

به نام خداوند جان و خرد

راه وکالت

نشریه خبری، اطلاع رسانی، آموزشی، تحلیلی و پژوهشی
سال چهاردهم، شماره بیست و هشتم، پاییز و زمستان ۱۴۰۱



دوفصلنامه حقوقی کانون وکلای دادگستری گیلان

صاحب امتیاز
کانون وکلای دادگستری گیلان

مدیرمسئول
محمود اخوان توکلی

شورای سردبیری
دکتر محمدرضا نظری نژاد، دکتر عباس سلمان پور،
حمیدرضا ائیمی

اعضای تحریریه
دکتر عباداله رستمی، دکتر مجتبی جانی پور
دکتر محمود کهنی، حسین رسول زاده، اسفندیار سلمان،
سعیده رضائی نژاد، دکتر فائزه سلیم زاده، میترا محتشمی،
امیر فامیل زوار جلالی، سیدعلی موسوی

ویراستار
ماهان تیرماهی

خدمات نشر
انتشارات جنگل

نشانی نشریه
رشت، بلوار چمران
کانون وکلای دادگستری گیلان
تلفن

۰۱۳۳۲۸۵۸۶۱۶-۱۷

پیامک

۹۹۹۹۵۸۴۳۶۹

ایمیل

help@guilanbar.ir

شیوه نامه راه وکالت

مقالات ارسالی نباید در نشریه چاپ شده باشد.
تحریریه در چاپ، تلخیص و ویرایش مقالات آزاد است.
ارائه متن زبان اصلی مطلب ترجمه، الزامی است.
چنانچه مقاله برگرفته از پایان نامه یا گزارش طرح پژوهشی باشد
ذکر آن در ابتدای مقاله الزامی است.

حجم مقالات ارسالی حداکثر ۲۰ صفحه باشد.

نقد آرای الزاماً مربوط به آرای قطعیت یافته باشد.

مقالات به صورت تایپ شده در ورد ۲۰۰۷ یا نسخه های بعدی
همراه با فایل مربوطه از طریق وبسایت کانون و در بخش
«فرم ارسال مقاله برای نشریه راه وکالت» (به آدرس:

<https://guilanbar.ir/receive>

پس از تکمیل ارسال شود.

نقل مطالب این نشریه به شرط ذکر منبع بلامانع است.

مطالب مندرج در این نشریه بیانگر آرای نویسندگان
آنهاست و موضع رسمی کانون نمی باشد.

فهرست مطالب

یادداشت مدیرمسئول / محمود اخوان / ۱

واکاوی قاعده درأ در فراسوی حقوق کیفری و رویه محاکم /

محمد اسماعیل زاده / دکتر احمد پوراابراهیم / ۶

تحلیل مالکیت منابع آب در حقوق ایران / دکتر هادی قائمی / ۴۱

بررسی چالش‌های کنترل قیمت در کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه با تمرکز بر

قیمت‌گذاری ایران / سعیده رضانی‌نژاد / ۹۹

تحلیلی بر تأمین مالی بانکها در حقوق داخلی / فاطمه اسدی‌نیا / ۱۱۰

مبنای مسئولیت مدنی تولیدکننده کالا و خدمات در تجارت الکترونیک /

پریسا خان میرزائی / دکتر نورعلی حقیقت / ۱۳۶

اثر تعهدات پولی قراردادی بر ماهیت حقوقی چندگانه پول / علی هاتفی / ۱۵۶

رابطه بند ب ماده ۲ قانون نظام جامع دامپروری با بند خ ماده اول از دستورالعمل خرید، فروش،

حمل و نگهداری دام زنده / امیرحسین کاتوزیان / ۱۸۷

شاخصه‌های حکمرانی شایسته از منظر سیاست‌نامه خواجه نظام‌الملک طوسی /

مزدک نصوری / ۲۱۲

نرم‌افزار به‌مثابه کالا / سارا گرین، جهانگیر سعیدوف / مترجم: مریم خجسته / ۲۳۰

رمزارها به‌مثابه پول؛ با نگاهی به مقررات ایران / امیر فامیل زوار جلالی / ۲۵۷

محکومیت‌های انتظامی وکلای دادگستری مبنی بر توییخ با درج در مجله کانون وکلای

دادگستری گیلان / ۲۶۷

سرعت در دادرسی و اجرای عدالت

در اصول سی و چهارم و یکصد و پنجاه و ششم و یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در فصول مربوط به حقوق ملت و قوه قضاییه آمده است: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است. هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. . . .» و «قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن و عدالت می‌باشد» و «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است». بیش از یکصد سال پیش به منظور جلوگیری از هرج و مرج قضایی که در کشور ما وجود داشت، ایجاد تشکیلات نوین و نوشتن مقررات برای دادرسی و شیوه آن آغاز شد.

یکی از کاستی‌هایی که تدوین مقررات و سامان دادن به امور دادرسی نتوانسته است آن را رفع کند، موضوع کندی دادرسی و طولانی شدن به نتیجه رسیدن یک دعوا اعم از دعاوی حقوقی و کیفری خصوصاً دعاوی حقوقی و پرونده‌های مهم کیفری بوده است. در این سال‌ها همواره مسئولان تشکیلات قضایی چه در نظام گذشته و چه در نظام فعلی در صدد چاره‌جویی برای این معضل بوده‌اند.

در این راستا همواره از طریق تغییر مقررات برای تشکیلات و شیوه دادرسی، سرعت دادن به نتیجه‌گیری نهایی و خاتمه دادن پرونده‌ها را مدنظر داشته‌اند. گاهی این تدبیر منجر به تغییر مقررات بر اساس نظر مسئول تشکیلات قضایی و گاهی با نظر جمعی از صاحب‌نظران در دستگاه قضایی یا خارج از آن بوده است. اما از این تغییرات نتیجه

مطلوب موردنظر حاصل نشده یا دستاورد این تغییرات بسیار ناچیز بوده است. در دوران اخیر ظاهراً با توجه به سابقه عدم موفقیت تغییرات شیوه دادرسی و تشکیلات قضایی در گذشته، نظر مسئولین بر این قرار گرفته که با تسریع دادرسی به هر طریقی، پرونده‌ها تعیین تکلیف شود. احتمالاً تصور مسئولین این بوده که عوارض سرعت در دادرسی به هر صورت کمتر از عوارض کندی دادرسی و معطل ماندن پرونده‌هاست. به نتیجه رسیدن پرونده‌ها حتی با عوارض سرعت بهتر از اطاله دادرسی و تأخیر در به نتیجه رسیدن نهایی پرونده‌هاست.

اشخاصی که با مراجع قضایی سر و کار دارند، برای کشف علت این رویکرد، یعنی تسریع در دادرسی با توجه به عوارض آن با دست‌اندرکاران دستگاه قضایی گفتگو کرده‌اند. حاصل این گفتگو با قضات و کارکنان دستگاه قضایی که در واقع کار دادرسی و اجرای عدالت بر دوش آنها بوده، این است که مهمترین دغدغه آنان آمار و تعادل پرونده‌های ورودی و پرونده‌های مختومه است و تلاش بسیاری به عمل می‌آورند که موجودی پرونده‌های آنها که غالباً بیش از توانشان است، افزایش نیابد. ممکن است این شیوه به عنوان یک درمان موقت مفید باشد و ظاهراً قضیه را فیصله دهد. اگر این سرعت موجب خدشه‌دار شدن عدالت گردد، قطعاً با قانون و اخلاق منطبق نیست.

سال‌ها قبل در نوشتاری تحت عنوان «اطاله دادرسی، اجرای عدالت و بازسازی ماده ۱۸»^۱ با توجه به بیانات ریاست اسبق قوه قضاییه در آغاز تصدی ایشان و توجیه کردن محدودیت اعمال ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب سابق، به منظور جلوگیری از اطاله دادرسی و تلقی اینکه اعمال این ماده حق رئیس قوه قضاییه است، نوشته بودم که عدالت در ساده‌ترین معنایش این است که حق هر صاحب حق را به او بدهند و به قول خواجه نظام الملک وزیر دانشمند ایرانی که عدالت را بهترین عنصر مقوم ملک قلمداد کرده که ملک بدون آن نمی‌پاید و به عنوان کسی که

۱. روزنامه اطلاعات، شماره ۲۴۶۸۵ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۹

سال‌ها با این قضایا درگیر بودم مشاهده می‌کردم اشخاصی برای احقاق حق در یک امر مادی ناچیز چند برابر آن، وقت و هزینه صرف می‌کردند و سختی‌ها را تحمل می‌نمودند. وقتی به زعم آنها احقاق حق می‌شد، بسیار شادمان بودند و تمام سختی‌ها را فراموش می‌کردند. از خود می‌پرسیدم چه عاملی باعث می‌شود با وصف این عدم تعادل و شاید عدم وجود منطق ظاهری، اشخاص درگیر در دعاوی مطروحه در دادگستری پس از پایان خوش احقاق حق شادمان هستند. چیزی که من از این قضیه احساس کردم فقط حلاوت اجرای عدالت بود. تمام شدن یک دعوا بدون احقاق حق و عدم اجرای عدالت، قطعاً نه تنها شادمانی ندارد، بلکه علاوه بر ناخرسندی خود موجب ایجاد دعوا یا دعاوی جدید است.

دست‌اندرکاران قضا از سویی در فشار به نتیجه رساندن نهایی پرونده‌هایی هستند و از سوی دیگر وجدان آنها نمی‌گذارد که عدالت را زیر پا بگذارند و رعایت نکنند؛ بعضی ناچار با پیدا کردن راه‌حل‌های قانونی مبادرت به صدور قرار نهایی می‌نمایند که پرونده‌ها را مختومه می‌کند، اما اختلافات را فیصله نمی‌دهد و غالباً مانع طرح مجدد دعوا نیست و علت آن می‌تواند فشارها برای تسریع در دادرسی و پایان دادن به پرونده‌ها باشد.

اصولاً دادرسی در تمام کشورها به علت طبیعت خاص آن طولانی و زمان‌بر است. لازمه اجرای عدالت، دقت و صرف وقت است. سرعت و دقت همگون نیستند. در هر سرعت احتمال لغزش بیشتر است. یکی از اصول دادرسی، اصل تناظر است. مقررات باید طوری تدوین شود که اشخاصی که دعوا علیه آنها مطرح می‌شود فرصت کافی برای دفاع در اختیارشان قرار گیرد و قاضی درگیر قضیه باید فرصت داشته باشد به همه دلایل آنها با دقت و صرف وقت رسیدگی کند.

برای کاهش دعاوی و ایجاد فرصت کافی برای دادرسی عادلانه، حداقل سه عامل مداخلت جدی دارد:

۱. نخست از بین بردن کاهش عوامل حدوث دعاوی و منازعات که این عوامل طیف گسترده‌ای دارند، مانند ایجاد تغییرات فرهنگی، اصلاحات اقتصادی، برنامه‌ریزی‌های دقیق برای اداره کشور و استفاده از نیروهای متخصص در امور.
 ۲. دادرسی عادلانه محتاج به دادرسان زبده است. شروط اولیه انتخاب دادرس، حداقل ۴ شرط اصلی است: دانش قضایی، داشتن شمّ قضایی، داشتن تجربه و عدالت. به همین جهت در نظام‌های موفق در امور قضایی برای انتخاب قاضی در تشکیلات قضایی به این جهات توجه خاص مبذول می‌شود. در حالی که به این اولویت‌ها در دستگاه قضایی عنایت کافی نمی‌شود. این کاستی‌ها بعضی مربوط به قوانین جاری در این زمینه و بعضی دیگر اعمال سلیقه مجریان اجرای مقررات در انتخاب قاضی است که بیان موارد آن از فرصت این نوشتار کوتاه خارج است.
 ۳. ایجاد تشکیلات قضایی و اداری متناسب با تعداد دعاوی و منازعات مطروحه در دستگاه قضایی. اگر نتوانیم تشکیلات متناسب و افراد لازم و کافی برای اداره دستگاه قضایی با لحاظ کردن معیشت و رفاه دست‌اندرکاران این دستگاه را فراهم کنیم، قطعاً نتیجه مطلوب به دست نخواهد آمد و اصرار بر سرعت در دادرسی و مختومه کردن پرونده‌ها چاره‌ساز نیست. دستگاه قضایی کماکان دچار همین مشکلات و استمرار آن خواهد بود.
- نتیجتاً در وضعیت موجود برای مراجعین به دستگاه قضایی باید فرهنگ تاب‌آوری و مطالبه کردن دادرسی عادلانه و اجرای عدالت را تشویق و پایدار کنیم و مطالبه فقط تسریع دادرسی را تشویق نماییم و با تبیین واقعیات، معضلات دستگاه قضایی و مقتضیات دادرسی عادلانه، تاب‌آوری مراجعین را که لازمه اجرای عدالت است افزایش دهیم. در سیستم کامن‌لا، اولویت در حل اختلافات و دعاوی، مذاکره و کلای طرفین اختلاف است. در این نظام قضایی اشخاص چون از لحاظ فرهنگی از معضلات دادرسی آگاه هستند و طرح دعاوی در دادگاه‌ها هزینه‌بر است، تلاش می‌کنند با مذاکرات بین

وکلای خود خارج از دستگاه قضایی اختلافات خود را حل کنند و مراجعه آنها به دادگاه‌ها پس از ناموفق ماندن مذاکرات بین وکلای آنهاست.

نظر به اینکه در نظام گذشته، خانه‌های انصاف و فعلاً شوراهای حل اختلاف و مؤسسات داوری و سایر مراجع شبه‌قضایی نتوانسته‌اند مراجعات به دستگاه قضایی را کاهش دهند، به نظر می‌رسد اولویت تقویت و تشویق فرهنگ مذاکره و حل اختلاف در خارج از دادگاه‌ها توسط وکلای آنها و ایجاد تسهیلات برای انتخاب وکیل است زیرا وکلا با دانش حقوقی می‌توانند قضایا را با رعایت حقوق موکلین خود، در صورتی که مبنا عدالت و انصاف باشد، بهتر حل و فصل نمایند. نهایتاً به نظر راقم این سطور اولویت در اجباری شدن وکالت در دعای مهم و ایجاد تسهیلات توسط دولت برای انتخاب وکیل و تشویق و پایدار کردن فرهنگ بها دادن به وکلا برای حل اختلافات و دعای در خارج از دادگاه و تشویق فرهنگ تاب‌آوری برای سختی‌های دادرسی و اجرای عدالت در دستگاه قضایی است.

واکاوی قاعده درآ در فراسوی حقوق کیفری و رویه محاکم

دانش‌آموخته دوره دکتری حقوق عمومی
دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی

محمد اسماعیل زاده
دکتر احمد پوراابراهیم^۱

چکیده

سقوط مجازات یکی از تأسیسات حقوق کیفری است. سقوط مجازات به معنی آنست که علی‌رغم تحقق و ثبوت مجازات به خاطر عارض شدن عواملی مجازات در مورد مجرم اجرا نشده و ساقط می‌شود. یکی از قواعد مهم حقوق جزا که علی‌رغم اهمیت فراوان آن، کمتر درباره‌اش پژوهش‌های مفید انجام شده، قاعده درآ است. بر اساس آنچه در قرآن کریم آمده و نیز برابر نظر واژه‌شناسان، کلمه «تدرأ» از ریشه «درأ» است. درآ

در لغت به معنای ساقط کردن و عدم اجرای وحد در این قاعده مجازات حدی است و نه جرم حدی. منظور از شبهه در لغت نیز التیاس یا پوشیدگی کار و مانند آن است و به رغم اختلاف نظر فقها در تعریف شبهه و یا محل عروض شبهه، به نظر می‌رسد ضابطه شبهه‌ای که موجب سقوط مجازات می‌شود، این است که مرتکب عمل ممنوع، حلیت فعل را احتمال بدهد زیرا قاعده ادرأ الحدود بالشبهات، مفید عموم است و تمام مراحل

احتمال حلیت و شک در حلیت و ظن به آن را در بر می‌گیرد. قاعده درآ با تعابیری همچون تدرأ الحدود بالشبهات یا حدود تدرأ بالشبهات ضمن همتایی با قاعده تفسیر به نفع متهم در حقوق جزای عرفی، متضمن انتفای جرم و مجازات در جایی است که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، محل تردید و شک است و مطلق مجازات به موجب این قاعده برداشته می‌شود.

کلیدواژه‌ها: حدود، شبهه، فقه، قاعده درآ، قانون مجازات اسلامی

1. ahmad.pouebrahim@chmail.ir

مقدمه

اعمال قاعده درآ در مواردی قابل پذیرش است که اصل وقوع جرم مانند زنا یا برخی از شرایط آن همچون عدم رابطه زوجیت یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مانند بلوغ، عقل یا اختیار، مورد تردید قرار گیرد. بنابراین در مواردی که جرم با تمام شرایط آن و همینطور شرایط مسئولیت کیفری محقق و لیکن در ارتباط با شرایط تشدید مجازات شک و تردید باشد، در این صورت قاعده درآ نسبت به اصل جرم قابل اعمال نیست اما نسبت به تشدید مجازات قابل اعمال خواهد بود. در خصوص قلمروی قاعده درآ، اگرچه از منظر برخی فقها این قاعده به حدود اختصاص دارد و از منظر برخی دیگر در قصاص و تعزیرات هم جاری است و طبق نظر گروهی دیگر در قصاص یا تعزیرات جاری نیست، باید گفت در اصل اما چیزی که مانع تطبیق بر جرایم تعزیری باشد موجود نیست و گرچه موارد اجرای آن در قصاص کمتر است در قصاص نیز قابل اجرا است. در خصوص عدم جریان قاعده در دیات اختلافی مشاهده نگردیده است بنابراین با توجه به اطلاق این ماده قاعده درآ هم در جرایم حدی و هم در باب قصاص و تعزیرات جاری می شود. در حدود هم به صرف وجود شبهه و بدون تحصیل دلیل، جرم ثابت نمی شود ولی در مورد محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، با تحصیل دلیل امکان عدم اثبات جرم وجود دارد. به تعبیر بهتر در قانون ما سقوط مجازات بر اثر شبهه به جرایم معینی منحصر نشده است ولی از نظر اثباتی تنها در جرایم موجب حد به استثنای موارد مطروحه به صرف وجود شبهه و بدون نیاز به تحصیل دلیل حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی شود.

مبحث اول: اعمال قاعده و تأثیر آن بر احراز وقوع جرم و ماهیت آن

گاهی وجود و احراز شبهه در عناصر عمومی جرم مطرح می شود و حسب اینکه شبهه در هر یک از عناصر عمومی نزد متهم حادث گردیده یا نزد دادرس دادگاه، مقتضی

جریان اصل یا قاعده‌ای مجزا و حکمی متفاوت است. گاهی نیز اثبات شبهه زمینه تغییر ماهیت جرم را تمهید می‌نماید. در ادامه چگونگی عملکرد قاعده در هر یک از این دو حالت به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

گفتار اول: تأثیر قاعده در احراز عناصر سه گانه جرم

منظور از عناصر جرم همان ارکان عمومی جرم هستند که به سه رکن قانونی، مادی و روانی تقسیم می‌گردند (اردبیلی، ۱۳۹۳، ۸۱) و این ارکان، جرم را به صورت کلی محقق می‌سازند (زراعت، ۱۳۸۵، ۱۰۲). با توجه به اینکه عروض شبهه در هر یک از ارکان مذکور ممکن و متصور است، در ادامه هر یک را به طور جداگانه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

بند اول: شبهه در عنصر قانونی

شبهه دادرس در عنصر قانونی اگر شبهه عارض شده از سوی دادرس دادگاه باشد، باید بین حالتی که منشاء شبهه ابهام و اجمال و تعارض و یا سکوت قانون است با حالتی که منشاء شبهه تفسیرپذیر بودن متن خود قانون است، قائل به تفکیک شد؛ در حالت اول تکلیف دادرس رسیدگی کننده در اصل ۱۶۷ قانون اساسی مشخص شده است و آن مراجعه به منابع فقهی و دکترین حقوقی برای یافتن حکم مسأله است. در این خصوص البته شایان ذکر است که حکم این اصل در امور کیفری به وسیله اصول دیگری چون اصل ۳۶ و اصل ۱۶۹ و امثالهم که بیانگر اصل حقوقی قانونی بودن جرم و مجازات هستند، در زمینه جرم‌انگاری تخصیص خورده است زیرا ضرورت مراجعه به منابع فقهی منحصر در مورد دعاوی مدنی است و این امر نه تنها نسبت به رسیدگی‌های کیفری تجویز نشده است، بلکه اگر قانونگذار سکوت کرده و عملی را جرم شناخته باشد، محکوم ساختن مرکب ممنوع است (کلانتری، ۱۳۷۵، ۲۷). به عبارت دیگر می‌توان گفت در امور کیفری با سکوت قانون در مقام جرم‌انگاری مواجه نیستیم زیرا سکوت او در این موارد در مقام بیان و در حکم بیان عدم جرم بودن اعمال تصریح نشده است، لذا

امور کیفری تخصصاً از شمول اصل ۱۶۷ خارج هستند نه تخصیص. بنابراین اگرچه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قانونگذار تمایل خود را به استفاده از اصل مزبور در امور کیفری نشان داده است، لکن به نظر می‌رسد که مراجعه به منابع فقهی را باید در سایر جنبه‌های ابهام مقررات جزائی دانست، نه بحث جرم‌انگاری و تعیین مجازات، اما در حالت دوم نیز طبق اصل تفسیر شک به نفع متهم دادرس دادگاه می‌بایستی آن مفهومی از متن قانونی را مورد اجرا قرار دهد که رهایی و نفع متهم مقتضی آن است. البته برخی بدون قائل شدن به چنین تفکیکی معتقدند قاضی در هنگام تردید در عنصر قانونی باید به استناد اصل برائت متهم را تبرئه نماید (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ۱۱۱). در هر حال ملاحظه می‌شود که در این فروض مجرای برای تمسک به قاعده درأ وجود ندارد.

شبهه متهم در عنصر قانونی علی‌الاصول طبق قاعده مورد پذیرش اکثر نظام‌های حقوقی «جهل به قانون رافع مسئولیت نمی‌باشد» و ادعای عدم آگاهی بر نصوص جزائی قابل پذیرش نیست. لکن در نظام حقوقی اسلام طبق قاعده درأ، ادعای جهل به قانون در برخی موارد مسموع است. لذا چون حقوق کیفری موضوعه ایران نیز تابعی از حقوق کیفری اسلامی است به نظر می‌رسد بتوان به استناد قاعده درأ شبهه متهم را نسبت به قانون پذیرفت. البته شبهه قاعده درأ با جهل بماهو جهل حاصل نمی‌گردد بلکه مرتکب باید دچار جهل مرکب باشد، یعنی با اعتقاد و یقین به مجاز بودن عمل آنرا مرتکب گردد. «چراکه عذر بودن یقین ذاتی است و هیچ کس ولو شارع نمی‌تواند کسی را که معتقد است عمل او جایز است، مکلف به عدم تبعیت از یقین خود نماید».

بند دوم: شبهه در عنصر مادی

برای محقق شدن جرم، مجرم باید مبادرت به فعل یا ترک فعلی کند که ملموس، محسوس و عینی باشد و در چنین حالتی گفته می‌شود که نمودار وجود عنصر مادی محقق گردیده است (نوربها، ۱۳۸۷، ۹۱). اما گاهی احراز و حدوث شبهه جلوه این نمودار را هم در منظر دادرس دادگاه و هم در نزد متهم مخدوش می‌سازد.

بند سوم: شبهه در عنصر مادی نزد دادرس

اگر دادرس دادگاه بواسطه فقدان دلیل معتبر یا ابهام آن و یا تعارض ادله، در وقوع یا انتساب عمل یا وجود برخی کیفیات مشدده یا در ماهیت موضوع به اقتناع وجدانی نرسد گفته می شود که دچار شبهه در عنصر مادی گردیده است (محقق داماد، ۱۳۸۲، ۷۵). در چنین کیفیاتی حسب مورد اگر تردید حادث شده در وقوع جرم یا انتساب آن به متهم باشد، مجرای اصل براءت است و حکم به تبرئه متهم داده می شود و اگر موضوع تردید ماهیت و چیستی فعل یا ترک فعل باشد، طبق اصل ۱۶۷ ق.ا تکیلیف دادرس دادگاه معین گردیده است. در هیچ یک از حالات بیان شده زمینه اعمال و اجرای قاعده درأ محقق نمی شود زیرا قاعده درأ به عنوان قاعده ای مستقل زمانی زمینه اجرا پیدا می کند که احراز وقوع عنصر مادی و انتساب آن به متهم از جانب دادرس محل تردید نباشد. بلکه منشاء شبهه به ذهنیت مرتکب و قصور او به مباح بودن عمل مادی ارتكابی برگردد و اگر تردید دادرس در وقوع عنصر مادی توأم با کیفیت مشدده باشد، طبق اصل تفسیر به نفع متهم یا تفسیر مضیق نصوص جزائی، بناء بر این گذاشته می شود که عنصر مادی جرم ارتكابی به نحو ساده و بدون کیفیات مشدده بوده است، لذا مجازات جرم ساده برای عنصر مادی ارتكابی صادر می گردد (علیرضایی، ۱۳۸۰، ۵۱).

بند چهارم: شبهه در عنصر مادی نزد متهم

برای شبهه متهم در عنصر مادی می توان صور گوناگونی را متصور گردید چنانچه گاهی اوقات مرتکب با آنکه می داند نسبت به موضوع جاهل است اقدام می نماید، مثلاً می داند که دو چمدان که در مقابل او قرار دارد یکی متعلق به غیر و دیگری متعلق به خود او است، لیکن آن مصداقی را که متعلق خودش است به لحاظ تشابه آن دو از هم تمییز نمی دهد. گاهی نیز مرتکب به جهل خود ناآگاه است لکن به لحاظ مشغله زیاد ذهنی یا تعویض یا تغییر جایگاه چمدان توسط دیگری، در زمان برداشتن چمدان متعلق به خود دقت کافی نکرده و با دراز کردن دست خود چمدان دیگری را برمی دارد هر چند که

هیچ تشابهی هم بین دو چمدان که در کنار هم قرار گرفته بود وجود نداشته است. گاهی هم مرتکب در عین حال که به جهل خود ناآگاه است لکن قطع و یقین دارد که موضوع جرم [چمدان] متعلق به خود او است، حال آنکه فی الواقع در پندار خود دچار اشتباه شده است. به نظر می‌رسد هر کدام از صور مذکور دارای حکم خاص خود هستند: اگر تردید بین دو یا چند احتمال باشد در اینجا محل جریان اصول عملیه است و مجالی برای جریان قاعده در آن نیست. لکن در حالتی که مرتکب قطع و یقین به حلیت آنچه عنصر مادی جرم است دارد، یعنی شخص جهل مرکب دارد و فعل مجرمانه ممنوع را به طور کاملاً اختیاری و آزاد و با اعتقاد به مجاز بودن آن انجام می‌دهد، می‌توان با جاری دانستن قاعده در آن مجازات را ساقط کرد، زیرا شخص بواسطه یقین اقدام کرده و شبهه قاعده در آن حادث گردیده است (محمودی جانکی، ۱۳۷۸، ۶۵).

بند پنجم: شبهه در عنصر روانی

گاهی متهم برای اجتناب از احراز مسئولیت کیفری، ادعا می‌کند که رفتار وی تحت سلطه اشتباه بوده است و لذا با وجود محرز بودن دو عنصر قانونی و مادی، متهم در جهت اثبات فقدان عنصر معنوی بر می‌آید. معمولاً شبهه در عنصر معنوی می‌تواند از دو دیدگاه مطرح شود: یکی از جهت علم مرتکب و دیگری از بُعد عمد مرتکب.

شبهه در علم مرتکب در این مورد می‌بایست میان شبهه در حکم قانونی و شبهه در موضوع قائل به تفصیل گردید. در مورد شبهه در علم و آگاهی مرتکب به موضوع گفته شده است که این امر حاکی از سلب قصد مجرمانه با احراز حسن نیت است (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ۱۱۵) و اساساً پذیرش ادعای جهل به موضوع به صرف احتمال آن شامل همه جرائم می‌شود زیرا هیچ اماره قانونی مبنی بر (علم مرتکبان به موضوع) وجود ندارد و هیچ کس مدعی وجود چنین آماره‌های نگریده است. مقتضای اصل اولیه نیز در این گونه موارد عدم علم و عدم عمد است (قدسی، ۱۳۸۱، ۳۹) و لذا بر همین اساس وظیفه اثبات عمد و آگاهی و احراز عنصر روانی بر عهده بازپرس و دادستان قرار دارد.

اما در مورد علم مرتکب به قانون همانطور که بسیاری از حقوقدانان معتقدند جهل به قانون مسموع نیست و جز در معدود جرائمی که قانونگذار اثبات آگاهی به حکم را لازم می‌داند، در سایر موارد، همچون اغلب نظام‌های کیفری جهان، آگاهی به قانون آمارهای مطلق و غیر قابل رد محسوب می‌شود (اردبیلی، ۱۳۹۳، ۶۲). اما به نظر می‌رسد با وجود قاعده درأ در نظام حقوق اسلامی صحبت از اطلاق (قاعده جهل به قانون رافع مسئولیت نیست) قابل پذیرش نباشد و در صورتی که مرتکب بتواند اعتقاد و یقین خود را مبنی بر جواز عمل ممنوعه به اثبات برساند، شبهه قاعده درأ می‌تواند رهایی متهم را به همراه آورد و برای تبرئه چنین فردی نیاز به دلیل دیگری نیست. همچنان در بسیاری از جرائم مانند قتل، زنا و مانند آنها نیز این مسأله تصریح شده است.

بند ششم: شبهه در عمد

مرتکب در ارتکاب جرائم احراز و اثبات سوءنیت بر عهده نهاد تعقیب‌کننده است (صادقی، ۱۳۷۶، ۱۱۳) با وجود این در بیشتر موارد عمد مرتکب در ارتکاب جرم یعنی اراده او بر ارتکاب عمل مجرمانه، از نحوه فعل مادی مرتکب قابل استنباط است (اردبیلی، ۱۳۹۳، ۶۴). مثلاً پنهانی بودن عمل ارتكابی در جرم سرقت حاکی از سوءنیت خاص است. لکن احراز قصد مجرمانه در موارد زیادی به سهولت صورت نمی‌گیرد بلکه دادرس دادگاه در احراز عمد مرتکب دچار تردید می‌گردد و چون بنا به اصل گفته شده، مرتکب تکلیفی بر اثبات عدم قصد مجرمانه ندارد، وی در سایه اصل برائت از هر گونه اتهامی مبرا می‌باشد و صرف عدم اثبات عمد برای تبرئه متهم کافی است. البته این ادعا چنانچه فوقاً گفته شد زمانی قابل قبول می‌باشد که فعل مادی ارتكابی دلالت بر قصد مجرمانه نداشته باشد، زیرا گاهی مواقع نیازی به اثبات سوءنیت نیست و سوءنیت مرتکب در فعل او مستقر می‌باشد مانند جرم توهین که نوع الفاظ توهین‌آمیز کاشف از سوءنیت فاعل است. بنابراین مشخص می‌شود که شبهه در عمد مرتکب صرفاً از ناحیه دادرس دادگاه مطرح می‌گردد که برای مرتفع ساختن این شبهه باید به

جمع آوری ادله و دلایل اثباتی بر علیه متهم پردازد و الا متهم در سایه اصل براءت از هر تعرضی مصون است. منظور ما از هر تعرضی ناظر به تحمل کیفر پیش بینی شده برای جرائم عمدی است و حال آنکه وجود اشتباه در جرائم غیر عمدی با بی احتیاطی و بی مبالاتی مورد نظر مقنن قابل تطابق و هماهنگی بوده و موجب احراز مسئولیت مرتکب در جرائم غیر عمد می گردد (گلدوزیان، ۱۳۸۶، ۱۰۱).

گفتار دوم: تأثیر قاعده در تغییر ماهیت جرم

همپا شدن زمینه اجرای قاعده تدرأ الحدود بالشبهات همیشه موجب رهایی از تحمل کیفر نیست، بلکه گاهی با تغییر عنوان مجرمانه یا ماهیت جرم ارتكابی فرد مشتبه را به ملزوم بودن به آثار افعال ارتكابی اجبار می کند. این امر یا از طریق ایجاد جرم جدید میسر می گردد و یا با تغییر قصد مجرمانه و سوء نیت شخص، عنصر غیر عمد را جانشین عنصر عمد می نماید. در ذیل هر یک از این حالات مورد بررسی قرار می گیرند.

بند اول: ایجاد جرم جدید

اصولاً ارتكاب برخی از جرایم و رسیدن به نتیجه خاص آنها منوط به ارتكاب افعالی است که خود مستقلاً موضوع خطاب قانونگذار قرار گرفته و عنوان مجرمانه مستقلی را به خود اختصاص داده اند؛ مثلاً در جرم سرقت غالباً هتك حرمت ملک دیگری مقدمه لازم و ضروری برای بردن مال غیر است. حال اگر شخصی با این اعتقاد که دیگری مال او را غصب کرده و در سلطه خود دارد شبانه وارد ملک او شود و با تخریب محل نگهداری مال مربوط را به سرقت برد و بعداً متوجه شود که اساساً مال ربوده شده متعلق به او نبوده است و صرفاً تشابه ظاهری داشته اند در اینجا می توان به استناد قاعده درأ حکم به براءت از اتهام سرقت داد. اما آیا می توان از مفهوم قاعده درأ برای رفع مسئولیت از دو عنوان مجرمانه دیگر یعنی هتك حرمت منزل غیر و نیز تخریب مال غیر محل نگهداری استفاده نمود؟ به نظر می رسد هر چند بتوان ثابت کرد که شبهه مالکیت وجود

داشته است و شخص با قطع و یقین به اینکه مال متعلق به خود او بوده دست به سرقت زده است، شبهه حاصله نافی عنوان سرقت است؛ اما این شبهه هیچ تأثیری در دو عنوان مجرمانه دیگر یعنی تخریب مال غیر و هتک حرمت منزل دیگری ندارد. اگر عمل سرقت محقق می‌بود، قابل پذیرش بود که گفته شود اعمال ارتكابی مقدمه لازم و ضروری سرقت و غیر قابل تعقیب هستند (ولیدی، ۱۳۸۲، ۷۹)، اما حال که سرقت تحقق پیدا نکرده است، دیگر دلیلی بر جرم ندانستن مقدمات و لوازم جرم اصلی نداریم، علی‌الخصوص که شخص اعتقاد به متعلق بودن مال به خود دارد، ولی به حرمت تخریب مال غیر و ممنوع بودن ورود بدون اذن به منزل دیگری حکما و موضوع علم داشته است (مرعشی، ۱۳۷۳، ۱۱۴). گاهی نیز اتفاق می‌افتد که هر چند حدوث شبهه اعمالی را که عنوان مجرمانه داشته‌اند می‌زداید، لیکن استمرار عنصر مادی رفتار مجرمانه اعمال سابق، از ابتدای مرتفع شدن شبهه موجب تحقق جرم جدید دیگری می‌شود مثلاً هر چند ربودن مال غیر به علت شبهه ملکیت سرقت تلقی نشده و آن اموال لفظه مسروقه محسوب نمی‌شوند، اما اگر از لحظه مرتفع گردیدن شبهه یعنی علم به متعلق غیر بودن اموال حاصل گردد، ولی سلطه و استیلاء بر اموال مذکور بدون دلیل موجه شرعی و قانونی ادامه داشته باشد و یا فرد مشتبه بعد از رفع شبهه عمدا اقداماتی را نسبت به اموال از قبیل فروش انجام دهد، حسب مورد به عنوان خیانت در امانت و یا مداخله در مال غیر قابل بازخواست است و نمی‌توان مدعی شد که به لحاظ حدوث شبهه در جرم سرقت، دیگر به اموال مذکور لفظ اموال مسروقه یا اموال ناشی از جرم اطلاق نمی‌شود و تبعاً جرم مداخله در اموال نیز محقق نخواهد شد زیرا عنصر روانی یک امر شخصی و نفسانی بوده و در هر جرمی مجزا از جرم دیگر باید احراز شود. بنابراین عدم تحقق جرم مقدمه بخاطر وجود شبهه هیچ تأثیری در تحقق جرم نتیجه ندارد؛ چنانچه در جرایم علیه اموال شبهه مانع تحقق جرم می‌شود و مال بدست آمده فوراً باید به صاحب مال مسترد شود و در غیر این صورت استمرار در تصاحب آن می‌تواند در حقوق ایران موجب تحقق جرم

تحصیل اموال نامشروع به استناد ماده ۲ قانون تشدید مجازات اختلاس و ارتشاء و کلاهبرداری شود (اخوت، ۱۳۸۵، ۱۱۶).

بند دوم: زوال وصف عمدی بودن

عارض شدن شبهه در برخی مواقع زوال وصف عمدی بودن را به همراه دارد. مثلا چنانچه در جرم قتل عمدی، علم به موضوع جرم و ماهیت فعل لازم است؛ وقتی که شخص مرتکب به موضوع جرم جاهل است سوءنیت عام وی زائل شده و قتل به غیر عمدی (شبه عمد یا خطای محض) تغییر پیدا می کند (مؤذن زادگان، ۱۳۸۲، ۱۰۴). البته برخی معتقدند که در جرایم با ماهیت واحد که در واقع جرایم مشابه تلقی می شوند و صرفا از لحاظ کیفیات مخففه و مشدده و سایر موارد با یکدیگر متفاوت هستند، حدوث شبهه تنها زمینه از بین رفتن کیفیات مشدده را فراهم می کنند، لذا می توان آنها را در ذیل بحث تغییر ماهیت جرم بیان داشت (کلانتری، ۱۳۷۵، ۴۱). مثلا اگر شخصی بدون علم به سمت رسمی کسی به وی توهین کند، جرم وی که علی الاصول توهین مشدده است به لحاظ فقدان آگاهی از سمت شخص موضوع توهین تبدیل به توهین ساده می شود. به نظر می رسد در اینجا با حدوث شبهه ماهیت جرم تغییر پیدا نمی کند، بلکه صرفا میزان مجازات تغییر می یابد. نکته قابل ذکر این است که صرف شبهه تقصیر تلقی نمی شود تا جرائمی را که غیر عمد هستند به خاطر شبهه مجازات کرد و یا جرائمی که هم عمد و هم غیر عمد آنها قابل مجازات است، عمد را به علت وجود شبهه طرد کرده و غیر عمد را برگزینیم. بنابراین در جرم قتل که عمدی و غیر عمدی بودن آن قابل مجازات است، اگر شبهه موضوعی مثلا در نوعا کشنده بودن رفتار یا در وجود خود مقتول در محل، نافی عمد باشد، بدون بررسی سایر جهات از جمله اثبات تقصیر و به صرف شبهه نمی توان گفت که قتل شبه عمد هم محقق شده است (مؤذن زادگان، ۱۳۸۲، ۵۷).

مبحث دوم: قاعده درأ و سقوط مجازات

گفتار اول: استفاده از قاعده درأ در سقوط مجازات در رویه قضایی

رویه قضایی کشور در سال‌های اخیر و خصوصاً احکام دیوانعالی کشور نشان می‌دهد در مواردی برداشت ناصواب از قاعده درأ موجب شده است تا شاهد صدور احکام نادرستی باشیم که برخی از این احکام دیوان نیز توسط دادگاه بدوی پذیرفته شده است. به عنوان مثال شعبه ۲۰ دیوانعالی کشور در پرونده‌ای که با کودک ۷ ساله لواط با عنف صورت گرفته و دادگاه بدوی با توجه به مجموع قرائن و دلایل موجود به علم رسیده که لواط به عنف واقع شده است صرفاً به استناد قاعده درأ و به جهت تناقضات اظهارات پسر بچه و علیرغم قرائن بسیار حکم اعدام را نقض کرده است. در مورد دیگری شعبه ۲۷ دیوان در پرونده تجاوز به کودک ۵ ساله علیرغم وجود گواهی پزشکی قانونی و اقرار متهم به جهت عدم احراز دخول و به مقتضای قاعده درأ رأی را نقض کرده است. (دادنامه شماره ۹۱، ۷۴/۲/۴) همین‌طور شعبه دوم دیوان در رأی شماره ۲/۳۵۱ که مربوط به تجاوز به دختر ۹ ساله است و بنا به اقرار متهم دختر از ترس مرگ به خواسته وی تمکین کرده آورده است: برای اجرای حد بر متهم باید دلایل کافی بر ثبوت آن وجود داشته باشد و با وجود شبهه حد ساقط می‌شود.

شعبه ۲۰ دیوان نیز در رأی شماره ۲۰/۳۷۵ مورخ ۷۱/۵/۲۸ علیرغم گواهی پزشکی قانونی مبنی بر قرمزی و تورم و زخم ناحیه مقعد در حد دامیه و اظهارات دختر ۵ ساله به جهت انکار متهم وی را تبرئه کرده است.

در رأی اصراری شماره ۸۹/۴۲ مورخ ۲۵ آبان ۸۹ دیوان نیز ملاحظه می‌شود علیرغم وجود دلایل قابل قبول و اقتناع قضات دادگاه کیفری استان به ارتکاب لواط به عنف (هم شعبه اصلی و هم شعبه هم‌عرض) اکثریت قضات دیوان به جهت وجود شبهه حد را ساقط دانستند.

در رأی اصراری شماره ۸۸/۵ مورخ ۸۸/۳/۱۰ نیز ملاحظه می‌گردد دادستان محترم

کل کشور در استدلال خود جهت منتفی دانستن قصاص به قاعده درأ استناد می‌کند و نهایتاً نیز همین نظر تأیید می‌شود. هر چند مرور جزئیات این پرونده نشان می‌دهد مصلحت‌سنجی هیأت عمومی در ساقط دانستن قصاص بی‌تأثیر نبوده است. (برای مرور جزئیات این دو رأی به وب‌سایت نشریه داخلی قوه قضاییه ماوی مراجعه نمایید)

این آراء قابل انتقاد دیوان در زمانی صادر شده که قاعده درأ جلوه قانونی به خود نگرفته بوده است و اکنون که مستند صریح قانونی نیز برای آن وجود دارد، بیم آن می‌رود تا تفسیرهای ناصواب از آن منجر به افزایش چنین آرائی شود. مرحوم دکتر علی آبادی دادستان سابق کل کشور در خصوص فرار متهمین حرفه‌ای از مجازات با چنین ایراداتی حساس بوده و در اظهار نظر خود در رأی اصراری شماره ۱۶۱ مورخ، ۱۳۴۸/۲/۱۷ تأکید می‌کند که شخصی که قرائن و امارات بر علیه او بوده و متهم به لواط است نباید به جهت برخی ایرادات جزئی از مجازات در امان بماند و بر تجری خود بیافزاید (موازین قضایی، جلد سوم، ص ۲۵۵) و در جای دیگری می‌گوید: اگر مقرر شود که در مسائل منافی عفت که با عفاف جامعه تماسی دارد فقط به ۴ بار اقرار یا شهادت شرعی جرم ثابت شود، دیگر نباید انتظام خانواده‌ها و پاکی نسل‌ها را انتظار داشت.

گفتار دوم: تأثیر اجرای قاعده و استناد به آن در احراز وقوع جرم و ماهیت آن

براساس ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

اکنون پس از آشنایی مختصر با مفهوم قاعده و معنای آن در فقه امامیه، در بند دیگر به بررسی قاعده می‌پردازیم آن هم بدین جهت که در متون قانونی تجلی یافته است. در قانون مجازات اسلامی سابق اشاره صریحی به قاعده درأ نگردیده بود. اگرچه نتیجه اجرای قاعده در موادی مانند ۷۱ و ۷۳ مورد اشاره قرار گرفته بود که با توجه به آنچه در تفکیک موارد اجرای قاعده بیان شد نمی‌توان حکم تمام این موارد را مستند به قاعده درأ دانست. اما در قانون جدید مجازات اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲ در مبحث ششم

صراحتاً اعمال قاعده درأ به عنوان یکی از اسباب سقوط مجازات در قانون آمده است. این مبحث از قانون شامل دو ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ به شرح ذیل است:

ماده ۱۲۰ ق.م.ا: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نگردد، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود». ماده ۱۲۱ ق.م.ا: «در جرایم موجب حد به استثنای محاربه و افساد فی‌الأرض، سرقت و قذف به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود». بدیهی است که در تحلیل قاعده درأ در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نمی‌توان صرفاً به این دو ماده بسنده کرد و باید به پیشینه فقهی و سایر مواد قانونی و مباحثی که در آنجا مطرح شده نیز توجه نمود. بنابراین علی‌رغم اینکه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تنها دو ماده به بحث اعمال قاعده درأ اختصاص یافته است، تصمیم گرفته شد با در نظر داشتن سایر مقررات تأثیر اجرای قاعده و استناد به آن را در احراز وقوع جرم و ماهیت آن مورد بررسی قرار دهیم.

گفتار سوم: پیامدها و اشکالات ماده ۱۲۰

در ماده ۸ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ ویژگی برخی جرایم، تجاوز به حدود و مقررات الهی دانسته شده است. در این دست جرایم از اجرای قاعده درأ می‌توان سخن گفت.

با این بیان، مسئله تخفیف در اثبات حدود و برداشتن حدود با بروز شبهه، به ویژه در عصر غیبت که با مخالفت‌های فقهی قابل توجهی همراه است، به شرط جایگزینی تعزیر به جای حد، دو برآیند خواهد داشت: از سویی، مانع سوءاستفاده مجرمان خواهد بود و از سوی دیگر، از اصول حاکم بر حدود هم تخطی نمی‌شود. با وجود این، پذیرش راه حل دوم، که همان لزوم تفحص در حدود مستوجب افساد، محاربه، قذف و سرقت، و الزام قاضی به تحقیق در دیگر جرایم (مفاد ماده ۱۲۰) است، در واقع به خروج از قاعده

در آ و به بیان دیگر، از اصل برائت می‌انجامد که شرح آن گذشت. گذشته از اشکال مبنای یادشده، ظاهر ماده قانونی ۱۲۰ پیامدهایی را به شرح زیر در حقوق کیفری در پی خواهد داشت:

۱. مسئله فرض علم به قانون که شرط اصلی در تأمین نظم و امنیت جامعه است، کارایی خود را از دست خواهد داد. دیگر نمی‌توان با فرض عالم بودن به مجازات مرتکبان روی آورد، بلکه در صورت ادعای جهل از سوی متهم، این قاضی است که یا باید طبق قاعده در آ این ادعا را بپذیرد و از مجازات مرتکب چشم‌پوشی کند و یا با نادیده گرفتن قاعده در آ در مقام اثبات علم بر آید؛ افزون بر این، تا زمانی که دلیلی بر خلاف آن نیابد، نمی‌تواند به مجازات مرتکب اقدام کند. البته واگذاری بار اثبات علم مدعی به قاضی، مشکلاتی را در اجرا فراهم می‌آورد حال آنکه در فرض برائت، برخلاف قاعده در آ، فرض بر عالم بودن مرتکب است مگر اینکه بتواند جاهل بودن خود را در مواردی که علم به قانون شرط است، ثابت کند.

۲. چنان که گذشت، قاعده در آ حتی در موارد جهل از روی تقصیر هم پذیرفته شده است (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۵۹-۵۸). در فرض خوش‌بینانه، اگر مرتکب ادعای جهل کند و در نهایت، به جهل وی از روی تقصیر هم پی ببریم، با قبول جریان قاعده در آ، مجازات قابل اجرا نخواهد بود؛ در حالی که با حذف ماده ۱۲۰ و اتکا کردن به اصل برائت هرگز چنین اشکالی رخ نمی‌دهد. برای نمونه، در جرایم رانندگی متهم ادعا می‌کند که از یک طرفه بودن خیابان بی‌اطلاع بوده و بی‌اطلاعی وی هم به دلیل سهل‌انگاری محرز می‌گردد. طبق مفاد ماده ۱۲۰ که مقرر می‌دارد: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.» مجازات وی ممکن نخواهد بود.

۳. چنان که گذشت، قاضی در حدود می‌تواند با ایجاد شبهه از اجرای مجازات

خودداری کند. حال سؤال این است که آیا قانونگذار در تعدی از حدود به تعزیرات و قصاص هم به این لازمه پایبند است؟

اگر در تعزیرات هم ایجاد شبهه را رافع مجازات بدانیم، عملاً اجرای تعزیرات با مشکل روبرو خواهد شد زیرا کمتر تعزیری را می‌توان یافت که فاقد شبهه باشد یا درباره آن نتوان شبهه‌ای ایجاد کرد.

۴. نکته مهم دیگر، تسری قاعده درأ به همه تعزیرات است. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجازات بازدارنده حذف گردیده و تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده سابق را مجازات تعزیر نامیده‌اند (مفاد ماده ۱). بنابراین عملاً باید مفاد ماده ۱۲۰ را در تعزیرات عرفی یا مجازات‌های بازدارنده سابق هم قابل اجرا دانست. این درحالی است که حتی طرفداران تعدی قواعد حدود به تعزیرات، از استثنا بودن تعزیرات عرفی و مجازات‌های بازدارنده سخن گفته و به صراحت نوشته‌اند: «منظور از تعزیرات، معنای مصطلح آن در فقه است: یعنی مجازات شرعی که برای محرمات شرعیه مقرر گردیده است؛ ولی آنچه که حکومت اسلامی جهت حفظ نظم جامعه و جریان صحیح امور مجازات‌هایی را پیش‌بینی می‌نماید که اصطلاحاً بدان تعزیرات حکومتی گفته می‌شود، مشمول قاعده مزبور نخواهد شد» (محقق داماد، ۱۳۷۹، ۸۱). با وجود این، قانونگذار با غفلت از این مسئله، ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی را به گونه‌ای تنظیم کرده است که شبهه در مجازات‌های بازدارنده را هم دربر می‌گیرد.

گفتار چهارم: حدود و قاعده درأ

حدود شامل کیفرهایی است که در قبال رفتارهای خاصی معین شده و نوع و میزان و کیفیت آن توسط شارع اسلام وضع و تعیین شده است نظیر زنا، شرب خمر، سرقت و غیره. در این گونه کیفرها صرف ادعای شبهه از سوی متهم تا زمانی که دلیل یقین‌آوری برخلاف آن وجود نداشته باشد، دافع و مانع کیفر است. در میان فقها در این خصوص دو دیدگاه کلی شمول و عدم شمول وجود دارد. گروهی معتقدند که شارع مقدس این

قاعده را بخاطر رحمت و بخشودگی نسبت به بندگان خود وضع کرده و خلاف اصول است و در نتیجه تنها به حدود به معنای اخص کلمه منحصر بوده و نمی‌توان مفاد قاعده را به سایر جرائم نظیر قتل و کلاهبرداری و غیره سرایت و تعمیم داد (آقای نیما، ۱۳۹۳، ۹۱) در برابر، عده دیگری از فقهاء معتقدند که این قاعده، عام است و شامل تمام مجازات‌ها می‌شود و تنها منحصر به حدود نیست، زیرا در صورتی که فرد نسبت به حکم قانونی یا شرعی یا موضوع آن جاهل باشد، مرتکب جرم نشده و مستوجب مجازات نمی‌باشد (آقای نیما، ۱۳۹۳، ۹۱).

در حقوق کیفری ایران مسأله تا حدی با فقه تفاوت دارد. هر چند قانونگذار به صراحت، موازین فقهی را در نظر گرفته و خود را ملزم به پیروی از آن می‌داند، لکن در جرائم غیر از حدود شرعی، نظیر قتل و نیز مجازات‌های تعزیری، اثبات اشتباه به حکم یا موضوع با متهم است، زیرا اولاً: بر خلاف حدود شرعی، ادعای جهل به حکم مانع مسئولیت نیست، ثانیاً: اگر شخصی ادعای اشتباه یا اکراه داشته باشد و به عبارت بهتر مدعی باشد که فاقد یکی از شرایط مسئولیت کیفری بوده است، خود باید از عهده اثبات آن برآید زیرا در حقوق کیفری عرفی، اصل بر اختیار است و ادعای اکراه و اشتباه باید ثابت شود در حالی که در حدود شرعی صرف اکراه دافع مجازات است. (اخوت، ۱۳۸۵، ۳۰۱)

اعمال قاعده در آیه در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی است که در جرائم مستوجب قصاص جاری نمی‌گردد. ممکن است ادعا شود که قصاص نیز حقیقتاً جزء حدود الهی است و استعمال انحصاری لفظ حد در تعداد معینی از مجازات‌های شرعی را هیچ حقیقت لغوی یا شرعی یاری نمی‌کند. در پاسخ می‌توان گفت که حتی در صورت پذیرفتن این ادعا، تغییری در شمول قاعده در آیه ایجاد نمی‌شود چرا که در صورت پذیرفتن معنای عام حدود، قاعده در آیه تنها در مورد حدودی اجرا می‌شود که حق الناس در آن وجود نداشته و تنها متعلق آن حق الله باشد. (ساداتی، ۱۳۹۵، ۱۱۵)

جرائم تعزیری نیز با توجه به تعریف حق الله و حق الناس، برخی مثل روابط نامشروع مادون زنا، حق الله و برخی مثل توهین، حق الناس هستند. در عین حال، برخی از فقها علی‌رغم داشتن این پیش‌فرض که قاعده مزبور تنها در حق الله جاری است، تمام انواع تعزیرات را مشمول این قاعده دانسته و میان تعزیرات ناظر به حق الله و حق الناس قائل به تفکیک نشده‌اند و بر این باور هستند که هیچ منعی در شمول قاعده نسبت به تعزیرات وجود ندارد. (مرتاضی، ۱۳۹۷، ۳۹)

البته تعزیرات نیز در تقسیم‌بندی دیگری، به تعزیرات منصوص شرعی و تعزیرات حکومتی قابل تقسیم هستند. ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته: «تعزیر مجازاتی است که ... در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد.» در این مطلب که تعزیرات منصوص شرعی به حق الله و حق الناس تقسیم می‌شوند شکی نیست. لیکن پرسش مطرح در این قسمت آن است که تعزیرات حکومتی چه نوع حقی است؟ در این زمینه دو دیدگاه وجود دارد:

از یک نظر می‌توان با توجه به تعیین تعزیرات حکومتی توسط مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان، که به نوعی تأیید مقام رهبری است، این نوع جرائم و مجازات‌ها را نیز به نوعی حق الله محسوب کرد.

در مقابل، برخی از فقها و همچنین رویه قضایی این نوع جرائم را نه حق الله می‌دانند و نه حق الناس. نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه، جرائم مذکور در قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام را که از مصادیق روشن تعزیرات حکومتی هستند، از شمول حق الله و حق الناس خارج دانسته و بیان داشته: «جرائم مذکور در قانون مبارزه با مواد مخدر نه جنبه حق‌اللهی دارد و نه جنبه حق‌الناسی...». همچنین گفته شده که مقصود از تعزیرات، معنای مصطلح آن در فقه است که به معنای مجازات‌های شرعی است که برای محرمات شرعی مقرر شده است و لذا به مقرراتی که حکومت اسلامی جهت حفظ نظم و جریان صحیح امور

حکومت وضع کرده و برای متخلفین آن، مجازات‌هایی را پیش‌بینی می‌نماید، تعزیرات شرعی گفته نمی‌شود؛ بلکه در اصطلاح بدان‌ها «تعزیرات حکومتی» می‌گویند. لذا این قسم از مجازات‌ها، جزء حقوق الله محسوب نمی‌گردند (قواعد فقه ۴/۸۰). استدلال این دسته از حقوقدانان آن است که در مورد حق‌الله نمی‌توان حکم غیابی صادر کرد. حال آن که در تعزیرات حکومتی، امکان صدور حکم غیابی وجود دارد. (حسینی، ۵۹، ۱۳۸۷)

نتیجه آن که قاعده در آنجا در مورد حدود (در معنای اخص) و سرقت حدی پس از رفع الی الحاکم و همین‌طور تعزیرات شرعی، جاری است و از طرف دیگر، قذف و سرقت قبل از رفع الی الحاکم، دیات، قصاص و تعزیرات حکومتی از شمول قاعده در خارج است.

گفتار پنجم: بدنی بودن مجازات

مضمون احادیث مربوط به قاعده در آنجا در بردارنده این نکته است که شبهه تنها در مجازات‌های بدنی، موجب در آنجا مجازات می‌شود. توضیح آن که احادیث وارده در مورد این قاعده، بر دو دسته هستند. برخی از احادیث به طور کلی و بدون بیان مثال، بیانگر قاعده در آنجا. در زیر به چند نمونه از این احادیث اشاره می‌شود؛

۱- شیخ صدوق از پیامبر (ص) چنین نقل می‌کند: «ادرتوا الحدود بالشبهات» (من لا یحضره الفقیه ۴/۵۳).

۲- از حضرت علی (ع) روایت شده است: «انه قال: ادرتوا الحدود بالشبهات» المقنع (۱۴۷).

۳- سکونی از ابی جعفر و او از پدرش علی علیه السلام نقل کرده است که الوقوف فی الشبهه خیر من الاقتحام فی التهلکة» (وسائل الشیعه ۱۸/۱۲۶). در دسته دیگری از احادیث، ضمن بیان یک مثال به این قاعده اشاره شده است. مجازات‌های مورد اشاره در این مثال‌ها، همگی از نوع مجازات‌های بدنی هستند. لذا از

آنجا که مجازات‌های بدنی، نوعاً از زمره مجازات‌های خشن و سخت هستند و میزان رسواکنندگی و رنج‌آوری آنها از شدت بالایی برخوردار است و از طرف دیگر، بناء شریعت بر مسامحه و تخفیف در حدود الله است، قاعده درأ به عنوان ابزاری جهت برقراری تعادل میان این دو سیاست شارع در خصوص مجازات‌ها به کار می‌رود. در زیر به چند نمونه از این روایات اشاره می‌شود؛

۱- در صحیح‌ه ابی‌عبیده از امام باقر (ع) نقل شده است: «زنی را با مردی که به وی زنا کرده بود نزد حضرت علی (ع) آوردند. زن گفت: ای امیر مؤمنان، به خدا قسم او مرا به این کار وادار کرد. حضرت حد را از او برداشت. اگر از مخالفان در این زمینه سؤال شود می‌گویند: زن تصدیق نمی‌شود. اما قسم به خدا که امیرالمؤمنین (ع) او را تصدیق کرد» (همان ۱۱/۲۸۷). مشخص است که مجازات زنا، شلاق یا رجم بوده و از زمره مجازات‌های بدنی است.

۲- حلبی از امام صادق (ع) درباره حکم مردی سؤال می‌کند که در حالی که لباس‌های دیگران را همراه داشته، دستگیر می‌شود و ادعا می‌کند که صاحب لباس‌های آنها را به وی بخشیده است. حضرت می‌فرماید: حد از وی برداشته می‌شود، مگر این که بینهای علیه وی به سرقت شهادت دهد که در این صورت دستش قطع می‌شود. از طرف دیگر، در مجازات‌های بدنی از جمله قتل و اعدام، اصل احتیاط در دماء جاری است. یکی از مجاری اجرای این اصل، وجود شبهه است. در بسیاری از روایات، پیامبر (ص) و حضرت علی (ع) اقرارکننده به حد را تشویق به رجوع از اقرار خود کرده و یا بنا بر این اصل، مجازات حدی را از او دفع می‌نمودند (الفروع من الکافی ۱۸۸۷-۱۸۵). همچنین شدت و سنگینی مجازات‌های بدنی در حدود، عامل دیگری است که می‌توان آن را از مقاصد شریعت دانست.

مبحث سوم: نقش قاعده درأ در سقوط مجازات‌ها

قاعده درأ از قواعد امتنانی است و به مجازات‌هایی که ناظر به حقوق الله است اختصاص دارد (جواهر الکلام / ۱۵۷ / ۴۱؛ موسوی بجنوردی القواعد الفقهیه / ۳ / ۸۶). حدود در معنای خاص خود مجازات‌هایی هستند که به حق الله اختصاص دارند. در تعریف حدود آورده شده است که: «هو العقوبه المقدره حقاً لله تعالی». می‌توان گفت که تمام جرائم مستوجب مجازات حدی به جز قذف و سرقت قبل از رفع الی الحاکم حق الله و همه دیات و قصاص حق الناس می‌باشند (بجنوردی، بی تا، ۱۱۹).

در مورد نتیجه اعمال قاعده درأ، این پرسش نیز مطرح می‌گردد که اعمال این قاعده، موجب سقوط مجازات می‌شود یا عدم وقوع جرم؟ قبل از پاسخ به این پرسش، توضیح این پیش فرض ضروری است که عناصر تشکیل دهنده گناه در اسلام با عناصر تشکیل دهنده جرم متفاوت است. جرم از سه عنصر قانونی، مادی و روانی تشکیل شده، در حالی که گناه برای داشتن عقوبت دنیوی (بدون ملاحظه شدت عقوبت) تنها از دو عنصر قانونی و مادی تشکیل شده است. لذا گناه در وهله اول، فارغ از عنصر روانی، مورد توجه قرار می‌گیرد. این بدان دلیل است که گناهان برخلاف جرائم، از زمره قوانین اعتباری نبوده و لذا دارای اثر وضعی هستند.

شرایط اعمال قاعده درأ در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی - میزان مجازات و کفاره گناهان، نقش مؤثری دارد و اعمال مجازات بر این شخص و عقاب دنیوی، منوط به آگاهی و علم او به حرمت حکم و یا موضوع عمل ارتكابی است. به عنوان نمونه، قتل و کشتن انسان، یک گناه است و وجود عنصر قانونی و مادی برای شکل‌گیری گناه قتل، کافی است. لیکن بسته به نوع عنصر روانی (عمد، شبه عمد و خطا) مجازات این گناه تفاوت می‌کند. لذا اگر قتل به صورت عمدی باشد، قصاص و در صورتی که به صورت غیر عمد و خطایی باشد، در شرع اسلام علاوه بر پرداخت دیه، دارای کفاره است (نساء/۹۲). کفاره قتل غیر عمد، آزاد کردن یک برده یا دو ماه روزه متوالی است.

شاید به دلیل وجود همین پیش فرض است که جرائم در اسلام، بر اساس مجازات‌ها طبقه‌بندی می‌شوند و نه جرائم؛ و به همین دلیل است که جرائم غیر عمد نیز در باب کیفرها (حدود، قصاص، دیات و تعزیرات) مورد بررسی قرار می‌گیرند.

گفتار اول - قاعده درأ در سقوط قصاص

قصاص؛ جرایم جسمانی علیه اشخاص، به طور کلی در سه شکل قابل تصور است: ۱- عمد ۲- خطا ۳- شبه عمد؛ و فقط برای حالت عمد، شارع مجازات قصاص را پیش‌بینی نموده است. در تشخیص عمد و در نتیجه قصاص جانی نیز دو عامل معتبر است: اول؛ در انجام فعل مادی، اراده و اختیار وجود داشته باشد (عامده فی فعله) و دوم؛ کشتن مجنی علیه مقصود و هدف نهایی مرتکب جرم بوده باشد (عامده فی قصده). بنابراین با شبهه پیرامون این دو عامل، همین‌طور شرایط خاص قصاص چون تساوی در دین و عقل، قاضی موظف به تحقیق پیرامون این موارد است و با ابقای شبهه از باب تخفیف و تسامح و امتنان بر مرتکب، باید بر اساس قاعده درأ حکم به سقوط مجازات قصاص صادر نماید.

به باور دسته‌ای از فقها قلمرو قاعده درأ، باب قصاص را در بر نمی‌گیرد و تنها حدود یا حداکثر تعزیرات را شامل می‌شود. یکی از شواهد عدم اجرای قاعده درأ در قصاص، جاری نبودن قاعده معروف «البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر» در حالت لوث است (الحر العاملی، ج ۲۷، ۱۶۰۹ هـ.ق، ص ۲۳۶). اگر بنا بود قاعده درأ اجرا شود به اقتضای این قاعده، نوبت به قسامه در قتل نمی‌رسید و در صورت لوث، قاضی دلیل قطعی و یقینی بر ارتکاب قتل از سوی مظنون ندارد، ولی با این وجود، مظنون برای اثبات بی‌گناهی خویش باید بینه اقامه کند؛ در غیر این صورت با اقامه قسامه، مجرم شناخته می‌شود. بویژه در حکمت جعل قسامه گفته شده: «لثلا یبطل دم امرئ مسلم» که این نشان‌دهنده آن است که مذاق شارع در قصاص بر جلوگیری از هدر گشتن خون

اشخاص استوار گردیده و به مجرد شبهه، قاضی نمی تواند قصاص را از متهم بردارد و پرونده را مختومه اعلام نماید. با این حال، در عبارات فقهای چون شیخ طوسی، موارد متعددی از تمسک به قاعده درأ در باب قصاص به چشم می خورد. همین استنادهای فراوان سبب شده تا این دیدگاه شکل گیرد که قاعده در باب قصاص هم جاری است. اگر حد را به معنای اعم از قصاص در نظر بگیریم، دیگر عروض شبهه در قصاص فرقی با حدود ندارد و گرچه قصاص از جمله حقوق الناس بوده و در حقوق الناس اصل بر تدقیق و تحقیق است، ولی با وجود شبهه، حکم به سقوط قصاص می شود. البته، قاضی به مجرد شبهه نباید بر بی گناهی متهم حکم نماید؛ بلکه ملزم به فحص در پرونده بوده و نفس شبهه، مدرک معتبری بر صدور حکم براءت متهم محسوب نمی شود (همان، ج ۲۹، ص ۱۹۰). مستند این دیدگاه علاوه بر استناد برخی از فقها به مضمون قاعده در باب قصاص، در موارد زیر خلاصه می شود:

نخست اینکه، لفظ «الحدود» جمع محلی به «ال» است و از نظر اصولیان برای دلالت بر عموم استغراقی وضع گردیده که به معنای عموم عقوبات های شرعی و مختص حد اصطلاحی نیست، بلکه قصاص را نیز به این دلیل دربرمی گیرد که نوعی مجازات محسوب می شود.

دیگر آنکه، وقتی عقوبات به درجه نقص عضو یا سلب حیات می رسند، به جهت اهمیت و ضرورت تخفیف و احتیاط در دماء، حاکم می باید نهایت دقت را به خرج داده و در هر گونه موارد تردید، از اجرای آن جلوگیری نماید. از سویی بنابر اولویت، وقتی شلاق به عنوان یکی از عقوبات حدی، با شبهه منتفی شود، به طریق اولی قصاص نفس و عضو - به جهت غیر قابل جبران بودن آن - با شبهه ساقط می شود (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۰۳).

گفتار دوم - سقوط مجازات در حدود

این کیفر که بنابر ماده ۱۵ ق.م.، نوع، میزان و کیفیت آن در شرع تعیین شده و جنبه

حصری دارند. قانونگذار در ماده ۱۲۱ ق.م.، حکم کلی حدود در صورت وجود شبهه را مشخص کرده است و آن‌ها را بی‌نیاز از تحقیق و تفحص در نیل به مدرک جهت رفع شبهه، مجازات را ساقط می‌داند.

با کنکاش در علل جرم‌انگاری، ادله اثبات، و علل سقوط حدود، روشن می‌شود که عقیده قانون‌گذار به پیروی از آموزه‌های اسلامی، به رغم تأکید فراوان بر قبح ذاتی اعمالی که منجر به این مجازات می‌شود چون زنا و لواط، و حفظ عفت و پاکدامنی و مجازات شدید اخروی آنان، بر ستر و پوشیدن این جرایم و جلوگیری از اثبات و علنی شدن آنهاست. لذا با توجه به این که اکثر این جرایم به طور پنهانی و در خفا انجام می‌گیرد و تلاش برای کشف و اثبات آنها با جستجو و تجسس در امور شهروندان و افشای زشتی این اعمال برخورد دارد، به همین دلیل هر گونه شبهه‌ای مانع اجرای مجازات می‌شود. و مرتکبین این جرایم هر گونه ادعایی البته متعارف و عقلانی کنند، گفتارشان بی‌آن که نیاز به سوگند و مدرک داشته باشد پذیرفته می‌شود. و این امر خلاف حقوق عرفی است که می‌گوید «جرم» پدیده‌ای است که قوای حاکم همه توان خود را جهت کشف آن به کار می‌گیرد.

اما حدودی نیز طی ماده ۱۲۱ ق.م.ا به طور حصری مشخص شده‌اند که قاضی پس از حصول شبهه نباید به سرعت مجازات را ساقط بدارد بلکه ملزم به غوررسی پیرامون شبهه حاصله و صحت آن است. چون محاربه و افساد فی‌الأرض، که شارع تأمین و رعایت مصلحت و امنیت عمومی را بر مصلحت فردی مجرم مقدم داشته است، به همین دلیل در تبصره ۱ ماده ۲۱۸ صرف ادعای اکراه یا اغفال را مسقط حد ندانسته و دادگاه را موظف به بررسی و تحقیق کرده است. حد قذف، وسیله‌ای برای حفظ کرامت و مانع ننگ و از بین رفتن اعتبار اخلاقی و اجتماعی بوده و مهم‌تر آن که حق الناس بوده و با شکایت شاکی خصوصی، دادرسی کیفری ملزم به ترتیب اثر دادن به شکایت جهت احراز واقیت است. اما سرقت حدی که باید آن را بارزترین جرم علیه اموال و مالکیت

به شمار آورد که به نوعی تعرض به مال دیگری است نیز با شکایت شاکی خصوصی جنبه خصوصی جرم سرقت تحقق می‌یابد و با طرح دعوا است که جنبه حق‌اللهی آن مطرح می‌شود و حد سرقت مورد می‌یابد.

گفتار سوم - قاعده درأ و سقوط مجازات‌های تعزیری

آنچه از عبارات اصحاب لغت و اکثر فقها و ظاهر برخی از روایات استفاده می‌شود، این است که «حد» از حیث لفظ، تعزیرات را در بر نمی‌گیرد. البته اکثر برداشت‌های لغویان نسبت به واژه «تعزیر» از کلمات فقیهان (حقیقت شرعی) در فقه ناشی می‌شود.

محقق حلی در تعریف تعزیر می‌گوید: «کل ما له عقوبه مقدره یسمی حدا، و ما لیس كذلك یسمی تعزیرا» (المحقق الحلی، ۱۶۳۸ق، ص ۳۹۹) و شهید ثانی تعریف شرعی آن را چنین بیان می‌کند: «عقوبه او إهانه لا تقدیر لها بأصل الشرع غالباً» (الشهید الثانی، ج ۱۴، ۱۶۱۳ق، ص ۳۲۵). همه این تعریف‌ها می‌رساند تعزیر قسمی از حد اصلاحی محسوب نمی‌شود؛ بلکه قسیم آن است. لذا اصل اولیه در قاعده درأ، جعل و وضع آن نسبت به جرائم حدی است که به همین دلیل اغلب فقهای عامه، قاعده مزبور را به تعزیرات تسری نمی‌دهند. فقهای شافعی چون سیوطی شبهه را مانع اجرای تعزیر ندانسته‌اند. به نظر می‌رسد پذیرش این مطلب که تعزیر حکم حد را دارد، اجرای احکام جزایی را در اسلام به تعطیلی می‌کشاند. چنانچه در جرایمی همچون کلاهبرداری، تصرف عدوانی یا جعل، همچون زنا و لواط بخوایم به قاعده درأ تمسک جوییم، اثبات جرایم با دشواری بیش از حدی رو به رو خواهد شد.

اما نقطه اشتراک حد و تعزیر، جنبه‌های حق‌اللهی آن دو است که فقط از حیث تعیین شرعی یا عدم تعیین، از یکدیگر مجزا شده‌اند؛ لذا گفته شده همین اشتراک و همسانی، برای اجرای اصاله العموم و از باب استعمال کلی در مصادیق آن کافی است؛ چه آنکه در پاره‌ای روایات (الموسوی الخوانساری، ۱۳۶۴، ۳۹۳) نسبت به عقوبت‌های تعزیری

واژه «حد» اطلاق گردیده که از باب اطلاق در مصداق تعزیر بوده و شمولش از باب الغای خصوصیت نیست.

به نظر می‌رسد در تعزیراتی که جنبه خصوصی یا عمومی ندارند و حق الله محض باشند، از این حیث در ردیف کیفرهای حدی قرار می‌گیرند و با تنقیح مناط، حکم قاعده در آن در این دسته جریان می‌یابد. شایان ذکر است از مجموع ادله و اصول قضایی اسلام به دست می‌آید، در فرضی همچون اقرار کمتر از چهار بار در زنا، مرتکب همچنان در سایه فرض برائت قرار دارد، و با تزلزل یکی از ارکان و یا فراهم نشدن وسایل اثبات جرم، شرعاً جرم حدی به اثبات نمی‌رسد و متهم همچنان بیگناه فرض می‌شود و قاعدتا نباید تعزیری جایگزین حد ساقط شده گردد. البته در مواردی خاص در فقه دیده شده که شبهه به عنوان عاملی در تبدیل مجازات حدی به تعزیر مطرح شده است زیرا گرچه شبهه حد را ساقط می‌کند، اما در صورتی که حاکم مصلحت قطعی را در تعزیر بداند، با لحاظ اماره بی‌گناهی و به منظور حفظ نظام اجتماعی و از بین نرفتن قبح رفتار به صدور حکم تعزیری مبادرت می‌ورزد.

برای اعمال تعزیر دو ملاک و معیار وجود دارد که اولی: ارتکاب معصیت شرعی و دومی اعمال مفسده‌آمیز و مغایر با مقررات و نظامات حکومتی است. مؤید مطلب را می‌توان در تعریف مقنن از مجازات تعزیری در ماده ۱۸ ق.م.ا ملاحظه نمود. منشأ این کیفر تعزیری در اسلام نیز تابع مفسده و اختلالی است که در اثر وقوع جرم به منافع و مصالح جامعه وارد شده است. از این رو حیثیت عمومی اکثر جرایم قابل تعزیر، مقدم بر حیثیت خصوصی جرم بوده و تعقیب آن برای حفظ حقوق عمومی بوده که بر عهده مقامات قضایی است. لذا در اغلب موارد گذشت شاکی خصوصی از شکایت، مانع محکومیت مرتکب جرم تعزیری نخواهد شد. به همین سبب غالب آنها را باید حق الله دانست مگر این که قانون‌گذار آن را حق الناس اعلام دارد. پس با توجه به دلایل گفته‌شده باید قائل به شمول اعمال در آن مجازات‌های تعزیری و سقوط مجازات با

توجه به قاعده درأ خواهیم بود. چنان که قانون‌گذار در جرایم سنگین و مجازات‌های طاقت‌فرسای «حدی» که مستقیماً ناشی از شارع مقدس یعنی خداوند متعال است بنا را بر مسامحه و تخفیف گذاشته، پس در مجازات‌های تعزیری که به صورت مستقیم یا غیر مستقیم از منابع فقهی و یا بنا به مصالح اجتماعی به وسیله قانون‌گذار استنتاج می‌شود به طریق اولی اغماض و مسامحه را باید پذیرفت (قدسی، ۱۳۸۱: ۲۳۳). همچنین مقتضای عقل و عدل نیز این است که حداقل در حالتی که مجرم در حین ارتکاب عمل منهی عنه قطع و یقین به جایز بودن اقدام خود داشته با توسل به قاعده درأ رفع گردند. ثانیاً؛ مجازات‌های تعزیری نیز به معنای عام کلمه مجازات بوده و با توجه به این که عنوان «جرم» در ماده ۱۲۰ ق.م.ا.افاده عموم می‌کند و جرم خاصی را تخصیص نزده است، بنابراین مشمول قاعده درأ هستند. رابعاً؛ این قاعده به جهت تخفیف و تسامح بر متهم، و رعایت عدالت وضع شده است. پس متهم به هر نوع کیفری که متهم باشد، تفاوتی ندارد؛ چه مستوجب حد باشد و چه مستوجب تعزیری، باید آن را رعایت کرد.

گفتار چهارم - آثار پذیرش قاعده درأ در تعزیرات

از آن جا که این قاعده بر محور شبهه بنا نهاده شده و رفع شبهه با اصول عملیه یا حتی تلاش قاضی، با روح قاعده ناهماهنگ است، در تقنین دو راه حل را می‌توان در نظر گرفت: ۱. پذیرش قاعده درأ صرفاً در حدودی که جنبه شرعی دارند، و تبرئه مجرمان با استفاده از اصل براءت در دیگر جرایم؛ ۲. نفی قاعده درأ به طور کلی و الزام به تفحص در موارد شبهه، به جز مواردی که به طور خاص از تحقیق و تفحص نهی شده است. راه حل اول در بخشی از ماده ۱۲۱ قانون مجازات، مد نظر قانونگذار قرار گرفته است. در ماده ۸ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ ویژگی برخی جرایم، تجاوز به حدود و مقررات الهی دانسته شده است. در این دست جرایم از اجرای قاعده درأ می‌توان سخن گفت.

با این بیان، مسئله تخفیف در اثبات حدود و برداشتن حدود با بروز شبهه، به ویژه در

عصر غیبت که با مخالفت‌های فقهی قابل توجهی همراه است، به شرط جایگزینی تعزیر به جای حد، دو برآیند خواهد داشت: از سویی، مانع سوءاستفاده مجرمان خواهد بود و از سوی دیگر، از اصول حاکم بر حدود هم تخطی نمی‌شود.

به اعتقاد نگارنده، پذیرش راه حل دوم، که همان لزوم تفحص در حدود مستوجب افساد، محاربه، قذف و سرقت، و الزام قاضی به تحقیق در دیگر جرایم است، در واقع به خروج از قاعده درأ و به بیان دیگر، از اصل برائت می‌انجامد که شرح آن گذشت. گذشته از اشکال مبنایی یاد شده، ظاهر ماده قانونی ۱۲۰ پیامدهایی را به شرح زیر در حقوق کیفری در پی خواهد داشت:

۱. مسئله فرض علم به قانون که شرط اصلی در تأمین نظم و امنیت جامعه است، کارایی خود را از دست خواهد داد. دیگر نمی‌توان با فرض عالم بودن به مجازات مرتکبان روی آورد؛ بلکه در صورت ادعای جهل از سوی متهم، این قاضی است که یا باید طبق قاعده درأ این ادعا را بپذیرد و از مجازات مرتکب چشم‌پوشی کند و یا با نادیده گرفتن قاعده درأ در مقام اثبات علم بر آید؛ افزون بر این، تا زمانی که دلیلی بر خلاف آن نیابد، نمی‌تواند به مجازات مرتکب اقدام کند؛ البته، واگذاری بار اثبات علم مدعی به قاضی، مشکلاتی را در اجرا فراهم می‌آورد، حال آن که در فرض برائت، برخلاف قاعده درأ، فرض بر عالم بودن مرتکب است مگر این که بتواند جاهل بودن خود را در مواردی که علم به قانون شرط است، ثابت کند.

۲. قاعده درأ حتی در موارد جهل از روی تقصیر هم پذیرفته شده است. در فرض خوش‌بینانه اگر مرتکب، ادعای جهل کند و در نهایت، به جهل وی از روی تقصیر هم پی ببریم، با قبول جریان قاعده درأ، مجازات قابل اجرا نخواهد بود؛ درحالی که با حذف ماده ۱۲۰ و اتکا کردن به اصل برائت هرگز چنین اشکالی رخ نمی‌دهد؛ برای نمونه، در جرایم رانندگی متهم ادعا می‌کند که از یک طرفه بودن خیابان بی‌اطلاع بوده و بی‌اطلاعی وی هم به دلیل سهل‌انگاری محرز می‌گردد؛ طبق مفاد

ماده ۱۲۰ که مقرر می‌دارد: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.» مجازات وی ممکن نخواهد بود.

۳. چنان که گذشت، قاضی در حدود می‌تواند با ایجاد شبهه از اجرای مجازات خودداری کند، حال سؤال این است که آیا قانون‌گذار در تعدی از حدود به تعزیرات و قصاص هم به این لازمه پایبند است؟ اگر در تعزیرات هم ایجاد شبهه را رافع مجازات بدانیم، عملاً اجرای تعزیرات با مشکل روبه رو خواهد شد، زیرا کمتر تعزیری را می‌توان یافت که فاقد شبهه باشد یا درباره آن نتوان شبهه‌ای ایجاد کرد.

۴. نکته مهم دیگر، تسری قاعده درأ به همه تعزیرات است. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجازات بازدارنده حذف گردیده و تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده سابق را مجازات تعزیر نامیده‌اند؛ بنابراین عملاً باید مفاد ماده ۱۲۰ را در تعزیرات عرفی یا مجازات‌های بازدارنده سابق هم قابل اجرا دانست. این در حالی است که حتی طرفداران تعدی قواعد حدود به تعزیرات، از استثنا بودن تعزیرات عرفی و مجازات‌های بازدارنده سخن گفته و به صراحت نوشته‌اند: «منظور از تعزیرات، معنای مصطلح آن در فقه است، یعنی مجازات شرعی که برای محرمات شرعی مقرر گردیده است؛ ولی آن چه که حکومت اسلامی جهت حفظ نظم جامعه و جریان صحیح امور مجازات‌هایی را پیش‌بینی می‌نماید که اصطلاحاً بدان تعزیرات حکومتی گفته می‌شود، مشمول قاعده مزبور نخواهد شد.» با وجود این، قانون‌گذار با غفلت از این مسئله، ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی را به گونه‌ای تنظیم کرده است که شبهه در مجازات‌های بازدارنده را هم در بر می‌گیرد.

گفتار پنجم - قاعده درأ در سقوط دیات

در ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی، دیه در شمار مجازات‌هاست اما از طرفی دیگر با

آورده شدن عبارت «مالی است...» در تعریف آن طبق ماده ۱۷، ابهام ماهیت آن هنوز به چشم می‌خورد. بنابراین با وجود ادله زیر نمی‌توان حکم سقوط مجازات با اعمال قاعده در آن را بر دیات تعمیم داد:

اولاً؛ مراد از واژه «الحدود» در قاعده تدرأ الحدود بالشبهات و «جرم» در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ مجازات‌هاست (اعم از حدود و قصاص و تعزیرات) و با وجود شک در ماهیت حقوقی دیه که آیا مجازات است یا پرداخت غرامت، دیگر جایی برای مشمول شدن آن در این قاعده وجود ندارد. زیرا قاعده مذکور، اولاً در حقوق کیفری و مجازات‌ها جریان دارد و ثانیاً قاعده‌ای است برای امتنان، از این رو معنا ندارد که بر یک طرف (متهم) منت نهاده شود و دیه را از وی بر دارد، اما بر طرف دیگر (مجنی علیه) این منت گذاشته نشود و حق وی از بین برود. ثالثاً؛ چون مبنای دیات بر جبران خسارت مجنی علیه است و قواعدی چون «لایطل دم امرء مسلم و لا یذهب حق امرء مسلم» بر آن حاکم است، به گونه‌ای که صرف استناد قتل و ضرب و جرح برای مسئولیت جانی کافی است هر چند او سوءنیتی نداشته باشد. از این رو قاعده در آن در دیات جاری نمی‌شود. اما نکته قابل توجه این است که مسأله عدم تأثیر شبهه در دیات وقتی می‌تواند مطرح گردد که در ابتدا قصاص واجب باشد. آنگاه به دلیل حصول شبهه قصاص ساقط شود و سپس جایگزینی دیه مطرح گردد؛ یا اگر ابتدا دیه واجب شود و حصول انتساب آن به متهم مورد شبهه نباشد، مانند جنایات شبه عمدی و خطای محض. بنابراین در حالتی که از ابتدا انتساب عمل مجرمانه بر متهم محل تردید باشد و دادرس به واقعیت نرسد، می‌بایست براساس اصل براءت متهم را به کلی هم از قصاص و هم از پرداخت دیه تبرئه نماید.

در مورد دیات همه فقها اعم از اهل سنت و امامیه معتقدند که قاعده در آن شامل جرایم مستوجب پرداخت دیه نمی‌گردد؛ زیرا دیات از حقوق الناس است و در جایی که حق الناس مطرح باشد، جایی برای مسامحه و تخفیف باقی نمی‌ماند. از طرف دیگر،

بخش عمده‌ای از دیات ناظر به جرائم غیر عمد است و از آن جا که شبهه ناظر به ذهنیت فاعل جرم است و در جرائم غیر عمد، عنصر روانی عمد و قصد، وجود ندارد، لذا شبهه از جانب متهم در جرائم غیر عمد قابل تصور نیست. شبهه از جانب قاضی نیز به دلیل حق الناس بودن دیات موجب اعمال قاعده در آن نمی‌گردد.

با این وجود، برخی از فقها دایره شمول این قاعده را نسبت به قصاص نیز تسری داده‌اند. استدلال آنان این بوده است که آن چه از روایات کثیره و تسالم اصحاب و مذاق شرع استفاده می‌شود، این است که تا آنجا که امکان دارد باید احتیاط نمود و در جریان قصاص دقت بیشتری خرج داد. در پاسخ باید گفت که توجه به شبهه در باب قصاص، ناشی از اصل احتیاط است و نه قاعده در آن، چرا که از یک طرف، در صورت تفسیر موسع قاعده در آن، بسیاری از اصول عقلی و قواعد فقهی مانند اصل احتیاط و اصل برائت عبث و بیهوده خواهند بود و با همپوشانی این قواعد با قاعده در آن، مجالی برای جاری شدن آنها نخواهد ماند.

همچنین برخی از فقها معتقدند که مستفاد از قاعده در آن وجوب عدم تحقیق و جستجو بوده و لذا این امر با قصاص که مبتنی بر مذاقه و دقت نظر است، در تعارض است، چرا که تحقیق و تفحص در قصاص، بر قاضی واجب است و لذا با اعمال قاعده در آن، مجالی برای تحقیق و تفحص قاضی باقی نمی‌ماند.

نتیجه گیری

قاعده در ترازوی سنجش عدالت قضایی است که وزن علمی تصمیمات را با محک یقین توزین می‌نماید. این قاعده در کارخانه داوری و قضاوت به منزله یک صافی عبور است که تصمیمات آلوده به شک و تردید را پالایش کرده و گوهر حق را صیقل می‌دهد. با قیام به این قاعده شاید بتوان از ضریب خطای فکر در مقام داوری کاست و کاخ عدالت را آراست چرا که در نگاه اسلام انسان موجودی بسیار ارزشمند، مشمول

کرامت الهی و از نظر اسلام جان، مال و حیثیت انسان بسیار محترم است و یکی از وظایف مهم نهادهای حکومتی و متصدیان امور قضایی صیانت از امنیت عمومی انسان‌هاست. بر این اساس تا زمانی که دلایل جرم و مجازات به درستی اثبات نشده باشد، اصل بر برائت انسان‌هاست. قلمرو مسئولیت این قاعده در هر سه مرحله، تولید جرم، شرایط وقوع جرم و شرایط کیفری، مجرم را احاطه نموده و کلیه جرایم و مجازات‌ها را با یک استثناء کوچک (محاربه، افساد فی الأرض، سرقت، قذف) در بر می‌گیرد. قاعده در آ یکی از قواعد مهم حقوق جزای اسلامی بوده که به رغم اهمیت فراوان آن، کمتر درباره‌اش پژوهش‌های مفید انجام شده است. این قاعده از نظر حقوق دانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعده تفسیر شک به نفع متهم در حقوق جزای عرفی، از جهاتی همتایی دارد و این قاعده از جهاتی مشابه قاعده مزبور بوده و در دو قلمرو حقوق جزای عمومی و آیین دادرسی کیفری از آن سخن به میان آمده است، فهم درست این دو قاعده به ویژه اولی، ما را در درک سیاست کیفری شریعت اسلامی یاری می‌دهد. همانطور که می‌دانیم تفسیر شک به نفع متهم در همه نظام‌های حقوقی دنیا وجود دارد و این قاعده را پذیرفته‌اند.

براساس این قاعده هرگاه پس از اثبات اسناد مادی جرم به مرتکب در استحقاق مجازات وی شبهه پیش آید، مجازات قانونی ساقط خواهد شد، که این امر بر مبنای قاعده در آ یعنی «تخفیف و تسامح» خواهد بود.

کلیدواژه قاعده در آ یعنی شبهه، مبتنی است بر جهل متعارف، به گونه‌ای که به یقین منجر نشود که می‌تواند هم از طرف متهم ادعا شود و هم خود قاضی، با توجه به قراینی به این شبهه رسیده باشد به طوری که با وجود تحقیق پیرامون این شبهه نیز نتواند به یقین دست یابد. اما باید به این دو نکته نیز توجه داشت که، ادعای شبهه از سوی متهم در دادگاه باید به زمان ارتکاب جرم ملحق شود یعنی مدعی شود که در زمان ارتکاب جرم، شبهه بر وی حاصل شده است. و دیگر این که این ادعای متهم به هر تقدیر بر

قاضی نیز عارض شود که بتواند بر اساس آن مجازات را ساقط نماید.

در بحث اعمال قاعده‌ای با اوصاف فوق‌الذکر در حقوق کیفری ماهوی، عمده بحث اصلی پیرامون جرم و مسئولیت کیفری و مجازات‌ها است. در بحث تأثیر قاعده درآ نسبت به عناصر جرم و تحقق آن، باید گفت قاعده درآ به عنوان قاعده‌ای مستقل، زمانی زمینه‌آجرائی پیدا می‌کند که احراز وقوع عنصر مادی و انتساب آن به متهم از جانب دادرس محل تردید نباشد، بلکه منشأ شبهه به ذهنیت مرتکب و قصور او به مباح بودن عمل مادی ارتكابی بر می‌گردد.

اما در باب تأثیر قاعده بر مجازات‌های مصرح در قانون طبق ماده ۱۴ ق.م.ا یعنی حدود، قصاص، تعزیرات و دیات طبق مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ ق.م.ا باید بگوییم قاعده درآ در تمام جرایم چه حق‌الله و چه حق‌الناس جاری خواهد بود و می‌توان آن را اعمال نمود همچنین فرقی نمی‌کند مجازات آن حد باشد یا قصاص یا تعزیر. اما در تزامم اجرای درآ با حق‌الناس می‌بایست حق خصوصی را رعایت کرده و جهت عدم تضییع آن با سقوط مجازات مرتکب را ملزم به پرداخت خسارات و ضرر و زیان خصوصی که به بزه‌دیده وارد شده نمود. به همین منظور است که اعمال درآ در دیات چون ماهیت شرعی و حقوقی دیه مورد اختلاف است و بیشتر صاحب‌نظران آن را جبران خسارت و پرداخت غرامت می‌دانند، لذا بیشتر از نوع ضرر و زیان‌های خصوصی به شمار می‌آید تا مجازات‌های حافظ نظم و امنیت عمومی، همچنین قاعده درآ برای امتنان است از این رو در دیات کاربردی ندارد زیرا معنا ندارد که بر یک طرف (متهم) منت نهاده شود و دیه را از وی بردارد، اما بر طرف دیگر (مجنی‌علیه) منت گذاشته نشود و حق وی از بین برود. بنابراین در صورت اسناد جرم به مرتکب، وی باید در هر صورت دیه را به مجنی‌علیه یا ولی وی پرداخت نماید.

هر چند نخستین بار قانون‌گذار با اختصاص مبحثی به قاعده درآ تحت فصل سقوط مجازات، آن را به عنوان یکی از عوامل سقوط مجازات پیش‌بینی کرده است و با تقنین

این قاعده گامی به جلو برداشته شده و راه را برای اعمال قانونی آن باز نموده است، اما عدم ارائه یک تعریف جامع و مانع از «شبهه» نوعی خط و تناقض پیش آمده که راه را برای مجرمان حرفه‌ای باز می‌گذارد و می‌توانند از این خط به نفع اعمال مجرمانه خود استفاده برند. با این وجود عمومیت و کلیت قاعده در آن و به طور خاص، شبهه، به گونه‌ای نیست که در ناحیه متهم شامل هر نوع ادعایی شود و در ناحیه قاضی شامل هر شبهه‌ای شود که برای او پیش آید؛ چنان که به یکی ظلم شود و عدالت راستین اجرا نگردد.

بنابراین در قاعده در آن نباید حد عقلایی آن را پذیرفت زیرا افراط در قاعده، به گونه‌ای که هر نوع شبهه‌ای ساقط‌کننده مجازات باشد، صحیح نیست. از سوی دیگر نباید در قاعده در آن راه تفریط را پیش گرفت و در هیچ موردی به سقوط مجازات قائل نشد. این حد عقلایی با توجه به جرم، و این که از زمره حق‌الله است یا حق‌الناس و نیز بر اساس شبهه‌ای که برای قاضی یا متهم پیدا شده و با توجه به شرایط و وضعیت هر پرونده متفاوت می‌شود. بر این اساس باید تا آنجا که ممکن است در کنار حفظ حقوق متهم و اجرای عدالت، از گسترش موارد گریز از مجازات و افزایش احتمال عدم اجرای آن جلوگیری نمود. چرا که عدم اجرای مجازات، به مجرد ادعای شبهه‌ای بی اساس و بدون نیاز به تحقیق پیرامون درستی آن، چیزی جز هرج و مرج و قانون‌گریزی و اعاده به تقاص و تلافی نخواهد بود. به همین دلیل است که قاعده در آن را باید آخرین پله از مراحل دادرسی دانست که دادگاه هنگام برخورد با متون و مدارک مبهم یا متعارض به کار می‌گیرد.

منابع و مأخذ

منابع فارسی

- ۱- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی ایران، چاپ ۳۷، جلد دوم، نشر میزان
- ۲- حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن یحیی بن سعید هذلی (۱۴۱۰ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد چهارم، بیروت، انتشارات دارالفکر

- ۳- خوانساری، سید احمد. (۱۳۶۴) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: اسماعیلیان
- ۴- زراعت، عباس، ۱۳۸۵، حقوق و جزای عمومی، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات ققنوس
- ۵- زراعت، عباس (۱۳۹۳)، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات جنگل
- ۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۲ ق) الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم
- ۷- صادقی، محمد هادی، ۱۳۷۶، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)، ج اول، تهران، نشر میزان
- ۸- قدسی، سید ابراهیم، ۱۳۸۱، قلمرو تأثیر جهل بر مسئولیت کیفری، چاپ اول، بابلسر، انتشارات دانشگاه مازندران
- ۹- کلاتری، کیومرث، ۱۳۷۵، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در حقوق ایران، بابلسر، نشر دانشگاه مازندران
- ۱۰- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ ق، اصول الکافی، ج ۷، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه
- ۱۱- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۴)، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات مجد. (۱۳۸۰)، با بسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان
- ۱۲- گلدوزیان، ایرج، ۱۳۶۸، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه تمامیت جسمانی)، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی
- ۱۳- گلدوزیان، ایرج، ۱۳۸۲، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، چاپ نهم، تهران، نشر میزان
- ۱۴- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۲، قواعد فقه (۴) بخش جزا، چاپ هشتم، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی
- ۱۵- مرعشی، سید محمد حسن، ۱۳۷۳، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، چاپ اول، تهران، نشر میزان
- ۱۶- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱)، قواعد فقه ۴ (جزائی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی
- ۱۷- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ ق)، فقه الحدود و التعزیرات، موسسه النشر لجامعه المفید
- ۱۸- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۴ ق) التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم: مکتبه آیت الله مرعشی
- ۲۰- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۲۴ ق) القواعد الفقهیة، قم: دلیل ما، چاپ اول
- ۲۱- نور بها، رضا، ۱۳۸۷، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و هشتم، تهران، انتشارات کانون وکلا

۲۲- ولیدی، محمد صالح (۱۳۸۸)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، انتشارات جنگل

مقالات

- ۱- حسینی، سید محمد، حدود تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۱، بهار ۱۳۸۷
- ۲- علیرضایی، مصطفی، ۱۳۸۰، اسباب سقوط مجازات در حقوق جزایی اسلام و ایران، دانشگاه تربیت معلم تهران
- ۳- ساداتی، سید محمد مهدی، ۱۳۹۵، شرایط اعمال قاعده درأ در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۸، شماره ۱۴
- ۴- مرتاضی، احمد، ۱۳۹۷، اثر محکومیت زدایی و کیفرزدایی قاعده درأ در جنایات موجب قصاص با رویکردی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره بیست و پنجم.
- ۵- مؤذن‌زادگان، حسنعلی، ارتکاب قتل به اعتقاد قصاص یا مهدورالدم بودن، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۶۰، تابستان ۱۳۸۲
- ۶- محمودی جانکی، فیروز، قاعده درأ و تطبیق آن با تفسیر شک به نفع متهم در حقوق موضوعه، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، بهار ۱۳۷۸

تحلیل مالکیت منابع آب در حقوق ایران

دکتر هادی قائمی^۱

پژوهش‌گر حقوق انرژی

چکیده

حقوق آب به دلیل تلاقی با طیف وسیعی از شاخه‌های حقوق، از پیچیدگی برخوردار است. موضوع مالکیت آب به‌عنوان محور مباحث این رشته از دانش حقوق محسوب می‌شود. مالکیت منابع آب عمدتاً ناظر بر بهره‌برداری و دخل و تصرف این منابع است. هرچند در نظام حقوقی کشور، موضوع مالکیت آب چندان شفاف نیست، لیکن از جمع قوانین و مقررات گوناگون حاکم بر این بخش می‌توان منابع آب را از ثروت‌های عمومی محسوب کرد که احکام انفال بر آن‌ها جاری شده به نحوی که مالکیت خصوصی بر منابع آب - جز در موارد استثنایی - منتفی است. این مالکیت آثار متعددی در پی آورده است.

کلیدواژه‌ها: آب‌های زیرزمینی، آب‌های سطحی، حقوق آب، مالکیت آب، مدیریت آب

۱. مقدمه

حقوق آب، به عنوان یکی از شاخه‌های نوظهور حقوق است که طیف وسیعی از جمله حقوق اداری، حقوق مدنی، حقوق جزا و سایر شاخه‌های حقوق را که به نحوی با مسأله آب مرتبطند، در بر می‌گیرد. پیچیدگی حقوق آب به دلیل تنوع موضوعات و مسائلی که به آن در این حیطه پرداخته می‌شود بسیار وسیع و گسترده قلمداد می‌شود.^۱ لذا ارائه تعریف از حقوق آب امری سهل و ممتنع است.

هرگونه پژوهشی در خصوص حقوق آب، در بدو امر مستلزم شناخت مالکیت بر منابع آب است زیرا حقوق مربوط به آب، با توجه به این موضوع و در راستای آن قابل سامان‌دهی خواهد بود. بدون شناخت مسأله مالکیت، بررسی سایر مباحث و مسائل مربوط به حقوق آب نمی‌تواند چندان راه‌گشا باشد. در واقع مسأله مالکیت منابع آب محوری‌ترین مسأله در نظام حقوق آب است که بدان نخ تسبیح سایر مسائل مربوط به حقوق آب را به طور منظم کنار هم قرار می‌دهد و شاکله‌ای به وجود می‌آورد که دارای تشخیص علمی مستقل بوده و می‌توان آن را به عنوان شاخه‌ای از علم حقوق و یا شاخه‌ای از علم حقوق انرژی به رسمیت شناخت. در این پژوهش تلاش بر این خواهد بود که موضوع مالکیت آب و آثار مترتب بر این مالکیت در حقوق ایران مورد مطالعه و تحلیل قرار گیرد.

۲. تعریف مالکیت در حقوق آب

برای «مالکیت» در علم حقوق تعاریف مختلفی توسط حقوق‌دانان ارائه شده است. در جمع این تعاریف می‌توان گفت: مالکیت رابطه‌ای است اعتباری بین شخص (حقیقی یا حقوقی) و مال که به شخص اجازه انحصار تصرفات در مال در حدود قانون را می‌دهد. در حقوق آب، مالکیت منابع آب، ناظر بر امکان قانونی دخل و تصرف و بهره‌برداری از

۱. پارسا و دیگران، ۱۳۹۴

این منابع است. در واقع با بررسی قوانین و مقررات که در ادامه می‌آید: چنین برداشت می‌شود، مالکیت منابع آب در سطح کلان (حکومت یا دولت) به معنی مدیریت بر منابع آب است و نه مفهوم رایج حقوقی مالکیت و در سطوح پایین‌تر، اشخاص می‌توانند در چارچوب قوانین و مقررات مالک آب و نه منابع آب به معنا و مفهوم رایج حقوقی مالکیت باشند. در واقع «باید بین مفاهیم مالکیت آب و حق استفاده از آب تفاوت قائل شد.»^۱

۳. مالکیت آب در نظام حقوقی ایران

مسئله مالکیت بر آب‌ها و بهره‌برداری از آن در نظام حقوق موضوعه کشور نخستین بار در قانون مدنی مطرح شد. به طور مشخص در ماده ۲۵ این قانون آب‌انبارهای عمومی، قنوات و چاه‌هایی که مورد استفاده عموم هستند و مالک خاص ندارند، غیر قابل تملک معرفی شدند. همچنین، در مواد ۱۴۸ و ۱۴۹ قانون مورد بحث، موضوع حیازت مباحات در خصوص آب به رسمیت شناخته شده است. ضمن این که در مواد ۱۴۹ و ۱۵۵ قانون پیش گفته از عبارات «مياه مباحه»، «آب مباح» و «نهرهای مباحه» استفاده شده و این حق به اشخاص داده شده است که با احداث نهر و یا مجرا از رودخانه نسبت به تملک و بهره‌برداری از آب رودخانه‌ها، چشمه‌ها و ... اقدام نمایند. همچنین، در مواد ۱۵۰ و ۱۶۰ قانون مدنی، امکان حفر چاه و قنات و مالکیت آب استحصال شده از چاه یا قنات پیش‌بینی شده است. و سرانجام در مواد ۱۴۸ الی ۱۶۰ قانون مدنی مقرراتی در خصوص نحوه حل اختلافات مربوط به مالکیت و بهره‌برداری از آب وضع شده است. آن چه که از تدقیق در قانون مدنی و از جمله مواد مورد استناد اخیر استنباط می‌شود این است که این قانون حقی برای اشخاص در تملک رودخانه‌ها، چشمه‌ها و یا سفره‌های زیرزمینی آب قائل نشده و صرفاً به اشخاص اجازه داده است با جدا کردن نهر و مجرا، یا حفر چاه

۱. سرمد، بی تا، ۵۳

و قنات و ... از این منابع به اندازه نیاز بهره‌برداری نمایند. به عبارت بهتر، در قانون مدنی فصل سوم از باب اول از کتاب اول، با عنوان «در اموالی که مالک خاص ندارد»، این اموال را به سه صورت مشترکات عمومی، مباحات و اموال مجهول‌المالک برشمرده است. به نظر می‌رسد، در نظام حقوقی ناشی از قانون مدنی، رودخانه‌ها، چشمه‌ها، آب‌های زیرزمینی و امثالهم جزو مشترکات عمومی و مباحات محسوب می‌شوند زیرا قانون مدنی برای کسانی که زودتر شروع به استفاده و بهره‌برداری از این آب‌ها کرده‌اند حق تقدم قائل شده و این از خصائص مشترکات عامه و مباحات است.

در سال ۱۳۴۵ «قانون حفظ و حراست منابع آب‌های زیرزمینی کشور» به تصویب رسید. این قانون بدون اشاره به موضوع مالکیت بر آب، محدودیت‌ها و مقرراتی برای برداشت آب‌های زیرزمینی وضع نمود و حفظ و حراست منابع و ذخائر آب‌های زیرزمینی و نظارت در کلیه امور مربوط به آن را به وزارت آب و برق محول کرد. وضع این محدودیت‌ها نشان‌گر این است که از این دوره در کی از ارزش منابع آب از جمله منابع زیرزمینی و ضرورت صیانت از این منابع در کشور به وجود آمده بود.

«قانون آب و نحوه ملی شدن آن» در سال ۱۳۴۷ مورد تصویب قرار گرفت. در ماده ۱ این قانون مقرر شد: «کلیه آب‌های جاری در رودخانه‌ها و انهار طبیعی و دره‌ها و جویبارها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی و همچنین سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی ثروت ملی محسوب و متعلق به عموم است...» آن گونه که از این متن می‌توان استنباط کرد، قانون‌گذار آب را از مشترکات عامه تلقی کرده و دولت مالک آب محسوب نشده است. اما در این ماده مدیریت آب شامل مسئولیت حفظ و بهره‌برداری این ثروت ملی و احداث و اداره تأسیسات توسعه منابع آب به دولت (وزارت آب و برق) محول شده است. هر چند در ماده ۲ همین قانون بستر انهار طبیعی و رودخانه‌ها اعم از این که آب دائم یا فصلی داشته باشند، متعلق به

دولت اعلام شده است. بنابراین قانون یادشده بین آب و محل جریان آن تفکیک قائل شده و برای مالکیت هر کدام از این دو بخش تعیین تکلیف کرده است. در «قانون تأسیس وزارت نیرو» مصوب سال ۵۳ به موضوع مالکیت آب تعرضی نشد و در خصوص مالکیت آب قانون گذار حکمی وضع نکرد. لیکن مدیریت بر منابع آب و نیز اجرای «قانون آب و نحوه ملی شدن آن» بر عهده وزارت نیرو قرار گرفت.

با پیروزی انقلاب شکوه مند اسلامی ایران در سال ۵۷، موضوع آب در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد توجه قرار گرفت. در اصل ۴۵ قانون اساسی، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی بر عهده حکومت اسلامی قرار گرفت تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل کند. در این اصل برای موارد یادشده از عبارت «انفال و ثروت‌های عمومی» استفاده شده است. البته مشخص نیست در این اصل «انفال» با «ثروت‌های عمومی» هم معنی و مترادف قلمداد شده است یا خیر؟ لیکن با عنایت به قاعده «اذا اجتماعا، افتراقا» باید قائل بود مفهوم این دو عبارت از هم متفاوت است. با این وصف روشن نیست از نگاه قانون اساسی آب‌ها جزو «انفال» محسوب می‌شوند یا «ثروت‌های عمومی» که اعتقاد به هر تفسیری آثار خاصی در پی خواهد داشت. زیرا اگر آب از انفال باشد، توسط اشخاص تملک‌شدنی نیست و صرفاً اشخاص حق بهره‌برداری از آن را دارند و ملک آن‌ها محسوب نمی‌شود. اما چنانچه نظریه مشترکات بودن آب پذیرفته شده باشد، آب به تملک در می‌آید و ویژگی مهم آن مالکیت اشخاص بر آب است.^۱ «شورای محترم نگهبان ضمن یکی از ایرادات ماهوی که نسبت به قانون توزیع عادلانه آب به عمل آورد، چنین اظهار نظر نمود: این که آب‌ها را از انفال ذکر نموده شرعاً صحیح نیست و پیشنهاد می‌شود نوشته شود: از مشترکات است و در اختیار دولت.^۲» هر چند این نظر در مقام شرعی بودن مصوبه و مغایرت یا عدم مغایرت آن با

۱. معصومی و لطفی، ۱۳۹۶: ۵۵

۲. بابایی، مجتبی و بابایی، حسن، ۱۳۹۴: ۳۰

شرع انور توسط شورای نگهبان ارائه شده نه در مقام رسیدگی در خصوص مغایرت با قانون اساسی، اما در مجموع می‌توان استنباط نمود که آب‌ها از «ثروت‌های عمومی» محسوب می‌شود نه «انفال».

از جهت اصطلاح‌شناسی ذکر این توضیح مفید به نظر می‌رسد که: عبارت «ثروت عمومی» که نخستین بار در «قانون آب و نحوه ملکی شدن آن» مطرح شد، با «اموال عمومی» متفاوت است. ثروت ملکی یا اموال عمومی، عبارت از اموال و نعمت‌های خدادادی و همگانی بوده که قابل تقویم به پول و دارای منافع آتی و اقتصادی است و طبیعت آن‌ها اقتضا دارد که به مالکیت خصوصی در نیابند، مگر به موجب قانون خاص و به گونه‌ای مورد استفاده مردم قرار گیرد که مزاحم بهره‌برداری عموم از آن‌ها نباشد، مانند ساحل دریا و رودخانه‌های قابل کشتی‌رانی. ثروت ملکی یک کشور اختصاص به تمام اتباع آن کشور دارد، بنابراین همه افراد حق بهره‌مندی از آن را ندارند در نتیجه صرفاً کسانی که تابعیت کشور مزبور را دارند می‌توانند در استفاده و امتیازات حاصل از آن سهم شونند اما اموال عمومی مختص به کسی نیست و هرکس فراخور توانایی خود می‌تواند از آن استفاده کند. مشترکات از اصطلاحات فقهاست که در کتب فقهی استعمال شده و به همان معنای اموال عمومی است که قوه مقننه جمهوری اسلامی ایران در طرح قانون توزیع عادلانه آب در سال ۱۳۶۱ آن را به جای ثروت ملی به کار برده است.^۱

با تصویب «قانون توزیع عادلانه آب» در سال ۶۱، از حیث مالکیت بر آب تغییر چندانی به وجود نیامد. فصل اول قانون یادشده، «مالکیت عمومی و ملی آب» نام‌گذاری شده و از همان ابتدا قانون‌گذار موضوع مالکیت آب را مورد توجه قرار داده است. در ماده یک این قانون در راستای اصل ۴۵ قانون اساسی مقرر شد: «آب‌های دریاها و آب‌های جاری در رودها و انهار طبیعی و دره‌ها و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و

۱. بشیری و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۱۴

زیرزمینی و سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آن‌ها بهره‌برداری می‌شود.^۱ از جهت شیوه قانون‌نویسی بهتر بود بجای ذکر مصادیق، ابتدا قاعده‌ای کلی وضع می‌گردید و بعد این مواردی که در بالا بیان شده به صورت مثال ذکر می‌شد. در ماده دو این قانون، بستر انهار طبیعی و کانال‌های عمومی و رودخانه‌ها اعم از این که آب دائم یا فصلی داشته باشند و مسیل‌ها و بستر مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران قرار گرفت. هم چنین، برای اراضی ساحلی و اراضی مستحذثه نیز همین حکم وضع شد، لذا از این جهت با «قانون آب و نحوه ملی شدن آن» تفاوت دارد.

در ماده ۲۱ «قانون توزیع عادلانه آب» تخصیص و اجازه بهره‌برداری از منابع عمومی آب برای مصارف شرب، کشاورزی، صنعت و سایر موارد منحصرأ با وزارت نیرو قرار داده شده است. در مجموع «علی‌رغم مشترکات عمومی محسوب نمودن آب‌های مشمول «قانون توزیع عادلانه آب»، شورای نگهبان همان احکام انفال را برای آن‌ها پذیرفت^۱ و با عنایت به قوانین و مقرراتی که شرح آن گذشت، مالکیت خصوصی بر منابع آب در کشور - جز در موارد استثنایی - منتفی است و قانون مدنی تا حدی که با این موضوع تعارض دارد، منسوخ تلقی می‌شود. در خصوص موارد استثنایی «برای مثال می‌توان به تملک آب‌ها... به صورت جزئی اشاره کرد؛ در صورتی که به صورت جزئی باشد قابلیت تملک خصوصی را دارد و به موجب قانون توزیع عادلانه آب، مالکیت خصوصی افراد بر مجاری آب و چاه‌ها شناسایی شده است.»^۲

در مجموع، «حقوق آب» محل سایش «حقوق خصوصی» و «حقوق عمومی» با یک‌دیگر بوده و در گذر زمان، حقوق آب، بیشتر از حقوق خصوصی به سمت حقوق

۱. کریمی، ۱۳۸۷: ۶۱

۲. معصومی و لطفی، ۱۳۹۶: ۵۷

عمومی گرایش و سوق پیدا کرده است، به نحوی که امروز کنش گر اصلی در این حوزه دولت است و می توان گفت: با حکمرانی دولت در بخش آب روبرو هستیم. طبق تعریف برنامه توسعه سازمان ملل متحد^۱، حکمرانی به اعمال سیاسی، اقتصادی و اداری در مدیریت یک کشور در همه سطوح اشاره دارد.^۲ با عنایت به این رویکرد، در خصوص نسخ مواد قانون مدنی در خصوص تملک آب با تصویب قوانین اختصاصی لاحق، اختلاف نظر وجود دارد. «به عقیده برخی، با تصویب قانون ملی شدن آب در سال ۴۷ مواد ۱۴۹ به بعد قانون مدنی منسوخ و مسأله تملک آب منتفی شده است. اما برخی دیگر از صاحب نظران بر این عقیده اند که قانون توزیع عادلانه آب ناسخ قانون مذکور نیست، ولی استفاده از آب ها باید با اذن و مجوز وزارت نیرو باشد. در واقع، مجوز وزارت نیرو موجب ایجاد اباحه برای استفاده کننده می شود و بر اساس آن استفاده کننده برابر قانون مدنی حق حیازت و احیای آب و مجرای آب را دارد.»^۳

شایان ذکر است: «در قوانین راجع به آب سه دسته دیگر از اموال دولتی (به جز آب های عمومی) پیش بینی می شوند: ۱. بستر آب های عمومی ۲. اراضی مستحده ساحلی ۳. حریم آب های عمومی»^۴ که در قانون توزیع عادلانه آب این اموال نیز در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران قرار داده شده اند.

۴. آثار مالکیت آب

مشخص شدن مالکیت منابع آب، آثاری در پی دارد. از جمله نحوه صیانت و کیفیت بهره برداری از این منابع، مرجع صدور مجوزها و ... که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

1. United Nations Development Programme (UNDP)

2. Jiang, 2019: 20

۳. معصومی و لطفی، ۱۳۹۶: ۷۷

۴. کریمی، ۱۳۸۷: ۶۲

الف: آثار مالکیت آب‌های سطحی

آب سطحی، عبارت است از «آبی که در سطح زمین (لیتوسفر) جریان دارد و یا به صورت راکد در آمده باشد.»^۱ از جمله، «کلیه آب‌های جاری در رودخانه‌ها و انهار طبیعی و دره‌ها و جویبارها و هر مسیر طبیعی از جمله سیلاب‌ها، دریاچه‌ها»^۲ و غیره. مفهوم مشابهی وجود دارد با عنوان «آب سطح» که به کف قنات گفته می‌شود^۳، و باید دقت شود این دو عنوان با هم خلط نشوند. همان گونه که در بالا ذکر شد، در منابع قانونی، عبارت «آب‌های سطحی» در فصل سوم قانون توزیع عادلانه آب مطرح شده است.

در «آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی» انواعی از مصادیق آب‌های سطحی احصا شده است که در ادامه بر اساس مصادیق ذکر شده در این آیین‌نامه، آثار مالکیت بررسی خواهد شد.

۱. رودخانه

در بررسی «حقوق آب» با مفهومی تحت عنوان «حقوق رودخانه‌ها» مواجه می‌شویم. حقوق رودخانه‌ها عبارت است از: «مجموعه‌ای از راه‌بردها، راه‌کارها، و به طور کلی بایدها و نبایدهای حاکم بر حفاظت و بهره‌برداری از رودخانه‌ها» بر این اساس حقوق رودخانه‌ها شامل مبانی سیاست‌گذاری و قانونی و مبانی ساختاری و اجرایی است. مبانی سیاست‌گذاری و قانونی شامل موارد ذیل است: الف) تصویب قوانین جامع ب) تقویت همکاری راه‌بردی کمی و کیفی آب ج) تقویت همکاری در زمینه آب‌های سطحی و زیرزمینی د) حفاظت از ارزش‌های زیست‌محیطی، فرهنگی و مناظر مرتبط با سامانه‌های

۱. ذوالفقاری، ۱۳۹۵: ۲۰.

۲. رشیدی، ۱۳۷۸: ۳۶.

۳. رشیدی، ۱۳۷۸: ۳۶.

آبی و رودخانه‌ای.^۱

از جهت ترمینولوژی، «رودخانه در لغت به معنی بستر رود؛ جایی که رود از آن عبور می‌کند، رود؛ نهر بزرگ است. در واقع به جریان طبیعی آب که بزرگ‌تر از نهر است، رودخانه گویند و معمولاً مصب آن دریاچه، دریا یا اقیانوس یا رودخانه دیگری است و از آنها کوچک‌تر به وجود می‌آید. برابر بند «الف» ماده یک «آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، آنها، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی» مصوب هیأت وزیران «رودخانه مجرای است طبیعی که آب به طور دائم یا فصلی در آن جریان داشته باشد». رودخانه‌هایی که در تمامی فصول سال، آب دائمی در آن جریان داشته باشد، رودخانه دائمی و رودخانه‌هایی که در بعض فصول دارای آب باشند نیز رودخانه فصلی هستند.»^۲

با توجه به این که رودخانه‌ها از منابع مهم تأمین آب محسوب می‌شوند، لذا قانون‌گذار برای حفظ و صیانت از رودخانه‌ها و نیز بهره‌برداری از این منابع آب مقررات مفصلی وضع نموده است. به بیان دیگر، قانون‌گذار اجزا و بخش‌های گوناگونی برای رودخانه تعریف نموده و برای هر کدام آثار و مقررات لازم را پیش‌بینی کرده است. این تعریف اجزا و بخش‌های گوناگون برای رودخانه‌ها و تعیین تکلیف برای هر کدام از این بخش‌ها از آثار تعیین مالکیت این منبع آبی است. در ادامه حقوق حاکم بر بخش‌های موصوف مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف: بستر رودخانه

شناسایی محلی به عنوان بستر برای رودها و ایجاد محدودیت‌هایی در دخل و تصرف در این بخش اولین و شاید مهم‌ترین گام در نگاه‌داشت و صیانت از رودها محسوب شده و تضمین‌کننده تداوم جریان حیات بخش رودهاست. مطابق ماده ۲ قانون توزیع عادلانه

۱. میری، ۱۳۹۹: ۴۳۰.

۲. فرخی، ۱۳۹۶: ۲.

آب، بستر رودخانه‌ها اعم از این که آب دائم یا فصلی داشته باشند، در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران است. برابر تبصره ۱ ماده ۲ قانون پیش گفته، تعیین پهنای بستر در مورد هر رودخانه از اختیارات وزارت نیرو است که با توجه به آمار هیدرولوژی رودخانه‌ها و داغاب در بستر طبیعی آن‌ها بدون رعایت اثر ساختمان تأسیسات آبی صورت می‌گیرد.

آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی در تعریف بستر مقرر نموده: «آن قسمت از رودخانه، نهر یا مسیل است که در هر محل با توجه به آمار هیدرولوژیک و داغاب و حداکثر طغیان با دوره برگشت ۲۵ ساله به وسیله وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای تعیین می‌شود. در مناطقی که ضرورت ایجاب می‌نماید که سیلاب با دوره برگشت کم‌تر یا بیشتر از ۲۵ ساله ملاک محاسبه قرار گیرد، سازمان‌های آب منطقه‌ای حسب مورد با ارائه نقشه‌های مربوط و توجیحات فنی از حوزه ستادی وزارت نیرو مجوز لازم را اخذ خواهند کرد. تغییرات طبیعی بستر رودخانه‌ها، مسیل‌ها یا انهار طبیعی در بستر سابق تأثیری نداشته و بستر سابق کماکان در اختیار حکومت اسلامی است، لیکن حریم برای آن منظور نخواهد شد.»

بستر رودخانه چند نوع است، از جمله: متروک فعال، غیرفعال و مرده. بستر متروک، بستری است که احتمال جریان آب در آن وجود نداشته باشد. عوامل گوناگونی موجب متروک شدن بستر می‌شوند. به‌طور کلی دخالت‌های انسانی و گذشت زمان دو عامل مهم در این خصوص محسوب می‌شوند. بنابر دلایل مختلف مانند شسته شدن کف رودخانه‌ها و ... در طول زمان، تغییر کاربری اراضی و یا ساخت و سازهای مختلف بسترها متروک می‌شوند. بستر فعال، آن قسمت از خاک است که توسط آب پوشیده شده و بستر غیرفعال رودخانه‌ها و اراضی مجاور که در اثر پایین رفتن آب خشک شده باشد. در ماده ۸ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها،

بر که‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی از «بستر مرده» یاد شده و تعریف آن طبق مفاد ماده پیش گفته چنین است: چنان چه بستر رودخانه به صورت طبیعی تغییر نماید، باقی مانده بستر، بستر مرده نامیده می‌شود.

در آیین‌نامه مورد اشاره، دوره برگشت بر مبنای ۲۵ سال پیش بینی شده و اجازه داده شده که تحت شرایطی و با اخذ مجوزهای لازم دوره برگشت کم‌تر یا بیشتر از ۲۵ سال را مبنای تعیین بستر قرار داد. شایان ذکر است: مطابق بند «ح» ماده یک آیین‌نامه مورد بحث، تغییرات طبیعی بستر از نظر حد بستر سابق تأثیری ندارد و بستر سابق از حیث مالکیت کماکان در اختیار حکومت خواهد بود، لیکن حریمی برای آن در نظر گرفته نخواهد شد. در این خصوص این سؤال مطرح می‌شود: اگر در اثر طغیان، زمین‌های پیرامون رودخانه که متعلق به اشخاص است، زیر آب قرار گیرد، آیا این قسمت را می‌توان بستر رودخانه قلمداد کرد و مالکیت اشخاص را زائل شده دانست یا همان حد قبلی بستر محسوب می‌شود؟ در پاسخ می‌توان گفت: خروج مال از مالکیت اشخاص نیازمند وجود دلیل قانونی است و در حال حاضر هیچ کدام از قوانین و مقررات جاری حالت مورد پرسش را از عوامل زوال مالکیت قلمداد نکرده‌اند. لذا مالکیت اشخاص بر ملک کماکان باقی است. سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا امکان مطالبه خسارت توسط مالکین زمین‌های متضرر از طغیان رودخانه وجود دارد؟ با توجه به این که طغیان معمولی^۱ رودخانه‌ها قابل پیش‌بینی است و دفع آن با تمهید مقدماتی ممکن است، فورس ماژور بودن این نوع طغیان محل تردید بوده و می‌توان بر امکان مطالبه خسارت حکم کرد. لیکن در صورتی که طغیان غیر معمولی باشد به نحوی که پیش‌بینی آن ممکن نباشد، می‌توان به فورس ماژور تمسک کرد.

اما پرسش دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا وزارت نیرو و یا به طور کلی

۱. عبارت «طغیان معمولی» در آیین‌نامه اجرایی قانون حفظ و تثبیت کناره و بستر رودخانه‌های مرزی مصوب

۱۳۶۳ هیأت وزیران بیان شده است.

دولت، تکلیفی در تمهید مقدمات برای دفع آسیب ناشی از طغیان معمولی رودها دارد یا خیر؟ امکان مطالبه خسارت فرع بر اثبات این تکلیف است. برای یافتن پاسخ ذکر این توضیح لازم است: در سال ۱۳۷۰ ماده واحده قانون تشکیل کمیته ملی کاهش اثرات بلایای طبیعی به تصویب رسید. به موجب این ماده واحده مقرر شد: «کمیته ملی کاهش اثرات بلایای طبیعی» به منظور مبادله اطلاعات، مطالعه، تحقیقات علمی و پیدا کردن راه کارهای منطقی جهت پیش گیری و کاهش اثرات بلایای طبیعی ناشی از طوفان، سیل، خشک سالی، سرمازدگی، آفات گیاهی، آلودگی هوا، زلزله و لغزش های لایه زمین، نوسانات آب دریاها و دریاچه ها و رودخانه ها و امثال آن، تشکیل شود. آیین نامه اجرایی این ماده واحده نیز در سال ۱۳۷۲ به تصویب رسید. هم چنین، ماده ۱۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۰ به دولت اجازه داده است: «در صورت وقوع حوادث غیرمترقبه از جمله خشک سالی، سیل و مانند آن ها تا معادل یک درصد (۱٪) از بودجه عمومی هر سال را از محل افزایش تنخواه گردان خزانه موضوع ماده (۱) این قانون تأمین و هزینه نماید.» آیین نامه اجرایی ماده ۱۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت در سال ۱۳۸۴ به تصویب هیأت وزیران رسید. ماده یک این آیین نامه نحوه تقسیم اعتبارات مربوط به پیش گیری، پیش آگاهی، نوسازی و بازسازی مناطق آسیب دیده از برخی حوادث مانند سیل، پیش روی آب دریا و ... را مورد توجه قرار داده است. در سال ۱۳۸۴ سیاست های کلی نظام برای پیش گیری و کاهش خطرات ناشی از سوانح طبیعی و حوادث غیرمترقبه ابلاغ شد. در بند ۹ این سیاست ها، «تهیه، تدوین و سامان دهی نظام های جامع مدیریت بلایای جوی و اقلیمی» مورد تأکید قرار گرفت. در «قانون تشکیل سازمان مدیریت بحران کشور» مصوب سال ۱۳۸۷ بر موضوع پیش گیری تأکید شده است. در سال ۱۳۹۳ بند «م» قانون الحاق برخی موارد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) اجازه افزایش برخی منابع مالی برای مقابله با بلایا را به دولت داد.

بند ۵ ماده ۷ «اساسنامه شرکت مادر تخصصی مدیریت منابع آب ایران» مصوب هیأت وزیران، «مهندسی رودخانه‌ها» و «کنترل سیلاب» را موضوع فعالیت و وظایف شرکت قرار داده است. همین تکلیف در بند ۲ ماده ۷ اساسنامه شرکت‌های آب منطقه‌ای نیز وجود دارد. بنابراین، قانون‌گذار ابزار قانونی لازم برای پیش‌گیری و نیز جبران خسارات وارد شده را فراهم کرده و از جمع این قوانین می‌توان گفت: پیش‌گیری از بروز خسارات و نیز جبران آن‌ها از تکالیف قانونی دولت محسوب می‌شود. قانون‌گذار برای بستر رودخانه‌ها حقوق گوناگونی در نظر گرفته است که در ادامه به این حقوق اشاره می‌شود.

۱. حق مالکیت: همان‌گونه که شرح آن گذشت، مطابق ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب، بستر رودخانه‌ها اعم از این که آب دائم یا فصلی داشته باشند، در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران است. «تا قبل از تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن تصرفات و تملکات اشخاص در اراضی، تا بستر رودخانه، نهر، مسیل و... ادامه داشت که با تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن مقنن تعیین حد بستر و مالکیت بستر کلیه انهار طبیعی و رودخانه‌ها و... را متعلق به دولت دانسته و هرگونه دخل و تصرف در آن‌ها را عملاً ممنوع نموده است. بنابراین مالکیت یا ادعای مالکیت بستر از سال ۱۳۴۷ به بعد عملاً منتفی و مغایر قانون است و اشخاص نمی‌توانند نسبت به تملک بستر اقدام نمایند.»^۱

نکته درخور توجه این که مالکیت بسترهای متروک رودخانه‌ها محل کشمکش حقوقی است. قانون‌گذار به صورت صریح تکلیف این زمین‌ها را مشخص نکرده است. بنابراین، شهرداری‌ها به استناد تبصره ۶ ماده ۹۶ «قانون اصلاح پاره‌ای از مواد و الحاق مواد جدید به قانون شهرداری» مصوب سال ۱۳۳۴ خود را مالک این اراضی قلمداد می‌کنند، سازمان مسکن و شهرسازی به استناد ماده ۱۰ «قانون زمین شهری» مصوب سال

۱. ذوالفقاری، ۱۳۹۵: ۱۱۵

۱۳۶۶ برای بسترهای متروک واقع در داخل محدوده قانونی شهرها خود را صاحب اختیار و ذی صلاح می‌داند و در نهایت وزارت نیرو خود را متولی این اراضی دانسته و هرگونه اقدامی در این اراضی را منوط به اخذ مجوز قانونی از این وزارت خانه می‌داند. به نظر می‌رسد مالکیت وزارت نیرو بر بسترهای متروک دائمی محل تردید است. چون بستر زمانی معنی پیدا می‌نماید که آب در آن جاری بوده و یا امیدی به جریان مجدد آب وجود داشته باشد. در واقع بین «جریان آب» و «بستر» رابطه «تضایف» وجود دارد، با عنایت به این که «اذالتفی القید انتفی المقید»، هرگاه قید بستر که جریان آب هست از بین برود، بستر نیز مفهوم خود را از دست خواهد داد. هرچند که با اخذ سند رسمی توسط وزارت نیرو بر بسترهای فعال در صورت متروک شدن بسترها، کماکان به استناد ماده ۲۲ قانون ثبت این مالکیت ادامه خواهد یافت. در هر صورت دخالت قانون‌گذار و رفع این شبهات ضروریست.

۲. حق اخذ سند: حفظ و نگه‌داری از رودخانه‌ها مستلزم تنظیم سند آن‌ها به نام مالک است. با تنظیم سند برای بستر رودخانه‌ها جلوی تجاوز به بستر رودخانه‌ها گرفته می‌شود. در این راستا، قانون‌گذار تنظیم سند بستر رودخانه به نام دولت را به رسمیت شناخته است. البته موضوع قابل انتقاد این است که این حق، با وجود اهمیتش، در قوانین چندان تصریح شده نیست به نحوی که بعضاً باعث اختلافات حقوقی هم شده است. مثلاً این عدم صراحت باعث شد «ادارات ثبت با این استدلال که این اراضی صرفاً در اختیار حکومت اسلامی است درخواست ثبت شرکت‌های آب منطقه‌ای به نمایندگی وزارت نیرو و دولت را نپذیرند و در نتیجه شرکت‌های آب منطقه‌ای از دریافت سند مالکیت که منجر به سهولت در حفاظت و نگه‌داری از بستر منابع آب سطحی در مقابل تجاوزات می‌گردد، محروم شود. به عنوان مثال در خصوص اختلاف در تقاضای ثبت میان اشخاص حقیقی، شرکت آب منطقه‌ای گیلان و شهرداری رشت نسبت به برکه طبیعی عینک واقع در رشت که در جریان ثبت عمومی از قلم افتاده بود، اداره ثبت با

این استدلال که بستر برکه طبیعی به موجب قانون توزیع عادلانه آب صرفاً در اختیار حکومت اسلامی است و در حوزه استحفاظی شهر قرار دارد معتقد به ذیحق بودن شهرداری بود.^۱

در هر صورت، برابر ماده ۹ «قانون ثبت» کلیه اموال غیرمنقول قابل ثبت هستند و در خصوص اموال عمومی و دولتی نیز برابر رویه عملی و مرسوم و مواد ۳ و ۹ «قانون جامع حدنگار (کاداستر) کشور» مصوب سال ۹۳ که مقرر می‌دارد: سازمان ثبت مکلف است ظرف ۵ سال از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون، موقعیت و حدود دریاها، دریاچه‌ها، تالاب‌ها، اراضی مستحدث ساحلی، مسیل‌های دایر و متروکه و جزایر کشور را مشخص و تثبیت کند و در این راستا دستگاه‌ها از جمله شرکت‌های آب منطقه‌ای مکلفند تمام مستندات و اطلاعات توصیفی را با رعایت جنبه‌های امنیتی حداکثر ظرف دو سال در اختیار سازمان ثبت قرار دهند، تقاضای ثبت، توسط متولیان به نمایندگی دولت به عمل آید.^۲ از سوی دیگر ماده ۴۱ آیین‌نامه قانون ثبت اسناد و املاک مقرر نموده: نسبت به املاکی که مالک خاص ندارد از افراد درخواست ثبت پذیرفته نخواهد شد. از جمله این اموال بستر رودخانه‌ها است که اشخاص عادی نمی‌توانند درخواست ثبت نمایند.

یکی از اختلافات دیگر در این خصوص، بستر رودخانه‌های واقع در محدوده شهرها بود که بند ۶ ماده ۹۶ «قانون اصلاح پاره‌ای از مواد و الحاق مواد جدید به قانون شهرداری» مصوب سال ۱۳۳۴ بستر رودخانه‌های موجود در داخل محدوده قانونی شهرها را که مورد استفاده عموم بودند، ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری‌ها قرار داده بود. اداره حقوقی در پاسخ به این پرسش که آیا تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون اصلاح شهرداری‌ها منسوخ است یا نه، اعلام کرد: «چون تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون

۱. فرخی، ۱۳۹۶: ۴.

۲. فرخی، ۱۳۹۶: ۴.

اصلاح قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۵ با ماده ۲ قانون آب و نحوه ملکی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ در مورد مالکیت بستر انهار طبیعی و رودخانه‌ها مغایر و متضاد است، لذا به حکم ماده ۶۵ قانون آب و نحوه ملکی شدن آن، تبصره مذکور قسمتی که مغایر با ماده ۲ قانون آب بوده ملغی است و بخشنامه شماره ۱۰/۹۸۴۰ مورخ ۵۴/۱۰/۳ سازمان ثبت اسناد و املاک با خلاصه این که «مداخله شهرداری در مورد بستر و حریم رودخانه‌ها مورد ندارد و مقررات تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۵ با تصویب قانون آب در این قسمت منسوخ است» صحیح و موافق موازین قانونی و موجه است.»

۳. حق حریم: از جمله حقوقی که برای مالک بستر رودخانه‌ها توسط قانون‌گذار مورد شناسایی قرار گرفته، حق حریم است. مطابق ماده ۱۳۶ قانون مدنی: «حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد.» و برابر ماده ۱۳۹ قانون پیش‌گفته: «حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست و بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است.» در توضیح این بخش ماده که اعلام نموده: «حریم در حکم ملک صاحب حریم است» ذکر این نکته مفید به نظر می‌رسد که از یک طرف صاحب حریم، مالک عرصه و یا محل ایجاد حریم نمی‌شود و نمی‌تواند در این اراضی تصرف مالکانه داشته باشد، بلکه صرفاً در حد حقوق مربوط به حریم دارای حق دخل و تصرف در اراضی واقع در حریم است و غیر از آن نمی‌تواند تصرف دیگری به عمل آورد. از طرف دیگر، مالک عرصه صرفاً از انجام تصرفات مغایر با حریم که عبارت است از تصرفاتی که موجب تضرر صاحب حریم می‌شود ممنوع است و در خصوص سایر تصرفات غیرمغایر که موجب تضرر صاحب حریم نمی‌شود با رعایت سایر قوانین و مقررات دارای اختیار است.

با وجود این که در قانون توزیع عادلانه آب به حریم رودخانه‌ها اشاره شده اما تعریفی از آن در قانون موصوف و سایر قوانین به میان نیامده است. تبصره ۱ ماده ۲ قانون یادشده تعیین حریم رودخانه‌ها را بر عهده وزارت نیرو قرار داده است. در این راستا، بند «خ» ماده ۱ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی^۱ در تعریف حریم رودخانه مقرر نموده: «آن قسمت از اراضی اطراف رودخانه، مسیل، نهر طبیعی یا سنتی، مرداب و برکه‌های طبیعی است که بلافاصله پس از بستر قرار دارد و به عنوان حق ارتفاق برای کمال انتفاع و حفاظت کمی و کیفی آن‌ها لازم است و طبق مقررات این آیین‌نامه توسط وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای تعیین می‌شود.»

در این تعریف تا حدی به فلسفه وضع حریم برای رودخانه‌ها نیز اشار شده که عبارت است از «کمال انتفاع» و «حفاظت کمی و کیفی». هم‌چنین در این بند از حریم به عنوان «حق ارتفاق» یاد شده است. همان‌گونه که در متن این مقرر مشاهده می‌شود، حریم رودخانه به دو بخش «کمی» و «کیفی» تقسیم شده و در این خصوص تفاوتی بین رودخانه‌های دائم و فصلی وجود ندارد. در ادامه این بند حریم رودخانه‌ها برای عملیات لایروبی و بهره‌برداری از یک تا بیست متر و برای حفاظت کیفی آب رودخانه‌ها تا یک‌صد و پنجاه متر «تراز افقی» از منتهی‌الیه بستر در نظر گرفته شده که بنا به نوع مصرف و وضع رودخانه توسط وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای تعیین می‌شود. نکته درخور توجه این که مبدأ هر دو حریم کمی و کیفی منتهی‌الیه بستر رودخانه است. در نتیجه تمام حریم کمی رودخانه داخل در حریم کیفی آن نیز قرار دارد. در خصوص تعیین حریم کیفی آب‌های سطحی، «دستورالعمل تعیین حریم کیفی آب‌های سطحی» توسط «شرکت سهامی مدیریت منابع آب ایران» تصویب و ابلاغ شده است. در این دستورالعمل برای تعیین حریم کیفی، منابع آب سطحی به سه گروه «منابع آب شرب»،

۱. اصلاحی به موجب تصویب نامه شماره ۵۸۹۷۷/ت/۵۸۹۷۷-۱ مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۸

«تالاب‌ها و رودخانه‌های حفاظت‌شده» و «سایر منابع آب سطحی» تقسیم شده و چگونگی تعیین حریم برای هر یک از این منابع مشخص شده است.

موضوع حریم رودخانه‌ها در «آیین‌نامه اجرایی قانون حفظ و تثبیت کناره و بستر رودخانه‌های مرزی» نیز مورد توجه قرار گرفته و با توجه به اهداف و شرایط مورد نظر قانون یادشده چنین تعریف شده است: «آن قسمت از اراضی اطراف رودخانه، نهر یا مسیل است که به عنوان حق ارتفاق برای کمال انتفاع و یا حفاظت تأسیسات احداثی لازم است و بلافاصله پس از بستر قرار دارد.»

مطابق تبصره ۳ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب ایجاد هر نوع اعیانی و حفاری و دخل و تصرف در حریم رودخانه‌ها ممنوع است. هر چند منطوق این تبصره بیشتر ناظر بر بستر رودخانه بوده تا حریم آن، لیکن فعلاً تنها مستند قانونی در این خصوص محسوب می‌شود و ضروریست اصلاح شود. ضمن این که مطابق تبصره ۴ ماده ۲ این قانون، وزارت نیرو در صورتی که اعیانی‌های موجود در حریم رودخانه‌ها را برای امور مربوط به آب یا برق مزاحم تشخیص دهد به مالک یا متصرف اعلام خواهد کرد که ظرف مدت معینی در تخلیه و قلع اعیانی اقدام کند و در صورت استنکاف وزارت نیرو با اجازه و نظارت دادستان یا نماینده او اقدام به تخلیه و قلع خواهد کرد. هم‌چنین امکان جبران خسارت مالک یا متصرف اعیانی احداث شده در حریم رودخانه توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شده است که توضیح آن در ادامه خواهد آمد.

در خصوص حریم کیفی مطابق دستورالعمل تعیین حریم کیفی آب‌های سطحی، در محدوده حفاظتی حریم کیفی آب شرب به منظور کمال انتفاع و عدم تضرر منبع آبی، استقرار هرگونه کاربری به جز فعالیت‌های کشاورزی کم‌آب‌بر و غیرغرقابی با اعمال کامل کنترل مصرف سم و کود، ممنوع است. هم‌چنین می‌بایست از اتصال هرگونه کانال و هدایت هر نوع زه‌آب کشاورزی و پساب فاضلاب‌های خام یا تصفیه‌ده در این محدوده جلوگیری شود.

استقرار کلیه کاربری‌ها به جز موارد زیر در محدوده حریم کیفی رودخانه‌های حفاظت‌شده ممنوع بوده و تنها کاربری‌های مجاز در حریم فوق‌الذکر عبارتند از: کاربری‌های مربوط به حفظ تنوع زیستی، گردش‌گری در جهت معرفی ارزش‌های تنوع زیستی رودخانه حفاظت‌شده بدون ایجاد هرگونه سازه در منطقه، کاربری پژوهشی و آموزشی.

در خصوص سایر منابع آب سطحی، پس از تعیین درجه حساسیت منبع آب سطحی و برآورد حریم کیفی آن، نسبت به تطابق و استقرار کاربری‌های سازگار در مناطق مربوط اقدام می‌شود.

۴. ممنوعیت ایجاد اعیانی و حفاری و دخل و تصرف: مطابق تبصره ۳ ماده

۲ قانون توزیع عادلانه آب، ایجاد هرگونه اعیانی و حفاری و دخل و تصرف در بستر رودخانه‌ها ممنوع است مگر با اجازه وزارت نیرو. برابر تبصره ۴ این ماده وزارت نیرو در صورتی که اعیانی‌های موجود در بستر رودخانه‌ها را برای امور مربوط به آب یا برق مزاحم تشخیص دهد به مالک یا متصرف اعلام خواهد کرد که ظرف مدت معینی در تخلیه و قلع اعیانی اقدام کند و در صورت استنکاف، وزارت نیرو با اجازه و نظارت دادستان یا نماینده او اقدام به تخلیه و قلع خواهد کرد.

هم‌چنین، برابر ماده ۶ آیین‌نامه مربوط به تعیین بستر و حریم رودخانه‌ها ... پس از تعیین و تشخیص میزان بستر و حریم رودخانه در صورتی که شرکت آب منطقه‌ای قلع و قمع اعیانی اعم از اشجار و غیر آن واقع در بستر و حریم را برای استفاده از امور مربوط به آب و برق لازم بداند، براساس مقررات مربوط اقدام خواهد نمود.

۵. حقابه: فصل سوم قانون توزیع عادلانه آب در خصوص «حقابه و پروانه مصرف

معقول» مقررات لازم را وضع کرده است. «حقابه» همان حق مصرف آب با شرایط خاص است. تبصره ۱ ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب در تعریف حقابه اشعار داشته: «حقابه عبارت از حق مصرف آبی است که در دفاتر جزء جمع قدیم یا اسناد مالکیت یا

حکم دادگاه یا مدارک قانونی دیگر قبل از تصویب این قانون برای ملک یا مالک آن تعیین شده باشد.» در واقع به رسمیت شناختن حقابه در قانون به معنی تلاش قانونگذار برای حفظ حقوق سابق صاحبان حق بهره‌برداری از منابع آب است. در طرح اولیه قانون توزیع عادلانه آب حذف حقابه‌ها مورد نظر بود که با ایراد شورای نگهبان مواجه شد. موضوع حقابه سابقاً در ماده ۳ قانون آب و نحوه ملی شدن آن نیز مطرح شده بود و تعریف ذکر شده در قانون توزیع عادلانه آب تقریباً تکرار تعریف ذکر شده در این قانون بوده و صرفاً واژه «ملک» به تعریف جدید افزوده شده است که آثار زیادی در پی دارد. در خصوص میزان حقابه معیار خاصی در قانون پیش‌بینی نشده و تابع عرف بوده که ممکن است از محلی به محل دیگر متفاوت باشد. این روش و به عبارت بهتر سکوت قانونگذار در تعیین میزان حقابه، با عنایت به این که حقابه حق مکتسب اشخاص محسوب می‌شود، قابل تأیید به نظر می‌رسد زیرا تعیین معیار یکسان خواه‌ناخواه موجب تغییر در میزان حقابه برخی خواهد شد. در شیوه‌های رایج عرفی معمولاً تعیین حقابه بر اساس زمان، مقدار مساحت زمین و یا مقدار مشخصی از آب صورت می‌گیرد.

براساس ماده ۱۸ این قانون، «وزارت کشاورزی» می‌تواند به صدور پروانه مصرف معقول آب برای صاحبان حقابه‌های موجود به صورت موقت مبادرت ورزد. این اختیار وزارت کشاورزی به «وجود ضرورت اجتماعی» منوط شده است.

در ماده ۱۹ قانون توزیع عادلانه آب وزارت نیرو به عنوان مرجع صدور پروانه مصرف معقول تعیین شده است. در تبصره ۲ ماده ۱۸ این قانون مصرف معقول چنین تعریف شده است: «مصرف معقول مقدار آبی است که تحت شرایط زمان و مکان و با توجه به احتیاجات مصرف‌کننده و رعایت احتیاجات عمومی و امکانات طبق مقررات این قانون تعیین خواهد شد.» در این راستا، برابر ماده ۱۹ قانون توزیع عادلانه آب: «وزارت نیرو موظف است به منظور تعیین میزان مصرف معقول آب برای امور کشاورزی یا صنعتی یا مصارف شهری از منابع آب کشور برای اشخاص حقیقی یا

حقوقی که در گذشته حقا به داشته‌اند و تبدیل آن به اجازه مصرف معقول هیأت‌های سه‌نفری در هر محل تعیین کند.» برابر ماده ۲۰ قانون مورد بحث، اعضای هیأت عبارتند از: «یک نفر کارشناس حقوقی به انتخاب وزارت نیرو، یک نفر کارشناس فنی به انتخاب وزارت کشاورزی و یک نفر معتمد و مطلع محلی به انتخاب شورای محل.» برای اعتراض به رأی این هیأت، قانون‌گذار تشکیل هیأت پنج‌نفره را پیش‌بینی کرده است. شخص ذی‌نفع اعتراض خویش را به سازمان صادرکننده پروانه تسلیم می‌کند و اعتراض از طریق سازمان برای رسیدگی به هیأت پنج‌نفره ارجاع می‌شود. «اعضای هیأت‌های پنج‌نفری عبارتند از: مدیر عامل سازمان آب منطقه‌ای و مدیر کل یا رئیس کل کشاورزی استان و یا نمایندگان آن‌ها و یک نفر کارشناس به انتخاب وزیر نیرو و دو نفر معتمد و مطلع محلی به انتخاب شورای محل. در صورتی که منطقه آب‌ریز شامل چند استان باشد، انتخاب مقامات دولتی مذکور در این ماده با وزرای مربوط خواهد بود.» رأی هیأت پنج‌نفری لازم‌الاجرا است و معترض می‌تواند به دادگاه‌های صالحه مراجعه نماید. وظایف و اختیارات و نحوه اقدام این هیأت‌های سه‌نفری و پنج‌نفری در «آیین‌نامه تشکیل هیأت‌های سه‌نفری و پنج‌نفری و وظایف و اختیارات آن‌ها از موضوع مادتهای ۱۹ و ۲۰ قانون توزیع عادلانه آب» مصوب سال ۱۳۶۳ تعیین شده است.

«حقابه در خصوص آب‌های سطحی قابل تصور است و در مورد آب‌های زیرزمینی اشخاص نمی‌توانند مدعی حقابه باشند زیرا آب زیرزمینی بر اثر حفاری چاه یا آب‌قنات استحصال می‌گردد و اشخاصی که مشترکاً مبادرت به حفاری چاه یا احداث قنات می‌نمایند شرکای منبع آبی محسوب می‌شوند نه حقابه‌بر. در ماده ۱۵۰ قانون مدنی نیز بر همین امر تأکید شده است.»^۱ در خصوص بهره‌برداری از آب رودهای مرزی هم از اصطلاح حقابه استفاده می‌شود که حق استفاده از آب رودخانه توسط کشورهای مجاور بوده و با حقابه مذکور در قانون توزیع عادلانه آب متفاوت است.

۱. ذوالفقاری، ۱۳۹۵: ۱۴۵

۶. صدور پروانه مصرف معقول: تخصیص و اجازه بهره‌برداری از منابع عمومی

آب برای مصارف شرب، کشاورزی، صنعت و سایر موارد طبق ماده ۲۱ قانون توزیع عادلانه آب، منحصرأ با وزارت نیرو است. هم‌چنین، برابر تبصره یک همین ماده: «تقسیم و توزیع آب بخش کشاورزی، وصول آب‌بها یا حق‌النظاره با وزارت کشاورزی است.» ضمن این که طبق تبصره ۳ ماده موصوف: «تقسیم و توزیع آب بخش‌های صنعتی در داخل محدوده‌های صنعتی، با بخش صنعتی ذیربط خواهد بود.»

صدور اجازه بهره‌برداری توسط وزارت نیرو در خصوص آب‌های عمومی که بدون استفاده مانده باشد، آب‌هایی که بر اثر احداث تأسیسات آبیاری و سدسازی و زه‌کشی و غیره به دست آمده و می‌آید، آب‌های زائد بر مصرف که به دریاچه‌ها و دریاها و انهار می‌ریزند، آب‌های حاصل از فاضلاب‌ها، آب‌های زائد از سهمیه شهری، آب‌هایی که در مدت مندرج در پروانه به وسیله دارنده پروانه یا جانشین او به مصرف نرسیده باشد، آب‌هایی که پروانه استفاده از آن به علل قانونی لغو شده باشد، آب‌هایی که بر اثر زلزله یا سایر عوامل طبیعی در منطقه‌ای ظاهر می‌شود صورت می‌گیرد. (ماده ۲۵ قانون توزیع عادلانه آب)

دارندگان پروانه مصرف ملزم هستند که از مصرف و اتلاف غیر معقول آب اجتناب نمایند و مجاری اختصاصی مورد استفاده خود را به نحوی که این منظور را تأمین کند احداث و نگه‌داری کنند (ماده ۲۵) ضمن این که هیچ‌کس حق ندارد آبی را که اجازه مصرف آن را دارد به مصرفی بجز آنچه که در پروانه قید شده است برساند و هم‌چنین حق انتقال پروانه صادره را به دیگری بدون اجازه وزارت نیرو نخواهد داشت مگر به تبع زمین و برای همان مصرف با اطلاع وزارت نیرو (ماده ۲۸)

۷. برداشت شن و ماسه: برداشت شن و ماسه از بستر و حریم رودخانه‌ها

موضوعی ظریف است که اگر جوانب فنی آن رعایت نشود می‌تواند موجب از بین رفتن تعادل طبیعی رودخانه شود. این عدم تعادل می‌تواند از افت تراز آب زیرزمینی

حوزه آبریز، تخریب زمین‌های پیرامون و در نتیجه افزایش خسارات ناشی از طغیان تا حیات جانداران و آبریزان و اختلال در زیست‌بوم (اکوسیستم) و حتی تخریب تأسیسات مستحدثه را در بر گیرد.

از طرف دیگر، برخی موارد برداشت شن و ماسه باعث افزایش پایداری و ارتقای عملکرد طبیعی رودخانه می‌شود. مثلاً رودخانه‌هایی که در نقاط فرسایشی قرار دارند، رسوب گذاری زیاد باعث تغییر مسیر آب و سیلاب و یا کاهش میزان آن شده و مشکلاتی در پی خواهد داشت به نحوی که ممکن است موجب تغییرات نامطلوب در ریخت‌شناسی (مورفولوژی) رودخانه شود. در چنین شرایطی لای‌روبی از رودخانه اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. بدیهی است در صورتی که این رسوب گذاری از جنس شن و ماسه باشد، بهره‌برداری از آن هم تأمین‌کننده منافع رودخانه و هم دربردارنده منافع اقتصادی برای بهره‌بردار خواهد بود.

اهمیت و ظرافت موضوع باعث شده قانون‌گذار از چگونگی برداشت شن و ماسه از رودخانه‌ها غفلت نرزد و مقررات گذاری لازم را به عمل آورد. از جهت تاریخی، در ابتدا برابر ماده ۱۰۵ «قانون اصلاح پاره‌ای از مواد و الحاق مواد جدید به قانون شهرداری‌ها» مصوب سال ۱۳۳۴، شن و ماسه معمولی واقع در حوزه خدمات و نظارت شهرداری به غیر از مواردی که در داخل املاک حقیقی یا حقوقی قرار داشتند، جزو اموال شهرداری محسوب می‌شد. هم‌چنین به موجب «قانون معادن» مصوب سال ۱۳۳۶ پروانه بهره‌برداری توسط «وزارت صنایع و معادن» صادر می‌شد. قانون بودجه سال ۵۵ کلیه امور مربوط به برداشت شن و ماسه را به استانداری‌ها و فرمانداری‌های سراسر کشور واگذار نمود. این وضع تا سال ۱۳۶۱ ادامه داشت. در این سال با تصویب ماده ۴۸ قانون توزیع عادلانه آب شرایط به نحو دیگری رقم خورد و صدور اجازه بهره‌برداری یا واگذاری بهره‌برداری از شن و ماسه بستر و حریم رودخانه‌ها به کسب اجازه قبلی وزارت نیرو منوط گردید. تبصره این ماده مقرر نمود: «وزارت نیرو در موقع موافقت با

موضوع این ماده مشخصات فنی مورد نظر خود را جهت درج در پروانه بهره‌برداری به دستگاه صادرکننده پروانه اعلام خواهد کرد و حق نظارت بر رعایت این مشخصات را خواهد داشت.»

در ادامه، در سال ۱۳۶۳ تبصره ۶۶ قانون بودجه، کلیه امور مربوط به بهره‌برداری از معادن شن و ماسه را به وزارت کشور محول کرد و آیین‌نامه اجرایی این تبصره در همان سال تصویب شد و نحوه بهره‌برداری و نظارت را مشخص کرد. ماده ۱۶ این آیین‌نامه صدور پروانه بهره‌برداری و یا عقد قرارداد استخراج و فروش و اجازه برداشت شن و ماسه در بستر و حریم رودخانه‌ها را به کسب موافقت شرکت‌های آب منطقه‌ای منوط کرد. در سال ۷۵ تبصره‌ای به ماده ۱۶ این آیین‌نامه افزوده شد و مطابق با آن صدور مجوز برداشت شن و ماسه رودخانه‌ای بدون اخذ کتبی و موردی سازمان‌های آب منطقه‌ای ذی‌ربط یا سازمان آب و برق خوزستان ممنوع شد. در سال ۸۲ هیأت وزیران ضوابط فنی و نظارت بر بهره‌برداری از معادن شن، ماسه و خاک رس را تصویب کرد و در سال ۸۳ اصلاحاتی در آن به عمل آمد. ماده ۱ این مصوبه صدور اجازه بهره‌برداری یا واگذاری بهره‌برداری از شن، ماسه و خاک رس بستر و حریم رودخانه‌ها را منوط به کسب موافقت قبلی وزارت نیرو نمود. ضوابط زیست‌محیطی فعالیت‌های معدنی مصوب سال ۱۳۸۴ هیأت وزیران نیز در تبصره ۲ ماده ۴ بهره‌برداری از معادن شن، ماسه و خاک رس در محدوده بستر و حریم رودخانه‌ها را پس از دریافت موافقت وزارت نیرو (سازمان‌های تابعه) ممکن دانست.

سرانجام در سال ۱۳۹۰ در بازنگری قانون معادن، تحت عنوان «قانون اصلاح قانون معادن» موضوع برداشت شن و ماسه از رودخانه‌ها مجدداً مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفت. در ماده ۳ سیاست‌گذاری اجرایی و هماهنگی در مورد طبقات معدنی، موارد مربوط به وزارت نیرو از وزارت صنعت، معدن و تجارت سلب شد. ماده ۹ این قانون مقرر نمود: «بهره‌برداری از ذخایر معدنی، به جز موارد مربوط به وزارتخانه‌های نفت و

نیرو و سازمان انرژی اتمی ایران مستلزم اخذ پروانه بهره‌برداری از وزارت صنعت، معدن و تجارت است.»

«وضع قانون جدید معادن سبب ایجاد تغییراتی در نحوه صدور مجوز برداشت مصالح رودخانه‌ای و تجمیع مسئولیت صدور مجوز تمامی انواع شن و ماسه در سازمان صنعت، معدن و تجارت استان‌ها شده است که با توجه به ماهیت خاص معادن رودخانه‌ای در مقایسه با سایر معادن و تفاوت‌های قوانین و مقررات دو وزارتخانه، در صورت عدم رعایت اصول فنی مباحث مهندسی رودخانه و ادامه یافتن روند فعلی، آسیب‌های جدی بر پیکره آبی رودخانه‌های کشور وارد خواهد شد.» به نظر می‌رسد تجمیع وظایف و یکپارچه نمودن مرجع ذیصلاح در این امر مهم از اولویت‌های قانون‌گذاری است.

۸. تشخیص صلاحیت کارشناسان رسمی دادگستری: مطابق ماده ۴۹ قانون

توزیع عادلانه آب: «تشخیص صلاحیت فنی کارشناسان رشته‌های مختلف فنون مربوط به امور آب و آب‌رسانی در مورد اخذ پروانه کارشناسی رسمی دادگستری با استعلام از وزارت نیرو خواهد بود.»

۹. جبران خسارت: برابر تبصره ۴ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب، وزارت نیرو در

صورتی که اعیانی‌های موجود در بستر و حریم رودخانه‌ها را برای امور مربوط به آب یا برق مزاحم تشخیص دهد به مالک یا متصرف اعلام خواهد کرد که ظرف مدت معینی در تخلیه و قلع اعیانی اقدام کند و در صورت استنکاف وزارت نیرو با اجازه و نظارت دادستان یا نماینده او اقدام به تخلیه و قلع خواهد کرد. خسارات به ترتیب مقرر در مواد ۴۳ و ۴۴ این قانون تعیین و پرداخت می‌شود. این تبصره در واقع جای‌گزین تبصره ۲ ماده ۲ قانون آب و نحوه ملی شدن آن است. ضمن این که موضوع قلع و قمع اعیانی اعم از اشجار و غیر آن بعد از تعیین و تشخیص میزان بستر و حریم رودخانه؛ در ماده ۶ آیین‌نامه مربوط به بستر، حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و

شبکه‌های آب‌رسانی، آبیاری و زه‌کشی هم پیش‌بینی شده است.

در تحلیل این تبصره می‌توان گفت: تشخیص اعیانات مزاحم به طور انحصاری با وزارت نیرو است و سایر دستگاه‌ها نمی‌توانند در این خصوص مداخله نمایند. پس از تشخیص مزاحم بودن اعیانی، وزارت نیرو نمی‌تواند بلافاصله برای تخریب اقدام کند بلکه بدو می‌بایست موضوع را به مالک یا متصرف اعلام تا در زمان تعیین شده نسبت به تخلیه و قلع اعیانی اقدام کند. در صورت عدم تمکین مالک یا متصرف، وزارت نیرو با اجازه و نظارت دادستان یا نماینده او اقدام به تخلیه و قلع خواهد کرد. مستفاد از این تبصره این است که اجازه دادستان شرط لازم برای تخلیه و قلع بوده اما نیازی به رسیدگی و صدور رأی توسط مراجع قضایی نیست. هم‌چنین نظارت دادستان یا نماینده او در تخلیه و قلع نیز همانند اجازه دادستان الزامی است. به نظر می‌رسد این شیوه تمهیدشده - یعنی لزوم دخالت دادستان و یا نماینده او - برای جلوگیری از تضییع احتمالی حقوق مالکین یا متصرفین مستنکف و غایب منطقی و ضروریست.

در قانون توزیع عادلانه آب در خصوص زمان احداث این اعیانات چیزی گفته نشده است. لیکن در تبصره ۲ ماده ۲ قانون آب و نحوه ملی شدن آن، شرط لازم برای جبران خسارت، ایجاد اعیانی تا تاریخ تصویب این قانون با کسب اجازه از مقامات دارای صلاحیت اعلام شده بود. با عنایت به سکوت قانون توزیع عادلانه آب، به نظر می‌رسد این بخش تبصره ۲ ماده ۲ نسخ نشده و مقررات جبران خسارت ذکر شده در تبصره ۴ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب ناظر بر این حالت و یا هر حالتی است که ساخت اعیانی مبتنی بر مجوزهای قانونی صورت گرفته باشد و ساخت‌وسازهای بدون مجوز و غیرقانونی مشمول تبصره ۴ مورد بحث نیستند. شایان ذکر است با عنایت به این که مالکیت بستر رودخانه به دولت تعلق دارد، لذا جبران خسارت یادشده در این تبصره منصرف از جبران خسارت زمین و یا بستر رودخانه به متصرف است.

۱۰. **کشت موقت:** از جمله حقوقی که برای بستر رودخانه‌ها پیش‌بینی شده، کشت

موقت است. با توجه به این که اراضی واقع در بستر رودخانه به دلیل برخورداری از آب کافی و نیز جنس مناسب خاک حاصل از آب رفت و رسوبات، اصولاً برای کشت مناسب هستند، و با توجه به اهمیت کشاورزی در تولید، امکان کشت موقت در بستر رودخانه‌ها در صورت وجود شرایط لازم امری مطلوب محسوب می‌شود.

در این راستا، ماده ۷ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی موضوع کشت موقت را مورد توجه قرار داده و مقرر نموده: کشت موقت در آن قسمت از بستر رودخانه، که برای بهره‌برداری از آب مزاحمتی ایجاد ننماید، با موافقت کتبی و قبلی شرکت آب منطقه‌ای ذی‌ربط به صورت اجاره و رعایت اولویت برای مجاوران بلامانع است. بنابراین شرط اصلی صدور مجوز کشت موقت، عدم ایجاد مزاحمت برای بهره‌برداری از آب است. کشت موقت برای مستأجر حق ایجاد اعیانی و غرس نهال و درخت به وجود نمی‌آورد. در صورت تخلف از این امر، اراضی مسترد و از ادامه فعالیت مستأجر جلوگیری خواهد شد. با عنایت به مفاد ماده ۷ یادشده، در کشت موقت عرصه به صورت اجاره واگذار می‌شود و روش دیگری برای تصرف دادن این اراضی وجود ندارد.

۱۱. حق اجاره بستر مرده: در این خصوص دو نوع حق پیش‌بینی شده است که

عبارت است از حق اجاره بستر مرده و حق اجاره اراضی مازاد بستر.

در خصوص بستر مرده، مطابق ماده ۸ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی، چنان‌چه بستر رودخانه به صورت طبیعی تغییر نماید و باقی مانده بستر که بستر مرده نامیده می‌شود و کماکان در اختیار دولت است، برای اجرای طرح‌های آب و برق قابل استفاده باشد، با حدود مشخصی از طریق وزارت نیرو به دستگاه متقاضی به صورت اجاره واگذار و نحوه آماده‌سازی، کناره‌بندی و سایر شرایط مربوط در سند واگذاری قید خواهد گردید. آن‌گونه که از این ماده استفاده می‌شود، این اجاره صرفاً برای طرح‌های مربوط

به آب و برق پیش‌بینی شده است. به نظر می‌رسد این تبعیض بین دستگاه‌های اجرایی توجیهی ندارد. از طرف دیگر واگذاری به صورت اجاره هم چندان توجیه ندارد. معنی ندارد فرضاً شرکت آب منطقه‌ای از شرکت برق منطقه‌ای برای استفاده از بستر مرده اجاره‌بها اخذ نماید.

هم‌چنین ماده ۱۰ آیین‌نامه مورد بحث در خصوص اراضی مازاد بستر مقرر نموده: چنان‌چه امکان دیواره‌سازی و استفاده از اراضی مازاد بستر برای مجاوران وجود داشته باشد، شرکت آب منطقه‌ای ضمن مشخص کردن مجاوران رودخانه، مشخصات دیواره و مقدار زمین‌هایی را که در اثر دیواره‌سازی حاصل می‌شود، معلوم و به مجاوران اعلام خواهد نمود تا در صورت تمایل به شرکت مراجعه و با قبول شرایط و مشخصات دیواره‌سازی برای اخذ اجازه مربوط اقدام نمایند. بستر واقع در پشت دیواره احداثی در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران است. شرکت می‌تواند پس از تأمین میزان حریم که بلافاصله بعد از دیواره احداثی شروع می‌شود، باقی‌مانده بستر را به سازنده دیوار یا در صورت عدم تمایل سازنده به دیگران اجاره دهد.

۱۲. حق درخواست تعیین بستر: آگاهی مردم از میزان و حدود بستر رودخانه‌ها از ضروریات است زیرا حقوق و تکالیفی برای بستر رودخانه‌ها تعیین شده که برخورداری از این حقوق و انجام تکالیف مستلزم آگاهی از حدود و ثغور بستر رودخانه است. بنابراین، ماده ۹ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، آنها، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی مقرر داشته: چنان‌چه افراد یا شهرداری‌ها یا ادارات ثبت اسناد و املاک به صورت موردی تقاضای تعیین حد بستر و حریم رودخانه را بنمایند که در مجاورت ملکی واقع است، شرکت آب منطقه‌ای مکلف است با اخذ هزینه کارشناسی که تعرفه آن از طرف وزارت نیرو تعیین خواهد شد، نسبت به تعیین حد بستر و حریم هر یک از موارد یادشده به ترتیب مقرر در این آیین‌نامه اقدام نماید، مشروط بر این‌که تصرفات قانونی اشخاص نسبت به املاک مورد

نظر احراز و توسط مراجع ذیصلاح تأیید شده باشد.

۱۳. حق اجرای برخی پروژه‌های عام‌المنفعه: ماده ۸ آیین‌نامه مربوط به

بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی، اجازه داده در صورت تغییر طبیعی بستر رودخانه، در باقی مانده بستر، که بستر مرده نامیده می‌شود، تحت شرایطی برای طرح‌های آب و برق استفاده شود. مضافاً، ماده ۱۲ این آیین‌نامه، عبور لوله نفت و گاز و غیره از بستر و حریم رودخانه‌ها را با موافقت وزارت نیرو و بلامانع اعلام کرده است ولی مسئولیت حفاظت آن‌ها با دستگاه‌های ذی‌ربط خواهد بود. ماده ۱۲ یاد شده حصری نبوده و شامل طرح‌های آب و برق و راه‌سازی و موارد مشابه نیز می‌شود.

برابر ماده ۱۳ آیین‌نامه مورد نظر وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و هم‌چنین سازمان‌ها و نهادهای وابسته به دولت مکلفند قبل از اجرای طرح‌های مربوط به خود و صدور پروانه لازم بستر و حریم رودخانه‌ها را استعلام نمایند. هر نوع تصرف در بستر و حریم منوط به موافقت کتبی و قبلی وزارت نیرو است. متخلفان از این ماده طبق مقررات موضوعه تعقیب و مجازات خواهند شد.

۱۴. حق اشتراک، آب‌بها و حق‌النظاره: در اجرای طرح‌های مربوط به آب

مانند احداث سدها و شبکه‌های آبرسانی و نیز نگهداری از این تأسیسات دولت متحمل هزینه‌های بسیار سنگینی می‌شود. یکی از راه‌های تأمین مالی برای این طرح‌ها دریافت آب‌بها، حق‌النظاره و حق اشتراک از مصرف‌کنندگان و مشترکین است.

مستند قانونی برای دریافت این وجوه ماده ۳۳ قانون توزیع عادلانه آب است. این ماده وزارت نیرو را موظف نموده نرخ آب را برای مصارف شهری و کشاورزی و صنعتی و سایر مصارف با توجه به نحوه استحصال و مصرف برای هر یک از مصارف در تمام کشور تعیین و پس از تصویب شورای اقتصاد وصول نماید. در ماده ۳۴ این قانون مقرر شده: آب‌بران موظف به پرداخت بهای آب مصرفی و یا عوارض آن هستند والا

آب مصرف کننده‌ای که حاضر به پرداخت آب بها نگردیده است پس از مهلت معقولی قطع خواهد شد. هم‌چنین در این ماده برای وصول بدهی‌های معوق امکان صدور اجراییه از طریق اداره ثبت برطبق مقررات اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا پیش‌بینی شده است. امکان استفاده از سازوکار اجرای ثبتی در ماده ۳ «قانون مجازات استفاده‌کنندگان غیرمجاز از آب، برق، تلفن، فاضلاب و گاز هم پیش‌بینی شده است. موضوع دریافت آب بها در قوانین دیگری هم مورد نظر قرار گرفته و مقرراتی در این خصوص وضع شده است. از جمله ماده واحده «قانون تثبیت آب‌بهای زراعی» مصوب سال ۶۹ که با هدف تخفیف برای آب‌بهای دریافتی از کشاورزان و زارعین محصولات راهبردی (استراتژیک) وضع شده است. در ماده ۵۸ «قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» مصوب ۱۳۸۰ مقرر شد: «اخذ آب بها از کشاورزان بهره‌مند از آب رودخانه‌هایی که در طول سال به دریا روانه می‌شوند قبل از مهار آن با ایجاد سد ممنوع می‌باشد.» «آیین‌نامه اجرایی بهینه‌سازی مصرف آب کشاورزی» مصوب سال ۷۵ از دیگر مستندات برای وصول آب بها است. هم‌چنین «آیین‌نامه اجرایی حفاظت و بهره‌برداری از منابع آبی جمهوری اسلامی ایران» مصوب سال ۷۸ از دیگر مستندات در این خصوص محسوب می‌شود. در قوانین برنامه پنج سال و نیز قوانین بودجه سالانه مقرراتی در این خصوص وضع شده است.

از دیگر وصولی‌های مذکور در قانون حق‌النظاره است. در تبصره ۱ ماده ۲۱ قانون توزیع عادلانه آب وصول حق‌النظاره تقسیم و توزیع آب کشاورزی بر عهده وزارت جهاد کشاورزی قرار داده شده است. در بند «ب» ماده ۳۳ این قانون نیز نوعی دریافت حق‌النظاره پیش‌بینی شده و مقرر گردیده: «در مواردی که استحصال آب به وسیله دولت انجام نمی‌پذیرد دولت می‌تواند به ازای نظارت و خدماتی که انجام می‌دهد با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی هر منطقه در صورت لزوم عوارضی را تعیین و از مصرف‌کننده وصول نماید.» هرچند که می‌توان گفت: این بند بیشتر ناظر به آب‌های زیرزمینی است.

«با تصویب قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی و اجتماعی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۱ موسوم به قانون تجمیع عوارض و متعاقب آن تصویب «قانون مالیات بر ارزش افزوده» (مصوب ۱۳۸۷)، علاوه بر تعیین سه درصد به عنوان عوارض برای مصرف کنندگان آب، ابهاماتی مبنی بر نسخ حق النظاره (عوارض) مذکور در بند «ب» ماده ۳۳ قانون صدرالذکر مطرح گردید که هیأت وزیران طی مصوبه شماره ۲۴۱۸۸۱/ت/۵۴۰۷۱۸ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۲ استمرار اخذ حق النظاره مذکور را مورد تأیید قرار داد.»^۱

«قانون هدف مند کردن یارانه‌ها» مصوب سال ۸۸ نیز نیم‌نگاهی به آب‌بها داشت. در بند «الف» ماده ۳ این قانون مقرر شد: «میانگین قیمت آب برای مصارف مختلف با توجه به کیفیت و نحوه استحصال آن در کشور به گونه‌ای تعیین شود که به تدریج تا پایان برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران معادل قیمت تمام‌شده آن باشد.»

ب: نهر طبیعی

نهرهای طبیعی از دیگر مصادیق آب‌های سطحی محسوب می‌شوند. در قانون توزیع عادلانه آب به کرات از «نهر» و جمع این واژه یعنی «انهار» نام برده شده است. در بند «ب» ماده یک آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی در تعریف نهر طبیعی آمده: «مجرای است که آب به طور دائم یا فصلی در آن جریان داشته و دارای حوضه آبریز مشخصی نباشد.» در واقع فقد حوضه آبریز مشخص وجه تمایز نهر طبیعی با رودخانه است.

کلیه حقوق مربوط به رودخانه‌ها که در قسمت قبل احصا شد، شامل مالکیت بستر، حق اخذ سند برای بستر، ممنوعیت ایجاد اعیانی و حفاری و دخل و تصرف، حقابه،

۱. ذوالفقاری، ۱۳۹۵: ۱۵۶

صدور پروانه مصرف معقول، برداشت شن و ماسه، حق اجاره بستر مرده، حق درخواست تعیین بستر، حق اجرای برخی پروژه‌های عام‌المنفعه شامل انهار طبیعی هم می‌شود. به منظور جلوگیری از طولانی شدن مطالب به بخش قبلی ارجاع داده می‌شود.

پ: مرداب

زمین باتلاقی، مسطح و پستی که دارای یک یا تعدادی آب‌راه باشد و معمولاً در مد بزرگ دریا زیر آب رود، همچنین اراضی پستی که در مناطق غیر ساحلی در فصول بارندگی و سیلاب غرقاب شده و معمولاً در تمام سال حالت باتلاقی داشته باشد، مطابق بند «ت» ماده ۱ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی «مرداب» نامیده می‌شود.

از جهت حقوق حاکم بر مرداب‌ها، حق مالکیت، حق اخذ سند، ممنوعیت ایجاد اعیانی و حفاری و دخل و تصرف، حقابه، صدور پروانه مصرف معقول، برداشت شن و ماسه، جبران خسارت و حق درخواست تعیین بستر همانند حقوق مذکور در بخش بستر رودخانه‌ها می‌باشد. لیکن موضوع کشت موقت در ماده ۷ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی پیش‌بینی نشده است، اما در ماده ۱۰ آیین‌نامه موصوف؛ امکان دیواره‌سازی و استفاده از اراضی مازاد بستر مرداب برای مجاوران همانند بستر رودخانه‌ها تعیین شده است. در خصوص حق اجرای برخی پروژه‌های عام‌المنفعه، هرچند در ماده ۸ آیین‌نامه پیش‌گفته در خصوص مرداب سکوت کرده، لیکن در ماده ۱۲ این آیین‌نامه، عبور لوله نفت و گاز و غیره از بستر و حریم مرداب‌ها تجویز شده است.

نکته حائز اهمیت در خصوص مرداب‌ها، کنوانسیون مربوط به تالاب‌های مهم بین‌المللی به ویژه تالاب‌های زیست‌گاه پرندگان آبی^۱ معروف به کنوانسیون رامسر^۲

1. International Importance Wetlands as Waterfowl Habitate (Ramsar 1971)

2. The Ramsar Convention on Wetlands

است. این کنوانسیون تنها معاهده جهانی است که به طور خاص بر تالاب‌ها تمرکز کرده است. «ایران در سال ۱۳۵۱ این کنوانسیون را در پاریس امضا و به موجب ماده واحده قانون عضویت در کنوانسیون رامسر، مصوب ۱۳۵۲ به این کنوانسیون پیوسته است.»^۱ برابر ماده یک این کنوانسیون: «تالاب‌ها شامل مرداب‌ها و باتلاق‌ها و لجن‌زارها یا آب‌های طبیعی یا مصنوعی اعم از دائمی یا موقت است که آب‌های شیرین، تلخ یا شور در آن به صورت راکد یا جاری یافت شود، از آن جمله است آب‌های دریا که عمق آن‌ها در پائین‌ترین نقطه جزر از شش متر تجاوز ننماید.»^۲ با این وصف، از جمله مصادیق تالاب، مرداب است. بنابراین با وجود این که بدو حقوقی مشابه رودخانه‌ها در خصوص مرداب‌ها پیش‌بینی شده بود، لیکن با تصویب این قانون و پیوستن ایران به کنوانسیون رامسر حقوق و مقررات مربوط به مرداب‌ها تغییراتی را شاهد شد. این کنوانسیون حتی تغییراتی در چگونگی دخل و تصرفات قانونی در رودخانه‌ها و سایر منابع آبی منتهی به مرداب‌ها نیز به وجود آورده تا حقابه مرداب حفظ شود. البته این تغییرات شامل همه مرداب‌ها نیست زیرا در ماده ۲ این کنوانسیون، هر یک از طرف‌های متعاقد مکلف شده‌اند تالاب‌های حائز اهمیت سرزمین خود را که باید در فهرست تالاب‌های مهم بین‌المللی درج شود تعیین نمایند. به عبارت دیگر صرفاً تالاب‌های حائز اهمیت موجود در کشور که توسط دولت تعیین و اعلام شده‌اند مشمول مقررات این

۱. رضانی قوام‌آبادی و سنایی پور، ۱۳۹۲: ۱۱۱

۲. تعاریف دیگری نیز از تالاب در سایر قوانین و مقررات ارائه شده است، از جمله: بند ج ماده یک قانون اراضی مستحدث و ساحلی مصوب ۱۳۵۴ اشعار داشته «تالاب اعم است از اراضی مرداب، باتلاق یا آب‌بندان طبیعی که سطح آن در حداکثر ارتفاع آب از پنج هکتار کمتر نباشد.» پیوست شماره یک تصویب‌نامه هیأت وزیران در خصوص ضوابط و معیارهای استقرار صنایع مصوب ۱۳۷۸ نیز بیان داشته «تالاب به مناطقی نظیر زمین‌های مرطوب و آبیگیر، زمین‌های آبدار، باتلاق‌هایی که به صورت مصنوعی یا طبیعی موقتی یا دائمی با آب جاری یا ساکن با طعم آب شیرین یا شور، یا لب‌شور، شامل مناطق دریایی با عمق کمتر از ۶ متر گفته می‌شود».

کنوانسیون هستند.

در راستای این کنوانسیون، «آیین‌نامه نحوه حفاظت، احیا و مدیریت تالاب‌های کشور»^۱ در سال ۹۴ به تصویب هیأت وزیران رسید. در این آیین‌نامه حد بستر تالاب، «آخرین نقطه پیش‌روی آب تالاب‌ها» در نظر گرفته شده است. این آیین‌نامه نیز همانند کنوانسیون با نگاه زیست‌محیطی به تالاب‌ها به تصویب رسیده و مسائلی مانند: نیاز آبی محیط‌زیستی تالاب‌ها و رودخانه‌های بالادست آن، حقابه محیط‌زیستی تالاب‌ها و رودخانه‌های بالادست آن، پایداری تالاب و راهبردها و برنامه‌های عمل ملی حفاظت و احیای تالاب‌ها مورد توجه قرار گرفته است. نکته قابل تأمل این‌که در ماده ۳ این آیین‌نامه تأمین آب شرب در اولویت قرار گرفته است که می‌تواند موجب تداوم روند نابودی تالاب‌ها باشد.

ت: برکه

مطابق با بند «ث» ماده ۱ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی، «برکه، اراضی پستی است که در اثر جریان سطحی و زیرزمینی آب در آن‌ها جمع شده و باقی می‌ماند.»

حق مالکیت بستر، حق اخذ سند، حق حریم، ممنوعیت ایجاد اعیانی و حفاری و دخل و تصرف، حقابه، صدور پروانه مصرف معقول، جبران خسارت، حق درخواست تعیین بستر، حق اجرای برخی پروژه‌های عام‌المنفعه و حق اشتراک، آب‌بها و حق‌النظاره در خصوص برکه‌ها مشابه حقوق پیش‌بینی شده در خصوص رودخانه‌هاست که سابقاً بررسی شد و برای جلوگیری از تکرار و تطویل به مبحث یاد شده ارجاع داده می‌شود.

ث: مسیل متروک

آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و

شبکه‌های آب‌رسانی در بند «ج» ماده ۱ در تعریف مسیر متروک بیان نموده: «مجرای طبیعی است که تحت تأثیر عوامل طبیعی یا غیرطبیعی، امکان حدوث سیلاب در آن وجود نداشته باشد.» برابر ماده ۱۱ این آیین‌نامه: «شرکت‌های آب منطقه‌ای با همکاری شهرداری‌ها و ادارات ثبت اسناد و املاک، مسیل‌های متروک را شناسایی خواهند نمود. تشخیص متروک بودن مسیل‌ها در خارج محدوده قانونی شهرها با شرکت آب منطقه‌ای است، ولی در داخل محدوده قانونی شهرها، شرکت مزبور با همکاری شهرداری‌ها تصمیم لازم را اتخاذ خواهد نمود. در صورت بروز اختلاف نظر، تشخیص وزارت نیرو معتبر می‌باشد.»

حق مالکیت بستر، حق اخذ سند، حق حریم، ممنوعیت ایجاد اعیانی و حفاری و دخل و تصرف، برداشت شن و ماسه، جبران خسارت، کشت موقت، اجاره بستر مرده، حق درخواست تعیین بستر و حق اجرای برخی پروژه‌های عام‌المنفعه مشابه موارد مطرح شده در بخش رودخانه‌هاست که در صورت نیاز به مطالعه، به قسمت یادشده ارجاع داده می‌شود.

ث: شبکه‌های آبیاری و زه‌کشی و کانال‌ها

بند «ج» ماده ۱ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی، شبکه‌های آبیاری و زه‌کشی و کانال‌ها را چنین تعریف کرده است: «مجاری مستحدثه‌ای هستند که به منظور آب‌رسانی، سالم‌سازی اراضی و یا انتقال آب ایجاد شده یا می‌شود.» در انتقاد می‌توان گفت: متن و کیفیت نگارش این تعریف چندان مناسب نیست. این انتقاد بر سراسر این آیین‌نامه وارد است.

از حیث حقوق حاکم بر شبکه‌های آبیاری و زه‌کشی و کانال‌ها، در بند «ب» ماده ۲۹ قانون توزیع عادلانه آب، «ایجاد تأسیسات آبی و کانال‌ها و خطوط آب‌رسانی و شبکه آبیاری»، «به منظور تأمین آب مورد نیاز کشور» از وظایف وزارت نیرو در نظر گرفته شده است. هم‌چنین، در ماده ۴۳ قانون پیش‌گفته مقرر شده است: «در موارد ضرورت

اراضی، مستحدثات، اعیانی و املاک متعلق به اشخاص که در مسیر شبکه آبیاری و خطوط آبرسانی واقع باشند با رعایت حریم مورد نیاز در اختیار دولت قرار می‌گیرند و قیمت عادلانه با توجه به خسارت وارده به مالکین شرعی پرداخت می‌شود.»

برای شبکه‌های آبیاری حریم در نظر گرفته شده است. مطابق ماده ۱۵ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آبرسانی، حریم کانال‌ها، انهار احداثی و سنتی و شبکه‌های آبیاری و زه‌کشی با توجه به ظرفیت آن‌ها طبق جدولی که در این ماده آمده از طرف وزارت نیرو یا شرکت‌های تابع آن برای هر طرف تعیین می‌گردد و این حریم از منتهی‌الیه دیواره آن‌ها است.

۲. آثار مالکیت آب‌های زیرزمینی

قسم دیگری از آب‌های موجود در کره زمین، آب‌های زیرزمینی هستند. برای آب‌های زیرزمینی تعریفی در قوانین و مقررات مشاهده نشد. لیکن در تعریف آن گفته شده: «آب موجود در سوراخ‌ها و شکاف‌های پوسته سنگی زمین، که در نتیجه ریزش باران، و جریان آب‌های سطحی، درون خلل و فرج مزبور انباشته شده است. این گونه آب‌ها بیشتر در اعماق پنجاه تا صد متری زمین انباشته شده»^۱ است. در مجموع و در سطح وسیع‌تر این آب‌ها به صورت سفره‌های زیرزمینی یا آب‌خوان تجمیع شده‌اند. سفره زیرزمینی، «منبع آب زیرزمینی واقع در طبقه قابل نفوذ [است] که روی طبقه غیرقابل نفوذ قرار گرفته است»^۲ در واقع سفره «قسمتی از پوسته زمین است که سوراخ‌ها یا خلل و فرج سنگ‌های آن از آب مملو و اشباع شده باشد»^۳. به تازگی به طور جدی‌تر از

۱. رشیدی، ۱۳۷۸: ۳۵

۲. رشیدی، ۱۳۸۷: ۴۵۹

۳. بابایی، بابایی، ۱۳۹۴: ۱۸

گذشته، سخن از نوعی از آب زیرزمینی موسوم به «ژرفاب»^۱ به میان آمده که در عمق بسیار زیاد زمین وجود دارد.

«آب زیرزمینی فراوان‌ترین منبع آب شیرین روی کره زمین است که بیش از نودوشش درصد آب شیرین دنیا را در خود ذخیره کرده اما از آن‌جا که این منبع حیاتی مخفی و غیرقابل دیدن است، در اولویت قرار نداشته و همواره به آن کم‌توجهی شده است.»^۲

در کشور ما به دلیل کمبود بارندگی، آب زیرزمینی از مهم‌ترین منابع تأمین آب است به نحوی که در برخی مناطق تنها منبع تأمین آب محسوب می‌شود. اما اضافه‌برداشت از این آب‌ها مشکلات عدیده‌ای را به وجود آورده است. مهم‌ترین مشکلات ناشی از اضافه‌برداشت آب‌های زیرزمینی عبارتند از: فرونشست زمین^۳، نفوذ آب شور^۴، شوری خودالقایی^۵، کاهش تبادلات بین منابع سطحی و آب زیرزمینی^۶، کاهش ظرفیت ذخیره آب در آب‌خانه^۷ و غیره. «آب‌دهی پایدار از کلیدی‌ترین مفاهیم در مدیریت آب زیرزمینی محسوب می‌شود و به منظور دستیابی به مدیریت پایدار آب زیرزمینی ضروری است که تخصیص برداشت از آب زیرزمینی مبتنی بر این مفهوم مورد توجه قرار گیرد.»^۸

الف: مالکیت منابع زیرزمینی آب

بحث مالکیت منابع زیرزمینی آب همانند منابع سطحی امری مهم و تأثیرگذار است. با تعیین تکلیف موضوع مالکیت منابع زیرزمینی آب تحلیل بسیاری از مسائل حقوقی و

1. Deep Water

۲. علی پور و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۶۲

3. Land Subsidence

4. Seawater Intrusion

5. Induced Self- Salinity

6. Depletions of Interconnected Surface Waters

7. Permanent Loss of Capacity to Store Water

۸. علی پور و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۶۳

حتی فنی در این بخش آسان تر می شود. در تکمیل مباحث پیشین در خصوص مالکیت آب بیان این توضیح مفید به نظر می رسد: اصل ۴۵ قانون اساسی در خصوص مالکیت آب، پس از ذکر چند نمونه، «سایر آب های» عمومی را در اختیار حکومت اسلامی قرار داده است. واضح است که آب های زیرزمینی از مصادیق «سایر آب های عمومی» محسوب می شود. بنابراین، آب های زیرزمینی از «ثروت های عمومی» هستند که مدیریت آن ها با دولت است.

موضوع مالکیت آب های زیرزمینی در ماده یک قانون توزیع عادلانه آب نیز مورد توجه قرار گرفته و مقرر نموده: «منابع آب های زیرزمینی از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آن ها بهره برداری می شود.» ضمن این که ماده سه قانون مورد بحث در خصوص نحوه بهره برداری از منابع زیرزمینی آب مقرر داشته: «استفاده از منابع آب های زیرزمینی به استثنای موارد مذکور در ماده ۵ این قانون از طریق حفر هر نوع چاه و قنات و توسعه چشمه در هر منطقه از کشور با اجازه و موافقت وزارت نیرو باید انجام شود و وزارت مذکور با توجه به خصوصیات هیدروژئولوژی منطقه (شناسایی طبقات زمین و آب های زیرزمینی) و مقررات پیش بینی شده در این قانون نسبت به صدور پروانه حفر و بهره برداری اقدام می کند.» بنابراین وضعیت مالکیت و مدیریت منابع آب زیرزمینی کاملاً در قوانین مشخص شده و خلأ قانونی خاصی در این خصوص مشاهده نمی شود.

ب: آثار مالکیت آب های زیرزمینی بر انواع منابع آب زیرزمینی
با مشخص شدن مالکیت آب های زیرزمینی، ضرورت تأثیر مالکیت بر انواع منابع آب زیرزمینی مورد بررسی قرار می گیرد که در ادامه شرح آن خواهد آمد.

۱. قنات

برای بهره برداری از آب های زیرزمینی شیوه های گوناگونی وجود دارد. از جمله این شیوه ها حفر قنات یا کاریز است. در واقع قنات استحصال آب زیرزمینی و انتقال آن را

به صورت توأم انجام می‌دهد. با وجود این که قنات در قانون توزیع عادلانه آب و حتی قوانین قبلی مورد توجه قرار گرفته، لیکن در قوانین و مقررات تعریفی از این مصنوع بشری به میان نیامده است. لیکن در تعریف قنات می‌توان گفت: «مجربایی است که به کمک چاه‌های متعدد در زیرزمین حفر شود تا آب کوهپایه‌ها را به داخل دشت‌ها روان ساخته و به مصرف کشاورزی و غیره برسد.»^۱

در سال ۱۳۰۹ «قانون راجع به قنات» به تصویب رسید. در این قانون برای قنات حریم پیش‌بینی شد و در خصوص حقوق ارتفاقی صاحبان قنات، نحوه تعامل با مالکین اراضی برای احداث قنات جدید، نحوه اقدام دولت در حفر قنات و غیره مقرراتی وضع نمود.

در قانون توزیع عادلانه آب قنات مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. در ماده ۳ این قانون مقرر شده: استفاده از منابع آب‌های زیرزمینی از طریق حفر هر نوع قنات در هر منطقه از کشور با اجازه و موافقت وزارت نیرو باید انجام شود و وزارت مذکور با توجه به خصوصیات هیدروژئولوژی منطقه (شناسایی طبقات زمین و آب‌های زیرزمینی) و مقررات پیش‌بینی شده در این قانون نسبت به صدور پروانه حفر و بهره‌برداری اقدام می‌کند. برابر ماده ۴ قانون توزیع عادلانه آب: در مناطقی که به تشخیص وزارت نیرو مقدار بهره‌برداری از منابع آب‌های زیرزمینی بیش از حد مجاز باشد و یا در مناطقی که طرح‌های دولتی ایجاب نماید، وزارت نیرو مجاز است با حدود جغرافیایی مشخص حفر قنات و یا هرگونه افزایش در بهره‌برداری از منابع آب منطقه را برای مدت معین ممنوع سازد. تمدید یا رفع این ممنوعیت با وزارت نیرو است.

در ماده ۵ قانون مورد بحث نوعی حق تقدم و اولویت برای قنات‌های موجود پیش‌بینی شده که در صدور مجوزهای جدید استحصال آب باید لحاظ شود. تبصره ۲ این ماده برای حل اختلافات در خصوص این حق تقدم ارائه طریق کرده و ماده ۱۴ نیز

۱. رشیدی، ۱۳۷۸: ۶۴۰

مقرراتی در این خصوص وضع کرده است. ماده ۶ قانون پیش گفته برای صاحبان و استفاده کنندگان از قنات مسئولیت جلوگیری از آلودگی آب و عمل طبق مقررات بهداشتی را تمهید کرده است. هم‌چنین وزارت نیرو در ماده ۸ قانون یادشده موظف شده بنابه درخواست متقاضی حفر قنات، به منظور راهنمایی فنی و علمی، حفر قنات را از لحاظ فنی و اقتصادی مورد بررسی قرار داده و در صورت لزوم متخصصین خود را به محل اعزام نماید تا متقاضی را راهنمایی کنند. در این صورت هزینه کارشناسی طبق تعرفه وزارت نیرو به عهده متقاضی خواهد بود. ماده ۱۰ قانون توزیع عادلانه آب نوعی وظیفه صیانت و جلوگیری از اتلاف و هدررفت آب را بر عهده صاحبان قنات‌ها قرار داده و مقرر کرده: برای جلوگیری از اتلاف آب زیرزمینی خصوصاً در فصولی از سال که احتیاج به بهره‌برداری از آب زیرزمینی نباشد صاحبان قنات‌هایی که منابع آن‌ها تحت فشار باشد موظفند از طریق نصب شیر و دریچه از تخلیه دائم آب زیرزمینی جلوگیری کنند. برابر تبصره ماده ۱۲ این قانون وزارت نیرو مجاز است در موارد لازم برای اندازه‌گیری آب قنات و وسائل اندازه‌گیری را به هزینه خود تعبیه نماید. حفظ و نگاهداری وسائل مزبور و اندازه‌گیری آب قنات با اداره کنندگان قنات خواهد بود.

وفق ماده ۱۳ قانون توزیع عادلانه آب اشخاص حقیقی و حقوقی که حرفه آن‌ها حفاری است و با وسائل موتوری اقدام به حفر قنات می‌کنند باید پروانه صلاحیت حفاری از وزارت نیرو تحصیل کنند و بدون داشتن پروانه مذکور مجاز به حفاری با وسائل موتوری نخواهند بود. اشخاص فوق‌الذکر موظفند کلیه شروط مندرج در پروانه صلاحیت حفاری و پروانه حفر قنات را رعایت کنند و در صورت تخلف پروانه آن‌ها لغو خواهد شد و اگر بدون پروانه اقدام به حفر قنات کنند در مورد اشخاص حقیقی مالکین دستگاه و در مورد اشخاص حقوقی مدیران عامل شرکت‌ها و یا سازمان‌ها و مؤسسات حفاری به مجازات مقرر در ماده ۴۵ این قانون محکوم خواهند شد و در صورت تکرار وزارت نیرو می‌تواند با اجازه دادستانی دستگاه حفاری را توقیف نماید.

دادگاه تکلیف دستگاه حفاری را تعیین خواهد کرد.

در ماده ۱۶ قانون توزیع عادلانه آب به وزارت نیرو اجازه داده شده مالک یا مالکین قنات‌های بایر یا متروک، یا قنات‌هایی که به علت نقصان فاحش آب عملاً مسلوب‌المنفعه باشند، در صورت وجود ضرورت اجتماعی مکلف نماید نسبت به احیای قنات اقدام کنند و در صورت عدم اقدام مالک یا مالکین ظرف یک سال بعد از اعلام، رأساً اقدام کند و هزینه صرف شده را در صورت عدم پرداخت مالک یا مالکین از طریق فروش آب وصول نماید. هم‌چنین می‌تواند اجازه حفر قنات در حریم چاه یا قنات فوق‌الذکر صادر نماید. در ماده ۱۷ حق ارتفاق مالک قنات در ملک غیر به رسمیت شناخته شده و برای صاحب ملک نیز تصرفات غیر مغایر با این حق ارتفاق مورد شناسایی قرار گرفته است.

برابر ماده ۱۸ قانون توزیع عادلانه آب، اگر کسی مالک قنات در ملک غیر باشد، تصرف قنات فقط از نظر مالکیت قنات و برای عملیات مربوط به قنات خواهد بود و صاحب ملک می‌تواند در اطراف قنات هر تصرفی که بخواهد بکند مشروط بر این که تصرفات او موجب ضرر صاحب قنات نشود. تبصره ذیل ماده ۱۸ تشخیص حریم قنات‌ها را بر عهده کارشناسان وزارت نیرو قرار داده است. برای حفاظت و نگه‌داری از قنات مشترک، طبق ماده ۳۵ قانون توزیع عادلانه آب کلیه شرکا به نسبت سهم خود دارای مسئولیت هستند و برابر ماده ۳۸ این قانون هرگاه استفاده‌کنندگان مشترک قنات حاضر به تأمین هزینه آن نشوند، هر یک از شرکا می‌توانند مطابق ماده ۵۹۴ قانون مدنی عمل نمایند. در ماده ۳۷ قانون توزیع عادلانه آب در صورت تعارض منافع بین مالکین و ذینفعان قنات با برخی منافع عمومی مانند اماکن و جاده‌های عمومی، اماکن متبرکه و باستانی به طور مطلق و صرف نظر از تقدم و تأخر حفر قنات با این مراقب عامه، برای امور عمومی موصوف حق اولویت قائل شده است.

ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب برای حفر و یا بهره‌برداری از قنات بدون رعایت مقررات این قانون جرم‌انگاری نموده و مقرر داشته: مرتکب علاوه بر اعاده وضع سابق و جبران خسارت وارده به ده تا پنجاه ضربه شلاق و یا از پانزده روز تا سه ماه حبس تأدیبی بر حسب موارد جرم به نظر حاکم شرع محکوم خواهد شد.

برای ثبت حقوق مربوط به قنات در ماده ۱۲۶ «آیین‌نامه قانون اصلاح موادی از قانون ثبت» مصوب سال ۱۳۸۰ مقرر شده: «در مورد قنوات مستقل دفتری به نام دفتر ثبت قنوات تخصیص داده می‌شود تا کلیه قنواتی که مستقلاً مورد معامله واقع می‌شود و تابع املاک نیست در آن دفتر به ثبت برسد و با رعایت تعداد قنات هر ناحیه و به نسبت سهام و عده مالکین آن باید یک یا چند دفتر برای قنوات یک یا چند ناحیه اختصاص داده شود.»

۲. چاه

از دیگر شیوه‌های رایج استحصال و بهره‌برداری از آب‌های زیرزمینی حفر چاه است. در قوانین و مقررات جاری تعریفی از چاه مشاهده نشد، لیکن این عنوان در قوانین مختلف، از جمله قانون مدنی، قانون آب و نحوه ملی شدن آن، قانون توزیع عادلانه آب و غیره به کار رفته و مقرراتی در این خصوص وضع شده است. در هر صورت در تعریف چاه می‌توان گفت: چاله‌ای استوانه‌ای است که در زمین حفر می‌شود تا از طریق آن به آب‌های زیرزمینی راه پیدا کنند.^۱

در قانون توزیع عادلانه آب، همانند قنات، موضوع چاه آب و چگونگی حفر و بهره‌برداری از آن مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. برابر ماده ۳ این قانون حفر چاه در هر منطقه از کشور با اجازه و موافقت وزارت نیرو باید انجام شود و این وزارت با توجه به خصوصیات هیدروژئولوژی منطقه (شناسایی طبقات زمین و آب‌های

۱. رشیدی، ۱۳۷۸: ۳۱۳

زیرزمینی) و مقررات پیش‌بینی شده در این قانون نسبت به صدور پروانه حفر و بهره‌برداری اقدام خواهد کرد. مطابق تبصره ذیل ماده یادشده، «از تاریخ تصویب این قانون صاحبان کلیه چاه‌هایی که در گذشته بدون اجازه وزارت نیرو حفر شده باشد اعم از این که چاه مورد بهره‌برداری قرار گرفته یا نگرفته باشد، موظفند طبق آگهی که منتشر می‌شود به وزارت نیرو مراجعه و پروانه بهره‌برداری اخذ نمایند. چنان‌چه وزارت نیرو هر یک از این چاه‌ها را لااقل طبق نظر دو کارشناس خود مضر به مصالح عمومی تشخیص دهد چاه بدون پرداخت هیچ‌گونه خسارتی مسدود می‌شود و بهره‌برداری از آن ممنوع بوده و با متخلفین طبق ماده ۴۵ این قانون رفتار خواهد شد. معترضین به رأی وزارت نیرو می‌توانند به دادگاه‌های صالحه مراجعه نمایند.»

با تصویب «قانون الحاق یک ماده به قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین» در سال ۱۳۸۴ تبصره ۳ پیش‌گفته حذف و وزارت نیرو موظف شد چاه‌های حفر شده بدون پروانه در مناطق ممنوعه قبل از قانون توزیع عادلانه آب موضوع تبصره ۳ قانون توزیع عادلانه آب را تا پایان سال ۱۳۸۴ تعیین تکلیف نماید. برای چاه‌های فاقد پروانه در سال ۸۹ ماده واحده «قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری» به تصویب رسید. مطابق این ماده واحده: «وزارت نیرو موظف است ضمن اطلاع رسانی فراگیر و مؤثر به ذی‌نفعان، طی دو سال تمام پس از ابلاغ این قانون، برای کلیه چاه‌های آب کشاورزی فعال فاقد پروانه واقع در کلیه دشت‌های کشور که قبل از پایان سال ۱۳۸۵ هجری شمسی حفر و توسط وزارت نیرو و دستگاه‌های تابعه استانی شناسایی شده باشند و براساس ظرفیت آبی دشت مرتبط، و با رعایت حریم چاه‌های مجاز و عدم اضرار به دیگران و عموم مشروط به اجرای آبیاری تحت فشار توسط متقاضی پروانه بهره‌برداری صادر نماید.» هم‌چنین در این ماده واحده وزارت نیرو مکلف شده ظرف پنج سال پس از تصویب نسبت به برقی کردن چاه‌های کشاورزی

اقدام نماید (تبصره ۲)، شرکت‌های آب منطقه‌ای مکلف شده‌اند هر سه سال یک بار، مشروط به نبود تخلف از مفاد پروانه توسط مالک یا مالکان نسبت به تمدید پروانه بهره‌برداری چاه‌های آب کشاورزی در سراسر کشور اقدام نمایند. (تبصره ۳)، مصادیق این تخلف در ماده ۶ «آیین‌نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری» مصوب سال ۱۳۹۰ برشمرده شده‌اند. کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی مالک دستگاه‌های حفاری در سراسر کشور موظفند ظرف سه ماه پس از ابلاغ این قانون، از شرکت‌های آب منطقه‌ای استان‌ها مجوز فعالیت و کارت تردد دریافت و سپس به حمل و نقل و تردد اقدام نمایند. پس از انقضای مهلت تعیین شده، نیروی انتظامی موظف به جلوگیری از حمل و نقل و یا تردد دستگاه‌های فاقد مجوز و کارت تردد می‌باشد (تبصره ۴)، هم‌چنین وزارت نیرو موظف است با همکاری نیروی انتظامی نسبت به توقیف دستگاه‌های حفاری متخلف به مدت شش ماه و حمل آن به توقف‌گاه (پارکینگ) با هزینه مالک آن اقدام نماید. رسیدگی به اعتراض مالکین در این خصوص بر عهده کمیسیون مندرج در تبصره (۵) این قانون می‌باشد. (تبصره ۴) ضمن این که، از تاریخ تصویب این قانون هرگونه جابجایی چاه‌های دارای پروانه که مواجه با کاهش فاحش آب‌دهی گردیده و یا خشک شده است، صرفاً در اراضی آب‌خور اولیه چاه و حداکثر در محدوده اراضی مالک و مشروط به رعایت سایر ضوابط ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب و تبصره‌های ذیل آن و با تشخیص کمیسیون‌های رسیدگی به صدور پروانه‌ها مجاز می‌باشد. (تبصره ۶)

در خصوص حفاری و بهره‌برداری از چاه‌ها قانون‌گذار به صیانت از منابع آب زیرزمینی توجه داشته و در ماده ۴ قانون پیش‌گفته مقرر نموده: «در مناطقی که به تشخیص وزارت نیرو مقدار بهره‌برداری از منابع آب‌های زیرزمینی بیش از حد مجاز باشد و یا در مناطقی که طرح‌های دولتی ایجاب نماید، وزارت نیرو مجاز است با حدود

جغرافیایی مشخص حفر چاه عمیق یا نیمه عمیق و یا هر گونه افزایش در بهره برداری از منابع آب منطقه را برای مدت معین ممنوع سازد. تمدید یا رفع این ممنوعیت با وزارت نیرو است.» با این وصف، در ماده ۵ این قانون اجازه حفر چاه برای مصرف خانگی، شرب، بهداشتی و باغچه تا ظرفیت بیست و پنج متر مکعب در شبانه روز بدون صدور پروانه حفر و بهره برداری در مناطق غیر ممنوعه صادر شده است، هر چند که این حفاری می بایست به اطلاع وزارت نیرو برسد. برابر تبصره ۲ ماده مورد بحث: «در صورتی که حفر چاه های موضوع این ماده موجب کاهش یا خشکانیدن آب چاه و یا قنات مجاز و یا چشمه مجاور گردد وزارت نیرو بدو ا به موضوع رسیدگی و سعی در توافق بین طرفین می نماید و چنان چه توافق حاصل نشد، معترض می تواند به دادگاه صالح مراجعه نماید.»

ماده ۶ قانون پیش گفته برای صاحبان و استفاده کنندگان از چاه، همانند قنات مسؤولیت جلوگیری از آلودگی آب و عمل طبق مقررات بهداشتی را الزامی کرده است. در ماده ۸ قانون توزیع عادلانه آب امکان کسب درآمد برای صاحبان چاه ها فراهم شده است. در مورد چاه هایی که مقدار آب دهی مجاز آن بیش از میزان مصرف معقول صاحبان چاه باشد و مازاد آب چاه با ارائه شواهد و قرائن برای امور کشاورزی، صنعتی و شهری مصرف معقول داشته باشد، وزارت نیرو می تواند تا زمانی که ضرورت اجتماعی ایجاب کند با توجه به مقررات و رعایت مصالح عمومی برای کلیه مصرف کنندگان اجازه مصرف صادر نماید و قیمت عادلانه آب به صاحب چاه پرداخت شود. البته به نظر می رسد این ماده برای امکان بهره وری مطلوب از منابع آب اختیار مطلق به وزارت نیرو داده و رضایت یا عدم رضایت مالک چاه تأثیری در این خصوص ندارد.

در ماده ۸ قانون توزیع عادلانه آب وزارت نیرو موظف شده بنابه درخواست متقاضی حفر چاه، به منظور راهنمایی فنی و علمی، حفر چاه یا قنات را از لحاظ فنی و اقتصادی

مورد بررسی قرار داده و در صورت لزوم متخصصین خود را به محل اعزام نماید تا متقاضی را راهنمایی کنند. در این صورت هزینه کارشناسی طبق تعرفه وزارت نیرو به عهده متقاضی خواهد بود.

مطابق ماده ۹ این قانون: «در مواردی که آب شور و یا آب آلوده با آب شیرین مخلوط شود چنانچه وزارت نیرو لازم تشخیص دهد می تواند پس از اطلاع به صاحبان و استفاده کنندگان مجرای آب شور یا آلوده را مسدود کند. و در صورتی که این کار از لحاظ فنی امکان پذیر نباشد چاه یا مجرا را بدون پرداخت خسارت عندالاقضا مسدود یا منهدم سازد. چنانچه مسلم شود صاحب چاه شرایط و مشخصات مندرج در پروانه حفر و بهره برداری را رعایت نموده است، خسارت وارده بر صاحب چاه را وزارت نیرو جبران خواهد کرد.»

ماده ۱۰ قانون توزیع عادلانه آب همانند مقررات مربوط به قنات، وظیفه صیانت و جلوگیری از اتلاف و هدررفت آب را بر عهده صاحبان چاهها نیز قرار داده و مقرر نموده: برای جلوگیری از اتلاف آب زیرزمینی خصوصاً در فصولی از سال که احتیاج به بهره برداری از آب زیرزمینی نباشد، صاحبان چاههایی که منابع آنها تحت فشار باشد موظفند از طریق نصب شیر و دریچه از تخلیه دائم آب زیرزمینی جلوگیری کنند. ضمن این که مطابق ماده ۱۱ این قانون، «در چاههای آرتزین و نیمه آرتزین دارندگان پروانه چاه مکلفند چنانچه وزارت نیرو لازم بداند به وسیله پوشش جداری و یا طرز مناسب دیگری به تشخیص وزارت نیرو از نفوذ آب مخزن تحت فشار در قشرهای دیگر جلوگیری کنند.»

اندازه گیری از میزان مصرف آب و در اختیار داشتن این اطلاعات برای وزارت نیرو جهت مدیریت بهتر منابع آب و نیز وصول آب بها و غیره حائز اهمیت است. بنابراین در ماده ۱۲ قانون توزیع عادلانه آب مقرر شده: «هر چاه به استثنای چاههای مذکور در ماده

۵ این قانون در صورت ضرورت به تشخیص وزارت نیرو باید مجهز به وسایل اندازه گیری سطح آب و میزان آب دهی طبق نظر وزارت نیرو باشد. چنانچه اندازه گیری آب استخراجی از چاه و وجود کنتور نیز ضروری باشد، وزارت نیرو به هزینه صاحب پروانه اقدام به تهیه و نصب کنتور می نماید. در هر حال دارندگان پروانه مکلفند گزارش مقدار آب مصرف شده را طبق درخواست و دستورالعمل وزارت نیرو ارائه دهند.» وجه دیگر نظارت بر امور چاهها، نظارت بر اشخاصی است که حرفه آنها حفاری چاه است. در ماده ۱۳ قانون مورد بحث، این جنبه از نظارت نیز مورد توجه قرار گرفته و اشخاص حقیقی و حقوقی را که حرفه آنها حفاری است و با وسایل موتوری اقدام به حفر چاه می نمایند، مکلف به تحصیل پروانه صلاحیت حفاری از وزارت نیرو کرده است و ضمانت اجرای عدم رعایت شروط مندرج در پروانه حفاری را لغو پروانه تعیین کرده است. هم چنین در این ماده برای حفاری بدون پروانه مجازات تعیین شده است و در صورتی که مرتکب شخص حقیقی باشد، مالک دستگاه و اگر از اشخاص حقوقی باشد، مدیران عامل مورد مجازات قانونی قرار خواهند گرفت و حتی در صورت تکرار، امکان توقیف دستگاه حفاری نیز پیش بینی شده است.

در ماده ۱۴ قانون توزیع عادلانه آب چگونگی جبران خسارات منابع مجاور که به دلیل حفاری چاه جدید در اراضی غیر محیا دچار نقصان شده اند، پیش بینی شده است. در ماده ۱۶ قانون توزیع عادلانه آب به وزارت نیرو اجازه داده شده مالک یا مالکین چاه های بایر یا متروک، یا چاه هایی که به علت نقصان فاحش آب عملاً مسلوب المنفعه باشند، در صورت وجود ضرورت اجتماعی مکلف نماید نسبت به احیای چاه اقدام کنند و در صورت عدم اقدام مالک یا مالکین ظرف یک سال بعد از اعلام، رأساً اقدام کند و هزینه صرف شده را در صورت عدم پرداخت مالک یا مالکین از طریق فروش آب وصول نماید. هم چنین می تواند اجازه حفر چاه در حریم چاه یا قنات فوق الذکر صادر

نماید. ضمن این که، در ماده ۱۷ حق ارتفاق مالک چاه در ملک شخص دیگر توسط قانونگذار تثبیت شده و برای صاحب ملک نیز امکان تصرفاتی که با این حق ارتفاق مغایرت نداشته باشد، مورد شناسایی قرار گرفته است. مطابق ماده ۳۵ این قانون برای حفظ و نگه‌داری چاه کلیه شرکا به نسبت سهم خود مسئول هستند و هرگاه استفاده کنندگان مشترک چاه حاضر به تأمین هزینه آن نشوند برابر ماده ۳۸ قانون پیش‌گفته هریک از شرکا می‌توانند برابر ماده ۵۹۴ قانون مدنی عمل نمایند.

ماده ۳۷ قانون توزیع عادلانه آب در صورت تعارض منافع بین مالکین و ذینفعان چاه آب با برخی منافع عمومی مانند اماکن و جاده‌های عمومی، اماکن متبرکه و باستانی، به طور مطلق و صرف نظر از تقدم و تأخر حفر چاه با این مرافق عامه، برای امور عمومی موصوف حق اولویت قائل شده و مقرر نموده: هیچ چاهی نباید در اماکن و جاده‌های عمومی و اماکن متبرکه و باستانی و حریم آن‌ها به صورتی باشد که ایجاد خطر و مزاحمت برای ساکنین و عابرین و وسائط نقلیه و اماکن مذکور نماید. در غیر این صورت مالک یا مالکین موظفند طبق مشخصات فنی وزارتخانه‌های مربوط اقدامات لازم برای رفع خطر و یا مزاحمت را به عمل آورند. در صورتی که مالک یا مالکین از اجرای اخطار کتبی وزارتخانه ذیربط و شهرداری (در شهرها) حداکثر به مدت یک ماه طبق مشخصات مذکور، در رفع خطر اقدام نکنند دولت برای رفع خطر رأساً اقدام و هزینه آن را از مالک یا مالکین دریافت خواهد کرد و در صورتی که خطر قابل رفع نباشد آن را مسدود می‌نماید.

در ماده ۴۴ قانون توزیع عادلانه آب نحوه تملک و یا جبران خسارت مالکین چاه‌هایی که در اثر اجرای طرح‌های عمرانی و صنعتی و توسعه کشاورزی و سدسازی و تأسیسات مربوط یا در نتیجه استفاده از منابع آب‌های سطحی و زیرزمینی در ناحیه یا منطقه‌ای، چاه‌ها و یا هر نوع تأسیسات بهره‌برداری از منابع آب متعلق به اشخاص تملک

و یا خسارتی بر آن وارد شود و یا در اثر اجرای طرح‌های مذکور آب چاه‌های متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی و حقا به بر آن نقصان یافته و یا خشک شوند پیش‌بینی شده است. در نهایت در ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب ضمانت اجرای کیفری در خصوص حفاری غیرقانونی چاه و بهره‌برداری غیرقانونی از چاه‌ها و غیره مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته و احکام قانونی مورد نیاز وضع شده است.

۳. چشمه

مظهر اصلی آب زیرزمینی چشمه است. چشمه محل خارج شدن آب زیرزمینی و جریان آن در سطح زمین به طور طبیعی و بدون دخالت بشر است. چشمه‌ها از منابع مهم آب محسوب می‌شوند که هم از جهت تأمین آب و هم از جهت مسائل زیست‌محیطی دارای ارزش زیادی هستند.

در قانون توزیع عادلانه آب چشمه مورد نظر قانون‌گذار قرار گرفته و مقرراتی برای آن وضع شده است. در ماده ۱ قانون یاد شده، بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی، چشمه‌سارها از مشترکات عمومی محسوب شده و در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفته تا طبق مصالح عامه از آن‌ها بهره‌برداری شود. در ماده ۳ این قانون در خصوص بهره‌برداری از چشمه‌ها تعیین تکلیف شده و مقرر گردیده: استفاده از آب چشمه‌ها و توسعه آن‌ها در هر منطقه از کشور با اجازه و موافقت وزارت نیرو باید انجام شود و وزارت مذکور با توجه به خصوصیات هیدروژئولوژی منطقه (شناسایی طبقات زمین و آب‌های زیرزمینی) و مقررات پیش‌بینی شده در این قانون نسبت به صدور پروانه بهره‌برداری اقدام می‌کند. به نظر می‌رسد با تصویب قانون توزیع عادلانه آب ماده ۹۶ قانون مدنی که چشمه واقع شده در زمین هر کس را محکوم به مالکیت صاحب زمین دانسته، منسوخ نشده است. در تأیید این نظر می‌توان به ماده ۴۴ قانون توزیع عادلانه آب استناد کرد که از عبارت «چشمه‌های متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی» استفاده کرده

است. این عبارت حکایت از آن دارد که قانون‌گذار تعلق چشمه‌سارها به اشخاص و یا به عبارت بهتر مالکیت اشخاص بر چشمه‌ها را پذیرفته است، هر چند که در ماده ۴۱ آیین‌نامه اصلاح موادی از قانون ثبت عنوان شده در خصوص چشمه‌سارها از افراد درخواست ثبت پذیرفته نخواهد شد و در ماده ۴۲ این آیین‌نامه هم در خصوص حقبه چشمه‌سارها مقرر شده: «در موقع صدور سند مالکیت از ذکر حق مزبور خودداری نموده و به جای آن عبارت با حقبه از مقررات قانون توزیع عادلانه آب قید گردد.»

تبصره ۲ ماده ۵ قانون توزیع عادلانه آب نحوه جبران خسارت ذینفعان چشمه‌ها بر اثر حفر چاه در مجاور آن پیش‌بینی شده و مقرر کرده: «وزارت نیرو بدوآبه موضوع رسیدگی و سعی در توافق بین طرفین می‌نماید و چنانچه توافق حاصل نشد، معترض می‌تواند به دادگاه صالح مراجعه نماید.» ضمن این که در ماده ۴۴ همین قانون نحوه جبران خسارات مالکین چشمه‌ها ناشی از اجرای طرح‌های عمرانی پیش‌بینی شده است.

۴. ژرفاب

در تعریف «ژرفاب» گفته شده: «به آبی گفته می‌شود که از درون زمین مایه می‌گیرد.»^۱ یکی از منابعی که این چند سال اخیر محل گفت و گوهای زیادی برای تأمین آب بوده ژرفاب است. در واقع به دلیل کمبود منابع آبی، تلاش برای یافتن منابع جدید در دستور کار قرار دارد. به طور عملی، در کشور ما استحصال ژرفاب از اواسط دهه نود شروع شد به نحوی که در تیرماه سال ۱۳۹۵ پیشنهاد طرح استفاده از آب‌های ژرف در مجلس شورای اسلامی ارائه شد تا بر اساس آن مطالعات برای بهره‌برداری و استفاده از ظرفیت آب‌های ژرف در سیستان و بلوچستان آغاز شود. در این راستا پروژه استحصال آب‌های ژرف در معاونت علمی و فناوری ریاست جمهوری تعریف شد تا بر اساس آن تمام جوانب برداشت یا عدم برداشت از این منابع آبی مورد پژوهش و بررسی قرار گیرد. در

۱. رشیدی، ۱۳۷۸: ۴۳۹

هر صورت اختلافاتی در خصوص آثار زیست‌محیطی برداشت ژرفاب‌ها و نیز امکان جای‌گزینی آب برداشت‌شده وجود دارد. به نظر می‌رسد تا زمان نیل به نظر قطعی علمی در خصوص این مسائل، با توجه به جبران‌ناپذیر بودن یا دشواری و زمان‌بر بودن بسیاری از آسیب‌های زیست‌محیطی، عدم استحصال منابع آبی ژرف منطقی‌تر است.

۵. حریم آب‌های زیرزمینی

صیانت از منابع آب زیرزمینی از اهمیت زیادی برخوردار است. تعریف و تعیین حریم برای این دسته از آب‌ها اولین قدم برای صیانت از این منابع گران‌بها محسوب می‌شود. موضوع تعیین حریم برای منابع زیرزمینی در بدو امر بیشتر ناظر بر موضوعات زیست‌محیطی بوده و در واقع تلاشی برای رفع این دغدغه‌ها محسوب می‌شد، لیکن با عنایت به وضعیت نگران‌کننده منابع آبی امروزه نفس‌نگه‌داشت این منابع نیز مورد توجه جدی قرار گرفته است. هرچند در ماده ۶ قانون توزیع عادلانه آب مقرر شده: «صاحبان و استفاده‌کنندگان از چاه یا قنات مسئول جلوگیری از آلودگی آب آن‌ها هستند و موظفند طبق مقررات بهداشتی عمل کنند. چنانچه جلوگیری از آلودگی آب خارج از قدرت آنان باشد، مکلفند مراتب را به سازمان حفاظت محیط زیست یا وزارت بهداشتی اطلاع دهند.» اما این ماده پاسخ‌گوی همه موارد تهدیدکننده منابع آب زیرزمینی نبوده، لذا مقررات دیگری نیز در این خصوص وضع شده است.

با توجه به توضیحات فوق، برای منابع زیرزمینی آب نیز دو نوع حریم در نظر گرفته شده که عبارتند از حریم کمی و حریم کیفی که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

الف: حریم کمی^۱ منابع زیرزمینی آب

می‌توان گفت: «موضوع رعایت حریم کمی آب‌های زیرزمینی (و مشخصاً حریم کمی

1. Water Quantity Protection Area

قنات‌ها) دارای بیش از دوهزار سال سابقه قانون‌گذاری در ایران و قوانین صریح و فراوان در نظام حقوقی بوده^۱ است.

در خصوص حریم کیفی منابع زیرزمینی آب، در چارچوب نظام فنی و اجرایی یک پارچه کشور موضوع ماده ۳۴ «قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور» و ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه و مواد ۶ و ۷ «آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی» مصوب ۱۳۵۲ ضابطه شماره ۷۴۷ تحت عنوان دستورالعمل تعیین محدود (حریم) کمی چاه‌ها و قنات در سال ۱۳۹۷ ابلاغ شد.^۲

در فصل دوم «حریم چاه‌ها و قنات در آب‌خوان‌های آبرفتی و سازند سخت» مورد نظر قرار گرفته است. در این فصل در تعریف حریم کمی چاه آب چنین آمده است: «آن مقدار از اراضی پیرامون چاه می‌باشد که چنان‌چه با آب‌دهی مجاز قیدشده در پروانه بهره‌برداری، از چاه پمپاژ شود، با حد نهایی مخروط افت در چاه برابر باشد. به عبارت دیگر می‌توان گفت حریم کمی چاه ارتباط مستقیم با میزان بهره‌برداری از آن دارد.»^۳ هم‌چنین در تعریف حریم کمی قنات مقرر شده: «به فاصله معینی از طرفین خط فرضی در سطح زمین (محور کوره قنات) که میله‌ها را به هم وصل می‌کند حریم قنات گویند یا به عبارت دیگر حریم قنات برابر با شعاع تأثیر مادر چاه و میله‌های آبگون قنات می‌باشد.»^۴

فصل سوم در خصوص «عوامل مؤثر در تعیین حریم چاه و قنات» است. در این فصل سه مؤلفه «هیدرودینامیکی آب‌خوان» شامل «هدایت هیدرولیکی»، «قابلیت انتقال» و «ضریب ذخیره» و نیز «آب‌دهی چاه» و «مدت زمان پمپاژ» به عنوان عوامل مهم در تعیین

۱. پیروز و همکاران، ۱۳۸۹.

۲. بخشنامه شماره ۹۷/۱۶۲۶۶۴ مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۰۶ سازمان برنامه و بودجه کشور

۳. بند ۲-۵

۴. بند ۲-۶

حریم منابع آب زیرزمینی شناسایی شده‌اند.

ب: حریم کیفی^۱ منابع زیرزمینی آب

«به منظور حفاظت آب‌خوآن‌ها در برابر آلودگی، اعمال محدودیت‌ها بر کاربری اراضی موجود و آینده، برداشت بیش از حد از آب‌خوآن‌ها و فعالیت‌های دفن پسماند، ضروریست. اما در این بین محدودیت‌هایی نیز از دیدگاه اقتصادی- اجتماعی وجود دارد. بنابراین می‌بایست حریم‌هایی بر پایه آسیب‌پذیری آب‌خوآن و شعاع حفاظتی منابع تأمین آب تعیین گردد که این امر نشان می‌دهد چه فعالیت‌هایی و در کجا با خطر قابل قبول آلودگی آب زیرزمینی می‌تواند صورت بگیرد. نحوه مدیریت هم بایستی به ترتیبی باشد که از اثرهای زیان‌آوری مانند برداشت مازاد، نامناسب شدن کیفیت آب و اثر آن بر روی آب آشامیدنی و محصولات کشاورزی و نشت زمین بر اثر پمپ نمودن بیش از اندازه آب چه در حال و چه در آینده جلوگیری نماید.»^۲ بنابراین، به همراه حریم کمی، برای منابع زیرزمینی آب حریم کیفی هم در نظر گرفته شده است. «امروزه با رشد جمعیت و افزایش تعداد چاه‌ها و استفاده بی‌رویه از آب‌های زیرزمینی جهت مصارف شرب، صنعت و کشاورزی از یک طرف و نفوذ زه‌آب‌های کشاورزی، نفوذ پساب‌های صنعتی و فاضلاب‌های شهری به داخل آب‌خوآن‌ها از طرف دیگر، تغییرات قابل ملاحظه‌ای در کیفیت آب‌های زیرزمینی به وجود می‌آورد. بنابراین، علاوه بر تعیین حریم کمی، لزوم تعیین حریم کیفی بر اساس معیارهای علمی و کاربردی جهت اعمال مدیریت صحیح بر حفاظت و بهره‌برداری از منابع آب زیرزمینی بیش از گذشته احساس می‌شود.»^۳

1. Groundwater protection zoning/ Groundwater quality protection area

۲. پیروز و دیگران، ۱۳۸۹: ۲

۳. غلام‌نژاد، کارگر، ۱۳۸۵: ۱

برای تعیین حریم کیفی آب‌های زیرزمینی «دستورالعمل حریم کیفی آب‌های زیرزمینی» به استناد ماده ۳۲ قانون برنامه و بودجه و مواد ۶ و ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی مصوب سال ۵۲ و در چارچوب نظام فنی و اجرایی کشور^۱ تصویب و ابلاغ شد.^۲ در پیش‌گفتار این دستورالعمل آمده: «امروزه با رشد جمعیت و افزایش تعداد چاه‌ها و استفاده بی‌رویه از آب‌های زیرزمینی جهت مصارف شرب، صنعت و کشاورزی از یک طرف و نفوذ زه‌آب‌های کشاورزی، نفوذ فاضلاب‌های صنعتی و شهری به داخل آب‌خوان‌ها از طرف دیگر، تغییرات قابل ملاحظه‌ای در کیفیت آب‌های زیرزمینی به وجود آمده است. بنابراین بر اساس قانون توزیع عادلانه آب علاوه بر تعیین حریم کمی، لزوم تعیین حریم کیفی بر اساس معیارهای علمی و کاربردی جهت اعمال مدیریت صحیح بر استقرار بهینه کاربری‌ها و به‌منظور حفظ و بهره‌برداری بهینه از منابع آب زیرزمینی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار می‌باشد.»

یافته‌ها

«مالکیت منابع آب» و «مالکیت آب» از محوری‌ترین مباحث حقوق آب محسوب می‌شود، به نحوی که بدون شناخت مسئله مالکیت، بررسی سایر مباحث و مسائل مربوط به این شاخه از دانش حقوق نمی‌تواند چندان راه‌گشا باشد. از بررسی قوانین و مقررات چنین برداشت می‌شود که مالکیت منابع آب در سطح کلان به معنی مدیریت بر منابع آب بوده و مفهوم رایج حقوقی مالکیت در این سطح مطمح نظر نیست. لیکن در سطوح پایین‌تر اشخاص می‌توانند در چارچوب قوانین و مقررات، مالک آب، و نه منابع آب، به معنا و مفهوم رایج حقوقی مالکیت باشند. مسأله مالکیت آب برای نخستین بار در قانون

۱. موضوع تصویب‌نامه شماره ۴۲۳۳۹/ت/۵۳۳۴۹۷ مورخ ۱۳۸۵/۰۴/۲۰ هیأت وزیران

۲. نامه شماره ۹۲/۱۸۹۱۹ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۰۵ معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راه‌بردی رئیس جمهور

مدنی مطرح شد و با عنایت به قدمت این قانون، می‌توان گفت: به نسبت، مسأله مالکیت آب از دیرباز در نظام حقوقی کشور مورد توجه قرار گرفته است. از دید قانون‌گذار این مسأله چنان مهم بوده که حتی در قانون اساسی (اصل ۴۵) نیز مطرح شده است. با وجود اهمیت موضوع مالکیت منابع آب و طرح این موضوع در قوانین و مقررات، بررسی‌ها حکایت از آن دارد که مسأله مالکیت منابع آب در قوانین و مقررات کشور آن گونه که باید شفاف نبوده و برای اعلام نظر در این خصوص ضروریست قوانین و مقررات مربوط بررسی و با تحلیل حقوقی به نتیجه رسید. به عبارت دیگر، کشف موضوع نیازمند تحلیل و تفسیر حقوقیست. روشن است تفسیربردار بودن موضوعات مربوط به آب از جمله مالکیت، با توجه به وضعیت کنونی آب و منابع آب در کشور، با دوراندیشی در قانون‌گذاری سازگار نیست.

از جمع قوانین و مقررات حاکم، چنین حاصل می‌شود که منابع آب از «ثروت‌های عمومی» محسوب می‌شوند نه «انفال»، لیکن احکام انفال بر آن‌ها جاری شده و مالکیت خصوصی در این حوزه به رسمیت شناخته نشده، مگر در موارد استثنایی. این امر موجب شده مدیریت منابع آب برای دولت ممکن شود و برای هرگونه دخل و تصرف و بهره‌برداری از این منابع تنظیم مقررات کرده و نظارت لازم داشته باشد. بنابراین، جایگاه قانونی مالکیت آب آثار گوناگونی به همراه داشته و موجب پیدایش حقوق مختلفی برای دولت و اشخاص دیگر در اقسام آب‌های سطحی و زیرزمینی شده است.

منابع و مآخذ

۱. بابایی، مجتبی، بابایی، حسن، (۱۳۹۴)، رژیم حقوقی بین‌المللی حاکم بر بهره‌برداری از سفره‌های زیرزمینی آب مشترک میان دولت‌ها، با تأکید بر کمیسیون حقوق بین‌الملل ۲۰۰۸، انتشارات مجد
۲. بشیری، عباس، شهرجردی، سیدحسن، براتی دارانی، علی‌اکبر و دیگران (۱۳۹۲)، **نظام حقوقی حاکم بر حقوق کاربردی آب**، انتشارات جاودانه، جنگل
۳. پیروز، بهروز، کاویان‌پور، محمدرضا، پیروز، بیژن (۱۳۸۹)، تعیین مبانی حقوقی و قانونی مناسب به منظور صیانت از حریم کیفی آب‌های زیرزمینی در ایران، پنجمین کنگره ملی مهندسی عمران، دانشگاه فردوسی مشهد
۴. ذوالفقاری، یوسف (۱۳۹۵)، حقوق آب، انتشارات مجد
۵. رشیدی، حمید (۱۳۷۸)، فرهنگ اصطلاحات حقوقی صنعت آب و برق، نشر دادگستر
۶. رضوانی قوام‌آبادی، محمدحسین و سنایی‌پور، سعید (۱۳۹۲)، بررسی حقوقی پابندی ایران به تعهد استفاده معقول از دریاچه ارومیه با تأکید بر کنوانسیون رامسر، مجله مطالعات حقوق دانشگاه شیراز، دوره پنجم، شماره سوم، ۱۳۹۲، صص ۱۰۹-۱۴۰
۷. سرمد، مرتضی، بی‌تا، حقوق آب (جلد اول)، چاپ سکه
۸. علی‌پور، علی‌اکبر، درخشان، هاشم، داوری، کامران (۱۳۹۷)، **راهبردهای دستیابی به مدیریت پایدار آب زیرزمینی**، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۸، شماره ۲۹، صص ۲۶۱-۲۷۵
۹. غلام‌نژاد، ناهید، کارگر، محمدحسین (۱۳۸۵)، **تعیین حریم کیفی منابع زیرزمینی آب**، دومین کنفرانس مدیریت منابع آب ایران
۱۰. فرخی، سعیده (۱۳۹۶)، مالکیت بستر و حریم رودخانه‌ها، دومین کنفرانس ملی حقوق، الهیات و علوم سیاسی، قابل دسترس در: <https://www.sid.ir/FileServer/SF/8391396H0211.pdf>
۱۱. کریمی، عباس (۱۳۸۷)، مالکیت دولت نسبت به آب‌های عمومی و اراضی وابسته به آن، مجله حقوق دانشگاه تهران، شماره ۴۵، صص ۵۹-۶۷
۱۲. معصومی، مسعود، لطفی، اسدالله (۱۳۹۶)، بررسی فقهی-حقوقی جایگاه آب‌ها در اموال عمومی، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۳، شماره ۱، صص ۵۱-۸۳

۱۳. میری، مسلم (۱۳۹۹)، چالش‌های حقوقی حفاظت از بستر و حریم رودخانه‌ها در ایران، تحقیقات

منابع آب، سال شانزدهم، شماره ۱، صص ۴۲۸-۴۴۶

۱۴. نوروزی، سحر، جعفری، غزال، میبیدی، جواد (۱۳۹۱)، بررسی چالش‌های حقوقی برداشت شن و

ماسه رودخانه‌ای، نهمین سمینار بین‌المللی مهندسی رودخانه، دانشگاه شهید چمران، اهواز

1. Jian, Min, (2018), Towards Tradable Water Rights: Water Law and Policy Reform in China, Springer
2. Tanzi, Attila & Arcari, Maurizio, (2001), The United Nations Convention on the Law of International Watercourses A Framework for Sharing, KLUWER LAW INTERNATIONAL

بررسی چالش‌های کنترل قیمت در کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه با تمرکز بر قیمت‌گذاری ایران

سعیده رضائی نژاد

وکیل دادگستری

۱. مفهوم کنترل قیمت

تعیین قیمت‌های بازار از طریق تعامل دوسویه عرضه و تقاضا، زیربنای اساسی اقتصاد است. در چنین بازاری که موسوم به بازار آزاد است اولویت‌های مصرف‌کننده حین خرید یک محصول، تعیین می‌کند که وی چه مقدار از محصول را با چه قیمتی خریداری کند. در این شرایط مصرف‌کنندگان با کاهش قیمت یک محصول و ثبات سایر شرایط مقدار بیشتری از محصول را خریداری می‌کنند و بالعکس، با افزایش قیمت و ثبات سایر شرایط، مصرف‌کننده متعارف، میزان خرید را کاهش می‌دهد.

به طور کلی اگر چنین برداشت شود، مصرف‌کنندگان حاضرند برای یک محصول قیمت بالاتری پرداخت نمایند، تولیدکنندگان بیشتری به تولید آن محصول می‌پردازند و نیز مطالعه و بررسی‌های بیشتری برای بهبود کیفیت محصول و نهایتاً جلب رضایت مصرف‌کننده انجام می‌دهند. بنابراین افزایش قیمت، منجر به افزایش عرضه کالا می‌شود. این تعامل پویا بین عرضه و تقاضا و معامله آزادانه خریدار و فروشنده یک قیمت تعادلی در بازار ایجاد می‌کند که سبب می‌شود مقدار تقاضای مصرف‌کنندگان با عرضه تولیدکنندگان برابر باشد.

اما زمانی که دولت سیاست کنترل قیمت را اتخاذ می‌کند، قیمت یک محصول را تعیین و تمام معاملات قانونمند را وادار می‌کند به جای قیمت تعادلی که از طریق تعامل میان عرضه و تقاضا حاصل می‌شود، از قیمت تعیینی پیروی کنند. از آنجایی که عرضه و تقاضا به طور مداوم در پاسخ به نیازها و سلیقه‌های مصرف‌کننده و هزینه‌های تولیدکننده

دچار نوسان است، اما قیمت کنترل شده دولتی تنها پس از طی فرایندهای طولانی قانونی تغییر می کند، قیمت دولتی عملاً هیچگاه قیمت تعادلی نخواهد بود، بدین معنا که قیمت دولتی یا بالاتر یا پایین تر از قیمت تعادلی بازار خواهد بود.

دولت ها حسب آنکه کنترل قیمت را روی چه کالا یا خدمتی معطوف می دارند، این سیاست را به دو طریق اعمال می کنند: تعیین سقف قیمت (دولت حداکثر قیمت مجاز را تعیین می کند) و تعیین کف قیمت (دولت حداقل قیمتی تعیین می کند که معامله کمتر از آن قیمت مجاز نیست).

در شرایطی که قیمت یک محصول به دلیل عدم رقابت و انحصار در تولید، به طرز غیرمتعادل بالاست، یکی از اقداماتی که دولت ها انجام می دهند تعیین سقف قیمتی است که انحصارگر نتواند محصول تولیدی را بالاتر از قیمت تعیینی دولت عرضه نماید. در اینجا دولت به کمک کنترل قیمت سعی در حمایت از مصرف کنندگان در مقابل سوءاستفاده تولیدکننده انحصاری دارد. نمونه این سیاست، تعیین سقف قیمت برای اجاره مسکن در شهر نیویورک آمریکا است. با ورود ایالات متحده به جنگ جهانی دوم در سال ۱۹۴۲ و نیاز به تجهیز بیشتر نیروی دریایی و تولید مهمات، نیویورک میزبان خیل عظیمی از نیروی کار شد که به این شهر مهاجرت نمودند. این مهاجران برای سکونت نیاز به آپارتمان داشتند و این امر سبب کمبود مسکن و افزایش ناگهانی اجاره مسکن شد. از این رو مقامات شهر نیویورک به عنوان یک «اقدام اضطراری» برای اجاره مسکن سقف قیمت تعیین نمودند. نتیجه تعیین سقف اجاره خیلی دور از ذهن نیست. در یک بازار، قیمت بالا، تولیدکننده را تشویق می کند که با انگیزه کسب سود بیشتر، تولید و عرضه خود را توسعه دهد. این افزایش عرضه سبب کاهش قیمت تا حد تعادل می شود.^۱ در واقع قیمت بالای اجاره سازندگان مسکن را به ساخت خانه های بیشتر سوق

1. Introduction to Energy and Earth Science Economics (<http://www.e.education.psu.edu/ebf200>). Home>EBF 200>Lesson 9 – Government Intervention > Price Controls and Their Effects.

می‌دهد و این همان «دست نامرئی» است که آدام اسمیت آن را هدایت‌گر رفتار مصرف‌کننده و تولیدکننده به سمت تعادل می‌دانست. حال آنکه کنترل قیمت اجاره، انگیزه ساخت مسکن‌های جدید را از بین برد و نه تنها عملاً هیچ کمکی به افراد فاقد مسکن نکرد بلکه طرفین قرارداد را نیز به اقدامات غیرقانونی برای کسب سود بیشتر تشویق کرد.^۱

در چنین بازاری عرضه‌قادر به پاسخگویی به تقاضا نیست و لذا «کمبود» به طور مداوم وجود دارد؛ کمبودی که فقط برخی از متقاضیان می‌توانند محصول را داشته باشند، آن هم با قیمت بسیار پایین و این علیرغم نیت اولیه دولت که تحقق عدالت بود، نهایت بی‌عدالتی در بازار است چراکه خریداری که حاضر است بهای بیشتری بپردازد اجازه چنین کاری ندارد، تولیدکننده‌ای که می‌توانست با تولید و عرضه محصول کسب سود کند و سبب رشد اقتصادی و ایجاد فرصت‌های شغلی شود از این کار محروم می‌شود، و تمام این موارد، منافع تفویض شده ناشی از کنترل قیمت است.

در کنار سقف قیمت، گاهی دولت با هدف مساعدت به تولیدکنندگان، اقدام به تعیین کف قیمت می‌کند. به عنوان مثال در پنسیلوانیای آمریکا تا مدت‌ها حداقل قیمتی برای شیر تعیین شده بود تا تولیدکنندگان شیر به این ترتیب مورد حمایت قرار گیرند. این شکل از کنترل قیمت درست به مانند شکل پیشین، به ضرر کسانی عمل می‌کند که قصد کنترل قیمت در ابتدا بر حمایت از ایشان بود.^۲ با این توضیح که دولت در این روش، قیمتی بالاتر از قیمت تعادلی برای کالای مورد نظر تعیین می‌کند. این امر سبب

۱. از جمله آنکه زمان انعقاد قرارداد مبالغی به عنوان «زیرمیزی» پرداخت می‌شود تا موجر راضی به انعقاد قرارداد شود یا اینکه «اجاره ثانویه» باب می‌شود. به این معنا که مستأجری که آپارتمانی در قلب نیویورک در اجاره دارد، در حومه شهر خانه‌ای خریداری می‌کند اما با حمایت قانونی زمان تمدید اجاره، قرارداد را با بهای اندکی تمدید می‌کند. سپس همان واحد را به مستأجر دیگری که طالب خانه است با قیمت بالاتر اجاره می‌دهد و از این راه مبلغ قابل توجهی پول به دست می‌آورد.

2. Introduction to Energy and Earth Science Economics (<http://www.e.education.psu.edu/ebf200>). Home>EBF 200>Lesson 9 – Government Intervention > Price Floors.

می‌شود مصرف‌کننده آگاهانه و با یک هزینه فایده ساده، مصرف خود را کاهش دهد چون در اولویت‌بندی او، خرید چنین کالایی با چنین قیمتی عقلانی نیست. لذا تقاضا کمتر از عرضه کالای مورد نظر است. در بازار رقابتی تولیدکننده در شرایط مازاد عرضه، با کاهش قیمت راهی برای خروج از وضعیت موجود باز می‌کند. اما در حالت وجود کف قیمت، فروش با قیمت پایین‌تر از کف تعیینی ممکن نیست و تولیدکننده مجبور است از طریق رقابت در سایر مؤلفه‌های فروش که می‌تواند برای وی بسیار هزینه‌بر باشد به جذب مشتری بپردازد. با این توضیح ملاحظه می‌شود در این روش از کنترل قیمت نیز کسی که بنا بر حمایت از وی بود بیشترین هزینه را متحمل می‌شود. مطالعه حاضر در تلاش است ضمن بررسی حوزه‌های تحت شمول کنترل قیمت در کشورهای مختلف، چالش‌های ایجاد شده توسط این سیاست کنترلی را با تمرکز بر قوانین قیمتی ایران تبیین نماید.

۲. چالش‌های ناشی از کنترل قیمت

پس از بررسی مفهومی کنترل قیمت، انواع آن و قیاس گستره اعمال آن در کشورهای در حال توسعه و کشورهای توسعه‌یافته، در این بخش چالش‌هایی که کنترل قیمت در بخش‌های تحت شمول خود و تأثیری که نهایتاً بر رشد و توسعه و سیاست‌های مدیریتی کشورها تحمیل می‌کند مورد مطالعه قرار می‌گیرد. چراکه با وجود بکارگیری سیاست کنترل قیمت با اهداف منفعت‌طلبانه برای اقتصاد و جامعه، شواهد نشان می‌دهد کنترل قیمت‌ها اغلب سبب تضعیف رشد و توسعه، تحمیل بار مالی به دولت و تضعیف اثربخشی سیاست پولی می‌گردد. بر این اساس ابتدا چالش‌های کلی کنترل قیمت در کشورهای مختلف و سپس چالش‌های ناشی از قوانین قیمتی ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. چالش‌های رشد و توسعه

استفاده از سیاست کنترل قیمت‌ها، می‌تواند به دلایل مختلف عواقب نامطلوبی برای رشد به دنبال داشته باشد. به این صورت که سقف قیمتی، تولیدکننده را از نوآوری و خلاقیت جهت افزودن کارایی جدید به محصول تولیدی منصرف می‌کند چرا که وی در صورت ارائه کالایی با کیفیت‌تر نمی‌تواند قیمت آن را از سقف تعیین شده بالاتر ببرد و هزینه‌های خلاقیت خود را جبران کند. از این رو سقف قیمتی سرمایه‌گذاری‌های داخلی و کارآفرینی و تولید مولد را نیز ضایع می‌کند که این عواقب همانقدر که در آمد بیشتر را از تولیدکننده سلب می‌نماید، مصرف‌کننده را نیز از خرید کالاهای با کیفیت، جدید و به‌روز محروم می‌کند. در مقابل زمانی که کف قیمتی تعیین می‌شود (مثلاً برای محصولات کشاورزی) حفظ قیمت حداقلی مستلزم ایجاد موانع برای واردات و نیز خرید مازاد عرضه توسط دولت به جهت کاهش تقاضا بوده که نتیجه گران‌تری مزبور است؛ هر دو مورد ضمن تحمیل فشار مالی به دولت، سبب کاهش رقابت تولیدکنندگان، افت کیفیت، تضرر مصرف‌کننده از خرید کالای گران و فاقد تنوع کیفی می‌شود.^۱

کنترل قیمت علاوه بر توالی فوق می‌تواند بر انگیزه‌های ورود فناوری‌های جدید و افزایش بهره‌وری تولید تأثیر منفی بگذارند. شواهد تجربی مذکور در گزارش بانک جهانی نشان می‌دهد اصلاحات ساختاری بازارمحور از جمله کاهش کنترل قیمت به شدت با بهبود بهره‌وری در کشورهای در حال توسعه مرتبط است.

علاوه بر این کنترل قیمتی، مصرف‌کننده را به سمت خرید کالاهای تحت کنترل منحرف می‌کند و می‌تواند سبب کمبود اساسی این کالاها، تشکیل بازارهای موازی با قیمت‌های بالاتر و جایگزینی کالاهایی با کیفیت پایین‌تر و نتیجتاً لطمه مصرف‌کنندگان

1. Haan Marco, Price Fixing and Non- Price Competition, p 10, Available at: https://www.researchgate.net/publication/228960958_Price_Fixing_and_Non-Price_Competition.

شود. همینطور تولیدکننده این کالاها نیز ترغیب می‌شوند به سمت شرکت‌هایی در بازار غیررسمی سوق پیدا کنند که از مقررات اجتناب می‌کنند و این امر نهایتاً نظارت و مدیریت دولتی، اخذ مالیات، کارآمدی اقتصادی و رشد و توسعه کشور را تحت تاثیر سوء قرار می‌دهد.

۲-۲. چالش‌های بخش مالی

کنترل قیمت‌ها در بخش مالی مانند تعیین سقف برای نرخ بهره، می‌تواند سبب اختلال بازارهای مالی شود. این اقدامات منجر به کاهش اعطای تسهیلات به وام‌گیرندگان خرد و شرکت‌های کوچک و متوسط، کاهش رقابت و نوآوری در برنامه‌های وام‌دهی، افزایش وام‌های غیررسمی با نرخ‌های بالا و نهایتاً کاهش تولید و حذف بنگاه‌های کوچک از چرخه تولید به دلیل عدم تأمین مالی می‌شود. سقف نرخ بهره با محدود کردن دسترسی تولیدکنندگان نوظهور، مسبب تشدید نابرابری است. در چنین شرایطی منابعی مانند استعداد و کارآفرینی فرصت تبلور پیدا نکرده و به امید بازدهی بهتر، کشور را ترک می‌کنند. این بدان معنا است که در چنین شرایطی، کشف و نوآوری کمتری وجود خواهد داشت و محصولات جدید کمتری در دسترس مصرف‌کنندگان قرار خواهد گرفت.

۲-۳. چالش‌های سیاستی

کنترل قیمت‌ها می‌تواند چالش‌های مهمی را در بُعد سیاست‌گذاری اجتماعی و اقتصادی ایجاد کند. استفاده از کنترل قیمت که عمدتاً در کنار یارانه بکار می‌رود، ابزار ناکارآمدی برای توزیع عادلانه درآمد داخلی است، زیرا افراد با درآمد بالاتر که معمولاً مصرف‌کنندگان شهری هستند با توجه به مصرف بیشتر کالاهای کنترل‌شده در قیاس با افراد دارای درآمد پایین‌تر، که عمدتاً در روستا و مناطق محروم زندگی می‌کنند، از کنترل قیمت‌ها به طرز نامتناسب و ناعادلانه‌ای سود می‌برند، در حالی که هدف اصلی

کنترل قیمت‌ها، حمایت از افراد با قدرت خرید پایین‌تر اعلام می‌شود. این سیاست‌ها همچنین چالش‌های مالی فزاینده‌ای ایجاد می‌کند. به این گونه که کنترل قیمت، مجموعه‌ای صریح یا ضمنی از مالیات‌ها و یارانه‌ها را تحمیل می‌کند که در طول زمان تغییر می‌کند و اجرای آنها ممکن است نیازمند مقررات اضافی برای محدود کردن مصرف و تولید باشد. به طور معمول سیستم کنترل قیمت کالاها به عنوان بار فزاینده‌ای بر بودجه، بدهی دولتی و سودآوری تولید ختم می‌شود.

۴-۲. چالش‌های پولی

کنترل قیمت‌ها چالش‌هایی را نیز در عرصه اجرای موثر سیاست پولی ایجاد می‌کنند. در کشورهای در حال توسعه با درآمد ملی پایین، استفاده گسترده از کنترل قیمت‌ها، به افزایش بی‌رویه تورم و اختلال سیاست‌های پولی دولت می‌انجامد. تصور کنید به دنبال یک بحران طبیعی برداشت‌های مواد غذایی در مزارع محلی چندین کشور مختل شده و متعاقب این پیشامد قیمت جهانی محصول دچار افزایش شده است. دولت با تعیین سقف قیمتی سبب افزایش تقاضا توسط مصرف‌کنندگان داخلی و نیز فعالان بازار سیاه می‌شود و این افزایش تقاضای مجدد سبب تشدید تورم می‌گردد. این فرایند علاوه بر تحمیل فشار مالی بر دولت سیاست‌های پولی کشور را نیز دستخوش آسیب می‌کند. کنترل قیمت‌ها در بخش مالی از جمله سقف نرخ بهره نیز می‌تواند توانایی سیاست پولی برای تأثیرگذاری بر وضعیت مالی را کاهش دهد.

۵-۲. چالش‌های قوانین قیمتی ایران

مطالعه مقررات قیمت‌گذاری ایران حاکی از نقش و تأثیر گسترده دولت از تعیین سطح و ساختار قیمت کالاها و خدمات مختلف است. به گونه‌ای که نظام قیمت‌گذاری کشور به جای اینکه ابزاری برای تحقق اهداف رفاهی باشد تبدیل به هدف نهایی شده است. بر این اساس مداخله در قیمت‌ها به اصلی لاینفک از سیاست‌ها و مقررات تنظیمی در

حوزه‌های فعالیت اقتصادی مبدل شده است.

شاخص‌ترین مقررات از این حیث یکی مصوبه ۴۸۰۲۱ مورخه ۱۳۹۴/۴/۱۶ و ابلاغیه شماره ۱۵۱۷۸۰ مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۰ وزارت صنعت، معدن و تجارت است که الزام کلیه بنگاه‌ها به رعایت دستورالعمل نرخ‌گذاری کالاهای تولیدی و وارداتی و نقش تعیین‌کننده سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان را مورد تأکید قرار می‌دهد. شایان ذکر است بند «الف» مصوبه ۴۸۰۲۱ هرچند به ظاهر سطح مداخله دولت را به تعیین سطح قیمت برای کالاهای با اولویت اول قیمت‌گذاری محدود می‌کند، ولی بندهای «ب»، «ج» و «د» مصوبه مذکور با تغییر روش قیمت‌گذاری از تعیین سطح به تعیین ساختار، بر اساس دستورالعمل نرخ‌گذاری سازمان حمایت، این محدودیت را لغو نموده و تقریباً دامنه آن را به کلیه کالاها و خدمات بسط می‌دهد. در حقیقت تنها تمایز کالاهای مشمول قیمت‌گذاری از کالاهای غیرمشمول از منظر مداخله در ساختار اقتصادی کشور، به شیوه مداخله برمی‌گردد، به گونه‌ای که در خصوص کالاهای مشمول قیمت‌گذاری از طریق تعیین سطح قیمت و در خصوص سایر کالاها از طریق تعیین ساختار قیمت، دولت نقش مداخله‌گرایانه خود را ایفا می‌کند. از سوی دیگر هرچند روند قانون‌گذاری و مقررات ناظر بر قیمت‌گذاری به‌ویژه پس از اجرایی شدن قانون هدفمندسازی یارانه‌ها و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، کاهش اقلام مشمول قیمت‌گذاری و تقویت ساز و کارهای موردنظر برای نیل به سمت مکانیزم بازار را جهت‌گیری نموده، اما تحولات مجموعه سیاست‌گذاری در این حوزه غالباً به نحوی عملیاتی گردیده که این حرکت را تضعیف نموده است.

علیرغم اینکه قوانین و اسناد بالادستی کشور تمایل به کاهش مداخله در امر قیمت‌گذاری مستقیم دارد، اما از طرف دیگر برخی مصوبات دولت نظیر مصوبه ۴۸۰۲۱ و ابلاغیه ۶۰/۱۵۱۷۸۰ رئیس کارگروه تنظیم بازار که با رویکرد تنظیم بازار و کنترل قیمت تنظیم و تصویب شده، و جاهت مواد قانونی مرتبط در برنامه پنجم توسعه و

همچنین قوانین مربوط به اصل چهل و چهار قانون اساسی و سایر قوانینی را که بر کاهش مداخله دولت در بازار تأکید دارد کم‌اثر کرده است.^۱

آنچه از شرایط نظام قیمت‌گذاری در کشور با توجه به نرخ بالای تورم و همچنین روند رو به رشد و حتی نوسانی کالاهای قیمت‌گذاری شده استنباط می‌شود، این است که نظام مذکور همواره با چالش‌های زیادی مواجه بوده است. علاوه بر این بررسی قوانین مختلف در خصوص تعیین نرخ و قیمت‌گذاری در نهادهای مختلف به دستگاه‌های تخصصی سپرده شده که با توجه به تشکیل کارگروه تنظیم بازار و سلب وظیفه قیمت‌گذاری در کالاهای مختلف به وجود آورده است. به عنوان مثال می‌توان به مصوبات ستاد تنظیم بازار اشاره کرد که علیرغم دارا بودن نهاد تنظیم‌گر قیمت‌گذاری، به بهانه تحریم‌ها و قرار گرفتن شرایط اقتصادی کشور در مقطع حساس کنونی، در امر قیمت‌گذاری برخی کالاها ورود پیدا کرده و باعث ایجاد اختلال در بازار کالاهای مذکور شده‌اند.

یک چالش عمده آن است که نظام قیمت‌گذاری در کشور از مجموعه‌ای از نهادهای تصمیم‌گیر و الگوهای قیمت‌گذاری تشکیل شده که این امر سبب پراکندگی در رویه‌ها و نظامات قیمت‌گذاری شده است. بر این اساس ریشه اصلی چالش‌های موجود در زمینه قیمت‌گذاری معطوف به قوانین و مقررات مختلفی است که نهادهای تصمیم‌گیر گوناگون را متولی قیمت‌گذاری کالاها و خدمات مختلف می‌سازد. به عنوان مثال یک کالا هم می‌تواند ضروری و حساس و هم می‌تواند محصول یا نهاده کشاورزی بوده و هم می‌تواند از بازاری انحصاری برخوردار باشد. در این صورت نهادهای مختلف به استناد قوانین گوناگون، خود را مسئول قیمت‌گذاری در آن کالا می‌دانند. در کنار این تضادها و هم‌پوشانی‌ها، آنچه که می‌توان از آن به حلقه مفقوده اجرای قوانین و مقررات یاد کرد، نداشتن معیار واحد و وابستگی تعیین قیمت به سلیقه تصمیم‌گیران وقت است.

۱. هرورانی. حسین، عربی. سید هادی، ارزیابی قوانین، مقررات و اصول قیمت‌گذاری نهادهای قیمت‌گذار در

ایران، بررسی مسائل اقتصاد ایران، سال ششم، شماره دوم، ۱۳۹۸، ۳۲۰ الی ۳۲۱.

یک چالش دیگر که ناشی از قوانین قیمتی ایران است، به قابلیت تفسیر موسع قوانین مزبور باز می‌گردد. تعریف مقررات به گونه‌ای است که دست دولت را برای قیمت‌گذاری گروه‌های مختلف کالایی باز گذاشته است و معیار مشخصی برای محدود نمودن دامنه مداخلات قیمت‌گذاری وجود ندارد. به عبارت دیگر تفسیر اشتباه از برخی قوانین باعث شده میزان تعارض و تضاد بین قوانین بالادستی نیز به وجود آید. به عنوان مثال در حالی که ماده ۸ قانون حمایت از مصرف‌کننده، هرگونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات را که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود منع نموده، ولی در بررسی‌های به‌عمل‌آمده مشخص است نهادهای متولی قیمت‌گذاری در کشور، این ماده را به‌مثابه سلب اختیار قیمت‌گذاری توسط واحدهای تولیدی تلقی نموده‌اند. این در حالی است که ماده ۱۰۱ قانون برنامه پنجم توسعه بر محدود نمودن کالاهای مشمول قیمت‌گذاری به کالاهای حساس و ضروری تأکید دارد.

چالش دیگر آن است که با وجود آنکه مقررات و دستورالعمل‌های مربوط به قیمت‌گذاری بارها کم‌اثربودن خود را در حل مشکلات اقتصادی ثابت کرده، هنگام وجود مشکلات و بحران‌های اقتصادی - به‌رغم لازم‌الاجرا بودن قوانین قبلی - قوانین جدید در حوزه وسیع‌تر و با شدت عمل بیشتری تصویب شده که باز هم بی‌نتیجه مانده است. نمونه بارز آن را می‌توان به ابلاغیه شماره ۶۰/۱۵۱۷۸۰ مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۰ رئیس کارگروه تنظیم بازار اشاره نمود که با وجود مصوبه ۴۸۰۲۱ ستاد هدفمندی به حوزه تنظیم‌گری قیمتی کشور اضافه شده است.

نتیجه‌گیری

کنترل قیمت اگرچه هم در کشورهای در حال توسعه و هم در اقتصادهای توسعه‌یافته مورد استفاده قرار می‌گیرد و اغلب با اهداف اجتماعی اعمال می‌شود، طبق شواهد عملاً به اختلال

بیشتر بازار، کاهش رشد و توسعه، افزایش مصرف کالای کنترل شده و دوری از مصرف سایر کالاها، شکست سیاست گذاری های دولت و افزایش نابرابری می انجامد. کنترل قیمت از یک سو، محدود کردن حق انتخاب مصرف کننده و آسیب به رفاه وی به جهت بازار غیررقابتی و تنوع محدود محصولات را به همراه داشته و از دیگر سو، به از بین بردن انگیزه تولید کننده برای رقابت و کسب سود بیشتر و تفویت ایده ها و ابداعات جدید منتهی می شود.

با توجه به چالش های ناشی از کنترل قیمت، لازم است سیاست مزبور در عین محدود بودن در بازه زمانی کوتاه مدت اعمال شود تا از آثار سوء آن در درازمدت پیشگیری شود. همچنین اجازه افزایش قیمت و تعادل خود به خودی و پایدار عرضه و تقاضا از مهم ترین راهکارهای حذف کنترل قیمت است. قیمت گذاری متعادل در چهارچوب اختیارات تعریف شده دولت و نهادهای ذی مدخل، مقررات گذاری شفاف از طریق رفع حیطه های مشترک و هم پوشانی ها، تعیین یک متولی واحد جهت نظارت با رویکرد کاهش مداخله قیمتی با توجه به چالش های متعدد کنترل قیمت، پیشنهاد می شود.

منابع

- ۱- هرورانی. حسین، عربی. سید هادی، ارزیابی قوانین، مقررات و اصول قیمت گذاری نهادهای قیمت گذار در ایران، بررسی مسائل اقتصاد ایران، سال ششم، شماره دوم، ۱۳۹۸.
- ۲- بند (ج) و (د) از مصوبه ۴۸۰۲۱ مورخ ۱۳۹۴/۴/۱۶ و همچنین بندهای (د)، (ه) و بند (و) ابلاغیه شماره ۶۰/۱۵۱۷۸۰ رئیس کارگروه تنظیم بازار در خصوص نحوه تعیین قیمت کالا و خدمات مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۰.

- 1- Haan Marco, Price Fixing and Non- Price Competition, Available at: https://www.researchgate.net/publication/228960958_Price_Fixing_and_Non-Price_Competition.
- 2- Introduction to Energy and Earth Science Economics (<http://www.e.education.psu.edu/ebf200>). Home>EBF 200>Lesson 9 – Government Intervention > Price Controls and Their Effects.
- 3- Introduction to Energy and Earth Science Economics (<http://www.e.education.psu.edu/ebf200>). Home>EBF 200>Lesson 9 – Government Intervention > Price Floors.

تحلیلی بر تأمین مالی بانکها در حقوق داخلی

فاطمه اسدی نیا

وکیل دادگستری

چکیده

کارگزاران اقتصادی در طول زمان یک جریان درآمدی و یک جریان هزینه‌ای دارند که لزوماً بر هم منطبق نبوده و شکافی بین جریان درآمدی و هزینه‌ای وجود دارد و لازم است که طی فرآیندی این شکاف پُر شود. به این چنین فرآیندی که به دنبال ایجاد، جمع‌آوری و افزایش منابع مالی یا سرمایه‌ای برای هر نوع مخارجی است، تأمین مالی می‌گویند. به عبارت دیگر مصرف‌کننده‌ها، بنگاه‌های تولیدی و تجاری و دولت‌ها اغلب منابع مالی در دسترس برای رسیدن به اهداف، پرداخت بدهی یا معاملات دیگر را ندارند و باید از طرق مختلف، پولی را که آنها برای عملیات خود نیاز دارند بدست آورند؛ فرآیندی که عوامل اقتصادی این میزان منابع مالی را بدست می‌آورند و انتخاب روش آن را تأمین مالی می‌گویند. نکته مهم در مورد انتخاب هر کدام از این روش‌ها شرایط و ویژگی‌های پروژه و کشور میزبان پروژه و به دست آوردن بهترین بازده مورد انتظار است. در واقع روشی مورد توجه قرار می‌گیرد تا بتواند با کمترین میزان وقت و هزینه، جوابگوی ریسک‌های پروژه باشد.

واژگان کلیدی: بانک، بانک مرکزی، تأمین مالی، حقوق

مقدمه

تعیین جایگاه حقوق بانکی در کشورمان، با توجه به قوانین و مقررات موجود و سهم عمده دخالت دولت در فعالیت و توسعه بانکداری، بسیار دشوار است. چنان که خواهیم دید، در نظر گرفتن واقعیت‌های حقوق داخلی، باعث تفاوت جایگاه حقوق بانکی در کشورمان و کشورهای توسعه یافته می‌شود. اهمیت بانک‌های توسعه‌ای در روند توسعه و استفاده از ظرفیت آن به عنوان یکی از راهکارهای عبور از رکود اقتصادی، موضوعی است که در چند سال گذشته به صورت جسته و گریخته با برگزاری نشست‌ها و همایش‌های پولی و بانکی دنبال شده است. حالا کمیسیون اقتصادی مجلس دست به کار شده و در آخرین روزهای فعالیت مجلس دهم و در طرح جدید بانکداری، بار دیگر بر موضوع نقش و اهمیت بانک‌های توسعه‌ای در اقتصاد ایران، انگشت گذاشته است.^۱

اما آنچه قابل اهمیت بوده این است که در یک جامعه پویای اقتصادی، مصرف منابع به معنای به کارگیری آنها در فعالیت‌های اقتصادی جامعه اعم از تجاری و تولیدی است. مردم بخشی از درآمدهای خود را پس‌انداز می‌نمایند و هرچه میزان این پس‌اندازها بیشتر باشد، توان بانک‌ها برای اعطای تسهیلات و در نتیجه سرمایه‌گذاری در انواع فعالیت‌های اقتصادی افزایش یافته و با افزایش تولید در جامعه، رفاه نسبی مردم نیز با آن توسعه خواهد یافت. در سیستم بانکداری موارد مصارف منابع بانک‌ها بیشتر اعطای اعتبارات، وام‌های تولیدی و صنفی به اشخاص حقیقی و حقوقی، تنزیل اسناد تجاری و مشارکت در سرمایه‌ی مؤسسات تولیدی و خدماتی است. اما در نظام بانکداری بدون ربا توزیع منابع بانک‌ها از طریق عقود اسلامی صورت می‌گیرد. بر اساس روش‌های تخصیص منابع در یک تقسیم‌بندی کلی به گروه قرض الحسنه، مبادله‌ای و

۱. خاوری، ۱۳۸۳، ص ۴۰

مشارکتی تقسیم می‌شوند.^۱ در این مقاله سعی شده است که عملکرد ابزارهای تأمین مالی به تفکیک عقود اسلامی در نظام بانکداری بررسی شود.

۱. افزایش سرمایه از طریق منابع درون بنگاه

شرکت باید میزان وجه نقد موجود در ترازهای نقدی، سرمایه‌گذاری‌های کوتاه‌مدت و مقداری از آن را که برای تداوم عملیات کنونی شرکت نیاز است در نظر داشته باشد. کنترل شدید سرمایه در گردش به منظور بهبود جایگاه نقدی، تحت فشار قرار دادن بدهکاران برای تسویه سریع تر بدهی‌ها، کاهش سطح موجودی‌های انبار و به طول انجامیدن دوره‌های پرداخت به بستانکاران می‌تواند موجب افزایش منابع نقدی شود. در تأمین مالی طرح‌ها و پروژه‌ها، منابع داخلی شرکت‌ها به دلیل ارزاتر بودن و کم‌ریسک بودن از اولویت برخوردارند. انواع تسهیلاتی که در حال حاضر برای اجرای طرح‌ها یا اعتبارات پروژه‌ای ارائه می‌شود عبارتند از وام، اجاره به شرط تملیک، فروش اقساطی، کمک‌های فنی، مشارکت در سرمایه، تسهیم سود، استصناع و خطوط اعتباری.

وام، عقدی است که به موجب آن بانک‌ها به عنوان قرض‌دهنده، مبلغ معینی را طبق ضوابط مقرر به اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی به صورت قرض واگذار می‌نمایند و تأمین نسبی نیازهای ضروری و عمومی اشخاص حقیقی و حقوقی به صورت وام غیرتجاری و بدون انتظار سود را مرتفع می‌سازد.

۱-۱. اجاره به شرط تملیک^۲

یک نوع اعتبار میان‌مدت برای اجرای طرح‌های صنعتی است که براساس آن، تجهیزات سرمایه‌ای و سایر سرمایه‌های ثابت مثل کارخانه، ماشین‌آلات و تجهیزات برای صنایع، صنایع تبدیلی کشاورزی، زیربنایی، حمل و نقل و غیره برای استفاده هر دو بخش

۱. کریمی کیا، ۱۳۹۳، ص ۱۶

خصوصی و عمومی ارائه می‌شود. این نوع از تسهیلات برای کشتی، تانکرهای نفت، کشتی‌های ماهیگیری و غیره هم اعطا می‌شود. بعد از پایان مدت اجاره، بانک، مالکیت تجهیزات را به مستأجر به صورت هبه منتقل می‌کند. روش اجاره به شرط تملیک مبتنی بر عقد اجاره‌ای است که در آن شرط می‌شود، مستأجر در پایان مدت اجاره در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد عین مستأجره (اموال موضوع اجاره) را مالک شود. روش کار در بانکداری بدون ربا به این گونه است که متقاضی بعد از تعیین نوع کالا یا اموالی که نیاز دارد تعهدی مبنی بر این به بانک می‌سپارد که به محض اعلام بانک در مورد آماده بودن کالا و یا اموال موضوع تقاضای وی، نسبت به انعقاد قرارداد اقدام کند. به این ترتیب پس از آنکه کالا یا اموال مورد تقاضا توسط بانک فراهم شد، به عنوان اجاره تحویل متقاضی می‌شود و در صورت اجرای مفاد قرارداد مربوطه در پایان مدت قرارداد، به مالکیت مستأجر در خواهد آمد. با استفاده از این روش بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش قسمت اعظم بخش‌های مختلف اقتصاد اعم از امور صنعتی، کشاورزی، معدنی و خدماتی و نیز مسکن به عنوان موجد به معاملات اجاره به شرط تملیک مبادرت کنند. در قرارداد اجاره به شرط تملیک مبلغ کل مال الاجاره، تعداد و میزان هر قسط مال الاجاره و نیز مدت قرارداد تعیین می‌شود و از آنجایی که تا پایان قرارداد موضوع اجاره در مالکیت بانک است، شرایط مورد نظر بانک از نظر حفظ و نگهداری و کاربرد صحیح مورد اجاره، عدم واگذاری به غیر، پرداخت هزینه‌های تعمیرات، مالیات‌ها و امثالهم در قرارداد قید می‌شود. میزان مال الاجاره در مورد موضوع اجاره به شرط تملیک با در نظر گرفتن قیمت تمام شده و سود بانک تعیین می‌شود. روش اجاره به شرط تملیک در عین حال که وسیله‌ای برای تأمین کمبود منابع مالی مورد نیاز مشتری است، وسیله‌ای اطمینان‌بخش نیز برای نامبرده است که در پایان مدت اجاره می‌تواند مالک عین مال مورد اجاره شود زیرا پرداخت مال الاجاره در واقع نقش پرداخت تدریجی قیمت مورد اجاره را دارد.

۱-۲. فروش اقساطی^۱

عملیات بانکداری بدون ربا، فروش اقساطی روشی است که به جای اعطای وام برای تأمین سرمایه ثابت و در گردش شرکت‌ها و کارخانه‌ها به کار می‌رود. بر اساس این روش، بانک‌ها به جای آن که وامی برای یک واحد اقتصادی تخصیص دهند که آن را برای خرید مواد اولیه، لوازم یدکی، تأسیسات و ماشین‌آلات یا هزینه‌های جاری تولید صرف کند، خود رأساً اقدام به خرید مواد و وسایل مورد نیاز آن واحد می‌کنند و آن را به صورت اقساطی در اختیار متقاضی قرار می‌دهند. به این ترتیب بانک‌ها می‌توانند نیازهای مختلف مالی واحدهای کوچک و بزرگ تولیدی را برطرف کنند. قیمت مواد و وسایل خریداری شده در عقد فروش اقساطی معادل قیمت تمام شده به علاوه سود است که بانک می‌گیرد و سود متناسب با مدت بازپرداخت تعیین می‌شود (ماده ۴۷ آیین‌نامه اجرایی بانکداری بدون ربا). روش فروش اقساطی در امور بازرگانی قابل استفاده نیست، واحدی که تقاضای دریافت کالایی را از طریق فروش اقساطی از بانک می‌کند خود باید مصرف کننده باشد. به این ترتیب تنها در واحدهای تولیدی یا خدماتی است که این عقد کاربرد دارد و البته کاربرد محدودی نیست و می‌تواند نیازهای مربوط به تأمین مالی واحدهای تولیدی را پوشش دهد. فروش اقساطی شبیه اجاره به شرط تملیک است با این تفاوت عمده که در فروش اقساطی مالکیت سرمایه در زمان تحویل به ذینفع منتقل می‌شود. بر اساس این شیوه، بانک تجهیزات و ماشین‌آلات را خریداری می‌کند و با اعمال درصدی سود به ذینفع می‌فروشد.

۱-۳. سلف

سلف در لغت به معنای پیش پرداخت آمده است. بیع سلف از لحاظ فقهی مترادف با بیع سلم است. آنچه امروزه از آن به عنوان پیش خرید یا پیش فروش یاد می‌شود، شبیه به این نوع از بیع است. در این بیع برخلاف بیع نسبه (مالکیت کالا در ابتدا منتقل می‌شود، اما

1. Instalment Sale

تحويل ثمن در زمان ديگري انجام مي شود) مالکيت کالا به بعد موکول مي شود اما ثمن کالا در ابتدا و حين توافق ابتدايي پيش خريدار و پيش فروشنده منتقل مي شود. مانند اينکه شما به کشاورزي ثمن معيني را مي پردازيد که او محصول سال آينده زمين خود را در آن زمان به شما تحويل دهد. بايد توجه کنيم که کالايي که در اين نوع از بيع منتقل مي شود بايد «کلي في الذمه» باشد. پيش خريد نقدي محصولات واحدهاي توليدي به قيمت معين، تأمين سرمايه در گردش (نقدي) مورد نياز واحدهاي توليدي (صنعتي، معدني، کشاورزي) منحصرأ بنا به درخواست اين گونه واحدها عقدي است لازم که فسخ آن جز در موارد مصرحه در قانون مدني امکان پذير نيست. بهاي کالاي مورد معامله بايد يکجا و هنگام قرارداد، تحويل فروشنده (متقاضی) شود. واحد توليدکننده کالاي مورد معامله سلف مي بايد دايير و در مرحله بهره برداري قرار داشته باشد.

تسهيلات سلف براي تأمين نياز مالي متقاضی براي توليد کالائي است که قسمتي از هزينه توليد کالا توسط متقاضی انجام مي شود و تنها بخشي از هر سرمايه در گردش براي توليد محصول نهائي به صورت تسهيلات بانكي در اختيار او قرار مي گيرد مانند محصولات واحدهاي توليدي در بخشهاي صنعتي، معدني و کشاورزي.^۱

۴-۱. مباحه

يکي از عقود اسلامي، مباحه است که در آن بهاي اصلي کالا به مشتري گفته مي شود و مشتري تمام آن يا مقداري از آن را به صورت اقساط به صاحب کالا پرداخت مي کند. در اين روش فروشنده در واقع قيمت تمام شده آن کالا را به مشتري مي گويد، در عوض مبلغی را به عنوان بهره کالا از او مي خواهد. اين سود را به عنوان بهره کاري يا مباحه مي شناسند. اين مباحه مي تواند نقد يا قسطي پرداخت شود که مبلغی که براي نسيه انتخاب مي شود معمولاً بيشتري از مبلغ تمام شده نقدي است.

۱. موسوي خميني، ۱۳۸۶، ص ۱۸۹

مراجعه قراردادی است که به موجب آن عرضه کننده (بانک)، بهای تمام شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود آن را به صورت نقدی، نسیه^۱ دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی و یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی واگذار می‌کند. رفع نیازهای واحدهای تولیدی، خدماتی و بازرگانی برای تهیه مواد اولیه، لوازم یدکی، ابزار کار، ماشین‌آلات، تأسیسات، زمین و سایر کالاها و خدمات مورد احتیاج این واحدها و نیازهای خانوارها برای تهیه مسکن (اعم از تعمیر و یا تهیه مصالح ساخت) و خرید کالاهای بادوام مصرفی و خدمات، قابل پرداخت می‌باشد.^۱ (موسوی خمینی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۹).

۵-۱. جعاله

جعاله در فقه و حقوق ایران عبارت است از عقدی که طی آن شخصی در برابر دریافت اجرت یا پاداشی التزام به انجام کاری می‌یابد. جعاله در لغت به معنای اجرت و دستمزد به کار می‌رود. به عبارت دیگر و از نگاه فقهی جعاله ملتزم شدن جاعل به دادن عوض است در قبال عملی که حلال و مقصود عقلا است. در جعاله، شخص ملتزم را جاعل و طرف مقابل را عامل، و اجرت را جُعَل می‌گویند. جعاله قراردادی است که به موجب آن جاعل یا کارفرما در مقابل انجام عمل معین (طبق قرارداد) ملتزم به ادای مبلغ یا اجرت معلوم می‌شود. طرفی که عمل یا کار را انجام می‌دهد «عامل» یا «پیمانکار» نامیده می‌شود. این عقد در بخش‌های صنعت و معدن، کشاورزی، ساختمان، بازرگانی و خدمات مورد استفاده قرار می‌گیرد. نحوه اجرای عقد جعاله در مواردی که بانک عامل باشد به این صورت است که بانک ضمن انعقاد قرارداد با متقاضی، انجام کار مشخصی را قبول می‌کند. سپس با توجه به شرایط خاص کار موضوع قرارداد، بانک حسب مورد

۱. همان

تمام یا قسمتی از عملیات اجرایی کار پذیرفته شده را طبق قرارداد دوم به غیر واگذار و به این ترتیب ایفای تعهد می نماید.^۱

۶-۱. مشارکت مدنی

مشارکت مدنی یکی از عقود مؤثر به منظور ایجاد تسهیلات برای توسعه فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی است. مشارکت مدنی عبارت است از درآمیختن سهم الشرکه نقدی و یا غیرنقدی متعلق به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع، به منظور انتفاع که طبق قرارداد، متقاضیان می‌توانند با توجه به کارآیی این عقد از تسهیلات بانکی استفاده نمایند. به بیان دیگر، مشارکت مدنی خصوصی نیز شکل دیگری از این قراردادها بوده که به وسیله آن یک طرف سرمایه مادی و طرف دیگر سرمایه معنوی خود را برای مشارکت در میان می‌گذارد. بدین شرح که طرف اول به طور کامل سرمایه خود را وارد فعالیت مورد نظر می‌کند و طرف دوم مدیریت فعالیت مذکور را بر عهده می‌گیرد. در این حالت طرف اول را مالک و طرف دوم را عامل می‌نامند. قراردادهای مشارکت مدنی خصوصی کاربردهای زیادی دارد و در موضوعات مختلف و گوناگونی به کار می‌رود، بطور مثال از شراکت مغازه بین دو نفر تا اینکه در نظر بگیرید یک واحد آپارتمان اداری دارید که آن را به افرادی می‌سپارید تا در این واحد یک مرکز سلامت احداث نمایند. در این حالت اگر نمی‌خواهید صرفاً روابطتان در حد روابط موجر و مستاجر باشد و به عبارت بهتر می‌خواهید شما هم سهمی از عواید مرکز سلامت داشته باشید، بدون اینکه دخالتی در مدیریت و عملیات مرکز مذکور داشته باشید، می‌توانید از مزیت انعقاد قرارداد مشارکت مدنی خصوصی بهره‌مند شوید.^۲

۱. افشار و موسوی، ۱۳۹۷، ص ۳۵ و ۳۷

۲. مرادی، ۱۳۸۶، ص ۲۵۶، ۲۵۷

۷-۱. مشارکت حقوقی

مشارکت حقوقی قراردادی است که طی آن بانک، قسمتی از سرمایه شرکت‌های سهامی جدید را تأمین و یا قسمتی از سهام شرکت‌های سهامی موجود را خریداری می‌کند و از این طریق در سود آن‌ها شریک می‌شود. به بیان دیگر مشارکت حقوقی عبارت است از تأمین قسمتی از سرمایه شرکت‌های سهامی جدید و یا خرید قسمتی از سهام شرکت‌های سهامی توسط بانک. طبق قانون، بانک‌ها از طریق مشارکت حقوقی کمبود منابع مالی مورد نیاز و سرمایه شرکت‌های سهامی تولیدی (صنعتی، معدنی، کشاورزی، ساختمانی) و شرکت‌های سهامی بازرگانی و خدماتی را تأمین می‌کنند و در پایان هر دوره مالی همانند دیگر سهام‌داران به نسبت سرمایه، در سود شرکت سهیم می‌شوند. به این ترتیب امکان تأمین قسمتی از منابع مالی بلندمدت که برای اجرای طرح مورد نظر شرکت‌های سهامی ضروری است، از محل منابع سیستم بانکی به وجود می‌آید.^۱

۸-۱. مضاربه

مضاربه قراردادی است که میان عامل و صاحب سرمایه (مالک) بسته شده و به این صورت است که عامل با سرمایه صاحب مال به تجارت پرداخته و در برابر آن به نسبت درصدی در سود با وی شریک می‌شود که البته اگر سودی به دست آید آن را با دارنده مال بر پایه قرارداد تقسیم می‌کند. شرط اساسی درستی مضاربه، قبول خطر از جانب صاحب سرمایه و عدم ضمانت عامل نسبت به سرمایه است. در غیر این صورت سرمایه به عنوان قرض است و پس از انعقاد مضاربه، عامل نمی‌تواند سرمایه را با سودی کمتر به شخص دیگری واگذارد. مضاربه، یکی از عقود معین قانون مدنی است که به موجب آن تسهیلات لازم در اختیار اشخاصی که در امر تجارت و بازرگانی اشتغال دارند قرار

۱. نظریه و کشاورزبان پیوستی، ۱۳۹۳، ص ۴۱

می‌گیرد؛ به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه نقدی می‌شود. طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله، هر دو طرف شریک باشند.^۱ هزینه‌های قابل قبول برای مضاربه: خرید کالا، بیمه، حق ثبت سفارش، حمل و نقل، انبار داری، حقوق گمرکی و بانکی، بسته‌بندی، مالیات بر ارزش افزوده، توقف و انتظار نوبت کشتی.^۲

۹-۱. مزارعه

مزارعه در لغت از ریشه «زرع» و مصدر باب مفاعله به معنای با همدیگر کاشتن است. در اصطلاح عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می‌دهد که در آن زراعت نمایند و حاصل را تقسیم کنند. مالک زمین را مزارع و کسی را که زراعت می‌کند، عامل می‌گویند. در عقد مزارعه لازم نیست مزارع مالک زمین باشد، بلکه طبق ماده ۵۲۲ قانون مدنی کافی است که مالک منافع زمین باشد، یا این که به عنوان ولایت یا قیمومت و یا وکالت حق تصرف داشته باشد و کسانی که به نوعی دارای حق انتفاع مثل رقبی، سکنی و عمری از زمین هستند، ولی خود به دلایلی قادر به کشت و زرع زمین نیستند، می‌توانند به عقد مزارعه روی آورند و از بی‌مصرف ماندن زمین کشاورزی جلوگیری کنند.

مزارعه یکی از روش‌های تأمین مالی کوتاه‌مدت در بخش کشاورزی است که به موجب آن یکی از طرفین در زمین دیگری به کشاورزی می‌پردازد و محصول را آن‌طور که عرفاً رایج است تقسیم می‌کنند. یکی از شرایط شرعی مزارعه آن است که تمام محصول به یکی از طرفین اختصاص داده نشود. حداکثر طول مدت مزارعه یک سال است و اگر موعد محصول دهی زراعتی خاص بیش از یک سال باشد، مدت مزارعه یک دوره زراعی است. همچنین اگر در طول زراعت به دلیل پیش‌آمد مشکلی

۱. مرادی، ۱۳۸۶، ص ۲۶۰

۲. بروجردی، ۱۳۷۱، ص ۹۸

ادامه کشت ممکن نباشد، هر آنچه تا آن روز به دست آمده باید تقسیم گردد. به بیان دیگر اسلام مزارعه را به عنوان اسلوبی در جهت انعقاد شرکت بین دو عامل کار و سرمایه قرار داده است که در اینجا کشاورز متعهد می شود در زمین کار کند، شخم بزند، آبیاری کند و مالک متعهد می شود که زمین و بذر و در صورت نیاز حتی کود در اختیار کشاورز قرار دهد و در نهایت محصول بدست آمده به نسبت معینی بین آن دو تقسیم شود.^۱

۱-۱۰. تسهیم سود^۲

نوعی از مشارکت است که طبق آن دو یا چند شریک برای تأمین مالی یک شرکت، سرمایه ای را فراهم می کنند. مشارکت کنندگان به نسبت سهمی که فراهم کرده اند در سود یا زیان شرکت، شریک هستند.

۱-۱۱. مشارکت در سرمایه^۳

در این روش تأمین مالی بانک در سرمایه شرکت های در حال فعالیت یا جدید در بخش خصوصی یا عمومی مشارکت می کند. مشارکت بانک حداکثر معادل ۱/۳ سرمایه ثبت شده است.

۱-۱۲. خطوط اعتباری^۴

طبق این شیوه، بانک از طریق اعطای تسهیلات، اجاره به شرط تملیک و فروش اقساطی به منظور کمک به رشد و توسعه صنایع کوچک و متوسط کشورهای عضو (عموما در بخش خصوصی) اعتبار می دهد.

۱. موسوی خمینی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۹

2. Profit Sharing
3. Equity Participation
4. Line Of Financing

۱-۱۳. استصناع^۱

قراردادی است که در آن ساخت کالایی به وسیله سفارش دهنده به سازنده کالا با بیان اوصاف و مشخصات آن سفارش داده می‌شود تا در مدتی معین سازنده با تهیه مود اولیه، کالای مورد نظر را برای سفارش دهنده ساخته و به وی تحویل دهد.

در قرارداد استصناع بر خلاف قرارداد سلف مبلغ قرارداد تا سررسید و تحویل کالا به صورت قسطی پرداخت می‌شود.

این شیوه تأمین مالی یک نوع جدید از تأمین اعتبار برای اجرای طرح‌های صنعتی و تجارت کالاهای سرمایه‌ای و افزایش تولید صادراتی کشورهای عضو است. استصناع قراردادی برای تولید کالاهای تولیدی یا دیگر دارایی‌هاست که بر اساس آن تولیدکننده تعهد می‌کند کالاهای مشخص را مطابق با ویژگی معین، با نرخ مشخص و در یک زمان خاص تولید کند.^۲

۱-۱۴. کمک فنی^۳

علاوه بر موارد مزبور، بانک برخی کمک‌های فنی را نیز به صورت بلاعوض یا وام برای فراهم آوردن مهارت‌های فنی جهت کمک به طرح‌ها مانند تهیه مطالعات امکان‌سنجی، طراحی و مهندسی، نصب و ارائه خدمات مشاوره‌ای از قبیل تعیین سیاست‌ها، مطالعات بخش‌ها، تحقیقات و غیره به کشورهای عضو کمتر توسعه یافته اعطا می‌کند.

۲. منابع تأمین مالی از طریق بازار سرمایه و سهام

تأمین سرمایه از طریق پذیرش شرکت‌ها در بورس اوراق بهادار به گسترش بازار سرمایه و تقویت شرکت‌ها می‌انجامد. این عمل دارای مزایای متعددی برای ناشر متقاضی پذیرش است که در زیر به برخی از آنان اشاره می‌شود.

1. Istisna's

۲. موسوی خمینی، ۱۳۸۶، ص ۲۳۴

3. Technical Assistance

۱. سهولت تأمین مالی برای طرح‌های توسعه از طریق انتشار اوراق مشارکت
۲. برخورداری از مشوق‌های دولت مانند معافیت مالیاتی
۳. سهولت در تغییر ترکیب سهام‌داران و انتقال‌پذیری مالکیت
۴. سهولت در تأمین مالی از طریق سامانه‌های بانکی در مقایسه با شرکت‌های غیربورسی

۲-۱. صنعت بیمه

صنعت بیمه دو نقش عمده در نظام تأمین مالی بر عهده دارد:

۱. تجهیز و تخصیص منابع مالی

۲. مدیریت ریسک فرآیندهای تأمین مالی

تجهیز و تخصیص منابع مالی

- دلالت بر تخصیص منابع تجمع شده در شرکت‌های بیمه از محل حق بیمه‌ها است.
- بیمه‌های زندگی مهم‌ترین بخش صنعت بیمه در نظام تأمین مالی است زیرا اینکه حق بیمه‌های این نوع بیمه‌ها مدت طولانی‌تری در اختیار شرکت بیمه قرار می‌گیرد.
- شرکت‌های بیمه منابع خود را:
- بطور مستقیم در شرکت‌های مختلف سرمایه‌گذاری می‌کند.
- بطور غیرمستقیم منابع خود را در بانک‌ها در قالب سپرده بانکی نگه‌داری می‌کنند و بانک‌ها آن منابع را تخصیص می‌دهند.
- بطور غیرمستقیم و از طریق بازار سرمایه منابع خود را به شرکت‌ها تخصیص می‌دهند؛ از طریق خرید سهام و خرید اوراق مشارکت

۲-۲. روش‌های استقرایی

در این گونه از روش‌ها کشور سرمایه‌پذیر وامی را از کشور یا موسسه وام‌دهنده دریافت می‌کند و موظف است در سررسیدهای مقرر اقساط بازپرداخت آن را به وام‌دهنده بپردازد. در این نوع روش‌ها کشور یا بانک وام‌دهنده هیچ‌گونه ریسکی را نمی‌پذیرد و

تمام ریسک‌ها متوجه کشور وام‌گیرنده است. به عبارتی روش‌های قرضی که می‌توان از آنها به عنوان وام برد عمدتاً با تضمین بازپرداخت همراه هستند و در کشور ما به دو گروه عمده قابل تفکیک است:

۱. استفاده از تسهیلات اعتباری مأخوذ از بانک‌ها و مؤسسات مالی خارجی
 ۲. استفاده از تسهیلات بانک‌های توسعه‌ای مانند بانک جهانی و بانک توسعه اسلامی
- معمول است که بانک کشور با هدایت و نظارت بانک مرکزی و با گروه‌های بانکی کشورهای صنعتی، موافقتنامه‌هایی موسوم به موافقتنامه پایه منعقد می‌نمایند که به موجب آن بانک‌ها یا گروه بانک‌های خارجی طرف موافقتنامه تا سقف معینی، تسهیلات ارزی در اختیار بانک‌های تجاری ایران قرار می‌دهد.

۲-۳. تأمین مالی شرکتی

در این نوع تأمین مالی کشور یا مؤسسه وام‌علاوه بر اعطای وام، به نحوه هزینه شدن آن نیز نظارت کامل داشته و نوع مصرف را از ابتدا با وام‌گیرنده شرط می‌کند. در واقع در این شیوه تأمین مالی از اعتبار شریکان یک شرکت برای تأمین وجوه مورد نیاز پروژه استفاده می‌کنند.

پس از تعیین اعتبار شرکت، سرمایه لازم برای اجرای یک پروژه اقتصادی مشخص توسط مؤسسه اعتباری یا بانک عامل خارجی تأمین می‌شود. نرخ بهره هم بر حسب شرایط اقتصادی و ریسک کشور در زمان اعطای اعتبار تعیین می‌شود. در ایران مالک پروژه به خصوص پروژه‌های زیربنایی دولت ایران است و دولت بر اساس اعتبار و رتبه ریسک خود می‌تواند از تسهیلات استفاده کند. این انتخاب اغلب برای پروژه‌های کوچکتر و سرمایه مورد نیاز کمتر مناسب است اما در ایران به دلیل ضعف در روش‌های دیگر، این روش با ضمانت دولت بیشترین روش مورد استفاده در تأمین مالی از منابع خارجی است. با وجود تأمین مالی دولتی، شرکت‌های خصوصی از این نوع تأمین مالی اجتناب می‌کنند چون این شیوه ترازنامه آنها را تغییر می‌دهد و در ظرفیت و پتانسیل آنها

برای شرکت در پروژه‌های آینده ایجاد محدودیت می‌کند. شرکت‌های خصوصی می‌توانند محدودیت دیگری نیز در جذب این منابع داشته باشند و آن مبلغی است که در مقابل وام گرفته شده باید در حساب‌های خارجی داشته باشند. علاوه بر شرکت‌ها، انعکاس این وام‌ها در ترازنامه دولت نیز تأثیر منفی دارد و باعث می‌شود کشور در تأمین مالی پروژه‌های آینده خود دچار محدودیت شود.

۴-۲. تأمین مالی پروژه‌های

در این نوع تأمین مالی کشور یا مؤسسه وام‌دهنده هیچ گونه شرطی را برای نحوه مصرف وام پرداختی قرار نمی‌دهد و در واقع فاز تأمین مالی از فاز اجرایی آن کاملاً جدا است. در ایران اصطلاح رایجی به نام «فاینانس خودگردان» در توضیح این روش وجود دارد که بیشتر در مورد پروژه‌های نفتی رایج است و تعریف بیان شده برای آن این است: «به تأمین مالی گفته می‌شود که بازپرداخت‌های هزینه از محل صدور محصولات تولیدی همان طرح انجام شود. دولت نیز موظف است تا تسویه کامل کلیه تعهدات ناشی از سرمایه گذاری مربوطه، اجازه صدور محصولات تولیدی این طرح را تضمین کند». قسمت اول این تعریف که بازپرداخت‌ها بر اساس محصولات تولیدی پروژه صورت می‌گیرد، صحیح است، اما این روش به درستی ویژگی‌های این ساختار را ندارد و بیشتر ساختاری است که داخل شرکت نفت ایران به کار می‌رود و در واقع باز هم اعطای تسهیلات بر اساس اعتبار شرکت نفت و روش درون‌سازمانی شرکت نفت است. در تأمین مالی پروژه‌ای از دارایی‌های پروژه و درآمد آتی پروژه به عنوان پایه‌هایی برای تأمین وجوه مورد نیاز استفاده می‌کنند. مدیریت ریسک در این ساختار نقش بسیار مهمی دارد و اصولاً ارتباط بین بخش‌های درگیر در پروژه به منظور مدیریت ریسک پروژه‌ها و به وسیله قراردادهای برقرار می‌شود. در روش تأمین مالی پروژه‌ای ملاک اصلی برای تأمین کننده منابع مالی خارجی، «اقتصادی بودن طرح» است. چنانچه مطالعات امکان‌سنجی طرح به لحاظ اقتصادی مثبت باشد، تأمین کننده منابع مالی، بدون مشارکت

مستقیم سهمی، می پذیرد که منابع لازم را به صورت نقدی و غیر نقدی در اختیار واحد مورد نظر قرار دهد و در مقابل محصولات تولیدی طرح را مابه‌ازای اصل سود مورد توافق دریافت کند. برخی از روش‌های تأمین مالی پروژه‌ای به شرح زیر است:

۵-۲. فاینانس

فاینانس در لغت به معنی «مالیه» یا تأمین مالی است و در بحث سرمایه‌گذاری به تأمین مالی از طریق استفاده از منابع داخلی و یا دریافت و استفاده از وام ارزی اطلاق می‌شود. به طور خلاصه قراردادهای فاینانس بدین مفهوم هستند که یک بانک یا مؤسسه تجاری خارجی وامی را به منظور عملیات معینی به کشور و یا شرکت مشخصی پرداخت کرده و در واقع کنترلی روی هزینه کردن آن ندارد و بنابراین تعهدی نیز برای به ثمر نشستن طرح نداشته و در سررسیدهای تعیین‌شده‌ای اصل و فرع آن را از طرف قرارداد و یا بانک تضمین‌کننده قرارداد دریافت می‌کند. در هر صورت روش فاینانس یک روش کوتاه‌مدت انتقال سرمایه به کشور است زیرا پس از فرا رسیدن موعد بازپرداخت وام، می‌بایست اصل سرمایه به همراه سود آن برگشت داده شود. بنابراین مهم‌ترین شرط در دریافت وام ارزی، تخصیص آن به طرح‌هایی است که دارای توجیه اقتصادی بوده و نرخ بازگشت سرمایه معقولی را داشته باشند. به طور کلی دو روش شامل فاینانس خودگردان و غیرخودگردان برای تأمین مالی پروژه‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد. در روش اول، طرح (شرکت دریافت‌کننده اعتبار) باید توانایی صدور کالا برای بازپرداخت اقساط تسهیلات به صورت ارز را داشته باشد. اما در روش فاینانس غیرخودگردان، سرمایه لازم برای اجرای پروژه اقتصادی مشخص، توسط مؤسسه اعتباری و یا بانک عامل خارجی تأمین می‌شود. مدت استفاده از منابع در این روش حدود ۱۰ الی ۱۲ سال است و نرخ بهره سالانه آنها بر حسب شرایط اقتصادی و ریسک کشور تعیین می‌شود که حدود ۱ الی ۴ درصد بیشتر از نرخ بهره بین‌بانکی لندن (لایبور)

است.^۱

۶-۲. ریفاینانس^۲

به موجب بخشنامه شماره ۶۰/۱۱۱۳ مورخ ۱۳۸۳/۶/۳۱ بانک مرکزی استفاده از خطوط اعتباری کوتاه مدت بین بانکی حداکثر یکساله جهت گشایش اعتبارات اسنادی بابت واردات کالا را اصطلاحاً ریفاینانس گویند. کلیه واردکنندگان کالا و خدمات می توانند به گشایش اعتبارات اسنادی با استفاده از خطوط اعتباری بین بانکی اقدام نمایند. ریفاینانس نوعی گشایش اعتبار اسنادی است که فروشنده/ذینفع در زمان معامله اسناد طبق شرایط اعتبار وجه اسناد را به صورت نقد از بانک کارگزار دریافت می کند و خریدار با توجه به قرارداد منعقد شده با بانک در زمان تعیین شده در قرارداد اقدام به پرداخت وجه اسناد می نماید. حداکثر مهلت خریدار برای پرداخت وجه اسناد یک سال است. واردکننده ایرانی می تواند نسبت به خرید کالا به صورت مدت دار اقدام نموده و وجه کالای وارداتی را بصورت اقساطی پرداخت کند در حالیکه فروشنده، وجه کالای خود را به صورت نقدی در زمان ارائه اسناد حمل دریافت می نماید.^۳

۷-۲. یوزانس

یوزانس در لغت به معنی «فرجه»، «مهلت» و «وعده پرداخت» آمده است و در اصطلاح سرمایه گذاری به معنی توافق بر پرداخت قیمت فناوری و تجهیزات دریافت شده در قبال ارائه برات مدت دار است. یکی از روش های استقراض کوتاه مدت، یوزانس (ورود کالا و خدمات به شکل نسبه) است که معمولاً بازارهای پولی و مالی کشورهای صنعتی برای حمایت از فروش تولیدات کشور خود آن را تأمین یا تضمین می کنند و از بدترین نوع استقراض بویژه برای استقراض در حجم زیاد به حساب می آید زیرا زمان بازپرداخت

۱. حسینلو و پور قصاب امیری، ۱۳۹۷، صص ۱۵۴-۱۵۸

2. Refinance

۳. چکاب و همکاران، ۱۳۹۴، صص ۱۵۴ و ۱۵۵

این نوع از استقراض‌ها بسیار کوتاه‌مدت بوده و معمولاً حتی در صورت تبدیل آنها به سرمایه تولیدی، فرصت کافی برای به گردش درآمدن چرخه تولید همان سرمایه وجود ندارد و بنابراین کشور متعهد، مکلف است از سایر منابع مالی خود برای تأمین بازپرداخت وام اقدام کند، بنابراین در کوتاه‌مدت منابع مالی کشور به شدت تحت فشار قرار می‌گیرد. معمولاً هزینه‌های مالی این نوع از استقراض‌ها سنگین بوده و تأمین‌کننده این منابع نگران به ثمر نشستن نتایج هزینه نبوده و صرفاً تضمین‌های کافی برای برگشت اصل و فرع را از طریق دولت‌ها مطالبه می‌کنند.

لازم به ذکر است در روش فاینانس تنها بحث تأمین مالی و دریافت پول به صورت وام مطرح است، در حالی که در روش یوزانس بحث کالا، خدمات و یا دانش فنی نیز وارد شده و در واقع این فناوری‌ها از کشور یا مؤسسه خارجی خریداری می‌شود. با توجه به نرخ بهره و تنظیم نرخ محصول توسط وام‌دهنده این روش بسیار پرهزینه است.

خطوط اعتباری: در این حالت دریافت‌کننده خط اعتباری بدون پرداخت هیچ‌گونه پولی اجازه می‌یابد به اندازه معینی از تولیدات یا خدمات اعطاکننده خط اعتباری استفاده کرده و مطابق توافقات قبلی اقدام به بازپرداخت آن کند.

وام‌های بین‌المللی: این روش به برقراری مشروط و مشخص برای استفاده از وام و اعمال کنترل مؤسسه وام‌دهنده بر نحوه هزینه‌شدن وام در زمان اجرای پروژه برمی‌گردد. در این گونه موارد می‌بایست مطالعات امکان‌سنجی الزام‌شده توسط وام‌دهنده به انجام رسیده و توجیه فنی و اقتصادی پروژه مورد قبول وی قرار گیرد. تفاوت روش فاینانس با روش وام‌های بین‌المللی در این است که وام‌های دریافتی در این روش با روش فاینانس یک تفاوت عمده دارد و آن هم به برقراری مشروط و مشخص برای استفاده از وام و اعمال کنترل مؤسسه وام‌دهنده بر نحوه هزینه‌شدن وام در زمان اجرای پروژه برمی‌گردد.^۱

۱. همان، ص ۱۵۶

۸-۲. روش‌های غیر قرضی (سرمایه‌گذاری)

در روش سرمایه‌گذاری تأمین‌کننده منابع مالی (سرمایه‌گذار) با قبول ریسک ناشی از به کارگیری منابع مالی در فعالیت یا طرح مورد نظر، برگشت اصل و سود منابع سرمایه‌گذاری شده را از عملکرد اقتصادی طرح انتظار دارد. استفاده از روش‌های سرمایه‌گذاری به صورت‌های زیر انجام می‌گیرد:

۱. سرمایه‌گذاری مستقیم

۲. سرمایه‌گذاری غیرمستقیم

۳. تجارت متقابل

۹-۲. سرمایه‌گذاری مستقیم^۱

منظور از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، مشارکت یک یا چند سرمایه‌گذار خارجی در سهام ثبت‌شده یک مؤسسه داخلی است که حق و حقوقی را برای سرمایه‌گذار ایجاد می‌کند.

این نوع از سرمایه‌گذاری دارای مزایا و معایب مختلفی است، از جمله مزایای این روش برای دریافت‌کننده سرمایه عبارت است از: انتقال دانش فنی، افزایش توانمندی نیروی انسانی، مشارکت در سود و زیان، اشتغال‌زایی، عدم نیاز به سپردن تعهد مالی، کسب تجربه‌های مدیریتی و غیره. در عین حال با توجه به این که معمولاً کشورهای سرمایه‌گذار به انحصار مختلف سعی در بالابردن سود خود و صرف کمترین هزینه و انتقال کمترین دانش ممکن را دارند، کشور سرمایه‌پذیر باید در تمام مراحل بسیار با دقت عمل کند. انواع روش‌های سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی عبارت‌اند از تملک یا خرید، ایجاد شعبه فرعی از شرکت، سرمایه‌گذاری مشترک، مشارکت در تولید، مشارکت زمانی و مشارکت در سود.

۱۰-۲. سرمایه گذاری غیر مستقیم^۱

در این نوع از سرمایه گذاری، کشور یا مؤسسه خارجی از طریق اوراق بهاداری نظیر سهام، اوراق قرضه بلندمدت، اوراق مشارکت بین المللی و ... در تأمین مالی پروژه مشارکت می کند. تفاوت این روش با سرمایه گذاری مستقیم در این است که در اینجا سرمایه گذار در روند اجرای پروژه دخیل نشده و نظارتی ندارد و از نظر مالی تیز تعهداتی نمی سپارد. تنها در صورت سود یا زیان پروژه، بر اساس سهم الشراکه داده شده، سود دریافت می کند.

۳. اهمیت سرمایه گذاری مستقیم در بانکداری اسلامی

سرمایه گذاری مستقیم عبارت است از تأمین سرمایه لازم جهت اجرای طرح های تولیدی و طرح های عمرانی انتفاعی توسط بانک ها. نسبت سرمایه به کل منابع مالی لازم برای اجرای طرح تا مرحله بهره برداری، نباید از چهل درصد کمتر باشد. اجرای طرح های موضوع سرمایه گذاری با تشکیل شرکت های سهامی مجاز است. شرکت های سهامی که طبق این مقررات بصورت مستقل از بانک ها تشکیل می شوند تابع اساسنامه، مقررات و آئین نامه های ناظر به خود هستند. بانک ها موظفند قبل از اقدام به سرمایه گذاری مستقیم، طرح موضوع سرمایه گذاری را از لحاظ اقتصادی، فنی و مالی (در حد نیاز بانک) بررسی و ارزیابی نمایند. سرمایه گذاری مستقیم از محل منابع بانک و سپرده های سرمایه گذاری در این قبیل طرح ها در صورتی مجاز است که نتیجه بررسی و ارزیابی طرح از لحاظ مالی قابل توجیه باشد. میزان حداقل سودآوری (نرخ بازده) توسط شورای پول و اعتبار تعیین می شود.

بانک ها می توانند تمام یا قسمتی از سهام خود را در شرکت هایی که از طریق سرمایه گذاری مستقیم تشکیل شده اند، پس از رسیدن به مرحله بهره برداری، برای فروش

به عموم عرضه نمایند. بانک‌ها موظفند همه ساله حساب‌ها و عملیات مالی شرکت‌های مشمول ضوابط سرمایه‌گذاری مستقیم را توسط مؤسسات حسابرسی مورد تأیید وزارت امور اقتصادی و دارایی حسابرسی نمایند. بانک اسلامی منابع مالی (در اختیار خود) را به بهترین فعالیت‌های ممکن تخصیص داده و علاوه بر آن بر مبنای ارزش‌های اخلاقی و اصول شرعی برای تأمین منافع فردی (در ضمن مصالح اجتماعی) به مشتریان خود مشاوره می‌دهد. بانک اسلامی (که در آن عدم کاربرد بهره شرط ضروری و عمل به شریعت شرط کافی است) مسئولیت سنگینی به دوش این مؤسسه می‌افکند، خصوصاً در شرایط امروزین کشورهای اسلامی که در تمام زمینه‌های تولیدی و تأمین مالی لازم است منابع خود را به طور کامل و با بیشترین کارآیی به کار گیرند تا بتوانند در فرآیند توسعه و زدودن فقر به موفقیت دست یابند. در این مقاله تعریف کامل بانک اسلامی مد نظر قرار گرفته است زیرا ما به فعالیت‌هایی که این مؤسسه باید انجام دهد توجه می‌کنیم نه به آنچه که مؤسسات بانکی اسلامی تجربه کرده‌اند.

اگر چه تجربه بانک‌های اسلامی (با همه محدودیت‌ها و مشکلات) حاکی از آن است که بعضی از این بانک‌ها در زمینه توسعه اقتصادی از سایر بانک‌ها مؤثرتر بوده‌اند، اما اقتضای وجودی بانک‌های اسلامی در زمینه توسعه، تلاش بیشتری را طلب می‌کند. این تلاش نه فقط برای برداشتن موانع، بلکه برای تحول و تکامل ابزار و وسایل مورد استفاده در بهره‌برداری از منابع مالی ضروری است. برای رسیدن از بانکداری بدون ربای کنونی به بانکداری اسلامی مسیر طولانی در پیش داریم که باید از تجربه بقیه کشورهای اسلامی نیز استفاده کنیم. بانک‌داری اسلامی موضوعی بسیار فراتر از بانک‌داری بدون ربا است که باید برای تحقق آن سال‌ها قبل از این تلاش می‌شد، تجربه بیست و چند ساله بانک‌داری بدون ربا در ایران و حتی کشورهای مسلمان در این حوزه می‌تواند تجربه بسیار خوبی برای تدوین یک قانون مدون باشد. هم اکنون نظام بانکی با مشکلات فراوانی مواجه است که برای حل این مشکلات باید با نظام

قانونی راهکار و الگوی اقتصادی مشخصی را تعیین کنیم و بر همان اساس، روش و مبنای رفتاری نظام بانکی را تدوین نماییم. در حال حاضر انتظارات از سیستم بانکی انتظارات مناسب با اقتضانات روز جامعه است ولی چارچوب و مبنای رفتاری همان الگوی رفتاری اقتصاد متعارف و بانک‌داری متعارف است و این دو با یکدیگر به هیچ وجه همخوانی ندارند. نظام اسلامی نیز کاملاً به این مسأله واقف است که یک نظام اقتصادی برای پیشبرد اهداف خود به چه مؤلفه‌هایی نیاز دارد. هم‌اکنون شرایط خوبی برای بازنگری قانون وجود دارد و بستر برای به روز کردن قانون مهیا است. در این راستا اهداف و انگیزه‌های سپرده‌گذاری مسلمانان به طور کامل توسط پژوهشگاه‌های اقتصادی اسلامی مورد بررسی و شناسایی قرار گرفته، همچنین بخش نیازهای اقتصادی خانوارها و بنگاه‌های اقتصادی نیز در حوزه اقتصاد اسلامی به طور کامل شناسایی شده است، یعنی این که هیچ ابهامی از منظر علمی در این حوزه وجود ندارد.

از سویی دیگر باید توجه داشت که اجرایی شدن یک قانون نیازمند فرهنگ‌سازی مناسب و ایجاد ساز و کارهای لازم است، در غیر این صورت جامعه برای دور زدن قانون، راهکار تراشی می‌کند و چه بسا نظام اجرایی نیز با ظاهر سازی، روند دور شدن از قانون را تشدید کند. امروز سیستم بانک‌داری کشور با مشکل فاکتورهای صوری و قراردادهای ظاهری روبرو است که از جامعه‌پذیری ضعیف قوانین حکایت دارد که در این زمینه باید تمهیدات لازم اندیشیده شود. در مجموع، ویژگی‌های اخلاق‌گرایانه و جامعه‌محور بانک‌داری و مالیه اسلامی موجب شده است که فعالیت‌های اعتباری و سرمایه‌گذاری‌های بانک‌های اسلامی در راستای تقویت بخش‌های واقعی و سالم اقتصاد شکل بگیرد و از گسترش و حجیم شدن اقتصاد زیرزمینی جلوگیری کند، بدیهی است که با بیشتر شدن فعالیت‌های سالم اقتصادی و مالی از احتمال شکل‌گیری حباب‌ها کاسته خواهد شد و اقتصاد با ثبات و سالمی بوجود می‌آید، دست‌اندرکاران و سیاستگذاران صنعت بانک‌داری اسلامی به روشنی می‌دانند که می‌بایست بانک‌های

اسلامی را به سوی جهانی شدن سوق دهند، چرا که برای ایفای نقش پررنگ‌تر و تأثیرگذارتر در دنیای پول و سرمایه راهی به جز جهانی شدن و ورود به عرصه‌های پر خطر کسب سود ندارند. بدین منظور ضروری است تا متفکران و صاحب‌نظران اقتصاد اسلامی با تحلیل و نقد مبانی حقوقی و نقد نظام بانکداری ایران، در جهت معرفی الگوهای عملی و ارایه راهکارهای اجرایی مناسب برای تثبیت نظام بانکداری بدون ربا در ایران گام بردارند.^۱ بانک‌های اسلامی می‌بایست زمینه‌های درآمدی خود را تنوع بخشند، بدین منظور ارائه مشاوره سرمایه‌گذاری، مدیریت دارایی و مالیه خرد، زمینه‌هایی برای حضور متفاوت بانک‌ها در عرصه اقتصادی است.

نتیجه‌گیری

تحقیق حاضر نشان داد که تأمین مالی از سیستم بانکی در میان انواع تأمین مالی جایگاه ویژه‌ای یافته است. همچنین بر کسی پوشیده نیست که هر کس به منابع مالی بیشتری دست یابد، فرصت بیشتری برای افزایش درآمد پیدا می‌نماید و بر عکس. از اینجا می‌توانیم تأثیر جدی توزیع ناعادلانه منابع مالی بانکی را بر ساختار توزیع درآمد ملی هر جامعه‌ای برآورد کنیم. اگر بگوییم مشتریان بزرگ همیشه کارا تر هستند و مشکلی نیست که سهم بزرگی از منابع مالی و درآمد ملی به آنها اختصاص یابد، این حرف را نه منطق تئوریک و نه واقعیت هیچکدام تأیید نمی‌کنند. البته بانک‌های مبتنی بر بهره ضرورتاً پروژه‌های کارا تر و پربازده‌تر را تأمین مالی نمی‌کنند. از سوی دیگر سیستم مشارکت که لازم است بانک اسلامی براساس آن فعالیت بنماید، بر شایستگی مالی (خوش حسابی) صاحبان پروژه‌های سرمایه‌گذاری متکی نیست (اگرچه می‌تواند به این موضوع هم توجه کند) بلکه اصولاً به ارزیابی اقتصادی پروژه و اطمینان از جدیت، تخصص و کارآیی صاحبان پروژه توجه می‌نماید. اینجاست که بانک اسلامی برای

۱. تقی‌زاده، ۱۳۹۱، صص ۴۹ - ۵۱

خروج از مشکل تخصیص منابع مالی فقط به واجدان شایستگی مالی باب جدیدی باز می‌کند و از این طریق راه توزیع بهتر درآمد را می‌گشاید. همچنین این تحقیق نشان داد که این رابطه یا بسیار ضعیف است و یا در اکثر موارد معنادار نیست. اما در ارتباط با بانک اسلامی، ابزار «مشارکت» نشان می‌دهد که این مؤسسه برخلاف بانک‌های موجود، واسطه بین پس‌اندازکنندگان و سرمایه‌گذاران به عنوان گروه‌های مستقل از یکدیگر نیستند، بلکه این مؤسسه واسطه‌ای است بین صاحبان وجوه اضافی (که مایل هستند وجوه خود را براساس مشارکت سرمایه‌گذاری نمایند) و تجاری که برای راه‌اندازی و استمرار فعالیت پروژه‌های خود (برهمن اساس مشارکت) به تأمین مالی نیاز دارند. درحالی که پس‌اندازکنندگان در بانک‌های سنتی انتظار دریافت بهره دارند، پس‌اندازکنندگان سرمایه‌گذار انتظار پاداش و بازدهی وجوه سرمایه‌گذاری شده خود را دارند و بازدهی سرمایه‌گذاری عبارت از «سودی» است که بعد از موفقیت سرمایه‌گذاری تعیین می‌شود. بنابراین، این سود درآمدی است که به طور مستقیم با فعالیت تولیدی مرتبط بوده و ممکن است کم یا زیاد باشد. در نتیجه منطقی است افرادی که به دنبال سرمایه‌گذاری وجوه اضافی خود هستند، با انتظار سود بیشتر انگیزه قویتری پیدا کنند. البته این موضوع در نظام بهره محقق نمی‌شود زیرا در بانک‌های سنتی برای افزایش نرخ بهره، محدودیت‌های فراوانی وجود دارد از جمله محدودیت‌هایی که بانک مرکزی برای تحقق اهداف اقتصاد کلان وضع می‌کند و یا محدودیت‌هایی که بانک‌های تجاری به دنبال سیاست‌های اعتبار و توانایی بازپرداخت^۱ اعمال می‌نمایند. بنابراین نرخ‌های سودآوری در شرایط مشارکت با انعطافی بیش از نرخ‌های بهره در شرایط تأمین مالی مبتنی بر وام (با بهره) تغییر می‌کند و در نتیجه توانایی بیشتری برای جذب پس‌اندازها به منظور سرمایه‌گذاری در سیستم بانکداری اسلامی وجود دارد. تجارب بانکی نوین در دنیای غرب نیز ثابت نموده است که سیستم‌های تأمین مالی

مبتنی بر ریسک بیش از سیستم‌های مبتنی بر بهره رواج و گسترش می‌یابد. هم‌چنان که تجارب بازارهای مالی در کشورهای مختلف نشان می‌دهد که شرکت‌های سهامی موفق «بر اساس سود تقسیم‌شده» از طریق انتشار سهام توانسته‌اند پس‌اندازهای افراد را برای تأمین نیازهای مالی خود به خوبی جذب نمایند. بانک اسلامی توانایی بیشتری برای تخصیص منابع پولی به بهترین کاربردهای مربوط به اهداف توسعه اقتصادی و اجتماعی دارد. مسئله شایع در میان مردم این است که سیستم بهره همانند یک صافی پروژه‌های ناکارا را کنار زده و فقط پروژه‌هایی را حمایت می‌کند که بازدهی بالا و در نتیجه توانایی پرداخت بهره متعلقه را دارند. پس ابتدا چنین پروژه‌هایی می‌توانند بیشترین وام بانکی را دریافت کنند و به دنبال آنها پروژه‌های کم بازده‌تر. ولی پروژه‌های دارای بازدهی پایین که نرخ بازدهی آنها کمتر از نرخ بهره است نمی‌توانند به منابع بانکی دست یابند و این موضوع بنا بر نظریه کارایی نهایی سرمایه‌گذاری درست است، یعنی اگر نرخ سود مورد انتظار در طول عمر پروژه سرمایه‌گذاری از نرخ بهره تعیین شده کمتر باشد، تمایلی برای گرفتن وام از بانک وجود نخواهد داشت. بر خلاف بانک سنتی، بانک اسلامی از تأمین مالی پروژه‌های نوپا یا پروژه‌های کوچکی که استحقاق تأمین مالی آنها بر اساس مولد بودن و کارآیی مدیرانشان در خلال مطالعات به اثبات رسیده است، خودداری نمی‌کند.

بدون تردید بانک اسلامی (بر اساس تعریف متکامل آن و در شرایط یک اقتصاد اسلامی) به خاطر منافع اجتماعی از سوی بانک مرکزی حتی برای تأمین مالی پروژه‌هایی با بازدهی نسبتاً پایین توجیه می‌شود. اما از سوی دیگر به دلیل اینکه بانک اسلامی در سود تحقق یافته شریک می‌شود، پس برای افزایش سود حلال سعی می‌کند تأمین مالی پروژه‌های دارای بازدهی بالاتر را بر پروژه‌های دارای بازدهی پایین ترجیح دهد.

منابع و مآخذ

۱. افشار، بهمن، موسوی، سیدرضا، اعتبارات اسنادی داخلی - ریالی (ساختار، ماهیت و مبنای عقدی)، فصلنامه علمی - حقوقی قانون یار، دوره دوم، شماره پنجم، بهار ۱۳۹۷.
۲. آیین نامه اجرایی بانکداری بدون ربا
۳. بخشنامه شماره ۶۰/۱۱۱۳ مورخ ۱۳۸۳/۶/۳۱ بانک مرکزی
۴. بروجردی، مصطفی، مضاربه از نظر فقهای شیعه، انتشارات کسری، چاپ پنجم، ۱۳۷۱.
۵. تقی زاده، خدیجه، بانکداری اسلامی در برخی از کشورهای جهان، مجله اقتصادی - ماهنامه بررسی مسائل و سیاستهای اقتصادی، شماره‌های ۶ و ۷، ۱۳۹۱.
۶. حسینلو، عبدالرضا؛ پور قصاب امیری، علی، بررسی مسئولیت مدنی بانکها در قبال جبران خسارت ناشی از تخلف در قراردادهای فاینانس بانکی، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، تابستان ۱۳۹۷، دوره چهارم - شماره ۱.
۷. خاوری، محمود رضا، حقوق بانکی، موسسه عالی بانکداری ایران، تهران، چ چهارم، ۱۳۸۳.
۸. قانون مدنی
۹. کریمی کیا، سما، بررسی عملکرد ابزارهای تأمین مالی در سیستم بانکی ایران با تأکید بر مطالعه موردی سیستم بانکی استانهای خوزستان و خراسان رضوی، مجله اقتصادی، شماره‌های ۹ و ۱۰، ۱۳۹۳.
۱۰. مرادی، یاسر، مسئولیت بانکها در عقود مشارکتی (مشارکت مدنی و مضاربه)، مجموعه مقالات اولین گردهمایی بین المللی بانکداری و تأمین مالی اسلامی، ۱۳۸۶.
۱۱. موسوی خمینی (امام ره)، سید روح الله، تحریر الوسیله، ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی انتشارات دارالعلم، ۱۳۸۶.
۱۲. نبی فیضی چکاب، غلام و تقی زاده، ابراهیم، خدادادی دشتکی، خداداد و فهیمی، عزیزاله، بررسی موانع و کاستی‌های تأمین مالی خارجی در حقوق ایران، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره یازدهم، تابستان ۱۳۹۴.
۱۳. نظریور، محمدنقی و پیوستی، اکبر کشاورزبان، الزامات احیای عقد مشارکت حقوقی راهبردی برای تحقق بانکداری PLS در نظام بانکداری بدون ربا، پژوهشی راهبرد اقتصادی فصلنامه علمی سال دوم، شماره هفتم زمستان ۱۳۹۳.

مبنای مسئولیت مدنی تولیدکننده کالا و خدمات در تجارت الکترونیک

کارشناس ارشد حقوق خصوصی
استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرانزلی

پریسا خان میرزائی^۱
دکتر نورعلی حقیقت^۲

چکیده

پیدایش وسایل ارتباط الکترونیکی و بهره‌گیری روزافزون از آن‌ها در امر تجارت، موجب شکل‌گیری سازوکاری ویژه برای بازرگانی با عنوان تجارت الکترونیکی شده است و حمایت از مصرف‌کننده به دلیل ضعف یا فقدان آگاهی وی در برابر تولیدکننده و عرضه‌کننده و نیز خطراتی که ممکن است او را در اثر مصرف کالای نامرغوب و مضر تهدید کند، به یکی از مباحث مهم تجارت الکترونیکی تبدیل شده که لازمه آن، آگاهی از مسئولیت مدنی تولیدکننده در تجارت الکترونیکی است. مسئولیت مدنی تولیدکننده، روش حمایتی مؤثری در حفظ حقوق مصرف‌کننده در حقوق تجارت الکترونیکی به شمار می‌رود. مبنای مسئولیت مدنی همگام با تحول قوانین به تدریج از مبنای مسئولیت قراردادی به مبنای مسئولیت محض تحول یافته است تا امکان جبران خسارت مصرف‌کننده ناشی از عدم انجام تعهدهای قانونی از سوی تولیدکننده ایجاد شود. با استفاده از این مبنا، بار اثبات تقصیر از دوش مصرف‌کننده زیان‌دیده برداشته شده و صرف فقدان سلامت و ایمنی در محصول عرضه شده، برای تولیدکننده و عرضه‌کننده، مسئولیت به بار می‌آورد.

واژگان کلیدی: تجارت الکترونیکی، تولیدکننده، مسئولیت محض، مسئولیت مدنی

1. parisa.khanmirzayi@gmail.com
2. haghghat_law@yahoo.ir

۱. مقدمه

امروزه اصطلاح‌های تولیدکننده، عرضه‌کننده و مصرف‌کننده شاید از پُرکاربردترین کلمات در جامعه و در میان شهروندان باشد. علت آن هم مسائل اقتصادی جامعه و ارتباط با حقوق افراد است حال آن که نقطهٔ ثقل این اهمیت نیز رعایت حقوق مصرف‌کننده است اما به واقع مصرف‌کننده از چه حمایت‌های قانونی در برابر تولیدکننده برخوردار است؟ این موضوع زمانی مهم‌تر می‌شود که به وضوح شاهد هستیم گاهی اوقات حقوق این قشر در معرض تضییع قرار می‌گیرد.

هنگامی که تولیدکننده کالایی را تولید می‌کند، مصرف‌کننده واقعی این کالاها در نهایت مردم و شهروندان هستند و به بیان دیگر واژهٔ مصرف‌کننده دربرگیرندهٔ همهٔ افرادی است که در شهرها و روستاهای کشور زندگی می‌کنند، به دولت مالیات می‌دهند و مهم‌تر این که کالاها یا خدمات را برای یک هدف غیرحرفه‌ای تهیه کرده و یا از آن‌ها برای یک هدف غیرحرفه‌ای استفاده می‌کنند. البته باید به خاطر داشت که این کالاها را افراد و یا حتی شخصیت‌های حقوقی ممکن است برای رفع نیاز خود و یا اشخاص تحت تکفل و ادارهٔ خود تهیه کنند. در واقع مصرف‌کنندگان شهروندانی هستند که برای بدست آوردن کالا و خدمات، ناگزیر از ارتباط با اشخاص حقیقی یا حقوقی و به عبارت دیگر با تولیدکنندگان هستند.

مهم‌ترین دلیل حمایت از مصرف‌کننده ضعف یا فقدان آگاهی وی در برابر تولیدکنندگان است. البته این جمله به معنای این نیست که از تولیدکننده نباید هیچ حمایتی صورت گیرد، بلکه باید مد نظر داشت که بحث حقوق دو طرف قضیهٔ از همدیگر جدا نیست، بلکه رعایت حقوق تولیدکننده و حمایت‌های قانونی و اقتصادی از آن، باعث تولید مرغوب کالاها و خدمات خواهد شد.

یکی دیگر از مواردی که لزوم حمایت از مصرف‌کننده را آشکار می‌کند، خطر ناشی از تولید کالاها نامرغوب و مضر برای سلامت شهروندان است. چرا که مصرف

کالاهای کم کیفیت و یا بدون کیفیت و زیان آور، شهروندان را ناخواسته در معرض بیماری‌های زیادی قرار می‌دهد. از این رو قانون‌گذار برای حمایت از مصرف‌کننده، قانون حمایت از مصرف‌کننده را وضع نموده است.

قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان متضمن مقررات مختلفی در خصوص وظایف عرضه‌کنندگان کالا و خدمات در قبال حقوق مصرف‌کنندگان، تکالیفی برای واحدهای دولتی و عمومی، نحوه رسیدگی به شکایات و اعتراض‌ها و جرایم و مجازات‌ها است.

از سوی دیگر پیدایش ابزار ارتباط الکترونیکی و بهره‌گیری روزافزون از آن‌ها در امر تجارت، موجب شکل‌گیری ساز و کاری ویژه برای بازرگانی با عنوان تجارت الکترونیکی شده است. توسعه این نوع تجارت و مزایای بسیار آن از جمله کاهش هزینه‌های مالی و زمانی، کشورهای مختلف را به تلاش برای ساماندهی آن تشویق کرده است. از این رو در سال ۱۳۸۲ قانون تجارت الکترونیکی در ایران به تصویب رسید که گامی مهم در گسترش و حمایت از تجارت الکترونیکی محسوب می‌شود.

در مواد ۳۳ تا ۴۹ قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ در باب حمایت از حقوق مصرف‌کننده مقرراتی وضع شده که در مواد ۶۹ و ۷۰ از همین قانون، ضمانت اجرای کیفی نقص آن بیان شده است.

با توجه به اینکه قوانین و مقررات پیشگیرانه و تعیین مجازات نمی‌تواند به طور کامل از حقوق مصرف‌کننده حمایت نماید و هر نظام حقوقی ناگزیر از وضع قوانین و مقرراتی در جهت جبران خسارت وارده به مصرف‌کننده نیز خواهد بود، این مسأله بیان می‌شود که مسئولیت مدنی تولیدکننده کالا در تجارت الکترونیکی در صورت نقض قوانین حمایت‌کننده از حقوق مصرف‌کننده چیست و چه اثری دارد.

اینکه چه قواعدی بر مسئولیت مدنی در تجارت الکترونیکی حاکم است، پاسخی روشن دارد و آن قواعد عمومی است زیرا ارکان مسئولیت مدنی در همه حال ثابت بوده و تجارت الکترونیکی هرگز اوضاع و احوال متفاوتی را موجب نشده است.

۲. مبانی حقوق مسئولیت مدنی تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان کالا

و خدمات

مسئولیت تعهد قانونی شخص بر رفع ضرری است که به دیگری وارد کرده است. خواه این ضرر ناشی از تقصیر خود وی و یا ناشی از فعالیت او باشد.^۱

در گذشته، به دلیل آشنایی نسبی مصرف‌کنندگان با کالای موجود در عرصه بازار، در مقابل خسارات وارد شده ناشی از عدم آشنایی مصرف‌کننده با کالای تولیدی، معمولاً تولیدکنندگان مسئولیتی نداشتند.

امروزه، با تولید کالاهای گوناگون و پیچیده در مقیاس انبوه و استفاده از شیوه‌های تبلیغاتی و ساز و کارهای روانی جهت ترغیب مصرف‌کنندگان به مصرف بیشتر و گسترش استفاده از فناوری‌های ارتباطی در فروش و رونق تجارت الکترونیکی و عدم آموزش دانش چگونگی به کارگیری و اجتناب از مواجهه با خطرات احتمالی آن‌ها، شناسایی مسئولیت تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان این کالاها و خدمات ضروری به نظر می‌رسد.

مسئولیت ناشی از تولید یا عرضه کالا یا خدمات، ممکن است بر مبنای رابطه قراردادی مابین تولیدکننده یا عرضه‌کننده از یک سو و مصرف‌کننده از سوی دیگر شکل گیرد. در مواردی که قراردادی وجود نداشته و یا روند شکل‌گیری قرارداد با اشکال روبرو شده باشد، مسئولیت حاصله از مصادیق خارج از قرارداد خواهد بود.^۲

۱- ۲. مسئولیت قراردادی

در مسئولیت ناشی از قرارداد، لازم نیست متعهدله، تقصیر متعهد را نسبت به نقض

۱. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۶۴۲.

۲. قاسمی حامد و خالدی، مسئولیت خسارت وارده به مصرف‌کننده کالای معیوب و خطرناک در قوانین و

مقررات جاری، ص ۱۷۱.

قرارداد ثابت نماید. نقض قرارداد، خود تقصیر است و مرتکب آن باید از عهده پرداخت خسارت برآید. متعهد حتی اگر ثابت نماید که تمام مواظبت‌های لازم را انجام داده و حداکثر تلاش خود را به کار برده، نمی‌تواند از زیر بار مسئولیت شانه خالی نماید، مگر آن که نقض قرارداد را به سببی خارجی نسبت دهد.^۱

مطابق چنین مبنايي، مسئولیت مرسوم فروشنده کالا در قلمرو رابطه خصوصی و قراردادی او محدود می‌شود. چنانکه در نظام حقوقی ایران، خریدار کالای معیوب می‌تواند معامله را فسخ کرده و بهای داده‌شده را در برابر تسلیم مبیع، پس بگیرد یا اینکه اخذ ارزش کند و از بهای قراردادی بکاهد.^۲

۲-۲. مسئولیت غیرقراردادی

شناسایی مسئولیت قراردادی تولیدکنندگان برای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان کافی نیست، به همین جهت حقوق‌دانان مسئولیت غیر قراردادی را بر مبنای نظریات تقصیر، تسبیب، تضمین و مسئولیت محض مطرح نموده‌اند.

۱-۲-۲. مسئولیت غیرقراردادی مبتنی بر نظریه تقصیر

تقصیر یعنی خودداری از انجام عملی واجب با وجود داشتن قدرت بر انجام آن^۳ و یا انجام دادن عملی که شخص نباید مرتکب شود.

بر مبنای نظریه تقصیر، مسئولیت مدنی صرفاً در صورتی قابل طرح و انتساب است که واردکننده خسارت در انجام عمل زیانبار، مرتکب تقصیر شده باشد. در این فرض، خواهان باید ثابت نماید که خواننده در مقام تولید و یا عرضه محصول خود مرتکب

۱. قاسمی حامد و خالدی، مسئولیت خسارت وارده به مصرف‌کننده کالای معیوب و خطرناک در قوانین و مقررات جاری، ص ۱۷۲.

۲. بزرگمهر، مسئولیت مدنی تولیدکنندگان کالا، ص ۳۹.

۳. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۷۵.

تقصیر شده و ضرر به طور مستقیم ناشی از این تقصیر است.^۱
بر نظریه تقصیر اشکالاتی چند وارد است:

- مصرف کنندگان به دلیل فقدان ابزارها و امکانات لازم و پیچیده و تخصصی بودن فرآیند تولید کالاها قادر نبوده‌اند رفتار غیرمنطقی و غیرمتعارف تولیدکنندگان را در محکمه به اثبات برسانند و در مقابل، تولیدکنندگان از ابزارهای مناسب و قوی‌تر در معافیت از مسئولیت کالاها تولیدی برخوردار هستند.^۲

- از جهت قلمرو نظریه تقصیر نیز حمایت قانون شامل اشخاصی می‌شود که قابل پیش‌بینی باشند مانند رهگذری که از تصادف ماشین صدمه می‌بیند و در رانندگی قابل پیش‌بینی است.^۳

- در بسیاری از موارد ضرری به اشخاص وارد می‌شود که در ورود آن ضرر مقصر نیستند.^۴ انصاف حکم می‌کند که ضرر بر کسی وارد شود که آن را به وجود آورده نه بر کسی که در این راه هیچ نقشی ندارد و به حکم اتفاق پذیرای خسارت شده است.

۲-۲-۲. مسئولیت غیرقراردادی مبتنی بر نظریه تسبیب

تولیدکننده یا عرضه‌کننده با وارد نمودن کالای معیوب به بازار و عرضه آن، سبب ورود زیان به مصرف‌کننده شده است. بر مبنای نظریه تسبیب، سبب ورود خسارت باید خسارت وارده را جبران نماید. بر مبنای این نظریه، جبران خسارت منوط به وجود رابطه قراردادی بین زیان‌دیده و عامل زیان نیست. تولیدکننده یا عرضه‌کننده تنها در صورتی

۱. قاسمی حامد و خالدی، همان.

۲. ابراهیمی، مسئولیت تولید کالای معیوب و حمایت از مصرف‌کنندگان (تحلیل حقوقی در سه نظام حقوقی برتر دنیا)، ص ۲۱.

۳. بزرگمهر، همان، ص ۴۲.

۴. کاتوزیان، حمایت از زیان‌دیده و مسئولیت تولیدکننده در حقوق فرانسه، ص ۱۸۹.

مسئول خواهد بود که سبب متعارف و اصلی ورود خسارت باشد. با وجود این، اثبات رابطه سببیت بین تقصیر تولیدکننده و یا عرضه کننده و زیان وارده به مصرف کننده و همچنین مشکل تداخل اسباب، جبران خسارت وارده را با مشکل مواجه می‌سازد.^۱

۳-۲-۲. مسئولیت غیرقراردادی مبتنی بر نظریه تضمین

بر اساس این نظریه تولیدکننده تنها در برابر خریدار مستقیم خود، کالا را تضمین نمی‌کند بلکه این تضمین در برابر عموم مصرف کنندگان کالا است و کالا برای استفاده موردنظر باید به شکلی مقبول، متعارف و ایمن باشد. تضمین ضمنی کیفیت مطلوب بدین معنا است که کالا باید متناسب با منظورها و مقصودهای متعارف و معمولی باشد که از چنان کالایی انتظار می‌رود و معمولاً کالاهایی از آن نوع برای همان منظور مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۲

بنابراین بر مبنای نظریه تضمین، کافی است مصرف کننده وجود عیب و رابطه آن را با خسارت وارده اثبات نماید و دیگر نیازی به اثبات تقصیر تولیدکننده و یا عرضه کننده ندارد.

ایراد مهم به این نظریه، محدود شدن آن به حوزه قراردادی است. بر مبنای این نظریه، دادگاه‌ها، اشخاص ثالث را خارج از قلمرو تضمین ایمنی میبایع می‌پنداشتند. اما امروزه شرط ضمنی سلامت و ایمنی کالا، چهره تازه‌ای یافته و در زمره تکالیف قانونی در آمده است. عده‌ای معتقدند کارکرد اصلی این تئوری در حوزه مسئولیت قراردادی است. در حالی که هدف حقوق مصرف، ایجاد تعادل و در بسیاری از موارد حمایت از مصرف کنندگانی است که هیچ‌گونه رابطه قراردادی با تولیدکننده یا عرضه کننده کالا ندارند.^۳

۱. قاسمی حامد و خالدی، مسئولیت خسارت وارده به مصرف کننده کالای معیوب و خطرناک در قوانین و مقررات جاری، ص ۱۷۳.

۲. سلیمی و پارساپور، مبانی مسئولیت مدنی عرضه کننده در مقابل مصرف کننده، ص ۶۴.

۳. قاسمی حامد و خالدی، همان، ص ۱۷۳.

۴-۲-۲. مسئولیت غیر قراردادی مبتنی بر نظریهٔ مسئولیت محض

این اصطلاح، نمودار مسئولیتی است که به حکم قانون و بر پایه مصلحت و تدبیر ایجاد می‌شود و تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی نیست، به همین جهت آن را مسئولیت نوعی یا کلی نیز نامیده‌اند. هدف این مسئولیت، تحمیل ضمان به نتیجهٔ فعل است نه کیفیت آن. بدین بیان که اگر در قواعد عمومی فعل زیانبار سبب ضمان می‌شود و مهم‌ترین مسئله آن احراز فعلی ناروا و انتساب آن به مسئول است، در این قلمرو استثنایی به نتیجه کار شخص توجه دارد و نتیجه ناگوار مضر برای ایجاد مسئولیت کافی است. در واقع، این ضمان چهرهٔ حمایتی دارد تا هیچ حق قابل احترامی از بین نرود. در مسئولیت محض، کافی است خواهان ثابت کند که کالای عرضه‌شده عیبی داشته است که ضرر از آن برخاسته، یا نقص اطلاعات و هشدارهای ضروری به گونه‌ای مؤثر بوده که کالای سالم را معیب و خطرناک کرده است.^۱

مسئولیت محض را باید از نهادهای فرض تقصیر و مسئولیت مطلق متمایز دانست زیرا در فرض تقصیر، اثبات بی‌تقصیری و عدم آگاهی از عیب موجود در کالا، عامل زیان را از مسئولیت مبرا می‌کند اما در مسئولیت محض، رابطه با مبنای تقصیر از بین می‌رود و اثبات بی‌مبالاتی و عدم آگاهی از مسئولیت تولیدکننده نمی‌کاهد. همچنین این مسئولیت را باید از مسئولیت مطلق تفکیک کرد زیرا در مسئولیت مطلق شخص مطلقاً مسئول است، حتی اگر رابطه‌ای میان او و زیان وارده وجود نداشته باشد (مانند مسئولیت غاصب). اما در مسئولیت محض ضرورتاً باید میان عیب کالا و ورود ضرر رابطه علیت موجود باشد. این نظریه با مبانی اخلاقی و ملاحظات اقتصادی قابل توجیه و بکارگیری خواهد بود، از جمله پرهیز از خطر، جبران خسارت از راه توزیع، درونی کردن هزینه مصرف، امکان اثبات، حمایت از انتظارات مصرف‌کننده و تشویق به تولید مفید.^۲

۱. کاتوزیان، حمایت از زیان دیده و مسئولیت تولیدکننده در حقوق فرانسه، ص ۱۸۶.

۲. سلیمی و پارساپور، مبانی مسئولیت مدنی عرضه‌کننده در مقابل مصرف‌کننده، ص ۶۵.

همچنین باید گفت حقوقدانان با تفسیر نسبتاً وسیع از خطر غیرمتعارف، سازندگان کالا را مسئول شناخته‌اند و در این تفسیر، گاه عدم ارائه اطلاعات را که از ارکان مهم تجارت الکترونیکی نیز محسوب می‌شود، بدون اینکه بتواند تقصیر محسوب شود، منشاء مسئولیت دانسته‌اند. آن‌ها در واقع نوعی مسئولیت محض را در نتیجه عدم ارائه اطلاعات پذیرفته‌اند. یکی از این موارد جایی است که سازنده خود، خطر احتمالی ناشی از کالا را نمی‌داند، تا آن را اعلام کند. با این همه عدم ارائه اطلاعات در این موارد نیز گاه موجب مسئولیت شناخته شده است، گرچه خطر قابل پیش‌بینی نبوده است.^۱

اساساً تفاوت مسئولیت محض با نظریه‌های مرسوم مسئولیت مدنی در آن است که بی‌مبالاتی به جای شخص به سازمان پیچیده تولید نسبت داده می‌شود تا نتوان تقصیر را به فرد یا گروه خاصی نسبت داد و مسئولیت جمعی و سازمانی، جانشین مسئولیت اخلاقی و فردی می‌گردد.^۲

ویژگی تقصیری که سازمانی نامیده‌ایم در این است که مرتکب آن به تفصیل معلوم نیست و تنها به اجمال می‌دانیم که درون سازمان تولید رخ داده است، چرا که عیب محصول، زاده خطای این چرخه است هر چند که محل دقیق آن معلوم نباشد.^۳

۳. مبنای پذیرفته‌شده برای مسئولیت مدنی تولیدکننده کالا در حقوق ایران

در حقوق ایران گرچه بر اساس نظام سنتی در صورت وجود عیب باید قواعد قانون مدنی در خصوص عیب اعمال شود و مبنای مسئولیت مدنی بر اساس قانون مسئولیت مدنی، تقصیر است، اما با تصویب قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مورخ ۱۳۸۸

۱. صالحی و ابراهیمی، مبنای و قلمرو تعهد به ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده کالا، ص ۶۵.

۲. سلیمی و پارساپور، همان.

۳. کاتوزیان، همان، ص ۱۷۸.

باید برای این رابطه حقوقی - اقتصادی مبانی سخت گیرانه تری برای حمایت از قشر ضعیف تر رابطه در مقابل تولید کننده اعمال گردد و با سیر تحولی قانون و وضع قوانینی چون قانون بیمه اجباری شخص ثالث و قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو نیز حکایت از ایجاد تحولی در موضع قانون گذاری به سوی مبنای مسئولیت محض دارد. این مبنا بر این محور قرار دارد که تولید کننده در برابر سود ناشی از تولید، مسئول جبران زیان های ناشی از عیب آن است، حتی اگر مرتکب تقصیر نشده باشد. این امر با قاعده فقهی (من له الغنم فعلیه الغرم) هماهنگی دارد. در زمینه مسئولیت ناشی از تولید نیز باید قائل بود که منصفانه تر است تا تولید کننده در برابر سود سرشاری که از تولید کالا و تجارت خود می برد، مسئولیت زیان های ناشی از آن را نیز برعهده بگیرد.^۱

اقتضای حمایت از حقوق مصرف کننده، یافتن مبانی روشن و یاری رسان در فقه و حقوق داخلی است. قاعده غرم (من له الغنم فعلیه الغرم) در زمینه مسئولیت تولید کننده در قبال محصول معیوب و زیان بار و جبران خسارت زیان دیده، این هدف را تأمین می نماید. یعنی مسئولیت بر عهده کسی است که منافع را از آن خود نموده است.^۲

علاوه بر مسئولیت محض برای تولید کنندگان و عرضه کنندگان در راستای حمایت از حقوق مصرف کنندگان، بهتر است پذیریم که تولید کنندگان و عرضه کنندگان کالای معیوب در برابر زیان دیده مسئولیت تضامنی داشته باشند، هر چند که تقصیری نکرده باشند، زیرا عیب، زاده خطای چرخه تولید و عرضه محصول است.^۳

بنابراین حمایت از حقوق مصرف کننده، عدم تکلیف وی به اثبات تقصیر تولید کننده و عرضه کننده و شناسایی مسئولیت محض و بدون تقصیر برای او را به روشنی توجیه می کند، در این فرض با یک تعهد قانونی از نوع تعهد به نتیجه مواجه خواهیم بود. البته

۱. کاتوزیان، وقایع حقوقی: مسئولیت مدنی، ص ۲۰۵.

۲. علوی قزوینی و مسعودیان زاده، قاعده من له الغنم فعلیه الغرم، ص ۷۶.

۳. کاتوزیان، همان.

برای تحقق مسئولیت نیز، وجود سه عنصر زیان، وجود عیب و رابطه سببیت میان عیب و زیان کافی است.^۱

مبنای مسئولیت محض را به طور صریح نمی توان در قانون یافت. تنها قانونی که ما را به این مبنا رهنمون می کند، قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸ است که بدون لازم دانستن تقصیر، نهاد جبران خسارت را پذیرفته است. بر این مبنا ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مقرر می دارد « کلیه عرضه کنندگان کالا و خدمات منفردا و مشترکا، مسئول صحت و سلامت کالا و خدمات عرضه شده مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین و یا مندرجات قرارداد مربوطه یا عرف معاملات هستند.»

اگر در ماده فوق تنها عبارات مندرج در قرارداد ذکر می شد، می توانستیم نظریه تضمین را برداشت کنیم، اما با اضافه شدن عبارت ضوابط و شرایط مندرج در قوانین و عرف معاملات، تولید کنندگان و عرضه کنندگان مسئول هرگونه نقص و عیب ناشی از کالاها و خدمات خواهند بود که می تواند ناشی از قرارداد یا غیر آن باشد. در قسمت اخیر ماده مزبور، ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی مشخص گردیده است، ولی این قسمت به معنای نفی ضمانت اجراهای قانونی و عرفی نیست.^۲

هرچند در ماده ۱۶ قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان تشخیص مسئولیت بر عهده مرجع رسیدگی کننده نهاده شده است، و این امر ممکن است چنان تعبیر گردد که با توجه به عدم تصریح مبنای مسئولیت و نهادن بار آن بر عهده مرجع رسیدگی کننده، قانونگذار در این قانون در مقام بیان مبنای مسئولیت نبوده و همچنان به مبنای تقصیر وفادار بوده و هدف از گنجاندن موادی مانند ماده ۱۸ در این قانون، امکان جمع جبران

۱. ابدالی، بررسی تطبیقی مبنا و حدود مسئولیت ناشی از عیب تولید در حقوق ایران، فرانسه و دستورالعمل جامعه اروپا، ص ۱۸۹.

۲. سلیمی و پارساپور، مبانی مسئولیت مدنی عرضه کننده در مقابل مصرف کننده، ص ۶۸.

خسارت با مسئولیت کیفری است.^۱

اما در ماده ۱۸ قانون فوق می‌خوانیم: «چنانچه کالا یا خدمات عرضه‌شده توسط عرضه‌کنندگان کالا یا خدمات معیوب باشد و به واسطه آن عیب، خساراتی به مصرف‌کننده وارد گردد، متخلف علاوه بر جبران خسارت به پرداخت جزای نقدی حداکثر تا معادل چهار برابر خسارت محکوم خواهد شد.»

نکته قابل توجه در تصویب قانون مذکور این است که با در نظر گرفتن اقتضائات و عرف حاکم بر نحوه تولید و عرضه کالا و خسارت احتمالی ناشی از آن و جهت جلوگیری از تضییع حقوق مصرف‌کننده با نگرش نو در ماده ۱۸ مسئولیت جبران خسارت، بدون اشاره به لزوم تقصیر پذیرفته شده است.^۲

هدف از تصویب این قانون بیان مسئولیت بیش‌تر برای تولیدکننده و عرضه‌کننده در راستای حمایت بیشتر از حقوق مصرف‌کننده است و گرنه جبران خسارت در قانون مسئولیت مدنی پیش‌بینی شده بود و در قانون مصوب ۱۳۸۸ نیز می‌بایست به عنصر تقصیر با عباراتی مانند بی‌مبالاتی، بی‌احتیاطی یا مانند آن و به سبک قوانین سابق اشاره می‌گردید.

البته حتی اگر عدم تعیین مبنای مسئولیت در قانون حمایت از مصرف‌کننده و واگذاری آن به تشخیص مرجع رسیدگی‌کننده را بپذیریم، باید اختیار در تشخیص مبنای مسئولیت را برای آن مراجع قائل شویم.

در حالی که این امر با توجه به این که در سایر قوانین، جز در موارد نادر، به طور عمده، مبنای تقصیر مطرح است و تصریح خلاف آن و یا ایجاد اختیار برای پذیرش مبنای دیگر نداریم، توجیه قانونی پیدا نمی‌کند. چنان که حتی در مبنای تسبیب و

۱. ابدالی، بررسی تطبیقی مبنا و حدود مسئولیت ناشی از عیب تولید در حقوق ایران، فرانسه و دستورالعمل جامعه اروپا، ص ۱۹۵.

۲. عبدی پور و پرتو، قانون حمایت از مصرف‌کنندگان حرکتی رو به جلو یا بازخوانی قواعد سنتی، ص ۴.

مسئولیت‌های قراردادی نیز ردپای تقصیر را می‌بینیم. لزوم تقصیر در احراز رابطه سببیت و تخطی از تعهدات قراردادی، از مصادیق گرایش به این مبنا توسط قانون‌گذار هستند. اما با پذیرش مبنای مسئولیت محض و صرف نظر از مفهوم سنتی تقصیر باید احراز رابطه سببیت میان کالای معیوب و زیان و نه وجود تقصیر را برای تحقق مسئولیت کافی دانست. در موارد تردید نیز گزینه‌ای به نفع زیان‌دیده را باید برگزید. یعنی کافی است کالای معیوب در ورود زیان مؤثر باشد و زیان به دلیل عیب موجود در آن ایجاد شده باشد.^۱

علاوه بر آن چه گذشت، بر اساس بند ۱ از ماده ۳ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، کلیه عرضه‌کنندگان کالاها و خدمات مکلف به ارائه ضمانت‌نامه‌ای که در بردارنده مدت و نوع ضمانت است به مصرف‌کنندگان هستند. نیز بند ۳ قانون ۱ قانون مذکور مقرر می‌دارد «ضمانت‌نامه کالا یا خدمات، سندی است که تولیدکننده، واردکننده، عرضه‌کننده و یا تعمیرکننده هر دستگاه فنی به خریدار یا سفارش‌دهنده کالا و خدمات می‌دهد تا چنانچه ظرف مدت معین، عیب یا نقص فنی در کالای فروخته‌شده یا خدماتی که انجام گردیده مشاهده شود، نسبت به رفع عیب و یا تعویض قطعه یا قطعات معیوب و یا دستگاه بدون اخذ وجه و یا پرداخت خسارت وارده اقدام کند».

بدین ترتیب مبنای مسئولیت محض در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان کاملاً قابل پذیرش است. از سوی دیگر عدالت اجتماعی اقتضا می‌کند که ثروتمندان به همان میزان که کسب سرمایه می‌کنند، پذیرای زیان‌های ناشی از عمل خویش نیز باشند، هر چند که تقصیری نکرده باشند و هزینه‌های ناشی از عیب تولید را می‌توان در قالب قیمت کالاها و خدمات بین مصرف‌کنندگان توزیع کرد.^۲

یکی از کارآمدترین روش‌های پیشنهادی، بیمه کردن ریسک ناشی از عیب و بار

۱. عبدی پور و پرتو، قانون حمایت از مصرف‌کنندگان حرکتی رو به جلو یا بازخوانی قواعد سنتی، ص ۴.

۲. عبدی پور و پرتو، قانون حمایت از مصرف‌کنندگان حرکتی رو به جلو یا بازخوانی قواعد سنتی، ص ۵.

کردن هزینه آن بر کالاها و بالاخص کالاهایی است که مصرف کنندگان خاص و ثروتمند دارد. بدون شک اگر بیمه وجود نداشته باشد، دادگاهها در محکوم کردن مسولانی که هیچ تقصیری مرتکب نشده‌اند تردید خواهند کرد. مسئولیت محض این انگیزه را برای عرضه کننده ایجاد می کند تا خود را تحت پوشش بیمه قرار دهد و با افزودن حق بیمه به قیمت کالا یا خدمت زمینه‌های توزیع ضرر در جامعه و افزایش رفاه اجتماعی را فراهم می آورد.^۱

۴. توجیه فقهی پذیرش مبنای مسئولیت محض

برای توجیه پذیرش و اعمال مسئولیت محض در حقوق ایران، می توان از قواعد فقهی لاضرر، اتلاف و غرور نیز کمک گرفت.

البته در قلمرو قاعده لا ضرر به عنوان یک قاعده برای نتیجه گیری در لزوم جبران ضرر، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها مانند مرحوم نراقی و مرحوم شیخ انصاری معتقدند که این قاعده اثبات حکم می کند. اما در مقابل برخی دیگر از فقها مانند مرحوم میرزای نایینی معتقدند که لا ضرر تنها نفی حکم ضرر می کند.^۲

بنابر دیدگاه پذیرش اثبات حکم، قاعده لا ضرر به عنوان یک قاعده عام حکایت از لزوم جبران هرگونه ضرر ناروا را اثبات می نماید و با استناد به این قاعده باید قائل شد که ضرر وارده به مصرف کننده به واسطه مصرف کالای معیوب، ضرر ناروایی است که نباید بدون جبران بماند.^۳

علی رغم اختلاف نظر در اثبات حکم توسط قاعده لا ضرر، آن چه موضوع یقین است این است که پایه و اساس جبران خسارت را قاعده لا ضرر تشکیل می دهد. باید پذیرفت هدف اصلی، جبران زیان است و رفع حکم ضرری نیز به عنوان یکی از وسایل

۱. سلیمی و پارساپور، مبانی مسئولیت مدنی عرضه کننده در مقابل مصرف کننده، ص ۷۱.

۲. بهرامی احمدی، آیا قاعده لاضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟، ص ۱۹.

۳. عبدی پور و پرتو، همان، ص ۷.

جبران ضرر تلقی می‌گردد. ملازمه عقلی نیز لزوم جبران ضرر و گسترش قلمروی قاعده لا ضرر به تمام زیان‌های ناشی از فعل شخص یا احکام ضرری است. نظر مشهور نیز مبتنی بر اثبات حکم و اثبات مسئولیت عامل ورود زیان است.^۱

پس اگر از وجود حکمی اعم از تکلیفی یا وضعی، ضرری حاصل شود و ضرر از مصادیق اتلاف باشد، به استناد قاعده لا ضرر جبران ضرر می‌شود. جبران زیان با توجه به اوضاع و احوال قضیه و با شیوه‌های مختلف مانند اعمال خیار فسخ یا پرداخت مالی خسارت، اعاده حیثیت و غیره صورت می‌پذیرد، زیرا کسی که وظیفه‌ای بر عهده دارد مسئول آثار فعل و ترک فعل خود است.^۲ در نتیجه بر طبق نظر مشهور فقهی و حقوقی و با استناد به قاعده لا ضرر، عامل ورود زیان، مسئول جبران ضرر ناشی از تولید است.

قاعده دیگر در توجیه پذیرش مسئولیت محض، قاعده اتلاف است. در اتلاف به مباشرت، چنانچه بین تلف و کار مباشر رابطه علیت مستقیم وجود داشته باشد، حتی بدون قصد ایجاد نتیجه، ضمان ایجاد می‌گردد. غیر عمدی بودن اتلاف مانع ایجاد مسئولیت نخواهد بود.^۳ در قاعده اتلاف، مبنای مسئولیت، مسئولیت محض است زیرا با اثبات رابطه علیت و قابلیت انتساب تلف و ضرر به فعل مرتکب و بدون توجه به عنصر تقصیر، قاعده اتلاف جاری می‌گردد و مباشر در تلف، مسئول جبران زیان خواهد بود.

از قواعد مهم فقهی برای پذیرش مسئولیت محض، قاعده غرور است. اگر کسی با عملیات فریبنده موجب زیان دیگری شود، در خصوص خسارت وارد به کسی که فریب خورده مسئول است. آنچه در تحقق قاعده غرور شرط است، جهل مغرور و فریب خورده است و بر اساس قول مشهور فقها علم غار شرط تحقق غرور نیست و فریبنده

۱. کاتوزیان، وقایع حقوقی: مسئولیت مدنی، ص ۱۴۲.

۲. بهرامی احمدی، آیا قاعده لا ضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟، ص ۲۴.

۳. کاتوزیان، وقایع حقوقی: مسئولیت مدنی، ص ۱۴۶.

بودن عمل غار به طور متعارف، کفایت می‌کند.^۱

بنابراین با توجه به این که علم یا جهل غار به ورود ضرر تأثیری در مسئولیت وی ندارد و این می‌تواند مفید این معنا باشد که وقتی علم تولیدکننده برای تحقق ضمان لازم نیست، نیازی به وقوع تقصیر وی هم نخواهد بود. در واقع تولیدکننده و عرضه‌کننده به دلیل ترغیب مصرف‌کننده با وصف اینکه کالای تولید شده، مناسب و سالم است، سبب ورود ضرر به وی گردیده و در نتیجه در برابر وی مسئول است.

۵. مبنای پذیرفته‌شده برای مسئولیت عرضه‌کننده خدمات در حقوق

ایران

قانونگذار در ماده ۳ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، عرضه‌کنندگان خدمات را با تولیدکنندگان کالا در یک ردیف قرار داده و برای هر دو دسته، در چهارچوب قانون، قرارداد و عرف مسئولیت یکسانی مقرر کرده است اما در قوانین کشورها و نظام نوین حقوق مصرف‌کننده، مبنای مسئولیت تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان کالا با عرضه‌کنندگان خدمات متفاوت است، زیرا در حالی که در خصوص مسئولیت محض عرضه‌کنندگان کالا تقریباً اتفاق نظر وجود دارد، در خصوص ارائه‌دهندگان خدمات، به دلیل متنوع بودن و ماهیت متفاوت آنها، چنین اجماعی حاصل نیست. در خصوص عرضه‌کنندگان خدمات باید بین دو دسته تفکیک قائل شد. تعهد برخی از عرضه‌کنندگان خدمات دایر بر تضمین سلامت خدمات از نوع تعهد به نتیجه است و آنان نمی‌توانند با اثبات بی‌تقصیری خود از زیر بار مسئولیت شانه خالی کنند، برای مثال تعهد خیاط دایر بر حفاظت از مالی که به او سپرده شده تعهد به نتیجه است، پس اگر پارچه را تلف کند ضامن خسارات وارد شده است و او نمی‌تواند به عنوان مثال با اثبات این نکته که خسارات به دلیل عیب چرخ خیاطی بوده و او مرتکب تقصیر نشده است، از جبران

۱. صفایی، مبنای استرداد ثمن به نرخ روز در فروش مال غیر، ص ۷.

خسارت معاف شود. اما تعهد بیشتر عرضه کنندگان خدمات، به ویژه صاحبان حرف و مشاغل آزاد تعهد به وسیله است و در خصوص آن‌ها تضمین سلامت خدمات به معنای تضمین نتیجه نیست، زیرا ممکن است خدمات سالم عرضه شده باشد، اما نتیجه به دست نیاید، برای مثال تعهد پزشک دایر بر درمان بیمار اینگونه است. ممکن است ارائه خدمات پزشک سالم و بی عیب باشد، اما بیمار بهبود پیدا نکند. در واقع در مورد این دسته از عرضه کنندگان تضمین سلامت خدمات به آن معنی است که رفتار آنان مطابق با مقررات و معیارهای شغلی و عرفی باشد.^۱

برای تشخیص نوع تعهد ارائه دهندگان خدمات معیارهای مختلفی ارائه شده است. یکی از مهم‌ترین آن‌ها احتمالی بودن یا نبودن تعهد است، یعنی اگر امکان حصول نتیجه احتمالی باشد، تعهد به وسیله است مانند تعهد پزشک که بهبودی بیماری نیست، بلکه به کارگیری وسایل مناسب و دانش و تخصص او است یا تعهد وکیل که تحصیل حکم به نفع موکل نیست، بلکه تنها عمل کردن مانند وکیلی متعارف است اما اگر نتیجه مورد نظر متعهدله بدون دشواری خاص قابل دستیابی باشد، تعهد به نتیجه است. مانند تعهد متصدی حمل و نقل کالا یا مسافر که عبارت است از سالم رسانیدن مسافر یا کالا از نقطه‌ای به نقطه دیگر، چنانچه خود متعهدله هم در انجام تعهد نقش مؤثر داشته باشد تعهد به وسیله است، مانند تعهد به آگاه‌سازی و توصیه که بر عهده افراد حرفه‌ای و متخصص قرار دارد، زیرا در این موارد حصول نتیجه بستگی به این دارد که گیرنده خدمت تا چه میزان به اطلاعات و توصیه‌های ارائه شده عمل کند.

بیشتر تعهدات ایمنی، مانند تعهدات برگزارکنندگان نمایش‌ها، بازی‌ها، ورزش‌ها و تعهدات صاحبان رستوران‌ها، هتل‌ها و مؤسسات آموزشی یا بازپروری تعهد به وسیله است. اما استثنائاتی هم وجود دارد، مانند تعهد ایمنی متصدی حمل و نقل اشخاص،

۱. بادینی، نقدی بر مبنا و قلمرو مسئولیت مدنی عرضه کنندگان کالاها و خدمات در قانون حمایت از حقوق

مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸، ص ۵۲۸.

دارندگان تلکابین و ... که متعهد به نتیجه هستند.^۱

بدین ترتیب باید گفت در حالی که در خصوص برقراری مسئولیت محض یا تعهد به نتیجه برای عرضه کنندگان کالا در نظام‌های حقوقی همگرایی وجود دارد، در خصوص عرضه کنندگان خدمات چنین تحولی رخ نداده است و تعهد عرضه کنندگان خدمات در قالب موارد تعهد به وسیله است و در خصوص آن‌ها تضمین سلامت خدمات به معنای نتیجه نیست، زیرا ممکن است خدمات سالم عرضه شده باشد، اما نتیجه بدست نیاید.^۲ لذا ارائه کنندگان خدمات از شمول مسئولیت محض ناشی از تولید مستثنی می‌شوند زیرا اعمال قواعد مسئولیت محض در مورد خدمات باعث تداخل با قاعده کلی مسئولیت مبتنی بر تقصیر می‌گردد.^۳

نتیجه گیری

پژوهش حاضر به منظور تشخیص مبنای مناسب برای مسئولیت مدنی تولیدکننده کالا و خدمات در تجارت الکترونیکی انجام گرفت.

مناسب‌ترین مبنا برای مسئولیت مدنی تولیدکننده کالا در تجارت الکترونیکی، مبنای مسئولیت محض بوده زیرا با وجود این که قانون مدنی مبتنی بر نظریه تقصیر است، به دلیل اشکالات وارد بر آن از جمله تکلیف زیان‌دیده به اثبات تقصیر و ضعف او در اثبات این امر در محکمه، محدود بودن قلمرو این نظریه به موارد قابل پیش‌بینی و نیز عدم شمول اشخاص ثالث در قلمرو آن و با توجه به مسیر تحول قانون در تصویب قوانین جدید از جمله قانون حمایت از مصرف‌کننده، به نظر می‌رسد نظر قانونگذار در تصویب قانون تجارت الکترونیکی به مبنای مسئولیت محض نزدیک‌تر است چرا که مبنای مسئولیت محض برای تحقق مسئولیت، احراز رابطه سببیت میان کالای معیوب و

۱. همان، ص ۵۳۰.

۲. همان، ص ۵۴۷.

۳. بزرگمهر، مسئولیت مدنی تولیدکنندگان کالا، ص ۵۶.

زیان وارده را کافی دانسته و اشخاص ثالث را نیز شامل می شود و بدین ترتیب اشکالات وارد بر نظریه تقصیر را پوشش می دهد.

بر اساس مبنای مسئولیت محض دیگر نیازی به اثبات تقصیر نیست، بلکه صرف ایجاد نتیجه ناگوار و زیانبار برای به وجود آمدن مسئولیت مدنی کافی است چرا که عیب در مسئولیت مدنی تولیدکننده و عرضه کننده کالا و خدمات مفهومی کاملاً متفاوت از آن در حقوق قراردادهای می یابد، بدین توضیح که در مسئولیت مدنی، یک محصول زمانی معیوب است که فاقد ایمنی لازمی باشد که به طور قانونی از آن انتظار می رود. از سوی دیگر باید عرضه کنندگان خدمات را از شمول مسئولیت محض ناشی از تولید مستثنی کرد زیرا تعهد عرضه کنندگان خدمات در غالب موارد، تعهد به وسیله است و تضمین سلامت خدمات به معنای حصول نتیجه نیست و ممکن است خدمات سالم عرضه شده باشد اما نتیجه مورد نظر بدست نیاید.

پیشنهاها

از بررسی مجموع مطالب، پیشنهادهایی به نظر می رسد که به شرح ذیل ارائه می شود:

الف) با توجه به اینکه حقوق قراردادهای بر نظریه سنتی مسئولیت مدنی یعنی نظریه تقصیر مبتنی است و با وجود ایرادهای وارده بر این مبنا و نیز گرایش قانون حمایت از حقوق مصرف کننده به مبنای مسئولیت محض، اصلاح قوانین بر اساس اعلام صریح گرایش به مبنای مسئولیت محض و نیز مستثنی کردن ارائه کنندگان خدمات از شمول این مبنا پیشنهاد می شود.

ب) از آنجا که قوانین و مقررات پیشگیرانه نمی تواند به طور کامل از حقوق مصرف کننده حمایت نماید، وضع قانونی جامع درباره مسئولیت مدنی تولیدکننده و توزیع کننده کالا و خدمات، خاصه در حقوق تجارت الکترونیکی توسط قانون گذار پیشنهاد می شود.

منابع

۱. ابدالی، مهرزاد، بررسی تطبیقی مینا و حدود مسئولیت ناشی از عیب تولید در حقوق ایران، فرانسه و دستورالعمل جامعه اروپا، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۸، ۱۳۹۱.
۲. ابراهیمی، نصرالله، مسئولیت تولید کالای معیوب و حمایت از مصرف کنندگان (تحلیل حقوقی در سه نظام حقوقی برتر دنیا)، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲، شماره ۵، ۱۳۸۶.
۳. بادینی، حسن، نقدی بر مینا و قلمرو مسئولیت مدنی عرضه کنندگان کالاها و خدمات در قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۸، ۱۳۹۱.
۴. بزرگمهر، داوود، مسئولیت مدنی تولید کنندگان کالا، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۴، ۱۳۸۵.
۵. بهرامی احمدی، حمید، آیا قاعده لاضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟، معارف اسلامی و حقوق، دوره ۱۰، شماره ۱، ۱۳۸۸.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۵.
۷. سلیمی، فضا و پارساپور، محمداقبر، مبانی مسئولیت مدنی عرضه کننده در مقابل مصرف کننده، پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۴، ۱۳۹۱.
۸. صالحی، جواد و ابراهیمی، یوسف، مبانی و قلمرو تعهد به ارائه اطلاعات به مصرف کننده کالا، دانش حقوق مدنی، دوره یک، شماره ۱، ۱۳۹۱.
۹. صفایی، حسین، مبنای استرداد ثمن به نرخ روز در فروش مال غیر، مدرسه حقوق، شماره ۹۳، ۱۳۹۴.
۱۰. عبدی پور، ابراهیم و پرتو، حمیدرضا، قانون حمایت از مصرف کنندگان حرکتی رو به جلو یا بازخوانی قواعد سنتی، نامه مفید، شماره ۸۵، ۱۳۹۰.
۱۱. علوی قزوینی، سید علی و مسعودیان زاده، سید ذبیح الله، قاعده من له الغنم فعلیه الغرم، فصلنامه اندیشه های حقوقی، شماره ۱، ۱۳۹۳.
۱۲. قاسمی حامد، عباس و خالدی دوبرجی، پری، مسئولیت خسارت وارده به مصرف کننده کالای معیوب و خطرناک در قوانین و مقررات جاری، فصلنامه پژوهش های اقتصادی، دوره ۱۲، شماره ۲، ۱۳۹۱.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، حمایت از زیان دیده و مسئولیت تولید کننده در حقوق فرانسه، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸، ۱۳۸۴.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوقی: مسئولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.

اثر تعهدات پولی قراردادی بر ماهیت حقوقی چندگانه پول

وکیل کانون وکلای دادگستری و مدرس دانشگاه

علی هاتفی

چکیده

امروزه نظریه‌های پول‌شناختی با رویکردی انتزاعی از ویژگی‌ها و اوصاف یا خصوصیات و گاهاً ابزار پولی، که صرفاً بر وجود اعتباری پول تأکید دارند برای شناسایی ماهیت پول در حوزه تعهدات پولی قراردادی ره آورد علمی ندارند. بنابراین باید در مقام تبیین و اثبات رویکردی کارآمد و مبتنی بر نظام ارزش‌های پژوهشی و علمی بود که قائل به کارکردهای متنوع و چندوجهی پول باشد. نگارنده در پژوهش حاضر به روشی توصیفی و تحلیلی کارکردهای عام و خاص پول را که متضمن شناخت ماهیت‌های متنوع آن است، تشریح می‌نماید و این دیدگاه را عرضه می‌دارد که پول در حقوق قراردادها نه یک ماهیت خاص، بلکه ماهیت‌های متعددی دارد که بنا بر نوع تعهد یا تعهدات ناشی از قرارداد، تحلیل می‌شود.

کلید واژه‌ها: پول، تعهد پولی، تعهدات پولی قراردادی، کارکرد پول، ماهیت پول

مقدمه

یکی از پدیده‌ها و ابداعات بشری که موجب بروز چندگانگی دیدگاه‌ها و نظریات مختلف در میان اقتصاددانان و حتی حقوقدانان و فقها شده، «پول» است. پول یک دارایی نقدینه در میان بسیاری از دارایی‌های نقدینه دیگر است، ولیکن اعتبار حقوقی خاصی دارد و به همین دلیل حتی ارائه تعریفی یکسان و تحلیلی کلی از ماهیت آن، اصولاً خارج از موازین علمی است. در سلسله مباحث پولی چه بسا تبیین ماهیت پول از موضوعات سهل و ساده به نظر آید، اما با اندکی غور و جستجو در منابع علمی می‌توان دریافت که این موضوع چندان هم ساده نیست، چرا که همواره کارکردهای این پدیده جهانی، در حال تکثر و تحول است و همین امر شناخت ماهیت آن را پیچیده می‌نماید.

امروزه عواملی همچون سیاست‌های پولی، تعدد نوآوری‌ها و فناوری‌های نوین حوزه مالی، ظهور انواع دارایی‌های مالی جدید با درجات متفاوت نقدینگی و قابلیت‌های متنوعی که در ارائه کارکردهای پول ارائه می‌دهند و همچنین لزوم توجه به تغییر محیط مقرراتی به واسطه تحولات مداوم پول، همگی باعث می‌شوند تا پژوهشگر حوزه پولی، لزوماً نظری متناسب با وضعیت زمانه و کارکردهای روز پول، در باب ماهیت و چیستی آن ارائه دهد.

بدین ترتیب به نظر می‌رسد در حوزه تعهدات پولی قراردادی، تحلیلی واقع‌بینانه از ماهیت پول، دربردارنده کارکردهای چندگانه آن است و باید به نحوی باشد که ماهیت پول را نه مبتنی بر ویژگی‌ها و اوصاف پول یا وظایف و نقش‌های آن، بلکه بر اساس کارکردهای آن در معاملات و عقود مختلف، مشخص و تبیین کند.

در زمینه ماهیت‌شناسی پول، پژوهش حاضر در مقام ارائه پاسخ این پرسش‌ها و چالش‌هاست که اولاً، مفهوم ذاتی تعهدات پولی قراردادی چیست؟ ثانیاً، کارکردهای عام و خاص پول کدامند و اینکه آیا در حوزه تعهدات پولی قراردادی ماهیت پول بر اساس همین کارکردها قابل توصیف و تحلیل است؟ و ثالثاً اینکه آیا پول در تعهدات

پولی قراردادی یک ماهیت خاص دارد یا داری ماهیت‌های متعدد و متنوع است؟

۱. مفهوم‌شناسی تعهد پولی

برای ارائه مباحث نهاد شناختی و تحلیلی از «تعهد پولی»، در ابتدا باید در معنای اصیل تعهد در معنای خاص جستاری نمود. حقوقدانان در تعریف این نهاد حقوقی اینگونه بیان می‌دارند که: «تعهد، رابطه‌ی حقوقی میان دو شخص است که به موجب آن متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم به پرداخت مبلغی پول یا اقباض و انتقال چیزی یا انجام فعل یا ترک کار معینی کند» در تعریف دیگر آمده است که: «تعهد رابطه‌ای است حقوقی که نتیجه‌ی آن انتقال مال یا انجام دادن فعل یا ترک فعل معین یا اسقاط یک اثر حقوقی باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ص ۹۰۹ و احمدی، ۱۳۸۸: ص ۱۰).

شاکله هر تعهدی مشتمل بر دو رکن اساسی است؛ «طرفین تعهد» و «موضوع تعهد» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ص ۶۹). رکن دوم تعهد یا همان «متعهدبه»، امری است که متعهد در برابر متعهدله بر عهده می‌گیرد. در این که آیا «متعهد به» فقط شامل تعهدهای مالی است یا آنکه تعهدات ناشی از روابط خانوادگی و تکالیف غیرمالی را هم در برمی‌گیرد، صاحب‌نظران نظریات مختلفی دارند، برخی معتقدند که تعهد مختص به روابط مالی است بنابراین «متعهد به» فقط شامل حقوق و دیونی می‌شود که از عناصر دارایی و قابل ارزیابی به پول بوده و هدف از ایجاد آن هم رفع نیازهای مادی است (امیری قائم مقام، ۱۳۸۵: ص ۷۰). در مقابل، اکثر حقوقدانان، دامنه شمول مفهوم تعهد را به دیون و تکالیف خانوادگی و غیرمالی گسترش داده و در نتیجه تمام حقوق و تکالیف ناشی از روابط خانوادگی بین اعضای خانواده و دیون و تکالیف غیرمالی را مشمول عنوان تعهد می‌دانند (صفایی، ۱۴۰۰، ص ۱۳).

در حقوق کنونی، تعهد به رابطه‌ای اطلاق می‌شود که جنبه مثبت آن از عناصر دارایی و جنبه منفی آن در شمار دیون است. امروزه هر دو جنبه مالی و شخصی تعهد

مدنظر است زیرا از یک طرف تحقق دین، زمانی مصداق پیدا می‌کند که شخص به عنوان طلبکار بتواند به استناد رابطه حقوقی طرفینی، بر دیگری حق پیدا کند و از سوی دیگر، طلب؛ واجد ارزش مالی و بخشی از دارایی محسوب می‌شود که به دیگران منتقل می‌گردد و گاهی همانند اسناد در وجه حامل و اسناد اعتباری و سهام بی‌نام شرکت‌های تجارته، همچون عین خارجی مورد داد و ستد قرار می‌گیرد (احمدی، ۱۳۸۸، ص ۱۹). بنابراین مستنبط از این عبارت که «تعهد یک رابطه حقوقی است که به موجب آن شخص در برابر دیگری مکلف به تملیک و انتقال یا تسلیم مال و یا انجام دادن کاری (اثباتاً و نفیاً) می‌شود»، مشخص می‌گردد که تعهد انواعی دارد؛ برخی از تعهدات مربوط به «تملیک، انتقال یا تسلیم مال» است و برخی ناظر به «انجام کار» یا «عدم انجام کار». تعهد به تملیک، انتقال یا تسلیم مال، شامل تعهداتی است که در آن متعهد ملزم به تملیک، انتقال یا تسلیم عین یا منافع مالی به متعهدله است مانند اثربیع کلی که در آن بایع متعهد به تهیه موضوع بیع و تملیک آن به مشتری است. تعهد به انتقال یا تسلیم مال، شامل مواردی است که مالکیت متعهدله محقق بوده و متعهد ملزم به انتقال یا تسلیم مال به مالک آن است مانند تسلیم مبیع در بیع و تسلیم مال مورد ودیعه به مودع. بنابراین باید بین قراردادهای تملیکی و عهدی در این خصوص قائل به تفکیک شد.

تعهد به انجام دادن کاری (اثباتاً و نفیاً)، شامل تعهداتی است که در آن متعهد به موجب اعمال حقوقی و وقایع حقوقی متعهد به انجام یا عدم انجام فعلی به نفع متعهدله است. انجام فعل موضوع تعهد ممکن است به طور معمول عمل مادی باشد مانند تعمیر و ساخت وسیله و یا ممکن است از نوع اعمال حقوقی باشد مانند آنکه به موجب قولنامه شخص متعهد شود در آینده ملک مشخص خود را در قبال ثمن معینی به دیگری منتقل کند. در تعهد به عدم انجام کار، شخصی متعهد می‌شود کار معینی را انجام ندهد مانند تعهد بر عدم افشای اسرار حرفه‌ای.

همانطور که مفهوم از مطالب پیش گفته است، اساس و عصاره تعهد «تملیک، انتقال یا

تسلیم مال» یا «انجام کار» یا «عدم انجام کار» است. اما پرسش این است که تعهدات پولی نوعاً در کجا قرار می‌گیرند؟ در مورد «تعهد پولی» اساساً تحلیل «دین پولی» و تأمل در مصادیق تعهد به پرداخت وجه نقد، به عنوان موضوع (متعهد به) دین پولی، ماهیت این نوع تعهد را مشخص می‌سازد. دین یا تعهد پولی، یکی از اقسام تعهدات مالی است که موضوع آن (متعهد به)، «پول رایج کشور» است. به استناد بند (ج) ماده ۲ قانون پولی و بانکی کشور: «... تعهد پرداخت هرگونه دین یا بدهی فقط به پول رایج کشور انجام‌پذیر است مگر آنکه با رعایت مقررات ارزی کشور ترتیب دیگری بین بدهکار و بستانکار داده شده باشد». بدین ترتیب بنابر آنچه بیان شد، هر زمان که پرداخت یک مبلغ معین، ثابت و مقطوع از پول، تعهد متعهد را تشکیل دهد با «تعهد پولی» مواجه هستیم (Proctor, 2005: p. 87). به عبارت دیگر تعهد پولی در معنای خاص خود، عبارت است از رابطه حقوقی میان دو شخص که به موجب آن متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم به پرداخت مبلغی پول نماید (کریمی جابری، ۱۳۹۱: ص ۳۲).

اما باید توجه داشت که از نظر تحلیلی لازم است بین مواردی که تعهد متعهد «پرداخت وجه نقد یا پول» بوده با مواردی که تعهد متعهد، «تأمین ارزش» است و در آن پول، نقش جایگزین را دارد، قائل به تفکیک شد. وجه اشتراک این دو آن است که متعهد لزوماً باید مبلغی پول پرداخت کند، ولی وجه افتراق آنها این است که در تعهد به پرداخت وجه نقد یا پول، موضوع دین، انتقال مقدار معینی پول است بدون اینکه میزان قدرت خرید واقعی آن مورد توجه باشد. به عبارت دیگر در این نوع تعهد، موضوع تعهد را در صورتی باید پول دانست که ضابطه تعیین مقدار آن فقط ارزش ریالی باشد، نه بهای خدمات و کالاهای دیگر. ولی در تعهد به تأمین ارزش، موضوع دین انجام دادن کار و انتقال ارزش معین و حصول نتیجه معینی است که باید به وسیله پرداخت پول، تأمین شود. در تعهد نوع اول، هدف اجرای تعهد، دادن پول است و در تعهد نوع دوم، پول وسیله اجرای تعهد محسوب می‌شود. به همین دلیل حقوقدانان تعهد به پرداخت

وجه نقد یا پول را در زمره تعهداتی که موضوع آن «انتقال مال» است و تعهد به تأمین ارزش را در ردیف تعهداتی که موضوع آن «انجام دادن کار» است، به شمار می آورده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ص ۵۱ و ۵۳). بنابراین می توان گفت که تعهد شوهر به تأمین نفقه همسر، هر چند به طور معمول با پرداخت مبلغی پول اجرا می شود، با این وصف، پول صرفاً وسیله اجرای این تعهد محسوب می شود. از طرفی در مواردی هم که مقصر در اثر ایراد ورود ضرر عمدی یا خطای شخص، به حکم قانون یا طبق قرارداد ملزم می باشد که خسارت زیان دیده را جبران نماید موضوع تعهد انجام کار است که به حکم دادگاه هزینه آن به پول تقویم می شود (همان: ص ۵۳).

۲. انواع تعهدات پولی

از جهت اینکه منشاء تعهد پولی اعمال حقوقی دو طرفه یا وقایع حقوقی باشد می توان تعهدات پولی را به دو قسم تعهدات پولی قراردادی و غیر قراردادی تقسیم نمود که در ادامه مباحث پژوهش پیش رو، هر کدام از آنها جداگانه تبیین و تحلیل می گردد.

۱- ۲. تعهدات پولی قراردادی

مقصود از تعهدات پولی قراردادی، تعهداتی است که متعهد بر اساس یک قرارداد صحیح و لازم الاجراء، مکلف به تأدیه مقدار معینی پول به متعهدله است. منشاء این نوع تعهد، قرارداد است و آنچه موجب براءت ذمه متعهد می گردد، پرداخت پول است. حقوقدانان در مورد تعهدات پولی قراردادی قائل به تفکیک و تمیز انواع آن هستند. بدین شرح که معتقدند گاهی موضوع مستقیم قرارداد، پرداخت مقدار معینی پول است مانند: تعهد خریدار به پرداخت ثمن معامله، اما گاهی ممکن است پول موضوع قرارداد نباشد بلکه به عنوان ضمانت اجراء یا وسیله جبران نقض تعهدات، نقش جایگزین تعهد اصلی را ایفاء نماید. مانند موردی که در قرارداد پیمانکاری، پیمانکار به تعهد خود برای احداث بنا عمل نمی کند و در نتیجه این ترک فعل پیمانکار به متعهدله خسارت وارد

می‌گردد و خسارت وارده قابل ارزیابی و محاسبه به پول است و یا مواردی همچون خسارت تأخیر در انجام تعهد، خسارت ناشی از ضمانت حسن انجام تعهدات، یا وجه التزام قراردادی که همه این موارد از یک رابطه قراردادی ناشی می‌شوند (شهیدی، ۱۳۸۹: ص ۱۳۲).

برخی حقوقدانان این موضوع را در غالب «تعهد مستقیم پولی» و «تعهد غیر مستقیم پولی» بیان می‌دارند. تعهد مستقیم پولی، تعهدی است که در آن به طور مستقیم و بلاواسطه موضوع اصلی تعهد، پرداخت وجه نقد از طرف متعهد به متعهدله است، اما در تعهد غیرمستقیم پولی که اصولاً ناشی از نقض تعهدات و جبران خسارت قراردادی است، پول جایگزین تعهد اصلی می‌شود و میزان آن متغیر و توسط دادگاه یا کارشناس یا قرارداد تعیین می‌گردد. تبعاً بعد از تعیین میزان تعهد پولی، تعهد اصلی تبدیل به مقداری پول می‌شود و از زمان قطعیت احکام تعهد پولی، خسارت تأخیر در تأدیه بر آن مترتب خواهد شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ص ۸۷).

تحلیل «تعهد پولی» (دین پولی) و «تعهد به تأمین ارزش» (دین به ارزش) نیز که پیش‌تر تشریح گردید افاده معانی مذکور را می‌نماید. در تعهد پولی، موضوع تعهد، انتقال مقدار معینی وجه نقد و دادن پول هدف اجرای تعهد است، در صورتی که در تعهد به تأمین ارزش، موضوع تعهد انجام دادن کار، انتقال ارزش معین و حصول نتیجه است که باید به وسیله پرداخت پول تأمین شود و دادن پول وسیله اجرای تعهد است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۸۲). به هر روی، لحاظ تفاوت تعهد پولی از تعهد به تأمین ارزش در مباحث مربوط به تعهدات پولی قراردادی حائز اهمیت اساسی است چه اینکه یکی از فواید تمیز آنها، گرفتن مبلغ مقطوع و مفروضی به عنوان خسارت تأخیر تأدیه در تعهد پولی است (محبی، ۱۳۹۳: ص ۱۱۵).

۲-۲. تعهدات پولی غیر قراردادی

تعهد پولی غیر قراردادی؛ تعهدی است که در نتیجه وقایع حقوقی و خارج از قرارداد

ایجاد می‌گردد. در این نوع تعهد، متعهد ملزم به پرداخت مبلغی پول به متضرر در قالب ضمان قهری، مسئولیت مدنی و جبران خسارت می‌باشد. در این نوع تعهدات، نقش و کارکرد پول به عنوان وسیله جایگزین در جبران خسارت و ترمیم زیان وارده است و معمولاً میزان آن متغیر و به روز محاسبه و پرداخت می‌شود. از جمله مصادیق این نوع تعهدات؛ تعهد تلف‌کننده به پرداخت قیمت مال تلف شده، تعهد غاصب به پرداخت خسارت ناشی از غصب، تعهد متخلف به پرداخت خسارت ناشی از تصادفات رانندگی و امثال اینها است که همگی تعهداتی پولی ولیکن غیر قراردادی تلقی می‌شود. این نوع تعهدات «به حکم قانون» مبنای تعهد پولی برای متعهد قرار می‌گیرند (افتخاری، ۱۳۸۲: ص ۱۱۲).

۳. کارکردهای عام و خاص پول و ماهیت آن

پژوهش‌ها نشان‌دهنده آن است که تحولات و پیشرفت‌ها، همواره نیازهای بشر را دگرگون ساخته و موجب پیدایش پدیده‌های نوظهور و در حال تغییر و تحولی شده است که به دلیل عمومیت آنها در حین ساده انگاشته شدن، ماهیت خاص، پیچیده و چند وجهی دارند. «پول» عیناً یکی از همین پدیده‌هاست که تحلیل ماهیت آن اگرچه آسان به نظر می‌رسد، ولیکن در عمل با دشواری‌هایی همراه است چرا که هر از چند گاهی، نمود و جلوه‌ای نو و تازه در صحنه اجتماع می‌یابد و بر کارکردهای آن بیش از پیش افزوده می‌شود.

امروزه پول دربردارنده کارکردهای چندگانه‌ای است که ماهیت آن بر اساس همین کارکردها تحلیل می‌شود. تحقیقات مؤید آن است که برای شناخت ماهیت پول، گاهی رویکردهایی مبتنی بر ویژگی‌ها و اوصاف پول و گاهی معطوف به خصوصیات آن ارائه شده است و در این رهگذر گاهی پول با ابزار پولی درهم آمیخته شده و ماهیتی یکسان برای آنها توصیف شده است. برخی صاحب‌نظران حقیقت پول را در ارزش مبادلاتی و

اعتباری آن می‌دانند و عده‌ای دیگر ماهیت پول را مال اعتباری تحلیل می‌کنند و بر این باورند که برای شناسایی ماهیت پول باید واحد پولی و ابزار پولی تعریف شود و از ماهیت پول متمایز گردند و در عین حال با تمایز پول از کارکردهای آن، پول به عنوان یک موجود اعتباری تعریف شود (Smith, 1999: p. 215; Rossi, 2007: p. 96). این رویکردها به لحاظ نظری هر چند در زمان خود از خاستگاه و جایگاه علمی برخوردار بوده‌اند، ولیکن امروزه اقبال سابق و اعتبار علمی لازم را ندارد. دیدگاه‌های سنتی در خصوص ماهیت منحصر به فرد پول که به تعهدات پولی قراردادی نیز تسری پیدا نموده است، رویکردهایی افراطی و به دور از واقعیات امروزی پول هستند. پس برای ارائه نظریه‌ای علمی و منطبق بر واقعیات امروزی پول، ضرورت تفکیک ویژگی‌ها و اوصاف و همچنین وظایف و نقش‌های پول از کارکردها و ماهیت آن دو چندان احساس می‌شود. از طرفی باید توجه داشت که بر اساس قوانین موضوعه، نگاه حاکمیتی نیز هیچگاه قائل به یک یا چند کارکرد محدود پول نبوده و شناسایی و شناساندن ماهیت خاص و در عین حال چند وجهی آن را به صاحب‌نظران واگذار نموده است به همین منظور در پژوهش حاضر کارکردهای عام و خاص پول که متضمن شناخت ماهیت‌های متنوع آن می‌باشند به تفکیک تشریح می‌گردد.

۱-۳. پول وسیله‌ای عام برای ایفای برخی تعهدات

کارکرد پول را در برخی از اسباب سقوط تعهدات می‌توان ملاحظه نمود به نحوی که می‌توان اذعان داشت، پول در وفای به عهد، ابراء، تبدیل تعهد، تهاتر و مالکیت مافی‌الذمه، موضوعیت دارد. از جمله کارکردهای حقوقی پول این است که وسیله‌ای عام برای ایفای تعهدات پولی است. در حوزه حقوق قراردادها، قانونگذار در ماده ۲۲۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «در صورتی که موضوع تعهد، تأدیه وجه نقدی باشد حاکم می‌تواند با رعایت ماده ۲۲۱، مدیون را به جبران خسارت حاصله از تأخیر در تأدیه دین محکوم نماید». همچنین به استناد ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «دعاوی

ناشی از تعهدات شرکت در مقابل اشخاص خارج از شرکت، در محلی که تعهد در آنجا واقع شده یا محلی که کالا باید در آنجا تسلیم گردد یا جایی که پول باید پرداخت شود اقامه می‌شود». در ماده ۱۵۷ قانون مذکور هم آمده است که: «در صورتی که اظهارنامه مشعر به تسلیم چیزی یا وجه یا مال یا سندی از طرف اظهارکننده به مخاطب باشد باید آن چیز یا وجه یا مال یا سند هنگام تسلیم اظهارنامه به مرجع ابلاغ، تحت نظر و حفاظت آن مرجع قرار گیرد، مگر آن که طرفین هنگام تعهد محل و ترتیب دیگری را تعیین کرده باشند». همچنین ماده ۵۲۲ همان قانون اشعار می‌دارد که: «در دعاوی ای که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد، مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند». این نصوص قانونی، همگی دلالت بر آن دارند که در برخی موارد، به وسیله پول ایفای تعهد محقق و ذمه متعهد بری می‌گردد. شیوه‌های ایفای تعهد پولی در حقوق ایران به صورت پرداخت وجه نقدی، پرداخت به وسیله اسناد تجاری (چک یا سفته)، پرداخت به صورت انتقال وجه و پرداخت از طریق کارت اعتباری است (کریمی جابری، ۱۳۹۱: ص ۲). بر مبنای همین تعهد پولی و لزوم ایفای آن توسط متعهد به وسیله پول است که خواسته دعوی می‌تواند پول داخلی یا خارجی باشد. در همین ارتباط در ماده ۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است که: «بهای خواسته به ترتیب زیر تعیین می‌شود: ۱- اگر خواسته پول رایج ایران باشد، بهای آن عبارت است از مبلغ مورد مطالبه، و اگر پول خارجی باشد، ارزیابی آن به نرخ رسمی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در تاریخ تقدیم دادخواست بهای خواسته محسوب می‌شود...».

از طرفی مذاقه در برخی عقود نشان‌دهنده آن است که پول وسیله‌ای برای ایفای

برخی تعهدات قراردادی است. مثلاً در عقد بیع ایفای تعهد مشتری به تأدیه ثمن و مخارج تسلیم ثمن، به وسیله پول صورت می‌گیرد، به علاوه ایفای تعهد بایع به تأدیه مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن به محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن به وسیله پول محقق می‌گردد. همچنین است در عقد اجاره، ایفای تعهد مستأجر به تأدیه اجاره بهاء، در عقد جعاله، ایفای تعهد جاعل به تأدیه جعل، در عقد وکالت، ایفای تعهد موکل به تأدیه اجرت، در عقد وقف، ایفای تعهد واقف به تأدیه حق التولیه به متولی و امثال اینها همه با پول انجام می‌شوند. حتی می‌توان اذعان داشت در تمام مواردی که اجرت‌المسمی تعیین می‌گردد و یا در کلیه مواردی که قانونگذار در مقررات عقود مختلف، اجرت‌المثل مقرر نموده است، پول، وسیله‌ای عام برای ایفای تعهد است.

۲-۳. پول وسیله‌ای برای پرداخت

یکی از نظریاتی که در مورد پول مطرح شده، نظریه‌ای موسوم به «نظریه جامعه شناختی پول»^۱ است. مطابق این نظریه، نیاز زندگی تجاری و اعتماد مردم است که قدرت خلق پول یا به رسمیت شناختن آن را داراست. به عبارت دیگر، نحوه رفتار و برخورد اجتماع است که تعیین می‌کند پول کدام است. از نظر حقوقی نیز تردیدی نیست که استقبال عامه و اعتماد مردم، معیار مهمی برای شناسایی پول است، زیرا مردم قراردادهای خود را بر مبنای پول منعقد می‌سازند و پول را به عنوان وسیله پرداخت می‌پذیرند، چون می‌دانند سایر افراد جامعه نیز چنین عمل می‌کنند (طیبی فرد، ۱۳۹۱: ص ۸۷).

مطابق موازین حقوقی ایران در تعهدات پولی، متعهد برای پرداخت متعهد به می‌تواند از روش‌ها و شیوه‌های مختلفی بهره‌گیرد. یکی از این روش‌ها، پرداخت وجه نقد است که معمولاً در پرداخت‌های آنی و با حجم کم، شیوه‌ای رایج است. نوع دیگر پرداخت به وسیله اسناد تجاری چک یا سفته است که امروزه به خصوص در معاملات، چک کاربرد فراوانی دارد و اصولاً چک در تعهدات پولی قراردادی رواج بیشتری نسبت به

1. The Society Theory of Money

سفته دارد. روش دیگر، پرداخت از طریق انتقال وجوه به وسیله سامانه‌ها و درگاه‌های مربوطه است. امروزه با توجه به گسترش بانک‌ها و مؤسسات مالی و افتتاح حساب‌های جاری و پس‌انداز از سوی اشخاص حقیقی و حقوقی و همچنین سرعت جابه‌جایی پول از طریق انتقال وجوه و خطرات کم آن، یکی از شایع‌ترین روش‌های پرداخت، انتقال وجوه یا واریز پول به حساب ذینفع است. اگرچه قوانین خاصی در این ارتباط به وسیله قانونگذار وضع نگردیده، ولی این شیوه پرداخت به یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر در زندگی امروزی تبدیل شده است. از طرفی وجود عقود مانند ضمان و حواله یا اسناد تجاری مانند برات، مشابهت زیادی با انتقال وجوه دارند، اما تفاوت اساسی آنها این است که در انتقال وجوه، محال علیه بانک بوده که متعهد در آن حسابی افتتاح کرده است، در حالی که در عقود ضمان و حواله و یا در برات، محال علیه می‌تواند هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگری باشد (امینی، ۱۳۹۲: ص ۲۵). نوع دیگر پرداخت، از طریق کارت‌های اعتباری است که آن نیز یکی از شیوه‌های رایج پرداخت است. ولیکن باید توجه داشت که در پرداخت به وسیله اسناد تجاری یا به صورت واریز وجه و یا از طریق کارت اعتباری، متعهد له باید موافق باشد و او مکلف به پذیرش طریقه پرداخت پیشنهادی متعهد نیست. از طرفی رضایت وی به پرداخت از طریق چک یا اسناد مشابه دیگر، مشروط به تأدیه مبلغ مندرج در آنها در موعد مقرر است، ضمن آنکه صدور این اسناد موجب انتقال تعهد نیست و مسئولیت متعهد، همچنان تا زمان پرداخت به قوت خود باقی است. از مجموع مطالب مذکور می‌توان دریافت که پول همانند اسناد تجاری (به معنای خاص) وسیله و ابزاری برای پرداخت و از طرفی، یک وسیله پرداخت همگانی است (شوشی نسب، ۱۳۹۴: ص ۲۲؛ باریکلو، ۱۳۹۵: ص ۷۴).

۳-۳. وسیله‌ای برای ایجاد تعادل در عوضین

دکترین حقوقی عقد معوض را عقدی تعریف می‌کنند که انتقال مال از طرفین یا قبول تعهد از طرفین باشد. گاهی این عقد را «عقد معاوضی» می‌نامند به این مفهوم که مبادله مال

از طرفین انجام می‌شود، از قبیل: بیع، معاوضه، اجاره (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ص ۴۶۲). برخی صاحب‌نظران در راستای تبیین مفهوم عقد معوض، نظریه «عدالت معاوضی» مطرح می‌کنند. این نظریه در دیدگاه فلسفه حقوق به معنی ارائه میزان دقیق حقوق هر کس است و بدون دخالت اشخاص حاصل می‌گردد. نظریه مذکور از دیدگاهی کاربردی‌تر به معنای ضرورت موازنه حقوق طرفین در عقد معوض است و چنانچه این موازنه مخدوش گردد باید به وسیله سایر اصول حقوقی جبران گردد. این نظریه در حقوق ایران قابل پذیرش بوده و بدیهی است که قبول این نظریه، به نوعی صیانت از موازنه حقوق طرفین عقد معاوضی است که امروزه در میان مکاتب حقوقی و اندیشمندان این حوزه بسیار مورد توجه است (خندانی و خاکباز، ۱۳۹۲: ص ۶۹). در کنار اصطلاح معوض، عدالت به معنای «تعادل» ادراک می‌شود که در حقوق قراردادی این تعادل از یک سو به معنای برابری اراده طرفین در انعقاد قرارداد و جلوگیری از سیطره یک اراده بر دیگری در قراردادهایی موسوم به الحاقی معنا می‌یابد و از سوی دیگر به اثر مالی قرارداد مربوط است، به این تعبیر که هر یک از طرفین در قبال مالی که می‌دهد، مالی معادل آن را به دست می‌آورد. بدین ترتیب پول در بسیاری از عقود معوض (مانند: بیع، اجاره) وسیله‌ای برای ایجاد تعادل در عوضین است و در برخی از عقود معوض، اساساً موضوعیت ندارد (مانند: معاوضه).

۴-۳. وسیله‌ای برای انتقال طلب یا انتقال دین

اصطلاح «انتقال» در تئیات حقوقی ممکن است «مادی» و ناظر به جا به جا کردن اشیاء از محلی به محل دیگر باشد و یا «حقوقی» بوده و ناظر به جا به جایی ملکیت مال و حقوق مالی باشد (صالحی مازندرانی و بیات، ۱۳۹۳: ص ۳۵). در «انتقال حقوقی» دو اصطلاح «انتقال طلب» و «انتقال دین» کاربرد بسیاری دارند. از منظر تجاری، در مورد اسناد تجاری چک و برات این اصطلاحات محل بحث قرار می‌گیرند و از منظر مدنی، در مورد عمل حقوقی یک طرفه تبدیل تعهد (به اعتبار تبدیل دائن و به اعتبار تبدیل

مدیون) و همچنین در برخی اعمال حقوقی دو طرفه موضوعیت پیدا می کنند. در تعریف «انتقال طلب» آمده است که: نقل حق بستانکار به وسیله او به دیگری می باشد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ص ۸۹)، به عبارت دیگر، با توجه به ماده ۳۸ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، انتقال طلب در حقوق ایران عبارت است از توافق طلبکار و شخص ثالث مبنی بر انتقال طلب او با تمام مزایا و تضمینات که بر ذمه بدهکار است به شخص ثالث بدون اینکه نیازی به رضایت و قبول بدهکار باشد (شهیدی، ۱۳۹۹: ص ۱۵۳). یکی از موارد «انتقال قراردادی طلب» در حقوق ایران ماده ۲۶ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶/۲/۷ است. قانونگذار در این ماده مقرر می دارد که: «در تمام مدت اعتبار قرارداد بیمه عمر، بیمه گذار حق دارد وجه معینه در بیمه نامه را به دیگری منتقل نماید، انتقال مزبور باید به امضاء انتقال دهنده و بیمه گر برسد».

اما در تعریف «انتقال دین» آمده که تأسیسی حقوقی است که شخص ثالثی ذمه مدیون را بر عهده گرفته و جایگزین او در پرداخت دین می شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ص ۲۴۸). به عبارت دیگر، هرگاه بدون تبدیل تعهد، شخص ثالث دین مدیون را بر ذمه گیرد این وضعیت را انتقال دین نامند، ضمان عقدی و حواله بر اساس «انتقال قراردادی دین» قرار دارند (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ص ۸۹). شایان ذکر است که اثر اصلی حواله، «انتقال دین» است و تنها در صورتی که محال علیه به محیل بدهکار باشد، حاوی انتقال طلب هم خواهد بود. در مورد ضمان هم به ویژه در ضمان نقل ذمه به ذمه، مفهوم «انتقال دین» از احکام و مقررات آن استنباط شود. منتهای مراتب در حواله ایجاب کننده، دین خود را بر عهده دیگری قرار می دهد، در صورتی که در ضمان، ایجاب کننده، دین دیگری را بر عهده خود می گیرد. با توجه به مطالب مذکور، مشخص می گردد که تحقق این نهادهای حقوقی، منوط و وابسته به وجود اعتباری پول است و پول وسیله ای برای تحقق انتقال قراردادی طلب یا دین است.

۵-۳. وسیله‌ای برای جبران بهره‌مندی و انتفاع از مال یا خدمات دیگری

یکی دیگر از کارکردهای حقوقی متنوع پول در تعهدات قراردادی این است که پول، وسیله‌ای برای جبران بهره‌مندی و انتفاع از مال یا خدمات (عمل) دیگری است. در الزامات خارج از قرارداد، هر گاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد عامل، مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته است (ماده ۳۳۶ قانون مدنی). همچنین هر گاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند، صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود، مگر این که معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است (ماده ۳۳۶ قانون مدنی). به طریق اولی در الزامات قراردادی نیز هر گاه کسی از مال یا عمل غیر، بهره‌مند و منتفع شود باید وجه آن (اجرت‌المسمی) را با پرداخت پول جبران کند. مصادیق این کارکرد پول در عقود و کالت غیر تبرعی، جعله، قرض پول، وقف (حق‌التولیه متولی مطابق ماده ۸۴ قانون مدنی)، اقسام اجاره (اشیاء یا حیوان یا انسان) و مضاربه، متبلور است. در مورد عقد مضاربه باید توجه داشت که اصل سرمایه که وجه نقد است به علاوه بخشی از سود (ربح) حاصله که آن نیز پول است، باید از طرف مضارب به صاحب سرمایه پرداخت شود. در اینجا پول هم وسیله‌ای برای انتفاع است و هم وسیله‌ای برای جبران بهره‌مندی و انتفاع از مال دیگری. اما مسأله‌ای که در مورد این عقد مطرح می‌شود این است که آیا در عقد مضاربه، شرط کسر از سود سرمایه، در برابر کاهش ارزش سرمایه (پول) بر اثر تورم، و دادن باقیمانده و سود سرمایه، به صاحب سرمایه و عامل، جواز دارد یا خیر؟ در پاسخ باید گفت از آنجا که مضاربه عقدی است که در آن، سرمایه به شکل پول، با شمارش مشخص و ویژه‌ای مورد توافق طرفین واقع می‌گردد، روند عادی و ظاهری آن است که مالک سرمایه، مستحق همان مبلغ معین از پول یا سرمایه خود می‌گردد و چنین شرطی منع شرعی و قانونی وجود ندارد (احمدوند، ۱۳۸۲: ص ۷۴).

۳-۶. وسیله‌ای برای توثیق (وثیقه)

در حوزه حقوق قراردادها، «عقود وثیقه‌ای» یا اصطلاحاً «عقود توثیقی»، به دو دسته تقسیم می‌شوند: عقود وثیقه‌ای انتقالی و عقود وثیقه‌ای تضمینی. مقصود از عقود وثیقه‌ای انتقالی، عقود هستند که با انعقاد آنها، دین یا طلب از ذمه متعهد تعهد پایه، به ذمه شخص دیگری منتقل می‌شود. با توجه به تعریف مذکور می‌توان در نظام حقوقی ایران، دو عقد ضمان و حواله را از مصادیق این دسته از عقود دانست (سیفی زیناب، ۱۳۹۷: ص ۲۰۷). اما عقود وثیقه‌ای تضمینی، عقود هستند که با انعقاد آنها، دین مدیون اصلی همچنان بر ذمه خود وی باقی می‌ماند و در کنار آن، تعهد جدیدی برای او یا شخص ثالث ایجاد می‌شود. دو عقد کفالت و رهن از مصادیق این دسته از عقود هستند (همان: ص ۲۱۸). در اینجا عقد رهن را به عنوان مصداق مهم عقود وثیقه‌ای تضمینی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

قانونگذار در ماده ۷۷۱ قانون مدنی مقرر نموده است که: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد». از طرفی مستفاد از مقررات موضوعه قانون مدنی در مورد عقد رهن، می‌توان اوصافی برای این عقد برشمرد از جمله اینکه رهن، عقد تبعی است به این مفهوم که پیش از آن باید دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود (مستفاد از مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی) (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ص ۲۲۱)، رهن عقد عینی است و مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود (ماده ۷۷۲ قانون مدنی)، و دیگر آنکه یکی از اوصاف اصلی آن این است که، مال مرهون باید عین معین باشد (مستند به ماده ۷۷۴ قانون مدنی). از طرفی بنا به تجویز قانونگذار در ماده ۲۴۱ قانون مدنی، «ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطه معامله مشغول‌الذمه می‌شود، رهن یا ضامن بدهد»، همچنین در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آمده است که: «هرگاه در عقد شرط شده باشد که مشروط علیه مال معین را رهن دهد و

آن مال تلف یا معیوب شود، مشروط له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یا ارش عیب و اگر بعد از آن که مال را مشروط له به رهن گرفت آن مال تلف یا معیوب شود دیگر اختیار فسخ ندارد». در مقرر مذکور، قانونگذار بر معین بودن مال موضوع رهن (وثیقه)، تصریح و تأکید دارد. به علاوه در مقررات مربوط به عقد بیع نیز این گونه مقرر شده است که «اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن، ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند، بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع، ضامن بدهد و عمل به شرط نکند، مشتری حق فسخ دارد» (ماده ۳۷۹ قانون مدنی). همچنین در ضمان عقدی نیز، قانونگذار مضمون له را مجاز دانسته که از ضامن مطالبه رهن کند اگرچه دین اصلی رهنی نباشد (ماده ۶۹۳ قانون مدنی).

اما در اینکه «پول» می تواند، وصف عینی که متعلق رهن است (یا تعابیر مشابه آن؛ عین مرهونه، مال مرهون، مال مورد رهن) قرار گیرد یا به عبارت دیگر پول می تواند وسیله ای برای توثیق (وثیقه) واقع شود، محل بحث است. با توجه به مقررات حاکم بر رهن (وثیقه) در قانون مدنی، نظریات مختلفی در این باره مطرح شده است و به طور خاص در مورد صحت یا بطلان رهن اسکناس به عنوان یک ابزار پولی، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان به استناد ماده ۷۹۱ قانون مدنی، صحت رهن اسکناس را تنها در مقام بدل پذیرفته اند و ابتدائاً رهن اسکناس را باطل می دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ص ۶۱). آنها ویژگی های عین را از نظر حقوق مدنی مورد احصاء قرار می دهند، بدین ترتیب که: «عین مدنی، مالی است که در وجود خارجی در اعداد اجسام است. عناصر آن در معاملات عبارتند از: جسمی است از اجسام در تاریخ وقوع عقد یا پس از آن، در زمان تسلیم مانند بیع کلی. مالیت دارد یعنی قابل تقویم به پول است. هدف است نه وسیله، پس اسکناس عین از نظر حقوق مدنی نیست ولی از نظر فلسفی عین است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ص ۴۱۹). به همین علت ابتدائاً اسکناس را غیر قابل رهن

دانسته‌اند و معتقدند که «مال مورد گرو، باید عین باشد، بنابراین نمی‌توان پول را به رهن داد». عده‌ای از حقوقدانان رهن اسکناس را حتی در مقام بدل باطل دانسته‌اند. آنها معتقدند که اساساً رهن اسکناس در صورتی که جنس دین، پول باشد غیرمعقول است. از نظر آنها از آنجایی که پول در نظر مشهور مالی است که دارای مالیت حقیقی است، نه مالیت اعتباری، لذا رهن اسکناس در صورت تلف عین مرهونه و قیمی بودن آن صحیح نیست (قنواتی، ۱۳۸۴: ص ۵۷). در تحلیل این دیدگاه آنچه که می‌تواند سبب قوت بیشتر آن گردد، این است که قرض یا بدون اجل است، که در این صورت طلبکار می‌تواند مدیون را ملزم به ادای دین کند و بدین ترتیب نفعی در اخذ رهن ندارد. یا قرض دارای اجل است، که در این صورت قدرت خرید اسکناس ممکن است به دلیل تورم کاهش پیدا کند و حتی در برخی موارد از مالیت بیفتد و فاقد قدرت خرید گردد و طلبکار نتواند طلب خود را از عین مرهونه استیفاء کند. پس نفع و غایت عقلایی بر رهن اسکناس نمی‌توان متصور شد و رهن آن باطل است (مستفاد از ماده ۷۷۳ قانون مدنی) (اصغری آق مشهدی و میری، ۱۳۸۸: ص ۱۱۳). به علاوه برخی مصرحات قانونی از جمله موارد ذیل نیز رهن اسکناس را با تردید جدی مواجه می‌سازند. به عنوان مثال در ماده ۷۸۱ قانون مدنی تصریح شده است که: «اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود، مازاد مال مالک آن است و اگر بر عکس حاصل فروش کمتر باشد، مرتهن باید برای نقیصه به راهن رجوع کند». همچنین در ماده ۷۹۱ قانون مدنی آمده است که «اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود، باید تلف‌کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود». این موارد تبادر عرفی و منطقی ایجاد نمی‌کند که اسکناس این قابلیت را دارد که وسیله‌ای برای توثیق قرار گیرد.

برخی از حقوقدانان در مورد صحت رهن ابتدائی اسکناس اظهارنظری نکرده‌اند ولی صحت رهن بدلی اسکناس را پذیرفته‌اند. آنها معتقدند «در صورتی که عین مرهونه به

واسطه عمل راهن یا شخص دیگری تلف شود، تلف کننده، باید بدل آن را از مثل یا قیمت بدهد، و بدل مزبور طبق ماده ۷۹۱ قانون مدنی رهن خواهد بود و به تصرف کسی داده خواهد شد که قبلاً عین تالف در ید او بوده است، زیرا اتلاف مال مرهون، موجب انحلال رهن نمی‌گردد و بدل در حکم مال مبدل منه می‌باشد» (امامی، ۱۳۹۹: ص ۳۴۹). بعضی از صاحب‌نظران، اسکناس را عین و قابل رهن دانسته‌اند و اینگونه استدلال می‌کنند که «آیا ضرورتی دارد که ارزش عین به اعتبار جنس یا ماده اصلی آن باشد یا آنچه را هم که دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش است می‌توان به رهن داد؟ برای مثال، آیا وثیقه نهادن اسکناس درست است یا باطل؟ در این مورد، قوانین و رویه قضایی پاسخ قاطعی ندارند، ولی به نظر می‌رسد که رهن آن صحیح است زیرا در دید عرف، ارزش موضوع آن، چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض آن به منزله انتقال و قبض ارزش موضوع آن است، پس هیچ مانعی ندارد که عین اسکناس، موضوع رهن قرار گیرد». نظر اخیر مورد پذیرش حقوق‌دانان بسیاری، قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ص ۵۴۰ و ۵۴۱؛ اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۷ و ۲۳؛ علوی قزوینی، ۱۳۸۲: ص ۶۶).

در مقام توجیه صحت رهن اسکناس نیز دو رویکرد وجود دارد: اول اینکه اسکناس حکایت از مال ندارد، بلکه به منزله مال است و از این رو، بی‌تردید باید آن را عین به شمار آورد. همچنین به رهن گذاردن اسکناس توسط بدهکار به طلبکار خویش امری غیرمعقول نیست و چه بسا این عمل، هم برای راهن (بدهکار)، هم برای مرتهن (بستانکار) و حتی برای دیگری سودمند باشد بدون آنکه دادن اسکناس (پول) پرداخت بدهی تلقی گردد بلکه وثیقه طلب قرار می‌گیرد. تخطی مرتهن از مفاد عقد رهن اسکناس، او را در برابر راهن به خاطر تخلف از مفاد عقد و امانت مسئول خواهد کرد البته شکل این مسئولیت را باید در نوع عمل انجام شده توسط مرتهن جستجو کرد (اصغری آق مشهدی و میری، ۱۳۸۸: ص ۱۰۵).

دوم اینکه از آنجایی که مال و مالیت عناوین عرفی هستند و در نصوص تعریفی از آنها ارائه نشده است، باید برای کشف معنای آنها به عرف مراجعه کرد. شواهد و قرائن موجود در عرف دلالت بر آن دارد که عرف، اسکناس را مال می‌داند نه سند و از آنجایی که قابل درک با حواس است، پس مال مادی است. بین تعریف مال مادی و عین معین از نظر منطقی رابطه تساوی وجود دارد؛ لذا اسکناس عین معین است و از این جهت اشکالی بر رهن پول نیست. بنابراین چنانچه رهن اسکناس دارای غایتی عقلایی باشد که البته می‌توان مواردی را برای آن یافت، رهن آن صحیح است (ایزدی‌فرد و بهرامی، ۱۳۹۲: ص ۵۸).

شایان ذکر است که اگرچه از میان عقود توثیقی، رهن به دلیل سلطه مستقیم رهن بر مال مرتهن و ایجاد اطمینان بهتر، دارای بیشترین کاربرد است، اما فقها در مورد قبض و عینیت مال مرهون با استناد به ادله اربعه، دیدگاه‌های متفاوتی دارند. اعتقاد به شرطیت قبض و عینیت مادی مرهون در وقوع عقد رهن که قانون مدنی نیز متأثر از آن است سبب شده تا امروزه این عقد آن طور که بایسته است، پاسخگوی قراردادهای کنونی نباشد و نیاز به تحول در نهاد توثیق اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. هدف از رهن، سلطه مرتهن بر مال رهن به منظور استیفای حق خود و سلطه نیز امری عرفی است که مصادیق آن در زمان‌های مختلف می‌تواند متفاوت باشد. قبض مادی در این ارتباط فقط طریقت دارد و از هیچ یک از دلایل فقهی نمی‌توان شرطیت آن را در وقوع عقد رهن اثبات کرد. همچنین عینیت مال با درک نوین از آن، منحصر در جسم مادی نیست، کما اینکه پول ذاتاً جسم مادی نیست، ولی ابزارهای پولی مانند اسکناس جسم مادی هستند. اثبات این نظر به همراه اثبات یگانگی عهده و ذمه، گسترده‌گی موضوع توثیق، انعقاد توثیق به صورت عقد نامعین، مبانی نظریه عمومی توثیق را تشکیل می‌دهند که بر اساس آن توثیق هر نوع تعهد با انواع وثایق اعم از مادی و غیر مادی مثل عین معین محسوس، حقوق و عین معین غیر محسوس (توصیفی) و همچنین اموال اعتباری (مانند پول)، ممکن می‌شود (داودآبادی فراهانی و فنوتاتی و قیوم زاده، ۱۳۹۹: ص ۲).

۷-۳. وسیله‌ای برای تضمین (ضمانت)

یکی دیگر از کارکردهای حقوقی پول این است که در برخی تعهدات قراردادی وسیله‌ای برای تضمین (ضمانت) است. از این خاستگاه «ضمان عقدی» می‌تواند محور بحث قرار گیرد. مطابق تعریف قانونگذار، عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده بگیرد (ماده ۶۴۸ قانون مدنی). به نظر برخی حقوقدانان «مال موضوع عقد ضمان»، ممکن است عین باشد (مانند پول) یا منفعت و یا انجام دادن کار، مشروط بر اینکه مباشرت مدیون شرط نباشد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ص ۴۴۴). از طرفی مطابق ماده ۶۹۸ قانون مدنی: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بریء و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود» (نقل ذمه به ذمه)، قانونگذار در این ماده اثر ضمان مطلق را بیان می‌کند، ولیکن این مقرر، قاعده‌ای است تکمیلی که برخلاف آن می‌توان شرط کرد، بنابراین تراضی طرفین عقد می‌تواند ضمان را به صورت وثیقه اعتباری دین درآورد یا مقرر دارد که طلبکار ابتدائاً به مدیون اصلی رجوع کند و سپس به ضامن (همان: ۴۵۰). اما در هر صورت باید توجه داشت که اساساً ضمانت از «دین» صورت می‌گیرد و این دین یا تعهدی که بر ذمه مضمون‌عنه یا مدیون اصلی مستقر گردیده، مستفاد از مواد مختلف قانون مدنی، غالباً پولی است. بنابراین ضامن که در اینجا متعهد نامیده می‌شود، تأدیه و پرداخت دینی که بر ذمه دیگری است را با پول تضمین می‌کند. بنابراین در اینجا پول وسیله‌ای برای تضمین (ضمانت) قرار گرفته است.

شایان ذکر است که در ضمان عقدی اثر عقد، غالباً تعهد به پرداخت پول است، بنابراین در این نوع ضمان، برای ضامن مسئولیت ایجاد می‌شود، اما نباید از نظر دور داشت که حقوقی نیز برای وی در نظر گرفته شده است. از جمله اینکه بعد از اداء دین، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد، مگر آنکه قصد تبرع داشته باشد (مستفاد از مواد ۷۰۹ و ۷۲۰ قانون مدنی). اما در حوزه حقوق قراردادها تأسیس‌های حقوقی دیگری

با محوریت ضمانت وجود دارند که می‌توان از ضمان معاوضی، ضمان معاملی، ضمان عهده (ماده ۶۹۷ قانون مدنی)، ضمان درک (ماده ۳۹۰ قانون مدنی) و عاریه مضمونه (ماده ۶۴۲ قانون مدنی) نام برد. از تحلیل این موارد و رابطه آنها با «ضمانت» نتایج قابل توجهی حاصل می‌شود. به عنوان مثال ضمان معاوضی، در واقع التزام به پرداخت عوض معین، در مقابل معوض دریافتی و بالعکس است که تنها در عقود معوض ایجاد می‌شود. مطابق نظر بسیاری از حقوقدانان این نوع ضمان اختصاص به عقد بیع و منحصرأمیع نداشته و می‌توان احکام آن را به ثمن (پول) و حتی سایر معاوضات غیر از بیع نیز تسری داد (خدابخشی و عربیان، ۱۳۹۱: ص ۲۷). بر طبق نظر مشهور فقها در عقد بیع، هرگاه مورد معامله قبل از انتقال به منتقل‌الیه تلف گردد، قرارداد منفسخ و انتقال‌دهنده مکلف به استرداد آن چیزی است که از منتقل‌الیه گرفته است. در ادبیات حقوقی به حکم نخست ضمان معاوضی و به حکم دوم ضمان درک می‌گویند (خادم سربخش، ۱۳۹۱: ص ۵۷). همانطور که ملاحظه می‌شود، منشاء ایجاد ضمان معاوضی نیز عقد است و از این جهت با «ضمان عقدی» وجه مشترک دارد. اما باید توجه داشت که در ضمان عقدی، ضمان ناشی از تعهد، اثر مستقیم عقد است در حالی که ضمان ناشی از تعهد با بیع به استرداد ثمن به خریدار در صورت تلف مبیع قبل از قبض یا ضمان ناشی از تعهد با بیع به استرداد ثمن به خریدار در صورت مستحق‌للغیر در آمدن کل یا بعض از مبیع و همچنین ضمان عهده از مشتری یا با بیع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق‌للغیر در آمدن آن، اثر غیر مستقیم عقد به شمار می‌آیند دقیقاً در تأسیس‌های حقوقی پیش گفته نیز همین حکم صادق است.

از طرفی وقتی سخن از ضمان و ضمانت و رابطه آن با پول به میان می‌آید، ناگزیر تأسیس حقوقی «ضمانت‌نامه بانکی» نیز به ذهن متبادر می‌گردد. در خصوص مقایسه «ضمانت‌نامه بانکی» و «ضمان عقدی» باید گفت از این جهت که هر دو، مضمون‌له را در مقابل عدم اجرای تعهد از سوی مضمون‌عنه حمایت می‌کنند، دارای خصوصیتی

مشترک هستند. ولیکن تفاوت مهم این دو آن است که تعهد پرداخت بانک در ضمانت‌نامه بانکی (چه از نوع تضمین انجام تعهدات، تضمین حُسن اجرای کار، تضمین پیش‌پرداخت و غیره) مستقل از تعهد ضمانت‌خواه (یا متعهد اصلی) است، در حالی که تعهد ضامن در ضمان عقدی تابع تعهد متعهد اصلی است. بر اساس اصل تبعی بودن تعهد ناشی از ضمان عقدی، ضامن حق دارد به ایراداتی که مضمون‌عنه در مقابل مضمون‌له از آن برخوردار است، استناد نماید. در حالی که به موجب اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی، بانک نمی‌تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد نماید. بنابراین ضمانت‌نامه بانکی متفاوت از ضمان عقدی است و باید آن را قراردادی غیر معین قلمداد نمود که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. ضمانت‌خواه، طرف قرارداد ضمانت‌نامه بانکی نیست هر چند که ضمانت‌نامه محصول توافق وی و ذینفع در قرارداد پایه است. بنابراین در حقوق ایران ضمانت‌نامه بانکی را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی به حساب آورد (شهبازی نیا، ۱۳۸۳: ص ۱۱۱).

به نظر برخی حقوقدانان در مباحث مربوط به عقد بیع، مشابه ضمانت‌نامه بانکی، «ضمان عهده» است (بیکیان، ۱۳۹۶: ص ۱۰۱). اما همانطور که از مطالب پیش‌گفته مستنبط می‌گردد، به موجب ضمانت‌نامه بانکی، بانک صادرکننده در مقابل ذینفع تعهد می‌نماید که در صورت مطالبه ذینفع بدون هیچگونه قید و شرطی، مبلغ معین شده را به عنوان تضمین اجرای قرارداد پایه پرداخت کند، در صورتی که در ضمان عهده، چنانچه پس از مبادله عوضین، کاشف به عمل آید که میباید یا ثمن، مستحق للغیر است، ضمانت از خریدار یا فروشنده نسبت به درک میباید یا ثمن مطرح می‌شود. با این اوصاف، اگرچه ممکن است از ضمانت‌نامه بانکی و ضمان عهده برای تضمین یک تعهد آینده استفاده شود، ولی قرارداد پایه ضمانت‌نامه بانکی عقود مختلف و غالباً مقاطعه کاری است، در صورتی که منشاء ضمان عهده، عقد بیع است. از طرفی ضمانت‌نامه بانکی با قواعد و معیارهای حاکم بر ضمان سنتی قابل تطبیق نیست، بلکه علاوه بر مقررات داخلی، قواعد

متحدالشکل بین‌المللی بر این نوع ضمانت حاکم است و ویژگی‌های خاص خود را دارد. به همین جهت است که امروزه بر اساس مبانی فقهی و حقوقی و با توجه به مقررات تجاری، ضمانت‌نامه مذکور را قراردادی مستقل می‌دانند (همان: ص ۱۰۱). ضمانت‌نامه مستقل بانکی از چند دهه پیش در تجارت بین‌الملل مورد استفاده قرار گرفت و هم اکنون در روابط داخلی نیز به طور گسترده‌ای جریان دارد. ضمانت‌نامه بانکی برخلاف اعتبار اسنادی، ماهیتی تضمینی دارد و لذا در اغلب اوقات بی‌آنکه مطالبه‌ای صورت گیرد عمر آن منقضی می‌شود. اما از زمانی که ذینفع تصمیم به دریافت وجه ضمانت‌نامه می‌گیرد، آثار آن به شکل قابل توجه‌تری بروز پیدا می‌کند. زمانی که یک ضمانت‌نامه بانکی مطالبه می‌شود، بانک باید در صورت صحیح بودن مطالبه، نسبت به پرداخت وجه آن اقدام کند و اینجاست که نقش پول به عنوان ابزاری برای تضمین حتی در قراردادی غیر معین نیز بروز و ظهور پیدا می‌کند (سلطانی، ۱۳۹۲: ص ۱۲۳).

۸-۳. وسیله‌ای برای انجام تکالیف و تعهدات ناشی از زوجیت زوج

جلوه این کارکرد پول در عقد نکاح ظاهر می‌شود. همین که نکاح به نحو قانونی و شرعی منعقد گردید روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر برقرار می‌شود. از جمله تکالیف طرفین، تعهدات پولی است، ولیکن از آنجائی که در نظام حقوقی ایران تکلیف و تعهد پولی برای زوجه مقرر نشده، تکالیف و تعهدات پولی ناشی از زوجیت زوج قابل بررسی است. مذاقه در قوانین موضوعه نشان‌دهنده آن است که در حقوق ایران، نکاح دائم چهار تکلیف و تعهد پولی اختصاصی برای زوج به همراه دارد که در آنها پول وسیله‌ای برای ادای این تکالیف و تعهدات ناشی از زوجیت است. این موارد عبارتند از اول، مهریه چنانچه وجه رایج باشد، نفقه زوجه، اجرت‌المثل ایام زوجیت و نحله (میرحسینی و محمدزاده و دیوسالار، ۱۳۹۴: ص ۸۷).

۹-۳. وسیله‌ای برای جایگزینی تعهد اصلی متعهد

در مواردی که تعهد پولی از نوع دین به ارزش یا تأمین ارزش است، پول وسیله‌ای برای جایگزینی تعهد اصلی متعهد محسوب می‌شود. در دین به ارزش، موضوع تعهد، در واقع انجام دادن کار و انتقال ارزش معین است که باید به وسیله پرداخت پول، محقق شود. بنابراین پول وسیله اجرای تعهد است. در عقد نکاح، مصداق شایع برای این نوع دین، نفقه زوجه است که در آن تعهد پولی متعهد (زوج)، از نوع «دین به ارزش یا تأمین ارزش» است و در آن پول، نقش جایگزین تعهد را دارد (مجبی، ۱۳۹۳: ص ۱۱۵).

۱۰-۳. وسیله‌ای برای ابراء و تصفیه تعهدات پولی

برخی صاحب‌بنظران در تبیین مفهوم پول، به کارکردهای آن توجه داشته و بیان می‌دارند که: «از یک پول خوب، انتظار می‌رود که چنین نقش‌هایی را ایفاء کند: اول اینکه واسطه مبادلات باشد. دوم، معیار سنجش ارزش‌ها قرار گیرد. به عبارت دیگر، ارزش همه کالاها و خدمات با آن سنجیده شود. سوم، وسیله پس‌انداز کردن و حفظ و ذخیره ثروت و دارایی‌ها باشد و چهارم، وسیله پرداخت و تصفیه بدهی‌ها باشد. پولی که وظایف بیان‌شده را دارد، نماینده قدرت خرید گسترده است و به دارنده آن، قدرت خرید و حق انتخاب وسیعی از کالاها و خدمات را می‌دهد» (کرباسیان، ۱۳۸۹: ص ۷). از طرفی برخی معتقدند که کارکردهای حقوقی پول همان کارکردهای اقتصادی آن است که شامل واسطه معاملات بودن، وسیله ارزیابی کالاها و خدمات واقع شدن و همچنین وسیله تصفیه روابط مالی اشخاص قرار گرفتن است (Carbonnier, 2000: p. 48). بدین ترتیب باید اذعان داشت که پول با ویژگی‌هایی که دارد، وسیله‌ای اجتناب‌ناپذیر برای تصفیه تعهدات مالی (اعم از قراردادی و قانونی) بوده که مصداق آن تصفیه حساب است و در این میان برخی صاحب‌بنظران ترجیح می‌دهند که به جای «تصفیه حساب» از عبارت «تصفیه دین یا بدهی» استفاده کنند چرا که «تصفیه دین یا بدهی»، در موردی به کار می‌رود که دین، تأدیه شده باشد و دیگر کسی طلبکار نباشد (کردی، ۱۳۸۹: ص ۲۸).

مداقه در مصرحات قانونی نشان می‌دهد که قابلیت و کارکرد حقوقی تصفیه‌کنندگی پول از ماده ۲ قانون پولی و بانکی کشور نیز قابل استنباط است؛ آنجا که قانونگذار مقرر می‌دارد: «... الف) پول رایج کشور به صورت اسکناس و سکه‌های فلزی قابل انتشار است. ب) فقط اسکناس و پول‌های فلزی که در تاریخ تصویب این قانون در جریان بوده و یا طبق این قانون انتشار می‌یابد، جریان قانونی و قوه ابراء دارد...».

به طور خاص در تعهدات مالی قراردادی نیز، پول وسیله مهمی برای تصفیه است. همچنانکه برای تصفیه تعهدات پولی در «معاملات به معنای خاص»، از طریق تأدیه پول اقدام می‌شود، مثلاً در عقد بیع، وفق موازین معاملاتی تصفیه ثمن معامله به معنای پرداخت پول، جا به جایی پول یا وصول مبلغ مندرج در اوراق تجاری مأخوذه توسط بایع از خریدار است. از طرفی در این نوع عقد، تصفیه به صورت نقدی یا اقساطی یا سلف یا نسیه انجام می‌گیرد و خریدار موظف است برای تحقق تصفیه ثمن معامله، ظرف مهلت یا مهلت‌های مقرر، مبلغ تعیین شده را در وجه بایع کارسازی نماید. به علاوه، نه تنها از پول، در تصفیه تعهدات پولی در معاملات به معنای خاص استفاده می‌شود، در تصفیه تعهدات پولی برخی «عقود» نیز مانند وکالت، جعاله و غیره نیز پول وسیله ابراء و تصفیه تعهدات پولی است.

نتیجه‌گیری

از پژوهش حاضر این نتیجه حاصل شد که تعهد پولی در معنای خاص خود، عبارت است از رابطه حقوقی میان دو شخص که به موجب آن متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم به پرداخت مبلغی «پول رایج کشور» نماید. در همین راستا، تعهدات پولی قراردادی، ذاتاً تعهداتی هستند که متعهد به اتکای یک قرارداد معتبر و لازم‌الاجراء، ملزم به پرداخت میزان معلوم و معینی پول به متعهدله می‌شود. از طرفی با توجه به اینکه برخی از تعهدات مربوط به «تملیک، انتقال یا تسلیم مال» است و برخی ناظر به «انجام کار» یا «عدم انجام

کار». در «تعهد پولی» (دین پولی) تعهد از نوع «تملیک، انتقال یا تسلیم مال» است ولی در «تعهد به تأمین ارزش» (دین به ارزش) تعهد از نوع «انجام کار» است. یکی از وجوه افتراق «تعهد پولی» و «تعهد به تأمین ارزش» این است که بر «تعهدات پولی» خسارت تأخیر تأدیه مترتب می‌گردد و علت آن این است که در «تعهد پولی»، تسلیم پول هدف اجرای تعهد است، در صورتی که در «تعهد به تأمین ارزش»، تسلیم پول وسیله اجرای تعهد است.

همچنین تحقیقات مؤید آن بود که کارکردهای عام و خاص پول متضمن شناخت ماهیت‌های متنوع آن است چرا که در حوزه تعهدات پولی قراردادی، تحلیلی واقع‌بینانه از ماهیت پول، دربردارنده کارکردهای چندگانه آن است و باید به نحوی باشد که ماهیت پول را نه مبتنی بر ویژگی‌ها و اوصاف پول یا وظایف و نقش‌های آن، بلکه بر اساس کارکردهای آن در معاملات و عقود مختلف، مشخص و تبیین کند. بدین ترتیب در حوزه تعهدات پولی قراردادی، ماهیت حقوقی پول در کارکردهای آن در عقود مختلف به این شرح متبلور می‌شود: وسیله‌ای عام برای ایفای برخی تعهدات، وسیله‌ای برای پرداخت، وسیله‌ای برای ایجاد تعادل در عوضین، وسیله‌ای برای انتقال طلب یا دین، وسیله‌ای برای جبران بهره‌مندی و انتفاع از مال یا خدمات دیگری، وسیله‌ای برای توثیق (وثیقه)، وسیله‌ای برای تضمین (ضمانت)، وسیله‌ای برای ادای تکالیف و تعهدات ناشی از زوجیت زوج، وسیله‌ای برای جایگزینی تعهد اصلی متعهد و وسیله‌ای برای ابراء و تصفیه تعهدات پولی.

از دیگر نتایج پژوهش حاضر این است که پول در حقوق قراردادهای نه یک ماهیت خاص، بلکه ماهیت‌های متعدد و متکثری دارد که بنا بر نوع تعهد یا تعهدات ناشی از قرارداد، تحلیل می‌شود. مذاقه در ویژگی‌ها، نقش‌ها، وظایف و خصیصه‌های پول نشان می‌دهد که ماهیت پول متأثر از کارکردهای آن است و در حوزه عقود معین و نامعین، کارکرد یا کارکردهای پول در عقود مختلف باید جداگانه مورد توجه قرار گیرد. پس

بایسته است که پول در ظرف تعهدات خاص خود و متناسب با آن مورد ارزیابی قرار گیرد و بدین ترتیب متناسب با منشاء و روابط حقوقی خاص طرفین در میزان تعهدات پولی قراردادی، ماهیت آن را تحلیل نمود.

منابع

منابع فارسی

۱. احمدوند، معروف علی (۱۳۸۲)، **مروری بر ماهیت شناسی پول و دیدگاه فقیهان**، فصلنامه فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، تابستان، دوره ۱۰، شماره ۳۶.
۲. احمدی، محمدرضا (۱۳۸۸)، **تأملی در مفهوم، مبانی و اقسام تعهد**، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال یازدهم، شماره ۲۶.
۳. اخلاقی، بهروز (۱۳۶۸)، **بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۲۴.
۴. اصغری آق مشهدی، فخرالدین و میری، حمید (۱۳۸۸) **رهن اسکناس**، نامه مفید، شماره ۱۶، شماره پیاپی ۷۳ (نامه حقوقی)، بهار و تابستان.
۵. افتخاری، جواد (۱۳۸۲)، **کلیات عقود و حقوق تعهدات**، نشر میزان، تهران.
۶. امامی، حسن (۱۳۹۹)، **حقوق مدنی**، جلد دوم، انتشارات اسلامی، تهران.
۷. امیری قائم مقام، عبدالمجید (۱۳۸۵)، **حقوق تعهدات**، جلد اول، چاپ دوم، نشر میزان، تهران.
۸. امینی، سید ابراهیم (۱۳۹۲)، **مطالعه تطبیقی شیوه پرداخت و تعیین ثمن در حقوق ایران؛ اصول قراردادهای تجاری بین المللی و کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین**، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱، شماره پیاپی ۱، بهار و تابستان.
۹. ایزدی فرد، علی اکبر و بهرامی، حسین (۱۳۹۲)، **رهن اسکناس**، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۴، زمستان.
۱۰. باریکلو، علیرضا (۱۳۹۵)، **اموال و حقوق مالی**، انتشارات میزان، چاپ دوم، تهران.
۱۱. بیکیان، محمدرضا (۱۳۹۶)، **تحلیل ماهیت ضمانتنامه بانکی در مقایسه با ضمان عهده از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه**، نشریه معارف فقه علوی (فقه و حقوق معاصر)، سال سوم، شماره ۵، پاییز و زمستان.

۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰)، **حقوق اموال**، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، تهران.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۴۰۰)، **ترمینولوژی حقوق**، انتشارات گنج دانش، چاپ سی و چهارم، تهران.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، **حقوق مدنی: رهن و صلح**، انتشارات گنج دانش، تهران.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۵)، **دایره المعارف عمومی حقوق (الفارق)**، جلد اول، انتشارات گنج دانش، تهران.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۹)، **حقوق تعهدات**، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد سوم و چهارم و پنجم، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، تهران.
۱۸. خادم سربخش، مهدی (۱۳۹۱)، **اعمال قاعده ضمان معاوضی در انحلال عقود معاوضی**، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره نهم، بهار و تابستان.
۱۹. خدابخشی، حسن و عربیان، اصغر (۱۳۹۱)، **ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض**، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره دهم، پاییز و زمستان.
۲۰. خدانی، سید پدرام و خاکباز، محمد (۱۳۹۲)، **تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادهای**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۵، شماره ۸، بهار و تابستان.
۲۱. داود آبادی فراهانی، محمد ابراهیم و قنواتی، جلیل و قیوم زاده، محمود (۱۳۹۹)، **مبانی نظریه عمومی توثیق در حقوق قراردادهای**، پژوهش‌های فقهی، پردیش فارابی، دانشگاه تهران، شهریور.
۲۲. سلطانی، محمد (۱۳۹۲)، **مطالبه وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی**، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره پنجم، زمستان.
۲۳. سیفی زیناب، غلامعلی و پیری، جواد (۱۳۹۷)، **تعلیق‌پذیری عقود وثیقه‌ای**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۲، دوره ۲۱، شماره ۸۲، تابستان.
۲۴. شوشی نسب، نفیسه (۱۳۹۴)، **ماهیت حقوقی اوراق بهادار**، چاپ اول، نشر میزان، تهران.
۲۵. شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۳)، **ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی**، نامه مفید، دوره ۱۰، شماره ۴۳، مرداد و شهریور.

۲۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، **حقوق مدنی (آثار قراردادها و تعهدات)**، جلد سوم و چهارم، انتشارات مجلد، چاپ چهارم، تهران.
۲۷. شهیدی، مهدی (۱۳۹۹)، **سقوط تعهدات**، جلد پنجم، انتشارات مجلد، چاپ چهاردهم، تهران.
۲۸. صالحی مازندرانی، محمد و بیات، فرهاد (۱۳۹۳)، **تبیین ماهیت حقوقی انتقال اعتبار از طریق نظام بانکی**، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ششم، بهار.
۲۹. صفایی، حسین (۱۴۰۰)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، جلد دوم، انتشارات میزان، چاپ سی و پنجم، تهران.
۳۰. طیبی فرد، امیر حسین (۱۳۹۱)، **حاکمیت پولی دولت‌ها و تعدیل آن با عضویت در صندوق بین‌المللی پول**، فصلنامه پژوهش حقوق، سال چهاردهم، شماره ۳۶، بهار.
۳۱. علوی قزوینی، سید علی (۱۳۸۲)، **رهن دین**، مجله اندیشه‌های حقوقی، شماره ۴، پاییز.
۳۲. قنواتی، جلیل (۱۳۸۴)، **تقریرات درس حقوق مدنی ۷ - عقد رهن**، دانشکده حقوق، پردیس قم (دانشگاه تهران).
۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، **حقوق مدنی عقود اذنی - وثیقه‌های دین**، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم، تهران.
۳۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، **نظریه عمومی تعهدات**، انتشارات میزان، چاپ پنجم، تهران.
۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، **عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی)**، جلد اول، انتشارات گنج دانش.
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، **درس‌هایی از عقود معین (ودیعه، عاریه، وکالت، ضمان، حواله، کفالت، رهن)**، جلد دوم، انتشارات گنج دانش.
۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶)، **قانون مدنی در نظم کنونی حقوقی**، انتشارات میزان، چاپ پنجاه و دوم، تهران.
۳۸. کردی، رسول (۱۳۸۹)، **تصفیه حساب و تسویه حساب**، نشریه ادبی حافظ، شماره ۷۷، دی.
۳۹. کریمی جابری، ام البنین (۱۳۹۱)، **بررسی تطبیقی ایفاء تعهدات پولی در حقوق ایران و انگلیس**، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، دانشکده علوم اجتماعی، گروه حقوق، حقوق خصوصی.
۴۰. کرباسیان، اکبر (۱۳۸۹)، **مسایل پولی و بانکی ایران**، مؤسسه همراه، چاپ دوم، تهران.
۴۱. محبی، ابوالفضل (۱۳۹۳)، **تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای مدنی نقض تعهدات پولی**، مجله حقوقی دادگستری، شماره هشتاد و هفتم، پاییز.

۴۲. سیده شیدا میرحسینی و علی محمدزاده و بیت الله دیوسالار (۱۳۹۴)، **مبانی و ماهیت مسئولیت زوج در پرداخت حقوق مالی زوجه**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه محدث نوری.

منابع انگلیسی

1. Carbonnier, Jean (2000), *Droit civil: les biens*, 19ed, Paris, Presses Universitaires de France.
2. Proctor, Charles (2005), **Mann on the Legal Aspect of Money**, 6th Ed. , Oxford, Oxford University Press.
3. Rossi, Sergio (2007); *Money and Payments in theory and practice*; Routledge, London and New York.
4. Smith, Lawrence (1999) **Money, Credit, and Public Policy**, Boston: Houghton Mifflin Company, Pp. ix.

رابطه بند ب ماده ۲ قانون نظام جامع دامپروری با بند خ ماده اول از دستورالعمل خرید، فروش، حمل و نگهداری دام زنده

امیرحسین کاتوزیان

کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

که به تعریف دام نشسته‌اند و با توجه به قواعد حقوقی و استفاده از علم اصول به مقایسه و رابطه این دو تعریف پردازد و با تدقیق در مباحث مؤثری نظیر نسخ و تخصیص اعم از منفصل، متصل، لفظی و لّبی به استحصال این مهم نائل آید که از لحاظ قانون، دام چیست و اسب دام است یا خیر. در این راستا ضمن بررسی امکان تقابل مصوبه دولت با قانون مجلس، دریافتیم که حکم عام قانون مجلس در تعریف دام، فاقد ظهور است. فلذا احصا مصادیق دام توسط مصوبه هیئت وزیران بر قانون مجلس اقوی و مقدم است و بر طبق آن می‌توان گفت از منظر قانون، اسب از شمول دام خارج است.

سایر دام‌ها است و یا باید برای اسب صفحه جداگانه‌ای باز کرد و از شمول دام خارج دانست چرا که نه از گوشت آن تغذیه می‌کنیم و نه از شیر مادیان و نه حتی جنبه باربری و حمل و نقل آن مورد توجه است. پس آنچه باقی می‌ماند تنها جنبه ورزشی است. حتی مسابقات زیبایی که در رابطه با نژادهای مختلف اسب برگزار می‌شود جز به سبب رسیدن به خلوص نژادی و یافتن گونه‌های کارا تر برای تولید گُره‌های بهتر در راستای امور ورزشی نیست.

در این پژوهش مساعی نگارنده بر این امر متمرکز شده که ضمن برشمردن سابقه و تاریخ تبارشناسی اسب در ایران، با مقایسه دو بند از قانون

منزاعه کهنه‌ای میان وزارت جهاد کشاورزی و فدراسیون سوارکاری درباره تبارشناسی اسب وجود دارد که حتی با حکم هیأت تخصصی دیوان عدالت اداری، نقطه پایانی بر این منازعه گذاشته نشد و اختلاف نظر و سلیقه کماکان باقی است؛ همین اختلاف که تجلی آن در میکروچیپ گذاری اسب دیده می‌شود به انجام برخی رویدادهای سوارکاری نیز سرایت یافته و باعث کندی کار و بلا تکلیفی مالکین شده که یقیناً به سود جامعه سوارکاری نیست.

آنچه پایانی قاطع بر فصل این دعوا خواهد گذاشت، رسیدن به پاسخ این سؤال است که آیا اسب موجودی همانند

کلید واژه‌ها: اسب، تبارشناسی، تخصیص، دام، نسخ

مقدمه

چندین سال است که میان وزارت جهاد کشاورزی و فدراسیون سوارکاری مباحثی در این رابطه مطرح است که تبارشناسی اسب به کدام یک از این دو ارگان ارتباط می‌یابد. آیا متولی امر وزارت جهاد بوده که باید بر پرورش اسب نیز دخالت داشته باشد یا فدراسیون سوارکاری با سابقه‌ای طولانی که در این امر دارد، یگانه متولی شناسایی و شناخت تبار اسب و میکروچیپ‌گذاری^۱ و صدور مدارک مربوط به آن است؟

از طرفی با طرح این مسایل سؤالات دیگری نیز مطرح می‌شود، از جمله اینکه اصولاً اسب دام است؟ پاسخ به این سؤال می‌تواند نسبت به فصل منازعه اثر مستقیم داشته باشد و ناگفته پیداست آنچه توان پاسخگویی به این سؤال را دارد همانا قانون است.

قانون هر چند قادر نیست حکم تمامی دعاوی در ابعاد مختلف را پیش‌بینی کند اما با تفسیر و تأویل علمای حقوق و رؤسای محاکم می‌تواند فصل‌الخطاب بسیاری از دعاوی و از جمله همین سؤال باشد که اسب دام است یا خیر، لیکن چنانچه قانون در این مقوله دچار تعارض باشد چه باید کرد؟ نیک می‌دانیم تعارض در هر امری چنانچه مذموم و نکوهیده نباشد، دست کم موجب بدگمانی و بلا تکلیفی است علی‌الخصوص آنجا که از ناحیه قانونگذار باشد. قانون که می‌باید خصلت فصل‌الخطاب بودن را دارا باشد، گاه نه تنها حرف آخر را نمی‌زند و قاطع دعوا نیست، بلکه خود موجب دامن زدن به اختلافات و منشاء منازعات دیگری می‌شود و در این میان اشخاص هوشمندی چون علمای حقوق از طریق تولید علم و آنچه به دکتترین معروف است به تبیین مسایل می‌نشینند و حتی گاه

۱. میکروچیپ‌گذاری: به تزریق تراشه الکترونیکی بسیار کوچک و اندازه یک دانه برنج به زیر پوست گردن اسب و غالباً در سمت چپ آن گفته می‌شود. این تراشه حاوی شماره اطلاعات نژادی و سن اسب بوده که با نزدیک کردن دستگاه خاصی به محل نصب آن، خوانده می‌شود. این روش جای روش‌های منسوخ قدیمی مانند داغ کردن اسب را گرفته، هر چند اسب‌داران سنتی ممکن است از روش‌های منسوخ استفاده نمایند که موجب آزار حیوان است.

تا آنجا پیش می‌روند که نظرات ایشان به تصویب قوانین جدیدی می‌انجامد. شایسته است هر حقوق‌دان و حقوق‌خوانی بر فضای ایجادشده از این تفاسیر مختلف احاطه یابد و تمامی مساعی خود را به کار بندد تا با درک اختلافات و تعارضات و شناخت کافی نسبت به دکترین و نحوه تولید آن و تحقیق و آزمون به بهترین نتایج که همسو با عدالت است راه جوید.

از سوی دیگر اصل بر حکمت قانونگذار است، پس احتمال می‌رود اصولاً آنچه به نظر تعارض یا حتی تهافت می‌رسد عملاً چنین نباشد بلکه قانونی قانون دیگر را منسوخ کرده باشد و آنجا که در کلام وحی ناسخ و منسوخ راه دارد، چرا در قانون راه نداشته باشد؟ اما همین سؤال، سؤالات دیگری را به همراه خواهد داشت که آیا وزن قوانین از جهت مرجع تصویب‌کننده یکی است؟ چنان که می‌دانیم قانونگذاری در یک تعبیر صرفاً مختص مجلس شورای اسلامی نیست بلکه نهادهای دیگری نیز حسب وظیفه ذاتی خود یا به جهت تسهیل در امور اداری یا تطبیق قوانین با نیاز اجتماع اقدام به تصویب مصوباتی می‌کنند که پس از طی ساز و کار لازم، به قانون تبدیل و لازم‌الاجرا می‌شود. حال سؤال این است: قانونی که در مجلس شورای اسلامی مصوب می‌شود با آنچه در هیأت وزیران به تصویب می‌رسد و پس از طی مراحل قانونی و ابلاغ و چاپ در روزنامه رسمی لازم‌الاجرا می‌گردد، دارای وزن یکسان‌اند؟ پاسخ به این سؤال در اولین نگاه و بر اساس اطلاعات مقدماتی حقوقدانان منفی است اما با تدقیق در ابعاد مختلف این امر ممکن است به جواب‌هایی متفاوت از آنچه بدواً به ذهن متبادر می‌شود برسیم.

در این مختصر کوشش می‌شود ضمن پاسخ به این سؤالات با برچیدن تعارض، اگر وجود داشته و یا اگر تعیین ناسخ و منسوخ انجام شده باشد و شناخت برخی اصطلاحات مانند مخصوص، به این پاسخ نهایی برسیم که آیا از نظر قانونگذار اسب دام است؟ با روشن شدن این مطلب شاید بتوانیم راهی پیش‌پای اصحاب این منازعات کهنه بگذاریم که در جستجوی متولی اسب، این خلقت باشکوه خداوندی به کدامین مرجع

رجوع کنند و مشخص شود اطلاعات و تبار اسب در کدامین منزل می‌باید ذخیره و مورد استفاده جامعه سوارکاری کشور قرار گیرد، چرا که تبارشناسی اسب بحث بسیار مهمی برای سوارکاران و مالکین اسب است و تخمه و نژاد اسب، نشان‌دهنده آن است که گره متولدشده تا چه میزان ممکن است صفات برجسته خط خونی پدر و مادر را همراه داشته باشد و مانند آنها در رشته‌های مختلف ورزشی بدرخشد، مثلاً نریانی که همیشه در میداین مسابقه درخشیده و از سایر اسبان سریعتر دویده ضمن درخشش خود، اعتباری برای نسل آینده‌اش نیز باقی می‌گذارد و گره‌های منتسب به او بدون آنکه به میدان وارد شوند، دارای امتیازی ویژه‌اند.

در نوشتار پیش رو بدو از تاریخچه تبارشناسی اسب در ایران و از بزرگانی خواهیم گفت که پایه و اساس آن را در کشور بنا نهادند. سپس اندکی به وضع مقررات و نهادهایی اشاره خواهیم داشت که مطابق قانون قدرت وضع مقررات دارند. در ادامه با ورود به مباحث اصولی به استحصال حکم از قوانین ناظر بر تعریف دام خواهیم پرداخت و ضمن اشاره به مفاهیمی چون عام، خاص، نسخ و تخصیص، سعی در انطباق بحث حاضر در چارچوب این مفاهیم خواهیم کرد.

۱. تاریخچه تبارشناسی اسب در ایران

کشورهای مختلف جهان برای تجمیع اطلاعات در امر تبارشناسی اسب، ساز و کارهای مختلفی را بکار گرفته‌اند. برخی این مهم را به نهادهای دامپرووری و کشاورزی سپرده‌اند چرا که از گوشت و شیر مادیان جهت خوراک و حتی تهیه مسکر استفاده می‌کنند، اما برخی دیگر مانند کشور ما تجمیع اطلاعات مربوط به دواب را در فدراسیون سوارکاری یا انجمن‌هایی که با فدراسیون سوارکاری تعامل مثبت دارند و برای حمایت از نژاد خاصی از اسب تشکیل شده‌اند، مناسب‌تر می‌دانند، البته انجمنی بنام انجمن سلطنتی اسب پیش از انقلاب تشکیل شده بود که اصولاً دنبال نژاد خاصی نبود بلکه در جهت حمایت از هر نژاد و هر رویداد مربوط به اسب فعال بود.

شاید بتوان گفت اولین اطلاعات مربوط به تبارشناسی اسب از دوران باستان در میان قبایل و عشایر جمع آوری شده است و صاحبان سیلیمی^۱ و مادیان‌ها با ثبت و ضبط کشتش‌ها^۲ و تولد کره‌ها در تولید نژادهایی با ویژگی‌های جدید کوشیده‌اند، سیاق غیر آکادمیک این اعمال ای بسا نتایجی عکس به بار می‌آورد و یا امتزاج و کشتش‌هایی خارج از اختیار مالکان دواب به وقوع می‌پیوست که موجب خدشه‌دار شدن خلوص نژادی و خطوط خونی برخی نژادها می‌شده است. البته برخی از این امتزاج نژادها به طور هدفمند صورت گرفته مانند یکی از تیره‌های اسب ترکمن به نام چناران که چنانچه مشهور است بنا به دستور نادر شاه افشار از امتزاج اسب ترکمن و عرب حاصل شد تا اسبی که ویژگی‌های مثبت هر دو نژاد را داشته باشد تولید و در جنگ‌ها مورد استفاده قرار گیرد؛ همان اسبی که نیروهای نادر را از ارتفاعات هندوکش عبور داد و منجر به فتح هند شد.

باری این وقایع تاریخی که گاه مستور در شولای افسانه و اساطیر است، در نقطه‌ای خجسته به دنیای علم روز و تحقیقات آکادمیک می‌رسند و آن نقطه را شاید بتوان لحظه انتصاب افسر جوانی به سرپرستی ایلخی ورامین در بیش از شصت سال پیش دانست. این افسر جوان که دکترای دامپزشکی نیز داشت کسی نبود جز آنکه امروزه بنام جناب سرهنگ مرحوم دکتر محمدتقی ابراهیم‌پور^۳ می‌شناسیم که دارای جایگاهی والا در میان سوارکاران و دنیای سوارکاری است. او مؤلف کتب متعدد درباره اسب و چوگان است و آنچه در پی انتصاب وی محقق شد، تبارشناسی اسب و پایه‌گذاری سیستم صدور شناسنامه و کارت سیلیمی و داغ سرد^۴ و سایر اجزا و لوازم این علم گسترده بود و

۱. سیلیمی: اسب‌هایی که به جهت ویژگی‌های خاص از آنها جهت باردار کردن مادیان‌ها استفاده می‌شود.

۲. کشتش: عمل جفتگیری در اسب.

3. Dr. Mohammadtaghi Ebrahimpour- (۱۳۰۸-۱۴۰۰)

۴. داغ اسب که به جای روش قدیمی آهن و آتش با سرمای ازت مایع انجام می‌شود که البته با اختراع میکروچیپ استفاده از آن بسیار کم‌رنگ شده است.

همه این‌ها تحت لوای همان انجمن سلطنتی اسب انجام گرفت که پس از انقلاب به انجمن ملی اسب تغییر نام داد و عاقبت به تأسیس معاونت فنی فدراسیون سوارکاری و حتی تأسیس دانشگاه علوم سوارکاری و اسب زیر نظر فدراسیون سوارکاری انجامید. همه موارد برشمرده بدون دخالت وزارت کشاورزی، که بعدها به وزارت جهاد کشاورزی تغییر نام داد، انجام گرفت. بد نیست به قسمتی از نوشته‌های مرحوم دکتر ابراهیم پور توجه کنیم:

چند روزی شدیداً مریض بودم (آنفلوآنزای مرغی) واقعاً بیماری گندیست. هنوز دست از سرم برنداشته. پیش از آن جواب نامه آقای کوهگرد را نوشته و فرستاده بودم. در آن نامه جمله‌ای بود (شناسنامه اسب را به وزارت کشاورزی تحویل داده‌اند که یک نفر از ۶۰ هزار نفر پرسنل آن حتی رنگ اسب را نمی‌تواند تشخیص دهد یا بنویسد). من دوست عزیزم دارم به نام آقای مهندس فرامرز مهاجر که بنا به تخصصشان کارمند وزارت کشاورزی بوده و ۳۰ - ۴۰ سال پیش به سن تقاعد رسیده و بازنشست شده است. ایشان با اعتراض گونه‌ای تلفن کردند که فلانی مگر با ما بدی؟ هرچه فکر کردم ندیدم که من بدی برای ایشان خواسته یا روا داشته یا گفته باشم. بعد دریافتم منظور ایشان این بوده که هنوز خود را در کادر وزارت کشاورزی می‌بینند و کارمند آن سازمان می‌شمارند تقریباً هم سن و سال من هستند و می‌دانم در کار بیمه اسب موفق‌اند. می‌گویند در آغاز انقلاب روسیه طبق معمول از دولت آن کشور دعوت شد که در یکی از مجامع بین‌المللی شرکت [و] یک نفر نماینده معرفی کند. لیستی جلو استالین گذاشتند که یکی از آنها را برگزیند. او یک ژنرال بازنشسته ارتش تزار را انتخاب کرد با این استدلال که ژنرال دست کم قاشق چنگال به دست گرفتن را بلد است. مطلقاً منکر اطلاعات آقای مهاجر در مورد اسب نمی‌شوم اما چون رنگ اسب برای صدور شناسنامه ضروری است، پیشنهاد می‌کنم صدور شناسنامه از آقای مهاجر خواسته شود بهتر از به طاق نسیان گذاشتن آن است. به من هم حق بدهید دل‌واپس باشم چون بنیاد این کارها را من گذاشته‌ام. (ابراهیم پور، ۱۳۹۷)

البته ایشان در این مهم تنها نبودند و نمی‌توان از تبارشناسی اسب گفت و نامی از خانم لویس فیروز^۱ کاشف اسب کاسپین نبرد و یا از خانم قراگوزلو^۲ صحبتی به میان نیاورد. در هر حال همه این سوابق باعث نشد تا علم تبارشناسی اسب مورد منازعه میان جهاد کشاورزی و فدراسیون سوارکاری قرار نگیرد و هر کدام خود را متولی این امر ندانند.

باری این مختصر گفتیم تا خوانندگان بخصوص حقوقدانان بر منشأ منازعه مستحضر شوند و در ادامه و تشریح مباحث حقوقی و قانونی و فقهی این تاریخچه را نیز مطمح نظر قرار دهند.

۲. ترتیب وضع مقررات

برخی نهادهای واضع مقررات که در رأس آنها مجلس شورای اسلامی قرار دارد در قانون اساسی مشخص شده‌اند اما به نظر می‌رسد بهترین شاهد بر تعدد این نهادها همانا قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور به تاریخ ۱۳۸۹/۰۳/۲۵ مصوب مجلس شورای اسلامی است که در ماده ۲ خود مصرح است:

«کلیه دستگاه‌های حکومتی که مقررات وضع می‌کنند از قبیل هیأت دولت، شورای عالی انقلاب فرهنگی، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، همچنین دستگاه‌هایی که مقررات آنها لزوم اجرا دارند، موظفند تمام مصوبات خود را جهت اعمال این قانون به مجلس شورای اسلامی ارسال نمایند.» البته در تبصره همین ماده چهار این استثناء ذکر شده است: «مجلس خبرگان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی امنیت ملی و شورای نگهبان از شمول این ماده مستثنی می‌باشند.»

در ماده ۳ همین قانون علت تصویب آن اینطور عنوان شده: «به جهت جمع‌آوری و

1. Louiselaylin Firouz، همسر نرسی فیروز و کاشف اسب کاسپین (۱۳۸۷-۱۳۰۸)

2. Lily Gharagozlou (لیلی قراگوزلو، ۱۳۸۰-۱۳۰۶، بنیانگذار تبارشناسی اسب اصیل ایرانی)

تفکیک و طبقه‌بندی موضوعی قوانین کشور و تهیه و تنظیم فهرست‌های موضوعی، تاریخی و سایر موارد و تشخیص تعارضات موجود در مقررات و اعلام آن به مرجع تصویب‌کننده جهت اقدام قانونی، تشخیص مقرراتی که موضوع آن منتفی شده، پیشنهاد نسخ قوانینی که موضوعات آن منتفی شده یا نسخ ضمنی شده، شناسایی موارد نسخ صریح و مواردی از این قبیل»

بطور خلاصه از مجموع موارد فوق آنچه مستنداً حاصل می‌شود دو نتیجه مسلم است:

اول: نهادهای دیگری هم جز مجلس دارای حق وضع مقررات است.

دوم: مصوبات این نهادها جز چهار استثناء باید به معاونت تنفیح قوانین مجلس ارسال شود تا موارد ملحوظ در ماده ۳ مرعی و سپس مقرر به عنوان قانون ابلاغ و در روزنامه رسمی چاپ و لازم‌الاجرا گردد.

جان کلام اینکه آنچه روند قانونی خود را به عنوان مصوبه طی نماید و ابلاغ شود، قانون است و در این ساز و کار نمی‌توان قانون لازم‌الاجرائی را به این دستاویز که مثلاً از جانب هیأت دولت است یا از این قبیل کم‌وزن شمرد. حتی پیش از تصویب قانون تدوین و تنقیح قوانین کشور چنین ایراداتی وارد نبود، پس از تصویب آن به تأکید بیشتری نمی‌توان به جهت مرجع تصویب‌کننده مقررات، خدشه‌ای به اهمیت مقرر وارد دانست. قوانین ممکن است از جهت تخییری یا امری بودن تفاوت‌هایی داشته باشند یا در یک تقسیم‌بندی به قوانین ماهوی و شکلی منقسم شوند اما به نظر می‌رسد تقسیم‌بندی از لحاظ مرجع تصویب، بخصوص از جهت اعتبار قانونی، تفکیکی خالی از اعتبار باشد و این نه فقط از جنبه ایجابی بلکه از جهت سلبی هم در موارد مختلف یکسان است. مثلاً قانون مبارزه با مواد مخدر که مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام است در مقابل سایر قوانین مجازات اسلامی که مصوب مجلس هستند، هیچ کدام امتیاز خاصی بر دیگری ندارد بلکه از نظر سلبی هر دو قانون با تصویب قانون کاهش مجازات‌های

تعریزی تحت تأثیر قرار می‌گیرند و مجازات‌های تعزیری ملحوظ در آنها کاهش می‌یابد بدون توجه به اینکه مرجع مصوب‌کننده مجازات تعزیری مورد بحث مجمع تشخیص مصلحت است یا مجلس شورای اسلامی، با ذکر این نکته که فراموش نشود مجمع تشخیص مصلحت جزو چهار استثنایی است که مصوبات آن مشمول مقررات ماده ۳ قانون تدوین و تنفیح مقررات کشور نیست و به عبارتی نظارتی از جانب مجلس به جهت موارد ملحوظ در ماده ۳ قانون تنفیح بر مصوبه آن صورت نگرفته است و صرفاً بعد از تصویب مجمع، ابلاغ و لازم‌الاجرا می‌شود.

۳. مباحث اصولی

هر آینه باید درباره مفاهیم اصولی توضیحاتی ارائه نمائیم و از قواعدی چون عام و خاص شروع کنیم تا عاقبت به نسخ و تخصیص و ارتباط این مفاهیم با موضوع اصلی برسیم. این همان جایی است که آرزومندیم حوصله عالمان به این عرصه را سر نبرد بلکه آن را به عنوان مروری مجدد از ما پذیرا باشند.

۳-۱. عام و خاص

در علم اصول، عام لفظی است که در برگیرنده همه آن چیزی است که صلاحیت عنوان عام در ثبوت حکم را دارد و حکم نیز نشان عام و خاص به خود می‌گیرد. چنانچه شمول حکمی بر همه افراد موضوع حکم یا متعلق حکم یا مکلفین به اجرای آن حکم باشد آن حکم عام است. اما در مقابل عام، خاص قرار می‌گیرد و آن حکمی است که فقط شامل بعضی از افراد موضوع یا متعلق حکم یا مکلفین به اجرای حکم می‌شود. پس به زبان ساده، عام حکمی است که همه افراد را در بر می‌گیرد و خاص حکمی است که شامل همه افراد نمی‌شود. این معنی در مورد قوانین نیز به طور کل حاکم است. مثلاً قانون مدنی قانون عام و برای امور مختلف همه افراد است و همین طور قانون مجازات اسلامی که منظور آن شمول قانون بر همه است و تبیین فعل و ترک فعل مجرمانه و

تعیین مجازات برای آن، در صورتی که در مقابل آن مثلاً قانون چک، صرفاً برای دارندگان چک و حساب جاری بوده که یعنی مخاطب آن خاص است.

۲-۳. نسخ

حال که مفهوم عام و خاص گفته شد نوبت نسخ قوانین است. نسخ که حتی در آیات قرآن نیز مشاهده می شود وضعیت است که حکم قبلی با حکم جدید منسوخ شده چنانچه در امور اجتماعی هم موارد متعدد نسخ مشاهده می شود مثلاً پول قدیمی منسوخ و پول جدید جایگزین آن می شود یا حتی برخی شیوه‌های کلام و گفتار منسوخ و شیوه‌های بیان جدیدی جایگزین می شود. البته نباید فراموش کرد آنچه به عنوان نسخ مورد نظر است با ابطال فرق دارد یعنی چنانچه قانونی نسخ شود، منظور ابطال آن قانون نیست و به عبارتی حقوق مکتسبه‌ای که در زمان حکومت قانون قدیم ایجاد شده به قوت خود باقی است لیکن پس از نسخ، حقوق مکتسبه جدیدی از طریق قانون منسوخ، برای اشخاص قابل تصور نیست بلکه این قانون لاحق و جدید است که مبنای کسب حقوق یا انجام تکالیف می شود.

۳-۳. نسخ صریح و ضمنی

نسخ به دو صورت انجام می پذیرد، یکی نسخ صریح است به این شکل که قانون جدید به صراحت اعلام می کند قانون قدیم منسوخ و خود جایگزین آن شده است. موارد بسیاری مطابق با این وضع وجود دارد و مثال‌های متعددی در این باره قابل ذکر است، لیکن به قدری درباره این موارد در نوشته‌های حقوقی گفته شده که به همین قدر بسنده کرده و به اطاله کلام نمی پردازیم.

اما نسخ ضمنی به این صورت است که قانون لاحق، قانون سابق را صراحتاً نسخ نمی کند بلکه مقرراتی را وضع می کند که با مقررات قانون سابق قابل جمع نیست. در این حالت قانون سابق به صورت ضمنی نسخ می شود. بر این قاعده هم مثال متعدد است و اهل تحقیق بسیار دیده و خوانده‌اند.

باری از مباحث و قواعد خاص و عام و نسخ صریح و ضمنی نتایجی به این شرح حاصل می‌شود مبنی بر این که چه قانونی قادر است قانون دیگر را نسخ کند: اول از همه باید گفت آنچه از نسخ صریح به دست می‌آید، مرهون قاعده‌ای نیست چرا که قانونگذار در تصویب قانون جدید به صراحت اعلام می‌کند که قانون قدیم منسوخ است و بدین ترتیب قانون سابق جای خود را به قانون لاحق می‌دهد. اما در نسخ ضمنی موضوع به این سادگی نیست و قواعد زیر، تعیین‌کننده حکومت قوانین است؛ اگر قانون قدیم عام و قانون جدید هم عام باشد، قانون جدید قانون قدیم را نسخ می‌کند.

اگر قانون قدیم خاص و قانون جدید هم خاص باشد، در این صورت نیز قانون قدیم نسخ ضمنی می‌شود.

اما چنانچه قانون قدیم عام باشد، نسخ ضمنی توسط قانون خاص جدید صرفاً به صورت جزئی صورت می‌گیرد.

حال سؤال این است که چنانچه قانون جدید عام باشد، قادر به نسخ ضمنی قانون خاص قدیم است؟ خیر، قانون عام جدید به هیچ عنوان قانون خاص قدیم را نسخ نمی‌کند هر چند برخی نویسندگان نظری مخالف دارند^۱ اما غالب متفکرین بر نظر اول اجماع دارند. هر چند این مورد آخر قاعده‌ای قابل تفسیر بوده و ممکن است محاکم تعبیری دیگرگونه داشته باشند، در هر حال به نظر می‌رسد قانونگذار حکیم مایل نیست با وضع حکم عام، استثنایی بر حکم خاص او وارد شود.^۲

با توجه به مطالبی که گذشت، در یک عبارت می‌توان گفت نسخ جلوگیری از امتداد حکم قانون در طول زمان است.

۱. شیخ طوسی و سید مرتضی (نقل از قوانین میرزای قمی، ج ۱، ص ۳۱۹) (نقل از مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، کاتوزیان، امیر ناصر، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتاد و هشتم، ۱۳۹۰، شماره ۱۴۶)

۲. کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۶۷

۴-۳. تخصیص

گفتیم نسخ جلوگیری از امتداد زمانی قانون است اما تخصیص، محدود کردن حکم قانون عام است نسبت به برخی افراد. با این همه نسخ جزئی قانون، شبیه است به تخصیص.^۱ راه شناخت اینکه موضوعی مورد نسخ قرار گرفته یا تخصیص، توسط متکلمان و نویسندگان مختلف ترسیم شده است. از جمله آنکه در دوران امر بین نسخ و تخصیص اصل بر تخصیص است از این جهت که بتوان هر دو قاعده را به کار بست و موجبات سقوط یکی را فراهم نکرد. لیکن واضح است که این اصل در همه موارد صادق نیست و ای بسا ظاهر احکام پدیدآورنده آن باشد که یکی ناسخ و دیگری منسوخ است. اما نکته مهمی که در بیان ارجحیت ناسخ و منسوخ باید مورد توجه قرار گیرد این است که هر چند در احتمال نسخ و تخصیص، تخصیص مرجح است اما به شرط آنکه زمان عمل به حکم عام فرا نرسیده باشد و گرنه باید قائل به نسخ شد. لیکن خاص، عام را فقط تا مقداری که با آن منافات دارد نسخ می کند و نه بیشتر که این همان نسخ جزئی است.

حال که تخصیص و قاعده شناسایی بین نسخ و تخصیص بیان شد، در مورد تخصیص باید گفته شود که دو قسم است: یکی مخصص متصل و دیگری مخصص منفصل. مخصص متصل آن است که مخصص در خود حکم عام وجود دارد مثل عبارت اشهد ان لا اله الا الله که در این مثال الا الله مخصص است بر لا اله. اما صورت دیگر مخصص، منفصل است یعنی عبارت تخصیص در جایی مستقل از معنای عام اراده شده است مثلاً حکم عامی عنوان شده اما افراد عام مشمول حکم با حکم مستقل دیگری تخصیص خورده اند. به عنوان مثال همین قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور که در ماده ۲ کلیه دستگاه‌های واضع مقررات را مشمول حکم قرار می دهد، سپس حکم مستقل دیگری در تبصره همان ماده، چهار نهاد را تخصیص می زند و شمول چهار فرد از

۱. محمدی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴

افراد مشمول حکم عام را مخصص عمومیت حکم قرار می‌دهد. در هر حال سخن این است که مخصص اعم از منفصل یا متصل یک هدف را دنبال می‌کند و آن تخصیص حکم عام نسبت به برخی افراد است و این دو تنها فرقی که دارند جهت انعقاد ظهور در عمومیت است چرا که در مخصص متصل اصلاً ظهوری در کلام منعقد نمی‌شود مگر در خصوص، اما در مخصص منفصل بدو ظهور عام در عمومیتش منعقد می‌شود سپس ظهور خاص به جهت اقوی بودن بر ظهور عام مقدم می‌شود و این نیست مگر از باب تقدم اظهر بر ظاهر یا تقدم نص بر ظاهر.^۱

۳-۵. سخنی بر حجیت و ظهور عام با وجود مخصص

تردید نیست که حکم حجت است و عمل به آن بر مکلفین واجب یعنی حکم عامی که ظاهر دارد حجیت داشته و واجب‌الرعايه است.

اما در بیان یک معنی که به آن خواهیم پرداخت، باید پیش از آن نکته‌ای را در باب مخصص و انقسام آن به مخصص لفظی و لبی بیان کنیم.

مخصص لفظی عبارتی است که عام را تخصیص می‌زند اما مخصص لبی اجماع و دلیلی عقلی است و از نوع الفاظ نیست، بلکه دلیلی عقلایی است که متکلم در بیان مرادش به آن تکیه کند، در این صورت مانند مخصص متصل خواهد بود فلذا برای عام ظهور و حجیتی در عموم منعقد نمی‌گردد و در نتیجه مجالی برای تمسک به عام به خصوص در شبهه مصداقیه^۲ باقی نمی‌ماند. بدیهی است چنانچه بدین گونه نباشد یعنی تخصیص از بدیهیات عقلی نباشد مانعی برای تمسک به عام در شبهه مصداقیه وجود ندارد، زیرا عام همچنان بر ظهور خود باقی است و حجتی است که مزاحم ندارد.^۳

۱. مظفر، ۱۳۹۴، ص ۲۵۱

۲. شبهه مصداقیه: شک در این که بتوان مصداقی را بر افراد حکم منطبق کرد.

۳. مظفر، ۱۳۹۴، ص ۲۶۹

۳-۶. انطباق مباحث فوق با بحث حاضر

با توجه به مواردی که نگارش یافت، اکنون می‌توان به اصل مطلب پرداخت چرا که تاکنون به تشریح قالبی پرداختیم که می‌تواند تبیین‌کننده روابط حقوقی دو بند قانونی مورد اشاره در عنوان نگارش و در تعریف وضعیت اسب باشد؛ چارچوبی که با استفاده از آن می‌توان به نتایجی دست یافت که مبتنی بر نظام حقوقی ما و بر پایه اصول فقه است.

در سال ۱۳۸۸ قانون نظام جامع دامپروری از سوی مجلس شورای اسلامی مصوب و منتشر شد. این قانون در بند ۲ از ماده ۲ خود مصرح است:

«دام به حیواناتی (شامل چارپایان، پرندگان، آبزیان و حشرات) اطلاق می‌گردد که برای امور تغذیه انسان و یا تغذیه دام و فعالیت‌های اقتصادی، تولیدی، آزمایشگاهی، ورزشی و تفریحی، تولید، نگهداری و پرورش داده می‌شوند.»

موضوع آشکار در بررسی این بند از ماده دوم قانون نظام جامع دامپروری عمومیت در ظهور است. چنانچه در بحث عام و خاص گفته شد، به عبارتی هر چند کلیت این قانون، قانونی خاص تلقی می‌شود زیرا صرفاً مربوط به امور دامپروری است، اما بند مورد اشاره تقریباً بر همه جانواران عمومیت دارد به این معنی که به نظر می‌رسد آنچه قانونگذار در نظر داشته، به شیوه مسامحه هر جنبه‌ای را دام شمرده و در این طریق راه اغراق پیموده، گویی می‌خواسته کلیتی بدون محدودیت و دربرگیرنده اکثر جانداران، جزء افراد حکم قرار گیرند، هر چند بعداً شبهه در مصادیق به تعیین تکلیف مقصود حکم منجر شود و بدون تردید به خروج برخی مصادیق از شمول حکم بیانجامد، به همین جهت گفته شد و مجدداً تأکید می‌شود که قانونگذار بیش از آنکه نظر به دقت در مصادیق نماید، از سر تسامح هر جنبه‌ای را و به هر منظوری، دام اطلاق کرده است. البته این معنی از جمله‌بندی عبارت نیز پیداست، چنانچه در نص قانون از لفظ «شامل»

استفاده شده که معمولاً لفظی مناسب برای حصر است. لیکن در ادامه هر جنبه‌ای را الا ابناء بشر مشمول حکم قرار می‌دهد. این کثرت در حصر، حالتی طبیعی در بیان مصادیق محسوب نمی‌شود و همانطور که گفته شد، نشانه‌ای روشن از دخالت مسامحه در تأسیس قانون به دست می‌دهد. هر چند در قسمت انتهایی با آوردن عباراتی سعی در تقیید حکم شده، لیکن نه تنها از میزان عمومیت و کلی‌گویی و مسامحه در حکم نکاسته بلکه سرایت حکم به جنبه‌هایی را موجب شده که یقیناً ربطی به وزارت جهاد کشاورزی ندارد و تعیین مصادیق دام را با مشکل بیشتری روبروی می‌سازد.

از برآیند استدلال فوق به نظر می‌رسد چنین حکمی جز با تصویب مقررۀ دیگری قابل انطباق با نیازهای اجتماعی و وضع روز در موضوع حکم نیست. از همین رو در سال ۱۳۹۷ دستورالعملی تحت عنوان دستورالعمل خرید، فروش، حمل و نگهداری دام زنده در هیأت وزیران مصوب شد که در بند خ از ماده اول آن در تعریف دام مصرح است: «دام زنده اعم از دام‌های سنگین شامل گاو، گاو میش و شتر و دام‌های سبک شامل گوسفند و بز (در همه گروه‌های سنی) است.»

در این بند از قانون اولین چیزی که جلب نظر می‌کند، دقت در عبارات با عنایت به جنبه حصری افراد و مصادیق است و مسامحه در آن راه ندارد و در عین حال با نیاز روز و واقعیت جامعه هدف نیز همخوانی دارد.

حال سؤال این است که آیا در این دو بند از قوانین کشور تعارض وجود دارد یا مصوبه دولتی تاب مقابله با قانون مجلس را ندارد؟

۴. مقابله مصوبه هیأت وزیران با قانون مجلس

پیشتر گفته شد که آنچه به عنوان مصوبه مراحل قانونی را طی کند و ساز و کار مخصوص خود را ببیماید تا منجر به ابلاغ و چاپ در روزنامه رسمی شود از لحاظ الزام

به اتباع، تفاوتی با دیگر قوانین ندارد و به عبارتی نمی‌توان قانونی را به سبب مرجع تصویب کم ارزش تر از قانون دیگری شمرد.

آنچه باعث می‌شود هیأت وزیران بتواند مصوباتی را به عنوان مقررہ ارائه کند، اصل ۱۳۸ قانون اساسی بوده که مصرح است: «هیأت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد [...] ولی مفاد این مقررات نباید با روح قوانین مخالف باشد». سخن به روح قوانین رسید؛ وجود علاقه در الفاظ، ذهن آدمی را به سوی کتاب روح‌القوانین منتسکیو منعطف می‌کند. همانطور که وی معتقد است تصویب قوانین رابطه‌ای مستقیم با اقلیم جغرافیایی ملت‌ها دارد.^۱ شاید بد نباشد اینطور عنوان کنیم که روح قوانین باید رابطه‌ای مستقیم با نیازهای اجتماعی و واقعیت‌ها و شرایط موضوع متعلق قانون نیز داشته باشد که اقلیم نیز یکی از همین شرایط محیطی است اما صرفاً همین یک عامل نیست که موجب تولد قانون است بلکه جمع شرایط و نیازهای اجتماعی و روانی است که قانونگذار را به سوی تصویب قانون رهنمون می‌سازد.

در تطبیق این وضعیت با موضوع نگارش، آنچه از لحاظ منطقی درست به نظر می‌رسد آن است که رابطه مصوبه دولت با قانون جامع همین است که یک حکم عام و از روی مسامحه را با شرایط روز و نیازهای اجتماعی منطبق ساخته است. پس در پاسخ به این سؤال که مصوبه دولتی تاب مقابله با قانون مجلس را دارد یا خیر، پاسخ مبتنی بر شرایط است. یعنی چنانچه تعارضی صورت پذیرفته باشد، خیر، توان مقابله ندارد و بحث تعارض منتفی است، اما چنانچه مراد از ایجاد مقررہ در راستای ساماندهی وظایف اداری و تأمین اجرایی و نیازمندی‌های جامعه هدف باشد، به این فرآیند نمی‌توان مقابله گفت بلکه ارتقا و تکمیل ساختن حکمی ناکارا و از روی مسامحه به حکمی کاربردی

۱. منتسکیو، ۱۳۴۹، ص ۹۱

است. البته در این میان نقش قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۸۹ مجلس شورای اسلامی را فراموش نکنیم که در ابتدای نگارش هم از آن نام برده و عملکرد آن نیز به تفصیل تشریح شد. این قانون علاوه بر تأکید اصل ۱۳۸ قانون اساسی بر قدرت مصوبات هیأت وزیران، با برشمردن مراجع قادر به تصویب مقررات به جز چهار استثنا، بقیه را مکلف نموده تا مصوبات خود را به مجلس شورای اسلامی ارسال نمایند تا علاوه بر طبقه بندی و تنظیم، نسبت به یافتن تعارضات اقدام و در صورت وجود، جهت تصحیح به مرجع تصویب کننده ارجاع شود. با این ساز و کار بعید به نظر می رسد دستورالعمل خرید، فروش، حمل و نگهداری دام زنده مصوب ۱۳۹۷ هیأت وزیران که پیش از ابلاغ مبتنی بر شرایط مذکور در قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور مورد تأیید مجلس قرار گرفته است، در تعارض با قانون نظام جامع دامپروری بوده یا با روح آن قانون منافات داشته و یا حتی قانون را نسخ کرده باشد، چرا که چنانچه گفتیم هر چند وزن قانون از نظر نهاد تصویب کننده، معیار لازم الاجرا شدن قانون نیست، لیکن از لحاظ تأمین نظر قانونگذار در اصل ۱۳۸ قانون اساسی، نسخ قانون مجلس با مصوبه هیأت دولت امکان پذیر نیست مگر آنکه مطابق قاعده ای که در بیان نسخ گفتیم، حکم خاص مؤخر، حکم عام مقدم را نسخ جزئی کند و باز همانطور که قبلاً اشاره شد، نسخ جزئی با مخصص شباهت هایی دارد که در دوران امر بین این دو، اصل بر تخصیص است چرا که وقتی تعارض وجود ندارد، بهتر آنکه هر دو مقرر را بتوان به کار گرفت و موجبات ازاله یکی را فراهم نکرد.

در ظن میان نسخ و تخصیص، مخصص ارجح است اما به شرطی که زمان عمل به عام فرا نرسیده باشد که در ما نحن فیه از سال ۱۳۸۸ به بعد زمان عمل به عام فرا رسیده و هر جنبه ای غیر از ابناء بشر در زمره دام قرار گرفته است، در این صورت نسخ جزئی علیرغم رابطه مصوبه دولت و مجلس در درجه احتمال قرار می گیرد و آنچه در ابتدای

امر و با دید اجمالی غیرممکن می نمود، با تدقیق در معانی و مفاهیم چهره‌ای دیگر یافته و با کسب امتیازاتی چون به روز کردن قانون با نیاز جامعه و قرار گرفتن الفاظ در قالب‌های منطقی و اصولی، تاب مقابله با قانون مجلس را دارا می‌شود. از این رو مقابله مصوبه دولت با قانون مجلس نه تنها بعید به نظر نمی‌رسد بلکه امری لازم و واجب در نظر گرفته می‌شود، اما اینکه این مقابله از طریق نسخ جزیی صورت گرفته باشد با دلایلی که در پی می‌آید قابل تردید است.

۵. تخصیص دستورالعمل دام بر قانون جامع

در بحث مخصص، از مخصص متصل و منفصل سخن رفت. بنابر مطالب گذشته، آشکار است اگر دستورالعمل دولت نسبت به قانون مخصص باشد، هر آینه مخصص منفصل است و گفتیم آنجا که مخصص منفصل است، یقیناً پیش از آن حکم عام را ظهور در عموم است تا وقت صدور مخصص، اما پس از آن ظهور حکم عام بر افراد و مصادیق تنگ‌تر شده و به عبارتی برخی افراد از شمول حکم عام خارج می‌شوند. در متن همین دو بند که اولی حکم عام قانون است، دومی می‌تواند مخصص آن باشد چرا که گفتیم اولی تقریباً هر جنبه‌ای غیر از انسان را دام دانسته اما دومی به عبارت صحیح و با استفاده از لفظی که دلالت بر حصر افراد دارد، به ذکر مصادیق پرداخته است، پس حکم عام به جهت عمومیت ظهور دارد و سپس نوبت ظهور خاص است که به سبب اقوی بودن بر ظهور عام مقدم می‌شود.

از طرفی در اصول مبحثی بنام تخصیص اکثر است که مصادیقی از تخصیص مستهجن دانسته و البته قبیح شمرده شده است. این قاعده ناظر بر وضعیتی است که حکم عام با مخصص تخصیص بخورد اما دایره شمول عام بر افراد، توسط مخصص چنان تنگ گرفته شود که اکثریت افراد یا مصادیق از حکم عام خارج شوند مثل همین

رابطه‌ای که بین این دو بند از قانون نظام جامع و دستورالعمل دام زنده وجود دارد که اولی تقریباً همه جانواران را مشمول مقررہ دانسته اما دومی تعداد را به پنج فرد کاهش داده است.

در نگاه اول به نظر می‌رسد اگر قایل به تخصیص دستورالعمل بر حکم عام قانون باشیم، باید تخصیص اکثر اتفاق افتاده را بپذیریم و بر قبح امر صحه گذاریم، اما به نظر نگارنده چنین نیست و دلیل آن استدلال‌هایی است که در پی خواهد آمد و همراه با آن، یادآوری مفهوم مخصص لّبی که در مقابل مخصص لفظی به کار می‌آید.

با نگاه به بند معرف دام در قانون نظام جامع به مواردی برمی‌خوریم که از لحاظ عقلایی خروج موضوعی از دایره حکم عام دارند، مثلاً در قانون مذکور حشرات به صورت عام دام شمرده شده‌اند در صورتی که واضح است هدف از تصویب این قانون، ساماندهی دام در حیطة اختیارات وزارت کشاورزی است اما لفظ عمومیت دارد بر کل حشرات که نه تنها تنظیم و سامانی بر کلیه حشرات نیست بلکه موجبات اعوجاج ذهنی مکلفین را نیز فراهم می‌سازد چرا که از مجموع حشرات آنچه می‌تواند مورد نظر و در حیطة اختیارات وزارت جهاد کشاورزی قرار گیرد، مثلاً زنبور است از باب تولید عسل برای مصرف خوراک انسان و یا کرم ابریشم از باب تهیه منسوجات که مفید فایده در امری از نیازهای انسانی است، یا چند حشره دیگر. حال در این رهگذر چه جایگاهی می‌توان برای پروانه قائل شد و اصولاً این موجود پيله‌دریده چه رابطه‌ای با جهاد کشاورزی دارد؟ هر چند پروانه با بال‌های رنگین و زیبا مورد صید و خرید و فروش نیز قرار می‌گیرد.

یا مثال دیگر پرندگان، یقیناً مرغداری امری است که به جهاد کشاورزی ارتباط دارد یا حتی می‌توان گفت تولید ماکیان دیگری مثل شترمرغ به این نهاد مربوط است چرا که پرورش به جهت مصرف گوشت آن توسط انسان مورد توجه است، اما شاهین پهنه آسمان چه ارتباطی می‌تواند با جهاد کشاورزی داشته باشد؟ پرنده شکاری که اتفاقاً

جنبه مسابقه و تفریح و شکار دارد چه ارتباطی به تعریف دام و به طریق اولی وزارت جهاد کشاورزی پیدا می‌کند؟ سیره عقلا و عرف رایج آن است که دام را موجودی تلقی کنیم که برای انسان مصرفی خوراکی یا پوشاکی داشته باشند یا از شیر آن محصولاتی فرآوری شود و الباقی هر چه هستند از این حکم عام، خروج موضوعی می‌یابند. علاوه بر این شکی نیست که استفاده از لفظ دام در بیان اسب استعمالی مجاز است، پس چنین استعمالی برای اسب لفظی مجازی است که نیاز به قرینه دارد چون آنچه اصل است اصاله الحقیقه است و همین نکات تأکید مجددی بر وجود مسامحه در تأسیس این بند از قانون است.

اکنون با توجه به موارد مورداشاره، آیا نیاز مبرمی به وجود مخصص احساس نمی‌شود؟ مخصصی که اگر بر اساس لفظ هم نباشد بر اساس عقل سلیم این عبارات کلی را به رشته تنظیم و کارایی به امور واقعی، و از عالم مجاز به حقیقت رهنمون سازد و اینجاست که آنچه درباره مخصص لَبّی گفتم به کار می‌آید چرا که مخصص لَبّی اجماع و دلیل عقلی است که متکلم در بیان مرادش به آن تکیه کند و خاصیت آن اینکه مانند مخصص متصل عمل می‌نماید یعنی حکم عامی که از اول با مخصص لَبّی تخصیص بخورد، تفاوتی با حکم عامی ندارد که با مخصص متصل تخصیص خورده باشد.

معنی عبارت این نتیجه بسیار مهم است که چنین حکم عامی از اول ظهور و حجیتی در عموم ندارد، پس چنانچه اصولاً مصوبه دولت را هم نادیده بگیریم باز به این نتیجه می‌رسیم که حکم عام بند ب ماده دوم نظام جامع دامپروری از لحاظ ورود مخصص لَبّی بر آن، از روز اول بر افرادی که خروج عقلایی از آن دارند ظهوری نداشته است و ظهور آن صرفاً بر افرادی است که منحصراً بتوان به سیره عقلا و استعمال لفظ بر مفهوم حقیقی در حیطه وظایف وزارت جهاد کشاورزی قرار داد و لاغیر.

با این استدلال جایی برای صحبت از تخصیص اکثر باقی نمی‌ماند چرا که اصلاً از

اول، اکثر واردشده بر شمول حکم عام جنبه مسامحه‌ای داشته و عملاً بیشمار افراد به حکم عقل در دایره شمول حکم مدخلیت ندارند. بنابراین وقتی ۹ سال بعد دستورالعمل دام زنده مصوب شد تا ضمن حصر افراد، قاعده را با نیازهای روز و واقعیت اجتماعی سازگار سازد، نمی‌توان آن را تخصیص اکثر دانست چرا که از ابتدا اکثری نبوده که مخصص آن را محدود کرده باشد بلکه صرفاً آنچه را که مسامحتاً ابراز شده، ساماندهی کرده و قابل استفاده به امور روزمره در رابطه با خرید و فروش و حمل و نگهداری دام زنده نموده است.

بنابراین اسب از روز اول هم مشمول حکم عام قانون نظام جامع دامپروری نبوده است و صرفاً عمومیت از روی مسامحه حکم باعث انشقاق عقاید در بیرون و درون ماندن اسب از دایره حکم عام گردیده و بر این اساس نه تنها مشکلی را حل ننموده بلکه گره‌ای دیگر بر گره قبلی اضافه شده است و به همین دلیل در سال ۱۳۹۷ مصوبه دولت در دستورالعملی که همه جوانب دام یعنی خرید، فروش، حمل و نگهداری دام زنده را شامل می‌شود، اسب را از این قاعده مستثنی کرده و مصادیق دام را صرفاً به پنج فرد احصاء و اسب را از آن خارج دانسته است و به این ترتیب بلا تکلیفی حاصل از بند ب ماده ۲ قانون نظام جامع دامپروری با بند خ ماده اول از دستورالعمل خرید، فروش، حمل و نگهداری دام زنده، مرتفع و تعیین تکلیف شده است.

نتیجه گیری

اولین نتیجه‌ای که از این مختصر حاصل می‌شود آن است که قانون قادر به پیش‌بینی تمام ابعاد و زوایای مسائل نیست و نمی‌تواند حکم همه وقایع را از قبل معین نماید، به همین دلیل و به جهت فراگیری زوایای ناپیدا ممکن است قانونگذار راه مسامحه پیش گیرد به این نیت که وقایع را بیشتر قابل پیش‌بینی نماید اما همین مسامحه ممکن است به شبهه در مصادیق و دورافتادگی قانون از متن جامعه بیانجامد. بنابراین بر حقوقدانان و

رؤسای محاکم فرض است که به تفسیر قانون پردازند و قواعد کلی را بر مصادیق آن منطبق سازند به خصوص رؤسای محاکم که مقرر بر اصل ۷۳ قانون اساسی بر این امر مجاز شده‌اند و در این طریق آنچه را موافق عدالت است مطمح نظر قرار دهند چرا که به گفته بزرگان این عرصه، حقوق هنری است که بر مبنای علم استوار شده است.^۱

اما در بررسی و تطابق قوانین از لحاظ ارزش، مواردی تشریح و این نتیجه حاصل شد که مصوبات مرجع قانونگذار پس از انتشار در روزنامه رسمی به عنوان قانون حاکم، لازم‌الاتباع و لازم‌الاجرا است، بنابراین پس از طی سازوکارهای مربوط، نمی‌توان قانونی را کم‌ارزش شمرد بلکه نشان دادیم مصوبه دولت هر چند از لحاظ جایگاه پس از قانون مجلس جای می‌گیرد اما نقش آن در انطباق قانون مجلس با واقعیت جامعه انکارناپذیر است. حال چه از طریق تخصیص باشد یا نسخ جزئی، با ورود به مباحثی مانند وجود یا عدم وجود تعارض، نسخ اعم از کلی یا جزئی، مخصص اعم از لفظی یا لّبی و توضیحاتی درباره انطباق با بحث اصلی یعنی رابطه بند ب از ماده دوم قانون نظام جامع دامپروری مصوب ۱۳۸۸ با بند خ از ماده اول دستورالعمل خرید، فروش، حمل و نگهداری دام زنده مصوب ۱۳۹۷، به این نتیجه رسیدیم که اگر کسی موافق وجود تعارض باشد و به تبع آن قائل به نسخ جزئی، یا دیگری موافق وجود مخصص لّبی باشد که ظهور قانون را از اول مخدوش می‌نماید، یا مخصص لفظی که از سال ۱۳۹۷ قانون را تخصیص می‌زند، همه سلاقی و استدلال‌های موجود در یک نتیجه متفق‌القول خواهند شد و آن اینکه اسب غیر از آنکه به سبب عدم استفاده از گوشت یا شیر آن از نظر عرفی دام محسوب نمی‌شود، از نظر قانون هم در زمره دام قرار نمی‌گیرد فلذا رابطه آن با جهاد کشاورزی مانند پرندگان شکاری است که استفاده ورزشی و تفریحی دارند اما امکان

۱. ژنی، علم و فن در حقوق خصوصی، جلد اول شماره ۲۳ (به نقل از مقدمه عام حقوق و مطالعه در نظام

حقوقی ایران، کاتوزیان، امیر ناصر، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتاد و هشتم، ۱۳۹۰.

ارتباطی میان آن با جهاد کشاورزی وجود ندارد. شایسته است همینجا بگویم که مبادا صاحبان اندیشه از هم‌ردیفی ورزش سوارکاری با ورزش شکار توسط پرندگان شکاری بر نگارنده خرده گیرند که این یکی شایع است و آن دیگری نادر؛ در اینکه قوشبازی^۱ ورزشی کم‌جمعیت‌تر از سوارکاری است بحثی نیست اما در هر حال ورزشی است که انجام می‌شود و حتی در زمره ورزش‌های باستانی می‌گنجد. در فقه امامیه نیز شکار با پرندگان شکاری دارای مجوز است به شرط آنکه صید توسط پرنده شکاری به قتل نرسد و پس از شکار شدن به ذبح شرعی تذکیه گردد.^۲ پس همانطور که پرندگان شکاری منصرف از شمول لفظ عام پرندگان در بند ب ماده دوم قانون نظام جامع دامپروری هستند، اسب نیز به طریق اولی از مصوبه مذکور خروج موضوعی داشته و غیر از مفهوم عرفی، در تعریف قانونی دام نیز نمی‌گنجد، هر چند در تبیین موضوع از تعارض و نسخ و تخصیص گفتیم و به این علت بود که آنچه از صورت مسئله بدو^۳ به ذهن متبادر می‌شود وجود تعارض است یا نسخ یا تخصیص و این نتیجه‌گیری زود هنگام که اعمال هیچ یک از این موارد بر قانون مجلس توسط مصوبه دولت ممکن نیست اما ما به دلایل و براهین متقن اثبات کردیم که حسب شرایط چنین امری نه تنها ممکن است بلکه ای بسا امری لازم نیز به شمار می‌آید، پس اگر کسانی قایل به وجود تعارض، نسخ یا تخصیص باشند نمی‌توانند آن را به سبب آنکه از ناحیه دولت است مردود بشمارند بلکه از این طریق نیز باید بپذیرند نسخ و تخصیص قانون مجلس از طریق

۱. قوشبازی: تربیت و استفاده از پرندگان شکاری از قبیل شاهین، طرلان، بالابان و امثالهم به جهت شکار پرندگان چون کبک، تیهو، بلدرچین و یا پرندگان بزرگتر مثل: هوبره و میش مرغ و یا جوندگانی چون خرگوش و یا حتی چرندگان کوچکی چون بره آهو که به این طریق حیوان شکار شده را از پرنده شکاری می‌گیرند و بجای آن تکه‌ای گوشت پاداش می‌دهند. مرحوم اکبر صفرعلی (علا) از اساتید برجسته این ورزش باستانی است.

۲. محقق حلی، ۱۳۷۴، ص ۱۱۵۴

مصوبه دولت موجب ارتقا، کارآمد شدن و کاربردی شدن قانون شده است. لیکن نظر نگارنده بر ورود مخصوص لای بر حکم عام مجلس است، یعنی آنچه در این میان حجیت می یابد و دارای ظهور بوده مصوبه دولت است فلذا حکم عام مجلس از اول ظهوری نداشته است و به عبارتی در هر حال و از هر سویی به مسئله ورود کنیم راه برون رفتی جز این نیست که از نظر قانون اسب دام نیست.

به این ترتیب بهتر آنکه کار کماکان در دست کاردان و امور مربوط به تبارشناسی اسب همچنان در ید فدراسیون سوارکاری و معاونت فنی آن به عنوان تنها مرجع تبارشناسی اسب، همانجا که نطفه این علم در بستر آن بسته شد و در امتداد زمان پا گرفت و عاقبت شجره تناوری شد.

در عین حال وزارت محترم جهاد کشاورزی نیز به کار خود یعنی دام پردازد؛ موجودی که از لحاظ گوشت یا شیر یا سایر فرآورده ها، مورد نیاز انسان باشد و حتی در همین حیطة به میکروچیپ گذاری اقدام نماید، چنان که در رأی قطعی شماره ۹۹۰۷۰۹۰۶۰۱۰۸۳۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۶/۳۱ صادره از هیأت تخصصی دیوان عدالت اداری مورد تصریح قرار گرفته است که عملیات میکروچیپ گذاری جهاد کشاورزی و فدراسیون سوارکاری از طریق معاونت فنی، نافی یکدیگر نیستند و هر کدام در حیطة فعالیت خود می توانند به میکروچیپ گذاری آنچه ذاتاً متولی آن هستند اقدام نمایند.

شایسته است گفته شود این مختصر به نگارش در نیامد تا حقی را ناحق جلوه دهد بلکه مراد تجلی حقیقتی است که به سبب پیچیدگی ها، مستور در شولای تفاسیر نادرست، انوار پُرفروغش پشت ابرهای کدورت و نقار به دیده صاحبان اندیشه نمی رسد، از این رو کوشش شد فارغ از عملکرد مدیران فعلی یا قبلی، عملکرد شصت ساله فدراسیون را در نظر گرفته و همچنین با استفاده از علم اصول، ابعاد پنهان مانده و وجوه در سایه مانده موضوع را پرده برافکنیم، و گرنه سر عناد یا دوستی خارج از قاعده با هیچ ارگان، نهاد، سازمان یا انجمنی نداریم.

در پایان پیشنهاد می شود نهادهای دست اندرکار کوشش نمایند که اسب اصولاً شخصیت مستقلی یافته و به شیوه‌ای که اثبات نمودیم، با اجماع بر خروج از تعریف دام، استانداردهای آن را نیز از گاو و گوسفند و سایر بهایم ممتاز گردانند تا مواردی مثل احداث باشگاه‌های سوارکاری که هم‌اکنون با معیارهای گاو‌داری و مرغداری تحت سنجش قرار می‌گیرد، دارای استانداردهای خاص اسب شود که این امر بدون تردید تبعات مثبتی برای جامعه سوارکاری کشور محقق خواهد نمود.

منابع

۱. امامی، سید حسن (۱۳۵۷)، حقوق مدنی، چاپ شانزدهم، کتاب فروشی اسلامیه.
۲. طباطبایی بروجردی، سید محمد حسین (۱۴۲۱ ق)، لمحات الاصول، تقریرات آیت الله خمینی از درس آیت اله بروجردی، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۴۰۰)، فلسفه علم حقوق جلد دوم، چاپ هفتم، گنج دانش.
۴. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۹۰)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ هفتاد و هشتم ۱۳۷۸، شرکت سهامی انتشار.
۵. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۲)، مقالات حقوقی، چاپ دوم، موسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۶. لطفی، اسداله (۱۳۹۱)، مبانی استنباط حقوق اسلامی و اصول فقه، جلد سوم، چاپ اول.
۷. محقق حلّی، ابوالقاسم (۱۳۷۴)، شرایع الاسلام فی الحلال و الحرام، جلد سوم، ترجمه ابن احمد یزدی، ابوالقاسم، به کوشش دانش پژوه، محمد تقی، چاپ ششم، موسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۸. محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۱)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ ۴۷، موسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۹. مظفر، حمیدرضا، (۱۳۹۴)، اصول فقه، جلد اول، ترجمه غرویان، محسن چاپ چهاردهم، انتشارات دارالفکر.
۱۰. منتسکیو، شارل، (۱۳۴۳)، روح القوانین، ترجمه مهدی، علی اکبر، چاپ ششم، انتشارات امیر کبیر.
۱۱. منبع مجازی، ابراهیم پور، محمد تقی، دست‌نوشته‌های مرحوم جناب سرهنگ دکتر محمد تقی ابراهیم پور، کانال تلگرامی ایلخی چی.

شماخصه‌های حکمرانی شایسته از منظر سیاست‌نامه خواجه نظام‌الملک طوسی

مزدک نصوری¹

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، گروه حقوق عمومی و اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

چکیده

کتاب سیرالملوک خواجه نظام‌الملک طوسی، خلاصه‌ای از اندیشه ایرانی‌شهری است که دو مفهوم دولت‌مدرن و حکمرانی شایسته را در نظمی سیاسی و اخلاقی با یکدیگر می‌آمیزد تا جوهره حقوق عمومی ایران را با بنیان‌های فرهنگی، سنتی و دینی ایرانی-اسلامی هموند نماید. این کتاب نه تنها به نظریه‌پردازی پیرامون شیوه حکمرانی ممالک اسلامی می‌پردازد، بلکه اندیشه‌ها و تفکرات خواجه نظام‌الملک به‌عنوان پشتوانه محکمی برای زبان پارسی نیز قرار گرفته است. از سوی دیگر، نظریه حکمرانی شایسته (خوب) مبتنی بر این اندیشه است که یک حکومت الزاماً نمی‌تواند واجد تمامی اوصاف و عناصر شایستگی و سودمندی باشد، اما باید بتواند کرامت انسانی و به‌زامداری را برای شهروندان خود به ارمغان بیاورد. هدف پژوهش حاضر این است که با تحلیل و بررسی کتاب سیرالملوک اثبات کند حقوق عمومی در ایران از یک پشتوانه تاریخی و فلسفی غنی برخوردار است و می‌تواند مؤلفه‌های حکمرانی شایسته (به‌زامداری) را در پرتو مفاهیم حقوق عمومی به‌منصه ظهور بگذارد.

واژگان کلیدی: به‌زامداری، حقوق عمومی، حکمرانی شایسته، دولت‌مدرن، سیاست‌نامه

۱. دیباچه

ابوعلی حسن بن علی بن اسحاق، معروف به «خواجه نظام‌الملک طوسی» کتاب «سیرالملوک» یا «سیاست‌نامه» را در پنجاه فصل نوشته است. خواجه در این کتاب به زبان ساده و نثری روان و دور از صنعت‌پردازی و پیچیدگی‌های لفظی و معنایی، مجموعه‌ای از آداب مملکت‌داری و وظیفه‌های پادشاه را شرح داده است که اگر حاکم، سلطان، پادشاه، امیر، وزیر و مدیر، آنها را به کار بندند، به سعادت دنیا و آخرت دست خواهند یافت. کار مملکت و زمامداری به سامان می‌شود و حکمرانی شایسته محقق خواهد شد.

در واقع، کتاب سیاست‌نامه خواجه نظام‌الملک خلاصه‌ای از اندیشه ایرانشهری است. ایران علی‌رغم پذیرش دین اسلام از سه الی چهار قرن پیش از دوره خواجه طوس، به خلاف دیگر کشورهای اسلامی، نظام اندیشه‌ای خود را از ورای اسلام حفظ کرد و به دوره‌های پس از اسلام انتقال داد؛ مانند حفظ زبان پارسی، این اندیشه تداوم یافته از پیش تا پس از اسلام در ایران را اندیشه ایرانشهری می‌نامند. بدین ترتیب، قدرت اساسی و مترامی که پایه و اساس تداوم ایران بزرگ را ایجاد کرد، اندیشه ایرانشهری است که پشتوانه زبان پارسی نیز قرار گرفته است.

دلیل استناد و انطباق‌سازی سیرالملوک با حقوق عمومی، استفاده از یک مبنای فلسفی ریشه‌دار ایرانی (اندیشه سیاسی ایرانشهری) است، مانند آنچه در کشورهای غربی همچون فرانسه بر مبنای فلسفه یونان و روم استوار کرده‌اند، یعنی خودمان بایستی موضوع^۱ خودمان قرار بگیریم و تاریخ و پشتوانه علمی و فلسفی خود را مبنای علوم حقوقی و سیاسی قرار دهیم و بایستی صرفاً کورکورانه از علوم شرقی و غربی گریز برداری کنیم. البته بایستی دقت کرد که الهام‌بخشی تاریخ یک مفهوم گزاره‌ای، نسبی و موضعی است و برداشتی کلی نیست، یعنی هر آنچه که در تاریخ اجرا شده

1. subject

مطلقاً و لزوماً درست محسوب نمی‌شود. به‌طور کلی، فلسفه حکومت و نهادهای اقتدارگرا، خدمت به مردم است و هر اندیشه‌ای که به‌نحوی از انحاء خدمت‌رسانی به انسان را به خطر می‌اندازد، اندیشه خوبی نیست، چه در قامت یک زمامدار باشد و چه در قالب یک دولت. بنابراین باید دقت شود که صرف‌نظر از هر پشتوانه فکری، قدرت فی‌نفسه فساد می‌آورد و بهتر است برای کنترل آن از خود قدرت استفاده کرد و اصلاح را از بدنه حکومت و اطرافیان حاکم آغاز نمود، آنچنان که چنین برداشتی مد نظر خواجه هم بوده است.

خواجه نظام‌الملک طوسی این کتاب را در دو بخش پدید آورده است؛ بخش نخست که شامل ۳۹ فصل است و بخش دوم که ۱۱ فصل را در بر می‌گیرد و با توجه به لحن گله‌مندانه و شکوه‌آمیز وی در این بخش، به احتمال زیاد آن را در دوران اختلاف با ملک‌شاه سلجوقی نگاشته است. پنجاه فصل «سیرالملوک» درباره موضوع‌های گوناگونی است؛ از به‌دادرسی نشستن پادشاه و برگزاری مجلس عدل و مشورت گرفتنش از پیران و زیرکان گرفته تا چگونگی فراهم آوردن لشکر از اقوام گوناگون و فرستادن پیک و جاسوس به گوشه و کنار مُلک و شتاب نکردن در کارها و راندن حکم و فرمان و ساخت سلاح و چگونگی رفتار با پاسبانان و حق‌گزاری خدمتکاران. در این کتاب از به‌کار بستن دین و شریعت در حکمرانی نیز سخن رفته و نیز به چگونگی نظارت پادشاه بر کار قاضی، خطیب، داروغه، وزیر، کارگزاران حکومت، غلامان، ندیمان و لشکریان نیز پرداخته شده است.

سیاست‌نامه در واقع اندرزنامه‌ای است برای هر شخص که مدیریت و مسئولیتی برعهده دارد و عده‌ای زیر دست او کار می‌کنند و فرمان می‌برند؛ خواه این فرد، پادشاه باشد، خواه فرمانده، وزیر و مدیر. به‌طور کلی، شیوه کار خواجه در ترتیب دادن «سیرالملوک» بدین گونه است که در هر فصل ابتدا به بیان دیدگاه خود درباره موضوع فصل می‌پردازد و ضمن آوردن پند و نصیحت، گاه به آیه و حدیثی استناد می‌کند؛ گاه

حکایتی کوتاه برای فهم مطلب می آورد و گاه نیز داستانی مفصل و اغلب تاریخی می آورد تا گواهی باشد بر تأیید آنچه در آغاز و ضمن فصل مطرح کرده است. خواجه در این کتاب صرفاً به مباحث نظری نمی پردازد بلکه به امور واقعی که می تواند بنیاد یک حکومت قرار بگیرد، اشاره می کند و غالب حجم کتاب، حکایاتی است که مؤلفه های دولت مدرن و حکمرانی شایسته را آشکار می سازد.

۲. پیرابند

الف - اندر مظالم نشستن پادشاه و عدل و سیرت نیکو ورزیدن

خواجه نظام الملک طوسی در فصل سوم سیاست نامه تصریح می کند که شخص پادشاه (زاممدار) بایستی هفته ای حداقل دو روز در عدالت گاه (دادسرا) با مردم بدون وجود واسطه (شخص ثالث) ملاقات کند و از نزدیک عرض حال آنها را بشنود و بینشان دادورزی عادلانه کند که اگر این روش مملکت داری در کشور نهادینه شود، همه ستمکاران از عقوبت (مجازات) بترسند و احساس عدالت، امنیت و نظم در جامعه اشاعه پیدا می کند. به طور مثال، پادشاه (رهبران جامعه) بایستی در مکان مخصوص (اتاقک یا سکوی) بلندی در بین مردم و بدون وجود پرده و حاجب و ظالمان و کسانی که فکر بدی دارند و مردم را از حضور در پیشگاه زمامداران باز می دارند، حضور پیدا کند و داد هر یک از مردمان را بدهد. این به سبب آن است که اگر زمامداران کشور دائماً در قلعه یا کاخ خود سکونت کنند، مغرضین و ستمکاران اجازه دیدار مردم و رفع تظلمات آنها را نمی دهند.

ب - پادشاه عادل

خواجه با اثرپذیری از نظریه پادشاهی ایران باستان، مشروعیت و قدرت پادشاه (حاکم) را ناشی از تأییدات الهی می دانست. وی در فصل نخست می نویسد: «ایزد تعالی، اندر هر عصری یکی را از میان خلق برگزیند و او را به هنرهای پادشاهانه ستوده آراسته گرداند

و مصالح جهان و آرام بندگان را بدو باز بندد و در فساد و آشوب و فتنه بدو بسته گرداند و هیبت و حشمت او در دل‌ها و چشم خلایق بگستراند تا مردمان اندر عدل او روزگار می‌گذرانند، و ایمن می‌باشند و بقای دولت او می‌خواهند».

خواجه در فصول بعدی کتاب به کرات به لزوم عدل‌گستری شاهان و رسیدگی به کار عاملان حکومتی همچون وزرا یا اهمیت خطیر قضاوت و ... اشاره دارد. برای مثال، خواجه در فصل ششم که به امر قاضیان و خطیبان و محتسبان اشاره دارد با ذکر حکایتی از شیوه دادرسی پادشاهان عجم، از زبان مَلِک به موبد می‌آورد: «هیچ گناهی نیست نزدیک خدای تعالی بزرگ‌تر از گناه پادشاهان و حق گزاردن ایشان نعمت ایزد تعالی را نگاه داشتن رعیت است و داد ایشان دادن و دست ستمکاران از ایشان کوتاه کردن. پس چون شاه بیدادگر باشد لشکر همه بیدادگر شوند و خدای را فراموش کنند و کفران نعمت آرند».

پ- اندر قاضیان و خطیبان و محتسب و رونق کار

خواجه در فصل ششم از «سیاست‌نامه» به چگونگی رفتار پادشاه در قبال قاضیان و خطیبان پرداخته است. او با توجه به اهمیت فراوان منصب قضاوت و مقام داوری، در آغاز این فصل نصیحت می‌کند که پادشاه (حاکم) باید از احوال تک‌تک قاضیان مملکت آگاه باشد و نیز ادامه می‌دهد: «و هر که از ایشان [یعنی قاضیان] عالم و زاهد و کوتاه‌دست‌تر باشد، او را بر آن کار نگاه دارند و هر که نه چنین بود، او را معزول کنند و دیگری را که شایسته باشد بنشانند و هر یکی را از ایشان به اندازه کفاف او مشاهرت اطلاق کنند [= مقررری ماهانه تعیین کنند] تا او را به خیانتی حاجت نیافتد؛ که [= زیرا] این، کاری مهم و نازک [= ظریف] است، از بهر آنکه ایشان بر خون‌ها و مال‌های مسلمانان مسلط‌اند. چون به جهل و طمع یا به قصد [= غرض] حُکمی کنند، بر حاکمان دیگر لازم شود آن حکم بد را امضاء کردن و معلوم پادشاه گردانیدن و آن کس را معزول کردن و مالش دادن [= تنبیه کردن]». خواجه گرچه پادشاه را هشدار می‌دهد که

نسبت به کار قاضیان سخت گیر باشد، از سوی دیگر نیز سفارش می کند که همه گماشتگان باید پشتیبان قاضی باشند و حکم او را محترم بشمارند و اگر قاضی حتی فردی از صاحب مقامان را احضار کرد و او نیامد، گماشتگان قاضی باید او را به زور در محکمه حاضر کنند.

خواجه همچنین اشاره می کند که کار قضاوت را پادشاه (زامدار)، خود خویشتن باید سامان دهد و در مجلس دادخواهی بنشیند و ادعای طرفین دعوا را بشنود و بین آنان حکم کند، اما در صورتی که پادشاه، زبان تازی (عربی) نداند و یا به احکام شریعت آشنایی کافی نداشته باشد، نیاز به تعیین نایبانی برای خود در امر قضا دارد، که قاضیان، همان نایبان پادشاهند؛ از این رو بر پادشاه واجب است که به ایشان قدرت و اختیار دهد و از آنان حمایت کند و منزلت ایشان را حرمت نهد. علاوه بر این، خواجه اشاره می کند که احوال و اطلاعات قاضیان و داوران را بایستی تمام مردم بدانند تا کسی به حق و مال مردم دست درازی نکند تا اگر شخصی از آنها شایسته نباشد او را عزل کنند و باید به هر یک از مأموران به اندازه ای حقوق داده شود که به طمع خیانت نیفتند و پیش بینی این کارها به دلیل تسلط مسئولین به انفاس و اموال جامعه بسیار حائز اهمیت است.

اگر قاضی حکمی را از روی جهل و اشتباه یا از روی غرضی ناشایست صادر کند بایستی توسط زمامداران کشور عزل شود و این که اگر سنت پیامبر (ص) و عدل نبوی در هر جامعه ای سرمشق حکومت ها قرار بگیرد سبب بقای طولانی مدت حکام خواهد شد. خواجه در پایان این فصل حکایتی جالب از نانوای ویژه سلطان ابراهیم غزنوی و سرنوشت عبرت آموز او نقل کرده که گویای آن است که پادشاه و هر زمامداری باید دادگری را از خود و دربار و اطرافیان خود آغاز کند.

ت- وزیر نیک، پادشاه را نیک نام می گرداند

خواجه نظام الملک در تمام کتاب خویش از اهمیت منصب وزارت و نقش تعیین کننده و تأثیرگذار وزیر در بهبود یا آشفته گی اوضاع حکومت و مردم سخن گفته است. خواجه

درباره اهمیت نقش وزیر در مملکت‌داری معتقد است: «وزیر نیک، پادشاه را نیکوسیرت و نیکونام گرداند و هر پادشاهی که او بزرگ شده است و بر جهانیان فرمان داده است و نام او تا به قیامت به نیکی می‌برند، همه آن بوده‌اند که وزیران نیک داشته‌اند و پیغامبران بزرگ همچنین: سلیمان علیه‌السلام چون آصف برخیا داشت و موسی علیه‌السلام چون برادرش هارون...؛ و از پادشاهان بزرگ، کیخسرو چون گودرز داشت؛ و منوچهر چون سام؛ و افراسیاب چون پیران و یسه؛ و گشتاسب چون جاماسپ؛ و رستم چون زواره؛ و بهرام گور چون روزبه؛ و نوشیروان عادل چون بزرگمهر؛ و خلفای بنی‌عباس چون آل برمک؛ و سامانیان چون بلعمیان؛ و سلطان محمود [غزنوی] چون احمد حسن [میمندی]؛ و فخرالدوله چون صاحب بن عبّاد؛ و سلطان طغرل چون ابونصر کندری تا سنت پیغامبران و سیرت پادشاهان در عالم سمر [= مشهور، معروف، افسانه] شد و مانند این بسیار است».

این مطالب نشان‌دهنده آن است که صلاح و فساد یک مملکت تا چه اندازه به وزیران بستگی دارد. خواجه نظام‌الملک در بخشی از فصل چهارم کتاب خویش، درباره وظیفه پادشاه (زامدار) در نظارت بر کار وزیران و معتمدان خویش آورده است: «و از احوال وزیران می‌باید پرسیدن تا شغل‌ها بر وجه می‌رانند یا نه [یعنی کارها را طبق قاعده انجام می‌دهند یا نه]؛ که [= زیرا] چون وزیر نیک‌روش و نیک‌رأی باشد، مملکت آبادان بود و لشکر و رعایا خشنود و آسوده و با برگ باشند و پادشاه فارغ دل [= آسوده‌خاطر]؛ و چون [وزیر] بد روش باشد، در مملکت آن خلل تولد کند که در نتوان یافت [یعنی آن خلل را نمی‌توان جبران کرد] و همیشه پادشاه سرگردان و رنجور دل بُود و ولایت مضطرب».

خواجه در ادامه این مطلب اندرزگونه، داستانی مفصل از بهرام گور ساسانی و وزیرش (راست روش) آورده است. پس از پایان داستان بهرام نیز دوباره دیدگاه خویش را درباره هوشیاری پادشاه نسبت به احوال کارگزاران طرح می‌کند و می‌گوید: «در همه

وقتی پادشاه را از احوال گماشتگان غافل نباید بود و پیوسته از روش و سیرت ایشان بر می‌باید رسید [= باید زیر نظر داشت]. چون ناراستی و خیانتی از ایشان پدیدار آید، هیچ ابقا نباید کرد؛ او را معزول باید کرد و بر اندازه جرم او، مالش دهد [= تنبیه و مجازات کند] تا دیگران عبرت گیرند و هیچ کس از بیم سیاست [= عقوبت، مجازات]، بر پادشاهان بد نیارد اندیشید [= نتواند فکر بد در سر داشته باشد]. و هر که را [پادشاه] شغل بزرگ [= منصب مهم] فرماید، باید که در سر یکی را بر او مُشرف [= ناظر، خبردهنده و مراقب پنهانی] کند چنان که او [= فرد صاحب منصب] نداند؛ تا پیوسته کردار و احوال او می‌نماید [= باز گو کند] و ارسطاطاليس [= ارسطو] مَلِک اسکندر را چنین گفت که کسانی را که قلم ایشان در مملکت تو روان باشد [= یعنی افراد صاحب منصب] چون بیازردی، نیز [= دیگر] او را شغل مفرمای؛ که او سر با دشمنان تو یکی کند و به هلاکت تو خواهد کوشید».

خواجه همچنين در فصل دهم «سیاست‌نامه» بر لزوم آگاهی پادشاه نسبت به چگونگی کار کردن زیردستان تأکید می‌کند. البته آشکار است که بسیاری از آنچه خواجه در این کتاب، خطاب به «پادشاه» می‌گوید، امروز نیز به کار هر مدیر و رئیس و مسئول و وزیری خواهد آمد و همین «تاریخ مصرف نداشتن» است که این کتاب را برای هر روز و روزگاری، کاربردی و تازه نگاه داشته است. خواجه در فصل دهم سیرالملوک چنین سفارش می‌کند: «واجب است بر پادشاهان از احوال رعیت و لشکر و دور و نزدیک خویش پرسیدن [= تحقیق و تفحص کردن] و اندک و بسیار آنچه رَوَد، دانستن و اگر نه چنین کند، عیب باشد و بر غفلت و ستم‌کاری حمل نهند؛ و گویند فساد و درازدستی که در مملکتی می‌رود، یا پادشاه می‌داند، یا نمی‌داند؛ اگر می‌داند و تدارکی و معنی نمی‌کند، آن است که همچون ایشان ظالم است و به ظلم رضا داده است؛ و اگر نمی‌داند، بس غافل است و کم‌دان و این هر دو معنی نه نیک است [= خوب و پسندیده نیست]. خواجه نظام‌الملک در وصیتنامه‌اش به نقش خطیر خود

(وزارتش) در کار ملک‌داری اشاره و می‌نویسد: «آنچه کرده‌ام در صلاح دولت و مصلحت کافه رعیت، پس از وفات من ظاهر شود. چون تدبیر جهان به دیگری منوط گردد. تقدیر و قیاس و ظن چنان است که هیچکس پس من یک ماه شغل جهان بر نظام راست نتواند راندن».

ث - دین، برادر پادشاهی است

خواجه در فصل هشتم کتاب خود می‌گوید بر پادشاه و زمامدار واجب است که فریضه‌ها و سنت‌ها و فرمان‌های حق تعالی را به جای آورد و به کار بندد و نیز باید عالمان دینی و زاهدان و پرهیزکاران را گرامی بدارد و برای عالمان دین از بیت‌المال مقرری تعیین کند. وی همچنین لازم می‌داند که پادشاه هفته‌ای یک یا دو بار عالمان دین را نزد خویش بخواند و از آنان فرمان‌های الهی و تفسیر قرآن و حدیث بشنود که اگر پیوسته چنین کند، این شیوه به عادت وی بدل شود. وی می‌گوید: «و نیکوترین چیزی که پادشاه را باید [یعنی برای پادشاه ضروری است]، دین درست است؛ زیرا که پادشاهی و دین دو برادرند. هر گاه که در مملکت اضطرابی پدید آید، در دین نیز خلل آید، بددینان و مفسدان قوت گیرند؛ و هر گاه که کار دین با خلل باشد، مملکت شوریده بُوَد و مفسدان قوت گیرند و پادشاه را بی‌شکوه و رنجه دل دارند و بدعت آشکارا شود و خوارج زور آرند ... اردشیر [= اردشیر بابکان، پادشاه ساسانی] گوید: هر سلطانی که توانایی آن ندارد که خاصگیان خویش را به صلاح باز آوردی، باید دانست که هرگز او عامه و رعیت را به صلاح نتواند آورد، و در این معنی حق تعالی می‌فرماید: «وَ أَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ» [و خویشاوندان نزدیکت را بیم ده ^۱].»

ج - نباید کاری کرد که حرمت فرمان و نامه پادشاه شکسته شود

خواجه در فصل یازدهم کتاب خویش اشاره می‌کند که نامه (دستور) شاهانه دارای قدر

و ارزش است؛ ولی اگر این نامه‌نگاری‌ها از حد بگذرد، ارزش نامه و فرمان‌های پادشاه (زاممدار) از میان خواهد رفت: «نامه‌هایی که از درگاه نویسند بسیاراند و هرچه بسیار شود، حرمتش برود [= از میان می‌رود]. باید که تا مهمی نشود، از مجلسِ عالی [= دربار پادشاه] چیزی ننویسند و چون بنویسند، باید که حشمتش چنان بُود که کس را زهره آن نباشد [= جرأت نداشته باشد] که آن را از دست بنهد تا فرمان را پیش نبرد و اگر معلوم گردد که کسی بر فرمان به چشم حقارت نگریسته است و اندر قیام کردن [یعنی طبق فرمان عمل کردن] به سمع و طاعت کاهلی کرده است، او (آن کس) را مالش بلیغ دهند [= مجازاتِ سخت کنند] اگرچه از نزدیکان بُود».

چ - پادشاه نباید به اندک خطایی خدمتگزاران خود را بری حرمت کند

بارها پیش آمده که افرادی به مقام و منصبی عالی می‌رسند، اما پس از مدتی بر اثر خطایی ناچیز یا اختلاف نظر با مقام مافوق خود، به یکباره از اوج عزت به حضيض ذلت می‌افتند و از آن پس روزگار در دلشکستگی و بی‌حرمتی سپری می‌کنند. خواجه طوس، پادشاه (زاممدار) را برحذر می‌دارد که بزرگان و برکشیدگان یا پرورش‌یافتگان بارگاه را به سهو و خطایی عتاب شدید کند. وی در فصل سی و سوم کتاب در این باره می‌گوید: «کسانی را که برکشند و بزرگ گردانند، اندر آن روزگاری بسیار رنج باید برد و چون وقتی ایشان را خطایی افتد، اگر آشکارا با ایشان عتاب رود، آب ریختگی [= هتک حرمت و بی‌آبرویی] حاصل آید؛ و به بسیار نواخت و نیکویی آن حال باز جای خویش نیاید [= جبران نمی‌شود]. اولی‌تر [= سزاوارتر] آن باشد که چون کسی خطایی کند، در حال اغماض [= چشم‌پوشی] کرده آید و او را بخوانند و بگویند «چنین کردی و ما از بهر آن تا [= که] برآورده خویش را فرو نیاریم و برکشیده خویش را نیافکنیم، از سر آن درگذشتیم». پس از این خود را نگاه دار و نیز [= دیگر] چنین دلیری [= گستاخی] نکنی که از پایگاه و حشمت بیفتی و آنگاه آن کرده‌تو باشد نه آن ما». از طرف دیگر، خواجه بر لزوم حق‌شناسی پادشاه (زاممدار) نسبت به خدمتگزاران

نیک و شایسته خویش تأکید می‌کند و در فصل سی و ششم می‌گوید: «هر که از خدمتکاران خدمتی پسندیده کند، باید که در وقت نواختی یابد و ثمرات آن بدو رسد؛ و آن که تقصیری [= کوتاهی] کند بی‌ضرورتی و سهوی، آن کس را به اندازه گناه، مالشی [= تنبیه و سیاست] رسد تا رغبتِ بندگان در خدمت زیادت گردد و بیم گناهکاران بیشتر می‌شود [= شود] و کارها بر استقامت می‌رود [= رود]».

ح- اندر نکوهش دو شغله بودن

پدیده شوم دو یا چند شغله بودن برخی افراد و صاحب منصبان، به امروز و این روزگار اختصاص ندارد؛ گویا از گذشته‌های دور تاکنون این آفتِ مُلک و حکومت وجود داشته است؛ به گونه‌ای که در بسیاری از دولت‌ها و حکومت‌ها، همواره افرادی دو یا چند شغل داشته‌اند و عده‌ای که اغلب فاضل و با تدبیر و توانمند بوده‌اند، هیچ شغلی نداشته‌اند و به ناچار روزگار به بیکاری و عاطلی در کنج عزلت می‌گذرانده‌اند. خواجه نظام‌الملک نیز که از این «دو شغلگی‌ها» و «چند شغلگی‌ها» ناخرسند بوده در فصل چهل و دوم کتاب خویش آورده است: «پادشاهان بیدار و وزیران هشیار به همه روزگار دو شغل، یک کس را نفرمودندی تا کار ایشان به نظام و رونق بودی، از بهر آنکه چون دو شغل یک کس را فرمایند، همیشه از این دو (شغل) یکی با خلل بود یا به تقصیری راه یابد [= دچار سستی و کوتاهی]؛ و چون نیک نگاه کنی، هر آن کس که او دو شغل دارد، همواره هر دو شغل بر خلل باشد و او مقصّر و ملامت زده؛ و فرمایند [= کارفرما، مقام مافوق] متشکّی [= گله‌مند] و رنجور دل و هر آن گاه که وزیر بی‌کفایت باشد و پادشاه غافل، نشانش آن باشد که یک عامل [= کارگزار دولت، والی، حاکم] را از دیوان، دو عمل [= شغل و منصب] فرمایند یا سه و پنج و هفت؛ و امروز مردم [= شخص، فرد] هست که بی‌هیچ کفایتی که در او هست [= باشد]، ده عمل دارد و اگر شغلی دیگر پدیدار آید هم بر خویشان زند و اگر سیمش بذل باید کرد، بذل کند و بدو دهند [یعنی اگر شغل تازه‌ای هم پیدا شود، باز طمع دارد که آن را هم نصیب خود کند

و در این راه پول خرج می کند تا آن مقام هم را به او بدهند] و اندیشه آن نکنند که این مرد اهل این شغل هست یا نه، کفایتی دارد یا نه، در دبیری و تصرف و معاملات راهی برد یا نه؛ و چندین شغل که در خویشتن پذیرفته است به سر تواند برد یا نه؟ و باز مردان کافی [= با کفایت] و شایسته و جلد [= زرننگ، چالاک] و معتمد و کارها کرده، محروم گذاشته اند».

خواجه این چندشغله بودن مأموران و کار گزاران را به بی کفایتی مقام بالادست آنان نسبت می دهد و با سوز دل بیان می کند: «و هر گاه که مجهولان [افراد شناخته نشده] و بی اصلان [= افراد بی ریشه و هویت باخته] و بی فضلان را عمل فرمایند [منصب و مقام دهند]؛ و معروفان و فاضلان و اصیلان را معطل [= بی کار] و ضایع بگذارند و یکی را پنج شغل فرمایند و یکی را یک عمل نفرمایند، دلیل بر نادانی و بی کفایتی وزیر باشد. پس اگر وزیر، کافی [= با کفایت] و دانا نباشد، علامت آن بود که زوال ملک و دولت و فساد کار پادشاه می طلبد و بدترین دشمنان است، از جهت آنکه چون ده عمل یکی مرد را فرمایند و نه مرد را یک عمل نفرمایند، در آن مملکت مردمان معطل و محروم بیش از آن باشند که مردم با عمل؛ چون چنین باشد، این بیکاران همکاری کنند و باشد که این کار در توان یافت و باشد که در نتوان یافت [یعنی اگر کار بدین جا رسد، شاید بتوان آن را جبران کرد و شاید دیگر نتوان جلو آن را گرفت]».

۳. استنتاجات پیرامون مؤلفه‌های حکمرانی شایسته در ایران بزرگ بر فراز اندیشه‌های سیاسی - حقوقی وزیر مقتدر و دانشمند ایرانی خواجه نظام الملک طوسی

۱. برقراری عدالت به معنای راست گفتاری و راست کرداری کردن حکام، اعتدال و میانه‌روی در مدیریت، توزیع عادلانه ثروت بین شهروندان، رعایت اصل تناسب جرم با مجازات، قرار دادن هر چیز در جای خویش و رعایت اهلیت، شایستگی، نفی

چندشغله بودن و نفی درگیر شدن در جبهه‌های کاری مختلف، رعایت اصل برابری و منع تبعیض بین مردان و زنان در توزیع مسئولیت‌های حکومتی، شایسته‌سالاری و پرهیز از سفارشی شدن مناصب، پرهیز از شتابزدگی یا سستی در اتخاذ تصمیمات، حفظ نظام سلسله‌مراتبی، مقابله با زیاده‌خواهی اطرافیان و جلوگیری از جابجایی طبقه بزرگان و عالمان با فرومایگان و ظالمان است و اینکه پادشاه یا حاکم بایستی تمام مردم (عام و خاص) را به یک چشم بنگرد و تبعیضی میان ایشان قائل نشود، زیرا قانون برای همه است و حکومت واسطه‌ای است بین شهروندان و حاکمان که آنها را با همدیگر مرتبط می‌سازد و اجرای قانون و حفظ حق‌ها و آزادی‌های عمومی را بر عهده می‌گیرد.

۲. عدالت بایستی قابل دسترسی باشد، یعنی دسترسی به عدالت اساسی، اداری، قضایی و عادی باید آسان باشد و این که مصلحتی بالاتر از عدالت نیست. بقای مملکت به عدل است و ویرانی آن به ظلم آنچنان که خواجه نظام‌الملک با ذکر روایتی از پیامبر اسلام (ص) اذعان می‌دارد: «الْمُلُكُ يَبْقَى مَعَ الْكُفْرِ وَلَا يَبْقَى مَعَ الظُّلْمِ» و به معنای آن است که: «ملک با کفر بپاید و با ظلم نپاید». لذا اهداف یک حاکم عادل عبارتند از: کشورداری بر مبنای فرامین الهی، زنده کردن سنت‌های درست دینی و تاریخی، نگاه امانتی داشتن به حکومت و کوتاه کردن دست ستمکاران از امور مردم.

۳. حاکم و زمامدار باید صداقت داشته باشد و به وعده‌هایش عمل کند یعنی انسان بایستی بتواند به آن چیزی که می‌گوید، پایبند باشد، زیرا فرجام پیمان‌شکنی چیزی جز تباهی حاکم و حکومت نیست. آنچنان که امروزه نیز اصل انتظار مشروع، جایگاه ویژه‌ای را در نظام‌های حقوقی جهان پیدا کرده است.

۴. توجه حاکم به اصل حاکمیت قانون، برپایی نظم قانونی و تقویت قانونمداری و انضباط اداری و ایستادگی در برابر بی‌قانونی و هرج و مرج ناشی از آن و انجام بازننگری جدی در قوانین خصوصاً قانون اساسی جهت ایجاد تحول جدی در نظام

حقوقی و سیاسی و پیش‌بینی و اتخاذ راهکارهای بهینه مانند تفکیک و کنترل قوا از طریق ایجاد هماهنگی بین آنها به وسیله تأسیس سازمان‌های میان‌قوه‌ای یا حذف ارکان اضافی و سازمان‌های با وظایف موازی.

۵. تقویت شریعت، عفت و امنیت در دستگاه‌های دولتی و جامعه که سبب اجتناب از ظهور نشانه‌های فتنه و اضطراب در مملکت و جلوگیری از نزول بلایای آسمانی می‌شود و برپایی اقتداری که معطوف به تأمین امنیت فراگیر در تمامی زمینه‌های جسمی و روحی و مادی و معنوی باشد.

۶. پادشاه یا حاکم باید منطبق با پایین‌ترین سطح اجتماعی، زندگی کند چون ممکن است فردی در گوشه‌ای از مملکت اسلامی باشد که گرسنه بخوابد و بایستی قدرت و ثروت در پیش چشمش بی‌ارزش باشد.

۷. استفاده از روش خردپروری (عقلانیت) در زمامداری جهت نیل به حکمرانی شایسته و استفاده از تجارب و معلومات انسان‌های عاقل و عالم و واگذار کردن کارهای بزرگ به انسان‌های بزرگ و توجه به این نکته که هر چه دانش و تجربه مسئولی بیشتر باشد به همان میزان هم عقلانیت او بیشتر است. همان‌گونه که پایه و اساس حکومت بر عدالت استوار است، پایه و اساس انسانیت نیز بر عقلانیت استوار شده است، هم عقل نظری (منشأ ادراک) و هم عقل عملی (منشأ تحریک). همچنین بایستی به‌طور پیوسته یکسری اصلاحات سیاسی با تکیه بر شجاعت و شرافت بیان و سخنان سنجیده و عقلانیت انجام شود.^۱

۸. مشورت خواهی از شهروندان از طریق سازمان‌های مردم‌نهاد (سمن) و سازمان‌های عدم تمرکز مانند شوراهای محلی در راستای حکمرانی شایسته جهت استخراج افکار

۱. در حدیثی از پیامبر اسلام (ص) آمده است: «قَوْمُ الْمَرْءِ عَقْلُهُ وَلَا دِينَ لِمَنْ لَا عَقْلَ لَهُ» و بدین معناست: «اساس موجودیت انسان، عقل اوست و آن کس که عقل ندارد دین ندارد» (کنزالفوائد، ج ۲، ص ۳۱).

- دیگران و بهترین آنها را برگزیدن و آشکار کردن مواضع خطای زمامداران و مستحکم‌تر کردن پایه‌های به‌زمامداری بر مبنای وفاق اجتماعی.
۹. توجه ویژه به دین و فرهنگ جهت آشکارسازی و تمییز ارزش‌ها و ضد ارزش‌ها و تربیت انسان‌های کامل و خودباور خصوصاً از طریق گسترش آموزش و پرورش جهت‌دهی شده منطبق با قرآن مقدس همراه با حفظ سنت‌های باستانی به دور از بدعت و مهم‌تر از همه پذیرش تمام نژادها، اقوام، ادیان، احزاب و عقاید مختلف جهت ورود به نردبان قدرت در راستای اجرای بهینه دموکراسی در قالب حکمرانی شایسته.
۱۰. تبیین شیوه‌های عملی حکمرانی شایسته در بدنه حکومت و جامعه مانند ستایش امانتداری، نقدپذیری و افزایش آستانه تحمل حکومت، نفی ریاکاری و چاپلوسی، همسانی گفتار و کردار، برخورد با اندیشه‌های ویرانگر، کنار نهادن انتظارات بی‌جا، اعتمادسازی بین مردم و دولت و همسو شدن با اندیشوران و دانش‌پژوهان.
۱۱. افزایش نظارت و کنترل حکام و زمامداران بر حوزه عمومی از طریق نهادهای غیرقضایی مانند پلیس اداری و آمبودزمان و ایجاد نظام تکافل اجتماعی و تعادل اجتماعی و در پیش گرفتن سیاست فقرزدایی در جهت آبادی کشور و سعادت‌مند کردن انسان‌ها، کنترل فساد (اختلاس، رشاء، ارتشا و...) و پیش‌گیری از انحصار و احتکار در کشور.
۱۲. اگرچه خواجه نظام‌الملک به مسأله تقویت قدرت پادشاه (حاکم) و زمامداری او توجه ویژه‌ای را مبذول داشته است، اما از طرف دیگر، به تعیین حدود و ثغور آن نیز توجه نموده است (یعنی مسأله حد خوردن قدرت که یکی از ویژگی‌های مهم حکمرانی شایسته است)؛ به‌ویژه در بخش‌های عدل و پادشاه عادل و برخورد پادشاه با قاضیان و خطیبان و بری حرمت نکردن خدمتگزاران پادشاه و ... به این موضوع اشاره شده است. همچنین، در قاطبه فصول کتاب سیاست‌نامه به مردم، مردم‌مداری و

رضایت رعیت از کار مملکت‌داری توجه ویژه‌ای شده است (یعنی مسأله شهروندی که یکی دیگر از ویژگی‌های مهم حکمرانی شایسته است). به دیگر سخن، خواه طوس به این بینش رسیده بود که حکومت، امانتی از طرف مردم در دست زمامداران است و هیچ حاکمی به ذات، قدرتی ندارد و منبع مشروعیت و قدرت دولت، مردم و شهروندان هستند.^۱

نتیجه‌گیری

اولین تفاوت بارز دولت مدرن با پیشامدرن از منظر سیاست‌نامه، در مشروط‌نگی اعمال قدرت و حد خوردن قدرت است. به بیان دیگر، هنگامی که اسب سرکش قدرت با مهمیز قانون اساسی رام می‌شود و لگام می‌خورد، آنگاه می‌توان گفت که نشانه‌هایی از حکمرانی شایسته ظاهر شده است. بنابراین اولین چیزی که در یک دولت مدرن رصد و پایش می‌شود، مسأله کیفیت و سازوکارهای محدودسازی قدرت است؛ در هر دولتی که کیفیت حد زدن قدرت، افت پیدا کند، می‌گوییم که شایستگی آن دولت رو به افول نهاده است. یعنی هرگاه علائمی از اعمال شخصی قدرت و اعمال خودسرانه قدرت در دولت - کشوری آشکار شود در آن صورت ما می‌توانیم یک نشانه بیماری را در دولت ببینیم. دولت مدرن (دولت مبتنی بر حکمرانی شایسته)، دولتی است که اعمال قدرت در آن مبتنی بر قوانین و قواعد ازپیش‌تعیین‌شده است و به صورت غیرشخصی اعمال می‌شود.

۱. در گفت‌مان فقهی - سیاسی نیز مطابق قاعده "کلُّ اماره امانة"، حکومت، امانت است و این امانت در مقابل خیانت و همچنین غضب می‌باشد. مودع در این قاعده خداوند است و مستودع، حاکم است و مردم در نقش واسطه و به نوعی مودع نسبی و اختیارات آنها در طول اختیارات خداوند می‌باشد. لذا مشارکت مردم رکنی اساسی در تحقق امانت‌داری مطلوب در حکومت محسوب می‌شود (جهت آشنایی بیشتر با این قاعده فقهی بنگ: ارژنگ اردوان و مطهری‌فرد مرتضی، «قاعده فقهی کلُّ اماره امانة»، فصلنامه حکومت اسلامی، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، دوره ۲۲، شماره ۱، تابستان ۱۳۹۶).

از دیگر نشانه‌های دولت مدرن و به تعبیری مدرنیته سیاسی در سیرالملوک، مسأله شهروندی است. در دولت‌های مدرن، انسان همسان حاکم واقعی در نظر گرفته می‌شود و نسبت حقوقی او با دولت یک نسبت امانی است، یعنی حاکمان واقعی که همین مردم هستند، شهروندانی‌اند که موقتاً از طریق سازوکارهای دموکراتیک، قدرت را باالامانه به دست گروهی می‌سپارند که این گروه به ذات، ناحاکم‌اند، یعنی در مقایسه با مردم و شهروندان، ناحاکم محسوب می‌شوند، زیرا حاکمیت آنان، اصیل نیست. تنها حاکمیتی که پس از وجود حضرت باری تعالی می‌توان به اصالت او حکم داد، حاکمیت مردم (حاکمان واقعی) است. به همین دلیل است که نسبت مردم و حکومت در دولت‌های مدرن و دموکراتیک در ذیل مدرنیته سیاسی، نسبت شهروندی است نه نسبت‌های حاکم و تابع یا ارباب و رعیت.

بنابراین می‌توان گفت، هرگاه که ما در مسیر توانمندسازی شهروندان حرکت می‌کنیم، به معنای آن است که در مسیر تقویت و تحکیم بیشتر حکمرانی شایسته نیز گام برمی‌داریم و هرگاه که مجموعه فعل و انفعالات و یا سازوکارهای حکمرانی و حتی سازوکارهای اجتماعی به سمت تضعیف استعدادها و توانمندی‌های شهروند حرکت کند، به معنای این است که حکمرانی خوب رو به زوال نهاده است. پس اگر ما مفهوم شهروندی را، هم در بعد فردی و هم در بعد اجتماعی آن تقویت کنیم یعنی در مسیر مردم‌سالاری گام برداشته‌ایم. بر پایه این اساس به گمان نگارنده، شناخت این ویژگی‌ها می‌تواند به عنوان یک دسته از شاخصه‌های حکمرانی شایسته به ما یاری برساند.

منابع

۱. اسحاق توسی (خواجه نظام‌الملک طوسی)، ابوعلی حسن بن علی، (۱۳۹۰)، سیرالملوک (سیاست نامه)، تصحیح دکتر محمد استعلامی، چاپ اول، تهران، مؤسسه انتشارات نگاه.
۲. اسحاق توسی (خواجه نظام‌الملک طوسی)، ابوعلی حسن بن علی، (۱۳۹۴)، گزیده سیاست نامه (سیرالملوک)، به انتخاب و شرح دکتر جعفر شعار، چاپ هجدهم، تهران، نشر قطره.

۳. طباطبایی، سیدجواد، (۱۳۹۳)، خواجه نظام‌الملک طوسی: گفتار در تداوم فرهنگی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات مینوی خرد.
۴. گرجی ازندریانی، علی اکبر، (۱۳۹۶)، مبانی حقوق عمومی، چاپ ششم، تهران، انتشارات جنگل.
۵. گرجی ازندریانی، علی اکبر، (۱۳۹۴)، در تکاپوی حقوق اساسی، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل.
۶. گرجی ازندریانی، علی اکبر و الهام بیژن پور، (۱۴۰۱)، حقوق شهروندی: از انسان در بند تا انسان محق، چاپ اول، اردستان، انتشارات مشارق الانوار.

پیشگفتار مترجم

این گفتار ترجمه‌ای آزاد از مقاله «نرم افزار به مثابه کالا»^۱ به قلم سارا گرین و جهانگیر سعیدوف است. مقاله حاضر به بحث پیرامون مفهوم کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی^۲ (۱۹۸۰) و قانون بیع کالا^۳ (۱۹۷۹) می‌پردازد و پذیرش نرم افزار را به عنوان کالایی تحت شمول این دو نظام حقوقی امکان‌سنجی می‌کند. در عرصه تجارت بین‌الملل، نظام معاملات بین‌المللی به سه دسته با محوریت کالا، خدمات و مالکیت فکری تقسیم می‌شود. تفکیک این سه حوزه نیازمند مذاقه جدی در موضوع این معاملات است. یکی از پیش‌نیازهای شناخت نظام معاملات تجاری بین‌المللی، «مفهوم‌شناسی» است. بنابراین وقتی سخن از نظام معاملات تجاری بین‌المللی به میان می‌آید، پایبندی به این تقسیم‌بندی نیازمند تصویر روشنی از سه مفهوم کالا، خدمات و مالکیت فکری است. در تجارت کالاهای سنتی، شناخت مفهوم کالا با دشواری چندانی مواجه نمی‌شد اما با ظهور دسته‌ای از اقلام تجاری در عرصه تجارت بین‌الملل تشخیص‌های مفهومی دشوارتر شد. با پیدایش نرم افزار، انقلابی در مفهوم کالا در عرصه تجارت بین‌الملل رخ داد. تطبیق معیارهای موجود کالاهای سنتی با این پدیده نوظهور، بحث‌های بسیاری را در مجامع حقوقی بین‌المللی برانگیخت که رویکردهای متفاوتی را

1. Green, S. , & Saidov, D. , (2007). Software as Goods. Journal of Business Law, 2, 161- 181.
2. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 (CISG)
3. Sale of Goods Act 1979 (SGA)

برای رفتار با نرم افزار در عرصه تجارت بین الملل موجب شد. چه بسا یکی از دلایل تضارب آرا این باشد که در زمان تدوین قانون بیع انگلستان در سال ۱۹۷۹ و کنوانسیون بیع بین المللی در سال ۱۹۸۰ هنوز صنعت نرم افزار با پیشرفت و تحولی که درست ۱۰ سال پس از آن اتفاق افتاد مواجه نشده بود. گفتار حاضر با بررسی وجوه افتراق نرم افزار از کالاهای سنتی و طرح برخی چالش های موجود در طبقه بندی نرم افزار به عنوان کالا به مفهوم مندرج در کنوانسیون بیع بین المللی و قانون بیع کالا، رویکردی منعطف را در تعیین جایگاه معاملات نرم افزار در حقوق مربوط به بیع کالا برگزیده است.

مقدمه

نرم افزار اصطلاحی است که برای توصیف مجموعه ای از دستورالعمل ها و داده ها (موسوم به برنامه) به کار می رود که به کامپیوترها اجازه فعالیت می دهد. بدون نرم افزار، کامپیوترها حامل های زائدی هستند که قادر به انجام هیچ عملکرد پویایی نیستند. از نقطه نظر قانونی، نرم افزار به دو دلیل عمده قابل توجه است: نخست خصایص منحصر به فرد آن؛ به این معنا که به هیچ کالای مرسوم که قانون با آن آشناست شبیه نیست. دوم، علی رغم این واقعیت که نرم افزار یکی از رایج ترین کالاهای عصر تجاری ماست، هویت قانونی آن به سادگی قابل تشخیص نیست. به عنوان مثال حیرت آور است که حتی ارزشمندترین متون قانونی موجود فقط چند بند به این محصول فراگیر و جایگاه آن در حقوق مربوط به فروش کالا اختصاص داده اند. این موضوع در ترکیب با کمبود نسبی مراجع قضایی مربوطه، به معنای آن است که طرز برخورد قانونی که باید در اختلافات مربوط به نرم افزار اعمال شود روشن نیست. این تردید خود را در این پرسش نشان می دهد که آیا باید نرم افزار را به عنوان کالای موضوع قانون بیع کالا ۱۹۷۹ (SGA) به حساب آورد یا می بایست آن را کالایی مشمول کنوانسیون سازمان ملل متحد برای فروش بین المللی کالا ۱۹۸۰ (CISG) قلمداد کرد؟ هدف از این مقاله ایجاد

وضعیتی برای نرم افزار است که بتواند در شرایط مقتضی به عنوان کالایی تحت SGA و CISG طبقه بندی شود.

مسئله

فقدان شفافیت پیرامون رویکرد قانونی به نرم افزار، هم از نظر مفهومی نامعقول و هم از نظر تجاری نامناسب است. در حال حاضر، نخست طرفین معاملات مربوط به انتقال نرم افزار از پیش بینی پاسخ قانونی به هر مسئله ای که ممکن است با آن مواجه شوند سرباز می زنند، در حالی که قابلیت پیش بینی پاسخ قانونی در قراردادهای مربوط به محصولات متعارف بدیهی به نظر می رسد. مضاف بر این، هیچ دلیل قانع کننده ای وجود ندارد که به واسطه آن بتوان نرم افزار را از حمایت قانونی موضوعات دیگر قرارداد بیع محروم کرد، و به طور فزاینده ای آشکار می شود که شکست حقوق در رویارویی با این مسئله رضایت بخش نیست و مستلزم بررسی است: «در یک قرارداد بیع کالا، مسئولیت اصولاً با جبران خسارت خریدار در مورد انتظارات برآورده نشده همراه است».

عموماً انتظارات خریداران نرم افزار مشابه انتظارات خریداران کالاهای متعارفی است که حقوق با آنها سازگارتر است. امتناع از طبقه بندی نرم افزار به عنوان «کالا» بر به رسمیت نشناختن لزوم حمایت از این انتظارات مؤثر است. عملکرد قانون فروش کالا و قانون فروش و عرضه کالا ۱۹۹۴^۱ به گونه ای است که ضمانت های قانونی را برای کسانی که به منظور خرید «اموال منقول جز حق موضوع دعوی^۲ و پول» قرارداد می بندند فراهم می کند. این که آیا چنین تعریفی نرم افزار را دربرمی گیرد یا نه، به طبقه بندی آن به عنوان یک کالای شخصی متمایز از حق موضوع دعوی وابسته است. این سؤال پرسشی تفسیری در حوزه حقوق عرفی است، اما حقوق عرفی پاسخی ساده به دست نمی دهد. همین وضعیت تا حدودی در متن CISG نیز به چشم می خورد. اگرچه پرسش از

1. Sale and Supply of Goods Act 1994 (SSGA)
2. Things in Action

کالابودن نرم افزار مطابق CISG نسبت به حقوق عرفی انگلستان در موقعیت های بیشتری مطرح شده، اما کماکان حل نشده باقی مانده است. یکی از دلایل این امر این است که هیچ یک از این رژیم ها با نگاهی به معاملات حاکم بر نرم افزار توسعه نیافته اند. دلیل دیگر این است که اهمیت تجاری و اجتماعی نرم افزار چنان رشد سریعی داشته که از تحولات هم ارز آن در شناسایی حقوقی تکنولوژی های مرتبط با آن پیشی گرفته است.

نمی توان و نباید انکار کرد که نرم افزار پدیده ای منحصر به فرد است؛ بنابراین تلاش برای شناخت ماهیت آن از طریق قیاس با مفاهیم موجود همواره سودمند نیست. بنابراین به منظور یافتن علاج حقوقی مناسب برای نرم افزار، لازم است در طبقه بندی حقوقی یا معیارهایی که در رابطه با این طبقه بندی به کار می بریم بازنگری شود. بحثی که در ادامه می آید نشان می دهد که در تعیین مناسب ترین طبقه بندی یک محصول، شناخت زمینه ای که در آن محصول مورد بررسی قرار می گیرد تا چه اندازه حائز اهمیت است، و قابلیت محصول در آن زمینه اغلب بیش از ویژگی های ذاتی آن محصول موضوعیت دارد.

«کلمه «کالا» دلالتی بسیار کلی و نامعین دارد و اصولاً مفهوم آن از زمینه ای که در آن به کار می رود به دست می آید». ناکامی در تشخیص مفهوم کالا، شکست در تمیز میان ماهیت بالقوه متفاوت منافع کالاهایی است که هر کدام مستلزم رفتار قانونی مختص خود هستند. به عنوان مثال، پول در رایج ترین و شناخته شده ترین شکل خود، واسطه ای برای مبادله است و بنابراین نمی تواند موضوع قرارداد بیع باشد. با این حال، تنها زمانی از محدوده «کالا» خارج می شود که به پول رایج تبدیل شود. هنگامی که پول برای ارزش ذاتی (نه ارزش اعتباری) خود نگهداری و مبادله می شود می تواند حتی به عنوان یک اسکناس یا سکه فیزیکی، مشابه کالا عمل کند. این مثال ساده نشان می دهد که چگونه طبقه بندی حقوقی به ملاحظات زمینه ای وابسته است و همین راه گشا خواهد بود.

روش‌شناسی

بررسی SGA و CISG به چند دلیل حائز اهمیت است. نخست این که هر دوی آن‌ها بر محیط حقوقی بین‌المللی اثرگذار هستند و با توجه به اهمیت نرم‌افزار در اقتصاد امروز، ضروری است که در خصوص طرز عمل این رژیم‌ها با نرم‌افزار شفافیت و صراحت وجود داشته باشد. دوم، علی‌رغم این واقعیت که انگلستان CISG را تصویب نکرده است، آگاهی از تحولات مربوط به آن برای جامعه تجاری انگلیسی سودمند است زیرا ممکن است بازرگانان بریتانیا خود را ملزم و مقید به آن ببینند و نیز گاهی دادگاه‌های بریتانیا موظف به اعمال CISG شوند. دلیل سوم، پیوند بین تحولات داخلی و بین‌المللی است که به درستی به عنوان «هم‌زیستی» توصیف شده است، و بنابراین ممکن است نکاتی ارزشمند در هر دو سیستم برای آموختن از هم وجود داشته باشد.

در تلاش برای شناسایی مفهوم حقوقی قرارداد بیع کالا که این آشفتگی را در رابطه با نرم‌افزار سبب شده است، لازم است دو ویژگی خود کالاهای یعنی «لموس بودن»^۱ و «منقول بودن»^۲ بررسی شود.^۳ وجود این دو خصیصه به طرق مختلف برای محصولاتی

1. Tangibility

2. Movability

۳. اگرچه CISG تعریفی از مفهوم کالا به دست نمی‌دهد اما در SGA و SSGA به دو رکن «قابل لمس بودن» و «منقول بودن» اشاره شده است. بنابراین با توجه به پیشینه کنوانسیون بیع بین‌المللی، می‌توان این دو معیار را برای کالاهای تحت شمول CISG نیز به کار برد. بنابراین قدرمشترک از کالا، شیء خارجی ملموسی است که قابلیت انتقال نیز دارد. با این توصیف رفتار قانونی مناسب با کالاهایی از قبیل نرم‌افزار که لمس‌پذیری آن‌ها محل تردید است با مشکل مواجه خواهد شد. چراکه نرم‌افزار اگرچه انتقال‌پذیر است اما ملموس نیست و به شکل اطلاعات قابل رویت است. به‌ویژه در خصوص نرم‌افزاری که در هیچ مدیومی ذخیره نمی‌شود این تردید پررنگ‌تر است. به عقیده برخی از حقوقدانان، شاید بتوان در معیار «لمس‌پذیر» تصرف کرد و آن را به معنای قابل درک (Considerability) دانست، زیرا نرم‌افزار اگرچه قابل لمس نیست اما قابل درک است. در صورت پذیرش این استدلال نرم‌افزار نیز به عنوان کالا تحت شمول این قوانین قرار خواهد گرفت (قاسم جعفرزاده. ۱۳۹۹. حقوق تجارت بین‌الملل [یادداشت‌های درس گفتار]. دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق).

که «کالا» به حساب می‌آیند ضروری است. سپس باید قراردادهایی با موضوع نرم‌افزار را مورد توجه قرار دهیم. به نظر می‌رسد این مسئله اغلب به شکل این پرسش مطرح می‌شود که آیا «معاملات نرم‌افزاری» قراردادهای کالا هستند یا خدمات؟ آیا این قراردادها لایسنس هستند یا بیع به حساب می‌آیند؟ به اعتقاد ما چنین رویکردی مفید نیست؛ هیچ دلیلی وجود ندارد که همه قراردادهای نرم‌افزار الزاماً از نوع قراردادهای متداول پنداشته شوند، بلکه قانون باید به منظور شناسایی ماهیت دقیق قرارداد موضوعه و برخورد مناسب با آن مشابه محصولات دیگر، به گونه‌ای منحصر به فرد به متن هر توافق توجه کند. بحث اصلی مقاله حاضر صرفاً این است که امکان دسته‌بندی نرم‌افزار به عنوان کالا وجود دارد و بافتار مقتضی، این چیزی است که باید اتفاق بیفتد.

ملموس بودن

در بعضی از رژیم‌های حقوقی، معیار لمس‌پذیری در تعیین این که آیا شیء مورد نظر کالا است یا خیر، نقشی تعیین‌کننده دارد. اغلب ملموس بودن به عنوان برخوردار از یک شکل مادی یا قابلیت درک شدن توسط حواس تعریف می‌شود. مفهوم «ملموس بودن» نقش مهمی در بحث حاضر ایفا می‌کند و حتی اظهار شده که این معیار مانع طبقه‌بندی نرم‌افزار به عنوان کالا است. مضاف بر این، در پرونده سنت آلبنز علیه شرکت مسئولیت محدود کامپیوترهای انترناسیونال^۱ قاضی ایابن گلایدول^۲ بین نرم‌افزار فی نفسه و نرم‌افزار موجود بر یک دیسک کامپیوتری تمایز قایل شد. به عقیده او در تعریف حقوق موضوعه نرم‌افزار فی نفسه «کالا» به شمار نمی‌روند؛ درحالی که «یک دیسک کامپیوتری که طراحی شده تا در آن برنامه‌ای طراحی و تعبیه شود تا به کامپیوتری که با هدف دستیابی به عملکردهای ویژه کدگذاری شده است آموزش دهد یا آن را توانمند سازد» کالا به حساب می‌آید. پیامد آشکار چنین تصمیمی این است که

1. St Albans DC v International Computers
2. Sir Iain Glidewell

برای اینکه نرم افزار کالا به حساب آید در یک وسیله ملموس گنجانده شود. در مقابل، روشی که دادگاه‌ها و مفسران در تفسیر CISG اتخاذ کرده‌اند به این اندازه قطعی نیست. هیچ متحدالشکل آشکاری وجود ندارد تا نشان دهد آیا دوگانه لمس‌پذیر/لمس‌ناپذیر سنج‌های مناسب است. در یک پرونده دادگاه حکم کرد که نرم افزار سفارشی ساز قابل لمس نیست و بر این اساس تلویحاً بیان کرد که این قسم از نرم افزار، کالا در مفهوم CISG به شمار نمی‌رود. با این حال، دادگاهی دیگر با بیان اینکه مفهوم «کالا» در CISG تمام اقسام ملموس و غیرملموسی را دربرمی‌گیرد که ممکن است موضوع قرارداد بیع بین‌المللی باشد، رویکرد لیبرال‌تری اتخاذ کرد. همین اختلاف نظر درباره این موضوع در مباحث آکادمیک نیز به چشم می‌خورد؛ برخی استدلال می‌کنند که مطابق معیار CISG کالا نباید لزوماً لمس‌پذیر باشد در حالی که برخی دیگر مدعی‌اند که این کنوانسیون تنها ناظر بر کالای ملموس است. سرانجام برخی از مفسران با بیان اینکه CISG عموماً ناظر بر اشیاء ملموس است موضعی نسبتاً مبهم اتخاذ کرده‌اند؛ اما از سوی دیگر پیشنهاد می‌کنند که اصطلاح «کالا» باید به‌طور موسع تفسیر شود تا تمام انواع نرم افزار را دربرگیرد.

تشخیصی مبتنی بر کالا بودن نرم افزار

در پاسخ به این سؤال که آیا این تمایز یعنی دوگانه لمس‌پذیر-لمس‌ناپذیر کمکی به طبقه‌بندی نرم افزار می‌کند یا نه، لازم است معین کنیم که چرا همواره ویژگی ملموس بودن برای کالا دانستن چیزی ضروری است. دلیل این امر شاید وجود این ضرورت باشد که در یک قرارداد بیع مال باید منتقل شود. اغلب نظام‌های حقوقی قرارداد بیع را به‌عنوان توافقی بر انتقال کالا در برابر پولی که معمولاً ثمن نامیده می‌شود تعریف می‌کنند و چنین انتقالی عموماً مستلزم انتقال مالکیت است. اگرچه در مورد کالاهای لمس‌ناپذیر محض، هم در نظام‌های حقوق عرفی و هم در قوانین مدنی،

استدلال می‌شود که تملک چیزی غیر ملموس و انتقال مالکیت آن ممکن نیست، یا چیز غیر ملموس تملک پذیر نیست زیرا نمی‌تواند به‌طور فیزیکی تصرف شود. بنابراین به‌نظر می‌رسد که در واقع نوعی شرط لمس پذیری ضروری است. در هر حال نخستین بحث اصلی ما در موضوع حاضر ضرورت نواندیشی و به‌روز کردن مفاهیم حقوقی لمس پذیری به منظور تطبیق با عصر دیجیتال است.

یک اشتباه اساسی که معمولاً هنگام طبقه‌بندی نرم‌افزار رخ می‌دهد، ترسیم تمایزی کیفی میان سخت‌افزار و نرم‌افزار است؛ در حالی که به‌واقع هیچ تمایز حقوقی قابل استنادی بین آن‌ها وجود ندارد. همان‌طور که در ادامه شرح داده خواهد شد، اجزای سخت‌افزار و نرم‌افزار تنها برحسب اندازه با یکدیگر تفاوت فیزیکی دارند. هر دوی آنها شکلی محسوس دارند اما برخلاف نرم‌افزار، سخت‌افزار به تنهایی با حواس قابل مشاهده است. البته این تفاوت واقعیت ملموس بودن نرم‌افزار را تغییر نمی‌دهد؛ همان‌طور که دیوان عالی لوئیزیانا زمانی آن را به رسمیت شناخت که پذیرفت: «در تعریف لمس پذیر، قابلیت دیده‌شدن محدود به چشم غیر مسلح، اندازه‌گیری وزن منحصر به ترازوی وزن‌کشی و سنجش محدود به یک معیار نیست».

پس از آن‌ها جی^۱ ادعا کرد: «خود نرم‌افزار یعنی نسخه فیزیکی، صرفاً حق یا انگاره‌ای نیست که به‌واسطه شناخت ادراک شود. خریدار نرم‌افزار رایانه‌ای هیچ تمایلی به دریافت دانشی صرف ندارد، بلکه به جای آن ترتیب معینی از موضوع را دریافت می‌کند که باعث می‌شود کامپیوتر او عملکردی مطلوب داشته باشد. این ترتیب از موضوع، که به‌طور فیزیکی در بعضی از وسایل لمس پذیر ثبت شده است، پیکری محسوس را تشکیل می‌دهد».

این جسم محسوس به شکل رشته‌های عظیمی از «بیت‌ها» درمی‌آید. اگر برنامه‌ای به‌طور دائمی روی سی‌دی‌رام ذخیره شود، هر «بیت» با حضور یا غیاب یک حفره بر

1. Hall J.

روی سطح دیسک نشان داده می‌شود. هنگامی که یک برنامه در شکل موقتی خود مثلاً بر هارد دیسک یک کامپیوتر ذخیره شود، به شکل رشته‌ای از سوئیچ‌های مغناطیسی است که در وضعیت «I» یا «O» قرار دارند. حتی در شرایط انتقال الکترونیکی یا دانلود، زمانی که یک برنامه در ناپایدارترین حالت خود قرار می‌گیرد هنوز شکلی محسوس دارد چراکه هم‌چنان به‌عنوان رشته‌ای از پالس‌های الکتریکی وجود دارد. همانطور که ارتباطات الکترونیکی صرفاً گونه‌ای از پیوند سخت‌افزارها است، هر نرم‌افزاری که بر روی کامپیوتر دریافت می‌شود از هیچ‌به‌وجود نیامده است، بلکه از دستگاه دیگری که در جایی دیگر قرار دارد گرفته شده است.

نظر به این که نرم‌افزار از این شکل ملموس برخوردار است، قابلیت انتقال مالکیت و تملک‌پذیری را دارد. در اثبات این ادعا، توجه به این نکته که مفاهیم مال و مالکیت به‌طرز جدایی‌ناپذیری به‌هم پیوند خورده‌اند حائز اهمیت است. همان‌گونه که برایج^۱ شرح می‌دهد: «در حقوق اموال شخصی مالکیت رابطه بین شخص و مال است که هم بر اساس این واقعیت و هم بر قصد محروم کردن دیگران از نظارت مؤثر بر مال پایه‌گذاری شده است».

اگر چیزی تملک‌پذیر نباشد، مالک نمی‌تواند دیگران را از آن محروم کند. نرم‌افزار به‌منظور تملک‌پذیری، باید دو ویژگی خاص را عرضه کند. نخست، مفهوم «انحصاری» مستلزم آن است که نرم‌افزار بتواند تحت کنترل قرار گیرد. نظر به اینکه نرم‌افزار به‌عنوان یک مشخصه فیزیکی بر روی سخت‌افزار وجود دارد، می‌تواند تحت کنترل قرار گیرد و دسترسی انحصاری به آن حفظ شود. دوم، نرم‌افزار باید منقول باشد چراکه در غیر این صورت نمی‌تواند بدون از دست دادن قابلیت تصرف انحصاری منتقل شود.

احتمالاً شکست در تشخیص ماهیت واقعی نرم‌افزار وضعیت ناگواری را رقم می‌زند. در این وضعیت قانون حاکم بر هر معامله به این امر بستگی دارد که آیا نرم‌افزار بر یک

1. M. G. Bridge

دیسک تحویل شده یا به صورت آنلاین دانلود شده است؛ با این که هدف چنین معاملاتی اغلب یک‌سان است. بدون تردید طرفین این معاملات به ویژه کسانی که به عنوان مصرف کننده قرارداد می‌بندند از دانستن اینکه مدیوم منتخب برای تسلیم کالا می‌تواند اثرات قابل توجهی در حقوق قانونی آن‌ها داشته باشد شگفت‌زده خواهند شد. براساس حقوق انگلیسی، در معامله‌ای که تحت عنوان بیع قرار نمی‌گیرد، حقوق و تعهدات طرفین به جای SGA تابع حقوق عرفی است. از سوی دیگر، قراردادی که مطابق CISG بیع محسوب نمی‌شود مستلزم این است که قضاوت و داوران قانون حاکم بر دعوا را تعیین کنند. در هر صورت چنین نتیجه‌ای می‌تواند ناعادلانه و برخلاف انتظارات معقول خریداران نرم‌افزار تلقی شود.

قابلیت انتقال

اموال غیرمنقول تنها در صورتی قابل انتقال هستند که انتقال‌دهنده متصرف انحصاری باقی نماند. مالک آتی نمی‌تواند تا زمانی که تصرف انحصاری ندارد دیگری را از تصرف منع کند. برای این نکته را با مقایسه یک حلقه الماس و اطلاعات نشان می‌دهد: انتقال‌دهنده اطلاعات «اطلاعاتی که مخایره شده را حفظ می‌کند که این امر یکی از ویژگی‌های حق مالکیت یعنی انحصاری بودن آن را انکار می‌کند»، درحالی که «یک حلقه الماس نمی‌تواند هم‌زمان در دست دو مصرف کننده باشد». بنابراین به نظر می‌رسد که قابلیت نقل و انتقال یک محصول شاخص خوبی از قابلیت طبقه‌بندی آن به عنوان کالا به منظور قرارداد بیع باشد.

نرم‌افزار برخلاف حق موضوع دعوی^۱ قابل نقل و انتقال است. حق موضوع دعوی از قبیل کپی‌رایت نمی‌تواند منتقل شود. دارنده کپی‌رایتی که نقض شده، حق انتقال آن به نقض کننده را ندارد. در مقابل، حق شکل می‌گیرد و او را قادر می‌سازد تا اقدام قانونی

1. Choses in Action

انجام دهد. هم چنین قسم دیگری از حق موضوع دعوا مانند «فوت و فن»^۱ برای ساخت یک برنامه، از لحاظ فیزیکی قابل انتقال نیست زیرا اگرچه ممکن است از ذهنی به ذهن دیگر منتقل شود اما به موجب این انتقال منبع خود را ترک نمی کند. یک کپی ساخته می شود اما منشأ و منبع آن همان جا که هست باقی می ماند. آن ها کپی و توزیع می شوند اما منتقل نمی شوند. با این حال جابه جایی یک قطعه نرم افزار از یک سخت افزار به سخت افزار دیگر کاملاً امکان پذیر است. هر چند چنین چیزی می تواند کپی و توزیع شود (اغلب همین طور است)، اما این امر تقریباً در مورد هر مال منقول متعارفی نیز صادق است.

تمایز بنیادی بین چیزهایی که قابل انتقال هستند و آن هایی که قابل انتقال نیستند، امکان حذفشان از منبع شان است. قابلیت انتقال ارتباط مستقیمی با الزام به تسلیم دارد. مطابق SGA «تسلیم به معنای انتقال ارادی مالکیت از فردی به فرد دیگر است» و نیز روشن است که مطابق CISG «تسلیم» اقداماتی را شامل می شود که خریدار را قادر می سازد تا بر کالا سلطه پیدا کند.^۲ این چیزی است که می تواند در رابطه با نرم افزار رخ دهد و یک بار دیگر آن را از حق موضوع دعوی که قابل تسلیم نیست متمایز کند. واضح است که برخورداری از قابلیت تسلیم، خصیصه ای اساسی برای هر کالایی است که موضوع قرارداد بیع قرار می گیرد. چرا که اجرای قرارداد بیع در تسلیم مبیع خلاصه می شود.

از دیگر شاخص های قابلیت نقل و انتقال نرم افزار این است که بدون لحاظ مدیومی که بر آن عرضه می شود، معمولاً به عنوان یک مال مجزا در نظر گرفته می شود. به عبارت دیگر، زمانی که نرم افزار درون شیئی دیگر (مثلاً هارد دیسک یک کامپیوتر)

۱. فوت و فن (Know how) به معنای دانش و آگاهی عملی از چگونگی انجام کاری است.

۲. از منظر شارحان کنوانسیون بیع بین المللی، مفهوم تسلیم این است که فروشنده کالا را در اختیار خریدار قرار دهد. به این معنا که مانعی برای کنترل خریدار بر کالا اعمال نکند.

گنجانده می‌شود این امر به معنای واقعی کلمه الحاق به آن شیء دیگر نیست. هدف این است که نرم‌افزار بتواند به مدیوم خود پیوندد و از آن جدا شود، بدون این که سبب خسارت مادی به شیء میزبان شود.

ماده ۲ قانون تجاری متحدالشکل آمریکا^۱ به صراحت از تعریف «کالا» که در اصطلاح «اموال منقول»^۲ به کار می‌رود فاصله گرفته و این تعبیر را اتخاذ کرده است که «همه چیزهای که در زمان شناسایی برای قرارداد بیع قابلیت انتقال دارند، از جمله کالاهایی که به‌طور اختصاصی ساخته شده‌اند کالا محسوب می‌شوند» و این موضوع حائز اهمیت است. این اشاره صریح به معیار قابلیت نقل و انتقال و شناسایی، به دقت به ویژگی‌های محصولاتی اشاره می‌کند که با این پرسش که «آیا کالا به حساب می‌آیند یا نه»، بیشتر مرتبط هستند.

مطابق CISG اگرچه برای «کالا» دانستن چیزی صراحتاً نیازی به قابلیت نقل و انتقال آن نیست، مفاد مختلف آن نشان می‌دهد که در واقع چنین الزامی وجود دارد. بخش مشابه در SGA عبارت «اموال منقول» را به کار برده و از صراحت کمتری برخوردار است و در نتیجه کمتر سودمند به نظر می‌رسد. با این وجود، در حالی که بعضی از اموال منقول می‌توانند موضوع یک قرارداد بیع را تشکیل دهند بعضی دیگر چنین نخواهند بود. احتمالاً شناسایی آغازین چیزهایی که قانون موضوعه به آن می‌پیوندد، از اشاره به قسمی که پس از آن استثناهایی ایجاد خواهد شد کارا تر باشد. این امر به ویژه در مورد بحث مقاله حاضر صادق است.

تمایز میان کالا و خدمات

برخی استدلال کرده‌اند که معاملات نرم‌افزاری قراردادها برای عرضه خدمات^۳ هستند تا

1. The US Uniform Commercial Code
2. Personal Chattels
3. Supply of Services

فروش کالا، در نتیجه بر تمایزی که توسط بسیاری از نظام‌های حقوقی به رسمیت شناخته شده تکیه می‌کنند. در چنین نظام‌هایی اعمال رژیم‌های حقوقی متفاوت به چگونگی طبقه‌بندی هر قرارداد خاص بستگی دارد. تلاش‌هایی چند برای تبیین تفاوت بین کالا و خدمات صورت گرفته است. به‌عنوان مثال، گفته شده که برخلاف معاملات فروش، قراردادهای خدمات بر اساس رابطه‌ای مستمر و ضرورت همکاری تنگاتنگ و تعامل بین طرفین بنا شده‌اند.^۱ با این حال این دو ویژگی می‌تواند بر معاملات بیعی که در یک دوره طولانی انجام می‌شوند و ممکن است به همکاری متقابل نیاز داشته باشند نیز اطلاق شود.

هم‌چنین استدلال کرده‌اند که خدمات قابلیت ذخیره‌شدن را ندارند، و شاید این نکته تفاوت اصلی بین کالا و خدمات، به عبارت دیگر ماهیت لمس‌ناپذیر خدمات را نشان دهد. ممکن است به دلیل تفاوت در شیوه‌های داد و ستد کالا و خدمات، قانون با آن‌ها در زمینه‌های عملی به گونه‌ای متفاوت رفتار کند. بنابراین در مورد محصولات لمس‌پذیر، تأکید بر خود محصول است «زیرا امکان پیگیری انتقال فیزیکی آن از تولیدکننده به مصرف‌کننده وجود دارد». در مقابل، شاید ماهیت لمس‌ناپذیر خدمات شرح دهد که چرا به جای محصولی که در نتیجه یک خدمت حاصل می‌شود، تأکید بر روش عرضه آن خدمات است.

شاید این واقعیت که انتقال حق مالکیت عنصر اصلی یک قرارداد فروش را تشکیل می‌دهد دلیل دیگر این تمایز باشد. بنابراین معاملات خدمات را نمی‌توان به‌عنوان فروش در نظر گرفت، زیرا همان‌طور که یک خدمت به‌خودی‌خود نمی‌تواند تملک و تصرف شود، انتقال حق مالکیت آن نیز میسر نیست. علی‌رغم این که یکی طرفین مطابق قرارداد خدمت حق قانونی مطالبه اجرای خدمات را دارد، چنین حقی به جای این که در ماهیت خود اختصاصی و مالکانه باشد قراردادی خواهد بود.

۱. آن‌چه غالباً خدمات را از کالا متمایز می‌سازد رابطه زمانی تولید و مصرف و ارتباط لاینقطع میان تولیدکننده و مصرف‌کننده است.

تأثیرات این تمایز

به طور کلی یکی از ویژگی‌های تمایز بین کالا و خدمات این است که تکالیف و مسئولیت‌های بایع و عرضه‌کننده خدمات از هم متفاوت است. در بستر یک قرارداد بیع، مسئولیت مطلق فروشنده او را حتی بدون وجود تقصیر مسئول عیوب کالا می‌سازد. در مقابل، وظایف عرضه‌کننده خدمات معمولاً اعمال یک استاندارد مراقبتی مشخص است. این تمایز می‌تواند ناشی از ماهیت لمس‌ناپذیر خدمات باشد که به تمرکز قانون بر اجرای آن به جای نتیجه آن می‌انجامد. در حالی که اجرای هر خدمت نتیجه‌ای (مانند یک محصول مادی یا اطلاعات) به بار می‌آورد که قانون در عوض می‌تواند بر آن متمرکز شود. بنابراین به نظر می‌رسد که این تمایز یک ضرورت منطقی نیست.

انواع گوناگون معاملات نرم‌افزار

نظر به این که تمایز میان کالا و خدمات هم در حقوق انگلیسی و هم مطابق CISG مقرر شده است، هنوز مسئله چگونگی طبقه‌بندی معاملات نرم‌افزار در رابطه با این تمایز مطرح می‌شود. چنین معاملاتی متنوع هستند و زمانی که یک معامله به طور دقیق به یک خدمت می‌انجامد، اغلب موضوع بحث قرار می‌گیرد. قراردادهای مربوط به نرم‌افزار تنها مثالی دیگر از این موضوع هستند که چگونه «دادوستد کالا به‌طور فزاینده‌ای ویژگی‌های مبادله خدمات را به خود می‌گیرد و بالعکس». بنابراین عدم توافق موجود در خصوص چگونگی توصیف خصایص آنها تعجب‌آور نیست. اگرچه برخی نویسندگان معتقدند که هر معامله نرم‌افزار یک قرارداد خدمت است، اما به نظر می‌رسد امتناع از این تعمیم‌ها و تلاش برای تفکیک روش‌های گوناگون داد و ستد نرم‌افزار، رویکرد بهتری خواهد بود.

نخست، میان قراردادهای نرم‌افزار معمولی و قراردادهای نرم‌افزاری که به طور مشخص برای نیازهای یک مشتری خاص ایجاد شده تمایزی آشکار می‌شود. این تمایز

در متن CISG مورد تأکید قرار گرفته است؛^۱ چنان که مطابق آن برخی از دادگاه‌ها بر این عقیده‌اند که قراردادهای ساخت نرم‌افزار شخصی قراردادهای خدمات هستند، در حالی که قراردادهای نرم‌افزار معمولی بیع به حساب می‌آیند. اگرچه این احکام در نوشته‌های دانشگاهی مورد حمایت قرار گرفته‌اند، اما دیدگاه مؤخر و بهتری وجود دارد که معتقد است تمایز [میان نرم‌افزار معمولی و نرم‌افزار سفارشی] به خودی خود ربطی به این سؤال که آیا یک معامله خاص، قرارداد بیع به مفهوم مندرج در CISG است یا نه ارتباطی ندارد. CISG متضمن قواعد خاصی است که برای پرداختن به این مسئله که آیا قراردادهای ساخت/تولید و خدمات در قلمرو آن قرار می‌گیرند یا نه طراحی شده‌اند؛ بنابراین این احکام به‌جای تمایز فرضی بین نرم‌افزار معمولی و نرم‌افزار سفارشی، باید بر این قواعد متکی باشند.

پاسخ به این سؤال که آیا طراحی نرم‌افزار برای یک مشتری خاص در قلمرو بند (۱) ماده ۳ قرار می‌گیرد یا بند (۲) دشوار به نظر می‌رسد؟ کسانی که احکام پیش‌گفته را تأیید می‌کنند بر این فرض تکیه دارند که معاملات نرم‌افزارهای سفارشی در قلمرو بند (۲) ماده ۳ قرار می‌گیرد. با این وجود، به عقیده ما تا زمانی که بتوان نرم‌افزار را به عنوان محصول «ساخته یا تولیدشده» در نظر گرفت، ماده ۳ (۱) باید اعمال شود. ماهیت این ماده این است که جز در قراردادهایی تأمین کالایی که «بخش عمده‌ای از مواد لازم برای ساخت و تولید» سفارش داده می‌شود، قرارداد یک قرارداد بیع است. با این وجود، این باور که در برخی موارد نادر ممکن است تاثیر متقابل بین بند (۱) و (۲) ماده ۳ وجود داشته باشد صحیح به نظر می‌رسد. به عنوان مثال، در جایی که موادی که توسط

۱. ماده ۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی مقرر کرده است: «کنوانسیون حاضر بر بیع‌های زیر جاری نخواهد بود. الف) بیع کالاهایی که جهت مصارف شخصی، خانوادگی یا استفاده در منازل خریداری شوند، مگر اینکه فروشنده قبل از انعقاد قرارداد یا در زمان انعقاد آن، از اینکه کالاهای مزبور برای مصارف فوق خریداری شده‌اند اطلاعی نداشته یا مکلف نبوده در این مورد اطلاعی داشته باشد. . .»

خریدار تأمین می‌شوند به تنهایی بخشی قابل ملاحظه از مواد لازم جهت ساخت و تولید کالا را تشکیل نمی‌دهد (طبق بند (۱) ماده ۳) و در جایی که خدمات بخش اعظم تعهدات فروشنده را تشکیل نمی‌دهند (جز خدماتی که به فرآورده/محصول ارتباط دارند) (طبق بند (۲) ماده ۳). چه بسا در شرایط استثنایی اختلاط این دو بند سرشت معامله را تا حدی تغییر دهد که خارج از شمول CISG قرار گیرد.^۱

بنابراین پاسخ به این سؤال که معاملات نرم‌افزاری که به منظور رفع نیازهای مشتری ایجاد شده یک قرارداد بیع تحت CISG است یا نه، به واقعیت‌های هر پرونده خاص بستگی دارد. اگرچه موضع حقوق عرفی انگلستان کاملاً صریح نیست (و توصیف قرارداد در آن به اندازه CISG حائز اهمیت نیست)، با این وجود به نظر می‌رسد در نظر گرفتن معامله نرم‌افزار سفارشی به عنوان قرارداد بیع نیز مشروط به شرایط هر پرونده معین است. به عنوان مثال، اکنون به طور گسترده پذیرفته شده است که [پاسخ به] این سؤال که یک قرارداد، معامله کار و مواد به حساب می‌آید یا قرارداد بیع کالا، با رجوع به «ماهیت قرارداد» تعیین می‌شود و این پاسخ ممکن است بر اساس ارزیابی مقایسه‌ای ارزش یا اهمیت نسبی کار و مواد اتخاذ شود. پس به نظر می‌رسد تقسیم نرم‌افزار بر اساس تمایز بین تولید انبوه و نرم‌افزار سفارشی به دسته‌های مجزا، لزوماً از معیار «ماهیت قرارداد» پیروی نمی‌کند و اگر بر آن تکیه شود به طرز غیرموجهی معیار مذکور را محدود می‌کند.

ثانیاً تحویل نرم‌افزار اغلب با خدمات پشتیبانی متعددی از قبیل پشتیبانی نصب، پشتیبانی سیستم، خدمات پشتیبانی برنامه و آموزش همراه است. مطابق CISG چنین

۱. ماده ۳ کنوانسیون بیع بین‌المللی مقرر کرده است: «۱. قراردادهای ناظر به تهیه کالائی که باید ساخته یا تولید شود، بیع محسوب می‌شوند، مگر اینکه سفارش‌دهنده تهیه قسمت عمده مواد لازم جهت ساخت یا تولید آن کالا را تعهد نموده باشد. ۲. قراردادهایی که در آن‌ها قسمت اعظم تعهدات طرفی که کالا را تهیه می‌کند ناظر به ارائه نیروی کار یا خدمات دیگر باشد، مشمول مقررات این کنوانسیون نخواهد بود»

قراردادهایی تا زمانی که شامل تولید/ساخت نرم افزار نباشند، و مشروط بر اینکه خدمات یا کار «قسمت عمده تعهدات طرفی که کالا را تهیه می کند» تشکیل ندهد قرارداد فروش هستند. بار دیگر پاسخ حقوق عرفی به حاصل معیار «ماهیت قرارداد» بستگی خواهد داشت. با این حال، گفته شده است که اگر در یک قرارداد بخش های خدمات و کالا تفکیک پذیر باشد، ممکن است رژیم های حقوقی مختلفی بر بخشهای «خدمات» و «کالا» در آن قرارداد حکومت کنند.

ثالثاً برخی قراردادها ممکن است شامل حق استفاده از محتوای پایگاه داده به صورت آنلاین باشند؛ مانند قراردادهایی که با وستلا^۱ یا لکسیس نکسیس^۲ منعقد شده است. برخی از مفسران معتقدند که چنین معاملاتی می توانند بیع قلمداد شوند. اما برخی دیگر بر این باورند که در این فرض که هیچ توافق نامه لایسنسی^۳ در کار نباشد، بیشتر محتمل است که چنین معاملاتی خدمات تلقی شوند. اگرچه به عقیده ما این وضعیت پیچیده تر است؛ چراکه ممکن است چنین معاملاتی هم شامل کالا و هم خدمات باشد. از نقطه نظر ما یکی از دلایل اساسی تفکیک کالاهای لمس پذیر از لمس ناپذیر، این تمایز است که قسم اخیر نمی توانند تصرف شوند و در نتیجه قابل کنترل نیستند. اگر این شرح زیربنای تمایز بین کالا/خدمات و لمس پذیر/لمس ناپذیر را تشکیل دهد، آنگاه قراردادهایی که دسترسی به پایگاه داده های آنلاین را فراهم می کنند هم کالا و هم خدمات را در برمی گیرند. به عنوان مثال، استفاده از موتورهای جستجوی آنلاین یک خدمت را تشکیل می دهد زیرا نرم افزاری که این موتورهای جستجو را قادر به فعالیت می سازد به هیچ عنوان توسط یک کاربر تصرف و کنترل نمی شود. با این حال، اگر در مدت استفاده از پایگاه داده آنلاین، نسخه ای از نرم افزار بر روی کامپیوتر دانلود شود، آن نرم افزار می تواند کالا فرض شود زیرا بعد از دانلود نرم افزار در یک کامپیوتر می تواند تصرف

1. Westlaw

2. Lexis- Nexis

3 Licensing arrangement

شود و تحت کنترل قرار گیرد. بنابراین بار دیگر این نتیجه حاصل می‌شود که نمی‌توان معاملات نرم‌افزاری را صرفاً بر اساس ماهیت موضوع آنها طبقه‌بندی کرد: این که آیا یکی قرارداد در واقع خدمت است یا بیع موضوعیست که تنها به واسطه مفاد هر معامله خاص قابل تعیین است.

تمایز بیع و لایسنس

نکته قابل توجه این که غالباً وقتی موضوع قرارداد نرم‌افزار است، تمایز بین قراردادهای لایسنس^۱ و بیع با ابهام مواجه است، در حالی که در مورد محصولات دیگر این امر به ندرت مشکل ساز می‌شود. هم‌چنان که ویژگی‌های نرم‌افزار به عدم قطعیت در طبقه‌بندی آن به عنوان «کالا» منجر شده است، ماهیت معاملات نرم‌افزار نیز سردرگمی مضاعفی به بار آورده است. یک استدلال رایج این است که بسیاری از معاملات انتقال نرم‌افزار بیع نیستند، بلکه معاملات لایسنس‌اند و بدین سبب نباید سازوکار قانونی CISG یا SGA بر آن‌ها اعمال شود. چنین استدلالی حاکی از کژفهمی است. به‌عنوان مثال در اکثر قراردادهای نرم‌افزار تمییز میان دو مقوله معامله مالکیت فکری و معامله کالا ضروری است. این دو مقوله به ترتیب قرارداد لایسنس و بیع را تشکیل می‌دهند.

برای مثال فردی را در نظر بگیرید که یک بسته از پایگاه داده خریداری می‌کند. چنین خریداری یک کپی از برنامه را می‌خرد و حق مالکیت آن کپی به او منتقل می‌شود. خریدار تنها در مورد آن نسخه دارای حق مالکیت است. او می‌تواند همه افراد دیگر حتی فروشنده را از [تصرف در] آن نسخه محروم کند. البته او قادر نیست بدون اجازه فروشنده آن برنامه را کپی یا توزیع کند یا از اصالت یا فردیت آن برای منافع تجاری خود بهره‌برداری کند. با این حال، محدودیت اخیر بر قرارداد بیعی که در رابطه با نسخه فیزیکی برنامه منعقد شده بی‌تأثیر است. گذشته از این، همین استدلال در مورد

1. Licensing agreement

خریدار کتاب در یک قرارداد بیع نیز صادق است. برخلاف فروشنده کتاب و دارنده کپی‌رایت (در صورتی که مجزا باشند)، خریدار واجد حق مالکیت و تصرفی غایی بر روی آن نسخه از کتاب است. این حقیقت که خریدار کتاب نیز در یک قرارداد بیع معمولی حقوق مالکیت فکری در مفاد و مضمون کتاب را به دست نمی‌آورد مغایرتی با فروش نسخه‌ی کتاب به او ندارد.

تعدد منافع

در رابطه با نرم‌افزار دو شکل متمایز از ارزش^۱ وجود دارد. نخستین ارزش به خود محصول مادی تعلق دارد. به عنوان مثال عموماً فردی که یک بسته نرم‌افزار را خریداری می‌کند، این کار را به منظور حصول ارزش استفاده از آن انجام خواهد داد. بنابراین این واقعیت که حقوق ناظر بر مالکیت فکری انحصاری است هیچ مغایرتی با منفعت حاصل از معامله ندارد. در واقع، حتی بعید است که این مسئله برای اکثریت خریداران رخ دهد. منفعت حاصل از ارزش استفاده به وضعیت ملموس و کاربردی محصول مربوط می‌شود و در نتیجه مستلزم این است که انتظارات خریدار از لحاظ کیفیت، متناسب با هدف و کارکرد محصول حفظ شود. با این اوصاف، معامله‌ای که در آن مصرف‌کننده برای کسب منفعت از ارزش استفاده از نرم‌افزار آن را خریداری می‌کند، از معامله‌ای که در آن کالاهای متعارف با هدفی مشابه خریداری شده‌اند قابل تمییز نیست. بنابراین هیچ دلیلی برای فرق گذاشتن بین انواع حمایت‌های قانونی که در هر زمینه فراهم شده است وجود ندارد.

دومین نوع ارزش که می‌تواند در رابطه با نرم‌افزار وجود داشته باشد، ارزش مبادله حقوق مالکیت فکری مرتبط با آن است. تمایل به کسب حقوق مالکیت فکری یک محصول لزوماً با قصد بهره‌برداری از ارزش استفاده از خود محصول توأمان نیست (در

1. Value

واقع اغلب این دو عملاً با هم توأمان نیستند). معمولاً حقوق مالکیت فکری، مربوط به معامله لایسنس است، اما چنین حقوقی برخلاف خود محصول از طریق بیع منتقل نمی‌شود. دریافت‌کننده لایسنس در ارزش این مبادله غیرعینی برنامه، از منفعت مالکانه غایی برخوردار نمی‌شود؛ بنابراین چنین حقوقی فروخته نشده‌اند. تمام آن چیزی که گیرنده لایسنس تحت یک قرارداد لایسنس به دست می‌آورد، حق استفاده از محصول فیزیکی است که به مالکیت فکری موضوع حقوق دارنده کپی‌رایت مربوط می‌شود. تفاوت عملی بین این معامله و فروش محصول واضح است. مطابق قرارداد لایسنس، اعطاکننده لایسنس به‌عنوان دارنده حقوق مالکیت فکری به‌طور قانونی حق بهره‌برداری از منحصربه‌فرد بودن محصول را دارد، با این حال، در یک قرارداد بیع جداگانه، دریافت‌کننده حقوق مالکیت فکری به‌طور قانونی در هر کپی از نرم‌افزار انتقال‌یافته منفعت مالکانه و اختصاصی خواهد داشت. این حق «انتفاع» در تمام جهان حتی در برابر اعطاکننده حقوق مالکیت فکری آن محصول معتبر است، اما از آنجا که قرارداد لایسنس مربوط به یک پدیده قانونی مستقل است، تأثیری بر نتایج بیع کالاهای دیجیتال ندارد.

بنابراین، وجود حقوق مالکیت فکری در یک برنامه کامپیوتری لزوماً مانع از فروش نرم‌افزار شود. با این وجود، به نظر می‌رسد که در برخی موارد ماهیت قرارداد لایسنس ممکن است بر چگونگی توصیف انتقال نرم‌افزار تاثیر داشته باشد. به دلیل وجود محدودیت‌ها و شرایط مختلف ناشی از وجود حقوق مالکیت فکری، تحویل نرم‌افزار همیشه قرارداد بیع محسوب نمی‌شود. برای مثال، ممکن است یک قرارداد لایسنس در صورتی که کاربر نرم‌افزار این قرارداد را نقض کند استرداد نرم‌افزار را ایجاب کند؛ یا بهای دوره‌ای به جای بهای یک‌باره مورد نیاز باشد و مدت استفاده از نرم‌افزار محدود شود و نرم‌افزار در معرض استرداد قرار گیرد. در چنین مواردی به اعتقاد برخی شرایط قرارداد مالکیت فکری مانع از استفاده از ارزش نرم‌افزار به‌منظور بهره‌مندی از آن

می‌شود و تسلیم نرم‌افزار نباید به عنوان بیع تلقی شود زیرا صرفاً آثار معدودی از یک قرارداد بیع در آن وجود دارد.

با این حال همیشه این گونه نخواهد بود. حتی یک معامله لایسنس هم می‌تواند بسیار شبیه به قرارداد بیعی باشد که در آن لایسنس به‌طور دائمی در برابر بهایی یک‌باره واگذار می‌شود. در چنین موردی پیشنهاد شده است که معامله به یک «معادل اقتصادی» قرارداد بیعی تبدیل شود که در آن دارنده حق مالکیت انتظار استرداد نرم‌افزار را ندارد. نکته حائز اهمیت این است که آیا وجود یا فقدان حقوق مالکیت فکری بر تعیین مشخصات معامله نرم‌افزار به عنوان بیع موضوع یک پرونده خاص تأثیرگذار است؟ فهرستی غیرجامع از ملاحظات مربوطه، عواملی از این قبیل که آیا مدت زمان استفاده از نرم‌افزار نامحدود است، آیا پرداخت باید یک‌باره یا به صورت دوره‌ای انجام شود و این که آیا قرارداد لایسنس قابل فسخ است را دربرمی‌گیرد.

آیا رفتار پیشنهادی مطابق با الزامات CISG و SGA است؟

واپسین سؤال مستلزم بررسی در این بخش این است که آیا مطابق CISG و SGA می‌توان یک قرارداد نرم‌افزار را با وجود حقوق مالکیت فکری به عنوان بیع در نظر گرفت؟ شاید این گونه استدلال شود که از منظر CISG اطلاق عنوان بیع بر این قراردادها مناسب نیست زیرا اگرچه CISG ناظر بر انتقال مالکیت نیست، این موضوع را طرح می‌کند که یکی از تعهدات اصلی فروشنده انتقال مالکیت کالا است.^۱ با این حال، مقررات دیگری نیز وجود دارد که اجازه می‌دهد چنین قراردادهایی تحت سیطره CISG قرار گیرند.

۱. اگرچه ماده ۴(ب) کنوانسیون بیع بین‌المللی «اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد» را از شمول کنوانسیون خارج کرده است، اما ماده ۳۰ مقرر می‌دارد: «بایع مکلف است به ترتیبی که در قرارداد و این کنوانسیون مقرر شده است کالا را تسلیم کند، هرگونه مدرک مربوط به کالا را تحویل نماید و مالکیت کالا را انتقال دهد». پس اگرچه اثری که قرارداد بر انتقال مالکیت کالا دارد از شمول کنوانسیون بیع بین‌المللی خارج است اما این امر مغایرتی با تکلیف بایع به انتقال مالکیت کالا ندارد».

نخست ماده ۴۲ که بایع را ملزم می‌سازد تا کالایی «عاری از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیت‌های معنوی» تحویل دهد، مقرر کرده است که این تعهد به موردی که «در زمان انعقاد قرارداد مشتری از آن [حق یا ادعای مزبور] مطلع بوده یا نمی‌توانسته نسبت به آن حق یا ادعا ناآگاه باشد» قابل تعمیم نیست.^۱ به نظر می‌رسد که شرط اخیر مربوط به آگاهی خریدار اغلب برآورده می‌شود؛ زیرا یا قرارداد شامل مفاد مربوط به حقوق مالکیت فکری خواهد بود یا بسته‌بندی کالا اشاره‌ای به این موضوع خواهد داشت. دوم، CISG به طرفین اجازه می‌دهد تا از مفاد کنوانسیون عدول کنند،^۲ از این جهت آن‌ها می‌توانند تعهدات بایع برای انتقال مالکیت کالا را نیز تغییر دهند. بنابراین، علیرغم الزامات ماده ۳۰ به نظر می‌رسد حتی در صورتی که طرفین قصد عدول از این ماده را نداشته باشند، وجود حقوق مالکیت فکری اغلب مانع از آن نیست که معامله نرم‌افزار نیز مشمول CISG باشد.

از منظر SGA، قید مشابه که به طرفین اجازه می‌دهد تا با واگذاری حق مالکیت محدود موافقت کنند در بخش ۱۲(۳) یافت می‌شود. به موجب این بخش بایع قادر است قراردادی مبنی بر فروش همان حق مالکیتی که بایع (یا شخص ثالث) می‌تواند داشته

۱. کنوانسیون بیع بین‌المللی در ماده ۴۲(۱) مقرر کرده است: «بایع باید کالایی را تحویل دهد که از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیت معنوی که هنگام قرارداد بایع از آن‌ها مطلع بوده یا نمی‌توانسته نسبت به آن‌ها بی‌اطلاع باشد مصون باشد». این ماده مفهوم انتقال مالکیت مندرج در ماده ۳۰ را تبیین می‌کند. مطابق ماده ۴۲(۲) فرضی که «مشتری در زمان انعقاد قرارداد از حق و ادعای مزبور مطلع بوده یا نمی‌توانسته است بی‌اطلاع باشد» از شمول ماده خارج کرده است. پس در فرض اطلاع و آگاهی مشتری از وجود حق مالکیت فکری بر کالای موضوع قرارداد، مانعی برای انتقال مالکیت کالا وجود ندارد. بر این اساس صرف وجود حق مالکیت فکری در نرم‌افزار موضوع یک قرارداد بیع مانع از طبقه‌بندی آن به عنوان کالایی تحت شمول کنوانسیون بیع بین‌المللی نیست.

۲. ماده ۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی مقرر کرده است: «طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثناء یا با رعایت ماده ۱۲ از آثار هریک از مقررات آن عدول کنند یا آن‌ها را تغییر دهند».

باشد به مشتری منعقد کند، مشروط بر اینکه مشتری پیش از قبول قرارداد بیع از تمام قیود موجود بر حق مالکیت خود آگاه شود. ضمن این که رویه قضایی که نمایانگر بخش ۱۲(۳) است هیچ مثالی از کاربرد این ماده را در مفاد خود را در بر نمی گیرد، هیچ نشانه‌ای نیز مبنی بر ممانعت از چنین کاربردی در نحوه بیان این بخش یا در حقیقت در سرتاسر این قانون وجود ندارد. بنابراین، به نظر می‌رسد که هم مطابق CISG و هم SGA انتقال حقوق مالکیت یک نسخه از نرم‌افزار می‌تواند تحت عنوان بیع طبقه‌بندی شود، حتی اگر با انتقال متناظر حقوق مالکیت فکری آن محصول همراه نباشد.

بستگی یا شایستگی

آیا رژیم‌های موجود بیع واقعاً برای سروکار داشتن با ویژگی‌های معاملات نرم‌افزار بسنده یا شایسته هستند؟ این پرسش اساسی احتمالاً بر این سوال که آیا نرم‌افزار می‌تواند کالا شمرده شود مؤثر خواهد بود. واضح است که همانند دیگر قوانین بیع، نه توسعه قانون بیع انگلستان و نه پیش‌نویس CISG شمول خود بر معاملات نرم‌افزاری را در نظر نگرفته بودند. بنابراین تعجب‌آور نیست که قوانین مربوط به قرارداد بیع متعارف برای رفتار با چنین معاملاتی نابسنده تلقی شوند. اتهام اصلی این است که تجهیزات فکری مورد استفاده برای مواجهه با معاملات نرم‌افزاری با واقعیت‌ها و انتظارات پیرامون آنها سازگار نیست؛ یا این که قوانین اصولی رژیم‌های موجود براساس فاکتورهایی شکل گرفته‌اند که هیچ ارتباطی [با معاملات نرم‌افزار] ندارند. این پرسش که آیا رژیم‌های بیع موجود برای سروکار داشتن با معاملات نرم‌افزاری کافی هستند یا نه، بی‌اندازه پیچیده است و نمی‌توان بدون بررسی گسترده کفایت بخش‌های مختلف این رژیم‌ها به آن پاسخ داد. در حالی که مجال چنین سنجشی در این مقاله فراهم نیست، سعی خواهد شد که بر پایه تجزیه و تحلیلی که تاکنون انجام داده‌ایم به برخی ملاحظات تجربی دست پیدا کنیم.

مسئولیت مطلق

هم مطابق حقوق انگلیسی و هم وفق CISG، مسئولیت در برابر عدم مطابقت کالا مطلق است، بنابراین بایع نه به سبب عدم رعایت استاندارد مراقبتی خاص، بلکه به دلیل عدم تأمین کالا مطابق با الزامات قانونی مسئول خواهد بود. برخی معتقدند که مواجهه با نرم افزار به مثابه کالا مناسب نیست، چرا که مسئولیت مطلق ضابطه‌ای مقتضی جهت به کارگیری در صنعت نرم افزار نیست؛ جایی که عموماً تأمین کنندگان (و خریداران) بسته‌های نرم افزار انتظار ندارند که محصول به محض تحویل تمام و کمال عمل کند، چرا که رفع اشکالات نرم افزار یک بخش نرمال (و گاهی جدایی ناپذیر) از چنین معاملاتی است. ایراد دیگر به قواعد مبتنی بر مسئولیت مطلق این است که چنین قوانینی احتمالاً مانع از نوآوری در صنعت نرم افزار می‌شوند.

قابل قبول است که هم حقوق انگلیسی و هم CISG برای در نظر گرفتن این استدلال‌ها به قدر کفایت انعطاف پذیر هستند و اگر به درستی تفسیر شوند، نگرانی‌های مطرح شده را به طور اساسی کاهش خواهند داد. تا جایی که به حقوق انگلیسی مربوط است، در واقع بایع در برابر هر گونه نقض مرتبط با بخش ۱۴ قانون بیع کالا، مسئولیت مطلق دارد. با این حال، چنین نقضی تنها زمانی رخ خواهد داد که کالاهای فروخته شده نتوانند با معیار «قابل قبول از منظر فردی معقول و متعارف» مطابق باشند. به طور خاص بخش ۱۴(۲الف) در قانون بیع کالا به صراحت ابراز کرده است که هر نوع قضاوتی در این موضوع باید با «لحاظ هر وصفی از کالا، قیمت (اگر مرتبط است) و تمام شرایط مرتبط دیگر» انجام شود. این بدان معنا نیست که کالا در زمان تسلیم باید بی نقص باشد، بلکه «سازگاری با هدف» و «کیفیت مطلوب» دو مفهوم سیال هستند که شرایط دقیق کاربرد آن‌ها از واقعیت‌های هر وضعیت معین ناشی می‌شود. در تنظیم فهرستی پیشنهادی از جنبه‌های کیفیت در مقابل کالاهایی که باید بررسی شوند، بخش ۱۴(۲ب) همه نکاتی را تصریح می‌کند که «مختصات مناسب کیفیت کالا» هستند. بنابراین با اعمال آن در بازار نرم افزار، این مفاهیم آنچه را «مطلوب» و «معقول» است در واقعیت‌های آن زمینه تجاری

خاص منعکس خواهند کرد. به عنوان مثال یک برنامه نرم‌افزاری ممکن است پس از گذشت یک دوره هشت ماهه رفع اشکال در محل و زمانی که عاری از باگ‌های مهم است واجد کیفیتی مطلوب و برای هدف خود به طرز معقولی مناسب باشد.

ممکن است در زمینه CISG نیز استدلال مشابهی مطرح شود. با توجه به معیار تناسب با «مقاصد عرفی» مندرج در بند الف ماده (۲)۳۵، دیدگاه متداول این است که رعایت این بند مستلزم بی عیب و نقص نبودن کالا نیست. اگرچه هیچ توافقی در مورد حداقل استاندارد لازم که این بند مقرر کرده است وجود ندارد، شکی نیست که در نهایت چنین حداقل استاندارد باید براساس انتظارات معقول طرفین در شرایط خاص تعیین شود. اگر این پیشنهاد درست باشد، به نظر می‌رسد که CISG از این توقع طرفین که نرم‌افزار به ندرت عاری از «باگ» است حمایت می‌کند.

از اعمال معیار «متناسب با هر مقصود خاصی» که مطابق بند ب ماده (۲)۳۵ صراحتاً یا ضمناً به اطلاع بایع رسیده است نتیجه‌ای مشابه حاصل می‌شود. اگر یک قرارداد به صراحت بیان کند که نرم‌افزار باید بی نقص باشد، این ایراد که مسئولیت مطلق مناسب نیست نامربوط است؛ چرا که CISG صرفاً از قرارداد فی مابین حمایت می‌کند، بنابراین طرفین می‌توانند خلاف چنین مفادی از CISG توافق کنند. با این حال، اگر دادگاهی در جستجوی مقصود ضمنی از خرید کالا باشد، تقریباً همیشه باید قرارداد را بر اساس فهم یک انسان معقول و متعارف در پرتو تمام شرایط مرتبط تفسیر کند. بنابراین این واقعیت که تفسیر شرایط خاص بر مبنای حقوق انگلیسی و کنوانسیون بیع بین‌المللی تقریباً همیشه به مفاهیم سیال و انعطاف‌پذیر وابسته است احتمالاً حاکی از این نگرانی است که مسئولیت مطلق ممکن است با انتظارات متداول در صنعت نرم‌افزار هم‌خوانی نداشته باشد.

قواعد موجود درباره معیار مطابقت

پیش از این حکومت بر معاملات نرم‌افزار دغدغه آشکار SGA و CISG نبوده است، این دو رژیم حقوقی در این باره که آیا شروط ضمنی مربوط به کیفیت و تناسب با

مقاصد خریدار، تنها شامل مدیوم ذخیره و انتقال برنامه است یا هم برای مدیوم و هم در خصوص خود نرم افزار اعمال می شود، موجب تردید شده اند. در حالی که به منظور ارتقای قابلیت سودآوری تجاری و انسجام قانونی این موضوع نیازمند قطعیت است، فقدان حکمی خاص لزوماً دلیلی بر عدم کفایت این رژیم ها در حکومت بر معاملات نرم افزاری نیست: ممکن است مجموعه ای معمول از معیار طبقه بندی برای ضمیمه به آن ها مشکل را حل کند.

شاید چنین معیارهایی باید بیان کنند که آنچه قواعد مطابقت در آن اعمال می شود یک نسخه از نرم افزار به طور کامل است. همان طور که در پرونده سنت آلبنز اشاره شده بود، اگر نقضی در هر کدام از مدیوم یا خود برنامه وجود داشته باشد، «در نظر اول یک نقض شروط راجع به کیفیت و تناسب برای مقاصد ضمنی در قانون بیع کالا ۱۹۷۰ خواهد بود».

نخست، این [معیار] به ویژه به لحاظ انتظارات خریدار، باید تنها نتیجه گیری محسوس باشد. اگر از خریدار یک برنامه کامپیوتری پرسیده شود، احتمال دارد او قطعه ای کاربردی از نرم افزار را چیزی بداند که با آن قرارداد بیع خود را شناسایی می کند. بنابراین، اگر کمپانی فروش (در مواردی که کمپانی فروش خالق برنامه نیست) مدعی شود که او تنها مسئول دیسکی است که نرم افزار بر روی آن عرضه می شود، یا (در جایی که نرم افزار به صورت آنلاین خریداری می شود) تنها مسئول اثربخشی دانلود برنامه است، بعید است که خریدار متقاعد شود. ثانیاً، نرم افزار محصولی ویژه است که شامل یک برنامه کامپیوتری و مدیومی حاوی برنامه است. همان طور که شرح داده شد، نرم افزار می تواند به مثابه کالا در نظر گرفته شود و اگر این طور باشد نه تنها مدیوم ذخیره یا انتقال آن، بلکه باید به تمامی کالا در نظر گرفته شود. از آن جا که قواعد مربوط به مطابقت در خصوص کالا صادق است، از دیدگاه ما این قواعد باید بر تمام آنچه نرم افزار را تشکیل می دهد شامل برنامه و مدیوم آن، اعمال شود.

مشاهدات تجربی

به نظر می‌رسد برخی از چالش‌های اصلی که راجع به احکام مربوط به مطابقت قراردادی کالا مطرح شده‌اند (یا دست کم قابلیت طرح دارند) به قدر کفایت در CISG و SGA مرتفع شده‌اند. با این حال، نیاز به ابزاری تخصصی که به طور خاص با ویژگی‌های معاملات نرم‌افزاری سروکار دارد قابل انکار نیست. در واقع، یکی از نتایج حاصل از این بحث آن است که اگرچه CISG و SGA عاجز از حکومت بر معاملات نرم‌افزار نیستند، اما در واقع می‌توان مجموعه‌ای از قوانین تخصصی را در نظر گرفت، به خصوص اگر چنین قوانینی در سطح بین‌المللی وجود داشته باشند. یکی از دلایل این امر آن است که روی هم رفته در مجموع فعالیت‌های تجاری الکترونیکی و نیز بازار نرم‌افزار به درستی در ماهیت خود جهانی یا فراملی هستند و اغلب استدلال می‌شود که یک محیط حقوقی یکپارچه، پایدار و امن بین‌المللی برای حمایت از فعالیت‌های تجاری الکترونیکی ضروری است. به اعتقاد برخی نرم‌افزار «سنگ بنای» این فعالیت‌ها است.

این پرسش که آیا اکنون زمان اتحاد یا هماهنگ‌سازی بین‌المللی در این زمینه فرارسیده در این زمینه مفتوح باقی مانده است. در جستجوی پاسخ این سؤال نمی‌توان از منازعه دیرپا پیرامون جنبش اتحاد و هماهنگی بین‌المللی اجتناب کرد. صرف نظر از دیدگاه‌های سنتی، برخی معتقدند که قانون‌گذاری متحدالشکل برای حوزه پویا و در حال توسعه تجارت نرم‌افزار مناسب نیست و آنچه به جای آن لازم است، تحول تدریجی قانون بوده که از رویه‌های تجاری سرچشمه می‌گیرد. این استدلال مانند سایر استدلال‌ها، سزاوار توجه جدی است. در حال حاضر بعضی تلاش‌های مهم اولیه در رابطه با برخی از جنبه‌های تجارت الکترونیک صورت گرفته است اما تا دستیابی به وفاقی اساسی در خصوص برخورد قانونی مقتضی با نرم‌افزار در عرصه بین‌الملل راهی طولانی باقی مانده است.

رمزارها به مثابه پول؛ با نگاهی به مقررات ایران

امیر فامیل زوار جلالی

وکیل پایه یک دادگستری

چکیده

«دارایی مجازی»^۱ به هر نمایش دیجیتالی از ارزش گفته می‌شود که قابلیت معامله به صورت دیجیتالی را داشته و می‌تواند به عنوان وسیله پرداخت یا یک واحد حساب و یا ذخیره ارزش عمل نماید. این نوع دارایی توسط هیچ مرجع قانونی صادر و تضمین نمی‌شود و کلیه وظایف فوق‌الذکر بر اساس توافق میان جامعه کاربران این نوع دارایی مجازی صورت می‌گیرد.^۲ از میان دارایی‌های مجازی آن دسته که با ارائه امکانات و قابلیت‌های متنوع، بیش از پیش توجه سرمایه‌گذاران، قانون‌گذاران و مجریان قانون را به خود جلب کرده است، رمزارها هستند. رمزارها، نوعی دارایی مجازی قابل تبدیل غیرمتمرکز ریاضی‌محوراند که بوسیله رمزنگاری محافظت شده و بر بستر بلاکچین یا همان زنجیره همتایان ثبت و ضبط می‌شوند. این نوع دارایی‌ها هر کدام از فناوری متفاوتی بهره می‌برند و تفاوت‌های آنها نیز به دلیل تفاوت در بستر بلاکچین آنها

است. در مقاله کوتاه حاضر درصدد هستیم به بررسی این امر بپردازیم که آیا می‌توان رمزارها را به عنوان پول تلقی نمود و قواعد مرتبط با پول را نسبت به آن اعمال کرد؟ بررسی کوتاه حاضر حکایت از این دارد که این دارایی نوظهور قابلیت اعمال کارکردهای پول را دارد و می‌تواند در معاملات به عنوان پول یا ثمن معامله در نظر گرفته شود.

1. Virtual Asset

2. <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html>

مقدمه

اصطلاحات رمزارز، ارز مجازی، دارایی‌های رمزنگاری‌شده مجازی و توکن اغلب به عنوان اصطلاحات مترادف به جای یکدیگر به کار می‌روند. این در حالی است که این اصطلاحات از هم متفاوت هستند. دارایی‌های مجازی نوعی از توکن و ارزهای مجازی و رمزارزها نیز نوعی از دارایی مجازی هستند. از میان اموال فوق آنچه که بیش شبیه به پول است و می‌تواند کارکردهای آن را اعمال نماید، ارزهای مجازی‌اند که رمزارزها نوعی از آن تلقی می‌گردند.

مطابق تعریف ارائه‌شده از سوی بانک مرکزی اروپا و نهاد مقابله با جرایم مالی آمریکا، کارکردهای پول عبارتند از: واسطه مبادلات، واحد حساب یا سنجش ارزش و ذخیره ارزش. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران علاوه بر سه کارکرد فوق، کارکرد چهارمی را برای پول در طرح اصلاح پول ملی، مصوب ۲۸ مرداد ۱۳۹۳ بیان کرده است. مطابق این رویکرد، کارکرد چهارم پول این است که معیار پرداخت‌های تأخیری باشد. یعنی در معاملات بلندمدت مثل استقراض و اعطای وام، واحدهای پولی مبنای قرار می‌گیرند.

حال باید دید آیا رمزارزها قابلیت تحقق کارکردهای پول را دارند. در این راستا، در بخش اول مقاله به مسئله پول پرداخته می‌شود و در بخش دوم، ویژگی‌های رمزارزها با کارکردهای پول مورد بررسی تطبیقی قرار می‌گیرد.

۱. پول

پول در جوامع و حوزه‌های مختلف در معانی متفاوتی مورد استعمال واقع شده است، اما این واژه نزد اقتصاددانان دارای معنای مشخصی است. برخی از اقتصاددانان، پول را بسیار ساده تعریف کرده‌اند، به طور مثال «هیکس» در بیان تعریف پول می‌گوید: پول

چیزی است که وظایف پول را انجام دهد. کلاور نیز در تعریف ساده‌ای از پول بیان می‌کند: با پول کالا خرید می‌شود و با کالا پول به دست می‌آید؛ اما کالا، کالا نمی‌خرد. در این تعاریف بر نقش واسطه‌گری پول تأکید شده است. فیشر، اقتصاددان آمریکایی عقیده دارد هر کالایی که پول نامیده می‌شود باید به طور عام در مبادله قابل پذیرش باشد و هر کالایی که به طور عام در مبادله پذیرفتنی است، باید پول نامیده شود. برخی نیز تلاش کرده‌اند که پول را به وظایف پول تعریف کنند: به طور مثال در تعریف پول می‌گویند: پول چیزی است که سه وظیفه^۱ واسطه در مبادله، ۲. معیار سنجش و ۳. ذخیره ارزش را انجام دهد.

از نظر هراری، پول بر دو اصل جهانشمول متکی است: الف) تبدیل‌پذیری جهانی، یعنی به وسیله پول مثل یک کیمیاگر می‌توانید زمین را به وفاداری، عدالت را به سلامت و خشونت را به دانایی تبدیل کنید. ب) اعتماد جهانی بدین معنا که با استفاده از پول به عنوان یک واسطه، هر دو طرف معامله‌ای می‌توانند روی هر پروژه‌ای همکاری و مشارکت کنند.^۱ این اصول میلیون‌ها نفر را قادر ساخت در صنعت و تجارت به همکاری مؤثری دست پیدا کنند.

با توجه به تعاریف فوق، به طور کلی می‌توان گفت که هر چیزی که به طور گسترده به عنوان وسیله پرداخت شناسایی شود و معیار سنجش نیز باشد پول است. به عبارت دیگر و آنطور که هراری توصیف می‌کند «پول صرفاً سکه و اسکناس نیست. پول هر چیزی است که افراد برای نشان دادن قاعده‌مند ارزش اشیاء به منظور تبادل کالا و خدمات به آن روی می‌آورند. پول افراد را قادر می‌سازد ارزش کالاها را به سرعت بسنجند، به آسانی دست به مبادله اشیاء بزنند و به راحتی مال‌اندوزی کنند».^۲

۱. هراری، یووال نوح، تاریخچه مختصر پول، ترجمه مهدی نمازیان، انتشارات نون، ۱۳۹۸، ص ۳۴

۲. همان، ص ۲۱

آنچه پشتوانه پول را شکل می‌دهد تنها ذهنیت و اعتماد ما به آن است. به عبارت دیگر، پول یک حقیقت مادی نیست، بلکه ساختاری روان‌شناختی دارد. چگونه فردی راضی می‌شود شالیزار حاصلخیز خود را در قبال یک مشت کاغذ رنگی (دلار) بفروشد؟ پاسخ این است که افراد زمانی به انجام چنین کارهایی تمایل پیدا می‌کنند که به ساخته و پرداخته تصورات مشترکشان اعتماد داشته باشند. اعتماد، ماده خامی است که تمام انواع پول به واسطه آن اعتبار پیدا می‌کند. به این جهت، پول را نظامی از اعتماد متقابل می‌دانند و به قول هراری، پول جهانی‌ترین و مؤثرترین نظام اعتماد متقابلی است که تاکنون بشر به خود دیده است.^۱

۲. بررسی کارکردهای شبه پول رمزارزها

در این قسمت به بررسی این موضوع پرداخته می‌شود که رمزارزها تا چه میزان می‌توانند کارکردهای پول را اعمال نمایند.

۲-۱. واسطه مبادله بودن

رمزارزها برای اینکه بتوانند به عنوان وسیله مبادله عمل کنند، باید به عنوان پرداخت جهت تدارک کالا و خدمات پذیرفته شوند. از زمان معرفی و عرضه ارزهای مجازی، استفاده از این ارزها از جمله بیت کوین تنها محدود به برخی از وب سایت‌های آنلاین و تجارت الکترونیک بود. اما امروزه استفاده از رمزارزهای معتبر در سراسر جهان و حتی بین فروشندگان اصلی نیز گسترش یافته و اینگونه ارزها به عنوان وسیله مبادله و پرداخت استفاده می‌شوند.^۲

تعداد رمزارزها و حجم و ارزش رمزارزهای دادوستدشده، از ابتدای سال ۲۰۱۷

۱. همان، ص ۲۶

۲. آتوود، مارک، توضیح بلاکچین + توضیح بیت کوین، ۱۳۹۸، تهران، انتشارات بازرگانی، ص ۹۹

به طور قابل توجهی افزایش یافته که احتمالاً به خاطر رشد قابل توجه تعداد کاربران است. با توجه به اطلاعات جمع آوری شده توسط رگولاتورهای ژاپنی در اوایل ۲۰۱۸، فقط در خود ژاپن احتمالاً ۳.۵ میلیون کاربر رمزارز وجود دارد.^۱ طبق تخمین‌ها، حداقل ۱۵۰۰ رمزارز ایجاد شده‌اند که نیمی از این تعداد، از ابتدای سال ۲۰۱۷ بوده است.^۲ تا می ۲۰۱۸، ارزش دلاری کل رمزارزها، ۴۵۰ میلیارد دلار ایالات متحده بوده که نسبت به سال پیش از آن، افزایش ۱۵ برابری داشته است.^۳ بیت کوین به لحاظ تاریخی بین رمزارزها غالب است و تقریباً ۳۵٪ از ارزش کل در می ۲۰۱۸ متعلق به بیت کوین است: با این حال، سهم بازاری آن، که در اوایل ۲۰۱۷ نزدیک به ۸۰٪ بود، به طور قابل توجهی کاهش یافته که ناشی از رشد و استفاده از آلت کوین‌ها است.

طیف محصولات و خدمات رمزارز نیز در حال رشد است. تعداد خودپردازهای بیت کوین که به کاربر اجازه می‌دهند پول نقد سپرده‌گذاری کند و به جای آن بیت کوین در کیف آنلاین خود دریافت کند، رشد قابل توجهی داشته است. حداقل هفتصد خودپرداز بیت کوین در سراسر اروپا وجود دارد و اتریش و بریتانیا، هر کدام بیش از ۱۰۰ خودپرداز دارند.^۴ کارت‌های رمزارز پیش پرداخت نیز ظهور کرده‌اند و به کمک این کارت‌ها، کاربران می‌توانند کارت خود را از بیت کوین پر کرده و در خرده‌فروشی‌ها آن را خرج کنند. این باعث می‌شود که بیت کوین، به آسانی قابل حمل باشد و با استفاده از یک کارت ویزا، به راحتی تبدیل شود. در فوریه ۲۰۱۸، بانک «فریک بانک» در لیختن‌اشتاین اعلام کرد که مشتریان آن از این پس می‌توانند مستقیماً

1. Zhao, Wolfie, 'Japan Could Have More than 3 Million Crypto Trades,' CoinDesk, 10 April 2018, <https://www.coindesk.com/3-5-million-traders-japan-releases-domestic-cryptocurrency-statistics/>.

2. See figures from CoinMarketCap, <https://coinmarketcap.com/>.

3. Ibid

4. CoinATM Radar, 'Bitcoin ATMs in Austria,' <https://coinatmradar.com/countries/>.

در رمزارزها سرمایه گذاری کنند.^۱ در نتیجه می توان گفت با رشد روزافزون فروشندگان جریان اصلی، عملکرد اصلی رمزارزها به عنوان پول به مثابه وسیله ای برای مبادله در سراسر جهان پذیرفته شده است.

۲-۲. واسطه حساب یا سنجش ارزش بودن

ویژگی دوم یعنی واحد حساب به این معناست که استفاده و عملکرد رمزارزها به عنوان واحد حساب اصلی به طور عمده به عملکرد اولیه آن یعنی به مثابه یک واحد سنجش برمی گردد. با وجود این، بی ثباتی برخی از رمزارزها در مقایسه با ارزهای سنتی و نرخ تبدیل تعداد یک گونه از ارز مجازی نسبت به آنها در جریان خرید کالا و خدمات مورد نیاز بر کاربران تأثیر می گذارد.^۲ برای اینکه رمزارزی بتواند به این کارکرد پول در سطح قابل قبولی دست یابد لازم است که جوامع از رمزارز و کارکرد آن آگاه شوند و ارزش کالا را با واحد ارز مجازی بسنجند. برای مثال به این نقطه برسند که از خود پرسند خودرو BMW ۵۲۸ چند بیت کوین است؟

۲-۳. ذخیره ارزش داشتن

رمزارز می تواند به عنوان یک اندوخته ارزش عمل کند و ابزاری برای سرمایه گذاری احتمالی در نظر گرفته شود. البته ممکن است در برخی بازه های زمانی، نوسانات ناشی از اینگونه ارزها، قابلیت ارزشمند بودن جهت ذخیره سازی را در برخی جوامع دچار تردید کند. دولت ها از طریق اعمال سیاست های پولی از ثبات ارزش پول های قانونی کشور حمایت می کنند، اما از آنجایی که رمزارزهای غیرمتمرکز و همچنین وابسته به هیچ مقام

1. Bank Frick, 'Bank Frick allows direct investments in leading cryptocurrencies,' Bank Frick website, 28 February 2018, <https://www.bankfrick.li/en/about-bank-frick/news/bank-frick-allows-direct-investments-in-leading-cryptocurrencies>.

۲. آتوود، پیشین، صص ۹۸-۱۰۱

یا دولت مرکزی نیست، از این حمایت محروم است. در نتیجه چالش اصلی ارزهای مجازی برای تبدیل شدن به پول جهانی، بی ثباتی و نوسان ارزش آن است. ثبات نرخ ارزهای مجازی نیز به تغییرات عرضه و تقاضای آن ارز مجازی وابسته است.^۱

البته رمزارزهای نوظهور مانند Stable Coins و شبکه‌ها و سیستم عامل‌های جهانی پیشنهادی آنها، می‌توانند باعث تغییراتی در اکوسیستم ارزهای مجازی شوند. این ارزهای مجازی همانطور که از نامشان پیداست، دارای ثبات بوده و به نوعی چالش اخیر این گونه دارایی‌ها را مرتفع ساخته است. تتر از جمله این نوع رمزارزها بوده و همواره ارزشی ثابت معادل یک دلار آمریکا دارد. از طرف دیگر عدم ثبات و نوسان ارزش را در برخی از ارزهای فیات از جمله ریال نیز می‌توان مشاهده کرد که با وجود نوسان قیمت، نمی‌توان گفت که کارکرد ذخیره ارزش را نمی‌تواند اعمال نماید.

۳. رویکرد قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران در رابطه با

رمزارزها

از ابتدای شکل‌گیری رمزارزها تا به امروز، جمهوری اسلامی ایران در رویارویی با این پدیده شیوه‌های متفاوتی را در بازه‌های زمانی گوناگون در پیش گرفته است. رفتار دولت در مواجهه با رمزارزها مانند رفتار آن با اپلیکیشن‌های فیلترشکن است که به نظر می‌رسد یک سیاست خاکستری و شاید یک نوع بلاتکلیفی باشد.

اولین اقدام حقوقی ایران در مواجهه با رمزارزها در حوزة مبارزه با پولشویی رقم خورد. شورای عالی مبارزه با پولشویی در جلسه سی‌ام در مورخ ۹ دی ماه ۱۳۹۶، بکارگیری ابزار بیت کوین و سایر ارزهای مجازی را به دلیل امکان بهره‌گیری در

۱. نوروز پور، حسام، ابعاد حقوقی بین‌المللی پول‌های مجازی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و

علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۸، ص ۴۰

فرآیند پولشویی، در تمامی مراکز پولی و مالی کشور ممنوع اعلام کرد. در گام بعدی، معاونت فناوری‌های نوین بانک مرکزی ایران در سندی تحت عنوان پیش‌نویس الزامات و ضوابط فعالیت در حوزه رمزارزها در کشور که در بهمن‌ماه ۱۳۹۷ انتشار یافت، با تفکیک میان رمزارزهای بانک مرکزی و رمزارزهای منطقه‌ای و جهان‌روا، استفاده از رمزارزهای جهان‌روا را به عنوان ابزار پرداخت در داخل کشور ممنوع اما تبادل و خرید و فروش این رمزارزها در صرافی‌های مجاز را مجاز اعلام نمود. در این سند به موارد مهم دیگری از جمله صرافی‌های رمزارز، عرضه اولیه سکه، کیف پول‌های الکترونیکی و استخراج نیز اشاره شده است. این سند، استخراج رمزارزها (ماینینگ) را نوعی صنعت می‌داند که مقررات‌گذاری در این حوزه را خارج از وظایف بانک مرکزی و زیرمجموعه وظایف وزارت صنعت، معدن و تجارت می‌داند.

تیرماه ۱۳۹۸ بانک مرکزی ایران اعلام کرد که انتشار رمزارزها با پشتوانه ریال، طلا و فلزات گرانبها و انواع ارز در انحصار این بانک بوده و فعالیت اشخاص برای ایجاد و اداره شبکه پولی و پرداخت بر پایه فناوری بلاکچین غیر مجاز است.

در مردادماه ۱۳۹۸ هیأت وزیران طی تصویب‌نامه‌ای، استفاده از رمزارزها با مسئولیت متعاملین بجز در مبادلات داخل کشور را مجاز دانست که حتی با اخذ مجوز از وزارت صمت می‌توان اقدام به استخراج آن‌ها نمود. در مهرماه همان سال هیأت وزیران تبصره‌ای به تصویب‌نامه فوق‌الحاق نمود که بر اساس آن، رمزارزهای استخراج‌شده بر اساس مجوزهای صادره این تصویب‌نامه صرفاً برای تأمین ارز واردات کشور و بر اساس مقرراتی که بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌کند قابل مبادله خواهند بود.

در ۲۳ شهریور ۱۴۰۱ گزارش نظارتی کمیسیون اقتصادی مجلس درباره رمزارزها قرائت گردید و در این گزارش پیشنهاد قانون «حمایت از استخراج رمزارز و ساماندهی

ایجاد، تولید، و بازار مبادلات داخلی رمز ارز طرح شده است. در نهایت تصویبنامه ۶ شهریور ۱۴۰۱ هیأت وزیران در خصوص آیین‌نامه استخراج رمزارزهایها مورخ ۱۴۰۱/۰۸/۲۲ ابلاغ گردید که آخرین نمونه مقررات گذاری در این حوزه است.

برآیند

هر چند با توضیحات ارائه شده مشخص گردید که رمزارزها می‌توانند کارکردهای پول را داشته و به مانند آن عمل کنند، اما از سیر مقررات جمهوری اسلامی ایران می‌توان نتیجه گرفت که رویکرد ایران به حوزه رمزارزها فعلاً به مثابه یک صنعت است که با اخذ مجوز از سازمان صمت می‌توان اقدام به فعالیت ماینینگ در این حوزه نمود. در بخش مبادلات نیز فعلاً رویکرد روشنی وجود ندارد اما فعلاً مشخص است که رمزارزها به عنوان پول در سیستم حقوقی و اقتصادی ما فعلاً جایگاهی ندارد و آنچه تاکنون مورد پذیرش قرار گرفته، خرید و فروش رمزارزها به عنوان یک کالا است. به همین دلیل است که استفاده از رمزارزها به عنوان وسیله پرداخت در معاملات ممنوع شده و علت اصلی هم نبود قوانین در خصوص مالیات و عدم کنترل در حوزه مبارزه با فساد، پولشویی و تامین مالی تروریسم است.

منابع

- ۱- آتوود، مارک، توضیح بلاکچین + توضیح بیت کوین، تهران، انتشارات بازرگانی، ۱۳۹۸
- ۲- نوروژ پور، حسام، ابعاد حقوقی بین‌المللی پول‌های مجازی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۸
- ۳- یووال نوح، تاریخچه مختصر پول، ترجمه مهدی نمازبان، انتشارات نون، ۱۳۹۸

- 1- Zhao, Wolfie, 'Japan Could Have More than 3 Million Crypto Trades,' CoinDesk, 10 April 2018, <https://www.coindesk.com/3-5-million-traders-japan-releases-domestic-cryptocurrency-statistics/>.
- 2- See figures from CoinMarketCap, <https://coinmarketcap.com/>.

- 3- CoinATM Radar, 'Bitcoin ATMs in Austria,' <https://coinatmradar.com/countries/>.
- 4- Bank Frick, 'Bank Frick allows direct investments in leading cryptocurrencies,' Bank Frick website, 28 February 2018, <https://www.bankfrick.li/en/about-bank-frick/news/bank-frick-allows-direct-investments-in-leading-cryptocurrencies>.
- 5- <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html>

محکومیت‌های انتظامی وکلای دادگستری مبنی بر توبیخ با درج در مجله کانون وکلای دادگستری گیلان

۱. مطابق دادنامه شماره ۳ مورخ ۱۴۰۰/۳/۱۸ شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان آقای مختار طهماسبی‌پور وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون وکلا محکوم شده‌اند.
۲. مطابق دادنامه شماره ۱۴/۵/۱۴ شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان آقای یعقوب ساسانی وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون وکلا محکوم شده‌اند.
۳. مطابق دادنامه شماره ۸۸ مورخ ۱۴۰۰/۷/۷ شعبه دوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان خانم زهرا عمارلو وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.
۴. مطابق دادنامه شماره ۲۳ مورخ ۱۴۰۰/۱۲/۳ شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان آقای ابراهیم رفیعی سروری وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به محکومیت با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.
۵. مطابق دادنامه شماره ۲۶ مورخ ۱۴۰۱/۲/۲۰ شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان آقای جابر اخوین انصاری وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.
۶. مطابق دادنامه شماره ۵۰ مورخ ۱۴۰۱/۵/۱۰ شعبه اول دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان خانم رعنا بازپرس وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون وکلا محکوم شده‌اند.

۷. مطابق دادنامه شماره ۴۵ مورخ ۱۴۰۱/۶/۲۹ شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان آقای نصیر حسینی وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به دو فقره توبیخ با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.
۸. مطابق دادنامه شماره ۶۴ مورخ ۱۴۰۱/۸/۱۶ شعبه اول دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان خانم زهرا عمارلو وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.
۹. مطابق دادنامه شماره ۴۳۷ مورخ ۱۴۰۱/۸/۸ شعبه پنجم دادگاه عالی انتظامی قضات آقای ابراهیم رفیعی سروری وکیل پایه یک دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.
۱۰. مطابق دادنامه شماره ۱/۶/۱۴۰۱ مورخ ۱۴۰۱/۷/۲۵ آقای کورش حسینی وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون وکلا محکوم شده‌اند.
۱۱. مطابق دادنامه شماره ۶۵ مورخ ۱۴۰۱/۹/۱۴ شعبه اول دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان آقای میثم پوررستمی وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.
۱۲. مطابق دادنامه شماره ۷۷ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۱ شعبه اول دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان آقای هادی امیررضایی رودسری وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.
۱۳. به موجب دادنامه شماره ۴۲۵ مورخ ۱۴۰۱/۶/۱۶ شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی قضات آقای سید محمود مصباح کیائی وکیل پایه یک کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.