکه در مفهوم موسع چنان است.<sup>۱۰</sup> شاید این توضیح برایان بیکس برایمان راهگشا باشد: «الزام قانونی اخلاق مربوط به موردی است که به وجه ملموس و آشکار نظم عمومی را خدشه‌دار نمی‌کند» (بیکس، ۱۳۹۳، ص. ۶۳).

با این اوصاف و برای نمونه در باب توجیه برخورد کیفری در مورد ارتکاب مصادیق اخلاق‌گرایی قانونی (خصوصاً در گستره مضیق آن) در منظر عام، می‌توان سایر اصول جرم‌گذاری نظیر اصل رنجش به دیگری را مطمح‌نظر داشت درحالی‌که در مورد ارتکاب آن مصادیق در خلوت و خارج از منظر عموم اصل اخلاق‌گرایی قانونی می‌تواند توجیه‌کننده برخورد کیفری باشد.

## ۲-۱. نظریه‌های تجویزی اخلاق

در مواجهه با تجویزات اخلاقی، این مسئله مهمی است که دلیلی برای آن بیان نماییم مانند اینکه بگوییم چرا معتقد هستیم یک تصمیم و عملی درست و دیگری نادرست است. این وظیفه نیز در حوزه اخلاق بر عهده نظریه‌های اخلاقی است تا یک کنش و تصمیم اخلاقی را بتوانیم توجیه نماییم (Maccartney & Parent, 2015, p. 11).

حوزه هنجاری اخلاق شامل جهد و کوششی عقلانی است برای یافتن امور و افعال خوب، بد، ارزشمند، بی‌ارزش، صواب، خطا و وظیفه این حوزه از اخلاق آن است که معین نماید چه فعلی صواب و چه فعلی ناصواب است و تجویز اینکه انسان چه فعلی را انجام دهد و چه فعلی را انجام ندهد. نظریه‌های اخلاق هنجاری، یا منبع ادعاهای دستوری و ارزش‌گذارانه خود را خارج از طبیعت آدمی می‌دانند و یا آن را به نوعی وابسته به طبیعت آدمی می‌دانند (بیک حرفه‌ای، ۱۳۹۰، صص. ۱۱-۱۲).

اخلاق هنجاری خود دو شاخه اساسی دارد: عمل‌محور، شامل نتیجه‌گرایی و وظیفه‌گرایی و صفت‌محور که شاخه صفت‌محور یا به عبارتی فضیلت‌محور<sup>۱۱</sup>، پیش‌زمینه و سابقه تاریخی مبسوطی دارد و در واقع هدف آن زدودن رذایل اخلاقی و

تأمین و تضمین رستگاری و سعادت آخروی «فرد» است و فضایی که در آن برای فرد ارزشمندند از قبیل صداقت، شجاعت، ایمان و... هستند که انسان را به خلود و رستگاری می‌رساند (Maccartney & Parent, 2015, p. 20). باید این نکته را نیز در نظر داشت که در این شاخه از اخلاق دستوری محوریت اصلی، فضیلت فردی است ولی این بدان معنا نیست که سایر رویکردها نسبت به مقوله فضیلت به کل بیگانه‌اند. برای نمونه در سخاوتمندی و مسئله لزوم یاری رساندن به محرومان و دستگیری از ایشان، یک فایده‌گرا می‌داند که عواقب ناشی از این کار باعث افزایش خوشبختی و بهزیستی خواهد بود و یک وظیفه‌گرا نیز با قاعده زرّین با دیگران آنچنان رفتار کن که دوست داری با تو رفتار شود، چنان امری را تأیید می‌کند. لذا سایر رویکردها نیز با پیامد و اهدافشان، به فضیلت‌مندی نظر دارند اما فرق آنها با رویکرد فضیلت‌مدارانه در تمایز و تأکیدشان بر فضیلت‌مندی خود فرد است نه عواقب عمل و یا وظایف (Rosalind & Pettigrove, 2018).

#### ۱-۲-۱. نتیجه‌گرایی اخلاقی

برخی فلاسفه برای توجیه ادعاهای تجویزی و ارزش‌گذارانه خود فارغ از شخصیت فاعل، توجه خود را معطوف فعل و نتایج آن می‌نمایند. به‌طورکلی ایشان برآنند که عمل درست عملی است که از یک منظر بی‌طرف به علایق و سلايق همگان به یکسان توجه دارد، بهترین نتیجه کلی را به بار می‌آورد و لذا صواب و ناصواب بودن افعال را با توجه به خوبی یا بدی نتیجه‌شان می‌سنجند و این گروه غایت‌گرا<sup>۱۲</sup> یا پیامدگرا<sup>۱۳</sup> هستند (پیک حرفه‌ای، ۱۳۹۰، ص. ۱۲).

در غایت‌گرایی نگاه به نتیجه اعمال است و بر همین مبنا ماهیت و ذات نوع بشر در دو حاکمیت به سر می‌برد، یعنی درد و لذت و این تنها هدفی است که انسان را وادار می‌کند تا کاری انجام بدهد یا ندهد و درستی و خطا و زنجیره علت‌ها بر این دو اصل بنا شده است (Bentham, 1961, p. 14). این رویکرد به گفته برخی، از قدرتمندترین و اقناع‌کننده‌ترین رویکردهای اخلاق‌هنجاری در تاریخ فلسفه است و هر چند فایده‌گرایی دارای بحث‌های طویل و شاخه‌های گونه‌گون است<sup>۱۴</sup> اما به‌طورکلی بر آن است که عمل صحیح اخلاقی عملی است که بهترین نتایج را تولید کند و این یعنی،

عمل صحیح و ناصحیح از پیامدهای عینی آن مشخص می‌شود (Driver, 2014). بنام و جان استیوارت میل را می‌توانیم از فایده‌گرایان کلاسیک بدانیم. هر چند که نظرات سودگرایان کلاسیک دستخوش تغییرات بسیاری شده است که در اینجا مجال برای بحث در مورد آن نیست اما سؤال بنام یعنی: چه فایده‌ای دارد؟ سنگ‌بنای تشکیل یک سیاست و یک سؤال کاملاً سکولار و آینده‌نگر است و توسعه نظام‌مند همین نگاه مرهون همت سودگرایان کلاسیکی چون بنام است (Driver, 2014).

به‌طور کلی باید عنایت داشت که رویکرد نتیجه‌گرا یا سودگرا فاعل را کنار نهاده و عنایت خود را متوجه افعال می‌نماید و گرانیگاه سنجش خیر یا شر، نتیجه‌ای است که عارض می‌شود. برای نمونه چنانچه خواهیم دید ممکن است یک نتیجه‌گرا در رابطه با اخلاق‌گرایی قانونی بگوید اگر با جرم شناختن برخی افعال مربوط به حوزه اخلاقیات محض، جامعه به خیر و فضیلت‌مندی می‌رسد، پس مهم آن است که به آن برسیم و چندان در درجه اهمیت نیست که برای نمونه آیا با الزام اخلاق و تهدید کیفر واقعاً جامعه اخلاقی می‌شود و با قوه‌ای برخاسته از اراده آزاد و خالص از ارتکاب برخی افعال خلاف عفت و اخلاق حذر می‌کنند و یا از روی بیم و ترس.

به هر تقدیر نتیجه‌گرایی یا سودمحوری این پتانسیل را دارد تا مشربگاه انواع مصلحت‌سنجی‌ها و عامل موجه‌ساز ابزارها جهت نیل به اهداف باشد به‌طوری‌که ممکن است با اتخاذ رویکرد سودگرایی نامنعطف، به قول برخی دهکده وحشتی را رقم بزنیم (فرحبخش، ۱۳۹۲، ص. ۲۶۶). که در آن هر مصلحت و هدفی بر حقوق فردی و اراده افراد می‌تواند مقدم شود.

#### ۱-۲-۲. وظیفه‌گرایی اخلاقی

در سوی مقابل نتیجه‌گرایان گروهی از فیلسوفان اخلاق برآنند که خوبی و بدی پیامدهای اعمال ما تنها ملاک برای داوری درباره آنها نیستند و آدمیان، فارغ از پیامدهای برخی اعمال، تقریباً در هیچ شرایطی مجاز به انجام آن افعال نیستند. این گروه که به هدف بودن فی‌نفسه انسان و برخورداری همیشگی او از برخی از حقوق غیرقابل تخطی تأکید می‌کنند، ناغایت‌گرا<sup>۱۵</sup> یا وظیفه‌گرا<sup>۱۶</sup> نام دارند (پیک حرفه‌ای، ۱۳۹۰، ص. ۱۵). چنانچه برخی گفتند به نظر می‌رسد از میان سیستم‌های اخلاقی، وظیفه‌گرایی

پیچیده‌ترین آنهاست که ما آن‌را اصولاً با ایمانوئل کانت می‌شناسیم و در کل سیستمی اخلاقی است مرتبط با یک وظیفه برای انسان.

طراح اصلی این گرایش یعنی کانت معتقد بود نتیجه عمل در بادی امر حائز اهمیت نیست اما در عوض آن چیزی که واقعاً اهمیت دارد خود نیت اخلاقی عمل یا تصمیم است و لذا کانت و وظیفه‌گرایان یک عمل را فارغ از نتیجه و عواقبی که ممکن است داشته باشد ارزیابی اخلاقی می‌کردند (Maccartney & Parent, 2015, p. 17) و آنچه در نظریه وظیفه‌گرایی اهمیت دارد انطباق آن با یک هنجار اخلاقی است (Larry & Moore, 2016).

با این اوصاف خصیصه بارز وظیفه‌گرایی را برخلاف رویکرد نتیجه‌گرا باید در عنایت به فاعل اعمال دانست و در این منظر این اراده و خود فاعل است که در درجه اول اهمیت است. پس اگر شخصی را با الزام مجاب به اطاعت از اوامر خاصی نماییم هر چند آن اوامر به سود وی باشند، اما فاقد ارزش اخلاقی است. البته کانت چنانچه خواهد آمد در عرصه قانون‌گذاری این امر را جهت قوانین مبتنی بر تکلیف مطمح‌نظر می‌دارد نه قوانین مبتنی بر حق.

کانت بر آن بود که اصول اخلاقی را نمی‌توان از موارد تجربی اقتباس کرد چراکه در غیر این صورت محلی برای اختیار باقی نمی‌ماند و قول به اختیار مستلزم این است که قوانین اراده از ذات اراده برآیند نه واقعیات تجربی. همچنین کانت اختیار و استقلال اراده را با یکدیگر لازم و ملزوم دانسته است به نحوی که اگر انسان را موجودی اخلاقی بدانیم باید او را در اخلاق نیز مختار تلقی کنیم زیرا اساس اخلاق تکلیف است و ادای تکلیف هم مستلزم اختیار است. لذا در وظیفه‌گرایی کانت باید تمایز قائل باشیم میان عملی که مطابق تکلیف انجام می‌شود و عملی که برای تکلیف باشد (صانعی دره‌بیدی، ۱۳۹۷، صص. ۱۳۶-۱۳۸). خواهیم دید که این دیدگاه به دلیل بنیان عقلانی آن حتی در خلال استدلال کسانی که سعی در توجیه اخلاق‌گرایی قانونی با عنایت بر اصل نتیجه‌گرایی دارند به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم به چشم می‌خورد تا ضمن حفظ موضع خویش، از قضا به استدلال‌های خود قوام بیشتری بدهند و از ایرادهای نظری رویکرد نتیجه‌گرایی محض رهایی یابند.



اما کانت برای درک انجام عمل مطابق تکلیف و از روی تکلیف مثالی می‌زند: «یقیناً مطابق وظیفه است که فروشنده از گران‌فروشی به خریدار ناآزموده بپرهیزد و هنگام رونق بازار نیز گران‌فروشی نکند و نرخ کالایش برای همه ثابت باشد و جنس را به کودک به همان بهایی بفروشد که به بزرگترها می‌فروشد. لذا کاسب به همه افراد از روی درستکاری خدمت می‌کند ولی برای آنکه باور کنیم کاسب این رفتار را از روی وظیفه و درستکاری انجام می‌دهد یا نه، این‌ها کافی نیست چرا که صرفه و سود کاسب هم درخور این رفتار بوده است و نمی‌توان تصور کرد که کاسب میلی بی‌واسطه و مستقیم به درستکاری به خریداران داشته است، کانت می‌گوید: این کاسب بدین دلیل درستکار است که به سود کسبش است نه به این دلیل که معتقد است درستکار بودن وظیفه اوست، اگر او برسر مشتریانش کلاه نگذارد درآمدش افزایش خواهد یافت، فلذا کاری که انجام می‌دهد به دلیل انجام وظیفه نیست پس اراده خوب در اینجا تأثیری ندارد (پالمر، ۱۳۹۰، صص. ۱۹۲-۱۹۳). با این وصف اراده خیر از منظر کانت اراده‌ای توأم با خلوص نیست است که هر گونه سودطلبی و غایت‌طلبی به آن خلوص لطمه وارد کند دیگر نمی‌توانیم انجام عمل را امثال از روی وظیفه بدانیم بلکه انجام عمل برای وظیفه است.<sup>۱۷</sup>

## ۲. تشکیک در قلمرو حقوق کیفری در الزام اخلاق

مسئله این است که آیا حقوق کیفری می‌تواند با تهدید و فشار روانی ناشی از کیفر، جامعه را اخلاقی و به تأمل وا دارد؟ یا به حرمت نهادن ارزش‌های اخلاقی در حوزه هنجارهای مدنظر اخلاق‌گرایی قانونی اجبار نماید تا در عوض به اهداف متعالی، حداقل در حوزه مربوط به هنجارهای اخلاق‌گرایی قانونی دست یابد؟ آیا با نگاهی نتیجه‌محور می‌توانیم پاسخی به پرسش صرفاً نظری اول بدهیم؟ با این توضیح برای این مسئله دو حوزه را باید از یکدیگر تفکیک کرد که ما حوزه اول را ساحت ذهنی و حوزه دوم را ساحت عینی می‌نامیم که ترکیب این دو و برآیند آنها می‌تواند ما را به پاسخی رهنمون شود.

## ۲-۱. منظر دید ذهنی

عقلاً انسان زمانی می‌تواند اخلاقی عمل نماید که آن عمل برخاسته از اراده خالص باشد والا اگر به صورت الزام‌آور و خصوصاً از گذر کیفر، آحاد جامعه را به اخلاقی بودن و رعایت موازین اخلاقی اجبار نمایند اصل مسلم پیش‌گفته در غبار ابهام غوطه‌ور می‌شود؛ چراکه با به میان آمدن اجبار دیگر جایی برای اختیار و نیت آزادانه برای انجام عمل اخلاقی باقی نمی‌ماند و در این صورت افراد از روی بیم عمل کرده‌اند نه اختیار واقعی خودشان. همان‌طوری‌که برخی نیز گفته‌اند، درحالی‌که دولت با وصف انکارناپذیر خود و با ضمانات کیفری، برخی احکام اخلاقی را الزام کند، دیگر نمی‌تواند از وصف اخلاقی فعل سخن به میان آورد (راسخ، ۱۳۹۳، ج ۱، صص. ۷۹-۸۰).

اما این مسئله نیز حایز اهمیت است که چرا برخی از امور مربوط به عالم اخلاق و فضایل اخلاقی در حقوق کیفری باید وارد شوند و برخی دیگر بیرون از این حوزه بمانند؟ (مثلاً دروغ‌گویی یا غیبت که در روایتی، همچون زنا و بلکه شدیدتر از آن دانسته شده)<sup>۱۸</sup> به همین دلیل است که باید داخل کردن گزاره‌های اخلاقی در حقوق کیفری توجیه شود.

جان کلام دیدگاه‌هایی که حظی از وجود و اهمیت برای اراده فرد قائل هستند، بر آن است که اگر توقع جمع از فرد فراتر از اراده و وجدان خود شخص رود و به صورت الزام بیرونی درآید پس رعایت آن دیگر جنبه اخلاقی‌اش را از دست داده و جنبه رعایت قانون یا رسم و آیین پیدا می‌کنند (پانتم، ۱۳۸۵، ص. ۲۱). چنین منظری می‌تواند تجلی موضع وظیفه‌گرایانی چون کانت باشد که نه صرفاً برآیند عمل، بلکه عمل با نیت و اراده باطنی برایشان حائز اهمیت است.

در همین چارچوب هربرت هارت هم اذعان می‌دارد که وقتی بخواهیم کسی را اجبار نماییم، باید دقت داشت که تمایز هست میان اعمال مضر به حال دیگران مثل قتل و یا سایر اشکال خشونت‌ها و اعمالی غیرمضر برای دیگران و ارزش ترغیب اولی را با تهدید به آسانی می‌توان درک کرد چراکه فی‌المثل جلوگیری و حمایت از دیگران در مقابل اعمالی نظیر قتل، بی‌توجه و فارغ از انگیزه افراد، به‌خودی‌خود خوب است ولی وقتی جلوگیری از ضرر به دیگری مطرح نباشد، همان‌طوری‌که در امور منافی عفت

توأم با رضایت چنین است، درک آن دشوار می‌شود که انطباق با اخلاق حتی اگر صرفاً به دلیل ترس از مجازات باشد یک ارزش قابل توجه و پیگیری باشد و ادامه می‌دهد که صرف نظر از رنج و عدم آزادی، این رویه بدون در نظر گرفتن انگیزه، به حوزه تابو مربوط است نه اخلاق (هارت، ۱۳۹۸، صص. ۷۸-۷۹) و این نشان‌دهنده اهمیت و لزوم اراده آزاد فرد در مقام امتثال تکالیف اخلاقی است.

در نظریه اخلاقی کانت، فعل اخلاقی عملی برخاسته از اراده آزاد و احساس وظیفه درونی است. وی با تقسیم تکالیف ناشی از حق و تکالیف ناشی از فضیلت (اخلاقی)، قانون‌گذاری خارجی را برای تکالیف ناشی از حق تأیید می‌نماید اما در مورد تکالیف ناشی از فضیلت این امر را ناممکن دانسته و معتقد است که این تکالیف در پی غایتی است که این غایت تکلیف است و کسی نخواهد توانست با قانون‌گذاری بیرونی برای خود غایت تعیین کند<sup>۱۹</sup> چرا که این عمل یک فعل درونی و نفسی است (کانت، ۱۳۹۸، ص. ۷۶) و برخی کانت را بنیان‌گذار چنین دیدگاهی دانستند (نوبهار، ۱۳۸۷، ص. ۳۲۴).

در مقابل چنین دیدگاهی برخی دیدگاه نتیجه‌گرایانه داشته و در یکی از زمینه‌های مربوط به حق حکومت در الزام کیفری اخلاق، نظر بنتام را مطرح‌نظر قرار می‌دهند چنانچه به نظر ایشان همه هدف حکومت باید این باشد که برای ما خوب باشد و باید هر چیز خوبی را برگزید و گسترش داد و سپس اذعان می‌دارد در سودگرایی مهم این نیست که چرا چیزی را انجام می‌دهید بلکه مهم این است که چه نتیجه‌ای حاصل خواهد شد و خوبی یک عمل به خوبی پیامد آن است فلذا تغییر و تصرف در انگیزه و نیات فرد با تهدید به مجازات تا زمانی که وسیله تحمیل خیر شود مشکلی ایجاد نمی‌کند (هریسون، ۱۳۹۳، ص. ۸۷).

بنتام در کتاب خود، درآمدی بر اصول اخلاق و قانون‌گذاری می‌گوید: «کار حکومت این است که خوشبختی را ترویج و ارتقاء دهد حال با مجازات و یا پاداش و تشویق» (Bentham, 1961, p. 61). با چنین دیدگاهی اگر تهدید به مجازات، خوشبختی عمومی را افزایش دهد چون خوشبختی تنها چیز خوب است پس الزام آن هم ایرادی ندارد (هریسون، ۱۳۹۳، ص. ۸۷).

البته برخی دیگر خصوصاً هریسون بر آن نیستند که با گزینش منظری صرفاً نتیجه‌گرا و سودگرا، نیّت، اراده و انگیزه خیر را نادیده انگارند هر چند که به نظر

نگارنده در نهایت خواهیم دید به وجهی از سودگرایی در قرائتِ مخصوص به خودشان متوسل می‌شوند با این تمایز که سعی خود را مصروف توجیهی دوگانه می‌کنند تا قوام بیشتری به نظر خود ببخشند.

دو فیلسوف به نام‌های اِچ‌گرین<sup>۲۰</sup> و برنارد بوزانکت<sup>۲۱</sup> به وجهی غیرمستقیم حق الزام اخلاق را برای حکومت قائل شدند. بوزانکت هم که در واقع از ابتدا متأثر از کانت بوده، ابتدا می‌پذیرد که تکلیف‌های اخلاقی را نمی‌توان با اجبار الزام کرد چنانچه در پاسخ به شخصی که اذعان می‌دارد دین اجباری از بی‌دینی بهتر است، می‌گوید: «تفاوتی نمی‌بینیم چراکه دین اجباری اصلاً دین نیست و همین‌طور گسترش اخلاق با زور و الزام را فی‌نفسه متناقض می‌داند، با این حال در مورد اعطای این حق برای حکومت آن‌را فی‌نفسه خوب و برای تکامل درونی انسان لازم می‌داند و با نظری غایت‌مدارانه معتقدند که پاره‌ای امور برای جامعه ضروری است و حکومت می‌تواند آن را الزام نماید و درنهایت دولت را منعکس‌کننده خیر عمومی می‌داند و اقتدار آن را مشروع و عملکرد آن نیز از نظر اخلاقی از منظر وی قابل توجیه است (Sweet, 2016).

به ادعای گرین نیز حکومت باید اعمالی را امر و نهی نماید که انجام آن برای اهداف اخلاقی جامعه ضروری است. وی به مقوله انگیزه تأکید می‌کند و قبول دارد که اگر حکومت در اعمال اخلاقی الزام نماید آن اعمال را از هویت اخلاقی ساقط می‌کند. لکن الزام آن‌را با این شرط که انجام آن عمل با یک انگیزه پایین، بهتر از عدم انجام آن است و اگر در اموری باشد که برای اخلاق ضروری است، توجیه می‌کند و بیان می‌دارد که چنین امری نه برای اخلاقی کردن مردم بلکه برای تأمین ابزاری که آنان را به اخلاقی شدن توانا می‌کند انجام می‌دهیم، هر چند که نتیجه ابتدایی آن است که مردم با مجازات و تهدید پیشرفت اخلاقی نمی‌کنند اما با این حال تهدید بر دیگران اثر گذاشته و نتیجه اخلاقی حاصل می‌شود و مردم با اتکاء به آن تهدیدات می‌توانند برنامه‌ریزی، زندگی و دست به‌گزینش بزنند امری که بدون آن زیست اخلاقی را ناممکن می‌نماید (هریسون، ۱۳۹۳، صص. ۹۲-۹۴). البته همچنان در این انگاره مشخص نیست چگونه می‌توان با این سیاق به نتیجه اخلاقی رسید و چگونه کیفر می‌تواند کارکردی آموزشی و پرورشی پیدا نماید!

باید آیزایا برلین را هم در زمره چنین نظریه‌پردازانی آورد. این فیلسوف نیز به نوعی به این نتیجه می‌رسد که از انسان نافرهیخته نمی‌توان انتظار تعقل داشت و یا انتظار اینکه بفهمد هدف کسی که به تربیت او همت گماشته چیست و با او همکاری نماید، سپس از فیخته نقل می‌کند که تعلیم باید به گونه‌ای باشد که شما بعداً دلیل کاری را که می‌کنم تشخیص دهید و در واقع با تشبیه به کودک چنان می‌انگارد که نمی‌توان انتظار داشت که بفهمد چرا به مدرسه فرستاده می‌شود و یا از نادانان (مقصود او اکثریت مردم است) توقع داشت که درک کنند چرا به اطاعت از مقرراتی که برای تبدیل آنان به انسان‌های عقلایی وضع شده‌اند، فراخوانده می‌شوند و او اجبار را نوعی آموزش می‌داند و در نظر دارد که من (حاکمیت) برای متحول ساختن شما نیازی به مشورت با شما ندارم (برلین، ۱۳۹۲، صص. ۲۷۳-۲۷۴). او به استظهار نظر فیخته چنین می‌انگارد که هدف دولت این است که انسان بسازد درحالی‌که تو (نادانان) اسیر هوس‌ها، وابستگی‌ها و علایق هستی و نمی‌توانی هدف‌های راستین را تشخیص دهی. بنابراین او معتقد است: اگر بناست عقل پیروز شود باید هوس‌ها و غرایز پستی که فرد را در قید اسارت می‌گذارد نابود شود و به همین دلیل عناصر فرهیخته می‌توانند دست به اجبار در این باره بزنند و از قضا بوزانکت، هگل و برادلی را نیز در زمره پیروان چنین نظریه‌ای می‌داند (برلین، ۱۳۹۲، ص. ۲۷۵).

لکن چنین نظراتی، عاقبت‌اندیشانه و بلکه مصلحت‌اندیشانه هستند چیزی که با عالم اخلاق چندان خوش‌میانه نیست و می‌توانیم بگوییم که ممکن است به نتیجه مطلوب برسیم، لکن به نتیجه اخلاقی، خیر. اگر شخصی را تهدید به شلاق کنیم که فی‌المثل دروغ نگو و اگر موفق شویم و شخص مذکور دروغ نگوید نتیجه شاید مطلوب باشد ولی اخلاقی نیست و احتمالاً دوام و قوام آن‌هم چون یک نتیجه اخلاقی نخواهد بود. حال اگر همان فرد با اراده‌ای خالص و با درک ارزش اخلاقی صداقت، دروغ نگوید، احتمال فراوان در موقعیت‌های دیگر هم دروغ نخواهد گفت. چنان است که دروغ نگفتن را وظیفه خویش می‌داند.

هریسون هم امکان الزام اخلاق را به طور کلی توسط حکومت می‌پذیرد و چه بسا با رویکرد مستقیم‌تر و با اشاره به دعای کرانمر<sup>۲۲</sup> اذعان می‌دارد که خداوند قدرت سهمگین مجازات دارد و دوزخ ضامن اجرای این قانون است، وی بیان می‌دارد در

اینجا و در مورد پیروی از قانون طبیعی دو مقوله هست: الف. ترس، ب. احترام، چیزی که در اغلب متون مذهبی وجود دارد و به نوعی بیانگر عشق و بیم<sup>۳۳</sup> است. وی اعتقاد دارد که این دوگانگی مشکلی ایجاد نمی‌کند یعنی اینکه انگیزه از اجابت قانون، ترس از مجازات باشد و یا احترام ذاتی فرقی ندارد، چنانچه ممکن است کسی واقعاً خوب باشد و لذا ایشان بر اساس عشق، احترام، وجدان و بر مبنای یک انگیزه واحد عمل نمایند و افراد بد در این راستا به انگیزه واحد دیگر، یعنی بیم و خشم الهی و معتقد است هر شخص فقط یک انگیزه دارد هر چند دو انگیزه موجود است و البته چنین استدلالی را خود دارای ایراداتی می‌داند چنانچه برخی آدم‌ها نه خوبند و نه بد (خاکستری هستند) و به هر حال در فرض مورد کسانی که خوب هستند ممکن است بگویید با وجود الزام و تهدید ناخالصی پیدا می‌کنند، اما او می‌گوید: «حقیقت این است که راه رفتن بر روی تخته باریک، در سطح زمین و راه رفتن بر روی همان تخته در ارتفاع چند صد متری تفاوتی ندارد چراکه به هر حال قرار نیست بیفتیم (هریسون، ۱۳۹۲، ص ۹۷-۹۶).

هریسون می‌افزاید که اضافه شدن بیم به قانون اخلاقی لزوماً در موقعیت اخلاقی مشکلی ایجاد نمی‌کند و بازم با رویکردی سودگرا اذعان می‌دارد که مهم عمل به قاعده است چراکه در نهایت قاعده مذکور منتهی به خیر خواهد شد حال با دو دلیل: یک دلیل مستقیم که ناشی از خود قاعده است و دیگری غیرمستقیم که عواقب ناشی از رعایت آن است و کارایی انگیزه و نیت خیر را این‌گونه حل می‌کند که در سودگرایی، به‌طور غیرمستقیم می‌توان میان موقعیت تأیید فوری و موقعیت متأملانه تمایز قائل شد به این صورت که بر اساس یک تحلیل غیرمستقیم، در موقعیتی جداگانه عمل را فوراً انجام دهیم لکن در فرصت مناسب و مقتضی با دقت در مورد آن تفکر نماییم و تفکیک میان آن دو موقعیت این بهره را دارد که به موفقیت نهایی خواهد انجامید و لذا در مقام عمل بر مبنای قاعده و سود عمل کردیم لکن در موقعیت متفکرانه بعدی به نیکی درمی‌یابیم که از قضا راه صحیحی را برگزیدیم و این موقعیت تأمل همان موقعیت نهایی است و انگیزه نهایی هم همان انگیزه اخلاقی خواهد بود (هریسون، ۱۳۹۲، صص. ۹۶-۹۹). در واقع جان کلام هریسون این است که عمل مقصود انجام شود لکن فهم آن توسط افراد تفاوتی ندارد ولو اینکه بعداً هم می‌توانند نسبت به آن اندیشه کنند

وانگهی نتیجه اهمیت دارد و شاید برای نیل به اهداف غایی در لحظه اندیشیدن ممکن نباشد اما مجبور هم نیستیم تا از دلایل نهایی صرف‌نظر کنیم.

در این راستا نگارنده‌ای ضمن اینکه در این حوزه یگانه نظر را علی‌رغم آرج، منزلت و غنای آن منحصر به نظر کانت نمی‌داند، ادامه می‌دهد که اّصاف فعل به اخلاقی بودن دارای مراتبی است و هر چند انجام فعل و یا ترک فعل اخلاقی از سر وظیفه اخلاقاً ارزشمند است اما چنین هم نیست که فعل برخاسته از ملاحظات بیرونی مطلقاً فاقد ارزش اخلاقی است چنانچه در منابع دینی هم این مراتب قابل رویت است و انجام عمل از سر بیم عقاب، مطلقاً فاقد ارزش نیست هر چند مراتب ارزش آن از مواردی که از سر اخلاص باشد به‌طور قطع کمتر است (نوبهار، ۱۳۸۷، ص. ۳۲۵).

اما هارت هم به‌نوعی به این مسئله اذعان داشته است بدین‌وجه که دستاوردهای ناشی از پرهیزگاری در هر حوزه‌ای اعم از رفتارهای جنسی باید از مؤلفه‌های یک زندگی خوب باشند ولی آنچه بارزش است پرهیز ارادی است نه تسلیم شدن به اجبار که به نظر می‌رسد خالی از ارزش اخلاقی است (هارت، ۱۳۹۸، ص. ۷۹). البته در بادی نظر صحیح به نظر می‌رسد که اعمال اخلاقی می‌توانند دارای مرتبت‌هایی باشند و بنابراین در عالم نظر الزام اخلاق ناممکن نیست، حداقل اگر به نتایج خوشایند احتمالی آن دلخوش باشیم. مثلاً عدم ارتکاب عمل منافی عفت توسط یک شخص ممکن است ناشی از بیم کیفر باشد و یا ناشی از اعتقادات قلبی و انجام وظیفه دینی و اخلاقی، لکن مشکل اینجاست که هنجارهای قانون‌گذار و ضمانات کیفری عینی آن نمی‌تواند با متون مذهبی و عشق و بیم نسبت به کلام پروردگار و واقعیت مکنون معنوی و اجتماعی نهفته در آن سنجیده شود و از دیگر سو لحظه مهم و سرنوشت‌ساز برای حقوق کیفری این است که آیا فراتر از نظر و در عرصه عمل واقعاً به نحو مؤثری به نتایج مثبت و چشمگیر در باب ترویج خیر در حوزه اخلاقیات جامعه رسیده است؟

## ۲-۲. منظر دید عینی

پیشتر دو دیدگاه که مبتنی بر وظیفه‌گرایی و سودگرایی بودند، نسبت به مسئله امکان الزام اخلاق استدلال ورزیدند. اعطا یا عدم اعطای این حق به حقوق کیفری در عالم نظر بسته به اینکه نگاهی وظیفه‌گرایانه داشته باشیم یا سودگرایانه متفاوت است. البته چنانچه دیدیم

اندیشمندی چون هریسون در مقام همدلی با تفکر مبتنی بر اراده آزاد درآمده و به‌زعم خویش نظری را پرورانده که با مسلک مدنظر کانت به نقطه اشتراک و تلاقی خواهد رسید. هر چند به نظر می‌رسد چنانچه بارها ارادت خود را به قرائت نتیجه‌گرا و سودگرا نشان داده بود در نهایت در همان قرائت محبوس می‌ماند و سعی خود را مصروف این می‌کند تا با توسعه همین دیدگاه به مقوله اراده اخلاقی هم برسد و اجبار و الزام را با نیت خالص و خیر آشتی دهد تا جمع آندو را امری ممکن جلوه نماید.

با این‌همه و به هر حال منظرگاه پیش‌گفته رویکردی پیامدگراست و از قضا به همین دلیل می‌توان ضعف ابزارهای قهرآمیز کیفری را دریافت و نسبت به قائل شدن قلمرویی فراخ برای حقوق کیفری در الزام و ترویج اخلاق تشکیک کرد. هر چند استدلال‌های سودگرا با عنایت بر اینکه سودگرایی خود زاده دنیای مدرن و به دنبال لمس امور است، بهتر می‌تواند با دنیای فعلی همخوانی داشته باشد و در بادی نظر حق الزام اخلاق را توسط حقوق کیفری توجیه نماید.

با این وصف تکلیف الزام اخلاق از منظر کانت روشن است چراکه کانت اطاعت عاری از اراده آزاد را ناصواب و سبب شکل‌گیری و ایجاد جریان‌های مخفی می‌داند، در مقابل معتقد است در صورت حکم‌فرمایی روح آزادی، این عقل است که حکم می‌کند و قانون را عادلانه می‌یابد و حقوق انسانی مهم‌تر از ایجاد نظم و آرامش است و لذا انسان نمی‌تواند بسان ابزار بهره‌جویی جهت نیل به هدفی باشد (فولادوند، ۱۳۸۹، صص. ۳۵ و ۴۵). بنابراین استفاده از الزام جهت نیل به اخلاق و نتایج اخلاقی، امری است که در کل با بنیان نظری وی همسو نیست و نتیجه آن هم فاقد ارزش تلقی می‌شود.

اما همان‌طور که از منظر کانت هم دریافت می‌شود مقوله الزام کیفری اخلاق می‌تواند تجلی‌بخش رویکردی ابزارگرایانه نسبت به حقوق کیفری باشد. بدین‌وجه که نحوه نیل به هدف اهمیتی ندارد و بلکه صرفاً نتیجه و هدف در کانون توجه می‌باشد و چنان است که نتیجه می‌تواند ما را دلخوش و بنابراین ابزار را توجیه می‌نماید.

حال مسئله اصلی این است که با شکل و فرمی از قرائت نتیجه‌گرا و سودگرا آیا می‌توانیم حقوق کیفری را واجد این حق بدانیم که اخلاق را به جامعه تحمیل نماید و فی‌المثل آنها را به رعایت عفت و اخلاق وا دارد؟ در عوض نتیجه عملی و به ظاهر



اخلاقی آن، ما را قانع نماید؟

البته قبل از این نباید به سادگی گذشت و این ایراد همچنان وجود دارد که اگر بنا است با رعایت اجباری اخلاق توسط جامعه نتایج مثبتی پدید آید و به اصطلاح منجر به خیر و خوشبختی جامعه شود پس چه مرزی میان برخی امور اخلاقی ترسیم می‌شود تا فقط موارد خاصی وارد قلمرو حقوق کیفری شوند؟

به فرض می‌دانیم که رعایت موارد اخلاقی نظیر صداقت، پرهیز از چشم‌چرانی و هرزه‌نگاهی، غیبت نکردن و... اثرات مثبتی در جامعه و خوشبختی عمومی دارد و می‌تواند جامعه را به آرامش روانی ایصال نماید و بنابر فرض قرائتی که منتهی به منظر دیدی سودگرا می‌شود، این نتایج بسیار خوب است چراکه برآیند آن گسترش صداقت و حس اعتماد در جامعه و نهایتاً باعث خوشبختی مردم خواهد شد و با این استدلال حقوق کیفری باید ولو با الزام، آنها را مطمح نظر قرار دهد تا در عمل به این نتیجه مطلوب برسد. حال اعمال ضد اخلاقی خاصی، نظیر اعمال مربوط به امور جنسی توأم با رضایت که حداقل به قول هارت ممنوعیتشان در درازمدت می‌تواند باعث کاهش خشنودی شود (چراکه باعث سرکوب‌گرایی می‌شوند) و در خوشبختی آنها نقش مهمی داشته باشد (هارت، ۱۳۹۶، ص. ۷۵)، چرا صرفاً بایستی چنین اموری مورد عنایت حقوق کیفری قرار بگیرد؟ پس این ایراد همچنان بی‌جواب می‌ماند و تقریباً نمی‌توان سیستمی حقوقی را یافت که غیبت کردن و دروغ‌گویی را مگر در مواردی که صورت خاصی (مانند افترا و...) به خود بگیرند به محدوده جرم‌گذاری راه داده باشند.

اما مسئله به همین جا ختم نمی‌شود لذا در قرائتی که هریسون ارائه می‌کنند به نوعی به دلیل جدی گرفتن اراده اخلاقی در نهایت با ارائه مقوله تمایز میان مرحله عمل و تأمل، خود را در مرحله موقعیت متأملانه با کسانی که اراده اخلاقی را مقدم می‌شمارند، هم‌دل نشان می‌دهد. حال اگر فرض کنیم این موقعیت متأملانه برای برخی افراد هیچ‌وقت ایجاد نشود چه‌طور؟ لاجرم باید بگوییم آنچنان مهم نیست چراکه حداقل به نتیجه مطلوب رسیدیم! پس در آخر باز هم با این نظر به همان قرائت نتیجه‌محور و سودمحور باید متکی باشیم.

وانگهی چنانچه برآیند الزام اخلاق باید ایجاد منفعت عمومی باشد و اعضای جامعه بتوانند برنامه‌های خود را با توجه آن تنظیم کنند، لکن همین جامعه می‌تواند با عدم

اقبال خود و ابراز آن به انحاء مختلف، این قرائت را با چالش مواجه نماید. این امر حداقل در اغلب دولت‌هایی که از اخلاق‌گرایی قانونی عقب‌نشینی کردند، نمایان و تجربه شده است و در واقع نتوانستند نتیجه‌عینی و عملی از الزام‌های هنجارهای اخلاق‌گرایی قانونی در برابر تطورات جامعه بگیرند و همواره تطورات اجتماعی و اخلاقی جامعه و اخلاق متعارف آن روی سبقت از هنجارهای قانونی ربوده است. در واقع کیفر و ابزارهای قهرآمیز تهدید، نه تنها نتوانستند جامعه را به‌طور جدی و مؤثر به نتایج اخلاقی نائل نمایند، بلکه از طرفی زمینه بی‌توجهی به ابزارهای حقوق کیفری را فراهم و از سوی دیگر منجر به از دست رفتن مشروعیت حقوق کیفری هم شدند، تاجایی که خود به عنوان یک عامل جهت‌ایجاد ناآرامی و عدم خوشبختی معرفی شدند و به نقض غرض انجامیده‌اند.

حال می‌بینیم اخلاق متعارف جامعه نیز در مواضع مورد نظر حقوق کیفری، خلاف مقصود و نظر قانون‌گذار در حوزه اخلاق‌گرایی قانونی را طی کرده و راه خود را هر چه بیشتر از آن جدا کرده است. آری در موقعیت متأملانه قرار می‌گیرند اما بعضاً تأمل در جهت کشف راهکارهای ادبار و روگردانی از نظام کیفری و شیوه‌های گریز از هنجارهای قانون.

با این تفاسیر شاید بشود از ایرادهای نظری و بنیادین نقص اراده بگذریم و بر روی کاغذ حق کیفر و الزام اخلاق را با کیفر، با قرائتی نتیجه‌گرا و سودگرا مانند هریسون قائل شویم. اما خاصیت نظریات عمل‌محور و پیامدنگر در این است که ما نتایج آن را لمس نماییم و در صورتی که نتیجه‌ای از الزام و کیفر در این راستا به دست نیاید پس اعتبار چنین رویکردی هم منقضی شده است و لذا مصرف یک داروی تلخ حداکثر تا زمانی می‌تواند توجیه شود که اثربخش باشد و به بازگشت سلامت بیمار بیانجامد وگرنه سرکشیدن آن جز تلخ‌کامی چه سودی دارد؟

به هر تقدیر به این نتیجه نزدیک می‌شویم که حقوق کیفری صلاحیت بی‌قید و شرطی در این باب ندارد و ناگزیر به آهستگی پای خود را از این حوزه بیرون می‌کشد تا اقتدار و مشروعیت خود را حفظ و انرژی را مصروف امور دیگری نماید که به وظیفه آن نزدیک‌تر است و از طرفی با ایجاد زمینه‌ها و شرایط تأملات سازنده پیش از مقوله

تهدید و الزام می‌توان منتظر نتایج بهتری بود چراکه بعد از عمل و یا بعد از اعمال کیفر، برعکس آنچه مقصود هریسون بود، بسیار کمتر زمینه تأمل فراهم است بلکه زمینه برای تألم و ادبار مهیا است.

با این وصف بازگشت ما در اینجا به ارج امتثال ارادی و عنایت بر وظیفه یعنی تربیت و تقویت اراده اخلاقی و فراهم آوردن شرایط مناسب جهت ارتقای کیفیت اخلاقی جامعه از طرق ارادی نه الزامی و ناشی از بیم کیفر است. اهمیت اراده خیر در افراد به قدری است که اندیشمندانی چون بوزانکت که در واقع با رویکردی سودگرا سعی در توجیه حق دولت در الزام اخلاق می‌نمودند، لکن تحت تأثیر کانت و اتقان و استحکام عقلانی نظری وی، معتقد و معترف بودند که ارتقاء مستقیم اخلاق نمی‌تواند توسط دولت اعمال شود، هر چند قانون برای ارتقاء منافع عمومی ضروری است اما نمی‌تواند شخصی را واقعاً اخلاقی کند بلکه پیشرفت واقعی اجتماعی و اخلاقی اغلب با اقدامات ارادی افراد رقم می‌خورد (Sweet, 2016). همین امر به نوعی اعتراف بر عدم کارآمدی الزام کیفری اخلاق است.

### نتیجه‌گیری

اصل اخلاق‌گرایی قانونی به عنوان یکی از پرحاشیه‌ترین اصول جرم‌گذاری همواره در معرض پرسش و چالش‌های گوناگونی بوده است. اینک در پی این مسئله فلسفی و فراحقوقی بودیم که الزام اخلاقیات از گذر تهدید و کیفر از منظر دو رویکرد عمل‌محور در حوزه اخلاق هنجاری به چه نحوی می‌تواند توجیه شود. به علاوه نگارندگان در نهایت موضع وظیفه‌گرایانه را بر منهج حق و صواب می‌دانند. موضعی که ارزیابی شد خالی از ایراداتی است که دیدگاه مقابل یعنی نتیجه‌گرایی در مبانی از آن رنج می‌برد. مسئله این است که اغلب گفته می‌شود تکالیف مبتنی بر فضیلت و اخلاق تنها با اراده آزاد و اختیاری و عاری از هر گونه فشار خارجی می‌تواند امری اخلاقی و متصف به اخلاق فرض شود. در غیراین صورت رعایت تکالیف اخلاقی تهی از هر گونه ارزش اخلاقی خواهند شد. این منظر برخاسته از رویکرد وظیفه‌گرایانه کانتی است که البته به دلیل استحکام نظری آن فی‌الواقع به عنوان یک محور اساسی و فارغ از هر مسلک و رویکرد اخلاقی، تثبیت شده است و همواره از آن به عنوان اصلی مهم در تکالیف

اخلاقی یاد می‌شود.

لکن اتخاذ رویکرد نتیجه‌گرا و سودمحور می‌تواند مقنن را مجاب نماید که فارغ از اراده و نیت درونی افراد، آنها را ولو به وسیله کیفر و تهدید به سعادت‌مندی سوق دهد و در نهایت جامعه را از نظر خود تنزیه و به نیک‌روزی برساند. البته این گفتار و چینش الفاظ در کنار یکدیگر و دربادی نظر، شدنی، جذاب و موجه‌ساز است. لکن حقیقت امر این است که اتخاذ چنین رویکردی علاوه بر بی‌توجهی به عنصر اقتناع و اراده خالص فاعلان اخلاقی، می‌تواند تداعی‌کننده نگرش ابزارگرایانه به حقوق کیفری باشد، فلذا برخی از اندیشمندانی که در واقع به استظهار رویکرد سودمحوری حق اعمال الزام کیفری اخلاق را به حکومت می‌دهند، همّت خود را مصروف این امر می‌کنند تا به انحاء مختلف خود را از ایرادهای نگاه انحصاری و تک‌بعدی برهانند و ضمن همدلی با رویکرد وظیفه‌گرایی، اراده و اختیار آگاهانه فرد را در تکالیف اخلاقی در کانون توجه خود قرار دهند. فی‌المثل با دقت نظر اقدام به استدلال و تمایز میان موقعیت متأملانه از موقعیت فعلی که فاعل اخلاقی در آن قرار دارد، نمودند. البته چنین نظریاتی به دلیل اهمیت ویژه‌ای که عنصر اراده خالص در تکالیف مبتنی بر اخلاق و فضیلت دارد طرح و بیان می‌شود و به نوعی اندیشمندان نتیجه‌گرا را به رویکرد وظیفه‌گرا سوق می‌دهد و گرنه این قبیل نظریات ضمن اعتراف به اهمیت فاعل (اخلاقی) و وقع‌نهادن به عنصر اراده افراد، در مبنا همان رویکرد نتیجه‌گرا و سودگرا است و ایجاد موقعیت متأملانه خصوصاً بعد از تحمّل کیفر، دور از واقعیت است و حتی اگر چنین امری هم رقم بخورد نمی‌توان موقعیت به قولی غیرمتأملانه سابق را در انطباق تأملات احتمالی آینده، اخلاقی فرض نمود. ضمن اینکه تأملات اخلاقی احتمالی بعدی هم با آموزش‌های ناشی از کیفر شکل نمی‌گیرد!

به هر تقدیر باید اذعان داشت در نگاه نظری و ذهنی هر چند می‌توانیم با عنایت به رویکرد نتیجه‌گرا و سودگرا و با حربه‌های گوناگون حق الزام کیفری اخلاق را قائل شویم اما حقیقت امر آن است که تمام ماجرا به همین جا ختم نمی‌شود و جای این سؤال از نتیجه‌گرایان باقی است که با وجود الزام کیفری در جهت رواج اخلاق و سعادت‌مندی جامعه تا چه حد توانسته‌اند به چنین امری دست یابند؟ مگر نه این است

که اتقان و توجیه رویکرد نتیجه‌گرا و سودگرا بسته به نتایج عینی و عملی آن است؟ حال باید دید چرا علی‌رغم این نظر و اعمال کیفر جهت رواج خیر و اخلاق، بالعکس و بعضاً اخلاق جامعه به تدریج به ضمانات کیفری واقعی نهاده است و بلکه به دلایل گوناگون که به دلیل تطورات فکری و اخلاقی جامعه بوده است، آنان را پنجه در پنجه ضمانات کیفری نهاده و تقریباً دست رد به نتایج مثبتی که نتیجه‌گرایان وعده آن را داده‌اند زده است؟ چه بسا عدم این کامیابی در عدم عنایت و تقویت اراده اخلاقی باشد و بتوانیم بگوییم این ناکارآمدی نیز به واسطه بی‌توجهی به رویکرد نظری پیشین یعنی عدم عنایت بر اراده خالص فاعل اخلاقی رقم می‌خورد، در عوض این همان لحظه‌ای است که می‌توان بازگشت به رویکرد وظیفه‌گرایی و عنایت ویژه به اراده فاعل در تکالیف اخلاقی داشت، مقوله‌ای که به‌طور غیرمستقیم و معترفانه توسط برخی سودگرایان و نتیجه‌گرایان مطمح نظر قرار گرفت.

لذا تقویت قابلیت‌های فکری و اخلاقی جامعه از طرق غیرالزام‌آور و رها از تهدید است که می‌تواند به نحو مؤثر و مستحکم‌تری با ایجاد موقعیت‌های متأملانه ارادی، جامعه‌ای پایبند به هنجارهای اخلاقی رقم بزند به طوری که طبیعتاً به دلیل اتخاذ ارادی و عقلانی، دوام و قوام بیشتری هم داشته باشد. هر چند بدون شک این امر دشوارتر از اتخاذ رویکرد کیفری است لکن تقویت اراده اخلاقی افراد جامعه در طول زمان قطعاً نتیجه عمیق‌تری از آنچه نتیجه‌گرایان، خوشبینانه مطمح نظر داشتند رقم خواهد زد. ضمن اینکه این ایراد به غایت اساسی هم از میان می‌رود که اگر سودگرایان حق کیفر را جهت ایجاد نتایج اخلاقی و ایجاد سعادت‌مندی موجه می‌دانند پس باید از آنان خواست تا از مصادیق معروف اصل اخلاق‌گرایی قانونی فراتر رفته و سایر اعمال خلاف اخلاق را هم جرم بشناسند تا جامعه را به سعادت‌مندی برسانند و چرا خود را محدود به مصادیق خاصی می‌کنند.

نگارندگان با دیدگاه فراحقوقی، با عبور دادن اصل پرچالش اخلاق‌گرایی قانونی از صافی و سنجه دو نظریه اخلاقی هنجاری یعنی وظیفه‌گرایی و نتیجه‌گرایی و البته بر منہج حق و صواب دانستن رهیافت رویکرد وظیفه‌گرایی، موجودیت این اصل جرم‌گذاری را با چالش جدی مواجه دانسته و زیر سؤال می‌برند. درواقع اخلاق‌گرایی قانونی دولت را مجاز می‌نماید تا با به‌کارگیری الزام، از برخی

هنجارهای اخلاقی حمایت کیفری به عمل بیاورد. این حمایت کیفری با الزام و تهدید نسبت به مرتکبان بالفعل و بالقوه، به عنصر لازم و اساسی در کنش‌های اخلاقی، یعنی اراده خالص فاعلان خدشه وارد نموده و حتی در صورت رعایت آن هنجارها، خالی از هر گونه ارزش اخلاقی می‌کند. این در حالی است که رویکرد نتیجه‌گرایی از این امر غافل بوده است و می‌تواند مصلحت‌ها را بر اصول بنیادین مرجح بداند و در قبال امید بر نتایج مثبت، بی‌عنایت بر این چالش جدی در قواعد مبتنی بر فضیلت و اخلاق، دست به الزام و اجبار، بی‌هیچ توجهی به اراده فاعلان اخلاقی بزند. این در حالی است که گفتیم منظر نتیجه‌گرایی از اتهام ابزارگرایی هم رنج می‌برد چراکه می‌تواند در پی نتایج و مصالح مدنظر، به استفاده ابزاری از حقوق (کیفری) بیانجامد. مسئله دیگری که رویکرد اخلاقی نتیجه‌گرا با آن دست‌وپنجه نرم می‌کند آن است که با چه توجیهی می‌توان میان قواعد مبتنی بر اخلاق بینونت افکند و برخی را به وادی هنجارهای حقوق کیفری وارد نمود و برخی را خارج از این وادی گذارد.

لذاست که عقیده نگارندگان بر آن است که از منظری فراحقوقی نیز که در این پژوهش مطرح‌نظر بود الزام قانونی اخلاق یا همان اخلاق‌گرایی قانونی توفیقی نمی‌یابد و موجودیت آن از بنیان زیر سؤال می‌رود. با این اوصاف زمانی که این اصل را از صافی وظیفه‌گرایی و نتیجه‌گرایی در عالم نظریه‌های اخلاقی عبور می‌دهیم ایرادهای متعدد در رویکرد نتیجه‌گرایی، ما را به سمت نظریه وظیفه‌گرایانه سوق می‌دهد که از قضا اخلاق‌گرایی قانونی از صافی آن توان عبور نمی‌یابد. چنان است که بار دیگر و در سطحی فراحقوقی نیز سنگینی رسالت ترویج و تربیت اخلاقی بر دوش حقوق کیفری درک و خارج از عهده آن دانسته می‌شود.

۱. نگارنده ترجیح می‌دهد به جای استفاده از واژه جرم‌انگاری، واژه «جرم‌گذاری» را به کار گیرد. بدین توضیح که در *criminalize* پسوند *ize* به معنای چیزی را ساختن و به وجود آوردن است، لذا زمانی که صحبت از جرم‌گذاری می‌کنیم عنصر کنش وجود دارد بدین‌وجه که در واقع اکتیو بودن و ایجنت بودن فاعل را (مقنن) نشان می‌دهد، فاعلی که با اقتدار و قابلیت‌های خود هنجاری را گذارده و رسماً معرفی می‌نماید. به‌بیان‌دیگر در عبارت جرم‌انگاری گویی، انگاشتن نقشی منفعل را برای مقنن تداعی می‌کند، لکن در عبارت جرم‌گذاری فاعل را کنشگر و فعال می‌شناسیم. لذا وقتی سخن از خالق یک قانون می‌کنیم صحیح آن است تا همان‌طوری‌که در سایر متون قانونی و قانون‌گذاری‌ها از واژه قانون‌انگاری استفاده نمی‌کنیم!

«جرم‌گذاری» (*criminalization*) را هم زین پس به جای جرم‌انگاری به کار ببندیم.

۲. نمونه این درجه‌بندی از خلوص را می‌توان در امر و نهی پروردگار نیز مشاهده کرد بدین‌وجه که با وعده عذاب و درد و رنج، توصیه به حفظ کرامات و دستورات اخلاقی نماید. بدین ترتیب انسانی را که به واسطه ترس و بیم، دستورهای پروردگار را رعایت می‌کند می‌توان با کسر درجه، انسانی با اخلاق دانست. لکن مسئله در این مجال این است که ما در اصل اخلاق‌گرایی قانونی نه با قواعدی قدسی بلکه با قواعدی زمینی (این دنیایی) در سیاست‌گذاری جنایی مواجه هستیم ضمن این که نمی‌توان با استناد به درجه‌بندی خلوص به واسطه ترس از عذاب آخری که فلسفه، حکمت و بواطن آن به راحتی نمی‌تواند برای انسان مادی به سادگی آشکار باشد، به قیاس پردازیم. به قول شهید مطهری عذاب‌های نام برده در متون مقدّس در راستای بیان ماهیت و میزان قباحت اجتماعی آن اعمال جهت درک پستی آن برای آدمی است و گرنه آخرت، دنیای معنویات است نه مادیات که درد و رنج مادی و جسمانی در آن معنایی داشته باشد. از دیگر سوی اصل اخلاق‌گرایی قانونی در گستره ناب آن پوشش‌دهنده برخی امور ضد اخلاق است و اگر بنا باشد به واسطه ایجاد هراس از کیفر اقدام به الزام اخلاق کرد جای این سؤال باقی می‌ماند که چرا فقط باید این قبیل موارد ضد اخلاق با کیفر الزام شوند و دیگر موارد خلاف اخلاق که عواقبی به مراتب وخیم‌تر از یک رابطه نامشروع دارد، بیرون از دایره حقوق کیفری و الزام کیفری اخلاق باشند و این امر خود برخلاف عدالت و اخلاق است.

### 3. Legal Moralism

۴. مقصود اصل ضرر و اصل رنجش نسبت به دیگری است و البته باید به غیر از این دو اصل، سایر اصول جرم‌گذاری نظیر اصل پدرسالاری یا آسیب به خود را نیز اضافه کرد.

۵. اخلاق‌گرایی قانونی منصرف از سایر اقدامات غیرکیفری است که ممکن است قانون‌گذار در مواجهه با امور ضداخلاقی اتخاذ کند. چنانچه رفتارهای اخلاقی را تشویق و حمایت نماید و در راستای افزایش سطح اخلاقی جامعه، فضای آزاد را به جهت فراح نمودن عرصه‌های اخلاقی که مستلزم اراده آزاد است بی‌افزاید و از سوی دیگر و با چشم‌اندازهای بلندمدت به افزایش آگاهی‌های فردی و اجتماعی بپردازد.

6. Immoral

7. Joel Feinberg

8. Broad and Narrow Legal Moralism

۹. شاید بتوان اصطلاح اخلاق‌گرایی ناب و اخلاق‌گرایی ممزوج را هم عنوان کرد. مثلاً اخلاق‌گرایی در مفهوم وسیع چندهمسری را هم شامل می‌شود لکن باید اذعان داشت که برای توجیه آن می‌توان ایراد آسیب روحی به زوجه را هم مطرح‌نظر قرار داد چراکه به فرض هر چند شخص به‌طور رسمی با دیگری ازدواج کرده است ولی با این عمل همسر سابق خود را آزرده خاطر خواهد نمود. یا قماربازی، مصرف مواد مخدر و الکل اولویت توجیهی قوی‌تری با اصل پدرسالاری و بزرگتری کردن قانونی و جلوگیری از آسیب‌های ناشی از آن به شخص مرتکب آن اعمال دارند. حال آنکه در معنای مضیق و مصادیقی چون زنا با محارم و یا لواط اولین چیزی که به ذهن متبادر می‌شود بالذاته ضداخلاق بودن آنهاست و البته در وهله دوم هم می‌توان برای آن اعمال مضراتی برشمرد.

۱۰. البته در عمل تفکیک آنها حتی در گستره مضیق ممکن است در برخی مصادیق خصوصاً به دلیل گسترش انواع خوانش‌های پدرسالاری قانونی اخلاقی، بسیار دشوار باشد.

11. Virtue Ethic

12. Teleologist

13. Consequentialist

۱۴. از جمله رویکرد عمل‌نگر که بر آن است که همواره و هر جایی که ممکن است باید با توسل مستقیم به اصل سود، صواب یا الزامی بودن امور را تعیین کنیم و رویکرد بعدی آن سودگرایی عام است که بر آن است تا از عرصه عمل‌نگر فراتر رفته و خیروشر را با اعمال تمام افراد سنجید نه فقط خود شخص و نوع سوم آن رویکرد قاعده‌محور است که این رویکرد از سودگرایی بر نقش محوری قواعد در تعیین معیار، هدف، احکام و گزاره‌های اخلاقی تأکید می‌کند و راه دستیابی به آن خیر عمومی است و اینکه ببینیم کدام راه بیشترین خیر را برای ما رقم می‌زند (مصباح یزدی، ۱۳۹۴، صص. ۱۶۳-۱۶۵).



15. Non-teleologist

16. Deontologist

۱۷. البته با غلظت نگاه کانت به این مقوله باید قادر باشیم از تمامی افراد روحانیانی پاک سیرت و پاک‌طینت بسازیم تا بتوانیم آنان را اخلاقی بدانیم.

۱۸. حدیثی وجود دارد که غیبت را از زنا شدیدتر می‌داند «الغیبه اشدّ من الزنا...» (برای واکاوی این حدیث ر.ک: جلالی و رجبی قدسی، ۱۳۹۳، ص. ۹۲).

۱۹. البته باید اذعان داشت مقصود در این مباحث فقط اخلاق مدنظر در اصل اخلاق‌گرایی قانونی نیست بلکه مقصود هر امر اخلاقی است که با مشخصه‌های شناخت امور اخلاقی همخوانی دارد و لذاست که امور مدنظر اخلاق‌گرایی قانونی هم در زمره اخلاق می‌گنجد برای مثال دروغ‌گویی امری مربوط به اخلاق و به عبارتی بی‌اخلاقیست و همچنین است انجام بی‌عفتی که امری خلاف اخلاق است. با این وصف برآیند این احتجاج‌ها قابل تسری است به بحث فعلی ما. به این جهت ابتدا مطرح کردیم که در امور بی‌عفتی و اموری چون دروغ‌گویی، چه چیزی منجر به تمایزشان برای قانون‌گذار کیفری می‌شود تا یکی را داخل محدوده جرم‌گذاری و دیگری را خارج بدارد.

20. T. H. Green

21. Bernard Bosanquet

22. Cranmer

23. Love and fear

#### کتابنامه

برلین، آیزایا (۱۳۹۲). چهار مقاله درباره آزادی. ترجمه محمدعلی موحد. تهران: انتشارات خوارزمی.

برهانی، محسن (۱۳۹۶). اخلاق و حقوق کیفری. تهران: انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی.

بیکنس، برایان (۱۳۹۳). فرهنگ نظریه حقوقی. ترجمه محمد راسخ. تهران: نشر نی.

پالمر، مایکل (۱۳۹۰). مسائل اخلاقی. ترجمه علیرضا آل بویه. تهران: انتشارات سمت.

پاتنم، هیلری (۱۳۸۵). دوگانگی واقعیت و ارزش. ترجمه فریدون فاطمی. تهران: نشر مرکز.

پیک حرفه‌ای، شیرزاد (۱۳۹۰). مرزهای اخلاق. تهران: نشر نی.

جلالی، مهدی و رجبی قدسی، محسن (۱۳۹۳). واکاوی حدیث الغیبه اشدّ من الزنا. مجله

مطالعات علوم قرآن و حدیث، (۴۶)، ۶۵-۸۴.

دباغ، سروش (۱۳۹۶). حجاب در ترازو. لندن: اچ انداس مدیا.

راسخ، محمد (۱۳۹۳). حق و مصلحت. تهران: انتشارات طرح نو.

## اخلاق‌گرایی قانونی، از نتیجه‌گرایی تا وظیفه‌گرایی / مجتبی فرحبخش و دیکوان پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۳۳۲

- صانعی دره‌بیدی، منوچهر (۱۳۹۷). *فلسفه اخلاقی و مبانی رفتار*. تهران: انتشارات سروش.
- فرحبخش، مجتبی (۱۳۹۲). *جرم‌نگاری فایده‌گرایانه*. تهران: نشر میزان.
- کانت، ایمانوئل (۱۳۹۸). *فلسفه حق*. ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی. تهران: انتشارات نقش و نگار.
- فولادوند، عزت‌الله (۱۳۸۹). *خرد در سیاست*. تهران: انتشارات طرح نو.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۴). *نقد و بررسی مکاتب اخلاقی*. قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۶). *آموزش فلسفه*. تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌الملل.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۷). *حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی*. تهران: نشر جنگل.
- هارت، هربرت (۱۳۹۸). *قانون آزادی و اخلاق*. ترجمه محمد راسخ. تهران: نشر نی.
- هریسون، راس (۱۳۹۳). *«حکومت و اخلاق» در حق و مصلحت*. ترجمه محمد راسخ. جلد یکم، تهران: انتشارات طرح نو.

- Duff, Antony (2001). *punishment, communication and community*. Oxford University.
- Feinberg, Joel (1984). *Harm to Other The Moral Limits of Criminal law*. Oxford University Press.
- Feinberg, Joel (1988). *Harmless wrongdoing: The Moral Limits of Criminal law*. Oxford University press.
- Bentham, Jeremy (1961). *An introduction to the principles of Morals and Legislation*. Dolphin book.
- Driver, Julia (2014). *The History of Utilitarianism, The stanford Encyclopedia of philosophy*. URL=<<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>.
- Larry, Alexander (2001). *The philosophy of criminal, law*, available: at: <http://papers.ssrn.com/abstract=285954>
- Larry, Alexander & Moore, Michael (2016). *Deontological Ethics, The stanford Encyclopedia of philosophy*. URL=<<http://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/ethics-deontological/>>.
- McCartney, S. & Parent, R. (2015). *Ethics in law enforcement*. Victoria, BC.: BCcampus. Retrived from, <http://opentextbc.ca/ethicsinlawenforcement>.
- Rosalind and Pettigrove, Glen (2018). *Virtue Ethics, The stanford Encyclopedia of philosophy*. URL=<<http://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/ethics-virtue/>>.
- Sweet, Wiliam (2016). *Bernard Bosanquet, The stanford Encyclopedia of philosophy*. URL=<<http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/bosanquet/>>.



## پی‌جویی نظریه «علت قرارداد» از راه آثار آن در نظام حقوقی اسلام

سید امراله حسینی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۳۰

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

علت قرارداد مقصود اصلی عقلاء در اقدام به عقد قرارداد است. در حقوق فرانسه بسیاری از احکام و مقررات راجع به عقود معاوضی بر مبنای علت قرارداد توجیه و تفسیر می‌شود، ولی در فقه و حقوق ایران نامی از علت قرارداد برده نمی‌شود، در عوض از «مشروعیت جهت معامله»، «قصد و رضای طرفین» و «لزوم موضوع» برای عقد یاد شده که به باور برخی به ویژه مورد اخیر غرض از علت قرارداد را تأمین می‌کند، با این همه، از یک طرف مسائلی وجود دارد که تنها در پرتو باور به علت عقد قابل توجیه است، مثل حق حبس، ضمان بایع نسبت به تلف مبیع قبل از قبض، خیاراتی چون تأخیر ثمن، غبن، عیب، تعذر تسلیم، بطلان عقد در اثر تعذر وفاء به مضمون آن و... و از طرف دیگر نفی نظریه علت توجیه ناپذیر بودن برخی احکام و احاله به دلیل خاص در هر مورد است. در این پژوهش به روش «انی» و از راه آثار به صورت‌بندی نظریه علت عقد در فقه امامیه اهتمام ورزیده و به این نتیجه رسیده است که مضمون و مفاد نظریه علت در قراردادها، مورد توجه فقیهان در جریان استدلال و توجیه موارد مذکور بوده است هر چند بدان تصریح نکرده‌اند.

واژگان کلیدی: نظام حقوقی اسلام، علت قرارداد، موضوع قرارداد، جهت معامله، ضمان معاوضی، حق حبس.

\* استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی  
رحمت‌الله‌علیه، قزوین، ایران.

## مقدمه

قرارداد یک فعل ارادی و حادث است و مانند هر حادث دیگری نیازمند علت است، امری که در افراد یک نوع از عقد مشترک است و هر کس با هر انگیزه‌ای تنها به یک علت وارد قرارداد می‌شود، مثلاً در قرارداد بیع علت شخص از روی آوردن به فروش مبیع به دست آوردن ثمن است، آن چیزی که سبب می‌شود بایع از مبیع چشم‌پوشی کند عوضی است که در مقابل آن به دست می‌آورد، ما این مفهوم را «علت قرارداد» می‌نامیم و نه «علت تعهد» چرا که تعهد اثر و معلول خود قرارداد است، در مرحله بعد ممکن است سخن از «جهت قرارداد» به میان آید که در واقع انگیزه درونی شخص از اقدام به قرارداد است، مثلاً در بیع ممکن است انگیزه و جهت معامله تغییر محل سکونت، سرمایه‌گذاری یا تهیه هزینه درمان باشد، هر دو اصطلاح علت و جهت در حقوق بیگانه به کار رفته است، در حقوق ما تنها از اصطلاح «جهت معامله» یاد شده و مشروعیت آن به عنوان یکی از شرایط اساسی صحت معامله ذکر شده است (ماده ۱۹۰ قانون مدنی)، از جهت به معنای انگیزه مشروع در انعقاد قرارداد در فقه اسلامی تحت عنوان «مکاسب محرمه» به تفصیل مورد بحث قرار گرفته است و در حقوق مدنی نیز قراردادی که جهت آن نامشروع یعنی بر خلاف قانون یا اخلاق حسنه باشد باطل اعلام شده است (ماده ۲۱۷ ق.م)، اما از «علت قرارداد» به مفهوم گفته شده، نه در فقه و نه در حقوق ما ذکری به میان نیامده است، برخی آن را از مزایای قانون مدنی دانسته و گفته‌اند اساساً نیازی به ذکر آن نبوده است، زیرا آنچه از علت قرارداد به دست می‌آید از لوازم قصد و رضاء و وجود مورد برای عقد معوض حاصل می‌شود به علاوه قبض شرط صحت در عقود عینی است و قبل از آن تعهدی برای طرف مقابل ایجاد نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۹. الف، ص. ۱۴۳)، اما جای این پرسش باقی است که چرا در عقود عینی قبض شرط صحت است؟ گذشته از این در فقه امامیه و به تبع آن در قانون مدنی ایران مسائلی وجود دارد که به نظر می‌رسد مبتنی بر نظریه علت قرارداد و از آثار آن باشد و بدون آن قابل توجیه نیست مثل حق حبس، حق فسخ، و احتساب تلف از مال بایع قبل از قبض و... که برخی از فقیهان این موارد را به دلیل خاص مستند ساخته و تعدی از مورد آن را جایز نمی‌دانند، در حالی که باید پرسید مثلاً در تلف مبیع قبل از قبض، مبیع بودن چه خصوصیتی دارد که تلف آن قبل از قبض از مال بایع محسوب شود ولی تلف

ثمن از مال مشتری محسوب نشود؟ یا در مواردی مثل حق حبس، حق فسخ، قوه قاهره و... که تعذر ایفای تعهد در یک طرف سبب معاف شدن طرف دیگر از ایفای تعهد است، چه دلیلی دارد؟ یا دلیل خیار عیب که برخی آن را تراضی ضمنی طرفین بر سالم بودن مبیع دانسته‌اند و لذا فسخ عقد را بر پایه نوعی خیار تخلف از شرط به شمار آورده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ش ۴۵، ص. ۷۴)، و... برخی با استناد به دلیل خاص مطلب را فیصله می‌دهند، ولی با توجه به امضایی بودن معاملات باید پرسید چه بنای عرفی، عقلی و عقلایی در پس این مسائل وجود داشته که شارع آن را امضا و تأیید کرده است؟ پاسخ فرضی ما «علت قرارداد» است و در این مقاله از راه پی‌جویی آثار به روش اِنئی (معلول به علت)، در صدد کشف و اثبات این نظریه برآمده‌ایم که در صورت اثبات، آثار و نتایج عملی مهمی بر آن مترتب خواهد شد.

#### ۱. مفهوم‌شناسی

«علت قرارداد» مقصود مستقیم از ورود به قرارداد است که جنبه عمومی دارد و در واقع ارتکاز عقلایی و عرفی است و در نوع قراردادها یکسان است، مثلاً در بیع، بایع مبیع را می‌دهد تا ثمن را به دست آورد و مشتری متعهد به پرداخت ثمن می‌شود که مبیع را تملک کند، این رابطه نقش اساسی در انعقاد قرارداد دارد. برخی آن را «علت تعهد» نامیده‌اند و گفته‌اند علت تعهد مقصود بلاواسطه و مستقیمی است که متعهد را وادار به قبول تعهد می‌کند، به گونه‌ای که اگر این علت نبود حاضر نبود بار تعهد را بر دوش بگیرد، بنابراین بین علت تعهد رابطه علیت برقرار است به گونه‌ای که قرارداد بدون علت قابل تصور نیست (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص. ۲۱۹)، ولی این اصطلاح خالی از مسامحه و اشکال نیست زیرا تعهد اثر و معلول خود قرارداد است و قرارداد معلول چیز دیگری است که ما آن را علت قرارداد می‌نامیم، آری علت قرارداد علت با واسطه تعهد هم به شمار می‌رود، ولی آنچه سبب بی‌واسطه برای اقدام به قرارداد است علت قرارداد است، برخی گفته‌اند علت قرارداد خود موضوع و مورد قرارداد است و نیازی به طرح علت قرارداد نیست و هر آنچه که باید از علت قرارداد اثبات شود در لزوم موضوع برای قرارداد اثبات می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۹، الف، ص. ۱۴۳)، ولی این سخن نیز صحیح نیست زیرا موضوع و مورد قرارداد در واقع منشأ انتزاع علت قرارداد است، رابطه علیت

از عوض و معوض واقع شدن آن دو انتزاع می‌شود، مبیع و ثمن به‌خودی‌خود «مورد» عقد هستند ولی وقتی در ارتباط با عوض و معوض بودن مورد توجه قرار گیرند «علیت» از این رابطه انتزاع می‌شود و تحصیل هر یک از آن دو «علت قرارداد» در مقابل از دست دادن دیگری می‌شود، از این‌رو هر گاه یکی از دو تعهد وجود نداشته باشد تعهد دیگری نیز وجود ندارد (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۰۳)، مفهوم علت نزدیک به مفهوم جهت است، ولی با آن تفاوت اساسی دارد، «جهت» در واقع عبارت است از داعی و انگیزه درونی شخص از انعقاد قرارداد، که امری شخصی، غیرمنضبط و نامحصور است برخلاف علت که در همه قراردادهایی که طبیعت حقوقی واحد دارند یکی است، مثلاً در بیع به‌طور کلی علت برای بایع، تحصیل ثمن است و برای مشتری تحصیل مبیع، درحالی‌که ممکن است انگیزه و جهت آن در هر مورد با مورد دیگر متفاوت باشد؛ مثلاً انگیزه یکی از فروش خانه قدرت بر ادای دین باشد، برای دیگری تغییر اقامتگاه، برای سومی تهیه هزینه درمان، برای چهارم تهیه مخارج سفر به خارج و...، یا جهت برای مشتری ممکن است سکونت، سرمایه‌گذاری، اجاره دادن، و... باشد، یا مثلاً در وصیت و هبه علت، کاستن از دارایی یک طرف و افزودن بر دارایی طرف مقابل است، این افزونی و کاستی بدون عوض باید ارادی باشد و هر یک از این دو تغییر علت دیگری باشد (صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۱۴۹ و کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ش ۶، ص. ۱۰). ولی جهت، چرایی آن است، ممکن است ثواب اخروی، ریا و یا یک انگیزه نامشروع باشد، همان‌طور که علت برافروختن آتش یک چیز بیشتر نیست و آن احتراق و ایجاد حرارت است، ولی انگیزه شخصی افراد در افروختن آتش متفاوت است؛ گرم شدن، سوزاندن، روشنایی و...

## ۲. اتخاذ مبنا و روش

در حقوق اسلامی مسائل متعددی وجود دارد که بعضاً مبتنی بر یک دلیل خاص شرعی است، و برخی از فقیهان در تبیین آن مسئله به همان دلیل خاص استناد می‌کنند و از هر گونه تبیین و توضیح دیگری پرهیز می‌کنند، و به‌اصطلاح خود را نوکر ادله و نصوص می‌دانند و کاری به علت و فلسفه حکم ندارند (مطهری، ۱۳۸۴، ج ۲۰، ص. ۳۲۲)، درحالی‌که در بسیاری موارد دلیل خاص در واقع بیان یک واقعیت است، به‌ویژه در باب

معاملات روایات نوعاً بیان یک قاعده شرعی یا بیان یک ارتکاز عقلایی و عرفی است، نتیجه استناد به دلیل خاص شرعی جمود و رکون بر مورد روایت و احتراز از تعدی به موارد دیگری است که احتمالاً واجد همان علت و فلسفه هستند که آن حکم را در مورد روایت ایجاب کرده است، درحالی‌که اگر به دلیل عقلی توجه شود می‌توان حکم موارد دیگر را از باب تطبیق به‌دست آورد، و یا حتی بدون توجه به فلسفه حکم و از خود نص و با «الغاء خصوصیت» از مورد آن و به تأیید عرف از ظاهر روایت عبور کرده و حکم آن را به موارد دیگر تسری دهیم (مطهری، ۱۳۸۴، ج ۲۰، ص ۳۲۳). برای مثال در روایت آمده است: «لَا يَكُونُ الرَّبَا إِلَّا فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۴۶)، فقهاء با استناد به این دلیل خاص ربای در معدودات را جاری نمی‌دانند، درحالی‌که به عقیده برخی محققان مکیل و موزون خصوصیت ندارد، مقدر خصوصیت دارد، مقصود کمیت است، ممکن است جنسی معدود باشد ولی با کمیت سنجیده شود (مطهری، ۱۳۸۴، ج ۲۰، ص ۲۲۵)، مثل تخم مرغ، زیاده و ربا در آن صدق می‌کند، معدودی که در آن ربا وجود ندارد معدودی است که به هیچ‌وجه قابل توزین با کیل و وزن نیستند مثل اسب و شتر (مطهری، ۱۳۸۴، ج ۲۰، ص ۳۰۳). نمونه دیگر اینکه به اتفاق فقهاء «تأجیل ثمن در مقابل زیاده» جایز نیست، برخی دلیل آن را ربوی بودن این عمل می‌داند و می‌گوید حقیقت ربا گرفتن مبلغ اضافه در برابر امهال است و زیاده در برابر تأخیر مطالبه دین هم عرفاً رباست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، صص ۲۲۱-۲۲۳ و خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۵۲۷). ولی برخی گفته‌اند در اثبات حرمت و عدم جواز آن نیازی به اثبات ربوی بودن نداریم بلکه نص بر عدم جواز آن داریم (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۵۶۱)، و مقصود از نص صحیحه محمد بن مسلم از امام باقر (علیه‌السلام) است که می‌گوید: «فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ الدَّيْنُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَيَأْتِيهِ غَرِيمُهُ فَيَقُولُ أَنْقِذْ لِي مِنَ الَّذِي لِي كَذَا وَ كَذَا وَ أَضَعْ عَنْكَ بَقِيَّتَهُ أَوْ يَقُولُ أَنْقِذْ لِي بَعْضاً وَ أُمِدُّ لَكَ فِي الْأَجَلِ فِيمَا بَقِيَ قَالَ لَا أَرَى بِهِ بَأْساً مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى رَأْسِ مَالِهِ شَيْئاً يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ فَلَكُمْ رُؤْسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۰۶). نمونه‌های از این دست بسیار است، در مورد بحث طبق روایت نبوی: «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» (ابن جمهور، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۲۱۲)، برخی از فقهاء فتوا داده‌اند که اگر



مبیع قبل از قبض نزد بایع تلف شود از مال مشتری است، درعین حال به مورد روایت اکتفا کرده و از تسری آن به ثمن و دیگر معاوضات خودداری می‌کنند درحالی‌که باید دید علت و فلسفه این حکم چیست و روایت کدام ارتکاز عرفی را نشانه گرفته است، مبنا و روش ما در این مقاله تحلیل عقلی موارد منصوص و در نتیجه استنباط قاعده فقهی و حقوقی از آن است.

### ۳. سابقه و ادبیات پژوهش

بحث از نظریه علت در قراردادها در فقه امامیه سابقه‌ای ندارد ولی در بین نویسندگان حقوقی مطرح شده و موافقان و مخالفانی دارد، مخالفان نظریه علت طرح آن را بی‌فایده دانسته و همه آثار آن را در نظریه موضوع محقق می‌دانند، مثلاً می‌گویند بطلان بیع در اثر فقدان مبیع در زمان انعقاد قرارداد مستند به فقدان موضوع می‌باشد و نه فقدان علت (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص. ۱۴۱ و شهیدی، ۱۳۸۸، ص. ۳۶۴)، ولی موافقان مسائلی چون تلف مبیع قبل از قبض، حق حبس، لزوم رعایت تعادل قراردادی را با استناد به نظریه علت توجیه‌پذیر می‌دانند (امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۲۷۵)، برخی نیز در انفساخ قرارداد در اثر تعذر وفاء به عقد به نظریه علت استناد کرده‌اند به این بیان که با از بین رفتن علت، وفای به عقد لغو و بیهوده است، زیرا نمی‌توان پذیرفت که فقدان موضوع تعهد در یک طرف به بطلان تعهد در طرف مقابل بیانجامد مگر با فرض نوعی رابطه علیت بین آن دو (صفایی، ۱۳۵۱، ص. ۸۰). پیرو بحث مذکور بین علماء و محققان حقوق چند اثر پژوهشی به رشته تحریر در آمده است، نخستین اثر کتاب ارزشمند «تئوری موازنه» اثر استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱) است، که در آن به طرح موازنه در سه محور تملیک، تسلیم و ارزش عوضین پرداخته و مواردی که موازنه در این سه محور به هم می‌خورد را مورد بررسی قرار داده است منتها با صبغه حقوقی و بیشتر مبتنی بر نظرات خود نویسنده است، اثر بعدی مقاله‌ای است که استاد سید حسین صفایی (۱۳۹۸) در همین رابطه تحت عنوان «اندیشه‌های نو در تئوری موازنه و مقایسه آن با برخی از نظریه‌های فرانسوی» به رشته تحریر در آورده است، در این مقاله استاد صفایی تئوری موازنه را تبیین کرده و آن را یک نظریه بدیع و ابتکاری می‌داند که در آثار پیشینیان فقهی و حقوقی و متفکران غربی مشابه آن یافت نمی‌شود. سخنی که از

نظر ما پذیرفته نیست و در این مقاله کوشش نموده‌ایم رد پای این نظریه که عبارت اخرای نظریه علت در قرارداد است را در فقه امامیه نشان بدهیم. دو مقاله دیگر نیز در این زمینه نوشته شده است، عبدالرسول دبانی (۱۳۹۸)، در «مطالعه تطبیقی جهت و علت عقد در حقوق ایران، فرانسه و فقه امامیه»، علت عقد را به جهت عقد تحویل کرده و با مکاسب محرمة تطبیق داده است و با ذکر مثال‌هایی نظیر بیع انگور به قصد تولید شراب و شرط آن در ضمن عقد پرداخته و لذا اساساً از مقصود این پژوهش دور افتاده است، کار دیگر اثر مهدی شهابی و نفیسه جعفری (۱۳۹۴) در «دوگانگی علت و موضوع و آثار آن از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه» است، وی نیز کوشیده است با مفهوم‌سازی اصل همبستگی تعهدات در آراء برخی از حقوق‌دانان و نیز نظریه اوضاع و احوال بر اساس قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج در آراء امامیه، در آراء برخی از فقیهان آن را تعبیر دیگری از نظریه علت و در نتیجه نشان از پذیرش دوگانگی علت و موضوع در حقوق قراردادها بداند. پژوهش حاضر کوششی متمایز و متفاوت در جهت تبیین نظریه علت از راه آثار آن در فقه امامیه است.

#### ۴. پی‌جویی نظریه علت از راه آثار

##### ۴-۱. حق حبس

یکی از آثار علت قرارداد حق حبس است، به این معنی که طرف قرارداد می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد طرف مقابل نماید، یعنی اگر یک طرف به تعهد خود عمل نکرد طرف دیگر حق دارد از ایفاء تعهد خود امتناع نماید تا طرف مقابل تعهد خود را اجرا کند، مثلاً بایع می‌تواند از تحویل مبیع خودداری کند تا وی ثمن را به او تسلیم نماید. ماده ۳۷۷ قانون مدنی می‌گوید: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود»، همچنین در ماده ۱۰۸۵ می‌گوید: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند...». موضوع حق حبس می‌تواند مال (اعم از عین و منفعت)، انجام دو کار در برابر هم یا انجام کار در برابر تسلیم مال یا خودداری از انجام کار باشد، مثلاً مالکی که حق عبور از ملک خود را به همسایه داده می‌تواند آن را موقوف به تأدیه عوض متقابل نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۹، الف، ص. ۲۳۹). به نظر می‌رسد حق حبس مبنایی

جز علت قرارداد ندارد، اگرچه در آراء فقهاء به این اصطلاح مرسوم نبوده ولی به مفاد و محتوای آن تصریح شده است به اینکه حق حبس مقتضای عقود معاوضی است، و لذا شرط خلاف آن به دلیل مخالفت با مقتضای عقد باطل است، اقتضای معاوضه این است که مبادله همزمان صورت بگیرد لذا هر طرف می‌تواند تسلیم عوض را منوط به تسلیم طرف مقابل کند، و به عبارت دیگر هر یک از طرفین در صورتی استحقاق عوض پیدا می‌کند که عوض مربوط به خود را تسلیم کرده باشد و قبل از آن نسبت به عوض استحقاقی ندارد (رشتی، بی‌تا، صص. ۸۴ و ۱۱۱). بنابراین حق حبس ریشه قراردادی دارد و متناسب به اراده و توافق طرفین است، طرفین در ضمن عقد بر تقابض همزمان عوضین توافق کرده و بدان ملتزم شده‌اند و لذا حق امتناع مقتضای اطلاق عقد است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۲۶۳)، به عبارت دیگر تقابض همزمان شرط ضمنی و بنایی است که طرفین در عقد بدان ملتزم شده‌اند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۱۶۴)؛ بنابراین اگر یکی از طرفین از تسلیم عوض خودداری کرد در واقع به این شرط ضمنی تخلف کرده است و طرف دیگر می‌تواند به استناد آن از تسلیم عوض خودداری کند و این عبارت اخراجی علت عقد است. مؤید این مطلب آنکه در بیع نسبه که ثمن مؤجل است و نیز در مواردی که ثمن قبض شده یا به نحوی تضمین شده است حق حبس وجود ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۱۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص. ۶۹۲ و ۷۱۷؛ اردبیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۵۰۴).

#### ۴-۲. ضمان معاوضی

طبق قاعده مسلم در نظام حقوقی اسلام، اگر هر یک از دو عوض معامله قبل از تسلیم تلف شود برعهده مالک اصلی آن است و باید عوضی را که گرفته است برگرداند، التزام به دادن عوض قراردادی در این فرض را «ضمان معاوضی» می‌گویند، در برابر «ضمان ید» و «ضمان قهری» که ناظر به جبران خسارت (مثل یا قیمت) مال تلف شده و به سود مالک ایجاد می‌شود. این حکم در اصل در مورد بیع مطرح شده است و دلیل آن را هم اجماع فقهاء و روایات ذکر کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۵۹۶ و انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۲۷۰)، از جمله حدیث نبوی «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص. ۲۱۲) یا روایت عقبه بن خالد از امام صادق

(علیه‌السلام) که می‌گوید شخصی متاعی را از دیگری می‌خرد و نزد فروشنده باقی می‌گذارد و می‌گوید فردا آمده و آن را می‌برم از قضا آن مال به سرقت می‌رود، از مال چه کسی رفته است؟ امام می‌فرماید تا زمانی که مشتری قبض نکرده و نبرده است از مال بایع است وقتی قبض کرد او ضامن می‌شود: «مِنْ مَالِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ حَتَّى يُقْبِضَ الْمَتَاعَ وَيُخْرِجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَالْمُبْتَاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّى يَرُدَّ مَالَهُ إِلَيْهِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۷۱). ضعف سند در روایات مذکور هم منجر به عمل فقهاء است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۵۹۶). قانون مدنی نیز به پیروی از قول مشهور فقهاء در ماده ۳۸۷ ق.م.مقرر می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود».

اما با توجه به اینکه بیع عقدی تملیکی است و به مجرد وقوع آن مالکیت مبیع به مشتری منتقل شده و تا قبل از تسلیم نزد بایع امانت است، بنابراین اگر مبیع قبل از تسلیم به مشتری نزد بایع تلف شود قاعداً باید از مال مشتری باشد مثل ودیعه که اگر عین مستودعه نزد امین و بدون تعدی و تفریط تلف شود به ضرر صاحب مال خواهد بود و همان‌طور که اگر مشتری مبیع را قبض کرده و به دیگری می‌سپرد همین حکم را داشت، لذا این سؤال مطرح می‌شود که مسئولیت تلف مبیع قبل از قبض بر چه مبنایی استوار است؟ آیا انفساخ بیع نتیجه معاوضه و توافق اراده طرفین و در نتیجه قاعده و قابل تسری به ثمن و دیگر معاوضات است؟ یا حکمی بر خلاف قاعده و استثنائی است و باید در حدود نص اجرا شود؟ چند نظر وجود دارد:

۱- برخی گفته‌اند ضمان معاوضی بایع خلاف اصل و یک استثناء است و به همین دلیل بیشتر فقها حکم آن را محدود به مورد روایت یعنی مبیع دانسته و در مورد ثمن و نیز در سایر معاملات معاوضی جاری نمی‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۳۰۰).

۲- برخی نیز گفته‌اند این حکم موافق قاعده است زیرا قاعده این است که تلف مال از کیسه مالک آن باشد و در اینجا نیز همین اتفاق رخ داده است زیرا انفساخ عقد به

این معنا است که تلف مبیع کاشف از این باشد که «بجزء لایتجزأ من الزمان» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۳۷۸) و یا «آنا ما قبل از تلف» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۲۷۱)، مبیع به ملکیت بایع برگشته و در همانجا تلف شده است.

۳- برخی دیگر بر این باورند که این حکم موافق با قواعد عمومی قراردادها و ریشه قراردادی دارد به این معنا که بایع در ضمن عقد تعهد کرده است مبیع را با تمام مقومات و صفات آن تسلیم مشتری کند و لذا مبیع در عهده اوست تا تسلیم مشتری نماید منتها التزام به تسلیم مبیع در اثر تلف غیر ممکن می‌شود و به دلیل عدم قدرت بر تسلیم مبیع عقد از ابتدا منفسخ می‌شود زیرا قدرت بر تسلیم مبیع شرط صحت بیع است پس حکم ضمان تلف قبل از قبض موافق قاعده است (مغنیه، ۱۴۲۵ق، ج ۳، صص. ۲۵۰-۲۵۱).

۴- اما طبق قول دیگر این حکم موافق قواعد عمومی قراردادها است، به این بیان که بایع و مشتری در عالم اعتبار بر مبادله عوضین توافق کرده‌اند و به‌طور ضمنی ملتزم به تسلیم عوض مسمی - و نه بدل واقعی - در خارج شده‌اند، حال اگر مبیع تلف شود، قابلیت تسلیم و در نتیجه معاوضه از بین رفته و در اثر آن التزام ضمنی به تسلیم ممتنع و ثمن به ملک مشتری برمی‌گردد (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۸۸)، به‌بیان‌دیگر مفاد توافق و مقتضای عقد تبدیل سلطنت به سلطنت است الا اینکه سلطنت بدون در اختیار گرفتن مال فعلیت نمی‌یابد لذا تسلیم عوضین به عنوان جزء اخیر علت تامه برای سلطنت واجب است، و لذا تلف مانع وفاء به تمام مقتضای عقد است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۱، ص. ۱۵۷). هدف نهایی از بیع دستیابی مشتری به مبیع است، انتقال ملکیت به تنهایی این هدف را تأمین نمی‌کند و لذا اگر خریدار بداند به مبیع دست نخواهد یافت حاضر به معامله نمی‌شود، پس اراده و خواست مشترک طرفین دادن ثمن به بایع و تسلط مشتری بر مبیع است و از بین رفتن جزئی از این مراد جزء دیگر را نیز از بین می‌برد، با تلف مبیع تعهد خریدار به دادن ثمن مبنای خود را از دست داده و ثمن به ملک او برمی‌گردد و بازگشت ثمن به ملک خریدار اصطلاحاً «انفساخ» نام دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۱۸۸)، منتها تلف مبیع عقد را از ابتدا منحل نمی‌سازد، زیرا تملیک به وقوع عقد صورت گرفته و مبیع در فاصله عقد تا تلف به مشتری تعلق داشته است و تلف مبیع حادثه جدیدی است که اثر آن در آینده

ظاهر می‌شود و به گذشته سرایت نمی‌کند و نمی‌تواند انتقال مالکیت را از بین ببرد، عقد تا زمان تلف آثار طبیعی خود را داشته است و پس از تلف منفسخ می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۱۸۹). زیرا علت مقدم بر معلول است و هیچ پدیده‌ای نمی‌تواند در گذشته اثر کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۲۰۹).

لذا این حکم موافق قاعده و قابل تسری به موارد دیگری غیر از تلف مبیع است، مثل تلف ثمن قبل از قبض که از مال مشتری حساب می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۲۷۸)، یا تلف عین مستأجره قبل از قبض، زیرا منفعت در اجاره به منزله مبیع در بیع است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۲۲۳ و صاحب جواهر، ۱۴۲۱ق، ج ۱۴، ص. ۲۲۵). روایت عقبه خالد هم اشاره‌ای به همین حکم دارد زیرا امام می‌فرماید از مال «صاحب متاع» رفته است و صاحب متاع هر کس می‌تواند باشد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۵۹۶)، در قانون مدنی نیز ماده ۳۸۷ به عنوان یک قاعده کلی در عقود تملیکی معوض به کار رفته است، چنان‌که ماده ۴۸۳ در اجاره همین مفاد را اعمال کرده و می‌گوید: «اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود...». البته در مورد اجاره تلف منفعت پس از تسلیم هم موجب انفساخ آن است، زیرا تسلیم منفعت همراه با تسلیم عین است. در مورد قرض هم ماده ۶۴۹ ق.م می‌گوید: «اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقترض است» که مفهوم مخالف آن این است که تلف مال موضوع قرض قبل از تسلیم از مال مقترض است. زیرا عقد قرض هم از عقود تملیکی است و مالکیت در اثر عقد به وجود می‌آید و نه تسلیم (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۲۱۰).

#### ۴-۳. مبنای برخی از اختیارات

مبنای برخی اختیارات نیز توجیهی جز نظریه علت نمی‌تواند داشته باشد، برای نمونه:

۱- اختیار تأخیر ثمن: تأخیر در تأدیه ثمن برای بایع موجب خیار است، دلیل آن اجماع و روایات است، برخی مبنای آن را قاعده لاضرر دانسته‌اند به این بیان که صبر بایع برای وصول ثمن مستلزم ضرر است که در روایت نفی شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۷۱) و این ضرر از ضرر حاصل از غبن هم بیشتر است زیرا مبیع در این حالت در ضمان بایع است و اگر تلف شود از مال او رفته است

درحالی‌که او حق تصرف در آن را هم ندارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۲۱۸)، برخی اشکال کرده‌اند که مجرد صبر برای ثمن، ضرر به‌شمار نمی‌رود و اینکه مبیع در ضمان بایع است نیز نمی‌تواند موجب خیار باشد زیرا ضرر فعلی نیست، بلکه خیار مستند به اراده طرفین و مقتضای عقد است، زیرا مقتضای اراده طرفین و اطلاق عقد این است که تسلیم و تسلیم به نظر عرف همزمان و بدون تأخیر و مسامحه باشد، اما از آنجا که این امر در عرف منضبط نیست و ممکن است موجب اختلاف و تنازع شود شارع مقدس زمان آن را سه روز تعیین کرده است، بنابراین بازگشت خیار تأخیر به شرط ضمنی و تخلف از آن می‌باشد (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۹۳). شاهد اینکه اگر مبیع کلی باشد، یا تأخیر در تسلیم عوض شرط شده باشد، خیار ثابت نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، صص. ۲۲۴-۲۲۸).

۲- نمونه دیگر خیار غبن است، در اینکه مبنای خیار غبن چیست؟ بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد، برخی مبنای خیار غبن را قاعده لاضرر می‌دانند بدین‌بیان که شارع حکمی نمی‌کند که به زیان اشخاص منجر شود در عقد غبنی حکم به لزوم عقد منجر به زیان مغبون می‌شود و لذا این حکم با حدیث لاضرر نفی شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۶۸؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۲۲۴؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۴۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۳۰۴ و انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۱۶۱). ولی برخی مبنای خیار غبن را تخلف از مفاد شرط ضمنی دانسته‌اند، به این بیان که زندگی انسان‌ها بر اساس مبادله اموال سامان می‌گیرد و بنای نوع عقلاء از نظر عرف معاملات این است که در هنگام مبادله مالیت مال خود را حفظ کرده و مالی مساوی و هم ارزش با آن بگیرند و علت اقدام به معامله همین است و این به صورت شرط ضمنی در همه معاملات وجود دارد و نیازی به تصریح آن در ضمن معامله نیست و هر گاه معلوم شود که در معامله شرط مورد نظر تحقق نیافته و یک طرف مغبون شده است، شخص مغبون می‌تواند به استناد تخلف از شرط ضمنی عقد را فسخ کند، نظیر وصف صحت که به نحو شرط ضمنی در عقد ملحوظ است و تخلف از آن موجب خیار عیب است، بالاتر اینکه از آنجا که تبانی بر تساوی مالیت نوعی است نه شخصی، از قیود اراده و به منزله انشاء صریح در متن عقد است و متعاقبین به عقد بدون این شرط رضایت نمی‌دهند، لذا تخلف از این بناء

نوعی عرفی موجب عدم تراضی به معامله است منتها از آنجا که رضایت بعدی مانند رضایت سابق است عقد باطل نیست بلکه مانند عقد فضولی موقوف به رضایت مغبون است، وی می‌تواند بدان رضایت دهد یا معامله را به استناد تخلف از شرط فسخ کند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۵۸ و طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۴)، به بیان دیگر غرض نوعی در معاملات معاوضی تبدیل مالیت است و مبادله عوضین در واقع وسیله تبادل مالیت است و لذا معامله بماهی معاوضه و مبادله مبنی بر این غرض واقع می‌شود و این مانند اغراض شخصی نیست که بدون ذکر در متن عقد معتبر نباشد، شاهد اینکه عرف فروشنده غابن را مذمت می‌کند و اگر بناء معاوضات بر مساوات در مالیت نبود وجهی برای ذم وجود نداشت، زیرا اگر تساوی در مالیت غرض نوعی عقلانی از عقود معاوضی نبود عدم تساوی خدعه محسوب نمی‌شد تا موجب ذم باشد (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۴، ص. ۲۳۷). بناء متعاملین در خرید و فروش بر قیمت عادلانه است و تخلف از این بناء موجب خیار برای مغبون است (شریعت اصفهانی، بی‌تا، ص. ۳۰).

هر دو نظر مورد نقد و ابرام فراوان قرار گرفته است ولی در تأیید نظر دوم می‌توان گفت استناد به قاعده لاضرر یک حکم ثانوی است و با وجود حکم اولی نوبت به اجرای آن نمی‌رسد، توافق ضمنی طرفین در تعادل ارزش و مالیت برای جبران زیان مغبون کفایت می‌کند و موردی برای استناد به حکم ثانوی لاضرر باقی نمی‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۹۹. ب، ص. ۸۹).

۳- همین بحث را در مورد خیار عیب نیز می‌توان مطرح کرد به این بیان که در عقود معاوضی بنای طرفین بر تعادل و سلامت عوضین است، این شرط ضمنی در هر معامله معوضی وجود دارد که موضوع آن باید سالم و بی‌عیب باشد و متعاملان عیوب پنهانی کالا را تضمین کرده‌اند و این امر به‌طور ضمنی مراد طرفین است و شرط ضمنی واجب‌الوفاء است و اهتمام بایع و مشتری بر مبیع سالم به اندازه‌ای است که نیازی به شرط آن نمی‌بینند و عدم ذکر این شرط در عقد اعتماد بر همین اصل است و ذکر آن هم فایده‌ای جز تأکید ندارد، اقدام مشتری به معامله مبنی بر ظن غالب به سلامت مبیع است که مستند به اصل سلامت است و لذا اگر عیبی در



مبیع پیدا شود باید با خیار جبران شود (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۸۰؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص. ۳۹۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۸۲ و انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۲۷۱). اعلام اراده و توافق اراده مبنی بر انعقاد معامله به طور ضمنی اعلام اراده و توافق بر لزوم سلامت عوضین هم می‌باشد و حق فسخ برای جبران ضرر خریدار ریشه قراردادی دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۹. ب، ص. ۹۳). نیز گرفتن اُرش در صورت امضای عقد هم مبنی بر همین قاعده است لذا برخی اُرش را جزئی از ثمن دانسته‌اند که در ازای نقص در عین یا وصف مبیع از بایع گرفته می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۷۴).

۴- همچنین است در مورد خیار تعذر تسلیم، اگر مشتری چیزی بخرد به گمان اینکه بایع امکان تسلیم آن را دارد، مثلاً پرنده‌ای که عادت به برگشت دارد یا حیوانی که به چرا فرستاده شده به گمان اینکه بر می‌گردد، سپس تسلیم آن متعذر شود به اینکه حیوان فرار کند و پرنده بر نگردد و مانند آن، در آن صورت مشتری خیار فسخ پیدا می‌کند زیرا مبیع قبل از قبض مشتری در ضمان و عهده بایع است ولی از آنجایی که عدم امکان تسلیم مبیع به منزله تلف آن نیست، لذا با خیار جبران می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص. ۵۰۹-۵۱۰)، همین‌طور است در مواردی که مبیع به واسطه شرکت معیب شده و برای بایع امکان تسلیم مبیع به‌طور مجزا وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۳۵۷) و یا موردی که کالا در سررسید به‌طور اتفاقی نایاب شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۲۳) و یا مبیع مستحقاً للغير در آمده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص. ۲۳۸ و ۵۰۹) و یا معلوم شود مبیع از مقدار مقرر کمتر بوده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۶۷) یا قبض در قسمتی از مبیع ممکن نباشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۳۷۶).

۵- در مورد خیار تبعض صفقه نیز برخی مبنای آن را شرط ضمنی می‌دانند به این معنا که علت اقدام مشتری به معامله قرار گرفتن مجموع ثمن در برابر مجموع مبیع است و هر گاه از مفاد این شرط ضمنی تخلف شود به اینکه مثلاً تمام ثمن در مقابل بعض از مبیع قرار گرفته باشد خیار فسخ ایجاد می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۸۱).

#### ۴-۴. بطلان عقد در اثر تعذر وفاء به مضمون آن

یکی از مواردی که با اصطلاح «علت قرارداد» در فقه امامیه قابل توجیه است، بطلان عقد در اثر تعذر وفاء به مضمون آن است، زیرا اگرچه انشاء مبادله بین عوضین در عالم اعتبار اگر واجد شرایط صحت باشد معتبر است و منوط به نقل و انتقال خارجی نیست ولی در اراده متعاملین انشاء عقد مقدمه‌ای برای وصول به عوضین در خارج است، یعنی علت عقد این است که هر طرف در ازای چیزی که می‌دهد چیزی به دست آورد، وگرنه اگر یک طرف از ابتدا بداند طرف دیگر قادر به ایفای تعهد نیست معامله لغو و سفهی و لذا باطل خواهد بود و یا بعد از عقد متوجه شود که طرف مقابل از وفای به عهد عاجز شده است بر صحت عقد اثری مترتب نخواهد بود و بقای آن لغو است، زیرا علت عقد و قرارداد دادوستد است و نظام زندگی مردم بر اساس دادوستد و مبادله قوام می‌یابد، وگرنه تملیک و تملک در عالم اعتبار بدون دستیابی به مورد آن در خارج اثری ندارد، عقود وسیله‌ای برای رفع نیازهای مردم است و به‌خودی‌خود موضوعیت ندارد، لذا امام صادق (علیه‌السلام) در حجیت اماره ید می‌فرماید «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۲۹۲). که مراد بازار خارجی است نه در عالم اعتبار (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص. ۲۷۰). به اصطلاح حقوق غربی «عقیم ماندن هدف عقد» موجب بطلان آن است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۳۸۹). مثلاً در اجاره اگر استفاده از عین امکان‌پذیر نباشد مثلاً مورد اجاره قناتی باشد که آب آن بخشکد و یا زمین زراعتی که زیر آب رود و زراعت ناممکن شود، اجاره منفسخ می‌شود زیرا استفاده از مال متعذر شده است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص. ۲۸۹)، امر در سایر عقود معاوضی صدق می‌کند. به هر حال بطلان عقد در این موارد مستند به علت قرارداد است زیرا نمی‌توان پذیرفت که فقدان موضوع تعهد در یک طرف به بطلان تعهد در طرف مقابل بیانجامد مگر با فرض نوعی رابطه علیت بین آن دو (صفایی، ۱۳۵۱، ص. ۸۰).

#### ۴-۵. تأثیر اشتباه

طرفین برای انعقاد عقد باید دارای اراده سالم باشند، تصور نادرست متعاقدان در مورد یکی از ارکان معامله گاه اراده را از بین برده و موجب بطلان معامله می‌شود، اشتباه در

علت عقد از جمله این موارد است، مثلاً در بیع هر گاه مشتری با تصور وجود مبیع وارد معامله شود و بعد معلوم شود مبیع وجود نداشته است بیع باطل می‌شود (ماده ۳۶۱ ق.م)، یا اشتباه در هویت موضوع عقد موجب بطلان عقد است (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۱۱۴) یا اشتباه در صورت عرفیه موضوع (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۳۵)، یا اشتباه در طرف قرارداد وقتی که علت عمده عقد باشد مثل عقد نکاح (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص. ۱۱۳).

#### ۴-۶. اختلاف در تغییر مبیع

یکی از شرایط صحت عقد معلوم بودن مبیع است، این امر یا به توصیف مبیع توسط بایع محقق می‌شود و یا با مشاهده مبیع توسط مشتری، حال اگر مشتری مبیع را با مشاهده خرید و بعد از عقد ادعا کرد مبیع تغییر کرده و غیر از آن چیزی است که او دیده بود، ولی بایع نپذیرفت و منکر تغییر بود، مشهور فقهاء گفته‌اند قول مشتری مقدم می‌شود و در توجیه این نظر دلایلی ذکر می‌کنند از جمله اینکه اصل عدم وصول مشتری به حق خویش و بقای ثمن در ملکیت اوست (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۷۰)، در واقع بازگشت این دلیل به این است که چون ثمن در برابر مبیع قرار گرفته و دریافت مبیع به تمامه علت پرداخت ثمن است حال که مبیع به تمامه به او نرسیده پس ثمن هم از ملک او خارج نشده است و این بیان دیگری از نظریه علت است.

#### ۴-۷. رجوع در بیع فضولی

یکی دیگر از آثار نظریه علت این است که در عقد فضولی هر گاه مالک عقد را اجازه ندهد، و مبیع در دست مشتری تلف شده باشد مالک عوض آن را از او می‌گیرد و مشتری برای گرفتن ثمن به بایع رجوع می‌کند، زیرا ثمن مال اوست، در بیان دلیل آن گفته‌اند زیرا ثمن مال مشتری است و آن را به این علت به بایع داده بود که مبیع را بگیرد درحالی‌که این منظور حاصل نشده است «و لأنه ماله و لم يحصل منه ما یوجب نقله عن ملکه، فإنه إنما دفعه عوضاً عن شیء لم یسلم له» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۳۵). نیز اگر ثمن در دست بایع تلف شده باشد قول مشهور این است که مشتری اگر علم به فضولی بودن داشته باشد حق رجوع ندارد زیرا خود اقدام به تلف مال خود کرده است ولی برخی

گفته‌اند در این صورت نیز مشتری می‌تواند برای گرفتن ثمن به بایع رجوع کند زیرا او مال خود را به‌طور مطلق مباح نکرده است بلکه آن را به بایع داده بود که عوض از مبیع قرار بگیرد «لأنه حیثینذ لم یبجحه له مطلقاً بل دفعه متوقعا، لكونه عوضا عن المبیع، فیکون مضمونا له» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۳۵ و طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۱۷۷). اگر مبیع تلف شده باشد و مالک قیمت آن را از مشتری گرفته باشد نیز مشتری می‌تواند برای خسارتی که پرداخته است به بایع رجوع کند در توجیه این نظر نیز گفته‌اند «لدخوله علی أن تکون له مجاناً» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۳۶)، در تمام موارد حکم مستند به علت و پیوستگی تعهد طرفین است.

#### ۴-۸. ضمان درک

همین مطلب به‌گونه‌ای دیگر تحت عنوان ضمان درک مطرح است یعنی اگر در بیع بعد از قبض ثمن معلوم شود که مبیع مال دیگری بوده است بایع باید ثمن را به مشتری پس بدهد و در صورتی که مشتری به فساد بیع جاهل بوده و در مبیع هزینه‌هایی کرده باشد، مثلاً در زمین درخت یا بنایی ایجاد کرده باشد و مالک مبیع را پس گرفته باشد، بایع باید از عهده خسارات وارد بر مشتری نیز بر آید، مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی به این مطلب تصریح دارد: «اگر بعد از قبض ثمن مبیع کالا یا جزءا مستحق للغیر درآید بایع ضامن است اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد». «در صورت مستحق للغیر برآمدن کل یا بعض از مبیع بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد بایع باید از عهده غرامات وارد بر مشتری نیز برآید». حال سؤال این است که ضمان بایع بر چه مبنایی استوار است؟ اگر مبیع مال غیر باشد اساساً بیع نافذ نیست و ضمان درک نیز ناشی از فساد بیع و در زمره ضمان قهری خواهد بود، بایع مال غیر را بدون استحقاق گرفته و باید برگرداند، ولی در مورد جبران خسارت وارد بر مشتری چه باید گفت؟ برخی آن را بر مبنای غرور توجیه کرده‌اند، به این بیان که فروشنده مشتری را فریب داده و او را مطمئن به مالکیت خود کرده است (صاحب جواهر، ۱۴۲۱ق، ج ۱۱، ص. ۴۹۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۴۹۴ و نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۲۹۵). که بازگشت آن به ضمان قهری است، اما برخی دیگر مبنای ضمان بایع را قراردادی دانسته‌اند «أنه ثابت علیه بنفس العقد» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۱۲۴)، یعنی بایع به سبب خود عقد بیع

ضامن درک مبیع و خسارات حاصله می‌باشد، به همین دلیل ضامن مجدد بایع برای غرامات پذیرفته نیست. قانون مدنی نیز این امر را در زمره آثار بیع صحیح و در بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م آورده است: «عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد». توجیه این امر با نظریه علت قرارداد می‌تواند آن را در زمره مسئولیت قراردادی ناشی از عقد صحیح قرار دهد و قرار دادن آن تحت ماده ۳۶۲ و در زمره آثار عقد صحیح را تصحیح نماید به این بیان که در عقد بیع علت اقدام هر یک از طرفین به معامله به دست آوردن عوض است، و بنای دو طرف این است که تنها در صورت به دست آوردن عوض به تسلیم مال خود مبادرت نمایند و در واقع یک توافق ضمنی وجود دارد که هر گاه مبیع از آن دیگری باشد ثمن بازگردانده شود و اگر تملیک ثمن ممکن نشود مبیع به فروشنده برگردد (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ب، ص. ۸۳).

### نتیجه گیری

در مسائل فقهی به خصوص در باب معاملات، تبیین بر اساس ارتکاز عرفی و عقلانی، بر جمود و رکون بر الفاظ و مفاد دلیل خاص ترجیح دارد و چنین فرض می‌شود که دلیل خاص در مقام بیان قاعده است و لذا مفاد آن قابل تعمیم به موارد مشابه است. نظریه علت در فقه امامیه می‌تواند به عنوان یک نظریه مستقل مطرح و در تبیین و توجیه مسائل متعددی مورد استناد قرار بگیرد.

حق حبس از آثار علت قرارداد در عقود معاوضی است، یعنی ریشه قراردادی دارد و منتسب به اراده و توافق طرفین است، به عبارت دیگر تقابض همزمان، شرط ضمنی و بنایی است که طرفین در عقد بدان ملتزم شده‌اند.

تلف مورد معامله قبل از قبض از مال مالک اصلی آن حساب می‌شود خواه مبیع باشد یا ثمن یا اساساً عقود دیگر و این امر مستند به اراده و خواست مشترک متعاملین است و روایات مبنی بر ضامن بایع مسببت به تلف مبیع حمل بر مورد غالب می‌شود و مانع از تسری حکم به موارد دیگر نیست.

مبنای خیاراتی چون تأخیر ثمن، خیار غبن، خیار عیب، خیار تعذر تسلیم، خیار تبعض صفت، نیز علت قرارداد است یعنی در تمام موارد اراده و خواست مشترک طرفین و لو به طور ضمنی و بنایی بر مبادله همزمان، سالم و کامل عوضین است. بطلان

پی‌جویی نظریه «علت قرارداد» از راه آثار آن در نظام حقوقی اسلام / سید امراه حسینی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۳۹۷

عقد در اثر تعذر ایفاء به مضمون عقد نیز با نظریه علت قرارداد قابل توجیه است، به این بیان که در اراده متعاملین انشاء عقد مقدمه‌ای برای وصول به عوضین در خارج است و هر یک به‌طور ضمنی متعهد بر این امر شده است و هر گاه وفای به این تعهد به طور کلی متعذر شود، موجبی برای بقای عقد باقی نمی‌ماند.

تأثیر اشتباه در مورد ارکان معامله که گاه موجب بطلان و گاه موجب خیار است، نیز مستند به علت قرارداد است. رجوع مشتری به بایع در عقد فضولی برای گرفتن ثمن یا جبران خساراتی که در مقابل مالک متحمل شده است نیز با نظریه علت سازگار است زیرا مشتری وی ثمن را به بایع داده بود که مبیع مال او باشد. توجیه ضمان درک نیز از جمله موارد مستند به نظریه علت قرارداد است.

#### کتابنامه

- ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین (۱۴۰۵ق). *عوالی اللئالی*. قم: دار سید الشهداء (علیه‌السلام).
- ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع*. قم: مؤسسه الإمام الصادق (علیه‌السلام).
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۸ق). *مجمع الفائدة والبرهان*. قم: مرکز نشر اسلامی.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۷ق). *حاشیة المکاسب*. قم: ذوی القربی.
- امامی، سید حسن (۱۳۳۵). *حقوق مدنی*. تهران: دانشگاه تهران.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۳). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات اسلامیه.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *کتاب المکاسب*. قم: کنگره.
- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی (۱۳۶۲). *بلغة الفقیه*. تهران: مکتبه الصادق (علیه‌السلام).
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). *حقوق تعهدات و قراردادهای*. تهران: دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام).
- تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۶ق). *إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). *تئوری موازنه*. تهران: گنج دانش.
- حراملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*. قم: آل‌البيت (علیهم‌السلام).

خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).

دیانی، عبدالرسول (۱۳۹۸). مطالعه تطبیقی جهت و علت عقد در حقوق ایران، فرانسه و فقه امامیه. فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی بین‌المللی، (۱۰)، صص. ۱۰۶-۱۳۹.

رشتی، میرزا حبیب الله (بی تا). کتاب الإجاره. بی جا، بی نا.

شریعت اصفهانی، فتح الله (بی تا). قاعده لا ضرر. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

شهابی، مهدی و جعفری، نفیسه (۱۳۹۴). دوگانگی علت و موضوع و آثار آن از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال دوم، (۲)، صص. ۱-۲۴.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). سقوط تعهدات. تهران: مجد.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.

صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

صفایی، سید حسین (۱۳۵۱). نظریه جهت در قراردادها. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۹).

صفایی، سید حسین (۱۳۹۶). قواعد عمومی قراردادها. تهران: نشر میزان.

صفایی، سید حسین (۱۳۹۸). اندیشه‌های نو در تئوری موازنه و مقایسه آن با برخی از نظریه‌های فرانسوی. فصلنامه علمی دانش‌نامه‌های حقوقی، ۲(۵)، صص. ۳۰۵-۳۴۷.

طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۰ق). حاشیة المکاسب. قم: اسماعیلیان.

طباطبایی، علی بن محمدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: آل البيت (علیهم السلام).

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط. تهران: مکتبه مرتضویة.

عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه. قم: مرکز نشر اسلامی.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: آل البيت (علیهم السلام).

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی). تهران، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹الف). اعمال حقوقی. تهران: گنج دانش.

پی‌جویی نظریه «علت قرارداد» از راه آثار آن در نظام حقوقی اسلام / سید امراه حسینی پژوهش‌ناحقوق اسلامی ۳۹۹

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹.ب). مسئولیت مدنی. ج ۱، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). عقود معین. ج ۱، تهران: گنج دانش.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۴). مجموعه آثار استاد شهید مطهری. تهران: انتشارات صدرا.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۵ق). فقه الإمام جعفر الصادق (علیه السلام). قم: مؤسسه سبطين.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷). القواعد الفقهیة. قم: نشر الهادی.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۹). قواعد فقهیه. تهران: مرکز تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق). منیة الطالب. مقرر موسی خوانساری. تهران: نشر کتابخانه محمدیه.





## بررسی انصاف ماهوی به‌عنوان مبنای الزام‌آوری قرارداد

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۴

نوع مقاله: پژوهشی

رامین افتقاری\*

سیامک ره‌پیک\*\*

علی اکبر فرحزادی\*\*\*

### چکیده

از نظم حقوقی نمی‌توان انتظار لازم‌الاجرا کردن توزیع غیرعادلانه منابع قراردادی را داشت. برای توزیع عادلانه این منابع دو نظریه انصاف ماهوی و انصاف رویه‌ای مطرح شده است. بنا بر نظریه انصاف ماهوی، جهت توزیع عادلانه منابع قراردادی باید معیاری عادلانه را از پیش برای نتیجه عقد در نظر گرفت و مراقب بود که طرفین قرارداد از این معیار تخطی نکنند. در مقابل نظریه مذکور، انصاف رویه‌ای قرار دارد که پیروان آن با ادعای عدم اجماع بر سر نوع خاصی از توزیع، سعی دارند برای عادلانه شدن قرارداد به‌جای توجه به نتیجه عقد، فرایند شکل‌گیری آن را کنترل کنند. عمده معیار پیشینی‌ای که در انصاف ماهوی مطرح شده است رعایت قیمت عادلانه است. در مورد اینکه بتوان قیمت‌عادل را مبنای مناسبی برای لازم‌الاجرا کردن عقود دانست تردیدهای جدی وجود دارد. زیرا توجیه لزوم رعایت نوع خاصی از توزیع به نام عدالت، به دلیل عدم توافق بر سر مفهوم عدالت در جهان مدرن به آسانی امکان‌پذیر نیست. ضمن اینکه پذیرش چنین مبنایی موجب خواهد شد که نتوان بطلان عقود نامشروعی که به قیمت عادلانه منعقد می‌شود را توجیه کرد. البته با فرض پذیرش نظریه انصاف ماهوی آثار حقوقی خاصی بر عقد برای اعاده وضع زیان‌دیده به حالت سابق مترتب خواهد شد که اعمال این آثار نیز به نوبه خود خصوصاً در حالت نوسان قیمت‌ها در بازار با دشواری‌های فراوانی مواجه است.

واژگان کلیدی: الزام‌آوری، انصاف ماهوی، انصاف رویه‌ای، عدالت توزیعی، عدالت معاوضی.

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

raminefteghari70@gmail.com

\*\* استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

srahpeik@gmail.com

\*\*\* دانشیار، گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

farahzadi@ujss.ac.ir



## مقدمه

قراردادها در نظام بازار آزاد غالباً منصفانه شکل می‌گیرند و طرفین در مورد خواسته خود آگاهانه و بدون فشارهای ناروا اتخاذ تصمیم می‌کنند. بازار آزاد با وجود سازوکار جایگزین‌پذیری کالاها مانع از تغییر قیمت‌های بازاری از طریق هوی و هوس‌های شخصی می‌شود. البته در بازار هر شخصی می‌تواند بر آنچه که در اختیار دارد آزادانه هر قیمتی بگذارد، اما متقاضی کالا یا خدمات نیز قادر است در بازار جستجو کند و قیمتی را که منصفانه می‌یابد پیشنهاد دهد و در صورت حصول توافق، معامله مورد نظر خود را منعقد سازد. در این ساختار، قرارداد نقش نوعی نظام تخصیص منابع میان اشخاص خصوصی را ایفا می‌کند (Benson, 2001, p. 268). در این رابطه پرسش اساسی‌ای که همواره ذهن حقوق‌دان را به خود مشغول می‌کند این است که در میان انواع قراردادها کدام یک را می‌توان الزام‌آور دانست و از دولت هم تقاضای تضمین آن را داشت؟

یکی از پاسخ‌هایی که به پرسش پیشین با لحاظ نظام تخصیص منابع بودن قرارداد داده شده، این است که قرارداد را زمانی می‌توان لازم‌الاجرا دانست که انصاف ماهوی<sup>۱</sup> در آن رعایت شده باشد (Epstein, 1975, pp. 295-305; Leff, 1967, p. 487). مسئله اصلی انصاف ماهوی نیز بررسی وجود موازنه میان ارزش<sup>۲</sup> کالاها و خدمات مورد معاوضه است (Beatson et al., 2010, p. 305). از جهان باستان مفهومی از تعادل میان ارزش کالاهای مورد معاوضه در حقوق قراردادهای نظام‌های حقوقی مختلف رایج بوده است. در مغرب زمین این مفهوم در سرتاسر قرون وسطی نزد حقوق‌دانان مسیحی تحت عنوان قیمت عادلانه<sup>۳</sup> مورد بحث واقع شده است (Barnett, 1986, p. 283)، لکن هر چه به قرن نوزدهم میلادی نزدیکتر شده‌ایم با ظهور نظریه‌های قراردادی مبتنی بر اراده<sup>۴</sup> توجه‌ها بیشتر از محتوا و ماهیت قراردادها به فرایندی جلب شده است که قرارداد را شکل می‌دهد (Benson, 2001, p. 266).

تحول پیش‌گفته در حقوق نوین کاملاً سبب شد نظریه‌هایی که برای لازم‌الاجرا دانستن قرارداد، وجود عوضین متناسب را ضروری می‌دانستند محجور و متروک بماند. امروزه اما بازگشت به این مفهوم سنتی و دیرآشنا مورد توجه دوباره برخی از حقوق‌دانان قرار گرفته است و مدعی هستند که پاره‌ای از تصمیمات دادگاه‌ها در نظام

حقوقی مزبور فقط زمانی قابل توجیه است که قرارداد ماهیتاً منصفانه باشد و عوضین آن متناسب باشد (Gordley, 1981, p. 1591; Murphy, 2002, p. 86). در حقوق کامن‌لا گاه دکترین‌های وجود عوضین<sup>۵</sup> و معاملات ناخواسته به‌عنوان بقایایی از نظریه تعادل عوضین مطرح است (Barnett, 1986, p. 284; Eisenberg, 1982, p. 752).

در حقوق ایران آنچه در کامن‌لا انصاف ماهوی خوانده می‌شود همچنان به صورت اندیشه‌ای قدرتمند باقی است و حقوق‌دانان گاه از آن تحت عنوان نظریه موازنه عوضین بحث کرده‌اند و نتیجه آن به خصوص در دکترین غبن که شباهت زیادی به روش مجتهدین مسیحی دارد جلوه‌گر شده است (Gordley, 1993, p. 94). باید گفت غبن در نظر غالب حقوق‌دانان ایرانی دکترین محبوبی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، صص. ۱۴-۱۵) و ایشان پذیرش آن در قانون مدنی (م ۴۱۶ و ۴۱۸) را از فواید پایبندی به ارزش‌های سنت حقوقی خود دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۵، ص. ۲۱۹).

هدف از این نوشتار ارزیابی انصاف ماهوی به‌عنوان پاسخی به پرسش پیشین راجع به چیستی مبنای الزام‌آوری قرارداد است. در واقع بعضاً به‌گونه‌ای در اهمیت تعادل عوضین مبالغه شده است که گویا تنها امری که در قرارداد اهمیت دارد، انتقال قدرت خرید برابر است. بنابراین انصاف ماهوی در کلیت خود به‌عنوان مبنا مورد بررسی قرار خواهد گرفت نه صرفاً به‌عنوان یک شرط که از عدمش عدم الزام‌آوری لازم آید. هر چند معقول‌ترین پرسش در مورد انصاف ماهوی یعنی اینکه چرا عدم رعایت انصاف ماهوی و فقدان تعادل عوضین در نظر برخی از حقوق‌دانان حقوق کامن‌لا و ایران باید دلیلی برای متزلزل ساختن عقد باشد نیز بی‌پاسخ نخواهد ماند. البته وجه دیگر این مسئله را می‌توان از مخالفان سرسخت غربی این نظریه نیز پرسید که چرا انصاف ماهوی را نظریه‌ای خلاف جهت حقوق مدرن می‌دانند؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها سعی خواهد شد به شیوه‌ای توصیفی - تحلیلی به ارزیابی این نظریه پرداخته شود. لذا در این مقام بررسی انصاف ماهوی بیشتر به بررسی نظریات قراردادی همچون نظریه وعده<sup>۶</sup> یا نظریه توافق اظهارشده<sup>۷</sup> شباهت دارد تا اینکه به مذاقه در دکترین‌های جزئی نظیر غبن در حقوق ایران یا معاملات ناخواسته در حقوق کامن‌لا تشابه داشته باشد. ضمن اینکه با توجه به اقتضای بحث که در باب مبنای الزام‌آوری قرارداد است به

اصلی‌ترین و در حال حاضر تنها نظریه انصاف ماهوی راجع به اصل قرارداد یعنی تعادل ارزش عوضین پرداخته خواهد شد و از بحث در مورد انصاف ماهوی در شروط قراردادی اجتناب خواهد شد. بدین جهت در ابتدا مفهوم انصاف ماهوی مطرح و سپس مبانی فلسفی این نظریه بیان خواهد شد. در نهایت نیز نقدهای وارده به این نظریه و آثار عدم رعایت انصاف ماهوی به بحث گذاشته می‌شود.

### ۱. مفهوم انصاف ماهوی در حقوق قراردادها

برای درک انصاف ماهوی باید از تفاوت آن با شیوه عمل متقابل آن یعنی انصاف رویه‌ای نیز سخن گفت. سپس باید شرح داد که چرا می‌توان انصاف ماهوی را در مفهوم تعادل ارزش عوضین خلاصه کرد.

#### ۱-۱. مفهوم انصاف ماهوی و تفاوت آن با انصاف رویه‌ای

چنان‌که گفته شد قرارداد را می‌توان گونه‌ای نظام توزیع منابع میان اشخاص خصوصی دانست (Benson, 2001, p. 268). پرسش اساسی که در مورد این نظام به ذهن خطور می‌کند این است که چه زمانی می‌توان مطمئن بود که توزیع منابع میان طرفین قرارداد عادلانه صورت گرفته است؟ چه نمی‌توان از نظام حقوقی انتظار لازم‌الاجرا<sup>۱</sup> دانستن قواعد غیرعادلانه را داشت.

از زمینه پرسش درباره نوع توزیع عادلانه ثروت در قرارداد، دو نظریه متقابل انصاف ماهوی و انصاف رویه‌ای<sup>۹</sup> در حقوق کامن‌لا به وجود آمده است. در انصاف ماهوی مسئله اصلی صرفاً این است که آیا عدم تعادل فاحش<sup>۱۰</sup> میان حقوق و تعهداتی که بین طرفین رد و بدل می‌شود وجود دارد یا خیر (Beatson et al., 2010, p. 211)؟ در حقوق ایران نیز می‌توان گفت نظریه غبن با هدف پاسداری از انصاف ماهوی پذیرفته شده است. زیرا حقوق‌دانان تصریح کرده‌اند که برای ایجاد غبن نه تنها بحث فریب مغبون مطرح نیست، بلکه لزومی به سوءاستفاده غابن از اعتماد مغبون هم نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۴۱۷). نظریه انصاف ماهوی یک خصوصیت عمده دارد آن هم اینکه برای نظام حقوقی‌ای که آن را می‌پذیرد از پیش مسلم است که در قراردادها چه نوع توزیعی صفت عادلانه را با خود به همراه دارد. این توزیع عادلانه در

خالص‌ترین توجیه‌اش برای اینکه کمترین ارتباط را با طرفین عقد پیدا کند، غالباً به علت غایی عقد یا ماهیت عقد مرتبط می‌شود.

در طرف مقابل، نظریه انصاف رویه‌ای در جستجوی بررسی وقایعی است که میان دو طرف عقد اتفاق می‌افتد (Leff, 1967, p. 487) و دادرسی وجود امکان انتخاب واقعی<sup>۱۱</sup> را احراز می‌کند (Beatson et al., 2010, p. 211). پیروان این نظریه معتقدند که نمی‌توان از پیش قاطعانه دانست که چه نتیجه‌ای منجر به عادلانه خواندن قرارداد خواهد شد، لذا نتیجه عقد را کاملاً باید به اراده آزاد طرفین واگذار کرد و از هر گونه تحمیل توزیع خاص به بهانه ماهیت عقد اجتناب کرد. صحیح است که انصاف رویه‌ای نخستین‌بار در حقوق غربی به شکلی واضح دسته‌بندی شده است و در مقابل انصاف ماهوی قرار گرفته است، لکن در فقه و حقوق ایران نیز در موارد بسیاری احکامی با هدف حراست از انصاف رویه‌ای وضع شده است. برای مثال فقها گفته‌اند منصفانه‌ترین راه تقسیم مالی که مالکیت آن بین دو نفر مشتبّه است ولی علم اجمالی به تعلق آن به یکی از طرفین وجود دارد منصفه است (مصطفوی، بی‌تا، ص. ۱۵۹). چه از پیش هیچ مرجحی بر برتری یکی از طرفین بر دیگری نیست و منصفه در این حالت حکایت از برابری طرفین دعوا دارد و به راحتی با انصاف رویه‌ای محض قابل توجیه است. قاعده قرعه نیز نمونه تمسک به رویه‌ای است که از نظر فقه و حقوق در مواردی که به انصاف ماهوی دسترسی نیست می‌توان به دست‌آویز آن حکمی صادر کرد (زراعت، ۱۳۸۹، ص. ۹۴؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۱۹-۱۱۸). بسیاری از قواعد مربوط به صحت عقود نظیر اینکه طرفین باید عاقل و رشید باشند، برای اعمال همین برابری رویه‌ای است تا طرفین برای معامله‌ای که در آن احتمال سود و زیان (برد و باخت) وجود دارد در شرایط نسبتاً برابری قرار گیرند.

در واقع تنها تفاوت در جهان مدرن تأکید آن بر پذیرش همه‌جانبه انصاف رویه‌ای است. اکنون اعتقاد این است که در جهان مدرن میان مردمان، اجماعی راجع به ماهیت عدالت وجود ندارد و در قراردادهای خصوصی نیز نمی‌توان چنین اجماعی را یافت. نتیجه چنین دیدگاهی نسبت به توزیع منابع ارزشمندی که قرار است با عقد جابه‌جا شود این خواهد بود که اساس و هسته مرکزی هر توافقی در واقع خواست طرفین

است، بنابراین دادرس در صورت ادعای یکی از طرفین مبنی بر غیرمنصفانه بودن نتیجه عقد صرفاً مجاز است که وجود اراده آزاد و احترام طرفین به یکدیگر به عنوان عامل‌های اخلاقی را احراز کند (Murphy, 2002, p. 100). این تقسیم‌بندی به شدت متأثر از نظریه توزیع منابع عادلانه است که در فلسفه سیاسی توسط جان رالز مطرح شده است. وی خود انصاف رویه‌ای را مناسب ساختار بازار آزاد می‌داند و مایل نیست هیچ مفهومی ماهوی از عدالت به قراردادهای خصوصی تحمیل شود (Lovett, 2011, pp. 62-63).

در نهایت باید اشاره کرد که مفهوم انصاف در دو اصطلاح انصاف ماهوی و رویه‌ای مأخوذ از لغت "fairness" است و این امر غیر از انصاف در مفهوم "equity" است که در مورد دادگاه‌های انصاف در حقوق انگلیس به کار می‌رود. هر چند به لحاظ معنای لغوی شاید به نوعی برابر انگاشته شوند (مطیعی و البرزی‌ورکی، ۱۳۹۷، ص. ۱۴۰). انصاف در معنای دوم شامل اصول عامی است که در این دادگاه‌ها به کار می‌رود. در واقع صحیح است که این دادگاه‌ها سعی در اعمال معیارهای منعطف‌تری برای قضاوتشان داشتند و دکترین‌های بسیاری در حقوق کامن‌لا محصول استنباطات این دادگاه‌هاست، لکن انصاف ماهوی آن‌طور که تعریف شد، حتی مورد تردید این دادگاه‌هاست و رویه این دادگاه‌ها حداکثر دکترین قراردادهای ناخواسته را می‌پذیرد (عادل، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۳)، که بنابر قول اقوی آن هم متکی بر انصاف رویه‌ای است.

#### ۲-۱. رابطه انصاف ماهوی با قیمت عادلانه

در حقوق قراردادهای از ارسطو به بعد ادعا شده است که قراردادهای معاوضی بنابر ماهیت خود باید از طریق حفظ تناسب قدرت خرید منتقل شده بین طرفین از مفهوم خاصی از عدالت توزیعی حمایت کنند و اگر قرارداد معاوضی ارزش عرفاً متعادلی را منتقل نکند باید سعی در جبران شرایط ناعادلانه کرد. پیداست که طرفداران این نظریه از پیش، خود را عالم به نوعی نتیجه عادلانه که توزیع متناسب عرفی است دانسته‌اند. از این‌رو دادرس مجاز است که ماهیت قرارداد را برای اطمینان از حصول نتیجه موردنظرشان بررسی کند. برخی انصاف ماهوی را محدود به عوضین اصلی نکرده‌اند و قائل به لزوم تعادل شروط قراردادی نیز تحت عنوان انصاف ماهوی شده‌اند (Smith &

297, p. (Atiyah, 2006)، اما در مجموع نظریه غالب انصاف ماهوی آنجا که به مبنای قرارداد مربوط است به همان تعادل متعارف ارزش عوضین اطلاق می‌شود. در مورد اینکه چرا انصاف ماهوی را می‌توان به قیمت عادلانه و ارزش عوضین تقلیل داد اقتصاددانان پاسخ جالبی داده‌اند. آنان به درستی معتقدند که قیمت، کلید درک همه صفات و ارزش‌های عوضین مورد مبادله است. به عبارت دیگر هر تفاوت ماهوی دیگر نظیر عیب یا کیفیت مناسب، خود را در قیمت‌ها متجلی می‌سازد؛ بنابراین برای ارزیابی عادلانه بودن ماهیت عقد ارزیابی تعادل قیمت عوضین کافی است (Smith & Atiyah, 2006, pp. 297-298).

## ۲. مبانی نظریه انصاف ماهوی

در عصر حاضر دفاع از نظریه‌ای مبتنی بر مفهومی پیشینی<sup>۱۲</sup> از توزیع عادلانه به آسانی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا در فلسفه‌های اخلاق و حقوق کنونی از تحمیل هر گونه مفهومی از خیر که ممکن است مورد توافق همگان نباشد پرهیز می‌شود. با این وجود چهار مبنای اصلی در این زمینه وجود دارد که عمدتاً همه در کنار هم برای دفاع از این نظریه مورد استفاده قرار می‌گیرد.

### ۲-۱. اتکای انصاف ماهوی بر شهودات اخلاقی

در تأیید انصاف ماهوی گفته می‌شود که معامله‌ای که با تفاوت فاحش قیمت عوضین همراه باشد، وجدان انسان اخلاقی را می‌گذرد، هر چند این جابه‌جایی ثروت در اثر خطای شخصی که از معامله سود برده است نباشد. البته برخی از منتقدان بر این‌اند که نباید قیمت عادلانه، را ملاک ارزیابی عقد قرار داد؛ زیرا این قیمت، میانگین ارزش پولی است که افراد برای یک کالا یا خدمت پرداخته‌اند و معاملات بعدی نیز این تعادل یا میانگین را تغییر خواهد داد (Hobbes, 1997, p. 92). به بیان دیگر نباید اسیر مفهومی که بر ساخته امیال دیگر افراد است، شد. چه، آن چیزی که واقعیت دارد تک‌تک معاملات رخ داده در بازار است که تعادل را می‌سازد نه اینکه تعادل ایدئالی برای معاملات افراد باشد. باین حال پیروان انصاف ماهوی در تأیید موضع خود گفته‌اند که هر گاه معامله معوضی انجام می‌شود معمولاً انتظار طرفین این است که قدرت خرید متعادل می‌ماند



طرفین عقد ردوبدل شود. در چنین حالتی اگر بازار از ثبات نسبی برخوردار باشد اشخاص، بعد از انعقاد معامله نیز می‌توانند کالای خریداری شده خود را دوباره با قیمت مشابهی بفروشند و آنچه را که از دست داده‌اند بازیابند؛ اما در حالتی که اختلاف فاحش میان قیمت توافقی معامله و قیمت بازاری وجود داشته باشد وضعیت عقد به حدی گزنده و غیرقابل چشم‌پوشی می‌شود که نمی‌توان از لحاظ وجدانی نسبت به آن بی‌تفاوت ماند و شهودات اخلاقی وجدان انسان را به اصلاح و جبران این وضع نامطلوب فرامی‌خواند (Gordley, 1981, p. 1617).

## ۲-۲. لزوم وجود خودآیینی در عقود

در دفاع از انصاف ماهوی و قیمت عادلانه باید به یک نکته اساسی در مورد نحوه شکل‌گیری اراده در قراردادها توجه کرد. افراد در توافق بر سر محتوایی منصفانه در عقد باید اراده آزاد داشته باشند. در این حالت فرض این است که یک طرف عقد تا ورود به معامله را به نفع خود نبیند هرگز تن به آن معامله نمی‌دهد؛ به همین جهت وقتی فردی کالای خود را با دیگری تبادل می‌کند می‌توان نتیجه گرفت که هر طرف بر این باور است که کالای باارزش‌تری را به نسبت کالای قبلی خود دریافت کرده است (انصاری، ۱۳۹۳، صص. ۱۲۰-۱۲۱).

اما در این مورد باید توجه کرد که تصمیم افراد در قراردادها فقط به تهیه کالای باارزش‌تر از کالای خود معطوف نیست. به بیان بهتر این تنها تصمیمی نیست که طرفین عاقل معامله باید قبل از انعقاد عقد بگیرند. در مرحله بعد از تصور مورد معامله آنگاه که طرفین در مورد کالا یا خدمت مورد نظر تدبیر می‌کنند اگر کالا یا خدمت را فی‌نفسه برای خود ارزشمند ببینند، آن را با معامله‌های ممکن مشابه دیگر موجود در بازار نیز می‌سنجند و بعد وارد مرحله صدور اراده انشائی نهایی می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، صص. ۲۱۴-۲۱۵). در این مرحله مشتری است که تصمیم می‌گیرد که سریعاً وارد معامله شود، کمی صبر کند یا از جایی دیگر کالا یا خدمت را تهیه کند. بنابراین هر چقدر که معامله‌ای ارزشمند باشد ممکن است در قیاس با سایر معامله‌های ممکن بی‌ارزش باشد یا بالعکس (Gordley, 1981, p. 1617). همین مسئله به ما می‌گوید در شرایطی که شخص به بازار دسترسی ندارد و با جهل به قیمت بازاری یا اضطرار

تصمیم می‌گیرد در واقع ضرورت‌هاست که او را وارد روابط معاملی می‌کند. در واقع در عقود تصمیم‌گیری در مورد نیازهای شخصی در بستری از تصمیماتی که دیگران اتخاذ می‌کنند شکل می‌گیرد و به آنها مرتبط خواهد بود. افراد در حین انجام معامله دائماً می‌اندیشند که اگر بیشتر در بازار بگردند اگر به مغازه دیگری سر بزنند یا صبر کنند می‌توانند معامله بهتری را برای خود بیابند یا نه؟ در شرایطی که امکان برای جستجوی بیشتر در بازار در دسترسشان نباشد افراد تنها از نیاز خود برای کالا می‌توانند اطلاع پیدا کنند، اما نمی‌توانند بدانند که آیا معامله بهتری نیز برایشان ممکن خواهد بود یا خیر؟ با چنین نگاهی به تعیین قیمت سخت است که بتوان مانند برخی ادعا کرد که قیمت تعادلی اساساً قیمت ساخته اشخاص ثالث است که به عقد فعلی که مبتنی بر اصل نسبی بودن قرارداد است ربطی پیدا نمی‌کند (Story, 1892, p. 154).

ضمن اینکه آنگاه که قیمت بازاری در دسترس همگان وجود دارد کسی که به آن قیمت معامله‌ای را انجام می‌دهد بعد از اینکه نیاز خود را به درستی تشخیص داد قطعاً معامله‌ای خردمندانه انجام داده است چه با گشتن در بازار معامله‌ای بهتر و سنجیده‌تر در دسترس نیست. حتی اگر بتوان با صبر برای کاهش قیمت بازاری معامله بهتری را به دست آورد حداقل چیزی که می‌توان گفت این است که در حال حاضر فرد با معامله، عملی نسنجیده در نسبت با عموم مردم انجام نداده است. فردی که به قیمت بازاری معامله کرده است به لحاظ تخمین‌های سود و زیان آینده<sup>۱۳</sup> چیزی را از دست نداده است (Gordley, 1981, p. 1618)، بنابراین حتی اگر شخص سفیهی اتفاقاً معامله‌ای را به قیمت بازاری انجام داده باشد چیزی را از دست نداده است.

### ۲-۳. همسویی با هدف قرارداد و منع دارا شدن غیر عادلانه

مبنای قرارداد و همه احکام موجود در حقوق قراردادها باید همسو با جهتی خاص که همان هدف قرارداد<sup>۱۴</sup> یا علت غایی<sup>۱۵</sup> آن است تنظیم شود. محققانی که سعی در توجیه مبنای الزام‌آوری قراردادها بدون توجه به هدف آن کرده‌اند، عمدتاً با شکست مواجه شده‌اند (Benson, 2001, p. 276)، لذا غالب نظریه‌ها علی‌رغم اختلاف بر سر چیستی هدف قرارداد، در تعدیل مبانی خود در جهت هدف این نهاد حقوقی اشتراک داشته‌اند و آن را چراغ راه قواعد قراردادها دانسته‌اند.

آنچه ارسطو برای تأمین هدف قرارداد الزامی دانسته است رعایت انصاف ماهوی در عقد است، که به عنوان مبنای عقد نیز مطرح شده است. در نگاه ارسطو هدف از زندگی بشر خوب زیستن یا همان سعادت<sup>۱۶</sup> است (Pakaluk, 2005, p. 47)، افراد نیز برای اینکه زندگی خود را سعادت‌مند سازند باید در جهت کسب فضایل اخلاقی گام بردارند. مسلماً کسب فضایل باید اختیاری اعمال شود، در غیراین صورت نمی‌توان بر آن نام فضیلت نهاد. کسب بسیاری از فضایل اخلاقی مستلزم در اختیار داشتن میزان مشخصی از اموال مادی است (Benson, 2001, p. 286). این اموال مادی باید بر اساس آنچه اقتضای قاعده توزیع در ساختار عدالت توزیعی است در اختیار افراد قرار گیرد.

ارسطو در مورد اینکه چه نظامی از توزیع مناسب‌ترین نوع نظام عدالت توزیعی است و به سعادت جامعه می‌انجامد صراحت ندارد. اما به نظر می‌آید که تمایل ارسطو به نظام‌هایی است که منابع را بر اساس فضیلت بیشتر تقسیم می‌کنند. سیستم آریستوکراسی<sup>۱۷</sup> منابع را در اختیار کسانی قرار می‌دهد که فضیلت بیشتری دارند. لذا این منابع را برای انجام فضایل به‌کار خواهند گرفت (Aristotle, 2009, p. 85; Aquinas, 1981, p. 1936). در مقابل مردم‌سالاری را با این استدلال می‌توان مرجح دانست که در آن نظام، افراد به لحاظ کمیتی توفیق امتثال تعداد بیشتری از فضیلت‌ها را خواهند داشت (Benson, 2001, p. 287).

بعد از توزیع عادلانه افراد می‌توانند هر مقدار از دارایی خود را بر اساس اختیار خود با قرارداد معاوضی یا رایگان به دیگران واگذارند. البته این قراردادها نیز خود با دو هدف اعمال فضیلت عدالت معاوضی<sup>۱۸</sup> و یا اعمال فضیلت سخاوت<sup>۱۹</sup> شکل می‌گیرند. هر دو فضیلت موردنظر ارسطو در واقع علی‌رغم اینکه فی‌نفسه برای قراردادها هدف مستقلاً محسوب می‌شوند، اما در کلیت نظام زندگی بشری هر دو توأمان مکمل و لازمه سعادت، به‌عنوان هدف غایی زندگی نیز هستند.

در دستگاه فکری ارسطو در یک شرایط عادی و معمول در بازار همواره دو امکان در دسترس است، یا شخص به ابزار عقد معاوضی متوسل می‌شود تا مالی به‌دست آورد که آن مال قدرت خرید مشابهی با کالایی که از دست داده را به او بازگرداند و یا اینکه قصد دارد با هدف اعمال فضیلت سخاوت تمام یا بخشی از یک مال را به رایگان به دیگری اهدا کند. در حالت دوم آن‌طور که ارسطو می‌گوید عملی که مبتنی بر فضیلت

سخاوت انجام می‌شود باید نسبت به شخص درست و در شرایط صحیح صورت پذیرد (Aristotle, 2009, p. 61). از این‌رو در مورد اصل ایجاد معاملات رایگان عقلانیت حکم می‌کند که سخت‌گیری‌هایی در جهت احراز اینکه عقد در راستای اصول توزیعی جامعه منعقد شده است یا خیر صورت گیرد. برای نمونه در این سنت راهکارهایی نظیر قبض<sup>۲۰</sup> یا تشریفاتی کردن در مورد آن عقود پیشبینی می‌شود (Benson, 2001, p. 299). در همین راستا اگر در حین معاوضه نیز قرار است اهدای رایگانی صورت گیرد باید اطمینان حاصل کرد که شخص آگاهانه و در شرایط درستی آن را انجام داده است. از این سخت‌گیری‌ها می‌توان نتیجه گرفت که به همین علت است که در دکترین‌هایی نظیر غبن نیز شرط ایجاد خیار عدم آگاهی به قیمت حین معامله است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۴۱۹).

اختیار افراد برای انعقاد قرارداد را نمی‌توان در خلأ تفسیر کرد بلکه ضروری است به ابزاری که از طریق آن قرار است اختیار خود را اعمال کنند نیز توجه کرد. در حالتی که فرد عقد رایگانی را منعقد می‌کند باید قصد واقعی بازتوزیع منابع را داشته باشد. چه، ابزار عقد رایگان وسیله‌ای است با ماهیت بازتوزیع منابع که شخص قرار نیست قدرت خرید آنچه اعطا کرده است را به‌دست بیاورد. متقابلاً اگر فردی از ابزار عقد معاوضی با اختیار خود استفاده می‌کند باید آثار استفاده از این ماهیت خاص نیز بر اراده او مترتب شود مگر اینکه به‌صراحت بتوان به قصد شخص برای بازتوزیع منابعی که در اختیار دارد پی برد.

درواقع با پذیرش عمومی مردم‌سالاری و تأکید بر توزیع برابر منابع اولیه می‌توان گفت جوامع به هدف اعطای خودآیینی و افزایش کمیته‌ی فضایل بیشتر تمایل نشان می‌دهند. در چنین نظام‌هایی آن میزان از دارایی که مستلزم اعمال انتخاب آزاد و خودآیینی است به افراد اعطا می‌شود و عدالت معاوضی در قرارداد نیز چون از توزیع قبل حراست می‌کند در جهت تقویت و حمایت از خودآیینی افراد قرار می‌گیرد. در این نگاه به جامعه، شخصی که کالایی را با اختلاف فاحش<sup>۲۱</sup> نسبت به قیمت بازاری فروخته است، خواسته یا ناخواسته توزیع عادلانه جامعه را مختل کرده است و می‌توان تأیید کرد که وی به‌صورت ناعادلانه‌ای دارا شده است. بنابراین باید راهی برای تضمین

توزیع عادلانه جامعه در نظر گرفت که آن اعمال عدالت معاوضی یا اصلاحی است. در نهایت باید گفت با این مبنای نظری است که صرف اختلاف فاحش قیمت اهمیت پیدا می‌کند و می‌توان ادعا کرد که در عقود به‌عنوان «مبنای غبن قاعده لاضرر ترجیح دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص. ۲۰۹). البته کسانی که لاضرر را مبنای غبن دانسته‌اند مشخص نکرده‌اند که علت حکومت لاضرر جبران کدام ضرر است؟ اما به نظر می‌آید لاضرر فقط در معنای جبران ضرر نسبت به تخصیص منابع ناشی از عدالت توزیعی قابل درک می‌شود. زیرا، در دیدگاه‌های دیگر اختلاف فاحش قیمت صرفاً نشانه‌ای است برای وجود نقصانی در فرایند انعقاد عقد (Murphy, 2002, p. 100) و خود آن فی‌نفسه امر غیراخلاقی یا خلاف عدالت محسوب نمی‌شود. لذا انصاف ماهوی به این معنا مبنای الزام عقد است که در صورت عدم آگاهی به اعطای رایگان، عدم وجود اختلاف فاحش در قدرت خرید منتقل شده در عقد شرط بقای اعتبار و استحکام قرارداد است.

#### ۲-۴. وجود وظیفه حُسن نیت

پیروان انصاف ماهوی معتقدند که طرفین باید با حُسن نیت اقدام کرده و اطلاعاتی که معمولاً برای یک تصمیم‌گیری قراردادی نیاز است را در اختیار یکدیگر قرار دهند. درواقع اگر شخصی از ارزش عوضین قراردادی آگاه نباشد و قیمتی را پیشنهاد دهد که بسیار بیش از ارزش بازاری آن کالا است می‌توان دریافت که به احتمال زیاد او به بازار دسترسی ندارد. مانند اینکه نسبت به کم یا زیاد شدن قیمت‌ها در جهل مرکب به‌سر می‌برد. در چنین شرایطی اقتضای وظیفه حُسن نیت این است که طرف آگاه، فرد جاهل به قیمت را از ارزش کالاها مطلع سازد (Smith & Atiyah, 2006, p. 312). لذا اگر این عدم دسترسی به شرایط بازاری برطرف نشود و شخص مقابل از جهل دیگری حتی بدون ارتکاب خطایی بهره‌بردار، دادرسی باید به نحوی خلع وارد شده را جبران کند تا انصاف ماهوی در عقد برقرار شود.

در همین جهت برخی حقوق‌دانان در حقوق کامن‌لا دکتترین معاملات ناخواسته را زمینه‌ای برای تعدیل قراردادهایی می‌دانند که یک‌طرف به دلیل ضعف در قدرت چانه‌زنی ناچار به پذیرش آن شده است؛ لذا از نظر آنان این دکتترین در مورد معاملات که

یک طرف قرارداد از اضطرار یا جهل طرف دیگر قرارداد سود برده و در آن هیچ اقدام خطایی هم مرتکب نشده است قابل اعمال می‌باشد (Smith & Atiyah, 2006, p. 300). در مورد غبن در حقوق ایران نیز شاید بتوان این امر را پذیرفت که شخص آگاه به جهل طرف مقابل، وظیفه داشته است او را به قیمت بازاری آگاه کند تا معامله لازم‌الاجرا باقی بماند. هر چند در این صورت باید گفت این وظیفه اطلاع‌رسانی متکی بر نوعی مسئولیت محض است که حتی با عدم علم به جهل مغبون یا عدم علم به قیمت بازاری توسط منتفع از عقد، باز هم بر عهده او باقی است.

### ۳. انتقادات وارد به نظریه انصاف ماهوی

نظریه انصاف ماهوی به عنوان مبنای قرارداد از زوایای مختلفی مورد انتقاد قرار گرفته است. در ادامه شرح این انتقادات مختصراً بیان می‌شود.

#### ۳-۱. تردید در معناداری مفهوم قیمت عادلانه

پیروان مفهوم قیمت عادلانه در گذشته با توجه به درک متافیزیکی خاص خود از جهان بعضاً عادت داشته‌اند که برای موجودات ارزش ذاتی<sup>۲۲</sup> قائل شوند. منظور از ارزش ذاتی این است که برخی می‌پنداشتند که برای مثال انسان چون عاقل است ارزش بیشتری از همه موجودات زنده دارد و موجودات زنده نیز ارزش بیشتری از اشیاء دارند و میان اشیاء نیز مثلاً یک تکه نان با توجه به اینکه مفیدتر است ذاتاً ارزشمندتر از الماس خواهد بود (Gordley, 1981, p. 1604).

همین مفهوم قیمت ذاتی نزد گذشتگان موجی از نقدهای جدی در مورد توجیه نظریه انصاف ماهوی و دفاع از آنچه تحت نام قیمت عادلانه در قرون وسطی رایج بوده ایجاد کرده است. منتقدین بر این عقیده‌اند که قیمت عادلانه، اساساً معنا و مفهوم معقولی ندارد و در قرون وسطا برداشت نادرستی از مفهوم عدالت مورد نظر ارسطو رواج پیدا کرده است (Gordley, 1981, p. 1592).

بسیاری از اقتصاددانان نوین نیز چنین می‌پندارند که مفهوم قیمت عادلانه، اختراع روحانیون مسیحی است که از نحوه عملکرد و مکانیسم بازار آگاهی نداشته‌اند (De Roover, 1958, p. 418). اینان این مفهوم را بیش از آنکه متکی بر دلایل موجه بدانند آن

را محصول دوره‌ای می‌دانند که اگر شخصی خیال تغییر وضعیت و طبقه اجتماعی را در سر می‌پروراند ارباب کلیسا وی را به ارتکاب گناه حرص و آز متهم می‌کردند و با پیشرفت و دنیاطلبی مخالفت می‌کردند (De Roover, 1958, p. 419). این فکر که فیلسوفان عصر مدرن، یعنی هیوم و اسمیت بودند که مکانیسم‌های عملکرد بازار را تشخیص دادند و بشریت را از مفهوم قرون وسطایی و جاهلانه قیمت‌عادلانه رها ساختند و اقتصاد نوین را به وجود آوردند هم‌اکنون نیز بسیار پذیرفته شده است (Fleischacker, 2004, p. 5).

البته در پاسخ می‌توان گفت درست است که گذشتگان نمی‌پذیرفتند که فرایند شکل‌گیری قیمت‌ها در بازار را بتوان به معادلات جبری ریاضی تقلیل داد، اما آنان پذیرفته بودند که انسان آنگاه که به قیمت‌ها می‌اندیشد به کمیابی و هزینه تولید آن نیز اهمیت می‌دهد. لکن در نظر آنان در میان همه این ضرورت‌ها این نهایتاً اراده معقول انسان‌ها بود که قیمتی را در بازار تثبیت می‌کرد (Gordley, 1981, p. 1607). حال آنکه اقتصاددانان مدرن قواعد اقتصادی را بر اصولی ثابت استوار می‌سازند تا همواره بتوان از آن نتیجه ثابت به دست آورد که نوعی جبر را بر زندگی اقتصادی انسان حکم‌فرما می‌کند (Gordley, 1981, p. 1608). بنابراین اگرچه قسمتی از این نقد که درک گذشتگان در مورد روابط بازاری به پیچیدگی اقتصاددانان کنونی نبوده است، پذیرفتنی است؛ اما نمی‌توان ادعا کرد که آنها مفهوم قیمت عادلانه را درک نمی‌کرده‌اند.

### ۲-۳. ایستایی و عدم توجه به کارایی اقتصادی

یکی از انتقادهای اساسی که به پذیرش انصاف ماهوی وارد شده از منظر تحلیل اقتصادی حقوق است. محور اصلی تحلیل‌های اقتصادی راجع به حقوق بر افزایش کارایی متکی است. در این ساختار تحلیلی، قواعد حقوقی در شرایط کمیابی منابع باید با عقلانیت اقتصادی و به گونه‌ای تخصیص یابد که منجر به افزایش رفاه و یا بنا بر نظری افزایش ثروت شود. اما باید گفت که نظریه انصاف ماهوی و پذیرش پیش‌فرض برابری عرفی عوضین چندان با حداکثرسازی کارایی سازگار نیست. زیرا، پذیرش دکترین‌هایی نظیر غبن بر روابط بلندمدت اقتصادی آثار سوئی دارد و انگیزه برای تولید اطلاعات ارزشمند را از بین می‌برد (Trebilcock, 1993, p. 81).

برای توضیح این آثار مخرب برانگیزه تولید، گاهی حقوق‌دانان به مثالی فرضی متوسل می‌شوند. این مثال از این قرار است که یک شرکت نفت دارای مجوز، بعد از پایان تحقیقات زمین‌شناسی فراوان با بهره بردن از فناوری‌های گران‌قیمت و استفاده از کارکنان ماهر متوجه می‌شود که زیر زمین متعلق به یک کشاورز، منبع نفت عظیمی وجود دارد. این شرکت نفت بدون افشای این اطلاعات، زمین کشاورز را به قیمتی بسیار پایین‌تر از قیمت واقعی آن خریداری می‌کند اما بعد از فروش زمین، کشاورز فروشنده ادعا می‌کند که اگر از ماهیت و ارزش واقعی زمین آگاهی می‌داشت هرگز زمین را با چنین قیمت پایینی نمی‌فروخت (Kronman, 1978, pp. 24-25). در چنین شرایطی پرسش این است که آیا باید اطلاعات مربوط به زمین افشا می‌شد یا خیر؟

براساس نظریه انصاف ماهوی در مثال‌هایی مانند مورد قبل بدون در نظر گرفتن تأثیر آن بر کاهش کارایی باید به صرف عدم پرداخت قیمت واقعی یکی از طرق جبرانی توسط دادگاه در نظر گرفته شود؛ زیرا، پذیرش برابری عرفی عوضین چنین اقتضایی دارد. تنها راه باقیمانده برای دارنده اطلاعات باارزش این است که پیش از انجام معامله تمام این اطلاعات را در اختیار دارنده زمین قرار دهد که این چنین اقدامی بی‌تردید باعث افزایش قیمت توسط فروشنده خواهد شد. در واقع با این اقدام هزینه سرمایه‌گذاری‌های هنگفت شرکت نفت به رایگان به جیب دارنده زمین خواهد رفت و انگیزه را از تولیدکنندگان این‌چنینی سلب خواهد کرد (Kronman, 1980, p. 489). این انتقاد باعث شده است که جمع بزرگی از حقوق‌دانان متمایل به تحلیل اقتصادی حقوق انصاف ماهوی را به علت الزام طرفین به افشای اطلاعات ارزشمند به‌صورت رایگان، قاعده‌ای مناسب برای تعیین الزام‌آوری قرارداد محسوب نکنند.

### ۳-۳. خطا در پذیرش تمایز ماهوی میان عقد معاوضی و رایگان

انصاف ماهوی در قالب موازنه بین قیمت کالاها و خدمات معامله‌شده پشتوانه‌ای به قدمت اندیشه‌های ارسطو و شارحین برجسته او دارد. چنان‌که گفته شد ارسطو در دفاع از نظر خود به تمایز ماهوی میان عقود معاوضی و عقود رایگان یا عطایا اشاره کرده است. از نظر او تمایز ماهوی میان عقود معاوضی و رایگان برخاسته از علت غایی یا هدف عقد است. هدف در متافیزیک ارسطو یکی از علل اربعه به‌شمار می‌آید که موجودات برای آن



ساخته شده و به سمت و سوی آن حرکت می‌کنند (Gordley, 1993, p. 26). این هدف دوگانه و متفاوت نیز اعمال دو فضیلت عدالت معاوضی و فضیلت سخاوت است. در این باره باید گفت که دیدگاه فوق نسبت به وجود اعتباری عقد به نظر چندین مقرون به واقعیت نمی‌آید و ارسطوییان برای مفهوم علت یا سبب عقد<sup>۳۳</sup> بیش از اندازه اهمیت قائل بوده‌اند. بر طبق دکترین سبب یا علت، یک عقد در صورتی لازم‌الاجراست که به یکی از دو علت پیش‌گفته انجام شود (Gordley, 1993, p. 77). این نگاه در ذهن هواداران نظریه انصاف ماهوی این پندار را به وجود آورده است که هر عقد الزاماً یکی از دو سبب پیش‌گفته را داراست و چون اسباب مختلف موجب تغییر ماهیت می‌شوند، باید آن عقود معوض و رایگان را ماهیاتی جداگانه پنداشت (Murphy, 2002, p. 101)، چه به قول برخی از نویسندگان تخصیص در ماهیات محال است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، صص. ۱۴۲-۱۴۳).

همین امر سبب شده است که حتی برخی حقوق‌دانان به این نظر گرایش پیدا کنند که اگر عمل حقوقی رایگانی صورت گرفت به دلیل تفاوت در علت غایی این دو نوع عمل حقوقی، باید آنها را کاملاً از هم متمایز تصور کرد و اعمال حقوقی رایگان را از جرگه عقود بیرون کشید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۶۲)، بنابراین اگر نوعی از ماهیت که دارای قبول عقدی است عقد پنداشته می‌شود سایر ماهیات باید ایقاع پنداشته شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، صص. ۵۵-۵۶). البته چنین برداشت‌هایی چندین مطابق واقعیت نیست و تحلیل صحیح قصد فاعل‌های اخلاقی که در ایجاد ماهیات حقوقی نقش اصلی را دارند سبب می‌شود این تمایزها و دیوارکشی‌های سخت‌گیرانه میان این عقود از میان برداشته شود.

در این راستا اگر ابتدا به آنچه فاعل‌های اخلاقی در عقود رایگان مدنظر دارند توجه شود مشخص می‌شود که باید این ذهنیت را زدود که عقود رایگان ایقاع هستند. چه، مثل عقود معوض نیاز به دو قصد آگاهانه برای ایجاد دارند و شخصی که به او هبه می‌شود باید از قصد مورد هبه واقف شدن باخبر باشد وگرنه چنانچه کسی حتی با قصد احسان مالی را سر راهی بگذارد و دیگری آن را بردارد، نمی‌توان آن را هبه نامید (Murphy, 2002, p. 102).

همین امر که متهب باید از قصد واهب مبنی بر ایجاد یک ماهیت حقوقی نظیر هبه

باخبر شود و آن را قبول کند نشان می‌دهد عقود رایگان نیز تکلیف‌زا<sup>۲۴</sup> هستند. لذا باید گفت از صرف اینکه در مقابل اعطای رایگان پول یا خدمتی ارائه نمی‌شود نمی‌توان نتیجه گرفت هیچ باری هم بر دیگری تحمیل نمی‌شود. علت این هم که مثلاً برای رشوه‌دادن قالب هدیه انتخاب می‌شود همین است که برخلاف ظاهر رایگان آن مسئولیتی عظیم را برگیرنده تحمیل می‌کند که در زمانی نه‌چندان دور باید از پس جبران آن برآید (Murphy, 2002, p. 102). این امر را در فقه امامیه آن دسته از فقهای که عقود رایگان را منت‌زا دانسته‌اند و به این دلیل برای آن قبول را الزامی دانسته‌اند به‌خوبی درک کرده‌اند.<sup>۲۵</sup>

وجود منت در عقود رایگان به‌خوبی به ما نشان می‌دهد که این امر که عقدی معوض یا رایگان نامیده شده باشد برای شناخت واقعیت رابطه‌ای که بین طرفین ایجاد شده است کفایت نمی‌کند. ای‌سا تملیک‌های رایگانی که از بسیاری جهات از عقود معوض نابرابری بیشتری در آن موج می‌زند. تحقیقات انسان‌شناسانه نیز این امر را تأیید می‌کند که در بسیاری از موارد که تملیک رایگانی واقع می‌شود اتفاقاً طرفین در جایگاه برابری به لحاظ قدرت اعمال اراده نبوده‌اند (Mauss, 1966, p. 51). صدقه‌ای که شخصی به تهیدستی می‌دهد یا کمک‌خرجی که شوهری به زوجه‌ای که استقلال مالی ندارد عطا می‌کند و یا هزینه مخارجی که والدین به فرزندان خود می‌دهند همه و همه در شرایطی واقع می‌شوند که یک‌طرف دست برتری نسبت به یک شخص در اعمال خواسته‌های خود دارد و معمولاً توأم با خواسته‌های ضمنی است. فضیلت یا رذیلت بودن را باید در نیت افراد جست و قواعد حقوقی را تا حد ممکن بر آن استوار ساخت. در طرف دیگر نیز عقود معاوضی همواره محلی برای کسب عوضی برابر نیست تا این غلبه باعث شود بتوان خطی واضح بین ماهیات عقود رایگان و عقود معاوضی قرار داد. در موارد بسیاری عقود معاوضی با هدف توزیع رایگان منابع انتخاب می‌شوند. گاه برای حفظ آبروی اشخاص، هبه در قالبی از معاوضه واقع می‌شود. برای مثال بسیار می‌توان دید که صاحب کارگاهی برای حفظ آبروی کارگر خود هبه خود را در قالب حقوق ماهیانه اعطا می‌کند یا فروشنده‌ای برای جلب مشتری کالاهای خود را به نصف قیمت می‌فروشد به امید اینکه مشتری بعد از استفاده به علت رضایت، برای خرید کالا

به قیمت اصلی هم مراجعه کند و رابطه تجاری پایداری به وجود آید، در مواردی هم افراد با خانواده یا آشنایان خود با اغماض و با قیمت کمتری معامله می‌کنند. از مجموع این مباحث می‌توان نتیجه گرفت که نباید قاطعانه بر تفکیک ماهوی میان عقود معاوضی و رایگان تأکید کرد. بلکه این افراد و نیت‌های آنان است که یک عمل حقوقی را مبتنی بر انسان‌دوستی<sup>۲۶</sup> و خیرخواهی می‌کند و عقدی دیگر را مبتنی بر منفعت‌طلبی می‌سازد. لذا مرکز ثقل عقد به‌عنوان مبنای توجهی آن را باید در اراده طرفین جست و ظاهر معاوضی یا رایگان عقد نشان از اینکه چه فضیلتی از سوی طرفین در حال اعمال است، نخواهد بود.

### ۳-۴. ناتوانی انصاف ماهوی در بهبود توزیع عادلانه

انتقاد دیگری که در مورد انصاف ماهوی می‌توان مطرح کرد این است که رعایت آن در قرارداد نمی‌تواند وضعیت توزیع را در جامعه عادلانه نگاه دارد. توضیح اینکه پیروان نظریه انصاف ماهوی در قرارداد آن را مبتنی بر عدالت معاوضی می‌دانند و معتقدند عدالت معاوضی در واقع از توزیع پیشین که مبتنی بر معیار توزیع عادلانه بوده است حفاظت می‌کند و به لحاظ اینکه توزیع پیشین در جهت سعادت جامعه است رعایت عدالت معاوضی و به تبع آن انصاف ماهوی، به این توزیع اخلاقی کمک می‌کند و در نتیجه فضیلت محسوب می‌شود.

باید توجه کرد که چنین استدلالی چندان صحیح نیست؛ زیرا در دکترین‌های مبتنی بر رعایت انصاف ماهوی مانند غبن به این دلیل که از سویی اشخاص مختارند محتوای قرارداد را خودشان تعیین کنند و از سویی دیگر صرفه اقتصادی در تخصیص منابع باید لحاظ شود، دولت نمی‌تواند قیمت‌ها را در بازار تثبیت کند (Gordley, 1981, p. 1622). در چنین شرایطی افراد دانسته یا ندانسته کالاها یا خدماتی را به کمتر یا بیشتر از قیمت بازاری معامله می‌کنند و دادرس هم تا زمانی که انحراف از قیمت بازاری غیرآگاهانه و فاحش نباشد حق اعمال طرق جبرانی ندارد. در نتیجه توزیع در جامعه به مرور زمان به شدت نامتوازن خواهد شد (Lucy, 2007, pp. 331-332). بعد از اینکه توزیع به دلایل مختلف نامتوازن شود حتی اگر انصاف ماهوی در قراردادها رعایت شود باز هم نمی‌توان گفت شرایط تخصیص منابع در جامعه اخلاقی و عادلانه است.

به عبارت بهتر برای حفظ توزیع عادلانه نمی‌توان به اعمال انصاف ماهوی در قرارداد اتکا کرد؛ زیرا انصاف ماهوی حداکثر کاری که می‌تواند برای جامعه انجام دهد این است که وضع سابق را حفظ کند. حال وضع سابق اگر به شدت نامتوازن و ناعادلانه باشد قواعد عدالت معاوضی - که ما را به بررسی رعایت انصاف ماهوی در قرارداد فراخوانده است - حداکثر می‌تواند پاسدار همین وضعیت ناعادلانه باشد یا حتی در مواردی به عمیق‌تر شدن شکاف‌های بی‌عدالتی در جامعه دامن بزند (Patterson, 2010, p. 51).

نمونه‌ای از قراردادهایی که واگذاری قیمت‌ها به بازار و رعایت انصاف ماهوی بر اساس قیمت بازاری نیز به بی‌عدالتی منجر می‌شود قراردادهای کارگر و کارفرما یا در برخی از شرایط قراردادهای اجاره مسکن است. در این قراردادها بسیار پیش می‌آید که دولت‌ها برای حفظ توزیع عادلانه و اخلاقی ثروت در جامعه مستقیم در قیمت‌ها دخالت می‌کنند و مثلاً در قراردادهای میان کارگر و کارفرما حداقل دستمزد تعیین می‌کنند. این حداقل دستمزد تعیینی توسط دولت نیز الزاماً با قیمت تعادلی ناشی از عرضه و تقاضا هماهنگ نیست و از مصالح دیگری پیروی می‌کند.

### ۳-۵. تردید در وجود توزیع عادلانه پیشین

توجیه نظریه انصاف ماهوی از طریق دارا شدن ناعادلانه سهم‌های توزیع شده منابع، توسط دولت امکان‌پذیر نیست؛ چراکه بنیان آن در تمایز آشتی‌ناپذیری است که ارسطویان میان نهادهایی که وظیفه اعمال دوگونه عدالت را بر عهده داشتند قائل می‌شوند. در واقع از نظر آنان این تنها دولت است که شأنیت اعمال عدالت توزیعی را دارد و نهادهای دیگر حقوقی نظیر قرارداد و مسئولیت مدنی می‌باید صرفاً در حوزه عدالت معاوضی ایفای نقش نمایند. حال اگر قرارداد وظیفه خود مبنی بر پاسداری از توزیع دولت به‌عنوان نماینده جامعه را به‌درستی انجام ندهد و در عقد معاوضی قدرت خرید بازاری متناسبی به طرفین منتقل نشود، یک طرف عقد بخشی از سهم ناشی از عدالت توزیعی طرف مقابل را بر خلاف عدالت (توزیعی) به‌دست خواهد آورد و در نتیجه یک شخص به ناعادلانه یا به هزینه دیگری دارا<sup>۲۷</sup> شده است (Gordley, 1981, p. 1599).

در رد اندیشه فوق باید گفت که این تقسیم‌بندی قاطعانه از واقعیت به دور است زیرا دولت‌ها در گذشته و حتی عصر مدرن بیشتر از اینکه در اندیشه توزیع ثروت

باشند در اندیشه توزیع و تضمین حقوق اعضای جامعه خود هستند و در امر توزیع ثروت یا دخالت نمی‌کنند یا دخالتشان برای حفظ حداقل‌های لازم برای ادامه معیشت اعضای جامعه‌شان است (Rawls, 2001, pp. 42-43). توزیع ثروت نیز در جامعه با سازوکارهای حقوق خصوصی که مهم‌ترین آنها قرارداد است صورت می‌گیرد (Murphy, 2002, p. 111). بنابراین توزیع پیشینی یا وجود ندارد و یا اینکه این توزیع حداقلی است.

در دیدگاه‌هایی هم که توزیع حداقلی منابع از سوی دولت پذیرفته شده است معمولاً حمایت از این توزیع از طریق قرارداد صورت نمی‌گیرد؛ زیرا اعمال اختیار شخصی افراد بلافاصله منجر به بازتوزیع ثروت خواهد شد. در واقع ممکن است با چند قرارداد که عوضین در آن به‌طور فاحش هم نامتوازن نیست این توزیع حداقلی که از سوی دولت تضمین شده است از بین برود؛ بنابراین تنها خصلت مداخله دادرسی با عناوینی چون وجود نابرابری فاحش عوضین یا غبن این است که آزادی طرفین را محدود سازد (Nozick, 2001, pp. 160-161).

در نهایت اینکه توزیع تضمین‌شده پیشینی که بتوان بر آن نام توزیع عادلانه نهاد یا وجود ندارد یا حداقلی است و معمولاً از طریق مالیات است که این توزیع تضمین می‌شود تا به آزادی قراردادی افراد به‌بهبان حمایت از توزیع دولتی به‌صورت مداوم خدشه وارد نشود. از این‌رو باید گفت هیچ سهم عادلانه پیشینی که از طریق قراردادهای خصوصی مورد تضمین دولت باشد وجود ندارد، چه قرارداد محل جلب منافع بیشتر است. به این ترتیب تنها مبنای نظری که می‌تواند از انصاف ماهوی به‌عنوان یک نظریه مستقل از عیوب اراده حمایت کند نیز ناکارآمد می‌شود و دلیل قانع‌کننده‌ای برای حمایت از آن باقی نمی‌ماند. دکتترین‌هایی نظیر غبن یا قیمت عادلانه نیز اگر قرار باشد مستقل از عیوب اراده اعمال شود چندان به‌کار تنظیم و حمایت از توزیع عادلانه منابع جامعه نمی‌آید و اتفاقاً ابزاری هستند برای بازتوزیع منابع آن‌طور که دارندگان آن تمایل دارند.

### ۳-۶. تفاوت فاحش قیمت عوضین اماره اثباتی است

ارسطوییان نیک و بد را واقعی یا به‌عبارتی نفس‌الامری می‌دانند. یعنی از پیش می‌دانند

که برای بشر تا زمانی که ساختار فعلی را دارد چه اعمالی بد است و چه اعمالی نیز نیک است (Benson, 2001, p. 281). همین تفکر سبب شده است که ارسطو انجام دادن بعضی اعمال را حتی با دارایی شخصی آنگاه که به دیگران هم ضرر نمی‌زند بد بیندارد. یکی از مواردی که ارسطو درباره آن چندان نظر مساعدی ندارد تغییر توزیع عادلانه جامعه با میل شخصی است، حال چه این تغییر فقط به ضرر خود فرد باشد چه به ضرر دیگران باشد. چنین برداشت شده است که علت توجه به موازنه عوضین حفظ آن میزان از توزیع است که سبب ارتقای زندگی همراه با اختیار می‌شود و خودآیینی افراد را تقویت می‌کند (Benson, 2001, p. 309).

چنین نگاهی به سازوکار حاکم بر جامعه سبب شده است که پیروان آن همواره دو نوع موازنه عمده بین طرفین و موازنه بین عوضین را در مباحث مربوط به عقود، مرکز توجه خود قرار دهند (Murphy, 2002, p. 47). به این منظور همان‌طور که برای طرفین عقد احکامی مبنی بر داشتن قصد و رضا و یا اهلیت برشمرده‌اند، گاهی تا چهار نوع موازنه عمده در مورد عوضین معامله استنباط کرده‌اند.<sup>۲۸</sup>

در نقد چنین نگاهی باید در نظر داشت که معامله‌ای که حتی به صورت فاحشی بیش از قیمت بازاری انجام شده باشد الزاماً نمی‌تواند نشانه‌ای از این باشد که این معامله آزادانه نبوده و بر اساس درک اخلاقی ما انجام نشده است. نمونه بارز آن معاملاتی هستند که موضوع آن کالاهایی هستند که ارزش شخصی زیادی دارند (Radin, 1987, pp. 1840-1880) یا کالاهایی نظیر لباس‌هایی که در طراحی‌ها عرضه می‌شوند و بسیار بیشتر از قیمت متعارف به فروش می‌روند. عکس این قضیه هم صادق است معاملاتی وجود دارند که می‌توان به صورت عقلانی در مورد غیرمنصفانه بودن نتیجه آن معامله اظهار نظر کرد و دادگاه‌های کامن‌لا هم آن را به دلیل غیرمنصفانه بودن کنار می‌گذارند، حال آنکه به هیچ‌وجه نمی‌توان گفت یکی از موردهای معامله به صورت گزنده‌ای از قیمت بازاری بیشتر است؛ مانند پرونده‌ای که در آن از سوی کارفرما برای آموزش مهارتی خاص با پرستاری که حقوق ماهیانه‌اش ۱۵۰ دلار است و دارایی چندانی ندارد قرارداد منعقد می‌شود و پرستار برای یادگیری آن مهارت باید ماهیانه از ۱۱۵ دلار از دریافتی خود صرف نظر کند. دادگاه علی‌رغم اینکه به این نتیجه

می‌رسد که قرارداد به ارزش متعارفی منعقد شده است آن را معقول و منصفانه نمی‌یابد؛ زیرا متوجه می‌شود پرستار احتمالاً در جایگاهی بوده است که ارائه‌دهنده خدمات به علت قدرت چانه‌زنی برتر توانسته است اراده خود را به کرسی بنشاند.<sup>۲۹</sup>

در نهایت باید گفت که خط استدلالی کسانی که می‌خواهند از انصاف ماهوی دفاع کنند به دلیل تأکید بر عوضین عقد به جای تأکید بر طرفین عقد، با چهارچوب‌های نظری عصر جدید هماهنگی ندارد. در جهان مدرن این دو شخص آزاد هستند که اراده خود را همچون روح در کالبد محتوای عقد می‌دمند و تا زمانی که مسائل قراردادی را می‌توان با استناد به اراده و احترام به خودآیینی حل کرد نباید بی‌جهت از نظریه‌هایی کمک گرفت که به این تنه اصلی قابل اتصال نیستند. تمام خصوصیتی که در نظریه انصاف ماهوی وجود دارد را می‌توان از طریق اتکا به یک نظریه انصاف رویه‌ای که در چهارچوب نظریه کلان خودآیینی و اهمیت به اراده طرفین است حل کرد. هر چند نمی‌توان از انصاف ماهوی به‌عنوان اماره اثباتی نقص در خودآیینی به آسانی گذشت (Saprai, 2010, pp. 94-95).

### ۳-۷. نفی وظیفه مثبت ناشی از حُسن نیت

در مورد دفاع از انصاف ماهوی از طریق لزوم پایبندی به الزامات ناشی از حُسن نیت ضروری است که بیان شود که بر سر وجود وظیفه حُسن نیت که یکی از پیامدهای آن اطلاع‌رسانی در قرارداد است اتفاق نظری وجود ندارد. با وجود این به تأسی از اندیشه‌های کانت می‌توان گفت: هر چند که وظایف ناقص اخلاقی مانند وظیفه کمک‌رسانی به دیگران نیک است اما در صورت اجتناب شخص از وفای به آن، وی مرتکب تناقض<sup>۳۰</sup> نشده است (کانت، ۱۳۹۴، ص. ۸۵) و اجرای آن را باید به ترجیحات خود آنان واگذاشت (گایر، ۱۳۹۶، صص. ۲۲۴-۲۲۵)؛ لذا نیازی به سخت‌گیری در اجرای این وظایف از سوی قانون‌گذاران نیست.

در واقع از نظر برخی از حقوق‌دانان موارد این‌چنینی محلی است برای اعمال رقابت‌های قراردادی بر سر سودبردن. از این‌رو وظیفه اطلاع‌رسانی و وظیفه حُسن نیت که نوعی تکلیف ناقص اخلاقی است را نمی‌توان از طریق ابزار حقوقی لازم‌الاجرا ساخت (Ramsay, 2006, p. 140). در نهایت اگر بخواهیم در مورد لزوم وجود انصاف

ماهوی و برابری عوضین تصمیم‌گیری کنیم باید لحاظ کنیم که چون هیچ‌کس وظیفه اطلاع‌رسانی به دیگران را ندارد، نابرابری عوضین هر چند همراه با جهل مرکب طرف مغبون باشد، خللی به عقد وارد نمی‌آورد. ضمن اینکه حتی اگر وظیفه حُسن‌نیت پذیرفته شود، دلیل آن حمایت از توزیعی خاص نیست بلکه نشانی است بر وجود اراده قانون‌گذار از وظیفه مثبت کم‌رسانی برای رفع ضعف موجود در جایگاه عامل اخلاقی و ممانعت از بهره‌برداری از جهل یا اضطراب شخص دیگر. بنابراین آنگاه که مثلاً در قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده و در مورد معاملات ناخواسته می‌خوانیم: «چنانچه دادگاه دریابد که قرارداد یا شرطی از آن در حین تشکیل عقد غیرمنصفانه است، می‌تواند قرارداد را لازم‌الاجرا نسازد یا اینکه قرارداد را بدون آن شرط لازم‌الاجرا نماید، یا اجرای آن شرط غیرمنصفانه را به نحوی محدود سازد که از هر نوع نتیجه غیرمنصفانه اجتناب کند».<sup>۳۱</sup> صحیح است که انصاف ماهوی اهمیت می‌یابد، اما تقریباً تردیدی نیست که این عدم رعایت انصاف ماهوی باید به همراه خللی در فرایند تشکیل عقد باشد و به ندرت پیش آمده است دادگاهی به صرف عدم رعایت انصاف ماهوی حکم به فسخ یا تعدیل قرارداد دهد (Bix, 2012, p. 91).

بنابراین اگر بپذیریم مطلقاً کسی حق ندارد از جهل یا اضطراب دیگری سود ببرد باز هم مسئله ما به طرفین عقد مربوط است چه قانون‌گذار نمی‌خواهد یک طرف معامله ابزار سود بردن دیگری شود، نه اینکه نفس تفاوت قیمت اهمیت داشته باشد. ضمن اینکه دکترین معاملات ناخواسته به دو صورت قابل تفسیر است. می‌توان آن را در مقام بیان اصل شفافیت معقول<sup>۳۲</sup> دانست که در این صورت کتمان برخی امور همپایه فریب و حيله است<sup>۳۳</sup> و یا مبنای آن را وظیفه مثبت حُسن نیت دانست (Smith & Atiyah, 2006, p. 312 and Fried, 2015, p. 78) که در هر دو حالت هم مسئله، انصاف ماهوی و حراست از مفهوم خاصی از عدالت توزیعی نیست بلکه مسئله به پارادایم اساسی حقوق مدرن یعنی احترام به فاعل اخلاقی مستقل بازمی‌گردد.

#### ۴. آثار حقوقی عدم رعایت انصاف ماهوی

به فرض پذیرش انصاف ماهوی به عنوان مبنای الزام‌آوری عقد باید قدری در مورد آثار حقوقی عدم رعایت آن - نظیر بطلان، فسخ یا اصلاح عقد - نیز سخن گفت. البته



مشکلاتی نیز در مورد نحوه جبران عدم تعادل عوضین پیش می‌آید که این موارد غالباً در باب آثار حقوقی آن بررسی می‌شوند.

#### ۴-۱. بطلان و بی‌اعتباری معامله

براساس رویکردهایی که انصاف ماهوی را به‌عنوان مبنایی برای الزام‌آوری قرارداد پذیرفته‌اند، در شرایطی که تعادل عوضین در عقد رعایت نشود پیش‌بینی یکی از طرق جبرانی برای اعاده وضعیت و بازگرداندن توزیع به حالت سابق ضروری است. نکته‌ای که در این مورد بسیار اهمیت دارد این است که اگر بپذیریم لزوم مراعات انصاف ماهوی در قرارداد جنبه اجتماعی برجسته‌ای دارد، بهترین ضمانت اجرا برای عدم مراعات آن بطلان عقد است؛ زیرا، حتی اگر طرفین به معامله غیرمنصفانه رضایت داده باشند به‌رحال این معامله توزیع ثروت در جامعه را نامتوازن ساخته است. بی‌اعتباری و بطلان معامله غیرمنصفانه ماهوی را شاید بتوان از طریق کلام برخی از متفکرین قرون وسطی نیز توجیه کرد. ایشان با دنباله‌روی از ارسطو در جایی که به علت غایی معامله بی‌توجهی شده است همین حکم را کرده‌اند (Gordley, 1993, p. 49).

با این وجود عملاً بطلان عقد اثری نیست که متفکرین ارسطویی برای عدم رعایت انصاف ماهوی پذیرفته باشند. حتی در مستقل‌ترین مبنای پذیرش انصاف ماهوی نفس توزیع اولیه با این هدف صورت گرفته است که اشخاص، اختیار کسب فضیلت بیشتر را داشته باشند. بنابراین ای‌بسا بخششی در قالب معامله مغایبی رخ داده است که به نفع جریان توزیع ثروت در جامعه نیز بوده است (Murphy, 2002, p. 101). لکن در چنین حالتی باید از دو امر مطمئن شد. اول اینکه آیا شخص واقعاً اراده به انجام معامله همراه با اختلاف فاحش ارزش را داشته است یا خیر؟ ثانیاً اگر قصد چنین بخششی را داشته است؛ آیا در جای درست و زمان درست خود این فضیلت را اعمال کرده است یا خیر؟ برای رسیدن به پاسخ پرسش اول، راه در نظر گرفته شده این است که در عقود مغایبی‌ای که در آن انصاف ماهوی رعایت نشده، قانون فرض را بر عدم آگاهی شخص مغبون می‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۳۲۴). به این ترتیب حق فسخی برای مغبون در نظر می‌گیرد تا از آگاهانه بودن بخشش اطمینان حاصل کند. اما پرسش دوم پاسخی فراتر از آگاهی شخص مغبون را می‌طلبد. در واقع گاهی حتی با آگاهی مغبون ممکن

است بخششی که در قالب معامله مغایبی صورت گرفته است عاقلانه و در زمان درست و محل درست انجام نشده باشد. این چنین معامله‌ای را در اصطلاح سفهی<sup>۳۴</sup> می‌نامند و راه‌حل ارسطویی آنکه مختص معاملات مغایبه‌ای هم نیست بطلان است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ص. ۲۰؛ Gordley, 1993, pp. 237-240). زیرا چنان‌که آمد ارسطو نیکی و بدی را نفس‌الامری می‌داند و برهم‌زدن توزیع ثروت به‌نحوی که هیچ توجیه عاقلانه‌ای مطابق نظام سعادت‌محور او نداشته باشد را رذیلت می‌شمارد.

#### ۴-۲. اعطای حق فسخ

روش دیگری که برای جبران دارا شدن ناعادلانه در حالت عدم رعایت انصاف ماهوی اعمال می‌شود اعطای حق فسخ است. البته این حق فسخ صرفاً از سوی مغبون قابل استفاده است و مغبون‌کننده نمی‌تواند به آن استناد کند (نجفی، ۱۴۲۲، ص. ۱۲۴). نکته مهمی که در اعطای حق فسخ باید لحاظ شود این است که عدم تعادل فاحش باید کاملاً در زمینه عقد و در شرایط خاصی که طرفین با یکدیگر رابطه قراردادی برقرار کرده‌اند، بررسی شود (ماده ۴۱۹ق.م)؛ البته ممکن است دلیلی شخصی کالایی که با توجه به قیمت بازاری ارزش چندانی نداشته است را در رابطه خاص دو نفر ارزشمند کرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۳۲۴). این ارزش شخصی نیز می‌تواند قرینه‌ای بر آگاهی یا پذیرش عدم تعادل باشد.

راه‌حل فسخ به‌نوعی با رویکرد ارسطویی که در میان رومیان و در قرون وسطی در جریان بود نیز سازگار است. رومیان ابتدا حق فسخ را فقط برای تفاوت فاحش قیمت زمین پذیرفته بودند. لکن در دوران قرون وسطی به تدریج ابتدا حق فسخ برای بایع و مشتری پذیرفته شد و سپس به مواردی غیر از زمین هم گسترش یافت (Gordley, 1993, pp. 65-66). باین‌وجود پرسش دشواری که قائلین به اعطای حق فسخ با آن مواجه هستند، این است که آیا باید بتوان این حق فسخ را پیش از عقد اسقاط کرد؟ اگر قرار است مطمئن شویم که بخششی که در قالب عقد مغایبی صورت گرفته است آگاهانه بوده است شاید مصلحت این باشد که امکان اسقاط این حق پیش از عقد به طرفین اعطا نشود؟ لکن موافقین اعطای اسقاط حق پاسخ گفته‌اند که شخصی که پیش از عقد آگاهانه حق خود را ساقط کرده است به‌طور ضمنی به عدم رعایت تعادل

فاحش عوضین رضایت داده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۸۰). با این حال باز هم اگر مغبون گمان کرده است که عدم تعادل به میزان متعارفی خواهد بود، به نحوی که حتی از این رضایت ضمنی هم نمی‌شد اسقاط آن را استنباط کرد باید حق فسخ را باقی تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۸۰). این مسئله‌ای است که در برخی از آراء دادگاه‌های ایران نیز به وضوح می‌توان آن را مشاهده کرد. برای مثال در رأی شماره دادنامه قطعی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۹۴۸ قاضی تجدیدنظر با همین استدلال حق فسخ مغبون را در بیع ملک قابل استناد می‌داند.<sup>۳۵</sup>

#### ۳-۴. امکان اصلاح قرارداد به همراه حق فسخ

سومین اثری که برخی محققین برای جبران برهم‌خوردن توازن عوضین در شرایط عدم رعایت انصاف ماهوی پیشنهاد داده‌اند این است که دادگاه در مواردی راساً برای بازگرداندن تعادل به قرارداد دخالت کند و با اجبار مغبون‌کننده به بازگرداندن مابه‌التفاوت، عقد را اصلاح کند. فایده این رویکرد این است که هم لزوم قرارداد که برای ثبات و امنیت معاملات در بازار ضروری است حفظ می‌شود و هم ضرر مغبون جبران می‌شود. باید گفت موافقان رعایت انصاف ماهوی معمولاً امکان اصلاح را به تنهایی پیشنهاد نکرده‌اند بلکه بیشتر اصلاح به همراه اعطای خیار فسخ، آن هم برای مغبون‌کننده را مدنظر داشته‌اند. این رویه‌ای است که کد قانون مدنی فرانسه نیز در ماده ۱۶۸۱ در مورد اموال غیرمنقول پذیرفته است.<sup>۳۶</sup> البته گاهی در شرایط نوسان قیمت‌ها در بازار اعمال حق فسخ نیز به تنهایی وضع را به حالت قبل باز نخواهد گرداند که در این مورد باید صرفاً به اصلاح و تعدیل قرارداد اندیشید. برای مثال می‌توان تصور کرد شخصی سکه طلایی را به ارزش صد هزار ریال به خریدار به قیمت صد و پنجاه هزار ریال فروخته است و او را مغبون ساخته است. حال در زمانی که خریدار می‌خواهد حق فسخ را اعمال کند قیمت سکه دویست هزار ریال شده است. شاید پنداشته شود که در این شرایط ضرر خریدار مغبون جبران شده است و اتفاقاً معامله ضرری قبلی حالا سودآور شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۷۹). با این حال واضح است که خریدار سکه باز هم در روز عقد که ملاک محاسبه عدم تعادل ارزش است پنجاه هزار ریال مغبون شده است که اگر این اتفاق نیفتاده بود اکنون او با افزایش قیمت در بازار

صد هزار ریال سود کرده بود. این استدلال وقتی معقول‌تر می‌شود که بدانیم بعد از عقد ریسک کم یا زیاد شدن قیمت در بازار بر عهده مالک است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۶۶۴). بنابراین سود بعدی ناشی از نوسانات قیمت در بازار نباید موجب فراموشی بی‌عدالتی در روز معامله شود.

باین وجود فی‌المثل قانون مدنی ایران در ماده ۴۲۱ حتی با رضایت مغبون‌کننده به پرداخت مابه‌التفاوت قیمت، حق فسخ را برای مغبون پابرجا دانسته است. در توجیه بقای حق فسخ به اصل استصحاب استناد کرده و گفته‌اند که با اثبات خیار، اسقاط آن با پرداخت مابه‌التفاوت تردیدی است که باید با ابقاء مالکان آن را طرد کرد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۶۶۴). برخی نویسندگان حقوقی ایران نیز به این گمان که خیار فسخ غالب ضررها را جبران می‌کند احتمال تعدیل را فقط در فرض غبن حادث مطرح کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۷۵). البته ایشان دست‌کم پذیرفته‌اند که انحصار ضمانت‌اجرا در اعطای حق فسخ برخی ضررهای ناشی از منافع اموالی را که در معامله مبتنی بر غبن ملکیتش منتقل شده است را جبران نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۳۷۸)، اما به هر حال به آن بسنده کرده‌اند.

باین حال موافقان اصلاح عقد از دخالت دادگاه در معاملاتی که به قیمت گزاف انجام شده‌اند دفاع کرده‌اند. این گروه از پیروان نظریه انصاف ماهوی - چنان‌که پیشتر آمد - معتقدند که چون از یک‌سو معاملاتی که در آن طرفین به قیمت بازاری دسترسی ندارند به حکم ضرورت اتفاق می‌افتند و از دیگر سو معاملاتی که بر اساس قیمت بازاری واقع می‌شوند خردمندانه‌اند، اگر دادگاه در آنها مداخله کند و قراردادشان را تعدیل کند، در واقع طرفین را در شرایطی قرار می‌دهد که گویی قیمت معین بازاری وجود دارد. بنابراین اقدام دادگاه را نمی‌توان به‌عنوان طرد خودآیینی<sup>۳۷</sup> و اراده طرفین محسوب کرد (Gordley, 1981, p. 1619). چنین تعدیل‌هایی البته نه در مورد انصاف ماهوی اما در مواردی نظیر معاملات ناخواسته مثلاً در قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده پذیرفته شده است. در حقوق ایران نیز کسانی که امکان اجبار به تعدیل و اصلاح را در صورت عدم تمایل به فسخ از سوی مغبون پذیرفته‌اند بر این عقیده‌اند که در صورت اصلاح عقد به مقتضای اصل لزوم عقد عمل شده است (جعفری لنگرودی،

۱۳۹۱، ج ۲، ص ۴۱۹).

البته ممکن است گفته شود امکان اصلاح قیمت، ما را با این پرسش مواجه می‌سازد که شاید مغبون‌کننده، معامله را به قیمت بازار نمی‌خواسته است و اجبار به تعدیل خلاف اراده او است. لکن می‌توان قرارداد را به نحوی اصلاح کرد که به‌طور معقولی مطمئن شد که خریدار در آن شرایط باز هم به چنین معامله‌ای رضایت می‌داد. این امر به‌خصوص در مواردی که مغبون‌کننده معامله‌گر حرفه‌ای کالا است، موجه‌تر است؛ زیرا می‌توان پذیرفت که او معامله این کالا را بارها به قیمت روز انجام داده و احتمالاً در این معامله هم به قیمت بازار رضایت می‌داده است (Gordley, 1981, p. 1619).

### نتیجه‌گیری

قرارداد محلی برای مبادله منابع موجود در دست طرفین عقد است. مسئله چگونگی تخصیص این منابع پرسشی است در رابطه با هنجار بنیادینی که عمل حقوقی موردنظر بر آن متکی است. در جستجوی این هنجار بنیادین اصولاً دو شیوه اتکا بر انصاف ماهوی و انصاف رویه‌ای مدنظر حقوق‌دانان بوده است. خصوصیت انصاف ماهوی این است که معیاری از پیش برای بررسی عادلانه بودن قرارداد در دست باشد. متقابلاً در انصاف رویه‌ای چنین معیاری از پیش در دست نیست و با فرض عدم وجود توافقی همگانی بر سر ماهیت توزیع عادلانه، پیشنهاد توسل به رویه‌ها و روندهای عادلانه می‌شود. در این راستا پیروان انصاف ماهوی عمده‌ترین معیار ارزیابی ماهوی قرارداد را لحاظ کردن تعادل عرفی ارزش عوضین دانسته‌اند. در انصاف رویه‌ای نیز هدف از وضع رویه‌ها حفظ و حراست از جایگاه برابر طرفین به‌عنوان عامل مستقل اخلاقی است.

در دفاع از انصاف ماهوی و معیار تعادل عرفی عوضین، از طریق استناد به شهودات اخلاقی و گزندگی اختلاف فاحش عوضین برای وجدان انسانی استدلال می‌شود. گاهی نیز اختلاف فاحش عوضین را در صورت عدم دسترسی به بازار سبب نقص در شکل‌گیری اراده دانسته‌اند. الزام به رعایت حُسن‌نیت نیز یکی دیگر از دلایلی است که در توجیه رعایت انصاف ماهوی به آن تأکید شده است. در این بین اما همسویی با هدف قرارداد و منع دارا شدن غیرعادلانه مهم‌ترین دلیل توجیه‌کننده انصاف ماهوی است.

منتقدین نیز مدعی ایستایی و عدم توجه به کارایی در صورت پذیرش معیار انصاف

ماهوی هستند. ایشان همچنین معتقدند که پیروان انصاف ماهوی در پذیرش تمایز ماهوی میان عقد رایگان و معوض و فرض وجود توزیع عادلانه پیشین در خطا هستند. ضمن اینکه پافشاری بر انصاف ماهوی در بهبود توزیع منابع در جامعه تأثیر چندانی ندارد. در مورد وظیفه حُسن نیت نیز منتقدین یا در جهت نفی چنین وظیفه‌ای کوشیده‌اند و یا اینکه آن را با استدلالی که به نظر صحیح می‌آید به نفع خود مصادره می‌کنند. همچنین باید گفت پیروان انصاف رویه‌ای از توجه به قیمت عادلانه کاملاً غفلت نکرده‌اند و آن را در حد اماره‌ای اثباتی و مهم برای عدم توجه به جایگاه برابر طرفین و خودآیینی آنان لحاظ می‌کنند. فی الواقع می‌توان پذیرفت که بسیاری از عقود که قیمت عادلانه در آن رعایت شده است اما باطلند و در مقابل عقود نیز هستند که قیمت عادلانه در آن رعایت نشده است اما صحیح‌اند. لذا آنچه اهمیت دارد حراست از عاملیت اخلاقی و خودآیینی اشخاص است و تفاوت فاحش قیمت عوضین نقش نشانه‌ای را برای بررسی‌های بیشتر در مورد نظارت بر این هنجار بنیادی را ایفا می‌کند.

در نهایت با این فرض نیز که انصاف ماهوی به عنوان مبنای الزام‌آوری قرارداد پذیرفته شود، عمدتاً سه اثر حقوقی برای آن محتمل است. یکی از آثار حقوقی محتمل را می‌توان بطلان دانست. باین وجود جز در مواردی که معامله کاملاً سفهی باشد حقوق دانان تمایل به بطلان عقد ندارند. اعطای حق فسخ نیز اثری است که گاهی در برخی از نظام‌های حقوقی بر این عدم تعادل فاحش مترتب می‌شود. باین حال اعمال این حق به تنهایی توان جبران ضررهای مغبون را نخواهد داشت و در نهایت نظام حقوقی را از گونه‌ای اصلاح معامله که ممکن است در تقابل با خودآیینی طرفین قرار گیرد بی‌نیاز نخواهد کرد.

#### یادداشت‌ها

1. Substantive fairness
2. Equality in exchange
3. Just price
4. Will theories
5. Adequacy of consideration
6. Promise theory of contract
7. Consent theory of contract
8. Enforcement

9. Procedural fairness
10. Significant imbalance
11. Absence of real choice
12. A priori
13. Actuarial sense
14. The purpose of contract
15. The ultimate reason
16. Eudaimonia
17. Aristocracy
18. The virtue of commutative justice
19. The virtue of liberality

۲۰. به نظرمی‌آید یکی از دلایلی که گذشتگان به بازتوزیع‌های رایگان به دیده تردید نگریسته‌اند همین امر است. کما اینکه در فقه امامیه نیز فقها قبض را لازمه عقود رایگان دانسته‌اند: «لاخلاف بین الاصحاب فی ان القبض شرط فی الهبة» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۱۶).

۲۱. گفته شده است علت اینکه دادگاه‌ها فقط در مورد اختلاف فاحش است که باید طرق جبرانی را اعمال کنند بیشتر مشکلات عملی است. یعنی به لحاظ نظری باید موردهای معامله در عقد معاوضی کاملاً برابر باشند، اما اگر دادگاه برای مواردی که اختلاف قیمت‌ها فاحش نیست هم در معاملات دخالت کند ممکن است تفاوت قیمت که امر فاسدی است منجر به پذیرش تثبیت قیمت‌ها که افسد از آن است شود، بنابراین دادگاه فقط باید جایی مداخله کند که اختلاف قیمت گزنده و فاحش است (Benson, 2001, p. 312).

22. Inherently worth
23. Cause
24. Onerous

۲۵. «لأن فی إبرائه من الحق الذی له علیه منة علیه، و غضاضة، و لا یجبر علی قبول المنّة، و تحمّل الغضاضة فإذا لم نعتبر قبوله، أجبرناه علی ذلك...» (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۷۶)، «وإذا وهب ما يستحقه فی الذمة، كان ذلك إبراء بلفظ الهبة، و يعتبر قبول من علیه الحق، لأن فی إبرائه منه منة علیه، و لا یجبر علی قبول المنّة» (حلبی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۰۱).

26. Altruistic
27. Enriched at other's expense

۲۸. برای دیدن چهار نوع موازنه رجوع شود به: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، صص ۱۸-۲۰.

29. Griesshammer v Ungerer and Miami Studios of Dancing (1958) 14 DLR (2d) 599.

30. Contradiction

31. UCC § 2-302(1) Uniform Commercial Code 2010-2011.

32. Reasonable Transparency

۳۳. بنابر اصل شفافیت معقول طرفین عقد موظفند اشتباهات معقول یکدیگر را که ناشی از عوضین مورد معامله است برطرف کنند (Ramsay, 2006, p. 140; Fride, 2015, p. 78).

34. foolish

35. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/10264>

36. article 1681 du code civil française

۳۷. منظور کانت از خودآیینی خاصیتی است که بر اثر آن اراده مستقل از هر گونه خاصیت موضوعات و متعلقات اراده، قانون خویش است (کانت، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۰).

#### کتابنامه

- انصاری، مرتضی بن محمد (۱۴۱۵ق). *القضاء و الشهادات*. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری، مهدی (۱۳۹۳). *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*. تهران: انتشارات جاودانه جنگل.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق مدنی*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). *فلسفه اعلی*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *سیستم‌شناسی در علم حقوق*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). *الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳). *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل تئوری موازنه*. تهران: گنج دانش.
- حلبی، حمزة بن علی بن زهرة (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع*. قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).
- حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- زراعت، عباس (۱۳۸۹). *قاعده قرعه*. فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۴۰(۱۰۱)، صص. ۹۱-۱۰۷.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: کتابفروشی داوری.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- عادل، مرتضی (۱۳۸۹). *قواعد انصاف در نظام کامن‌لا*. نشریه مطالعات حقوق خصوصی، ۴(۱)، صص. ۱۷۹-۱۹۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: میزان.



- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع*. تهران: سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کانت، ایمانوئل (۱۳۹۴). *بنیاد مابعدالطبیعه اخلاق*. ترجمه حمید عنایت. تهران: خوارزمی.
- گایر، پل (۱۳۹۶). *راهنمای خواندن کانت بنیادگذاری مابعدالطبیعه اخلاق*. ترجمه سید علی نقوی نسب. تهران: ترجمان علوم انسانی.
- مصطفوی، محمدکاظم (بی تا). *القواعد مائة قاعدة فقهية معنی ومدركا وموردا*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
- مطیعی، انسیه و البرزی ورکی، مسعود (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف. نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۲(۳)، صص. ۱۳۷-۱۶۱.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). *کتاب نکاح*. قم: انشارات مدرسه علی ابن ابی طالب (علیه السلام).
- نجفی، علی بن جعفر (۱۴۲۲ق). *شرح خیارات اللمعه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- Aquinas, St. Th. (1981). *Summa Theologica*. Roman Catholic Church: Christian Classics.
- Aristotle, D. R., & Brown, L. (2009). *The Nicomachean Ethics*. USA: Oxford University Press.
- Barnett, R. E. (1986). A Consent Theory of Contract. *Columbia Law Review*, 86(2), pp.v269-321.
- Beatson, J.; Burrows, A. & Cartwright, J. (2010). *Anson's Law of Contract* (29<sup>th</sup> ed.). US: Oxford University Press.
- Benson, P. (2001). *The Theory of Contract Law: New Essays (Cambridge Studies in Philosophy and Law)* (1<sup>st</sup> ed.). UK: Cambridge University Press.
- Bix, B. H. (2012). *Contract Law-Rules, Theory, and Context*. US: Cambridge University Press.
- Code civil. Dernière modification: 2021-12-08. Edition: 2021-12-08. Production de droit.org. <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf>
- De Roover, R. (1958). The concept of the just price: theory and economic policy. *The Journal of Economic History*, 18(4), pp. 418-434.
- Eisenberg, M. A. (1982). The Bargain Principle and Its Limits. *Harvard Law Review*, 95, 4.
- Epstein, R. A. (1975). Unconscionability: A critical reappraisal. *The Journal of Law and Economics*, 18(2), pp. 293-315.
- Fleischacker, S. (2004). *A Short History of Distributive Justice*. US: Harvard University Press.
- Fried, Ch. (2015). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Second ed.). US: Oxford University Press.

- Gordley, J. (1981). Equality in Exchange, 69 Cal. L. Rev., 1587-1656, Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol69/iss6/1>.
- Gordley, J. (1993). *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. US: Clarendon Press.
- Hobbes, Th. (1997). *Leviathan* (Vol. 2). UK: Touchstone.
- Kronman, A. T. (1978). Mistake, disclosure, information, and the law of contracts. *The Journal of Legal Studies*, 7(1), pp. 1-34.
- Kronman, A. T. (1980). Contract Law and Distributive Justice. *The Yale Law Journal*, 89(3), pp. 472-511.
- Leff, A. A. (1967). Unconscionability and the Code. The Emperor's New Clause. *University of Pennsylvania Law Review*, 115(4), pp. 485-559.
- Lovett, F. (2011). *John-Rawls's A theory of justice-a reader's guide*. Continuum International Publishing Group, US.
- Lucy, W. (2007). *Philosophy of private law*. US: Oxford University Press.
- Mauss, Marcel (1966). *The Gift the Form and Functions of Exchange in Archaic Societies*. Translated by Ian Gunnison, Cohen & West Ltd., London.
- Murphy, J. B. (2002). Equality in exchange. *American Journal of Jurisprudence*, 47, pp. 85-121.
- Nozick, R. (2001). *Anarchy State and Utopia*. US: Wiley-Blackwell.
- Pakaluk, M. (2005). *Aristotle's Nicomachean ethics: An introduction*. UK: Cambridge University Press.
- Patterson, D. (2010). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2<sup>ed</sup> ed.). US: Wiley-Blackwell Publishing Ltd.
- Radin, M. J. (1987). Market-Inalienability. *Harvard Law Review*, 100(8), pp. 1849-1937.
- Ramsay, M. (2006). The Buyer/Seller Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure. *The University of Toronto Law Journal*, 56(1), pp. 115-149.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness\_ A Restatement*. US: Belknap Press of Harvard University Press.
- Saprai, P. (2010). Against Equality of Exchange. *King's Law Journal*, 21(1), pp. 71-95.
- Smith, S. A. & Atiyah, P. S. (2006). *Atiyah's Introduction to the Law of Contract* (6th ed.). US: OUP Oxford.
- Story, J. (1892). *Commentaries on Equity Jurisprudence, Stevens and Haynes*. US: C.C. Little & J. Brown 1846.
- Trebilcock, M. J. (1993). *The Limits of Freedom of Contract*. US: Harvard University Press.
- UNIFORM COMMERCIAL CODE, 2010-2011 Edition Issued in December 2010, The American Law Institute National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.



## چالش‌های شناسایی رودخانه‌ها به عنوان شخص حقوقی در نظام حقوقی ایران

صمد حدادی اردکانی\*

احسان فرهادی\*\*

محمد رضا آقاجانی فناده\*\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۱

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

در این نوشتار، چالش‌های شناسایی رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی در نظام حقوقی ایران، با هدف پدیدابی زمینه برای حمایت از رودخانه‌ها، با تأکید بر فقه امامیه و حقوق ایران مورد کاوش قرار گرفته است. چالش اساسی که انگیزه انجام این پژوهش شد، وضعیت ویژه‌ای است که رودخانه‌های ایران با آن روبه‌رو هستند که از جمله آنها کم‌آبی و دست‌اندازی اشخاص به حریم رودخانه‌ها می‌باشد. پرسش اصلی این است که آیا این امکان وجود دارد که در نظام حقوقی ایران رودخانه‌ها به عنوان شخص حقوقی شناخته شوند تا به کمک این روش مورد حمایت گسترده‌تری واقع شوند و چالش‌های پذیرش این دیدگاه در حقوق ایران چه خواهد بود؟ راجع به این چالش تاکنون در ایران پیشنهادی پژوهشی وجود نداشته است، از این‌رو ضرورت بررسی را دو چندان می‌کند. در این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی این دستاورد به‌دست آمد که هر چند ضرورت‌های اجتماعی، سرزمینی و جایگاه بحرانی رودخانه‌ها پشتیبانی از این نظریه را قابل قبول می‌کند، اما در این مسیر چالش‌هایی وجود دارد که امکان پذیرش این دیدگاه در حقوق ایران را سخت می‌کند، از جمله اینکه رودخانه‌ها در حقوق ایران نمی‌توانند دارای حق و تکلیف بشوند و سازوکار «اجرای حق» توسط رودخانه‌ها در حقوق ایران فراهم نیست. پذیرش رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی، نیازمند تقویت و گسترش مبانی نظری است از جمله قابلیت حذف انسان‌محور بودن حقوق کنونی، شناسایی حق برای اشیاء از جمله رودخانه‌ها، توسعه مفهومی و مصداقی شخص حقوقی، امکان‌سنجی استقلال رودخانه‌ها از حاکمیت و درک اینکه تا چه اندازه شناسایی رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی می‌تواند در حمایت از رودخانه‌ها اثربخش باشد. در این نویسه، تنها چالش‌ها و موانعی که در پذیرش این نظریه در حقوق ایران وجود دارد بررسی شده و تا زمانی که چالش‌های موجود وجود دارند، پذیرش رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی دشوار خواهد بود.

**واژگان کلیدی:** رودخانه، شخص حقوقی، حمایت از رودخانه‌ها، مشترکات عمومی، محیط زیست.

\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).  
s.haddadi1371@yahoo.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.  
Ehsan.farhadi@gmail.com

\*\*\* استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، قم، ایران.  
Aghajani1345@gmail.com



## مقدمه

امروزه کمتر می‌توان تردید داشت که وضعیت رودخانه‌ها در ایران به مرز بحران رسیده است. بر اساس گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی میزان برداشت از منابع آبی تجدیدپذیر کشور، بیش از دو برابر استاندارد توصیه شده است و از ۶۰۹ دشت کشور ۴۱۰ دشت به‌عنوان ممنوعه یا ممنوعه بحرانی دسته‌بندی شده‌اند (اسدی و دیگران، ۱۴۰۰، ص. ۱). از سوی دیگر مشکلات رودخانه‌ها مانند بهره‌برداری بی‌رویه، تخریب سواحل و بستر رودخانه‌ها، تغییر کاربری‌های غیرقانونی، قانون‌گذاری‌های نادرست و غیرکارشناسی، مدیریت بدون راهبرد، به‌کاربردن مدیریت‌های چندگانه و ناهمگون، آلوده شدن آبشخورهای آبی توسط کارخانه‌ها در سال‌های پیاپی، کاهش شدید سطح آب رودخانه‌ها، ورود فاضلاب‌های خطرناک و آلوده، سدسازی‌های غلط و غیراصولی، تخلیه غیراصولی زباله‌های شهری کنار رودخانه‌ها، اجرای طرح‌هایی مانند انتقال آب از یک شهر به شهر دیگر و نتایج بد آن و دیگر آثار انسانی و محیط زیستی که موجب ورود آسیب‌های بسیار سنگین به رودخانه‌ها شده است، ضرورت پشتیبانی هر چه بیشتر از رودخانه‌ها را به مدیران و قانون‌گذاران یادآوری می‌کند. بنابراین چرایی اختصاص این نوشتار به «رودخانه‌ها» وضعیت ویژه حاکم بر رودخانه‌ها مانند کم‌آبی و سوءاستفاده‌های متعددی است که از این میراث بشری می‌شود.

پرسش بنیادین نوشتار این است که آیا در حقوق ایران این امکان وجود دارد که رودخانه‌ها بتوانند همچون شخص حقوقی مورد شناسایی قرار گرفته و همانند موجودی مستقل از حقوق خود به‌وسیله نماینده‌شان دفاع بکنند و چالش‌های آن چیست؟ پیش از آن باید پرسید که چرا امکان‌سنجی اعطای شخصیت حقوقی به رودخانه‌ها موضوعی بنیادین محسوب می‌شود؟ و اینکه آیا پذیرش این فرضیه می‌تواند کمکی به نظام حقوقی ایران بکند؟ در پاسخ باید بیان داشت که ممکن است مبانی‌ای مانند: مطابقت با «اصل احتیاط»<sup>۱</sup>، «اصل توسعه پایدار» در چنین پژوهش‌هایی مورد توجه قرار بگیرند، اما از دیدگاه این پژوهشگر، مبنای بنیادین را باید در «ضرورت» جستجو کرد، همچنان‌که برخی از پژوهشگران نیز به این مبنا متمایل شده‌اند (Chandan, 2018, p. 2). ضرورت حمایت از رودخانه‌ها به‌عنوان عامل مهم ادامه حیات بشر، زمینه را برای حمایت از چنین نظریه‌ای را فراهم می‌کند، به‌لحاظ پیشینه پژوهشی نیز باید گفت که تاکنون هیچ پژوهشی با این

موضوع در ایران صورت نگرفته است. دستاوردی که در این پژوهش به دست آمد، این است که پذیرش رودخانه‌ها به عنوان شخص حقوقی در حقوق ایران چالش‌های متعددی دارد و عمده چالش‌ها عدم وجود مبانی نظری و قانع‌کننده است و هر چند برخی از چالش‌ها قابل پاسخ و تحلیل هستند، اما مسائلی مانند شناسایی حق و تکلیف برای رودخانه‌ها از نظر بنیادی در حقوق ایران ناشناخته است که البته غیرقابل حل و چاره‌سازی نیست. قابل ذکر است که در این مقاله تنها چالش‌ها و موانع پذیرش این نظریه در حقوق ایران بررسی شده است و از دیدگاه نویسنده این نوشتار، تا زمانی که موانع چاره‌سازی نشوند، ارائه زیرساخت و سازوکار مناسب نیز امکان‌پذیر نخواهد بود. برای رسیدن به نتیجه‌ای مناسب در آغاز باید دید که مفهوم شخص حقوقی چیست و وضعیت حقوقی رودخانه‌ها در حقوق ایران چگونه شناسایی شده است و در ادامه پذیرش رودخانه‌ها به عنوان شخص حقوقی با چه چالش‌هایی مواجه خواهد بود.

## ۱. شخص حقوقی

### ۱-۱. مفهوم شخص حقوقی

می‌توان در شناخت شخص حقوقی چنین بیان داشت که شخص حقوقی آن موجودی است که می‌تواند دارای حق و تکلیف بشود. ماده ۵۸۸ قانون تجارت چنین بیان می‌دارد که: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت - بنوت و امثال ذلک». اگر گفته شود طرح و پی‌ریزی موضوعی به نام «شخص حقوقی» در اندیشه‌های حقوقی ناشی از «ضرورت» اجتماعی بوده است، ادعای بی‌منطقی طرح نشده است. به این بیان که ضرورت حمایت از حقوق افراد و گروه‌های مختلف، موجب پذیرش شخص حقوقی شده است، همچنان که برخی از نویسندگان نیز به‌طور ضمنی اشاره داشته‌اند، حمایت قانون‌گذار از «شخص حقوقی» به دلیل حمایت از منافع «گروه‌ها و اجتماعات بشری» بوده است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۲، ص. ۱۶۱).

پاره‌ای از نویسندگان بیان داشته‌اند که شخص حقوقی «هنگامی پدید می‌آید که دسته‌ای از افراد که دارای منافع و فعالیت مشترک هستند یا پاره‌ای از اموال که به

اهداف خاصی اختصاص داده شده‌اند، در کنار هم قرار بگیرند» (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۲، ص. ۱۶۲). بر اساس مبنای ضرورت اجتماعی که مطرح شد، این دستاورد حاصل می‌شود که لزومی ندارد که پاره‌ای از اموال به هدف خاصی اختصاص داده شوند و سپس عنوان شخص حقوقی بر آن جریان یابد، زیرا همان‌طور که بیان شد، هدف از در نظر گرفتن شخص حقوقی «ضرورت» و «حمایت» بوده است. بنابراین ممکن است یک مال به مرحله‌ای از ارزش برسد که ضرورتی بنیادین ایجاد کند که به‌عنوان شخص حقوقی شناخته بشود تا مورد حمایت بهتری قرار بگیرد. این استدلال تکرار ادعا نیست و مبنای نظری پذیرش «شخص حقوقی» در برخی از نظام‌های حقوقی همین موضوع است که قابل بسط دادن به مواردی مانند «رودخانه‌ها» است. قابل ذکر است ساوینی<sup>۲</sup> حقوق‌دان آلمانی در تبیین مبنای «ضرورت» بیان می‌دارد که همان‌طور که کودک نمی‌تواند حقوق خود را به‌صورت مستقل اجرا کند و نیازمند سرپرستی است که وی را نمایندگی کرده و مانع از آسیب دیدن وی شود، شخص حقوقی نیز مانند کودکی است که بدون وجود نماینده نمی‌تواند از حقوق خود دفاع کند (Geldart, 1911, p. 90). بر اساس این هم‌سنجی و مقایسه حتی اگر قائل به فرضی بودن شخص حقوقی باشیم (همچنان‌که ساوینی از آن دفاع می‌کند)، باز هم عنصر ضرورت حفظ و حمایت بوده است که مایه پشتیبانی از نظریه «شخص حقوقی» شده است (احمد علی، ۲۰۱۶م، ص. ۵۴).

## ۲-۱. مفهوم و مبانی نظری شناسایی رودخانه‌ها به‌عنوان شخصیت حقوقی

در این نوشتار منظور از شخصیت حقوقی برای رودخانه مفهوم ایجابی و سلبی آن است، با این بیان که رودخانه‌ها همانند «شرکت‌ها» حقوقی دارند و می‌توانند دارای مال بشوند، برای حفظ حیات خود نسبت به هر کسی طرح دعوی کنند و در صورتی که به آنها ضرری وارد شود، بتوانند مطالبه خسارت کرده و آن وجه را همانند شخص حقوقی برای خود و در مصالح خود از راه نماینده قانونی خرج نمایند، در پروژه‌های مالی که مرتبط با رودخانه است شرکت کرده و طرف قرارداد واقع شوند و از سوی دیگر نسبت به دیگران متعهد شوند. برای نمونه رودخانه‌ها موظف باشند حقوق مجاورین خود را رعایت کرده و اگر نماینده رودخانه با تصمیمات نادرست مایه خسارت به دیگران بشود،

رودخانه و نماینده حسب مورد مسئولیت خواهند داشت (Chandan, 2018, p. 7). بنابراین معنای شخصیت حقوقی رودخانه‌ها تنها این نیست که دیگران ملزم به نگه‌داشتن احترام رودخانه‌ها هستند. پیش از ورود به بحث باید پرسید که آیا طبیعت بر پایه بنیادهای حقوقی کنونی، می‌تواند «دارای حق و تکلیف» بشود؟ برخی از پژوهشگران ادعا کرده‌اند که در دوران کهن، در بسیاری از قوانین عرفی، جمعیت‌های بومی طبیعت را به‌عنوان یک موضوع «واجد حق» مورد شناسایی قرار می‌داده‌اند و به تعبیر دیگر طبیعت با حقوق «انسانی» شناخته می‌شده است ( Lidia Cano, 2018, p. 2). از سوی دیگر فیلسوفان طرفدار حقوق طبیعت، استدلال‌ات متعددی برای حمایت از شخصیت حقوقی برای طبیعت ارائه داده‌اند. برخی بیان داشته‌اند که نیازی نیست که هر صاحب حقی، صاحب تکلیف هم باشد و برای این موضوع، طبیعت را با کودک مقایسه کرده‌اند که همان‌گونه که کودک می‌تواند در دادگاه دارای وکیل باشد و مسئولیتی هم ندارد، طبیعت نیز می‌تواند در دادگاه به طرح دعوی پردازد و تکلیف قانونی خاصی نداشته باشد (Leimbacher, 2016, p. 146). برخی دیگر از اندیشمندان نظریه «تکاملی بودن دانش حقوق» را به‌عنوان بنیاد پذیرش شخصیت حقوقی برای رودخانه‌ها به پیش کشیده‌اند. با این توضیح که همچنان که در سال‌ها و قرن‌های گذشته بانوان از بسیاری از حقوق محروم بودند، اما بر اساس تکامل انسان و پختگی دانش حقوق، این محدودیت‌ها برطرف شد، امروزه نیز بر همین بنیاد بایستی طبیعت را دارای شخصیت حقوقی دانست که بتواند از حقوق خود دفاع کند (Nedelsky, 1993, p. 1). برخی دیگر از پژوهشگران بیان داشته‌اند که از سویی، ملازمه بین «موجود زنده بودن» و «صاحب حق بودن» قابل تردید است، زیرا حجم زیادی از پرونده‌های حقوقی مربوط به اشخاص حقوقی‌ای است که نه تنها موجود زنده نیستند که حتی واقعیت عینی هم ندارند، درحالی که دست‌کم طبیعت یک واقعیت عینی و قابل درک دارد و از سویی دیگر، هر چند شناخت طبیعت به‌عنوان شخصیت حقوقی چالش‌های زیادی دارد، اما آنچه عامل اساسی در این ایرادها است، «انسان‌محور» بودن دانش حقوق است که نیازمند تغییر است. بنابراین باید تعریف شخص حقوقی بازسازی شده و برای حمایت از طبیعت، نه با نگاهی انسان‌محور که با نگاهی واقع‌بینانه و اینکه



طبیعت در کانون تعاریف حقوقی قرار بگیرد، موضوع را مورد پژوهش قرار بدهیم (Lidia Cano Pecharroman, 2018, p. 9). در هر صورت باید گفت که حقوق کشورهایی که این موضوع را مورد بحث قرار داده‌اند، تمایل به پذیرش شخصیت حقوقی برای رودخانه و طبیعت دارند و هر چند استدلال‌های ایشان در پاره‌ای موارد دارای خردگیری است، اما روی هم رفته حقوق دانان این کشورها در تلاش برای نظریه پردازی قوی‌تر پیرامون این موضوع هستند.

## ۲. وضعیت رودخانه‌ها در نظام حقوقی ایران

تا پیش از اینکه به صورت ویژه قانونی پیرامون حمایت از آب و رودخانه‌ها تصویب بشود، به مواد ۱۴۸ تا ۱۶۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ رجوع می‌شد که رودخانه‌ها را قابل حیاقت می‌دانست، اما با تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷، رودخانه‌ها در زمره مشترکات عمومی قرار گرفته و ثروت ملی محسوب شدند. یکی دیگر از مهم‌ترین قوانین در حوزه آب و رودخانه‌ها، قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ است که وضعیت حقوقی رودخانه‌ها در نظام حقوقی کشور را بررسی کرده است. بر اساس ماده ۱ این قانون:

«بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، آب‌های دریاها و آب‌های جاری در رودها و انهار طبیعی و دره‌ها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی، سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آنها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آنها به دولت محول می‌شود».

بر اساس این ماده، رودخانه‌ها با سه ویژگی مورد شناسایی قرار گرفته‌اند: «مشترکات» بوده و «در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند» و همچنین دولت بر اساس «مصالح عامه» باید آنها را مورد رسیدگی قرار بدهد. در واقع این ماده توجه به اصل ۴۵ قانون اساسی نیز دارد که رودخانه‌ها «در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند».

مشترکات عمومی در قوانین به‌صراحت تعریف نشده است، اما از ماده ۲۶ قانون مدنی می‌توان مفهوم مشترکات عمومی را برداشت کرد. این ماده اموالی که در اختیار هیچ‌کس نیست و «دولت به‌عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد» را نیز اموال دولتی محسوب کرده است که البته به تعبیر برخی از حقوق‌دانان، واژه اموال دولتی در معنای عام به‌کار رفته است و منظور از آن مشترکات عمومی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص. ۲۱). آنچه در این بخش ضروری است مورد توجه قرار بگیرد، این است که رابطه دولت نسبت به مشترکات عمومی بر چه مبنایی استوار بوده و وظیفه‌ای که قانون‌گذار برای دولت راجع به رودخانه‌ها تعیین کرده است، بر اساس چه معیاری می‌باشد؟

احتمال نخست این است که گفته شود هیچ‌کس مالک رودخانه‌ها نیست و هر کسی حق استفاده و تملک از رودخانه‌ها را دارد. این دیدگاه در ماده ۱۴۸ قانون مدنی بیان شده است که «هر کس در زمین مباح نه‌ری بکند و متصل بکند به رودخانه آن نهر را احیاء کرده است و مالک آن نهر می‌شود ولی مادامی که متصل به رودخانه نشده است تحجیر محسوب می‌شود». بر اساس این ماده و مواد بعدی کسی در حیات مباحاتی که توسط اشخاص صورت می‌گیرد، نه می‌تواند دخالت کند و نه می‌تواند منعی ایجاد بکند. این نظریه ساده با تحولات اجتماعی کنار گذاشته شده و اساساً کسی نمی‌تواند رودخانه‌ها را مالک بشود و یا در خصوص آب‌ها ادعای حیات و یا مالکیت بکند، زیرا ضرورت اجتماعی و ارزش آب و منابع طبیعی چنان آشکار شده است که اگر قرار باشد چنین اجازه‌ای داده شود، محیط زیست به نابوی کشیده خواهد شد.

احتمال دوم این است که گفته شود دولت نسبت به مشترکات مالکیت دارد، این دیدگاه نیز مورد پذیرش نیست و هر چند که در ماده ۲ قانون آب و نحوه ملی شدن آن بستر انهار را «متعلق به دولت» توصیف کرده است، اما برداشت مالکیت دولت نسبت به بستر رودخانه‌ها غلط است و همان‌طور که ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب بیان داشته است، بستر رودخانه‌ها در اختیار حکومت جمهوری اسلامی است و در اختیار حکومت اسلامی بودن با ملک حکومت بودن متفاوت است و در هیچ منبع فقهی هم بحث از مالکیت حکومت اسلامی نسبت به رودخانه‌ها نشده است، زیرا بر اساس دیدگاه برخی

از فقیهان که در ادامه بیان خواهد شد و مورد پذیرش قانون‌گذار نیز قرار گرفته است، رودخانه‌ها مشترکات عمومی هستند و نه انفال، بنابراین تعبیر برخی از نویسندگان که بیان داشته‌اند: «در حقیقت، اکنون در حقوق موضوعه مالکیت دولت بر آب‌های عمومی محرز است» (کریمی، ۱۳۷۸، ص. ۶۲)، سخنی کاملاً ناصواب است؛ زیرا نه با مبانی فقهی سازگاری دارد به این دلیل که در هیچ منبع فقهی ذکر نشده است که حاکم و یا حکومت اسلامی مالک رودخانه‌ها است و نه هیچ‌یک از مواد قانونی به صراحت مالکیت دولت نسبت به رودخانه‌ها را ذکر کرده است. از سویی دیگر روشن نیست که در صورت پذیرش مالکیت دولت نسبت به آب‌ها و رودخانه‌ها، چگونه می‌توان مسئولیت دولت را در برابر تصمیماتی که راجع به آب‌ها و رودخانه‌ها می‌گیرد به اثبات رساند! در حالی که برخی از آسیب‌های بسیار مهمی که به رودخانه‌ها وارد می‌شود بر اساس تصمیمات و اقدامات نادرست سازمان‌ها و ارگان‌هایی است که وظیفه حمایت از رودخانه‌ها را دارند و این امر موجب شده مسئله کم‌آبی و نحوه استفاده از رودخانه‌ها به موضوعی امنیتی در جامعه فعلی محسوب بشود (باقری و دیگران، ۱۴۰۰، ص. ۱۹۹). بنابراین بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی و همچنین قانون توزیع عادلانه آب، تمام مشترکات عمومی و ثروت‌های ملی و اموال عمومی و اموال مباح در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند که باید بر اساس مصالح عمومی مورد استفاده قرار بگیرند و رابطه دولت و رودخانه‌ها رابطه تصدی‌گری و نظارت است. از سویی دیگر نباید گمان شود که اصل ۴۵ رودخانه‌ها را در زمره انفال ذکر کرده است، زیرا در این اصل از دو اصطلاح «انفال» و «ثروت‌های عمومی» یاد شده است که گویای این است که تمام مصادیق این اصل ناگزیر انفال محسوب نمی‌شوند. به همین دلیل بود که شورای نگهبان در هنگام بررسی قانون توزیع عادلانه آب اصرار داشت که رودخانه‌ها به‌عنوان مشترکات عمومی ذکر شوند و بیان داشت: «اینکه آب‌ها را از انفال ذکر کرده شرعاً صحیح نیست و پیشنهاد می‌شود نوشته شود: «از مشترکات است و در اختیار دولت» (مهرپور، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۱۹۵).

احتمال سوم جمع بین دیدگاه مشترکات عمومی بودن رودخانه‌ها و تولیت و سرپرست بودن دولت است. با این تحلیل که هر چند رودخانه‌ها در گروه مشترکات عمومی قرار می‌گیرند، اما دولت نسبت به آنها «تولیت» داشته و هر کسی نمی‌تواند

مالک رودخانه‌ها بشود (حبیبی و نجارزاده هنجنی، ۱۳۸۸، ص. ۷۳). در این دیدگاه بر خلاف نظر فقیهانی که عقیده دارند رودخانه‌ها در زمره مشترکات محسوب می‌شوند و هر کسی هم با حیازت می‌تواند مالک آن‌ها بشود (صاحب جواهر، ۱۴۰۸ق، ج ۳۸، ص. ۱۱۹)، دیدگاه شایستگی مالک رودخانه‌ها شدن مورد پذیرش واقع نشده است. در احتمال سوم، هر چند هیچ‌کس مالک رودخانه‌ها نیست اما دولت به‌عنوان متولی، وظیفه سرپرستی این آب‌ها را انجام خواهد داد؛ بنابراین مشترکات عمومی بودن و تولید دولت جمع شده است. قابل ذکر است که قانون‌گذار در قانون توزیع عادلانه آب از این دیدگاه تبعیت کرده است، یعنی هر چند رودخانه‌ها مشترکات عمومی هستند، اما تنها دولت است که می‌تواند نسبت به آن تصمیم‌گیری کند. با این بررسی کلی، روشن می‌شود که در حقوق ایران، شخصیت حقوقی داشتن رودخانه‌ها مورد پذیرش قرار نگرفته است و جایگاهی ندارد. زیرا بر اساس مواد قانونی مرتبط و دیدگاه‌های حقوقی، رودخانه‌ها را یا باید «مشترکات» دانست و یا «ملک حکومت اسلامی» و یا «مشترکات بودن و در عین حال تحت سرپرستی حکومت اسلامی» قرار داشتن و شخص حقوقی بودن رودخانه جایگاهی در حقوق ایران نداشته است.

### ۳. چالش‌ها و موانع موجود در پذیرش رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی

در این بخش بررسی می‌شود که آیا این امکان وجود دارد که با هدف «حفظ» و «حمایت» از محیط زیست، با این فرض که آگاهی به «بحرانی» شدن مسائل مربوط به محیط زیست دست‌کم در آینده‌ای نزدیک وجود دارد، بدون رویگردانی از معیارها و سنجه‌های بنیادین، برای رودخانه‌ها شخصیت حقوقی در نظر گرفت؟ و در این صورت ایرادهایی که ممکن است به این اندیشه وارد بشود چیست؟ این نظریه البته در برخی نظام‌های حقوقی مورد توجه قرار گرفته است و چندان با دیدگاه‌های حقوقی نیز بیگانه نیست. برای نمونه فصل ۷ از قانون اساسی کشور اکوادور<sup>۳</sup> در اصول ۷۱ تا ۷۴ طبیعت را دارای «حق» می‌داند و طبیعت را به‌عنوان موجودی که می‌تواند «احترام به حق خود را مطالبه کند» معرفی کرده است. همچنین بر اساس لایحه تسویه مطالبات رودخانه «وانگانوی<sup>۴</sup>»، مصوب پارلمان کشور نیوزیلند در سال ۲۰۱۷، این رودخانه دارای شخصیت حقوقی شناخته شده است<sup>۵</sup>، به‌گونه‌ای که همانند یک انسان می‌تواند از حقوق

خود دفاع کرده و دولت نیز در برابر نماینده این رودخانه که از فعالان محیط زیستی بوده و غیروابسته به دولت است، باید نسبت به اقدامات خود پاسخگو باشد. همچنین دادگاهی در ایالت اوتارکاند هند، بعد از این رخداد، دو رودخانه مقدس جَمُنَا<sup>۶</sup> و گَنگ<sup>۷</sup> در هند را به‌عنوان شخص حقوقی مورد شناسایی قرار داد. در رأی این دادگاه نکاتی قابل توجه وجود دارد که بخشی از آن ذکر می‌شود:

رودهای جَمُنَا و گَنگ موجودات زنده انسانی هستند، این رودخانه‌ها در حال از دست دادن هستیشان هستند و وقت آن رسیده که اقداماتی خارق‌العاده برای مراقبت و محافظت از آنها انجام گیرد. علاوه بر آن، این رودخانه‌ها برای هندوها مقدس هستند و نقشی مهم در معیشت فیزیکی و روحی ساکنان منطقه بازی می‌کنند... این رودخانه‌ها موجوداتی حقوقی و زنده هستند و همه حق‌ها، مسئولیت‌ها و تعهدات آنها نظیر شخصیت‌های حقوقی خواهد بود (Erin O'Donnell, 2020, p. 88).<sup>۸</sup>

در متن رأی، موضوع «ضرورت» حمایت از این دو رودخانه و «مقدس بودن» آنها و «جایگاه مهم این دو رودخانه در معیشت فیزیکی و روحی ساکنان منطقه»، مورد توجه دادگاه قرار گرفته و بر اساس این سه مبنا، حکم به این داده است که رودخانه‌ها همانند موجود زنده بوده و تمام مسئولیت‌ها و تعهدات یک انسان زنده را می‌توانند داشته باشند. بنابراین می‌توانند آشکارا و آزاد بر علیه اشخاصی که به حقوقشان آسیب زده‌اند شکایت کرده و همانند یک انسان در دادگاه‌ها طرح دعوا کنند.

باید دانست که در دیدگاه شناسایی رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی، رابطه دولت با رودخانه‌ها قطع نخواهد شد، بلکه دولت نیز یکی از نمایندگان رودخانه خواهد بود و در نتیجه در برابر عدم ایفای نمایندگی و یا تقصیر در انجام وظیفه نیز باید مسئول باشد و این‌گونه نیست که هر تصمیمی که در خصوص رودخانه بگیرد شایسته حمایت باشد، بلکه تنها باید بر اساس اصول و قواعد مربوط به نمایندگی نسبت به حفظ و نظارت بر رودخانه اقدام بکند، در نتیجه رودخانه‌ها در فرض نمایندگی شخصیت حقوقی مستقل خود را خواهند داشت.

حال باید گفت که هر چند در حقوق ایران راجع به امکان‌سنجی شناسایی طبیعت به‌عنوان شخص حقوقی، تاکنون پژوهشی از سوی حقوق‌دانان نمایانده نشده است، اما این امر غیرممکن نیست، اگر «مبانی نظری» و «زیرساخت‌های اجرای حق توسط

رودخانه‌ها»، تقویت بشود، می‌توان انتظار شناسایی رودخانه‌ها به عنوان شخص حقوقی را داشت. به‌راستی باید گفت که پذیرش رودخانه‌ها امری عجیب و ناشدنی و محال نیست. در صورتی که نظام حقوقی ایران بتواند «ضرورت بنیادین» حمایت و پشتیبانی از طبیعت و رودخانه‌ها و اهمیت «پیشگیری از آسیب‌های جبران‌ناپذیر» را به‌عنوان مبنای درک رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی مورد توجه قرار بدهد، ممکن است که بتوان حمایت از این دیدگاه را شدنی دانست. در ادامه بررسی می‌شود که پذیرش این دیدگاه در حقوق ایران، چه چالش‌هایی را ایجاد خواهد کرد و اینکه آیا قابل پاسخ‌گویی هستند؟ به‌نظر می‌رسد وجود برخی از چالش‌ها پذیرش این دیدگاه را با دشواری روبه‌رو خواهد کرد.

### ۳-۱. مهم‌ترین چالش‌های پذیرش رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی

بی‌گمان پذیرش انگاره شخصیت حقوقی برای رودخانه‌ها، چالش‌ها و ایرادهای متعددی را به پیش خواهد کشید و ای‌بسا غیرواقعی تشخیص داده شود، زیرا افزون بر اینکه در فقه امامیه، رودخانه‌ها با عناوینی مانند «انفال» و یا «مشترکات عمومی» بودن توصیف شده‌اند، پذیرش این موضوع در نظام حقوقی ایران نیز بحث‌برانگیز خواهد بود، ازسوی دیگر حتی در نظام‌های حقوقی کشورهای اروپایی نیز موضوع شخصیت حقوقی داشتن رودخانه‌ها همچنان دارای چالش‌های متعددی است و مورد پذیرش تمام حقوق‌دانان نیست (Alexandre, 2018, p. 167)، هر چند در سال‌های اخیر با پذیرش گسترده‌تری همراه بوده است. در ادامه به برخی از مهم‌ترین چالش‌ها اشاره و مورد تحلیل قرار می‌گیرد که آیا قابل حل و چاره‌جویی هستند؟

### ۳-۱-۱. عدم وجود مفهومی به نام شخص حقوقی در فقه

بر اساس این ایراد، مفهوم «شخص حقوقی» در فقه امامیه جایگاهی ندارد و نظریه‌ای ناشناخته در فقه محسوب می‌شود و در نتیجه نمی‌توان برای رودخانه‌ها شخصیت حقوقی قائل شد. در پاسخ به این ایراد از دو شیوه استدلالی بهره خواهیم برد، پاسخ نخست، نقضی بوده و استدلال نهفته در ایراد را به‌وسیله بیان دست‌کم یک مورد خلاف و نایکسان مورد خدشه قرار می‌دهد.

پاسخ نقضی این است که در فقه امامیه نیز مواردی را می‌توان یافت که شخص حقوقی مورد شناسایی قرار گرفته است و مصادیقی نیز وجود دارد که اگرچه به صراحت و روشنی به عنوان شخص حقوقی ذکر نشده است، اما تمامی ارکان شخصیت حقوقی را داشته و نشان‌دهنده این است که زمینه‌های در نظر گرفتن یک شخصیت مستقل برای برخی اشیاء در تحلیل فقیهان وجود داشته است.

در بحث از زکات، پرمسانی مطرح شده است که برآمده از رخدادهای اجتماعی و ضرورت‌های زندگی بوده است. برخی از پیروان امام صادق (علیه‌السلام) به آن حضرت مراجعه کرده و بیان می‌نمودند که کسانی برای گرفتن زکات به ما مراجعه می‌کنند درحالی‌که هنوز زمان پرداخت زکات نرسیده است، در این حالت چه باید کرد؟ امام در پاسخ بیان می‌داشتند که: «چه مانعی دارد که وقتی - چنان‌که می‌گویی - مالدار هستی، به او پرداخت کنی؛ بعد وقتی زمان زکات تو رسید، آن را جزو زکات خود حساب کنی؟» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۳۴). این روایت و موارد مانند آن فقیهان را در بررسی و واکاوی، وارد چالش کرده است، به این بیان که ماهیت پولی که پرداخت می‌شود چیست؟ (محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۵۵۸) تا اینکه فقهی مانند سید محمدکاظم یزدی، به روشنی زکات را به عنوان یک موجود مستقل مورد پذیرش قرار داده است. وی بیان می‌دارد:

«برای حاکم شرعی جایز است که به عهده زکات و به حساب زکات قرض کند و آن مورد را در مصارف زکات خرج و هزینه بکند در مواردی که مفسده و آسیبی وجود داشته باشد که تنها به هزینه کردن مال امکان داشته باشد و حاکم نیز بودجه و اموالی نداشته باشد و یا اینکه فقیری به وی مراجعه بکند که تنها از این راه کمک کردن به وی امکان داشته باشد... و یا پل و مسجدی باشد که نیازمند بازسازی و تعمیر است و مانند آنکه در اینجا حاکم می‌تواند بر ذمه زکات قرض بکند و بعد بدهی را از محل زکات پرداخت کند [یعنی زمانی که از طریق زکات پولی به دست آمد قرض را بدهد].»

وی برای بیان برهان سخن خود چنین بیان می‌دارد که: «هیچ ضرری ندارد و خردمندان نیز از این شیوه استفاده می‌کنند» (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۸۱). نظریه یزدی از سوی برخی فقیهان دیگر نیز مورد پذیرش واقع شده است (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۵۴). بنابراین پذیرش شخص حقوقی در فقه بی‌سابقه هم نیست. از سوی دیگر این سخن

که شاید تصور این فقیه از مفهوم شخصیت حقوقی متفاوت از تصور امروزی ما است، از دیدگاه پژوهشی قابل خردگیری است، به این دلیل که معیار این نیست که فقیهان به صراحت از اصطلاح شخصیت حقوقی نام برده باشند، بلکه سنجه بنیادین این است که آیا «ارکان» و «بنیادهای» شخص حقوق در فقه نیز مورد پذیرش واقع شده است؟ این امر در ادامه بررسی خواهد شد. در مواردی دیگر نیز می‌توان پیش‌زمینه‌های پذیرش شخص حقوقی در فقه امامیه را مورد مطالعه قرار داد، برای نمونه اندیشه تعلق موقوفه به خداوند، می‌تواند پژوهشگر را به این تحلیل نزدیک کند که هر چند نامی از شخص حقوقی برده نشده است، اما در عمل، شخص حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است، برخی از اساتید حقوقی نیز همین ریشه‌یابی را از متون فقهی داشته‌اند:

«صرف‌نظر از اشکال‌هایی که بر دیدگاه مالکیت خداوند متعال بر موقوفه شده است، اما در این مجاز و فرض حقوقی نخستین نشانه‌های باور فقیهان به وجود شخصیت و اصالت وقف در سایه منسوب کردن آن به خداوند متعال دیده می‌شود، در این مجاز گویی، عین حبس شده از هر گونه تعلق می‌رهد و به منبعی بالاتر از خاکیان وابسته می‌شود، این در حالی است که همه محققان اسلامی بر این باورند که خداوند قادر و مالک همه چیز است و هنگامی که سخن از مالکیت می‌رود مقصود این است که در روابط اجتماعی ملک به چه شخصی اختصاص داده شده است؛ بنابراین منسوب کردن مال به مالک نخستین جهان، رفع اشکال در روابط انسان‌ها نمی‌کند جز اینکه به ملک اصالتی بیرون از تعلق‌های متعارف می‌بخشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳، ص. ۱۵۰).

اما در پاسخ حَلّی باید دانست که ایراد فوق دارای کاستی‌هایی است و از اساس نمی‌تواند مورد پذیرش واقع بشود. در ایراد فوق یک استدلال نهفته است که «چون در فقه امامیه از شخص حقوقی بحث نشده است، پس نمی‌توان شخص حقوقی را مورد پذیرش قرار داد»، اما این ایراد از این جهت قابل خدشه است که معیار بنیادین برای پذیرش شخصیت حقوقی این است که «بتواند صاحب حق و تکلیف بشود» (Bryant, 1928, p. 1). بنابراین زمانی که نمونه‌هایی مانند «زکات»، به صراحت می‌تواند «مدیون» بشود، چرا باید پذیرش شخصیت حقوقی در فقه را مورد انکار قرار داد؟ از سوی دیگر برخی از فقیهان معاصر و هم‌روزگار نیز بر پذیرش شخصیت حقوقی در فقه تصریح



ورزیده‌اند (خمینی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۶۶ و مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۸۰). البته جای این پرسش باقی است که آیا به صرف اینکه فقیهان پذیرفته‌اند که مصادیقی مانند زکات می‌توانند مدیون بشوند، به این معنا است که تمام حقوق و تکالیف دیگر را نیز دارا باشند؟ برخی بیان می‌دارند که آری این امر امکان دارد (خرازی، ۱۳۸۴، ص. ۱۰)؛ اما برخی دیگر امکان سرایت همه حقوق و تکالیف به شخص حقوقی را مورد پذیرش قرار نداده‌اند (حائری، ۱۳۷۹، ص. ۳۳). به نظر می‌رسد که این چالش همچنان وجود دارد و به علت عدم نظریه‌پردازی جدی در حوزه شخصیت حقوقی در فقه امامیه و حقوق ایران، امکان پذیرش رودخانه به‌عنوان شخص حقوقی از این دیدگاه دچار چالش خواهد بود و استدلال بالا تنها «امکان مدیون» شدن شخص حقوقی را توجیه می‌کند و نه توسعه تمام احکام و تکالیف به شخص حقوقی. بنابراین اگر حقوق ایران بخواهد رودخانه‌ها را به‌عنوان شخص حقوقی مورد شناسایی قرار بدهد، باید در موضوع شخصیت حقوقی و اعطای آن به طبیعت و رودخانه به تقویت مبانی نظری خود بپردازد و آن را به پختگی لازم برساند.

### ۳-۱-۲. مغایرت با دیدگاه پذیرفته شده در فقه مبنی بر مشترکات بودن رودخانه‌ها

این چالش مبتنی بر این ایراد است که در فقه امامیه رودخانه‌ها در دسته مشترکات بوده و همه افراد می‌توانند از آنها بهره‌مند شده و حتی برخی بیان داشته‌اند در صورتی که رودخانه به قصد تملک مورد استفاده واقع بشود اشخاص مالک آن می‌شوند (شهید ثانی، ۱۴۳۰ق، ج ۷، ص. ۱۸۴ و حکیم، ۱۴۳۳ق، ج ۳، ص. ۱۶۸)؛ درحالی که اگر رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی شناخته شوند، رودخانه‌ها دیگر قابلیت تملک را از دست داده و این امر مغایر با بنیادهای فقهی و حقوق ایران است.

در رویارویی و مواجهه با این ایراد، دو پاسخ از جنبه نقضی و حلی سزاوار طرح می‌باشد: در پاسخ نقضی اگر دست‌کم یک نمونه خلاف برای استدلالی که در متن ایراد وجود دارد ارائه بشود، به نتیجه مدنظر دست می‌یابیم، نخستین خرده‌گیری این است که همه فقیهان باور به مشترکات عمومی بودن رودخانه‌ها نداشته و پاره‌ای از ایشان بیان می‌دارند که رودخانه‌ها انفال بوده و کسی نمی‌تواند مالک آنها بشود (سیستانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۲۷۳). همچنین در قانون توزیع عادلانه آب قانون‌گذار در ماده ۱ از

دیدگاه پذیرفته شده در فقه امامیه عدول کرده و هر چند آب‌ها را در زمره مشترکات قرار داده است، اما دسترسی افراد جامعه را به رودخانه‌ها به‌طور مطلق محدود کرده و «حکومت اسلامی» را موظف به اداره آنها بر اساس مصالح افراد جامعه کرده است. در این ماده قانون‌گذار هر چند آب‌ها را در زمره مشترکات توصیف کرده است، ولی در ذیل ماده، قیدی افزوده است که در عمل هیچ فرقی با این ندارد که رودخانه‌ها در زمره مشترکات محسوب نشوند و تا جایی که پاره‌ای از نویسندگان گمان کرده‌اند که بر اساس قانون توزیع عادلانه آب، دولت مالک آب‌ها و رودخانه‌ها محسوب می‌شود (کریمی، ۱۳۷۸، ص. ۶۲). مشترکات عمومی زمانی مشترکات است که همه افراد بتوانند از آن استفاده کرده و حتی آن را «حیازت» کنند، همچنان که قانون مدنی از ماده ۱۴۶ تا ۱۶۰ این حق را به افراد داده است. بنابراین مهم‌ترین استدلال نقضی این است که خود قانون‌گذار از دیدگاه فقهی تبعیت نکرده است و این مهم‌ترین دلیل است که قانون‌گذار بر اساس یک «ضرورت بنیادین» لازم دیده است که خود، سرپرستی وضعیت رودخانه‌ها را به‌دست گرفته و مانع نابودی آنها بشود.

اما پاسخ حَلّی که می‌توان به این ایراد داد، این است که این ایراد بر محور این نکته قرار گرفته است که چون دیدگاه پذیرفته شده در قانون مبتنی بر مشترکات عمومی بودن رودخانه‌ها است، بنابراین غیرقابل تبدیل است، درحالی‌که هیچ ایرادی ندارد که حکمی که در گذشته در فقه مورد پذیرش بوده است، اکنون به شکل دیگری اجرا بشود و این همان اجتهادی است که بر پایه دو عنصر زمان و مکان، سعی در ارائه راه‌حل برای بحران‌های اجتماعی دارد. نباید از یاد برد که در اجتهاد «موضوع» جایگاه بسیار اساسی دارد و اگر جایگاه موضوع در اجتهاد مورد غفلت واقع بشود، اساساً جامعه دچار پس‌روی شده و ضرورت‌های اجتماعی نادیده گرفته می‌شود، موضوع به تعبیر برخی از محققان یعنی آنچه که فعلیت یافتن حکم متوقف بر وجود آن موضوع است (صدر، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۲۱ و مظفر، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۱۹۴). به تعبیری تا زمانی که شرابی وجود نداشته باشد و شرب خمری وجود نداشته باشد، حرمتی نیز نخواهد بود و از همین رو زمانی که موضوع تغییر کند، حکم هم تغییر خواهد کرد. در خصوص جایگاه زمان و مکان در اجتهاد عبارتی از امام خمینی در خصوص محیط

زیست و مرتبط با بحث فعلی وجود دارد که نقل می‌شود:

«... و رهان در سبق و رمایه مختص است به تیر و کمان و اسب دوانی و امثال آنکه در جنگ‌های سابق به کار گرفته می‌شده است و امروز هم در همان موارد است؟ ... آن‌گونه که جنابعالی از اخبار و روایات برداشت دارید، تمدن جدید باید به کلی از بین برود و مردم کوچ‌نشین بوده و یا برای همیشه در صحراها زندگی کنند (خمینی، ۱۳۷۵، ج ۲۱، ص. ۱۵۰).

در این بیان جایگاه موضوعات و اینکه تغییر موضوعات می‌تواند باعث شود حکم توسعه پیدا بکند به خوبی ذکر شده است؛ بنابراین می‌توان در پاسخ حلی به ایراد فوق چنین بیان داشت که هر چند موضوع در بحث فعلی «رودخانه‌ها» همان است که ده قرن پیش هم بود، اما تغییر در موضوعات همیشه ماهوی نیست بلکه گاهی کارکرد اجتماعی موضوع تغییر می‌کند (تقوی، ۱۳۷۴، ص. ۲۰). در بحث رودخانه‌ها وضعیت کارکرد اجتماعی رودخانه‌ها چنان تحول پیدا کرده است که مانع از این می‌شود که همان دیدگاهی که در گذشته، در خصوص رودخانه‌ها وجود داشت، امروز هم وجود داشته باشد ایشان مجدداً چنین می‌گویند:

«... انفال که بر شیعیان حلال شده است امروز هم شیعیان می‌توانند بدون هیچ مانعی با ماشین‌های کذایی جنگل‌ها را از بین ببرند و آنچه باعث سلامت محیط زیست است را نابود کنند! و جان میلیون‌ها انسان را به خطر بیندازند و هیچ‌کس حق نداشته باشند مانع آنها باشد!» (خمینی، ۱۳۷۵، ج ۲۱، ص. ۱۵۱).

علاوه بر این باید توجه کرد که شناسایی رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی، منافاتی با این ندارد که رودخانه‌ها همچنان در زمره مشترکات محسوب بشوند؛ بلکه همچنان که در زمره مشترکات هستند، واجد شخصیت حقوقی مستقل بوده و حتی دولت نیز در برابر رودخانه‌ها مسئول محسوب شده و رودخانه می‌تواند در کنار دولت که به‌عنوان «تولیت» از رودخانه حمایت کرده و آن را در مصالح عمومی مورد استفاده قرار می‌دهد، دارای نماینده مستقل از دولت بوده و مانع از این شد که حتی دولت نیز از وظایف «تولیت» تخطی بکند.

### ۳-۱-۳. عدم امکان پیش‌بینی اهلیت برای رودخانه‌ها در نظام حقوقی ایران

این ایراد بر این منطق استوار است که زمانی می‌توان «شخص» را دارای شخصیت دانست که «اهلیت» هم داشته باشد و حال آنکه مشخص نیست چگونه می‌توان رودخانه را به‌عنوان شخص حقوقی مورد شناسایی قرار داد و آن را دارای اهلیت نسبت به حق و تکلیف دانست؟ به تعبیر دیگر، شخصیت حقوقی با ذمه مالی مرتبط است و کسی می‌تواند شخصیت حقوقی داشته باشد که بتواند دارای ذمه مالی باشد و لذا کسی یا چیزی که نتوان برای او ذمه مالی تصور کرد، نمی‌توان برای او شخصیت حقوقی و اهلیت در نظر گرفت (شکرانی و فرجام، ۱۳۹۴، ص. ۲). بنابراین معیار بنیادین برای اینکه موضوعی به‌عنوان «شخص حقوقی» شناخته بشود، این است که بتواند اهلیت داشتن حق و تکلیف را دارا باشد و برای داشتن اهلیت استیفاء داشتن تمیز و اراده شرط است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۲، ص. ۲۰۴)، و حال آنکه در بحث حاضر رودخانه‌ها چنین امکانی را ندارند.

در پاسخ به این ایراد، همانند موارد پیشین از دو شیوه نقضی و حلی بهره خواهیم برد. در آغاز باید گفت که این ایراد اهلیت را به‌معنایی که در انسان وجود دارد، مورد توجه قرار داده و بر اساس آن، اهلیت رودخانه‌ها را مورد نقد قرار می‌دهد، در پاسخ نقضی، مصادیق متعددی را می‌توان بیان کرد که دارای «اهلیت»، آن‌گونه که شخص حقیقی واجد آن است نیستند ولی به‌عنوان شخص حقوقی شناخته می‌شوند و می‌توان گفت تمام اشخاص حقوقی این‌گونه هستند و هیچ‌گاه نمی‌توان گفت که برای نمونه یک شرکت سهامی مانند انسان دارای اختیار بوده و می‌تواند به صورت مستقل اراده کند و تصمیم بگیرد و از همین رو ماده ۵۸۸ قانون تجارت از ذکر اهلیت برای اشخاص حقوقی خودداری نموده و تنها بیان کرده است که: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط برای انسان ممکن است» (مهدوی و حبیبیان، ۱۳۹۳، ص. ۲۸).

اما در پاسخ حلی به ایراد فوق، باید گفت استدلالی که در ایراد مذکور به‌کار رفته است، دارای «اشتباهی» است که موجب می‌شود استدلال از اساس باطل باشد، در این ایراد، ضروری دیده می‌شود که همان اهلیتی که شخص حقیقی واجد آن است، همان را

نیز شخص حقوقی داشته باشد، درحالی‌که این امر امکان‌پذیر نیست. زیرا که شخص حقوقی نمی‌تواند دارای اراده حقیقی باشد. از طرف دیگر، همان‌طور که برخی از پژوهشگران بیان داشته‌اند، زمانی می‌توان گفت موضوعی غیر از انسان، شخصیت حقوقی دارد که بتواند تملک کند و صلاحیت مالک شدن را داشته باشد؛ بنابراین اگر ثابت کنیم که فلان موضوع از نظر فقه اسلامی، اهلیت تملک حقوق را دارد و می‌تواند مالک حقوق (خواه حق مالکیت یا سایر حقوق) شود، در واقع ثابت کرده‌ایم که آن موضوع از نظر فقه اسلامی، واجد شخصیت حقوقی است (مهدوی و حبیبیان، ۱۳۹۳، ص. ۳۰). بنابراین اگر توجهی به موضوعاتی که در فقه اسلامی دارای اهلیت تملک هستند بشود، روشن خواهد شد که این موضوعات منطبق با همان وضعیت شخص حقوقی هستند، از نمونه‌ای که از سید کاظم یزدی نقل شد مبنی بر اینکه حاکم می‌تواند برای زکات قرض کند، روشن می‌شود که ضرورتی ندارد که مدیون شخص حقیقی باشد، زیرا «مالکیت» از اموری نیست که نیازمند مالک و مملوک حقیقی باشد؛ بلکه امری اعتباری است و همچنان که مالکیت اعتباری است، مالک و مملوک نیز ممکن است اعتباری باشند و این موضوع یعنی اعتباری بودن مالکیت هم در دیدگاه مفسران قرآن کریم و هم در دیدگاه فقیهان به شکلی مشهود و نمایان قابل بررسی است (خویی، ۱۳۷۷ق، ج ۲، ص. ۲۶؛ اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۲۶؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۱۰۶ و مطهری، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۱۹۷). از همین رو برخی از فقیهان، به صراحت بیان می‌دارند که مالکیت به دلیل اعتباری بودنش، قابلیت این را دارد که حتی به صورت موقت باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۲۵۲)؛ بنابراین هیچ ایرادی ندارد که رودخانه به‌عنوان یک شخص حقوقی در نظر گرفته شود و ایراد عدم امکان اهلیت هم از جوانب متعدد مخدوش است.

### ۳-۱-۴. عدم امکان اجرای حق توسط رودخانه در صورت پذیرش به‌عنوان شخص حقوقی

چالش دیگری که در خصوص پذیرش شخصیت حقوقی برای رودخانه‌ها قابل طرح است، این است که رودخانه چگونه می‌تواند در برای حفظ حقوق خود اقدام به دادخواهی بکند. اصل ۳۴ قانون اساسی که بیان می‌دارد: «دادخواهی حق هر فرد است»، این حق را منحصر به «انسان‌ها» دانسته است؛ زیرا که دادخواهی از حقوق مدنی شمرده

می‌شود (هاشمی، ۱۳۸۴، ص. ۲۹۴)، اما طبیعت و رودخانه مشخص نیست که چگونه می‌تواند به دادخواهی بپردازد. از سویی دیگر با توجه به اینکه دادخواهی نوعی «استیفاء حق» مسحوب می‌شود، بر اساس ماده ۹۵۸ قانون مدنی اشخاص برای دادخواهی باید «اهلیت» اجرای داشته باشند، به همین منظور یکی از شرایط طرح دعوا در دادگاه‌ها این است که خواهان و خوانده شایستگی اجرای حق را داشته باشند و در غیر این صورت بر اساس بند ۳ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ با قرار رد دعوا مواجه خواهند شد. این چالش تنها در حقوق ایران قابل طرح نیست. در کشورهای دیگر نیز این ایراد همواره مطرح است که چگونه می‌توان برای رودخانه جایگاهی در «دادخواهی» و «اجرای حق» در نظر گرفت (Erin, 2018, p. 3). وجود حق زمانی اثربخش است که قابلیت اجرایی شدن را نیز داشته باشد (Erin, 2018, p. 1) و مشخص نیست سازوکار اجرایی برای دادخواهی توسط رودخانه و مطالبه حق توسط وی چگونه است و همچنین چگونه یک رودخانه می‌تواند متعهد و مدیون شده و در دادگاه به‌عنوان خواننده طرف دعوا قرار بگیرد. از سویی دیگر سازوکار اجرایی برای پذیرش شخص حقوقی هم با دشواری مواجه خواهد شد.

در تحلیل این ایراد، باید دو جنبه تحلیل نقضی و حلی را مورد توجه قرار داد. در پاسخ نقضی، می‌توان موقوفه عام را مثال زد که چه تفاوتی بین موقوفه عام و رودخانه وجود دارد که موقوفه بتواند اجرای حق کند اما رودخانه نتواند؟ بر اساس ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه: «موقوفه عام دارای شخصیت حقوقی است» و بسیاری از اموری که شخص حقوقی می‌تواند دارا بشود، مانند تعلق بدهی به ذمه، خرید و فروش، وجود حق مالکیت، حق احترام، موقوفه عام نیز می‌تواند آن را دارا بشود (فیاض و برهانی، ۱۳۹۸، ص. ۱۶۸). تنها تفاوت در این است که در فقه امامیه عنوان شخص حقوقی ذکر نشده است. بنابراین همچنان که نهاد موقوفه در حقوق ایران به‌عنوان شخص حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته و می‌تواند «اجرای حق» کند، رودخانه‌ها چه نقص و کاستی نسبت به موقوفه دارند که نتوانند شخص حقوقی شناخته شوند؟

از سویی دیگر در پاسخ حلی باید گفته شود که هر چند حقوق‌دانان کشورهایمانند

نیوزیلند، هند، اکوادور، اسپانیا و کانادا که متمایل به پذیرش رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی شده‌اند نیز می‌پذیرند که مسائلی مانند اهلیت رودخانه، اجرای حق و سازوکارهای اجرایی این نظریه هنوز دارای ابهام‌هایی است، اما باید توجه داشت که می‌توان در پذیرش مبانی این نظریه دست به بازسازی برخی از بنیادهای حقوقی زد و لزومی به تکیه به بنیادهای سنتی در فقه و حقوق نیست، زیرا اگر قرار باشد که بر اساس مبانی سنتی شخصیت حقوقی رودخانه‌ها را به رسمیت بشناسیم، قطعاً به مشکل برخورد می‌کنیم، در دهه هفتاد میلادی، پروفیسور کریستوفر دی استون<sup>۹</sup>، نخستین شخصی بود که دست به بازسازی مبانی نظری دانش حقوق زد و طرح شخصیت حقوقی برای «طبیعت» را مطرح کرد، وی در مقاله خود، با ذکر عبارت: «این ترمیم باید به نفع طبیعت باشد» (Christopher, 1972, p. 458)، مبنای «نفع‌گرایی» را مورد توجه قرار داد، بنابراین اگر اعطای شخصیت حقوقی به طبیعت نفع مهمی به طبیعت می‌رساند و جایگاه وی را تقویت می‌بخشد، چرا نباید این ایده را معتبر شناخت؟ برخی دیگر، مفهوم «ضرر» را برای تقویت رودخانه و طبیعت برای اجرای حق توسعه داده‌اند، به این معنا که در دانش حقوق فقط افراد هستند که می‌توانند نسبت به ضرر خود مطالبه کنند و اگر هم خسارت به اشیاء بایستی جبران شود به این خاطر است که «متعلق به افراد انسانی» هستند، درحالی‌که این امر ظالمانه است، زیرا اشیاء به‌خاطر تعلق به «انسان» هستند که مورد احترام واقع می‌شوند، درحالی‌که این دیدگاه انسان‌محور به «طبیعت» در نهایت موجب بی‌ارزش شدن طبیعت شده و بایستی تغییر کند (Bertagna, 2006, p. 420).

از سوی دیگر اثرات تخریب رودخانه و محیط زیست بدون تردید به خود انسان بازخواهد گشت. فارغ از مبانی دیگری که از سوی پژوهشگران مطرح شده است، این پژوهشگر برای پاسخ به چالش ذکر شده و دیگر چالش‌ها، نظریه «تولیت و سرپرستی» را مناسب با فقه و حقوق ایران می‌داند و تجربه موقوفه عام و پذیرش نهاد «تولیت» برای آن، می‌تواند دست‌کم برخی از ایرادات را پوشش بدهد، هر چند که می‌پذیریم که فارغ از مبانی نظری، زیرساخت‌های اجرای حق توسط رودخانه در نظام حقوقی ایران، چندان مهیا نیست و نیاز به درک ضرورت حمایت از رودخانه‌ها از سوی مسئولان است و از سوی دیگر نیازمند تهیه زیرساخت‌های اجرایی برای این موضوع است. این استدلال در حقوق آمریکا نیز قابل توجه است، قاضی ویلیام دو داگلاس<sup>۱۰</sup> در پرونده «باشگاه سیرا

علیه مورتون» در حمایت از اینکه طبیعت بتواند در دادگاه شرکت کند، بیان می‌دارد: زمانی که با مسائلی که پیامدهای عظیمی دارند روبه‌رو می‌شویم، باید از سخت‌گیری‌های مبانی سنتی دست بکشیم (M. MARGARET MCKEOWN, 2019, p. 199).

### نتیجه‌گیری

بررسی و تحلیل «چالش‌های شناسایی رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی در نظام حقوقی ایران»، از یک‌سو بیان‌گر ضرورت حمایت هر چه تمام‌تر از این سرمایه خدادادی است و از سوی دیگر بیانگر ابهاماتی است که ممکن است پذیرش این دیدگاه در حقوق ایران را مورد تردید قرار دهد و تا زمانی که این چالش‌ها حل و چاره‌جویی نشوند، امکان ارائه مبانی نظری قابل پذیرش وجود نخواهد داشت. ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ رودخانه‌ها را مشترکات محسوب کرده و در اختیار حکومت اسلامی قرار داده است، اما ضرورت‌های زیست‌محیطی و همچنین تجربه ناتوانی برخی از قوانین در حمایت از رودخانه‌ها، ضرورت شناسایی رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی را دو چندان کرده است.

در نوشتار حاضر با هدف بررسی چالش‌های موجود در پذیرش رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی، با مطالعه گسترده در منابع فقهی و حقوقی، چالش‌هایی که ممکن است مانع پذیرش این دیدگاه شوند بررسی و روشن شد که برخی از چالش‌ها قابل چاره‌جویی هستند و برخی دیگر خیر و نتایج زیر حاصل شد:

۱- پذیرش رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی امری غیرممکن نیست و در برخی از کشورها مانند نیوزیلند، اکوادور، هند و کانادا، این نظریه کم‌وبیش مورد حمایت قرار گرفته است؛ اما اینکه چرا بر خلاف ایران در این کشورها این نظریه مورد پذیرش قرار گرفته است، هم به دلیل عدم تفاوت بین انسان و طبیعت در ذی‌حق بودن است و اینکه در چرخه حیات طبیعت دارای جایگاه مهمی بوده و بنابراین بایستی مورد حمایت قرار بگیرد و حقوق کنونی انسان‌محور بوده و بایستی به‌جای انسان‌محور بودن، حق‌محور بودن جایگزین شود و هم به دلیل برداشتی است که از محیط زیست وجود دارد و اینکه ضرورت حمایت از حیات بشر ایجاب می‌کند که برای رودخانه‌ها شخصیت حقوقی در نظر گرفته شود. این قبیل موارد در حقوق



ایران تا حدودی مورد بحث واقع نشده است و برای پذیرش این نظریه بایستی بحث شوند.

۲- درک حمایت از رودخانه‌ها به‌عنوان یک ضرورت بنیادین و همچنین تکیه به قاعده لاضرر و اینکه تخریب رودخانه‌ها و استفاده‌ها غلط و نابجا از این نعمت خدادادی از مهم‌ترین مصادیق ضرر و خسارت محسوب می‌شود، ضرورت توجه قانون‌گذار به حمایت از رودخانه‌ها در قالب اعطای شخصیت حقوقی را دو چندان می‌کند. از سوی دیگر رودخانه‌ها انفال نیستند و در زمره مشترکات عمومی محسوب می‌شوند و جمع بین شخصیت حقوقی داشتن رودخانه‌ها با مشترکات عمومی محسوب شدن نیز امکان‌پذیر است.

۳- هر چند برخی از اشیاء در فقه و حقوق ایران به‌عنوان موجودی مستقل شناسایی شده‌اند، مانند زکات که از دیدگاه برخی از فقیهان می‌تواند موجودی مستقل محسوب شده و مدیون بشود و یا اینکه موقوفه عام به‌عنوان موجودی مستقل در فقه امامیه و حقوق ایران شناسایی شود و این نمونه‌ها می‌تواند زمینه را برای پذیرش رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی هموار کند، اما امکان مدیون شدن به این معنا نیست که این مصادیق در فقه امامیه بتوانند تمام حقوق و تکالیف انسان را داشته باشند و به‌نظر می‌رسد برای اعطای شخصیت حقوقی به رودخانه‌ها در حقوق ایران، نیاز به تقویت مبانی نظری است از جمله قابلیت حذف انسان‌محور بودن حقوق کنونی، شناسایی حق برای اشیاء از جمله رودخانه‌ها، توسعه مفهومی و مصداقی شخص حقوقی بر مبنای ضرورت، امکان‌سنجی استقلال رودخانه‌ها از حاکمیت، پاسخگویی و مسئولیت دولت نسبت به وضعیت رودخانه‌ها و درک این موضوع که تا چه اندازه شناسایی رودخانه‌ها به‌عنوان یک شخص حقوقی می‌تواند در حمایت از رودخانه‌ها اثربخش باشد.

۴- یکی دیگر از چالش‌های پذیرش رودخانه‌ها به‌عنوان شخص حقوقی، شیوه اجرای حق توسط رودخانه‌ها در نظام قضائی ایران است، به این دلیل که اجرای حق توسط رودخانه‌ها زیرساخت‌های لازم را نداشته و نیازمند تقویت زیرساخت‌های نظری و اجرایی است.

## یادداشت‌ها

۱. در مواردی که نوآوری مهمی در یک نظام حقوقی وارد می‌شود و مبانی نظری ویژه‌ای در خصوص آن وجود ندارد که آن را توجیه کند و علت آن مشخص نیست، گفته می‌شود که بر اساس این قاعده تا هنگامی که در خصوص آثار اقدامی قطعیتی وجود ندارد، نباید دست به آن اقدام زد، مگر آنکه بی‌ضرر بودن آن برای محیط زیست اثبات شود. حال برخی از طرفداران فرضیه اعطای شخصیت حقوقی به رودخانه‌ها بیان می‌دارند، این فرضیه هیچ ضرری برای محیط زیست ندارد و برعکس حافظ منافع محیط زیست است و در نتیجه می‌توان آن را مورد توجه قرار داد و موافق با اصل احتیاط است.

Rupert Read and Tim O'Riordan (2017). *The Precautionary Principle Under Fire, Environment: Science and Policy for Sustainable Development, Environment*, (59), pp. 4-15

2. Friedrich Carl von Savigny

3. Ecuador

4. Whanganui

5. [https://www.parliament.nz/en/pb/hansard-debates/rhr/combined/HansDeb\\_20170314\\_20170315\\_12](https://www.parliament.nz/en/pb/hansard-debates/rhr/combined/HansDeb_20170314_20170315_12): last visited on 25/4/2022.

6. Yamuna

7. Ganges

۸. «<http://eco-literacy.net/rivers-as-legal-persons>»: بازدید در تاریخ: ۱۴۰۱/۱/۳۰.

9. Christopher D. Stone

10. William O. Douglas

## کتابنامه

احمد علی، عبدالله (۲۰۱۶م). *الشخصیه الاعتباریه فی الفقه الاسلامی*. دبی: مطبوعه دبی. اسدی، مراد؛ مظاهری، مهدی و عبدالمنافی، نرجس (۱۴۰۰). بررسی تحلیلی شرایط موجود و تبیین وضعیت آینده بحران آب در کشور. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

اصفهان، محمدحسین (۱۴۱۹ق). *حاشیه‌المکاسب*. بیروت: دارالمصطفی.

باقری، رضا؛ شیاری، علی؛ احدی، پرویز و اسمعیل‌زاده، علیرضا (۱۴۰۰)، حکمرانی و اقتصاد سیاسی بحران آب در جمهوری اسلامی ایران. *فصلنامه علمی سیاست جهانی*، (۳۶)، صص. ۱۸۵-۲۱۲.

- بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق). *التواعد الفقهيه*، قم: الهادی.
- تقوی، سید مرتضی (۱۳۷۴). تحول موضوعات در فقه، *مجله فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، (۳)، صص. ۲۰۷-۲۴۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). *مجموعه محشی قانون مدنی*. تهران: گنج دانش.
- حائری، سید محمدکاظم (۱۳۷۹). مالکیت‌های شخصیت‌های حقوقی. *فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، (۲۱)، صص. ۱۷-۴۰.
- حبیبی، محمدحسن و نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۸۸). ملاک تمیز انفال و نسبت آن با سایر عناوین مالکیت عمومی. *فصلنامه حقوق خصوصی*، سال ششم، (۱۵)، صص. ۵۵-۷۶.
- حکیم، محمدسعید (۱۴۳۳ق). *منهاج الصالحین*، قم: دارالهدای.
- خرازی، سید محسن (۱۳۸۴). پژوهشی در اقسام بانک‌ها و احکام آنها. *فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، (۴۳)، صص. ۳-۱۹.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۵). *صحیفه نور*. تهران: مؤسسه حفظ و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۰۸ق). *استفتائات*. تهران: مؤسسه حفظ و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷ق). *مصباح الفقاهه*، قم: داوری.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۶ق). *نظام المضاربه فی الشریعه الاسلامیه الغراء*. قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه‌السلام).
- سیستانی، سید علی (۱۴۱۵ق). *منهاج الصالحین*. قم: دفتر آیت‌الله العظمی سیستانی.
- شکرانی، مهرداد و فرجام، بهزاد (۱۳۹۴). *اعتبار شخصیت حقوقی سامانه‌های هوشمند در حقوق ایران*. همایش ملی علوم انسانی اسلامی، دوره اول.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۳۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- صاحب‌جواهر، محمدحسن (۱۴۰۸ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۶ق). *دروس فی علم الاصول*. بیروت: دارالکتب اللبنانی.
- صفایی، سید حسین و قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۹۲). *حقوق مدنی اشخاص و محجورین*. تهران: سمت.

- فیاض، محمداسحاق و برهانی، محمدجواد (۱۳۹۸)، فلسفه و جایگاه شخصیت حقوقی از منظر اسلامی. *فصلنامه اندیشه معاصر*، سال پنجم، (۱۷)، صص. ۱۵۷-۱۷۰.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *عقود معین (عطایا)*. تهران: گنج دانش.
- کریمی، عباس (۱۳۷۸). مالکیت دولت نسبت به آب‌های عمومی و اراضی وابسته به آن. *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، (۴۵)، صص. ۵۹-۶۸.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۷ق). *المعتبر فی شرح المختصر*. قم: مؤسسه سید الشهدا (علیه‌السلام).
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۹). *آشنایی با قرآن*. تهران: نشر صدرا.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۲۰ق). *اصول الفقه*. قم: دفتر نشر اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، *استفتائات*. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه‌السلام).
- مهدوی، اصغرآقا و حبیبیان، مهدی (۱۳۹۳). *بررسی اهلیت شخص حقوقی در فقه و حقوق*. پژوهشنامه میان رشته‌ای فقهی، سال دوم، (۲)، صص. ۲۷-۴۹.
- مهرپور، حسین (۱۳۸۸)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان*. تهران: دادگستر.
- هاشمی، محمد (۱۳۸۴)، *حقوق اساسی و آزادی‌های اساسی*. تهران: میزان.
- یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۹ق). *العروة الوثقی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- Alexandre, Lillo (2018). Is Water Simply a Flow? Exploring an Alternative Mindset for Recognizing Water As a Legal Person. *Vermont Journal of Environmental Law*, Vol. 19, No. 2.
- Bertagna, B. R. (2006). "Standing up" for the environment: the ability of plaintiffs to establish legal standing to redress injuries caused by global warming. *Brigham Young University Law Review*, pp. 415-471.
- Bryant, Smith (1928). Legal Personality, *The Yale Law Journal*. Jan., Vol. 37, (3), pp. 283-299.
- Chandan B. R. Reddy (2018). *Legal Personality to Rivers: An In-Depth Analysis*. *Acclaims*, Volume 3, August,
- Christopher D. Stone (1972). *Should Trees Have Standing, Toward Legal Rights for Natural Objects*, *Southern California Law Review*, Imprint Routledge.
- Erin L. O'Donnell and Julia Talbot-JonesWilliam (2018). Creating legal rights for rivers: lessons from Australia, New Zealand, and India, *Ecology and Society*, 23, 1.
- Erin O'Donnell (2020). *Legal Rights for Rivers: Competition, Collaboration and Water Governance*. English, Routledge.
- Geldart, (1911), *Legal Personality*, Oxford: Clarendon.

- Leimbacher, H. (2016). Gender and Nature in Comparative Legal Cultures. In Comparing Legal Cultures; Nelken, D., Ed.; Routledge: New York, NY, USA, Chapter 8, p. 146. ISBN 9781855218987.
- Lidia Cano Pecharroman, Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court, Resources 2018, 7, 13; doi.
- M. MARGARET MCKEOWN (2019). The Trees Are Still Standing: The Backstory of Sierra Club v. Morton. *Published on behalf of the Supreme Court Historical Society*, 2(44).
- Nedelsky, J. (1993). *Reconceiving Rights as Relationship*. Volume 1, Issue 1, Available online: <https://ssrn.com/abstract=2045687> (accessed on 11 February 2018).

## امکان‌سنجی دادرسی علنی در فضای مجازی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۲۵

نوع مقاله: پژوهشی

علی‌اکبر ایزدی فرد\*

الیاس یاری\*\*

مهرداد پاکزاد\*\*\*

مهدی طالقان غفاری\*\*\*\*

### چکیده

اصل علنی بودن دادرسی در زمره اصول بنیادین دادرسی است که در اسناد معتبر حقوق بشر از بایسته‌های دادرسی عادلانه تلقی و در فقه امامیه نیز نشانه‌های بارزی بر تأیید آن وجود دارد. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ برخلاف قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در خصوص این اصل سکوت اختیار کرده است؛ لکن با وجود تصریح اصل ۱۶۵ قانون اساسی به لزوم علنی بودن محاکمات، بی‌شک رعایت آن در محاکمات مدنی نیز ضروری است. علنی بودن دادرسی محدود به دادرسی معمول که طرفین حضور فیزیکی در دادگاه دارند نیست بلکه به نوع الکترونیکی آن هم قابل تسری است؛ زیرا این نوع دادرسی تفاوت ماهیتی با دادرسی معمول ندارد و تنها تشریفات برگزاری این دو متفاوت است. از طرفی با توجه به اینکه هم‌اکنون کمبود فضا و نیز بعد مسافت باعث مهجور ماندن وصف علنی دادرسی‌ها شده است؛ استفاده از ابزارهای الکترونیکی این امکان را فراهم می‌سازد تا عموم با صرف وقت و هزینه کمتر در دادگاه حضور یابند. استفاده از این شیوه نه تنها مابیتتی با مبانی فقهی ندارد بلکه به دلیل دفع ضرر ناشی از مهجور ماندن علنی بودن دادرسی و تسهیل رعایت آن با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی همسو با موازین شرعی است. بنای عقلاء، عموم و اطلاق ادله مشعر بر لزوم علنی بودن محاکمات به انضمام عدم منع و ردع شارع نیز این نظر را تأیید می‌کند؛ بنابراین شایسته است که نظام جامع دادرسی الکترونیک و شبکه ملی عدالت صرفاً متوجه اصحاب دعوی نشود و با ایجاد زیرساخت‌های فنی و حقوقی به افرادی از اجتماع که قصد حضور در جلسات دادگاه یا دسترسی به آراء صادره را دارند نیز تسری یابد.

**واژگان کلیدی:** دادرسی علنی، آیین دادرسی مدنی، فضای مجازی، دادرسی الکترونیک، استثنائات اصل علنی بودن دادرسی.

\* استاد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.

ezadifard@umz.ac.ir

\*\* استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، ایلام، ایران (نویسنده مسئول).

yari.elias@yahoo.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران،

M.pakzad@stu.umz.ac.ir

مازندران، ایران.

\*\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران،

m.taleghanghafari@stu.umz.ac.ir

مازندران، ایران.



#### مقدمه

اصل علنی بودن دادرسی که عملکرد دادرس را در معرض قضاوت افکار عمومی قرار می‌دهد، نقش بی‌بدیلی در تحقق دادرسی منصفانه دارد تا آنجا که شورای دولتی فرانسه از این اصل با عنوان اصل عمومی حقوق یاد کرده است (هاشمی، ۱۳۸۶، ص. ۲۸۶). در یکی از آراء صادره در انگلستان این اصل را تضمینی برای رعایت دیگر تضمین‌ها معرفی کرده‌اند (Scott v scott, 1943). در ق.آ.د.م ۱۳۷۹ اصل علنی بودن دادرسی به کلی مسکوت مانده است. این در حالی است که ماده ۲۲ ق.آ.د.م. فرانسه صراحتاً بیان می‌دارد که مذاکرات علنی هستند مگر در مواردی که قانون برگزاری آن به صورت علنی را ایجاب یا تجویز کرده باشد (شمس، ۱۳۸۲، ص. ۱۵۲). در قواعد آیین دادرسی مدنی انگلستان نیز به علنی بودن دادرسی ذیل مقررات متفرقه راجع به محاکمه تصریح شده است؛ حقوق دانان انگلیسی به محل تصریح این اصل ایراداتی وارد ساخته و معتقدند که غیرقابل توجیه است که این اصل صرفاً به عنوان یک مقررۀ متفرقه راجع به محاکمه در قواعد دادرسی مدنی گنجانده شده است (Grainger, 2000, p. 138). در ایران نیز با وجود سکوت قانون آیین دادرسی مدنی با توجه به تصریح اصل ۱۶۵ ق.ا این اصل در زمره اصول آمره دادرسی است که در دعاوی مدنی لازم‌الرعایه است؛ آنچه در این مقاله در پی تبیین آن هستیم این است که با توجه به گرایش روزافزون دولت‌ها برای استفاده از ابزارهای مجازی در دادرسی این تحول چه تأثیری در علنی بودن رسیدگی‌ها دارد؟ آیا دادرسی الکترونیکی اصل علنی بودن دادرسی را تسهیل می‌کند یا موجب تضییق در اجرای آن می‌شود؟ با فرض ایجاد زیرساخت‌های فنی از نظر موازین شرعی و نیز قوانین جاری آیا حضور مجازی مردم در جلسات دادرسی و دسترسی به پرونده قابل دفاع است؟ بدین منظور جستار حاضر ضمن تبیین مفاهیم علنی بودن رسیدگی و دادرسی الکترونیکی؛ به واکاوی مشروعیت حضور مجازی عموم در دادرسی خواهد پرداخت و از رهگذر بررسی مورد مطروحه در حقوق موضوعه و همچنین با در نظر گرفتن استثنائات موجود به سؤالات یاد شده پاسخ داده خواهد شد.

#### ۱. مفهوم علنی بودن رسیدگی

علنی بودن دادرسی یعنی آزادی ورود و خروج مردمان به جلسه دادرسی تا بتوانند از

جریان آن آگاه شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص. ۲۶۳۶). مقصود از علنی بودن این است که استماع دعاوی در معرض ملاحظه عموم است، به گونه‌ای که فرایند رسیدگی و استماع در دادگاه برای عموم به ویژه از طریق مطبوعات و رسانه‌ها قابل ملاحظه خواهد بود (فضائلی، ۱۳۸۹، ص. ۳۱۳). تعاریف فوق دارای ایراد مشترکی هستند و آن محدود ساختن علنی بودن دادرسی به آزادی ورود و خروج به جلسه دادگاه است. حال آنکه دادرسی علنی فراتر از این معنای محدود است و به مرحله صدور حکم و انتشار آراء نیز تسری می‌یابد. برخی حقوق‌دانان با توجه به این موضوع، تعریف مناسب‌تری ارائه کرده‌اند. بر این اساس، برای علنی بودن دو معنا می‌توان تصور کرد؛ نخست آنکه جریان دعوی و مجادلات اصحاب دعوی اصولاً علنی و غیرسری برگزار شود و هر کس بتواند در اتاق دادگاه حاضر شود و از روند دادرسی مطلع شود. دوم آنکه رأیی که صادر می‌شود در اختیار عموم نهاده شود تا مردم بتوانند از نتیجه کار دستگاه قضائی مطلع شوند و به ارزیابی مشروعیت آن بپردازند (غمامی و محسنی، ۱۳۸۵، ص. ۲۸۲). تعریف اخیر، از آن‌رو که مفهوم وسیع‌تری از دادرسی علنی ارائه می‌کند و گستره علنی بودن را به آزادی حضور در جلسه محدود نمی‌کند از سایر تعاریف مناسب‌تر است.

## ۲. دادرسی الکترونیکی

امروزه در راستای کاهش هزینه‌های دادرسی، کاهش اطاله دادسی، دسترسی آسان و سریع به عدالت (زرکلام، ۱۳۹۱، ص. ۱۳۲)، اکثریت کشورها با حدود و ثغور مشخصی سعی در کاستن از نقش عوامل انسانی در دادرسی و حرکت به سمت الکترونیکی کردن آن دارند. ایران نیز از این قاعده مستثنی نبوده و در این راستا قوانینی مانند قانون جرائم رایانه‌ای، قانون تجارت الکترونیک، قانون برنامه پنجم توسعه و مواد ۴۶ تا ۴۹ آن که به نظام اداری و مدیریت فناوری اطلاعات اختصاص دارد، هر کدام به طریقی سعی در ایجاد زیرساخت‌های حقوقی لازم برای ایجاد دولت و نیز دادرسی الکترونیک داشته‌اند. مواد ۳۵، ۳۴ و ۳۳ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۲/۲/۱۵، نیز بر حق استفاده شهروندان از مزایای دولت الکترونیک و کسب اطلاعات در فضای مجازی تأکید دارد. در هیچ‌کدام از این قوانین، دادرسی الکترونیک تعریف نشده است؛ اما همان‌طور که گفته شده است دادرسی



الکترونیکی به نوع متفاوتی از رسیدگی ماهیتی یا به نوع متفاوتی از عدالت اشاره ندارد بلکه منظور توان قضائی متفاوت می‌باشد که دادگاه‌ها از ابزارهای نوین در رسیدگی‌های خود استفاده می‌کنند؛ لکن این امر به معنای تغییر ماهیت رسیدگی نیست بلکه تنها تفاوت در ساختار خارجی رویه‌ها دیده می‌شود (پوراستاد و گلنوش، ۱۳۸۹، ص. ۴۴). در تعریفی دیگر، رسیدگی به دادخواهی از طریق ارتباط همزمان با استفاده از واسطه‌های الکترونیک که اهداف و برنامه‌های دادرسی سنتی را با کمک فناوری اطلاعات و ارتباطات فراهم می‌کند به‌عنوان تعریف دادرسی الکترونیک ذکر شده است (سرخوش و داودی گرمارودی، ۱۳۹۸، ص. ۶۲). به نظر برخی دیگر دادرسی الکترونیکی بهره‌مندی از روش‌های الکترونیکی ارتباطی و اطلاعاتی برای طرح دعوی در دادگاه و انجام فرایند دادرسی از تسلیم دادخواست و شکواییه و ابلاغ اوراق قضائی تا رسیدگی به دعوی و دلایل و صدور رأی و اجرای آن است. تلفن همراه، نشانی رایانامه و تارنماهای اینترنتی؛ از مهم‌ترین ابزارها هستند (زرکلام، ۱۳۹۱، ص. ۳۱). در یک تعریف مختصر می‌توان دادرسی الکترونیک را عبارت از آن نوع دادرسی دانست که در آن برخی اجزاء دادرسی که در قانون منصوص است در محیط الکترونیک با کمک فناوری اطلاعات صورت می‌گیرد. وجه ممیزه این تعریف آن است که تشخیص اینکه کدام نوع دادرسی و چه بخش‌هایی از آن می‌تواند به صورت الکترونیک انجام شود را به قانون واگذار می‌کند و در نبود صراحت قانونی باید اصل را بر دادرسی غیرالکترونیکی دانست.

### ۳. بررسی مشروعیت حضور مجازی عموم در دادرسی

با توجه به عموم و اطلاق اصل ۴ قانون اساسی مبنی بر لزوم عدم مغایرت کلیه قوانین با موازین شرعی در ابتدا باید حضور مجازی عموم در دادرسی را از این زاویه بررسی و سپس از دیدگاه حقوق موضوعه به آن پرداخت.

#### ۳-۱. بررسی فقهی

در منابع فقهی مسائلی مطرح شده که بر تأیید اصل علنی بودن دادرسی در فقه امامیه صحه می‌گذارد. برای مثال گفته شده مستحب است که از اهل علم در دادگاه حضور

داشته باشند تا در صورت خطا بودن حکم به قاضی تذکر دهند زیرا انسان دچار خطا و فراموشی می‌شود (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۴۰، ص. ۷۷). این امر با علنی بودن دادرسی مطابقت دارد و نشان می‌دهد اگر قضاوت شخص در معرض نظارت عمومی باشد، می‌تواند اثرات قابل توجهی داشته باشد (خدابخشی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۳۰۲). در خصوص مکان محاکمه نیز برخی از فقها به لزوم تشکیل جلسه دادرسی در مکان‌های سهل‌الوصول و وسیع که در معرض دید همه افراد باشد، اشاره کرده‌اند (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۰). همچنین گفته شده مستحب است که مکان دادگاه در مرکز شهر باشد تا همه به نحو مساوی امکان ورود به آن را داشته باشد (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۵۲۹). قاضی باید وقت حضور خود را در دادگاه به طریقی مطمئن به اطلاع عموم برساند و دادگاه را در فضایی وسیع به صورت علنی تشکیل دهد تا دسترسی به او برای همه آسان باشد (طوسی، ۱۳۸۸، ج ۸، ص. ۸۶)؛ از این بیان فقها دو نکته قابل استنباط است؛ نخست آنکه همه شهروندان از حق دسترسی به محکمه برخوردارند. دوم آنکه محاکمه سری روا نیست و مکان دادگاه باید به نحوی باشد که مردم ناظر جریان دادرسی باشند و یا امکان اطلاع از جریان محاکمه را داشته باشند. از دیگر موضوعات مرتبط با علنی بودن دادرسی در فقه امامیه موضوع حاجب است. حاجب کسی بود که بر در دادگاه‌ها می‌ایستاد تا نظم و ورود و خروج ارباب رجوع را نگه دارد و مانع بی‌نظمی در جلسات شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص. ۵۲۵). در خصوص جواز یا عدم جواز گماشتن حاجب در فقه امامیه اختلاف نظر وجود دارد. برخی در صورتی که نصب حاجب مانع دسترسی مردم به قاضی شود، این کار را مکروه می‌دانند (ابن ادریس حلی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۵۶). برخی نیز معتقدند دربان اگر مانع ورود مردمان باشد، حاجب قرار دادن حرام ولی اگر برای جلوگیری از بی‌نظمی باشد، جایز است. در تأیید این نظر گفته شده است؛ دربان در صورتی که همیشه مانع حضور افراد شود از آنجا که موجب تعطیلی حقوقی است که ادای آن فوری است و باید تدارک شود، حاجب قرار دادن حرام خواهد بود (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۴۰، ص. ۸۰). منشأ این عقیده روایتی از پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) است که مطابق آن کسی که بر چیزی از امور مردم ولایت دارد و به هنگام نیاز و احتیاج آنان مانعشان

شود، خداوند نیز به هنگام نیاز و احتیاجش مانع او خواهد شد (سنگلجی، ۱۳۸۱، ص. ۹۵). سیره عملی رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) نیز مؤید این قضیه است؛ زیرا ایشان در منظر مردم و در مسجد و دکه القضا در برابر چشم همگان به دعاوی رسیدگی می‌کردند تا مردم در جریان امر قرار بگیرند و غیر از آشنایی با آیین و روش دادرسی، شاهد رعایت عدالت در برخورد با طرفین دعوی و عادلانه بودن حکم و اعمال صحیح حدود و مقررات الهی باشند (هاشمی، ۱۳۷۸، ص. ۹۲). پس از بررسی اجمالی اصل علنی بودن دادرسی در فقه نکته قابل بررسی این است که آیا استفاده از ابزارهای ارتباطی نوین جهت حضور افراد در جلسه دادرسی از نظر فقه امامیه مشروعیت دارد؟ در این خصوص باید توجه داشت که ادله‌ای که بر لزوم علنی بودن دادرسی دلالت دارد اطلاق داشته و منحصر به دادرسی فیزیکی نیست. گذشته از این، جلسه دادرسی سنتی با نوع الکترونیکی آن تفاوتی ندارد و مفهوم جلسه بر هر دو نوع آن صدق می‌کند. در هر دو وکلا و اصحاب دعوی می‌توانند حاضر شوند و به‌طور مستقیم می‌توانند از مزایای یک جلسه دادرسی بهره‌مند شوند. تنها تفاوت آنها در بستر برگزاری است، به این صورت که جلسه دادرسی الکترونیکی در بستر اینترنت شکل می‌گیرد که این هم تفاوتی عرضی است و جوهر و ماهیت آن را تغییر نمی‌دهد (سرخوش و داودی گرمارودی، ۱۳۹۸، ص. ۵۸). علاوه بر این، یکی از اصول نوین مطرح در دادرسی مدنی، اصل همگامی با پیشرفت‌ها و استانداردهای جهانی می‌باشد. این اصل را باید از آن جهت در زمره اصول منصفانه دادرسی محسوب داشت که حق هر کسی برخوردار است و استفاده از آثار پیشرفت می‌باشد و نظام دادرسی نمی‌تواند از تحولاتی که به خصوص در پی معرفی روش‌های جدید ارتباط، بایگانی، ابلاغ و تحصیل دلیل محقق شده خود را به دور نگه دارد (آقایاری و دیگران، ۱۳۹۵، ص. ۱۹۰). نکته دیگر آنکه در عصر حاضر به دلیل کثرت جمعیت و وسیع بودن شهرها دیگر نمی‌توان از تشکیل دادگاه در مکان بارز سخن گفت؛ به علاوه ملاحظات امنیتی، کنترل ورود و خروج مراجعه‌کنندگان به دادگستری را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد؛ درحالی‌که اگر امکان حضور مجازی افراد در دادگاه فراهم شود افراد به آسانی می‌توانند با اطلاع از زمان و موضوع جلسه دادگاه در آن جلسه شرکت نمایند و از مراجعه حضوری نیز بی‌نیاز خواهند بود. بنای عقلاء نیز این استنتاج را می‌پذیرد. بنای عقلاء به معنای سیره عموم

مردم در مسائل جاری زندگی است. در برخی از امور مردم از ملیت‌های مختلف و در زمان‌های مختلف توجه و اعتماد بر روش واحدی می‌کنند که از آن به بنای عقلاء تعبیر می‌کنند و پایه و اساس روابط مردم در ابعاد مختلف زندگی آنها است (حسینی‌نژاد، ۱۳۹۶، ص. ۳۹). این سیره عملی برگرفته از فطرت و ارتکاز انسان‌ها است و مبادی دیگر مانند اجبار حاکم یا دستور پیامبر در آن مداخلت ندارد. ملاک حسن و قبح افعال نیز هماهنگی یا ناهماهنگی آن با مصالح اجتماعی است چون این مصالح از ضروریات نظام اجتماعی می‌باشند؛ لذا مخالفت شارع با آنها مخالفت با نظام بشری است (طباطبایی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص. ۱۱). در مقام تطبیق این موضوع بر بحث حاضر باید گفت فطرت عدالت طلب انسان و میل درونی وی به تحقق عدالت استفاده از هر ابزاری که این آرمان را برای وی قابل دسترس‌تر سازد توجیه می‌نماید از آنجا که استفاده از فضای مجازی مسیر حضور و آگاهی عموم از جریان دادرسی را تسهیل و به تحقق دادرسی علنی مساعدت می‌نماید مورد تأیید شارع قرار دارد.

### ۲-۳. بررسی حضور مجازی مردم در دادرسی از دیدگاه حقوق موضوعه

در این قسمت به‌طور مشخص باید به این پرسش پاسخ داده شود که با فرض ایجاد زیرساخت‌های فنی لازم آیا قوانین موضوعه چنین امکانی را تجویز می‌نماید که عموم از طریق سامانه‌های مخابراتی و اینترنتی در دادرسی شرکت نمایند یا مقنن این فرصت را مختص اصحاب دعوی در موارد منصوص می‌داند؟ از مطالعه مواد ۴۷ و ۴۸ قانون برنامه پنجم توسعه، مواد ۶۵۳ و ۶۵۴ ق.آ.د.ک، قانون آیین دادرسی رایانه‌ای، آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی و نیز اصل فیزیکی بودن دادرسی و اکتفا به دادرسی الکترونیکی در موارد منصوص، ممکن است این‌گونه استنباط شود که نظر قانون‌گذار صرفاً به اصحاب دعوی معطوف است و استفاده از ابزارهای الکترونیکی فقط برای اصحاب دعوی و وکلای آنان، دادرسی و سایر اشخاص دارای سمت در دادرسی مانند کارشناس و نیز شهود طرفین فراهم است و با عدم صراحت قانون نمی‌توان از حضور مجازی عموم در جلسات دادرسی دفاع نمود. اما به‌نظر می‌رسد این عقیده قابل رد باشد. منطقی اینجاست که حضور مجازی عموم در مقایسه با حضور مجازی اصحاب دعوی در دادرسی از محدودیت‌های کمتری برخوردار باشد. توضیح

آنکه یکی از مضرات دادرسی الکترونیکی که پیوسته محل نقد مخالفان این شیوه دادرسی قرار می‌گیرد این است که در دادرسی حضوری قاضی می‌تواند از نزدیک حالات و رفتار اصحاب دعوی یا شهود را مشاهده و از این طریق راه خود برای کشف حقیقت را تسهیل نماید. جایگزین هوشمندی و ذکاوت انسانی قاضی با ابزارهای دیجیتال این تالی فاسد را در پی دارد که دادرسی را از این موقعیت محروم می‌نماید و کشف حقیقت را دچار مخاطره می‌کند. این در حالی است که افراد جامعه که می‌خواهند در دادرسی حضور داشته باشند در مقایسه با اصحاب دعوی نقش منفعل‌تری در دادرسی دارند؛ آنان در دادرسی ذی‌نفع نیستند؛ تکلیفی به ارائه دلیل و ارائه توضیحات در ارتباط با پرونده ندارند و درک فیزیکی آنان از نزدیک توسط دادرسی برای کشف حقیقت بی‌معنی است. نظر به توضیحات فوق و با در نظر داشتن قیاس اولویت باید گفت وقتی امکان حضور مجازی اصحاب دعوی و شهود که بازیگران اصلی و پویای دادرسی هستند به رسمیت شناخته شده است به طریق اولی حضور مجازی عموم که بازیگران منفعل دادرسی به حساب می‌آیند از این حیث نباید با مانعی مواجه باشد. به علاوه با توجه به فلسفه وضع برخی قوانین و به‌کارگیری اصول تفسیر می‌توان این عقیده را تقویت نمود. بر اساس بند ۳۸ قانون احکام دائمی توسعه: «به‌منظور افزایش سرعت، صحت، کارایی و امنیت در ارائه خدمات حقوقی و قضائی و تحقق نظام جامع دادرسی الکترونیکی، قوه قضائیه مکلف است برای توسعه الکترونیک اطلاعات و ارتباطات قوه قضائیه، مراکز و سازمان‌های وابسته نسبت به تکمیل و روزآمد کردن داده‌ها و اطلاعات مرکز ملی داده‌های قوه قضائیه و توسعه خدمات این مرکز و استقرار کامل شبکه ملی عدالت اقدام کند». در این مقرر مهم قوه قضائیه مکلف به تحقق نظام جامع دادرسی الکترونیکی شده است. به نظر می‌رسد این نظام از منظر قانون‌گذار به این معنا است که این شیوه دادرسی باید به کیفیتی پایه‌ریزی شود که علی‌القاعده تمامی تشریفات و اصول حاکم بر دادرسی فیزیکی در آن اجرایی شود و اصحاب دعوی و نیز آحاد جامعه کلیه حقوق و اختیاراتی که در دادرسی فیزیکی دارند در این شیوه دادرسی نیز داشته باشند؛ به‌عبارت مختصر، دادرسی الکترونیکی نباید منتهی به تضییق دامنه اختیارات و حقوق دفاعی اصحاب دعوی و نیز افرادی شود که مایل به حضور در جلسه دادرسی هستند؛ بدیهی است

یکی از این اصولی که باید قوه قضائیه بستر مجازی تحقق آن را فراهم سازد علنی بودن دادرسی است و تنها در این صورت است که می‌توان از ایجاد و تحقق نظام جامع دادرسی الکترونیک سخن گفت. البته مداخله کارآمد اصحاب دعوی، وکلا، کارشناسان و نیز عموم در دادرسی الکترونیک در صورتی قابل تحقق است که ملزومات این نوع دادرسی مانند طراحی متناسب ساختار فیزیکی دادگاه، نصب امکانات انفورماتیک در اتاق دادگاه، آموزش قضات، نگهداری مناسب سیستم‌ها به درستی اجرا شود (مهرافشان، ۱۳۹۰، ص. ۱۲۵). پرسش مهمی دیگری که مطرح می‌شود نحوه حضور مردم در جلسات دادرسی از طریق فضای مجازی است. در این باره گفته شده است؛ در وضعیتی که در عین الکترونیکی بودن دادگاه مردم نیز می‌توانند در محیط دادگاه حضور فیزیکی داشته باشند مشکلی برای این اصل ایجاد نشده است بلکه مشکل در جایی است که در دادگاه‌های الکترونیک حضور مردم با ممنوعیت مواجه شود و آنها بتوانند فقط از طریق اینترنت جلسه دادگاه را به صورت هم‌زمان مشاهده کنند. ظاهراً در حالت اخیر نیز علنی بودن رعایت شده است ولی در واقع به نظر می‌رسد این‌گونه نیست. یعنی با حضور فیزیکی افراد در دادگاه نوعی فشار عمومی و ملموس بر مقامات دادگاه وارد است. تا به نوعی از خود رأیی آنها جلوگیری شود. به همین نحو این فشار عمومی ناشی از حضور فیزیکی که در حضور اینترنتی کمتر است بر شهود و طرفین دعوی نیز وارد است و تا حدی آنان را از خطا و دروغ دور نگه می‌دارد. با این اوصاف با وجود دادرسی الکترونیکی به نحوی که مردم از جلسه دادرسی بازداشته شوند، فلسفه علنی بودن دادگاه‌ها و این اصل قدیمی که امروزه هم می‌تواند کاربرد داشته باشد زیر سؤال می‌رود. در این زمینه پیشنهاد می‌شود که اصل مشاهده دادرسی از طریق اینترنت امری موازی در کنار امکان حضور فیزیکی افراد در دادگاه باشد؛ در بعد تقنینی اما قضیه به عکس نظر نویسنده فوق است؛ بر اساس ماده ۴ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی: «در صورت ایجاد و فراهم بودن امکانات لازم اقدامات الکترونیکی موضوع این آیین‌نامه با شرایط مقرر در سامانه رایانه‌ای و سامانه مخابراتی جایگزین اقدامات غیرالکترونیکی خواهد شد. اقدامات موازی در فضای غیرالکترونیک ممنوع است.» در مقام مقایسه می‌توان گفت محیط مجازی نه تنها خللی به علنی بودن

دادرسی نمی‌رساند بلکه در قیاس با حضور فیزیکی به نحو مناسب‌تری به اجرای این اصل کمک می‌کند. در حال حاضر به دلیل کمبود فضای محاکم عملاً اجرای اصل علنی بودن دادرسی و حضور نامحدود مردم در دادگاه غیرممکن است؛ از طرف دیگر بعد مسافت بین مکان دادگاه و محل زندگی فرد و تحمیل هزینه‌های سفر در بسیاری موارد باعث می‌شود که فرد از حضور در جلسه دادگاه منصرف شود. همچنین یکی از اهداف اساسی که باعث شده است بسیاری از کشورها به سمت الکترونیکی و مجازی کردن دادرسی گرایش پیدا کنند، کاهش حجم مراجعات حضوری به محاکم است. این در حالی است که می‌توان همه این خلأها را به کمک فضای مجازی پر کرد؛ به این معنا که عموم از طریق ابزارهای الکترونیک بتوانند به اطلاعات موردنظر خود دست یابند بدون اینکه محتاج مراجعه به دادگاه باشند. حقوق آمریکا در زمینه دسترسی عموم به آراء و اسناد دادگاه دارای مقررات روشنی است. برای مثال در ایالت ورمانت بر اساس مقررات دسترسی عموم به اسناد دادگاه‌ها مصوب می ۲۰۱۹ و در قسمت ۱۱ قاعده ۲ حق دسترسی عموم به این صورت تعریف شده است: «دسترسی عمومی یعنی حق هر شخصی برای مشاهده یا کپی یک سند بدون الزام به ارائه اطلاعات هویتی و یا ارائه دلیل برای توجیه دسترسی» در قسمت X همین قاعده سند این‌گونه تعریف شده است: «هر نوع کاغذ، نامه، نقشه، کتاب، سایر اسناد، نوار ضبط صوت، عکس، فیلم، ویدئو ضبط شده، رونوشت، اطلاعات گردآوری شده و سایر منابع خواه در شکل الکترونیک یا غیرالکترونیک که به صورت قانونی ایجاد یا دریافت شده است». در خصوص دسترسی از راه دور نیز در ادامه آمده است: «دسترسی از طریق اینترنت به وسیله یک رایانه یا سایر ابزارهای الکترونیک که خارج از شبکه اینترنتی دادگستری است». بر این اساس عموم می‌توانند از طریق ابزارهای الکترونیک به همه اسناد راجع به پرونده دسترسی پیدا کنند؛ البته استثنائاتی نیز در این باره وجود دارد؛ مانند دعاوی خانوادگی و دعاوی مربوط به نوجوانان که امکان دسترسی عموم از طریق اینترنت منع شده است.<sup>۱</sup> ایالت ایندیانا نیز دارای مقررات مشابهی است؛ بر این اساس، حق دسترسی عمومی به معنای فرایندی است که مطابق آن فرد می‌تواند اطلاعات مربوط به یک پرونده را مشاهده یا کپی کند بدون اینکه نیازمند ارائه دلیلی برای توجیه دسترسی باشد. این حق بدون مراجعه حضوری قابل اعمال است؛ حق دسترسی از راه دور به این معنا است که

فرد می‌تواند هر گونه سند الکترونیکی مرتبط با پرونده را از طریق ابزارهای الکترونیک مانند رایانه یا اینترنت مشاهده یا کپی کند. سابقه یا سند در این مقررات به معنای هر گونه سند، اطلاعات، داده‌ها یا هر موضوع دیگری است که توسط قاضی یا کارمند دادگاه در رابطه با یک دعوای خاص دریافت، ایجاد یا محافظت شده است ( Vermont (rules for public access to court records handbook, 2020, p. 6).

در حقوق ایران به موجب بند ب ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، اطلاعات شخصی مربوط به امور حقوقی در ردیف امور تجاری، شغلی، تحصیلی، اداری، مالی، در زمره اطلاعات شخصی احصا شده است. مطابق ماده ۹ همین آیین‌نامه، مؤسسات مشمول قانون، حق انتشار یا ارایه اطلاعات مربوط به حریم خصوصی و سایر موارد منع شده در قانون را ندارند مگر در مواردی که قوانین و مقررات، انتشار یا ارایه آنها را الزامی اعلام کرده باشد؛ اما به موجب بند ۵ ماده ۱۱ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰، قوه قضائیه مکلف است پایگاه اطلاعات آراء صادره قضائی را راه‌اندازی نماید. بر اساس بند ۶ نیز باید خلاصه اطلاعات کلیه پرونده‌های مطروحه در محلی مشخص در قوه قضائیه متمرکز و سرویس‌دهی اطلاعات لازم به کلیه دستگاه‌های نظارتی امکان‌پذیر گردد. بر اساس تبصره ماده صدرالذکر، آیین‌نامه این سامانه و زمان‌بندی اجرای آن و نیز موارد استثناء شامل موارد امنیتی، مصادیق خلاف اخلاق، عفت و نظم عمومی و اختلافات خانوادگی و نحوه دسترسی اشخاص و دستگاه‌های نظارتی و سایر موضوعات مرتبط، حداکثر ظرف سه ماه توسط وزیر دادگستری تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد. در این قانون برخلاف قوانین ورومانت و ایندیانا به صراحت اشاره‌ای به حق دسترسی عموم شهروندان نشده است اما با توجه به مبانی، منظور از وضع قانون و نیز ماهیت پایگاه اطلاعات آراء به‌نظر می‌رسد که اطلاعات این پایگاه علاوه بر طرفین دعوی و نهادهای نظارتی باید برای عموم مردم نیز قابل دسترس باشد. اشاره به اشخاص به نحو مطلق در تبصره ماده نیز این استنباط را تقویت می‌کند. علاوه بر این در دستورالعمل توسعه کاربری فناوری اطلاعات و ارتباطات قضائی و استقرار نرم‌افزار مدیریت پرونده قضائی اهدافی برای این دستورالعمل ذکر شده است که به‌طور



مستقیم با انتشار آراء و حق دسترسی عموم مرتبط است. برای مثال امکان انتشار آراء مراجع مختلف قضائی و قانونی برای بهره‌برداری مجامع علمی و قضات، وجود بانک اطلاعات مرکزی برای پیشینه همه پرونده‌های قضائی کشور، ایجاد شفافیت در دادرسی به عنوان برخی از اهداف نرم‌افزار مدیریت پرونده قضائی ذکر شده است. در ماده ۶۵۳ قانون آ.د.ک نیز قوه قضائیه مکلف شده است آراء صادره از محاکم را در صورتی که به تشخیص قاضی اجرای احکام خلاف عفت عمومی یا امنیت ملی نباشد به صورت برخط (برخط) برای تحلیل و نقد صاحب‌نظران و متخصصان با حفظ حریم خصوصی اشخاص از طریق درگاه ملی قوه قضائیه ارائه کند و آنها را روزآمد نگه دارد.

نکته قابل بررسی دیگر حضور آنلاین عموم در جلسات دادرسی است؛ حضور برخط اصحاب دعوی در جلسات داورى یا میانجیگری و نیز سازش خارج از دادگاه هم‌اکنون امر مرسومى است (Austin, 2017, p. 3). برگزاری جلسات محاکم به صورت برخط یکی از برنامه‌هایی بلند مدت دادگستری انگلستان است که بر اساس آن برخی دعاوی مدنی تا سال ۲۰۲۲ به صورت برخط برگزار خواهد شد. قاضی فولفورد در توجیه لزوم این برنامه گفته است که در جهان امروز مردم بسیاری از امورات زندگیشان را با ابزارهای الکترونیک مانند تلفن هوشمند، آی‌پد و مانند آن انجام می‌دهند. دادگستری نیز باید به انتظارات مردم برای استفاده از این ابزارها پاسخ دهد. قاضی لرد ولف نیز به‌عنوان بخشی از پروسه اصلاحات دعاوی مدنی از مقامات خواست که در محاکم مدنی فناوری‌های مورد نیاز برای رسیدگی برخط را ایجاد کنند. هم‌اکنون استفاده از اینترنت و ابزارهای الکترونیک در دادرسی شایع است؛ برای مثال در دادگاه شاهی بر اساس سیستم دیجیتالی طراحی شده برای این دادگاه<sup>۲</sup> افراد می‌توانند اسناد مورد نیاز را به صورت برخط به اشتراک بگذارند و هر آنچه که مجاز به دیدن آن هستند را به صورت برخط مطالعه کنند. تا ژوئن ۲۰۱۶ شش میلیون سند در این سامانه بارگذاری شده است (Rozenberg, 2017, p. 2). به نظر می‌رسد که در صورت برگزاری جلسات رسیدگی به صورت برخط، حضور مجازی عموم در جلسات دادرسی نیز در صورت فراهم بودن زیرساخت‌های فنی میسر باشد؛ زیرا همان‌طور که گفته شد عموم در قیاس با اصحاب دعوی نقش منفعلی در دادرسی دارند و وقتی امکان حضور برخط اصحاب دعوی که بازیگران اصلی دادرسی هستند پذیرفته شود به طریق اولی می‌توان این امکان را برای عموم نیز فراهم ساخت؛ اما باید در درجه اول زیرساخت‌های

فنی این کار به دقت طراحی شود مثلاً افراد ملزم شوند برای مشاهده جریان دادرسی به صورت برخط در سامانه مشخصی ثبت‌نام نمایند، هویت آنان به دقت احراز شود و هزینه‌های احتمالی آن را نیز پرداخت کنند. در این راستا مناسب است اشخاصی که تمایل دارند از طریق فضای مجازی در دادگاه شرکت کنند همانند اصحاب دعوی ملزم به ثبت‌نام در سامانه شوند تا نحوه شرکت در جلسه و زمان برگزاری جلسات از آن طریق به متقاضی ابلاغ شود. درخواست متقاضی بدو توسط دادرس مورد بررسی قرار می‌گیرد تا چنانچه جلسه موردنظر را از مصادیق استثنائات دادرسی علنی تشخیص ندهد آن را مورد پذیرش قرار دهد. در صورت پذیرش این درخواست توسط دادگاه، سپس زمان آن و نحوه حضور مجازی به متقاضی ابلاغ شود. مشارکت الکترونیکی در دادرسی هم اکنون در ماده ۶۵۹ ق.آ.دک پیش‌بینی شده است؛ بر این اساس: «به‌کارگیری سامانه‌های ویدئو کنفرانس و سایر سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی به منظور تحقیق از اصحاب دعوی، أخذ شهادت از شهود، نظریات کارشناسی در صورتی مجاز است که احراز هویت، اعتبار اظهارات فرد موردنظر و ثبت مطمئن سوابق صورت پذیرد.» این ماده که تحقیق به شیوه مجازی از اصحاب دعوی و شهود که ارکان اصلی دادرسی هستند را تجویز می‌کند، اگرچه اشاره‌ای به افراد غیر ذی‌سمت در دادرسی ندارد اما با توجه به مبانی وضع آن و نیز قیاس اولویت که قبلاً شرح آن گذشت، به اشخاص فاقد سمتی که قصد دارند از طریق فضای مجازی در محاکمه شرکت کنند نیز قابل تسری است. هم‌اکنون در برخی کشورها مانند آمریکا عموم امکان دسترسی به تقویم دادگاه‌ها؛ زمان و مکان برگزاری جلسه دادگاه و نیز موضوع جلسه را دارند و از این طریق می‌توانند دادگاهی که می‌خواهند در آن شرکت کنند را انتخاب نمایند. به‌تازگی دعوای امبر هرد علیه همسر سابقش جانی دپ با موضوع خشونت خانگی و مطالبه غرامت به‌صورت علنی برگزار شد با توجه به اینکه طرفین دعوا بازیگران مشهور هالیوود بودند مورد توجه خاص عموم و شبکه‌های اجتماعی شد ([www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)).

با توجه به اینکه در ماده ۶۵۹ ق.آ.دک؛ استفاده از سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی به صورت عام مجاز شناخته شده است، ضروری است که این سامانه‌ها برای تضمین تمام اصول بنیادین دادرسی و از جمله اصل دادرسی علنی بدون هر گونه محدودیتی به

کار گرفته شوند. از طرف دیگر، با توجه به تصریح اصل ۱۸۸ قانون اساسی به لزوم علنی بودن محاکمات، ضروری است که تمام اجزای دادرسی متصف به وصف علنی بودن باشد. برای تحقق این مطلوب، و بر اساس قاعده مقدمه واجب، واجب است؛ علی‌الاصول استفاده از فضای مجازی و سامانه‌های ارتباط الکترونیکی از آغاز تا پایان دادرسی و در تمام ابعاد و مراحل رسیدگی به یک دعوی، الزامی است. بر این اساس، دفاتر اوقات دادرسی محاکم، دستور جلسات، موضوع دعاوی، باید در بستر فضای مجازی و از طریق سامانه‌های ارتباط الکترونیک برای عموم قابل دسترس باشد. جلسات دادرسی با هر نوع دستور جلسه‌ای اعم از جلسه رسیدگی، جلسه استماع شهادت یا جرح یا تعدیل شهود، بررسی نظریه کارشناسی، سوگند و... نیز باید به همین کیفیت برای عموم قابل مشاهده و دسترسی باشد. دسترسی به اسناد و اوراق پرونده و نیز هویت دادرسی یا دادرسان دادگاه، هویت وکلای اصحاب دعوی و کارشناسان پرونده نیز باید از همین روند تبعیت کند. این رویه منحصر به محاکم بدوی نیست بلکه در مراحل تجدیدنظر و فرجام و در دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور و حتی در مراجع اختصاصی نیز باید مراعات شود. به‌طور کلی، تمام حقوقی که در محاکمات حضوری، عموم در پرتو حمایت اصل دادرسی علنی از آن برخوردار هستند در بستر فضای مجازی نیز باید برای آنان فراهم شود.

### ۳-۳. استثنائات اصل علنی بودن دادرسی

اصل علنی بودن دادرسی همچون بسیاری از اصول حقوقی دیگر به‌صورت مطلق باقی نمانده و در صورت تعارض با مصالح عالی‌تر عدول از آن تجویز شده است. به‌موجب قسمت اخیر اصل ۱۶۵ ق.ا.نیز در صورتی که به تشخیص دادگاه، علنی بودن محاکمه منافعی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد؛ جلسه محاکمه باید به‌صورت غیرعلنی برگزار شود. عفت عمومی درجه‌ای است از عفت که نوع مردم (نه عموم) علاقه به صیانت آن داشته باشند و تابع شرایط زمان و مکان است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص. ۴۳۵). عفت عمومی از جمله هنجارها و ارزش‌های است که جامعه رعایت آن را لازم می‌شمارد. در نتیجه، دعاوی مربوط به عفت عمومی معمولاً مربوط به مواردی است که جرائم ارتكابی نسبت به آن

هم جامعه را خشمگین می‌سازد و هم شرافت و حیثیت و عزت خانوادگی افراد را به خطر می‌اندازد (هاشمی، ۱۳۸۶، ص. ۶۱۲). در قواعد دسترسی به عدالت ایندیانا برخی مصادیق استثناء مانند تعقیب و پاییدن غیرقانونی یک فرد، تجاوز جنسی، خشونت خانوادگی که به عنوان استثنای اصل کلی دسترسی عمومی ذکر شده‌اند با اصطلاح کلی عفت عمومی در حقوق ایران قابل تطبیق است. در ایالت ورمانت یکی از استثنائات اصل کلی دسترسی عمومی، بر اساس قاعده 6.b(10) موضوع DNA یا اثبات نسب است. وقتی این آزمایش در یک پرونده خانوادگی مطرح می‌شود این موضوع بی‌نهایت حساس و شخصی است به اندازه‌ای که باعث می‌شود در موازنه بین مزایای علنی بودن دادرسی و حمایت از حریم خصوصی کفه ترازو به سمت حمایت از حریم خصوصی سنگین شود. اطلاعات راجع به سیاهه اموال و درآمدها در دعاوی خانوادگی و نیز اطلاعات پزشکی از دیگر استثنائات هستند. در خصوص اطلاعات پزشکی سابقاً مقررات این ایالت هر گونه اطلاعات پزشکی را جزء این استثنائات می‌دانست و قضات با تفسیری وسیع حتی صورتحساب خدمات پزشکی را غیر قابل دسترسی می‌دانستند؛ ولی در اصلاحات اخیر شرایطی برای منع دسترسی عموم به اطلاعات پزشکی مندرج در پرونده لحاظ شده است؛ باید آن سند به وسیله یک مسئول حرفه‌ای سلامت روانی یا جسمی ایجاد شده باشد، توصیف‌کننده نشانه‌های سلامت جسمی یا روحی فرد و تشخیص‌های پزشکی مرتبط و نیز توصیه‌های علمی مربوط به رفتار بیمار باشد ( Vermont rules for public access, 2019, p. 21).

موضوع دیگری که موجب جواز غیرعلنی بودن جلسه دادرسی است، نظم عمومی است. نظم عمومی، مجموعه قواعد الزامی حقوقی و قوانین و مقررات وابسته به حسن جریان امور لازم مربوط به اداره کشور و یا راجع به صیانت امنیت و اخلاق در روابط افراد مردم که اراده افراد جامعه در خلاف جهت آنها بی‌تأثیر است می‌باشد. این قواعد به‌رغم اینکه عموماً در قوانین کشوری مندرج است اما ضرورتاً لباس قانون بر تن ندارد (ابدالی و عیسایی تفرشی، ۱۳۸۳، ص. ۳). به‌واقع، هر جا به نظم عمومی استناد می‌شود، قاعده‌ای مورد گفتگو است که با مصالح عالی دولت و نفع عموم ارتباط دارد و به همین دلیل باید بر قاعده دیگری که بیشتر جنبه خصوصی دارد حکومت کند

(کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۲۵۴). واضح است که تبادل اسناد به شیوه الکترونیک در صورتی امکان‌پذیر است که نخست ادله سنتی برای مثال خلاصه پرونده ثبتی یک ملک معین در اداره ثبت یا محتویات پرونده اخذ تسهیلات در یک بانک دولتی در قالب الکترونیک تعریف شود. به این معنا که در قالب دیجیتالی یا رقومی ایجاد یا ذخیره شده باشد؛ خواه از رایانه برای انجام کاری استفاده شده یا اینکه به‌طور خودکار عمل کرده باشد (Chung, 1998, p. 5). این اسناد سپس از طریق واسطه‌های الکترونیکی به دادگاه یا مراجع ذی‌صلاح دیگر قابل انتقال است. این شیوه انتقال در قیاس با انتقال سنتی اسناد مانند سپردن نامه به اداره پست از سهولت و سرعت بسیار بیشتری برخوردار است اما به همان میزان خطرات آن نیز بیشتر است. در واقع داده‌های رایانه‌ای در مقایسه با اسناد کاغذی بیشتر در معرض دسترسی غیرمجاز هستند؛ چراکه ممکن است از طریق اینترنت برای افراد مختلفی قابل دسترسی باشند. همچنین این اسناد با فناوری‌های نوین ارتباط گسترده‌ای دارند. به علت نقش دانش اینترنتی در تهیه و ایجاد چنین اسنادی می‌توان متصور شد که جعل و دستکاری در این اسناد خطرناک‌تر و پیامدهای منفی بیشتری دارد فلذا باید متخصصان لازم برای احراز اصالت این اسناد در دستگاه قضایی موجود باشد. نکته دیگری که باید بدان توجه کرد نقش مهم حفظ حریم خصوصی اسناد الکترونیکی در فضای مجازی است. این امر به‌ویژه در زمینه سوءاستفاده از این اسناد مهم می‌نماید. در دادرسی غیرمجازی همان‌طور که فوقاً بیان شد در صورتی که ابراز سند با مصالح سیاسی کشور یا نظم عمومی منافات داشته باشد آن سند قابل ارائه به دادگاه نخواهد بود؛ علاوه بر این تحویل اسناد سری باید با اجازه رئیس قوه قضائیه باشد. در دادرسی مجازی نیز اولاً باید تلاش شود شبکه مورد استفاده از نظر ایمنی و مقابله با خطر هک به‌قدری قدرتمند باشد که این خطرات به حداقل ممکن تقلیل یابد؛ همچنین همچون دادرسی غیر الکترونیک ارائه اسناد سری باید با اجازه رئیس قوه قضائیه باشد و در مواردی که ابراز سند با مصالح سیاسی و نظم عمومی مابینت داشته باشد آن سند در بستر مجازی نیز همانند بستر فیزیکی قابل ارائه نخواهد بود؛ زیرا همان‌طور که گفته شد دادرسی الکترونیکی تفاوت جوهری و مادی با دادرسی عادی ندارد و از همان اصول و محدودیت‌ها تبعیت می‌کند. در مورد تبادل سایر اسناد الکترونیکی یعنی اسنادی که ارائه شکل غیرالکترونیک آن آسیبی به مصالح

سیاسی یا نظم عمومی وارد نمی‌کند نیز رعایت تمهیدات امنیتی ضروری است. ماده ۶۵۵ قانون آ.د.ک نیز در تأیید لزوم رعایت ایمنی در تبادل مجازی اشعار می‌دارد: «در هر مورد که به موجب قوانین آیین دادرسی و سایر قوانین و مقررات موضوعه اعم از حقوقی و کیفری؛ سند، نوشته، برگه اجرائیه، اوراق رأی، امضاء، اثرانگشت، ابلاغ اوراق قضائی، اعلام نشانی و مانند آن لازم باشد، صورت الکترونیکی یا محتوای الکترونیکی آن حسب مورد با رعایت سازوکارهای امنیتی مذکور در مواد این قانون و تبصره‌های آن کافی و معتبر است». بنابراین طراحی سامانه ایمن که خطر هک و سرقت اطلاعات را متفی یا به ضعیف‌ترین حد ممکن تقلیل دهد پیش شرط اساسی تبادل اسناد الکترونیکی است. در مقررات دسترسی به عدالت ایندیانا نیز برخی اسناد و اطلاعات از شمول اصل کلی دسترسی عمومی خارج شده‌اند. بر این اساس دسترسی اینترنتی به اسناد مرتبط با پرونده برای عموم غیرممکن است؛ در صورتی که بر اساس قانون یا دستور دادگاه اسناد محرمانه تشخیص داده شود یا موضوع پرونده بررسی سلامت روانی افراد باشد؛ همچنین دسترسی به شماره‌های خصوصی و امنیتی اشخاص زنده مرتبط با پرونده، اطلاعات مربوط به اقامتگاه مانند: آدرس اینترنتی، شماره تماس، تاریخ تولد که منجر به افشای هویت فرد شود بر اساس این مقررات ممنوع است. علاوه بر این دسترسی به مشخصات فردی شهود و مجنی‌علهیم در پرونده‌های کیفری، خشونت خانگی، تعرض جنسی، اطلاعات مربوط به محل اقامت قاضی و کارمندان دادگاه مگر در مواردی که آنان این حق محرمانگی را ساقط کرده باشند، شماره حساب تسهیلات بانکی، قرارداد وام، کارت اعتباری، منع شده است (Kay Hudson, 2020, p. 14). نکته دیگری که باید به آن توجه داشت این است که دلایل موجهه حکم، مشمول استثنائات کمتری نسبت به علنی بودن فرایند رسیدگی است. در حقیقت، حتی در مواردی که به دلایل مصرح، فرایند رسیدگی به صورت غیرعلنی باشد، حکم صادره و دلایل موجهه آن باید به صورت علنی اعلان شود (قاری سید فاطمی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۰). در کمیسیون حقوق بشر به هنگام بحث درباره موضوع علنی بودن محاکمه به شرایط و عواملی اشاره شد که ممکن است برپایی یک دادرسی سری را توجیه کند اما هرگز مقتضی پنهان داشتن حکم نیست. بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و زمینه

تاریخی آن به روشنی گویای این مطلب است. به موجب این مقرر هر حکم صادره در یک پرونده مدنی یا کیفری باید علنی باشد. هدف از اعلان علنی حکم همان کنترل اجرای عدالت توسط مردم است؛ زیرا امکان ارزیابی احکام را برای هر کس فراهم می‌کند و این مقصود می‌تواند با ابراز شفاهی حکم در جلسه علنی دادگاه یا با انتشار حکم کتبی و یا هر دو طریق تأمین شود (فضائل، ۱۳۸۹، ص. ۳۲۴).

تقاضای اصحاب دعوی در دعاوی خصوصی از دیگر مواردی است که مجوز برگزاری غیرعلنی جلسه دادرسی است، این قاعده در دادرسی معمول و نیز الکترونیکی لازم‌الرعایه است؛ النهایه از آنجا که در حضور مجازی ممکن است اصحاب دعوی از هویت متقاضیان حضور در جلسه بی‌اطلاع باشند باید هویت آنان به اطلاع اصحاب دعوی برسد تا در صورتی که حضور آنان را مخالف مصالح خود بدانند با توافق یکدیگر از دادگاه درخواست برگزاری غیرعلنی جلسه دادرسی را بنمایند. این ترتیب به ویژه در دعاوی مربوط به اسرار تجاری و حرفه‌ای با حفظ محرمانگی داده‌ها و اسرار تجاری و اقتصادی که طرفین نظر به عدم افشای آن دارند به نحو مناسبی حقوق اصحاب دعوی را تأمین می‌کند.

### نتیجه گیری

عمدتاً علنی بودن دادرسی به استماع دعوی در منظر عموم اطلاق می‌شود، به گونه‌ای که فرایند رسیدگی و استماع در دادگاه برای عموم قابل ملاحظه باشد. تعاریف فوق دارای ایراد مشترکی هستند و آن محدود ساختن علنی بودن دادرسی به آزادی ورود و خروج به جلسه دادگاه است. اما به نظر می‌رسد که اصل دادرسی علنی دارای معنای وسیع‌تری است. بر این اساس جریان دعوی و مجادلات اصحاب دعوی اصولاً باید علنی و غیرسری برگزار شود و رأی که صادر می‌شود نیز در اختیار عموم گذاشته شود.

اصل علنی بودن دادرسی موقعیتی ممتاز در میان سایر اصول دادرسی مدنی دارد زیرا امکان نظارت عمومی بر آیین احقاق حق را فراهم می‌نماید و دادرسی در سایه این نظارت بیش از پیش به انجام دادرسی منصفانه و رعایت اصول و قواعد آمره دادرسی اهتمام می‌ورزد. در فقه امامیه نیز مؤیدات محکمی بر لزوم دادرسی علنی مانند منع گماشتن حاجب و لزوم تشکیل دادگاه در مکانی که در دید عموم باشد، به چشم

می‌خورد. در عصر حاضر به دلیل کمبود فضای فیزیکی در محاکم، بعد مسافت بین محل زندگی متقاضی و محل تشکیل جلسه و نیز ملاحظات امنیتی تا حد زیادی اجرای اصل علنی بودن دادرسی به فراموشی سپرده شده است اما توجه به ابزارهای مخابراتی و مجازی کنونی می‌تواند به احیای این اصل با سهولت و هزینه کمتر منتهی شود. این امکان مبادی هم با شرع انور ندارد زیرا دادرسی مجازی و الکترونیکی تفاوت ماهیتی با دادرسی معمول ندارد و صرفاً تشریفات و آیین برگزاری این دو در برخی جهات متفاوت است؛ ادله مشعر بر لزوم دادرسی علنی نیز از این حیث اطلاق و عمومیت داشته و منحصر به حضور فیزیکی در محاکمات حضوری نیست. بنای عقلاء به انضمام عدم منع و ردع شارع نیز این رویه را تأیید می‌کند؛ به عبارت دیگر هر ابزاری که به تحقق دادرسی علنی مساعدت نماید همسو با ادله فقهی بوده و از این حیث مورد تأیید شارع است زیرا در عصر حاضر با توجه به افزایش جمعیت و بزرگ بودن شهرها نمی‌توان آن‌گونه که در فقه امامیه تأکید شده است، با تشکیل دادگاه در مکان بارز و منع حاجب به تحقق دادرسی علنی امیدوار بود و این خلأ اکنون با استفاده از فضای مجازی قابل رفع است. در بعد تقنینی اما مقررات مربوط از صراحت کافی درباره جواز حضور مجازی عموم در محاکمات برخوردار نیست و این مقررات صرفاً در مقام بیان نحوه حضور مجازی اصحاب دعوی و شهود در دادرسی هستند اما با توجه به برخی مقررات مانند بند ت ماده ۳۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، که ایجاد نظام جامع دادرسی الکترونیک را به عنوان یک هدف اساسی دادگستری تعریف کرده است؛ می‌توان از حضور مجازی عموم در دادرسی دفاع کرد؛ زیرا اگر اصحاب دعوی و نیز شهود که محور اصلی دادرسی بوده و نقش فعال در دادرسی دارند بتوانند از طریق فضای مجازی در دادرسی شرکت کنند و دادرس بدون درک فیزیکی آنان مکلف به قضاوت و کشف حقیقت شود به طریق اولی عموم که به نسبت اصحاب دعوی واجد نقش منفعل‌تری هستند نیز می‌توانند به صورت مجازی ناظر دادرسی باشند. ماده ۶۵۹ قانون آ.د.ک نیز که استفاده از سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی به منظور تحقیق از اصحاب دعوی، أخذ شهادت از شهود یا نظرات کارشناسی با احراز هویت و ثبت سوابق را مجاز دانسته و قیاس اولویت نیز این استنباط را تقویت می‌کند. دسترسی به این هدف مهم نیز بسته به



آن است که نخست زیرساخت‌های فنی متناسب برای این کار فراهم شود و مکان‌های مشخصی برای این کار در نظر گرفته شود به گونه‌ای که متقاضی ابتدا درخواست خود را به محکمه ارسال و پس از بررسی توسط دادرس و احراز اینکه دعوی مطروحه از مصادیق استثنائات اصل علنی بودن دادرسی نیست فرد با حضور در این دفاتر و احراز هویت کامل پس از اخذ امضای الکترونیکی و کد رهگیری بتواند به صورت برخط روند محاکمه را مشاهده نماید؛ علاوه بر این در بُعد تقنینی در مقررات دادرسی الکترونیکی و رایانه‌ای باید به صراحت امکان حضور مجازی عموم در دادرسی مورد اشاره قرار گیرد. همچنین مقدمات حضور مانند زمان و نحوه ثبت الکترونیک درخواست حضور در جلسه، تعداد افرادی که می‌توانند در هر جلسه دادگاه حاضر شوند، هزینه‌های احتمالی، نحوه حضور، مکانی که فرد متقاضی می‌تواند برای حضور مجازی انتخاب کند، استثنائات این اصل و موارد ممنوع بودن حضور مجازی به روشنی تبیین شود.

#### یادداشت‌ها

1. Vermont rules for public access, 2019
2. DCS (Digital Case System)

#### کتابنامه

- آقایاری، محمد؛ کریمی، عباس و السان، مصطفی (۱۳۹۵). تشریفات دادرسی مدنی الکترونیکی. فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، سال نهم، (۳۴)، صص. ۲۲۹-۲۵۰.
- ابدالی، مهرزاد و عیسایی تفرشی، محمد (۱۳۸۳). بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه و ایران و انگلیس. فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوق، (۳۷)، صص. ۱-۲۲.
- ابن ادریس حلی، محمد بن احمد (بی تا). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). المذهب. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). الوسیله. الطبعة الاولى، قم: مکتبه آیه الله مرعشی نجفی.
- پوراستاد، مجید و افسر، گلنوش (۱۳۸۹). گزارش سفر به کنفرانس عدالت الکترونیکی

- مجارستان. مجله کانون وکلا، (۲۱۰)، صص. ۳۱-۵۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). *دائرةالمعارف علوم اسلامی قضایی*. ج ۱، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. ج ۴، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. ج ۲، تهران: گنج دانش.
- حسینی نژاد، سید مجتبی (۱۳۹۶). تحلیل حجیت بنای عقلاء با رویکردی در مسائل مستحدثه. *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال سیزدهم، (۴۸)، صص. ۳۷-۶۲.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۰). *مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- زرکلام، ستار (۱۳۹۱). *دادرسی الکترونیکی؛ ضرورت‌ها، الزامات و چالش‌ها*. آموزه‌های حقوق کیفری، (۳)، صص. ۱۲۹-۱۵۰.
- سرخوش، بهنام و داودی گرمارودی، هما (۱۳۹۸). بررسی فقهی تشکیل جلسه دادرسی به صورت الکترونیکی. *تحقیقات حقوقی ایران و بین‌الملل*، سال دوازدهم، (۴۳)، صص. ۵۵-۷۹.
- سنگلچی، محمد (۱۳۸۱). *آیین دادرسی در اسلام*. قزوین: انتشارات حدیث امروز.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۲). *آیین دادرسی مدنی*. تهران: انتشارات میزان.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۹۸۱م). *جواهر الکلام*. بیروت: انتشارات دار احیاء التراث العربی.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۸۶). *ترجمه تفسیر المیزان*. ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۸). *المبسوط فی فقه الامامیه*. تهران: محمدباقر بهبودی.
- غمامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۸۵). اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی. *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، (۷۴)، صص. ۲۶۵-۲۹۶.
- فضائلی، مصطفی (۱۳۸۹). *دادرسی عادلانه*. تهران: انتشارات شهر دانش.
- قاری سید فاطمی، محمد (۱۳۹۰). *حقوق بشر در جهان معاصر*. دفتر دوم، تهران: شهردانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *فلسفه حقوق*. جلد ۲ و ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، حسن (۱۳۸۹). *فن اداره جریان دادرسی مدنی، سازماندهی دادرسی در قالب اصول*

دادرسی. فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۴۰(۴)، صص. ۳۵۳-۳۶۸.  
محسنی، حسن (۱۳۹۱). آیین دادرسی مدنی فرانسه. تهران: شرکت سهامی انتشار.  
مهرافشان، علیرضا (۱۳۹۰). دادرسی مجازی، مفهومی نوین در عدالت قضایی. مطالعات فقه و  
حقوق اسلامی، سال سوم، (۵)، صص. ۱۱۹-۱۴۷.  
هاشمی، سید جعفر (۱۳۷۸). بررسی تطبیقی اصول محاکمات مدنی در قوانین اساسی  
مشروطیت و جمهوری اسلامی ایران. تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.  
هاشمی، سید محمد (۱۳۸۶). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد دوم، تهران: نشر میزان.

Austin, Charlotte (2017). *Online dispute resolution*. Victoria university of wellington.  
Groniger Ian, Fealy Michael (2000). *The civil procedures rules in Action*. Second Edition.  
Kay Hudson, Mary (2020). *Public access to court records handbook*. Edition, available at: [www.in.gov/courts/rules](http://www.in.gov/courts/rules).  
Rozenberg, goshua (2017). *Justice online : just as good?* Gresham College.  
Scott v scott (1913). Available at: [swarb.co.uk](http://swarb.co.uk).  
Vermont rules for public access to court records and abrogating the rules governing dissemination of electronic case records, available at: [vermontjudiciary.org](http://vermontjudiciary.org).  
[www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)

## واکاوی انسجام‌گرایی و مبنای‌گرایی در نظریات حقوقی: تحلیل موردی «نظریه جرم‌انگاری»

سلمان عمرانی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۰۶

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

مسئله مهمی که در تحلیل مبانی نظری حقوقی مورد غفلت قرار گرفته است، تحلیل معرفت‌شناختی و توصیف ساختار نظری این علم است. به اعتقاد برخی حقوق‌دانان، دانش حقوق دانشی است مستقل که مفاهیم و مبانی خویش را خود تعریف می‌کند؛ در مقابل برخی معتقدند که حقوق و شاخه‌های آن علی‌رغم استقلال روشی، در تعریف و تبیین مفاهیم و مبانی بنیادین خود، به ناچار ملتزم به تبعیت از تعاریف ارائه شده از سوی سایر علوم است. با تعریفی که نظریه‌های توجیه از ساختار دانش ارائه کرده‌اند، گروه نخست در دایره «انسجام‌گرایان» قابل توصیف‌اند و گروه دوم را می‌توان بر اساس معیارهای «مبنای‌گرایان» مورد تحلیل قرار داد. در این مقاله کوشش شده است ابتدا جلوه‌هایی از رویکردهای انسجام‌گرایی و مبنای‌گرایی در نظریه‌های حقوقی واکاوی و ارزیابی شود و سپس تأثیر اتخاذ هر یک از این دو رویکرد در تحلیل نظریه جرم‌انگاری مورد مذاقه قرار گیرد. از آنجاکه نظریه‌های جرم‌انگاری متکفل حمایت از ارزش‌های اساسی جامعه و تنظیم رابطه قهرآمیز دولت و انسان، «تحدید» یا «حمایت» از «آزادی»‌های افراد از طریق استفاده از «قدرت» و قوه قاهره است، تحلیل ساختار معرفت‌شناختی آن دارای آثار و ابعاد شایان توجهی است. نتیجه آنکه اگر با رویکرد انسجام‌گرایانه ساختار جرم‌انگاری تحلیل شود، ایراداتی نظیر «فقدان درون‌داد»، «تسلسل نامتناهی» و چالش‌های توجیه گزاره‌های برون‌حقوقی بروز خواهد کرد. در مقابل، تحلیل مبنای‌گرایانه جرم‌انگاری موجب می‌شود تا علاوه بر «توجیه پایه‌های غیرحقوقی جرم‌انگاری» و «تبارشناسی هر نظریه جرم‌انگاری»، بتوان نظریه «محدودیت‌های اخلاقی حقوق کیفری فاینبرگ» را فاقد توجیه قلمداد کرد و مردود دانست.

واژگان کلیدی: فلسفه حقوق، جرم‌انگاری، نظریه‌های توجیه، انسجام‌گرایی، مبنای‌گرایی.

\* استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.  
emrani@isu.ac.ir

## مقدمه

تحلیل نظریه «جرم‌انگاری» و «ماهیت جرم» مستلزم فهم ماهیت معرفت‌شناختی آن است. فقدان این نگاه موجب شده است تحلیل‌های متفاوت و غیرقابل جمعی از مبانی نظریه جرم‌انگاری ارائه شود. برخی سعی دارند از ماهیت اخلاقی نظریه جرم‌انگاری سخن گویند و هر نوع محدودسازی رفتارها و تعیین کیفر در ازای ارتکاب را نیازمند توجیه اخلاقی بدانند. برخی دیگر آن را در چارچوب مفاهیم و مبانی حقوقی تعریف کرده و آن را امری درون‌حقوقی قلمداد می‌کنند. گروهی هم به سبب جایگاه دولت و قدرت در فرایند جرم‌انگاری، از ماهیت سیاسی آن سخن رانده‌اند. ارزیابی هر یک از این رویکردها از مبانی نظریه جرم‌انگاری مستلزم ماهیت‌سنجی جرم و جرم‌انگاری است. «جرم‌انگاری» به جهت آنکه متکفل حمایت از ارزش‌های اساسی جامعه و تنظیم رابطه قهرآمیز دولت و شخص است، ناگزیر از بهره‌گیری از دستاوردهای انسان‌شناختی، جامعه‌شناختی، روان‌شناختی، اخلاقی و سیاسی است. تأمل در ماهیت جرم‌انگاری نیازمند موضع‌گیری درباره ماهیت و قلمرو «آزادی»، «دولت»، «قدرت»، «اصالت فرد یا اجتماع» و «حسن و قبح رفتاری» است. اما این تأمل معرفت‌شناختی و توجیه مبانی جرم‌انگاری در چه چارچوب معرفتی قابل بررسی است؟ چگونه می‌توان از میان این گزاره‌های بنیادین، نسبتی توجیه‌پذیر با جرم‌انگاری ارائه کرد؟ نسبت میان گزاره‌های معرفتی حقوقی و برون‌حقوقی در زمینه جرم‌انگاری با کدام نظریه‌های توجیه - که تبیین‌کننده نسبت گزاره‌ها به یکدیگر است - قابل تحلیل است؟ حقوق‌دانان چه پاسخی برای توجیه این رابطه دارند؟

پاسخ این پرسش معرفت‌شناختی، از رهگذار بهره‌گیری از آموزه‌های معرفت‌شناختی و چیستی دانش قابل فهم است. «نظریه‌های توجیه<sup>۱</sup>» در مقام تبیین ساختار معرفت، می‌کوشند تا فرایند موجه‌سازی گزاره‌های خبری علمی را تحلیل کرده و راه رسیدن از معلومات به مجهولات را روشن سازند. رد پای نظریه‌های توجیه را می‌توان در میان سطور نوشته‌های نیل مک‌کورمیک و رونالد دورکین جستجو کرد. این دو به نحو شفاف‌تری گرایش خود به «انسجام‌گرایی» در تحلیل ساختار معرفت حقوقی را بیان داشتند و از «مبناگرایی» در تحلیل مبانی اجتناب کردند. در سوی مقابل، افرادی نظیر هانس کلسن و جرج فلچر با تأکید بر ساختار مبناگرایانه حقوق، تحلیل هر قاعده

حقوقی را از رهگذار مبنای‌گرایی معرفتی ممکن دانسته‌اند.

حال این پرسش مطرح می‌شود که برای نظریه‌پردازی در حوزه جرم‌انگاری و توجیه عناصر تشکیل‌دهنده آن، می‌توان از ساختار انسجام‌گرایانه استفاده کرد؟ حتی اگر نظریه انسجام‌گرایی معرفتی در علم حقوق قابل اعمال باشد، آیا در خصوص جرم‌انگاری نیز قابل تسری است؟ تمسک به انسجام‌گرایی در توجیه نظریه جرم‌انگاری دارای چه چالش‌های معرفت‌شناختی است؟ در مقابل، مبنای‌گرایی معرفتی، چه ظرفیتی در تبیین و توجیه نظریه جرم‌انگاری دارد؟ در این مقاله کوشش شده تا در ابتدا (الف)، جلوه‌های انسجام‌گرایی در نظریه‌پردازی حقوقی تبیین شده و سپس آثار این رویکرد در تبیین نظریه جرم‌انگاری مورد نقد و ارزیابی قرار گیرد. سپس (ب) نمونه‌هایی از مبنای‌گرایی در نظریه‌های حقوقی ارائه شده و در پی آن به آثار اتخاذ این رویکرد در توجیه نظریه جرم‌انگاری پرداخته شود.

#### ۱. ساختار مبتنی بر انسجام: رویکرد درون‌حقوقی

یکی از نظریه‌های توجیه معرفت، «نظریه انسجام‌گرایی»<sup>۲</sup> است که بر اساس آن گزاره‌های معرفت به صورت عرضی توجیه می‌شوند و هیچ گزاره‌ای نسبت به گزاره دیگر دارای تقدم و تأخر و اولویت نیست. انسجام‌گرایی به منزله نظریه توجیه معرفتی<sup>۳</sup>، بیانگر آن است که یک باور زمانی موجه است که با مجموعه باورها هماهنگ و سازگار باشد. ارزش هر باور بسته به نقش آن در میان باورهای یک مجموعه دارد. اگر انسجام یک مجموعه از طریق حذف یک باور و جانشین کردن باور مقابل آن افزایش یابد، آن باور موجه نیست و اگر مجموعه‌ای با ورود یک باور به جای باور بدیل، هماهنگ شود، آن باور موجه است (گریلینگ، ۱۳۹۰، ص. ۳۶). این نظریه، جلوه‌هایی در نظریه‌های فلسفی حقوق - خصوصاً نظریه‌های ناظر به نظام حقوقی کامن‌لا - بروز داده است. نظریه‌های حقوقی مزبور، غالباً بدون عنایت به نظریه انسجام‌گرایی معرفتی، در بیان فرایند استدلال حقوقی از همان استدلال‌های طرفداران انسجام‌گرایی معرفتی بهره جسته‌اند.

#### ۱-۱. جلوه‌های انسجام‌گرایی در استدلال حقوقی: «کرس» و «راز»

یکی از زمینه‌هایی که در فلسفه حقوق از نظریه‌های معرفت‌شناختی تأثیر پذیرفته و یا

ناخودآگاه به یافته‌های آن نزدیک شده است، موضوع استدلال حقوقی است. در مباحث مطروحه ذیل استدلال حقوقی از انسجام در مقام استدلال یاد شده است اما ضروری است تا نسبت آن با انسجام معرفت‌شناختی بررسی شود.

اغلب نویسندگان حقوقی که در زمینه ماهیت استدلال حقوقی دست به قلم برده‌اند - بی‌آنکه ورودی به مسائل معرفت‌شناختی داشته باشند - استفاده از قواعد منطقی در حقوق را مورد توجه قرار داده‌اند. اما در میان آثار متأخر نمونه‌هایی به چشم می‌خورد که با استفاده از ادبیات دانش معرفت‌شناسی، به عنوان دانش‌ها، استدلال و تحلیل گزاره‌های حقوقی را بررسی کرده‌اند (Laudan, 2006, p. 23).

کینت کرس، از نظریه‌پردازان صاحب‌نظر در این حوزه، تبیین جامعی از انسجام معرفتی در دانش حقوق ارائه کرده است. به نوشته وی، پذیرش انسجام در استدلال حقوقی موجب خواهد شد تا حقوق و گزاره‌های آن را همچون شبکه‌ای به هم پیوسته بدانیم، که همچون یک کلیت واحد بروز و ظهور می‌یابد. پذیرش انسجام موجب می‌شود تا سوابق قضائی به منزله هسته جاذبه نظریات حقوقی عمل کرده و همه گزاره‌ها و تفاسیر را حول خویش گرد آورد (Kress, 1984). مهم‌ترین اثری که وی برای انسجام معرفت‌شناختی در حقوق برمی‌شمرد آن است که چنین فرضی، همه گزاره‌های حقوقی همچون مخاطبان حقوق، به صورت برابر مورد توجه قرار خواهند گرفت (Kress, 1984).

در واقع، از منظر انسجام‌گرایی، حقوق به مثابه یک کل واحدی است - همچون عام مجموعی - که همه گزاره‌های آن در کنار یکدیگر هویت می‌یابند و هر گزاره و قاعده حقوقی بخشی از هویت واحد حقوق را تشکیل داده و هیچ‌یک بر دیگری برتری ندارد. به همین جهت یک استدلال حقوقی در صورتی موجه خواهد بود که با قواعد و گزاره‌های حقوقی موجود در منظومه نظام حقوقی سازگار باشد.

جوزف راز نیز نگاه ویژه‌ای در تحلیل انسجام‌گرایی حقوقی دارد. او با طرح نظریه «انسجام بنیادین» از انسجام میان هنجارها، قواعد، استانداردها، دکترین‌ها و اصول حقوقی طرفداری کرده است (Raz, 1994, p. 272). به عقیده وی نظریه انسجام‌گرایی معرفت‌شناختی، ناظر به «باور» است و این «باور»ها یک مسئله درونی نسبت به هر فرد است و اگر همین رویکرد به حقوق تسری یابد، در واقع اذعان شده که حقوق مبتنی بر

نگاه فردی مقامات مؤثر در تولید قواعد و تصمیم‌های حقوقی است ( Raz, 1994, p. 274). وی با نقد این نظر معتقد است که باید نوعی انسجام‌گرایی ویژه حقوق تعریف شود که شبهه فردی بودن تصمیمات حقوقی را نفی کند. به همین جهت او از نظریه «انسجام بنیادین» خویش دفاع می‌کند که از مفهوم «باور» تهی است، تا آنجا که در نظریه‌اش تنها به انسجام میان قواعد و اصول و تصمیمات محاکم پرداخته می‌شود (Raz, 1994, p. 274).

با این حال، نظریه جوزف راز مورد انتقاد فیلسوفان حقوق‌خوانده قرار گرفته، تا جایی که او را به عدم درک صحیح نظریه انسجام‌گرایی معرفت‌شناختی متهم کرده‌اند (Rodriguez-Blanco, 2001). آنان همچنین معتقدند که راز در حالی - به نادرستی - انسجام‌گرایی معرفت‌شناختی را مورد تردید قرار می‌دهد که خود مجدداً در نظریه خویش همان انسجام‌گرایی معرفتی را تئوریزه کرده و مورد دفاع قرار می‌دهد (Rodriguez-Blanco, 2001).

به هر روی، انسجام‌گرایی در استدلال، مفهومی است که از سوی برخی فلاسفه حقوق مورد توجه قرار گرفته و در حواشی آن بحث‌های نظری عمیقی شکل گرفته و زمینه را برای کاربری آن در تحلیل مبانی جرم‌انگاری فراهم آورده است.

#### ۱-۲. جلوه‌های انسجام‌گرایی در تفسیر حقوقی: «مک کورمیک» و «دورکین»

از جمله کسانی که به مسئله انسجام در تفسیر متون و قواعد حقوقی پرداخته‌اند، می‌توان از نیل مک کورمیک و رونالد دورکین یاد کرد. از نظر مک کورمیک، انسجام در تفسیر حقوقی عبارت از این است که متون و قواعد حقوقی به گونه‌ای تفسیر شوند که در مجموع همه عبارات نشان‌دهنده یک منطق و خرد کلی واحد بوده و حکمت حقوقی از آن احساس شود (MacCormick, 1978, p. 152). از منظر وی، قانون‌گذار باید در هنگام وضع قانون یک‌سری قواعد و اصول را مورد توجه قرار داده و قضات نیز در هنگام تفسیر متون حقوقی همان اصول را به‌عنوان پیش‌فرض مورد توجه قرار دهند (Schiavello, 2001). او با دقتی فلسفی، تمایز میان «سازگاری» و «انسجام» را مورد توجه قرار داد و انسجام در تفسیر را سرلوحه نظریه‌های خویش قرار داد.<sup>۴</sup>

نکته‌ای که در اندیشه مک کورمیک به چشم می‌خورد، فقدان نگاه ارزشی او به



مسئله انسجام است. به باور وی، صرف وجود انسجام در تفسیر متون و قواعد حقوقی به معنی خوب یا بد بودن آن نیست و نمی‌توان به صرف برقراری آن، بار ارزشی مثبت یا منفی بر آن مترتب کرد (Schiavello, 2001). دیگر اینکه انسجام در تفسیر متون حقوقی منجر به نتیجه منحصر به فرد نخواهد شد، بلکه ممکن است در عین برقراری انسجام تفسیری، تصمیمات قضائی متفاوتی از سوی قضات صادر شود. به همین جهت، انسجام منجر به پاسخ واحد نخواهد شد و عملاً عدم تعیین را در پی خواهد داشت (Schiavello, 2001). به باور وی، می‌توان همزمان چندین پاسخ به یک چالش حقوقی ارائه کرد، در حالی که همه این پاسخ‌ها در انسجام با مجموعه گزاره‌ها است.

رونالد دورکین نیز نظریه «حقوق به مثابه کل یکپارچه» را با نگاه به انسجام در تفسیر حقوقی بنیاد نهاد. دورکین با نظر داشت به ماهیت سیاسی حکومت و جایگاه اخلاق، معتقد است که سه نوع نگرش به تفسیر حقوقی می‌توان داشت: رویکرد عرف‌گرایی، عمل‌گرایی و حقوق به مثابه کل یکپارچه. بر همین اساس، عرف‌گرایی ناظر به متون و آورده‌های پیشین است که قاضی در مقام تفسیر مورد توجه قرار می‌دهد (Dworkin, 1986, p. 116). در مقابل، عمل‌گرایی با نگاه به آینده، تفسیر را بر اساس کارایی و فایده عملی اعمال می‌کند تا بیشترین کارایی مفید از تفسیر متن حقوقی عاید شود. به همین دلیل، از منظر عمل‌گرایان، اندیشه‌ها و آراء حقوقی پیشین نمی‌تواند راهنمایی برای تفسیر حقوقی باشد (Dworkin, 1986, p. 95). دورکین هر دو رویکرد را مورد انتقاد قرار می‌دهد. او عرف‌گرایان را متهم به صدور جواز خلق قواعد حقوقی توسط قضات می‌کند، چراکه با این اختیار، قضات می‌توانند هر نوع تفسیری را به استناد آنچه در آراء و متون سابق وجود داشته، ارائه دهند. همین وضعیت را برای عمل‌گرایان در نظر می‌گیرد، چراکه به قضات اجازه می‌دهند بی‌مهابا به تفسیر مبتنی بر کارایی عملی دست بزنند و قواعدی متفاوت از متون موجود ارائه نمایند (Dworkin, 1986, p. 159).

او در مقابل نظریه خود را مطرح می‌کند که مبتنی بر نوعی انسجام در تفسیر متون حقوقی است. او نظریه خویش را چنین ارائه می‌کند «قاضی در مقام تفسیر موظف است تا ساختار سیاسی و تصمیمات قضائی جامعه خویش را مورد توجه قرار دهد» (Dworkin, 1986, p. 245). چراکه مجموعه همه این‌ها شبکه‌ای را تشکیل می‌دهند که می‌تواند نظام حقوقی را به منصفه ظهور برساند. به باور وی، حقوق صرفاً متشکل از

قواعد پراکنده‌ای نیست که مجلس و قضات وضع می‌کنند، بلکه مجموعه تصمیماتی است که جامعه با اقتدار آنها را به تصویب رسانده، که با بهترین اصول اخلاقی نیز مطابقت دارد. به عبارت دیگر، گزاره‌های حقوقی (قوانین و تصمیمات قضائی) در کنار اصول اخلاقی، یک کلّ یکپارچه منسجمی را تشکیل می‌دهند که بر اساس آن قواعد حقوقی، به تأیید اصول اخلاقی می‌رسند و توسط این اصول تقویت شده‌اند.

### ۱-۳. تحلیل جایگاه معرفتی «نظریه جرم‌انگاری» از منظر انسجام‌گرایی

اکنون جای این پرسش است که جایگاه انسجام‌گرایی در تحلیل مفهوم جرم‌انگاری و مبانی آن چگونه است؟ در مقام تحلیل معرفت‌شناختی جرم‌انگاری، بهره‌گیری از نظریه انسجام‌گرایی تا چه میزان می‌تواند توجیه‌گر مبانی نظری جرم‌انگاری باشد؟ و آیا می‌توان با استفاده از استدلال‌ات انسجام‌گرایانه، جایگاه اصول جرم‌انگاری در حقوق را تبیین کرد؟ جرم‌انگاری از عناصر مختلفی شکل گرفته و هر یک از نظریات جرم‌انگاری، لایه‌ای از این هستند که رویکرد خویش را در نسبت با این عناصر آشکار سازند. حال چگونه می‌توان با استفاده از اصول، قواعد و گزاره‌های حقوقی، اولاً جایگاه نظریه‌های جرم‌انگاری و نسبت آنها با معرفت حقوقی را مورد شناسایی قرار داد؟ و ثانیاً نسبت به ارزیابی هر یک از نظریه‌های جرم‌انگاری اقدام نمود؟

### ۱-۳-۱. جلوه‌های انسجام‌گرایی در نظریه‌پردازی جرم‌انگاری

از نظر بسیاری از حقوق‌دانان، جرم‌انگاری فرایندی حقوقی است و از طریق آن حقوق کیفری فربه می‌شود که برای جبران این فربگی، به‌ناچار باید متوسل به جرم‌زدایی شد تا از اضافه‌وزن جرائم جلوگیری نمود. از نظر آنها، اساساً مسئله جرم‌انگاری، مسئله‌ای حقوقی و به‌طور ویژه حقوق کیفری است و حقوق‌دانان حقوق کیفری متولی بررسی نظریه‌های جرم‌انگاری و مطالعه فرایند جرم‌انگاری هستند (هوساک، ۱۳۹۰، صص. ۹۸ و ۱۰۰). اینان با اشاره به ماهیت حقوقی جرم‌انگاری، از اینکه مسائل مربوط به جرم‌انگاری در بخش عمومی حقوق کیفری (حقوق جزای عمومی) مورد بحث قرار نمی‌گیرد، انتقاد کرده و معتقدند که «هر محدودیت در جرم‌انگاری که از تفسیر و به‌کارگیری دفاعیات [اسباب اباحه] نشئت گرفته هم، باید به بخش عمومی ملحق شود»

(هوساک، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۹). در توجیه این ادعا نیز به طرح مباحث معاذیر موجهه و اسباب اباحه در بخش عمومی حقوق کیفری استناد شده است که در عمل، عملی را جرم‌زدایی کرده و جرم‌انگاری پیشین را تخصیص می‌زند.

روش تحلیلی این نویسندگان در توجیه ماهیت جرم‌انگاری و جایگاه آن، به‌صراحت مورد اشاره قرار نگرفته است، اما می‌توان نکته‌ای را از مجموع عبارات آنان استنباط کرد و آن نگاه درون - حقوقی به مسئله جرم‌انگاری است. نویسندگان مزبور، با استفاده از ادبیات حقوقی و با اتکاء به استدلال‌ات آن، سعی در توجیه و تحلیل و بررسی نظریه‌های جرم‌انگاری داشته‌اند. آنان با «فضاحت‌بار» توصیف کردن بی‌توجهی نویسندگان حقوق جزای عمومی به مسئله جرم‌انگاری و مسائل پیرامونی آن، از تفکیک میان جزای اختصاصی و جزای عمومی انتقاد کرده و خواستار توجه ویژه جرم‌انگاری شده‌اند (هوساک، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۷). سپس با استناد به جایگاه و ماهیت جرم‌انگاری در حقوق کیفری، توجیهاتی برای درج آن در ذیل حقوق کیفری ارائه کرده‌اند؛ به‌عنوان مثال، با استناد به اینکه تا حقوق‌دان کیفری از نظریه جرم‌انگاری مطلع نباشد، نمی‌تواند در خصوص علل موجهه جرم و خارج ساختن برخی رفتارها از دایره جرم و مجازات اظهارنظر کرد (هوساک، ۱۳۹۰، صص. ۱۱۱-۱۱۳).

از نظر آنان، پرداختن به مسائلی نظیر منبع اقدام و تحمیل قدرت عمومی از موضوعات حقوق اساسی است و از دایره مباحث حقوق کیفری خارج است و در مقابل، توجه به وجاهت و توجیه اعمال منع و کیفر در حوزه حقوق کیفری می‌گنجد (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، صص. ۱۸۴-۱۸۵). در این راستا، با استناد به اینکه «حقوق کیفری برای جلوگیری از آسیب فیزیکی، حمایت از اموال و منافع رفاهی جامعه می‌تواند ایفای نقش کند»، نظریه‌های جرم‌انگاری را تلویحاً در ذیل حقوق کیفری مورد ارزیابی قرار داده‌اند (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۶). با این حال برخی از این نویسندگان، با اذعان به مسئله جایگاه دولت در جرم‌انگاری و ضرورت اهتمام به مبانی فلسفی، از تأثیرپذیری جرم‌انگاری از نظریه‌های غیرحقوقی سخن گفته‌اند (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۶). برخی هم به‌رغم انتقاد از نویسندگان حقوق کیفری به جهت عدم پرداختن به مسئله جرم‌انگاری در آثار خویش، تنها به ذکر کلیاتی در این زمینه اکتفاء کرده و از ارائه یک نظریه منسجم جرم‌انگاری طفره رفته‌اند (Ashworth, 2003, p. 24).

در میان این ارزیابی‌ها از ماهیت جرم‌انگاری و نظریات وابسته به آن، آنچه واضح است، عدم اشاره به روش تحلیل در تبیین جایگاه معرفتی نظریه جرم‌انگاری است. البته این مسئله تنها در حوزه جرم‌انگاری و نظریات آن نیست، بلکه در اغلب مطالعات حقوقی نیز عدم توجه به روش‌های تحصیل معرفت از منظر معرفت‌شناسی رواج دارد. حداکثر التفاتی که به مسئله روش‌شناسی در مطالعات حقوقی گردیده است، توجه به ماهیت قیاسی استدلال حقوقی است. با این حال می‌توان در چارچوب نظریه‌های توجیه معرفت‌شناختی - که متولی توصیف ساختار گزاره‌های معرفتی نیز می‌باشد - ارزیابی‌های فوق را در زمره «انسجام‌گرایی معرفتی» توصیف کرد.

اثبات این مسئله تا حدی مشکل به نظر می‌رسد، اما می‌توان با استناد به قرائن مختلف و تمسک به برهان خلف (نظیر فقدان خصائص مبنای‌گرایی) از رویکرد انسجام‌گرایانه در این تحلیل‌ها سخن گفت.

آنچه از عبارات برخی نویسندگان و نیز روش مطالعاتی که ژول فاینبرگ در آثار چهارگانه خویش پیش گرفته، قابل استنباط است، نگاه انسجام‌گرایانه اغلب نویسندگان به مسئله جرم‌انگاری است. در این رویکرد، حقوق کیفری مجموعه‌ای از قواعد است که برای حمایت از آزادی‌ها و حقوق عامه به وجود آمده است و در این میان گزاره‌های زیادی در قوت و ضعف یک گزاره مؤثر است.

در این روش، برای اثبات اینکه آیا یک نظریه جرم‌انگاری دارای توجیه است یا خیر، کوشش می‌شود تا نسبت هر نظریه با مجموعه‌ای از گزاره‌های دیگر در منظومه معرفتی حقوقی و غیرحقوقی (مثل اخلاق و سیاست) مورد ارزیابی قرار گیرد تا در نهایت بتوانند نسبت به آن قضاوت کنند؛ مثلاً در ارزیابی خویش از نظریه پدرسالاری حقوقی در جرم‌انگاری، ابراز می‌دارند که «فایده‌گرایانه نیست»، «موجب کاهش مشارکت مردم می‌شود»، «نمی‌توان همه اشکال پدرسالاری را نفی کرد... شاید شکل‌های خالص، ضعیف و ملایم پدرسالاری مجاز شود» (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، صص. ۲۲۲ و ۲۳۰) «پدرسالاری بدترین نوع استبداد است» (برلین، ۱۳۹۸، ص. ۲۵۷). در این استدلال‌ها کوشش شده تا گزاره‌های متعدد در کنار یکدیگر، مؤید ضعف و بطلان نظریه پدرسالاری نشان داده شود.

این روش، منبعث از روش انسجام‌گرایی معرفت‌شناختی است که بر اساس آن، باورهای حقوقی، بدون آنکه نسبت به بنیادی بودن آن قضاوت شود، در عرض سایر باورها مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و انسجامشان با سایر باورها، ملاک صحت باور خواهد بود. در این روش، هنگامی که نظریه «اصل ضرر» در جرم‌انگاری مورد تحلیل قرار می‌گیرد، ابعاد و نتایج آن با سایر گزاره‌های حقوقی مورد سنجش قرار گرفته و سپس در صورت عدم تعارض با سایر گزاره‌های حقوقی مورد نظر، توجیه یا عدم توجیه آن مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. پس چنانچه بیان می‌شود که «پدرسالاری فایده‌ای در بر ندارد» و یا «مانع مشارکت عمومی می‌شود» در واقع نسبت این نظریه با سایر گزاره‌های حقوقی، همچون «قاعدۀ حقوقی باید سودآور باشد» و «قاعدۀ حقوقی باید همه مردم را به یک دید نگاه کند» مورد سنجش قرار گرفته و نتیجه آن به عنوان توجیه جرم‌انگاری مورد توجه قرار گرفت.

در این آثار، بیشتر بر یک نوع از دو نوع انسجام‌گرایی تأکید شده است: انسجام‌گرایی کل‌گرا. توجیه در انسجام‌گرایی کل‌گرایانه به این شکل تبیین شده است که، یک باور، اعتبار معرفت‌شناختی خود را تنها از سایر باورها نمی‌گیرد، بلکه اعتبار خود را وامدار نقش مهمی است که در مجموعه یک دستگاه از باورها ایفاء می‌کند. این مجموعه باورها، همچون شبکه‌ای سه‌بُعدی است که در آن هر باور یک نقطه تلاقی را تشکیل می‌دهد و اعتقاد بدان باور ناشی از سایر باورهاست. حال آنکه در انسجام‌گرایی خطی، مجموعه باورها به صورت سلسله‌وار و به ترتیب، یکدیگر را توجیه می‌کنند و هر باوری تنها با باور پیش و پس خویش مرتبط است و آنها را توجیه کرده و همزمان از سوی آنها توجیه می‌شود. این سلسله خطی، در نهایت به صورت یک حلقه درآمده و باور نخست به باور پایانی می‌رسد (پویمن، ۱۳۹۸، ص. ۲۷۰).

در توجیه‌های ارائه شده برای نظریه‌های جرم‌انگاری، غالباً مجموعه‌ای از گزاره‌های حقوقی و غیرحقوقی مورد توجه واقع شده‌اند تا یک نظریه جرم‌انگاری توجیه شود. به عنوان نمونه طرفداران اخلاق‌گرایی قانون (نظیر دولین) برای توجیه نظریه خویش، چند گزاره را مطرح می‌کنند: «همه ابعاد زندگی مشمول حقوق جزا می‌شود»، «حیات جامعه مبتنی بر اخلاق است»، «حفاظت از اخلاق، دفاع از حیات جامعه است»، «حق خلوت اشتباه است»، «دفاع از حیات، دفاعی مشروع است»، «حیات جامعه بسیار مهم‌تر از سایر

مسائل است» (آلمن، ۱۳۸۵، صص. ۳۰۶-۳۱۰). سپس در کنار این گزاره‌ها، نظریه اخلاق‌گرایی در جرم‌انگاری را مطرح می‌کنند و با استناد به اینکه منطبق با این آورده‌های حقوقی و اخلاقی است، نظریه خویش را موجه ارزیابی می‌کنند. همین روش نیز از سوی برخی دیگر از نویسندگان مورد توجه قرار گرفته است؛ بی‌آنکه لزوماً اشارتی به آن نموده باشند.

### ۱-۳-۲. نقد و ارزیابی تمسک به انسجام‌گرایی در جرم‌انگاری

نسبت به استفاده از روش انسجام‌گرایی در توجیه نظریه‌های جرم‌انگاری دو گونه انتقاد وارد است: نخست نقد عامی که به نظریه‌های انسجام‌گرایی به نحو مطلق وارد شده است؛ دوم نقدی که به‌طور خاص بر اعمال آن در توجیه جرم‌انگاری وارد می‌شود.

**الف. انتقادهای عام:** نخستین نقد، موسوم به «نقد دستگاه‌های بدیل» است؛ به این معنا که بر اساس انسجام‌گرایی، می‌توان در یک موضوع مجموعه‌ای از نظام‌ها و دستگاه‌ها را یافت که همه گزاره‌های آن دارای انسجام با دیگر گزاره‌هاست. کافی است که گزاره در هر مجموعه حذف یا اضافه شود. در این صورت کل نظام دستخوش تحول می‌شود. کافی است در یک منظومه معرفتی، گزاره‌ای نظیر «فرد مطلقاً مالک بدن خویش نیست» افزوده شود. سپس همه گزاره‌های یک نظام را نیز با آن سنجیده و انسجام برقرار می‌شود. نظریه انسجام‌اعلام می‌کند «وجود انسجام میان گزاره‌ها، مؤید موجه بودن آن است». انسجام‌گرایی معتقد است هر نظام معرفتی که از انسجام بیشتری برخوردار باشد، دارای توجیه بیشتری است؛ یعنی هر قدر گزاره‌های یک مجموعه معرفتی، در تأیید یکدیگر باشند، آن نظام موجه‌تر است (فعالی، ۱۳۷۹، ص. ۲۳۵). فلذا اگر نتوان مشخص کرد کدام یک از این دستگاه‌ها از انسجام درونی بیشتری برخوردار است، نمی‌توان در باور به یکی از آن میان، موجه بود و در نهایت شکاکیت غلبه خواهد کرد. فلذا به نظر نمی‌رسد که بتوانیم به صرف احراز انسجام، از نظریه مورد بحث دفاع کنیم (پولاک و کراز، ۱۳۸۵، صص. ۱۶۵ و ۱۶۶).

دومین ایراد عام وارد بر انسجام‌گرایی، «فقدان درون‌داد» است. در انسجام‌گرایی، همه گزاره‌ها به صورت درونی و با سایر گزاره‌های موجود در داخل منظومه معرفتی قابل ارزیابی هستند. به این نحو که در توجیه نظریه‌های جرم‌انگاری صرفاً این امکان

وجود دارد که گزاره‌های مرتبط با جرم‌انگاری را در داخل گزاره‌های موجود ارزیابی شوند، بی‌آنکه رابطه انسان با جهان بیرونی و گزاره‌های خارجی مشخص شده باشد (پویمن، ۱۳۹۸، ص. ۲۷۵). در این فرض، تنها راه برای آنکه بتوان نسبت به نظریه جرم‌انگاری و ماهیت آن ارزیابی داشت آن است که هر نظریه را بر اساس گزاره‌های حقوقی مورد پذیرش، مورد تحلیل قرار گرفته و چنانچه تأییداتی در خصوص هر نظریه وجود داشت، آن نظریه را موجه دانست.

ایراد عام سوم که در خصوص توجیه جرم‌انگاری بر اساس انسجام قابل بررسی است، «تسلسل نامتناهی» است. اگر قرار باشد که نظریه مورد قبول در جرم‌انگاری بر اساس معیار انسجام‌گرایانه موجه شود، ضروری است که اولاً به همه گزاره‌های حقوق کیفری دسترسی داشته و نسبت آنها با نظریه جرم‌انگاری موردنظر را ارزیابی نماییم. طبیعی است که دسترسی به چنین زنجیره‌ای در غایت صعوبت خواهد بود؛ ثانیاً باید میزان موجه بودن همه گزاره‌هایی که در جهت تقویت انسجام نظریه جرم‌انگاری با منظومه معرفتی حقوق کیفری مورد استناد قرار گرفته‌اند، مورد ارزیابی قرار گیرند که آیا آن گزاره‌ها خود دارای انسجام با سایرین هستند، یا خیر (پولاک و کراز، ۱۳۸۵، ص. ۱۶۲).

**ب. ایرادهای خاص:** ایرادی که بر انسجام‌گرایی در مقام توجیه نظریه جرم‌انگاری وارد می‌شود، ارتباط مفهومی «جرم‌انگاری» با گزاره‌های غیرحقوقی است. جرم‌انگاری - آن‌گونه که پیش از این مورد واکاوی قرار گرفت - فرایندی است مبتنی بر مفاهیم غیرحقوقی که گزاره‌های حقوق و حقوق کیفری فاقد صلاحیت کافی برای ورود به این حیطه هستند. آن‌گونه که پیش از این نیز مورد بررسی قرار گرفت، جرم‌انگاری متشکل از عناصری بنیادین است که هر نظریه جرم‌انگاری ناگزیر از اعلام موضع در قبال هر کدام از آنهاست. ارزیابی از «آزادی»، «اصالت فرد/جمع» و «مشروعیت اعمال قدرت» از جمله اموری است که هر نظریه جرم‌انگاری باید در قبال آن موضع شفافی داشته باشد. بر اساس آموزه‌های انسجام‌گرایی، توجیه یک معرفت از طریق ارزیابی رابطه میان تک‌تک گزاره‌ها با یکدیگر ممکن است. به عبارت دیگر، هنگامی می‌توان یک گزاره را موجه دانست که در کنار سایر گزاره‌ها قرار گرفته و سایر گزاره‌ها آن را تأیید کرده باشند و هیچ تعارضی میان آنها وجود نداشته باشد. هر میزان که گزاره‌های دیگر،

گزاره‌ای را مورد تأیید قرار دهند، قوت توجیه آن افزایش خواهد یافت. حال برای آنکه یک نظریه جرم‌نگارانه بر اساس نظریه انسجام‌گرایی قابل توجیه باشد، باید که در خصوص عناصر تشکیل‌دهنده آن انسجامی حاصل شود تا بتوان از موجه بودن آن سخن گفت. موضع‌گیری نظریات جرم‌نگاری در قبال «اصالت فرد» یا «اصالت جمع»، تفاوت آنان را با نظریه‌های رقیب نشان می‌دهد. بر این اساس، گزاره‌های موجود در حقوق کیفری، چگونه می‌توانند در تأیید (تقویت) یا رد «اصالت فرد/اصالت جمع» وارد عمل شوند؟ آیا امکان برقراری انسجام میان گزاره‌های موجود در حقوق کیفری، با گزاره‌های تشکیل‌دهنده نظریه جرم‌نگاری وجود دارد؟

پاسخ به این پرسش را باید در ماهیت عناصر تشکیل‌دهنده نظریه جرم‌نگاری جستجو کرد. عناصر بنیادین نظریه جرم‌نگاری، عناصری برخاسته از نظریه‌های فلسفی و فلسفه سیاسی هستند که توجیه هر یک از آنها - چه با روش انسجام‌گرایانه، چه با روش مبنای‌گرایانه - تنها در چارچوب گزاره‌های معرفتی فلسفه سیاسی قابل تحقق است. در خصوص گزاره‌ای همچون «در تنظیم روابط اجتماعی، اصل با منافع جمع است» تنها می‌توان در منظومه معرفتی فلسفه سیاسی به توجیه دست یافت. گزاره‌های حقوق کیفری، که در خصوص قواعد کلی و مشترک حاکم بر تحقق جرایم و کیفیت اجرای مجازات‌ها به ابراز نظر می‌پردازند، تخصصاً صلاحیت برقراری انسجام با گزاره فوق را ندارند. سطح و طبقه گزاره مربوط به اصالت فرد یا اصالت اجتماع، به گونه‌ای است که قواعد حقوق کیفری قادر به اظهار نظر در قبال آن نیستند. با این وصف، چگونه می‌توان پذیرفت که نظریه جرم‌نگاری در منظومه معرفتی حقوق کیفری قابل توجیه باشد؟ یقیناً راه حل انسجام‌گرایانه پاسخ مناسبی ارائه نخواهد کرد.

## ۲. ساختار مبتنی بر مبنا: سازه عمودی حقوقی

دیگر نظریه توجیه معرفتی که در خصوص ساختار معرفت (علم) ارائه شده است، نظریه مبنای‌گرایی<sup>۵</sup> است. این نظریه قدمتی بس درازتر از انسجام‌گرایی دارد. اما با وارد شدن انتقادهای گسترده به نظریه انسجام‌گرایی، رویکردهای نوینی به نگاه مبنای‌گرایانه صورت پذیرفت. در همین فضا است که مشاهده می‌شود ادبیات فلسفی حقوقی نیز فاقد نشانه‌هایی از مبنای‌گرایی معرفتی است. چنانکه که بیان شد، مکتوبات فلسفی حقوق



کمتر به روش معرفت‌شناختی اشاره کرده‌اند و در همان مواردِ معدود، قریب به اتفاق به نظریه پراگماتیک‌تر انسجام‌گرایی پرداخته و آن را ملاک نظریه‌های خویش قرار داده‌اند. البته معدود آثار فلسفی در زمینه حقوق یافت می‌شوند که از منظری کاملاً فلسفی و بدون استفاده از ادبیات حقوقی، رگه‌هایی از مبنای معرفت‌شناسی را در نظریه‌های حقوقی مورد شناسایی قرار داده‌اند (Dore, 2007, p. 753). با این حال، عدم اشاره به اصطلاح «مبنای‌گرایی» در متون حقوقی و فلسفی حقوقی، به معنی عدم به‌کارگیری آن در استدلال و توجیه قواعد و نظریه‌های حقوقی نیست. نگاهی به آثار و نوشته‌های فلسفه حقوقی نشان می‌دهد که نظریه‌های متعددی با پذیرش ضمنی روش مبنای‌گرایی معرفت‌شناختی، این روش را سرلوحه توجیه‌های خویش قرار داده‌اند. به همین جهت، پیش از آنکه کارایی مبنای‌گرایی در توجیه نظریه‌های جرم‌انگاری بررسی شود، نمونه‌هایی از مبنای‌گرایی در حقوق و حقوق کیفری عرضه می‌شود.

## ۲-۱. جلوه‌های مبنای‌گرایی در اندیشه‌های حقوقی: از «کلسن» تا «فلچر»

هانس کلسن از طلایه‌داران پوزیتیویسم حقوقی، در کتاب «نظریه حقوق ناب» از مستقل بودن گزاره‌های حقوق دفاع‌جانانه‌ای کرده است. اندیشه خاص و منحصر به فرد او در زمینه پوزیتیویسم حقوقی، تا بدانجا مورد توجه اهل نظر قرار گرفته که به مجموعه نظام فکری او «کلسنیسم» اطلاق کرده‌اند. منظور کلسن از «ناب بودن» در تفسیر او از پوزیتیویسم حقوقی آن است که نظریه حقوقی تنها باید مبتنی بر گزاره درونی حقوقی باشد و نباید با روان‌شناسی، زیست‌شناسی، جامعه‌شناسی، تاریخ، اخلاق و الهیات آمیخته شود (کلسن، ۱۳۹۱، ص. ۴۹). به باور وی، حقوق به سان یک هرم هنجاری است که در آن قواعد حقوقی بر روی یکدیگر چیده شده‌اند (تبیث، ۱۳۸۴، ص. ۷۳) و هر شخص ملزم به تبعیت از این قواعد است و پرسش از چرایی آن، پرسشی بیهوده و خارج از چارچوب حقوقی است و تنها بر اساس سلسله مراتب حقوقی است که می‌توان درجه اعتبار قواعد را ارزیابی کرد (تبیث، ۱۳۸۴، ص. ۷۴).

به نوشته وی: «نظام حقوقی نظامی از قواعد حقوقی نیست که تمام آن قواعد در یک سطح و درجه قرار گرفته باشد، بلکه بنایی است از چند طبقه که روی هم قرار گرفته است. هرم یا سلسله مراتبی مرکب از چند طبقه است که قواعد حقوقی بر حسب

اهمیت در طبقات مختلف آنجا گرفته است. یکپارچگی آن ناشی از ارتباط میان عناصر آن است که اعتبار هر قاعده‌ای بر پایه قاعده دیگری قرار دارد و اعتبار این یکی به نوبه خود بر پایه قاعده‌ای پیش از آن قرار دارد که خود آن نیز اساس و اعتبارش بر پایه قاعده پیش‌تر از آن استوار است» (Kelsen, 1967, p. 299).

به نظر کلسن، اساس نظریه حقوق ناب بر یک «قاعده بنیادی فرضی<sup>۶</sup>» نهاده شده و این قاعده به حقوق پوزیتیویستی موضوعه ارتباط ندارد، بلکه منشأ آن یک امر احتمالی است (مالوری، ۱۳۹۸، ص. ۴۵۲). او البته پاسخ نمی‌دهد که منشأ این قاعده بنیادی چیست و چرا شهروندان موظف به تبعیت از قوانین هستند؟ و عملاً نظریه خویش را در انتها رها می‌کند (مالوری، ۱۳۹۸، ص. ۵۳). او در عین حال که رأس این هرم نظام حقوقی را رها می‌کند، تأکید می‌کند که حقوق باید همچنان ناب بماند و هرگز نباید آلوده به سیاست شود (کلسن، ۱۳۹۱، ص. ۶۰). اگرچه هانس کلسن در بیان نظریه خویش، به شدت از اندیشه‌های کانت، خصوصاً از روش استعلایی وی، بهره برده است (Marmor, 2021)، اما در فرایند توجیه اندیشه خویش از روش توجیه مبنای‌گرایانه بهره برده است. از نظر کلسن، قواعد و هنجارهای حقوقی در یک چارچوب هرمی قرار دارند که در رأس این هرم‌ها، یک قاعده بنیادین قرار دارد که بنیاد سایر قواعد است. این روش تبیین، مشابه همان روشی است که مبنای‌گرایان در تبیین توجیه معرفت‌شناختی بیان می‌دارند. از نظر آنان نیز باورها به دو دسته پایه و غیرپایه تقسیم می‌شوند که باورهای غیرپایه بر اساس باورهای پایه قابل توجیه هستند و تنها راه توجیه یک باور، توجیه آن بر اساس باورهای پایه‌ای شناخته شده است.

به علاوه، همان‌گونه که مبنای‌گرایان از رابطه نامتقارن باورها با یکدیگر سخن می‌گویند (رابطه یک‌سویه در توجیه گزاره‌ها)، کلسن نیز بر سلسله مراتب قواعد و هنجارها تأکید می‌کند و معتقد است که قواعد حقوقی، دارای مراتبی هستند و مراتب فرودست، تنها بر اساس مراتب فرادست قابل توجیه هستند.

نکته محل مناقشه در تطبیق اندیشه مبنای‌گرایی با اندیشه هانس کلسن، بحث درباره ماهیت گزاره پایه است. هانس کلسن، بدون آنکه در خصوص ماهیت باور پایه سخنی بگوید، تنها از جایگاه بسیار مهم آن یاد کرده است. او برای آنکه بر فرضیه «ناب بودن»

حقوق پای فشاری کرده باشد، همه نظام حقوقی را بر اساس هرمی متشکل از قواعد حقوقی تصور کرده است، اما در آن هنگام که نوبت به تبیین ماهیت قاعده بنیادین فرضی می‌رسد، سکوت در پیش می‌گیرد؛ گویی که در این مرحله، قادر نبوده تا همچنان از ناب بودن این قاعده بنیادین از گزاره‌های غیرحقوقی دفاع کند.

اینجاست که مبنایان - سنتی و میانه‌رو - آورده‌ای مناسب برای ارائه دارند. به عقیده سنتی‌ها، گزاره پایه بنیادین، گزاره‌ای است که از حالات حسی، تجارب بی‌واسطه و یا ادراکات عقلی نشئت می‌گیرد. این گزاره‌ها، باورهایی هستند که می‌توانند روی پای خود ایستاده در عین حال نیاز غیرخود را در توجیه تأمین کنند (فعالی، ۱۳۷۹، ص. ۲۱۳). میانه‌روهای مبنایان نیز معتقدند که این باور پایه می‌تواند از منظر هر اندیشه‌ای متفاوت باشد؛ مهم، پذیرش باوری پایه است که سایر باورها بر اساس آن بنا نهاده شوند (پویمن، ۱۳۹۸، صص. ۲۸۴-۲۸۶). در هر حال، باور پایه، از فضایی خارج از باورهای موجود در هرم معرفتی وارد می‌شوند و توجیه خود را از روش‌های حصول معرفت بیرونی کسب می‌کنند که این روش می‌تواند تمسک به ادراکات عقلی باشد، یا روش‌های دیگری معرفت‌زا. در نتیجه، اگرچه کلسن در مقام تبیین باور بنیادین پایه، سکوت اختیار کرده است، اما این نشان از پذیرش این نکته است که باور بنیادین فرضی او از داخل منظومه معرفتی حقوقی قابل توجیه نیست. دیگر حقوق‌دانی که بسته و گریخته اندیشه‌های فلسفی را در آثار حقوقی‌اش (خصوصاً حقوق کیفری) مورد توجه قرار داده است، جرج پی فلچر، استاد دانشگاه کلمبیا است. آنچه در اینجا مورد نظر قرار گرفته، مقاله او با عنوان «حقوق کیفری و نظریه سیاسی» است (Fletcher, 2006). عنوان مقاله وی در بادی امر نشان‌دهنده نظریه‌پردازی وی در حوزه حقوق کیفری به نحو عام است، اما در واقع آنچه مورد توجه وی بوده، توجیه مجازات‌ها و اعمال آن از سوی دولت‌ها بر اساس نظریه‌های سیاسی است. او نیز در تبیین نظریه خویش، اشاره‌ای به روش مبنایابی در توجیه نکرده است، اما روش بحث وی چنان است که می‌توان آن را مصداقی از تمسک به مبنایابی معرفتی در توجیه حقوقی دانست.

به نوشته فلچر نظریه‌های حقوق کیفری و فلسفه سیاسی، با دقت به مسئله توجیه اعمال مجازات از سوی دولت‌ها نپرداخته‌اند و به راحتی از کنار آن عبور کرده‌اند؛ حال آنکه توجیه حق دولت در اعمال مجازات، یکی از پایه‌ای‌ترین مباحثی است که باید

حقوق کیفری و فلسفه سیاسی به آن بپردازد. وی در توجیه اندیشه خویش مثال جالبی بیان می‌کند. او با اشاره به حکم قصاص در ادیان (به ویژه شریعت یهود) که حق استیفای قصاص را به اولیاء دم سپرده است، بیان می‌دارد: «خلاً منطقی میان «استحقاق مرتکب» و «صلاحیت نهاد یا فرد در اعمال مجازات» در فقه آیین یهود و سایر نظام‌های حقوقی دینی به خوبی درک و تبیین شده است. کتاب عهد عتیق بیان می‌دارد: هر کس خون کسی را بریزد، از سوی آن‌کس خونش ریخته می‌شود. این گزاره، به خوبی قابل توجیه بر اساس استحقاق است. قاتل مستحق مرگ است، اما دولت مرجع ذی‌صلاح در اعمال آن شناخته نشده است» (Fletcher, 2006).

فلچر از همین مبدأ وارد شده و نظریات مطرح در فلسفه سیاسی را در رویارویی با توجیه مجازات یک‌به‌یک مورد ارزیابی قرار داده است. به‌عنوان نمونه، او ابتدا با اشاره به اندیشه‌های لیبرتاریان‌ها، رویکرد حداقلی آنها به دولت را معیار بررسی خویش قرار داده و بر اساس آن مداخله دولت‌های در کیفر مجرمان را مورد ارزیابی قرار داده است. به نوشته وی، «لیبرتاریان‌ها تنها می‌توانند یکی از دو رویکرد متضاد زیر در زمینه قانون‌گذاری در حقوق کیفری را پیش بگیرند: چنانچه آنها به آزادی و حقوق ناشی از آن به عنوان حقوق طبیعی متمسک شوند، در نتیجه می‌بایست تقنین را به عنوان مزاحمت خطرناک دولت در آزادی‌ها تلقی کنند و نظام تقنینی را نهایتاً به‌عنوان ابزاری برای تعریف و تدقیق در قبال حقوق مکتسبه موجود به‌کار گیرند» (Fletcher, 1978, pp. 860-861) و «اگر آنها حقوق افراد را تنها در صورت تعریف و حمایت از سوی قدرت دولت مورد پذیرش قرار می‌دهند، طبیعتاً از مداخله دولت در حمایت و حفاظت از آزادی‌ها استقبال می‌کنند» (Fletcher, 2006).

روش تحلیل فلچر در اینجا قابل توجه است. او با این پیش‌فرض که حدود مداخله دولت، گزاره‌ای بنیادین در حقوق کیفری محسوب می‌شود، توجیه کیفر را مورد بررسی قرار داده است. در این روش، گزاره‌ها به دو دسته پایه و غیرپایه تقسیم شده‌اند که گزاره‌های غیرپایه، ملزم به تبعیت از گزاره‌های پایه‌اند؛ به‌علاوه، رابطه‌ای نامتقارن میان گزاره‌ها وجود دارد، به‌نحوی که رابطه توجیه را یک‌سویه می‌کند. از سوی دیگر، به نظر فلچر، گزاره‌های پایه، در چارچوب معرفتی حقوق کیفری قابل توجیه نیستند و چاره‌ای

به جز رجوع به یافته‌های معرفتی برون‌حقوقی نیست. به عبارت دیگر، او همچون مبنایان، از غیرقابل توجیه بودن باورهای پایه در چارچوب معرفت‌حقوقی سخن می‌گوید و توجیه آن را به نظریه‌های سیاسی ارجاع می‌دهد و عملاً روش توجیه مبنایان را در توجیه‌های خود پیش می‌گیرد.

جلوه‌های دیگری از مبنایان در نظریه حقوقی را می‌توان در روش استدلالی جان استوارت میل در توجیه اصل ضرر مشاهده کرد. میل، نه حقوق‌دان بود و نه آشنای به مسائل حقوق کیفری؛ فیلسوفی بود که به شدت به فلسفه سیاسی و فلسفه اخلاق دلبستگی داشت و به مسائل اجتماعی زمان خود از این منظر می‌نگریست (Hamowy, 2008, p. 329). او در کتاب «درباره آزادی» (Mill, 1859)، جایی که همه تمرکز خود را بر تبیین مفهوم آزادی سیاسی و محدودیت‌های وارد بر آن مصروف داشت، پایه‌های نظریه جرم‌انگاری «ضرر» را بنا نهاد. او در جایی که در مقام تبیین محدودیت‌های دولت و دولت‌مردان است و از اعتبار آزادی در اندیشه سیاسی‌اش سخن می‌گوید، نظریه ضرر را مطرح می‌کند و آن را مبنای جرم‌انگاری در نظام سیاسی مطلوبش معرفی می‌کند. میل بدون آنکه ورودی به حقوق و آموزه‌های حقوقی داشته باشد، از مبدأ تبیین حیطة آزادی عزیمت کرده و در پایان به این نظریه جرم‌انگاری خویش می‌رسد.

او در مقام بیان محدوده آزادی شهروندان در هر جامعه تأکید می‌کند که تنها موردی که افراد بشر مجازند متعرض آزادی هم‌نوعان خود بشوند هنگام مواجهه با وضعی است که در آن اصل «صیانت ذات» به خطر افتاده باشد. به نوشته او تنها هدف موجهی که برای تأمین آن می‌توان بر هر کدام از افراد یک جامعه، حتی بر خلاف اراده وی، اعمال قدرت کرد این است که مانع از زیان زدن وی به دیگران شود (میل، ۱۳۸۵، صص. ۴۳-۴۴). مصالح شخصی آن فرد دلیل کافی برای مداخله کردن دیگران در کارش نیست... تنها قسمتی از رفتار خصوصی انسان که وی در قبال آن مسئول جامعه است، قسمتی است که به دیگران ارتباط دارد (میل، ۱۳۸۵، ص. ۴۴).

رسیدن وی به اصل ضرر، از مسیر التفات به گزاره‌ها و باورهای پایه، نظیر محدوده آزادی، مشروعیت قدرت و اصالت فرد، نمایان‌گر گرایش وی به روش توجیه مبنایان، در توجیه نظریه جرم‌انگاری است. جان استوارت میل - هر چند غیرمتمم‌دانه - پایه‌های جرم‌انگاری را در گزاره‌های مبنایی مشاهده کرده که در دایره

دانش حقوق و حقوق کیفری قرار نداشت. پایه‌های جرم‌انگاری از نگاه وی، در سه گزاره پایه‌ای آزادی، قدرت و اصالت فرد است. این روش، مشابه روشی است که مبنای‌گرایان برای توجیه باورها و گزاره‌ها پیشنهاد می‌کنند. بر اساس مبنای‌گرایی معرفت‌شناختی، اولاً. باورهای غیرپایه، بر مبنای باورهای پایه توجیه‌پذیرند؛ ثانیاً. باورهای پایه، در غیرطریق مندرج در آن معرفت قابل توجیه‌اند؛ ثالثاً. باورهای پایه خدشه‌ناپذیرند و رابعاً. رابطه نامتقارن میان باورهای پایه و غیرپایه برقرار است.

روش میل نیز همین موارد را مراعات کرده است، اولاً. جرم‌انگاری را بر اساس باورهای پایه غیرحقوقی توجیه کرده است؛ ثانیاً. باورهای پایه مورد استنادش را از معرفت‌های غیرحقوقی اخذ کرده است؛ ثالثاً. باورهای پایه‌ای که مورد توجه قرار داده است، از طریق معرفت حقوقی قابل خدشه و تردید نیست؛ رابعاً. میان نظریه جرم‌انگاری او و گزاره‌های متضمن آزادی، قدرت و اصالت فرد، رابطه نامتقارن برقرار است، به این نحو که نظریه جرم‌انگاری «ضرر»، نمی‌تواند توجیهی برای آزادی و قدرت و اصالت فرد باشد، بلکه نتیجه آنها محسوب می‌شود.

نویسندگان بسیاری، روش مبنای‌گرایانه جان استوارت میل در توجیه نظریه جرم‌انگاری را مورد توجه قرار داده و ستوده‌اند (محمودی جانکی، ۱۳۸۲، صص. ۱۸۸-۱۹۰). اما بسیاری دیگر، نظیر فاینبرگ، توجه میل به باورهای پایه را مورد خدشه قرار داده و با نگاه کارکردگرایانه به دنبال حل شبهات عملی افتادند (Feinberg, 1989, p. 23). با این وجود، روش جان استوارت میل در توجیه اصل ضرر، بر اساس اصول موضوعه مبتنی بر نظریه سیاسی، روشی منحصربه‌فرد و مورد توجه بسیاری از نویسندگان در زمینه جرم‌انگاری قرار گرفته است. جان‌اتان شانسک در کتاب خود درباره جرم‌انگاری، ضمن اشاره به روش میل در توجیه نظریه جرم‌انگاری (اصل ضرر)، نخستین فیلتر لازم برای توجیه جرم‌انگاری یک رفتار را «فیلتر اصول» دانسته و تأکید می‌کند که قبل از هر چیز، جرم‌انگاری باید منطبق با اصول حاکم بر اجتماع باشد (Schonsheck, 1994, pp. 64-68). این نشان‌دهنده الگوپذیری آثار نوشته شده در زمینه جرم‌انگاری، از روش استدلالی جان استوارت میل است؛ تا آنجا که برخی، مبنای نظری وی را توسعه داده و خواستار درج نظریه جرم‌انگاری در قوانین اساسی شده‌اند (Baker, 2008).

## ۲-۲. مبنای‌گرایی و توجیه نظریه جرم‌انگاری

چنانکه گفته شد یک نظریه جرم‌انگاری، ناچار است تا موضع خود را در قبال عناصر بنیادین «آزادی»، «مشروعیت قدرت» و «اصالت فرد/جمع» مشخص کند. اما آیا گزاره‌های موجود در حقوق کیفری، کفایت لازم برای چنین موضع‌گیری را دارا هستند؟ آیا بر اساس آورده‌ها و گزاره‌هایی که در ذیل نظریه‌های حقوق، حقوق کیفری و فلسفه آنها مطرح شده است، می‌توان در خصوص حدود و ثغور «آزادی»، «اصالت فرد یا جمع» یا «مشروعیت اعمال قدرت» سخن گفت؟ به نظر می‌رسد عناصر بنیادینی که هر نظریه جرم‌انگاری به ناچار باید در قبال آنها موضع داشته باشد، عناصری هستند که در دانش حقوق و حتی فلسفه آن مورد بحث قرار نمی‌گیرند. این عناصر، از یک سو پایه‌ای و گریزناپذیرند و از سوی دیگر غیرقابل توجیه در چارچوب معرفت حقوقی و حقوق کیفری.

اینجاست که ابزار مبنای‌گرایی کارایی خویش را در توجیه ساختاری جرم‌انگاری نشان می‌دهد. به این صورت که گزاره‌های فلسفه سیاسی در خصوص عناصر بنیادین جرم‌انگاری، به عنوان باورهای پایه در رأس هرم معرفتی نظریه‌های جرم‌انگاری قرار می‌گیرند. طبیعتاً نظریه جرم‌انگاری و نظریه‌های حقوقی قادر به ارزیابی و ارزش‌گذاری نسبت به باورهای پایه نیستند و صرفاً می‌توانند تبعیت خود را از این باورها اعلام کنند. به عبارت دیگر سطح نظری موضع‌گیری در قبال این گزاره‌ها، در مرحله‌ای پیش از ورود به استدلال‌ها و مطالعات حقوقی است و اندیشه‌ها و نظریه‌های حقوقی، ناگزیر از تبعیت از مراحل قبلی خویش هستند؛ مراحلی که طی آنها، در قبال باورهای مربوط به «آزادی»، «مشروعیت قدرت» و «اصالت فرد یا جمع» موضع‌گیری می‌شود. از همین رو، پایه نظریه جرم‌انگاری، در معرفت‌هایی نامتقارن است که صلاحیت اعلام نظر در قبال آنها را ندارد. در این ساختار، حقوق کیفری، دانشی است که در مرحله‌ای ثانوی نسبت به فلسفه سیاسی قرار داشته و ناگزیر است تا در چارچوب فراگیری که اندیشه سیاسی ترسیم کرده است، مورد فهم قرار گیرد.

عناصر پایه‌ای جرم‌انگاری، همان باورهای پایه در نظریه مبنای‌گرایی است، با این تفاوت که منشأ پیدایش آن مشخص است و احاله به مجهول نشده است. این عناصر در منظومه معرفتی دیگری (فلسفه سیاسی) تولید شده و حدود و ثغور آن مشخص شده و سپس در نظریه جرم‌انگاری استفاده شده است. آورده‌های نظریه جرم‌انگاری نیز در ساختار،

باورهای غیرپایه هستند که بر مبنای باورهای پایه توجیه شده و از آنها اعتبار می‌یابند. بر این اسلوب، کافی است که جدولی از عناصر پایه‌ای ترسیم شود، تا موضع‌گیری هر اندیشه سیاسی در قبال آن روشن شود. با اعلام مواضع هر اندیشه سیاسی در قبال هر یک از عناصر بنیادین، عملاً حیطه اصلی جرم‌انگاری رفتارها مشخص می‌شود و نوبت به مراحل (یا به تعبیر شانشک، فیلترها) بعدی می‌رسد. مراحل‌ی که در طی آنها، نظریه‌های حقوقی می‌توانند با استناد به گزاره‌های خود، در قبال معتبر یا غیرمعتبر بودن جرم‌انگاری اظهار نظر کنند (Schonsheck, 1994, p. 70).

A3	A2	A1	آزادی
B3	B2	B1	مشروعیت قدرت
C3	C2	C1	اصالت فرد/جمع
نظریه جرم‌انگاری ۳	نظریه جرم‌انگاری ۲	نظریه جرم‌انگاری ۱	نتیجه

در یک چنین جدول فرضی، باورهای پایه، بر اساس منابع توجیه‌ناپذیر در دانش حقوق (اما توجیه‌پذیر در دانش فلسفه سیاسی) تعیین می‌شوند و سپس بر اساس این پایه‌ها، نظریه جرم‌انگاری نظیر آنها به وجود می‌آیند. به‌عنوان مثال، آن‌گونه که جان استوارت میل تحلیل کرده است، نظریه سیاسی لیبرالیسم کلاسیک (یا به تعبیر برخی، لیبرتاریانیسم) طرفدار آزادی حداکثری اجتماعی شهروندان، مشروعیت سیاسی ناشی از قرارداد اجتماعی و مبتنی بر اصالت بی‌چون‌وچرای فرد است. مجموعه این سه باور، که از آورده‌های اندیشه سیاسی لیبرالیسم است، الا و لابد نظریه جرم‌انگاری «اصل ضرر» را در پی خواهد داشت. به‌عبارت‌دیگر، نظریه سیاسی لیبرالیسم کلاسیک نمی‌تواند نظریه‌ای به جز «اصل ضرر» را به عنوان نظریه جرم‌انگاری مورد پذیرش قرار دهد. موضع‌گیری‌های لیبرالیسم کلاسیک در قبال عناصر بنیادین جرم‌انگاری، نتیجه‌ای به جز محدود کردن حیطه جرم‌انگاری به نظریه ضرر نخواهد داشت؛ به همین جهت، هر نوع عدول از یک نظریه به نظریه دیگر – مثل آنچه فاینبرگ در گرایش به پدرسالاری ضعیف از خود نشان داده است – باید متضمن عدول از یکی از باورهای پایه (باورهای اندیشه سیاسی) و جایگزینی باور پایه دیگری باشد. به‌عبارت‌دیگر تنها راه تغییر در نظریه جرم‌انگاری، تغییر در اندیشه سیاسی است.



### ۲-۳. ارزیابی آثار مبنایابی در توجیه نظریه جرم‌انگاری

پذیرش روش مبنایابی معرفت‌شناختی در توجیه نظریه جرم‌انگاری، متضمن تبعات و آثار ویژه‌ای است که بعضاً اساس نگاه به جرم و جرم‌انگاری را تحت تأثیر قرار می‌دهد:

#### ۲-۳-۱. توجیه پایه‌های غیر حقوقی نظریات جرم‌انگاری

نخستین اثر پذیرش مبنایابی در جرم‌انگاری، قبول این باور است که برای جستجوی پایه‌ها و مبانی جرم‌انگاری باید از گزاره‌های خارج از علم حقوق و حقوق کیفری بهره برد. گزاره‌ها و باورهای مطرح در حقوق و حقوق کیفری، به تنهایی قابلیت تبیین مبانی جرم‌انگاری را ندارند. بر اساس رویکرد مبنایابانه به جرم‌انگاری، گزاره‌های پایه‌ای - که همگی ریشه در فلسفه سیاسی دارند - گزاره‌هایی خدشه‌ناپذیر از سوی گزاره‌های حقوقی هستند، به همین جهت بحث درباره صحت و سقم و قلمرو اعتبار آنها متضمن ورود به حوزه فلسفه سیاسی و بهره‌گیری از نتایج آن است. ورود به فلسفه سیاسی با هدف یافتن آموزه‌های مناسب برای جرم‌انگاری و سایر مسائل مبتلابه در حقوق کیفری، یقیناً همراه با پذیرش روش‌ها و اصول مطرح در هر اندیشه سیاسی خواهد بود، که هر پژوهش‌گر حوزه جرم‌انگاری ناگزیر از تسلط بر آن است.

#### ۲-۳-۲. طبقه‌بندی نظریه‌های جرم‌انگاری بر پایه نوع نظریه‌های سیاسی

دومین نتیجه قابل تأملی که از مبنایابی معرفت‌شناختی حاصل می‌شود، تنوع نظریه‌های جرم‌انگاری به تبع ماهیت گزاره‌های بنیادین است. به عبارت دیگر، تنوع نظریه‌های جرم‌انگاری - که حدود و ثغور جرم‌انگاری را بیان می‌دارند - نه به سبب استدلال‌ها و توجیحات حقوقی، که به سبب پذیرش عناصر پایه‌ای متفاوت روی می‌دهد. این به معنی آن است که تقسیم اصلی نظریه‌های جرم‌انگاری، نه چنان است که تاکنون بوده، بلکه تقسیم‌بندی اصلی نظریه‌های جرم‌انگاری، به تبع تقسیم‌بندی نظریه‌های سیاسی امکان‌پذیر است. به همین جهت، شاید بتوان چنین گزاره‌ای را دور از ذهن ندانست که: نظریه‌های جرم‌انگاری باید بر اساس نظریه‌های سیاسی نام‌گذاری شوند: نظریه جرم‌انگاری لیبرال؛ نظریه جرم‌انگاری اجتماع‌گرا؛ ... در این صورت است که اصلی‌ترین مرزبندی میان نظریه‌های جرم‌انگاری بر اساس مرزبندی‌های سیاسی

خواهد بود. از آنجا که هر نظریه جرم‌انگاری، موضع‌گیری‌های متفاوتی در قبال عناصر بنیادین جرم‌انگاری دارد، طبیعی است که تقسیم‌بندی نظری‌های جرم‌انگاری به تبع تمایزات نظریه‌های سیاسی صورت پذیرد.

### ۲-۳-۳. تبارشناسی نظریه‌های جرم‌انگاری

دیگر نتیجه حاصل از مبنای‌گرایی و ارتباط با نظریه‌های سیاسی، امکان تبارشناسی نظریه‌های جرم‌انگاری است. بسیاری از نویسندگان در حوزه جرم‌انگاری، بدون آنکه اشاره‌ای به منشأ اندیشه سیاسی خویش داشته باشند، دست به تحلیل و نظریه‌پردازی می‌زنند و این‌گونه وانمود می‌کنند که مستقل از اندیشه‌های سیاسی عمل می‌کنند. از منظر مبنای‌گرایی، این ادعا ممکن است با یکی از این سه انگیزه مطرح شده باشد: نخست، از سر غفلت و عدم توجه به جایگاه نظریه سیاسی در جرم‌انگاری به این نحو نوشته‌اند. دوم، غلبه نظریه سیاسی مورد پذیرش خویش را مفروض تلقی کرده و سخن گفتن از آن را غیرضروری دانسته‌اند (لیبرال‌ها غالباً در این دسته می‌گنجند). سوم، با هدف فرار از موضع‌گیری در قبال اندیشه سیاسی، در زیر پرچم بی‌طرفی سیاسی و به نام استدلال علمی محض. انگیزه هر چه باشد، مهم آن است که با استفاده از مبنای‌گرایی معرفت‌شناختی، این امکان وجود دارد که هر نظریه جرم‌انگاری مورد واسازی و ساخت‌شکنی<sup>۷</sup> مفهومی قرار گیرد و در نهایت، تبار اندیشه سیاسی هر نظریه منکشف شود. کافی است با واسازی پیش‌فرض‌های یک نظریه جرم‌انگاری، موضع‌گیری آن در قبال عناصر بنیادینی که پیش‌تر استخراج شدند، مشخص شود. آنگاه می‌توان تبار سیاسی نظریه مزبور را شناسایی کرده و بحث درون‌گفتمانی ترتیب داد. عدم توجه به تبار نظریه جرم‌انگاری موجب می‌شود که گاه اختلاط گفتمان رخ داده و نقد و بررسی راجع به یک نظریه خاص، به دلیل سوءتفاهم‌های فراوان، به نتیجه خاصی منجر نشود.

### ۲-۳-۴. دستیابی به جرم‌زدایی اصولی

گاه در برخی آثار مکتوب در زمینه جرم‌زدایی، بی‌آنکه اشاره‌ای به اصول نظریه جرم‌انگاری صورت پذیرد، تنها با استناد به عدم کارایی نظام عدالت کیفری، رهیافت‌های مدیریتی و ضرورت جلوگیری از تورم سیاهه جرایم، جرم‌زدایی به عنوان

نسخه‌ای شفابخش تجویز می‌شود (غفاری، ۱۳۸۶ و محمودی جانکی، ۱۳۸۷). حال آنکه به نظر می‌رسد همان‌گونه که از نظر جاناناتان شانسک، اولین فیلتر جرم‌انگاری، فیلتر اصول شناخته شده است، در جرم‌زدایی نیز باید این فیلتر مورد توجه قرار گیرد. به عبارت دیگر، شاید باید در جرم‌زدایی نیز فیلتر اصول مقدم بر سایر فیلترها مورد توجه قرار گیرد و همه مصادیق مغایر با اصول جرم‌انگاری مورد نظر، در دایره جرم‌زدایی قرار گیرد. از همین رو، مبنای جرم‌انگاری، نتیجه مستقیم بر نظریه‌های مربوط به جرم‌زدایی خواهد گذاشت. در نتیجه، از یک سو جرم‌انگاری‌های غیرمنطبق با اصول در صف نخست جرم‌زدایی قرار خواهد گرفت و از سوی دیگر، از جرم‌زدایی‌های مغایر با اصول نیز احتراز خواهد شد. بدیهی است اگر با التزام به اصول مورد توجه قرار گرفته باشد، هر گونه بهره‌گیری از آورده‌های مدیریتی و توجه به کارایی نظام عدالت کیفری کاملاً موجه خواهد بود.

### ۲-۳-۵. محدودیت‌های سیاسی جرم‌انگاری، به جای محدودیت‌های اخلاقی

شاید مهم‌ترین نتیجه‌ای که از تطبیق مبنای جرم‌انگاری بر جرم‌انگاری و برقراری رابطه مستقیم با گزاره‌های سیاسی به دست می‌آید، نفی نظریه‌های مبتنی بر توجیه اخلاقی جرم‌انگاری است. به خلاف جول فاینبرگ که کوشیده تا ساختار نظریه جرم‌انگاری را بر پایه محدودیت‌های اخلاقی بنا نهد، مبنای معرفتی موجب شد تا پایه‌های جرم‌انگاری را در محدودیت‌های سیاسی بنشانند. فاینبرگ در دفاع از تأثیر نظریه‌های اخلاقی بر جرم‌انگاری، اثر چهارجلدی و وزین خویش در این زمینه را «محدودیت‌های اخلاقی حقوق کیفری» (Feinberg, 1989). نام نهاد، اما در این مقاله چارچوب متفاوتی در مقابل آن قابل تعریف است و آن عبارت است از «محدودیت‌های سیاسی حقوق کیفری». در واقع، با پذیرش مبنای معرفتی در تبیین ماهیت جرم‌انگاری، عملاً مبنای توجیهات جول فاینبرگ مورد تردید قرار گرفته و ساختار و مبانی جدیدی برای جرم‌انگاری لازم می‌آید.

### نتیجه‌گیری

تحلیل ماهیت نظریه‌های حقوقی - از جمله نظریه‌های جرم‌انگاری - بدون شناخت

ساختار معرفتی آنها و درک نسبت میان گزاره‌ها و مفاهیم تشکیل‌دهنده آنها میسر نیست. «نظریه‌های توجیه» به عنوان نظریه‌های تبیین‌کننده ساختار معرفت، مناسب‌ترین راهنما و ابزار برای درک ساختار و چارچوب نظریه حقوقی هستند. این نظریه‌ها، با تبیین ماهیت توجیه، مجموعه معرفت‌ها و دانش را در کنار یکدیگر ارزیابی کرده و راه دستیابی به معرفت را ترسیم می‌کنند. به همین دلیل است که گفته شده ارزیابی توجیه گزاره‌های معرفتی، دارای ارزشی بنیادی‌تر از خود شناخت و معرفت است، زیرا هر دانشمندی، پیش از آنکه به اصل معرفت بنگرد، دلایل و توجیهات اقامه شده برای آن را مورد بررسی قرار می‌دهد و پس از پذیرش آنها، اصل آن معرفت را قابل قبول می‌داند. دو رویکرد رقیب در تحلیل ساختار معرفتی حقوق مورد توجه قرار گرفت: رویکرد انسجام‌گرا و رویکرد مبنای‌گرا. چنانکه ذکر شد، افرادی نظیر نیل مک‌کورمک، ژوزف راز و حتی رونالد دورکین مشی انسجام‌گرایی در توجیه نظریات خود برگزیدند و خود را از قید کشف گزاره‌های بنیادین در حقوق رها ساختند. در مقابل، هانس کلسن، جان استوارت میل و فلچر همچون ریاضی‌دانان به دنبال کشف گزاره‌های پایه در حقوق بودند تا نظریه خویش را بر پایه‌های آن استوار سازند.

اتخاذ هر رویکرد در نظریه‌پردازی در عرصه جرم‌انگاری آثار و تبعات خویش را به دنبال دارد؛ چه اینکه فرایند جرم‌انگاری با مفاهیم پایه‌ای نظیر حدود آزادی، اصالت فرد، اصالت جمع و مبنای مشروعیت قدرت مرتبط است و بدون موضع‌گیری در قبال هر یک از مفاهیم پایه، امکان تولید نظریه جرم‌انگاری محل تردید است. پذیرش انسجام‌گرایی در تحلیل نظریه جرم‌انگاری موجب می‌شود تا نظریه حقوقی وارد ارزیابی و ارزش‌گذاری در زمینه مشروعیت قدرت، اصالت فرد و ماهیت انسان شود؛ حال آنکه چارچوب‌های نظری حقوق فاقد زمینه‌های لازم برای تبیین نظری چنین مفاهیمی هستند. نتیجه اتخاذ این رویکرد آن است که علاوه بر ایراد تسلسل نامتناهی گزاره‌ها، درک نسبت گزاره‌های حقوقی از غیرحقوقی ناممکن شود و حقوق به مرحله بی‌ساختاری سوق یابد.

در مقابل، تحلیل و تبیین مبنای‌گرایانه از جرم‌انگاری موجب خواهد شد تا گزاره‌هایی که در بیرون از منظومه معرفتی حقوقی نظریه‌پردازی شده است، از منظر حقوقی

غیرقابل اثبات دانسته شده و می‌توانند جایگاه گزاره‌های پایه را داشته باشند. با این فرض، کافی است که جدولی از عناصر پایه‌ای ترسیم شود، تا موضع‌گیری هر اندیشه سیاسی در قبال آن روشن شود. نتیجه آنکه اولاً، نسبت میان نظریه جرم‌انگاری با سایر دانش‌ها قابل تحلیل و توجیه خواهد بود؛ ثانیاً، امکان طبقه‌بندی نظریه‌های جرم‌انگاری بر اساس رویکردهای نظری در دانش‌های مرتبط وجود خواهد داشت؛ ثالثاً، نظریه‌پردازی‌های سرگردان در زمینه جرم‌زدایی که عموماً بدون التفات به پایه‌های نظری جرم‌انگاری صورت می‌گیرد، به نظریه‌پردازی اصولی تبدیل خواهد شد؛ رابعاً، تحلیل اخلاقی از محدودیت‌های جرم‌انگاری (آن‌گونه که فاینبرگ منادی آن بود) به محدودیت‌های سیاسی سوق خواهد یافت.

نتیجه آنکه در تحلیل نظریه جرم‌انگاری در هر نظام حقوقی، گریزی از نسبت‌سنجی آن با مبانی نظریه سیاسی حاکم بر آن نظام وجود ندارد و نمی‌توان فارغ از نوع نظریه سیاسی حاکم، نظریه جرم‌انگاری ارائه کرد.

## یادداشت‌ها

1. Theories of Justification

2. Coherentism

3. Coherentist Theories of Epistemic Justification

۴. سازگاری عبارت از این است که در مجموع گزاره‌های تشکیل‌دهنده یک معرفت، دچار تعارض منطقی نبوده و هیچ گزاره، گزاره دیگر را نقض ننماید. در مقابل، انسجام در توجیه عبارت است از اینکه نه تنها گزاره‌های متناقضی وجود نداشته باشد، که حتی نسبت به یکدیگر مؤید و تقویت‌کننده باشند. به همین جهت، به هر میزان گزاره‌ها و قواعد یکدیگر را مورد تأیید قرار دهند، انسجام بیشتری برقرار خواهد شد (Schiavello, 2001).

5. Foundationalism

6. Grundnorm (Gr)

7. Deconstruction

### کتابنامه

- آلمن، اندرو (۱۳۸۵). *درآمدی بر فلسفه حقوق*. ترجمه بهروز جندقی. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- برلین، آیزا (۱۳۹۸). *چهار مقاله درباره آزادی*. ترجمه محمدعلی موحد. تهران: انتشارات خوارزمی.
- پولاک، جان و کراز، جوزف (۱۳۸۵). *نظریه‌های امروزی شناخت*. ترجمه علی حقی. قم: بوستان کتاب قم.
- پویمن، لوئیس پی (۱۳۹۸). *معرفت‌شناسی؛ مقدمه‌ای بر نظریه شناخت*. ترجمه رضا محمدزاده. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام).
- تبیث، مارک (۱۳۸۴). *فلسفه حقوق*. ترجمه حسن رضایی خاوری. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- غفاری، محمد (۱۳۸۶). عوامل توجیه‌کننده جرم‌زدایی. *فصلنامه عدالت آرا*، (۸). صص. ۱۳۶-۱۷۳.
- فعالی، محمدتقی (۱۳۷۹). *درآمدی بر معرفت‌شناسی دینی و معاصر*. قم: نشر معارف.
- کلسن، هانس (۱۳۹۱). *نظریه حقوقی ناب*. ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی. تهران: انتشارات سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- گریلینگ، ای. سی. و دیگران (۱۳۹۰). *معرفت‌شناسی*. ترجمه امیر مازیار. تهران: انتشارات حکمت.
- مالوری، فیلیپ (۱۳۹۸). *اندیشه‌های حقوقی*. ترجمه مرتضی کلانتریان. تهران: نشر آگه.
- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۲). *مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌نگاری*. (رساله دکتری). دانشگاه تهران، تهران، ایران.
- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۷). *جرم‌زدایی به منزله یک تغییر*. *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق دانشگاه تهران*، ۳۸(۱)، صص. ۳۲۱-۳۵۰.
- میل، جان استوارت (۱۳۸۵). *رساله درباره آزادی*. ترجمه محمدجواد شیخالاسلامی. تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
- هوساک، داگلاس (۱۳۹۰). *جرم‌نگاری افراطی*. ترجمه محمدتقی نوری. تهران: انتشارات مجد.

Ashworth, Andrew (2003). *Principles of Criminal Law* (4th ed.). Oxford: Clarendon Press.

Baker, Dennis J. (2008). Constitutionalizing the Harm Principle. *Criminal Justice Ethics*, 27(2), pp. 4-16.

Dore, Isaak I. (2007). *The Epistemological Foundations of Law: Readings and*

- Commentary*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- Dworkin, Ronald (1986). *Law's Empire*. London: Fontana Press.
- Feinberg, Joel (1989). *Moral Limits of Criminal Law: Harm to Self*. New York: Oxford University Press.
- Fletcher, George P. (1978). *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press (Reprint 2000).
- Fletcher, George P. (2006). Criminal Law & Political Theory. *Criminal Justice Ethics*. 25(1), pp. 18-38.
- Hamowy, Ronald (2008). *The Encyclopaedia of Libertarianism*. California: Sage Publication.
- Kelsen, Hans (1967). *Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang Das Problem der Gerechtigkeit*. Wien: Franz Deuticke (Reprint: 2017).
- Kress, Kenneth J. (1984). Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions. *California Law Review*, 72(3), pp. 369-402.
- Laudan, Larry (2006). *Truth, Error, And Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. New York: Cambridge University Press.
- Marmor, Andrei (2021). The Pure Theory of Law. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.), URL=<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/lawphil-theory/>>.
- MacCormick, Neil (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press.
- Mill, John Stuart (1859). *On Liberty*. Oxford: Oxford University.
- Raz, Joseph (1994). *The Relevance of Coherence*. In: Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.
- Rodriguez-Blanco, Veronica (2001). A Revision of the Constitutive and Epistemic Coherence Theories in Law. *Ratio Juris*. 14(2), pp. 212-232.
- Schiavello, Aldo (2001). On "Coherence" and "Law": An Analysis of Different Models. *Ratio Juris*. 14(2), pp. 233-243.
- Schonsheck, Jonathan (1994). *On Criminalization: An Essay in the Philosophy of the Criminal Law*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers.

درخواست اشتراک

## فصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی

<b>الف) اطلاعات فردی:</b>	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه علمی (اختیاری):	محل فعالیت:
	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
<b>ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:</b>	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
<b>ج) نشانی (برای ارسال مجله):</b>	
آدرس:	
کد پستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره:	تا شماره:

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره):

مؤسسات: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

افراد: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

• اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

علاقه‌مندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های جاری نیز می‌شود، به حساب نزد بانک تجارت، شعبه علامه طباطبایی (کد ۰۲۴۳۰) واریز و اصل فیش را به همراه برگ درخواست اشتراک به نشانی زیر ارسال نمایند. (لطفاً روی فیش، عنوان **پژوهش نامه حقوق اسلامی** ذکر شود)

تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق (ع)،

اداره کل پژوهش و نشر، اداره توزیع و فروش

تلفن: ۵-۸۸۰۹۴۰۰۱ داخلی ۵۱۲ دورنگار: ۸۸۳۷۰۱۴۲

صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵

آدرس سامانه اختصاصی نشریه: <https://ilr.journals.isu.ac.ir>

آدرس پست الکترونیک نشریه: [ilr@isu.ac.ir](mailto:ilr@isu.ac.ir)





## **Analysis of Coherentism and Fundamentalism in Legal Theories: Case Study of "Theory of Criminalization"**

Salman Emrani\*

Received: 2022/01/24

Accepted: 2022/09/28

### **Abstract**

An important issue that has been neglected in research on the analysis of legal theoretical foundations is the epistemological analysis and description of the theoretical structure of this science. Some jurists believe that legal knowledge is an independent knowledge that defines its concepts and principles; Others, on the other hand, believe that concerning defining and explaining basic concepts and principles, law and its branches, despite their methodological independence, are inevitably bound to follow the definitions provided by other sciences. Using the definition of "knowledge structure" provided by justification theories, the first group can be described as "cohesive" and the second group can be analysed according to "fundamentalist" criteria. In this article, an attempt is made to first analyse and evaluate the effects of coherence and fundamentalist approaches in legal theories, and then to examine the impact of each of these two approaches in the analysis of criminological theory. Since criminological theories are committed to upholding the fundamental values of society and regulating the coercive relationship between the state and man through the use of "power" and coercive power, the analysis of its epistemological structure has significant effects and dimensions. Consequently, if the structure of criminology is analyzed with a coherent approach, problems such as "lack of input", "infinite sequence" and the challenges of justifying extrajudicial statements will arise. In contrast, fundamentalist analysis of criminality makes it possible to speak of "political limitations of criminal law" instead of "moral constraints of criminal law".

**Keywords:** Philosophy of law, Criminology, Theories of justification, Coherentism, Fundamentalism.

---

\* Assistant Professor, Department of Criminal Law & Criminology, Faculty of Islamic Studies & Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. [emrani@isu.ac.ir](mailto:emrani@isu.ac.ir)

## Feasibility of Open Trial in Cyberspace

Ali Akbar Izadi Fard\*

Elias Yari\*\*

Mehrdad Pakzad\*\*\*

Mahdi Taleghan Ghaffari\*\*\*\*

Received: 2021/11/25

Accepted: 2022/08/16

### Abstract

Principle of publicity is one of fundamental principles of proceeding which has been regarded as an essential component in fair trial in human right documents and there are clear signs confirming it in the Imamiya jurisprudence. The Civil Procedure Act 1379 unlike Civil Procedure Act 1318 and Criminal Procedure Act 1392 is silent about it; but according to Constitution Act, Principle 165, observation of this principle is necessary in civil cases too. Principle of publicity do not restrict to usual proceeding that in it the parties are required to be present in the court, rather, its observation is necessary in electronic proceeding; because this two proceedings have not substantive differences, and only holding procedures are different. On the other hand, currently lack of space in courts and long distances cause this principle to be isolated, using electronic instruments facilitate the presence of people in courts by spending less time and small expense. This approach not only has not any conflict with jurisprudential foundations, but also it is in compliance with them under the auspices of conditions of time and place, as it removes losses arising from the isolation of publicity of trials and facilitates its application. Practice of wise-men, generality and unconditionality of reasons relating to publicity of proceeding together with lack of prohibition on the side of Shariah confirm this approach. Therefore, the comprehensive system of electronic proceeding and national justice network should not restrict itself to the parties of a given case and instead it needs to allow those who intend to participate in legal proceedings by creating technical and legal infrastructure.

**Keywords:** Public trial, Civil procedure, Cyberspace, Electronic proceeding, Exceptions to the principle of public trial.

---

\* Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Mazandaran University, Mazandaran, Iran.

ezadifard@umz.ac.ir

\*\* Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Ilam, Iran (Corresponding Author).

yari.elias@yahoo.com

\*\*\* Ph.D. Student of Private Law, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Mazandaran, Iran.

M.pakzad@stu.umz.ac.ir

\*\*\*\* Ph.D. Student of Private Law, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Mazandaran, Iran.

m.taleghanghaffari@stu.umz.ac.ir



## **Challenges of recognizing rivers as legal persons under Iranian legal system**

Samad Haddadi Ardakani\*

Ehsan Farhadi\*\*

Mohammad Reza Aghajani Ghannad\*\*\*

Received: 2022/04/22

Accepted: 2022/07/23

### **Abstract**

In this article, the challenges of recognizing rivers as a legal person in Iranian law have been explored, with the aim of creating a context for the protection of rivers, with an emphasis on Imamiya jurisprudence and Iranian law. The main challenge that motivated this research is the special condition that Iranian rivers have, including water scarcity and human encroachment on the river's boundaries. The main question is whether it is possible for rivers to be recognized as legal entities in Iranian legal system so that they can be more widely supported in this manner, and what will be the challenges of accepting this approach in Iranian law? Regarding this challenge, there has been no research background in Iran so far, so the necessity of examination doubles. This research, with a descriptive-analytical method, concludes that although the social, territorial and critical status of the rivers make this theory acceptable, but there are still challenges that makes it impossible to accept this approach, including the fact that rivers, in Iranian law, cannot have rights and obligations, and the mechanism of "enforcement of rights" by rivers is not provided in Iranian laws. The acceptance of rivers as a legal entity requires the reinforcement and expansion of theoretical foundations, such as possibility of removing the human-centered nature of current laws, the identification of rights for objects such as rivers, the conceptual development and legal entity and its examples, the feasibility of independence of rivers from governance and understanding to what extent recognizing rivers as legal entities can be effective in order to protect rivers. In this article, only the challenges and obstacles that exist in the acceptance of this theory in Iranian law have been examined and as long as the existing challenges exist, it will be difficult to accept rivers as a legal person.

**Keywords:** River, Legal person, River protection, Public properties, Environment.

---

\* MA. Student in Private Law, Department of Private Law, Farabi Division, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author). s.haddadi1371@yahoo.com

\*\* Ph.D. Student of private Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran. Ehsan.farhadi@gmail.com

\*\*\* Assistant Professor, Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Department, Payam Noor University, Qom, Iran. Aghajani1345@gmail.com



## **Examining substantive fairness as a basis for binding-character of contract**

Ramin Efteghari\*  
Siamak RahPeik\*\*  
Ali Akbar Farahzadi\*\*\*

Received: 2021/11/02  
Accepted: 2022/01/04

### **Abstract**

From a legal point of view, one cannot expect the unfair distribution of contractual resources to be enforced. For the fair distribution of these resources, two theories of substantive fairness & procedural fairness have been proposed. According to the theory of substantive fairness, a fair criterion should be considered in advance for the outcome of the contract and care should be taken that the parties to the contract do not violate this criterion. Contrary to this theory, procedural fairness whose followers claim that there is no consensus on a particular type of distribution, try to control the formation process of the contract to make it fair, rather than considering the outcome of the contract. The main a priori criterion for fair distribution proposed in substantive fairness is the application of just price. There are serious doubts as to whether a just price can be considered as a good basis for making contracts binding and enforceable, because the justification for the need to a certain type of distribution under the name of justice is difficult due to disagreement over the concept of justice in the modern world. At the same time, accepting such a basis will make it impossible to justify the invalidity of other illegitimate contracts concluded at a just price. Of course, assuming the acceptance of the theory of substantive fairness, specified legal effects arise from the contract in order to reconstitute the situation of injured party, which, in turn, face with many difficulties especially in the case of price fluctuation.

**Keywords:** Binding-character, Substantive fairness, Procedural fairness, Distributive justice, Commutative justice.

---

\* Ph.D. Student of Private Law, Department of Private Law, Faculty of Judicial law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding Author).  
raminefteghari70@gmail.com

\*\* Professor, Department of Private Law, Faculty of Judicial law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.  
srahpeik@gmail.com

\*\*\* Associate Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Judicial law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.  
farahzadi@ujsas.ac.ir



## **Tracing the Theory of the Cause of Contract through its Effects in Islamic Legal System**

Sayyed Amrollah Hoseini\*

Received: 2022/03/06

Accepted: 2022/09/21

### **Abstract**

In the eyes of wisemen, the cause of a contract is the main purpose of wisemen in its conclusion. In French law, many regulations relation to commutative contracts are justified and interpreted based on this approach. In contrast, in Iranian law and jurisprudence, it is not mentioned, and instead, "legitimacy of the purpose of contract", "intention and consent of the parties" and "necessity of subject" for a given contract are required. Some believe that the latter requirement provide the purpose of the contract. However, there are questions that can be justified only in the light of belief in the cause of contract, such as the right of Habs (lien), the responsibility of seller against total loss of the subject matter of contract before taking its delivery, options (i.e., power to cancel a contract) such as delay in paying the contract price, Ghabe (lesion) expensive, defeat, inability in delivery, nullity of contract as a result of non-dining to its indications. This research tries to show the theory of cause of contract in jurisprudence by the "Inni" method and concludes that the content and indications of this theory have been observed by Islamic jurists in the process of reasoning and justifying the mentions instances, although they have not made any clear reference to.

**Keywords:** Islamic legal regime, Cause of contract, Contract subject, Reason of deal, Commutative liability, Right of Habs (lien).

---

\* Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence & Law, Faculty of Islamic Sciences and Research, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran (Corresponding Author).  
hosseini156@yahoo.com



### **Legal Moralism, from consequentialism to deontology theory**

Erfan Karimi Rad\*  
Mojtaba Farahbakhsh\*\*  
Seyed Mansour Mirsaedi\*\*\*  
Ghasem Ghasemi\*\*\*\*

Received: 2022/03/11

Accepted: 2022/07/21

#### **Abstract**

In moral duties, in order for an action to be characterized by morality, it requires free will, and by imposing and threatening punishment, there can be no moral consequence. This view, which has a solid theoretical basis, is largely attributed to Kant. But the consequentialist approach, considering the consequences (good) of the action, allows the government to compel. However, the Machiavellian spirit and the dryness and, of course, the objective inefficiency of such views have led some Consequentialism thinkers to return to the status quo of the will, such as those who, while emphasizing the role of free will in accepting moral matters, believe that the contemplative position should be distinguished from current position. The current situation has changed. However, in science, when we look at the main record of legal ethics in creating good and developing morality through punishment and coercion, it certainly can not be possible as a result, because it is better to do it by accepting the difficult path of conscientiousness. Strengthen the moral will, which, ironically, will result in consistency and durability.

**Keywords:** Legal Moralism, Moral will, Deontology, Consequentialism.

---

\* Ph.D. Student of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Division, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

karimiraderfan@yahoo.com

\*\* Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

mo.farahbakhsh@yahoo.com

\*\*\* Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

mansourmirsaeedi@gmail.com

\*\*\*\* Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Division, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Ghassem.ghassemi@gmail.com



## Contents

- **Legal Moralism, from consequentialism to deontology theory..... 351**  
*Erfan Karimi Rad, Mojtaba Farahbakhsh, Seyed Mansour Mirsaeedi and Ghasem Ghasemi*
- **Tracing the Theory of the Cause of Contract through its Effects in Islamic Legal System ..... 379**  
*Sayyed Amrollah Hoseini*
- **Examining substantive fairness as a basis for binding-character of contract ..... 401**  
*Ramin Efteghari, Siamak RahPeik and Ali Akbar Farahzadi*
- **Challenges of recognizing rivers as legal persons under Iranian legal system..... 435**  
*Samad Haddadi Ardakani, Ehsan Farhadi and Mohammad Reza Aghajani Ghannad*
- **Feasibility of Open Trial in Cyberspace ..... 461**  
*Ali Akbar Izadi Fard, Elias Yari, Mehrdad Pakzad and Mahdi Taleghan Ghaffari*
- **Analysis of Coherentism and Fundamentalism in Legal Theories: Case Study of "Theory of Criminalization" ..... 483**  
*Salman Emrani*



**In the Name of Allah the Compassionate the Merciful**

# Islamic Law Research Journal

57

The Quarterly Journal of Islamic Law Research  
Volume 23, Issue 3, Serial No. 57, Autumn 2022

**Publisher: Imam Sadiq University**

**Managing Director: Salman Emrani Assistant Professor (Expertise: Criminal law and criminology) Imam Sadiq University**

**Editor in Chief: NejadAli Almasi**

**Manager Editorial: Mohammad Hashemi Syavoshani**

## **Editorial Board (In Alphabetical & Academic Rank Order):**

Nejad Ali Almasi.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University  
Abbas Karimi.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University  
Sayyed Fazlollah Musavi.....Professor (Expertise: Public Law) Tehran University  
Sayyed Hosein Safaei.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University  
Tavakkol Habibzadeh.....Associate Professor (Expertise: International Law) Imam sadiq University  
Sayyed Mostafa Saadat Mostafavi.....Associate Professor (Expertise: Private Law) Imam sadiq University  
Ali Gholami.....Associate Professor (Expertise: Criminal law and criminology) Imam sadiq University

The Articles in this Publication do not Necessarily the Views of the  
Imam Sadiq University. The Quotes Are Only Full References

Pirinting: Imam Sadiq(a.s) University Press  
176 Pages/ 500.000 RIS

Address: Imam Sadiq University, Modiriat Bridge, Shahid Chamran Highway, Tehran, Iran  
P.O. Box: 14655-159

Management of Technical and Printing: Deputy of Research and Technology,  
Telfax:+9821-88575025

Management of Scientific & Editorial Affairs: Islamic Studies & Law Faculty,  
Telfax: +9821-88385118

Address of the Dedicated Journal System: <https://ilr.journals.isu.ac.ir>  
Email: [ilr@isu.ac.ir](mailto:ilr@isu.ac.ir)



Imam Sadiq University  
Islamic Studies & Law Faculty

The Quarterly

# Journal of Islamic Law Research

# 57

23'th Year | Third Number | Serial No. 57  
Autumn 2022

- **Legal Moralism, from Consequentialism to Deontology Theory**  
Erfan Karimi Rad • Mojtaba Farahbakhsh • Seyed Mansour Mirsaedi • Ghasem Ghasemi
- **Tracing the Theory of the Cause of Contract through its Effects in Islamic Legal System**  
Sayyed Amrollah Hoseini
- **Examining Substantive Fairness as a Basis for Binding-Character of Contract**  
Ramin Efteghari • Siamak RahPeik • Ali Akbar Farahzadi
- **Challenges of Recognizing Rivers as Legal Persons under Iranian Legal System**  
Samad Haddadi Ardakani • Ehsan Farhadi • Mohammad Reza Aghajani Ghannad
- **Feasibility of Open Trial in Cyberspace**  
Ali Akbar Izadi Fard • Elias Yari • Mehrdad Pakzad • Mahdi Taleghan Ghaffari
- **Analysis of Coherentism and Fundamentalism in Legal Theories: Case Study of "Theory of Criminalization"**  
Salman Emrani

