



## فصلنامه علمی - تخصصی فقه پویا

صادرکننده مجوز: دانشگاه تهران

صاحب امتیاز: انجمن علمی دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده فارابی دانشگاه تهران

مدیر مسئول: پرنیان ناصری

سر دبیر: مهسا صدیقی سنگ چال

مشاور علمی: محمدرسول آهنگران

کارشناس نشریات: سرکار خانم مریم شریفی دانا

دبیر اجرایی: علیرضا سلمانی مارالانی

ویراستار: ابوالفضل علیدوست

صفحه آرا: سرکار خانم جاسمی

گرافیک و طراحی جلد: پرنیان ناصری و عباسعلی سیاسر جهانتیغی

شماره ۵ تابستان و پاییز ۱۴۰۱

پل ارتباطی: [mahsa\\_sedighi838@gmail.com](mailto:mahsa_sedighi838@gmail.com)

---

نشانی: قم - ابتدای جاده قدیم تهران - دانشکده فارابی - دانشگاه تهران - انجمن علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی

کد پستی: ۳۷۱۸۱۱۷۶۹ شماره تماس: ۰۲۵۳۶۱۶۶۳۴۱

استفاده از مطالب مجله با ذکر منبع مجاز است

## هیأت تحریریه

---

علی احمدیان دانشجوی مقطع کارشناسی ارشد حقوق شرکت های تجاری دانشگاه علوم قضایی  
محمد صالح عالمی و امیررضا نیک منش دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران  
سید امیرحسین میرقاسمی کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران  
روح الله طالبی توتی دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران  
آزاده نژاد حسن دانشجو کارشناسی حقوق پردیس دانشگاه آزاد مشهد

---

## حوزه فعالیت، اهداف، راهنمای تدوین و شرایط پذیرش مقاله

فصلنامه حاضر با رویکرد علمی تخصصی در راستای ارتباط فقه و حقوق اسلامی با نگرش به پویایی فقه امامیه به عنوان نشریه علمی انجمن دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس فارابی دانشگاه تهران منتشر می‌شود حوزه موضوعی مجله، فقه و حقوق با تأکید بر مباحث نوظهور است. که پس از داوری تخصصی، تأیید مسئولین نشریه و با توجه به ساختار تعریف شده در این راهنما چاپ می‌شود از نویسندگان محترم تقاضا می‌شود در تهیه و تنظیم مقالات خود نکات زیر را رعایت کنند.

مقاله در محیط نرم‌افزاری **Word 2010**

اندازه کاغذ **A4** :

حاشیه‌ها (بالا، پایین، چپ و راست): ۴ سانتی‌متر

فونت عنوان مقاله **BTitr 14** :

فونت متن: فارسی **B Zar 13** و انگلیسی **Times New Roman 10**

فونت در جدول و نمودار: فارسی **B Zar 10** و انگلیسی **Times New Roman 9**

تعداد صفحات نباید از ۲۴ صفحه در همین فرمت بیش‌تر باشد.

برای واژه‌ها و نام‌های خارجی، در حد امکان از معادل‌های فارسی مصطلح و مصوب استفاده کنید.

۴ ◇ فصلنامه علمی - تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی

در صورت نیاز به درج زیرنویس، همهٔ موارد فارسی به صورت راست‌چین با قلم BMitra و اندازهٔ 10pt و زیرنویس‌های لاتین به صورت چپ‌چین با قلم Times New Roman اندازهٔ 9 pt نوشته شوند.

لطفاً توجه فرمایید منابع خارجی داخل متن به فارسی نوشته شوند؛ ولی در بخش فهرست منابع به انگلیسی نوشته شوند.

در فهرست منابع، ابتدا منابع فارسی به ترتیب حروف الفبا فارسی (B Zar 12) و سپس منابع انگلیسی به ترتیب حروف الفبای انگلیسی (Times New Roman 11) نوشته شوند.

ضمناً منابع به صورت زیر نگارش شوند:

کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). عنوان کتاب، محل انتشار، نام ناشر

مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). عنوان مقاله. نام مجله، دوره، شماره، شماره صفحات.

اگر مقاله یا کتاب بیش از یک نویسنده داشت بین اسامی نویسندگان ویرگول (،) گذاشته شود.

نویسندگان محترم می‌توانند مقالات خود را در سایت نشریه:

به آدرس <http://feghhepouvasj.ut.ac.ir> بارگذاری کنند.

## فهرست مطالب

سخن سردبیر .....	۷
امکان سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت .....	۹
بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی پرتو قانون اساسی و قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران .....	۳۵
شمول خطابات شرعی نسبت به غائبان و معدومان .....	۶۷
خشونت جنسی در نگاه قانون و عدم امکان جرم انگاری تجاوز زناشویی .....	۸۹
لزوم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم <small>صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ</small> و حضرت علی <small>عَلِيٌّ</small> .....	۱۰۵



## هوالحق

### سخن سر دبیر

پیشینه علم فقه به ظهور دین اسلام برمی‌گردد که هدف آن در گذر تاریخ تطبیق احکام با مسائل نوظهور جامعه بوده است و حضور پویای این علم در دوران وجود تفکرات متعدد زمینه را برای رفع خلأ در جامعه فراهم کرده است. علم فقه همه زمینه‌های زندگی اعم از اجتماعی، فردی، سیاسی دینی و دنیوی انسان را دربرمی‌گیرد. به بیانی دیگر احکام و مقررات فقه اسلامی تضمین‌کننده نیازها و مصلحت فرد و جامعه می‌باشد. جایگاه و عظمت والای علم فقه و پیشرفت روزافزون آن اقتضا می‌کند که هر چه بیشتر مورد بحث و گفتگو قرار گیرد به همین دلیل این نشریه بر آن است تا با به کارگیری مقالاتی در حوزه فقه پویا به نیازهای روز جامعه با تکیه بر پشتوانه علمی بهترین پاسخ را بدهد و مسیر سعادت و تکامل انسان را فراهم کند. این نشریه امید دارد با فعالیت خود و با دریافت مقالات و انتشار منظم، این دستاوردهای علمی را به نحو پویایی در اختیار علاقمندان پژوهشی قرار دهد. در انتهای امر از زحمات همه کسانی که نقشی هر چند کوچک در انتشار این نشریه داشته‌اند و در جهت بهبود انتشار و محتوای این نشریه همراه و هم قدم بوده‌اند سپاسگزاریم و برآنیم تا در جهت افزایش کیفی و اعتبار نشریه بکوشیم.

مهسا صدیقی سنگ چال





## امکان سنجی صحت بیت کوین قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت

علی احمدیان<sup>۱</sup>



### چکیده

به طور کلی دولت‌ها در مقررده گذاری در زمینه رمزارزها با چالش‌های حاکمیتی، اقتصادی، امنیتی و... روبه‌رو هستند؛ اما در حقوق ایران، با توجه به اینکه در اصل چهارم قانون اساسی مقرر شده است که کلیه قوانین و مقررات کشور باید مطابق موازین اسلامی باشند؛ قانونگذار علاوه بر چالش‌های ذکر شده برای بقیه کشورها، با چالش‌های فقهی، مانند مالیت و مشروعیت این پدیده نوظهور هم‌رو به‌رو می‌باشد. علاوه بر آن تحریم‌های اعمال شده از سوی آمریکا و دیگر کشورها و ضرورت افزایش منابع ارزی کشور هم چالشی است که کشور ما در طی سال‌های اخیر با آن روبه‌رو بوده است که البته استخراج بیت کوین با استفاده از برق فرصت تازه‌ای برای کسب درآمد ارزی فراهم می‌کند. همچنین افزایش کلاهبرداری‌های صورت گرفته در حوزه رمزارزها امکان انجام پولشویی از این طریق و فرصت پیشرو بودن در این زمینه از کشورهای منطقه و ارزآوری برای کشور فرصت‌ها و تهدیدهایی هستند که کشور را در زمینه عدم مقررده گذاری در این حوزه به‌رو تهدید می‌کنند. این مقاله از مذاقه و بررسی چالش‌های مذکور، قابلیت پذیرش رمزارزها از جمله بیت کوین را برای مبادلات و کسب درآمد ارزی را نتیجه‌گیری می‌کند.

**کلمات کلیدی:** بیت کوین، رمزارز، مقررده گذاری، تنظیم‌گری.

---

۱. دانشجوی مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق شرکت‌های تجاری دانشگاه علوم قضایی

## مقدمه

ایده رمزارزها به تحقیقات دیوید چام و استفان برنندز<sup>۱</sup> در سال ۱۹۸۳ باز می‌گردد. محققان دیگری، همانند آدام بک<sup>۲</sup>، الگوریتم درهم‌سازی (هش<sup>۳</sup>) را توسعه دادند؛ تا آنکه وی دای پروتکل ارز رمزگذاری شده را پیشنهاد کرد.

وی دای که یک متخصص حوزه فناوری اطلاعات است، مفهوم ارز مجازی را، به معنای رمزارز، اولین بار در سال ۱۹۸۸، در تارنمای شخصی خود به عنوان یک ایده طرح کرد. مقصود او از این پیشنهاد، تسهیل امور مالی و ایجاد پولی بدون حضور واسطه‌ها بود. لذا ناکاموتو<sup>۴</sup> واحد پولی خلق کرد و آن را «بیت کوین» نامید که ترکیبی از کلمات «بیت» به معنای واحد اطلاعات کامپیوتری و «کوین» به معنی سکه است. البته پول اختراع شده او هیچ شباهتی به سکه یا اسکناس ندارد، هیچ اثری از کاغذ، مس، نقره یا طلا در ساخت این پول وجود ندارد و فقط ۳۱ هزار خط برنامه و یک اعلامیه اینترنتی در مورد آن ذکر شده است. وی می‌خواسته واحد پولی اختراع کند که تحت تأثیر سیاست‌های غیرقابل پیش بینی مالی و دزدی‌های نظام بانکی نباشد (ناکاموتو، ۲۰۰۹).

رمزارزها پدیده‌ای نوظهور است که دولت‌ها را با چالش‌های جدیدی در مقرره گذاری این پدیده رو به رو کرده است. اولین بلاک بیت کوین<sup>۵</sup> در ۳ ژانویه ۲۰۰۹ توسط خالق بیت کوین ساتوشی ناکاموتو<sup>۶</sup> ایجاد شد، از خلق بیت کوین تاکنون بیش از ۱۲ سال می‌گذرد و در حال

---

1 . stefan Brands

2 . adam Back

۳. پیوست شماره ۱.

4. Nakamoto

5. bitcoin

6. satoshi Nakamoto

امکان‌سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت ◇ ۱۱

حاضر بیش از ده هزار رمزارز در جهان به غیر از بیت کوین در حال فعالیت هستند و ارزش این بازار در حال حاضر بیش از ۱۴۰۰ میلیارد دلار است، این درحالی است که ارزش کل بازار بیت کوین در زمان نگارش این تحقیق بیش از ۳۶۳ میلیارد دلار است که به تنهایی ۴۵ درصد از حجم بازار را در اختیار دارد. برای درک بزرگی حجم بازار بیت کوین کافی است که شما بیت کوین را یک شرکت مانند مایکروسافت در نظر بگیرید، در این صورت بیت کوین نهمین شرکت بزرگ جهان خواهد بود. از طرفی گسترش تجارت در سطح جهانی و نیاز به ابزار پرداخت سریع و امن بدون مداخله نهادها، امروزه بیش از پیش احساس می‌شود. در این زمینه امروزه شاهد آن هستیم که فناوری‌های جدید به طور خاص علم رمزنگاری و شبکه، تغییرات اساسی را در ساختار اقتصاد جهانی ایجاد کرده‌اند. از جمله مهم‌ترین این تحولات می‌توان به پدیده نوظهوری به نام رمزارزها اشاره کرد. در واقع رمزارز یک سیستم خصوصی برای تسهیل انجام مبادلات بین افراد است، بدون آنکه به حضور نهاد مرکزی و واسط نیازی باشد. در حال حاضر رمزارزها و فناوری مرتبط به آن (سیستم زنجیره بلوکی) به سرعت در حال فراگیر شدن هستند (Heetal, ۲۰۱۶).

بیت کوین یک سیستم پرداخت گسترده انقلابی در اینترنت می‌باشد که برای تأمین و کنترل عرضه پول خود به یک منبع مرکزی متکی نیست و تمام فعالیت‌ها در این ارز از جمله انتشار، پردازش و اعتبارسنجی به صورت غیر متمرکز و تحت شبکه بوده و هیچ سرویس دهنده مرکزی یا مؤسسه مالی برای کنترل و دخالت در این فرایند وجود ندارد (ادوارد و مورفی، ۲۰۱۵).

همان‌طور که اشاره شد، بازار رمزارزها در طول ۱۲ سال اخیر شاهد رشد فوق‌العاده‌ای بوده است و هرروز ارزشهای جدیدی در این بازار عرضه می‌شوند که ماهیتی جدای از بیت کوین و ابزارهای پرداخت دارند. لذا در این تحقیق به جای پرداختن به ارزشهای مختلف بیت کوین را به عنوان رمزارز پیشرو مورد بررسی قرار خواهیم داد.

ضروری است که قانونگذار در این حوزه ورود کرده و با وضع قوانین و مقررات به تنظیم گری بپردازد؛ اما در این راه با چالش‌هایی رو به رو است که در این تحقیق در پی پاسخ به آنها هستیم. از جمله پاسخ به این سوالات که ماهیت بیت کوین چیست. آیا بیت کوین دارای مالیت می‌باشد؟ ویژگی‌های بیت کوین نسبت به پول فیات چیست؟ راه‌هایی که دولت از طریق رمزارزها می‌تواند به درآمدزایی بپردازد، چیست؟

برای تبیین ادعای مذکور، مقاله حاضر به این ترتیب سازمان دهی شده است. نخست به چالشی‌ترین موضوع در زمینه رمزارزها یعنی ماهیت آنها می‌پردازیم و پس از انتخاب ماهیت مطلوب به تطبیق بیت کوین با پول‌های بدون پشتوانه (فیات) پرداخته خواهد شد و سپس در سرفصلی جداگانه به بررسی مباحث فقهی و حقوقی رمزارزها پرداخته خواهد شد. در انتها به بیان روش‌های کسب درآمد ارزی از این فرصت پیش آمده با توجه به ظرفیت‌های کشور و جمع‌بندی مطالب خواهیم پرداخت. در این مقاله از روش تحلیلی توصیفی استفاده شده است.

## بیان مسئله

### ماهیت رمزارز

یکی از اصلی‌ترین چالش‌هایی که دولت‌ها در زمینه برخورد با رمزارزها رو به رو هستند، تعیین نوع ماهیت آنهاست. به طور کلی سه دیدگاه در زمینه ماهیت رمزارزها وجود دارد که شامل: (۱) کالا بودن رمزارزها؛ (۲) سهام بودن رمزارزها؛ (۳) ارزی بودن رمزارزها می‌باشند. هر کدام از این دیدگاه‌ها دارای طرفدارانی است و کشورها از رویه واحدی برای برخورد با رمزارزها پیروی نکرده‌اند. به طور مثال کانادا و تایوان رمزارزها را به عنوان کالا در نظر می‌گیرند؛ در حالی که ایتالیا و لبنان با رمزارزها به عنوان ارز برخورد می‌نمایند، دیدگاه سهام بودن ارزهای دیجیتال بیشتر در مورد پیش عرضه یک رمزارز یا ICOها مطرح می‌شود که در کشورهایی همچون آلمان دارای طرفدارانی است.

امکان‌سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت ◇ ۱۳

به نظر می‌رسد دیدگاهی که مورد استقبال اکثر کشورها قرار گرفته است، دیدگاه ارزش‌بودن رمزارزها می‌باشد که با هدف اصلی سازنده اولین رمزارز، یعنی ساتوشی ناکاموتو تطابق دارد. به همین دلیل، در این گفتار ابتدائاً به مقایسه رمزارزها با پول و سپس به بررسی شباهت و تفاوت‌های بیت کوین و پول‌های بدون پشتوانه خواهیم پرداخت.

## بیت کوین و پول

برای دستیابی به این نتیجه که آیا رمزارزها بر اساس قوانین ایران پول تلقی می‌شود، یا خیر؛ باید به ویژگی‌ها و کارکردهای پول اشاره کرد و به مقایسه بیت کوین با این ویژگی‌ها و کارکردها پرداخت. در ابتدا در تعریف پول گفته شده است: پول در واقع به وجهی گفته می‌شود که مشخص‌ترین خصیصه آن، ارزش مبادلاتی است که به آن قدرت خرید می‌دهد و ممکن است کاهش ارزش مبادله‌ای نیز پیدا کند که عرف در برابر آن به نوعی واکنش نشان می‌دهد (یوسفی، ۱۳۸۱).

برای پول شش ویژگی ذکر شده است: ۱) قابل حمل بودن؛ ۲) بادوام بودن؛ ۳) تقسیم‌پذیری؛ ۴) یکسان و متحدالشکل بودن؛ ۵) قابلیت تشخیص (امکان تشخیص اصالت آن برای عموم وجود داشته باشد)؛ ۶) مقبولیت.

با توجه به پیشرفت در زمینه فناوری و گسترش استفاده از تلفن‌های هوشمند و شبکه‌های بیسیم، دسترسی به اینترنت تقریباً در اکثر نقاط دنیا فراهم شده است و همچنین دولت‌ها به سبب تمرکز بر اینترنت اشیا<sup>۱</sup> که برای استفاده از این بعد از تکنولوژی به اینترنت پرسرعت نیاز می‌باشد؛ به زودی دسترسی به اینترنت در سراسر دنیا محقق خواهد شد.

در مورد ویژگی بادوام بودن با توجه به ساختار دفاتر اشتراکی و وجود نسخه‌های متعدد از داده‌های رمزارزها، این ویژگی نیز در خصوص رمزارزها صدق می‌کند و تقریباً می‌توان گفت که رمزارزها از جمله بیت کوین از تمامی پول‌های دنیا ماندگاری بیشتری دارد. علت این امر، آن

---

1. Internet of things

است که برای از بین رفتن بیت کوین باید تمام دفاتر اشتراکی بیت کوین و سایر رمزارزها در دنیا از بین بروند که این موضوع با توجه به تعداد بی شمار این دفاتر تقریباً غیرممکن است.<sup>۱</sup> در مورد قابلیت تقسیم پذیری با توجه به ماهیت الکترونیکی رمزارزها، به مقدار خیلی بیشتری از پول‌های فیزیکی قابلیت تقسیم پذیری دارند، به نحوی که هر بیت کوین شامل ۱۰۰ میلیون ساتوشی<sup>۲</sup> می‌باشد که نشان دهنده تقسیم پذیری بالای این رمزارز می‌باشد. همان گونه که گفته شد، با توجه به ماهیت الکترونیکی این رمزارزها بهتر از سایر ارزهای فیزیکی این ارزها دارای ویژگی یکسان و متحدالشکل بودن می‌باشند. به نظر می‌رسد که بزرگ‌ترین نقطه قوت بیت کوین نسبت به ارزهای فیزیکی، عدم امکان تقلب و جعل در آن می‌باشد.

یکی از سؤالات مطرح شده در این باب، آن است که چگونه با وجود اینکه منبع این سیستم در اینترنت و در اختیار عموم وجود دارد؛ امکان جعل آن وجود ندارد؟ در پاسخ به این سوال باید به این موضوع اشاره کرد که آنچه از روی منبع در اختیار عموم قرار خواهد گرفت، ساختار و معماری آن می‌باشد؛ به طوری که با کپی برداری از آن و راه‌اندازی هر نمونه کپی شده از آن، با توجه به معماری رمزنگاری به کار رفته در زنجیره بلوکی، حتی دفاتر اشتراکی هیچ کدام از این دو مشابه هم نخواهند بود؛ به طوری که هیچ وقت نمی‌تواند دو زنجیری بلوکی یکسان راه‌اندازی کند. بنابراین، اگر شما هم اکنون منبع بیت کوین را از سایت [github](https://github.com) انلود کرده و راه‌اندازی کنید، شما یک رمزارز مشابه بیت کوین به لحاظ معماری خواهید داشت؛ اما هیچ وقت رمزارزهای تولیدی در سیستم زنجیره بلوکی شما در زنجیره بلوکی فعلی بیت کوین قابل استفاده نمی‌باشد؛ زیرا دفاتر اشتراکی آنها از هم مجزا است و قابل ادغام نمی‌باشد. (منشیان مطلق و رحیمی، ۱۳۷۹).

---

۱. در زمان نگارش این مقاله بنا بر گزارش سایت [bitnodes.io](https://bitnodes.io) تعداد سرورهای ذخیره داده بیت کوین در سراسر دنیا ۹۵۵۴ عدد می‌باشد که از این مقدار تعداد ۹ سرور در ایران وجود دارد.

2.Satoshi

امکان‌سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت ◇ ۱۵

با وجود رشد روز افزون استفاده از رمزارزها، از جمله بیت کوین به نظر می‌رسد که این نوع رمزارزها از مقبولیت لازم بین مردم برخوردار می‌باشند؛ به صورتی که برخی از ارائه دهندگان خدمات و فروشندگان محصولات به کسانی که با بیت کوین خرید می‌کنند تخفیفاتی را ارائه خواهند کرد.

پس از بررسی ویژگی‌های یک ارز و تطبیق بیت کوین با این ویژگی‌ها اکنون به بررسی کارکردهای پول و تطبیق بیت کوین با این کارکردها خواهیم پرداخت.

در ادبیات اقتصادی مرسوم، سه کارکرد اصلی برای پول عنوان می‌شود: ۱) وسیله مبادله<sup>۱</sup>؛ ۲) واحد محاسبه<sup>۲</sup>؛ ۳) ذخیره ارزش<sup>۳</sup>. از این جهت اندیشمندان یکی از بزرگ‌ترین اختراعات بشر را پول می‌دانند که مشکل مبادله کالا به کالا را که همان همزمانی خواسته‌های دو طرف معامله بود، برطرف می‌کند. لذا مهم‌ترین ویژگی پول این است که به عنوان وسیله مبادله کالاها و خدمات مورد استفاده قرار بگیرد. بر این اساس کارکرد دیگر پول، واحدی برای سنجش و محاسبه ارزش کالاها و خدمات متنوع و گسترده در دنیای کنونی می‌باشد که باعث شده است میزان ارزش نسبی کالاها و خدمات نمایان شود و هر دو این کارکردها، هزینه‌های مبادله را به شدت کاهش داده است. ذخیره ارزش نیز به این معناست که ارزش پول در طول زمان تا حدی حفظ گردد تا امکان ذخیره آن برای پرداخت‌های آتی بدون کاهش ارزش میسر باشد. در شرایط تورمی این وظیفه پول کمرنگ خواهد شد، حتی در شرایط ابر تورم<sup>۴</sup> امکان عدم پذیرش جدی پول رایج توسط کارگزاران اقتصادی وجود دارد (نوری، ۱۳۹۷).

---

1. Medium of Exchange

2. Unit of Account

3. Store of Value

4. Hyper Inflation

حال بر اساس این کارکردهای تعریف شده برای پول در این بخش، به این سؤال پاسخ داده خواهد شد که آیا رمزارزها می‌توانند در شرایط فعلی نقش پول را در مبادلات ایفا کنند یا خیر؟ برای پاسخ گویی به این پرسش نخست به کارکرد اول، یعنی وسیله مبادله تمرکز می‌شود. با توجه به افزایش تعداد بیش از حد کیف پول‌های بیت کوین در مقایسه با سال ۲۰۱۱<sup>۱</sup> و همچنین پذیرش رمزارزها توسط برخی شرکت‌های بزرگ مانند آمازون، مایکروسافت و پی‌پال و حتی ایجاد بیش از ۲۷ هزار دستگاه ATM در سطح جهان؛ همه نشان دهنده پذیرش بیت کوین به عنوان وسیله مبادله در سطح جهان، علی‌الخصوص کشورهای توسعه یافته می‌باشد.

در مورد کارکرد دوم، یعنی واحد سنجش و محاسبه قرار دادن بیت کوین با رشد شرکت‌ها و کسب و کارهایی که رمزارزها را برای سنجش کالاها و خدمات خود در نظر گرفته‌اند، به نظر می‌رسد که این کارکرد در سطح جهانی در حال فراهم شدن می‌باشد؛ اما باید این نکته را مورد نظر قرارداد که با وجود نوسانات بسیار بالایی که در این رمزارزها وجود دارد، امکان وسیله مبادله، واحد سنجش قرارگرفتن و حتی کارکرد سوم که مربوط است به ذخیره ارزش را مختل می‌نماید و مانع جدی بر قیمت گذاری کالاها و خدمات بر اساس این رمزارزها است (نوری، ۱۳۹۷:۱۲۶).

در مورد کارکرد سوم، یعنی وسیله حفظ ارزش باید بیان داشت که در حال حاضر بزرگ‌ترین چالش رمزارز و از جمله بیت کوین، عدم ثبات و نوسان شدید ارزش آن نسبت به سایر پول‌های موجود است. یکی از دلایل عدم ثبات ارزش این نوع پول، رویکرد غلط بعضی از نهادها و سازمان‌ها با آن بوده است، برای مثال قبول این نوع پول به عنوان کالا در بورس امریکا، در حالی که (به ظاهر) این کالا نه دارای ارزش ذاتی است و نه پشتوانه دولتی و اقتصادی، باعث لطمه به این نوع پول شده است. دیگر اینکه عدم تصمیم‌گیری و

---

۱. در حال حاضر تعداد کیف پول‌های الکترونیکی بیت کوین به بیش از ۷۵ میلیون عدد می‌رسد.



امکان‌سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت ◇ ۱۷

ورود دولتی‌ها در خصوص پذیرش آن و ایجاد ساز و کار کنترلی و نظارتی نیز به عدم ثبات این نوع پول کمک کرده است؛ در حالی که با ایجاد قوانین حاکمیتی و رگولاتوری درست برای رمزارزها، می‌توان به ثبات قیمت رمزارزها و وسیله حفظ ارزش بودن آنها کمک کرد. (منشیان مطلق و رحیمی، ۱۳۹۷).

### بیت کوین و پول‌های بدون پشتوانه

در گذشته کشورهای دنیا فقط اجازه داشتند که در قبال طلایی که از معاملات جهانی وارد خزانه کشور می‌کنند، پول چاپ کنند. به این ترتیب، میزان تبدیل طلا به پول هر کشور عدد ثابتی بود و بر همین اساس میزان تبدیل پول سایر کشورها به همدیگر نیز مشخص بود. مثلاً اگر کشوری دارای ۲۱ تن طلا بود، تنها حق داشت ۲۱ میلیون واحد سکه یا اسکناس تولید کند؛ اما به مرور زمان به دلیل کمبود طلا و مشکلاتی مانند جابه‌جایی طلا، بانک‌ها و دولت‌ها بر اساس قدرت حکومت و اقتصاد کشور دست به چاپ اسکناس زدند.

در دنیای امروز که تمامی ارزهای کاغذی دنیا پول بدن پشتوانه (فیات)<sup>۱</sup> هستند و اعتبار و ارزش آنها به دولت‌ها وابسته است، کاغذی یا مجازی بودن آن طبیعتاً تأثیری در ارزش و اعتبار خود پول ندارد. این شرایط و سیاست‌های اقتصادی حاکم در هر کشور است که ارزش پول آن کشور را در دنیا تعیین می‌کند، نه نوع پول آن.

رمزارز به تنهایی یک نوع پول بدون پشتوانه است؛ اما این نوع پول با توجه به تغییر آن از مدل کاغذی به مدل مجازی با ساختار پیچیده رمزی، قابلیت‌هایی را برای آن ایجاد کرده است که باعث تمایز ارزش با سایر پول‌های فیزیکی رایج شده است (منشیان مطلق و رحیمی، ۱۳۹۷). با توجه به مقدمه‌ای که در باب پول‌های بدون پشتوانه و رمزارزها بیان شد، اکنون به بررسی مزیت‌های بیت کوین نسبت به پول‌های فیات می‌پردازیم:

---

1. Fiat

### ۱. ساختار شبکه غیر متمرکز

بیت کوین به دلیل ویژگی بارز داشتن یک سیستم غیر متمرکز مشهور است. این، بدان معناست که برای اجرای فعالیت‌های خود به هیچ مرجع مرکزی یا هیئت حاکمیتی احتیاج ندارد. بر خلاف پول سنتی که توسط بانک مرکزی توزیع و تنظیم می‌شود، بیت کوین از گره‌هایی<sup>۱</sup> استفاده می‌کند که هر معامله‌ای را که وارد شبکه می‌شود، تأیید می‌کنند. این معاملات تأیید شده در یک دفتر عمومی نگهداری می‌شود که مانند اسناد بانکی کار می‌کند (لو و وانگ، ۲۰۱۴).

در حالی که این دفترچه در برابر چشم همه افراد شبکه قرار دارد؛ تمام اطلاعات شخصی و محرمانه هر کاربر به صورت خصوصی حفظ می‌شود. این امر از ایجاد تقلب و سایر تخلفات احتمالی در شبکه جلوگیری می‌کند.

### ۲. امنیت و حریم خصوصی هویت کاربران

برخلاف معاملات با ارزهای فیات که به مشخصات شخصی مانند نام، مشخصات تماس، آدرس و موارد دیگر نیاز دارند، معاملات با بیت کوین ناشناس نگه داشته می‌شوند. حتی شخصی که با او معامله می‌کنید، اطلاعات شخصی شما را نمی‌داند و بالعکس. با محافظت از هویت در شبکه بیت کوین، تعداد افرادی که ترجیح می‌دهند با استفاده از این رمزارز معامله کنند به مقدار قابل توجهی افزایش می‌یابد (Di vaio, 2014).

### ۳. سهولت استفاده و دسترسی

در ابتدا، اصطلاحات بیت کوین، بلاکچین و رمزارز ممکن است طاقت فرسا به نظر برسد. با این حال، بر خلاف آنچه بسیاری از مردم در مورد این فن آوری هوشمندانه ادعا می‌کنند، بیت کوین کارآمد و مفید است؛ به ویژه برای پرداخت در معاملات پولی روزمره، بیت کوین از کیف

امکان‌سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت ◇ ۱۹

پول‌های دیجیتالی استفاده می‌کند که در آن رمزارزها نگهداری می‌شوند و در زمان لازم با استفاده از این کیف پول‌ها می‌توان به پرداخت اقدام کرد. کیف پول بیت کوین می‌تواند روی تلفن‌های هوشمند و رایانه‌های شخصی نصب شود، که دسترسی و استفاده از آن را آسان می‌کند. (daviao.2020)

#### ۴. سرعت بسیار زیاد و هزینه پایین انجام تراکنش‌ها

سرعت نقل و انتقالات با ارزهای فیات بسته به مکان، مقدار و روش انتقالی که استفاده می‌کنید، متفاوت است. این عوامل معمولاً مشخص می‌کنند که یک معامله چه مدت طول می‌کشد تا انجام شود، با استفاده از بیت کوین، کاربران فقط باید به کیف پول دیجیتال خود دسترسی پیدا کنند و موارد لازم را برای ادامه معامله تکمیل کنند، انتقال در شبکه بیت کوین به صورت ۲۴ ساعته و تقریباً در همه نقاط جهان در دسترس است. برخلاف بانک‌ها و سایر ارائه دهندگان خدمات انتقال پول، پرداخت با بیت کوین تقریباً در یک لحظه انجام می‌شود (jumde & Yun, 2020:11). گذشته از سرعت در تراکنش‌ها، انجام معاملات با بیت کوین و سایر رمزارزها نسبت به پول‌های فیات دارای هزینه کارمزد بسیار پایین‌تری می‌باشد که باعث مقبولیت این ارزها نسبت به پول‌های فیات است. به طور مثال، برای انتقال هر یک بیت کوین که در زمان نگارش این مقاله دارای ارزش تقریبی ۴۲۰۰۰ دلار می‌باشد، کارمزدی کمتر از ۲ دلار اخذ می‌شود. از آنجا که پول فیات از اشخاص ثالث یا واسطه‌ها برای انجام تراکنش‌ها استفاده می‌کند، سبب ایجاد هزینه‌های اضافی می‌شود. کیف پول‌های دیجیتال استفاده از واسطه‌ها را قطع می‌کنند و با این کار هزینه انجام تراکنش با بیت - کوین نسبت به پول‌های فیات ارزان‌تر خواهد بود.

به طور کلی می‌توان نتیجه گرفت که رمزارزها از جمله بیت کوین دارای تمام قابلیت‌های پول‌های فیزیکی می‌توانند باشند و همچنین با توجه به گسترش استفاده از رمزارزها و مزیت‌های

مورد اشاره برای این فناوری، به نظر می‌رسد با توجه به پایین بودن میزان کارمزد استفاده از رمزارزها در حال حاضر برای معاملات کلان در سطح داخلی و بین‌المللی مناسب می‌باشد که با گذشت زمان و پذیرش بیشتر رمزارزها توسط دولت‌ها به مرور قابلیت عام شمول و جایگزینی ارزهای فیزیکی را نیز خواهند داشت.

در پایان این مبحث به منظور درک بهتر از تفاوت‌های پول سنتی و رمزارزها جدولی ارائه

می‌گردد که به بیان تمام تفاوت‌های این دو مصداق می‌پردازد:

پول سنتی	رمزارز	
+	+	وسیله مبادله
+	-	ذخیره ارزش
+	+	واحد محاسبه
متمرکز	غیر متمرکز	تمرکز
دارد	ندارد	قابلیت جعل
بانک مرکزی	الگوریتم	ناشر
نظام بانکی	شبکه نظیر به نظیر	مرکزیت
گران	بسیار ارزان	هزینه انتشار
بسیار طولانی	سریع	سرعت در انتقال در سطح دنیا
بانک	کیف پول رمزارز	محل ذخیره
می‌شود	نمی‌شود	تضعیف شده
کم	زیاد	پیچیدگی
بانک	-	ضمانت پول توسط

(تقوا و جلائیان زعفرانی، ۱۳۹۹: ۲۱)

## ایرادات فقهی و حقوقی بیت کوین

### مالیت بیت کوین

نخستین بحثی که در باب مسائل فقهی و حقوقی بیت کوین به عنوان معتبرترین و معروف‌ترین رمزارزها مطرح می‌باشد؛ این است که اساساً چنین چیزی دارای مالیت می‌باشد یا صرفاً توهمی از مالیت است که بخشی از جامعه نسبت به آن اقبال نشان داده‌اند.

مالیت، از نگاه فقها با دو شرط محقق می‌شود: یکی اینکه قابل انتفاع بوده و نزد عقلا دارای منفعت باشد؛ دیگر اینکه شارع آن منفعت را حلال شمرده باشد (خوبی، بی تا، ج ۲، ص ۳). شرط دیگری که در کلام برخی از فقیهان به آن اشاره شده، این است که شیء از فراوانی برخوردار نباشد؛ یعنی به راحتی قابل دسترسی نبوده و به دست آوردن آن به انجام دادن کاری یا ایجاد معامله‌ای نیاز باشد (حکیم، بی تا، ص ۳۲۵).

حضرت امام خمینی<sup>ره</sup> در تعریف مال می‌فرمایند: «مال تنها، آن چیزی است که مورد رغبت عقلا باشد و از سوی آنان تقاضا گردد؛ به نحوی که به پرداخت عوض و قیمتی در برابر آن حاضر باشند» (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۰).

با توجه به مطالبی که در باب رغبت فزاینده عموم افراد نسبت به استفاده از رمزارزها، بالاخص بیت کوین به عنوان وسیله پرداخت بیان شد، به نظر می‌رسد از آن جا که مالیت مفهومی عرفی است و تعیین مصادیق آن با عرف است، بیت کوین در حال حاضر به عنوان مال شناخته شده و دارای مالیت می‌باشد.

همچنین در میان اندیشمندان حقوق اسلامی، شهید صدر از پیشگامان تحلیل مالیت داشتن ارزها به شمار می‌رود. وی پس از تأکید بر مالیت ذاتی مسکوکات طلا و نقره، بین اوراق اسکنانس دارای پشتوانه و قابل تبدیل به طلا و نقره و ارزهای جاری، اعم از الکترونیکی و غیره که معاف از تبدیل به طلاست، تمایز جدی قایل شده است. در مورد گروه دوم یعنی ارزهای فاقد پشتوانه طلا و نقره که رمزارزها نیز می‌تواند یکی از مصادیق آنها باشند، معتقد است که

اینها اوراق نقدی الزامی هستند و مالیشان صرف اعتباری است و ارزش و قیمت ذاتی نداشته و فقط به وسیله قانون و حکومت به آنها داده می‌شود. با این حال، افراد جامعه این اوراق را به عنوان ثمن معامله می‌پذیرند و معامله بر روی خود این اوراق صورت می‌پذیرد. (صدر، ۱۴۲۵).

### بیت کوین و قاعده غرر

برای کلمه «غرر»، در کتاب‌های لغت و کلام فقها، معانی فراوانی آمده است؛ ولی آنچه بیشتر با حدیث «نهی النبی عن بیع الغرر» تناسب دارد، در معنای خدعه و خطر است. هر چند در کتاب‌های لغت، غرر به معنای جهل نیامده است؛ به هر یک از این دو معنای مذکور که باشد، می‌تواند مجهول بودن مورد معامله را نیز در بر گیرد؛ زیرا شخصی که شناخت کافی از موضوع قرارداد ندارد، این معامله برای وی خطری است؛ چون ممکن است فریب خورده و تصورات او از مورد معامله بر خلاف واقع درآید و به این ترتیب، مال خود را بیهوده از دست بدهد. به عبارت دیگر آنچه در حدیث غرر، مورد نهی پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله قرار گرفته، بیع و یا هر گونه قراردادی است که مشتمل بر نوعی فریب یا مخاطره است؛ خواه این فریب یا خطر به دلیل مجهول بودن مورد معامله و یا چیز دیگری مانند تردید در قدرت تسلیم باشد. (میرزاخانی، ۱۳۹۶).

در مورد غرر در بیت کوین باید گفت، از زمانی که این پول به وجود آمده تا به امروز از لحاظ قیمت کاملاً بی ثبات بوده است، به طوری که در سال ۲۰۱۳ باقیمت ۱۱۷ دلار مبادله می‌شد که پس از مدتی تقریباً ۴ ساله به قیمت ۱۰۰۰ دلار رسید و پس از این رشد دوباره با افزایش قیمتی در اواخر سال ۲۰۱۷ به قیمت ۱۹ هزار دلار رسید، پس از مدتی روند نزولی خود را پیش گرفت تا اینکه در اواخر سال ۲۰۱۸ به قیمت ۳ هزار دلار برگشت؛ اما پس از مدتی کوتاه دوباره روند صعودی خود را آغاز کرد به طوری که در ۱۲ آپریل ۲۰۲۱ به بالاترین قیمت خود یعنی ۶۰ هزار دلار رسید.

امکان‌سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت ◇ ۲۳

برخی از کارشناسان این نوسانات قیمت در بیت کوین را دست مایه این قرار داده‌اند که قیمت گذاری بیت کوین غیرعقلایی است و مبادلات آن غرری است؛ اما بسیاری از کارشناسان این نوسانات شدید را توجیه کرده و دو دلیل را برای آن ذکر می‌کنند. آن‌ها اولاً، این نوسانات را به دلیل عرضه و تقاضای بازار ناشی از دلایل عقلایی می‌دانند و نه ناشی از سفته بازی‌ها و ثانیاً علت اصلی را در سنجش بیت کوین با چوب دلار مطرح می‌کنند. آنها مدعی هستند که زمانی که بیت کوین به عنوان ارز مرجع قرار بگیرد، دیگر از این نوسانات خبری نخواهد بود (مقدم و فرزین فر، ۱۳۹۸).

### بیت کوین و ربا

«ربا» در لغت به معنای اضافی و زیادتی است که در اموال و ثروت در هنگام زیادی و رشد به وجود می‌آید (ابن منظور، ۱۴۰۵ ق). از دیدگاه فقه ربا بر قسم است: ربای معاملی و ربای قرضی. «ربای قرضی»، عبارت است از اینکه شخصی به شخص دیگر مقداری کالا یا پول، قرض دهد و شرط کند مقدار بیشتری بگیرد. این نوع ربا هم اکنون در جهان رایج است و به اتفاق فقهای اسلام حرام است. ربای معاملی عبارت است از معامله دو کالای همگن با یکدیگر با وزن و پیمانه مشخص که با یک نوع زیاده عینی یا حکمی در یک طرف معامله همراه باشد (محمودی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۴).

مشهور فقیهان برخلاف ربای قرضی در ربای معاملی وجود دو شرط را برای تحقق ربا لازم می‌دانند: (۱) عوض و معوض از یک جنس باشند؛ (۲) عوض و معوض از اشیایی باشند که در عرف یا با پیمانه و یا با وزن مبادله می‌شوند (موسویان، ۱۳۹۹). بنابراین، بنا بر آنچه گفته شد، بیع یک شی به کمتر یا زیادت از همان جنس در صورتی که جزو کالاهای شمردنی باشد، فاقد اشکال است. از سوی دیگر، با توجه به اینکه پول جزو معدودات شمردنی است و با پیمانه یا وزن، اندازه‌گیری نمی‌شود، بنابراین فروش پول به کمتر یا بیشتر از آن فاقد اشکال می‌باشد.

آیت الله مکارم شیرازی، خرید و فروش اسکناس را در دو مورد هم رایج و هم عاقلانه می‌داند: نخست در موردی است که عوضین، پول در کشور متفاوت باشد، مانند خرید یک یوروی اروپا با مثلاً ده هزار ریال ایرانی و دومین مورد در فروش بدهکاری نسبه به مبلغ کمتری از همان پول به نقد. علاوه بر این، ایشان در کتاب استفتائات مورد سومی را نیز پذیرفته‌اند و آن در صورتی است که اسکناس‌های عوض و معوض پول یک کشور باشند؛ ولی با یکدیگر تفاوت مختصری مانند نو و کهنه بودن داشته باشند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ص ۲۳۵).

بدیهی است که رمزارز، نه از جنس کیل و نه از جنس موزون است، بلکه محدود بوده و امکان ربای معاملی در مورد رمزارزها منتفی است؛ اما قرض ربوی به پول و اسکناس اختصاص ندارد و در غیر پول از نوع کالاها نیز به کار می‌رود؛ گرچه در عصر کنونی به پول پیدا اختصاص کرده است و در میان کالاها نیز فرقی نیست بین آنکه کیلی و وزنی باشد یا نه. همچنین در رمزارزها هم می‌تواند این اتفاق بیفتد. با توجه به اینکه رمزارزها عمدتاً یک واحد پولی غیر متمرکز بوده و بانک و سپرده‌گذاری در آن معنایی ندارد از این رو نسبت به پول‌های بدون پشتوانه امروزی موجه‌تر به نظر می‌رسد (موسویان، ۱۳۹۹، ص ۱۶).

### بیت کوین و پولشویی

یکی از موانع حقوقی موجود برای مقرر کردن رمزارزها، از جمله رمزارز پیشرو بیت کوین، مسئله «پولشویی» است.

در تعریف پولشویی می‌توان گفت: «پولشویی یک فعالیت غیرقانونی است که طی آن، عواید و درآمدهای ناشی از فعالیت‌های غیرقانونی به نحوی، ظاهری قانونی به خود می‌گیرد. به عبارت دیگر، پول‌های کثیف ناشی از اعمال خلاف به پول به ظاهر تمیز تبدیل گردیده و به چرخه اقتصاد رسمی وارد می‌شود. پولشویی فعالیتی است مجرمانه، در مقیاس بزرگ، گروهی، مستمر و درازمدت است که ممکن است از مرزهای جغرافیایی کشور مفروض نیز فراتر رود»



امکان‌سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت ◇ ۲۵

(رهبر و میرزاوند، ۱۳۸۷). در تعریف دیگری به طور خلاصه و عام، پولشویی عبارت است از: «انجام دادن هرگونه عملیات به منظور قانونی جلوه دادن درآمدهای غیر قانونی.» بیت کوین و سایر رمزارزها به سبب ویژگی‌های خاصی همچون: (۱) هویت پنهان خریداران و فروشندگان؛ (۲) عدم نظارت و کنترل دولت‌ها؛ (۳) عدم امکان مستندسازی مدارک پولشویی. مورد استفاده افراد برای انجام فعالیت‌هایی همچون پولشویی، قمار و خرید و فروش مواد مخدر و... قرار می‌گیرند (فراتی و دیگران، ۱۳۹۹، ص ۴).

به صورت اجمالی برای حل این مشکل می‌توان به راهکار اشاره شده در ماده ۱۶ دستورالعمل جدید گروه ویژه اقدام مالی،<sup>۱</sup> مبنی بر اشتراک‌گذاری اطلاعات مشتریان و تراکنش‌های مالی توسط بانک‌ها و صرافی‌ها در بلاک چین عمومی قابل دسترس برای همه اعضا اشاره کرد. با توجه به عضو نبودن ایران در گروه ویژه اقدام مالی، به نظر می‌رسد که می‌توان از این راهکار در سطح داخلی استفاده کرد و صرافی‌ها و بانک‌های داخلی را در صورتی که استفاده بانک‌ها و مشتریان بانک‌ها از رمزارزها برای تراکنش‌های مالی قانونی باشد؛ به ثبت تمامی تراکنش‌ها با توجه به مبدا و مقصد و نظارت دستگاه‌های اطلاعاتی و نظارتی بر تراکنش‌های انجام گرفته ملزم کرد.

همچنین با توجه به اینکه رمزارزها به کشور خاصی متعلق نیستند و مبادلات عموماً در سطح بین‌المللی انجام می‌شود. ضرورت همکاری کشورهای مختلف در زمینه معاضدت قضایی برای ارائه اطلاعات لازم به کشور در خواست کننده لازم است.

در پایان باید به این موضوع اشاره کرد که با توجه به اینکه حجم بالایی از مبادلات حوزه رمزارزها در کشور توسط صرافی‌ها انجام می‌شود، اصلی‌ترین اقدام برای مبارزه با پولشویی، تعیین هرچه سریع‌تر ماهیت رمزارزها از دیدگاه دولت و مقرر کردن برای نظام مند کردن فعالیت صرافی‌ها و خرید و فروش رمزارزها می‌باشد.

## فرصت‌های درآمدی دولت از طریق رمزارزها

به طور کلی می‌توان گفت که دولت‌ها از دو طریق می‌توانند به کسب درآمد از طریق رمزارزها بپردازند: (۱) استخراج رمزارزها؛ دولت‌ها می‌توانند با در اختیار قراردادن بخشی از منابع برق صادراتی خود در اختیار شبکه بیت کوین یا استفاده از منابع تجدید پذیر به استخراج پرداخته و با فروش بیت کوین‌های استخراج شده به تأمین منابع ارزی خود بپردازند برای مثال می‌توان به کشور السالوادور<sup>۱</sup> اشاره کرد که با پذیرش بیت کوین به عنوان ارز رسمی برای انجام مبادلات اقدام به تأسیس مزارع استخراج بیت کوین و اخذ درآمد از استخراج و فروش خود اقدام کرده است؛ (۲) اخذ مالیات؛ مالیات همواره یکی از مهم‌ترین منابع اخذ درآمد کشورهای اروپایی بوده است که در کشور ما نیز با افزایش تحریم‌ها در سال‌های اخیر مورد توجه قرار گرفته است، امکان استخراج بیت کوین و اخذ مالیات از تراکنش‌های انجام گرفته، روش تازه‌ای برای کسب درآمد دولت‌ها می‌باشد که باید مورد توجه قرار بگیرد. بدین رو، در این بخش ابتدائاً به کسب درآمد از طریق استخراج رمزارزها و سپس به اخذ مالیات از استخراج و انجام مبادلات خواهیم پرداخت:

### استخراج رمزارزها (بیت کوین)

«استخراج بیت کوین» اصطلاحاً به فرآیندی اطلاق می‌شود که طی آن، با استفاده از سخت‌افزارهای ویژه رایانه‌ای در شبکه بیت‌کوین، به حل مسائل رمزنگاری، تأیید صحت یک تراکنش و نهایتاً ایجاد یک بلوک در زنجیره بلوکی (بلاک چین) بیت‌کوین قادر می‌شود. افرادی که به این سخت‌افزارها در شبکه بیت‌کوین مجهز هستند، با تأیید تراکنش و تولید بلوک، مقداری بیت‌کوین (بنا به میزان سختی شبکه در لحظه) به عنوان پاداش دریافت خواهند کرد. این میزان در سال ۲۰۲۱ میلادی ۶.۵ بیت‌کوین می‌باشد.

---

۱. کشور السالوادور در تاریخ ۸ ژوئن ۲۰۲۱ رمز ارزها را به عنوان ارز پرداختی رسمی پذیرفت.

امکان‌سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت ◇ ۲۷

به زبان ساده می‌توان گفت برای این که تراکنش‌های بیت کوین یا هر ارز دیگر و همین‌طور امنیت آن فراهم شود، فرایند ماینینگ صورت می‌پذیرد. این دستگاه‌های ماینینگ، امنیت ارز دیجیتال بیت کوین را تأمین می‌کنند و برای همین شبکه بیت کوین یک جایزه برای دلگرمی و تشویق صاحبان ماینینگ به آنها می‌دهد.

بنابر گزارش فارس نیوز در ساعت ۱۲:۴۵ روز سه‌شنبه ۱۵ تیرماه سال ۱۴۰۰ میزان مصرف برق کشور به عدد ۶۶ هزار و ۲۹۰ مگاوات رسیده است<sup>۱</sup>. اگر ما میانگین برق مصرفی در کشور را ۶۰ هزار مگاوات در نظر بگیریم، متوجه خواهیم شد که برای استخراج ۶ درصد<sup>۲</sup> از شبکه بیت کوین فقط ۸۶.۰ (۸۶ صدم درصد) درصد از برق مصرفی کشور نیاز می‌باشد<sup>۳</sup> که به نظر می‌رسد عدد بزرگی نیست.

اما برای محاسبه میزان درآمد ناشی از استخراج بیت کوین باید بدانیم که در شبکه بلاکچین بیت کوین هر ده دقیقه یک بلاک استخراج می‌شود که پاداش استخراج این بلاک جدید ۶.۲۵ بیت کوین می‌باشد؛ یعنی در هر ده دقیقه ۶.۲۵ بیت کوین به حساب ماینرها واریز می‌شود. به عبارتی ۲۷ هزار بیت کوین در ماه به حساب ماینرها واریز می‌شود که با توجه به میانگین ۴۰ هزار دلاری قیمت بیت کوین در پنج ماه گذشته، ارزش این تعداد بیت کوین برابر است با یک میلیارد دلار در ماه که اگر شش درصد استخراج شبکه در اختیار ما باشد، این مقدار برابر است با ۶۰ میلیون دلار ماهانه که برآورد ریالی آن با دلار ۲۵ هزار تومانی برابر با ۱۵۰۰ میلیارد تومان است که بازده سالانه‌اش برابر است با ۷۲۰ میلیون دلار که برآورد ریالی آن برابر است با ۱۸،۰۰۰ میلیارد دلار.

---

1. <https://www.farsnews.ir>

۲. پیوست شماره ۳.

۳. پیوست شماره ۴.

برای درک این مقدار درآمد ارزی باید به خبری که در پایگاه خبری برق نیوز<sup>۱</sup> آمده است، اشاره کنیم:

” بنا بر گفته مدیرعامل شرکت برق حرارتی: میزان برق قابل صدور به به چهار کشور افغانستان، پاکستان، عراق و ترکیه، در شرایط مطلوب و منوط به نبود مشکلی، هزار و ۴۰۰ مگاوات است که درآمد ارزی آن متفاوت و به طور میانگین سالانه ۸۰۰ میلیون دلار است.“

اگر ما مقدار ۱۴۰۰ مگاوات برق را در اختیار شبکه بیت کوین قراردهیم و به استخراج بیت کوین پردازیم، کشور ما ۱۶ درصد از هش ریت شبکه بیت کوین را در جهان اختیار می‌گیرد که میزان درآمد دلاری آن برای کشور برابر است با ماهیانه ۱۶۰ میلیون دلار و سالیانه یک هزار و نهصد و بیست میلیون دلار که بیش از دو برابر مقداری است که کشور ما از صادرات برق به چهار کشور همسایه به دست خواهد آورد.

### اخذ مالیات

در سال‌های اخیر با افزایش تحریم‌های یک جانبه و چند جانبه علیه جمهوری اسلامی ایران، و به تبع کاهش صادرات نفت که به کاهش درآمد دولت منجر شده است؛ توجه دولت بیش از پیش به تأمین منابع مالی خود از طریق اخذ مالیات جلب شده است. از طرفی توجه به امکان کسب درآمد ارزی برای کشور از طریق استخراج و فروش رمزارزها و همچنین اخذ مالیات از فعالان این حوزه که می‌تواند به تأمین منابع مالی دولت کمک کند نیز ضروری است.

همان طور که قبلاً گفته شد، بخش عظیمی از معاملات مربوط به رمزارزها در کشور توسط صرافی‌ها انجام می‌گیرد و دولت می‌تواند با نظام مند کردن و مقرر کردن در زمینه صرافی‌ها، نسبت به عدم فعالیت‌های مشکوک به پولشویی نظارت کند و از طرفی با تعیین مبلغ یا درصدی

---

1. <https://barghnews.com>

امکان‌سنجی صحت بیت کوین با قواعد و ماهیت حقوقی و فقهی: تهدید یا فرصت ◇ ۲۹

به عنوان ارزش افزوده علاوه بر هزینه تراکنش قابل دریافت توسط صرافی‌ها، به اخذ مالیات اقدام کند.

قابل به ذکر است که طبق مصوبه شماره ۵۸۱۴۴/ت/۵۵۶۳۷/ه مورخ ۱۳۹۸/۵/۱۳ هیات وزیران، در خصوص مراکز استخراج رمزارز که توسط سازمان امور مالیاتی ابلاغ شد، مراکز تولید رمزارز، مرکز تولید صنعتی محسوب شده و صادرات آنها با رعایت مقررات مشمول معافیت مالیاتی می‌گردد.

### نتیجه‌گیری

بر اساس پژوهش پیش رو، می‌توان نتیجه گرفت که رمزارزها پدیده‌های نوظهوری هستند که دولت‌ها به جای مقابله و ممنوع کردن استفاده از این دارایی‌های نوظهور باید به تنظیم‌گری و استفاده از این فرصت تازه پردازند. بی‌شک دنیای آینده دنیای غیرمتمرکزها است. همسوی با تحقیقات صورت گرفته، نویسنده به این نتیجه رسیده است که نه تنها رمزارزها تهدیدی برای حاکمیت دولت‌ها نیستند، بلکه می‌توانند ابزاری برای تقویت دولت‌هایی که به صورت ظالمانه مورد تحریم از سوی سازمان‌ها و کشورهای دیگر واقع شده‌اند، قرار گیرند. مقابله دولت‌ها با این پدیده نوظهور به نظر می‌رسد که کار به جایی برسد؛ زیرا این نوع از دارایی، مورد استقبال عموم قرار گرفته است و تا وقتی که مردم حاضر باشند در قابل این دارایی غیرمشهود پولی پرداخت کنند، محدودکردن و ممنوعیت اثری نخواهد داشت؛ اما برعکس، اگر کشوری خود را سریع‌تر با شرایط جدید وفق دهد و از فرصت پیش آمده استفاده کند، می‌تواند به عنوان یکی از بزرگ‌ترین کشورهای دارای، دارایی در حال رشد دائم به جهت محدودیت تعداد بیت کوین‌ها تا حداکثر ۲۱ میلیون تبدیل بشود.

در پایان به دستگاه حاکمیتی در زمینه مقرر گذاری رمزارزها پیشنهاد می‌شود بانک مرکزی به جای مقابله با رمزارزها، رمزارز با پشتوانه پول ملی خود را برای تبادل با سایر رمزارزها و

استفاده از ظرفیت قراردادهای هوشمند ارائه کند. همچنین در زمینه استخراج بیت کوین و سایر رمزارزهای قابل استخراج نهاد خود تنظیم گر بخشی تشکیل شود تا خود را با تغییرات فوق العاده سریع این حوزه تطبیق دهد و دستگاه حاکمیتی نیز به نظارت بر صرافی‌ها و پروژه‌های این حوزه بپردازد تا از کلاهبرداری و اجرای پروژه‌های پانزی جلوگیری شود، پلیس و نهادهای اطلاعاتی نیز با در اختیار گرفتن دفتر کل توزیع شده صرافی‌های رمزارز، از پولشویی و ورود پول‌های کثیف به این حوزه جلوگیری کنند.

## منابع

### فارسی

۱. تفقیدی اسراری، حسین (۱۳۹۲). تاریخچه پول و روند تکامل آن، تاریخ پژوهی، مجله تاریخ پژوهی، ش ۵۴.
۲. تقوا، محمدرضا و جلائیان زعفرانی، زهرا (۱۳۹۹). رمزارز مفاهیم و کاربردها، چاپ اول تهران، دانشگاه علامه طباطبایی
۳. محمودی، سید احمد (۱۳۹۳). حلیت ربای تولیدی و انتاجی در بوته نقد و بررسی، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره ۸.
۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۰). استفتائات جدید، مدرسه الامام علی ابن ابی طالب، سوال ۷۲۴، قم چاپ دوم
۵. منشیان مطلق، حبیب و رحیمی، امید (۱۳۹۷). جانمایی رمزارز در حوزه مالی بانکداری، هشتمین همایش سالانه بانکداری الکترونیک و نظام‌های پرداخت، تهران
۶. فراتی، مریم، شاملو، باقر، گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۹). بیت کوین؛ پولشویی و راهکارهای مقابله. فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد
۷. رهبر، دکتر فرهاد. (۱۳۸۲). پول شویی و آثار و پیامدهای آن، تحقیقات اقتصادی
۸. نوری، مهدی (۱۳۹۷). تحلیل ماهیت پولی رمزارزها در اقتصاد؛ با تأکید بر مقایسه نوسانات
۹. رمزارزهای منتخب با نوسانات یورو- دلار و طلا، فصلنامه اقتصاد دفاع، شماره ۱۰
۱۰. یوسفی، احمدعلی، (۱۳۷۷). ماهیت پول و راهبردهای فقهی و اقتصادی آن، چاپ اول، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

### عربی

۱۱. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، (۱۴۰۵ ق). شرح قواعد، قم، انتشارات ادب حوزه
۱۲. حکیم، سید محسن طباطبایی، بی تا، نهج الفقاهه، قم، انتشارات ۲۲ بهمن
۱۳. خمینی، روح الله، (۱۴۱۰ ق). کتاب البیع، ج ۱، مؤسسه نشر الاسلامی، الطبعة الخامسة خویی، سید ابوالقاسم موسوی، بی تا، مصباح الفقاهه، ج ۲
۱۴. صدر، سید محمد باقر، (ق ۱۴۲۵). البنك اللربوی فی الاسلام، انتشارات دارالصدر، قم

### انگلیسی

15. Avaneesh Jumde and Boo Yun Cho,(2020).Can cryptocurrencies overtake the fiat money?, Int. J. Business Performance Management, Vol. 21, Nos. ½
16. Chun-Jun Guo<sup>1</sup> and Clay C. C. Wang (۲۰۱۴،Recent advances in genome mining of secondary metabolites in *Aspergillus terreus* ، Prepublished online Nov 15.
17. Edward V. Murphy,(2015), Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues, congressional research service,informing the legislative debate since (1914,p 2)
18. European Banking Authority (EBA). (2014). EBA Opinion on virtual currencies. Retrieved from <https://www.eba.europa.eu/.../EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>
19. He, D., Habermeier, K. F., Leckow, R. B., Haksar, V., Almeida, Y.,Kashima, M., & Yepes, C. V. ،۲۰۱۶Virtual Currencies and Beyond:Initial Considerations (No. 16/3). International Monetary Fund.



امكان سنجي صحت بيت كوين با قواعد و ماهيت حقوقى و فقهي: تهديد يا فرصت ◇ ۳۳

20. MOHAMED RAHOUTI, KAIQI XIONG AND NASIR GHANI,(2018) .Bitcoin Concepts, Threats, and Machine-Learning Security Solutions, Digital Object Identifier 10.1109/ACCESS.2018.2874539

21. nakamoto satoshi, (2008), Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, bitcoin.org/bitcoin.pdf.

Stephanie Lo and J. Christina Wang(۲۰۱۴) Bitcoin as Money?

current policy perspectives federal reserve bank of boston



## بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی در پرتو قانون اساسی و قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران



محمد صالح عالمی<sup>۱</sup>؛ امیررضا نیک‌منش<sup>۲</sup>

### چکیده

معاهده، کنوانسیون، عهدنامه یا پیمان توافقنامه‌ای بین‌المللی است که میان کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی منعقد شده و مشمول حقوق بین‌الملل می‌باشد. معاهده واژه‌ای عام است و کنوانسیون، موافقت‌نامه بین‌المللی، توافق‌نامه، پروتکل، پیمان، میثاق و... را در بر می‌گیرد. نامی که برای یک موافقتنامه انتخاب می‌شود، فی‌نفسه اهمیت ندارد و فاقد اثر حقوقی است. هرچند کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات معاهده را یک توافقنامه مکتوب تعریف کرده، است؛ گاه بیانیه‌های شفاهی نیز الزام‌آور تلقی شده‌اند. معاهده در عرصه حقوق داخلی کشورها با قوانین مصوب مجلس قانون‌گذاری قابل مقایسه است؛ اما تفاوت مهم این دو، آن است که مفاد معاهده نسبت به دولت‌هایی که با آن موافقت کرده‌اند قابل اجراست و معمولاً کاربرد عمومی ندارد. در واقع، در حقوق داخلی افراد حق انتخاب و گریز از قانون را ندارند؛ اما اعضای جامعه بین‌المللی از این حق برخوردارند. در این مقاله سعی بر آن است تا با بررسی و ارائه مفهومی از معاهده تعریف آن روشن گردد و انواع معاهده با توجه کارکرد

---

۱. دانشجوی کارشناسی پیوسته حقوق دانشگاه تهران [MohammadsaiehAlemi80@ut.ac.ir](mailto:MohammadsaiehAlemi80@ut.ac.ir)

۲. دانشجوی کارشناسی پیوسته حقوق دانشگاه تهران [amirnikmanesh@ut.ac.ir](mailto:amirnikmanesh@ut.ac.ir)

حقوقی اش مورد عنایت و توجه مخاطب واقع شود و سپس جایگاه آن در نظام حقوقی ایران با عطف عنایت به قانون اساسی و قانون مدنی مورد بررسی قرار داده شود. همچنین در ارائه مطالب از دیدگاه‌های مشورتی شورای محترم نگهبان استفاده شده است.

واژگان کلیدی: معاهده، حقوق بین‌الملل، اثر حقوقی، کنوانسیون وین ۱۹۶۹، قوانین مصوب مجلس، دولت.

## مقدمه

نظام معاهداتی در تاریخ پر فراز و نشیب خود در نظام حقوق بین‌المللی دارای کاربردهای متفاوتی بوده است. گاه برای بیان تعهدات متقابل بوده و گاه برای ایجاد تعهدات فراتر از منافع دوجانبه و یا چندجانبه زودگذر و امروز استفاده از معاهدات برای ایجاد قواعد بین‌المللی و ایجاد رژیم‌های بین‌المللی بوده‌اند که در ذات و مفهوم تفاوت‌هایی بین این معاهدات قانون‌ساز و قراردادی می‌باشد که در این جستار سعی بر توضیح معاهدات ایجاد‌کننده قانون و رژیم بین‌المللی شده است؛ چرا که در تعریف معاهدات قراردادی بسیار به تعریف حقوق خصوصی از عقد شبیه می‌باشد؛ اما معاهدات قانون‌ساز با این تعارف تفاوت‌هایی دارند که بدان خواهیم پرداخت.

معاهده، کنوانسیون، عهدنامه یا پیمان یک توافقنامه بین‌المللی است که میان کشورها یا سازمان‌های بین‌المللی منعقد شده و مشمول حقوق بین‌الملل می‌باشد. معاهده واژه‌ای عام است و کنوانسیون، موافقت‌نامه بین‌المللی، توافق‌نامه، پروتکل، پیمان، میثاق و... را در بر می‌گیرد. نامی که برای یک موافقت‌نامه انتخاب می‌شود، فی‌نفسه اهمیت ندارد و فاقد اثر حقوقی است. هرچند کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات معاهده را یک توافقنامه مکتوب تعریف کرده؛ اما گاه بیانیه‌های شفاهی نیز الزام‌آور تلقی شده‌اند. معاهده در عرصه حقوق داخلی کشورها با قوانین مصوب مجلس قانون‌گذاری قابل مقایسه است؛ اما تفاوت مهم این دو آن است که مفاد معاهده نسبت به دولت‌هایی که با آن موافقت کرده‌اند، قابل اجراست و معمولاً

کاربرد عمومی ندارد. در واقع، در حقوق داخلی افراد حق انتخاب و گریز از قانون را ندارند؛ اما اعضای جامعه بین‌المللی از این حق برخوردارند.

معاهدات بین‌المللی به عنوان مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل، فعالیت کشورها و سازمان‌های بین‌المللی را در صحنه بین‌المللی شکل می‌دهند و تجلی بنیادین زیست بین‌المللی‌اند.

با توجه به کارکرد اصلی معاهدات در صحنه بین‌المللی که می‌توان از آن به عنوان نمود خارجی توافقات بین‌المللی در بین اعضای جامعه بین‌الملل تعبیر کرد. این توافق امروزه اهداف و حتی خصایص مختلفی را در جامعه بین‌المللی یافته و توانسته است به عنوان معمول‌ترین ابزار برای برقراری توافق و ایجاد تعهد در بین اعضای جامعه بین‌المللی استفاده شود.

از معاهده تعریف متعددی به عمل آمده است؛ اما آنچه در تمام این تعاریف یکسان است همان عنصر توافق در بین اعضای جامعه بین‌المللی است و به منظور ایجاد آثار حقوقی معین و همچنین تابعیت آن از قواعد حقوق بین‌الملل، برخی در تعریف معاهده ذکر کرده‌اند که معاهده یک توافق صریح تحت نظام حقوق بین‌الملل است که توسط اعضای جامعه بین‌المللی، یعنی کشورها و سازمان‌های بین‌المللی به وجود می‌آید. یک معاهده ممکن است به عنوان یک توافق بین‌المللی، پروتکل، کنوانسیون یا مقابله نامه نامیده شود. بدون توجه به این نام‌گذاری‌ها تمام این توافق‌نامه‌ها تحت نظام حقوق بین‌الملل هستند و معاهدات و قواعد همه برابر تلقی می‌شوند.

اما تعریف رسمی در سیستم حقوق بین‌الملل را از معاهده را عهدنامه ۱۹۶۹ حقوق معاهدات در ماده ۲ بند ۱ صورت داده است که در این ماده از معاهده چنین تعبیر شده است: «معاهده به معنای توافق بین‌المللی است که میان کشورها به صورت کتبی منعقد شده است و مشمول حقوق بین‌الملل باشد، اعم از اینکه در سندی واحد یا در دو یا چند سند مرتبط به هم آمده باشد؛ قطع نظر از عنوان خاص آن». با توجه به این معنا شروطی برای معاهده ذکر شده

است که می‌توان تا حد بسیاری تضمین‌کننده توافق بین کشورها باشد و آنها را در تعهداتی که متقبل می‌شوند متعهد نگاه دارد و آن قید «مکتوب بودن» معاهده است. البته این معاهده در مقام اعلام رد اعتبار معاهدات غیر مکتوب نمی‌باشد، بلکه آنها را مشمول مقررات خود نمی‌داند. اندیشمندان مکتوب بودن معاهده را یکی از بهترین و آسان‌ترین راه‌ها برای پی بردن به متن تعهدات یک معاهده می‌دانند و به همین جهت نیز ایشان عقیده دارند معاهدات باید به صورت مکتوب در آیند تا قابلیت استناد خصوصا در موارد اختلاف را داشته باشند.

اما آنچه در خصوص معاهدات مربوط به بحث ما خواهد بود در خصوص ایجاد رژیم قانونی توسط معاهده نیز، در سایه این تعریف از معاهده مفهوم می‌یابد؛ یعنی به معاهده‌ای می‌توان در برابر تمام اعضای استناد کرد و از ایشان اجرای تعهدات آن را خواست که قیود آن مکتوب و مشخص باشد و اعضا نتوانند به راحتی حدود و یا ماهیت تعهدات خود را تغییر دهند و در مقابل، دیگر اطراف معاهده از قید آنچه آن معاهده مقرر کرده است نتوانند رهایی یابند که البته با توجه به آیه مبارک قرآن که می‌فرماید «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا»؛ ایفای تعهد از الزامات هر معاهده می‌باشد.

## روش

در این تحقیق از روش کتابخانه‌ای بهره برده شده است و با مطالعه منابع کارآمد و دقیق و متنوع سعی در استفاده حداکثری از موضوعات مرتبط و مجذوب ساختن مقاله مورد نظر گردیده است تا مخاطب ضمن دریافت مطالب و نکات اصلی مقاله با فراگیری آموزه‌های مربوط به درکی عمیق و فراگیر از مقاله نائل گردد.

## بیان مسئله

معاهدات بین‌المللی، مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل هستند که تعهدات بین‌المللی طرفین معاهده و شروط مندرج آن را شامل می‌گردند و آینه تمام‌نمای مسئولیت‌های پیش‌بینی شده بر

عهده متعاقبین هستند تا حقوق بین‌الملل از سازوکارهای قراردادی که در حقوق داخلی منعقد می‌شود، محروم نگردد. لذا این مقاله درصدد بررسی و تحلیلی همه جانبه و موشکافانه، با رویکردی تحلیلی به واریسی و کاوش معاهدات بین‌المللی و انواع آن می‌پردازد و ضمن تعریف و بیان کلی، برای طرح ذهنی از نقشه مقاله، سازوکارهای ایجاد و ماندگاری و شروط آن را ذکر می‌کند تا مخاطب در خلال فراگیری تعاریف آن به تمام وجوه و ویژگی‌های معاهده اشراف کامل پیدا کند.

در این تحقیق از روش کتابخانه‌ای بهره برده شده است و با مطالعه منابع کارآمد و دقیق و متنوع، در استفاده حداکثری از موضوعات مرتبط و مجذوب کردن مقاله موردنظر سعی گردیده است تا مخاطب ضمن دریافت مطالب و نکات اصلی مقاله با فراگیری آموزه‌های مربوط، به درکی عمیق و فراگیر از مقاله نایل گردد.

### **مقایسه معاهدات قانون‌ساز و معاهدات قراردادی**

برای بیان تشابه و تفاوت معاهدات قانون‌ساز، ابتدا به صورت کلی بیان می‌کنیم که معاهدات قانون‌ساز همانند معاهدات قراردادی متضمن تعهداتی برای اطراف خود هستند و همان‌طور که در حقوق داخلی ایجاد قانون از سوی مراجع وضع‌کننده آن تلویحاً ذکر کننده تعهد افراد موضوع آن قانون برای اجرای آن نیز می‌باشد، معاهدات قانون‌ساز نیز تلویحاً اطراف خود را به رعایت قواعدی که وضع می‌کنند، متعهد می‌گردانند.

به عقیده فیتز موریس، معاهدات قانون‌ساز تعهد کامل ایجاد می‌کنند و رژیم برای تمام جهان، به جای دوطرف خاص به وجود می‌آورند و همین، در مقایسه با معاهدات دو جانبه و معاهدات متضمن اعطای امتیاز یا یک معاهده قراردادی که تبادل دو جانبه بین طرف‌ها مقرر می‌دارد و همراه با حقوق و تعهدات فردی برای هر رفتار خاص از سوی اطراف معاهده است.



به نظر می‌رسد این مفهوم بیان شده در عقیده فیتز مورس همان نوع از معاهدات قانون‌ساز است که قواعد عرفی یا عام‌الشمول را که متضمن نفع جامعه بین‌المللی است، مدون کرده‌اند؛ چرا که دیگر انواع معاهدات قانون‌ساز همان‌طور که بیان شد، نباید نسبت به غیر از اعضای معاهده که تعهدات آن را پذیرفته‌اند فابل استناد باشند.

اندیشه معاهدات قانون‌ساز در حقوق بین‌الملل یک مفهوم جدیدی نمی‌باشد. در قرن ۱۹ میلادی تریپل، اندیشه معروف Gemeinwillen را مطرح کرد و بیان شد که ارده جمعی به‌طور جداگانه از ارده‌های فردی کشورها شناخته شود که این اراده‌های جمعی به صورت منطقی در اندیشه تریپل به هم نزدیک شده‌اند.

### معاهدات قانون‌ساز یا منبع حقوق

در توضیح معاهدات قانون‌ساز باید گفت این معاهدات در برابر معاهدات قراردادی مطرح می‌شوند و باید توجه داشت که معاهدات قانون‌ساز همانند قواعد قانونی در حقوق داخلی می‌باشند؛ یعنی قاعده حقوقی ایجاد می‌کنند و این قاعد دارای ویژگی‌هایی متمایز از قواعد قراردادی است؛ چرا که محور اصلی در قواعد قراردادی آن تعهدات ناشی از قرارداد است و این قرار دادها با انجام دادن تعهدات موضوعیت خود را از دست می‌دهند؛ اما در خصوص معاهدات قانون‌ساز وضع به صورت دیگری می‌باشد و در این نوع قرار دادها محوریت با وضعیت و قاعده‌ای است که از معاهده بر می‌آید. هرچند بین معاهدات قانون‌ساز و قوانین ایجادکننده قواعد حقوقی در حقوق داخلی شباهت‌هایی می‌باشد؛ تفاوت اصلی آن‌ها این است که در حقوق داخلی منبع الزام و برتری قواعد قانونی مزبور به خاطر برتری مرجع وضع‌کننده آنهاست؛ اما در حقوق بین‌الملل برای قواعدی که رژیم خاصی را به وجود می‌آورند، این بحث به صورت دیگری مطرح است؛ چرا که در حقوق بین‌الملل مرجع عالی برای وضع قواعد

حقوقی وجود ندارد و تابعان و واضعان حقوق بین‌الملل مراجعی واحد هستند که همان کشورها می‌باشند.

همچنین این نکته را نباید از نظر دور داشت که معاهدات متضمن ایجاد رژیم خاص در حقوق بین‌الملل متضمن تعهد برای اطراف به وجودآورنده این معاهدات هستند؛ چراکه در حقوق بین‌الملل با توجه به قاعده‌ای که ذکر کردیم؛ یعنی وحدت واضعان و تابعان حقوق بین‌الملل باید بگوییم تا زمانی که یک کشور رضایتی بر عضویت به این معاهدات را نداشته باشد، رژیم منبعث از این معاهدات نیز در برابر آن قابل استناد نخواهد بود.

یعنی معاهدات قانون‌ساز برای اطراف خود رژیم خاصی را ایجاد می‌کنند و این رژیم در برابر دیگر دولت‌هایی که هنوز این معاهدات را نپذیرفته‌اند؛ قابلیت استناد ندارد. این فصل ممیز بین معاهدات قانون‌ساز و معاهدات عام‌الشمول و قواعد آمره است.

همچنین ویژگی دیگری که در مورد معاهدات قانون‌ساز باید توجه داشت این است که معاهدات همچون مصوبات قانونی در حقوق داخلی پایایی و ماندگاری دارند و این حیات حقوقی تا زمانی که مرجع وضع‌کننده آنها نسخ یا تغییر یا تعدیل و یا بطلان آنها را اعلام نکرده است، به حیات خود ادامه خواهند داد؛ مثلاً در حقوق داخلی قانونگذار ملی، قانون مالیاتی وضع می‌کند و صنف خاصی را از شمول تعهدات مالیاتی مستثنا می‌گرداند. این قانون به عنوان قاعده‌ای حقوقی از زمان تصویب پارلمان حیات حقوقی یافته است و اگر چند سال بعد، قانون‌گذار با تغییر قانون مالیات کشور این استثنا را حذف یا تعدیل کند در حیات یا در دامنه حقوقی آن تغییر داده؛ یعنی با حذف آن، حیات حقوقی آن را پایان داده یا شمول آن را با تغییر و یا تعدیل کم یا زیاد کرده است. در حقوق داخلی این عمل توسط پارلمان که تصویب‌کننده قواعد قانونی در چارچوب داخلی یک کشور است، اتفاق می‌افتد؛ اما در حقوق بین‌الملل، همان طور که گفتیم، با توجه به نبود مرجع عالی قانونگذاری وضع با حقوق داخلی متفاوت است و در این جا

بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی در پرتو قانون اساسی و قانون مدنی ◇ ۴۳

باید کشورهای طرف معاهده، به عنوان اصراف معاهده‌ای که یک رژیم خاص را ایجاد کرده است در صدد فسخ، تعدیل و یا تغییر مقررات این نوع معاهدات برآیند. در مورد خصوصیت ذاتی این نوع معاهدات ذکر شده است. این گونه معاهدات، اراده مشترک اطراف خود را به گونه‌ای همساز، وحدت می‌بخشند و در نتیجه موجد قواعد حقوقی بین‌المللی می‌شوند.

معاهدات قانون‌ساز یا عام، متضمن قواعد اساسی هستند و در حکم قوانین بین‌المللی به شمار می‌آیند و رعایت آنها برای کلیه کشورها و سازمان‌های بین‌المللی، اعم از متعاهد و غیر متعاهد لازم الاجرا است.

این دسته از معاهدات معمولاً چند جانبه‌اند؛ اما استثنائاً ممکن است برخی از معاهدات دو جانبه نیز در شمار معاهدات قانون‌ساز یا عام به حساب آیند. مثلاً معاهدات مرزی، بی‌طرفی و انتقال اراضی. این معاهدات چون به نظم عمومی بین‌المللی مربوط هستند؛ جزء معاهدات قانون‌ساز شناخته می‌شوند.

در مقابل این نوع معاهدات، همان طور که گفتیم، معاهدات قراردادی قرار دارد، این نوع معاهدات معاهداتی هستند که در آنها منافع اطراف معاهده مطرح است و اصولاً تعهدات آن به همین اطراف ختم می‌شود و بیشتر دو جانبه بوده و تعهدات کوتاه مدت دارند و اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین موضوعیت خود را از دست می‌دهند. این نوع معاهدات به قرار دادهای داخلی شباهت دارند که در آن قراردادها هر طرف به دنبال تأمین حقوق خود در مقابل طرف دیگر است و با انجام دادن تعهدات طرفین عمل حقوقی به کمال خاتمه می‌یابد.

در خصوص آنچه گفتیم و ممکن است موجب تناقض ظاهری در کلام ما بشود که معاهدات قانون‌ساز فقط در برابر اعضای خود قابلیت استناد دارند (و در ادامه کلامی را مطرح کردیم که این معاهدات در برابر کلیه کشورها اعم از متعاهد و غیر متعاهد لازم الاجرا هستند) باید مطالبی را بیان کنیم تا این تناقض کلامی رفع گردد:

در خصوص آنچه تا این جا گفته شد، باید به این نکته توجه کرد که برخی مواقع معاهداتی که قواعد عرفی را تدوین می‌کنند، همان معاهدات عام الشمول یا Erga omnes می‌باشند که برای حفظ منافع عامه جمع کشورها در جامعه بین‌المللی در برابر همه اعضای این جامعه بین‌المللی قابلیت استناد دارند.

در خصوص معاهدات عام الشمول گفته شده است که تعهدات بدون رضایت جامعه بشری به علت ماهیت و خصیصه ذاتی شان که حفظ منافع جامعه بین‌المللی است، قابلیت استناد در برابر جامعه بین‌المللی را دارند و این ویژگی، آنها را از قاعده آمره متمایز کرده است؛ چرا قاعده آمره با آنکه دارای اوصافی است که در ماده ۵۳ معاهده ۱۹۶۹ حقوق ماهدات ذکر شده است که غیر قابل نقض است؛ اما قاعده آمره باید توسط جامعه بین‌المللی با این عنوان و اوصاف پذیرفته شود؛ اما قواعد عام الشمول قواعدی هستند که فی‌الذمه دارای چنین خصوصیتی هستند و به علت ماهیت خود در برابر کلیه جامعه بین‌الملل قابلیت استناد دارند. [۱۶]. پس از این گفته می‌توان نتیجه گرفت که یکی از حالاتی معاهدات قانون‌ساز در صورتی در برابر دیگر دول غیر عضو نیز قابلیت استناد دارند که قواعد عام الشمول را تدوین کنند؛ مثلاً اعلامیه‌های حقوق بشری یا کنوانسیون‌های ژنو در خصوص جنگ در آن بخش‌هایی که قواعد حقوق بشری را بیان می‌کند و یا کنوانسیون ۱۹۴۹ ممنوعیت ژنوساید را که متضمن نفع جامعه بشری هستند، می‌توان به عنوان مثال‌هایی از قواعد عام الشمول نام برد.

اما در خصوص ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، برخی این ماده را جز قواعد عام الشمول بیان کرده‌اند؛ اما به نظر نمی‌رسد این ماده شامل قواعدی باشد که متضمن نفع جامعه بین‌المللی باشد؛ چرا که این ماده فقط بیانش را منحصر به اعضای ملل متحد می‌کند و نهایت اثر آن در روابط اعضای آن می‌باشد و باید گفت قابلیت استناد در برابر دول غیر عضو در منشور ملل متحد را ندارد و تنها اثر آن، عدم قابلیت استناد روابط معاهداتی اعضای ملل متحد با دول غیر عضو خواهد بود. در صورتی که شرایطی که این ماده برای تقدم قواعد بر منشور بر قواعد قرار

بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی در پرتو قانون اساسی و قانون مدنی ◇ ۴۵

دادی دول عضو معین کرده است رعایت نشده باشد، به صحت معاهدات بین اعضای منشور و اعضای غیر عضو منشور خللی وارد نمی‌آورد. اگرچه معاهده حقوق معاهدات در بند ماده ۳۰ ماده ۱۰۳ را از شمول قواعد خود در خصوص اجرای معاهدات متعاقب یکدیگر که نظر بر موضوع واحد باشند استثنا کرده است؛ برخلاف عقیده‌ای که بیان شده است که از این استثنا باید به قاعده عام الشمول بودن ماده مزبور استنباط شود، نمی‌توان چنین استنباط را کرد و باید جانب نظر قبل را که بیان می‌کند این ماده فقط مربوط به اعضای منشور ملل متحد است و متضمن منافع جامعه بین‌المللی نیست و با توجه به استدلال گفته شده، حتی به روابط اعضای منشور با کشورهای غیر عضو مربوط نمی‌شود.

### معاهدات قانون ساز در معاهده ۱۹۶۹ حقوق معاهدات

در مراحل آماده‌سازی اولین کنوانسیون حقوق معاهدات، یکی از مخبرهای ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل تمایز بین معاهدات براساس محتوای آنها را پیشنهاد داد. آقای جرالدفیتز موریس که بروی یک قانون تفسیری حقوق معاهدات بین سال‌های ۱۹۵۵ تا ۱۹۶۰ کار می‌کرد، به صورت تئوری نیز بر عقیده خود تمایل داشت و به صورت خاص کارهای خود را برای ملاحظه اندیشه خاص خود انجام می‌داد. ایشان معاهدات را در سه گروه اصلی طبقه بندی کرده است:

۱. معاهدات دو یا چندجانبه که بر مبنای تبادل متقابل حقوق و یا منافع (که می‌تواند از جنبه کلاسیک معاهدات قراردادی باشد و برای نمونه یک اتحاد عرفی باشد)؛
۲. معاهدات طبقه دوم معاهدات وابسته به یکدیگر که خصوصیت آنها انجام دادن آن از سوی یک طرف به تمام اطراف آن بستگی دارد (برای مثال طرف یک معاهده خلع سلاح).
۳. گروه دیگری که ایشان از آنها نام بردند، طبقه معاهدات قانون ساز *traités-lois* هستند یا رژیم ایجاد معاهدات یا معاهدات شامل تعهد برای شکل دادن به استانداردها و شرایط معین و یا هر معاهده‌ای ضمانت اجرای قضایی خصیصه ذاتی آنهاست و به اقدام هماهنگ از سوی

اعضای معاهده برای این امر نیازی ندارند... با این تعبیر، این تعهدات ناشی از یک خصیصه قائم به خود هستند و یک تعهد مطلق و کامل برای ایفای آن در تمام شرایط نیازمند می‌باشند.

با توجه به این تعبیر آقای فیتز موریس باید به این نکته توجه داشت که معاهدات طبقه سوم یک تعریف کلی از معاهدات قانون‌ساز ارائه کرده است و به درستی تعهدات اطراف و دامنه شمول آن برای کشورها از حیث عضویت در این معاهدات معین نشده است؛ چرا که در اکثر موارد و یا به عبارت بهتر هر جا که تعهدات این نوع معاهدات رنگ معاهداتی صرف به خود بگیرد و نوآوری و یا حرکت بدیع در مسیر تدوین معاهدات باشد و تعهدات در حقوق بین‌الملل دارای سبقه عرفی و یا معاهداتی مسبوق بر یک معاهده قانون‌ساز نباشد، باید گفت نمی‌توان کشورهایی را که در آن عضویت ندارند، در برابر تعهدات رژیم‌های نوخاسته این دست معاهدات ملتزم دانست.

همان طور که می‌دانیم در نظام حقوق بین‌الملل بر خلاف نظام‌های حقوق ملی هیچ اقتدار عالی که بتواند قواعد الزام آور جهانی وضع کند یا قوه مجریه‌ای که صاحب قدرت کامله‌ای برای اجرای قواعد بین‌المللی باشد و یا نهاد قضایی عالی که رجوع به آن به هنگام بروز اختلاف الزامی باشد؛ وجود ندارد. در این نظام حقوقی غیر متمرکز، تابعان حقوق بین‌الملل، خود واضعان قواعد و ایجاد کنندگان حق و تکلیف اند و هنوز هم اصل احترام به حاکمیت دولت‌ها به رغم همه تحولاتی که از عهدنامه وستفالی به این سو در آن رخ داده، جوهر و موتور محرک حقوق بین‌الملل می‌باشد و در نتیجه به سختی می‌توان کشوری را که در ساخت قواعد حقوق بین‌الملل آگاهانه و به رغم داشتن اراده آزاد مشارکت نکرده است، ملتزم کرد؛ اما باید توجه داشت همان طور که گفتیم معاهدات مسبوق به عرف یا معاهدات به وجودآورنده تعهدات عام مثل معاهدات عینی اگر در رژیم‌های جدید در معاهدات قانون‌ساز تأکید یا تکمیل شوند، در همان حدودی که قبل از تدوین و تأکید ای تکمیل وجود داشته‌اند در برابر کشورهای غیر عضو

بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی در پرتو قانون اساسی و قانون مدنی ◇ ۴۷

این معاهدات باید قابلیت استناد داشته باشند. همچنین باید توجه برخی معاهدات با عنوان معاهدات عام‌الشمول با توجه به خصوصیتشان که پیش از این به آن‌ها اشاره کردیم، از این دسته‌اند.

اصولاً آثار هر معاهده‌ای نسبی است؛ به این معنا که در قبال دولت ثالث اثر مثبت و یا منفی بر جای نمی‌گذارند و آثار آن فقط در جمع دولت‌هایی که به معاهده پیوسته‌اند، اعتبار دارند و این مبین اصل نسبی بودن معاهدات است؛ اما این اصل دارای استثنائاتی است که یکی از این استثنائات این اصل معاهدات عینی می‌باشد. پس وضعیت عینی به خلاف قواعد مسبوق بر معاهده قانون‌ساز که در عرف و یا معاهده دیگر ممکن است از ابداعات یک رژیم جدید معاهداتی باشند.

### تفسیر معاهدات قانون‌ساز

عناصر قانون‌ساز معاهده‌های قاعده‌ساز بیشتر از هر جا در حوزه تفسیر معاهدات دیده می‌شوند. این قاعده باید مود توجه قرار بگیرد که ساختار غیر طبقه‌بندی و عبارات عام در ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ در این زمینه مجالی قابل توجه را باقی گذاشت. کمیسیون حقوق بین‌الملل یک نظر معروف را در این زمینه صادر کرد که تفسیر اسناد تا حدودی بیشتر هنر است تا دانش واقعی.

تفسیر معاهدات قاعده‌ساز فقط به صورت ارگانیک می‌تواند باشد. برخلاف اراده طرفین در حقوق داخلی یا در اسناد قراردادی بین‌المللی، معاهده قانون‌ساز بر اساس هدف و موضوع، تمام قواعد و همچنین تبیین آن در سیستم حقوق در جایی که مناسب و ضروری باشد، تفسیر می‌شود.

این در نظر گرفته می‌شود، به عنوان یک فرضیه‌ای که رژیم معاهدات متفاوت از سند آنها می‌باشد و این را قبلاً در مورد کنوانسیون ۱۹۴۹ در یافتیم که گفته شده است که معاهدات

قانون‌ساز نباید با رجوع به کارهای مقدماتی آنها تفسیر شوند. آنها باید از کارهای مقدماتی باز شناخته شوند و حیاتی برای خودشان داشته باشند، و این کنوانسیون‌ها باید بدون توجه به گذشته تفسیر شوند بلکه باید در تفسیر آنها به آینده توجه داشت.

پس با توجه به آنچه گفته شد، باید چنین نظر داد که در تفسیر معاهدات قانون‌ساز باید از قید کارهای مقدماتی مندرج در ماده ۳۲ معاهده ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، برای تفسیر معاهدات قانون‌ساز خود را رها کنیم؛ اما به نظر می‌رسد نمی‌توان کاملاً برای تفسیر معاهدات قانون‌ساز به مقررات این ماده بی‌توجه بود؛ چرا که در معاهدات قانون‌ساز مهمترین عامل اوضاع و احوال در ناظر بر آن معاهده می‌باشد که به همراه کارهای مقدماتی برای رفع ابهام و رهایی از نتایج غیر معقول تفاسیر عادی توصیه شده است. ما معتقدیم حتی مقامات ذی صلاح در حقوق داخلی در تفسیر مصوبات خود نیز به اوضاع و احوال توجه دارند و این در خصوص معاهدات قانون‌ساز منطقی می‌باشد که اوضاع و احوال ناظر بر این معاهدات بر تفسیر آنها حائز اهمیت باشد. البته همان طور که ماده ۳۱ مقرر کرده و با توجه به پیوستگی و یکپارچگی معاهده ۱۹۶۹ باید بگوییم تمام مراحل تفسیر معاهدات قانون‌ساز در سایه ماده ۳۲، یعنی نگاه به اوضاع و احوال در سایه مقررات ماده ۳۱، یعنی حسن نیت و انطباق با معنای معمولی اصطلاحات سیاق عبارات و در سایه موضوع و هدف معاهده خواهد بود و همچنین باید به تمام موجودیت معاهده، از قبیل مقدمه و ضmann به اندازه متن اصلی توجه کنیم. همچنین با توجه به بند ۴ ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ اگر قصد طرف‌ها معنای خاصی از یک اصطلاح بوده است (در تفسیر) همان معنا به اصطلاح مزبور داده خواهد شد؛ مثلاً در معاهده ۱۹۸۲ حقوق دریاها به فلات قاره معنایی داده شده است که با معنای جغرافیایی آن متفاوت می‌باشد؛ هرچند در برخی حالات شباهت و حتی تطابق بین تعریف آن است؛ اما معاهده ۱۹۸۲ در هر صورت آن را ۲۰۰ مایل و حداکثر ۳۰۰ مایل خواهد بود و حتی اگر کمتر از ۲۰۰ مایل هم باشد تا ۲۰۰ مایل از خط مبدا چنین عبارتی به بستر دریا در این فاصله اطلاق می‌شود و یا مثلاً در این



بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی در پرتو قانون اساسی و قانون مدنی ◇ ۴۹

کنوانسیون به منطقه ماورای منطقه یا ( Zone) اطلاق می‌شود و این عبارت باید با توجه به مراد کنوانسیون ناظر بر میراث مشترک بشریت و مقررات کنوانسیون در فصل یازدهم آن باید مورد تفسیر قرار بگیرد.

معاهدات قانون‌ساز یا عام متضمن قواعد اساسی بوده، در حکم قوانین بین‌المللی به شمار می‌آیند و رعایت آنها برای کلیه کشورها و سازمان‌های بین‌المللی اعم از متعاقد و غیر متعاقد لازم الاجرا است.

این دسته از معاهدات معمولاً چند جانبه‌اند؛ اما استثنائاً ممکن است برخی از معاهدات دوجانبه نیز در شمار معاهدات قانون‌ساز یا عام بحساب آیند، مثلاً معاهدات مرزی، بیطرفی و انتقال اراضی. این معاهدات چون به نظم عمومی بین‌المللی مربوط هستند؛ جزء معاهدات قانون‌ساز شناخته می‌شوند.

در مقابل این نوع معاهدات، همان طور که گفتیم معاهدات قراردادی قرار دارد این نوع معاهدات معاهداتی است که در آنها منافع اطراف معاهده مطرح است و اصولاً تعهدات آن به همین اطراف ختم می‌شود و بیشتر دوجانبه بوده و تعهدات کوتاه مدت دارند و انجام تعهد از سوی یکی از طرفین موضوعیت خود را از دست می‌دهند این نوع معاهدات به قرار دادهای داخلی شباهت دارند که در این نوع قرار دادها هر طرف به دنبال تأمین حقوق خود در مقابل طرف دیگر است و با انجام تعهدات طرفین عمل حقوقی به کمال خاتمه می‌یابد.

در خصوص آنچه گفتیم و ممکن است موجب تناقض ظاهری در کلام ما بشود که معاهدات قانون‌ساز فقط در برابر اعضای خود قابلیت استناد دارند و در ادامه کلامی را مطرح کردیم که این معاهدات در برابر کلیه کشورها، اعم از متعاقد و غیر متعاقد لازم الاجرا هستند؛ باید مطالبی را بیان کنیم تا این تناقض کلامی رفع گردد:

## تعهدهای پیوستی و اصلاحی بر معاهده

### حق شرط

#### حق شرط بر معاهدات قانون ساز

در خصوص تحدید تعهد در معاهدات قانون ساز عملاً منعی نشده است و بسیار بوده‌اند معاهدات قانون سازی که حق شرط بر آنها اعمال شده است و حتی معاهداتی که ماهیتی عام الشمول نیز داشته‌اند، مورد تحدید تعهد قرار گرفته‌اند. در این خصوص ابتدا در سیر تاریخی این امر به در نظر مشورتی دیوان بین‌المللی در سال ۱۹۵۳، در خصوص سوالی که از دیوان شد، در مورد امکان حق شرط بر معاهده ۱۹۴۹ ممنوعیت ژنوساید بیان شد، می‌پردازیم و بعد بیشتر به معاهدات قانون ساز در خصوص می‌پردازیم. در این نظر مشورتی از دیوان سؤالاتی در خصوص امکان حق شرط بر معاهده ۱۹۴۹ پرسیده شده بود؛ دیوان در پاسخ خود به سؤالات چنین بیان کرد که اگر تحفظ کشور مطابق با هدف و موضوع معاهده باشد، امکان حق شرط وجود دارد که این مطابق قسمت ج ماده ۱۹ معاهده ۱۹۶۹ حقوق معاهدات می‌باشد و این عدم مخالفت با هدف و موضوع معاهده را حتی در صورت مخالفت یک یا چند کشور عضو معاهده برای عضویت در کنوانسیون کافی دانسته است و این مطابق ماده ۲۱ معاهده ۱۹۶۹ حقوق معاهدات می‌باشد. دیوان در خصوص فروض دیگری را نیز مطرح کرد؛ اما در کل حق شرط را بر معاهدات عام و متضم یک رژیم خاص پذیرفت و در سال ۱۹۶۹ با تصویب معاهده حقوق معاهدات نیز قواعد مربوط به تحدید تعهد در قبال معاهدات در فصل دوم معاهده ذیل مواد ۱۹ تا ۲۳ معاهده مطرح شد و در این مواد حق شرط بر معاهدات قانون ساز منع نشده است و ماده ۱۹ در ج خود همان طور که گفتیم موید نظر مشورتی دیوان در سال ۱۹۵۳ در خصوص حق شرط معاهده ۱۹۴۹ ممنوعیت ژنوساید است. البته با توجه به نظر مخالفی که در ذیل نظر دیوان مطرح شده است و نظر متقن و مستحکمی است که بیان می‌کند در این سری معاهدات

بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی در پرتو قانون اساسی و قانون مدنی ◇ ۵۱

یکپارچگی معاهده بسیار مهم است و نبایستی کشوری با تحدید تعهدی که مورد قبول همه اعضای معاهده قرار نگرفته است بتواند به عضویت یک معاهده با این طبیعت در آید و این در بند ۲ ماده ۲۰ معاهده ۱۹۶۹ بیان شده است که به نظر ما نیز بسیار منطقی است؛ چرا که در نظام حقوق داخلی می‌بینیم قانون‌گذار در هنگام تقنین خود به استثنائات قانون نظر دارد و این را به اختیار افراد جامعه نمی‌سپارد. از این مطلب می‌توان چنین استدلال کرد که اگر کشوری قرار نسبت به رژیمی که منبث از معاهده‌ای می‌باشد خود را استثنا کند بایستی که واضعان این رژیم که تمام کشورهای عضو این معاهده هستند، با آن موافقت کنند نه موافقت معدودی از ایشان برای پذیرفته شدن یک کشور یک نظامی که منبع تکالیف و حقوق پایدار و قابل استناد در حقوق بین‌الملل می‌باشد، کفایت کند. و معاهدات قانون‌ساز را نمی‌توان با معاهدات قراردادی چه دوجانبه و چه چندجانبه مقایسه کرد و نمی‌توان این معاهدات را مشمول بند ج بند ۴ ماده ۲۰ دانست.

همچنین در نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۴ نیز با اینکه حق شرط بر معاهدات حقوق بشری ممنوع نشده است؛ دو شرط را برای کاهش حق شرط بر این معاهدات آورده است که یکی خود مقررهای معاهده این حق شرط را محدود کند و دیگری هدف و موضوع معاده صریح و واضح در معاهده ذکر شود. اگرچه این توصیه توسط کمیسیون حقوق بشر پذیرفته نشد؛ می‌تواند بسیار راه‌گشا باشد؛ چرا که عملاً هیچ مقررهای معاهدات قانون‌ساز و عام را از گزند حق شرط مصون نداشته است، چراکه تنها راه چاره در بسیاری از آنها برای شمول بر تمامی اعضا، ممنوعیت حق شرط بوده است؛ رویه‌ای که در کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها نیز در نظر گرفته شده است.

قراردادهای مورد بحث در اصل ۷۷ با توجه به اصل ۱۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی

ایران

اصل ۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌گوید:

«عهدنامه، مقاوله نامه، قراردادها و موافقتنامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.»

همچنین اصل ۱۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی جمهوری ایران می‌گوید:

”امضای عهدنامه‌ها، مقاوله نامه‌ها، موافقت نامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با ساغیر دولتها و همچنین امضای پیمانهای مربوط به اتحادیه بین‌المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس جمهور یا نماینده قانونی او است”

### به نظر شورای نگهبان

«قراردادهایی که یک طرف آن وزارت خانه یا موسسه یا شرکت دولتی و طرف دیگر قرارداد شرکت خصوصی خارجی باشد، عهدنامه بین‌المللی محسوب نمی‌شود و مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌باشد.»

از طرف دیگر، امروزه به خوبی آشکار و روشن است که در کشورهای به اصطلاح جهان آزاد، اغلب کشورهای بزرگ و صنعتی که طرف معاملات خارجی ما هستند، توسط شرکت‌های بزرگ و گاهی چند ملیتی و به ظاهر خصوصی با ما معامله دارند. آنها خوب می‌توانند از طریق این گونه شرکت‌های بزرگ مقاصد خود را اعمال نمایند.

روشن است قید «ارجاع دعوی به داوری» وقتی معنا دارد که هنگام انعقاد قرارداد تحت کنترل مجلس شورای اسلامی در آید؛ وگرنه پس از امضای قرارداد و در صورت بروز اختلاف چه ما بخواهیم و نخواهیم طرفهای مقابل این گونه قراردادها به مراجع بین‌المللی برای رفع اختلاف مراجعه خواهند کرد در آن هنگام، تصویب مجلس در این مورد چندان معنایی نخواهد داشت؛ زیرا اگر هم مجلس تصویب نکند طرف مقابل ما را به مراجع بین‌المللی کشانده است. قصد این اشاره مختصر آن است که همان طور که در بخش اول و دوم سعی کرده‌ایم روشن کنیم، به طور استثنا مواردی از قراردادهای بین‌المللی را که اهمیت آنها چه از حیث اعمال

بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی در پرتو قانون اساسی و قانون مدنی ◇ ۵۳

حاکمیت و چه از حیث محتوی و موضوع به ترتیبی که گفته شد، کمتر است؛ می‌توان از اصل تصویب مجلس مستثنا کرد. در صورت تفسیر شورای نگهبان هم به نظر می‌رسد می‌توان به تفکیک قائل شد؛ یعنی قراردادهای مهم خارجی طرف‌های خصوصی دارند و در آن قراردادهای شرایطی از قبیل "شرط ارجاع به داوری بین‌الملل" دارد و یا شرط رسیدگی در محاکم داخلی در آنها وجود ندارد و مانند اینها یعنی قیود استثنایی در آنها موجود است بر اساس اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.

با این دید است که ما معتقدیم اصول ۷۷ و ۱۳۹ مکمل یکدیگرند و قصد مجلس است که می‌تواند این موارد مهم را تعیین کند. در دهه هفتاد میلادی چند داوری بین‌المللی معروف انجام شده در غالب آنها داوران سعی کرده‌اند این گونه قراردادها را قراردادهای بین‌المللی فرض کنند و در مورد آنها در چهارچوب حقوق بین‌الملل عمومی تصمیم گرفته‌اند. البته در این جا هم در سطح بین‌المللی اختلاف نظر فاحش وجود دارد. به طور خلاصه و به عنوان نتیجه‌گیری همان طوری که در بخش اول و دوم سعی مان بر این بود که ضمن قبول قاعده کلی، استثنائات را نیز مطرح و بیان کنیم؛ در این جا هم قبول این اصل که قراردادهایی که یک طرف آن اشخاص حقوق خصوصی باشند، قرارداد بین‌المللی به عنوان معاهده این است؛ اما استثنائاً مواردی پیش می‌آید که معاهده بین‌المللی قلمداد کردن بعضی از این گونه قراردادها خالی از اهمیت نیست و این می‌تواند منبث از اراده عاقدین قرارداد باشد و در تفسیر اصول قانون اساسی نباشد گرفتار الفاظ بود، بلکه باید به واقعیات عملی و مطرح در روابط بین‌المللی هم توجه داشت.

همچنین به موجب ماده ۹ قانون مدنی "مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت

ایران و سایر دول، منعقد شده باشد، در حکم قانون است."

## ارزش معاهده نسبت به قانون داخلی

یکی از موضوعاتی که می‌تواند جایگاه معاهدات را در نظام داخلی کشورها توضیح دهد، مسئله تعارض بین معاهده و قانون داخلی است. بر این اساس، زمانی که یک معاهده یا قرارداد بین دو یا چند کشور منعقد می‌شود، مفاد آن بین طرفین لازم‌الاجرا می‌گردد. اساساً این واقعیت که معاهده محصول اراده جمعی کشورهای متعاهد است و اصولاً یکی از کشورهای عضو نمی‌تواند به صورت یکجانبه از معاهده خارج شود یا مفاد آن را تغییر دهد؛ موجب شده کشورها برای احتراز از مطرح شدن مسئولیت بین‌المللی دولت، حتی المقدور از وضع قانون مغایر با معاهدات اجتناب یا متن قانون جدید را به صورتی تفسیر کنند که با معاهده مغایرتی پیدا نکند. در مواردی کشورهای نظیر فرانسه اولویت برخی معاهدات مهم، از قبیل معاهدات مربوط به اتحادیه اروپا را بر سایر قوانین پذیرفته‌اند و نسخ چنین معاهداتی را با وضع قانون جدید نپذیرفته‌اند. البته در اکثر کشورهای جهان معاهده نسبت به قانون اساسی ارزش پایین‌تری دارد و هیچ معاهده‌ای که با قانون اساسی مغایر باشد، به مرحله اجرا در نمی‌آید. از جمله در جمهوری اسلامی ایران با توجه به این که معاهده‌ای که به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد، می‌بایست به تأیید شورای نگهبان نیز برسد تا مطابقت مفاد آن با شرع و قانون اساسی مورد بررسی قرار گیرد، اصولاً معاهده‌ای که با قانون اساسی این کشور مغایر باشد، مورد تأیید شورای نگهبان واقع نشده و در قالب قانون پذیرفته نمی‌شود.

ماده (۹) قانون مدنی، عهد بین‌المللی را در «حکم قانون» دانسته است. حال می‌بایست مفهوم در حکم قانون بودن را بررسی کرد که آیا بیانگر تفاوتی عملی میان قانون و معاهده است؟ آیا در حکم قانون بودن مانند مواردی است که به دلیل تعمیم احکام وضع شده برای یک موضوع به موضوع دیگر صورت می‌گیرد؛ چنان که وضع حکم در موضوع نخست اصالتاً بوده و در دیگری نه به سبب موضوع که به اعتبار تعمیم حکم است؛ ظاهر امر آن است که معاهده‌ای که به صورت لایحه تقدیم مجلس شده و فرآیند قانونگذاری داخلی را طی می‌کند و ابلاغ و منتشر

بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی در پرتو قانون اساسی و قانون مدنی ◇ ۵۵

می‌شود، چیزی غیر از قانون نیست و خود واجد احکام و آثار قانون خواهد بود (۴). می‌توان «حکمی بودن» یاد شده در ماده (۹) قانون مدنی را به دلیل تفاوت‌هایی دانست که در ماهیت و فرآیند لازم‌الاجرا شدن معاهده در مقایسه با قوانین عادی وجود دارد: اولاً معاهده علاوه بر تصویب مجلس نیازمند امضای رئیس‌جمهور یا نماینده وی است (اصل ۱۲۵ قانون اساسی)؛ ثانیاً برخلاف قوانین عادی که پس از تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان و گذشت زمان قانونی پس از انتشار در روزنامه رسمی لازم‌الاجرا می‌شود، در صورتی که در سطح بین‌المللی لازم‌الاجرا نشوند، نمی‌توانند در سطح داخلی اثرگذار باشند (۵). لذا حکمی بودن مقرر در ماده (۹) را نباید دلیلی بر توفیق قانون عادی بر معاهده دانست.

در همه کشورها، معاهدات به عنوان اسنادی شناخته شده‌اند که حداقل اعتباری برابر قانون دارند. در چنین شرایطی دو حالت در فرض بروز تعارض میان معاهده و قانون داخلی متصور است:

الف) معاهده مؤخر از قانون داخلی: چنانچه در صورت وقوع تعارض، معاهده مؤخر بر قانون داخلی باشد، دو راه حل پیش‌بینی می‌شود: اول آن که معاهده مؤخر، قانون داخلی مقدم را تا حدی که معارض با آن است نسخ می‌کند و دوم آنکه معاهده خاص مؤخر، مخصص قانون عام مقدم است؛ زیرا قانون عام و معاهده خاص تلقی می‌شود.

ب) قانون داخلی مؤخر از معاهده: در این حالت موضوع از حالت قبلی پیچیده‌تر است و راه حل آن به مقررات و سیاست‌های اتخاذ شده در قوانین اساسی کشورها بستگی دارد. در واقع اگر معاهده تنها به عنوان نصی که «دارای اعتبار قانون است» تلقی شود، قاضی را ناگزیر می‌سازد با رعایت اصل «قانون لاحق ناسخ قانون سابق است»، معاهده را به نفع قانون مؤخر کنار بگذارد. البته چنانچه بتوان بین آن دو جمع کرد، به خصوص در جایی که قانون عام، و معاهده خاص باشد، در این صورت، نباید قانون را ناسخ معاهده دانست، بلکه باید معاهده را مخصص قانون به شمار آورد و هر دو را اجرا کرد. از طرفی، به اقتضای لازم‌الاتباع بودن

معاهدات منعقدۀ بین کشورها، کشور متعاقد نمی‌تواند به وضع قانون یا قوانینی بپردازد که به طور صریح یا ضمنی معاهده لازم‌الاجرا را نقض کند و اگر چنین اتفاقی رخ دهد، مسئولیت بین‌المللی در قبال چنین معاهداتی و نیز تعهدات مندرج در آنها به عهده همان دولت است. در جهت چنین دیدگاهی است که برخی معاهده را دارای ارزشی فراتر از قانون داخلی تلقی کرده‌اند.

در میان قوانینی که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده‌اند، مواردی وجود دارند که در مقام حل تعارض میان قانون داخلی و معاهدات بین‌المللی، حکم به برتری معاهده داده‌اند. از میان این قوانین می‌توان به ماده (۹۷۴) قانون مدنی اشاره کرد که بر اساس آن: «مقررات ماده (۷) و مواد (۹۶۲) تا (۹۷۴) این قانون تا حدی به موقع اجرا گزارده می‌شود که مخالف عهود بین‌المللی که دولت ایران آن را امضا کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد.» همچنین ماده (۱۲۳۰) قانون مدنی که مفاد آن عیناً در ماده (۱۱۶) قانون امور حسبی تکرار شده است: «اگر در عهود و قراردادهای منعقدۀ بین دولت ایران و دولتی که مأمور قنسولی مأموریت خود را در مملکت آن دولت اجرا می‌کند، ترتیبی برخلاف مقررات ۲ ماده فوق اتخاذ شده باشد، مأمورین مذکور مفاد آن ۲ ماده را تا حدی که با مقررات عهدنامه یا قرارداد مخالف نباشد، اجرا خواهند کرد.» علاوه بر آن، ماده (۱۷۱) قانون اجرای احکام مدنی تصریح دارد: «در صورتی که در معاهدات و قراردادهای بین دولت ایران و کشور صادرکننده حکم، ترتیب و شرایطی برای اجرای حکم مقرر شده باشد، همان ترتیب و شرایط معتبر خواهد بود.» در همین زمینه ماده (۱) قانون استرداد مجرمان مصوب ۱۳۳۹ نیز مقرر نموده است: «در مواردی که بین دولت ایران و دول خارجی قرارداد استرداد منعقد شده باشد، استرداد طبق شرایط مذکور در قرارداد به عمل خواهد آمد و چنانچه قراردادی منعقد نشده... استرداد طبق مقررات این قانون... به عمل خواهد آمد.» بند (۳) ماده (۳۶) قانون داورى تجارى بین‌المللى مصوب ۱۳۷۶: «در صورتی که در معاهدات و توافقاتی فی‌مابین دولت جمهوری اسلامی ایران و سایر دول ترتیبات و شرایط



دیگری برای داوری‌های موضوع این قانون مقرر شده باشد، همان ترتیبات و شرایط متبع خواهد بود.»

با این همه، در برخی قوانین خاص داخلی، به نظر می‌رسد قانونگذار در صدد برتری دادن به قانون داخلی در برابر معاهدات بین‌المللی بوده است. در این چارچوب، ماده واحده «قانون الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان» حائز اهمیت است. براساس این ماده واحده «به دولت اجازه داده می‌شود که به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان... مشروط بر آن که مفاد کنوانسیون در مواردی که با قوانین داخلی و موازین اسلام معارض گردد، از طرف جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعايه نباشد، ملحق و اسناد آن را مبادله نماید.» همچنین ماده واحده «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به موافقتنامه نظام جهانی ترجیحات بازرگانی بین کشورهای در حال توسعه» تصریح کرده است: «موافقتنامه نظام جهانی ترجیحات بازرگانی بین کشورهای در حال توسعه... تصویب و اجازه تسلیم اسناد و الحاق به آن داده می‌شود، مشروط بر آن که مفاد آن در مواردی که با قوانین داخلی و موازین اسلامی معارض گردد، از طرف جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعايه نباشد.» در ماده واحده «قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک» همین موضوع ذکر شده است: «کنوانسیون حقوق کودک... تصویب و اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به آن داده می‌شود؛ مشروط بر آن که مفاد آن در هر مورد و هر زمان در تعارض با قوانین داخلی و موازین اسلامی باشد و یا قرار گیرد، از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعايه نباشد.» در ماده واحده قانون تصویب «کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت» نیز این موضوع ذکر شده است که «کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت... تصویب می‌گردد و به دولت جمهوری اسلامی ایران اجازه تودیع اسناد تصویب آن با رعایت تبصره‌های زیر داده می‌شود:... تبصره ۲) با توجه به ماده (۴۶) کنوانسیون، جمهوری اسلامی ایران خود را ملتزم به رعایت آن دسته از مفاد کنوانسیون که

مغایر با موازین حقوقی جاری خود باشد، نمی‌داند.» قابل به ذکر است ماده (۴۶) کنوانسیون مذکور، پیش‌بینی هرگونه قید تحدیدی مغایر با مندرجات کنوانسیون را غیرمجاز دانسته است. با وصف مراتب مذکور، در این که مفاد تبصره (۲) ذیل ماده واحده مذکور، به عنوان قانون داخلی، آیا واجد آثار حقوقی خواهد بود یا خیر؛ محل تأمل است.

براساس اصل (۷۱) قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند»؛ چنین می‌توان نتیجه گرفت که توسعه و تحدید قلمرو قانون از صلاحیت‌های انحصاری مجلس شورای اسلامی است و در این زمینه بنا به صلاحدید خود، گاهی قانون داخلی را بر معاهده برتری داده است و گاهی چنین مقرر داشته است که قانون داخلی تا جایی به مرحله اجرا گذاشته خواهد شد که با معاهدات بین‌المللی مغایرت نداشته باشد. لذا در این رویکرد هیچ یک از قانون و معاهده بر دیگری برتری نداشته و صرفاً در شرایطی اقدام به توسعه قلمرو یکی و تحدید دیگری و یا بالعکس نموده است؛ که نشان دهنده برابری جایگاه معاهده و قانون از این حیث است.

### قابلیت استناد به معاهدات بین‌المللی در محاکم داخلی

همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، معاهدات بین‌المللی که فرایند داخلی قانونگذاری را سپری کرده باشند، در حکم قانون عادی هستند و همانند سایر قوانین، در محاکم داخلی قابلیت استناد دارند. این مسئله به طور صریح از سوی اداره حقوقی قوه قضاییه طی نظریه مشورتی در خصوص کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی مطرح شد که طی آن، استناد مستقیم به مقررات معاهدات بین‌المللی در فرایند دادرسی را ممکن دانسته است [۱۵]. همین‌طور طی گزارش عملکرد ایران در سال ۱۹۹۹ به سازمان ملل متحد، در بند ۸۱ و ۸۲، بر قابلیت استناد به معاهدات بین‌المللی در محاکم داخلی تأکید شده است. در گزارش ادواری به کمیته منع تبعیض نژادی، نماینده ایران

بررسی و واکاوی ماهیت حقوقی معاهدات بین‌المللی در پرتو قانون اساسی و قانون مدنی ◇ ۵۹

تأیید کرد که اسناد بین‌المللی به نحو مستقیم قابل استناد در محاکم هستند (۸). همین مسئله دوباره در گزارش ایران به کمیته حقوق کودک از سوی نماینده ایران تأیید شده است. به گمان برخی پژوهشگران، استفاده قانونگذار از عبارت «در حکم» (ماده ۹ قانون مدنی) این شائبه را برای قاضی ایرانی ایجاد می‌کند که معاهدات بین‌المللی مصوب مجلس شورای اسلامی با شرایط پیش گفته، از اعتباری کمتر از قانون عادی برخوردارند و لذا قضات در آرای خود به ندرت به حقوق معاهداتی استناد می‌کند. این، در حالی است که قضات، مستند به اصل (۱۶۷) قانون اساسی، موظف به یافتن حکم هر دعوا در قوانین مدونه هستند و تخلف از این امر و اجرا نشدن تعهدات بین‌المللی از سوی قاضی ایرانی موجبات مسئولیت مدنی و کیفری وی را فراهم می‌سازد.

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه دیگری آورده است: «عهودی که به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد، مانند هر قانونی دارای اعتبار لازم است و در ردیف سایر قوانین عادی است و ممکن است بحث ناسخ و منسوخ در مورد این قبیل قوانین هم پیش آید» [۱۶]. نظریه مشورتی اخیر از آن جهت آورده شده است که امکان تعارض میان معاهده و قانون را که ناشی از پذیرش رویکرد برابری قانون و معاهده است، قابل تحقق دانسته است.

### **تصویب «آیین‌نامه اجرایی» معاهدات از سوی هیات وزیران**

بر اساس اصل (۱۳۸) قانون اساسی، هیأت وزیران وظیفه تدوین آیین‌نامه اجرایی قوانین را بر عهده دارد. در این چارچوب و به استناد این اصل از قانون اساسی، هیات وزیران تاکنون آیین‌نامه اجرایی تعدادی از معاهدات بین‌المللی را به تصویب رسانده که نشان دهنده پذیرش رویکرد برابری «معاهده» با «قانون» در نظام حقوقی ایران است. از جمله این آیین‌نامه‌های اجرایی می‌توان به این موارد اشاره کرد: آیین‌نامه اجرایی قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به «کنوانسیون حراست از میراث فرهنگی ناملموس»، آیین‌نامه راجع به تشکیل «کارگروه ملی

بیابان‌زدایی» در اجرای ماده واحده قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به «کنوانسیون سازمان ملل متحد برای بیابان‌زدایی»، آیین‌نامه اجرایی «کنوانسیون تغییرات آب و هوایی و پروتکل الحاقی آن» و آیین‌نامه راجع به تشکیل «کارگروه ملی ایمنی زیستی» در اجرای ماده واحده قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به «پروتکل ایمنی زیستی الحاقی به کنوانسیون تنوع زیستی».

### نتیجه‌گیری

به عنوان نتیجه‌گیری باید گفت با توجه به کلام آقای فینز موریس و دیگر بزرگان چنین استنباط می‌کنیم که معاهدات همه منیع تعهد هستند؛ اما همه معاهدات منبع قانون و به وجود آورنده رژیم خاصی در نظام حقوق بین‌الملل نمی‌باشند.

باید به عنوان نتیجه‌ای کلی چنین بیان کنیم که معاهدات قانون‌ساز به مثابه قانون و رژیم برای اطراف خود خواهند بود، نه برای دولت‌های ثالث و غیر عضو و این شبیه قانون در حقوق داخلی است که بعضی قوانین برای همه ساکنان یک کشور تعهد ایجاد نمی‌کنند، مثل بیشتر قواعد حقوق خصوصی و مقررات مربوط به روابط افراد با دولت که فقط به اتباع مربوط می‌شود و چه بسا بعضی از ساکنان کشور تابعیت دولت را نداشته باشند. پس ایشان در قبال برخی قوانین که برای اتباع لازم‌الاتباع است، تعهدی ندارند.

اما در حقوق داخلی نیز برخی قوانین وجود دارد که به نظم و منافع عمومی و اجتماعی و نظم عمومی جامعه یک کشور مربوط می‌شود و برای همه ساکنین آن کشور چه اتباع و چه غیراتباع، یعنی کسانی که عضو یک کشور نیستند، لازم‌الاجراست و چیزی شبیه این را در نظام حقوق بین‌الملل داریم که قواعد عام‌الشمول که تدوین قواعد عرفی است و همچنین آنهایی که مربوط به منافع زندگی بین‌المللی در برابر همه کشورها قابلیت استناد خواهند داشت.

در بیان تفاوت معاهدات قراردادی و قواعد قانون‌ساز، باید به عنوان نتیجه بگوییم که معاهدات قراردادی به منافع دو جانبه یا چند جانبه مربوط است و با انجام دادن تعهد مثلاً قرارداد تجاری، تعهدات و اثر حقوقی آنها به پایان می‌رسد؛ اما قواعد عینی و قانون‌ساز عمری پایدار دارند تا زمانی که خلاف آنها یا تعدیل و تغییر آنها توسط اطراف ایشان توافق نشده است، به حیات حقوقی خود ادامه خواهند داد.

با بررسی دیدگاه‌های حقوقدانان در خصوص اجرای حقوق بین‌الملل در نظام داخلی کشورها، تدوین الگوی اجرای حقوق بین‌الملل، اعم از تعهدات قراردادی و عرفی در نظام حقوقی کشورها، ضروری به نظر می‌رسد. در همین جهت بسیاری از کشورها چه دارنده نظام رومی-ژرمنی و چه دارنده نظام کامن‌لاو، تلاش کرده‌اند اجرای حقوق بین‌الملل را در حوزه صلاحیت خود نظام‌مند کنند. برخی از کشورها نیز به طور صریح در قوانین اساسی و یا قوانین عادی، نحوه اجرای حقوق بین‌الملل را در نظام حقوقی خود تعریف و راه حل‌هایی را نیز در صورت وقوع تعارض میان اجرای تعهدات مندرج در معاهدات بین‌المللی با قوانین عادی ارائه کرده‌اند.

در نظام حقوقی ایران، عمومات قانون اساسی، قوانین عادی و مصوبات دولت جمهوری اسلامی ایران حکایت از برابری معاهدات بین‌المللی با قوانین عادی دارد. دیدگاه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز بر این دیدگاه صحه گذاشته است و بر آن است که "عهدی" که به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد، مانند هر قانونی دارای اعتبار لازم بوده و در ردیف سایر قوانین عادی قرار می‌گیرد. از این رو حتی ممکن است در صورت تعارض معاهدات بین‌المللی با قوانین عادی، بحث ناسخ و منسوخ قابل تصور باشد.

بنابراین، در نظام حقوقی ایران، در قوانین موضوعه و رویه عملی قوای سه‌گانه، "معاهدات بین‌المللی" به عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل، برابر با قوانین عادی به شمار آمده است. با این همه، نظام حقوقی ایران همچنان درباره نحوه اجرای سایر منابع حقوق بین‌الملل، اعم از

منابع مذکور در ماده (۳۸) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری از قبیل تعهدات عرفی، آرا و رویه‌های قضایی بین‌المللی و یا منابع نوین حقوق بین‌الملل از قبیل قطعنامه‌های الزام‌آور سازمان‌های بین‌المللی، ساکت است و نیاز به تحقیقات و پژوهش‌های حقوقی تکمیلی آتی در این حوزه می‌باشد.

## منابع

۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۸۷) حقوق بین الملل عمومی، گنج دانش
۲. جعفری لنگرودی، (۱۳۸۸). محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشاراتگنج دانش
۳. فلسفی، هدایت الله، (۱۳۷۹). حقوق معاهدات، نشرعلی
۴. فضایی، مصطفی، تقریرات درس حقوق معاهدات، (۱۳۹۲). دانشگاه قم سال تحصیلی
۵. ترجمه: زمانی، سید قاسم و شهبازی، آرامش، (۱۳۹۰). فرجام حقوق بین الملل نوسان میان تکنیک و تدبیر شهر دانشگاه
۶. کاشانی، جواد، (۱۳۸۷). وضعیت حقوقی منابع نفت و گاز واقع در مرز بین کشورها، مجله حقوقی بین المللی، نشریه امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹
۷. والاس، ربکا، «حقوق بین الملل»، بهراملو، مهناز، (۱۳۸۰). مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی، تهران
۹. بند یک ماده دو کنوانسیون وین بایگانی شده در ۶ ژانویه ۲۰۰۹
۱۰. ماده نوزده کنوانسیون وین بایگانی شده در ۶ ژانویه ۲۰۰۹
۱۱. ماده ۲۴ کنوانسیون وین
۱۲. نظریات مشورتی شورای نگهبان، شماره ۳۹۰۳، تاریخ ۱۳۶۰/۸/۷

منابع انگلیسی:

13. Law-Making Treaties: Form and Function in International Law, Catherine Brölmann Amsterdam Center of International Law, University of Amsterdam p.1, <http://ssrn.com/abstract=1334266>
14. Quoc Dinh, Nguyen, Habibbi, Hassan (Translator), «Public International Law», 2. First Edition, Tehran, Ettelat Publication, 2003, p. 462. (In Persian)
15. Ebrahimi, Nasrollah, «Private International Law», Fifth Edition, Tehran, Samt Publication, 2003, p. 74. (In Persian)
16. <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/bb5e6edae249b576802567d1003a0bb?Opendocument> crc/c/sr.1016, 28 Jan 2005, Para 43.
17. Hashemi, Hamid, «Application of international Agreements in Iranian judiciary system: Limits and Capacities», Legal Research Journal, 2008, Vol. 15, pp. 229-258. (In Persian)
18. Poorhashemi, Seyed Abbas, «International Environmental Law», First Edition, Tehran, Dadgostar Publication, 2012, p. 66. (In Persian)
19. Mousazadeh, Reza, «Concise of Public International Law», 23th Edition, Tehran, Mizan Legal Foundation, 2013, p. 26. (In Persian)
20. Malcolm, Shaw, Vaghar, Mohammad hossein, (Translator), Third Edition, Tehran, Ettelat Publication, p. 119. (In Persian)
21. Azari, Hajar, «Iranian Legal Systems challenges in accepting international conventions», Comparative Law Studies Journal, 2016, Vol. 1, pp. 1-24. (In Persian)



22. Robinson, Nicolas, Hosseini, Mohammad Mahdi (Translator), «Basics of international environmental law», First Edition, Mizan Legal Foundation, 2011, p. 87. (In Persian)
23. Ziaei Bigdeli, Mohamad Reza, «Public International Law», 40th Edition, Tehran, Ganjedanesh Publication, 2010, pp. 80-72. (In Persian)
24. Wallace, Rebecca, Zamani, Ghasem (Translator), «International Law», Fourth Edition, Tehran, Shahre Danesh Institute of Law, 2014, p.95. (In Persian)
25. Vazquez, Carlos Manuel, 1995, The Four Doctrine of Self-Executing Treaties, The American Journal of International Law, Vol. 89, pp. 695-723.
26. Grimmett, Richard ,2001, Treaties and Other International Agreements: The Role of United States Senate, Congressional Research Service, Library of Congress, pp. 4.
27. Izadi, Ali, «Comparative Research on Application of International Law in Domestic Courts», Public Law Studies Journal, 2015, Vol. 3, pp. 497-529. (In Persian)

## پیوست:

۱. یک تابع درهم‌سازی رمزنگارانه یا تابع هش کریپتوگرافیک نوعی تبدیل است که رشته‌ای طولانی را به عنوان ورودی دریافت می‌کند و رشته‌ای با طول ثابت را خروجی می‌دهد. مقدار هش حاصل، نمایشی از کل محتوای متن یا رشته ورودی است و می‌توان آن را نوعی «اثر انگشت دیجیتالی» برای آن متن به حساب آورد. از توابع درهم‌سازی کریپتوگرافیک برای بررسی صحت پیام‌ها و امضای دیجیتال متون در طیف گسترده‌ای از کاربردها، همچون تصدیق اصالت و تصدیق صحت پیام استفاده می‌شود. (ناکاموتو، ۲۰۰۹: ص ۵)
۲. یک کامپیوتر که نرم‌افزار بلاکچین را بر روی سیستم خود پیاده می‌کند و از طریق اینترنت به سایر کامپیوترهای مانند خود متصل می‌شود. هرچه تعداد این کامپیوترها بیشتر باشد؛ زیرساخت شبکه بلاکچین قوی‌تر می‌شود و میزان مقیاس‌پذیری آن افزایش می‌یابد.
۳. بنابر داده‌های اخذ شده از سایت statista که به رسد ماینرهای شبکه بیت کوین در جهان می‌پردازد، تعداد ماینرهایی که به آی پی ایران اقدام به استخراج مینمایند ۴ درصد می‌باشد که این مقدار با توجه به تحریم بودن ما به وسیله اکثر استخراج‌های استخراج بیت کوین و ضرورت استفاده از ابزارهای گذر از تحریم توسط استخراج کنندگان ایرانی حدود ۶ درصد برآورد می‌شود.
۴. میزان کل هش ریت شبکه بیت کوین برابر است با ۹۲،۵۱۱،۰۰۰ که برای رسیدن به این میزان هش در جهان به ۸۶۰۰ مگاوات برق نیاز داریم، با توجه به سهم ۶ درصدی ایران از استخراج شبکه بیت کوین برای کسب این میزان از هش ریت شبکه به ۵۱۶ مگاوات برق نیاز می‌باشد.

## شمول خطابات شرعی نسبت به غایبان و معدومان

سید امیرحسین میر قاسمی<sup>۱</sup>



### چکیده

خطابات که در قرآن آورده شده است، از زاویه‌ای به دو بخش خطابات غیرشفاهی و خطابات شفاهی تقسیم می‌شود.

خطابات غیرشفاهی به حاضران در مجلس خطاب و یا موجودان اختصاص ندارد و شامل حاضر، غایب، موجود و معدوم می‌شود. پس در غیرشفاهی مشکلی نداریم؛ اما در خطابات شفاهی، یعنی خطباتی که دارای ادوات خطاب هستند و عبارت از خطابی است لفظی که مراد متکلم با اعلام غیرکتبی اطلاق می‌شود. این سؤال مطرح می‌شود که آیا این خطابات تنها مخصوص حاضران است یا غایبان را هم در بر می‌گیرد و اگر غایبان مخاطب باشند، آیا خطاب شامل معدومان نیز می‌شود یا خیر؟

علمای علم اصول نسبت به این که احکام شریعت مقدس اسلام شامل همه مکلفان می‌گردد و تا روز قیامت ثابت است، اجماع دارند و آن را از ضروریات دین می‌دانند؛ ولی بحث در این است که وضع ادوات خطاب برای چیست؛ آیا به گونه‌ای است که شامل غایبان و معدومان نیز می‌شود یا به حاضران در مجلس خطاب اختصاص دارد؟ در مورد این موضوع بحث‌های متعددی مطرح شده و اقوال مختلفی از بزرگان علم اصول راجع به آن وجود دارد و در نهایت این

---

۱. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی Sydahm75@gmail.com

اقوال به سه دسته نهایی تقسیم می‌شوند و هر کدام از مسلک‌ها با شیوه خود به نتیجه رسیده‌اند؛ اما در نتیجه نهایی اختلافی وجود ندارد و تمامی اقوال به نتیجه‌ای واحد می‌رسند و آن، این می‌باشد که بر طبق تمامی مسلک‌ها خطابات شفاهی شامل غایبان و معدومان نیز می‌شود. **واژگان کلیدی:** خطابات شفاهی، خطاب به غایبان، خطاب به معدومان، اشتراک احکام، شمول خطاب شفاهی، مقصودان به افهام.

## مقدمه

«عام» و «خاص» یکی از مباحث مهم علم اصول است که اصولی‌ها در ذیل آن فصل‌های متعددی را مطرح کرده‌اند، از جمله مهم‌ترین بخش‌ها موضوع خطابات شفاهی است. شمول یا عدم شمول خطابات شفاهی بر غایبان و معدومان، از جمله مسائل مهم و اساسی می‌باشد که از دیرباز بین اصولی‌ها وجود داشته و اقوال مختلفی راجع به آن بیان شده است.

بحث شمول خطابات شفاهی بر غایبان و معدومان از این جهت حائز اهمیت می‌باشد که با توجه به اینکه دین اسلام آخرین دین و پیامبر اسلام ﷺ آخرین پیامبر است و بعد از آن دین و پیامبری نخواهد آمد؛ پس لازم است هر آنچه مورد نیاز بشر است، بیان شود. لذا با پاسخ دادن به این سؤال تکلیف افراد در تمام زمان‌ها مشخص می‌شود و اگر نتوانیم به این پرسش جوابی دقیق و منطقی بدهیم در تعمیم دادن خطابات شرعی نسبت به غایبان و معدومان دچار مشکل می‌شویم. پس مشخص شد که این بحث جایگاه ویژه‌ای دارد و باید آن را دقیق بررسی کرد. مطلبی که در این پژوهش مورد بررسی قرار می‌گیرد این می‌باشد که آیا خطابات شرعی مانند «یا ایها الناس» نسبت به کسانی است که در آن زمان حضور داشتند و یا اینکه غایبان و معدومان را هم شامل می‌شود. اگر بگوییم که این آیات و تکالیف مختص به حاضران است در نسبت دادن تکلیف به غایبان و معدومان دچار مشکل می‌شویم و به ناچار باید از الغای خصوصیت و اشتراک در تکلیف غایبان و معدومان را شامل احکام کنیم و اگر بگوییم برای مردم تا روز قیامت است دیگر احتیاجی به الغای خصوصیت و اشتراک در تکلیف نداریم و همین‌آیه شامل غایبان و معدومان هم می‌شود و هر خطابی که وجود دارد حکمش الی یوم القیامه است. بعضی از بزرگان فرموده‌اند خطابات مختص به مشافهان یعنی حاضران است؛ زیرا عقیده دارند (یا) که برای ندا است برای مشافهان وضع شده است. این گروه از بحث لغوی به این جا رسیده‌اند؛ چرا که ادبیات و لغت اقتضا می‌کند که خطابات مختص به شافهان

باشد و غیر مشافهان را باید با الغای خصوصیت و اشتراک در تکلیف مشمول کنیم. بعضی فرموده‌اند که مشافهه یعنی حاضر و معنا ندارد که چیزی مشافهه باشد اما حاضر نباشد؛ پس خطابات مال شافهان است. مطالب زیادی توسط بزرگان علم اصول راجع به این موضوع آورده شده که ادامه مقاله بیان می‌شود و جالب اینکه همگی این اقوال در آخر به نتیجه‌ای واحد می‌رسند و تنها تفاوت آن در راه رسیدن به نتیجه می‌باشد. در این مقاله ابتدا تقریر محل نزاع بر طبق نظر مرحوم آخوند خراسانی در کتاب کفایه الاصول بیان شده و سپس نظر ایشان و برخی دیگر از صاحب نظران علم اصول راجع به این مسئله آورده شده که به ترتیب شامل نظرات مرحوم آخوند خراسانی، شیخ انصاری، محقق قمی، محقق نایینی، آیت الله خوئی و امام خمینی آورده شده و در ادامه ثمرات بحث آورده شده و به طور کلی سعی شده که جمع‌بندی کاملی نسبت به این بحث انجام بگیرد.

### روش تحقیق

با استفاده از روش کتابخانه‌ای و سندی و با پیمانش در متون و منابع موجود مطالب مرتبط در این زمینه گردآوری شده است.

### بیان مسئله

### خطاب شرعی

خطاب شرعی مقابل خطاب عرفی بوده و به خطابی گفته می‌شود که از ناحیه شارع مقدس به قصد بیان وظیفه شرعی مکلفان صادر گردیده است. برخی معتقدند خطاب شرعی همان حکم شرعی است؛ اما برخی دیگر اعتقاد دارند خطاب شرعی حکایت‌کننده از حکم شرعی بوده و بر آن دلالت می‌کند و خودش حکم نیست (صدر: ج ۱، ص ۶۱).

## خطاب غایبان

به معنای مورد خطاب بودن کسانی است که در زمان خطاب شارع موجود بوده‌اند؛ اما در مجلس خطاب حاضر نیستند.

## خطاب معدومان

به معنای مورد خطاب قرار گرفتن کسانی است که در زمان خطاب شارع هنوز به دنیا نیامده‌اند؛ به عبارت دیگر به شمول تکلیف نسبت به غیر موجود در زمان خطاب اطلاق می‌شود. خطباتی که در قرآن کریم آورده شده از زاویه‌ای به دو بخش تقسیم می‌شوند:

### ۱. خطابات غیر شفاهی

یعنی خطباتی که مقرون به ادوات خطاب نیست و خود خطاب هم به فرد یا گروه خاصی متوجه نیست، بلکه عام است و با تاریخ و همه انسان‌ها تا روز قیامت سخن می‌گوید؛ مانند این آیات: «ولله علی الناس حج البیت من استطاع الله»، «ان کانت الصلاه کانت علی المومنین کتابا موقوفا»، «احل الله البیع و حرم الربا»... این گونه خطابات به حاضران مجلس خطاب و یا موجودان در عصر خطاب اختصاص ندارد. بلکه حاضر، غایب، موجود، معدوم، همه را شامل می‌شود و به اصطلاح منطبق به صورت قضایای حقیقه‌ای هستند که موضوع شان اعم از افراد محققه الوجود و مقدره الوجود است. یعنی هر انسانی در هر زمانی یافت شود و متصف به صفت استطاعت شود حج بر او واجب است؛ ولو هزاران سال دیگر این موضوع کلی مصداق پیدا نکند و یا هر معامله‌ای در هر زمانی یافت شود و موصوف به معامله ربوی باشد حرام باطل است. (عباسی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۷۹).

## ۲. خطابات شفاهی

خطاب شفاهی مقابل خطاب غیر شفاهی بوده و عبارت است از خطابی لفظی و شفاهی که از طریق آن مراد متکلم با اعلام غیرکتبی در مجلس خطاب و سخنرانی به اطلاع مخاطب رسانده می‌شود. خطابات شفاهی خطاباتاتی هستند که مقرون به ادوات خطاب، مانند یا، ایها هستند؛ از قبیل: «یا ایها الناس و یا ایها المؤمنین». یا برخی ضمائر منفصله و متصله مانند: «افعل کذا ایاک اعنی، انتم الفقرا» (همان، ص ۲۸۰).

سؤالی که این مقاله در پی پاسخ گفتن به آن می‌باشد، این است که آیا این گونه خطابات به موجودان عصر خطاب و حاضران در جلسه خطاب اختصاص دارد؛ یعنی کسانی که پای منبر رسول خدا ﷺ بودند و مستقیماً این آیات را از زبان مبارک آن حضرت می‌شنیدند؛ و افرادی را که در آن عصر موجود بودند؛ ولی در آن مجلس حضور نداشتند، را شامل نیست؟ یا این خطاب نیز همانند خطاب‌های غیر مشافهی تعمیم داشته بلکه غایبان و معدومان را شامل می‌شود؟

## اقوال

### ۱) قول آخوند خراسانی

مرحوم آخوند محل نزاع را به سه گونه تحریر می‌کنند:

۱. نزاع در آن است که تکلیفی که خطاب عهده دار بیان آن است، آیا صحیح است که به معدومان تعلق گیرد (به این صورت که امر و نهی نسب به کسی که در زمان خطاب وجود ندارد، فعلی باشد) همان طور که تعلقش به موجودان صحیح می‌باشد، یا صحیح نیست؟
۲. نزاع در صحت مخاطبه با معدومان بلکه با غایبان از مجلس خطاب، با الفاظی که برای مخاطب وضع شده‌اند، مانند افعلو و اترکوا، به صرف سوق دادن کلام به سوی آنان است و عدن



شمول خطابات شرعی نسبت به غایبان و معدومان ◇ ۷۳

صحت مخاطبه. به عبارت دیگر نزاع در این است که آیا الفاظی که به دنبال ادات خطاب قرار می‌گیرند آیا شامل غائبان بلکه معدومین نیز می‌شود یا آن الفاظ شامل غائب و معدوم نمیشود. ناگفته نماند نزاع به صورت نخست و دوم عقلی است؛ زیرا بازگشت به صحت عقل است و نزاع به صورت سوم این می‌باشد که واضع لغت آیا الفاظ عموم را بر معنایی وضع کرده که شامل غایبان و معدومان می‌شود، یا نمی‌شود؟

صحیح نبودن تکلیف فعلی معدومان از نظر عقل: آخوند می‌فرماید تردیدی نیست که از نظر عقل تکلیف به معدومان صحیح نیست؛ به این معنا که بعث و زجر فعلی معدومان غیر معقول و محال است؛ زیرا بدیهی است تکلیف به معنای فعلی مستلزم آن است که مولا از معدوم حقیقتاً طلب کند و بدیهی است که طلب حقیقی به صورت فعلی تنها از موجود صورت می‌گیرد، نه از معدوم. آری، اگر تکلیف به معنای مجرد انشای طلب باشد، بی آن که بعث و زجر داشته باشد، در این صورت، نسبت به معدومان هرگز محال نمی‌باشد؛ چرا که عبارت است از ایجاد معنا به لفظ یا قرارداد چیزی بر عهده مکلف. از این رو حکیم تبارک و تعالی بر وقف حکمت و مصلحت ممکن است شیئی را به صورت قانون کلی از موجودان و معدومان در وقت خطاب انشا کند تا پس از وجود شرایط و فقدان موانع تکلیف فعلی باشد؛ زیرا اگر تکلیف را در آغاز امر فقط به موجودان انشا کند؛ در مرحله دوم به انشای دیگر نیاز دارد. بر خلاف آن جا که به صورت عام انشا کند؛ زیرا در این صورت، پس از وجود یافتن معدومان به انشای دیگر نیاز نیست و نظیر انشای تکلیفی است، بی آنکه طلبی در آن باشد. انشای تملیک در وقف بر نسل‌های بعدی، زیرا واقف ملک را یا یک انشا بر نسل‌های موجود و معدوم می‌طلبد و در وقف خاص موجودان بالفعل مالک عین وقف شده می‌شوند و معدومان از موقوف علیهم پس از وجود یافتن به سبب همان انشای واقف مالک عین وقف شده، میشوند، بی آنکه به انشای عقد جدیدی نیاز باشد، در نتیجه عقد وقف که با انشای واحد انشا شده در حق موجودان از موقوف علیهم اثر ملکیت فعلی دارد و همان عقد در حق معدومان اثر فعلی ندارد؛ جز این اثر که عین

وقف شده استعداد و قابلیت آن را دارد که پس از موجود شدن معدومان به ملک آنان در آید. این در صورتی است که انشای طلب به طور مطلق و بدون قید باشد؛ اما اگر طلب را مقید به وجود مکلف نسب به شرایط انشا کند؛ مثلاً بگوید تقوا بر هر فرد موجودی که بالغ و عاقل است، واجب باشد، در این صورت امکان چنین تکلیفی مسلماً ممکن است و از توجه آن به معدومان محالی پیش نمی آید.

### صحیح نبودن خطاب فرد معدوم و غایب

آخوند می فرماید: همان سان که تکلیف معدوم به تکلیف فعلی صحیح است، به همین ترتیب تردیدی نیست در اینکه خطاب معدومان بلکه غایبان به نحو خطاب حقیقی صحیح نیست و از اساس امکان ندارد؛ زیرا بدیهی است توجه دادن کلام به سوی غیر به طور حقیقت تحقق نمی یابد، مگر آنکه وی موجود شود و به طوری باشد که به کلام التفات و توجه پیدا کند و این معنا امکان ندارد، مگر آنکه مخاطب موجود و در مجلس خطاب حاضر باشد.

### وضع ادات ندا برای خطاب انشایی

از این عدم تعلق خطاب به فرد معدوم و غایب وضعیت و حال نزاع سوم که نزاع لغوی بود، روشن می شود که الفاظ وضع شده برای خطاب، مانند ادات ندا اگر برای خطاب حقیقی وضع شده باشند، استعمال شان در خطاب حقیقی موجب آن است که آنچه پس از آنها واقع شده، مثلاً الناس به حاضران اختصاص دارد نه غایبان و معدومان؛ چنانکه مقتضای اراده معنای عام از آن کلمه برای غیر حاضران آن است که الفاظ خطاب در غیر خطاب حقیقی به کار رفته باشند؛ ولی ظاهر الفاظی مانند ادات ندا برای خطاب حقیقی وضع نشده اند، بلکه برای خطاب انشایی ایقاعی وضع شده است. از این رو، چه بسا متکلم با این ادات تحسر تأسف و حزن و اندوه واقع می سازد، مانند «یا کوکبا ما کان اقصر عمره؛ ای ستاره ای که چقدر عمرش کوتاه بود.» یا با آن انشای شوق و همانند آن غیر خطاب حقیقی را واقع می سازد؛ چنان که با این الفاظ کسی را که

با ندای حقیقی می طلبد مخاطب قرار می دهد در نتیجه استعمال الفاظ ندا در معنای حقیقی اش در این صورت که فقط برای خطاب حقیقی وضع نشده، موجب آن نیست که به کسی اختصاص داشته باشد که خطاب با آن صحیح می باشد، بلکه در اعم از آن وضع شده و شامل غایبان و معدومان نیز می شود. آری، بعید نیست این ادعا که الفاظ یاد شده از باب انصراف و نه از باب وضع ظهور در خطاب حقیقی دارند و انسان هر خطابی که بشنود بر خطاب حقیقی حمل کند، مگر آنکه قرینه ای باشد و می دانیم که حال حروف استفهام، ترجی، تمنی و غیر آن نیز چنین است؛ یعنی وضع آن حروف به انگیزه های مختلف برای معانی ايقاعی است نه حقیقی. بنابر این، استفهام گاهی برای طلب فهم است به طور حقیقی و گاهی برای تقریر است و گاهی برای تمنی و... ولی از باب انصراف ظاهر آن ادات در معنای واقعی است، مشروط بر آنکه آنچه مانع از این ظهور انصرافی است، در بین نباشد؛ چنانکه می توان ادعای آن را در کلام شارع به طور غالب کرد؛ زیرا در: «یا ایها الناس اتقوا و یا ایها المومنون» بدیهی است که بی هیچ تردیدی حکم به خصوص حاضران در مجلس خطاب اختصاص ندارد و شامل غایبان و معدومان هم هست و آخوند می فرماید: شاهد بر آنچه بیان کردیم (اختصاص وضع به انصراف) آن است که ندا با ادات یاد شده صحیح است با اینکه از لفظ عامی که پس از آنها واقع شده معنای عموم اراده شود بی آنکه مرتکب عنایت، یا تنزیل یا رعایت علاقه ای بشود.

مرحوم آخوند می فرماید: این توهم که تنزیل ارتکازی است (و همین کافی است که نتوانیم به استعمال ادات ندا همراه با این عمومات استشهاد کنیم و آن را شاهد بر عدم اختصاص به حاضران قرار دهیم) ولی آن توهم را این سخن دفع می کند: اگر تنزیل ارتکازی بود، با توجه تنزیل و تفتیش از حال آن در ذهن مان با حصول علم به تنزیل به وسیله التفات و تفتیش بدان علم نداریم و همین نشانه ارتکازی نبودن است؛ وگرنه از کجا ثبوت ارتکازی تنزیل معلوم شده است و این روشن است. در ادامه می فرماید: و اگر باز هم سر بر تأیید به جز اینکه ادات ندا برای خطاب حقیقی وضع شده اند در این صورت، گریزی نیست از التزام به اختصاص خطابات

الهی با ادات خطاب یا با نفس سوق دادن کلام بدون ادات همانند غیر خطابات الاهی به مشافهان البته در جایی که قرینه‌ای برای تعمیم نباشد.

### توجیه صحت مخاطبه با معدوم

مرحوم آخوند می‌فرماید و این توهم که (در خطابات خداوند صحیح است به تعمیم ملتزم شویم و شامل غیر موجودان بدانیم، چه رسد به غایبان، زیرا خداوند به موجودان در زمان حال و استقبال احاطه دارد) فاسد؛ است زیرا احاطه خداوند موجب آن نیست که معدوم، بلکه غایبان را برای مخاطب قرار دادن شایسته دانست و صحیح نبودن مخاطبه با آنان؛ چنان که پنهان نیست به خاطر قصورشان موجب نقص در ناحیه حق متعال نیست؛ چنان که خطاب لفظی خداوند با موجودان حاضر به خاطر اینکه تدریجی می‌باشد از اینکه به غیرکسانی که آن را می‌شنوند متوجه باشد، قاصر است. این در صورتی است که قائل شویم. خطباتی مانند: «یا ایها الناس اتقوا» در قرآن به طور حقیقت متوجه غیر پیامبر ﷺ است که از زبان آن حضرت انشا شده است؛ ولی اگر قائل شویم که مخاطب در این خطابات و کسی که کلام به طور حقیقت از باب وحی یا الهام به او متوجه شده آن حضرت است؛ در این صورت گریزی نیست که گفته شود ادات در امثال این خطابات برای خطاب ایقاعی است؛ هر چند به طور مجازی این گونه استعمال شده باشند. پس نسبت با آن حضرت حقیقی است و نسبت به دیگران مجازی است. بر این اساس جایی برای توهم اختصاص حکمی که خطاب یاد شده عهده دار آن است به حاضران وجود ندارد، بلکه شامل معدومان نیز می‌شود چه رسد به غایبان (ترجمه و شرح کفایه الاصول آخوند خراسانی، محمد مسعود عبسی، جلد ۲، ص ۲۲۳).

### ۲. قول شیخ انصاری

طبق نظر شیخ انصاری درباره شمول خطاب شفاهی برای غیر حاضران بحث و اختلاف نظر است و در این زمینه چهار قول وجود دارد:

۱) قول اول می‌فرماید خطاب شفاهی شامل غیرحاضر می‌شود، بدون شرح به نحو حقیقی، مجازی، استعاره و کنایی؛ ۲) خطاب شفاهی به حسب لغت بر تعمیم دلالت دارد. منظور این است که صیغه‌ای که بعد از ادات است، صیغه جمع است و آن جمع دلالتش اختصاص به مجلس خطاب ندارد؛ ۳) خطاب شفاهی دلالت بر تعمیم دارد بر اساس نظر و مذاق شرع عموم و شمول استفاده می‌شود یا می‌توان گفت بر اساس قاعده اشتراک؛ ۴) خطاب شفاهی در استعمال تعمیم مجاز است. این قول چهارم از بیان صاحب معالم هم استفاده می‌شود ایشان می‌فرماید: این خطابات شفاهی اختصاص دارد به حاضران و ضعا و ظهوراً؛ اما دلالت شان بر تعمیم به دلیل دیگری نیاز دارد. مثلاً تعمیم را در شرع که ثابت می‌کنیم یک دلیل دیگری اقامه می‌کنیم. ما باشیم «و یا ایها الذین آمنوا» خطاب مخصوص حضار است و دلالت بر غیر حاضر ندارد. بعد از اینکه چهار قول بیان شد، شیخ انصاری می‌فرماید: الاظهر اینکه خطابات مخصوص مشافهان حقیقت است در غیر مشافهان یعنی دلالت می‌کند بر شمول نسبت به غیرحاضران به نحو حقیقت و امکان این دلالت وجود دارد.» سپس ایشان برای اثبات این مدعا ادله‌ای بیان می‌کند و می‌فرماید: «در موقع استعمال ممکن است بگوییم که غیر حاضر به منزله حاضر قرار بگیرد، یعنی تنزیل شود غیرحاضر به منزله حاضر که این تنزیل را در بلاغت می‌گویند ادعای غیرحاضر حاضر حساب بشود. ادعای در بلاغت که چیزی در مکان چیز دیگر تصور بشود در اصل تنزیل بشود شیئی ای به منزله شی دیگر بر اساس تصور و اراده متکلم. در این صورت در «یا ایها الذین آمنوا» خطاب از سوی متکلم و شارع متوجه بشود به سمت کل مکلفان و تمامی مکلفان ادعا در قلمرو خطاب حاضر تصور بشوند. اگر چنین تصویری بشود حقیقتاً دلالت بر شمول دارد. یعنی یک دلالتی است کامل و شامل آن هم به نحو حقیقی.»

ایشان در ادامه می‌فرماید: «اما در مقام اثبات و وقوع به دلیل نیاز داریم. آیا می‌توانیم اثبات کنیم که واقعاً از سوی متکلم به همین صورت انجام گرفته و ادعایی بوده یا نمی‌توانیم اثبات

کنیم؟ در خطابات قرآنی که اثبات این مطلب بسیار مشکل است، ما که نمی‌توانیم نظر پروردگار عالم را بفهمیم که تنزیل بوده است. بنابراین، از صیاحت‌های قرآنی در این زمینه چیزی استفاده نمی‌شود و در نصوص روایی هم که مراجعه کنیم قرینه‌ای و شاهی که ما را هدایت کند به این حقیقت که در بیان شارع غایبان را به منزله حاضران تنزیل کرده است. دلیلی در این زمینه دیده نمی‌شود. بنابراین، در مقام اثبات و وقوع این ساختار، یعنی خطاب شفاهی دلالت بر تعمیم استفاده نمی‌شود. پس باید در جهت اثبات تعمیم سعی اجتهادی دیگری انجام داد.»

### دو صورت خطابات

خطابات غیر مصدره جعل برای عموم است و صورت دوم خطابات مصدره خطابات مصدره به ادات خطاب است. این خطابات خود بر شمول دلالت ندارد و باید سعی بشود تا این دلالت را اثبات کنیم.

سه صورت شک در شمول بر غیر حاضران می‌فرمایند: در شمول نسبت به غیر حاضر شک و تردید به وجود می‌آید و صورت شک سه گونه است:

یک: شک در کیفیت حکم شک کنیم که حاضران که مخاطب بوده‌اند حکم شرعی کیفیتی داشته که فقط حاضران می‌فهمیده‌اند و غیر از حاضران و غایبان آن کیفیت را نداشته‌اند و نفهمیده‌اند. حکم کیفیتی داشته است که فقط مربوط بوده است به حاضران. این صورت شک اگر به وجود بیاید، طبیعتاً به وسیله اطلاق نفی می‌شود مقتضای اطلاق عدم کیفیت است. دقیقاً مولا در مقام بیان است و اگر کیفیت در حکم وجود داشت، بیان می‌شد. دوم: شک در بقای حکم من حیث الزمان شک می‌کنیم که حکمی در آن صدر اول که بود در زمان‌های بعدی هم هست یا نیست. این جا استصحاب حکم می‌کنیم استصحاب حکم در عمود زمان استصحاب درستی است. در ادامه می‌فرمایند که ممکن است استصحاب درست نباشد واز قاعده اشتراک

شمول خطابات شرعی نسبت به غایبان و معدومان ◇ ۷۹

هم کمک بگیریم. سوم: شک در اختصاص. تفاوت صورت سوم و صورت اول این است که صورت اول در کیفیت شک داشتیم؛ اما در صورت سوم شک در اختصاص که این احکام و تکالیف مختص این حاضرین باشد.

در پایان می‌فرمایند: شک در اختصاص قطعاً خلاف واقع و خلف است. البته این خلاف واقع و خلف از قاعده اشتراک استفاده می‌شود، نه از خود خطاب. اگر به توسط اصل بتوانیم تعمیم را ثابت کنیم فهوالمطلوب و اگر نتوانیم باید از قاعده اشتراک استفاده کنیم (مطرح الانظار، شیخ انصاری، ج ۱، ص ۲۰۶).

ما حصل رأی شیخ انصاری این شد که اثبات تعمیم در مقام ثبوت کار ممکن است؛ ولی در مقام اثبات احتیاج به دلیل دارد که چنین دلیلی در اختیار ما نیست. بنابراین اگر بتوانیم از اطلاعات استفاده کنیم، حتی اگر عموم زمانی داشته باشیم به تعبیر برخی از محققان حاضر استفاده می‌کنیم و اگر نشد از اصول عملیه با کمک از قاعده اشتراک به طور کل دلیل معتبر لفظی و عقلی به طور خاص دال بر تعمیم در مقام اثبات نداریم؛ اما این رای که دلیل بر اثبات ندارین رای مشهور است.

### ۳) قول محقق قمی رحمته الله

محقق قمی می‌فرماید: شمول خطاب شفاهی بر غایبان و معدومان محل بحث است. اکثر اصحاب بر این هستند که خطابات شفاهیه دلالت بر تعمیم تا حدی که شامل غایبان و معدومان باشد ندارد. سپس ایشان می‌فرمایند: حتی ادعای اجماع شده است در عدم دلالت این گونه خطابات بر عموم و در ادامه بحث می‌فرماید: خطاب شفاهیه بر تعمیم دلالت ندارد؛ به این معنا که شامل معدومان و غایبان بشود، نه حقیقتاً و نه مجازاً. حقیقتاً که معلوم است و مجازاً به این دلیل که مجاز با غلط تفاوت می‌کند. مجاز یک مرحله از مناسبت و صحت استعمال می‌طلبد؛ اما اگر نه صحت استعمال بود و نه مناسب بود، استعمال می‌شود غلط. اگر خطاب

حاضر را بگوئیم شامل غایب و معدوم خلف عقل و غلط لفظی است. بنابراین، خطابات شفاهیه هیچ راهی برای شمول ندارد؛ اما شمول احکام برای مکلفان غایبان و معدومان از طریق قاعده اشتراک است که یک قاعده معتبر قطعی است و ادله اعتباریه قطعیه دارد و در ادامه می‌فرماید: اگر اشکال بشود که خطاب را تعلیقی در نظر بگیریم که برای موجودان تنجیزی و برای غایبان و معدومان تعلیقی. اگر آنها به دنیا آمدند و مکلف شدند حکم این است و اگر تعلیقی در نظر بگیریم، خطاب نیست و یک اختصار است و معنی خطاب: «توجیه الکلام من قبل المتکلم الی المخاطب بقصد الافهام حضوراً» است.

سپس ایشان می‌فرماید: اگر این سؤال مطرح بشود که مخاطبان محدود به آنها می‌شود و فقط کسانی را که در حضور پیامبر باشد شامل می‌شود و در جواب می‌فرمایند: خطاب محدود می‌شود اما احکام محدود نمی‌شود. احکام برای همه است. خطاب برای جمعی است. معنای خطاب این است که مخاطب خاص می‌خواهد. اگر خطاب شامل بشود ما از خود خطاب مستقیم که استفاده می‌کنیم، می‌شود مدلول دلیل اول شرعی و حکم می‌شود و از اتصالات و عموماتش هم استفاده می‌کنیم اما اگر با قاعده اشتراک بشود خود قاعده اطلاق لفظی یا عموم لفظی ندارد، مگر اینکه بگوئیم معنایش وسیع و گسترده است (قوانین الاصول، محقق قمی، ج ۱، ص ۲۳۰)

#### ۴. قول محقق نایینی

محقق نایینی می‌فرماید: به طور کل انشائات به دو قسم است: ۱. انشا به نحو قضیه خارجی که در این قسمت موضوع و محمول جزئی خارجی خاص است. (زید عالم) و در قضایای خارجی جای بحث وجود ندارد که انشای خاص است اصلاً قالب خاص برای معنای مخصوصی است. قالب گنجایش شمول و عموم را ندارد؛ ۲. انشای به نحو قضایای حقیقیه است. چون در تتبع تان ندیده‌اید که یک مورد یک حکم برای یک فرد مکلف از سوی شارع مخصوصاً وضع



شده باشد. تطبیق مصداق ممکن است؛ ولی وضع و جعل یک حکم برای یک شخص در شرع نیامده است. سپس مرحوم نائینی این سؤال را مطرح می‌کند: وجوب نماز شب برای پیامبر؛ جواب: آن مختصات النبی است و خارج از حدود تکلیف عامه است. آن تخصصاً خارج است و تخصیص نیست. سپس محقق اضافه می‌کند اولاً نوع انشاءات احکام انشاءاتی است به شکل قضیه حقیقه و قضیه حقیقه حکم بر فرض وجود موضوع است. و وجود موضوع فرضی است. کل من كان في المعكسر يواجه الخطر این فرض بر موضوع است. عموم و شمول در قضیه حقیقه بلا اشکال است. یعنی ساختار قضیه حقیقه عبارت است از یک انشاء عام برای عموم با فرض وجود موضوع. پس از احکام شرع هم که در شکل قضیه حقیقه بود، خود جعل بالوضع نیز شامل حاضر و غایب و معدوم می‌شود. فرض وجود موضوع تنزیل قبل از وضع: این ادعا را وجدان تکذیب می‌کند که ما وجداناً می‌بینیم: «یا ایها الذین آمنوا»، «یا ایها الناس اتقوا وجداناً» این جعل قضیه حقیقه است و در قضیه حقیقه جعل بر فرض وجود موضوع است و تمامی افراد متعلق حکم تنزیل می‌شود به منزله موجود؛ چون فرض بر موجود است. این تنزیلی نیست که مجازیت بیاورد این تنزیل قبل از وضع است. در ادامه می‌گویند: این تنزیل مقوم قضیه حقیقه است در مقام تصور معنا و وضع این تنزیل تصور می‌شود. آن تنزیل است که خود لفظ و معنا برای خودشان یک وضعی و یک موضوع له‌ای داشته باشد. آن گاه تنزیل بشود به معنای دیگر که آنجا مجازیت است. این تنزیل چیزی اضافه به وجود نمی‌آورد. خود قضیه حقیقه بما قضیه حقیقه متضمن این نکته است یا بگوییم جعل حکم است به نحو عام با فرض وجود موضوع. و کاربردش هم می‌بینیم در خطابات مثل «یا ایها الناس»، قضیه حقیقه است و «یا ایها الذین آمنوا» قضیه حقیقه است (اجود التقریرات، خویی، ج ۱، ص ۴۳).

## ۵. قول آیت الله خویی

آیت الله خویی با اشکال به محقق نائینی می‌فرماید: فرض وجود کافی نیست. وجود با حضور مساوی نیست. خطاب را اگر گفتیم اختصاص دارد به حضار قضیه حقیقه وجود را فرض می‌کند، حضور را که فرض نمی‌کند. حضور با وجود تفاوت دارد.

عدم اختصاص انشا به حضار: ایشان می‌فرماید: بر مسلک ما که انشای ابراز است، انشا وضع شده است برای خطاب حقیقی یا برای خطاب انشائی و ایقاعی؟ می‌فرماید: صحیح این است که انشای وضع شده است برای خطاب انشائی و برای خطاب حقیقی وضع نشده است.

استعمال به خطاب حقیقی معنای موضوع له نیست؛ چون اقرب و قدر متیقن تخیل می‌شود که معنای حقیقی است، بلکه انشای «هو الاظهر بالنسبه الی توجیه الکلام الی مدلول اللفظ.» انشا؛ این است که توجیه الکلام به نحو مدخوله انشا شده است؛ یعنی کلام جهت داده شده به سوی مدخول خودش آن مدخول مقدر است، محقق است، غایب است، حاضر است و جزء مفهوم انشا نیست. پس از این که گفتیم حد انشا همین است و آن حضور، غیاب از لوازم و لواحق و جزء مدلول انشا نیست» علی التحقیق حضور فرد در حین خطاب جزء معنای موضوع له نیست، مگر یک لفظ که می‌گوییم «یا ایها» این معنایش این است که شخصی که آن جا هست، مدلول «یا ایها» می‌شود؟ که نمی‌شود خطاب حقیقی که طرف ملتفت باشد و بشنود و حضور داشته باشد. اینها از لوازم انشا و لواحق است و جزء معنا نیست. پس از آن که معنا انشا بود دیگر به حضار مقید نیست تا علاج شود. اصلاً اختصاص به حضار ندارد تا ما به دنبال معالجه‌اش برویم. از اساس انشا در حدی است که قابل تطبیق برای حضار و برای غایبان. (خویی، ج ۵، ص ۲۷۶).

در نتیجه بر اساس رأی مرحوم نائینی و آیت الله خویی هر چند مسلک دو تا بود، نتیجه یکی شد که دلالت خطابات شفاهیه بر تعمیم از خود لفظ استفاده می‌شود و به کمک گرفتن از قاعده اشتراک نیاز نداریم.

## ۶ قول امام خمینی علیه السلام

امام خمینی می‌فرماید: درباره خطابات شفاهیه در حقیقت خطاب متوجه مردم نیست. خطابات قطعاً متوجه حضرت رسول اعظم است که وحی شده برای حضرت این خطاب که به حضرت رسول به وسیله وحی تعلق می‌گیرد، طبیعتاً حضاری نیست و حاضران و غایبان تفاوتی نمی‌کند و می‌فرمایند: تفاوت است بین مقنن و مبلغ. پروردگار عالم مقنن است و رسول الله صلی الله علیه و آله مبلغ آن است. آن تبلیغ رسالت می‌کند و او بیان الاهی را به مردم ابلاغ می‌کند؛ اما اصل خطاب به خود حضرت رسول آمده است. بنابر این، اصلاً زمینه برای بحث وجود ندارد که ما بحث کنیم که مخاطبان حاضر فقط مخصوصاً مورد خطاب هستند یا اینکه غایبان را هم خطاب شامل می‌شود. از اول بیان به حضرت رسول صلی الله علیه و آله اعلام می‌شود و این جا بیان به حضار و غایبان وجود ندارد که یک بیان نسبت به حضار باشد و بتوانیم به غایب هم آن را تعمیم بدهیم. (امام خمینی، ج ۲، ص ۲۸۹).

### ثمره بحث از دیدگاه محقق خراسانی

محقق خراسانی می‌فرماید: چه بسا گفته شده که برای شمول خطابات شفاهی نسبت به معدومان دو فایده ظاهر می‌شود: نخست: ظهور خطابات قرآنی برای آنان (غایبان و معدومان) همانند مشافهان حجت است.

می‌فرماید: در این ثمره اشکال وجود دارد. این سخن مبنی بر آن است که ظواهر نسبت به خصوص مقصودان به اظهار حجت باشد و حال آنکه به ثبات رسیده حجیت ظواهر به آنان اختصاص ندارد، بلکه ظواهر برای هر فردی حجت است و بر فرض بپذیریم که ظواهر تنها در مقصودان به افهام حجت باشد؛ اما ممنوع است که بگوییم تنها مشافهان مقصود به افهام هستند. هر چند خطابات شامل آنان نباشد؛ به طوری که برای مردم تمسک به آن در اثبات

تکالیف شان صحیح باشد؛ چنان که بسیاری از اخبار به این که مردم همگی مقصودان به افهام هستند اشاره دارد.

دوم: بنابر آنکه خطابات شمول داشته و شامل معدومان نیز بشود معدومان پس از وجود یافتن صحیح است به اطلاقات قرآن تمسک جویند؛ زیرا احکام شرعی برای هر کسی از معدومان که در خارج وجود یابد و بالغ شود، ثابت است هر چند با مشافهان از نظر وصف متحد نباشد و بنابر عدم شمول خطاب نسب به معدومان تمسک آنان به اطلاق صحیح نیست؛ زیرا در این صورت خطابات یاد شده عهده دار بیان احکام غیر مشافهان نیست. بنابراین، ناگزیر باید اتحاد معدوم در حکم را با مشافهان از نظر صنف اثبات کرد تا بتوان بر آنها مشترک بودن با مشافهان را در احکام حکم کرد. و در این صورت هیچ دلیلی بر اتحاد تکلیف میان معدومان و مشافهان وجود ندارد، مگر اجماع. و اجماعی بر اتحاد حکم وجود ندارد؛ مگر درجایی که معدومان و مشافهان از نظر صنف متحد باشند چنانکه پنهان نیست.

### ملاک اتحاد در صنف

آخوند اضافه می‌کند و باید دانست که این ثمره نیز چندان سودمند نیست؛ زیرا ممکن است بتوان اتحاد معدومان با مشافهان را به واسطه اطلاق خطاب و عدم و تقیید در آن اثبات کرد و قطع یافت که وصفی را که مشافهان هم اکنون در حال خطاب واجد هستند و معدومان پس از وجود و پیش از بلوغ فاقد آن هستند، هیچ دخالتی در تخصیص احکام به مشافهان ندارد و اثبات اتحاد به این صورت است که خطاب نسبت به مشافهان اطلاق دارد بی آنکه به آن وصف مقید باشد. و صرف اینکه مشافهان واجد این گونه صفات هستند، موجب نمی‌شود که اطلاقات به ایشان اختصاص یابد؛ یعنی القاء صحیح باشد و از آن مقید اراده شود.

در قید و شرطی که ممکن است به آن فقدان عارض شود. هر چند اطلاق و اراده مقید در شرطی که فقدان بر او عارض شود صحیح است و مراد از اتحاد در صنف ما نیست؛ مگر اینکه

چند نفر در شیئی که به عنوان قید در احکام اعتبار شده متحد باشند، نه آنکه در چیزی که بر حسب آن اختلاف حاصل شده و به سبب آن مردم، بلکه در شخص واحد با گذشت ایام و روزگار تفاوت محقق می‌گردد، اتحاد داشته باشند؛ زیرا شخص واحدی ممکن است در زمان واحد واجد فلان صفت باشد و همان شخص در زمانی فاقد آن وصف باشد. مانند فقر. در غیر این صورت (اگر این گونه اوصاف ملاک اختلاف باشد) با قاعده اشتراک در تکلیف برای غایبان چه رسد به معدومان حکمی از احکام ثابت نمی‌شود؛ زیرا اختلاف در این اوصاف بسی بسیار است و نفس اختلاف با اتحاد در صنف منافات دارد. و دلیل اشتراک تنها در مورد عدم اختصاص تکالیف به خصوص مشافهان سودمند است که آنان به عنوان مخصوصی اختصاص نیابند به طوری که اگر معنون به آن عنوان نبودند در اینکه تکالیف شامل آنها نیز باشد، شک می‌کردیم و در نتیجه اگر اطلاق خطابات و اثبات عدم دخالت آن عنوان در ترتب حکم در بین نباشد، دلیل اشتراک مفید واقع نمی‌شود؛ هر چند گفته شود. خطابات به آنان اختصاص دارد و شامل غایبان و معدومان نیست. (کفایه الاصول، ترجمه عباسی، ج ۲، ص ۲۳۴).

چکیده نظر آخوند این است که ثمره‌ای بر شمول خطابات شفاهی نسبت به غایبان و معدومان ظاهر نمی‌شود، مگر آنکه قائل شویم حجیت ظواهر به کسانی اختصاص دارد که مقصود به افهام هستند و نیز قائل شویم که غیر مشافهان مقصود به افهام نیستند و حال آنکه در جای دیگری محقق شد که حجیت ظواهر به مقصودان به افهام اختصاص ندارد و در این جا اشاره شد که نمی‌پذیریم که غیر مشافهان در خطابات خداوند مقصود به افهام نباشند؛ در نتیجه هیچ ثمره‌ای بر این نزاع مترتب نیست.

### ثمره بحث از دیدگاه شیخ انصاری

شیخ انصاری می‌فرماید: ثمره‌ای که در این مسئله در نظر گرفته می‌شود، این است که اگر قائل به تعمیم شدیم و گفتیم خطابات شفاهی شامل غایبان هم می‌شود؛ در این صورت، ما می‌توانیم

از همان ظاهر استفاده کنیم. اما اگر خطابات شفاهیه به حضار اختصاص داشت، ما باید فحص کنیم که این بیان در زمان حضار به چه معنایی ظهور داشته است. ظهور عرفی آن معنا را به دست بیاوریم و اگر نتوانیم ظهور آن عصر را به دست بیاوریم باید توقف کنیم و نمی‌توانیم از ظهور فعلی آن بهره ببریم (شیخ انصاری، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۰۳).

### ثمره بحث از دیدگاه محقق نایینی

ایشان می‌فرمایند: ثمره در این بحث واضح است و تقریباً به این مضمون می‌فرماید که تعجب می‌کنم بعضی از اعظام که درباره وجود ثمره اشکال می‌کنند و آن این است که اگر خطابات شفاهیه تعمیم داشت حکم درباره مکلفان به توسط خود خطاب ثابت می‌شود و اگر خطابات شفاهیه اختصاص داشت، برای حضار حکم به توسط قاعده اشتراک ثابت می‌شود نه به وسیله دلیل لفظی (اجود التقریرات، خوبی، ج ۱، ص ۴۹۰).

### ثمره بحث از دیدگاه آیت الله خوبی

ایشان می‌فرمایند: ثمره صحیح این است که در بین دو تا رای ثمره همان تمسک به اطلاق و عدم اطلاق است. که اگر بتوانیم تعمیم را در مورد خطابات شفاهیه ثابت کنیم، می‌شود در مورد شک در مصداق تمسک به اطلاق خطاب بکنیم و اگر تعمیم ثابت نشد، در مورد شبهه تمسک به اطلاق زمینه ندارد (محاضرات فی الاصول، خوبی، ج ۴، ص ۴۴۲).

### نتیجه‌گیری

دیدگاه‌های صاحب نظران را در این بحث بیان کردیم و نتیجه آنها این است که خطابات شفاهیه تنها به حضار و مخاطبان ندارد و شامل غایبان و معدومان هم می‌شود؛ اما با این توضیح که بعضی از صاحب نظران می‌فرمایند در شمول این خطابات باید از قاعده اشتراک کمک گرفت و خود خطابات به عنوان الفاظ خطابی شامل حال غایبان نمی‌شود و دسته دیگر عقیده داشتند که به قاعده اشتراک نیاز نداریم و جعل احکام بر شکل قضیه حقیقیه شامل حاضر و غایب و معدوم

شمول خطابات شرعی نسبت به غایبان و معدومان ◇ ۸۷

می‌شود. جعل حکم بر فرض وجود موضوع است. قول سومی هم وجود دارد که قول حضرت امام خمینی است که این می‌باشد که مخاطب در خطابات شفاهیه نبی مکرم اسلام است و طبق این نظر اساساً بحث از خطابات شفاهیه بلا وجه است. بنابراین، در مجموع سه روش بیشتر نداریم هر چند خصوصیات دیدگاه‌های گوناگون تفاوت‌های جزئی را نشان می‌دهد؛ در جمع‌بندی اختلافی وجود ندارد و بر طبق تمامی مسلک‌ها خطابات شفاهیه شامل غایبان و معدومان هم می‌شود.

## منابع

۱. عباسی، محمد مسعود (۱۳۹۰). ترجمه و شرح کفایت الاصول اخوند خراسانی، قم انتشارات دارالفکر چاپ قدس.
۲. نائینی، محمد حسین (۱۳۷۶). فوائد الاصول، قم، موسسه نشر الاسلامی.
۳. عاملی، شیخ حسن بن زین الدین (۱۳۹۰). معالم الدین و ملاذالمجتهدین، قم، دفتر انتشارات الاسلامی.
۴. تونی، کشمیری، فاضل، محمد حسین (۱۳۸۳). الوافیة فی اصول الفقه، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۲۴۹ق). مناهج الاحکام و الاصول، بی نا
۶. ابن شهید ثانی، شیخ جمال الدین حسن بن زین الدین (۱۴۱۵ق). معالم الاصول، بیروت، دارالفکر العربی
۷. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۳۸۶). مطارح الانظار قم، حوزه علمیه اسلامی
۸. محقق قمی، تبریزی، ابوالقاسم، عبد الرحیم (۱۳۶۳). قوانین الاصول، قم، حوزه علمیه قم
۹. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۷)، محاضرات فی اصول فقه، قم، موسسه نشر الاسلامی
۱۰. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۸). اجود التقريرات، قم، صاحب الامر
۱۱. امام خمینی، روح الله (۱۴۱۵ق). مناهج الوصول الی علم الاصول، قم، موسسه تنظیم و نشر

اثار امام خمینی رحمته الله



## خشونت جنسی در نگاه قانون و عدم امکان جرم‌انگاری تجاوز زناشویی

روح‌الله طالبی توتی<sup>۱</sup>

### چکیده

«تجاوز زناشویی»، از مباحث مطرح‌شده در مطالعات جنسیت و قانون برخی از کشورهاست که نظام حقوقی ایران، آن را به رسمیت نمی‌شناسد. با وجود این‌که مدتی است در جامعه حقوقی ایران، جرم‌انگاری این نوع از تجاوز، به‌عنوان یک ضرورت در نظر گرفته‌شده است؛ هیچ اقدام موثری از سوی مراجع قانون‌گذار در این مورد صورت نگرفته است. در این میان، برخی از پژوهشگران تلاش کرده‌اند با تمسک به اصول و قواعد رایج فقهی، امکان جرم‌انگاری تجاوز زناشویی را بسنجند و برای موضوعیت بخشیدن به آن در حقوق ایران راهکارهایی را ارائه دهند. این نوشتار بر آن است تا با نگاهی به نظریه جنسیت، به عنوان مبنای تعاریف مرتبط به امر جنسی در هر جامعه، رویکرد قانون‌گذار به مسئله خشونت جنسی را تحلیل کند و نشان دهد که مبانی پذیرفته‌شده در فقه اسلامی و حقوق ایران، امکان جرم‌انگاری تجاوز زناشویی را منتفی می‌کند و دستیابی به این مهم، نیازمند بازنگری در نظریه جنسیت مقبول در نظام حقوقی ایران است.

**کلیدواژگان:** خشونت جنسی، تجاوز زناشویی، تمکین، نظریه جنسیت.

---

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، [Roohollah.talebi@ut.ac.ir](mailto:Roohollah.talebi@ut.ac.ir)

## ۱. مقدمه و بیان مسئله

سیر نظریه‌های حقوقی نشان می‌دهد که هر نظام حقوقی، در ارتباط با جامعه معنا می‌پذیرد و تحولات و تطورات مبانی حقوقی، متأثر از تحولات جامعه‌ای است که آن نظام حقوقی در آن شکل می‌گیرد (کلی، ۱۳۹۸، ص ۴۷۹). سال‌هاست که عالمان حقوق، به ارتباط تنگاتنگ این رشته با مفاهیم جامعه‌شناختی اذعان دارند و مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق و جامعه‌شناسی، رو به فزونی گذارده است (لوی برول، ۱۴۰۰، ص ۲۴-۳۰). مبانی جامعه‌شناختی یک جامعه که حقوق، در خصوص قوانین ناظر به آن سخن می‌گوید، بر رد یا پذیرش دیدگاه‌های حقوقی مؤثر است. مطالعات جنسیت که از دهه ۹۰ میلادی به‌عنوان یک شاخه مجزا از جامعه‌شناسی مورد توجه قرار گرفت، تلاش داشت تا به جنسیت به‌عنوان یک پدیده اجتماعی بنگرد و نگاه و مبانی اجتماعی یک جامعه به مسئله جنسیت را واکاوی کند (فریدمن، ۱۳۸۹، ص ۴۵). این روند، به ارائه نظریه جنسیت مختص به هر جامعه منجر شد. نظریه جنسیت توضیح می‌داد که یک جامعه از مقولات جنس، جنسیت، زنانگی و مردانگی، هنجارهای جنسی و کلیشه‌های جنسیتی چه تعریفی دارد. همچنین، باید‌ها و نباید‌های هنجارین در حیطه جنسیت نیز توسط نظریه جنسیت ارائه می‌شود. این‌که چه نقش‌های جنسیتی خاصی در یک جامعه وجود دارد و زنانگی و مردانگی مطلوب با چه ویژگی‌هایی تعیین می‌شود، قراردادهای ناشی از جنسیت - که مهم‌ترینشان ازدواج است - باید چگونه باشد و چه آثار و پیامدهایی خواهد داشت. مطالعه موردی کشورهای درگیر با موج‌های فمینیستی نشان می‌دهد که ارائه نظریات جنسیت جدید، نقشی اساسی در تغییر یا اصلاح قوانین داشته و تثبیت یک نظریه در یک جامعه، به مطالبات مدنی در جهت اصلاح قوانین و در نهایت، همراهی قانون‌گذار با این مطالبات عمومی منجر شده است (احمد، ۱۳۹۶، ص ۲۴۰). در ایران نیز می‌توان تأثیر نگرش‌های نو در زمینه

خشونت جنسی در نگاه قانون و عدم امکان جرم‌انگاری تجاوز زناشویی ◇ ۹۱

جنسیت را در تغییر یا اصلاح قوانین جست‌وجو کرد.<sup>۱</sup> مسئله خشونت جنسی، یکی از مسائلی مورد توجه مطالعات جنسیت است که به دلیل ماهیت مجرمانه آن، ذیل مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق و جامعه‌شناسی جنسیت بررسی می‌شود. آمارها نشان می‌دهد که قانون، ملاک مهمی است در پیشگیری از جرائم جنسی و یا کاهش آسیب‌های ناشی از مورد خشونت قرار گرفتن. (و.دنی، ۱۳۹۶، ص ۴۸۵). از سوی دیگر، پژوهشگران جنسیت با دسته‌بندی و ارزیابی علمی انواع خشونت و عوامل منجر به ایجاد آن، تحلیل‌های خاصی از نحوه بروز خشونت ارائه می‌دهند و در مورد راهکارهای کاهش و پیشگیری از آن، سخن می‌گویند. این جاست که تعامل مراجع حقوقی و نظریات تخصصی در مورد خشونت می‌تواند مسیر نیل به جامعه‌ای غیر خشن‌تر را هموار کند (ون درگاگ، ۱۳۹۸، ص ۱۸۱). خشونت جنسی علیه همسر، نوعی از انواع خشونت است که به‌زعم متخصصان جنسیت، جزو خشن‌ترین و پیچیده‌ترین خشونت‌هاست که آثار سوئی بر قربانی و بنیان خانواده دارد (موسوی، ۱۳۹۸، ص ۷۵). در نظام حقوقی ایران، مفهوم «تجاوز زناشویی» یا «تجاوز جنسی به همسر» به رسمیت شناخته نشده و طبیعتاً جرم تلقی نمی‌شود. این نوشتار قصد دارد در ابتدا با روشی تحلیلی، انواع خشونت جنسی در نظام حقوقی ایران را مرور و بررسی کند، سپس به امکان جرم‌انگاری «تجاوز جنسی به همسر» نظر بيفکند و در نهایت به این مسئله پردازد که این مفهوم، چگونه با مبانی فقهی و حقوقی تبیین می‌شود و چه موانعی بر سر موضوعیت بخشیدن به آن وجود دارد.

## ۲. خشونت جنسی

«خشونت» در اصطلاح تخصصی بدین صورت تعریف می‌شود: «اعمال قدرت زورورزانه به صورت فیزیکی یا کلامی، به منظور قرار دادن دیگری در موقعیتی ناخواسته» (باباخانی، ۱۴۰۰).

---

۲. اصلاح قوانین مرتبط با حضانت در اوایل دهه‌ی هشتاد تحت تاثیر مطالبات مدنی گروه‌های حامی حقوق زنان و اعطای تابعیت به فرزندان زنان ایرانی تحت تاثیر مطالبات رسانه‌ای از این دسته‌اند.

با توجه به نحوه و زمینه بروز بیرونی خشونت، آن را به انواعی دسته‌بندی می‌کنند. مهم‌ترین انواع خشونت، عبارت است از خشونت جسمی، خشونت کلامی، خشونت روانی و خشونت جنسی (بیات، ۱۴۰۰). مصادیقی از انواع خشونت، تحت عناوینی خاص، در نظام حقوقی ایران به رسمیت شناخته‌شده و جرم‌انگاری شده است. قانون مجازات اسلامی، خشونت علیه تمامیت جسمانی را با عنوان قتل؛ خشونت کلامی را با عنوان توهین و یا قذف؛ خشونت روانی را با عناوینی چون تهدید یا اکراه و نوع اشد خشونت جنسی را ذیل عنوان زنای به عنف، در جای خود تبیین و مجازات متناسب با هر جرم را مشخص کرده است. با توجه به هدف این نوشتار، در ادامه تنها به مسئله خشونت جنسی می‌پردازیم. خشونت جنسی هر نوع خشونتی است که با اعمال جنسی همراه باشد. به تعریف دیگر، هرگونه عمل جنسی بدون رضایت طرف مقابل، مصداق خشونت جنسی است (و.دنی، ۱۳۹۶، ص ۴۷۹-۴۸۲). عمل جنسی نیز مراتب و انواعی دارد که به تبع، به تفاوت انواع خشونت‌ورزی منجر می‌شود؛ نگاه شهوانی، لمس ناخواسته و درنهایت رابطه جنسی اجباری، همه ذیل خشونت جنسی تعریف می‌شوند (بابا خانی، ۱۴۰۰). با توجه به وجود مفهوم دیگری به نام خشونت جنسیتی، برای تفکیک این دو نوع خشونت، به تعریف خشونت جنسیتی نیز می‌پردازیم. خشونت جنسیتی هر نوع اعمال خشونت یا تبعیض به دلیل جنسیت فرد است و با وقوع عمل جنسی ملازمه‌ای ندارد (همان). به‌عنوان مثال، ایجاد تمایز فراقانونی در پذیرش زنان نسبت به مردان در یک نهاد، یا پرداخت حقوق کم‌تر به زنان صرفاً به دلیل زن بودن، نوعی خشونت جنسیتی است. با توجه به تعریف خشونت جنسی، میان همسران و دیگر افراد در اعمال خشونت تفاوتی نیست و افراد می‌توانند قربانی خشونت جنسی اعمال‌شده از سوی همسر خود قرار بگیرند. بنا بر آمارهای بین‌المللی، تعداد قربانیان خشونت جنسی در سطح جهان بسیار نگران‌کننده است. بر اساس گزارش سازمان بهداشت جهانی، ۳۵ درصد از زنان در سراسر جهان قربانی نوعی از خشونت جنسی بوده‌اند که بیش‌تر این خشونت‌ها توسط همسر یا شریک زندگی‌شان اعمال شده است (ون درگاگ، ۱۳۹۸، ص ۱۷۸). با توجه به این‌که میزان

خشونت جنسی در نگاه قانون و عدم امکان جرم‌انگاری تجاوز زناشویی ◇ ۹۳

قابل توجهی از خشونت‌های جنسی گزارش نمی‌شوند و بخش قابل توجهی از آن میان همسران اتفاق می‌افتد، مسئله جدی‌تر از میزانی است که آمارها می‌گویند. خشونت جنسی علیه همسر، به‌ویژه تجاوز زناشویی، از جمله خشونت‌های رایج است که به دلیل به رسمیت شناخته نشدن در بسیاری از کشورها، تبعات جبران‌ناپذیری دارد. در ادامه، به رویکرد نظام حقوقی ایران در این مورد می‌پردازیم تا بتوانیم علت به رسمیت نشناختن این نوع از تجاوز رایج را واکاوی کنیم.

## ۱-۲. خشونت جنسی در سنت فقه‌ای

قرآن، به‌عنوان مهم‌ترین منبع استنباط فقهی، آشکالی از خشونت جنسی را مورد توجه قرار داده و آن را محکوم کرده است. اجبار به رابطه جنسی (نور: ۳۳). اتهام جنسی به زنان پاکدامن (نور: ۴). و خشونت جنسی کلامی علیه همسر (مجادله: ۲). از این شمار است. سنت روایی نیز گزارش‌هایی مبنی بر محکومیت خشونت‌ورزی جنسی پیش روی ما می‌نهد (حر عاملی، ۱۴۱۶ ق، ج ۲۸، ص ۱۰۹). و بنا بر روایاتی که مجازات زنا به عنف را اعدام می‌داند، فقیهان نیز این مجازات را پذیرفته‌اند و برخی به وجود اجماع مبنی بر اعدام زانی به عنف قائل هستند (سید مرتضی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱، ص ۵۲۷). اما بررسی اجمالی کتاب‌های مرجع فقهی نشان می‌دهد که انواع دیگر خشونت جنسی، به‌صورت نظام‌مند مورد توجه فقیهان نبوده است و در نتیجه، رویکرد جامع و واحدی به آن وجود ندارد؛ اما در مورد خشونت جنسی علیه همسر، اجماعی منفی میان فقیهان وجود دارد؛ با این توضیح که غالب فقیهان، تن دادن به رابطه جنسی توسط زنان را از وظایف زناشویی ایشان می‌دانند و عملاً عنوان «تجاوز به همسر» را بیهوده تلقی می‌کنند؛ چراکه مرد مجاز است هرگاه و به هر شکل که بخواهد با همسر خود عمل جنسی انجام دهد و زن جز در موارد منع شرعی<sup>۱</sup> نمی‌تواند از خواست مرد سرپیچی کند (نجفی، ۱۳۸۷، ج ۳۱، ص ۳۰۳). این نوع نگاه به روابط میان زوجین، ناشی از مبانی نظریه جنسیت رایج در عصر شکل‌گیری فقه اسلامی است.

---

۱. رابطه جنسی در دوران خونروی ماهانه زنان، از نظر شرعی مجاز نیست.

این نظریه جنسیت که می‌توان از آن به «نظریه جنسیت مردسالارانه» یاد کرد که مرد را مالک بدن زن می‌داند. در نتیجه، اراده مرد برای انجام فعل جنسی کافی است و زن، عاملیتی در برقراری رابطه زناشویی ندارد. این نظریه که از فلسفه یونانی به جهان اسلام رخنه کرد، توسط غالب فقیهان اسلامی مورد پذیرش قرار گرفته و به‌عنوان نظریه جنسیت مقبول فقه اسلامی در نظر گرفته می‌شود (مرادی، ۱۴۰۱). با وجود این که به نظر می‌رسد برخی از فقیهان، هنگام تبیین عقد نکاح، تعارضی میان نظریه جنسیت مردسالارانه و احکام قطعی ازدواج اسلامی احساس کرده‌اند، نهایتاً تلاش شده تا این تعارضات به نفع دیدگاه رایج توجیه شود. از نظر مشهور فقیهان، تمکین جنسی زن، تکلیف او و حق مرد است، تردیدی نیست.

## ۲-۲. خشونت جنسی در نظام حقوقی ایران

بارزترین خشونت جنسی که در قوانین ایران جرم‌انگاری شده، زنا یا به‌عنف یا تجاوز جنسی است. تجاوز هم‌چنین به‌عنوان نوع اشد خشونت جنسی در نظر گرفته می‌شود. ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی زنا یا به‌عنف یا اکراه را از جمله جرائم دانسته که مجازات زانی اعدام است. این قانون در ماده ۲۲۱، رابطه جنسی میان زن و مردی را که علقه زوجیت میانشان نیست و تردیدی در آن ندارند، به‌عنوان تعریف زنا مطرح کرده است. در نتیجه، اگر مردی، زنی غیر از همسرش را به رابطه جنسی وادارد، مرتکب زنا یا به‌عنف شده و در صورت اثبات، به اشد مجازات محکوم خواهد شد. تبصره ماده ۲۲۴ مقرر می‌دارد که زنا با دیگری در حال بیهوشی، مستی یا خواب و یا از طریق ربایش، تهدید یا ترساندن، حتی اگر موجب تسلیم زن به رابطه جنسی شود، در حکم زنا یا به‌عنف است؛ زیرا بنا بر مبانی فقهی و حقوقی، وجود این موارد محل رضایت است. دیگر خشونت جنسی که در قانون، جرم‌انگاری شده، انجام هرگونه عمل

خشونت جنسی در نگاه قانون و عدم امکان جرم‌انگاری تجاوز زناشویی ◇ ۹۵

جنسی غیر از زنا، به عنف یا اکراه است که موجب تعزیر اکراه‌کننده خواهد بود.<sup>۱</sup> نتیجه آن که دو نوع خشونت جنسی با مجازات مشخص در قانون ایران جرم‌انگاری شده است:

۱. زنا به عنف یا اکراه، با مجازات اعدام؛

۲. هر عمل جنسی غیر از زنا به عنف یا اکراه، با مجازات تعزیری تا نودونه ضربه شلاق.

می‌بینیم که قانون‌گذار به تبعیت از سنت فقهی، نگاهی صفر و صلی به مسئله خشونت جنسی اتخاذ کرده است. از سویی شدیدترین مجازات را برای تجاوز جنسی در نظر گرفته و از سوی دیگر، تمام دیگر انواع خشونت جنسی را صرفاً با حداکثر ۹۹ ضربه شلاق متناسب دانسته است. در این‌که عمل قانون‌گذار مبنی بر جرم‌انگاری خشونت‌هایی غیر از تجاوز، قابل ستایش است، شکی نیست؛ اما دست‌کم دو نقد جدی به این نحو از جرم‌انگاری وارد است: در وهله اول تفاوت نگذاشتن میان مجازات خشونت‌های متفاوت قابل قبول نیست. بنا بر نظریات جرم‌شناسی، تمامی جرائم یکسان نیستند و به اصطلاح، عنصر مجرمانه در برخی جرائم بیش‌تر است (فیض، ۱۳۸۹، ص ۸۷). به همین ترتیب، نمی‌توان لمس ناخواسته را با فعل جنسی اجباری، ولو بدون آن‌که به دخول منجر شود، یکسان دانست. با در نظر گرفتن این تفاوت، حکم به مجازات یکسان برای جرائم غیر یکسان نیز معقول نیست. از سوی دیگر، ذکر عبارت «تا ۹۹ ضربه شلاق» به این معناست که قاضی مجاز است برای برخی از این جرائم، کف مجازات تعیین شده یعنی حتی یک ضربه شلاق را در نظر بگیرد و در این مورد، نمی‌توان رأی او را نقد کرد. این مجازات حد اقلی برای بیش‌تر این جرائم، مجازات ناچیزی است که تأثیر مورد اتفاقی در پیشگیری از جرم نیز نخواهد داشت. این کاستی مشخص، به مرور پرسش‌هایی را در میان حقوق‌دانان برانگیخت و از دل این گفت‌وگوها و مباحثات، ایده اصلاح قوانین مرتبط به خشونت جنسی مطرح شد که ثمره آن در قانون منع خشونت علیه زنان متبلور گشت. در این

---

۱. ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی، مجازات مکره را تا ۹۹ ضربه شلاق دانسته است.

قانون، علاوه بر تمایز گذاری میان انواع خشونت جنسی، مجازات متناسبی با هر جرم در نظر گرفته شده است و تکالیفی برای نهادهای متعدد مقرر شده تا پیشگیری از خشونت‌های جنسی و پیگیری آن تسهیل شود.<sup>۱</sup> با وجود این، همچنان تجاوز جنسی به همسر، نه تنها جرم‌انگاری نشده، بلکه اصولاً مطمح نظر نیست. البته تلاش‌هایی برای بررسی امکان جرم‌انگاری آن با استناد به اصول مسلمی چون «منع ایذا» و «وجوب حسن معاشرت» شده است؛ قانون‌گذار اقبالی به این پژوهش‌ها نداشته است. به بیان دیگر، نمی‌توانسته داشته باشد. با توجه به نسبت فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران، قانون نمی‌تواند از میان پذیرفته شده در فقه عدول کند و نظریه جنسیت مورد قبول در سنت فقه‌های اسلام، نوعی از ازدواج انقیادی را مسلم فرض می‌گیرد که تمکین یک سویه از جانب زن، جزو جدانشدنی این ازدواج تلقی می‌شود.

### ۳. ساختار نکاح در فقه اسلامی

ازدواج از ریشه‌دارترین پیوندهای حقوقی در تاریخ زیست بشر است و تحولات و فراز و نشیب‌هایی را در جوامع و تمدن‌های گوناگون طی کرده است. در زمانه نزول قرآن، در حوزه جغرافیایی و تاریخی شبه جزیره عربستان دیدگاه‌هایی در مورد جنسیت وجود داشته که قرآن، بخشی از آن را تأیید و بخشی را رد و در برابر، نظریه جنسیت منحصر به فرد خود را ارائه می‌کند. گزارش‌های اسلامی به این واقعیت مهم اشاره می‌کنند که حتی برخی از صحابه پیامبر نمی‌توانستند به آسانی از دیدگاه‌های سابق خود درباره زنان و زنانگی دست بکشند و پذیرش نظریه جنسیت جدید را ناخوش می‌داشتند (احمد، ۱۳۹۶، صص ۷۹-۸۱). طبیعتاً پس از

---

۱. متأسفانه قانون منع خشونت علیه زنان، پس از سال‌ها دست به دست شدن میان مجلس، دولت، قوه قضاییه و شورای نگهبان، هنوز تصویب نشده است. اصلاحات و تغییرات متعددی که در این روند بر لایحه اولیه اعمال شده است، این نگرانی را ایجاد می‌کند که حتی تصویب این قانون، در عمل تاثیر به سزایی در پیشگیری از خشونت علیه زنان نداشته باشد.



خشونت جنسی در نگاه قانون و عدم امکان جرم‌انگاری تجاوز زناشویی ◇ ۹۷

رحلت پیامبر، بخش قابل توجهی از دیدگاه‌های سابق دوباره جریان یافتند تا جایی که صدای اعتراض همسران پیامبر نیز از این تغییر رویه در تاریخ ثبت شده است (بخاری، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۹۲). از اواسط قرن دوم هجری و شکل‌گیری نهضت ترجمه که به ورود اندیشه‌های فلسفی به جامعه اسلامی منجر گردید، نظریه جنسیت فلاسفه یونانی تنوریزه شد و میان مفسران و فقیهان به صورت امری مسلم درآمد (مرادی، ۱۴۰۱). یکی از مهم‌ترین تصورات این نظریه جنسیت این بود که زنان، در وهله نخست موضوع فعل جنسی اند و ازدواج، نوعی مالکیت بر زنانگی بدن زنان است. این نظریه چنان غلبه یافت که فقیهان مسلمان، ساختار نکاح اسلامی را کاملاً بر مبنای این نظریه صورت‌بندی کردند. تا حدی که حتی مهریه که ماهیت آن در قرآن، نوعی هدیه است (نساء: ۴)؛ در دیدگاه فقیهان به عنوان عوض بهره‌وری جنسی دانسته می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ۳، ص ۵۷۵). در این مبنا، منطقی است که بپذیریم زنان نمی‌توانند در مورد فعل جنسی اراده و عاملیتی داشته باشند. مردان نیز مجازند به هر شکل و در هر زمان، البته با ملاحظه موارد شرعی، با زنان رابطه جنسی برقرار کنند و اگر زنان از این خواسته سر باز بزنند، به عنوان فردی در نظر گرفته می‌شوند که دیگری را از اعمال حق خود محروم کرده‌اند (موسوی، ۱۳۹۸، ص ۷۴). وجوب تمکین، یعنی تن دادن بی چون و چرای زن به رابطه جنسی، از بدیهیات نکاح در نظر گرفته می‌شود. می‌بینیم که در این فضا، طرح مسئله «تجاوز به همسر» اصولاً ممکن نیست و برای نیل به این هدف، بازنگری در خوانش رایج فقهی لازم می‌نماید.

#### ۴. بازنگری در مبنای ازدواج اسلامی

در طول تاریخ سنت تفسیری و فقهی، همواره برای تثبیت نظریه جنسیت مردسالارانه در قالب اسلامی، به برخی گزاره‌های دینی که مؤید این دیدگاه محسوب می‌شدند، ارجاع داده شده

است؛<sup>۱</sup> اما به نظر می‌رسد با تتبع در منابع استنباط فقهی، با گزاره‌هایی روبه‌رو هستیم که بخش‌های متفاوت نظریه جنسیت مردسالارانه را به چالش می‌کشد. در این بخش تنها به مواردی می‌پردازیم که با ایده مالکیت مرد بر بهره‌وری جنسی زن در تعارض است:

۱. قرآن، دلیل ازدواج را ایجاد آرامش در طرفین و نه فقط مرد (روم: ۲۱) می‌داند و محور رابطه زناشویی را مودت و رحمت عنوان می‌کند (همان):

۲. در قرآن اثر نکاح، حلیت رابطه زناشویی برای طرفین است (مائده: ۵). همان‌طور که زنان به مردان حلال می‌شوند، مردان نیز بر زنان حلال می‌شوند و این رابطه‌ای دوسویه است، بی‌آنکه میان زن و مرد تفاوتی وجود داشته باشد (ممتحنه: ۱۰):

۳. در روایاتی که پرسش از نسبت مرد و رابطه جنسی با همسر بوده است، سخن از «استحقاق» است، نه «مالکیت» و «تسلط» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۵۶۲):

۴. در روایت دیگری، صراحتاً بیان شده که عوضی در برابر امر جنسی وجود ندارد و ارتباط میان پرداخت مهر و جواز رابطه جنسی رد شده است (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۲۲۰).

---

۱. مهم‌ترین این مؤیدات، آیه ۳۴ سوره نساء و آیه ۲۲۳ سوره بقره است. در آیه نخست «نشوز» را برای زنان ناپسند شمرده و در آیه دیگر، به مردان اجازه می‌دهد که هرگاه / هرگونه که می‌خواهند با زنان خود آمیزش کنند. فقیهان، نشوز را به معنای «عدم تمکین جنسی» تفسیر کرده‌اند؛ در حالی که پژوهش‌های لغوی جدید نشان می‌دهد نشوز با خیانت زناشویی مرتبط است و نه سر باز زدن از رابطه زناشویی. جدا از این، مردان نیز در قرآن همانند زنان، از نشوز بر حذر شده‌اند و تمایز جنسیتی مورد نظر فقیهان به توجیه بیشتری نیاز دارد. عموماً آیه دوم را نیز به عنوان دلیلی بر عاملیت مستقل مردان در برقراری رابطه جنسی می‌دانند، حال آن که رجوع به تفاسیر و سیاق آیات نشان می‌دهد این آیه در پی نفی دیدگاه‌های رایج پیشااسلامی است که تنها شکل خاصی از رابطه جنسی را مجاز می‌دانستند. به بیان دیگر، آیه در پی اعطای جواز اشکال متفاوت رابطه جنسی است، نه اعطای حق مستقل به مردان برای شروع رابطه، بدون در نظر گرفتن عاملیت جنسی همسرانشان (برای اطلاعات بیشتر از این دیدگاه‌ها، ر.ک: تفاسیر قرآن ذیل آیات مربوطه).

با توجه به این نکات، بازنگری در مبنای ازدواج اسلامی و حذف مالکیت مرد بر بهره جنسی زن، امر دور از ذهنی نیست. مروری بر بیانات فقیهان امامیه در مورد عقد نکاح نشان می‌دهد که ایشان نیز در موارد بسیاری، میان نکاح و معاوضه و مالکیت تفاوت گذارده و حتی به آن تصریح کرده‌اند.<sup>۱</sup> در صورتی که این اصلاح مبنایی در نظریه جنسیت فقه اسلامی رخ بدهد، مسئله تمکین و مالکیت مرد بر بدن زن دستخوش تغییراتی می‌شود؛ بدین شکل که با وقوع عقد ازدواج، رابطه جنسی توسط طرفین «حلال» و «مجاز» شده و محدوده و نوع آن با توجه به اصل «حسن معاشرت» تعیین می‌شود، بدون آن که اراده یک طرف، مستقلاً در آن نقش داشته باشد. در این دیدگاه، نیاز جنسی مردان و زنان، هر دو به رسمیت شناخته شده و عاملیت جنسی طرفین محدود نشده است. همچنین دیگر نیاز نیست برای جرم‌انگاری تجاوز جنسی علیه همسر به اصول و قواعدی چون «لا ضرر» و «عدم سوءاستفاده از حق» تمسک کرد؛ چراکه صرف عدول از عاملیت طرفینی در فعل جنسی، به تضییع حق دیگری منجر شده و رابطه جنسی ناخواسته و اجباری میان زوجین نیز قابلیت بررسی حقوقی خواهد داشت.

## ۵. نتیجه‌گیری

در این مجال کوشیده شد تا «تجاوز زناشویی» از دید مطالعات جنسیت و به‌عنوان یک خشونت جنسی مورد توجه قرار بگیرد. پس از مرور و تحلیل مواجهه‌ی قانون‌گذار با مسئله‌ی خشونت جنسی، دیدیم که در نظام حقوقی ایران، انواعی از این خشونت در متن قانون به رسمیت شناخته شده و مجازاتی برای آن در نظر گرفته شده است؛ هر چند راه اصلاح قوانین کنونی بسته

---

۱. برخی چون علامه حلی با تأکید گفته‌اند که نکاح، تجارت و معاوضه نیست. پذیرفتن انشای نکاح با عباراتی چون بعث و ملک توسط غالب فقیهان امامیه نیز از این روست. نجفی در جواهرالکلام نیز بر معاوضه نبودن نکاح تأکید دارد. این همه در حالی است که فقیهان دیگری چون ابن براج و شیخ طوسی ترجیح داده‌اند عقد نکاح را یک عقد معاوضی بدانند تا پیش فرض مالکیت بر رابطه جنسی قابل توجیه باشد (برای آگاهی از این دیدگاه‌ها، ر.ک: فهیمی و بصارتی، ۱۳۹۱).

نیست و می‌توان نقدهایی به آن وارد ساخت که به برخی از این انتقادات اشاره شد. اما پرسش اصلی این بود که چرا با وجود اقبال جامعه حقوقی به جرم‌انگاری «تجاوز زناشویی» و اثبات تبعات سوء جرم نبودن آن، قانون‌گذار گام قابل توجهی در مورد این مهم پیش نمی‌گذارد؟ گو این‌که مانعی بر سر این کار وجود دارد. به نظر می‌رسد باید این مانع را نه در متن قوانین و فتاوی فقهی، بلکه در سطحی عمیق‌تر و در میان نظریات و پیش‌فرض‌های فقه اسلامی جست‌وجو کرد. نتیجه آن‌که نظریه‌ی جنسیت مقبول میان فقیهان مسلمان، باعث شده تا وجوب تمکین یک‌سویه از سوی زن، به‌عنوان یکی از ارکان و مبانی ازدواج در نظر گرفته شود و حق، اراده و عاملیتی برای زنان در رابطه‌ی زناشویی وجود نداشته باشد. بدین ترتیب جرم‌انگاری «تجاوز زناشویی» اساساً ممکن نیست و قانون‌گذار، که نظریه‌ی جنسیت رایج در فقه را پذیرفته، منطقاً نمی‌تواند با جرم‌انگاری این نوع از تجاوز، خلاف مقبولات خود عمل کند و در این صورت دچار تعارض خواهد شد. در ادامه با گریز مختصری به منابع اصلی استنباط فقهی، شواهدی ارائه شد که بازنگری در پیش‌فرض‌های رایج را ممکن می‌سازد تا تصور نکنیم که هیچ راهی برای اصلاح و بازخوانی قوانین موجود وجود ندارد. باور بر این است که با درنگریستن و دقت نظر در سنت ارزشمند فقهی، همچنان امکاناتی وجود دارد که می‌تواند بر بسیاری از ابهامات و تاریکی‌ها نور بتاباند و مسیرهای پیموده نشده‌ای را روشن سازد. چرا که در تمام این سال‌ها تلاش شده است با استناد به لایه‌های روین فقه، برون‌رفتی از این چالش‌ها به دست آید، حال آنکه به نظر می‌رسد برای گذار از برخی مشکلات، واکاوی لایه‌های بنیادین فقه اسلامی راهگشا تر باشد. مسئله‌ی این نوشتار یکی از موارد بی‌شماری بود که هنوز لاینحل باقی مانده است. توجه به لوازم پذیرش نظریه جنسیت مقبول در فقه توسط نظام حقوقی ایران که از آن جمله، پذیرش تمکین بی‌چون و چرای زن است، ما را با این واقعیت روبه‌رو می‌کند که اگر قصد داریم نظام حقوقی کارا تر و قابل دفاع‌تری داشته باشیم، ناگزیر باید به درک و تحلیلی عمیق از فقه اسلامی دست‌یابیم و راه‌حل تمام مسائل را صرفاً در نظریات حقوقی یا موضع‌گیری علیه فقه

خشونت جنسی در نگاه قانون و عدم امکان جرم‌انگاری تجاوز زناشویی ◇ ۱۰۱

جست‌وجو نکنیم. این شیوه می‌تواند در بسیاری از ابواب فقهی دیگر که تأثیر مستقیمی بر قوانین ایران داشته‌اند، پیگیری شود. آگاهی از این که نظام حقوقی در مواردی چون «تجاوز زناشویی»، با بن‌بست نظری و مبنایی روبه‌روست و به‌راحتی نمی‌توان از آن عبور کرد؛ ساده‌اندیشی را کنار نهاده و مسیر را برای بررسی عمیق‌تر مسائل می‌گشاید.

## منابع

### - قرآن کریم

۱. احمد، لیلا (۱۳۹۶). زنان و جنسیت در اسلام، ترجمه فاطمه صادقی، تهران، نشر نگاه معاصر.
۲. باباخانی، فاطمه (۱۴۰۰). خشونت علیه زنان و قتل‌های ناموسی،  
[https://www.instagram.com/tv/CaxdsOBFTTrT/?utm\\_source=ig\\_web\\_copy\\_link](https://www.instagram.com/tv/CaxdsOBFTTrT/?utm_source=ig_web_copy_link)
۳. بخاری، محمد بن اسماعیل (بی تا) الْجَامِعُ الْمُسْنَدُ الصَّحِيحُ الْمُخْتَصَرُ مِنْ أُمُور رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَ سُنَّتِهِ وَ آيَاتِهِ، بيروت، دار ابن كثير.
۴. بیات، شیرین (۱۴۰۰). رویکرد قانون‌گذار در موضوع خشونت خانگی علیه زنان،  
[https://www.instagram.com/tv/Ca2iL8EFuLk/?utm\\_source=ig\\_web\\_copy\\_link](https://www.instagram.com/tv/Ca2iL8EFuLk/?utm_source=ig_web_copy_link)
۵. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم، مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام) لإحياء التراث.
۶. سید مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ ق). الانتصار، قم، موسسه نشر الاسلامی.
۷. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۳). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران، دار الکتب الإسلامیة.
۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه، ایران، المکتبه المرتضویه.
۹. فریدمن، جین (۱۳۸۹). فمینیسم، ترجمه‌ی فیروزه مهاجر، تهران، نشر آشیان.
۱۰. فهیمی، عزیزالله و بصارتی، داود (۱۳۹۱). بررسی ماهیت فقهی و حقوقی مهریه، معرفت حقوقی، سال اول، شماره سوم، ۶۹-۸۹.
۱۱. فیض، علیرضا (۱۳۸۹). مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران، سازمان چاپ و انتشارات.

منابع ◇ ۱۰۳

۱۲. قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۷). به اهتمام حسین محمدی نژاد، تهران، نشر نگاره‌ی مینیاتور.

۱۳. کلی، جان (۱۳۹۸). تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، مترجم: محمد راسخ، چاپ سوم، تهران، نشر نی.

۱۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۳). الکافی، تهران، دار الکتب الإسلامية.

۱۵. لوی برول، هانری (۱۴۰۰). جامعه شناسی حقوق، مترجم: سید ابوالفضل قاضی، چاپ چهاردهم، تهران، نشر بنیاد حقوقی میزان.

۱۶. مرادی، نفیسه (۱۴۰۰). انگاره‌ی زن در تفاسیر معاصر،

<https://www.youtube.com/watch?v=sVliO8j51dw>

۱۷. موسوی، منصوره (۱۳۹۸). تابوی زنانگی، چاپ دوم، تهران، نشر فیروزه.

۱۸. نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۳۸۷). جواهر الکلام (قسم من المکاسب منه). قم، مؤسسه فی طریق الحق.

۱۹. ودنی، نانسی، کاداگنو، دیوید (۱۳۹۶). جنسیت انسان، مترجم: حسن مرندی، تهران، نشر ثالث.

۲۰. ون درگاگ، نیکی (۱۳۹۸). فمینیسم و مردان، مترجم: ایمان سلطانی نسب، تهران، نشر چترنگ.





## لزوم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و حضرت علی عَلِيٌّ

آزاده نژادحسن<sup>۱</sup>



### چکیده

در قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۹۵ و مقررات آیین دادرسی کیفری مقرراتی در خصوص انتشار آرای محاکم کیفری مشخص شده است؛ لیکن هیچ دستورالعملی در خصوص نحوه انتشار دادنامه‌ها وجود نداشت. دستورالعمل نحوه انتشار احکام دادگاه‌ها و برگزاری دادگاه، در تاریخ ۱۴۰۰/۰۲/۲۷ تصویب شده است. پیش از این در ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی، انتشار حکم دادگاه به عنوان مجازات تکمیلی پیش بینی شده بود. دادرسان دادگاه‌ها در جرائم حدی و مستوجب قصاص و مجازات‌های تعزیری این اختیار را دارند و طبق این مصوبه می‌توانند به عنوان مجازات تکمیلی همراه با مجازات اصلی، متهم را به انتشار حکم کیفری محکوم کنند؛ لیکن کیفیت و چگونگی این انتشار حکم تبیین نشده بود حال آن‌که با توجه به نحوه انشای ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره‌های آن، تقریباً بدون تردید می‌توان گفت که انتشار احکام دادگاه‌ها پس از قطعیت یافتن حکم، به ویژه وقتی محکوم‌علیه متقاضی این کار باشد، بلامانع است و اگر چنین شود، شاید آن ابهام و اجمال برطرف گردد و همه مراجع قضایی به دقت و احتیاط بیشتر وادار شود. بنابراین، در این مقاله با

---

۱. دانشجوی کارشناسی حقوق | پردیس دانشگاه آزاد مشهد Azadeh1616@gmail.com

نگاهی به سیره انبیای الاهی در خصوص چگونگی داوری و وضوح و قطعیت آرای این بزرگواران که از ان زمان تا به کنون نه تنها دچار خدشه و انحراف نگردیده است، بلکه جزو منابع اصلی حقوق داخلی کشورمان نیز محسوب می‌گردد؛ می‌تواند ما را در جهت تحقق اهدافمان یاری بورزد.

**کلمات کلیدی:** انتشار آرا، سامانه ملی آرای قضایی، سیره، دادنامه، به روز رسانی.

## مقدمه

با تصویب دستورالعمل نحوه انتشار احکام دادگاه‌ها و برگزاری دادگاه علنی، نحوه انتشار احکام با جزئیات بیشتری تبیین شده است. این دستورالعمل دو دسته از آرا را جهت انتشار الزامی کرده است:

دسته اول: نحوه انتشار آرا و احکام کیفری در مواد ۲۳ و ۳۶ قانون مجازات اسلامی مقرراتی را تبیین می‌کند؛ مقرراتی که در آن نام متهم یا متهمان به همراه مشخصات پرونده می‌بایست منتشر گردد و بیشتر جنبه تنبیهی برای متهم و آسودگی خاطر جامعه است.

دسته دوم: سایر آرا هستند که تمام آرای دادگاه‌های حقوقی و کیفری و دیوان عالی و سایر مراجع قضایی را شامل می‌شود. این احکام بدون ذکر نام شاکیان و متهمان و خواهان‌ها و خوانندگان منتشر می‌گردد و هدف از آن، دسترسی آحاد جامعه به آرای صادره و امکان نقد و بررسی آنها توسط حقوقدانان و منتقدان است (مواد ۴ و ۵ دستورالعمل نحوه انتشار احکام دادگاه‌ها).

در جرائم موضوع ماده ۳۶ قانون مجازات (حکم محکومیت قطعی در جرائم موجب حد محاربه و افساد فی الارض یا تعزیر تا درجه چهار و نیز کلاهبرداری بیش از یک میلیارد ریال) قضای اجرای احکام به محض وصول، به انتشار حکم مکلف است. لازم نیست حتماً به انتشار حکم اشاره شده باشد و همین که به ممنوعیت انتشار حکم اشاره‌ای نشده باشد، برای انتشار حکم کافی است. اگر به نظر دادگاه صادرکننده حکم انتشار حکمی موجب اخلال در نظم عمومی باشد، در حکم خود می‌تواند انتشار آن را ممنوع کند.

در این دستورالعمل، قوه قضائیه می‌بایست توسط مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه، برای انتشار آرای محاکم به ترتیب با اولویت آرای دیوان عالی کشور، دادگاه کیفری یک و سایر دادگاه‌ها و مراجع قضایی سامانه‌ای اختصاصی ایجاد کند. مهلت راه‌اندازی این سامانه دو ماه پس از ابلاغ دستورالعمل نحوه انتشار احکام تعیین شده است. بنابراین، احکام در استان صادر کننده حکم منتشر می‌شوند و سایر رسانه‌ها می‌توانند آرای منتشر شده موضوع این قانون را باز

نشر دهند و محدودیتی برای باز نشر این احکام وجود ندارد. (تبصره دو ماده ۱ دستورالعمل نحوه انتشار احکام).

بنابراین، با توجه به مواد ذکر شده و اشاره به ماده قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات: «هر شخص ایرانی حق دسترسی به اطلاعات عمومی را دارد، مگر آن که قانون منع کرده باشد. استفاده از اطلاعات عمومی یا انتشار آنها تابع قوانین و مقررات مربوط خواهد بود.» ضمن اشاره به ماده ۵ قانون مذکور که عنوان می‌دارد «ماده ۵ - مؤسسات عمومی مکلفند اطلاعات موضوع این قانون را در حداقل زمان ممکن و بدون تبعیض در دسترسی مردم قرار دهند.

تبصره - اطلاعاتی که متضمن حق و تکلیف برای مردم است باید علاوه بر موارد قانونی موجود از طریق انتشار و اعلان عمومی و رسانه‌های همگانی به آگاهی مردم برسد؛ با توجه به موارد مذکور، انتظار می‌رود که به منظور ترویج شفافیت و به منظور نفع عمومی و حقوق شهروندی و همچنین دسترسی راحت حقوقدانان و حقوق‌خوانان و قضات را به آرای صادره توسط دیگر قضات در سراسر کشور سامانه‌ای واحد و جامع و بالاصح به‌روز، راه‌اندازی گردد. انتشار آرای قضایی به صورت سامانه‌ای واحد که در دسترس همگان قرار گیرد، باعث می‌شود که عموم مردم در سراسر کشور و نیز حقوق‌دانان معظم و حقوق‌خوانان، بتوانند آن را بخوانند و بررسی کنند. این اقدام چند فایده دارد:

نخست اینکه راه شایعه و شائبه بسته می‌شود. همواره درهای بسته و دیوارهای بلند و نوشته‌های پنهان‌شده و نجوا و سخن در گوشی، به اذهان وجود مطالب مخفی منفی را متبادر می‌کند.

دوم اینکه با توجه به آنچه گفته شد باعث می‌شود که - از عام و خاص - بر اطلاعات و دانش آنها افزوده شود.

سوم اینکه همگان، از عام و خاص، تکلیف خود را می‌فهمند و متوجه می‌شوند چه باید نکنند تا به عقوبت مشابهی گرفتار نشوند.

لزوم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام ◇ ۱۰۹

چهارم اینکه مسئولان و بزرگان در مقام پاسخگویی به شبهات و شائبات و خود را برای جوابگویی مستدل و روشن آماده می‌کنند.

## روش تحقیق

تحقیق حاضر به دنبال آن است تا با روش تحلیلی - توصیفی و با استفاده از مرور مقالات مرتبط، منابع کتابخانه‌ای، کتاب‌ها، روایات و...، به بررسی انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام و با تکیه بر قوانین و مقررات ایران بپردازد.

## بیان طرح مسئله

### انتشار آرای محاکم، سیره پیامبران

پیامبران اهداف متعددی داشتند که به نظر می‌رسد هدایت مردم به سوی کمال و اقامه عدل و قسط در همه زمینه‌ها، از عالی‌ترین اهداف آنها باشد. نقش و اهمیت قضا در جامعه بشری و کارکردهای مهم آن در برقراری عدالت و تأمین حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی بر کسی پوشیده نیست؛ زیرا جان، مال، حیثیت و ناموس مردم همه و همه در زیر نفوذ آن قرار دارد و همچنین جریان صحیح امور زندگی اجتماعی، از قبیل تجارت و معیشت در سایه قوه قضائیه کارآمد ممکن است.

از روزی که بشر زندگی اجتماعی را آغاز کرد و حق و مالکیت به رسمیت شناخته شد، قضا و داوری برای حل و فصل اختلافات و منازعات در مورد مالکیت اشیا و مسایل دیگر مورد اختلاف، به عنوان راه معقول و منطقی پذیرفته شده است. در واقع نهاد قضا، آخرین مرجع و ملجأ اشخاصی بود که حقوقشان مورد تعدی و تجاوز و یا انکار قرار گرفته است. در طول تاریخ زندگی بشر، همه ادیان و عقلاهی عالم بر ضرورت وجود چنین نهادی تأکید ورزیده‌اند.

اسلام به عنوان کامل‌ترین آیین آسمانی، نیز ضرورت وجود قضا را امضا کرده است؛ منتهی دیدگاه اسلام نسبت به جایگاه قضا، ماهیت، مبنا و منابع قضاوت و شرایط قاضی با دیدگاه

مکاتب دیگر تفاوت اساسی دارد؛ زیرا در اسلام قضا منصب الاهی است که خداوند آن را به پیامبرانش تفویض کرده و از پیامبر به اوصیا و جانشینانش رسیده است. پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله همان گونه که سمت رسالت و هدایت جامعه بشری را به عهده داشت، قضاوت و داوری نیز جزء وظایف الاهی اش بود. علاوه بر تبلیغ رسالت الاهی خود، به حل و فصل منازعات و اختلافات مردم در مسایل مختلف حقوقی، خانوادگی، کیفری و... نیز اهتمام می ورزید.

### ۱. سیره قضایی پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله

حضرت رسول اکرم صلی الله علیه و آله در مدینه به علاوه اینکه تبلیغ رسالت را انجام می داد، به حل و فصل منازعات و اختلافات مردم نیز اهتمام می ورزید. قضاوت و داوری را نیز یکی از وظایف الاهی خود می دانست و با دقت و حوصله مندی تمام به دعاوی مردم رسیدگی می کرد. پیامبر اسلام، در مدت کوتاه رسالت و حکومت خود در مدینه اساس و شالوده سیستم قضایی بی نظیری را در جهان تأسیس کرد که بخشی از مسائل قضا در سیره عملی و قسمت اعظم مسایل و موضوعات قضایی در قول و گفتار آن حضرت تبلور یافته است که این چنین است که انسان ها می توانستند در آن عصر و یا حتی عصر حاضر با توجه به احکام باقی مانده از محاکم و داوری های ایشان و یا با مراجعه به قول و گفتار رسول اکرم به حل و فصل منازعات و اختلافات خود پردازند ضمن اینکه این رویه و انتشار آرا به پیروی از سنت پیامبران و امامان باید صورت صریح، روشن و مستدل و به روز در رویه دستگاه قضایی اجرا شود.

موارد قضاوت های آن حضرت در کتاب های تاریخ و سیره محدود است؛ ولی با اینکه محدود است، این موارد محدود به ضمیمه گفتارها و ارشادات، سیستم کامل و جامعی را پی ریزی کرده که مبنا و منش قضای اسلامی شده است که حال با توجه به پیشرفت تکنولوژی، گسترش دعاوی فی مابین احاد جامعه و نقش پر رنگ قضاوت، انتظار می رود که الزام به انتشار

لزوم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام ◇ ۱۱۱

دادنامه‌ها و آرا در سامانه‌ای واحد و جامع و به صورت به روز و در لحظه صورت گیرد... در این جا چند مورد از قضاوت‌های آن حضرت در مسایل حقوقی و کیفری و خانواده ذکر می‌شود:

### ۱-۱. قضاوت درباره مسایل حقوقی

از ام سلمه روایت شده که سرو صدای دو نفر مدعی و مدعی علیه درب منزل شنیده شد و حضرت پیامبر صلی الله علیه و آله از منزل خارج شد و بعد از اطلاع از موضوع دعوا به آنها فرمود: «من مانند شما انسان هستم و شما جهت رفع خصومت به من مراجعه می‌کنید و بعضی از شما به خوبی می‌تواند مطلب و مقصود خود را بیان کند و من براساس آنچه از شما می‌شنوم قضاوت می‌کنم. پس اگر بر قضیه‌ای حکم کردم که بر خلاف واقع باشد، آن قطعه‌ای از آتش است برای کسی که به نفعش حکم شده و چنانچه می‌داند که ذی حق نیست، نباید آن چیزی را بگیرد.»

وقتی طرفین این سخنان را از حضرت شنیدند، به گریه افتادند. هر یکی به دیگری گفت: حق من مال تو باشد. حضرت فرمود: «حال که چنین است آن را بین خود تقسیم کنند.» و آنها مال را تقسیم کرده و از یکدیگر حلالیت طلبیدند.

این روایت در منابع اهل سنت با عبارات مختلف نقل شده است و در صحیح مسلم، سنن ابی داود و صحیح بخاری و برخی از منابع دیگر. در بعضی منابع عبارات روایت، زیاد است و در بعضی هم کم‌تر آمده است:

در منابع روایی شیعه نیز شبیه این روایت آمده است. متن ذکر شده در این نوشته برگرفته از «سبل الهدی و الرشاد» می‌باشد. این روایت به تواتر نقل شده است.

مورد دیگر: «عن عدی بن عدی عن ابيه، قال: اختصم امرؤ القیس ورجل من حضر موت إلى رسول الله صلی الله علیه و آله فی ارض، فقال: ألك بینة؟ قال: لا، قال: فیمینه، قال: إذن والله یدهب بأرضی، قال: أن ذهب بأرضک یمینه کان ممن لا ینظره الله الیه یوم القیامة ولا یرکبه وله عذاب الیم قال: ففزع الرجل وردها الیه؛ عدی بن عدی از پدرش نقل می‌کند که امرؤ القیس با مردی از حضر موت با هم در مورد زمینی، اختلاف داشتند. برای حل اختلاف خدمت حضرت پیامبر

آمدند. حضرت از امرؤالقیس پرسید: «آیا شاهد داری؟» جواب داد: نه. حضرت فرمود: پس طرف تو باید قسم بخورد.» گفت: بنابراین، زمینم از دست می‌رود. حضرت فرمود: «اگر زمین تو به واسطه قسم او از دستت برود، طرف تو از کسانی خواهد بود که خداوند در روز قیامت به او نظر نکرده و او را تزکیه نخواهد کرد و بر او عذاب دردناک می‌باشد.» وقتی کلام حضرت به این‌جا رسید مرد حضرموتی، فریادی کشید و زمین را به صاحبش برگرداند.

### ۲-۱. قضاوت در حقوق خانواده

مورد دیگر از قضاوت آن حضرت در مورد حضانت است. زنی که شوهرش او را طلاق داده بود و شوهر می‌خواست پسر زن را از او بگیرد. زن مطلقه خدمت حضرت رسید عرض کرد: یا رسول الله! شکم من جایگاه پرورش این بچه و پستان‌هایم محل نوشیدنی او و آغوشم بستر گرم اوست و پدرش مرا طلاق داده و الان می‌خواهد او را از من بگیرد. حضرت فرمود: «تا شوهر اختیار نکرده‌ای تو سزاوارتر به نگهداری طفل و حضانت او هستی!»

مورد دیگر از قضاوت آن حضرت به نفقه متعلق است. فاطمه بنت قیس بعد از اینکه شوهرش او را سه بار طلاق داده بود، خدمت حضرت اقامه دعوا کرد، که شوهرش او را طلاق داده به او نفقه و مسکن نمی‌دهد. حضرت فرمود: «حق نفقه و مسکن ندارد؛ زیرا نفقه و مسکن در طلاق رجعی است، نه در طلاق بائن.»

### ۳-۱. قضاوت در مسایل کیفری

در امور کیفری حضرت احکام زیادی را صادر کرده و مجرمان را به مجازات رسانده است. به عنوان نمونه یکی از موارد قضاوت آن حضرت در امور کیفری مورد زیر است:

زنی به نام فاطمه مخزومیه، که از قبیله بنی مخزوم بود مرتکب سرقت شد و جریان به اطلاع پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله رسانده شد و برای حضرت ثابت گردید که حکم آن، قطع انگشتان دست راست وی می‌باشد. سران قبیله بنی مخزوم دیدند که اجرای حکم، بزرگ‌ترین سرشکستگی و



لزوم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام ◇ ۱۱۳

سرافکنندگی برای قبیله آنهاست. در فکر چاره افتادند و با هم مشورت کردند، و چنین به نتیجه رسیدند که اسامه بن زید، ندیم پیامبر صلی الله علیه و آله اکرم و نزدیک‌ترین شخص می‌باشد، به او گفتند که او در محضر پیامبر صلی الله علیه و آله شفیع گردد. اسامه به محضر آن حضرت آمد و اظهار شفاعت کرد. پیامبر صلی الله علیه و آله خشمگین شده و با تندی به او فرمود: «ای اسامه! تو می‌خواهی یکی از حدود الاهی تعطیل شود، و برای تعطیل شدن قانون خدا، می‌خواهی شفاعت کنی؟!» آن‌گاه حضرت در مسجد رفت و برای مسلمانان خطابه‌ای خواند از جمله فرمود: «مردمی که پیش از شما زندگی می‌کردند، از این رو به هلاکت رسیدند و شیرازه ملّیت آنان از هم گسیخت و پاره شد که هرگاه اگر در میانشان افراد صاحب نفوذ و دارای منزلت اجتماعی مرتکب خلاف می‌شد، قانون در مورد او اجرا نمی‌شد؛ ولی اگر افراد ضعیف جامعه مرتکب عمل خلاف می‌شد فوراً قانون در مورد آنها اجرا می‌شد، سوگند به خدا اگر دخترم فاطمه علیها السلام دزدی کند، دستش را قطع خواهم کرد!»

مورد دیگر داستان سمره بن جندب است. سمره بن جندب در جوار خانه مردی از انصار، درخت خرمایی داشت که راه عبور آن، از داخل ملک مرد انصاری می‌گذشت. سمره برای سرکشی به آن درخت و انجام‌دادن امور آن به کرات، سرزده وارد ملک مرد انصاری می‌شد و بدین ترتیب باعث مزاحمت خانواده آن مرد می‌گردید. مرد انصاری به سمره گفت: تو سرزده وارد ملک من می‌شوی و ممکن است خانواده من در وضعیتی باشند که تو نباید آنها را ببینی، خواهشم این است که هر وقت آمدی، اعلام و استیذان نما، تا اهل خانه من مطلع باشند. سمره گفت: من از میان خانه تو به سوی باغ خود می‌روم و چون حق عبور دارم، لزومی به اجازه نمی‌بینم. مرد انصاری مجبور شد به محضر پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله شکایت کند. حضرت سمره را خواست و گفت: «بعد از این، هنگام عبور، اجازه بگیر و اعلام کن!» سمره گفت: این کار را نخواهم کرد. حضرت فرمود: «از این درخت دست بردار و به ازای آن درخت دیگری با همان اوصاف به تو می‌دهم.» سمره قبول نکرد؛ تا حضرت تعداد را بالا برد و تا ده درخت رساند باز

سمره نپذیرفت و در پایان حضرت، به او وعده معنوی هم داد؛ ولی سمره قبول نکرد. حضرت فرمود: «انک رجل ضارٌّ مضارٌّ ولا ضرر ولا ضرار علی مؤمنٍ؛ یعنی تو مرد ضررزننده‌ای هستی و کسی نباید به مؤمن ضرر بزند.» بعد حضرت به آن مرد انصاری دستور داد برو آن درخت را بکن و دور بینداز.

اگر چه برخی از فقها این مورد را از جمله احکام قضایی پیامبر اسلام که در مقام قضا صادر کرده باشد، نمی‌دانند و می‌گویند این مورد از احکام حکومتی پیامبر اسلام است؛ چون حضرت واقعاً در مقام مخاصمه و قطع مرافعه بین مرد انصاری و سمره بن جندب نبوده است؛ زیرا اصل زمین یا درخت خرما، محل نزاع بین انصاری و سمره نبوده و در مالکیت آن خصومت نداشته، بلکه مرد انصاری از مزاحمت سمره نزد پیامبر شکایت نمود؛ تا ایشان به عنوان حاکم و رئیس مسلمین برای رفع ظلم اقدام کند. اگرچه این مورد را از احکام حکومتی دانسته‌اند؛ می‌تواند شاهدی بر موضوع ما باشد که حضرت در اجرای احکام حکومتی وقتی که با منافع جامعه سرو کار داشته باشد، چگونه با قاطعیت و صلابت برخورد کرد. و حکم حضرت مبنای قاعده کلی (لا ضرر) در فقه شد که راهگشای بسیاری از موضوعات و معضلات فقهی و قضایی شده است.

## ۲. سیره قضایی حضرت علی علیه السلام

با توجه به جایگاه رفیع امام علی علیه السلام در نزد مسلمانان و به خصوص شیعیان آن حضرت، ضروری است سیره ایشان در امور مختلف مورد اهتمام جدی قرار گیرد. امام علی علیه السلام در دوران زندگی خود اهتمام ویژه‌ای به امر قضا داشته و سیره قضایی آن حضرت مبتنی بر قرآن کریم، سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم و دانش فقهی، حقوقی گسترده خود آن حضرت مبتنی بوده است. امام علی علیه السلام صاحب قضاوت‌ها و داوری‌ها و پاسخ‌ها و مسایل عجیبی است که برخی از آنها در زمان حیات پیامبر اسلام و برخی در زمان خلفای سه‌گانه و قسمتی هم در زمان خلافت شخص آن

لزوم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام ◇ ۱۱۵

حضرت، واقع شده است که در این جا به بخشی از این داوری ها بر جا مانده از ان حضرت به منظور تبیین احکام و رواج عدالت می پردازیم:

## ۱-۲. قضاوت در حقوق خانواده

۱. شیخ مفید روایت کرده است که امام علی علیه السلام درباره کنیزکی که دو تن به صورت مشارکت او را خریده بودند و هر دو در یک طهر (فاصله بین دو حیض) به خاطر علم نداشتن به تحریم این کار، با آن کنیزک مجامعت کرده بودند؛ آن حضرت برای آنکه بچه را به یکی از آن دو واگذار کند، بین آنان قرعه انداخت و بچه را به کسی سپرد که نام وی به قرعه افتاده بود. و او را واداشت تا نیمی از قیمت آن بچه را به شریکش بپردازد؛ زیرا این طفل، فرزند کنیز بود. خبر این داوری به گوش رسول خدا صلی الله علیه و آله رسید و آن حضرت آن را امضا و تأیید کرد و همین حکم را در اسلام مقرر داشت و فرمود: «سپاس خداوندی راست که در میان ما اهل بیت، کسی را قرار داد که بر سنت داوود علیه السلام و شیوه او در قضاوت، به داوری می پردازد.» مقصود آن حضرت از این عبارت آن بود که امام علی علیه السلام داوری های خود را مانند حضرت داوود به مدد الهامات خداوندی به انجام می رساند.

ابن شهر آشوب در مناقب از سنن ابوداود و ابن ماجه و ابن بطه در الابانه و احمد در فضایل الصحابه و ابن مردویه با طرق فراوان از زید بن ارقم روایت کرده اند که امام علی علیه السلام در یمن بود؛ دعوایی نزد آن حضرت اقامه شد. در آن جا سه تن بر سر کودکی به مخاصمه پرداخته بودند و هر یک از آنان گمان می کرد که در دوره پیش از اسلام در یک طهر با مادر این کودک نزدیکی کرده و بنابراین، کودک متعلق به اوست. امام علی علیه السلام برای حل مشکل بین آنان قرعه انداخت و به کسی که نام او در قرعه درآمده بود، دستور داد تا دو سوم دیه را به دیگر مخاصمان دهد. نحوه داوری امام علی علیه السلام در این مورد به گوش پیامبر رسید و آن حضرت صلی الله علیه و آله فرمود:

«سپاس خداوندی را که در میان ما اهل بیت کسی را قرار داد که به شیوه داوود به قضاوت می‌پردازد.»

۲. شیخ مفید و ابن شهر آشوب جریانی را نقل کرده و ظاهر روایات آنان گواه آن است که این ماجرا نیز در یمن رخ داده است؛ بدین ترتیب که دیواری بر سر گروهی خراب شد و آنان را کشت در میان کشتگان زن آزادی بود که فرزندی از فردی آزاد داشت و زنی که برده‌ای بود و صاحب فرزندی از مردی بنده بود. آن حضرت برای روشن شدن حکم بین آن دو کودک قرعه کشید و کودکی را که نام او در قرعه، آزاد در آمده بود اعلام کرد و برای کسی که نام او به بندگی در آمده بود، حکم بندگی او صادر کرد. سپس آن بنده را آزاد کرد و آن کودک آزاد را مولای او قرار داد و در باره نحوه ارث بردنشان حکم فرمود که آنان هم مانند بنده آزاد شده‌ای که از مولای آزاد کننده خود ارث می‌برند، حق ارث دارند. پیامبر این قضاوت را مورد تأیید قرار داد.

## ۲-۲. قضاوت در حقوق کیفری

۱. روایتی که مفید آن را نقل کرده است: ابن شهر آشوب این روایت را از مسند احمد و نیز از امالی احمد بن منیع به سند آنها از حماد بن سلمة از سماک بن حبیش بن معتمر نقل کرده و گفته است: این روایت را محمد بن قیس از ابو جعفر علیه السلام نقل کرده است. زمانی که امام علی علیه السلام در یمن بود، خبر گودالی که برای شکار شیری کنده بودند، به آن حضرت رسید. در آن گودال شیری به دام افتاده و مردی بر کناره این گودال برای تماشا ایستاده بود که ناگهان پایش لغزید و برای اینکه به درون گودال نیفتد، به مرد دیگری چسبید و آن مرد هم به کس سومی چسبید و مرد سوم هم به فرد چهارمی چسبید و هر چهار تن به گودال فرو افتادند و شیر همگی آنان را پاره پاره کرد. حضرت علی در این مورد چنین داوری کرد که شخص اول طعمه و شکار شیر است و بازماندگان او باید یک سوم خونبهای شخص دوم را بپردازند و بازماندگان شخص دوم باید دو سوم دیه فرد سوم را بپردازند و بازماندگان فرد سوم باید تمام دیه شخص چهارم را بپردازند. خبر

لزوم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام ◇ ۱۱۷

این داوری به پیغمبر رسید؛ پیامبر فرمود: «همانا ابوالحسن علی علیه السلام در میان آنان، مانند داوری خداوند عزّ و جلّ در بالای عرش قضاوت کرده است.»

ابراهیم بن هاشم در کتاب عجایب احکام امیر المؤمنین علیه السلام به نقل از امام صادق علیه السلام گفته است: وقتی در آن گودال شیری افتاد، مردم برای تماشا به دور آن گرد آمدند و در کنار گودال از شدت ازدحام به یکدیگر برخورد می کردند. ناگهان مردی به درون گودال لغزید و برای آن که از افتادن خود جلوگیری کند به شخص دیگری آویزان شد و آن شخص هم دیگری را دستاویز خود قرار داد تا آنکه هر چهارتن به درون گودال فروافتادند و همگی توسط شیر کشته شدند. پس امیر المؤمنین علیه السلام دستور داد که تمام دیه را از قبایلی که به تماشای گودال آمده بودند، جمع آوری کنند و سپس دیه را به نیم و یک سوم و یک چهارم تقسیم کرد و به بازماندگان شخص نخست یک چهارم دیه پرداخت. زیرا این شخص باعث مرگ سه تن بود. آن گاه به بازماندگان شخص دوم یک سوم دیه را پرداخت کرد؛ زیرا وی باعث قتل دو تن بود و به بازماندگان فرد سوم نیمی از دیه را داد، چرا که وی تنها مسبب قتل یک تن بود و به بازماندگان شخص آخر (چهارم) تمام دیه را پرداخت کرد؛ زیرا وی عامل قتل کس دیگری نبود. گروهی رسول خدا را از نحوه داوری امیر المؤمنین مطلع کردند؛ آن حضرت فرمود: «این ماجرا به همان ترتیب که علی علیه السلام درباره آن داوری کرده، قضاوت می شود.»

ظاهراً این دو روایت، حاکی از دو واقعه‌اند. بنابراین، در روایت نخست آمده است که شخص اول، بدون دخالت کسی به درون گودال فروافتاده؛ ولی در روایت دوم چنین آمده است که تماشاگرانی که به دور گودال گرد آمده بودند بر اثر ازدحام خود باعث سقوط نخستین شخص به درون گودال شده‌اند. از این رو امام علی علیه السلام در این دو مورد دو گونه مختلف داوری کرده است.

۲. شیخ مفید در ارشاد چنین نقل کرده است: داوری دیگری نزد امام علی علیه السلام مطرح شد؛

بدین ترتیب که زنی بی جهت برای بازی و تفریح زن دیگری را بر دوش خود سوار کرده بود. زن

دیگری از راه رسید و آن زن زیری را نیشگون گرفت و در نتیجه آن زن از جا پرید و کسی که بر گردنش بود به زمین خورد و گردنش خرد شد و مرد. امام علی علیه السلام در این مورد چنین داوری فرمود که یک سوم خونبهای زن را باید زن سومی که نیشگون گرفته است، پردازد و یک سوم دیگر خونبها را زنی که مقتوله را بر دوش گرفته بود باید پرداخت کند و یک سوم خونبهای او را هم هدر است؛ زیرا مقتوله بدون دلیل و بیهوده بر دوش آن زن سوار شده بود. خبر این داوری به پیامبر رسید؛ آن حضرت داوری امام علی را تأیید کرد و به درستی آن گواهی داد.

ابن شهر آشوب در مناقب از ابو عبید در غریب الحدیث و ابن مهدی در نزهة الابصار از اصبع بن نباته از امام علی علیه السلام این روایت را نقل کرده‌اند. ابن اثیر نیز در نهایه خود این روایت را از امام علی علیه السلام نقل کرده است. زمخشری در الفایق این روایت را از پیامبر نقل کرده؛ ولی ابن اثیر به او اعتراض کرده و گفته است که این سخن امام علی علیه السلام است. شاید زمخشری این روایت را بدین اعتبار که پیامبر آن را امضا کرده از قول آن حضرت صلی الله علیه و آله دانسته است.

۳. داوری که از کتاب قصص الانبیاء به نقل از شیخ صدوق، به سند خود از امام باقر علیه السلام نقل شده است؛ بدین ترتیب که اسب شخصی از اهالی یمن گریخته، لگدی بر مردی زد و او را کشت. صاحب اسب چنین دلیل آورد که اسب از خانه‌اش گریخته است. بدین ترتیب امام علی علیه السلام فرمود که خون آن مرد هدر است و پیامبر نیز حکم او را درباره این مسئله تأیید و امضا کرد؛ زیرا اسب خود گریخته و صاحبش او را رها نکرده بود.

۴. داوری است که آن را شیخ مفید در ارشاد و نیز ابراهیم بن هاشم در عجائب احکام امیر المؤمنین علیه السلام به صورت مرسل و نیز ابن شهر آشوب در کتاب مناقب از مصعب بن سلام از امام صادق علیه السلام نقل کرده است؛ بدین ترتیب که دو تن به نزد پیامبر آمدند و در مورد گاوی که خری را کشته بود، از آن حضرت استفسار کردند. پیغمبر در مورد حکم این مسئله از ابوبکر و عمر پرسش کرد و آنان پاسخ دادند: چهارپایی، چهارپای دیگری را کشته است و چیزی بر صاحب گاو نیست؛ اما علی بن ابیطالب فرمود: «اگر گاو به جایگاه آن خر وارد شده و آن را کشته باشد،

لرزم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام ◇ ۱۱۹

صاحب گاو باید پول آن خر را به صاحب آن بپردازد؛ ولی اگر خر به جایگاه گاو وارد شده و کشته شده است، بر صاحب گاو پرداخت چیزی لازم نیست.» آن گاه پیغمبر فرمود: «همانا علی در میان شما به داوری الاهی، حکم کرد.» پس فرمود: «سپاس خداوندی راست که در میان ما اهل بیت کسی را قرار داد که به شیوه داوود به داوری می‌پردازد.» در روایتی دیگر ذکر شده است که پیامبر فرمود: «سپاس خداوندی را سزااست که کسی را میان ما قرار داد که مانند پیامبران قضاوت می‌کند.» شیخ مفید گوید: بعضی از عامه گویند این ماجرا بین دو تن از اهالی یمن اتفاق افتاده و برخی نیز آن را مانند آنچه نقل شد، ذکر کرده‌اند. البته احتمال تعدد واقعه نیز بعید نیست.

### ۳-۲. قضاوت در مسائل حقوقی

روایتی که در مناقب نقل شده است؛ بدین ترتیب که مردی شتر خود را به سوی آشیانه شتر مرغی رها کرد و آن شتر تخم‌های شتر مرغ را شکست. آن مرد از امام علی علیه السلام خواست که در مورد این کار داوری فرماید. آن حضرت فرمود: «تو باید به ازای هر تخم شتر مرغ یک جنین شتر یا ضراب شتری بدهی.» آن مرد این داوری را نزد پیامبر بیان کرد؛ آن حضرت فرمود: «حکم علی را در این باره شنیدی؛ اما برای تو رخصتی قرار داده می‌شود و تو باید در ازای هر تخم شتر مرغ یک روز روزه بگیری و مسکینی را طعام دهی.»

به زعم نگارنده، گویا صاحب شتر پس از شنیدن حکم امام علی علیه السلام نزد پیامبر رفته؛ اما پیامبر هم حکم امام علی را تأیید کرده است؛ ولی چون آن حضرت می‌دانسته که مرد پرسنده از انجام دادن حکمی که امام علی علیه السلام داده، ناتوان است، برای او رخصت قرار داد.

همان طور که مشاهده شد، داستان‌ها و موارد فراوانی از نحوه قضاوت، شاهدان و طرفین دعوا و همچنین رأی صادره از سوی پیامبران و امامان در دسترس همگان قرار گرفته است و آحاد جامعه می‌توانند به راحتی به آنها رجوع کرده و سرلوحه کار خود قرار دهند تا به عاقبتی مشابه

گرفتار نگردند بنابراین، آنچه حائز اهمیت است این است که قضات بالامرته نیز این عمل انبیا را در امر قضاوت اجرا کنند تا تمامی قشرهای جامعه از جمله حقوقدانان و حقوق خوانان بتوانند به منبع معتبری از ارا صادر شده دسترسی پیدا کنند.

### سامانه ملی آرای قضایی

بنابر اعلام روابط عمومی پژوهشگاه قوه قضاییه، این مرکز از سال ۹۱ با همکاری مرکز آمار و فناوری اطلاعات دستگاه قضایی، انتشار بخشی از آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، شعب تجدیدنظر دیوان عدالت اداری و شعب دیوان عالی کشور را در قالب چاپ چندین جلد از مجموعه‌های آرای قضایی دوره‌ای آغاز کرد.

با توجه به هزینه‌بر بودن نسخه‌های چاپی آرای قضایی، پژوهشگاه قوه قضاییه فرایند تکامل را با تشکیل دو «سامانه تحلیل و نقد آرای دادگستری‌ها و دیوان عالی کشور - تناد» در بستر داخلی قوه قضاییه و «سامانه بانک داده آرای پژوهشگاه قوه قضاییه» در بستر اینترنت آغاز کرد و در مجموع، بیش از یک میلیون رأی مورد بررسی قرار گرفت که از این تعداد ۵۰ هزار رأی انتخاب و ۱۰ هزار رأی انتشار عمومی شد و حدود ۸۰ هزار رأی در فرایند پردازش باقی ماند. با توجه به کاستی‌های سامانه‌های مذکور و ضرورت پیش‌بینی قابلیت‌های جدید، طراحی سامانه جدید در دستور کار پژوهشگاه قوه قضاییه قرار گرفت.

امکان جستجوی آرا بر اساس مستندات قانونی، اعم از قوانین، مقررات، آرای وحدت رویه و نظریات مشورتی، امکان مشاهده مستندات قانونی آرا از طریق لینک به سامانه ملی قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ایجاد مخزن مستندات قانونی و مشاهده تمام آرای قضایی مستند به یک قانون یا مقرره، ایجاد بخش نمایه رأی، ایجاد درختواره موضوعی آرای قضایی، ایجاد صفحه گردش کار پرونده رأی و امکان مشاهده مشروح مذاکرات هیات عمومی دیوان عالی کشور؛ از جمله قابلیت‌ها و ویژگی‌های سامانه ملی آرای قضایی به شمار می‌رود.



لرزم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام ◇ ۱۲۱

از دیگر ویژگی‌های سامانه ملی آرای قضایی می‌توان به ایجاد هوشمند بانک عناوین و مستندات قانونی آرای قضایی، امکان وقایع نگاری تغییرات در مراحل مختلف پردازش و انتشار، امکان گزارش‌گیری‌های هوشمند ترکیبی و تحلیلی، قابلیت کتاب‌ساز خودکار و ایجاد بستر مناسب برای استفاده از سامانه ملی آرای قضایی در تلفن همراه اشاره کرد.

اما نکته حائز اهمیت در خصوص اهمیت بروز رسانی داده‌ها است؛ چرا که با توجه به گذشت زمان دعاوی بین افراد جامعه دارای تغییرات فراوانی بوده است که صدور حکم برای آنها نیازمند اطلاعات جامع و به روز است. بنابراین، باید توجه داشت که اصولاً تعارض و اختلاف نظر، نه فقط در مسایل حقوقی، بلکه در مسایل غیرحقوقی هم امری روزمره و اجتناب ناپذیر تلقی می‌شود. در مباحث حقوقی قانونگذار هر قدر نکته‌سنج و دقیق باشد، نمی‌تواند تمام اموری را که مردم با آن سروکار دارد، پیش بینی کند. از طرفی برخی روایت‌های قانونی نیز نارسا و مبهم هستند. علاوه بر این قضات در هر پست و مقامی که باشند نمی‌توانند با عذر اینکه در موضوع مطروحه آن‌ها، قانونی وجود ندارد یا اگر قانونی هست کامل نیست، از رسیدگی خودداری کنند و حتی قانونگذار در مقررات جزایی، برای کسی که در مقام احقاق حق استتکاف می‌کند، مجازات تعیین کرده و به ناچار قضات باید دست به تفسیر قوانین و مقررات بزنند و این تفسیر به برداشت‌های مختلف از موضوعات مشابه منجر می‌شود که قانونگذار برای برون رفت ارباب رجوع از سردرگمی‌ها بایستی کاری انجام می‌داد. در چنین جامعه‌ای که مشکلات افراد به صورت روزافزون و مداوم قابل تغییر است به سامانه‌ای واحد و به روز برای ارا صادره مشابه با چنین وقایعی در سطح کشور و دسترسی قضات و حقوقدانان و حقوق خوانان احساس نیاز می‌شود.

## پیشنهادها

همسو با تبیین حقوق اسلامی و برقراری عدالت در جهت سیره رسول اکرم صلی الله علیه و آله و ائمه اطهار پیشنهاد می‌شود که تمامی قضات در سرتاسر کشور با دسترسی آنی به سیستم جامع و ملی آرای قضایی، با بررسی و رعایت موازین قانونی (اعم از عدم انتشار نام و نام خانوادگی شاکی، مشتکی عنه، شاهدان و موارد مقرر در قانون و...) به انتشار دادنامه اقدام کند که این عمل علاوه بر ایجاد شفافیت آرا و جلوگیری از فساد در دستگاه قضایی باعث ایجاد پیوند مستحکمی فیمابین افراد جامعه و جلوگیری از جرائم می‌شود؛ چراکه افراد از دادنامه‌های صادره عبرت می‌آموزند؛ ضمن اینکه وکلا و حقوق‌خوانان و حقوقدانان و به ویژه سایر قضات با دسترسی به این سامانه جامع و واحد باعث صدور احکامی شایسته و دور از خلاف شرع گردند و از آن استنباطات و تفسیرات به جا دیگر قضات در کار و پیشه خود بهره‌وری لازم را داشته باشند.

## نتیجه‌گیری

اصولاً تعارض و اختلاف نظر نه فقط در مسایل حقوقی، بلکه در مسایل غیرحقوقی هم امری روزمره و اجتناب‌ناپذیر تلقی می‌شود. در مباحث حقوقی، قانونگذار هر قدر نکته‌سنج و دقیق باشد، نمی‌تواند تمام اموری را که مردم با آن سروکار دارند، پیش‌بینی کند. از طرفی برخی روایت‌های قانونی نیز نارسا و مبهم هستند. علاوه بر این قضات در هر پست و مقامی که باشند نمی‌توانند با عذر اینکه در موضوع مطروحه آن‌ها، قانونی وجود ندارد، یا اگر قانونی هست کامل نیست، از رسیدگی خودداری کنند و حتی قانونگذار در مقررات جزایی برای کسانی که در مقام احقاق حق استتکاف می‌کنند، مجازات تعیین کرده و به ناچار قضات باید دست به تفسیر قوانین و مقررات بزنند و این که تفسیر به برداشت‌های مختلف از موضوعات مشابه منجر می‌شود. قانونگذار برای برون رفت ارباب رجوع از سردرگمی‌ها بایستی کاری انجام می‌داد.

لزوم انتشار آرای قضایی با نگاهی به سیره پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام ◇ ۱۲۳

شفافیت تصمیم دادگاه را نه تنها در شکل، محتوا و مفاد آن باید دید، بلکه اساساً اعلان، انتشار و دسترس پذیری رای نیز شاخصی مهم در ارزیابی شفافیت قضایی محسوب می‌گردد. اگرچه اعلان و قرائت رای با تصریح ماده ۴۰۴ ق.آ.د.ک. و برخی ظرفیت‌های قانونی دیگر چندان با چالش مواجه نیست؛ در مقابل، در قوانین کیفری جز ماده ۳۶ ق.م.ا. و تبصره آن در خصوص انتشار احکام قطعی محکومیت در جرایم اقتصادی، هیچ مقرر دیگری وجود ندارد که به تجویز، الزام و یا ممنوعیت انتشار آرای دادگاه‌های کیفری بپردازد. با وجود این، با توجه به حکومت اصل دسترسی آزاد به اطلاعات موضوع ماده ۲ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات و اصل لزوم انتشار اطلاعات موضوع ماده ۵ آن قانون و عدم تخصیص آن در مورد آرای قضایی، باید گفت قانون یاد شده، آرای دادگاه‌ها و اطلاعات قوه قضاییه را از شمول خود مستثنا نکرده است.

لذا اولاً باید حق دسترسی آزاد به آرای دادگاه‌ها را به رسمیت شناخت و ثانیاً، به عنوان مقدمه اجرای این حق، قوه قضائیه را به انتشار آرای قضایی مکلف دانست. با این حال، به رغم آنکه قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، قوه قضاییه را به انتشار بر خط آرای قضایی الزام کرده است؛ اما عملاً ظرفیت‌های در نظر گرفته شده، نظیر سامانه اطلاعاتی تباد، تاکنون موفقیت قابل ذکری در این خصوص نداشته است. بنابراین، با توجه به سیره رسول اکرم صلی الله علیه و آله و ائمه اطهار، برای جامعه حقوقی به سامانه‌ای واحد و جامع و علل الخصوص به روز که در برگیرنده ارا و دادنامه‌های صادره قضات معزز در سرتاسر کشور باشد احساس نیاز می‌شود.

## منابع

۱. ابوداود، ج ۱، ۵۱۳- مسند حنبل، ج ۶، ص ۴۱۲، دار صادر، بیروت - ابن فهد الحلبي، المهذب البارع، ج ۳، ص ۵۰۱، جامعه مدرسين، قم، ۱۴۱۱.
۲. ابوداود، سنن، ج ۱، ص ۵۰۸- سنن نسائي، ج ۶، ص ۱۳۸- سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۶۶۳.
۳. السجستاني، سليمان بن الاشعث، سنن ابى داود، ج ۲، ص ۱۶۱، حديث ۳۵۸۴، دارالفكر، بيروت، ۱۴۱۰ - الصالحى الشامى، سبل الهدى والرشاد، ج ۹، ص ۱۶۶.
۴. بخارى، ج ۴، ص ۱۵۱- مسلم، ج ۵، ص ۱۱۴- ابن كثير، البدايه والنهايه، ج ۲، ص ۱۷۲، دار احياء تراث العربى، بيروت، ۱۴۰۸.
۵. حرعاملی، وسائل الشيعه (آل البيت)، ج ۲۷، ص ۲۳۵، ح ۳۳۶۷۲، دار احياء تراث العربى، بيروت.
۶. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص مسند امام احمد، ج ۴، ص ۲۰۵.
۷. فاضلى، حجت الله، (۱۳۸۶). سيره قضايى امام على عليه السلام.
۸. نعمتى، مژگان، (۱۳۹۹). شفافيت قضايى دادگاههاى كيفرى ايران در پرتو اعلان، انتشار و دسترس پذيرى آرا.
۹. كلينى، محمد يعقوب، (۱۳۶۸) اصول الكافى، (۱۳۸۶). ج ۵، تهران، الاسلاميه.
۱۰. گنجينه معارف پيامبر و اهل بيت عليهم السلام اميرالمؤمنين امام على عليه السلام اخلاق و سيره امام على عليه السلام قضاوت و سيره قضايى امام على عليه السلام داورى ها و قضاوتها و مسائل عجيب آن حضرت ۱۳۸۵.
۱۱. محقق داماد، مصطفى، (۱۳۸۴). قواعد فقه بخش مدنى، تهران، مركز نشر علوم اسلامى.