

تحولات حقوقی

دوره ۲، شماره ۱ - شماره پیاپی ۳، بهار ۱۴۰۵

- * خسارت ناشی از ارزش؛ تحلیل ماهیت و احکام ارزش بانگاہی به دادنامه صادره از شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران | سید امین پیشنماز، احسان بهرامی.
- * تحول دموکراسی دفاعی با محوریت بازخوانی اثر قانون اساسی وایمار بر قانون بنیادین ۱۹۴۹ آلمان | محمد قاسم تنگستانی.
- * شفافیت در فناوری بلاکچین: ابزاری برای پیشگیری از جرایم اقتصادی و تقویت اعتماد عمومی | علی دلمرادی، محمد باقر گرایلی.
- * چالش توازن میان حقوق شاکی و متهم در پرتو رویکرد اصلاح محور قانون - گذار کیفری ایران | کوثر شکریان، سجاد قوامی.
- * تحول فهم قانون اساسی از قانون گرای صوری به قانون اساسی نهادمند: بازخوانی نظریه کوستانتینو مورتاتی درباره قانون اساسی مادی | مهدی مرادی برلیان.
- * مطالعه تطبیقی آثار مالکیت اموال غیر منقول در حقوق ایران و آمریکا | هوشنگ مقبولی، علی ال بویه، حسن مرادی.



تحولات حقوقی

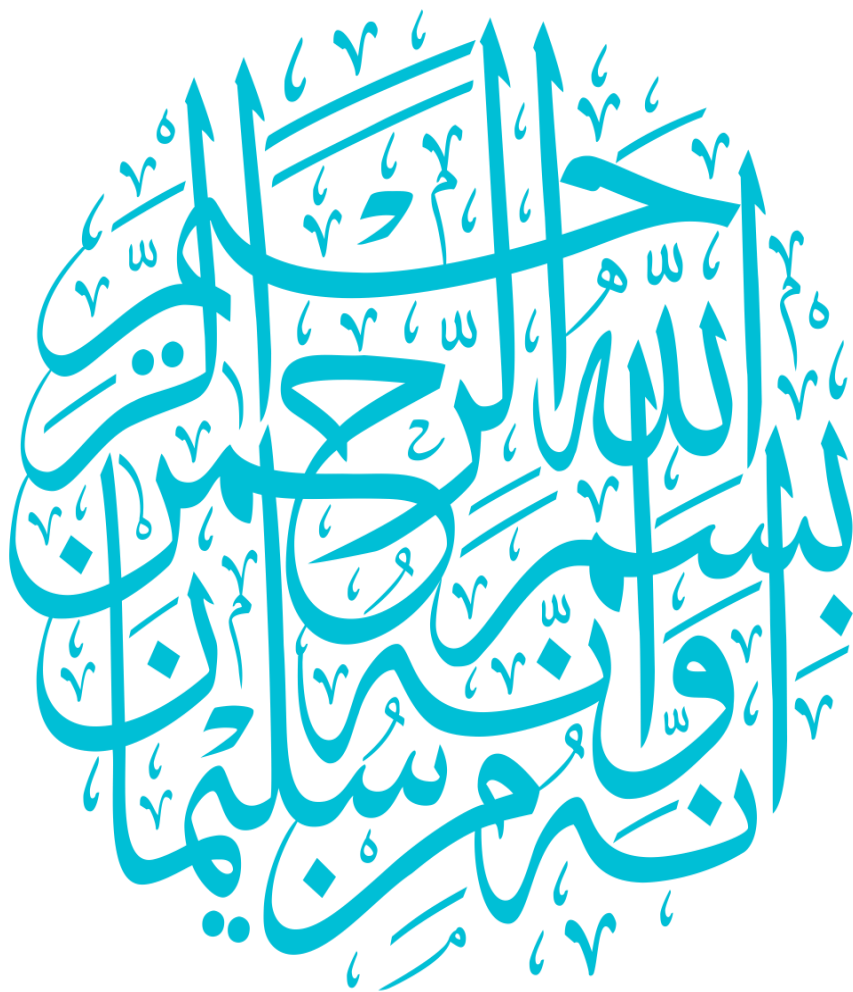
دوره ۲، شماره ۱ - شماره پیاپی ۳، بهار ۱۴۰۵



فصلنامه علمی تحولات حقوقی

دوره ۲ / شماره ۱ / بهار ۱۴۰۵

دانشگاه شمال



فصلنامه تحولات حقوقی

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه شمال

انجمن علمی همکار: انجمن ایرانی حقوق بین‌الملل کیفری

مدیر مسئول: دکتر حسین رنجبر

سر دبیر: دکتر محمدعلی اردبیلی

مدیر داخلی: احسان نعمتی

اعضای گروه دبیران

دکتر نصراله ابراهیمی	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر مهرزاد ابدالی	دانشیار دانشگاه امام خمینی (ره)
دکتر حمید ابهری	استاد دانشگاه مازندران
دکتر محمدعلی اردبیلی	استاد دانشگاه شمال
دکتر علی اکبر ایزدی فرد	استاد دانشگاه شمال (طرح تعاون)
دکتر محمدقاسم تنگستانی	دانشیار دانشگاه خوارزمی
دکتر منوچهر توسلی نائینی	دانشیار دانشگاه اصفهان
دکتر سیداحمد حبیب نژاد	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر علی عباس حیاتی	دانشیار دانشگاه رازی
دکتر بهزاد رضوی فرد	دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی
دکتر محمد ستایش پور	دانشیار دانشگاه قم
دکتر کیومرث کلانتری	استاد دانشگاه شمال (طرح تعاون)
دکتر سام محمدی	استاد دانشگاه مازندران
دکتر محمد مظهری	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر مهدی موحدی محب	دانشیار دانشگاه سمنان
دکتر پیمان نمایان	دانشیار دانشگاه اراک
دکتر امیرحسین نیازپور	دانشیار دانشگاه شهیدبهشتی

ویراستار ادبی فارسی: احسان نعمتی

حروف چینی، طراحی، گرافیک و صفحه آرایی: فائزه پورجبار آهنگرکلایی

شمارگان: ۵۰ نسخه

چاپ و صحافی: انتشارات پردیس

شاپا چاپی: ۳۱۱۵-۹۳۸۹ شاپا الکترونیکی: ۳۱۱۶-۱۱۰۳

نشانی: مازندران، آمل، کیلومتر ۵ جاده هراز، دو راهی امامزاده عبدالله، دانشگاه شمال.

تلفکس: ۰۱۱۴۴۲۰۳۷۳۵ نمایر: ۰۱۱۴۴۲۰۳۷۳۵

پست الکترونیکی: Lawjournal@shomal.ac.ir نشانی اینترنتی: lawjournal.shomal.ac.ir

• فصلنامه تحولات حقوقی، مسئول آرا و نظریات مندرج در مقالات نیست و در ویرایش مطالب آزاد است.

انتشار این نشریه بر اساس موافقتنامه‌ی شماره‌ی ۹۶۸۱۹ مورخ ۱۴۰۳/۱۰/۰۳ هیات نظارت بر مطبوعات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی (سامانه جامع رسانه‌های کشور) است و بر اساس آیین نامه نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸/۰۲/۰۹ منتشر می‌گردد.

فصلنامه تحولات حقوقی، اخلاق علمی و نشر را تحت قوانین بین‌المللی کپی رایت و کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات (COPE) رعایت و از آیین نامه اجرایی قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی پیروی می‌نماید.

در راستای حمایت از حقوق پژوهشگران و نویسندگان گرامی و همچنین جهت گسترش فرهنگ احترام به حق کپی رایت، مقالات بارگذاری شده در سامانه پیش از قرار گرفتن در روند داوری، از طریق سامانه مشابهت یابی سمیم نور همانندجویی می‌شوند.

دسترسی به مقالات فصلنامه تحولات حقوقی و دریافت آنها، رایگان بوده و محدودیتی جهت خواندن و دریافت مقالات نشریه حاضر وجود ندارد و مخاطبان برای استفاده از آنها در راستای اهداف قانونی، مجاز می‌باشند.



فهرست مطالب

خسارت ناشی از ارش؛ تحلیل ماهیت و احکام ارش با نگاهی به دادنامه صادره از شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران.....	۶
تحول دموکراسی دفاعی با محوریت بازخوانی اثر قانون اساسی وایمار بر قانون بنیادین ۱۹۴۹ آلمان.....	۲۷
شفافیت در فناوری بلاکچین: ابزاری برای پیشگیری از جرایم اقتصادی و تقویت اعتماد عمومی.....	۵۰
چالش توازن میان حقوق شاکی و متهم در پروتو رویکرد اصلاح محور قانون گذار کیفری ایران.....	۶۸
تحول فهم قانون اساسی از قانون گرایی صوری به قانون اساسی نهادمند: بازخوانی نظریه کوستانتینو مورتاتی درباره قانون اساسی مادی.....	۹۵
مطالعه تطبیقی آثار مالکیت اموال غیرمنقول در حقوق ایران و آمریکا.....	۱۲۲

تحولات حقوقی

دوره ۲، شماره ۱ - شماره پیاپی ۳، بهار ۱۴۰۵

Damages Arising from Arsh: An Analysis of the Substance and Legal Effects of Arsh in Light of the Award of Branch 36 of the Tehran General (Civil) Court

Authors: Sayyed Amin Pishnamaz | Ehsan Bahramy

خسارت ناشی از ارش؛ تحلیل ماهیت و احکام ارش با نگاهی
به دادنامه صادره از شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران
نویسندگان: سید امین پیشناماز | احسان بهرامی



LEGAL DEVELOPMENT

Vol. 2, Issue 1, No. 3, Spring 2026



Damages Arising from Arsh: An Analysis of the Substance and Legal Effects of Arsh in Light of the Award of Branch 36 of the Tehran General (Civil) Court

* Sayyed Amin Pishnamaz

PhD in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

S_Pishnamaz@sbu.ac.ir

Ehsan Bahramy

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran.

Abstract:

The award issued by Branch 36 of the Tehran General (Civil) Court, in the course of adjudicating a claim for recovery of Arsh, default damages for delay in payment, and litigation costs, incidentally addresses the nature of Arsh and certain rules and effects arising from its determination. The court, reasoning that Arsh itself constitutes a form of damages, declined to award damages for delay in payment of Arsh. On the other hand, the court rejected as unfounded the defenses raised by the defendant's counsel regarding the extinguishment of Arsh as a consequence of the waiver of all options, and, relying on the opinion of a three-member expert panel, ordered the defendant to pay Arsh resulting from the defect. The present study examines, through a descriptive-analytical approach, the legal nature of Arsh and the issue of its extinguishment following the waiver of the option of defect. The characterization of Arsh as either compensation for loss or as performance of an obligation arising from Exchange Liability has a decisive impact on its legal rules and effects. If Arsh is regarded as damages, an award of default damages for delay in payment would face limitations such as the requirement of prior ascertainment of the amount of damages and the prohibition on awarding damages upon damages.



Conversely, if the payment of Arsh is viewed as the performance of an obligation grounded in Exchange Liability, its nature would not be compensatory damages, but rather a mechanism for restoring equilibrium and balance between the reciprocal contractual obligations. In this latter case, once Arsh is claimed by the entitled party, reliance on the doctrine of warranty of possession, instead of the rules of destruction (itlāf) or causation (tasbīb), may preclude the occurrence of loss arising from delay in payment or non-performance of Arsh.

Keywords:

Arsh, Waiver of All Options, Damages for Delay in Payment, Option of Defect, Debt, Exchange Liability, Civil Liability.

خسارت ناشی از ارش؛ تحلیل ماهیت و احکام ارش با نگاهی به دادنامه صادره از شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران

سید امین پیشنماز

دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
S_Pishnamaz@sbu.ac.ir

احسان بهرامی

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران.

چکیده:

دادنامه صادره از شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران در مقام رسیدگی به دادخواست مطالبه ارش، خسارت تأخیر تأدیه و خسارات دادرسی، به مناسبت وارد موضوع ماهیت ارش و برخی احکام و آثار تشخیص آن شده است. دادگاه با این استدلال که ارش خود نوعی خسارت است، خسارت تأخیر تأدیه پرداخت ارش را نپذیرفته است. از سوی دیگر، دفاعیات وکیل خوانده در خصوص سقوط ارش به تبع اسقاط کافه خيارات را موجه تشخیص نداده و خوانده را بر اساس نظریه هیأت سه نفره کارشناسان به پرداخت ارش ناشی از عیب محکوم کرده است. در نوشتار حاضر با رویکردی توصیفی-تحلیلی ماهیت ارش و سقوط ارش در صورت اسقاط خیار عیب مورد بررسی قرار گرفته است. تحلیل ماهیت ارش به عنوان جبران خسارت و یا ایفای تعهد ناشی از ضمان معاوضی در احکام و آثار آن موثر است؛ زیرا در صورتی که ارش خسارت به حساب آید، حکم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه با ممنوعیت‌هایی چون عدم تسجیل میزان خسارت و ممنوعیت تعلق خسارت بر خسارت همراه است. اما در صورتی که پرداخت ارش، اجرای تعهد به ضمان معاوضی باشد، ماهیت آن خسارت نبوده بلکه شیوه‌ای برای دوباره برقرار نمودن موازنه و تعادل میان تعهدات قراردادی خواهد بود. در این صورت، پس از مطالبه ارش از سوی ذی‌حق،

استناد به قاعده ضمان ید به جای اتلاف و تسبیب می تواند مانع ایراد ضرر ناشی از تأخیر تأدیه یا ایفای ارش گردد.

واژگان کلیدی: ارش، اسقاط کافه خیارات، خسارت تأخیر تأدیه، خیار عیب، دین، ضمان معاوضی، مسئولیت مدنی.

مقدمه

«ارش» در حقوق مدنی به‌طور کلی و ارش عیب به‌طور خاص از موضوعاتی است که از جهات گوناگون مورد اختلاف نظر فقیهان و نویسندگان بوده است. قانون مدنی در نه ماده از اصطلاح «ارش» استفاده کرده است که تمامی استعمالات قانونی حول محور ارش عیب می‌باشد. موضوع ارش از حیث ماهیت و مبنا، ارتباط مفهومی با خیار عیب، تسری فوریت از خیار عیب به ارش، تسری سقوط یا اسقاط خیار عیب به ارش و ملازمه ایجاد حق فسخ و ارش در تمامی فروض وجود عیب، پاره‌ای از موضوعاتی است که مورد مناقشه و اختلاف بوده است.

دادنامه مورد تحلیل از این حیث که به ابعاد مختلفی از ارش عیب پرداخته و دارای احکام قابل توجهی است، شایسته نقد و تحلیل می‌باشد. از یک سو، در دادنامه یادشده، دادرس محترم نظر به استقلال ارش از خیار عیب داشته و از سوی دیگر، اشاره‌ای گذرا به ماهیت ارش نموده و آن را خسارت دانسته است. نحوه محاسبه ارش نیز یکی دیگر از موضوعات قابل تأمل در دادنامه مورد اشاره است. باری، تحلیل ماهیت ارش می‌تواند بر احکام و آثار آن تأثیر به‌سزایی داشته باشد. یکی از مهم‌ترین آثار شناسایی ماهیت این نهاد حقوقی که پرسش اصلی تحقیق حاضر را نیز به خود اختصاص می‌دهد، قابلیت یا عدم قابلیت مطالبه خسارات ناشی از ارش و به‌طور خاص خسارت تأخیر تأخیر تأدیه است. به مناسبت دادنامه، موضوعاتی چون سقوط ارش در فرض سقوط خیار عیب و همچنین شیوه محاسبه ارش نیز در نوشتار حاضر مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

در رابطه با پیشینه بحث در ادبیات حقوقی کنونی، باید گفت که هرچند ماهیت ارش و مبانی آن، همچنین خسارت تأخیر تأدیه نسبت به دین ناشی از ضمان قهری پیش‌تر مورد ارزیابی واقع شده (محسنی و میرشکاری، ۱۳۹۵: ۱۳۹-۱۵۱؛ ایزدی‌فرد و فلاح، ۱۳۹۴: ۳۷-۶۱)، اما از یک‌جهت، موضوع خسارت تأخیر تأدیه ناشی از ارش به‌طور مستقل موضوع تحقیقی قرار نگرفته است. از جهت دیگر، ماهیت منحصر به فرد ارش و تمایز میان احکام آن با ضمان قهری موجب تردید در باور نویسندگان در امکان تسری احکام زیان دیرکرد دین ناشی از ضمان قهری به ارش شده است.

باری، در مقاله حاضر، در قالب دو بخش تلاش شده ابتدا گزارشی از پرونده و دادنامه ارائه شود و در بخش دوم نیز دادنامه از حیث تحلیلی مورد بررسی و نقد قرار گیرد. طرح اختلاف نظرهای حقوقی در بحث ارش و خسارت تأخیر تأدیه در لابه‌لای سطور آرای قضایی می‌تواند به تبیین بهتر موضوعات کمک شایان توجهی کند.

۱. متن دادنامه

شماره دادنامه: دادنامه شماره ۱۰۶۴

تاریخ: ۱۳۹۱/۱۱/۲۸

خواسته: مطالبه ارش، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه و خسارات دادرسی.

خواهان: س.ه

خوانده: س.غ

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران

گردش کار: با توجه به محتویات پرونده، ختم رسیدگی را اعلام و به شرح ذیل مبادرت به انشاء رأی می نماید.

«رأی دادگاه بدوی»

در مورد دعوی خانم س.ه. به طرفیت آقای س.غ. با وکالت خانم س.ج. مبنی بر مطالبه مبلغ ۸۸/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت ارش یک دستگاه اتومبیل مورد معامله با احتساب هزینه دادرسی، دادگاه با توجه به محتویات پرونده و دادخواست خواهان و رونوشت مصدق سند رسمی شماره ۳۸۴۹ - ۱۳۹۱/۴/۱۲ دفترخانه ۱۴۸۶ تهران که دلالت انتقال و فروش یک دستگاه اتومبیل سواری تیویوتا کمری از سوی خوانده به خواهان دارد و با توجه به مجموع اظهارات طرفین پرونده و قیمت مورد معامله به مبلغ ۳۶۶/۵۰۰/۰۰۰ ریال تعیین گردیده است که خواهان پس از معامله با انجام تأمین دلیل صورت گرفته در حوزه ۵۸ شورای حل اختلاف تهران که نظریه کارشناس حاکی از آسیب دیدگی کلی بدنه و چارچوب اتومبیل مورد معامله داشته و مبلغ آن را در زمان معامله دویست و هشتاد میلیون ریال تعیین نموده است و با التفات به اینکه کارشناس رسمی دادگستری و هیأت سه نفره کارشناسان رسمی دادگستری منتخب دادگاه در نهایت به موجب

^۱دادنامه موضوع نقد، با مراجعه به سامانه آرای پژوهشگاه قوه قضاییه به نشانی <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4428> به دست آمده است. در این سامانه، اگر از رأی صادره تجدیدنظرخواهی شده باشد، شماره کامل دادنامه صرفاً درخصوص دادنامه تجدیدنظر قید می گردد و تنها چهار رقم شماره دادنامه بدوی قابل مشاهده در آن سامانه است. لذا به همین خاطر بوده که در این مقاله، فقط به چهار رقم آخر شماره دادنامه بدوی اشاره شده است.

نظریه شماره ۱۰۳۴۸۵-۹۱/۲۷/۱۰/۱۳۹۱ اعلام داشته‌اند اتومبیل چپ شده و معیوب می‌باشد که با وصف ابلاغ قانونی به طرفین مصون از تعرض آنان باقیمانده است و خواننده و وکیل وی هم دفاع مؤثر و موجهی به عمل نیاورده‌اند و مدعی شده‌اند اسقاط کافه خیارات از سوی خواهان صورت گرفته ضمن اینکه خیار عیب فوری می‌باشد و خواننده حاضر است معامله را فسخ نموده و مبیع و ثمن رد و بدل گردد که دادگاه با التفات به اینکه خیار عیب مورد ادعای خواهان پس از معامله و با انجام تأمین دلیل معلوم و مشخص شده است و در زمان معامله موجود نبوده است که قابل اسقاط باشد و به استناد ماده ۴۲۳ و ۴۲۲ قانون مدنی خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب مخفی و موجود بوده است و اگر بعد از معامله معلوم شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار در قبول بیع یا اخذ ارش یا فسخ معامله می‌باشد که حق مزبور متعلق به خواهان بوده و ایشان مطالبه ارش نموده‌اند و بدون توافق طرفین فسخ معامله و یا تفاسخ آن فاقد توجیه قانونی می‌باشد، بنابراین دادگاه دعوی خواهان را به استناد ماده ۴۲۲ و ۴۲۳ و ۴۲۴ و ۴۲۷ و ۴۲۸ قانون مدنی و مواد ۵۱۵ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی وارد تشخیص داده و حکم بر محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ هشتاد و هشت میلیون ریال به عنوان ارش (بابت اصل خواسته) و مبلغ یک میلیون و هفتصد و شصت و پنج هزار ریال به عنوان هزینه دادرسی در حق خواهان محکوم می‌نماید در ارتباط با دعوی خواهان نسبت به مازاد مورد و در مورد مطالبه خسارت تأخیر تأدیه با عنایت به اینکه مطالبه خسارت تأخیر نسبت به ارش که خود نوعی خسارت بوده و دین نمی‌باشد، فاقد وجهت قانونی است چرا که به استناد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خسارت تأخیر تأدیه صرفاً به دین تعلق می‌گیرد؛ بنابراین دادگاه این قسمت از دعوی خواهان را مردود تشخیص و به استناد ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان آن صادر می‌نماید رأی صادر شده حضوری بوده و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

۲. توصیف رأی

در پرونده مورد بررسی، خواهان خانم س.ه در تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۱۲ یک دستگاه خودرو تویوتا کمری را از خواننده دعوا به موجب سند رسمی (سند قطعی منقول) شماره ۳۸۴۹ تنظیمی در دفترخانه اسناد رسمی شماره ۱۴۸۶ تهران به مبلغ ۳۶۶/۵۰۰/۰۰۰ ریال خریداری نموده است. از جزئیات معامله اطلاع دقیقی در دسترس نیست؛ اما از دادنامه بدوی استنباط می‌شود که پیش از انعقاد قرارداد، خریدار به کارشناس فنی خودرو جهت معاینه و تأیید سلامت خودرو مراجعه

نکرده است. خریدار پس از انعقاد قرارداد با مراجعه به شعبه ۵۸ شورای حل اختلاف تهران، تأمین دلیل و ارجاع امر به کارشناس خودرو را درخواست نموده است. نظریه کارشناسی حاکی از آسیب دیدگی کلی بدنه و چارچوب اتومبیل مورد معامله است و مبلغ آن را در زمان معامله ۲۸۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال تعیین نموده است.

خواهان پس از اخذ نظریه کارشناسی به موجب تأمین دلیل، اقدام به تقدیم دادخواستی به خواسته صدور حکم به محکومیت خوانده به پرداخت ازش به میزان ۸۸/۰۰۰/۰۰۰ ریال به همراه هزینه دادرسی و خسارت تأخیر تأدیه می‌نماید. پرونده به شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران ارجاع شده و ریاست محترم شعبه، با صدور قرار کارشناسی، امر را به کارشناس رسمی دادگستری ارجاع می‌دهد. در خصوص جزییات نظر کارشناس یک نفره و سپس نظریه هیأت سه نفره کارشناسی اطلاعاتی در دسترس نیست، بلکه اجمالاً در دادنامه بدوی می‌خوانیم: «هیأت سه نفره کارشناسان رسمی دادگستری منتخب دادگاه در نهایت به موجب نظریه شماره ۱۳۹۱/۱۰/۲۷-۹۱۰۳۴۸۵ اعلام داشته‌اند اتومبیل چپ شده و معیوب می‌باشد که با وصف ابلاغ قانونی به طرفین مصون از تعرض آنان باقیمانده است». بنابراین نظریه هیأت کارشناسی سه نفره از سوی اصحاب دعوا مصون از تعرض باقی مانده و دادگاه نیز نظریه موصوف را منطبق با اوضاع و احوال مسلم پرونده دانسته است.

وکیل خوانده، خانم س.ج در مقام دفاع، به زعم دادگاه، دفاع موثری به عمل نیاورده و دفاعیات خود را در سه محور بیان داشته است: ۱. اسقاط کافه خيارات ضمن انعقاد قرارداد ۲. فوریت اعمال خيار عيب ۳. تمایل موکل (خوانده) به فسخ قرارداد و رد و بدل شدن ثمن و مبيع. دادگاه اما در مقام استدلال بیان داشته: «خيار عيب مورد ادعای خواهان پس از معامله و با انجام تأمین دلیل معلوم و مشخص شده است و در زمان معامله موجود نبوده است که قابل اسقاط باشد و به استناد ماده ۴۲۳ و ۴۲۲ قانون مدنی خيار عيب وقتی برای مشتری ثابت می‌شود که عيب مخفی و موجود بوده است و اگر بعد از معامله معلوم شود که مبيع معيوب بوده مشتری مختار در قبول بيع یا اخذ ازش یا فسخ معامله می‌باشد که حق مزبور متعلق به خواهان بوده و ایشان مطالبه ازش نموده‌اند».

در ادامه، دادگاه موجبی برای فسخ قرارداد از سوی خوانده ندیده و بیان می‌دارد: «بدون توافق طرفین فسخ معامله و یا تفاسخ آن فاقد توجیه قانونی می‌باشد». دادگاه که مجاب به پذیرش خواسته اول خواهان شده است، خوانده را به پرداخت مبلغ ۸۸/۰۰۰/۰۰۰ ریال به عنوان ازش

(بابت اصل خواسته) و مبلغ ۱/۷۶۵/۰۰۰ ریال به عنوان هزینه دادرسی در حق خواهان محکوم می‌نماید.

سپس، دادگاه خواسته دیگر خواهان مبنی بر محکومیت خوانده به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه را محمول بر صحت تشخیص نداده و خاطرنشان می‌سازد: «در ارتباط با دعوی خواهان نسبت به مازاد مورد و در مورد مطالبه خسارت تأخیر تأدیه با عنایت به اینکه مطالبه خسارت تأخیر نسبت به ارش که خود نوعی خسارت بوده و دین نمی‌باشد، فاقد وجهت قانونی است چرا که به استناد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خسارت تأخیر تأدیه صرفاً به دین تعلق می‌گیرد؛ بنابراین دادگاه این قسمت از دعوی خواهان را مردود تشخیص و به استناد ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان آن صادر می‌نماید». بنابراین دادگاه با این استدلال که ارش خود نوعی از خسارت بوده و دین نمی‌باشد و ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر به دین است، حکم بر بطلان خواسته دیگر خواهان صادر نموده است.

۳. نقد و تحلیل رأی

در دادنامه موضوع مطالعه، همان‌گونه که ملاحظه شد، از میان سه خواسته خواهان در دادخواست، دو ادعا (مطالبه ارش و مطالبه خسارت دادرسی) مورد پذیرش دادگاه قرار گرفته و خوانده درخصوص آن‌ها محکوم شده است؛ لکن خواسته دیگر خواهان (مطالبه خسارت تأخیر تأدیه) از سوی دادگاه مردود تشخیص داده و حکم به بطلان دعوا در این خصوص صادر شده است.

با این اوصاف، دادنامه دادگاه بدوی از حیث استدلال در جهت رد یا پذیرش خواسته‌های خواهان چهار فرع قابل نقد و ارزیابی است که عبارت‌اند از استدلال دادگاه در خصوص «عدم سقوط ارش در فرض اسقاط خیار عیب»؛ «نحوه محاسبه ارش بر مبنای نظریه کارشناسی»؛ «خسارت‌بودن ارش» و «عدم قابلیت فسخ قرارداد از سوی خوانده (فروشنده)». در ادامه، هر یک از بخش‌های مذکور از منظر نظام حقوقی ایران مورد تحلیل و ارزیابی قرار خواهد گرفت.

۳-۱. عدم سقوط ارش در فرض اسقاط خیار عیب

همان‌طور که ملاحظه شد، شعبه بدوی در مقام پاسخ به دفاع وکیل خوانده راجع به اسقاط کافه اختیارات به عنوان شرط ضمن عقد بیع، استدلال کرده است: «خیار عیب مورد ادعای خواهان پس

از معامله و با انجام تأمین دلیل معلوم و مشخص شده است و در زمان معامله موجود نبوده که قابل اسقاط باشد و به استناد ماده ۴۲۳ و ۴۲۲ قانون مدنی خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب مخفی و موجود بوده است و اگر بعد از معامله معلوم شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار در قبول بیع یا اخذ ارش یا فسخ معامله می‌باشد...». وکیل خواننده در مقام دفاع استدلال کرده است که تمامی اختیارات در ضمن عقد ساقط شده است، بنابراین محلی برای استناد به ارش نمی‌باشد؛ زیرا با اسقاط خیار عیب، ارش نیز ساقط می‌شود.

آنچه مورد ادعای وکیل خواننده قرار گرفته و البته دادگاه محترم، برخلاف آن نظر داشته‌اند، همان موضوعی است که از دیرباز محل اختلاف نویسندگان حقوقی بوده است. توضیح آنکه، در این زمینه، دو نظر ارائه شده است:^۲ بر مبنای نظریه نخست، خیار عیب دو حق برای ذوالخیار در پی دارد: حق فسخ قرارداد و حق قبول مبیع معیوب با اخذ ارش. در نتیجه‌ی این دیدگاه، ارش جزئی از خیار عیب محسوب می‌شود و با سقوط یا اسقاط خیار عیب، ارش نیز ساقط می‌شود. نظریه مذکور، مورد پذیرش تعداد قابل توجهی از حقوق دانان و فقهاء است (کاتوزیان، ۱۳۹۷/۵: ۲۳۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۸ ه.ق/۲: ۷۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ ه.ق/۱: ۳۷۶؛ شهید ثانی (عاملی) ۱۴۱۲ ه.ق/۱: ۳۲۹؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ ه.ق/۴: ۳۳۱؛ نجفی، ۱۳۶۲/۲۳: ۲۳۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰/۲: ۷۱). اخیراً شعب حقوقی هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز در دادنامه اصراری شماره ۷۵ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۱۸ این نظر را صائب دانسته است.^۳

بر اساس نظریه دوم، اسقاط خیار عیب ملازمه‌ای با سقوط حق مطالبه ارش ندارد. برخی از صاحب نظران صراحتاً این موضوع را بیان داشته‌اند (شهید اول، بی تا/۳: ۲۸۲ و ۲۸۶؛ خویی، بی تا/۲: ۳۹ و ۴۰؛ موسوی خمینی، بی تا/۲: ۳۰۴؛ گلپایگانی، ۱/۱۳۷۱: ۳۷۳؛ شهیدی، ۱۳۹۵: ۶۵؛ صفایی، ۱۴۰۰: ۳۱۲). در مقابل اما، به باور برخی دیگر، این که طرفین التزام خود را به عقد

^۲ البته این دو دیدگاه منصرف از دیدگاه برخی از فقهای امامیه و حنفیه است که ارش را در فرضی ممکن می‌دانند که امکان رد عین وجود نداشته باشد. برخی از استادان حقوق، از این دیدگاه تحت عنوان قائم مقامی ارش نسبت به فسخ نام برده‌اند (برای ملاحظه این دیدگاه، ر.ک.: جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱: ۲۲۲ و ۲۲۳).

^۳ در دادنامه اصراری مزبور می‌خوانیم: «مطابق بند ۷ قرارداد منعقد «کلیه اختیارات از جمله خیار غبن به هر عنوان و ادعا و به هر میزان با اقرار طرفین و اطلاع کامل نسبت به عرف بازار اسقاط» گردیده و فقط «موارد تقلب و تدلیس از این موضوع مستثنا» شده است که این نحو اسقاط خیار و دیگر قرائن، مانند نوع عوضین، دلالت بر قصد مشترک طرفین بر اسقاط خیار عیب به‌طور مطلق، [دلالت بر] اعم از حق فسخ و حق مطالبه ارش دارد و دلیلی برخلاف آن نیز وجود ندارد» (جواهر کلام و غلامحسینی، ۱۴۰۴: ۳۸).

اعلام کنند صرفاً به منزله سقوط حق فسخ بوده و در این فرض، حق مطالبه ارش همچنان باقی است (شیخ انصاری، بی تا/ ۵: ۲۷۹؛ طباطبایی یزدی، ۲/۱۳۷۰: ۷۱، حسینی روحانی، ۱۴۱۲ ه.ق/ ۱۷: ۳۳۲).

به هر روی و جدای از این که با کدام یک از دو عقیده مذکور همراه باشیم، در مقام نقد دادنامه باید به استدلال قاضی صادرکننده رأی توجه نمود. به باور ما، قاضی محترم در مقام استدلال، عنایت به اختلاف نظر مذکور نداشته و نتیجه خود را بر این استدلال بنا نهاده است که «در زمان معامله خیار عیب وجود نداشته که اسقاط شود، بلکه پس از انجام معامله با تأمین دلیل مشخص و معلوم شده است». در ادامه نیز، ایشان به ذکر نکاتی از مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون مدنی راجع به لزوم وجود عیب و مخفی بودن آن پرداخته است مبنی بر اینکه: «خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می شود که عیب مخفی و موجود بوده است و اگر بعد از معامله معلوم شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار در قبول بیع یا اخذ ارش یا فسخ معامله می باشد...». با این تفصیل، به نظر می رسد قاضی محترم، در راستای استدلال در جهت شمول خیار عیب نسبت به ارش یا عدم شمول نبوده است؛ بلکه از منظر ایشان، نه تنها ارش ساقط نشده بلکه خیار عیب نیز به طور کلی ساقط نشده است، زیرا این خیار در زمان انعقاد قرارداد وجود نداشته که قابل اسقاط باشد بلکه پس از تأمین دلیل مشخص و معلوم شده است.

این استدلال از چند منظر قابل خدشه است و از انسجام کافی برخوردار نمی باشد. توضیح آنکه، قاضی محترم نسبت به این موضوع آگاه بوده است که عیبی سبب ایجاد خیار می شود که اولاً در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته و ثانیاً مخفی باشد؛ چراکه اگر عیب واجد این دو وصف نباشد، اساساً موضوع خیار و ارش سالبه به انتفای موضوع است. آری، از لحظه انعقاد قرارداد، مبیع معیوب بوده است و این عیب از نظر خریدار پنهان بوده است؛ بنابراین از همان ابتداء خیار عیب برای خریدار با انعقاد قرارداد ایجاد شده و تأمین دلیل و آشکارشدن عیب، کاشف از وجود عیب از همان زمان انعقاد قرارداد است و هنگام آشکارشدن عیب صرفاً از جهت مبدأ زمانی اعمال خیار و فوریت آن موضوعیت پیدا می کند. افزون بر اینها، به نظر می رسد استدلال قاضی محترم با این پیش فرض همراه است که اسقاط خیار عیب ضمن قرارداد، نوعی اسقاط ما لم یجب است زیرا بیان می دارد: «در زمان معامله خیار عیب وجود نداشته که اسقاط شود...»؛ بدین معنا که حقی در زمان انعقاد قرارداد وجود نداشته تا قابل اسقاط باشد، همان طور که ضمان ما لم یجب باطل است. با این همه، از آنجایی که عیب مخفی در حین عقد وجود داشته و اساساً (جز در موارد عیب حادث در زمان خیارات مختص به مشتری) باید در زمان عقد وجود داشته باشد تا

خيار عيب قابليت تحقق پيدا كند، اسقاط آن به علت آنكه سبب حق (خيار) در زمان انعقاد قرارداد وجود دارد، اسقاط ما لم يجب محسوب نمي گردد؛ مضافاً بر اين كه با وقوع قرارداد، مقتضای ایجاد خيار (به طور كلي هر نوع خياری) ایجاد می شود و همین مقتضی برای اسقاط كافی است ولو علت تامه هنوز به وجود نيامده باشد (سبحانی، ۱۴۱۴ ه.ق: ۷۲).

علی رغم نقدهای فوق، در نهایت نتیجه ای كه قاضی محترم از استدلال خود استنتاج كرده از اين حيث كه نظر بر بقای ارش با وجود اسقاط كافه خيارات (از جمله خيار عيب) داشته است، صائب و موافق با اصول به نظر می رسد. در حقيقت، عيب در مورد معامله موجب ایجاد دو حق می شود: حق فسخ قرارداد كه در ساير خيارات مانند تدليس، غبن و غيره مشترك است و حق مطالبه ارش. حال در صورتی كه شبهه ایجاد شود كه خيار عيب كه میان كافه خيارات اسقاط شده است، مفهوماً صرفاً فسخ را در برمی گیرد يا افزون بر فسخ، ارش را هم در برمی گیرد، مقتضای اصل عدم، اكتفاء به اقل است كه تنها شامل فسخ می شود. از منظر ديگر، نوعاً مراد متعاقدين از درج شرط اسقاط كافه خيارات، التزام به قرارداد و جلوگیری از تزلزل و انحلال آن است، نه آن كه بخواهند ضرر و زیان ناشی از معيوب بودن مبيع را به يکی از طرفين تحميل كرده و يا از عيوب احتمالی تبری جویند.

۲-۳. محاسبه ارش بر مبنای نظریه کارشناسی

همان گونه كه ملاحظه شد، خواهان بر مبنای نظریه کارشناسی (موضوع تأمین دلیل)، ارش را به میزان ۸۸/۰۰۰/۰۰۰ میلیون ریال مطالبه كرده است، با اين توضیح كه ثمن معامله آن گونه كه در دادنامه بیان شده است ۳۶۶/۵۰۰/۰۰۰ ریال بوده لكن کارشناس ارزش خودرو را با توجه به عيب موجود در زمان انعقاد قرارداد ۲۸۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال ارزیابی كرده است. دادگاه نیز پس از ارجاع امر به کارشناس يك نفره و هیأت کارشناسان رسمی دادگستری سه نفره، ادعای خواهان را مقرون به واقع تشخیص داده و خوانده را به همان میزان ۸۸/۰۰۰/۰۰۰ ریال محكوم كرده است.

با اين توضیح، در خصوص اين بخش از دادنامه، دو موضوع محل ایراد و اشكال است: از يك سو، ما به التفاوت میان دو مبلغی كه دادگاه به نقل از نظریه کارشناسی بیان داشته، ۸۶/۵۰۰/۰۰۰ ریال می باشد، كه مشخص نیست خواهان بر چه مبنایی خواسته خود را ۸۸/۰۰۰/۰۰۰ ریال قرار داده و دادگاه عیناً نسبت به آن حكم صادر كرده است. نکته عجيب تر در همین خصوص، آن است كه در بخش بعدی دادنامه می خوانیم: «در ارتباط با دعوی خواهان نسبت به مازاد مورد... دادگاه

این قسمت از دعوی خواهان را مردود تشخیص و به استناد ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان آن صادر می‌نماید». این فراز از دادنامه درحالی انشاء گشته که بر اساس گردش کار ابتدای دادنامه، دادگاه تمامی خواسته خواهان راجع به ارش به میزان ۸۸/۰۰۰/۰۰۰ ریال را مورد پذیرش قرار داده و عیناً نسبت به آن حکم صادر نموده است.

از سوی دیگر، نحوه محاسبه ارش نیز با توضیحاتی که در دادنامه ذکر شده، مجهول است. براساس نظریه کارشناسی، قیمت (ثمن المثل) کالای معیوب (یک دستگاه تویوتا کمری با عیوب موجود) در زمان معامله ۲۸۰/۰۰۰/۰۰۰ میلیون ریال بوده است؛ در حالی که ما به‌التفاوت مبلغ مذکور تا ثمن المسمی (۳۶۶/۵۰۰/۰۰۰) به عنوان ضابط تعیین ارش محاسبه شده است. وفق ماده ۴۲۷ قانون مدنی، ابتداء باید احراز شود که ثمن المسمی بر فرض آن که عیبی نداشته باشد به میزان ثمن المثل مورد توافق قرار گرفته تا سپس مابه‌التفاوت میان ثمن المثل کالای سالم و معیوب به عنوان ارش محاسبه شود؛ اما اگر میزان ثمن المسمی عیناً مساوی با میزان ثمن المثل بدون در نظر گرفتن عیب نباشد، باید نسبت میان ثمن المثل در فرض فقدان و وجود عیب از ثمن المسمی مورد احتساب قرار گیرد.

۳-۳. خسارت بودن ارش

در بخش پایانی دادنامه بدوی در خصوص خواسته مطالبه خسارت تأخیر تأدیه می‌خوانیم: «در ارتباط با دعوی خواهان نسبت به مازاد مورد و در مورد مطالبه خسارت تأخیر تأدیه با عنایت به اینکه مطالبه خسارت تأخیر نسبت به ارش که خود نوعی خسارت بوده و دین نمی‌باشد، فاقد وجهت قانونی است چرا که به استناد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خسارت تأخیر تأدیه صرفاً به دین تعلق می‌گیرد؛ بنابراین دادگاه این قسمت از دعوی خواهان را مردود تشخیص و به استناد ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان آن صادر می‌نماید». دادگاه محترم، با این استدلال که ارش خود نوعی خسارت است و دین نمی‌باشد (صغری)، مطالبه خسارت از خسارت ممکن نیست (کبری)، نتیجه گرفته است که دریافت خسارت تأخیر تأدیه از ارش غیرممکن است. در ادامه به تحلیل استدلال پیش گفته می‌پردازیم.

صغرای استدلال راجع به ماهیت ارش مدنی است؛ مسأله‌ای که فقیهان امامیه و علمای علم حقوق، نظرات مختلفی درباره آن ارائه داده‌اند. توضیح آنکه، سوال اصلی آن است که آیا مسئولیت

پرداخت ارش (در فرض وجود عیب با شرایط قانونی و فقدان موانع) ریشه در تعهدات قراردادی دارد یا التزامی خارج از قرارداد است؟

در پاسخ، برخی از متقدمین در آثار خود گرچه متعرض ماهیت و مبنای ارش نشده‌اند لکن از آن جهت که قیمت مابه‌التفاوت مبیع معیوب و سالم را به عنوان ارش ذکر کرده‌اند، مشخص می‌گردد که ارش را نوعی ضمان قهری دانسته‌اند (ابن بابویه، ۱۴۰۶ ه.ق: ۲۵۳؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳ ه.ق: ۵۹۶ و ۵۹۷). برخی نیز استنباط کرده‌اند که مبنای این مسئولیت ضمان ید است و همان‌گونه که غاصب نسبت به قیمت مال ضامن است، نسبت به نقص آن نیز ضامن است (ایزدی‌فرد و فلاح، ۱۳۹۴: ۴۱). این دیدگاه درحالی ابراز شده که مسئولیت پرداخت قیمت اعم از ضمان ید بوده و ممکن است این مسئولیت در اثر اتلاف یا تسبیب نیز رخ دهد. در واقع، باید توجه داشت که از این منظر، بایع ضامن نقص و عیب به مبیع است و ضمان او ضمان واقعی نسبت به نقص است نه آن که نسبت به ثمن دریافت شده، بر مبنای ضمان ید، ضامن باشد. گروهی دیگر از نویسندگان ضمن التزام به این موضوع که ارش مسئولیتی خارج از قرارداد است، آن را نوعی غرامت و وسیله جبران ضرر ذکر کرده‌اند. در این میان، برخی صاحب‌نظران ضمن رد ضمان ید یا اتلاف یا ضمان معاوضی، منشأ این غرامت را تعبدی دانسته (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ ه.ق: ۲۳۱؛ موسوی‌خمینی، ۱۴۱۰ ه.ق: ۱۹۶). برخی دیگر آن را وسیله‌ای برای جبران زیان و بازگرداندن عدالت قراردادی بین طرفین می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۷/۵: ۳۰۹؛ امامی، ۱۳۹۳: ۵۰۱ و ۵۰۲؛ شهیدی، ۱۳۹۵: ۶۱). شیخ انصاری در مقام توضیح ماهیت ارش، آن را ضمان معاوضی نمی‌داند، زیرا این نظر را مستلزم آن می‌داند که وصف صحت و سلامت، جزئی از مبیع باشد و در نتیجه اولاً لازم می‌آید که در صورت فقدان وصف صحت به همان میزان قرارداد منفسخ شود و در ثانی، ارش از خود ثمن داده شود؛ در حالی که از منظر ایشان، ارش غرامتی است که از نقدین پرداخت می‌شود (شیخ انصاری، بی‌تا/۵: ۳۹۴ و ۳۹۵). به نظر می‌رسد از منظر این دیدگاه، پیمان‌شکنی و نقض عهد از اسباب مسئولیت و ضمان است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۲۸۹) و در صورتی که یکی از عوضین، معیوب باشد، وجود عیب سبب مسؤولیت قراردادی نسبت به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد می‌شود. در خصوص شیوه محاسبه ارش باید اضافه کرد که از آن جایی که عیب در متعلق موضوع قرارداد وجود داشته و طرفین در قرارداد میان خود نسبت به ارزش و بهایی توافق کرده‌اند، میزان ارش از توافق طرفین الهام گرفته و محاسبه می‌گردد.

در مقابل، گروهی دیگر از نویسندگان ارش را دارای ماهیت و مبنای قراردادی می‌دانند. بر این اساس، فروشنده در ضمن قرارداد متعهد به تحویل کالایی شده که یکی از اوصاف آن (خواه

بر مبنای توافق صریح، ضمنی یا ارتكازی طرفین و خواه بر مبنای عرف معاملاتی) سلامت و صحت است. حال در صورتی که بعد از قرارداد مشخص شود مورد معامله در زمان قرارداد معیوب و فاقد وصف مذکور بوده است، تراضی طرفین ایجاب می‌کند که تعهدات قراردادی امتداد یافته و تعدل و موازنه میان ثمن و مثنی وفق توافق طرفین تعدیل گردد. از این منظر، دو گونه استدلال راجع به مسئولیت نسبت به ارزش میان صاحب‌نظران دیده می‌شود: برخی مسئولیت نسبت به ارزش را از نوع ضمان معاوضی می‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۴ ه.ق/۱۱: ۱۱۰؛ شهید ثانی (عاملی)، ۱۴۱۲ ه.ق/۱: ۲۱۱؛ نجفی، ۱۳۶۲/۲۳: ۲۳۵). در این دیدگاه، گاه وصف صحت و سلامت (در مقابل عیب) به عنوان جزئی از مبیع برشمرده می‌شود که جزئی از ثمن در مقابل آن پرداخت می‌شود (نجفی، ۱۳۶۲/۲۳: ۲۷۹)؛ اما اگر وصف صحت و سلامت نباشد، مانند فرضی است که بخشی از مبیع قبل از عقد از میان رفته و در مقابل آن بخشی از ثمن که در برابر وصف مذکور بوده باید به خریدار رد شود. در نظری دیگر نیز گفته شده که گرچه التزام به پرداخت ارزش ریشه در ضمان معاوضی دارد، اما این امر لزوماً به معنای آن نیست که وصف صحت مانند اجزای مبیع تلقی شده که اجزای ثمن در برابر آن پرداخت شده باشد؛ بلکه وصف صحت مانند پاره‌ای دیگر از اوصاف و شروط می‌تواند در ارزش موثر واقع شده و موجب ارتقاء آن شود و در واقع در علم لب در برابر ثمن قرار می‌گیرند بی‌آن که طرفین در مقام انشاء نسبت به مقدار دقیق آن توافق نموده باشند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰/۲: ۶۸).

برخی از حقوقدان‌ها، با انتقاد از دو قاعده شهرت یافته در فقه اهل سنت تحت عنوان «الضمن لایقسط علی الشروط» و «اللاوصاف لا یقابل بالاعواض»، این دو قاعده را حرف حقی می‌داند که از آن اراده باطل شده است. توضیح آنکه از نظر ایشان، گرچه وصف به‌طور مستقل حصه‌ای از ثمن را به خود اختصاص نمی‌دهد، اما در صورت عارض شدن بر موصوف خود، موجب افزایش مقدار ثمن می‌گردد و هرگاه مبیع، معیوب باشد افزایش صوری مقدار ثمن که حقیقت نداشته است، باید حذف شود (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲: ۲۷۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱/۱: ۳۵۸ و ۳۵۹). بر خلاف نظری که وصف صحت را در برابر جزء ثمن می‌داند، نظریه اخیر اعتقاد به انفساخ قرارداد در صورت تخلف از وصف صحت را در بر ندارد؛ زیرا در مقام انشاء، جزئی از ثمن در برابر وصف صحت نبوده تا نسبت به آن جز احکام تلف قبل از قبض جاری باشد.

برخی دیگر از نویسندگان در عین حال که مسئولیت نسبت به پرداخت ارزش را مبتنی بر قرارداد می‌دانند، مبنای آن را نه ضمان معاوضه بلکه نوعی ضمانت اجرای تعهد قراردادی برای اجرای مفاد خود قرارداد می‌دانند (ایزدی فرد و فلاح، ۱۳۹۴: ۴۳ و ۴۴). بر این بنیاد، بخشی از

تعهد طرفین در قرارداد، تعهد به برقراری تعادل ارزش میان عوض و معوض است که نقض شده، لذا باید دوباره تعهد از سوی بایع اجراء شود و اجرای آن از طریق پرداخت ارش سبب می‌شود ارزش مبیع افزایش یافته تا به ارزش ثمن در زمان انعقاد قرارداد برسد. به نظر می‌رسد در این نظریه، ارش نوعی تعهد اولیه قراردادی به حساب می‌آید که از اصل تراضی طرفین ناشی شده است، نه آن که مسئولیت قراردادی ناشی از نقض قرارداد باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۸۷).

تفاوت دو دیدگاه ضمان معاوضی و تعهد به برقراری تعادل در آن است که بر مبنای نظر نخست لزوماً ارش باید از محل ثمن المسمی پرداخت شود و اگر ثمن غیر از نقدین (طلا و نقره) باشد (برای مثال کالا باشد)، مشتری می‌تواند بایع را الزام کند که از همان ثمن مورد توافق بخشی را رد کند. اما بر مبنای نظر دوم و همچنین نظرات پیش گفته که ارش را پرداخت خسارت می‌دانند، ارش از وجه رایج پرداخت می‌شود. تفاوت دیگر آن که بر مبنای ضمان معاوضی، بخشی از ثمن کاسته می‌شود تا ارزش آن با مبیع معیوب انطباق یابد ولی در رویکردهای دیگر، نظر بر آن است که ارزش مبیع از طریق پرداخت ارش افزایش پیدا کند (شیخ انصاری، بی‌تا/ ۵: ۳۹۴؛ ایزدی‌فرد و فلاح، ۱۳۹۴: ۵۵) و ثمن که در قرارداد معین شده، دست نخورده بماند.

در مقام داوری میان نظرات ذکر شده، می‌توان گفت که طرفین یک قرارداد معوض در عرف، تعهدات متقابلی بر عهده دارند که یکی از این تعهدات، وجود تعادل و توازن میان ارزش عوضین است. حال در صورت بر هم خوردن این تعادل، بر مبنای مسئولیتی که در هنگام انعقاد قرارداد بر عهده و ذمه آن‌ها قرار گرفته است ضامن بوده و باید مفاد تراضی را به طور کامل اجراء کنند. ارزش عوضین نیز بر اساس اجزاء و پاره‌ای از اوصاف و شروط محاسبه می‌گردد و این امر که اوصاف و شروط خارج از ارزش عوضین تصور شود برخلاف عرف معاملات و سیره رایج است. از این منظر، دو دیدگاهی که مبنای ارش را خود قرارداد می‌دانند، تا حد زیادی به یکدیگر نزدیک می‌شوند. در خصوص این که تعهد به پرداخت ارش از چه محلی ایفاء شود نیز می‌توان گفت که در غالب موارد، ثمن قرارداد وجه رایج می‌باشد اما در صورتی که طرفین در قرارداد خود، ثمن را مالی غیر از وجه رایج قرار داده باشند، به نظر می‌رسد برابری میان عوضین با لحاظ جنس و وصف در نظر ایشان لحاظ شده و در صورتی که مشخص شود مبیع یا ثمن شخصی فاقد وصف سلامت است، باید به توافق میان طرفین احترام گذاشت و تا جایی که مانعی در میان نباشد، ارش از محل ثمن یا مبیع مشخص در قرارداد (در فرضی که ثمن شخصی معیوب باشد) ایفاء گردد. این نظر هم با ظاهر ماده ۴۲۷ که بیان داشته: «بایع باید از ثمن مقرر به همان نسبت نگه داشته و بقیه را به عنوان ارش به مشتری رد کند» موافق است و هم با اصل برائت و عدم اشتغال ذمه بایع

نسبت به پرداخت مالی غیر از عوضین منطبق می‌باشد. آری، در فرضی که ثمن عین معین غیرقابل تجزیه باشد و یا در فرضی که مانعی برای رد ثمن وجود داشته باشد، بدل نقدی آن به عنوان ارزش پرداخت می‌شود. با توجه به این که ارزش بر مبنای ارزش روز قرارداد عوضین محاسبه می‌شود، در صورتی که به جای آن که ارزش از محل ثمن مشخص شده ایفاء شود، به وسیله پول رایج با ملاک روز عقد پرداخت شود، کاهش ارزش پول موجب تضرر ذوالخیار خواهد بود که این زیان نیز غیرقابل توجیه است.

با این توضیحات و تفصیل، در دادنامه مورد نظر، قاضی محترم ارزش را نوعی خسارت تلقی کرده است؛ لفظ خسارت در معنای مطلق شامل خسارات قراردادی و خسارت خارج از قرارداد می‌شود. دادگاه در توضیح این موضوع اضافه می‌کند «با عنایت به اینکه مطالبه خسارت تأخیر نسبت به ارزش که خود نوعی خسارت بوده و دین نمی‌باشد، فاقد وجهت قانونی است»؛ بنابراین از منظر دادگاه، ارزش ماهیتاً خسارت است نه دین. در خصوص تفکیک میان دین و خسارت مقصود دادگاه به‌طور کامل روشن نمی‌باشد؛ با این همه به نظر می‌رسد عقیده دادگاه بر آن بوده است که ارزش ماهیت جبران خسارت غیرقراردادی داشته و تدارک خسارت غیرقراردادی در وهله اول از طریق جبران عینی حاصل می‌شود و در صورت عدم امکان تدارک زیان از طریق جبران زیان عینی و اعاده وضع سابق، نوبت به جبران معادلی از طریق معادلی غیرنقدی (بدل حیلولة یا مثل) و یا معادل نقدی می‌رسد (صفایی و ذاکری‌نیا، ۱۳۹۴: ۲۶۶، ۲۷۲ و ۲۷۵). این موضع با دیدگاه قانون مدنی در مواد ۳۱۱ و ۳۲۹ منطبق است؛ گرچه ماده ۳ قانون مسئولیت اختیار در شیوه جبران خسارت را در اختیار دادرس قرارداده است. این استدلال (تقدم جبران عینی بر جبران معادلی) ممکن است در خصوص اکثر موارد مسئولیت‌های ناشی از ضمان قهری صحیح باشد، لکن در خصوص ارزش موضوع متفاوت است. به دیگر سخن، ارزش به فرض آن که ماهیتاً خسارت هم باشد، خسارتی است که از طریق معادل نقدی جبران می‌شود. بنابراین استدلال مذکور که در خصوص عدم امکان مطالبه زیان دیرکرد (خسارت تأخیر تأدیه) از خسارات ناشی ضمان قهری به آن تمسک می‌شود، در مورد ارزش غیرقابل استناد است؛ زیرا هیچ صاحب‌نظری (صرف از نظر ماهیت ارزش) جبران عینی زیان یا دادن بدل حیلولة یا مثل را در ارزش تجویز نکرده است، بلکه ارزش یا از نقدین (وجه رایج) و یا در موردی که ثمن از نقدین نباشد، از محل ثمن المسمی ایفاء می‌گردد.

در خصوص کبرای استدلال دادگاه محترم (عدم امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از خسارت) نیز باید گفت که در قوانین موضوعه فعلی، نصی که جایگزین ماده ۷۱۳ قانون آیین

دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ باشد، دیده نمی‌شود. در حقیقت قانون‌گذار در هیچ یک از مواد قانونی صراحتاً مطالبه خسارت از خسارت را منع نکرده و تنها موردی که ممکن است تاحدی قابل استناد باشد، تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است که مقرر داشته: «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست...». از این ماده استنباط شده است که خود عدم‌النفع قابل مطالبه است اما خسارت ناشی از آن که نوعی خسارت از خسارت است، منع شده است. در ادامه ماده مذکور مقرر می‌دارد: «خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه است». ماده ۵۲۲ نیز مقرر داشته: «در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده ... محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد». در این ماده نامی از خسارت تأخیر تأدیه برده نشده است و از الفاظ ماده استنباط می‌شود که دادگاه دینی که موضوع آن وجه رایج است را طبق شرایط مذکور در ماده مجدداً محاسبه کرده و مورد حکم قرار می‌دهد، حکم مقرر در ماده ۵۲۲ بر ذیل تبصره ۲ ماده ۵۱۵ حمل شده و از این ماده به عنوان شیوه محاسبه خسارت تأخیر تأدیه یاد می‌شود. به هر روی، برای استناد به این ماده ضرورتاً موضوع دعوا باید دین (در مقابل عین) و از نوع وجه رایج باشد. پیش‌تر بیان شد که ارش فرضاً خسارت هم باشد، با مشکل دین نبودن مواجه نیست تا بتواند با استناد به صدر ماده ۵۲۲ آن را از شمول ماده خارج کرد. افزون بر ارش، برخی دیگر از مصادیق خسارت، مانند وجه التزام ناشی از عدم انجام تعهد که نوعی خسارت مقطوع قراردادی است نیز علی‌رغم آن که خسارت محسوب می‌شوند، دین نیز هستند و امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از آن وجود دارد. بنابراین، ملازمه‌ای بین خسارت بودن و دین نبودن وجود ندارد بلکه رابطه این دو عموم و خصوص من وجه بوده به این نحو که برخی دیون خسارت هستند و بالعکس برخی از دیون غیر خسارت هستند.

باری، به نظر می‌رسد ضابطه‌ای که دادگاه محترم در نظر داشته لکن از استدلال صحیحی برای استنتاج آن استفاده نکرده، آن است که ارش، ماهیتاً خسارتی است غیرمسجل و غیرمقطوع که در هنگام مطالبه ذوالخیار، میزان دقیق آن مشخص و مقطوع نمی‌باشد. این موضوع به قدری با اهمیت است که قانون‌گذار تنها در یک مورد در قانون ماهوی (قانون مدنی) ارجاع امر به کارشناس (خبره) را پیش‌بینی کرده و آن مواد ۴۲۷ و ۴۲۸ قانون مدنی راجع به ارش عیب است. از این رو، در زمان مطالبه داین، میزان دقیق ارش مشخص نیست تا مدیون متمکن با پرداخت آن بری‌الذمه شود. از این منظر، ارش با خسارات ناشی از ضمان قهری دارای نقطه مشترک است؛ در هر دو خسارت (به زعم دادگاه ارش خسارت است)، میزان ما فی‌الذمه مدیون، معلوم، مسجل و قطعی نشده است. از همین رو در خصوص زیان‌دیرکرد ناشی از ضمان قهری گفته شده است

که این زیان قدر متیقن از زمان صدور رأی قطعی مسجل بوده و قابل مطالبه است (محسنی و میرشکاری، ۱۳۹۵: ۱۵۱).

صرف نظر از آن که ماهیت ارش را ضمان معاوضی یا ضمان قهری بدانیم، به علت غیرمسجل بودن میزان ارش، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از آن با اشکال همراه است. با این همه، افزون بر تفاوتی که ارش با خسارت ناشی از ضمان قهری دارد و پیش‌تر به آن پرداخته شد (جبران نقدی بودن ارش)، تفاوت دیگر ارش آن است که ارش بر مبنای ارزش روز انعقاد قرارداد محاسبه و پرداخت می‌شود؛ در حالی که در خسارت ناشی از که ضمان قهری اگر بخواهد از طریق جبران نقدی (قیمت) باشد قیمت زمان اجرای حکم ملاک است (تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری). این موضوع به تضرر ذوالخیاری منجر می‌شود که به مفاد قرارداد پایبند بوده و پس از مدتی مدید عیب مورد معامله برای وی آشکار شده و بدون آن که تقصیری برای تأخیر در مطالبه ارش داشته باشد، مبلغی ناچیز به او پرداخت می‌شود و یا در فرضی که اطلاع فرایند دادرسی از زمان مطالبه ارش به موجب دادخواست یا اظهارنامه تا زمان قطعیت حکم، سبب کاهش ارزش پول شده که جبران ناپذیر است.

با این همه، ممکن است در مقابل استدلال شود، شخص می‌تواند قرارداد را فسخ کرده و عوض پرداختی را مطالبه نماید؛ لذا اختیار وی منحصر در ارش نخواهد بود. این استدلال به دوجهت قابل رد است: نخست آن که رد مبیع و مطالبه ثمن (در فرضی که وجه نقد رایج است) نیز با همین ایراد کاهش ارزش پول مواجه است، با این تفاوت که زیان دیرکرد آن از تاریخ فسخ و مطالبه محاسبه می‌شود و نه از تاریخ قطعیت حکم. دیگر آن که بر اساس ماده ۴۲۹ قانون مدنی، در تمامی مواردی که احد متعاقدين مستحق ارش است، امکان فسخ قرارداد و مطالبه تمام ثمن وجود ندارد، بلکه مواردی که امکان فسخ وجود دارد اخص از موارد مطالبه ارش است و فسخ نمی‌تواند زیان ناشی از کاهش ارزش پول را جبران کند. در خصوص رفع معضل مذکور باید گفت که از یک سو طریقه پرداخت ارش از محل ثمن المسمی به عنوان روش جبران عیب در قانون پیش‌بینی شده است و از سوی دیگر طرفین در ضمن عقد نسبت به ارزش مبیع و ثمن و نسبت میان این دو توافق کرده‌اند؛ لذا نیاز به این نیست که مرجع قضایی مانند ضمان قهری، شیوه و میزان جبران زیان را مقرر کند، بلکه تنها لازم است عیب مشخص شده و نسبت میان ثمن المثل سالم و معیوب به دست آید. با این توضیح می‌توان استدلال کرد که از تاریخی که نظر کارشناسی مشتمل بر عیب و میزان ارش به طرفین ابلاغ شده و مصون از اعتراض باقی مانده باشد، به عنوان

مبدأ پرداخت خسارت تأخیر تأدیه ناشی از ارش قرار گیرد ولو صدور رأی قطعی به جهت دیگری به تأخیر افتد.

در نظام دادرسی ایران، موضوع کارشناسی مانند پرونده حاضر در برخی موارد از طریق تأمین دلیل پیش از طرح دعوا انجام می‌شود؛ با توجه به آن که عیب نوعاً مستلزم تعمیر است، مالک کالای معیوب نسبت به تأمین دلیل و متعاقب آن تعمیر مال جهت انتفاع اقدام می‌کند؛ با این حال، نظریه کارشناسی ناشی از تأمین دلیل به طرف مقابل ابلاغ نمی‌شود و معمولاً قابل اعتراض نیز نمی‌باشد؛ بنابراین مرحله تأمین دلیل نمی‌تواند دلالت بر تسجیل و قطعیت دین کند. از سوی دیگر از آن جا که در احتساب ارش، قیمت روز انعقاد قرارداد ملاک است، می‌توان استدلال کرد که اجمالاً میزان ارش در روابط طرفین قابل پیش‌بینی است. افزون بر همه اینها، گفتیم که ارش بخشی از ثمن المسمی است که در تصرف بایع باقی مانده است؛ از تاریخ مطالبه ارش از سوی ذوالخیار که حسب مورد ممکن است تاریخ تقدیم دادخواست یا اظهارنامه باشد، متصرف ثمن المسمی مکلف است بخشی از آن را که در ازای وصف سلامت بوده، به ذوالخیار رد کند و الا در صورت امتناع و خودداری از رد، ید او (پیش از مطالبه ارش) اگرچه امانی باشد، بر اساس عموم و اطلاق قاعده ضمان ید مبدل به ید ضمانی می‌شود و نسبت به کلیه منافع و نمائات مستوفات و غیرمستوفات آن ضامن است که از جمله آن کاهش ارزش پول است. بنابراین با مطالبه ارش از سوی مشتری، (در فرضی که ثمن، وجه رایج باشد)^۴ بایع ضامن ارش و کاهش ارزش آن است. بنابراین برخلاف خسارت تأخیر تأدیه که بر مبنای قواعد اتلاف و تسبیب و بر اثر خودداری و مماطله از پرداخت به موقع دین علی‌رغم تمکن قابل توجیه است، خسارت ناشی از عدم پرداخت و ایفای ارش بعد از مطالبه را می‌توان ناشی از ضمان ید دانست.

گرچه مسئولیت ناشی از ضمان ید اثبات تمکن ذوالید شرط نمی‌باشد، اما اگر شرایط مندرج در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را بخواهیم محقق

^۴ در فرضی که ثمن شخصی باشد و ارش بخواهد از محل همان عین معین جبران شود (برای مثال صد تن گندم با ده تن برنج معامله شده و ثمن گندم باشد) از زمان مطالبه ارش از سوی مشتری، بایع ضامن عین و منافع ثمن (گندم) است. در این خصوص گفته شده که تأخیر در رد ثمن سبب ضمان اعلی‌القیم است و اگر قیمت گندم از زمان مطالبه ارش تا زمان رد تنزل پیدا کند، همانطور که خسارت تأخیر تأدیه در وجه نقد ایجاد می‌شود، خسارت تأخیر تسلیم نیز به وجود خواهد آمد مانند حالتی که غاصب علی‌رغم مطالبه مالک، رد عین مغضوبه که تلف نشده را به تأخیر بیاندازد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۱۷۵ و ۱۷۶). به نظر می‌رسد افزایش قیمت داخل در نمائات متصله است که ذیل ضمان ید قرار می‌گیرد.

شده بدانیم، باید اضافه کرد که ارش از محل ثمن المسمی پرداخت می‌شود و ثمن المسمی به موجب قرارداد به بایع تحویل داده است؛ پس یا عین آن موجود است (صرف نظر از آن که رد ارش را از محل عین شرط بدانیم یا خیر) که ادعای عدم تمکن بایع قابل پذیرش نیست یا عین آن در اختیار بایع نیست که در این صورت بدل آن را می‌دهد ولی در هر حال ملالت و تمکن او استصحاب می‌شود مگر آن که تلف یا اتلاف را اثبات نماید.

۴-۳. عدم قابلیت فسخ قرارداد از سوی خوانده (فروشنده)

در بخش دیگری از دادنامه می‌خوانیم: «خوانده و وکیل وی هم دفاع مؤثر و موجهی به عمل نیاورده‌اند و مدعی شده‌اند اسقاط کافه خيارات از سوی خواهان صورت گرفته ضمن اینکه خيار عيب فوري می‌باشد و خوانده حاضر است معامله را فسخ نموده و مبيع و ثمن رد و بدل گردد». این عبارت حاکی از دو ادعای وکیل خوانده و یک درخواست در ضمن دفاع در برابر خواسته مطالبه ارش است. نخست، وکیل خوانده به شرط قراردادی اسقاط کافه خيارات استناد کرده است که شرح آن پیش‌تر گذشت. ادعای دوم نیز در خصوص فوریت خيار عيب است و نتیجتاً فوریت مطالبه ارش. از جزییات مربوط به زمان دادخواست تأمین دلیل خواهان، اظهارنامه احتمالی مبنی بر مطالبه ارش و دادخواست مطالبه ارش اطلاعاتی در دسترس نیست لکن نظریه کارشناسان سه نفره حدوداً شش ماه بعد از انعقاد قرارداد، صادر شده است که دلالت بر کوتاه‌بودن زمان مطالبه ارش از زمان انعقاد قرار می‌کند. دادگاه اما همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، ادعای نخست را با استدلال راجع به عدم وجود خيار عيب در زمان قرارداد و عدم امکان اسقاط آن رد کرده است، اما به موضوع فوریت ارش نپرداخته و درخواست خواهان مبنی بر آمادگی فسخ قرارداد از سوی خوانده را با این استدلال که «بدون توافق طرفین فسخ معامله و یا تفاسخ آن فاقد توجیه قانونی می‌باشد» مردود دانسته است. آری، قاضی محترم صادرکننده به درستی مطالبه ارش یا فسخ قرارداد را از حقوق خواهان (مشتری) دانسته و درخواست وکیل خوانده در مورد فسخ یا تفاسخ (اقاله) قرارداد را در شرایطی که مشتری مطالبه ارش نموده و بر بقای قرارداد ملتزم است، ناموجه دانسته است.

نتیجه‌گیری :

بحث در خصوص ماهیت ارزش در عین حال که یک بحث نظری است، واجد آثار عملی نیز می‌باشد. از یک سو تعیین گستره خیار عیب در فرض اسقاط، با توجه به عرف رایج اسقاط کافه خیار، می‌تواند در قابلیت مطالبه ارزش موثر باشد. اسقاط کافه خیار، ممکن است با هدف تبری از عیوب یا سلب مسوولیت از هرگونه خدشه و نقص در تعهدات طرفین و یا با هدف التزام و پایبندی به مفاد قرارداد و بقای آثار قرارداد تفسیر شود. از سوی دیگر، ماهیت ارزش می‌تواند در مسوولیت من علیه الخیار نسبت به رد ارزش از وجه رایج یا عوض قرارداد موثر باشد. اگر ارزش خسارتی قراردادی یا غیرقراردادی باشد، تابع احکام مسوولیت مدنی است. اما اگر ارزش دارای ماهیت قراردادی بوده و از شقوق ضمان معاوضی باشد، التزامی است که از خود قرارداد ناشی شده و جبران آن نیز باید از طریق عوضین قرارداد انجام پذیرد.

در وضعیت فعلی، صدور حکم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه ناشی از عدم پرداخت ارزش دشوار است. تعیین میزان ارزش نیاز به جلب نظر کارشناس دارد و نظر کارشناس پس از صدور، برای مسجل و لازم‌الاتباع بودن نیازمند صدور رأی قطعی دادگاه است. نمی‌توان ماهیت ارزش را از هر نظر با خسارات قراردادی و غیرقراردادی مشابه دانست. میزان ارزش و نحوه جبران آن ولو به‌طور اجمالی از خلال تراضی طرفین قابل تعیین است؛ همچنین، از آن‌جا که ارزش از عوضین پرداخت می‌شود، قانون‌گذار ملاک محاسبه ارزش را قیمت حین معامله دانسته است؛ بنابراین بر خلاف جبران خسارات نقدی که بر اساس قیمت روز انجام می‌شود، میزان ارزش در روز انعقاد قرارداد ملاک عمل است و گذر زمان و کاهش ارزش پول به مراتب بیشتر متوجه ارزش می‌باشد. به هر تقدیر، تسری قواعد حاکم بر ضمان ید و مسوولیت نسبت به منافع و نمائات عوضی که بدون استحقاق از زمان قرارداد و بعد از مطالبه در اختیار یکی از طرفین قرارداد بوده است، می‌تواند جایگزینی مناسب برای مطالبه خسارت تأخیر تأدیه مرسوم (که بر مبنای قواعد اتلاف و تسبیب توجیه می‌گردد) در مورد ارزش باشد.

منابع:

الف) فارسی

- کتاب‌ها

- ۱) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۱). دایره‌المعارف عمومی حقوق (الفارق). جلد ۱. تهران: گنج دانش.
- ۲) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۲). فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل (تئوری موازنه). تهران: گنج دانش.
- ۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴). صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق. تهران: گنج دانش.
- ۴) شهیدی، مهدی (۱۳۹۵). حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱). تهران: مجد.
- ۵) صفایی، سید حسین (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
- ۶) صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۳). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران: سمت.
- ۷) قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷). مبانی مسئولیت مدنی. تهران: میزان.
- ۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷). قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵. تهران: گنج دانش.

- مقالات

- ۹) ایزدی‌فرد، علی‌اکبر و فلاح، مهدی (۱۳۹۴). «تأملی درباره ماهیت و مبنای ارش مدنی». مجله حقوقی دادگستری. دوره ۷۹، شماره ۹۰.
- ۱۰) جواهرکلام، محمدهادی و غلامحسینی، عرفان (۱۴۰۴). «تحلیل فقهی - حقوقی تأثیر سقوط و اسقاط خیار عیب بر مطالبه ارش؛ با تأکید بر رویه قضایی». فصلنامه قضاوت. دوره ۲۵، شماره ۱۲۲.
- ۱۱) صفایی، سید حسین و ذاکری‌نیا، حانیه (۱۳۹۴). «بررسی تطبیقی شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی غیرقراردادی». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی. دوره ۴۵، شماره ۲.

۱۲) محسنی، حسن و میرشکاری، عباس (۱۳۹۵). «مطالعه زیان دیرکرد دین ناشی از ضمان قهری». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی. دوره ۴۶، شماره ۱.

ب) عربی

۱۳) ابن بابویه، علی (۱۴۰۶ ه.ق). **فقه الرضا**. مشهد: المؤتمر العالمي للإمام الرضا (ع).
۱۴) آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ ه.ق). **حاشیه مکاسب**. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱۵) حسینی روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۴ ه.ق). **فقه الصادق**. جلد ۱۷. قم: مؤسسه دارالکتاب.

۱۶) خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). **منهاج الصالحین**. جلد ۲. نجف: مؤسسه الخویی الاسلامیه.
۱۷) سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ ه.ق). **المختار فی احکام الخیار**. قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع).
۱۸) شهید اول، شمس‌الدین محمد بن مکی (بی تا). **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**. جلد ۳. قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۱۹) شهید ثانی (عاملی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۲ ه.ق). **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (شرح سلطان العلماء)**. جلد ۱. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۲۰) شیخ انصاری، مرتضی (بی تا). **کتاب مکاسب**. جلد ۵. قم: تراث شیخ الاعظم.
۲۱) شیخ مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ ه.ق). **المقنعه**. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۲۲) طباطبایی یزدی، سید کاظم (۱۳۷۰). **حاشیه مکاسب**. جلد ۲. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳) علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ ه.ق). **ارشاد الاذهان الی احکام الایمان**. جلد ۱. قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۴) علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ه.ق). **تذکره الفقهاء**. جلد ۱۱. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

۲۵) علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ ه.ق). **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**. جلد ۲. قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۶) گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۳۷۱). **هدایه العباد**. جلد ۱. قم: دارالقرآن الکریم.
۲۷) محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ه.ق). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**. جلد ۴. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

- ۲۸) موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ ه.ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۲۹) موسوی خمینی، سید مصطفی (بی‌تا). مستند تحریر الوسیله. جلد ۲. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۳۰) نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. جلد ۲۳. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

تحولات حقوقی

دوره ۲، شماره ۱ - شماره پیاپی ۳، بهار ۱۴۰۵

The Evolution of Defensive Democracy Focusing
on the Rereading of the Effect of the Weimar
Constitution on the 1949 German Basic Law

Author: Mohammad Ghasem Tangestani

تحول دموکراسی دفاعی با محوریت بازخوانی اثر

قانون اساسی وایمار بر قانون بنیادین ۱۹۴۹ آلمان

نویسنده: محمد قاسم تنگستانی



LEGAL DEVELOPMENT

Vol. 2, Issue 1, No. 3, Spring 2026



The Evolution of Defensive Democracy Focusing on the Rereading of the Effect of the Weimar Constitution on the 1949 German Basic Law

Mohammad Ghasem Tangestani

Associate Professor, Department of International Law., Faculty of Law
and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran.
M.Tangestani@khu.ac.ir

Abstract:

Although the Weimar Constitution is often identified in the public memory of European constitutional law with the failure of democracy, the rise of National Socialism, and the erosion of parliamentarism, its impact on postwar German constitutional law was not merely negative and alarming. The main issue of this research is how the 1919 Constitution, despite the historical collapse of the Weimar Republic, played a role in the development of the 1949 German Basic Law and the formulation of the model of defensive democracy. The present study, using a descriptive-analytical and historical-institutional method, shows that the Basic Law reinterpreted and reconstructed the Weimar experience at three levels: textual, institutional, and judicial. At the textual level, through the integration of some Weimar articles into Article 140; at the institutional level, through the primacy of human dignity, fundamental rights, the Federal Constitutional Court, and the limitation of anti-democratic parties; and at the judicial level, through the interpretation of the free democratic order and the formulation of criteria for prohibiting or limiting anti-constitutional parties. The research findings are that Weimar was not just a memory of failure for post-war German fundamental rights, but also an institutional memory through which German democracy evolved from a merely open and



defenseless democracy to a law-abiding, rights-based, and self-defending democracy. However, this article shows that defensive democracy remains compatible with constitutionalism only if it is itself subject to due process, reasoning, proportionality, and institutional constraints.

Keywords:

Weimar; German Basic Law; Constitutional Charter; Defensive Democracy; Federal Constitutional Court.

تحول دموکراسی دفاعی با محوریت بازخوانی اثر قانون اساسی وایمار بر قانون بنیادین ۱۹۴۹ آلمان

محمد قاسم تنگستانی

دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

M.Tangestani@khu.ac.ir

چکیده:

قانون اساسی وایمار، گرچه در حافظه عمومی حقوق اساسی اروپا غالباً با شکست دموکراسی، صعود ناسیونال سوسیالیسم و فرسایش پارلمانتاریسم شناخته می‌شود، اما اثر آن بر حقوق اساسی پساجنگ آلمان صرفاً سلبی و هشداردهنده نبود. مسئله اصلی این پژوهش آن است که چگونه قانون اساسی ۱۹۱۹، به‌رغم فروپاشی تاریخی جمهوری وایمار، در تکوین قانون بنیادین ۱۹۴۹ آلمان و صورت‌بندی الگوی دموکراسی دفاعی نقش ایفا کرد. پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی و تاریخی - نهادی نشان می‌دهد که قانون بنیادین، تجربه وایمار را در سه سطح متنی، نهادی و قضایی بازخوانی و بازسازی کرد. در سطح متنی، از طریق ادغام برخی مواد وایمار در ماده ۱۴۰؛ در سطح نهادی، از طریق تقدم کرامت انسانی، حقوق بنیادین، دادگاه قانون اساسی فدرال و محدودسازی احزاب ضددموکراتیک و در سطح قضایی، از طریق تفسیر نظم آزاد دموکراتیک و صورت‌بندی معیارهای منع یا محدودسازی احزاب ضدقانون اساسی. یافته پژوهش آن است که وایمار برای حقوق اساسی پساجنگ آلمان فقط خاطره شکست نبود، بلکه حافظه‌ای نهادی بود که از خلال آن، دموکراسی آلمانی از دموکراسی صرفاً باز و بی‌دفاع به دموکراسی قانون‌مند، حق‌محور و قادر به دفاع از خود تحول یافت. با این حال، در این مقاله نشان داده می‌شود که دموکراسی دفاعی تنها زمانی با قانون اساسی‌گرایی سازگار می‌ماند که خود نیز تابع دادرسی، استدلال، تناسب و محدودیت نهادی باشد.

واژگان کلیدی: وایمار؛ قانون بنیادین آلمان؛ حافظه حقوق اساسی؛ دموکراسی دفاعی؛ دادگاه

قانون اساسی فدرال.

۱. مقدمه

تاریخ حقوق اساسی فقط تاریخ متون موفق نیست؛ گاهی اوقات شکست یک قانون اساسی بیش از دوام آن در شکل دادن به آینده اثر می‌گذارد. قانون اساسی وایمار مصوب ۱۹۱۹ از همین سنخ است. این قانون هنگامی تصویب شد که آلمان از شکست جنگ جهانی اول، فروپاشی امپراتوری، انقلاب، خشونت خیابانی، بحران مشروعیت و فشارهای سنگین اقتصادی عبور می‌کرد. متن قانون اساسی وایمار مصوب ۱۹۱۹، در مقایسه با بسیاری از اسناد هم‌زمان خود، متنی پیشرفته بود زیرا جمهوریت، رأی عمومی، پارلمان، حقوق بنیادین، عناصر دولت و ریاست جمهوری منتخب مردم را در کنار هم قرار می‌داد. با این حال، همین متن در کمتر از پانزده سال نتوانست مانع فروپاشی دموکراسی و گذار به اقتدارگرایی تمامیت‌خواه شود. از این رو، پرسش از وایمار فقط پرسش از چرایی شکست یک جمهوری نیست؛ پرسش از آن است که حقوق اساسی پساجنگ چگونه از درون این شکست، منطق تازه‌ای برای دفاع از دموکراسی ساخت (Caldwell, 1997: 102-10; Poll, 2020: 7-145).

اهمیت این پرسش زمانی روشن‌تر می‌شود که بدانیم قانون بنیادین ۱۹۴۹ آلمان، خود را صرفاً در مقام نفی گذشته ناسیونال‌سوسیالیستی تعریف نکرد، بلکه در نسبتی پیچیده با میراث وایمار شکل گرفت. ماده ۱۴۰ قانون بنیادین، مواد ۱۳۶، ۱۳۷، ۱۳۸، ۱۳۹ و ۱۴۱ قانون اساسی ۱۹۱۹ وایمار را جزء جدایی‌ناپذیر قانون بنیادین قرار داده است؛ یعنی قانون اساسی پساجنگ، بخشی از قانون اساسی شکست‌خورده پیشین را در متن خود ادغام کرد. این امر نشان می‌دهد نسبت قانون بنیادین با وایمار صرفاً رابطه گسست نبود، بلکه ترکیبی از نفی، اصلاح، جذب و بازتفسیر بود (Mazzone & Tecimer, 2022: 326-333).

قانون اساسی جدید در خلأ شکل نمی‌گیرد، بلکه در گفت‌وگو با متن، تجربه، شکست‌ها و امکان‌های قانون اساسی پیشین شکل می‌گیرد. مَزون و تسمیر بر آنند که دادگاه‌ها و مفسران قانون اساسی، در برخی نظام‌ها، از قانون اساسی پیشین برای معنادادن به قانون اساسی کنونی استفاده می‌کنند و از این رهگذر، قانون اساسی ظاهراً منقضی‌شده را در حیات تفسیری قانون اساسی جدید زنده نگه می‌دارند (Mazzone & Tecimer, 2022: 326-410). از این منظر، وایمار در حقوق اساسی آلمان پساجنگ، بخشی از حافظه تفسیری و نهادی قانون بنیادین است. با وجود این، سابقه تاریخی وایمار در قانون بنیادین، حافظه‌ای ساده و نوستالژیک نیست. آلمان پساجنگ با پرسشی بنیادین روبه‌رو بود. اینکه چگونه می‌توان دموکراسی‌ای ساخت که از

آزادی‌های سیاسی پاسداری کند، اما هم‌زمان اجازه ندهد نیروهای ضددموکراتیک از همان آزادی‌ها برای نابودی دموکراسی استفاده کنند؟ پاسخ حقوق اساسی آلمان، صورت‌بندی الگویی بود که در ادبیات تطبیقی با عنوان دموکراسی دفاعی یا دموکراسی ستیزه‌جو شناخته می‌شود. کارل لونشتاین، با مشاهده صعود فاشیسم استدلال کرد که دموکراسی برای بقا ناچار است در برابر تکنیک‌های ضددموکراتیک سوءاستفاده از آزادی‌ها، حالت دفاعی و فعال به خود گیرد (Loewenstein, 1937: 417-432). این اندیشه، پس از جنگ جهانی دوم، در آلمان از سطح هشدار نظری به سطح طراحی نهادی منتقل شد.

قانون بنیادین ۱۹۴۹ از همین جهت، پاسخی ضداقتدارگرا به دو تجربه توأمان بود. از یک سو، تجربه ناسیونال‌سوسیالیسم و نابودی حقوق بنیادین و از سوی دیگر، آسیب‌پذیری حقوقی و نهادی جمهوری وایمار. قانون بنیادین، پس از سقوط رژیم ناسیونال‌سوسیالیستی، با تقدم کرامت انسانی، حقوق بنیادین، هسته اصلاح‌ناپذیر قانون اساسی و نقش ممتاز دادگاه قانون اساسی فدرال، الگویی متمایز از قانون اساسی‌گرایی پساجنگ پدید آورد (Grimm & et al, 2019: 407-492). بنابراین، قانون بنیادین را باید نه فقط سندی برای بازسازی دولت آلمان، بلکه تلاشی برای حقوقی کردن حافظه شکست دانست.

مسئله اصلی مقاله آن است که قانون اساسی وایمار چگونه، به‌رغم فروپاشی تاریخی خود، در تکوین قانون بنیادین ۱۹۴۹ و شکل‌گیری الگوی دموکراسی دفاعی اثر گذاشت. فرضیه مقاله آن است که این اثر را باید در سه سطح فهمید. نخست، سطح حافظه سلبی، یعنی شناسایی آسیب‌پذیری‌هایی مانند اختیارات اضطراری، بی‌ثباتی پارلمانی، ضعف نهادهای نگهبان قانون اساسی و امکان سوءاستفاده ضددموکراتیک از آزادی‌ها؛ دوم، سطح حافظه نهادی، یعنی طراحی سازوکارهایی همچون دادگاه قانون اساسی فدرال، بند ابدیت، محدودسازی احزاب ضددموکراتیک و صیانت از نظم آزاد دموکراتیک؛ و سوم، سطح حافظه متنی و تفسیری، یعنی استمرار گزینشی برخی عناصر وایمار در متن و رویه قانون بنیادین، به‌ویژه از طریق ماده ۱۴۰ و ارجاعات تفسیری به تجربه ۱۹۱۹ (Mazzone & Tecimer, 2022: 326-410).

نوآوری مقاله حاضر در آن است که نسبت وایمار و قانون بنیادین را در قالب تبدیل حقوقی حافظه تحلیل می‌کند. در این خوانش، وایمار فقط ضدالگوی قانون بنیادین نیست؛ بلکه بخشی از ماده خامی است که حقوق اساسی پساجنگ آلمان از خلال گزینش، حذف، حفظ و بازتفسیر آن ساخته شد. قانون بنیادین با وایمار سه نسبت هم‌زمان برقرار کرد. نخست، نسبت گسست با سازوکارهایی که امکان تمرکز قدرت و فرسایش دموکراسی را فراهم کرده بودند؛ دوم، نسبت

تداوم با عناصری که هنوز قابلیت جذب در نظم جدید داشتند، از جمله مواد مربوط به دین و انجمن‌های دینی در ماده ۱۴۰؛ و سوم، نسبت بازسازی نهادی با تجربه شکست، از طریق دادگاه قانون اساسی فدرال، الزام‌آوری حقوق بنیادین و سازوکارهای دموکراسی دفاعی. به همین دلیل، این مقاله می‌کوشد نشان دهد که قانون بنیادین ۱۹۴۹ فقط قانون اساسی مصوب پس از وایمار نبود، بلکه قانون اساسی‌ای بود که وایمار را درون خود به مسئله، قاعده و نهاد تبدیل کرد.

روش پژوهش، توصیفی - تحلیلی و تاریخی - نهادی است. مقاله از یک سو به زمینه تاریخی و نظری قانون اساسی وایمار و بحران آن می‌پردازد و از سوی دیگر، اثر این تجربه را بر طراحی قانون بنیادین ۱۹۴۹، به‌ویژه در سه محور حقوق بنیادین، دادگاه قانون اساسی فدرال و دموکراسی دفاعی، بررسی می‌کند. در این مقاله، ابتدا مفهوم حافظه حقوق اساسی و نسبت آن با تجربه وایمار تبیین می‌شود؛ سپس آسیب‌پذیری‌های حقوقی جمهوری وایمار بررسی می‌گردد؛ در گام بعد، سازوکارهای قانون بنیادین برای تبدیل این حافظه به طراحی نهادی تحلیل می‌شود؛ و در پایان، نسبت دموکراسی دفاعی با حقوق بنیادین و خطرات احتمالی آن مورد ارزیابی انتقادی قرار می‌گیرد.

از این حیث، مقاله حاضر صرفاً مطالعه‌ای تاریخی درباره نسبت دو متن قانون اساسی نیست، بلکه کوششی برای فهم یکی از مهم‌ترین تحولات حقوق اساسی در قرن بیستم است که عبارت است از تحول از قانون اساسی به‌مثابه متن سازمان‌دهنده قدرت به قانون اساسی به‌مثابه نظم نگهبان دموکراسی. در این تحول، قانون اساسی دیگر فقط قواعد تشکیل دولت، پارلمان، ریاست جمهوری و حقوق شهروندان را بیان نمی‌کند؛ بلکه سازوکارهایی برای دفاع از شرایط امکان دموکراسی نیز در خود جای می‌دهد. قانون بنیادین ۱۹۴۹ آلمان از همین منظر اهمیت دارد، زیرا تجربه شکست وایمار را به زبان تازه‌ای از حقوق اساسی ترجمه کرد. بنابراین، تحول حقوقی مورد بحث در این مقاله، صرفاً تغییر یک متن به متن دیگر نیست؛ بلکه دگرگونی در منطق قانون اساسی‌گرایی است که آن عبارت است از دگرگونی از خوش‌بینی صرف به فرایندهای دموکراتیک به آگاهی نسبت به احتمال خودویرانگری دموکراسی.

۲. حافظه حقوق اساسی

حافظه حقوق اساسی را نباید با یادآوری تاریخی صرف یا روایت خطی شکست‌ها یکی گرفت. تاریخ، رخدادها را گزارش و تبار آن‌ها را بازسازی می‌کند؛ اما حقوق اساسی، هنگامی که با گذشته مواجه می‌شود، آن را به زبان قاعده، نهاد، صلاحیت، محدودیت و ضمانت اجرا ترجمه می‌کند. از

این منظر، حافظه در حقوق اساسی نه امری روان‌شناختی و نه صرفاً نمادین است، بلکه سازوکاری نهادی برای تبدیل تجربه‌های بحران‌زا به طراحی‌های هنجاری آینده است. وقتی از وایمار به‌مثابه حافظه حقوق اساسی سخن گفته می‌شود، مقصود آن نیست که قانون بنیادین ۱۹۴۹ آلمان صرفاً خاطره‌ای از شکست جمهوری وایمار را در پس‌زمینه خود حمل می‌کرد؛ بلکه مقصود آن است که تجربه وایمار در طراحی قانون بنیادین رسوب کرد و به صورت پاسخ‌های حقوقی مشخص بازگشت. شکست پارلمان‌تاریسم ائتلافی، گسترش حکومت از مسیر فرمان‌های اضطراری، ناتوانی در مهار نیروهای ضددموکراتیک، ابهام درباره نگهبان قانون اساسی، و فقدان هسته‌ای مقاوم در برابر خودویرانگری دموکراسی، در قانون بنیادین به مجموعه‌ای از ضمانت‌ها و نهادها بدل شد. بدین‌سان، وایمار در قانون بنیادین نه به‌عنوان گذشته‌ای پایان‌یافته، بلکه به‌مثابه تجربه‌ای حقوقی شده حضور یافت؛ تجربه‌ای که قانون اساسی پس‌اجنگ از خلال آن آموخت که دموکراسی برای بقا، افزون بر آزادی انتخاباتی، به نهادهای نگهبان، مرزهای صلاحیتی و سازوکارهای دفاعی نیز نیاز دارد (Caldwell, 1997: 177-210; Kommers & Miller, 2012: 39-68; Grimm & et al, 2019: 407-492).

در این چارچوب، باید میان حافظه سلبی و حافظه سازنده تمایز گذاشت. حافظه سلبی، گذشته را به‌مثابه هشدار می‌فهمد؛ یعنی وایمار را نشانه این واقعیت می‌داند که دموکراسی ممکن است نه فقط با کودتا یا نفی آشکار قانون، بلکه از مسیرهای ظاهراً قانونی، انتخاباتی و نهادی نیز نابود شود. تجربه آلمان نشان داد که نیروهای ضددموکراتیک الزاماً از بیرون نظم حقوقی به آن حمله نمی‌کنند؛ گاهی اوقات از درون انتخابات، احزاب، آزادی بیان، آزادی تجمع، آیین‌های پارلمانی و حتی مفاهیم قانونی وضعیت اضطراری وارد می‌شوند و همان سازوکارهایی را که امکان حضورشان را فراهم کرده است، علیه بنیادهای دموکراسی به کار می‌گیرند. دموکراسی اگر در برابر تکنیک‌های سازمان‌یافته فاشیسم و سوءاستفاده ضددموکراتیک از آزادی‌ها کاملاً منفعل بماند، ممکن است به نام آزادی، امکان بقای خود را از دست بدهد (Loewenstein, 1937: 417-432; Müller, 2024: 222-240).

اما حافظه سازنده از هشدار فراتر می‌رود. این حافظه فقط نمی‌گوید چه چیزی نباید تکرار شود، بلکه می‌پرسد برای جلوگیری از تکرار، چه نوع نهاد، صلاحیت و محدودیتی باید طراحی شود. قانون بنیادین آلمان دقیقاً در این سطح عمل کرد. تجربه ماده ۴۸ و فرسایش پارلمان‌تاریسم، حساسیت نسبت به تمرکز قدرت اجرایی و وضعیت اضطراری را افزایش داد؛ تجربه منازعه کلسن و اشمیت درباره نگهبان قانون اساسی، به تقویت مدل قضایی پاسداری از قانون اساسی انجامید؛

تجربه احزاب ضددموکراتیک وایمار، به ماده ۲۱ قانون بنیادین و امکان منع قضایی حزب ضدقانون اساسی راه برد و تجربه فروپاشی هنجاری دموکراسی، در ماده ۷۹ بند ۳ به صورت هسته اصلاح‌ناپذیر قانون اساسی تجسم یافت. از این جهت، قانون بنیادین نه گذشته را صرفاً محکوم کرد و نه آن را بی‌واسطه ادامه داد؛ بلکه آن را گزینش، پالایش و نهادمند ساخت (Kelsen, 2015: 174-221; Schmitt, 2015: 79-173; Polzin, 2016: 411-438; Mazzone & Tecimer, 2022: 326-410).

از این حیث، حافظه وایمار در قانون بنیادین را می‌توان در سه سطح متمایز تحلیل کرد. سطح نخست، حافظه متنی است؛ یعنی جایی که قانون بنیادین بخشی از متن وایمار را صریحاً در خود وارد می‌کند. ماده ۱۴۰ روشن‌ترین نمونه این سطح است، زیرا مواد ۱۳۶ تا ۱۳۹ و ۱۴۱ قانون اساسی ۱۹۱۹ را به بخشی از نظم قانون بنیادین تبدیل می‌کند. سطح دوم، حافظه نهادی است؛ یعنی جایی که قانون بنیادین بدون تکرار متن وایمار، به آسیب‌های آن پاسخ نهادی می‌دهد؛ از جمله با تقویت حقوق بنیادین، پیش‌بینی بند ابدیت، تأسیس دادگاه قانون اساسی فدرال و سامان دادن به منع احزاب ضدقانون اساسی. سطح سوم، حافظه قضایی است؛ یعنی جایی که دادگاه قانون اساسی فدرال، در تفسیر نظم آزاد دموکراتیک، منع حزب، کرامت انسانی و حدود دفاع از دموکراسی، تجربه وایمار را به منطق دادرسی اساسی تبدیل می‌کند. اهمیت وایمار دقیقاً در همین ترکیب سه‌گانه است که در متن باقی می‌ماند، در نهاد بازسازی می‌شود و در رویه قضایی معنا می‌یابد.

بنابراین، وایمار در حقوق اساسی پساجنگ آلمان فقط یک نمونه شکست نیست؛ بلکه نقطه عزیمت نوعی یادگیری نهادی است. اهمیت قانون بنیادین در آن است که شکست را به زبان حقوق عمومی ترجمه کرد: بحران را به صلاحیت محدود، خاطره را به نهاد، و ترس از خودویرانگری دموکراسی را به دادرسی اساسی و اصل تناسب تبدیل نمود. همین تبدیل است که مفهوم حافظه حقوق اساسی را از یادآوری تاریخی متمایز می‌کند. حافظه تاریخی ممکن است در سطح روایت یا عبرت باقی بماند؛ اما حافظه حقوق اساسی هنگامی پدید می‌آید که گذشته در صورت‌بندی نهادهای آینده مداخله کند و از خلال قاعده، دادگاه، آیین رسیدگی و محدودیت قدرت، به بخشی از حیات عملی قانون اساسی بدل شود (Mazzone & Tecimer, 2022: 326-333; Backes, 2019: 136-157; Molier & Rijpkema, 2018: 394-409).

از همین رو، دموکراسی دفاعی آلمان را نباید نفی دموکراسی آزاد دانست؛ بلکه باید آن را تلاشی برای جلوگیری از خودکشی حقوقی دموکراسی فهمید که البته همواره با خطر امنیتی‌شدن

حافظه و محدودسازی بیش از حد رقابت سیاسی همراه است (Müller, 2024: 222-240; Molier & Rijpkema, 2018: 394-409).

با این حال، این الگو از همان آغاز واجد تنش‌های جدی بود. دموکراسی دفاعی می‌خواهد از آزادی‌ها در برابر دشمنان آزادی دفاع کند، اما برای این کار ناچار است برخی آزادی‌ها را محدود سازد. می‌خواهد از تکثر سیاسی پاسداری کند، اما باید میان تکثر مشروع و ضددموکراسی سازمان‌یافته تمایز بگذارد. می‌خواهد از قانون اساسی دفاع کند، اما ممکن است ابزارهای دفاع از قانون اساسی، خود به ابزار محدودسازی بیش از حد رقابت سیاسی تبدیل شوند. از همین رو، مقاله حاضر دموکراسی دفاعی را پاسخی تاریخی - نهادی به مسئله‌ای خاص می‌داند؛ مسئله دموکراسی‌ای که در وایمار توان کافی برای دفاع از خود نداشت (Müller, 2019: 136-157; Backes, 2024: 222-240).

۳. آسیب‌پذیری‌های قانون اساسی وایمار

قانون اساسی وایمار را نباید ساده‌انگارانه متنی ضعیف یا ابتدایی دانست. این قانون از بسیاری جهات پیشرو بود و کوشید عناصر لیبرال، دموکراتیک و اجتماعی را در یک متن واحد جمع کند. با این حال، ترکیب همین عناصر در شرایط بحران، به مجموعه‌ای از آسیب‌پذیری‌های حقوقی و نهادی انجامید. نخستین آسیب‌پذیری، شکاف میان پیشرفت متن و ضعف نهادهای حامل آن بود. قانون اساسی، حقوق و نهادها را اعلام کرده بود، اما احزاب، پارلمان، دولت و جامعه سیاسی از ثبات، اعتماد و فرهنگ توافق لازم برای حمل آن برخوردار نبودند (Caldwell, 1997: 102-145; Poll, 2020: 8-10).

برای فهم این آسیب‌پذیری‌ها باید توجه داشت که بحران وایمار صرفاً بحران یک متن حقوقی نبود؛ بحران پیوند میان متن، نظام حزبی، اقتصاد بحران‌زده و فرهنگ سیاسی پساجنگ بود. قانون اساسی ۱۹۱۹ نظامی را طراحی کرده بود که در آن رئیس‌جمهور منتخب مستقیم، پارلمان چندپاره، کابینه‌های شکننده و امکان استفاده از اختیارات اضطراری در کنار یکدیگر قرار داشتند. در سال‌های پایانی جمهوری، همین ترکیب به تدریج تعادل خود را از دست داد. دولت‌های پارلمانی جای خود را به کابینه‌هایی دادند که بیش از آنکه بر اکثریت پایدار پارلمانی تکیه کنند، بر اعتماد رئیس‌جمهور و فرمان‌های اضطراری متکی بودند؛ پارلمان از مرکز تصمیم‌گیری به نهادی فرسوده و ناتوان در تولید اکثریت تبدیل شد و وضعیت اضطراری، به جای آنکه استثنایی محدود برای حفظ نظم قانون اساسی باشد، به مسیر عادی دور زدن پارلمان‌تاریسم بدل گردید. از

این رو، مسئله ماده ۴۸ فقط وسعت اختیارات رئیس‌جمهور نبود؛ مسئله آن بود که استثنا چگونه در بستر بحران سیاسی و حزبی می‌تواند به فن حکومت‌کردن تبدیل شود.

دومین نقطه آسیب‌پذیری، جایگاه وضعیت اضطراری و اختیارات رئیس‌جمهور بود. ماده ۴۸ قانون اساسی وایمار برای دفاع از نظم عمومی و امنیت در شرایط بحران طراحی شده بود، اما ابهام مفهومی و ظرفیت اجرایی آن سبب شد که در عمل به یکی از مجاری اصلی عبور از پارلمانتاریسم تبدیل شود. اهمیت ماده ۴۸ فقط در این نبود که به رئیس‌جمهور امکان مداخله اضطراری می‌داد؛ اهمیت آن در این بود که میان حفظ قانون اساسی و تعلیق کارکرد عادی آن مرزی شکننده ایجاد می‌کرد. هرگاه وضعیت اضطراری به صورت مکرر و با نظارت ناکافی به کار رود، دیگر استثنا نیست؛ به رقیب پنهان قانون‌گذاری عادی تبدیل می‌شود. تجربه وایمار دقیقاً همین هشدار را به قانون بنیادین منتقل کرد. قانون اساسی دموکراتیک نمی‌تواند در برابر بحران بی‌دفاع باشد، اما اگر ابزار بحران را به صلاحیتی موسع، کم‌مهار و شخص‌محور تبدیل کند، خود قانون اساسی راه فرسایش خویش را می‌گشاید (Caldwell, 1997: 177–210; Kommers & Miller, 2012: 68–39).

در اینجا باید بر یک نکته ظریف‌تر تأکید کرد و آن اینکه آسیب‌پذیری وایمار در تغییر تدریجی کارکرد آن بود. وضعیت اضطراری، در منطق حقوق اساسی، باید استثنایی موقت برای بازگرداندن نظم عادی باشد؛ اما در وایمار، به‌ویژه در سال‌های پایانی جمهوری، استثنا به تدریج جایگزین نظم عادی شد. هنگامی که فرمان اضطراری از ابزار حفظ قانون اساسی به شیوه اداره کشور تبدیل شود، مرز میان قانون‌مندی و تصمیم‌گرایی فرومی‌ریزد. همین تجربه برای قانون بنیادین اهمیت تأسیسی داشت، زیرا نشان داد که دموکراسی فقط با اعلام حقوق و برگزاری انتخابات حفظ نمی‌شود؛ بلکه نیازمند محدود کردن مسیرهای حقوقی عبور از خود دموکراسی است. از این منظر، ماده ۴۸ برای حقوق اساسی پساجنگ آلمان فقط یک خاطره تاریخی نبود؛ نمونه‌ای هشداردهنده از آن بود که چگونه ابزار قانونی مواجهه با بحران می‌تواند به مجرای تدریجی بحران قانون اساسی تبدیل شود.

سومین نقطه آسیب‌پذیری، امکان فعالیت نیروهای ضددموکراتیک درون سازوکارهای دموکراتیک بود. وایمار با احزابی روبه‌رو شد که از آزادی‌های سیاسی، انتخابات، تبلیغات، سازمان حزبی و ابزارهای دموکراتیک برای تخریب خود دموکراسی استفاده کردند. این تجربه بعدها در نظریه دموکراسی دفاعی به این صورت بازسازی شد که دموکراسی نمی‌تواند نسبت به نیروهایی که آشکارا در پی نابودی نظم آزاد دموکراتیک‌اند، بی‌طرفی کامل پیشه کند. دادگاه قانون اساسی

فدرال نیز در دهه نخست فعالیت خود، با منع حزب رایش سوسیالیستی در ۱۹۵۲ و حزب کمونیست آلمان در ۱۹۵۶، همین منطق دفاعی را در سطح قضایی فعال کرد (BVerfGE 2, 1, 1952; BVerfGE 5, 85, 1956; Bundesministerium des Innern und für Heimat, n.d).

چهارمین آسیب‌پذیری، ضعف سازوکارهای پاسداری از قانون اساسی بود. در وایمار، مسئله این بود که در لحظه بحران، چه نهادی صلاحیت و توان پاسداری از قانون اساسی را دارد. نزاع مشهور کلسن و اشمیت درباره نگهبان قانون اساسی دقیقاً از همین جا اهمیت یافت. کلسن به کنترل قضایی و دادگاه قانون اساسی می‌اندیشید؛ اشمیت به رئیس دولت و تصمیم سیاسی حافظ وحدت. قانون بنیادین پساجنگ، به‌ویژه با تأسیس دادگاه قانون اساسی فدرال، پاسخ خود را روشن کرد. پاسداری از قانون اساسی باید تا حد امکان حقوقی، قضایی، مستدل و نهادمند شود، نه در اختیار تصمیم سیاسی بی‌مهار قرار گیرد (Kelsen, 2015: 174–221; Schmitt, 2015: 79–). (173; Kommers & Miller, 2012: 3–38).

در نتیجه، فروپاشی وایمار را نباید صرفاً محصول ضعف اخلاقی بازیگران یا فشارهای بیرونی دانست. مسئله عمیق‌تر آن بود که حقوق اساسی وایمار نتوانست میان آزادی دموکراتیک و سوءاستفاده ضددموکراتیک از آزادی، میان وضعیت اضطراری و حکومت عادی، میان ریاست منتخب و پارلمان مسئول، و میان رقابت حزبی و تخریب بنیادهای دموکراسی مرزهای نهادی کافی ایجاد کند. همین فقدان مرزهای حقوقی مؤثر، سبب شد که نیروهای ضددموکراتیک بتوانند از امکانات دموکراسی برای بی‌اثر کردن خود دموکراسی استفاده کنند. از این جهت، وایمار نه فقط به سبب دشمنان دموکراسی، بلکه به سبب کمبود سازوکارهای حقوقی برای تشخیص، مهار و پاسخ به دشمنی سازمان‌یافته با دموکراسی آسیب‌پذیر بود.

بنابراین، وایمار برای قانون بنیادین صرفاً یک شکست تلقی نمی‌شود بلکه فهرستی از آسیب‌پذیری‌های حقوقی بود. قانون بنیادین در برابر هر یک از این آسیب‌ها پاسخی طراحی کرد. در برابر ضعف حقوق بنیادین، کرامت انسانی و حقوق بنیادین را در آغاز متن نشانده؛ در برابر امکان نابودی قانون اساسی از راه اصلاح، ماده ۷۹ بند ۳ را به‌عنوان هسته اصلاح‌ناپذیر پیش‌بینی کرد؛ در برابر احزاب ضددموکراتیک، ماده ۲۱ را سامان داد؛ در برابر فقدان داور نهادی، دادگاه قانون اساسی فدرال را تقویت کرد؛ و در برابر بی‌ثباتی سیاسی، به سمت نهادهای پایدارتر پارلمانی حرکت کرد. از همین رو، دموکراسی دفاعی آلمان را باید پاسخ فشرده قانون بنیادین به حافظه وایمار دانست (Grimm & et al, 2019: 407–492).

۴. قانون بنیادین ۱۹۴۹ و تبدیل حافظه وایمار به طراحی حقوق اساسی

قانون بنیادین ۱۹۴۹ را نمی‌توان صرفاً متن بازسازی دولت آلمان پس از جنگ جهانی دوم دانست. این متن، در عمیق‌ترین لایه خود، پاسخ حقوقی به دو تجربه ویرانگر بود. نخست، تجربه فروپاشی جمهوری وایمار؛ دوم، تجربه سلطه ناسیونال سوسیالیسم بر دولت، قانون، قضاوت و جامعه. از این جهت، قانون بنیادین نه فقط سند تأسیس یک نظم سیاسی جدید، بلکه سازوکاری برای تبدیل شکست تاریخی به طراحی نهادی بود. آنچه در وایمار به صورت آسیب‌پذیری ظاهر شد، در قانون بنیادین به صورت ضمانت، محدودیت، نهاد و هسته سخت قانون اساسی بازگشت (Grimm & et al, 2019: 407–492; Kommers & Miller, 2012: 39–68).

اهمیت قانون بنیادین در تاریخ تحولات حقوق اساسی از همین جا آغاز می‌شود. این متن، صرفاً قانون اساسی یک دولت شکست‌خورده و بازسازی‌شده نبود؛ بلکه یکی از نمونه‌های شاخص گذار از قانون اساسی اعتمادمحور به قانون اساسی تضمین‌محور بود. در قانون اساسی اعتمادمحور، فرض بر آن است که انتخابات، پارلمان، احزاب و آزادی‌های سیاسی به‌خودی‌خود برای حفظ دموکراسی کفایت می‌کنند. اما تجربه وایمار نشان داد که همین سازوکارها، اگر فاقد مرزهای حقوقی، داور نهادی و هسته‌های مقاوم باشند، می‌توانند به مجرای فرسایش دموکراسی تبدیل شوند. قانون بنیادین از این تجربه، منطقی متفاوت ساخت: دموکراسی باید آزاد باشد، اما آزادی سیاسی باید در نظامی حقوقی قرار گیرد که امکان نابودی آزادی به نام آزادی را مهار کند. در این معنا، قانون بنیادین صورت‌بندی چرخش از اعلام دموکراسی به تضمین نهادی بقای دموکراسی بود.

رابطه قانون بنیادین با وایمار را می‌توان به صورت یک الگوی تبدیل نهادی توضیح داد. هر آسیب اصلی وایمار در قانون بنیادین به یک پاسخ ساختاری تبدیل شد. بحران حقوق بنیادین و امکان بی‌اثر شدن آن‌ها، در ماده ۱ و الزام‌آوری مستقیم حقوق بنیادین پاسخ یافت؛ خطر نابودی قانون اساسی از مسیرهای ظاهراً قانونی، در ماده ۷۹ بند ۳ و ایده هسته اصلاح‌ناپذیر مهار شد؛ سوءاستفاده احزاب ضددموکراتیک از آزادی سیاسی، در ماده ۲۱ و صلاحیت دادگاه قانون اساسی برای رسیدگی به احزاب ضدقانون اساسی بازتاب یافت؛ ابهام در نگرانی از قانون اساسی، با تأسیس دادگاه قانون اساسی فدرال پاسخ گرفت؛ و بی‌ثباتی پارلمانی، با طراحی سازوکاری برای تقویت مسئولیت و پایداری حکومت پارلمانی تعدیل شد. بنابراین، قانون بنیادین مجموعه‌ای از احکام پراکنده نیست؛ نقشه‌ای نهادی برای تبدیل تجربه شکست به ضمانت‌های حقوق اساسی است.

نخستین و شاید بنیادی‌ترین نشانه این دگرگونی، جابه‌جایی جایگاه حقوق بنیادین در متن قانون بنیادین است. قانون بنیادین با کرامت انسانی آغاز می‌شود و ماده ۱ آن، کرامت انسان را تعرض‌ناپذیر می‌داند و همه قوای عمومی را به احترام و حمایت از آن ملتزم می‌کند. این تقدم صرفاً آرایشی ادبی یا اخلاقی نیست؛ بلکه بیانگر آن است که نظم سیاسی پساجنگ آلمان دیگر نمی‌خواهد دولت را نقطه آغاز قانون اساسی بداند، بلکه انسان و کرامت او را پیش‌شرط مشروعیت دولت قرار می‌دهد. از همین جا تفاوت مهمی با تجربه وایمار پدید می‌آید. حقوق بنیادین در قانون بنیادین فقط اعلامیه‌ای سیاسی نیستند، بلکه معیار سنجش قدرت عمومی و مبنای دادرسی اساسی‌اند (Grimm & et al, 2019: 407–492; Kommers & Miller, 2012: 39–68).

دومین سازوکار، تثبیت هسته اصلاح‌ناپذیر قانون اساسی است. ماده ۷۹ بند ۳ قانون بنیادین، اصلاحاتی را که سازمان فدرال، مشارکت ایالات در قانون‌گذاری، یا اصول مندرج در مواد ۱ و ۲۰ را مخدوش کند، ممنوع می‌داند. این حکم را باید پاسخ مستقیم به امکان نابودی قانون اساسی از درون سازوکارهای ظاهراً قانونی فهم کرد. تجربه وایمار نشان داده بود که دموکراسی ممکن است نه فقط با کودتا، بلکه با فرسایش تدریجی، استفاده ابزاری از قانون، و تغییر معنای نهادها از درون از میان برود. قانون بنیادین با ماده ۷۹ بند ۳ اعلام می‌کند که حتی قدرت اصلاح قانون اساسی نیز قدرتی نامحدود نیست. در این معنا، حافظه وایمار به حدّ حقوقی بر اراده اصلاح‌گر تبدیل می‌شود؛ یعنی قانون اساسی برای دفاع از خود، بخشی از هویت خود را از دسترس اکثریت‌های بعدی خارج می‌کند (Polzin, 2016: 411–438).

سومین سازوکار، بازتعریف نسبت دموکراسی و احزاب سیاسی است. قانون اساسی وایمار با واقعیت احزاب توده‌ای روبه‌رو بود، اما نتوانست نسبت آن‌ها را با بقای نظم دموکراتیک به‌گونه‌ای مؤثر تنظیم کند. قانون بنیادین، در ماده ۲۱، احزاب را بخشی از فرایند شکل‌گیری اراده سیاسی مردم می‌داند، اما آزادی حزبی را مطلق و بی‌قید نمی‌گذارد. حزب سیاسی در قانون بنیادین، از یک سو ابزار مشارکت دموکراتیک است و از سوی دیگر، اگر با اهداف یا رفتار هواداران خود در پی تضعیف یا نابودی نظم آزاد دموکراتیک یا تهدید موجودیت جمهوری فدرال باشد، می‌تواند خلاف قانون اساسی شناخته شود. نکته مهم آن است که تشخیص این امر به دادگاه قانون اساسی فدرال سپرده شده است؛ یعنی دفاع از دموکراسی، برخلاف منطق تصمیم‌گرایانه خام، در قالب یک فرایند حقوقی و قضایی نهادمند می‌شود (Bundesministerium des Innern und für Heimat, n.d.; Backes, 2019: 136–157).

چهارمین سازوکار، ایجاد دادگاه قانون اساسی فدرال به عنوان نگهبان حقوقی قانون اساسی است. در وایمار، نزاع بر سر نگهبان قانون اساسی به یکی از کانون‌های اصلی بحران نظری بدل شده بود. آیا رئیس دولت باید نگهبان قانون اساسی باشد یا دادگاه؟ قانون بنیادین، با تأسیس و تقویت دادگاه قانون اساسی فدرال، پاسخی نهادی به این مسئله داد. این دادگاه نه فقط داور اختلافات نهادی، بلکه نگهبان حقوق بنیادین، مرجع کنترل قوانین، مرجع رسیدگی به شکایات اساسی و نهاد صالح برای تصمیم درباره منع احزاب ضدقانون اساسی است. بنابراین، قانون بنیادین کوشید دفاع از قانون اساسی را از سطح تصمیم سیاسی شخصی یا اجرایی به سطح دادرسی مستدل و عمومی منتقل کند (Kelsen, 2015: 174-221; Schmitt, 2015: 79-173; Kommers & Miller, 2012: 3-38).

پنجمین وجه، رابطه پیچیده گسست و تداوم با وایمار است. قانون بنیادین، برخلاف تصور ساده‌انگارانه، همه میراث وایمار را طرد نکرد. ماده ۱۴۰ قانون بنیادین، مواد ۱۳۶، ۱۳۷، ۱۳۸، ۱۳۹ و ۱۴۱ قانون اساسی وایمار را در خود ادغام می‌کند. این امر از حیث نظری اهمیت فراوان دارد، زیرا نشان می‌دهد قانون بنیادین فقط ضد وایمار نیست؛ بلکه با وایمار وارد رابطه‌ای گزینشی می‌شود. از یک سو، آسیب‌پذیری‌های وایمار را نفی می‌کند؛ از سوی دیگر، برخی دستاوردهای آن را حفظ و در نظم جدید باز معنا می‌سازد. این همان چیزی است که می‌توان از آن به حافله حقوق اساسی تعبیر کرد. گذشته نه پاک می‌شود و نه بی‌واسطه تکرار می‌گردد؛ بلکه از طریق گزینش، پالایش و نهادسازی در متن جدید رسوب می‌کند (Mazzone & Tecimer, 2022: 326-410).

در نتیجه، قانون بنیادین از حیث ساختار، پاسخی چندلایه به وایمار بود. در برابر فرسایش حقوق بنیادین، کرامت انسانی و حقوق بنیادین الزام‌آور را نشانده؛ در برابر امکان خودکشی دموکراسی، هسته اصلاح‌ناپذیر پیش‌بینی کرد؛ در برابر احزاب ضددموکراتیک، سازوکار منع قضایی حزب را قرار داد؛ در برابر تصمیم‌گرایی بحران، دادگاه قانون اساسی را تقویت کرد و در برابر گسست کامل از گذشته، بخشی از وایمار را در ماده ۱۴۰ حفظ نمود. از این حیث، قانون بنیادین را باید متنی دانست که گذشته را با حقوقی کردن درس‌های آن به قاعده تبدیل کرد.

۵. دموکراسی دفاعی و دادگاه قانون اساسی فدرال

دموکراسی دفاعی در آلمان پساجنگ فقط نظریه‌ای انتزاعی درباره بقای دموکراسی نبود؛ بلکه در قالب صلاحیت‌ها، رویه‌ها و آرای دادگاه قانون اساسی فدرال به واقعیت حقوقی تبدیل شد. نقطه عزیمت این الگو، پذیرش یک حقیقت تلخ بود و آن اینکه دموکراسی اگر خود را صرفاً به فرایند

آزاد رقابت سیاسی فروبکاهد و نسبت به نابودکنندگان سازمان‌یافته دموکراسی بی‌طرف بماند، ممکن است با ابزارهای خود از میان برود. وایمار دقیقاً نمونه تاریخی چنین وضعی تلقی شد؛ دموکراسی‌ای که آزادی‌های سیاسی را به رسمیت شناخت، اما نتوانست میان رقابت دموکراتیک و مبارزه سازمان‌یافته با اصل دموکراسی تمایز نهادی برقرار کند (Loewenstein, 1937: 222-240; Müller, 2024: 417-432).

در قانون بنیادین، این تمایز از طریق مفهوم نظم آزاد دموکراتیک صورت‌بندی شد. این مفهوم، مرز میان مخالفت سیاسی مشروع و دشمنی ساختاری با بنیادهای قانون اساسی را مشخص می‌کند. دموکراسی در این معنا، صرفاً روشی برای تولید اکثریت نیست؛ بلکه نظامی مبتنی بر کرامت انسانی، حاکمیت مردم، تفکیک قوا، مسئولیت دولت، قانون‌مندی قدرت، استقلال قضایی و امکان رقابت آزاد سیاسی است. به همین دلیل، حزبی که صرفاً منتقد دولت مستقر است، ضدقانون اساسی محسوب نمی‌شود؛ اما حزبی که در پی نابودی همین بنیادهای حداقلی باشد، از منظر ماده ۲۱ قانون بنیادین می‌تواند از حمایت کامل نظم حزبی محروم گردد. دادگاه قانون اساسی فدرال نیز در توضیح آیین منع حزب، بر ضرورت احراز موضع فعال، مبارزه‌جویانه و تهاجمی علیه نظم آزاد دموکراتیک تأکید می‌کند (Bundesverfassungsgericht, 2017: 394-409; Molier & Rijpkema, 2018).

نخستین آزمون‌های بزرگ این الگو، منع حزب رایش سوسیالیستی در ۱۹۵۲ و حزب کمونیست آلمان در ۱۹۵۶ بود. منع حزب رایش سوسیالیستی، از حیث نمادین، اعلام این معنا بود که جمهوری فدرال آلمان نمی‌خواهد به نیروهایی اجازه دهد که در قالب حزب، بازگشت ایدئولوژی ناسیونال سوسیالیستی و تخریب نظم دموکراتیک را دنبال کنند. منع حزب کمونیست نیز نشان داد که دموکراسی دفاعی در آلمان اولیه فقط علیه راست افراطی به کار نرفت، بلکه در بستر جنگ سرد، علیه نیرویی که تهدیدی نسبت به نظم قانون اساسی و موجودیت جمهوری فدرال تلقی می‌شد نیز اعمال گردید (BVerfGE 2, 1, 1952; BVerfGE 5, 85, 1956; Backes, 2019: 136-157).

اهمیت این آرا در آن بود که دادگاه قانون اساسی فدرال دموکراسی دفاعی را از سطح شعار سیاسی به دادرسی اساسی تبدیل کرد. ممنوعیت حزب در منطق قانون بنیادین، تصمیم‌گذاری یا اقدام پلیسی نیست؛ تصمیمی قضایی است که باید بر مبنای معیارهای حقوقی، ادله قابل ارزیابی و نسبت‌سنجی با اصول قانون اساسی اتخاذ شود. همین امر، تفاوت دموکراسی دفاعی قانون‌مند با اقتدارگرایی امنیتی را نشان می‌دهد. دموکراسی دفاعی، اگر بخواهد همچنان دموکراتیک بماند، باید خود نیز در چارچوب دادرسی، استدلال، تناسب و کنترل حقوقی عمل

کند. از این جهت، دادگاه قانون اساسی فدرال نه فقط ابزار دفاع از دموکراسی، بلکه نهادی برای مهار خودِ دفاع است (Kommers & Miller, 2012: 201–236; Backes, 2019: 136–157).

تحول مهم بعدی در رویه دادگاه، در پرونده حزب ملی دموکراتیک آلمان در سال ۲۰۱۷ رخ داد. این رأی نشان داد که دموکراسی دفاعی آلمان به تدریج از منطق صرف دشمن‌شناسی به منطق دقیق‌تر خطرسنجی حقوقی حرکت کرده است (Bundesverfassungsgericht, 2017; Molier & Rijpkema, 2018: 394–409).

در دهه ۱۹۵۰، جمهوری فدرال هنوز در سایه مستقیم نازیسم، جنگ سرد و نگرانی از بی‌ثباتی نهادی می‌زیست؛ بنابراین دفاع از دموکراسی رنگی سخت‌گیرانه‌تر داشت. اما در دهه‌های بعد، با تثبیت نظم قانون اساسی، دادگاه کوشید مداخله شدید در آزادی حزبی را به وضعیت‌هایی محدود کند که خطر واقعی و قابل اعتنا وجود دارد. به این معنا، دموکراسی دفاعی آلمان از الگویی صرفاً بازدارنده به الگویی سنجیده‌تر تبدیل شد: الگویی که میان نفرت ایدئولوژیک از قانون اساسی و توان عملی برای نابودی نظم دموکراتیک تفاوت می‌گذارد (Backes, 2019: 136–157; Molier & Rijpkema, 2018: 394–409).

دموکراسی دفاعی همواره با خطری درونی همراه است. اگر مرز میان مخالفت رادیکال با دولت مستقر و دشمنی با نظم آزاد دموکراتیک روشن نباشد، ابزارهای دفاع از دموکراسی می‌توانند به ابزار محدودسازی رقابت سیاسی تبدیل شوند. به همین دلیل، ارزش الگوی آلمان فقط در امکان منع حزب نیست؛ بلکه در قضایی‌بودن، استثنایی‌بودن، مستدل‌بودن و محدودبودن این امکان است. حزب سیاسی در دموکراسی، حتی اگر تند، نامطلوب یا منتقد ساختار موجود باشد، باید از آزادی رقابت برخوردار باشد؛ آنچه مداخله را موجه می‌سازد، نه مخالفت سیاسی، بلکه مبارزه فعال و مؤثر با بنیادهای آزاد و دموکراتیک نظم قانون اساسی است (Backes, 2019: 136–157; Müller, 2024: 222–240).

از این زاویه، می‌توان گفت دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان نقش دوگانه‌ای ایفا کرده است؛ هم حافظ حافله وایمار بوده و هم مهارکننده افراط در استفاده از آن حافله. اگر حافله وایمار بیش از اندازه امنیتی خوانده شود، ممکن است به بی‌اعتمادی ساختاری به رقابت سیاسی بینجامد؛ اگر بیش از اندازه فراموش شود، ممکن است دموکراسی بار دیگر در برابر نیروهای ضددموکراتیک بی‌دفاع بماند. هنر قانون بنیادین و رویه دادگاه قانون اساسی فدرال، در بهترین خوانش، حفظ همین تعادل دشوار است؛ دفاع از دموکراسی بدون نفی آزادی سیاسی؛ پاسداری از نظم بنیادین

بدون تبدیل قانون اساسی به ابزار حذف رقیب و یادآوری وایمار بدون زندانی کردن دموکراسی در ترس تاریخی.

۶. دموکراسی دفاعی به مثابه تحول حقوقی: میان صیانت از قانون اساسی و خطر امنیتی شدن دموکراسی

دموکراسی دفاعی را باید یکی از مهم‌ترین تحولات حقوق اساسی پساجنگ دانست که در آن قانون اساسی دیگر صرفاً چارچوبی برای رقابت آزاد سیاسی نیست، بلکه خود به نهادی برای صیانت از شرایط امکان رقابت تبدیل می‌شود. در الگوی کلاسیک دموکراسی لیبرال، فرض بر آن بود که آزادی بیان، آزادی حزب، انتخابات و گردش قدرت، اگر آزاد و منظم باشند، می‌توانند بقای دموکراسی را تضمین کنند. تجربه وایمار این فرض را متزلزل کرد. مسئله‌ای که قانون بنیادین آلمان با آن مواجه شد این بود که اگر نیروهایی از آزادی‌های دموکراتیک برای تخریب بنیادهای دموکراسی استفاده کنند، آیا قانون اساسی باید همچنان به بی‌طرفی کامل رویه‌ای وفادار بماند یا می‌تواند از خود دفاع کند؟ پاسخ آلمان، پاسخ مثبت مشروط به دفاع بود: دموکراسی حق دفاع از خود دارد، اما این دفاع فقط زمانی با قانون اساسی‌گرایی سازگار است که از مسیر دادگاه، دلیل، تناسب و معیارهای محدودکننده عبور کند (Loewenstein, 1937: 417–432; Müller, 2024: 222–240).

با این حال، این الگو از حیث نظری و عملی بی‌خطر نیست. نخستین خطر آن است که حافظه وایمار به حافظه‌ای امنیتی فروکاسته شود. اگر تجربه وایمار فقط به این معنا فهم شود که دموکراسی همواره در معرض تهدید دشمنان داخلی است، ممکن است هر مخالفت رادیکال، هر نقد ساختاری و هر جنبش سیاسی نامتعارف، در معرض سوءظن قانون اساسی قرار گیرد. در چنین وضعیتی، دموکراسی دفاعی به جای صیانت از نظم آزاد، به سازوکاری برای انقباض فضای سیاسی تبدیل می‌شود. از همین رو، ادبیات جدید دموکراسی دفاعی بر این نکته تأکید دارد که منع حزب یا محرومیت از مزایای عمومی باید استثنایی، مبتنی بر معیارهای دقیق و ناظر به خطر واقعی باشد، نه صرفاً واکنشی به ایدئولوژی نامطلوب یا گفتار افراطی (Backes, 2019: 136–157; Molier & Rijpkema, 2018: 394–409).

دومین خطر، خلط میان نظم قانون اساسی و وضع سیاسی موجود است. دموکراسی دفاعی زمانی قابل دفاع است که از اصول بنیادین قانون اساسی، مانند کرامت انسانی، حاکمیت مردم، تفکیک قوا، حقوق بنیادین و امکان رقابت آزاد سیاسی حمایت کند؛ اما اگر این اصول با منافع دولت

مستقر یا اکثریت حاکم یکی گرفته شوند، سازوکار دفاعی از قانون اساسی ممکن است به ابزار دفاع از وضعیت موجود تبدیل شود. به بیان دیگر، دموکراسی دفاعی باید از قانون اساسی دفاع کند، نه از ترکیب خاص قدرت سیاسی. این تمایز برای جلوگیری از لغزش به سوی اقتدارگرایی قانونی اهمیت حیاتی دارد (Polzin, 2016: 201–236; Kommers & Miller, 2012: 411–438).

سومین خطر، تبدیل دادرسی اساسی به قضاوت سیاسی بی‌مه‌ار است. قانون بنیادین آلمان تصمیم درباره منع حزب را به دادگاه قانون اساسی فدرال سپرده است؛ همین امر، دفاع از دموکراسی را از تصمیم‌گیری و امنیتی جدا می‌کند. با این حال، دادگاه نیز ناگزیر در این حوزه با مفاهیمی سروکار دارد که کاملاً فنی و خنثی نیستند (Molier & Rijpkema, 2018: 394–409). در این چارچوب، تجربه آلمان نشان می‌دهد که دموکراسی دفاعی فقط با سه شرط می‌تواند با قانون اساسی‌گرایی سازگار بماند. شرط نخست، قضایی‌بودن است؛ یعنی تشخیص دشمنی با نظم آزاد دموکراتیک باید در فرایندی علنی، مستدل و قابل نقد انجام شود. شرط دوم، تناسب است؛ یعنی مداخله باید با شدت تهدید متناسب باشد و میان ابزارهای گوناگون، از منع کامل حزب تا محرومیت از تأمین مالی عمومی، تفکیک شود. شرط سوم، محدودبودن موضوعی است؛ یعنی معیار مداخله نباید مخالفت با دولت یا نقد رادیکال سیاست‌های عمومی باشد، بلکه باید اقدام سازمان‌یافته علیه بنیادهای دموکراتیک قانون اساسی باشد (Backes, 2019: 136–157). الگوی آلمان محصول یک تجربه تاریخی خاص است. وایمار، ناسیونال‌سوسیالیسم، جنگ، اشغال، بازسازی پس‌از جنگ و سپس جنگ سرد، همگی در شکل‌گیری این مدل نقش داشتند. بنابراین، انتقال بی‌واسطه دموکراسی دفاعی به دیگر نظام‌های حقوقی، بدون توجه به زمینه سیاسی، فرهنگ قضایی، استقلال دادگاه‌ها و کیفیت رقابت حزبی، می‌تواند خطرناک باشد. آنچه از آلمان قابل آموختن است، منطق حقوقی آن است و آن اینکه دموکراسی برای دفاع از خود نیازمند نهاد، معیار، دادرسی و تناسب است.

بنابراین، وجه تحول‌آفرین دموکراسی دفاعی آلمان در این نیست که صرفاً امکان منع حزب یا محرومیت از تأمین مالی عمومی را پذیرفته است؛ چنین ابزارهایی اگر از قیود حقوقی جدا شوند، می‌توانند در هر نظامی به ابزاری برای حذف سیاسی تبدیل شوند. اهمیت الگوی آلمان در آن است که دفاع از دموکراسی را خود به موضوع حقوق اساسی تبدیل کرده است. به بیان دیگر، قانون بنیادین فقط از دموکراسی دفاع نمی‌کند؛ بلکه شیوه دفاع از دموکراسی را نیز حقوقی، قضایی، استثنایی و قابل کنترل می‌سازد. این همان نقطه‌ای است که در آن تحول حقوقی رخ

می‌دهد. دفاع از نظم دموکراتیک از قلمرو تصمیم سیاسی خام خارج می‌شود و در قالب معیارهای دادرسی اساسی، اصل تناسب، احراز خطر واقعی و نظارت دادگاه قانون اساسی فدرال قرار می‌گیرد. به این ترتیب، حافظه وایمار در حقوق اساسی پساجنگ آلمان، در بهترین خوانش، حافظه‌ای مولد است که نه به انتقام از گذشته می‌انجامد و نه به فراموشی خطر. این حافظه به قانون بنیادین آموخت که دموکراسی بدون آزادی نمی‌ماند، اما آزادی نیز بدون نهادهای نگهبان، حقوق بنیادین مقاوم و سازوکارهای کنترل‌شده دفاعی ممکن است به ابزار نابودی خود تبدیل شود. همین تعادل دشوار است که قانون بنیادین را به یکی از نمونه‌های برجسته قانون اساسی گرایي پساجنگ تبدیل کرده است.

7. نتیجه‌گیری

قانون اساسی وایمار در تاریخ حقوق اساسی اروپا غالباً به‌عنوان نماد شکست دموکراسی، فرسایش پارلماناریسم و گشودن مسیر ناسیونال‌سوسیالیسم شناخته می‌شود. این تصویر، هرچند نادرست نیست، اما اگر به همین سطح محدود بماند، نسبت پیچیده وایمار با قانون بنیادین ۱۹۴۹ آلمان را پنهان می‌کند. وایمار پس از فروپاشی نیز در حقوق اساسی آلمان زنده ماند؛ نه به‌صورت الگویی برای تکرار، بلکه به‌مثابه حافظه‌ای نهادی که قانون بنیادین از خلال آن، شکست دموکراسی را به قاعده، نهاد، صلاحیت و دادرسی تبدیل کرد.

بر این اساس، نسبت وایمار و قانون بنیادین را نمی‌توان صرفاً رابطه شکست و جبران دانست. در سطح متنی، ماده ۱۴۰ قانون بنیادین برخی مواد قانون اساسی وایمار را در نظم جدید ادغام کرد. در سطح نهادی، قانون بنیادین به آسیب‌های وایمار از طریق تقدم کرامت انسانی، الزام‌آوری حقوق بنیادین، دادگاه قانون اساسی فدرال و ماده ۲۱ پاسخ داد. در سطح قضایی نیز دادگاه قانون اساسی فدرال، به‌ویژه در رویه مربوط به احزاب ضدقانون اساسی، حافظه وایمار را به معیارهای دادرسی اساسی، خطرسنجی و تناسب تبدیل کرد. بدین ترتیب، وایمار نه حذف شد و نه بی‌واسطه ادامه یافت؛ بلکه درون قانون بنیادین بازتفسیر و نهادمند شد.

اهمیت نظری این تحلیل در آن است که نشان می‌دهد قانون اساسی فقط برای وضعیت عادی نوشته نمی‌شود. قانون اساسی دموکراتیک باید نسبت خود را با امکان بحران، سوءاستفاده از آزادی، فرسایش تدریجی دموکراسی و نابودی قانونی نظم دموکراتیک روشن کند. تجربه وایمار به قانون بنیادین آموخت که دموکراسی، اگر صرفاً به انتخابات و رقابت سیاسی فروکاسته شود، ممکن است از درون سازوکارهای خود تهی گردد. از همین رو، دموکراسی دفاعی آلمان کوشید میان آزادی سیاسی و صیانت از شرایط امکان آزادی تعادل برقرار کند.

با این حال، دموکراسی دفاعی فضیلتی مطلق و بی‌خطر نیست. اگر حافظه وایمار به حافظه‌ای امنیتی فروکاسته شود، ابزارهای دفاع از دموکراسی می‌توانند به ابزار محدودسازی تکثر سیاسی تبدیل شوند. ارزش تجربه آلمان دقیقاً در این است که دفاع از دموکراسی را، دست‌کم در صورت‌بندی مطلوب آن، به دادرسی، استدلال، معیارهای دقیق و اصل تناسب مقید می‌کند. بنابراین، درس اصلی وایمار برای قانون بنیادین این نبود که دموکراسی باید از ترس دشمنان خود آزادی را محدود کند؛ درس دقیق‌تر آن بود که دموکراسی برای حفظ آزادی، باید سازوکارهای دفاع از خود را نیز حقوقی، محدود و قابل کنترل سازد.

باری، تحول حقوق اساسی همیشه از مسیر تأسیس نهادهای کاملاً جدید رخ نمی‌دهد؛ گاه تحول از طریق بازخوانی یک شکست و تبدیل آن به منطق نهادی آینده پدید می‌آید. وایمار در قانون بنیادین دقیقاً چنین نقشی داشت. قانون اساسی ۱۹۱۹، با وجود شکست سیاسی و تاریخی خود، پس از ۱۹۴۹ در قالبی دیگر به حیات حقوقی ادامه داد. از این منظر، قانون بنیادین نشان می‌دهد که حافظه حقوق اساسی هنگامی مولد است که گذشته را به زبان نهادهای قابل کنترل تبدیل کند.

از این منظر، قانون بنیادین ۱۹۴۹ یکی از نمونه‌های برجسته حقوقی کردن حافظه شکست است. این متن از فاجعه تاریخی صرفاً عبرت اخلاقی نگرفت، بلکه آن را به معماری نهادی تبدیل کرد. همین امر است که نسبت وایمار و قانون بنیادین را برای حقوق اساسی تطبیقی همچنان زنده و آموزنده می‌سازد. گذشته‌ای شکست‌خورده، اگر درست فهم شود، می‌تواند نه بار سنگین حافظه، بلکه منبع طراحی نهادی برای آینده قانون اساسی باشد.

1. Backes, U. (2019). Banning political parties in a democratic constitutional state: The second NPD ban proceedings in a comparative perspective. *Patterns of Prejudice*, 53(2), 136–157.
2. Bundesministerium des Innern und für Heimat. (n.d.). *Banning political parties*. Federal Ministry of the Interior and Community.
3. Bundesverfassungsgericht. (2017). *Judgment of 17 January 2017: Proceedings concerning the prohibition of the National Democratic Party of Germany (NPD)*. BVerfGE 144, 20.
4. Caldwell, P. C. (1997). *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law: The theory and practice of Weimar constitutionalism*. Duke University Press.
5. Grimm, D., et al. (2019). European constitutionalism and the German Basic Law. In A. Albi & S. Bardutzky (Eds.), *National constitutions in European and global governance: Democracy, rights, the rule of law* (pp. 407–492). T.M.C. Asser Press/Springer.
6. Kelsen, H. (2015 [1931]). Who ought to be the guardian of the constitution? In L. Vinx (Ed. & Trans.), *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law* (pp. 174–221). Cambridge University Press.
7. Kommers, D. P., & Miller, R. A. (2012). *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (3rd ed., rev. and expanded). Duke University Press.
8. Loewenstein, K. (1937). Militant democracy and fundamental rights, I. *American Political Science Review*, 31(3), 417–432.
9. Mazzone, J., & Tecimer, C. (2022). Interconstitutionalism. *Yale Law Journal Forum*, 132, 326–410.
10. Molier, G., & Rijpkema, B. (2018). Germany's new militant democracy regime: National Democratic Party II and the German Federal Constitutional Court's "potentiality" criterion for party bans. *European Constitutional Law Review*, 14(2), 394–409.

11. Poll, R. (2020). *The Weimar Constitution: Germany's first democratic constitution, its collapse, and the lessons for today*. Konrad-Adenauer-Stiftung.
12. Polzin, M. (2016). Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, 14(2), 411–438.
13. Schmitt, C. (2015). The guardian of the constitution. In L. Vinx (Ed. & Trans.), *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law* (pp. 79–173). Cambridge University Press.

تحولات حقوقی

دوره ۲، شماره ۱ - شماره پیاپی ۳، بهار ۱۴۰۵

Transparency in Blockchain Technology:
A Tool for Preventing Economic Crime
and Strengthening Public Trust

Authors: Ali Delmoradi | Mohammad Baqir Grayli

شفافیت در فناوری بلاکچین: ابزاری برای

پیشگیری از جرایم اقتصادی و تقویت اعتماد عمومی

نویسندگان: علی دلمرادی | محمد باقر گرایلی



LEGAL DEVELOPMENT

Vol. 2, Issue 1, No. 3, Spring 2026



Transparency in Blockchain Technology: A Tool for Preventing Economic Crime and Strengthening Public Trust

***Ali Delmoradi**

Master of Science in Criminal Law and Criminology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Delmoradi.092@gmail.com

Mohammad Baqir Grayli

Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran

Abstract:

This article systematically analyzes the role of transparency in blockchain technology as a new and transformative strategy in the field of non-criminal prevention of economic crimes. Given the cross-border, hidden, and complex nature of financial crimes in the digital age, which has created numerous challenges for traditional judicial systems, this research explores how the inherent and distributed transparency feature of blockchain can act as an efficient tool in two layers of situational and social prevention. The research method in this study is descriptive-analytical and analyzes the different dimensions of this phenomenon by utilizing reliable legal, criminological, and specialized texts in the field of information technology. The results of this research show that structural transparency in blockchain helps prevent economic crimes in two strategic ways. First, from a situational prevention perspective, this technology, with its permanent, real-time, and immutable transaction traceability, creates powerful technical and regulatory barriers to criminal activities such as money laundering, tax evasion, and corruption, effectively reducing opportunities for crime. Second, from a social prevention perspective, blockchain restores public trust in governance institutions and economic processes by providing a transparent, democratic, and auditable financial ecosystem for all



actors, thereby weakening the psychological and social incentives to engage in criminal behavior. Finally, this article concludes that leveraging the transparency capabilities of blockchain is a comprehensive, proactive, and efficient approach to combating economic crime that can address the shortcomings of traditional centralized systems and pave the way for a healthier, safer, and more just financial environment.

Keywords:

Economic crimes non-criminal prevention blockchain technology transparency traceability public trust.

شفافیت در فناوری بلاکچین: ابزاری برای پیشگیری از جرایم اقتصادی و تقویت اعتماد عمومی

* علی دلمرادی

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.
Delmoradi.092@gmail.com

محمد باقر گرایلی

استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

چکیده:

این به تحلیل مقاله نظام‌مند نقش شفافیت در فناوری بلاکچین به عنوان یک راهبرد نوین و تحول‌آفرین در حوزه پیشگیری غیرکیفری از جرایم اقتصادی می‌پردازد. با توجه به ماهیت فرامرزی، پنهان و پیچیده جرایم مالی در عصر دیجیتال که چالش‌های عدیده‌ای را برای سیستم‌های قضایی سنتی ایجاد کرده است، این پژوهش واکاوی می‌کند که چگونه ویژگی شفافیت ذاتی و توزیع‌شده بلاکچین می‌تواند به عنوان یک ابزار کارآمد در دو لایه پیشگیری وضعی و اجتماعی عمل نماید. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی-تحلیلی بوده و با بهره‌گیری از منابع معتبر حقوقی، جرم‌شناختی و متون تخصصی حوزه فناوری اطلاعات، به تحلیل ابعاد مختلف این پدیده می‌پردازد. نتایج حاصل از این پژوهش نشان می‌دهد که شفافیت ساختاری در بلاکچین از دو طریق راهبردی به پیشگیری از جرایم اقتصادی کمک می‌کند. نخست، از منظر پیشگیری وضعی، این فناوری با قابلیت ردیابی دائمی، بلادرنگ و غیرقابل تغییر تراکنش‌ها، موانع فنی و نظارتی قدرتمندی در برابر فعالیت‌های مجرمانه نظیر پولشویی، فرار مالیاتی و فساد اداری ایجاد کرده و به طور موثری فرصت‌های ارتکاب جرم را کاهش می‌دهد. دوم، از دیدگاه پیشگیری اجتماعی، بلاکچین با فراهم آوردن یک زیست‌بوم مالی شفاف، دموکراتیک و قابل حسابرسی برای تمامی کنشگران، اعتماد عمومی را نسبت به نهادهای حاکمیتی و فرآیندهای اقتصادی بازسازی نموده و از این طریق، انگیزه‌های روانی و اجتماعی برای ورود به رفتارهای مجرمانه را تضعیف می‌سازد. در نهایت، این مقاله نتیجه می‌گیرد که بهره‌گیری از ظرفیت‌های شفافیت در بلاکچین، یک رویکرد جامع، پیش‌دستانه و کارآمد برای مقابله با بزهکاری اقتصادی است که می‌تواند

نقص‌های سیستم‌های متمرکز سنتی را پوشش داده و مسیر را برای ایجاد یک محیط مالی سالم‌تر، ایمن‌تر و عدالت‌محور هموار سازد.

واژگان کلیدی: جرایم اقتصادی پیشگیری غیرکیفری، فناوری بلاکچین، شفافیت، ردیابی، اعتماد عمومی.

۱. مقدمه

جرایم اقتصادی، به دلیل ماهیت پیچیده و پنهان خود، همواره چالش‌های فراوانی را برای نظام‌های حقوقی و اقتصادی ایجاد کرده‌اند. این دسته از جرایم که شامل اعمالی چون پولشویی، فساد و کلاهبرداری می‌شوند، به دلیل گستردگی و تأثیرات مخرب بر بنیان‌های اقتصادی و اعتماد عمومی، نیازمند رویکردهای نوین و کارآمد هستند. روش‌های سنتی مبارزه با این جرایم که اغلب بر رویکردهای تنبیهی و کیفری متمرکز بوده‌اند، در دنیای دیجیتالی امروز کارایی محدودی دارند. از همین رو، اتخاذ استراتژی‌های پیشگیری غیرکیفری بیش از پیش ضروری به نظر می‌رسد. پیشگیری غیرکیفری مجموعه‌ای از تدابیر اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و وضعی است که با هدف از بین بردن یا کاهش عوامل و فرصت‌های جرم‌زا، به صورت غیرمستقیم و بدون استفاده از مجازات‌های کیفری، از وقوع جرم جلوگیری می‌کند. (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۹۷: ۱۵۸) این نوع پیشگیری خود به دو دسته اصلی تقسیم می‌شود: پیشگیری وضعی که با هدف کاهش فرصت‌های مجرمانه و افزایش موانع فیزیکی و فناورانه برای ارتکاب جرم شکل می‌گیرد (میر خلیلی، ۱۳۸۸: ۳۶)، و پیشگیری اجتماعی که با تمرکز بر ریشه‌های جرم در جامعه، به دنبال تقویت نهادهای اجتماعی و فرهنگی و کاهش انگیزه‌های مجرمانه است. (نجفی توانا، ۱۳۹۱: ۷۵، ۷۶) در این میان، فناوری بلاکچین به عنوان یک دفتر کل توزیع‌شده و غیرمتمرکز، ظرفیت‌های بی‌نظیری در حوزه پیشگیری از جرایم اقتصادی به نمایش گذاشته است. بلاکچین، سیستمی برای ثبت و ذخیره داده‌هاست که از زنجیره‌ای از بلوک‌ها تشکیل شده و هر بلوک، اطلاعات تراکنش‌ها را به صورت رمزنگاری‌شده در خود نگه می‌دارد. (جنگروی، ۱۴۰۱: ۱۵) این فناوری با ویژگی‌های منحصر به فردی همچون: غیرمتمرکز بودن؛ که باعث حذف واسطه‌های سنتی و توزیع قدرت تصمیم‌گیری می‌شود و مقاومت سیستم را در برابر فساد نهادی افزایش می‌دهد. (هلاکوئی، ۱۳۹۹: ۷۴) شفافیت: که امکان ردیابی و پیگیری دائمی و عمومی تراکنش‌ها را فراهم می‌آورد. (صمدی، ۱۳۹۹: ۱۳) تغییرناپذیری: که تضمین می‌کند داده‌های ثبت‌شده در بلاکچین قابل دستکاری و حذف نیستند. (تفضلی، ۱۳۹۷: ۱۳۴) این مقاله با هدف بررسی نقش حیاتی شفافیت بلاکچین به عنوان ابزاری در پیشگیری وضعی و اجتماعی از جرایم اقتصادی تدوین شده است. در این پژوهش به این سؤال اصلی پاسخ داده می‌شود که چگونه ویژگی شفافیت بلاکچین می‌تواند با کاهش فرصت‌های مجرمانه و تقویت اعتماد عمومی، از وقوع جرایم اقتصادی جلوگیری کند. در ادامه، ابتدا به بررسی قابلیت ردیابی و پیگیری تراکنش‌ها در بستر بلاکچین پرداخته می‌شود. سپس، تأثیر این شفافیت بر ایجاد و تقویت اعتماد در میان کاربران و سرمایه‌گذاران تحلیل خواهد

شد. در نهایت، با جمع‌بندی این مباحث، راهکارهای عملی و مؤثر برای بهره‌گیری از این فناوری در جهت ایجاد یک نظام اقتصادی شفاف‌تر و ایمن‌تر ارائه خواهد شد.

۱. قابلیت ردیابی و پیگیری تراکنش‌ها در بلاکچین

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های فناوری بلاکچین که آن را به ابزاری قدرتمند برای پیشگیری از جرایم اقتصادی تبدیل می‌کند، شفافیت ذاتی آن است. این شفافیت نه تنها به معنای دسترسی عمومی به اطلاعات است، بلکه فراتر از آن، امکان ردیابی و پیگیری دائمی و غیرقابل تغییر تراکنش‌ها را فراهم می‌آورد. این بخش به تفصیل نشان می‌دهد که چگونه این ویژگی فنی، مکانیزم‌های سنتی نظارت را متحول کرده و با کاهش فرصت‌های مجرمانه، به صورت مؤثری از وقوع جرایم مالی پیشگیری می‌کند.

۲.۱. امکان پیگیری مبادلات مالی در بستر بلاکچین

سیستم بلاکچین با ایجاد یک دفتر کل توزیع‌شده و غیرمتمرکز، امکان ردیابی کامل تمامی تراکنش‌های مالی را از مبدأ تا مقصد فراهم می‌کند و می‌توان اطمینان داشت که به زودی شاهد یک تحول بزرگ در حوزه بانکداری و فناوری مالی خواهیم بود. (Vishwakarma, 2018: 79) این ویژگی منحصر به فرد، تفاوت اساسی با سیستم‌های مالی سنتی دارد که در آن‌ها امکان پنهان کردن یا دستکاری تراکنش‌ها وجود دارد. در معماری بلاکچین، هر تراکنش پس از تأیید توسط شبکه، به صورت رمزنگاری‌شده در بلوک‌ها ثبت می‌شود و پس از اضافه شدن یک بلوک، بدون اجماع کل شبکه نمی‌توان آن را تغییر داد و زنجیره‌ای غیرقابل تغییر از اطلاعات ایجاد می‌کند. (Luna, 2025: 5) این ساختار باعث می‌شود حتی در صورت استفاده از آدرس‌های ناشناس (که در برخی رمزارزها وجود دارد)، امکان پیگیری جریان‌های مالی از طریق تحلیل داده‌های زنجیره‌ای وجود داشته باشد. مطالعات متعددی تأثیر این ویژگی را در مبارزه با پولشویی مورد تأیید قرار داده‌اند. به عنوان مثال، گزارش سال ۲۰۲۱ گروه اقدام مالی (FATF) نشان می‌دهد که فناوری دفتر کل توزیع‌شده (DLT) می‌تواند ابزار مؤثری برای شناسایی تراکنش‌های مشکوک و الگوهای پولشویی باشد. این سازمان تأکید کرده که ویژگی‌های شفافیت و ردیابی در بلاکچین، چالش‌های موجود در سیستم‌های سنتی را تا حد زیادی مرتفع می‌سازد. از سوی دیگر، پژوهش‌های آکادمیک مانند مطالعه جامع Narayanan و همکاران (۲۰۱۶) در کتاب "Bitcoin and Cryptocurrency Technologies" نشان داده‌اند که چگونه تحلیل جریان تراکنش‌ها می‌تواند الگوهای مجرمانه را آشکار کند، حتی در شرایطی که کاربران از شناساسازی نسبی برخوردار هستند.

۲.۲. دسترسی عمومی به تاریخچه تراکنش‌ها

یکی از بنیادی‌ترین ویژگی‌های بلاکچین‌های عمومی، در دسترس بودن تاریخچه کامل تمام تراکنش‌ها برای عموم کاربران است. این شفافیت بی‌سابقه، امکان نظارت جمعی و دموکراتیک بر فعالیت‌های مالی را فراهم می‌آورد. در چنین سیستمی، هر تراکنش مالی به صورت شفاف ثبت می‌شود و هر کاربر یا نهاد نظارتی می‌تواند در صورت مشاهده فعالیت مشکوک، آن را بررسی و گزارش دهد. هرچند برخی معتقدند که در این حالت نیاز است که هویت همه شرکت کنندگان از قبل مشخص باشد. اگرچه شرکت کنندگان حریم خصوصی خود را از دست می‌دهند. (Suyash Gupta, 2021:4) اما این مکانیزم، به ویژه در مقابله با فساد مالی در سازمان‌های دولتی و خصوصی بسیار مؤثر است. سازمان شفافیت بین‌الملل در گزارش سال ۲۰۲۰ خود به این نکته اشاره کرده که سیستم‌های مبتنی بر بلاکچین با حذف واسطه‌های فاسد و ایجاد شفافیت، می‌توانند به میزان قابل توجهی از سوءاستفاده از منابع عمومی جلوگیری کنند. این سازمان موارد متعددی را ذکر کرده که در آن‌ها عدم شفافیت مالی منجر به فساد گسترده شده است. از دیدگاه آکادمیک، مطالعه Zhao و همکاران (۲۰۱۹) با عنوان "Blockchain-based Anti-Corruption Systems" نشان می‌دهد که دسترسی عمومی به داده‌های مالی چگونه می‌تواند احتمال فساد را کاهش دهد، چرا که هر تراکنش غیرعادی در معرض دید و بررسی جامعه و نهادهای نظارتی قرار می‌گیرد.

۲.۳. کاهش فعالیت‌های غیرقانونی

بلاکچین با ویژگی شفافیت خود، به ابزاری کارآمد در مقابله با جرایم اقتصادی بدل شده است. در حالی که سیستم‌های مالی سنتی مستعد دستکاری و پنهان‌سازی اطلاعات هستند، بلاکچین با ارائه یک دفتر کل توزیع‌شده و شفاف، امکان مشاهده و ردیابی تمامی تراکنش‌ها را فراهم می‌کند هرچند این امر به مجرمان اجازه می‌دهد تا منبع وجوه خود را پنهان کنند اما ماهیت بلاکچین و تراکنش‌های مستعار در شبکه اتریوم موانع قابل توجهی برای مبارزه با مجرمان ایجاد می‌کند. (Esmira, 2024:44) لذا این شفافیت، فعالیت‌های مجرمانه نظیر پولشویی، معاملات غیرقانونی و فرار مالیاتی را به طور چشمگیری دشوارتر می‌سازد. بر اساس پژوهشی از IBM Institute for Business Value در سال ۲۰۲۰، حدود ۶۶ درصد از بانک‌های جهانی به منظور کاهش تقلب در تراکنش‌های مالی، در حال بررسی و پیاده‌سازی راهکارهای مبتنی بر بلاکچین هستند. این گزارش اشاره دارد که شفافیت ذاتی بلاکچین، امکان نظارت دقیق‌تر و شناسایی سریع‌تر فعالیت‌های مشکوک را فراهم می‌کند. از منظر تئوریک، مطالعه‌ای از (Cong و He) در نشریه "Journal of Financial Economics" نشان می‌دهد که شفافیت بلاکچین با افزایش ریسک شناسایی، هزینه انجام فعالیت‌های غیرقانونی را بالا برده و به این ترتیب، به پیشگیری از جرایم اقتصادی کمک می‌کند. این شفافیت امکان ممیزی دقیق‌تر و

شناسایی الگوهای نامعمول در تراکنش‌ها را فراهم می‌آورد که این امر در سیستم‌های سنتی با محدودیت‌هایی روبرو است.

۲.۴. پایش تراکنش‌های بلاکین

بسیاری از جرایم اقتصادی پیچیده مانند فساد اداری، اختلاس و پولشویی در مؤسسات مالی و سازمان‌های دولتی، ناشی از عدم شفافیت در جریان وجوه و اطلاعات مالی است. بخش بانکداری، صنعتی است که به شدت به شفافیت و امنیت، به ویژه در مدیریت تراکنش‌های مشتری و اطلاعات مالی، متکی است. با این حال، در عمل، هنوز چالش‌های متعددی در رابطه با کلاهبرداری، سرقت هویت و دستکاری داده‌ها وجود دارد. یک مطالعه انجام شده توسط (Accenture, 2018) نشان می‌دهد که کلاهبرداری مالی در بخش بانکداری جهانی سالانه بیش از ۳۰ میلیارد دلار است و بیشتر آن از تراکنش‌هایی ناشی می‌شود که نمی‌توان آنها را ردیابی کرد یا به صورت بلادرنگ در معرض دید عموم قرار داد. بنابراین، فناوری‌ای که بتواند شفافیت و امنیت تراکنش‌ها را بهبود بخشد، مهم است. بلاکچین راه‌حلی ارائه می‌دهد که به هر تراکنش اجازه می‌دهد به طور دائم ثبت شود و برای همه شرکت‌کنندگان در شبکه پاسخگو باشد، بدون اینکه امکان تغییر غیرمجاز داده‌ها وجود داشته باشد. (Catalini, 2020: 80) بلاکچین با ایجاد یک سیستم حسابداری شفاف که هر تراکنش در بلوک‌هایی گروه بندی می‌شود، و از طریق پروتکل اجماع اعتبار سنجی می‌گردد و بعد به زنجیره اضافه و بعد ثبت می‌گردد و پس از ثبت این تراکنش‌ها برای همه شرکت‌کنندگان مجاز در شبکه قابل مشاهده است و امکان ردیابی دقیق هر واحد پولی را از مبدأ تا مقصد فراهم می‌کند. این ویژگی به ویژه در مدیریت بودجه‌های عمومی و پروژه‌های دولتی می‌تواند تحول‌آفرین باشد. برنامه‌های بلاکچین دسترسی به داده‌های تراکنش‌ها را در لحظه برای همه طرفین شبکه فراهم می‌کنند. این قابلیت مشاهده تضمین می‌کند که مؤسسات مالی می‌توانند به طور مداوم وضعیت نقدینگی را رصد کنند و در پاسخ به تغییرات بازار به سرعت داده و هزینه‌های عملیاتی را کاهش دهد. مؤسسات می‌توانند شکاف‌های جریان نقدی را تشخیص دهند، مانده‌ها را فوراً تطبیق دهند و تصمیمات بهتری در مورد تأمین مالی بگیرند. (Andi Rustam, 2020: 5292)

۲.۵. بررسی تطبیقی و نمونه‌های عملی: چارچوب نظارتی و کاربرد عملی

در نظام‌های حقوقی پیشرو

برای درک بهتر چگونگی تبدیل ویژگی‌های فنی بلاکچین به ابزارهای حقوقی-نظارتی، می‌توان به محیط مقرراتی ایالات متحده به عنوان یک نمونه عملی و پویا اشاره کرد. برخلاف رویکردهای سنتی، در نظام حقوقی ایالات متحده، نهادهای نظارتی با اتکا به قابلیت شفافیت و ردیابی‌پذیری بلاکچین، در حال تدوین چارچوب‌هایی برای مدیریت ریسک‌های اقتصادی هستند.

نخست، کمیسیون بورس و اوراق بهادار (SEC) با نظارت بر معاملات اوراق بهادار و دارایی‌های رمزنگاری‌شده، تلاش می‌کند تا با الزام به شفافیت در ثبت تراکنش‌ها، از وقوع جرایمی نظیر جعل در معاملات و سوءاستفاده از اطلاعات نهانی جلوگیری کند؛ رویکردی که در جهت نظم‌بخشی به بازارهای مالی نوظهور دنبال می‌شود (Rodriguez, ۲۰۲۰). از سوی دیگر، کمیسیون معاملات آتی کالاها (CFTC) با تمرکز بر کاربرد بلاکچین در بازار مشتقات، از طریق سیاست‌های «اجرای فعال» (Active Enforcement)، بر شفافیت جریان‌های مالی تأکید دارد تا از وقوع جرایم مالی پیچیده در بازارهای آتی پیشگیری نماید (Goforth, ۲۰۲۴). همچنین، رویکرد دفتر کنترل ارز (OCC) در اجازه دادن به بانک‌های ملی برای استفاده از بلاکچین در تسویه‌های مالی، نشان‌دهنده پذیرش این فناوری به‌عنوان ابزاری برای ارتقای دقت و کاهش ریسک‌های عملیاتی در سیستم بانکی است. فدرال رزرو: فدرال رزرو در حالی که محتاط است، در حال بررسی پیامدهای بلاکچین برای سیستم‌های پرداخت است، به خصوص که توسعه ارز دیجیتال بانک مرکزی (CBDC) را در نظر دارد. در این مورد یکی از بلاکچین‌های که وجود دارد جی‌پی‌مورگان پلتفرم بلاکچین است که خود را برای ساده‌سازی پرداخت‌های بین بانکی و انتقال وثیقه راه‌اندازی کرد. JPM Coin این بانک امکان انتقال ارزش در لحظه بین مشتریان نهادی را فراهم می‌کند و تأخیرهای نقدینگی و زمان تسویه را کاهش می‌دهد. (Michael Ethan, 2025: 4-5) با توجه به این گزارش بدست می‌آید بلاکچین با ثبت غیرمتمرکز تراکنش‌ها ظرفیت ایجاد شفافیت در امور مالی را دارد. نهادهای نظارتی آمریکا مانند CFTC، SEC، OCC و فدرال رزرو، فعلاً در حال بررسی و تنظیم کاربردهای بلاکچین هستند تا ریسک‌ها را کاهش و نوآوری را تشویق کنند. فدرال رزرو همچنین به بررسی ارز دیجیتال بانک مرکزی (CBDC) به عنوان راهی برای بهبود سیستم‌های پرداخت می‌پردازد. چالش‌هایی مانند مقیاس‌پذیری و امنیت باید در نظر گرفته شوند. ایجاد تعادل بین مقررات و نوآوری برای استفاده موفقیت‌آمیز از بلاکچین در امور مالی ضروری است.

۳. شفافیت بلاکچین و تقویت اعتماد عمومی

شفافیت در فناوری بلاکچین، فراتر از یک ابزار فنی برای ردیابی تراکنش‌ها، نقشی حیاتی در تقویت اعتماد عمومی ایفا می‌کند. در دنیای امروز که بی‌اعتمادی به نهادهای مالی و دولتی رو به افزایش است، بلاکچین با ارائه یک سیستم شفاف و غیرقابل دستکاری، فرصتی برای بازسازی این اعتماد فراهم می‌آورد. این بخش به تفصیل به این موضوع می‌پردازد که چگونه شفافیت بلاکچین می‌تواند زمینه‌ساز ایجاد اعتماد بین کاربران و سرمایه‌گذاران شود و در نهایت، با ایجاد یک محیط امن‌تر، به پیشگیری از جرایم اقتصادی کمک کند.

۳.۱. نقش شفافیت در ایجاد اعتماد عمومی

اعتماد عمومی به عنوان یکی از ارکان اساسی حکمرانی مطلوب و تعامل سازنده بین دولت و شهروندان، همواره تحت تأثیر عواملی همچون پاسخگویی، صداقت و شفافیت قرار دارد. در این میان، شفافیت به عنوان ابزاری کارآمد برای کاهش عدم تقارن اطلاعاتی و افزایش مسئولیت‌پذیری نهادهای دولتی و غیردولتی شناخته می‌شود. تحقیقات نشان می‌دهد که هرچه سطح شفافیت در عملکرد سازمان‌ها و نهادهای عمومی افزایش یابد، میزان اعتماد شهروندان به آن‌ها نیز به صورت معناداری بهبود می‌یابد. (پروین، ۱۳۹۳: ۳۱۶، ۳۱۷) شفافیت از طریق مکانیسم‌های مختلفی به ایجاد اعتماد عمومی کمک می‌کند. نخست، دسترسی آزادانه به اطلاعات، امکان نظارت شهروندان بر تصمیمات و اقدامات مسئولان را فراهم می‌سازد. این امر نه تنها از فساد اداری جلوگیری می‌کند، بلکه حس کنترل‌پذیری و پاسخگویی را در ذهن مخاطبان تقویت می‌نماید. مطالعات سازمان‌های بین‌المللی مانند بانک جهانی و شفافیت بین‌الملل حاکی از آن است که در کشورهایی که قوانین دسترسی به اطلاعات به درستی اجرا می‌شوند، سطح اعتماد عمومی به مراتب بالاتر است. دوم، شفافیت به کاهش ابهامات و سوءبرداشت‌ها منجر می‌شود و هنگامی که اطلاعات به صورت شفاف و به‌موقع در اختیار عموم قرار می‌گیرد، فضای گمانه‌زنی و انتشار شایعات محدود شده و شهروندان با اطمینان بیشتری به صحت داده‌ها اتکا می‌کنند. به عنوان مثال، در دوران بحران‌های اجتماعی یا اقتصادی، دولتی که با صداقت آمار و اطلاعات را منتشر می‌کند، اعتماد بیشتری را نسبت به دولتی که اطلاعات را پنهان یا تحریف می‌کند، جلب می‌نماید. سوم، شفافیت زمینه‌ساز مشارکت فعالانه شهروندان در فرآیندهای تصمیم‌گیری است. وقتی مردم احساس کنند که نظرات آن‌ها شنیده شده و در تصمیمات اثرگذار است، تمایل بیشتری برای همکاری با نهادهای حاکمیتی از خود نشان می‌دهند. (الوانی، ۱۳۸۰: ۱۱) پژوهش‌ها در حوزه جامعه‌شناسی سیاسی تأکید دارند که نظام‌های سیاسی با سطح بالای شفافیت، از مشروعیت و مقبولیت بیشتری در میان افکار عمومی برخوردارند. در نهایت، شفافیت نه تنها به عنوان یک ارزش اخلاقی، بلکه به عنوان یک ضرورت راهبردی در جهت تحکیم پایه‌های اعتماد عمومی عمل می‌کند. تجربه کشورهای پیشرو در زمینه حکمرانی شفاف نشان می‌دهد که سرمایه اجتماعی ناشی از اعتماد عمومی، زمینه‌ساز توسعه پایدار و انسجام اجتماعی است. بنابراین، تداوم شفافیت در عملکرد نهادهای مختلف، می‌تواند به عنوان یک راهکار مؤثر برای جلب اعتماد عمومی مورد توجه قرار گیرد. و این ایجاد اعتماد عمومی می‌تواند نقش پیشگراانه ای در کاهش جرایم اقتصادی ایفا کند زیرا در چنین جوامعی امکان پنهان کاری و سوء استفاده مالی به طور محسوس کاهش می‌یابد لذا به کارگیری ابزارهایی که امکان تحقق این ویژگی را فراهم می‌کنند از اهمیت راهبردی برخوردار است. که در بخش بعدی به وجود این ویژگی در فناوری بلاکچین اشاره خواهد شد.

۳.۲. نقش شفافیت بلاکچین در افزایش اعتماد عمومی کاربران

اعتماد عمومی یکی از ارکان اساسی در روابط اقتصادی، اجتماعی و حکومتی است در جامعه‌ای که به طور فزاینده‌ای به هم پیوسته و وابسته به داده‌ها است، شفافیت اقتصادی و اعتماد عمومی عوامل کلیدی در تقویت رشد اقتصادی پایدار و ثبات اجتماعی هستند. در سیستم‌های سنتی، این اعتماد عمدتاً از طریق نهادهای واسطه مانند بانک‌ها، دولت‌ها و سازمان‌های نظارتی ایجاد می‌شود. اما این نهادها به دلیل ساختار متمرکز خود، همواره با چالش‌هایی مانند فساد، دستکاری اطلاعات و عدم شفافیت مواجه بوده‌اند. در واقع شفافیت در اقدامات و ارتباطات عامل مهمی در ایجاد و حفظ اعتماد عمومی است و ارتباطات باز و صادقانه، اعتماد را تقویت می‌کند فناوری بلاکچین توسط همه شرکت‌کنندگان در شبکه قابل دسترسی و مشاهده است. در حالی که همه تراکنش‌ها ثبت می‌شوند، هویت‌های فردی با استفاده از آدرس‌های رمزنگاری به جای اطلاعات شخصی محافظت می‌شوند و این فناوری با ارائه یک معماری غیرمتمرکز، تغییرناپذیر و شفاف، راه‌حلی نوین برای تقویت اعتماد در عصر دیجیتال ارائه کرده است. (Syamsu Rijal, 2023: 60) این ویژگی منجر به ایجاد سطح بی‌سابقه‌ای از پاسخگویی و قابلیت حسابرسی می‌شود. برای مثال، در بلاکچین‌های عمومی مانند بیت‌کوین یا اتریوم، هر کاربر می‌تواند تاریخچه کامل تراکنش‌ها را بررسی کند، بدون اینکه نیاز به اعتماد به یک نهاد مرکزی داشته باشد. این شفافیت ذاتی، احتمال تقلب و دستکاری را به حداقل می‌رساند و در نتیجه اعتماد کاربران را افزایش می‌دهد. یکی از مهم‌ترین تأثیرات شفافیت بلاکچین، کاهش عدم تقارن اطلاعاتی است. در بسیاری از تعاملات اقتصادی، یکی از طرفین اطلاعات بیشتری نسبت به طرف دیگر دارد که این امر می‌تواند منجر به سوءاستفاده و کاهش اعتماد شود. بلاکچین با ایجاد یک منبع اطلاعاتی شفاف و در دسترس همه، این مشکل را حل می‌کند. در نهایت، شفافیت بلاکچین به‌عنوان یک ابزار قدرتمند برای افزایش اعتماد عمومی شناخته می‌شود. با حذف واسطه‌های متمرکز و ایجاد سیستم‌های تغییرناپذیر و قابل حسابرسی، این فناوری می‌تواند اعتماد را در حوزه‌های مختلف، از مالی و دولتی تا زنجیره تأمین و خدمات اجتماعی، تقویت کند. هرچند چالش‌هایی در این راه وجود دارد، اما ظرفیت بلاکچین برای ایجاد تحول در شیوه‌های اعتمادسازی غیرقابل انکار است.

۳.۳. ایجاد سابقه‌ای قابل اعتماد برای سرمایه‌گذاران

فناوری مالی نوظهور تأثیر قابل توجهی بر توسعه مالی داشته و ظرفیت بالایی برای پیشبرد دستور کار مالی پایدار دارد ایجاد سابقه‌ای قابل اعتماد بوسیله بلاکچین از طریق ویژگی‌های منحصر به فرد این فناوری ایجاد می‌شود. مهم‌ترین ویژگی بلاکچین که امکان ایجاد چنین سابقه‌ای را فراهم می‌کند، شفافیت ذاتی و تغییرناپذیری داده‌هاست. وقتی اطلاعاتی در بلاکچین ثبت می‌شود، به صورت دائمی و غیرقابل تغییر در شبکه ذخیره می‌شود و تمامی تغییرات و تراکنش‌ها با جزئیات

کامل قابل ردیابی هستند. (حاجی ملامیرزایی، ۱۳۹۸: ۱۷، ۱۸) در سیستم‌های سنتی، سرمایه‌گذاران مجبور بودند به گزارش‌های مالی ارائه شده توسط شرکت‌ها اعتماد کنند، بدون اینکه امکان بررسی مستقیم اسناد و مدارک را داشته باشند. اما در بلاکچین، هر تراکنش و قرارداد به صورت شفاف ثبت می‌شود و هر سرمایه‌گذار می‌تواند به صورت مستقل صحت ادعاها را تأیید کند. این مسئله به ایجاد سابقه‌ای کاملاً شفاف و قابل اعتماد منجر می‌شود. (Yushi Chen, 2022: p6) مطالعات نشان داده‌اند که پروژه‌هایی که از شفافیت بلاکچین استفاده می‌کنند، به طور متوسط سرمایه‌گذاری بیشتری جذب می‌کنند. دلیل این امر آن است که سرمایه‌گذاران می‌توانند با بررسی سوابق موجود در بلاکچین، ریسک سرمایه‌گذاری خود را به حداقل برسانند. این سوابق شامل تاریخچه تراکنش‌ها، نحوه تخصیص بودجه، عملکرد قراردادهای هوشمند و سایر اطلاعات مهم می‌شود. فناوری بلاکچین، شفافیت اطلاعات مربوط به موجودی، لجستیک و جریان سرمایه از طریق زنجیره‌های تأمین را بهبود می‌بخشد و اطلاعات به‌موقعی در مورد ظرفیت عملیاتی شرکت را در اختیار سرمایه‌گذاران بالقوه قرار می‌دهد که مؤثرتر از اطلاعات مالی ارائه‌شده از طریق روش‌های سنتی است و در نتیجه به شرکت کمک می‌کند تا با هزینه کمتری سرمایه جذب کند. بنابراین، شرکت‌ها می‌توانند با استفاده از این فناوری، اطلاعات شفاف‌تری را در اختیار تأمین‌کنندگان سرمایه قرار دهند تا انتخاب نامطلوب را کاهش داده و قیمت سرمایه را کاهش دهند (Jing Du, ۲۰۲۳: ۹، ۱۰). لذا این ویژگی به سرمایه‌گذاران این اطمینان را می‌دهد که با ارائه خدمات مذکور، سرمایه‌گذاری در آن نسبت به سرمایه‌گذاری در فضای سنتی، به مراتب ارجح می‌باشد.

۴. تحلیل پیوند بین شفافیت و پیشگیری غیر کیفری

در بخش‌های پیشین، دو بعد اصلی شفافیت بلاکچین، یعنی قابلیت ردیابی و تقویت اعتماد عمومی، مورد بررسی قرار گرفت. در این بخش، به تحلیل پیوند میان این دو ویژگی و نقش آن‌ها در ایجاد یک استراتژی جامع برای پیشگیری غیر کیفری از جرایم اقتصادی می‌پردازیم. این پیوند، مکانیزمی قدرتمند و چندوجهی ایجاد می‌کند که فراتر از رویکردهای سنتی عمل می‌کند.

۴.۱. شفافیت به مثابه پیشگیری وضعی

شفافیت در بلاکچین به عنوان یک عامل کلیدی در پیشگیری وضعی از جرایم عمل می‌کند. همان‌طور که نصب دوربین‌های مدار بسته یا قفل‌های امنیتی، فرصت‌های فیزیکی برای ارتکاب جرم را کاهش می‌دهد، ثبت دائمی و غیرقابل تغییر داده‌ها در بلاکچین نیز فرصت‌های دیجیتالی برای کلاهبرداری و فساد را از بین می‌برد. (Hofmann, 2017: p:2) هرگونه تراکنش مالی، اثری دائمی و قابل پیگیری بر جای می‌گذارد که امکان جعل، حذف یا دستکاری آن وجود ندارد. این شفافیت اجباری، ریسک کشف شدن را برای مجرمان به شدت افزایش داده و انگیزه‌های

آن‌ها برای ارتکاب جرم را کاهش می‌دهد. به این ترتیب، بلاکچین یک مانع فناورانه مؤثر برای ارتکاب جرایم اقتصادی ایجاد می‌کند و از این طریق، از وقوع جرم در منبع جلوگیری می‌نماید. در توضیح این مطلب بیان می‌گردد.

شفافیت به عنوان یکی از ارکان اساسی فناوری بلاکچین، نقش بی‌بدیلی در پیشگیری غیرکیفری از جرایم اقتصادی ایفا می‌کند. این ویژگی ذاتی بلاکچین، با ایجاد یک سیستم باز و قابل اعتماد، امکان سوءاستفاده از نقاط کور نظام‌های مالی سنتی را به حداقل می‌رساند. در این بند، با تمرکز بر محور اصلی قابلیت ردیابی و پیگیری تراکنش‌ها، که در بخش قبلی درباره آن‌ها توضیحاتی ارائه شد، نشان داده می‌شود که چگونه شفافیت در بلاکچین می‌تواند بدون نیاز به مداخلات قضایی یا توسل به مکانیسم‌های کیفری، از وقوع جرایم اقتصادی جلوگیری کند. اما از طریق قابلیت ردیابی و پیگیری تراکنش‌ها در سیستم‌های مالی متمرکز، عدم شفافیت و دستکاری‌پذیری داده‌ها به مجرمان این امکان را می‌دهد تا با پنهان‌سازی ردپای مالی، اقدامات غیرقانونی مانند پولشویی، فرار مالیاتی یا اختلاس را انجام دهند. اما در بلاکچین، تمام تراکنش‌ها در یک دفتر کل توزیع شده ثبت می‌شوند که تغییر یا حذف آن‌ها تقریباً غیرممکن است. لذا سبب می‌شود که حذف ابهام در گردش مالی تحقق یابد به این صورت که هر تراکنش دارای یک شناسه منحصر به فرد است و تمام مراحل آن، از مبدأ تا مقصد، برای تمام نودهای شبکه قابل مشاهده است. این امر امکان پنهان کردن منابع مالی غیرقانونی را از بین می‌برد. (همتی، ۱۴۰۱: ۱۲) و همچنین باعث کاهش انگیزه مجرمان می‌شود که آگاهی از اینکه تمام فعالیت‌های مالی تحت نظارت جمعی است، انگیزه افراد برای ورود به فعالیت‌های مجرمانه را کاهش می‌یابد. حتی اگر مجرمان اقدام به جرم کنند، ردپای دیجیتال آن‌ها به راحتی قابل پیگیری است. و اینکه نظارت خودکار و هوشمند وجود دارد و با استفاده از ابزارهای تحلیل داده، نهادهای نظارتی می‌توانند الگوهای مشکوک تراکنش‌ها را در لحظه شناسایی کنند و پیش از وقوع جرم، اقدامات پیشگیرانه انجام دهند. به این ترتیب، بلاکچین با ایجاد یک سیستم شفاف و غیرمتمرکز، پیشگیری موقعیت‌محور از جرایم اقتصادی را ممکن می‌سازد؛ یعنی با تغییر محیط و حذف فرصت‌های مجرمانه، نیاز به مجازات کیفری را کاهش می‌دهد.

۴.۲. شفافیت و تقویت پیشگیری اجتماعی

شفافیت بلاکچین نه تنها بر فرصت‌های مجرمانه تأثیر می‌گذارد، بلکه با تقویت اعتماد عمومی، در خدمت پیشگیری اجتماعی نیز قرار می‌گیرد. در یک سیستم بلاکچینی، شفافیت داده‌ها و فرآیندها به کاربران و سرمایه‌گذاران اطمینان می‌دهد که تراکنش‌ها به صورت عادلانه و بدون دستکاری انجام می‌شوند. این شفافیت، بی‌اعتمادی ریشه‌دار به نهادهای مالی سنتی را کاهش داده و زمینه‌ساز مشارکت بیشتر در فعالیت‌های اقتصادی مشروع می‌شود. با ایجاد یک محیط مالی امن و قابل اعتماد، انگیزه‌های رفتارهای مجرمانه از جمله فساد و پولشویی تضعیف می‌گردد؛

چرا که شفافیت، رانت‌خواری و سوءاستفاده از قدرت را دشوار می‌سازد و فضای سالم‌تری برای رشد اقتصادی فراهم می‌کند. لذا از حیث تقویت اعتماد عمومی باید بیان کرد که یکی از عوامل اصلی بروز جرایم اقتصادی، بی‌اعتمادی به سیستم‌های مالی و دولتی است. وقتی شهروندان به نهادهای حاکمیتی اعتماد نداشته باشند، ممکن است به روش‌های غیررسمی و به بازیگران غیر حکومتی برای حفظ دارایی‌های خود روی آورند (Acemoglu, ۲۰۲۰: ۱) که این امر زمینه‌ساز جرایمی مانند فرار مالیاتی یا سرمایه‌گذاری‌های غیرقانونی می‌شود. شفافیت در بلاکچین این چرخه معیوب را می‌شکند و با ایجاد افزایش مسئولیت‌پذیری نهادها و با امکان نظارت عمومی بر تراکنش‌های دولتی و شرکتی، فساد اداری و مالی به راحتی آشکار می‌شود. این امر نهادها را وادار می‌کند تا با رعایت اصول حکمرانی شفاف، از بروز جرایم اقتصادی جلوگیری کنند. و همچنین با تحقق جلب مشارکت شهروندان که وقتی مردم اطمینان داشته باشند که سیستم مالی شفاف و عادلانه است، تمایل بیشتری برای فعالیت در چارچوب قانون نشان می‌دهند، این مشارکت داوطلبانه، هزینه‌های نظارتی را کاهش می‌دهد و حذف واسطه‌های فاسد که در بسیاری از جرایم اقتصادی، واسطه‌ها (مانند دلالان) با سوءاستفاده از عدم شفافیت، اقدام به کلاهبرداری می‌کنند، بلاکچین با حذف این واسطه‌ها، امکان سوءاستفاده را از بین می‌برد (Amos, S, 2016: p.2-3) و در نتیجه شفافیت در بلاکچین، نه تنها یک ویژگی فنی، بلکه یک ابزار قدرتمند برای پیشگیری غیرکیفری از جرایم اقتصادی است. این فناوری با ترکیب قابلیت ردیابی و تقویت اعتماد عمومی، هم در سطح فردی و هم در سطح نهادی، زمینه‌های بروز جرم را از بین می‌برد. در چنین سیستمی، مجرم نه به دلیل ترس از مجازات، بلکه به دلیل عدم وجود فرصت‌های مجرمانه، از ارتکاب جرم منصرف می‌شوند. این همان تحولی است که نظام‌های حقوقی به دنبال آن هستند که عبارت است از پیشگیری از جرم پیش از وقوع آن، بدون نیاز به هزینه‌های سنگین کیفری.

نتیجه گیری:

این پژوهش با هدف بررسی نقش شفافیت در فناوری بلاکچین به عنوان ابزاری مؤثر برای پیشگیری غیرکیفری از جرایم اقتصادی انجام گرفت. در بخش‌های پیشین، ابتدا به تحلیل مفهوم جرایم اقتصادی و رویکردهای نوین پیشگیری غیرکیفری پرداختیم. سپس، با تمرکز بر ویژگی‌های بلاکچین، به طور خاص قابلیت ردیابی تراکنش‌ها و نقش آن در تقویت اعتماد عمومی را بررسی کردیم. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که این فناوری، فراتر از یک ابزار فنی صرف، مکانیزمی جامع برای مقابله با جرایم مالی فراهم می‌آورد. شفافیت بلاکچین از دو طریق اصلی، استراتژی‌های پیشگیری غیرکیفری را تقویت می‌کند. نخست، در قالب پیشگیری وضعی، قابلیت ردیابی دائمی و غیرقابل تغییر تراکنش‌ها، موانع فنی و دیجیتالی قدرتمندی در برابر مجرمان ایجاد می‌کند. این شفافیت اجباری، ریسک کشف شدن را به شدت افزایش داده و انگیزه‌های ارتکاب جرایمی مانند پولشویی، کلاهبرداری و فساد را کاهش می‌دهد. این امر، به مثابه ایجاد یک محیط نظارتی هوشمند و خودکار است که در آن، فرصت‌های مجرمانه به حداقل می‌رسند. دوم، در قالب پیشگیری اجتماعی، شفافیت بلاکچین با تقویت اعتماد عمومی، ریشه‌های اجتماعی جرم را تضعیف می‌کند. با فراهم آوردن یک سیستم مالی که در آن داده‌ها قابل دستکاری نیستند، اعتماد کاربران و سرمایه‌گذاران به نهادها و فرآیندهای مالی افزایش می‌یابد. این اعتماد، به نوبه خود به کاهش بی‌ثباتی و تقویت مشارکت در فعالیت‌های اقتصادی سالم منجر می‌شود و به این ترتیب، زمینه‌های بروز جرایم ناشی از بی‌اعتمادی و بی‌عدالتی را از بین می‌برد. در مجموع، این تحقیق به این نتیجه می‌رسد که شفافیت بلاکچین یک استراتژی جامع و ترکیبی برای سیاست‌گذاری نوین است. این فناوری با ادغام اصول پیشگیری وضعی و اجتماعی، راهکاری پایدار و کارآمد را برای مبارزه با جرایم اقتصادی ارائه می‌دهد. در نتیجه، برای بهره‌برداری کامل از این ظرفیت، لازم است قانون‌گذاران و نهادهای نظارتی به ایجاد چارچوب‌های حقوقی مناسب و نیز آموزش عمومی در خصوص این فناوری بپردازند.

منابع

الف) کتاب

۱. پروین، خیرالله، (۱۳۹۳) مبانی حقوق عمومی، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها.
۲. تفضلی، سیاوش، (۱۳۹۷) مبانی بلاکچین، تهران، شبکه راه پرداخت.
۳. حاجی میرزایی، حامد، (۱۳۹۸) بلاکچین، تهران، دانشگاه و پژوهشگاه عالی دفاع ملی.
۴. جنگروی، حسین، (۱۴۰۱) بلاکچین: راهنمای عملی توسعه کسب و کار، قانونگذاری و راه‌حل‌های تکنولوژی، چ ۱، تهران، خط آخر.
۵. صمدی، فاطمه، کشاورزبان، ندا، (۱۳۹۹) بلاکچین از محتوی تا اجرا، چ ۱، تهران، دیبادخت.
۶. میر خلیلی، سید محمود، (۱۳۸۸) پیشگیری وضعی از بزهکاری با نگاهی به سیاست جنایی اسلام، چ ۱، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۷. نجفی توانا، علی، (۱۳۹۱) جرم‌شناسی، چ ۱۵، تهران، آموزش و سنجش.
۸. هلاکوئی، محمد، محمدی، شبنم، (۱۳۹۹) امپراتوری بلاکچین، اصفهان، رهنج.
۹. همتی، مریم، زارع، ژاله، (۱۴۰۱) بلاکچین و بانکداری، چ ۱، تهران، نورعلم.

ب) مقاله

۱۰. الوانی، سید مهدی، دانایی فرد، حسن، (۱۳۸۰) مدیریت دولتی و اعتماد عمومی، فصلنامه دانش مدیریت، دوره ۵۵، ص ۱۱، ۱۳۸۰.
۱۱. نجفی ابرند آبادی، علی حسین، (۱۳۹۷) تقریرات جرم‌شناسی (پیشگیری)، تهران، دانشگاه تربیت مدرس دوره دکتری.

۱۲. Amos, S. (2016). Blockchain Technology: What's the Use?. Available at SSRN 2832751.

۱۳. Paras Vishwakarma, (2018) A Brief Study on the Advantages of Blockchain and Distributed Ledger in Financial Transaction Processing, International Journal of Latest Technology in Engineering, Management &

۱۴. Applied Science (IJLTEMAS) Volume VII, Issue I, January | ISSN 2278-2540, p: 79

۱۵. Jing Du and others, (2023) Can blockchain technology be effectively integrated into the real economy? Evidence from corporate investment efficiency, China Journal of Accounting Research 16p:9,10
۱۶. Hofmann, F., Wurster, S., Ron, E., & Böhmecke-Schwafert, M. (2017, November). The immutability concept of blockchains and benefits of early standardization. In 2017 ITU Kaleidoscope: Challenges for a Data-Driven Society (ITU K) (pp. 1-8). IEEE. p: 2
۱۷. Acemoglu, Daron, et al. (2020)"Trust in state and nonstate actors: Evidence from dispute resolution in Pakistan." Journal of Political Economy 128.8: 3090-3147.
۱۸. Luna James Charlotte. (2025) Blockchain and Smart Contracts: Transforming Financial Transactions and Auditing, Article • January. P: 4,5
۱۹. Suyash Gupta, Mohammad Sadoghi. (2021) Blockchain Transaction Processing, arXiv:2107.11592v2 [cs.DB] ۴ August.p: 4
۲۰. Esmira Abdullaieva. (2024) An Algorithm for Analyzing the Ethereum Network Blockchain to Detect Illegal Activities, National Technical University of Ukraine «Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute» Educational and Research Institute of Physics and Technology.p: 44
۲۱. Catalini, C., & Gans, J. S. (2020). Some simple economics of the blockchain. Communications of the ACM, 63(7), 80–90
۲۲. Andi Rustam and others, (2022)The Role of Blockchain Technology in Increasing Transparency and Security of Financial Management in the Banking Sector, Journal of Ecohumanism, Volume: 4, No: 1, p; 5292
۲۳. Michael Ethan, (2025) The Role of Blockchain in Enhancing Liquidity Transparency for U.S. Financial Institutions, University of Dundee Article • April, p: 4,5
۲۴. Syamsu Rijal, Fajar Saranani, (2023) The Role of Blockchain Technology in Increasing Economic Transparency and Public Trust, Technology and Society Perspectives (TACIT) Vol. 1, No. 2, July, pages 56–67. P: 60
۲۵. Yushi Chen•Ulrich Volz, (2020) Scaling up sustainable investment through blockchain-based project bonds, Science Policy Research Unit, University of Sussex, UK, NJ,Vol. 40, Iss. 3, , p: 6

۲۶. Rodriguez, Usha R. "Embrace the U.S. Securities and Exchange Commission." Washington. U.G.L. & Polly 61 (2020): 133.

۲۷. Goforth, Carol R. "How CFTC Active Enforcement Could Benefit Cryptocurrencies." Pace L. ed. 45 (2024): 343.



تحولات حقوقی

دوره ۲، شماره ۱ - شماره پیاپی ۳، بهار ۱۴۰۵

The challenge of balancing the rights of the plaintiff:
and the defendant in light of the reform-oriented
approach of the Iranian criminal legislator

Authors: Kosar Shokriyan | Sajad Ghavami

چالش توازن میان حقوق شاکی و متهم در پرتو

رویکرد اصلاح محور قانون گذار کیفری ایران

نویسندگان: کوثر شکریان | سجاد قوامی



LEGAL DEVELOPMENT

Vol. 2, Issue 1, No. 3, Spring 2026



The challenge of balancing the rights of the plaintiff and the defendant in light of the reform-oriented approach of the Iranian criminal legislator

* **Kosar Shokriyan**

Assistant Professor, Law Department, Rah Danesh Institute of Higher Education, Babol, Iran.

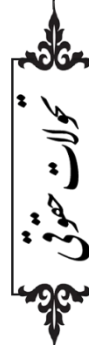
Shokriyan.law@gmail.com

Sajad Ghavami

PhD student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

Abstract:

In recent years, those involved in our country's judicial system have tried to benefit from new scientific and empirical achievements in enacting criminal laws and regulations, paying special attention to new developments in the fields of criminology and penal science. This attention, especially in some areas, has led to the introduction of institutions such as suspension of punishment, postponement of sentencing, and conditional release into the country's penal system, with the influence of the teachings and discourses of international criminal law and modern criminology. On the other hand, in some cases, our legislation, due to the influence of Sharia and social requirements, has defined institutions such as pardon and repentance as tools on the path of reform and rehabilitation of criminals. The main goal of these measures has been to reform the behavior and rehabilitation of criminals, and the legislator has tried to guide the country's penal system towards rehabilitation and reform, focusing on protecting the rights of the accused. However, this focus has sometimes been such that the necessary balance between the rights of the plaintiff and the accused



has been disrupted. In such a way that some of the rights of the plaintiffs of crimes have been weakened in the new laws and in some cases have even been damaged. Therefore, it can be said that the recent criminal legislation has become a law that protects the accused rather than creating a proper balance between the rights of the parties. Ultimately, this trend reflects the challenge that legislators face; a challenge that requires reviewing and creating a logical balance between the rights of the accused and the plaintiff so that the country's criminal system, while maintaining justice, can also achieve the goals of reform and rehabilitation.

Keywords:

Criminal Procedure Code, Defendant's Defense Rights, Private Plaintiff's Rights, Restorative Justice Victim

چالش توازن میان حقوق شاکی و متهم در پرتو رویکرد اصلاح محور قانون گذار کیفری ایران

* کوثر شکریان

استادیار گروه حقوق، موسسه آموزش عالی راه دانش، بابل، ایران.

Shokriyan.law@gmail.com

سجاد قوامی

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران،
بابلسر، ایران.

چکیده:

در سال‌های اخیر، دست‌اندرکاران نظام قضایی کشور ما در تصویب قوانین و مقررات کیفری، با توجه ویژه به تحولات نوین در حوزه‌های جرم‌شناسی و کیفرشناسی، تلاش کرده‌اند تا از دستاوردهای علمی و تجربی جدید بهره‌صتند شوند. این توجه به ویژه در برخی حوزه‌ها با تأثیرپذیری از آموزه‌ها و گفتمان‌های حقوق کیفری بین‌المللی و جرم‌شناسی مدرن، منجر به ورود نهادهایی مانند تعلیق مجازات، تعویق صدور حکم و آزادی مشروط به نظام کیفری کشور شده است. از سوی دیگر، در مواردی نیز قانون گذاری ما به دلیل تأثیر شرع و مقتضیات اجتماعی، نهادهایی مانند عفو و توبه را به عنوان ابزارهایی در مسیر اصلاح و بازپروری بزهکاران تعریف کرده است. هدف اصلی این اقدامات، اصلاح رفتار و بازتوانی بزهکاران بوده است و قانونگذار با تمرکز بر حمایت از حقوق متهم، تلاش کرده است تا نظام کیفری کشور را به سمت بازپروری و اصلاح هدایت کند. اما این تمرکز گاه به گونه‌ای بوده که تعادل لازم میان حقوق شاکی و متهم برهم خورده است. به طوری که برخی از حقوق شاکیان جرم در قوانین جدید کم‌رنگ شده و در مواردی حتی آسیب دیده‌اند. بنابراین، می‌توان گفت که قانون گذاری کیفری اخیر بیش از آنکه توازنی مناسب میان حقوق طرفین ایجاد کند، به قوانین حمایتی از متهمان تبدیل شده است. در نهایت، این روند نشان دهنده چالشی است که قانون گذاران با آن مواجه‌اند؛ چالشی که نیازمند بازنگری و ایجاد تعادلی منطقی میان حقوق متهم و شاکی است تا نظام کیفری کشور ضمن حفظ عدالت، به تحقق اهداف اصلاح و بازپروری نیز دست یابد.

واژگان کلیدی: قانون آیین دادرسی کیفری، حقوق دفاعی متهم، حقوق شاکی خصوصی، عدالت ترمیمی، بزه دیده.

۱. مقدمه

در روند تحول عدالت کیفری، ابتدا دادگستری عمومی بر اساس سزا دهی بود و بنابراین، مرتکب جرم مورد توجه قرار نمی گرفت. در این دیدگاه فرض بر این بود که عمل مجرمانه عملی است که از نظر اخلاقی مذموم است. بنابراین مرتکب آن باید به میزان همان بدی اخلاقی که ایجاد کرده با واکنش بدی به نام مجازات رو به رو شود. در این مرحله اجرای مجازات در دستان بزه دیده قرار داشت اما با تکامل تدریجی دولتها و ایجاد قوانین و مقررات، به تدریج موقعیت بزه دیدگان رو به افول نهاد و اختلافها از دست کسانی که مستقیماً با آن درگیر بوده‌اند، خارج شده و به این وسیله یا ناپدید گردیده و یا به تملک افراد دیگری درآمده‌اند (کریستی، ۱۳۸۵، ۱۷۰). در این مرحله دولت اجرای عدالت را به دست می‌گیرد و تا حدود زیادی بزه دیده کنار گذاشته می‌شود. در مرحله‌ی بعد، از مفهوم اخلاقی عدالت فاصله گرفتیم و با نگرشی بالینی پزشکی رو به رو شدیم. به تدریج در کنار بزهکار رکن دیگر جرم، یعنی «بزه دیده» نیز مطرح و نظام عدالت کیفری دست خوش تغییر شده و به تدریج نوید دهنده‌ی ظهور عدالت ترمیمی شد (سماواتی پیروز، ۱۳۸۵: ۳۸).

عدالت ترمیمی، با شعار تحقق توازن و تعادل میان حقوق بزه‌دیده و بزهکار، به عنوان یکی از دستاوردهای نوین در عرصه نظریات کیفری، با هدف بازاندیشی در مبانی عدالت سنتی، پا به عرصه‌ی ظهور نهاد. این رویکرد، با تأکید بر مفاهیمی چون «ترمیم خسارات وارده»، «بازسازی روابط اجتماعی»، «احیای موقعیت بزه‌دیده»، «اصلاح و بازپروری بزهکار» و «جبران داوطلبانه»، درصدد ارائه‌ی بدیلی برای عدالت تنبیهی صرف و ساختار کیفرمحور متداول برآمده است. بر این مبنا، کاهش مداخله‌های کیفری، محدودسازی دامنه‌ی اعمال مجازات‌ها و اولویت دادن به راهکارهای غیرکیفری در مواجهه با بزه، به عنوان اهداف محوری عدالت ترمیمی مورد تأکید قرار گرفته است. با این حال، بررسی تطبیقی آثار اجرایی این رویکرد در نظام تقنینی و قضایی، به‌ویژه در بستر حقوق کیفری ایران، نشان می‌دهد که عدالت ترمیمی علی‌رغم ادعاهای نظری خود، در مقام عمل نتوانسته است به‌گونه‌ای متوازن، از حقوق طرفین دعوای کیفری صیانت نماید. نهادهای منشعب از این رویکرد که با هدف اصلاح بزهکار و کاستن از تراکم جمعیت کیفری طراحی شده‌اند، در عمل منجر به کمرنگ‌سازی جایگاه شاکی خصوصی در فرآیند دادرسی کیفری گردیده و در موارد متعددی، موجب انکار یا بی‌اعتنایی به حقوق بنیادین وی شده‌اند. گرچه از منظر جرم‌شناختی، استفاده از این نهادها ممکن است در راستای کاهش نرخ بازگشت به جرم و تقویت فرآیند بازاجتماعی‌سازی بزهکار، قابل دفاع به نظر رسد، اما از حیث تضمین حقوق بزه‌دیده، با

کاستی‌های جدی همراه است. در واقع، ورود سازوکارهای ترمیمی به بدنه تقنین و دادرسی کیفری، بی‌آنکه به صورت واقعی نقش و مشارکت بزه‌دیده را در اتخاذ تصمیمات قضایی به رسمیت بشناسد، بیش از هر چیز، به تقویت موضع متهم و تسهیل خروج وی از فرآیند مجازات منتهی شده است. لذا به نظر می‌رسد سیاست‌گذاری کیفری مبتنی بر عدالت ترمیمی، مادام که در آن توازن حقیقی میان حقوق شاکی و متهم لحاظ نگردد، نه تنها از اهداف ادعایی خود در زمینه احیای عدالت اجتماعی فاصله خواهد گرفت، بلکه ممکن است موجبات بی‌اعتمادی عمومی نسبت به دستگاه عدالت کیفری را نیز فراهم آورد. بازاندیشی در مبانی، قلمرو و سازوکارهای اجرایی این نهادها، با محوریت تقویت نقش شاکی خصوصی، ضرورتی انکارناپذیر در مسیر اصلاح سیاست جنایی تقنینی کشور به شمار می‌آید.

تأثیرپذیری نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران از آموزه‌های عدالت ترمیمی، با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و اصلاحات آیین دادرسی کیفری، به وضوح نمایان است. در این مسیر، قانونگذار تحت تأثیر دکترین حقوقی نوین و یافته‌های جرم‌شناسانه، اقدام به نهادینه‌سازی ابزارهایی نموده است که در راستای کیفرزدایی و حمایت از بزه‌کار، برخی از ضمانت‌های اجرای کیفری را تضعیف کرده است. نهادهایی نظیر تخفیف قضایی، مجازات‌های جایگزین حبس، نظام نیمه‌آزادی، تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، تعویق صدور حکم، معافیت از کیفر، عفو، توبه، نسخ قوانین کیفری، مرور زمان و... از جمله ابزارهایی هستند که هدف مشترک آن‌ها کاهش یا سقوط کیفر است. با آنکه طراحان و مدافعان عدالت ترمیمی مدعی‌اند این نهادها توازنی میان حقوق طرفین برقرار می‌کنند، اما تحلیل کاربردی آن‌ها نشان می‌دهد که در عمل، حقوق بزه‌دیده، به‌ویژه در جایگاه شاکی خصوصی، در بسیاری از این موارد نادیده گرفته شده و نقش وی در فرایند دادرسی به شدت کمرنگ است. برای نمونه، در برخی از این نهادها نظیر «توبه» یا «مرور زمان»، حتی بدون نیاز به گذشت شاکی یا جبران خسارت، امکان سقوط کیفر فراهم می‌شود. در سایر نهادها نیز نقش بزه‌دیده عمدتاً به صورت فرمالیته و در حد اخذ رضایت یا صرف پرداخت خسارت تقلیل یافته است، بدون آنکه مشارکت مؤثر وی در تصمیم‌گیری‌های کیفری تضمین گردد. البته این نقد بدان معنا نیست که اساساً نهادهای مزبور فاقد وجهت یا کارکرد مثبت در نظام عدالت کیفری‌اند. بی‌تردید این سازوکارها می‌توانند در مدیریت هوشمندانه نظام قضایی، کاهش جمعیت کیفری، جلوگیری از آثار مخرب زندان و بازپروری واقعی بزه‌کار نقش مؤثری ایفا کنند. لیکن هدف این نوشتار، نه انکار کلی این نهادها، بلکه تأکید بر ضرورت بازنگری در طراحی، شرایط و نحوه اجرای آن‌ها با تمرکز ویژه بر حقوق شاکی خصوصی است؛ تا ضمن حفظ منافع

جامعه و متهم، شأن و جایگاه بزه‌دیده نیز مورد صیانت واقعی قرار گیرد. بر این مبنا، در این پژوهش تلاش خواهد شد با نگاهی انتقادی و تحلیلی به بررسی مصادیق و کارکردهای نهادهای مزبور پرداخته و چالش‌های موجود در زمینه حفظ حقوق بزه‌دیدگان، به‌ویژه در بُعد مشارکت مؤثر آنان در تصمیمات قضایی، مورد واکاوی قرار گیرد. هدف نهایی، ارتقاء کارآمدی نظام عدالت کیفری از رهگذر اصلاح نقایص موجود و ایجاد توازنی واقعی و عملی میان حقوق متهم و شاکی خصوصی در پرتو اصول عدالت ترمیمی است.

۲. نهاد عفو

یکی از عوامل سقوط کیفر در نظام حقوقی ایران، نهاد عفو است که در قانون مجازات اسلامی مورد شناسایی قرار گرفته است. این نهاد، هرچند در ظاهر در راستای تحقق عدالت ترمیمی و اصلاح بزهکار پیش‌بینی شده است، اما در عمل، می‌تواند به چالشی در برابر حقوق شاکی خصوصی و حتی در سطحی گسترده‌تر، در برابر مصالح جامعه تبدیل گردد.

در عفو عمومی، قانونگذار هیچ‌گونه نقش یا اختیاری برای شاکی خصوصی قائل نشده است. به موجب این نوع عفو، به صرف صدور فرمان عفو و بدون نیاز به احراز رضایت یا جبران مؤثر خسارت وارده به بزه‌دیده، آثار کیفری جرم زائل و محکوم‌علیه از تعقیب یا مجازات معاف می‌گردد. در نتیجه، رضایت شاکی در فرآیند عفو عمومی فاقد هرگونه اثر حقوقی است و بزه‌دیده بیش از آن‌که در جایگاه صاحب حق و قربانی جرم تلقی گردد، در موقعیت خواهان خصوصی قرار می‌گیرد که نقش او در فرآیند عدالت کیفری به حاشیه رانده شده است.

در مقابل، در عفو خاص تا حدودی به حقوق شاکی خصوصی توجه شده است. مطابق بند ۴ ماده ۹ آیین‌نامه کمیسیون عفو و تخفیف مجازات محکومان مصوب ۱۳۸۷/۰۹/۱۲، کمیسیون موظف است وضعیت استیفای حقوق شاکی خصوصی را بررسی و کیفیت جبران ضرر و زیان وارده را احراز نماید. همچنین در بند ۳ ماده ۲۴ همان آیین‌نامه، بر ضرورت احراز اصلاح و ندامت محکوم‌علیه پیش از اعطای عفو تأکید گردیده است. با این حال، آیین‌نامه یادشده در خصوص لزوم اخذ رضایت شاکی خصوصیسکوت اختیار کرده و صرف جبران خسارت مالی را برای اعمال عفو کافی دانسته است؛ امری که می‌تواند از حیث تضمین حقوق بزه‌دیده و تحقق عدالت ترمیمی مورد انتقاد قرار گیرد.

از منظر نظری نیز، اندیشمندان مکتب کلاسیک نسبت به نهاد عفو رویکردی انتقادی داشته‌اند. بکاریدار مخالفت با حق عفو پادشاه تصریح می‌کند: «هیچ فردی نمی‌تواند با عفو خود، همانند

خسارتی که به او وارد شده است، از لزوم اجرای عدالت و عبرت‌آموزی عمومی چشم‌پوشی نماید؛ زیرا حق مجازات متعلق به فرد خاص نیست، بلکه از آن همه شهروندان یا هیئت حاکمه است» (بکاریا، ۱۳۸۵: ۸۶). همچنین کانت و فوئرباخ عفو خصوصی را نوعی تجاوز قوه مجریه به صلاحیت‌های قوه قضاییه و قوه مقننه می‌دانند و معتقدند چنانچه قوانین کیفری عادلانه‌اند، باید به درستی اجرا شوند و اگر معیوب یا نامتناسب‌اند، باید اصلاح گردند. از این رو، عفو خصوصی در نگاه آنان نوعی بی‌اعتنایی به آرای قضایی و تضعیف اقتدار دستگاه عدالت کیفری تلقی می‌شود (آخوندی، ۱۳۹۴: ۲۱۸).

با وجود تلاش قانونگذار برای تلفیق جنبه‌های اصلاحی و ترمیمی در نهاد عفو و لحاظ جبران ضرر و زیان بزه‌دیده، به نظر می‌رسد این نهاد در ذات خود واجد نوعی تعارض با حقوق جامعه و بزه‌دیدگان است. چنانچه هدف از عفو، تحقق عدالت ترمیمی و بازپذیری اجتماعی محکوم‌علیه باشد، لازم است رضایت شاکی خصوصی نیز به عنوان یکی از ارکان اساسی تحقق عدالت در این فرآیند مورد توجه قرار گیرد. بنابراین، صرف جبران ضرر و زیان مالی نمی‌تواند به تنهایی مبنای مشروعیت اعطای عفو قرار گیرد، بلکه بهتر بود قانونگذار، اخذ رضایت شاکی خصوصی را شرط لازم در کنار جبران خسارت می‌دانست تا بدین وسیله میان اهداف اصلاحی نظام عدالت کیفری و حقوق بزه‌دیدگان توازن عادلانه برقرار شود.

۳. نهاد توبه

نهاد توبه یکی از جلوه‌های بارز عدالت ترمیمی در نظام کیفری اسلام به شمار می‌رود که ریشه در مبانی فقهی و آموزه‌های شرع مقدس دارد. این نهاد، اگرچه در متون فقهی و رویه قضایی پیشینه‌ای دیرینه دارد، اما در حقوق کیفری ایران، سابقه تقنینی آن تا پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به صورت پراکنده و غیرمنسجم بود. برای نخستین بار، قانونگذار در این قانون، در قالب مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ به صورت متمرکز به تبیین قلمرو و آثار توبه پرداخت. بر اساس ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی، در جرایم مستوجب حد به استثنای قذف و محاربه هرگاه متهم پیش از اثبات جرم توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات حدی از وی ساقط می‌شود. همچنین، در صورتی که جرم (به جز قذف) با اقرار مرتکب ثابت شده باشد، دادگاه می‌تواند در صورت احراز توبه، درخواست عفو مجرم را از طریق رئیس قوه قضاییه به مقام رهبری ارائه نماید. در ادامه، ماده ۱۱۵ قانون مذکور به توبه در جرایم تعزیری پرداخته و مقرر داشته است که در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت، چنانچه مرتکب توبه نماید و اصلاح

و ندامت وی برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌گردد. در سایر جرایم تعزیری نیز، دادگاه می‌تواند مقررات مربوط به تخفیف مجازات را اعمال کند.

با وجود هدف ظاهری قانونگذار مبنی بر تقویت اصلاح فردی و بازپذیری اجتماعی محکوم‌علیه، نهاد توبه در قانون مجازات اسلامی از منظر حقوق بزه‌دیده و شاکی خصوصی واجد ایرادات بنیادین است. در واقع، قانونگذار توبه را که ماهیتاً رابطه‌ای معنوی و شخصی میان بنده و خداوند تلقی می‌شود، به نهادی قانونی با آثار کیفری الزام‌آور تبدیل کرده و از آن به عنوان یکی از علل سقوط یا تخفیف مجازات یاد نموده است. بدین ترتیب، این نهاد در عمل به ابزاری کم‌هزینه و نسبتاً آسان برای معافیت متهم از مجازات مبدل گردیده، بی‌آنکه حقوق و رضایت بزه‌دیده به‌طور مؤثر مورد توجه قرار گیرد.

در خصوص جرایم حدی، تنها استثنا در پذیرش توبه مربوط به جرم قذف است؛ زیرا در این جرم، حق‌الناس بر حق‌الله غلبه دارد و قانونگذار به‌درستی توبه را فاقد اثر دانسته است. اما در حوزه جرایم تعزیری، به‌ویژه در درجات شش، هفت و هشت، قانونگذار بدون تفکیک میان جرایم قابل گذشت و غیرقابل گذشت، توبه را از موجبات سقوط مجازات دانسته است. بر این اساس، مرتکب می‌تواند صرفاً با اظهار ندامت و احراز اصلاح توسط قاضی، از مجازات رهایی یابد بدون آن‌که ملزم به جبران ضرر و زیان شاکی خصوصی یا کسب رضایت وی باشد. این اطلاق ماده ۱۱۵، از حیث بی‌اعتنایی به جایگاه بزه‌دیده در فرآیند عدالت کیفری، محل تأمل جدی است. بدیهی است که شخصی که صادقانه توبه می‌کند، در مسیر بازگشت به ارزش‌های اخلاقی و دینی، باید نسبت به آثار زیان‌بار رفتار خود آگاه و نسبت به جبران خسارات وارده به دیگری متعهد باشد. از این‌رو، منطقی‌تر آن بود که قانونگذار، احراز توبه واقعی را منوط به جبران ضرر و زیان بزه‌دیده و تحصیل رضایت وی قرار می‌داد؛ زیرا توبه‌ای که با بی‌توجهی به حقوق دیگران صورت گیرد، فاقد اصالت اخلاقی و آثار اجتماعی لازم است.

افزون بر این، صرف جبران خسارت مالی نیز نمی‌تواند به‌تنهایی ملاک احراز توبه باشد؛ چه‌بسا با وجود جبران خسارت، شاکی خصوصی همچنان از رفتار بزه‌کار آزرده و ناراضی باشد. بنابراین، شایسته است که کسب رضایت شاکی خصوصی به عنوان یکی از ارکان احراز توبه و شرط بهره‌مندی از آثار قانونی آن مورد توجه قرار گیرد. تحقق چنین رویکردی نه‌تنها با فلسفه عدالت ترمیمی سازگار است، بلکه موجب می‌شود مرتکب برای احراز توبه واقعی، ناگزیر به دلجویی، جبران زیان و ابراز ندامت نسبت به بزه‌دیده گردد؛ امری که در نهایت، به تحقق صلح کیفری و بازسازی روابط اجتماعی میان طرفین و جامعه کمک خواهد کرد.

۴. مرور زمان

مرور زمان به عنوان نهادی حقوقی، با هدف ایجاد امنیت قضایی و جلوگیری از تعقیب نامحدود متهم پیش‌بینی شده است، اما در عمل می‌تواند منجر به محدود شدن حقوق ذی‌نفعان پرونده، به‌ویژه شاکی خصوصی، گردد. اگر غایت حقوق را حمایت از آزادی‌ها و منافع فردی بدانیم، قواعد حقوقی باید در راستای تضمین کرامت انسانی و پاسداشت شخصیت افراد تنظیم شوند. همان‌گونه که دکتر کاتوزیان تصریح می‌کند، آنچه در عالم واقع اصالت دارد انسان است و هدف اصلی حقوق، حمایت از منافع شخص انسانی است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۶). با این حال، اگر مبنا را ضرورت حفظ نظم و سعادت اجتماعی بدانیم، غایت حقوق حفظ امنیت و مصالح عمومی خواهد بود. بنابراین، حقوق در جوهره خود نیازمند برقراری توازن میان حمایت از منافع فردی و تأمین مصالح اجتماعی است.

از این‌رو، هرگاه قانونی در ظاهر با هدف حفظ نظم اجتماعی وضع شود، اما در مقام اجرا منجر به نادیده گرفتن حقوق انسانی گردد، چنین رویکردی در تعارض با فلسفه وجودی حقوق خواهد بود؛ چراکه حقوق پیش از هر چیز برای حمایت از انسان - به‌ویژه انسانی که مستقیماً از جرم متضرر شده - ایجاد شده است. در نظام قضایی ایران نیز آرای متعدد نشان می‌دهد که حقوق شاکی خصوصی صرفاً به دلیل گذشت زمان نادیده گرفته شده است (رایجیان اصلی، ۱۳۸۴: ۱۴۳). این در حالی است که در بسیاری از موارد، تأخیر در رسیدگی ناشی از عملکرد ضابطان، اطاله دادرسی یا قصور مراجع قضایی بوده و شاکی نقشی در این تأخیر نداشته است. چنین وضعیتی، خصوصاً در مواردی که بزه‌دیده پیگیری مستمر داشته، با اصول انصاف، عدالت و حمایت از بزه‌دیده به‌طور آشکار در تعارض است.

از منظر فلسفی نیز مرور زمان با اهداف عدالت کیفری و نظم عمومی همخوانی کامل ندارد. طرفداران این نهاد بر این باورند که گذشت زمان موجب فراموشی جرم و فروکش اضطراب اجتماعی می‌شود و تعقیب مجدد مرتکب باعث احیای تنش و اختلال در آرامش عمومی خواهد بود. اما این استدلال در بسیاری از موارد فاقد وجهت منطقی است؛ زیرا پیگیری مداوم شاکی خصوصی مانع از فراموشی جرم در جامعه می‌شود و آثار روانی جرم بر بزه‌دیده تا سال‌ها باقی می‌ماند. علاوه بر این، در جرایم شدید یا جرایمی که با لطمه‌های عاطفی و روانی همراه‌اند، گذشت زمان نه‌تنها موجب تسکین آلام بزه‌دیده نمی‌شود بلکه استمرار احساس بی‌عدالتی را تقویت می‌کند.

البته در صورتی که تأخیر در تعقیب ناشی از غفلت یا بی‌مبالاتی شاکی باشد، اعمال مرور زمان می‌تواند توجیه‌پذیر باشد. اما در وضعیتی که شاکی با جدیت در پی احقاق حق خود بوده و تأخیر ناشی از عملکرد سیستم قضایی است، اجرای این نهاد مصداق نقض عدالت و سلب حق مشروع بزه‌دیده خواهد بود. پذیرش گسترده و بدون ضابطه مرور زمان، علاوه بر تضعیف اقتدار دستگاه قضایی، احساس بی‌کیفرمانی را در میان بزه‌کاران تقویت کرده و از کارآمدی عدالت کیفری می‌کاهد. در این صورت، نه حقوق فردی استیفا می‌شود و نه مصالح اجتماعی تأمین، بلکه جامعه در برابر مجرمان خطرناک و فرصت‌طلب آسیب‌پذیرتر می‌گردد. بنابراین، پذیرش بی‌ضابطه مرور زمان نوعی تساهل ناموجه نسبت به مرتکبان و ابزاری برای تضعیف عدالت کیفری است.

از این‌رو ضروری است قانون‌گذار با اتخاذ رویکردی نوین و بزه‌دیده‌مدار، در شرایط و آثار مرور زمان بازنگری کند. به‌ویژه باید در اعمال این نهاد به عواملی مانند اطلاع یا عدم اطلاع شاکی از جرم، تعدد یا غفلت ضابطان در کشف جرم، تأخیر در رسیدگی یا صدور حکم، و سایر عواملی که خارج از اراده بزه‌دیده است توجه شود. تحقق عدالت در این زمینه مستلزم تدوین مقرراتی است که ضمن حفظ نظم عمومی، مانع از تضییع حقوق بزه‌دیده گردد.

بررسی مبانی نظری و عملی مرور زمان نشان می‌دهد که این نهاد در شکل کنونی خود با رویکردهای نوین عدالت کیفری نیز، به‌ویژه عدالت ترمیمی و سیاست جنایی بزه‌دیده‌مدار، همسو نیست. در رویکردهای جدید، محوریت نه بر «فراموشی جرم» بلکه بر «ترمیم آثار جرم» و «بازسازی اعتماد بزه‌دیده» است. نهاد مرور زمان با فرض فروکش تدریجی آثار جرم طراحی شده است، در حالی که تجربه بزه‌دیده‌گان نشان می‌دهد آلام روانی ناشی از جرم در گذر زمان نه‌تنها فروکش نمی‌کند، بلکه در نبود پاسخ قضایی مناسب تشدید می‌شود.

از سوی دیگر، مرور زمان نوعی ترجیح منافع متهم بر حقوق بزه‌دیده است، بی‌آنکه مبنای عینی یا اخلاقی محکمی داشته باشد. در شرایطی که دستگاه عدالت کیفری خود سبب تأخیر در رسیدگی شده، اعمال مرور زمان عملاً انتقال هزینه‌های ناکارآمدی نظام قضایی به بزه‌دیده است. این امر باعث بی‌اعتمادی نسبت به نظام عدالت کیفری و افزایش احساس بی‌پناهی در میان بزه‌دیدگان می‌شود.

در نتیجه، مرور زمان باید با معیارهای دقیق‌تری تنظیم شود و تنها در مواردی قابل اعمال باشد که تأخیر ناشی از سهل‌انگاری شاکی یا نبود اهمیت اجتماعی پرونده باشد. افزون بر آن، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار سازوکاری ایجاد کند که در صورت پیگیری مستمر شاکی خصوصی یا وجود دلایل موجه برای عدم امکان تعقیب، مرور زمان معلق یا متوقف شود. چنین اصلاحاتی می‌تواند

تعالل از دست‌رفته میان حقوق بزه‌دیده و حقوق متهم را بازبایی کرده و عدالت کیفری را به فلسفه واقعی خود، یعنی حمایت از انسان آسیب‌دیده و تحقق انصاف، نزدیک‌تر سازد.

۵. تعویق صدور حکم

نهاد «تعویق صدور حکم» که برای نخستین‌بار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ وارد نظام کیفری ایران شد، در ظاهر گامی در راستای فردی‌سازی مجازات و تحقق عدالت ترمیمی به شمار می‌آید، اما در عمل با چالش‌های بنیادینی در حوزه‌های فلسفه‌ی کیفری، عدالت قضایی، و حقوق بزه‌دیدگان مواجه است. این نهاد بر اساس ماده ۴۰ قانون، به قاضی اختیار می‌دهد تا در صورت احراز برخی شرایط، صدور حکم محکومیت را به تعویق اندازد و اجرای مجازات را منوط به گذشت زمان و رفتار متهم کند. اما این انعطاف ظاهری، در دل خود ابهام و تعارض‌های قابل تأملی دارد:

۱.۵. تأخیر در تحقق عدالت و بی‌ثباتی در نظام کیفری

اساس عدالت کیفری بر قطعیت، سرعت و شفافیت در پاسخ به جرم استوار است. «تعویق صدور حکم» اما این قطعیت را متزلزل می‌کند. در حالی که دادگاه وقوع جرم را محرز می‌داند، از صدور حکم خودداری می‌کند؛ یعنی هم جرم ثابت شده و هم عدالت به تعویق افتاده است. چنین وضعیتی به نوعی تعلیق میان «گناه‌کار بودن» و «مجازات شدن» است و می‌تواند احساس بی‌عدالتی را در ذهن جامعه و بزه‌دیده تشدید کند.

به بیان دیگر، عدالت زمانی معنا دارد که بزه‌دیده و جامعه هر دو احساس کنند پاسخ مناسبی به جرم داده شده است؛ اما وقتی مجازات به آینده موکول شود، مفهوم بازدارندگی و اطمینان اجتماعی از اجرای قانون تضعیف می‌گردد.

۲.۵. تعارض با حقوق شاکی خصوصی و تضعیف جایگاه بزه‌دیده

یکی از بزرگ‌ترین نقدها بر نهاد تعویق صدور حکم، بی‌توجهی نسبی آن به حقوق بزه‌دیده در تحقق مجازات مجرم^{***} است. در نظریه‌های نوین عدالت کیفری، بزه‌دیده نه تنها خواهان جبران خسارت، بلکه جویای احساس رضایت از اجرای عدالت است. قانون‌گذار اما با اعطای اختیار گسترده به قاضی، عملاً بزه‌دیده را در موقعیت انفعالی قرار داده است.

برای مثال، اگر در جرمی مانند خیانت در امانت یا کلاهبرداری جزئی، قاضی با استناد به یکی از جهات تخفیف (مثلاً ندامت مرتکب) صدور حکم را به تعویق اندازد، شاکی خصوصی عملاً از حق

خود برای دیدن اجرای عدالت محروم می‌شود، در حالی که خسارت مادی یا معنوی او هنوز به‌درستی جبران نشده است.

افزون بر این، قانون هیچ معیار روشنی برای نحوه احراز جبران ضرر و زیان ارائه نکرده است. در حالی که مطابق ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، جبران زیان باید ناظر به خسارات مادی، معنوی و ممکن‌الحصول باشد، در نظام تعویق صدور حکم حتی معلوم نیست قاضی بر چه اساسی میزان و تحقق این جبران را ارزیابی می‌کند، آن هم در وضعیتی که هنوز رأی قطعی صادر نشده است.

۳، ۵. ابهام در مبانی فلسفی و مرزهای نهاد تعویق

از منظر نظری، تعویق صدور حکم در مرز میان سه نهاد «تعویق اجرای مجازات»، «معافیت قضایی» و «قرار تعلیق تعقیب» قرار دارد. همین ابهام باعث شده جایگاه آن در نظام عدالت کیفری روشن نباشد. آیا این نهاد ابزاری برای اصلاح مجرم است یا صرفاً راهی برای سبک‌تر کردن آمار محکومان؟

اگرچه در برخی جرایم - به‌ویژه جرائم غیرعمدی مانند تصادفات رانندگی - تعویق می‌تواند نقش مهمی در بازاجتماعی شدن مرتکب داشته باشد، اما استفاده گسترده و بدون ضابطه از این نهاد در جرایم مالی، حیثیتی و جرایمی که اعتماد عمومی را خدشه‌دار می‌کنند، می‌تواند پیامدهایی جدی به دنبال داشته باشد:

الف) خطر تقویت احساس بی‌عدالتی در جامعه

در جرایمی که مستقیماً اعتماد عمومی، شفافیت اقتصادی یا حیثیت افراد را نقض می‌کنند، عدم صدور حکم محسوس، جامعه را با احساس رهاشدگی مجرم مواجه می‌کند. این امر به‌ویژه در حوزه‌هایی مانند کلاهبرداری، خیانت در امانت، تضییع حقوق عمومی یا جرایم اداری، به کاهش اعتماد عمومی نسبت به دستگاه قضایی منجر می‌شود.

ب) ترویج پیام ضمنی «بی‌کیفرمانی»

اگر تعویق بدون نظارت مؤثر و بدون شرایط سخت‌گیرانه اعمال شود، پیام آن برای بزهکاران این است که امکان فرار از مجازات وجود دارد. این امر چرخه جرم را تشدید و انگیزه بازدارندگی قانون را تضعیف می‌کند.

ج) غفلت از جایگاه بزه‌دیده

در بسیاری موارد، بزه‌دیده مهم‌ترین فردی است که پیامدهای جرم را تحمل می‌کند، اما در تصمیم‌گیری درباره تعویق، نقش او بسیار کم‌رنگ است. عدم صدور حکم می‌تواند برای بزه‌دیده حسی از نادیده‌گرفتن آسیب‌ها و بی‌اعتنایی به رنج تحمیل‌شده ایجاد کند.

۴.۵. آسیب‌های اجتماعی و روانی ناشی از بلاتکلیفی

از منظر جامعه‌شناسی کیفری، نهاد تعویق صدور حکم باعث شکل‌گیری نوعی ابهام در وضعیت کیفری متهم می‌شود. فرد نه تبرئه شده و نه محکوم؛ در وضعیتی میان دو سر طیف عدالت قرار می‌گیرد. این بلاتکلیفی می‌تواند اثرات روانی منفی بر شخص، خانواده‌ی او، و حتی بر تصویر اجتماعی دستگاه قضایی بگذارد. به‌ویژه در پرونده‌هایی که رسانه‌ای می‌شوند، چنین تعویقی ممکن است به برداشت عمومی از «عدالت‌گزینشی» یا «عدالت طبقاتی» دامن بزند. به طور کلی نهاد تعویق صدور حکم، گرچه با هدف انسانی‌تر کردن عدالت کیفری و تأکید بر اصلاح مرتکب طراحی شده، در عمل به دلیل فقدان شفافیت قانونی، ضعف در تضمین حقوق بزه‌دیده و تعارض با اصل قطعیت احکام، بیشتر به ابزاری برای تعویق عدالت تبدیل شده است تا تحقق آن. تا زمانی که نظام کیفری میان حقوق متهم و حقوق بزه‌دیده توازن واقعی برقرار نکند، چنین نهادهایی بیش از آن‌که به کارآمدی عدالت کمک کنند، به بی‌اعتمادی نسبت به آن دامن می‌زنند.

۳. تعلیق اجرای مجازات

نهاد تعلیق اجرای مجازات در نگاه نخست، یکی از ابزارهای نوین عدالت ترمیمی تلقی می‌شود؛ نهادی که می‌کوشد با دوری از کیفرگرایی مطلق و مجازات‌های سخت، فرصتی دوباره به مرتکب بدهد تا مسیر اصلاح را انتخاب کند. با این حال نقدهایی به آن وارد است:

۱.۶. مخالفت با مبانی نظری عدالت ترمیمی

اگر از منظر نظریه عدالت ترمیمی به این نهاد نگریسته شود، درمی‌یابیم که ساختار کنونی آن بیش از آن‌که ترمیم‌کننده باشد، نوعی تعویق در تحقق عدالت است. عدالت ترمیمی، به تعبیر هوارد زهر، به جای تمرکز بر قانون نقض‌شده و میزان مجازات، بر سه پرسش اساسی استوار است: چه کسی آسیب دیده؟ این آسیب چگونه جبران می‌شود؟ و چه کسی مسئول جبران آن

است؟ (Zehr, 2015: 5) این الگو در پی آن است که رابطه میان بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه را بازسازی کند و با ایجاد گفت‌وگو، مسئولیت‌پذیری و جبران، عدالت را از مجازات صرف فراتر ببرد.

اما در نهاد تعلیق اجرای مجازات، چنین رویکردی کمتر دیده می‌شود. در این سازوکار، بزه‌کار بدون آن که به‌طور واقعی پاسخگوی رفتار خود باشد، از اجرای مجازات معاف می‌شود و بزه‌دیده نیز هیچ نقش و اختیاری در این تصمیم ندارد. تعلیق در واقع تصمیمی است یک‌جانبه که از سوی قاضی گرفته می‌شود، بی‌آن که صدای بزه‌دیده شنیده شود یا فرآیند گفت‌وگو و ترمیم واقعی میان طرفین شکل گیرد. عدالت ترمیمی بر مشارکت فعال بزه‌دیده در روند عدالت تأکید دارد، زیرا احساس شنیده شدن و جبران، بخش مهمی از التیام روانی اوست. اما هنگامی که شاکی خصوصی پس از صرف وقت و هزینه و تحمل دشواری‌های دادرسی، ناگهان با تصمیمی مواجه می‌شود که اجرای حکم علیه مجرم را معلق می‌کند، احساس بی‌عدالتی و بی‌اعتمادی نسبت به دستگاه قضایی در او شکل می‌گیرد.

۲.۶. کاهش مسئولیت بزه‌کار

تعلیق اجرای مجازات در ظاهر می‌خواهد فرصتی دوباره به بزه‌کار بدهد تا بدون تحمل مجازات، خود را اصلاح کند. اما از منظر عدالت ترمیمی، اصلاح واقعی زمانی رخ می‌دهد که بزه‌کار در قبال بزه‌دیده و جامعه مسئولیت بپذیرد، نه صرفاً از مجازات معاف شود.

مطابق نظریات «دنیل ون‌نس» و «گری جانستون» در Handbook of Restorative Justice، هدف نهایی عدالت ترمیمی «پاسخگویی اخلاقی» است، نه فقط «بخشش قضایی» (Van Ness & Johnstone, 2007: 3). اما نهاد تعلیق، به دلیل حذف بزه‌دیده از فرآیند تصمیم‌گیری، در عمل موجب ناپدید شدن عنصر پاسخگویی می‌شود. برای مثال، شاکی خصوصی که با صرف وقت و هزینه، در پی احقاق حق خود بوده، ناگهان می‌بیند که اجرای حکم علیه مجرم به‌سادگی تعلیق شده است، بی‌آنکه نظر یا رضایت او مؤثر باشد. این وضعیت، برخلاف اصول عدالت ترمیمی است که بر مشارکت فعال بزه‌دیده در روند عدالت تأکید دارد.

۳.۶. تعارض نهاد تعلیق با اهداف عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی سه ستون اصلی دارد: ۱. مشارکت، ۲. پاسخگویی، ۳. جبران و ترمیم (رسولی آذر: ۱۳۹۴).

در نهاد تعلیق اجرای مجازات، هر سه این عناصر تضعیف می‌شوند:

- بزه‌دیده در فرآیند تصمیم‌گیری هیچ نقشی ندارد؛
- مجرم پاسخگویی واقعی ندارد و صرفاً از مجازات رها می‌شود؛
- ترمیم مادی یا معنوی نیز غالباً انجام نمی‌گیرد.

این نقد به‌خوبی در نهاد تعلیق قابل مشاهده است: وقتی قاضی بدون مشارکت بزه‌دیده و بدون الزام مجرم به جبران واقعی، حکم به تعلیق می‌دهد، در واقع نوعی بخشش از بالا به پایین صورت می‌گیرد که نه اصلاح می‌آورد و نه اعتماد اجتماعی.

۴. نظام آزادی مشروط

آزادی مشروط نهادی کیفری است که بر اساس آن، محکومان پیش از پایان مدت محکومیت، مشروط بر رعایت شرایط معین دادگاه، می‌توانند از بخشی از دوره حبس خود آزاد شوند. فلسفه بنیادین این نهائ، این است که مجرم اصلاح‌شده نیازی به تحمل کامل مدت محکومیت در محیطی جرم‌زا ندارد.

اندیشمندان حقوقی نیز به دلایل متعددی برای اعمال آزادی مشروط اشاره کرده‌اند: دکتر گلدوزیان معتقدند وقتی قرائن حاکی از آمادگی محکوم علیه زندانی برای بازگشت به جامعه و ادامه‌ی زندگی شرافتمندانه است باید موجبات این انطباق اجتماعی را فراهم ساخت تا از محیط جرم‌زای زندان و تماس با بزه‌کاران حرفه‌ای در امان و مصون بماند (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۳۶۷).

دکتر اردبیلی نیز معتقدند که سیاست‌گذاران کیفری آزادی مشروط را یکی از ابزارهای مقابله با تکرار جرم شناخته و امیدوارند که تهدید اجرای مجازات در مدت آزادی مشروط تغییر مطلوبی در رفتار محکومین پدید آورد (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۲۴۹).

به این ترتیب، مهم‌ترین انگیزه و استدلال برای اعمال آزادی مشروط، اصلاح و بازپروری مجرم و پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم است. با این حال، باید توجه داشت که فلسفه آزادی مشروط، نوعی اعطای امتیاز قانونی به محکوم است که در این فرآیند، حقوق شاکی تا حد قابل توجهی مغفول می‌ماند.

یکی از نکات قابل تأمل آن است که قانونگذار در آزادی مشروط عمدتاً تمرکز خود را بر وضعیت بزهکار معطوف ساخته و کمتر به حقوق شاکی توجه دارد؛ به‌گونه‌ای که این نهاد از نظر اولویت حمایت از حقوق شاکی، حتی نسبت به سایر نهادهای تخفیفی مانند تعلیق یا تعویق مجازات،

در موقعیت بغرنج‌تری قرار دارد. در حالی که تعلیق و تعویق معمولاً در جرایم با شدت کمتر اعمال می‌شوند، آزادی مشروط قابلیت اعمال در شدیدترین مجازات‌ها، از جمله مجازات‌های درجه یک، را نیز داراست.

مسأله دیگر، مخاطره حقوق مالی شاکی است. مطابق بند پ ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی، محکوم‌علیه موظف است تا حد استطاعت خود، ضرر و زیان مدعی خصوصی را پرداخت نماید. در صورتی که محکوم‌علیه توان مالی برای جبران خسارت نداشته باشد، علی‌رغم ناتوانی در جبران، می‌تواند از امتیاز آزادی مشروط بهره‌مند شود. این مقرر به‌طور تلویحی بیان می‌دارد که حتی محکوم‌علیه معسر، مشمول این تسهیلات قانونی خواهد بود. برخی حقوقدانان نیز معتقدند که عدم امکان پرداخت جزای نقدی از سوی محکوم، منعی برای بهره‌مندی از آزادی مشروط ایجاد نمی‌کند (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۲۵۲).

یکی دیگر از مشکلات اساسی این نهاد، فقدان اطلاع‌رسانی به شاکی است. در نظام حقوقی ایران، شاکی عموماً از زمان بهره‌مندی بزه‌کار از آزادی مشروط مطلع نمی‌شود، حتی اگر بزه‌کار پیش‌تر خسارات مدعی خصوصی را پرداخت کرده باشد. این محدودیت، موجب نقض حقوق شاکی و ایجاد خلاء حمایتی در قبال قربانیان جرم می‌گردد، زیرا شاکی از امکان اتخاذ اقدامات پیشگیرانه و تأمین امنیت شخصی خود محروم می‌شود. از این رو، ضرورت دارد که سازوکارهای قانونی مؤثری برای اطلاع‌رسانی شفاف و به موقع به شاکیان پیش‌بینی شود تا تعادل میان منافع مجرم و حمایت از حقوق قربانیان برقرار گردد.

۵. مجازات جایگزین حبس

در حقوق کیفری معاصر، مجازات‌های جایگزین حبس به‌عنوان نهاد نوین و مبتنی بر مطالعات روان‌شناختی و جامعه‌شناختی، با دو هدف عمده پیشگیری از انباشت پرونده‌های کیفری در مراجع قضایی و نهادهای اصلاح و تربیت و نیز کاهش آثار زیان‌بار حبس بر شخصیت و سلامت روان محکوم‌علیه، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است. این نهاد حقوقی، با در نظر گرفتن ویژگی‌های فردی و پرونده شخصیتی مجرم، امکان اعمال مجازات‌های متناسب و اصلاحی را فراهم می‌آورد. با این حال، تقسیم جرایم به عمدی و غیرعمدی در قانون، زمینه بهره‌مندی آسان‌تر مرتکبان جرایم غیرعمد از مجازات‌های جایگزین حبس را فراهم کرده است؛ حال آنکه برخی از جرایم غیرعمد، خسارات جبران‌ناپذیری به جامعه یا بزه‌دیده وارد می‌کنند و شایسته نیست که امکان بهره‌مندی از مجازات‌های جایگزین صرفاً بر اساس ماهیت غیرعمدی

جرم فراهم شود. نمونه بارز این موضوع، بخشنامه رئیس قوه قضائیه در خصوص بهره‌مندی پزشکان از مجازات جایگزین است، در حالی که بسیاری از جرایم پزشکی می‌توانند پیامدهای جبران‌ناپذیر داشته باشند (ایرانی، نجفی و نجیبیان، ۱۳۹۲، صص. ۶۷ و ۱۹۴).

از منظر حقوق شاکی خصوصی، اعمال مجازات‌های جایگزین حبس در جرایم قابل گذشت منوط به اعلام گذشت شاکی است، اما در جرایم غیرقابل گذشت نیازی به رضایت شاکی برای اجرای مجازات جایگزین وجود ندارد. این امر ممکن است به تضاد نسبی میان حقوق شاکی و هدف اصلاح و بازپروری محکوم منجر شود، زیرا شاکی ممکن است احساس کند که اجرای مجازات جایگزین، متناسب با جرم ارتكابی و انتظار عدالت کیفری وی نیست و حقوق وی در تحقق مجازات سخت و محسوس تا حدودی سلب شده است.

علاوه بر این، آزادی مشروط یا اجرای مجازات‌های جایگزین برای محکومانی که فاقد مهارت‌های لازم اجتماعی یا دارای اختلالات روانی و رفتاری هستند، و تنها با تحقق چند شرط فرمالیته امکان‌پذیر است، می‌تواند خطراتی برای امنیت جامعه و شاکی ایجاد کند. بنابراین، اجرای این نهاد حقوقی مستلزم توازن دقیق میان اهداف اصلاحی، منافع جامعه و حقوق بزه‌دیده است.

۶. نظام نیمه آزادی

نظام نیمه‌آزادی به‌عنوان یکی از نهادهای ترمیمی و اصلاحی، مکانیسمی است که در آن مجازات حبس به طور کامل اجرا نمی‌شود و محکوم‌علیه بخشی از محکومیت خود را در زندان و بخشی را در خارج از آن سپری می‌کند. هدف اصلی این نظام، توجه به حقوق بنیادین محکومین و حفظ شأن و شخصیت اجتماعی و خانوادگی آنان است. با این حال، تحلیل حقوقی این نهاد نشان می‌دهد که چالش‌ها و نقدهای متعددی در زمینه اجرا و آثار آن مطرح است:

۱.۹. فقدان ضمانت اجرای مؤثر

یکی از مهم‌ترین کاستی‌های نظام نیمه‌آزادی، فقدان ضمانت اجرای لازم در برابر تخلف محکوم از تعهدات مقرر و یا ارتكاب جرم جدید است. در حالی که برای تعویق و تعلیق مجازات و آزادی مشروط، مقنن تدابیری مشخص جهت پاسخگویی به تخلف یا ارتكاب جرم جدید پیش‌بینی کرده است، در نظام نیمه‌آزادی چنین سازوکارهای کنترلی به‌طور شفاف وجود ندارد. این خلاء می‌تواند به مخاطره امنیت جامعه و حقوق شاکی منجر شود.

۲.۹. محدودیت در حمایت از حقوق شاکی

نظام نیمه‌آزادی، علی‌رغم توجه به حقوق محکومین، در زمینه حمایت از حقوق شاکی نیز محدودیت دارد. تنها شرط مرتبط با شاکی، اخذ رضایت وی برای اعطای این نظام است؛ اما این رضایت، با مفهوم جبران خسارت یا ترمیم آسیب‌های وارده تفاوت دارد. امکان کسب رضایت شاکی از طریق روش‌های غیرمستعارف یا حتی تهدید، بدون جبران واقعی زیان وارده، وجود دارد و این امر، کارکرد ترمیمی نظام نیمه‌آزادی را با چالش مواجه می‌سازد. از این رو، اعمال این نظام صرفاً باید محدود به مجرمینی باشد که فاقد ویژگی‌های خطرناک برای جامعه و شاکی هستند تا آزادی محدود آن‌ها به مخاطره حقوق عمومی و خصوصی منجر نشود.

۳.۹. تضعیف اقتدار و قوه بازدارندگی نظام کیفری

اعطای نظام نیمه‌آزادی به‌عنوان نهاد ارفاقی، با نقد جدی کاهش اقتدار و قوه بازدارندگی نظام کیفری مواجه است. کاهش سختی مجازات، توافق‌پذیری مجازات و کاهش هیبت اجرای آن، می‌تواند به سوء استفاده و ناهنجاری‌های احتمالی دامن بزند. در نگاه اول، این نظام ممکن است به اصلاح و بازپروری مجرم کمک کند، اما آثار بلندمدت آن بر رفتار و روان محکومین، به ویژه در شرایطی که ضمانت‌های کافی برای کنترل رفتار آن‌ها وجود ندارد، قابل اغماض نیست.

۴.۹. مواجهه با افکار عمومی

تجربه عملی نشان داده است که جامعه، به ویژه شاکیان و خانواده‌های آنان، تمایل به اجرای مجازات قاطع و عادلانه دارند. مشاهده حضور آزادانه مجرمین در محیط‌های عمومی و محلات مسکونی، می‌تواند به تضعیف اعتماد عمومی به دستگاه قضایی منجر شود. درخواست‌های مکرر مردم برای اعاده زندانیان در مرخصی به زندان، نشانه آشکار بی‌اعتمادی جامعه نسبت به نظام نیمه‌آزادی است. بنابراین، پذیرش این نهاد از سوی جامعه ایرانی با دشواری‌های جدی مواجه بوده و بدون مدیریت دقیق، ممکن است اقتدار و مشروعیت نظام کیفری را به خطر اندازد. به طور کلی نظام نیمه‌آزادی، علی‌رغم مزایای ترمیمی و اصلاحی، با مجموعه‌ای از نقدها و محدودیت‌ها مواجه است: فقدان ضمانت‌های اجرایی کافی، ضعف حمایت از حقوق شاکی، کاهش اقتدار و بازدارندگی نظام کیفری، و چالش‌های ناشی از پذیرش اجتماعی آن. این مسائل نشان می‌دهد که اجرای موفق و اثرگذار این نهاد، مستلزم طراحی دقیق سازوکارهای نظارتی، ضمانت‌های حقوقی، و هماهنگی با حقوق شاکیان و مصالح عمومی است.

۷. سامانه نظارت الکترونیکی

نظارت الکترونیکی، به معنای اعمال کنترل و پایش مستمر بر افراد محکوم خارج از محیط زندان از طریق فناوری‌ها و ابزارهای الکترونیکی است. این نهاد با هدف کاهش جمعیت کیفری، تسهیل فرآیند اصلاح و بازپروری و تخفیف آثار روانی و اجتماعی ناشی از حبس طراحی شده است. مطابق ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، دادگاه می‌تواند در جرایم تعزیری درجه پنج تا هشت به طور مطلق و در حبس‌های تعزیری درجه دو، درجه سه و درجه چهار نیز پس از گذراندن یک چهارم مجازات‌های حبس، در صورت احراز شرایط مقرر در تعویق مراقبتی و با رضایت محکوم، اجرای حکم حبس را متوقف کرده و وی را در محدوده مکانی معین تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی قرار دهد. با این حال، تجربه عملی و مطالعات حقوقی نشان می‌دهد که این نهاد با مجموعه‌ای از چالش‌ها و نقدهای اساسی مواجه است که می‌تواند کارکرد اصلاحی و بازدارنده آن را محدود سازد:

۱.۱۰. ضعف زیرساخت‌ها و مشکلات فنی در اجرا

یکی از مهم‌ترین محدودیت‌های نظارت الکترونیکی، مشکلات فنی و کمبود زیرساخت‌های لازم است. نوع ساخت‌وساز ساختمان‌ها و موانع محیطی می‌تواند باعث قطع یا اختلال در عملکرد دستگاه‌های نظارتی شود. همچنین برخی محکومان با آگاهی از عملکرد سامانه‌ها قادر به جابه‌جایی یا دستکاری تجهیزات شده‌اند، در حالی که سامانه گزارش حضور آنان در محل تعیین‌شده را ارائه می‌دهد. این ضعف‌ها، اثر بخشی نهاد نظارت الکترونیکی را کاهش داده و مخاطرات امنیتی را افزایش می‌دهد.

۲.۱۰. عدم تضمین پیشگیری از ارتکاب جرایم جدید

نظارت بر محدوده مکانی مشخص، تضمینی برای پیشگیری از ارتکاب جرایم جدید نیست. تجربه نشان داده است که بسیاری از جرایم، به ویژه جرایم مرتبط با مواد مخدر و تخلفات اجتماعی، در محل سکونت مجرم اتفاق می‌افتند و سامانه‌های نظارتی نمی‌توانند به تنهایی از وقوع این جرایم جلوگیری کنند.

۳.۱۰. غفلت از حقوق بزه‌دیده و احساس نارضایتی شاکی

از منظر حقوق شاکی خصوصی، اعمال نظارت الکترونیکی ممکن است ناکافی به نظر برسد. آزادی فرد بدون گذراندن حتی بخشی از مدت حبس، می‌تواند حقوق بزه‌دیده را تحت الشعاع قرار داده

و احساس نارضایتی ایجاد کند. بنابراین، مشابه نظام آزادی مشروط، بهتر است محکوم ابتدا مدتی از دوره حبس خود را سپری کند تا اطمینان از کاهش خطر تکرار جرم حاصل شود.

۴.۱۰. فقدان ضمانت اجرایی و اثرگذاری بلندمدت نامشخص

اثرات بلندمدت نظارت الکترونیکی بر اصلاح و رفتار محکومان هنوز به صورت علمی و مستدل اثبات نشده است. همچنین فقدان ضمانت اجرای مناسب در صورت تخلف یا ارتکاب جرم جدید، علاوه بر ایجاد امکان سوءاستفاده از سوی برخی بهره‌وران، می‌تواند اهداف اصلاحی و بازپروری این نهاد را به‌طور جدی تضعیف کند. مطابق ماده ۸ و ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی، در صورت عدم امکان اجرای نظارت یا عدم همکاری بهره‌ور، مراتب باید توسط قاضی اجرای احکام یا مرکز مربوطه به مرجع قضایی اعلام شود تا تصمیم مقتضی اتخاذ گردد. با این حال، آیین‌نامه به‌طور دقیق مشخص نکرده است که مرجع قضایی در مواجهه با تخلف یا ممانعت بهره‌ور از اجرای نظارت، چه اقداماتی می‌تواند انجام دهد. بدین ترتیب، به‌رغم هدف کاهش جمعیت کیفری و تسهیل بازگشت مجرمان به جامعه، محدودیت‌های قانونی و اجرایی موجود، کارکرد عملی نظارت الکترونیکی را با چالش‌های جدی مواجه ساخته است.

با توجه به نقدهای فوق، روشن است که نظارت الکترونیکی، علی‌رغم مزایای بالقوه در کاهش جمعیت کیفری و تسهیل بازپروری، نمی‌تواند به تنهایی جایگزین اجرای مؤثر حبس شود. موفقیت این نهاد مستلزم تقویت زیرساخت‌ها، تدوین ضمانت‌های اجرایی محکم، و پیش‌بینی سازوکارهایی برای تضمین حقوق بزه‌دیده و امنیت جامعه است. استفاده هدفمند از این ابزار، تنها باید برای مرتکبان کم‌خطر و با نظارت مستمر صورت گیرد تا ضمن حفظ حقوق شاکی، اهداف اصلاحی و بازدارنده تحقق یابد.

۸. نتیجه

با واکاوی نهادهای منتهی به تخفیف و سقوط کیفر، تأثیر ژرف آموزه‌های دکترین حقوق کیفری و نظریات جرم‌شناختی بر ساختار سیاست جنایی کشور به‌روشنی آشکار می‌شود. این نهادها که عمدتاً بر ویژگی‌های شخصی و شرایط مرتکب تمرکز یافته‌اند، در عمل جایگاه بزه‌دیده را در فرآیند کیفری به حاشیه رانده و نقش او را به نحوی کم‌رنگ و تبعی تقلیل داده‌اند. هرچند برخی از سازوکارهای مزبور، گذشت بزه‌دیده را شرط بهره‌مندی از مزایای قانونی قرار داده‌اند، اما نقش‌آفرینی بزه‌دیده در تعیین سرنوشت دادرسی و به‌ویژه در حوزه تصمیم‌گیری نسبت به مجازات، غالباً حذاقلی، صوری و فاقد کارکرد واقعی است.

قانون‌گذار با تأسیس و توسعه این نهادها در پی تحقق عدالت ترمیمی بوده است؛ مع‌الوصف، تعادل لازم میان حقوق متهم و بزه‌دیده در مقام اجرا به نحو شایسته رعایت نشده است. اگرچه مفاهیمی چون جبران خسارت و پرداخت غرامت به بزه‌دیده مورد تأکید قرار گرفته، اما مهم‌ترین مطالبه بزه‌دیده یعنی «احیای حس عدالت از طریق مجازات بزه‌کار»، کمتر مورد توجه قرار گرفته است. این مسئله ناشی از تفاوت بنیادین میان نگاه جرم‌شناسی — که هدف آن عمدتاً کاهش کیفر و گسترش کیفرزدایی است و انتظار بزه‌دیده از نظام عدالت کیفری است؛ بزه‌دیده در وهله نخست خواهان اجرای کیفر و مجازات بزه‌کار به‌عنوان تضمینی برای ایجاد آرامش روانی و پیشگیری از تکرار جرم است. ترس از بزه‌دیدگی مجدد، مهم‌ترین انگیزه بزه‌دیده برای مطالبه مجازات به شمار می‌رود؛ زیرا از دید وی، مجرمی که بدون کیفر رها می‌شود، امکان و جسارت بیشتری برای ارتکاب دوباره جرم خواهد یافت.

این امر ایجاب می‌کند که بزه‌دیده نه تنها در مقام اعلام شکایت، بلکه در تمام مراحل مرتبط با تعیین، تخفیف، تشدید، تعلیق یا هرگونه تغییر در سرنوشت مجازات، دارای نقشی واقعی و مؤثر باشد. با این حال، بررسی دقیق سازوکارهای مندرج در قانون مجازات اسلامی نشان می‌دهد که بزه‌دیده غالباً صرفاً به‌مثابه خواهان دعوای حقوقی تلقی شده و جبران خسارت یا تضمین آن، تنها شرط بهره‌مندی از برخی نهادهای ارفاقی است؛ در حالی که خواسته اصلی وی یعنی مجازات مرتکب، عملاً نادیده گرفته شده است. بدون تردید، هدف غایی حقوق کیفری، تأمین نظم عمومی و پیشگیری از جرم است؛ اما بازسازی آرامش روانی و احیای اعتماد بزه‌دیده به دستگاه عدالت کیفری نیز باید در صدر اولویت‌ها قرار گیرد؛ چراکه بزه‌دیده‌ای که احساس بی‌عدالتی کند، خود می‌تواند زمینه‌ساز شکل‌گیری ناهنجاری‌های اجتماعی گردد.

مطالعات تطبیقی و یافته‌های علمی نشان می‌دهد که مشارکت واقعی، محترمانه و مؤثر بزه‌دیده در تمام مراحل فرآیند کیفری، نقش چشمگیری در کاهش احساس بی‌عدالتی و ترمیم روانی وی دارد. حداقل اقدامی که قانون‌گذار می‌توانست در راستای رعایت حقوق بزه‌دیده اتخاذ کند، آن بود که بهره‌مندی از نهادهای ارفاقی را منوط به «تحقق همزمان جبران خسارت و اخذ رضایت بزه‌دیده» نماید. این رویکرد افزون بر جبران مالی، موجب الزام بزهکار به ترمیم رابطه و جلب رضایت بزه‌دیده می‌شد.

ادعای اینکه نهادهای ترمیمی صرفاً در جرایم خفیف قابل اعمال اند و از این‌رو تقدم اصلاح مرتکب بر خواسته‌های بزه‌دیده قابل توجیه است، از دو جهت قابل نقد است: نخست آنکه، پایین بودن درجه قانونی جرم به معنای فقدان اهمیت اجتماعی یا فردی آن نیست؛ چه آنکه بخش عمده جرایم شایع در کشور در درجات ۶، ۷ و ۸ قرار دارند و آثار زیان‌بار آنها در زندگی بزه‌دیدگان انکارناپذیر است. دوم آنکه، گستره کاربرد نهادهای ترمیمی در قوانین کیفری، این ادعا را به‌طور کامل نقض می‌کند؛ به‌گونه‌ای که تعلیق اجرای مجازات در جرایم تعزیری درجات ۳ تا ۸، آزادی مشروط در تمامی درجات ۱ تا ۸، مجازات جایگزین حبس در بخش عمده جرایم غیرعمدی، نسخ قانون، عفو عمومی، مرور زمان و توبه در دامنه وسیعی از جرایم تعزیری قابل اعمال اند. بنابراین، این نهادها محدود به جرایم خفیف نیستند و دامنه آنها بسیار گسترده‌تر از فرض اولیه است.

در چنین شرایطی، ضروری است قانون‌گذار در طراحی و اعمال این نهادها به آثار آنها بر حقوق بزه‌دیده توجه کافی داشته باشد. تقلیل اقتدار نظام کیفری و گسترش بی‌ضابطه نهادهای ارفاقی، موجب می‌شود مرتکبان کمتر درصدد جلب رضایت شاکی برآیند و صرفاً به جبران خسارت بسنده کنند، در حالی که رضایت واقعی و روانی بزه‌دیده اهمیت اساسی دارد. از این منظر، شرط توأمان «گذشت بزه‌دیده» و «جبران خسارت» باید به‌عنوان پیش‌شرط اصلی بهره‌مندی از تخفیفات ترمیمی پیش‌بینی گردد. همچنین ضروری است قانون‌گذار در کنار نهادهای موجود، به بهره‌گیری از سازوکارهای نوین عدالت ترمیمی نیز اهتمام ورزد. مهم‌ترین این سازوکارها نهاد میانجی‌گری کیفری و گروه‌های بزه‌دیده-بزهکار محوره‌ستند که در بسیاری از نظام‌های پیشرو به‌عنوان ابزارهای مؤثر در احیای حقوق بزه‌دیده و کاهش تعارضات کیفری به‌کار گرفته می‌شوند. میانجی‌گری، نهادی است که در آن بزه‌دیده و بزهکار با حضور شخص یا نهاد بی‌طرف، در فضایی امن و کنترل‌شده به گفت‌وگو می‌نشینند تا درباره آثار جرم، راه‌حل‌های جبرانی، و نحوه بازسازی رابطه تصمیم‌گیری کنند. مزیت بنیادی این نهاد، مرکزیت دادن به بزه‌دیده است؛ به‌گونه‌ای که

وی می‌تواند آزادانه از رنج‌های ناشی از جرم سخن گفته، خواسته‌های عینی و روانی خود را بیان کند و در نتیجه‌گیری نهایی نقش تعیین‌کننده‌ای داشته باشد. میانجی‌گری نه‌تنها به ترمیم خسارت کمک می‌کند، بلکه با ایجاد درک متقابل، زمینه کاهش خشم، ترمیم روانی بزه‌دیده و بازگشت مسئولانه بزهکار به جامعه را فراهم می‌سازد.

گروه‌های بزه‌دیده - بزهکار محور نیز این جهت دارای اهمیت هستند که در آن علاوه بر بزهکار و بزه‌دیده، اعضای خانواده، نمایندگان جامعه و متخصصان نیز مشارکت می‌کنند تا راهکاری جامع برای جبران خسارت، مشارکت اجتماعی بزهکار، بازگشت اعتماد و جلوگیری از تکرار جرم اتخاذ شود. این شیوه موجب می‌شود بزه‌دیده احساس کند در یک فرآیند عادلانه و انسانی شنیده می‌شود و دغدغه‌های او در تصمیم‌گیری نادیده گرفته نمی‌شود. افزون بر آن، مشاهده پذیرش مسئولیت از سوی بزهکار، تأثیر چشمگیری در کاهش اضطراب و خشمی دارد که معمولاً از سوی بزه‌دیده تجربه می‌شود.

به کارگیری این سازوکارها سبب می‌شود بزه‌دیده از نقش منفعل خارج شده و به عنوان «کنش‌گر اصلی فرآیند کیفری» مشارکت کند. این امر علاوه بر تقویت حس عدالت‌جویی بزه‌دیده، موجب پذیرش مسئولیت بیشتر از سوی بزهکار و کاهش احتمال تکرار جرم خواهد شد. از این منظر، توسعه نهادهای میانجی‌گری و گروه‌های ترمیمی می‌تواند خلأهای موجود در ساختار فعلی قانون مجازات اسلامی را تا حد زیادی جبران کرده و به برقراری توازن میان منافع بزه‌دیده، بزهکار و جامعه کمک نماید.

منابع:

الف) کتب

۱. اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۵)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ سیزدهم، تهران، نشر میزان.
۲. رحمتی، حسین (۱۳۸۴)، **حقوق شهروندی**، چاپ اول، قم، نشر نگین.
۳. عمید، حسن (۱۳۶۹)، **فرهنگ فارسی عمید**، چاپ سوم، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، **مقدمه علم حقوق**، تهران، انتشارات شابک.
۵. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۴)، **بایسته‌های حقوق جزای عمومی**، چاپ یازدهم، تهران، نشر میزان.

ب) مقالات

۶. اسفندیاری، محمد و نورپور، حسن (۱۳۹۶)، «پیامدها و چالش‌های مداراگرایی کیفری در جرایم خرد»، **مجله کارآگاه**، شماره ۳۹، صص ۷۶-۵۶.
۷. ایرانی، امیر، نجفی حاجی پور، معصومه و نجیبیان، علی (۱۳۹۴)، «تحلیل میزان بازتاب اندیشه‌های جرم‌شناسی انتقادی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، **مجله پژوهش‌های حقوق کیفری**، سال اول، شماره ۱، صص ۸۲-۵۷.
۸. بکاریا، سزار (۱۳۸۵)، **رساله جرایم و مجازات‌ها**، محمد علی اردبیلی (مترجم)، تهران، میزان.
۹. پارسا، سیروس و رحمانی، مجید (۱۳۹۷)، «ارزیابی رویکرد قانونگذار ایران به مقوله کیفر زدایی در قانون سال ۱۳۹۲»، **مجله‌ی فقه و حقوق**، دوره چهارم، شماره ۱، صص ۹۱-۷۳.
۱۰. دامغانی، محمد تقی (۱۳۳۹)، «تخفیف مجازات و مزایای آزادی مشروط»، **مجله کانون وکلا**، شماره ۷۰، صص ۹-۶.
۱۱. رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۸۴)، «بزه دیدگان و نظام عدالت جنایی»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۵۲ و ۵۳، صص ۱۱۷-۷۵.
۱۲. رحمدل، منصور (۱۳۸۵)، «حق سکوت»، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۵۶ و ۵۷، صص ۲۱۸-۱۸۵.
۱۳. سماواتی پیروز، امیر (۱۳۸۵)، **عدالت ترمیمی تعدیل تدریجی عدالت کیفری یا تغییر آن**، تهران، نگاه بینه.

۱۴. صالحی، جواد و ابراهیمی، یوسف (۱۳۸۶)، «بررسی جایگاه حق سکوت متهم در نظام حقوقی ایران»، *مجله حقوقی عدالت آراء*، شماره ۸، صص ۱۹۱-۱۷۴.
۱۵. طلائی، احمد (۱۳۸۸)، *چالش‌های رعایت حقوق دفاعی متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی*، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۸.
۱۶. عالی پور، حسن و توحیدی نافع، جلال (۱۳۹۴)، «تعویق صدور حکم: تأخیر در اجرای عدالت یا تغییر در اجرای عدالت؟»، *مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی*، شماره ۴ و ۵، صص ۳۳۱-۳۱۱.
۱۷. عامری، فاطمه و صادقی، مهران (۱۳۹۲)، «بررسی مبانی حقوقی و جرم شناختی نهاد تعویق صدور حکم در قانون جدید مجازات اسلامی ۶۶»، اولین همایش منطقه‌ای آسیب شناسی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (کتاب کلیات)، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، صص ۲۰۸-۱۹۸.
۱۸. فرح بخش، مجتبی (۱۳۸۵)، «مفهوم و مبانی حقوق دفاعی متهم»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۵۶ و ۵۷، صص ۱۳۶-۱۱۱.
۱۹. قاسمی، محمد علی و مقدم فرد، محمد (۱۳۹۶)، «بررسی حق سکوت متهم در آیین دادرسی کیفری از منظر «بزه دیده شناسی»»، *مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، دوره سوم، شماره ۳/۱، صص ۹۲-۷۵.
۲۰. کریستی، نیل (۱۳۸۵)، *اختلاف‌ها به مثابه دارایی*، ترجمه حسین غلامی، *مجله فقه و حقوق*، شماره ۸، صص ۱۹۶-۱۶۷.
۲۱. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۴)، *حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت*، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲۲. مروستی، یحیی (۱۳۴۵)، «علل مخففه مجازات»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱.
۲۳. محمد نسل، غلامرضا (۱۳۸۳)، «بررسی کاربردی تعلیق مجازات در حقوق جزا و رویه محاکم ایران»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۶۴، صص ۲۵۸-۲۴۱.

24. Johnstone, G & Van Ness, DW (2007). The Idea of Restorative Justice. Handbook of Restorative Justice, Milton Park: Taylor & Francis.
25. Zehr, H (2015). Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice. North Dakota: Herald Press
26. http://pajoohe.ir/%D8%B9%D8%AF%D8%A7%D9%84%D8%AA-%D8%AA%D8%B1%D9%85%DB%8C%D9%85%DB%8C__a-28329.aspx

تحولات حقوقی

دوره ۲، شماره ۱ - شماره پیاپی ۳، بهار ۱۴۰۵

The Transformation of Constitutional Understanding
from Formal Legalism to the Institutionalized
Constitution: A Reappraisal of Costantino Mortati's
Theory of the Material Constitution

Author: Mahdi Moradi Berelian

تحول فهم قانون اساسی از قانون گرایی صوری به قانون
اساسی نهادمند: بازخوانی نظریه کوستانتینو مورتاتی
درباره قانون اساسی مادی
نویسنده: مهدی مرادی برلیان



LEGAL DEVELOPMENT

Vol. 2, Issue 1, No. 3, Spring 2026



The Transformation of Constitutional Understanding from Formal Legalism to the Institutionalized Constitution: A Reappraisal of Costantino Mortati's Theory of the Material Constitution

Mahdi Moradi Berelian

Assistant Professor, Department of Public and International Law,
Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran,
Babolsar, Iran M.Moradib@umz.ac.ir

Abstract:

The crisis of European constitutional law in the interwar period was not merely the collapse of parliamentarism or the failure of liberal states; rather, it was a crisis in the legal understanding of the constitution itself. The formal constitution, understood in the liberal tradition as a supreme legal document and an instrument for limiting power, lost its explanatory force in the face of mass parties, executive concentration, social polarization, and the transformation of sovereignty. This study aims to explain the emergence of the concept of the “material constitution” in interwar Europe and to analyze its relationship with the crisis of constituent power, the transformation of the state, and institutional order. The study employs a descriptive-analytical method with a historical-conceptual approach. Costantino Mortati's theory is reappraised within the theoretical field shaped by Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend, and Hermann Heller, so that the constitution may be understood not merely as a text, but as the point of intersection between norm, power, institution, and society. The findings show that Mortati's theory, despite its connection with a historically and politically problematic context, provides a way beyond the simple dualism between Kelsenian normativism and Schmittian decisionism. For Mortati, the material constitution neither negates the formal constitution nor submits to the raw reality of power; rather, it refers to the institutional and social layer that sustains the constitutional text. The significance of the theory of the material constitution lies in revealing



the gap between the written constitution and the institutional reality of power. It shows that a constitution without institutional and social support may remain formally valid yet practically ineffective. However, the material constitution can serve constitutionalism only when accompanied by the rule of law, separation of powers, fundamental rights, and accountability. Mortati's main contribution is thus the opening of a path toward "institutionalized constitutionalism."

Keywords:

Material Constitution; Constituent Power; Mortati; Formal Legalism; Legal Institutionalism.

تحول فهم قانون اساسی از قانون‌گرایی صوری به قانون اساسی نهادمند: بازخوانی نظریه کوستانتینو مورتاتی درباره قانون اساسی مادی

مهدی مرادی برلیان

استادیار گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران،

بابلسر، ایران M.Moradib@umz.ac.ir

چکیده:

بحران حقوق اساسی اروپا در فاصله میان دو جنگ جهانی، صرفاً فروپاشی پارلمانتاریسم یا ناکامی دولت‌های لیبرال نبود؛ بلکه بحرانی در تصور حقوقی از قانون اساسی بود. قانون اساسی صوری، که در سنت لیبرال به مثابه سند عالی و ابزار تحدید قدرت فهم می‌شد، در برابر احزاب توده‌ای، تمرکز قدرت اجرایی، قطبی‌شدن اجتماعی و دگرگونی حاکمیت، کفایت خود را از دست داد. هدف پژوهش، تبیین پیدایش مفهوم «قانون اساسی مادی» در اروپای میان‌دوجنگ و نسبت آن با بحران قدرت مؤسس، تحول دولت و نظم نهادی است. پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و رویکرد تاریخی - مفهومی انجام شده است. نظریه کوستانتینو مورتاتی در عرصه منازعه نظری میان کلسن، اشمیت، اسمند و هلر بازخوانی می‌شود تا قانون اساسی نه فقط به مثابه متن، بلکه به عنوان نقطه تلاقی هنجار، قدرت، نهاد و جامعه فهم شود. یافته‌ها نشان می‌دهد نظریه مورتاتی، با وجود پیوند با بستری تاریخی و سیاسی مسئله‌دار، امکانی برای عبور از دوگانة هنجارگرایی کلسنی و تصمیم‌گرایی اشمیتی فراهم می‌کند. قانون اساسی مادی نزد او نه نفی قانون اساسی صوری است و نه تسلیم در برابر واقعیت خام قدرت؛ بلکه ناظر به سطح نهادی و اجتماعی پشتیبان متن قانون اساسی است. اهمیت نظریه قانون اساسی مادی در آشکارسازی شکاف میان قانون اساسی نوشته و واقعیت نهادی قدرت است. این نظریه نشان می‌دهد قانون اساسی بدون پشتوانه نهادی و اجتماعی، به متنی معتبر اما کم‌اثر تبدیل می‌شود. با این حال، قانون اساسی مادی فقط هنگامی در خدمت قانون اساسی‌گرایی است که با حاکمیت قانون، تفکیک قوا، حقوق بنیادین و

پاسخگویی همراه شود. دستاورد اصلی مورتاتی، گشودن راهی به سوی «قانون اساسی‌گرایی نهادمند» است.

واژگان کلیدی: قانون اساسی مادی؛ قدرت مؤسس؛ مورتاتی؛ قانون‌گرایی صوری؛ نهادگرایی حقوقی.

۱. مقدمه

قانون اساسی در سنت غالب حقوق عمومی مدرن، معمولاً با سه تصویر بنیادین فهمیده شده است. نخست، به مثابه سند عالی که سازمان قدرت عمومی و حقوق بنیادین را در قالب قواعدی الزام آور صورت بندی می کند؛ دوم، به مثابه هنجار برتر در سلسله مراتب حقوقی که اعتبار قواعد فرودست از آن اخذ می شود و سوم، به مثابه میثاق سیاسی - حقوقی بنیادگذاری نظم عمومی. این سه تصویر، هرچند در بنیان گذاری دولت مشروطه و تحدید قدرت سیاسی نقش مهمی داشته اند، اما در لحظات بحرانی تاریخ حقوق اساسی همواره با این پرسش روبه رو شده اند که آیا قانون اساسی فقط همان متنی است که تصویب شده و در رأس نظام هنجاری قرار گرفته است، یا آنکه قانون اساسی، افزون بر صورت نوشتاری خود، واجد سویه مادی، نهادی و اجتماعی ای است که امکان بقاء کارکرد و اعتبار عملی آن را فراهم می کند؟

پرسش فوق در اروپای میان دو جنگ جهانی، صورتی حاد و تاریخی یافت. شکست دولت های لیبرال، بحران پارلمان تاريسم، رشد احزاب توده ای، ظهور دولت های اقتدارگرا، فرسایش نمایندگی کلاسیک، گسترش اختیارات اجرایی و منازعه بر سر جایگاه مردم در مقام قدرت مؤسس، همگی نشان دادند که قانون اساسی را نمی توان صرفاً در مقام متنی حقوقی و مستقل از نیروهای واقعی سازنده نظم سیاسی فهمید. در چنین وضعیتی، قانون اساسی دیگر فقط موضوع تفسیر قضایی یا تحلیل هنجاری نبود؛ بلکه به نقطه تلاقی حقوق، سیاست، جامعه و قدرت تبدیل شد. از همین جا بود که پرسش از «قانون اساسی مادی»^۱ اهمیت یافت؛ یعنی پرسش از اینکه کدام نیروها، نهادها، منافع، اهداف سیاسی و صورت های سازمان یافته قدرت، در پس متن رسمی قانون اساسی، نظم واقعی آن را می سازند و استمرار می بخشند.

کوستانتینو مورتاتی^۲ دقیقاً در متن همین بحران می اندیشد. او می کوشد نشان دهد متن قانون اساسی بدون ارجاع به نظم مادی پشتیبان خود، به تمامی فهم نمی شود. از نظر مورتاتی، قانون اساسی مادی تلاشی است برای فهم سرچشمه انضمامی اعتبار و پویایی قانون اساسی در نسبت با نیروهای سازمان یافته ای که وحدت سیاسی، جهت گیری عمومی و اهداف بنیادین نظم را شکل می دهند (Mortati, 1998 [1940]: 5-18; Rubinelli, 2019: 515-520).

اهمیت مورتاتی زمانی روشن تر می شود که نظریه او در کنار کلسن و شمیت قرار گیرد. در یک سو، کلسن با صورت بندی نظریه محض حقوق، می کوشید حقوق را از سیاست، جامعه شناسی و

^۱ The Material Constitution

^۲ Costantino Mortati

اخلاق تفکیک کند و اعتبار نظام حقوقی را در ساختار هنجاری آن توضیح دهد. در سوی دیگر، /شمیت قانون اساسی را با تصمیم سیاسی بنیادین درباره نوع و شکل وحدت سیاسی پیوند می‌زد و از این طریق، لحظه مؤسس را بر صورت هنجاری قانون اساسی مقدم می‌دانست (Kelsen, 1967: 193–205; Schmitt, 2008: 75–89, 125–136). مورتاتی در میانه این دو دیدگاه قرار می‌گیرد. او از کلسن فاصله می‌گیرد، زیرا قانون اساسی را نمی‌توان به هنجار برتر صوری تقلیل داد؛ اما به تصمیم‌گرایی اشمیتی نیز فرو نمی‌غلطد، زیرا سرچشمه نظم حقوقی را در سازمان‌یافتگی نیروهای اجتماعی و سیاسی دارای توان جهت‌دهی نهادی جست‌وجو می‌کند (Rubinelli, 2019: 520–535; Goldoni & Wilkinson, 2018: 574–578).

از این منظر، نظریه قانون اساسی مادی را باید پاسخی به بحران قدرت مؤسس نیز دانست. قدرت مؤسس در نظریه کلاسیک، معمولاً به‌مثابه قدرت آغازگر و بیرون از نظم حقوقی موجود فهم می‌شود که قانون اساسی را تأسیس می‌کند، اما خود به قواعد تأسیس‌شده محدود نیست. با این حال، تجربه میان‌دو جنگ نشان داد که قدرت مؤسس فقط در لحظه آغازین تصویب قانون اساسی حضور ندارد؛ بلکه در صورت‌های نهادمند، حزبی، اجتماعی و اجرایی نیز تداوم می‌یابد و می‌تواند از درون نظم موجود، قانون اساسی را دگرگون کند، بی‌آنکه همیشه متن رسمی آن را تغییر دهد. به همین دلیل، بحران قانون اساسی میان‌دو جنگ را باید بحران رابطه میان متن، قدرت مؤسس و نیروهای مادی استمراردهنده نظم دانست (Colón-Ríos, 2020: 216–223; Croce & Goldoni, 2020: 138–183).

مسئله این مقاله از همین نقطه آغاز می‌شود که آیا نظریه مورتاتی درباره قانون اساسی مادی صرفاً محصول یک بستر تاریخی خاص، یعنی ایتالیای فاشیستی و بحران دولت لیبرال، است یا می‌توان آن را همچنان به‌عنوان ابزاری مفهومی برای فهم تحول حقوق اساسی پساجنگ و حتی بحران‌های معاصر قانون اساسی به کار گرفت؟ از یک سو، نظریه مورتاتی را نمی‌توان از زمینه تاریخی خود جدا کرد؛ زیرا بخشی از مفاهیم او، مانند «نیروی غالب»،^۳ «جهت‌دهی سیاسی»^۴ و «هدف سیاسی بنیادین»،^۵ در فضایی شکل گرفت که تمرکز قدرت اجرایی و اقتدارگرایی سیاسی در آن واقعیت عینی داشت (La Torre, 2003: 305–320; Scarcello, 2025: 853–856). از سوی دیگر، ارزش نظری این مفهوم دقیقاً در آن است که حقوق اساسی را وادار می‌کند از اطمینان ساده به متن، شکل و تشریفات فاصله بگیرد و بپرسد چه نیروهایی در واقع

³forza politica dominante

⁴indirizzo politico

⁵fine politico fondamentale

قانون اساسی را زنده نگه می‌دارند، چه نهادهایی آن را فرسوده می‌کنند، و چه اهدافی به آن جهت می‌بخشند؟

از حیث نوآوری، مقاله حاضر می‌کوشد *مورثاتی* را به عنوان نظریه پردازی مطمح نظر قرار دهد که در مرز خطرناک میان حقوق و سیاست ایستاده است که می‌تواند هم به فهم عمیق تر قانون اساسی کمک کند و هم در صورت فقدان معیارهای انتقادی، به مشروعیت بخشی به قدرت مستقر بینجامد.

روش پژوهش، توصیفی - تحلیلی و تاریخی - مفهومی است. از یک سو، مقاله با تکیه بر منابع اصلی و ثانوی معتبر، مفهوم قانون اساسی مادی را در بستر تاریخی اروپای میان دو جنگ بازسازی می‌کند؛ از سوی دیگر، آن را از منظر حقوق عمومی معاصر تحلیل می‌کند تا نشان دهد این مفهوم چه ظرفیتی برای نقد قانون گرایی صوری، تحلیل تحول نهادی و فهم بحران های قانون اساسی دارد.

۱. قانون اساسی صوری و مادی

تلقی قانون اساسی به عنوان متن مدون، مصوب و عالی ترین منبع حقوق داخلی، هرچند برای آموزش مقدماتی حقوق اساسی مفید است، اما در سطح نظری و تاریخی کافی نیست؛ زیرا بسیاری از مهم ترین تحولات قانون اساسی از طریق جابه جایی نیروهای نهادی، تغییر نقش احزاب، تحول جایگاه قوه مجریه، دگرگونی رویه های قضایی، تغییر نسبت جامعه و دولت، و بازتعریف اهداف بنیادین نظم عمومی رخ می‌دهند. از این جهت، قانون اساسی را باید هم «صورت» دانست و هم «ماده». صورت، همان متن، قواعد، صلاحیت ها و ساختارهای حقوقی است؛ ماده، شبکه ای از نیروها، نهادها، روابط اجتماعی و اهداف سیاسی است که به آن صورت امکان اثرگذاری می‌دهد. این تمایز، در ادبیات معاصر با تعبیر «قانون اساسی مادی» صورت بندی شده است. گلدونی و ویلکینسون در بازخوانی جدید خود، قانون اساسی مادی را به مثابه نظریه ای برای فهم زمینه مادی نظم قانون اساسی معرفی می‌کنند. آنان چهار عامل سازنده قانون اساسی مادی را از هم تفکیک می‌کنند: وحدت سیاسی، نهادها، روابط اجتماعی و اهداف بنیادین سیاسی. این چهار عامل، بیرون از قانون اساسی نیستند؛ بلکه در نسبت درونی و تنش آمیز با قانون اساسی صوری قرار دارند و بدون فهم آنها، تبیین تحول قانون اساسی ناقص می‌ماند (Goldoni & Wilkinson, 2018: 567-570, 574-578).

اهمیت این نگاه در آن است که قانون اساسی را از خودبستگی متنی بیرون می‌آورد. در نگاه صرفاً صوری، اعتبار قانون اساسی عمدتاً از جایگاه برتر آن در نظام هنجاری ناشی می‌شود؛ اما در

نگاه مادی، اعتبار و کارکرد قانون اساسی وابسته به توان آن برای سازمان‌دهی نیروهای واقعی جامعه سیاسی است. به بیان دیگر، قانون اساسی فقط زمانی قانون اساسی است که بتواند میان متن، نهاد، قدرت و جامعه نسبیتی پایدار برقرار کند. قانون اساسی‌ای که در متن، حقوق بنیادین و تفکیک قوا را اعلام می‌کند، اما در سطح مادی فاقد نهادهای مستقل، احزاب پاسخگو، قضاوت مؤثر، فرهنگ محدودیت قدرت و سازوکارهای کنترل قدرت است، از حیث صوری ممکن است معتبر باشد، اما از حیث مادی دچار فقر نهادی است.

در اروپای میان‌دوجنگ قوانین اساسی متعددی وجود داشتند که از حیث صوری، واجد نهادهای نمایندگی، قواعد صلاحیت، اعلام حقوق و تشریفات قانونی بودند؛ اما همین نظم‌های صوری، در برابر بحران‌های اجتماعی، اقتصادی و سیاسی توان مقاومت نداشتند. قانون اساسی صوری نتوانست نیروهای مادی‌ای را که نظم سیاسی را دگرگون می‌کردند در خود جذب، مهار یا نهادمند کند.

در این نقطه، *مورتاتی* اهمیت می‌یابد. او کوشید قانون اساسی را به‌عنوان صورت حقوقی یک نظم سیاسی واقعی بفهمد. نظریه او، از یک سو، می‌خواهد حقوق را از انتزاع صوری نجات دهد و آن را با واقعیت نهادها و نیروهای اجتماعی پیوند دهد؛ از سوی دیگر، همین پیوند می‌تواند خطرناک باشد، زیرا ممکن است واقعیت قدرت را به منبع مشروعیت تبدیل کند. بنابراین، بازخوانی *مورتاتی* باید هم نظری و هم انتقادی باشد. ارزش او در آن است که ضعف قانون‌گرایی صوری را نشان می‌دهد؛ خطر او در آن است که مرز میان تبیین قدرت و توجیه قدرت را باریک می‌کند (Rubinelli, 2019: 515–546; La Torre, 2003: 305–320).

از همین رو، مقاله حاضر نظریه قانون اساسی مادی را همچون ابزاری تحلیلی برای فهم بحران‌های قانون اساسی به کار می‌گیرد. قانون اساسی صوری همچنان برای تحدید قدرت، تضمین حقوق و ایجاد قابلیت پیش‌بینی ضروری است؛ اما قانون اساسی صوری بدون فهم مادی از نهادها، نیروها و اهداف سیاسی، به متنی آسیب‌پذیر تبدیل می‌شود. در مقابل، قانون اساسی مادی نیز اگر از معیارهای هنجاری حقوق عمومی جدا شود، ممکن است به واقع‌گرایی خام و حتی مشروعیت‌بخشی به قدرت مسلط فروکاسته شود.

۲. پیشینه‌کاوی انتقادی

در ادبیات کلاسیک حقوق عمومی، قانون اساسی صوری به متن مدون، قواعد صلاحیت، سازمان قدرت و حقوق بنیادین اشاره دارد؛ اما قانون اساسی واقعی یا مادی، ناظر به نیروهایی است که

در عمل ساختار دولت، جهت‌گیری عمومی و حدود امکان حقوقی را تعیین می‌کنند. این تمایز البته پیش از *مورتاتی* نیز به‌گونه‌هایی در ادبیات حقوقی و سیاسی وجود داشت، اما اهمیت *مورتاتی* در آن است که این تمایز را از سطح توصیف سیاسی به سطح نظریه عمومی قانون اساسی منتقل کرد. او قانون اساسی مادی را سرچشمه نظم‌دهنده قانون اساسی صوری می‌دانست؛ یعنی آن لایه بنیادینی که متن حقوقی بر آن بنا می‌شود و بدون آن، متن نمی‌تواند کارکرد واقعی داشته باشد (Mortati, 1998 [1940]: 5–18, 62–77).

در خوانش‌های جدید، نظریه *مورتاتی* بیش از هر چیز به‌عنوان تلاشی برای فهم نسبت حقوق و سیاست بازسازی شده است. روبینلی، *مورتاتی* را متفکری می‌داند که به‌رغم نزدیکی ظاهری با واقع‌گرایی اشمیتی، نمی‌توان او را به تصمیم‌گرایی تقلیل داد. به نظر او، *مورتاتی* می‌کوشد توضیح دهد که قانون چگونه از درون روابط مادی و سیاسی جامعه برمی‌خیزد، اما در عین حال به نظمی نهادی تبدیل می‌شود که نمی‌توان آن را صرفاً اراده شخصی یا لحظه استثنایی حاکم دانست (Rubinelli, 2019: 515–520, 536–546). نظریه *مورتاتی* حقوق را از انتزاع صوری بیرون می‌آورد، اما لزوماً آن را در تصمیم مطلق حاکم منحل نمی‌کند.

در مقاله *گلدونی* و *ویلکینسون*، قانون اساسی مادی به‌عنوان مفهومی احیا می‌شود که می‌تواند کاستی‌های قانون‌گرایی رسمی و لیبرال را نشان دهد. آنان با بازسازی سنت‌های مختلف قانون اساسی مادی، از جمله سنت مارکسیستی، نهادگرایی حقوقی و نظریه دولت، نشان می‌دهند که قانون اساسی فقط در متن حقوقی خود زندگی نمی‌کند، بلکه در بستر وحدت سیاسی، نهادها، روابط اجتماعی و اهداف بنیادین سیاسی معنا می‌یابد (Goldoni & Wilkinson, 2018: 567–570). قانون اساسی مادی فقط برای فهم فاشیسم ایتالیا یا بحران وایمار نیست؛ بلکه برای فهم هر وضعیتی مفید است که در آن متن قانون اساسی باقی می‌ماند، اما نیروهای واقعی سازمان‌دهنده قدرت تغییر می‌کنند.

از یک سو، *مورتاتی* را می‌توان نظریه‌پرداز ژرفاندیش نسبت قانون و سیاست دانست؛ از سوی دیگر، نمی‌توان فراموش کرد که بخش مهمی از آثار نخستین او در بستر ایتالیا و در دورانی نوشته شده‌اند که دولت فاشیستی در حال بازتعریف نسبت پارلمان، حزب، دولت و جامعه بود. لا توره نشان می‌دهد که نظریه قانون اساسی مادی در *مورتاتی* با سنت حقوق عمومی آلمانی و به‌ویژه با بحران‌های نظری پس از جنگ جهانی اول پیوند دارد، اما در عین حال در فضای حقوق عمومی فاشیستی نیز معنا یافته است (La Torre, 2003: 305–320).

کلسن، اشمیت، اسمند و هلر، هر یک از زاویه متفاوتی، با مسئله مشترکی روبه‌رو بودند و آن اینکه چگونه می‌توان در جامعه‌ای متکثر، بحرانی، حزبی و فاقد اجماع ارزشی پایدار، قانون اساسی را معتبر، مؤثر و مشروع نگه داشت؟ کلسن پاسخ را در ساختار هنجاری و دادگاه قانون اساسی می‌جست؛ اشمیت در تصمیم سیاسی و نگهبان وحدت سیاسی؛ اسمند در فرایند ادغام و یکپارچه‌سازی جامعه در دولت؛ و هلر در پیوند دموکراسی سیاسی با همگنی اجتماعی و دولت اجتماعی. از این حیث، نظریه مورتاتی را باید در گفت‌وگوی پنهان با همین سنت وایماری فهمید، نه در انزوای ایتالیایی آن (Dyzenhaus, 1997: 1-38; Caldwell, 1997: 3-17, 146). (176)

هانس کلسن در نظریه محض حقوق می‌کوشد حقوق را از سیاست، اخلاق و جامعه‌شناسی تفکیک کند تا علم حقوق بتواند موضوع خود را در مقام نظامی از هنجارهای معتبر بشناسد. اهمیت کلسن برای این مقاله در آن است که او نماینده نیرومندترین صورت قانون‌گرایی هنجاری است. قانون اساسی از نظر او، جایگاه برتر در سلسله‌مراتب هنجاری دارد و اعتبار قواعد حقوقی در پیوند با ساختار اعتباربخش نظام حقوقی توضیح داده می‌شود (Kelsen, 1967: 193-205). این نگاه، در برابر آشوب سیاسی میان‌دوجنگ، فضیلتی مهم داشت؛ چون می‌خواست از استقلال حقوق و امکان کنترل حقوقی قدرت دفاع کند. اما ضعف آن، از منظر نظریه قانون اساسی مادی، این بود که نمی‌توانست به‌تمامی توضیح دهد چگونه نیروهای اجتماعی و سیاسی می‌توانند بی‌آنکه همیشه متن قانون اساسی را نقض کنند، معنای عملی آن را دگرگون سازند.

در برابر کلسن، کارل اشمیت قانون اساسی را به تصمیم سیاسی بنیادین پیوند می‌زند. در نظریه اشمیت، اساس با قواعد قانون اساسی تفاوت دارد: اساس، تصمیم بنیادین ملت درباره نوع و شکل وجود سیاسی خویش است، در حالی که قانون اساسی ممکن است صرفاً قواعدی باشند که در متن مشخصی آمده‌اند. این تمایز، از حیث نظری، ضربه سختی به صورت‌گرایی حقوقی وارد می‌کرد؛ زیرا نشان می‌داد همه آنچه در متن قانون اساسی آمده، واجد شأن بنیادین واحد نیست (Schmitt, 2008: 75-89). اما همین تمایز، به‌ویژه در پیوند با نظریه حاکمیت و وضعیت استثنایی، می‌توانست راه را برای تقدم تصمیم سیاسی بر تضمین‌های حقوقی باز کند. از این جهت، نظریه اشمیت هم برای فهم قانون اساسی مادی الهام‌بخش است و هم خطرناک؛ زیرا به ما می‌آموزد متن حقوقی بدون تصمیم و وحدت سیاسی قابل فهم نیست، اما هم‌زمان ممکن است قانون اساسی را در اراده تصمیم‌گیرنده سیاسی خلاصه نماید.

/سمند مسیر دیگری می‌گشاید. او قانون اساسی را بخشی از فرایند ادغام می‌داند که از طریق آن دولت به‌عنوان واقعیتی زنده و پویا شکل می‌گیرد. در این نگاه، قانون اساسی فقط ساختار صلاحیت‌ها نیست، بلکه سازوکاری است برای تولید و بازتولید وحدت سیاسی از طریق نهادها، ارزش‌ها، نمادها و مشارکت شهروندان (Smend, 2002 [1928]: 213-242).

هگر اما راهی متفاوت از/شمیت و کلسن می‌رود. او از یک سو مانند اشمیت می‌پذیرد که حقوق نمی‌تواند از واقعیت سیاسی و اجتماعی جدا باشد. از سوی دیگر، برخلاف اشمیت، راه‌حل را در تصمیم اقتدارگرایانه یا حذف تکثر نمی‌بیند. هگر می‌کوشد نشان دهد دموکراسی سیاسی بدون حدی از همگنی اجتماعی و عدالت اجتماعی، به‌صورت فرمالیسمی تهی درمی‌آید. او هشدار می‌دهد که برابری صوری، اگر با نابرابری‌های شدید اجتماعی همراه باشد، می‌تواند به ضد خود تبدیل شود و دموکراسی را از درون فرسوده کند (Heller, 2002 [1928]: 256-265). این نگاه برای نظریه قانون اساسی مادی اهمیت دارد، زیرا نشان می‌دهد ماده قانون اساسی فقط قدرت سیاسی یا نهادهای رسمی نیست؛ بلکه شرایط اجتماعی امکان دموکراسی نیز بخشی از قانون اساسی مادی است.

در ادبیات فارسی نیز نسبت میان حاکمیت اشمیتی، قدرت مؤسس و قانون اساسی مکتوب بررسی شده و بر این نکته تأکید شده است که نزد اشمیت، معنای قانون اساسی را نمی‌توان از اراده سیاسی انضمامی و بنیان‌گذار نظم حقوقی جدا کرد (مرادی برلیان و تنگستانی، ۱۴۰۳: ۱۷۷-۱۹۷). افزون بر این، مرادخانی از یک سو، با بررسی «تحولات تاریخی مفهوم مدرن قانون اساسی» نشان می‌دهد که قانون اساسی مفهومی ایستا و صرفاً متن‌محور نیست، بلکه در پیوند با تحولات سیاسی، تاریخی و نهادی، از سند تحدید قدرت به مفهومی پیچیده‌تر در سازمان‌دهی نظم سیاسی دگرگون شده است (مرادخانی، ۱۴۰۰ ج: ۲۹۷-۳۲۸). از سوی دیگر، در تحلیل مفهوم قانون اساسی نزد اشمیت، بر این نکته تأکید می‌کند که اشمیت برداشت رایج از قانون اساسی به‌مثابه سند مکتوب و برتر را کافی نمی‌داند و با تفکیک میان «اساس» و «قواعد قانون اساسی»، فهم قانون اساسی را به قدرت مؤسس، تصمیم سیاسی و وحدت مردم پیوند می‌زند (مرادخانی، ۱۴۰۰ الف: ۶۷۵-۶۹۴). همچنین، در بحث از «نگهبان قانون اساسی»، نشان می‌دهد که منازعه اشمیت با کلسن صرفاً اختلافی فنی درباره دادگاه قانون اساسی نبود، بلکه نزاعی بنیادین بر سر این پرسش بود که در لحظه بحران، قانون اساسی را باید نهاد قضایی پاسداری کند یا مقامی سیاسی که مدعی نمایندگی وحدت مردم است (مرادخانی، ۱۴۰۰ ب: ۱۳۰-۱۵۸). این سه مطالعه، هرچند مستقیماً به مورتاتی نمی‌پردازند، برای مقاله حاضر اهمیت دارند؛ زیرا نشان

می‌دهند که در ادبیات فارسی نیز زمینه نظری لازم برای عبور از فهم صرفاً صوری قانون اساسی و توجه به نسبت آن با قدرت مؤسس، تصمیم سیاسی و نظم نهادی فراهم شده است.

۳. زمینه تاریخی - مفهومی

اروپای میان دو جنگ جهانی، لحظه فرسایش اطمینان کلاسیک به قانون اساسی بود. دولت‌های پس از جنگ جهانی اول، به‌ویژه در اروپای مرکزی و جنوبی، با این امید شکل گرفتند که قانون اساسی مدون، پارلمان، رأی عمومی، حقوق بنیادین و تفکیک قوا بتوانند از بازگشت اقتدار مطلق جلوگیری کنند. اما فاصله میان وعده حقوقی قانون اساسی و واقعیت سیاسی جامعه، بسیار زود آشکار شد. تورم، بحران اقتصادی، بیکاری، خشونت خیابانی، قطبی شدن ایدئولوژیک، ضعف احزاب میانه، بی‌ثباتی کابینه‌ها، بی‌اعتمادی به پارلمان و رشد جنبش‌های ضدلیبرال، قانون اساسی را در وضعیتی قرار داد که متن آن هنوز پابرجا بود، اما توان مادی آن برای تنظیم قدرت به تدریج فرو می‌ریخت.

در جمهوری وایمار، این شکاف به‌صورت روشن دیده می‌شد. قانون اساسی ۱۹۱۹ از حیث صوری یکی از پیشرفته‌ترین متون زمان خود بود. چون هم دموکراسی پارلمانی را به رسمیت می‌شناخت، هم حقوق بنیادین را اعلام می‌کرد، هم رئیس‌جمهور منتخب مردم را پیش‌بینی می‌کرد و هم امکان مداخله اضطراری را فراهم می‌ساخت. اما همین ترکیب، در شرایط بحران، به میدان تنش تبدیل شد. پارلمان نتوانست ثبات سیاسی ایجاد کند؛ احزاب توده‌ای به‌جای ادغام جامعه در نظم دموکراتیک، گاه به قطبی‌سازی بیشتر انجامیدند و اختیار اضطراری رئیس‌جمهور، که در ظاهر ابزار دفاع از نظم بود، به تدریج به مسیر دور زدن سیاست پارلمانی تبدیل شد. بنابراین، وایمار بیش از آنکه صرفاً نمونه شکست یک قانون اساسی باشد، نمونه شکست تصویری از قانون اساسی بود که گمان می‌کرد متن، به‌تنهایی، می‌تواند نیروهای متخاصم جامعه را به نظم حقوقی پایدار تبدیل کند (Caldwell, 1997: 102-145, 177).

منارعه کلسن و شمیث بر سر «نگهبان قانون اساسی»^۶ نزاعی بنیادین بر سر این پرسش بود که در لحظه بحران، قانون اساسی را چه چیزی حفظ می‌کند: هنجار، دادگاه، تصمیم سیاسی، رئیس دولت، یا وحدت اجتماعی؟ کلسن با دفاع از دادگاه قانون اساسی، می‌خواست نگهبانی از قانون اساسی را در قالب صلاحیت حقوقی و کنترل هنجاری حفظ کند؛ شمیث، در مقابل، بر این باور بود که نگهبان واقعی قانون اساسی باید بتواند در لحظه خطر، وحدت سیاسی را تشخیص دهد و

^۶ Hüter der Verfassung / Guardian of the Constitution

از آن دفاع کند (Kelsen, 2015 [1931]: 174–221; Schmitt, 2015 [1931]: 79–173).

ایتالیا نیز از مسیر دیگری به همین بحران رسید. دولت لیبرال ایتالیا، پیش از استقرار کامل فاشیسم، دچار ضعف نهادهای نمایندگی، شکنندگی نظام حزبی و ناتوانی در ادغام اجتماعی بود. فاشیسم از درون خلأ قانون اساسی پدیدار نشد، بلکه از بطن ناتوانی قانون اساسی صوری در مهار و جذب نیروهای اجتماعی و سیاسی نوظهور سر برآورد. در این بستر، حزب، دولت، قوه مجریه و دستگاه اداری به تدریج نسبت تازه‌ای با قانون اساسی پیدا کردند. قانون اساسی به جای آنکه صرفاً متن محدودکننده قدرت باشد، در عمل به نظم‌دهنده رابطه میان حزب مسلط، دولت و جامعه تبدیل شد. مورتاتی در همین فضا می‌اندیشید که در آن پرسش اصلی این نبود که متن قانون اساسی چه می‌گوید، بلکه این بود که نیروی سازمان‌دهنده واقعی نظم سیاسی کجاست و چگونه در صورت حقوقی دولت ظاهر می‌شود (La Torre, 2003: 305–320; Scarcello, 2025: 853–865).

بدین ترتیب اروپای میان‌دوجنگ شاهد انتقال مسئله قانون اساسی از «تحدید قدرت» به «سازمان‌دهی قدرت» بود. سنت لیبرال کلاسیک، قانون اساسی را عمدتاً ابزاری برای محدودسازی دولت می‌فهمید. تفکیک قوا، حقوق بنیادین، حاکمیت قانون و کنترل قضایی، همه برای آن بود که قدرت سیاسی در چارچوب حقوقی مهار شود. اما بحران میان‌دوجنگ نشان داد که پیش از محدودسازی قدرت، باید پرسید قدرت چگونه سازمان می‌یابد، کدام نیروها آن را حمل می‌کنند، چه نهادهایی آن را پایدار می‌سازند، و چه اهدافی آن را جهت می‌دهند.

بحران اقتصادی نشان داد قانون اساسی را نمی‌توان از شرایط مادی جامعه جدا کرد. بحران ۱۹۲۹ و پیامدهای آن، دولت‌های اروپایی را با مسئله مداخله اقتصادی، تنظیم بازار، حمایت اجتماعی و مدیریت بیکاری مواجه کرد. قانون اساسی لیبرال که بر آزادی‌های فردی، مالکیت و محدودیت دولت تمرکز داشت، ناچار شد با مطالباتی همچون عدالت اجتماعی، امنیت اقتصادی، مداخله دولت، تنظیم مناسبات کار و سرمایه روبرو شد. در این شرایط، هر نشان داد دموکراسی سیاسی بدون حدی از همبستگی و عدالت اجتماعی، در معرض تهی شدن قرار می‌گیرد. بنابراین، ماده قانون اساسی فقط سازمان دولت نیست؛ بلکه شرایط اجتماعی امکان دموکراسی نیز هست (Heller, 2002 [1928]: 256–265; Dyzenhaus, 2019: 40).

در چنین بستری، بحران قدرت مؤسس نیز معنایی تازه پیدا کرد. در نظریه کلاسیک، قدرت مؤسس عمدتاً در لحظه تأسیس قانون اساسی ظاهر می‌شود. مردم یا ملت در لحظه‌ای بنیادین

قانون اساسی را وضع می‌کنند و پس از آن، قدرت‌های تأسیس‌شده در چارچوب قانون اساسی عمل می‌کنند. اما تجربه میان‌دوجنگ نشان داد که قدرت مؤسس می‌تواند درون نظم مستقر نیز بازفعال شود؛ گاه از طریق اصلاحات رسمی، گاه از طریق وضعیت اضطراری، گاه از طریق حزب مسلط و گاه از طریق جابه‌جایی تدریجی مرکز ثقل قدرت از پارلمان به قوه مجریه. به همین دلیل، قدرت مؤسس دیگر فقط مسئله آغاز قانون اساسی نبود؛ مسئله استمرار، تغییر و فرسایش آن نیز بود. قانون اساسی مادی، در این معنا، تلاشی است برای فهم قدرت مؤسس نه صرفاً به‌عنوان رخداد آغازین، بلکه به‌عنوان نیرویی که در نهادها، احزاب، دولت و جامعه رسوب می‌کند (Colón-Ríos, 2020: 216–223; Croce & Goldoni, 2020: 177-178).

اروپای میان‌دوجنگ، لحظه آگاهی به این نکته مهم بود که قانون اساسی فقط با نوشتن قواعد بنیادین پدید نمی‌آید و فقط با حفظ ظاهری متن نیز باقی نمی‌ماند. قانون اساسی نیازمند نیروی اجتماعی، سازمان‌نهادی، فرهنگ سیاسی، احزاب مسئول، دادگاه‌های مستقل، دولت پاسخگو، و اهداف عمومی قابل دفاع است. اگر این عناصر از بین بروند، متن قانون اساسی ممکن است همچنان باقی بماند، اما قانون اساسی در معنای مادی آن دگرگون یا تهی شده است.

۴. نظریه قانون اساسی مادی از دیدگاه مورتاتی

نظریه قانون اساسی مادی از دیدگاه کوستانتینو مورتاتی را باید در نقطه‌ای موردخوانش قرار داد که حقوق اساسی، دیگر نمی‌توانست با اطمینان کلاسیک به متن، سلسله‌مراتب هنجاری و تشریفات رسمی بسنده کند. مورتاتی از درون بحران حقوق عمومی می‌اندیشید که در آن قوانین اساسی مکتوب هنوز وجود داشتند، پارلمان‌ها همچنان تشکیل می‌شدند، قواعد صلاحیت از حیث شکلی معتبر بودند، اما جهت واقعی قدرت، از متن رسمی و نهادهای اعلام‌شده فاصله گرفته بود. از این رو، مسئله او این بود که چرا قانون اساسی صوری، بی‌اتکا به نیروهای مادی و نهادی پشتیبان خود، نمی‌تواند نظم سیاسی را توضیح دهد یا از آن پاسداری کند.

در این معنا، قانون اساسی مادی از نظر مورتاتی مفهومی ضدحقوقی نیست. او نمی‌خواهد قانون اساسی را به واقعیت خام قدرت فروبکاهد و بگوید هرچه در عمل غلبه دارد، همان قانون اساسی است. اگر چنین بود، نظریه او تفاوتی با نوعی جامعه‌شناسی قدرت یا واقع‌گرایی سیاسی بی‌مهار نداشت. قانون اساسی در مقام متن، همیشه بر زمینه‌ای از نیروهای اجتماعی، سیاسی و نهادی بنا می‌شود؛ این نیروها، محتوا، جهت و امکان اثرگذاری متن را شکل می‌دهند؛ بنابراین تحلیل قانون اساسی بدون شناخت آن زمینه، تحلیلی ناقص است. روبینلی نشان می‌دهد که مورتاتی را

باید متفکری دانست که می‌کوشد نسبت حقوق و سیاست را توضیح دهد، بی‌آنکه ضرورتاً حقوق را در سیاست منحل کند یا سیاست را در صورت هنجاری حقوق پنهان سازد (Rubinelli, 2019: 515-520, 536-546).

۱/۴. قانون اساسی صوری و محدودیت‌های آن

نقطه عزیمت مورتاتی، تمایز میان قانون اساسی در معنای صوری و مادی است. قانون اساسی صوری، همان سند نوشته، رسمی، عالی و برخوردار از تشریفات خاص تصویب یا اصلاح است. مورتاتی معتقد است که قانون اساسی در این سطح متوقف نمی‌شود. متن قانون اساسی، حتی اگر از حیث صوری عالی‌ترین منبع حقوق باشد، خود از خلأ پدید نمی‌آید و در خلأ نیز عمل نمی‌کند. متن، محصول نوعی آرایش مادی قدرت، جامعه و نهاد است و تا زمانی مؤثر باقی می‌ماند که با آن آرایش نسبت زنده داشته باشد (Rubinelli, 1998 [1940]: 5-18; Mortati, 2023: 89-99).

در این نگاه، قانون اساسی صوری واجد دو محدودیت است. محدودیت نخست، محدودیت توضیحی است. قانون اساسی صوری به ما می‌گوید کدام نهادها چه صلاحیت‌هایی دارند، قواعد خلق قانون چیست، حقوق بنیادین چگونه اعلام شده‌اند و اصلاح قانون اساسی با چه تشریفات انجام می‌شود؛ اما به‌تنهایی توضیح نمی‌دهد که چرا برخی نهادها عملاً قدرتمندتر از جایگاه صوری خود می‌شوند، چرا برخی حقوق بنیادین در متن باقی می‌مانند ولی در عمل اجرا نمی‌شوند، یا چرا گاه بدون تغییر رسمی قانون اساسی، معنای عملی آن دگرگون می‌گردد.

محدودیت دوم، محدودیت هنجاری - نهادی است. قانون اساسی صوری برای تحدید قدرت ضروری است، اما اگر پشتوانه نهادی، اجتماعی و سیاسی نداشته باشد، می‌تواند به صورتی ظاهری از قانون‌گرایی تبدیل شود. اروپای میان‌دوجنگ نشان داد که رژیم‌های اقتدارگرا گاه از درون قواعد رسمی، نهادهای نمایندگی، اختیارات اضطراری و تشریفات قانونی، خود قانون اساسی را تهی می‌کنند. مسئله در چنین وضعیتی فقط نقض آشکار قانون اساسی نیست؛ بلکه تغییر تدریجی بخشی از قانون اساسی است. متن ممکن است باقی بماند، اما نسبت نیروهای سیاسی، جایگاه پارلمان، قدرت قوه مجریه، کارکرد حزب و امکان نظارت قضایی چنان تغییر کند که قانون اساسی صوری دیگر نشان‌دهنده قانون اساسی واقعی نباشد (La Torre, 2003: 305-320; Scarcello, 2025: 853-865).

نظریه مورتاتی به ما یادآوری می‌کند که حقوق اساسی اگر فقط در سطح سند و قاعده باقی بماند، ممکن است از نیروهایی که سرنوشت واقعی قانون اساسی را تعیین می‌کنند غافل شود.

قانون‌گرایی جدی فقط به اعتبار صوری قواعد نمی‌نگرد، بلکه می‌پرسد چه نهادها و نیروهایی امکان اجرای قواعد را فراهم می‌کنند، چه نیروهایی آن‌ها را تهی می‌سازند و چه شکاف‌هایی میان ظاهر قانونی و واقعیت نهادی قدرت پدید آمده است.

۲/۴. نیروی سیاسی غالب و مسئله جهت‌دهی به نظم عمومی

در مرکز نظریهٔ *مورتاتی*، مفهوم نیروی سیاسی سازمان‌دهنده یا غالب قرار دارد. این مفهوم را نباید ساده‌انگارانه با یک شخص، یک دولت مستقر یا حتی یک حزب خاص یکی گرفت. مراد *مورتاتی* از نیروی سیاسی غالب، آن صورت سازمان‌یافته‌ای از قدرت اجتماعی و سیاسی است که توانایی تعیین اهداف بنیادین نظم، جهت‌دهی به نهادهای عمومی و ایجاد پیوند میان جامعه و دولت را دارد. این نیرو ممکن است در قالب حزب، ائتلاف اجتماعی، جنبش سیاسی، دولت، نهادهای عمومی یا ترکیبی از آن‌ها ظاهر شود. مهم آن است که این نیرو بتواند به قانون اساسی صوری ماده و جهت ببخشد (Mortati, 1998 [1940]: 62–77; Rubinelli, 2019: 520–535).

در نگاه *مورتاتی*، قانون اساسی مادی صرفاً بازتاب پراکندهٔ نیروهای اجتماعی نیست؛ بلکه نوعی وحدت جهت‌دهنده در آن وجود دارد. جامعه سیاسی همیشه از تکثر نیروها، منافع و گروه‌ها ساخته شده است، اما قانون اساسی زمانی پدید می‌آید که این تکثر در سطحی از سازمان‌یافتگی، هدفمندی و جهت عمومی سامان پیدا کند. بنابراین، قانون اساسی مادی با «جهت سیاسی» پیوند دارد؛ یعنی با آن مجموعه اهداف، ارزش‌ها و اولویت‌هایی که نظم عمومی را از حالت مجموعه‌ای پراکنده از قواعد به صورت یک پروژه سیاسی - حقوقی قابل شناسایی تبدیل می‌کند. / *سکارچلو* در تحلیل آثار اولیه *مورتاتی* نشان می‌دهد که همین مفهوم جهت‌دهی سیاسی در بستر ایتالیا با انتقال مرکز ثقل تصمیم‌گیری از پارلمان به قوه مجریه گره خورد؛ یعنی *مورتاتی* تحول دولت را از منظر جابه‌جایی نهادی قدرت فهم می‌کرد، نه صرفاً از منظر تغییر متن یا قواعد رسمی (Scarcello, 2025: 853–865).

اگر قانون اساسی مادی را فقط به «نیروی غالب» فروبکاهیم، نظریهٔ *مورتاتی* خطرناک می‌شود؛ زیرا ممکن است هر غلبه سیاسی را به مادهٔ قانون اساسی تبدیل کند. *مورتاتی* در فضایی می‌اندیشید که حزب فاشیست، دولت، دستگاه اجرایی و ایدئولوژی سیاسی مسلط در حال بازتعریف رابطهٔ جامعه و دولت بودند. بنابراین، نمی‌توان نظریهٔ او را از زمینه تاریخی‌اش جدا کرد. اما هم‌زمان، نباید از این زمینه نتیجه گرفت که مفهوم قانون اساسی مادی به‌خودی‌خود

اقتدارگراست. مورتاتی ابزاری فراهم می‌کند که هم می‌تواند در خدمت توجیه نظم مسلط قرار گیرد و هم می‌تواند برای نقد شکاف میان قانون اساسی رسمی و واقعیت قدرت به کار رود.

۳/۴. قانون اساسی مادی و قدرت مؤسس استمرار یافته

یکی از ظرفیت‌های مهم نظریه مورتاتی، بازاندیشی در مفهوم قدرت مؤسس است. در نظریه کلاسیک، قدرت مؤسس غالباً با لحظه بنیادگذاری قانون اساسی شناخته می‌شود که ملت یا مردم، بیرون از نظم حقوقی پیشین، قانون اساسی جدیدی را تأسیس می‌کنند. پس از این لحظه، قدرت‌های تأسیس‌شده در چارچوب قانون اساسی عمل می‌کنند و صلاحیت‌های خود را از متن دریافت می‌نمایند. این تمایز کلاسیک، برای حفظ مرز میان تأسیس و حکومت‌کردن اهمیت دارد؛ زیرا اجازه نمی‌دهد هر قدرت مستقر، خود را دوباره در مقام قدرت مؤسس بنشانند. اما تجربه میان‌دو جنگ نشان داد که قدرت مؤسس همیشه در لحظه تأسیس پایان نمی‌یابد. گاه نیروهایی که قانون اساسی را در عمل حمل می‌کنند، از درون نظم موجود، معنای قانون اساسی را تغییر می‌دهند. گاه حزب، قوه مجریه، دستگاه اداری یا وضعیت اضطراری چنان نقشی پیدا می‌کنند که بدون اصلاح رسمی متن، جهت قانون اساسی را عوض می‌کنند. از این منظر، قانون اساسی مادی را می‌توان محل رسوب و استمرار قدرت مؤسس دانست؛ نه به این معنا که قدرت‌های مستقر آزادند قانون اساسی را هرگونه بخواهند بازتأسیس کنند، بلکه به این معنا که نیروی مؤسس در نهادها، احزاب، رویه‌ها و اهداف عمومی تداوم می‌یابد و گاه از همان مسیر، قانون اساسی را تقویت یا تضعیف می‌کند (Colón-Ríos, 2020: 216–223; Croce & Goldoni, 2020: 138–140).

/شمیت قدرت مؤسس را با تصمیم سیاسی بنیادین پیوند می‌زند و قانون اساسی را بیان آن تصمیم می‌داند. در این نگاه، اهمیت اصلی با لحظه تصمیم است؛ لحظه‌ای که وحدت سیاسی خود را در قالب قانون اساسی اعلام می‌کند. مورتاتی نیز از اهمیت نیرو و جهت سیاسی غافل نیست، اما آن را صرفاً در لحظه تصمیم بنیادین خلاصه نمی‌کند. قانون اساسی مادی نزد او در استمرار نیروهای سازمان‌یافته، اهداف سیاسی و نهادهای حامل نظم ظهور می‌کند. به همین دلیل، می‌توان گفت مورتاتی، در مقایسه با اشمیت، تصویری نهادمندتر از قدرت مؤسس ارائه می‌دهد؛ هرچند این تصویر همچنان از خطر توجیه نیروی مسلط مصون نیست (Schmitt, 2008: 75–89, 125–136; Rubinelli, 2019: 520–535).

از سوی دیگر، مورتاتی از کلسن نیز فاصله می‌گیرد. در نگاه کلسن، مسئله اصلی اعتبار هنجاری نظام حقوقی است و قانون اساسی در مقام هنجار برتر یا مبنای اعتبار قواعد فرودست فهم می‌شود. این نگاه برای حفظ استقلال حقوق ضروری است، اما از منظر مورتاتی، کافی نیست؛ زیرا نمی‌تواند توضیح دهد که چگونه ماده اجتماعی و سیاسی قانون اساسی، به اعتبار و کارکرد آن جهت می‌دهد. به بیان دیگر، کلسن بهتر از مورتاتی می‌تواند از مرزهای صوری قانون دفاع کند، اما مورتاتی بهتر از کلسن می‌تواند نشان دهد که چرا قانون اساسی در عمل دگرگون می‌شود، حتی زمانی که نظام هنجاری از حیث شکلی همچنان پابرجاست (Kelsen, 1967: 193-205; Goldoni & Wilkinson, 2018: 574-578).

۴/۴. مرز باریک میان تبیین قدرت و توجیه قدرت

نظریه مورتاتی، درست به دلیل قوت تحلیلی‌اش، با خطر تبدیل تبیین قدرت به توجیه قدرت روبروست. وقتی گفته می‌شود قانون اساسی مادی در نیروهای واقعی، اهداف سیاسی و نهادهای مؤثر جامعه ریشه دارد، این پرسش پیش می‌آید که آیا هر نیرویی که در واقع مسلط است، می‌تواند ماده قانون اساسی دانسته شود؟ اگر پاسخ مثبت باشد، نظریه قانون اساسی مادی به نظریه‌ای محافظه‌کارانه و حتی اقتدارگرا تبدیل می‌شود؛ زیرا واقعیت قدرت را بی‌واسطه به مبنای اعتبار قانون اساسی تبدیل می‌کند. اما اگر پاسخ منفی باشد، باید معیارهایی برای تمایز میان نیروی مادی سازنده قانون اساسی و سلطه سیاسی تهدیدکننده قانون اساسی ارائه کرد. مورتاتی در آثار اولیه خود، به‌ویژه در بستر ایتالیای فاشیستی، به‌گونه‌ای از نیروی سازمان‌دهنده و جهت‌دهی سیاسی سخن می‌گوید که نمی‌توان آن را کاملاً از تمرکز قدرت اجرایی و تضعیف پارلمان جدا کرد. لا‌توره نشان می‌دهد که نظریه قانون اساسی مادی مورتاتی از سنت حقوق عمومی آلمان و بحث‌های میان‌دوجنگ تأثیر پذیرفت، اما در فضای حقوق عمومی فاشیستی نیز صورت‌بندی شد؛ فضایی که در آن پرسش از وحدت، جهت‌دهی سیاسی و نیروی غالب، به آسانی می‌توانست با اقتدارگرایی نهادی پیوند بخورد (La Torre, 2003: 305-320). /سکارچلو نیز با تمرکز بر آثار ۱۹۳۱ تا ۱۹۴۴ مورتاتی، نشان می‌دهد که فهم او از تحول دولت ایتالیا با غلبه قوه مجریه و جابه‌جایی مرکز جهت‌دهی سیاسی از پارلمان به دولت اجرایی پیوند داشت (Scarcello, 2025: 853-865).

اهمیت مورتاتی در آن است که چیزی را می‌بیند که قانون‌گرایی صوری اغلب نمی‌بیند؛ اینکه قانون اساسی می‌تواند از درون تهی شود، بی‌آنکه لزوماً همه قواعد آن به‌صورت علنی نقض شده

باشند. به همین دلیل، نظریه او برای نقد اقتدارگرایی حقوقی، دموکراسی‌های فرسایشی و تغییرات تدریجی ماده قانون اساسی نیز قابل استفاده است. اگر معیارهای هنجاری حقوق عمومی، مانند حاکمیت قانون، تفکیک قوا، حقوق بنیادین، مشارکت سیاسی، امکان نظارت و پاسخگویی نهادی به نظریه مادی افزوده شوند، این نظریه می‌تواند از توجیه قدرت مسلط فاصله بگیرد و به ابزار نقد آن تبدیل شود.

بنابراین، بازخوانی انتقادی اندیشه مورتاتی باید دو سطح توصیفی و هنجاری را از هم جدا کند. در سطح توصیفی، او به ما کمک می‌کند بفهمیم قانون اساسی چگونه در واقعیت اجتماعی و نهادی عمل می‌کند. در سطح هنجاری، اما نمی‌توان صرفاً به مورتاتی بسنده کرد؛ باید پرسید کدام ماده نهادی با قانون اساسی‌گرایی سازگار است و کدام ماده، قانون اساسی را از درون تهی می‌کند. قانون اساسی مادی زمانی در خدمت حقوق عمومی است که واقعیت قدرت، قابلیت تحدید، پاسخگویی آن قدرت را موضوع تحلیل قرار دهد.

۵/۴. قانون اساسی مادی به مثابه مفهوم واسط میان حقوق و سیاست

یکی از دلایل ماندگاری نظریه مورتاتی آن است که مفهومی واسط میان حقوق و سیاست ارائه می‌کند. حقوق اساسی همواره در این مرز قرار دارد. اگر بیش از اندازه به حقوق صوری نزدیک شود، ممکن است از واقعیت قدرت غافل بماند؛ اگر بیش از اندازه در سیاست حل شود، ممکن است استقلال هنجاری خود را از دست بدهد. نظریه قانون اساسی مادی می‌کوشد این مرز را به موضوع اندیشه تبدیل کند. در این نگاه، قانون اساسی نه فقط قاعده حقوقی است و نه فقط تصمیم سیاسی؛ بلکه نظامی است که در آن قواعد، نهادها، نیروها، ارزش‌ها و اهداف عمومی به هم گره می‌خورند.

گلدونی و ویلکینسون همین ظرفیت را در احیای معاصر مفهوم قانون اساسی مادی برجسته می‌کنند. از نظر آنان، این مفهوم به ما اجازه می‌دهد قانون اساسی را در پیوند با وحدت سیاسی، نهادها، روابط اجتماعی و اهداف بنیادین سیاسی بفهمیم؛ عناصری که هر یک در شکل‌گیری و دگرگونی نظم قانون اساسی نقش دارند (Goldoni & Wilkinson, 2018: 567–570). اهمیت این بازسازی در آن است که قانون اساسی مادی را از گذشته تاریخی خود جدا نمی‌کند، اما آن را در همان گذشته نیز زندانی نمی‌کند. به بیان دیگر، این مفهوم هم برای فهم نظرگاه‌های مورتاتی و بحران میان‌دوجنگ مفید است، هم برای تحلیل وضعیت‌های معاصر که در آن‌ها متن قانون اساسی باقی است، اما ماده نهادی و اجتماعی آن دگرگون شده است.

در این معنا، قانون اساسی مادی می‌تواند از نظریه حقوق عمومی یک مطالبه جدی داشته باشد و آن اینکه حقوق‌دان قانون اساسی فقط شارح متن نباشد، بلکه تحلیل‌گر نسبت متن با نهاد، قدرت و جامعه نیز باشد. حقوق اساسی اگر صرفاً به تفسیر مواد، قواعد صلاحیت و رویه‌های رسمی بسنده کند، ممکن است از تحولاتی غافل شود که در سطح مادی رخ می‌دهند؛ تحولاتی مانند انتقال تدریجی قدرت از پارلمان به قوه مجریه، وابستگی عملی نهادهای نظارتی، حزبی شدن شدید دستگاه اداری، تهی شدن حقوق بنیادین از ضمانت اجرا، یا تبدیل وضعیت اضطراری به ابزار عادی حکمرانی.

حقوق عمومی نمی‌تواند فقط بگوید قدرت در عمل کجاست؛ باید بپرسد آیا این تمرکز قدرت با حاکمیت قانون، پاسخگویی، حقوق بنیادین و امکان مشارکت سیاسی سازگار است یا نه. از این جهت، نظریه مورتاتی به تنهایی کافی نیست، اما او ما را از ساده‌انگاری صوری نجات می‌دهد، اما باید با معیارهای قانون اساسی‌گرایی تکمیل شود تا به واقع‌گرایی اقتدارگرا فرو نغلتد.

نظریه قانون اساسی مادی از نظر مورتاتی، در بهترین خوانش خود، دعوت به نوعی «قانون اساسی‌گرایی نهادمند»^۷ است. مقصود، صورتی از مشروطه‌گرایی است که در آن فهم قانون اساسی نه صرفاً به عنوان متن عالی یا هنجار برتر، بلکه به مثابه پیوندی زنده میان متن حقوقی، نیروهای اجتماعی، نهادهای عمومی، اهداف سیاسی و معیارهای هنجاری محدودکننده قدرت است. در این چارچوب، قانون اساسی نه صرفاً سندی حقوقی است و نه بازتاب خام قدرت سیاسی؛ بلکه نظامی حقوقی - نهادی است که باید میان واقعیت قدرت و معیارهای مشروطه‌گرایی، از جمله حاکمیت قانون، حقوق بنیادین، تفکیک قوا و پاسخگویی، نسبتی قابل دفاع برقرار کند.

۵. جایگاه مورتاتی در میدان نظری میان دو جنگ جهانی

کلسن می‌کوشید حقوق را از سیاست جدا کند تا قانون اساسی بتواند همچنان در مقام هنجار برتر و مبنای اعتبار نظام حقوقی عمل کند. در این نگاه، حفظ قانون اساسی در گرو حفظ منطق هنجاری و کنترل حقوقی قدرت است؛ از همین رو دفاع کلسن از دادگاه قانون اساسی را باید کوششی برای حقوقی کردن بحران سیاسی دانست (Kelsen, 1967: 193-205; Kelsen, 1931: 174-221). مزیت این رویکرد، دفاع از استقلال حقوق و امکان تحدید قدرت

⁷ Institutionalized Constitutionalism

است؛ اما کاستی آن، از منظر *مورثاتی*، ناتوانی در توضیح نیروهایی است که در ورای متن و سلسله مراتب هنجاری، جهت واقعی قانون اساسی را تغییر می‌دهند.

در مقابل، /شمیت قانون اساسی را به تصمیم سیاسی بنیادین پیوند می‌زد. از نظر او، اساس با قواعد قانون اساسی یکی نیست؛ اساس بیان تصمیم سیاسی ملت درباره نوع و شکل وجود سیاسی خویش است، حال آنکه بسیاری از مقررات مندرج در متن قانون اساسی ممکن است صرفاً قواعدی فرعی باشند (Schmitt, 2008: 75-89). اهمیت اشمیت در آن است که ضعف صورت‌گرایی را آشکار می‌کند و نشان می‌دهد قانون اساسی بدون نوعی وحدت سیاسی قابل فهم نیست. اما خطر اندیشه او نیز دقیقاً در همین جاست: اگر قانون اساسی بیش از اندازه به تصمیم سیاسی گره بخورد، تضمین‌های حقوقی، حقوق بنیادین و نهادهای کنترل قدرت می‌توانند در برابر دعوی وحدت سیاسی عقب بنشینند. *مورثاتی* در این نقطه به اشمیت نزدیک می‌شود، زیرا او نیز قانون اساسی را فقط متن نمی‌داند؛ اما از او فاصله می‌گیرد، زیرا قانون اساسی مادی را نه صرفاً تصمیم لحظه‌ای حاکم، بلکه نظم نهادمند نیروهای اجتماعی، سیاسی و حقوقی می‌فهمد.

/سمند پاسخ دیگری به بحران میان‌دو جنگ داد. در نظریه او، قانون اساسی بخشی از فرایند ادغام سیاسی است؛ یعنی سازوکاری که از طریق آن جامعه متکثر به وحدتی سیاسی و نهادی دست می‌یابد. قانون اساسی در این معنا فقط مجموعه قواعد صلاحیت نیست، بلکه نقشی نمادین، اجتماعی و هویتی در ساختن دولت دارد (Smend, 2002 [1928]: 213-242).

هلمر نیز نشان می‌دهد که دموکراسی سیاسی بدون حداقلی از همگنی اجتماعی، عدالت و امکان مشارکت واقعی، به پوسته‌ای صوری تبدیل می‌شود. از نظر هلمر، برابری حقوقی اگر با نابرابری شدید اجتماعی همراه باشد، نمی‌تواند دموکراسی را پایدار نگه دارد (Heller, 2002 [1928]: 256-265). این نکته، به نظریه قانون اساسی مادی عمق اجتماعی می‌بخشد؛ زیرا نشان می‌دهد ماده قانون اساسی فقط قدرت سیاسی و نهادهای رسمی نیست، بلکه وضعیت اجتماعی، توزیع قدرت اقتصادی، امکان مشارکت و ظرفیت واقعی شهروندان برای حضور در حیات عمومی را نیز دربرمی‌گیرد.

در جمع‌بندی می‌توان گفت *مورثاتی* در نقطه میانی ایستاده است. او از کلسن می‌آموزد که قانون اساسی بدون صورت حقوقی و نظم هنجاری نمی‌تواند پابرجا بماند؛ از /شمیت می‌آموزد که قانون اساسی فقط مجموعه قواعد نیست و به نیروی سیاسی بنیادین نیاز دارد؛ از /سمند می‌آموزد که قانون اساسی با ادغام اجتماعی و نهادی پیوند دارد و از هلمر می‌توان آموخت که قانون اساسی

بدون زمینه اجتماعی دموکراسی، به فرمالیسمی شکننده فروکاسته می‌شود. با این حال، مورتاتی این عناصر را در مفهوم قانون اساسی مادی گرد می‌آورد.

۶. پیامدهای حقوق عمومی نظریه قانون اساسی مادی

اهمیت نظریه مورتاتی برای حقوق عمومی معاصر در این است که حقوق‌دان اساسی را وادار می‌کند از سطح متن فراتر رود و بپرسد آیا نهادهای واقعی قدرت با صورت رسمی قانون اساسی هماهنگ‌اند؟ آیا حقوق بنیادین فقط اعلام شده‌اند یا از ضمانت نهادی برخوردارند؟ آیا تفکیک قوا در متن باقی مانده، اما در عمل به تمرکز قدرت اجرایی تبدیل شده است؟ آیا قانون اساسی همچنان نظم‌دهنده قدرت است یا صرفاً پوششی صوری برای جابه‌جایی‌های مادی قدرت؟

از این منظر، قانون اساسی مادی می‌تواند سه کارکرد انتقادی داشته باشد. نخست، کارکرد آشکارساز دارد؛ یعنی شکاف میان قانون اساسی نوشته و واقعیت نهادی قدرت را مرئی می‌کند. در بسیاری از نظام‌ها، بحران قانون اساسی از مسیرهای تدریجی رخ می‌دهد؛ یعنی تضعیف پارلمان، وابستگی نهادهای نظارتی، افزایش اختیارات اضطراری، تمرکز قدرت در قوه مجریه، حزبی‌شدن نهادهای عمومی و کاهش استقلال قضاوت. نظریه مادی به ما امکان می‌دهد این تحولات را نه رخدادهایی پراکنده، بلکه دگرگونی در ماده قانون اساسی بدانیم.

دوم، این نظریه کارکرد ضدفرمالیستی دارد. قانون‌گرایی صوری ممکن است به وضعیتی بینجامد که در آن همه تصمیم‌ها ظاهراً بر اساس قانون اتخاذ می‌شوند، اما روح قانون اساسی، یعنی تحدید قدرت، پاسخگویی، حقوق بنیادین و امکان نظارت، فرسوده شده است. نظریه قانون اساسی مادی هشدار می‌دهد که وفاداری به قانون اساسی فقط وفاداری به متن نیست؛ وفاداری به آن ماده نهادی و اجتماعی است که متن را به ابزار تحدید قدرت و صیانت از آزادی تبدیل می‌کند.

سوم، این نظریه کارکرد نهادی دارد. قانون اساسی، برای بقا، به نهادهایی نیاز دارد که بتوانند آن را محقق کنند؛ دادگاه مستقل، پارلمان مؤثر، احزاب مسئول، دولت پاسخگو، رسانه آزاد، جامعه مدنی و فرهنگ حقوقی. در غیاب این نهادها، قانون اساسی صوری ممکن است پابرجا بماند، اما قانون اساسی مادی از درون تغییر کند. این همان درسی است که بحران میان‌دوجنگ به حقوق عمومی پس‌اجنگ داد: قانون اساسی را نمی‌توان فقط نوشت؛ باید آن را نهادمند کرد.

با وجود این، باید از خطر نظریه مادی نیز غافل نشد. اگر قانون اساسی مادی صرفاً به معنای شناسایی نیروی غالب باشد، می‌تواند به توجیه قدرت مستقر تبدیل شود. به همین دلیل، خوانش

معاصر از مورتاتی باید با معیارهای هنجاری مشروطه گرایی تکمیل شود: حاکمیت قانون، تفکیک قوا، حقوق بنیادین، مشارکت سیاسی، پاسخگویی، امکان نظارت و منع تمرکز قدرت. بر این اساس، دستاورد اصلی نظریه مورتاتی را باید در صورت‌بندی نوعی قانون اساسی‌گرایی نهادمند دانست. در این خوانش، قانون اساسی نظم‌ی است که باید هم صورت حقوقی داشته باشد، هم ماده نهادی؛ هم به قواعد وفادار باشد، هم به شرایط واقعی امکان اجرای قواعد؛ هم قدرت را سازمان دهد، هم آن را محدود کند.

۷. نتیجه‌گیری

بحران حقوق اساسی اروپا در فاصله میان دو جنگ جهانی، تنها شکست چند متن قانون اساسی یا ناکامی چند رژیم پارلمانی نبود؛ بلکه لحظه‌ای بود که در آن، کفایت تصور صوری از قانون اساسی به پرسش گرفته شد. تجربه وایمار، ایتالیا و دیگر نظام‌های بحران‌زده اروپایی نشان داد که قانون اساسی، حتی اگر از حیث شکلی معتبر، پیشرفته و برخوردار از قواعد حقوق بنیادین و نهادهای نمایندگی باشد، بدون پشتوانه نهادی، اجتماعی و سیاسی مؤثر نمی‌تواند ضامن آزادی، دموکراسی و تحدید قدرت باقی بماند. در چنین وضعیتی، مسئله دیگر صرفاً این نبود که قانون اساسی چه می‌گوید؛ بلکه این بود که چه نیروها، نهادها و مناسباتی امکان تحقق یا فرسایش آن را در عمل فراهم می‌کنند. از همین‌جا مفهوم قانون اساسی مادی اهمیت نظری خود را می‌یابد. مورتاتی با صورت‌بندی نظریه قانون اساسی مادی، حقوق اساسی را به سوی لایه‌ای برد که در تحلیل‌های صوری غالباً پنهان می‌ماند؛ سطح نیروهای سازمان‌یافته، نهادهای عمومی، اهداف بنیادین و جهت‌گیری‌هایی که متن قانون اساسی را در واقعیت حمل می‌کنند. اهمیت او در این نیست که قانون اساسی نوشته را بی‌اعتبار می‌سازد، بلکه در آن است که نشان می‌دهد متن، بدون ماده نهادی و اجتماعی پشتیبان، به تنهایی قادر به حفظ نظم قانون اساسی نیست. از این منظر، قانون اساسی نه فقط سندی برتر در سلسله‌مراتب هنجاری، بلکه صورت حقوقی یک نظم زنده است؛ نظم‌ی که در پیوند میان قاعده، نهاد، قدرت و جامعه معنا می‌یابد.

با این حال، ارزش نظری مورتاتی درست در نقطه‌ای قرار دارد که خطر آن نیز آغاز می‌شود. قانون اساسی مادی اگر صرفاً به معنای شناسایی نیروی غالب فهم شود، می‌تواند از نظریه‌ای برای فهم و نقد قدرت، به ابزاری برای توجیه قدرت مستقر تبدیل گردد. زمینه تاریخی شکل‌گیری نظریه مورتاتی، یعنی ایتالیا در عصر تمرکز اجرایی و افول پارلماناریسم، این خطر را جدی‌تر می‌سازد. از این رو، بازخوانی معاصر او نمی‌تواند صرفاً بازگشتی ستایش‌آمیز به مفهوم قانون اساسی مادی

باشد؛ بلکه باید بازخوانی‌ای انتقادی باشد که میان «تبیین واقعیت قدرت» و «مشروعیت‌بخشی به آن» تمایز بگذارد.

دستاورد اصلی این پژوهش آن است که قانون اساسی مادی را نه بدیلی برای قانون اساسی صوری، بلکه شرط فهم عمیق‌تر آن می‌داند. قانون اساسی صوری برای تحدید قدرت، تضمین حقوق و ایجاد قابلیت پیش‌بینی ضروری است؛ اما اگر از ماده نهادی، اجتماعی و سیاسی خود جدا شود، به متنی معتبر اما کم‌اثر فروکاسته می‌شود. در مقابل، قانون اساسی مادی نیز اگر از معیارهای هنجاری مانند حاکمیت قانون، تفکیک قوا، حقوق بنیادین، پاسخگویی و امکان نظارت جدا گردد، به واقع‌گرایی خطرناک نزدیک می‌شود. بنابراین، راه میانه در نوعی قانون اساسی‌گرایی نهادمند است: فهمی که هم به متن وفادار می‌ماند و هم از نیروهای واقعی سازنده آن غفلت نمی‌کند؛ هم قدرت را می‌شناسد و هم آن را در پرتو معیارهای حقوق عمومی محدود می‌سازد.

از این حیث، پرسش نهایی مقاله پرسشی صرفاً تاریخی نیست. اهمیت دیدگاه مورثاتی برای حقوق عمومی امروز در آن است که ما را وامی‌دارد بپرسیم قانون اساسی در عمل بر چه چیزی استوار است. پاسخ این پرسش، فقط در مواد قانون اساسی، تشریفات اصلاح یا سلسله‌مراتب هنجاری یافت نمی‌شود؛ بلکه در کیفیت نهادهایی است که قانون اساسی را اجرا می‌کنند، در نیروهایی که آن را تقویت یا تضعیف می‌سازند، در روابط اجتماعی‌ای که امکان دموکراسی را فراهم یا تهی می‌کنند، و در معیارهایی که قدرت را پاسخگو و قانونمدار نگاه می‌دارند. بدین ترتیب، درس ماندگار بحران میان‌دوجنگ آن است که قانون اساسی فقط نوشته نمی‌شود؛ باید در نهادها، روابط اجتماعی و فرهنگ محدودیت قدرت نیز استقرار یابد. این نقطه، معنای معاصر قانون اساسی مادی و ضرورت بازاندیشی در قانون اساسی‌گرایی نهادمند را آشکار می‌کند.

منابع

منابع فارسی

۱. مرادی برلیان، مهدی و تنگستانی، محمدقاسم (۱۴۰۳)، «از تمایز میان دوست و دشمن تا تجلی اراده انضمامی: حاکمیت اشمیتی در دیالکتیک امر سیاسی و امر حقوقی»، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۲، صص ۱۷۷-۱۹۷.
۲. مرادخانی، فردین (۱۴۰۰ الف)، «مفهوم قانون اساسی در اندیشه کارل اشمیت»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۵۱، شماره ۲، صص ۶۷۵-۶۹۴.
۳. مرادخانی، فردین (۱۴۰۰ ب)، «نگهبان قانون اساسی در اندیشه کارل اشمیت»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۲، شماره ۷۰، صص ۱۳۰-۱۵۸.
۴. مرادخانی، فردین (۱۴۰۰ ج)، «تحولات تاریخی مفهوم مدرن قانون اساسی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰۰، صص ۲۹۷-۳۲۸.

منابع غیرفارسی

Book

5. Caldwell, Peter C. (1997), **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism**, Durham and London: Duke University Press.
6. Colón-Ríos, Joel I. (2020), **Constituent Power and the Law**, Oxford: Oxford University Press.
7. Croce, Mariano and Goldoni, Marco (2020), **The Legacy of Pluralism: The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati**, Stanford: Stanford University Press.
8. Dyzenhaus, David (1997), **Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar**, Oxford: Oxford University Press.
9. Kelsen, Hans (1967), **Pure Theory of Law**, Translated by Max Knight, Berkeley: University of California Press.
10. Mortati, Costantino (1998 [1940]), **La costituzione in senso materiale**, Milano: Giuffrè.

11. Schmitt, Carl (2008), **Constitutional Theory**, Translated and Edited by Jeffrey Seitzer, Durham: Duke University Press.

Article

12. Dyzenhaus, David (2019), "Introduction: The Politics of Sovereignty", in Hermann Heller, **Sovereignty: A Contribution to the Theory of Public and International Law**, Oxford: Oxford University Press, pp. 1-59.
13. Goldoni, Marco and Wilkinson, Michael A. (2018), "The Material Constitution", **The Modern Law Review**, Vol. 81, No. 4, pp. 567-597. DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12352>
14. Heller, Hermann (2002 [1928]), "Political Democracy and Social Homogeneity", in Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Berkeley: University of California Press, pp. 256-265.
15. Kelsen, Hans (2015 [1931]), "Who Ought to Be the Guardian of the Constitution?", in Lars Vinx (ed. and trans.), **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 174-221.
16. La Torre, Massimo (2003), "The German Impact on Fascist Public Law Doctrine: Costantino Mortati's Material Constitution", in Christian Joerges and Navraj Singh Ghaleigh (eds.), **Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Traditions**, Oxford: Hart Publishing, pp. 305-320.
17. Rubinelli, Lucia (2019), "Costantino Mortati and the Idea of Material Constitution", **History of Political Thought**, Vol. 40, No. 3, pp. 515-546.
18. Rubinelli, Lucia (2023), "The Constitution in the Material Sense According to Costantino Mortati", in Marco Goldoni and Michael A. Wilkinson (eds.), **The Cambridge Handbook on the Material Constitution**, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 89-99. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781009023764.007>
19. Scarcello, Orlando (2025), "Italy's Authoritarian Turn as Executive Dominance: Costantino Mortati's Early Writings, 1931-1944", **European Law Open**, Vol. 4, No. 4, pp. 853-865. DOI: <https://doi.org/10.1017/elo.2025.10051>
20. Schmitt, Carl (2015 [1931]), "The Guardian of the Constitution", in Lars Vinx (ed. and trans.), **The Guardian of the Constitution:**

Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 79-173.

21. Smend, Rudolf (2002 [1928]), "Constitution and Constitutional Law", in Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.) , **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Berkeley: University of California Press, pp. 213-242.

تحولات حقوقی

دوره ۲، شماره ۱ - شماره پیاپی ۳، بهار ۱۴۰۵

A Comparative Study of the Legal Effects of Real
Property Ownership in Iranian and American Law

Authors: Hooshang Maghbooli | Ali Alboye
Hasan Moradi

مطالعه تطبیقی آثار مالکیت اموال غیرمنقول

در حقوق ایران و آمریکا

نویسندگان: هوشنگ مقبولی | علی ال بویه | حسن مرادی



LEGAL DEVELOPMENT

Vol. 2, Issue 1, No. 3, Spring 2026



A Comparative Study of the Legal Effects of Real Property Ownership in Iranian and American Law

***Hooshang Maghbooli**

PhD student in Private Law, Emirates Branch, Islamic Azad University, Dubai, United Arab Emirates.

Ho_Maghbooli@yahoo.com

Ali Alboye

Assistant Professor, Department of Law, Yasuj University, Yasuj, Iran

Hasan Moradi

Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract:

Registration systems constitute one of the essential instruments for ensuring legal security in the ownership of immovable property. The concept of the "effects of ownership" essentially refers to the legal, economic, and social consequences arising from ownership. Once an individual is recognized as an owner, such ownership gives rise to a series of effects, encompassing various rights, obligations, restrictions, and liabilities. In both Iran and the United States, each of these systems adopts distinct methods and procedures for the registration of ownership titles. As one of the fundamental pillars for providing legal security in real property ownership, registration systems play a significant role in safeguarding and protecting proprietary rights of individuals. This article comparatively examines and analyzes the impact of the Iranian and American registration systems on the legal security of real property ownership. In Iran, the land registration system is based on official deeds and the Registration of Deeds and Properties Act of 1931, the primary objective of which is to prevent property disputes and guarantee ownership rights. In contrast, the registration system in the United States is founded on the principle of private property, within a framework of multiple federal and state structures, which entail variations in procedures and mechanisms. This research,

while scrutinizing the strengths and weaknesses of each system, addresses their implications for ensuring legal security, reducing property litigation, and enhancing investor confidence, and further offers recommendations for the improvement of Iran's property registration system.

Keywords:

Common Law, Civil Law, Federal, State Laws, Dispute Resolution.

مطالعه تطبیقی آثار مالکیت اموال غیرمنقول در حقوق ایران و آمریکا

*هوشنگ مقبولی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبئی، امارات متحده عربی

Ho_Maghbooli@yahoo.com

علی ال بویه

استادیار، گروه حقوق، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران.

حسن مرادی

استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

چکیده:

این تحقیق با هدف بررسی تطبیقی آثار مالکیت اموال غیرمنقول در نظام‌های حقوقی ایران و آمریکا انجام شده است. هدف اصلی این پژوهش، شناسایی شباهت‌ها و تفاوت‌های موجود در قوانین و رویه‌های قضایی دو کشور و ارائه راهکارهایی برای بهبود و تقویت نظام حقوقی ایران در این زمینه است. سوال اصلی این پژوهش این است که آثار حقوقی مالکیت اموال غیرمنقول در دو نظام حقوقی ایران و آمریکا چه تفاوت‌ها و شباهت‌هایی دارند و چگونه می‌توان از تجربیات حقوقی آمریکا برای ارتقای قوانین داخلی استفاده کرد. پیشینه تحقیق نشان می‌دهد که پژوهش‌های مختلفی در حوزه مقایسه نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف انجام شده است، اما بررسی تطبیقی دقیق و جامعی در خصوص مالکیت اموال غیرمنقول میان ایران و آمریکا به‌ندرت صورت گرفته است. این تحقیق با استفاده از روش مطالعات کتابخانه‌ای و بررسی قوانین، مقررات و آرای قضایی دو کشور انجام شده و از فنون تحلیل تطبیقی و تحلیل محتوا برای بررسی و مقایسه اطلاعات بهره گرفته است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که تفاوت‌های مهمی در رویکرد دو کشور نسبت به مالکیت اموال غیرمنقول وجود دارد که ناشی از تفاوت‌های فرهنگی، تاریخی و حقوقی آن‌هاست. این تفاوت‌ها می‌تواند برای سیاست‌گذاران و قانون‌گذاران در ایران، در جهت بهبود قوانین و مقررات و تقویت حمایت‌های حقوقی از مالکیت اموال غیرمنقول مفید باشد.

واژگان کلیدی: کامن لا، قانون مدنی، فدرال، قوانین ایالتی، حل اختلافات.

۱. مقدمه

در نظام حقوقی ایران و آمریکا، مالکیت اموال غیرمنقول از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و قواعد و مقررات حاکم بر آن تأثیر مستقیمی بر امنیت معاملات، تضمین حقوق مالکانه و توسعه اقتصادی دارد. با این حال، بررسی تطبیقی آثار مالکیت این اموال در دو نظام حقوقی مختلف نشان می‌دهد که هنوز ابهامات و چالش‌هایی وجود دارد که حل آن‌ها نیازمند پژوهش دقیق و تحلیلی است. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۵۹)

مطالعات پیشین عمدتاً به بررسی جنبه‌های خاص مالکیت، حقوق انتقال، ثبت اسناد یا محدودیت‌های قانونی پرداخته‌اند و هر یک از نظام‌های حقوقی را به صورت جداگانه تحلیل کرده‌اند. این پژوهش‌ها نشان می‌دهد که در ایران، مالکیت اموال غیرمنقول تحت تأثیر قواعد فقهی و قانون مدنی قرار دارد، در حالی که در آمریکا، مالکیت مبتنی بر سیستم کامن لا^۱ با تأکید بر حقوق قراردادهای و ثبت رسمی اموال تعریف می‌شود. با وجود این، بررسی تطبیقی آثار مالکیت و مقایسه اثرات حقوقی و اقتصادی آن در دو کشور کمتر انجام شده است و سؤال‌های کلیدی درباره نحوه اعمال حقوق مالکانه، محدودیت‌ها، ضمانت‌های اجرایی و پیامدهای حقوقی و اجتماعی همچنان بدون پاسخ باقی مانده‌اند. (طباطبایی حصاری، صادقی مقدم، ۱۳۹۴: ۶۷۹)

اهمیت موضوع از چند بعد قابل توجه است. نخست، درک دقیق تفاوت‌ها و شباهت‌های دو نظام حقوقی می‌تواند به بهبود قوانین داخلی و اجرای عدالت کمک کند. دوم، شناخت تطبیقی آثار مالکیت، راهنمایی برای سرمایه‌گذاران و افراد حقیقی و حقوقی فراهم می‌آورد تا با آگاهی از چارچوب‌های قانونی، ریسک‌های حقوقی را کاهش دهند. سوم، این پژوهش می‌تواند به رفع ابهامات موجود در رویه‌های قضایی و اجرای مقررات مالکیت در ایران کمک کرده و امکان تطبیق با استانداردهای بین‌المللی را فراهم سازد. (کوک، ۲۰۰۳، ۱۸۴)^۲

مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی گوناگون، به‌ویژه در حوزه حقوق مدنی و مالکیت، نقشی کلیدی در درک عمیق‌تر از ماهیت حقوقی، کارکرد اقتصادی و محدودیت‌های حقوقی بر اموال غیرمنقول ایفا می‌کند. اموال غیرمنقول به عنوان مهم‌ترین دارایی‌های اقتصادی و اجتماعی، نه تنها پایه‌های ثبات مالی خانواده‌ها و بنگاه‌ها را تشکیل می‌دهند، بلکه مبنای بسیاری از روابط حقوقی پیچیده از جمله صلح، وکالت، رهن، اجاره و مالکیت مشاع را شکل می‌دهند. در حقوق ایران که ریشه در فقه امامیه و قانون مدنی مصوب ۱۳۱۰ دارد، تفکیک اموال منقول و غیرمنقول بر اساس ماده ۱۸ قانون مدنی، مبنای اصلی طبقه‌بندی اموال است و تأکید ویژه‌ای بر

^۱ common law

^۲ Cooke, 2003: 184

ثبت و رسمیت بخشی به انتقال مالکیت اموال غیرمنقول از طریق دفترخانه اسناد رسمی وجود دارد (محمودی، ۱۳۹۸، ۴۵). در مقابل، حقوق ایالات متحده آمریکا که متعلق به نظام کامن لا^۳ است، ساختاری منعطف تر و مبتنی بر پیشینه قضایی دارد؛ در این نظام، مفاهیمی مانند «عقد زمین»^۴، «حقوق بهره‌وری»^۵ و «مالکیت مشروط»^۶ جایگاه ویژه‌ای دارند و تأکید اصلی بر حقوق متعارفی و رویه‌های قضایی ایالتی در تنظیم روابط مالکیتی است (لی اولین، ۱۹۳۰، ۲۱۵)^۷

تفاوت‌های بنیادین در مبانی فقهی-شرعی در حقوق ایران و اصول لیبرال-قراردادی در حقوق آمریکا، منجر به شکل‌گیری چارچوب‌های متفاوتی در نحوه تعریف، انتقال، محدودیت و حمایت از حقوق مالکیت بر اموال غیرمنقول شده است. در حالی که در حقوق ایران، صحت انتقال اموال غیرمنقول منوط به رعایت تشریفات خاصی است و عدم ثبت سند می‌تواند تأثیرگذار بر ادعای ثلث باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ۱۱۲)، در حقوق آمریکا، اصل «ثبت در دفتر املاک» ایالتی تعیین‌کننده اولویت حقوقی مالکان جدید در برابر ادعای اشخاص ثالث است و سیستم‌های متفاوتی مانند Notice, Race-Notice و Pure Race در ایالت‌های مختلف کاربرد دارد. (بلوم و همکاران، ۲۰۰۸، ۳۴۲)^۸ همچنین، نقش دولت در حقوق ایران از طریق نهادهایی مانند ثبت اسناد و املاک و محدودیت‌های مبتنی بر احکام شرعی (مانند منع ضرر یا غصب) پررنگ‌تر است، در حالی که در حقوق آمریکا، تعادل میان حقوق مالک خصوصی و نظارت عمومی از طریق رویه‌های قضایی و قوانین ایالتی تنظیم می‌شود که انعطاف‌پذیری بیشتری را به وجود می‌آورد (کوئیلمن، ۲۰۱۹، ۸۹)^۹

این پژوهش با هدف بررسی تطبیقی دقیق این تفاوت‌ها و شباهت‌ها، به دنبال آن است تا نشان دهد که چگونه بسترهای فرهنگی، دینی و تاریخی هر نظام حقوقی، بر ساختار مالکیت غیرمنقول تأثیر گذاشته است. با واکاوی اصول حاکم بر تعریف اموال غیرمنقول، تشریفات انتقال، اثبات مالکیت، و حمایت‌های حقوقی در برابر تجاوزات یا محدودیت‌های دولتی، این مطالعه تلاش می‌کند تا خلأهای موجود در هر نظام را شناسایی کرده و راهکارهایی برای هماهنگی بیشتر یا بهره‌گیری از تجربیات یکدیگر، به‌ویژه در زمینه‌های تجارت بین‌الملل و سرمایه‌گذاری خارجی ارائه دهد. این بررسی نه تنها از نظر تئوریک برای درک بهتر دو نظام حقوقی مهم جهان ضروری است، بلکه از منظر کاربردی می‌تواند به قضات، حقوقدانان و

^۳ (Common Law)

^۴ (Deeds)

^۵ (Easements)

^۶ (Conditional Ownership)

^۷ (Llewellyn, 1930, p. 215)

^۸ (Blum & Bushaway, 2008, p. 342).

^۹ (Quillman, 2019, p. 89).

سیاست‌گذارانی که با پرونده‌های دارای عنصر خارجی یا نیاز به الهام از نظام‌های دیگر روبرو هستند، کمک شایانی نماید. با تکیه بر منابع دست‌اول شامل قوانین مدنی ایران، آرای دیوان عالی کشور ایران، و کدهای ایالتی و آرای کلیدی دیوان عالی دادگستری آمریکا (مانند آرای مرتبط با حقوق بهره‌وری و مالکیت مشاع)، این مقاله کوشیده است تا تصویری جامع و دقیق از چالش‌ها و راهکارهای حقوقی در حوزه مالکیت اموال غیرمنقول در دو نظام حقوقی ایران و آمریکا ترسیم کند.

هدف اصلی این پژوهش، شناسایی و تحلیل تطبیقی آثار مالکیت اموال غیرمنقول در حقوق ایران و آمریکا و ارائه راهکارهایی برای رفع ابهامات حقوقی و افزایش امنیت معاملات است. فرضیه‌های پژوهش بر این مبناست که تفاوت‌های بنیادین نظام‌های حقوقی ایران و آمریکا، آثار حقوقی مالکیت را به شکل متفاوتی شکل می‌دهد و شناخت این تفاوت‌ها می‌تواند موجب بهبود کارایی قوانین و رویه‌های قضایی شود. این پژوهش با بررسی دقیق قوانین، رویه‌های قضایی و تحلیل تطبیقی آن‌ها، تلاش می‌کند به سؤالات کلیدی پاسخ دهد و چارچوبی روشن برای فهم بهتر آثار مالکیت اموال غیرمنقول ارائه کند.

نتایج این تحقیق می‌تواند به مراجع قانونی، قضات، حقوقدانان و سرمایه‌گذاران کمک کند تا با شناخت دقیق از آثار مالکیت و تفاوت‌های حقوقی، تصمیم‌گیری آگاهانه‌تری داشته باشند و ابهامات موجود در معاملات و دعاوی مربوط به اموال غیرمنقول کاهش یابد. علاوه بر این، یافته‌های پژوهش می‌تواند پایه‌ای برای اصلاح قوانین و سیاست‌گذاری‌های مرتبط با مالکیت در ایران فراهم کند و امکان تطبیق با تجربه‌های بین‌المللی را افزایش دهد.

۲. مبانی نظری پژوهش

مالکیت اموال غیرمنقول به عنوان یکی از بنیادی‌ترین مفاهیم در نظام‌های حقوقی مختلف، همواره نقش تعیین‌کننده‌ای در تعیین حدود و حقوق افراد و نیز تنظیم مناسبات اقتصادی، اجتماعی و سیاسی ایفا کرده است. در این میان، مطالعه تطبیقی میان حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا از منظر آثار ناشی از مالکیت اموال غیرمنقول، نه تنها امکان شناسایی نقاط قوت و ضعف هر یک از نظام‌های حقوقی را فراهم می‌آورد، بلکه می‌تواند به درک عمیق‌تری از مبانی فقهی، حقوقی و فلسفی حاکم بر آن‌ها منجر شود. (طباطبایی حصار، صفی زاده، ۱۴۰۰: ۲۶۵) حقوق ایران با تکیه بر مبانی فقه امامیه، نگرش خاصی نسبت به مالکیت دارد که متأثر از اصول شرعی، عرفی و قانونی است؛ در حالی که حقوق آمریکا با ریشه‌های عمیق در نظام کامن‌لا، بر قواعد عرفی و رویه‌های قضایی استوار است و نگاه عمل‌گرایانه‌تری به مسئله مالکیت دارد. این دو نظام حقوقی با وجود تفاوت‌های ساختاری و مبانی، در عمل با چالش‌ها و مسائل مشابهی همچون محدودیت‌های مالکیت، انتقال، ضبط و بهره‌برداری از اموال غیرمنقول مواجه

هستند. بررسی تطبیقی این دو نظام می‌تواند زمینه‌ساز تدوین سیاست‌های حقوقی کارآمدتر، ارتقای امنیت اقتصادی و تقویت نظام حقوقی داخلی در مواجهه با تحولات جهانی باشد. افزون بر آن، در عصر جهانی‌شدن و افزایش تعاملات فراملی، آگاهی از چگونگی برخورد نظام‌های مختلف با نهاد مالکیت، ضرورتی انکارناپذیر برای قانون‌گذاران، حقوقدانان، سرمایه‌گذاران و حتی شهروندان عادی به شمار می‌رود. مقاله حاضر، با تکیه بر منابع معتبر حقوقی، بررسی رویه‌های قضایی و تحلیل اصول حاکم بر مالکیت در هر دو کشور، در پی آن است تا تصویری روشن از نقاط اشتراک و افتراق در آثار حقوقی، اقتصادی و اجتماعی مالکیت اموال غیرمنقول در حقوق ایران و ایالات متحده ارائه دهد. (عبدالملکی و همکاران، ۱۴۰۰: ۲۶۴)

در قانون مدنی ایران آثار مالکیت به این صورت تعریف شده است:

مالکیت یکی از مهم‌ترین حقوق عینی است که به فرد امکان می‌دهد نسبت به مال خود حق تصرف، استفاده، بهره‌برداری و انتقال آن را داشته باشد. به عبارت دیگر، مالکیت قدرت قانونی و مشروع بر یک مال مشخص است که به مالک اجازه می‌دهد آن را مدیریت و کنترل کند. (طباطبایی حصاری، ۱۳۸۹: ۲۳۴) در حقوق ایران، مالک می‌تواند نسبت به مال خود هرگونه تصرف مشروع داشته باشد، مگر اینکه قانون استثناء کرده باشد و حقوق مالک شامل حق استفاده، حق انتفاع و حق تصرف است. در حقوق آمریکا، مالکیت به مفهوم حقوق قانونی نسبت به مال تعریف می‌شود و شامل سه جنبه اصلی است: حق مالکیت، حق استفاده و حق انتقال که مالک می‌تواند مال را داشته باشد، از آن بهره‌برداری کند و آن را به دیگران منتقل کند. آثار مالکیت به حقوق و تکالیفی که برای مالک نسبت به مال ایجاد می‌کند گفته می‌شود و شامل چند جنبه است. (قنواتی، ۱۴۰۰: ۲۱۶) مالک می‌تواند از مال خود استفاده کند یا آن را نگهداری کند، مشروط بر اینکه به حقوق دیگران تجاوز نکند. مالک می‌تواند منافع مال خود را بهره‌برداری کند، مانند اجاره دادن یا کسب سود از آن، با رعایت مشروعیت و عدم آسیب به دیگران. مالک می‌تواند مال خود را به دیگری بفروشد، هدیه دهد یا به ارث بگذارد و این انتقال در ایران مستلزم رعایت مقررات قانونی و ثبت رسمی است، در حالی که در آمریکا قراردادهای خصوصی نقش گسترده‌تری دارند (صفی زاده، ۱۴۰۱: ۱۹۴) مالک می‌تواند در برابر تصرف غیرمجاز یا تعرض به مال خود از طریق قانونی اقدام کند و هم در ایران و هم در آمریکا امکان طرح شکایت قانونی برای حفاظت از مال وجود دارد. مالک موظف است از مال خود به نحو مشروع استفاده کند و حقوق عمومی یا حقوق دیگران را نقض نکند؛ در ایران نمی‌تواند مال خود را برای اهداف غیرقانونی یا مضر استفاده کند و در آمریکا نیز باید از مقررات زیست‌محیطی، ساختمانی و حقوق همسایگان تبعیت کند. به طور کلی، مالکیت نه تنها حق بهره‌برداری و تصرف را به مالک می‌دهد، بلکه مسئولیت‌ها و محدودیت‌های قانونی نیز ایجاد می‌کند تا توازن بین منافع فرد و جامعه حفظ شود. بررسی تحولات قانون ثبت در ایران از جمله مذاکرات

مجلس شورای ملی^{۱۰} و آرای صادره از دیوان عالی^{۱۱} کشور حکایت از تمایل مقنن به پیاده سازی نظام «ثبت» اسناد به مثابه «نظام ایجاد حق» و نظریه انتزاعی مالکیت و تفوق مقررات شکلی قانون ثبت بر مقررات ماهوی قانون مدنی دارد. (صفی زاده، ۱۴۰۱: ۱۹۵)

ماده ۳۰ قانون مدنی: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.»

مالکیت یکی از مهم ترین حقوق عینی است که به مللک اجازه می دهد نسبت به مال خود تصرف، استفاده، بهره برداری و انتقال داشته باشد و در عین حال ملزم به رعایت مقررات قانونی و حقوق دیگران باشد. یکی از مصادیق اصلی آثار مالکیت حق انتفاع است که به مالک امکان می دهد از منافع مالی و غیر مالی مال خود بهره برداری کند. این حق شامل استفاده از محصولات زمین، دریافت اجاره، بهره برداری صنعتی یا تجاری از مال و سایر منافع مشروع است، مشروط بر اینکه حقوق دیگران و قوانین عمومی نقض نشود. حق ارتفاق یکی دیگر از آثار مالکیت است که معمولاً در املاک نمود دارد و به مللک اجازه می دهد برای دیگران حقوق محدود یا منافع مشخص ایجاد کند، مانند حق عبور، حق بهره برداری از منابع آب یا مسیرهای ارتباطی، بدون اینکه مالکیت اصلی مال خود را از دست بدهد. ایجاد این حق در ایران بر اساس قوانین مدنی نیازمند ثبت و مستندات قانونی است. حق تجزیه یا تفکیک مال به مالک این امکان را می دهد که مال خود را به اجزاء کوچک تر تقسیم کند و آن ها را به طور مستقل استفاده یا منتقل نماید، مگر آنکه محدودیت قانونی یا مقررات خاص مانع باشد. این حق در املاک، زمین های کشاورزی یا ساختمان ها اهمیت دارد و در حقوق آمریکا نیز وجود دارد، با این تفاوت که قوانین محلی و قراردادی ممکن است محدودیت هایی ایجاد کنند. مالکیت با محدودیت ها و مسئولیت هایی همراه است. مالک نمی تواند مال خود را به نحوی استفاده کند که به دیگران آسیب برساند، حقوق همسایگان را نقض کند یا قوانین عمومی و محیط زیستی را زیر پا بگذارد. این محدودیت ها تضمین می کنند که استفاده از مالکیت با منافع جامعه همخوانی داشته باشد. مسئولیت های ناشی از مالکیت نیز یکی از آثار مهم آن است. مالک موظف است از مال خود به نحو مشروع مراقبت کند و در صورت ایجاد خسارت برای دیگران، مسئول جبران آن باشد. در ایران، مالک می تواند از طریق دعای حقوقی نسبت به تعرض یا تصرف غیر مجاز اقدام کند و در آمریکا نیز قوانین ایالتی و فدرال حفاظت حقوق مالک را تضمین می کند. بنابراین آثار مالکیت را می توان به پنج دسته اصلی تقسیم کرد: حق انتفاع، حق ارتفاق، حق تجزیه، محدودیت های

^{۱۰} مشروح مذاکرات جلسه ۱۴۸ دوره دوم مجلس ملی به نقل از آقا شیخ ابراهیم زنجانی بیان شده است: «قانون ثبت اسناد بهترین قوانین است و اگر این قانون نباشد عدلیه به همین هرج و مرج هامبتلا خواهد بود برای اینکه اغلب نزاعها که برخاسته می شود از اختلاف اسناد است.»

^{۱۱} حکم شماره ۱۱۱۲-۱۳۲۷/۷/۱۵ شعبه ۶ دیوان عالی کشور، احمد متین دفتری، مجموعه رویه قضایی (۱۳۴۰)

مالکانه و مسئولیت‌های ناشی از مالکیت. (قنوائی، ۱۴۰۰: ۲۱۸) این آثار نه تنها به مالک قدرت تصرف و بهره‌برداری می‌دهند، بلکه چارچوب قانونی و اخلاقی برای استفاده از مال را تعیین می‌کنند تا توازن بین منافع فرد و جامعه حفظ شود. (صفی زاده، ۱۴۰۱: ۱۹۵)

انتقال مالکیت یکی از مهم‌ترین مباحث در مبادلات اقتصادی و اجتماعی هر جامعه‌ای است. ثبت رسمی اسناد به‌عنوان یک ابزار قانونی، نقش بسزایی در تضمین امنیت حقوقی و تحقق قطعی انتقال مالکیت دارد. در این مقاله، به بررسی تأثیرات مثبت ثبت رسمی اسناد در فرآیند انتقال مالکیت می‌پردازیم و با استفاده از مثال‌های واقعی، اهمیت این فرآیند را تشریح می‌کنیم. اهمیت ثبت رسمی اسناد در انتقال مالکیت فرآیند ثبت رسمی اسناد، به‌ویژه در حوزه املاک و مستغلات، یکی از مراحل حیاتی در انتقال صحیح مالکیت است. با ثبت رسمی، حقوق مالکیتی تصدیق شده و به‌طور قطعی و قانونی حفاظت می‌شود. این کار از بروز اختلافات حقوقی ناشی از ادعاهای چندگانه و مزاحمت‌های احتمالی جلوگیری می‌کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۶: ۴۰) تضمین امنیت حقوقی با ثبت اسناد ثبت رسمی اسناد، شرایطی را فراهم می‌آورد که تمامی طرفین معامله، از حقوق و وظایف خود آگاه باشند. از این جهت، به‌عنوان کارکردی قانونی، از وقوع تقلب و سوءاستفاده جلوگیری می‌کند و در صورت نیاز به پیگیری قضایی، مدرک معتبر و قابل استنادی است. مثال واقعی: یک مثال معروف در این زمینه، موردی است که در شهر تهران میان یک فروشنده ملک و خریدار رخ داده بود. فروشنده ملک را به چندین نفر به‌صورت غیررسمی فروخته بود و تنها یکی از آن‌ها توانست با اتکاء به سند رسمی، مالکیت خود را به اثبات برساند. این مثال اهمیت ثبت رسمی را در جلوگیری از تقلب و تضاد منافع به‌وضوح نشان می‌دهد. پس از تصویب قانون ثبت اسناد و املاک در سال ۱۳۱۰، با توجه به وجود ابهام در باب مفهوم ضمانت اجرای مندرج در ماده ۴۸ این قانون، پیچیدگی‌هایی در باب حدود الزام در ثبت اسناد و ماهیت معاملات مربوط به اموال غیرمنقول قابل ثبت بوجود آمد و اختلافات زمانی اوج گرفت که پس از پیروزی انقلاب اسلامی، تردیدهایی در باب لزوم و اعتبار قولنامه — که از سال‌ها قبل به دلایل مختلف به عرصه معاملات راجع به املاک وارد شده بود — ایجاد گردیده و شورایعالی قضایی وقت، اسناد مزبور را بی‌اعتبار شناخت و در رسیدگی‌های قضایی، رویه‌ای بر همین مبنا ایجاد شد و در نتیجه مبیعه‌نامه‌های عادی در روابط حقوقی مردم رواج یافت و تفسیر مواد ۴۶ تا ۴۸ ق.ث. مورد توجه بیشتری قرار گرفت، اگرچه بررسی‌های فقهی و حقوقی نشان می‌دهد که صحت قولنامه‌ها در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران، دارای مبانی متقنی می‌باشد. (طباطبایی حصاری، ۱۴۰۱: ۳۴) اما به هر حال رواج فروشنامه‌های عادی سبب گردید تا حقوقدانان، نظریات مختلفی در باب ماهیت معاملات املاک و نقش ثبت

رسمی اینگونه معاملات در تحقق آن‌ها ابراز نمایند. برخی ثبت را شرط وقوع معامله مال غیرمنقول و برخی آن را شرط انتقال مالکیت در چنین معامله‌ای دانسته و گروهی دیگر، معتقد به نقش اثباتی ثبت در قراردادهای راجع به املاک باشند که پذیرش نقش اخیر در اینگونه معاملات صحیح‌تر بوده و از میان تئوری‌های مبتنی بر نقش اثباتی، تفسیری که بیع املاک را از طریق ارائه سند عادی در مراجع قضایی قابل اثبات می‌داند منطقی‌تر به نظر می‌رسد و تحولات قانونی پس از سال ۱۳۱۰ نیز عموماً مبین جهت‌گیری مقنن به سوی پذیرش اعتبار اسناد عادی در معاملات املاک بوده است. اگرچه در این عرصه استثنائاتی نیز وجود دارد که می‌توان از تصویب قانون پیش فروش ساختمان به عنوان مهم‌ترین آن‌ها یاد کرد. در حقوق ایران، انتقال مالکیت اموال غیرمنقول معمولاً مستلزم رعایت دو نظام است: نظریه و نظام ثبت. بر اساس نظریه علی، مالکیت با قرارداد و توافق طرفین ایجاد می‌شود و ثبت رسمی صرفاً جنبه ثبتی و اثباتی دارد، اما برخی فقها و قانون‌گذاران معتقدند که برای انتقال مالکیت اموال غیرمنقول، ثبت در دفتر اسناد رسمی لازم است تا اثر قانونی و قطعی داشته باشد. این تعارض میان نظریه علی و ضرورت ثبت می‌تواند آثار مهمی بر امنیت معاملات و حقوق اشخاص ثالث داشته باشد. (هینزی، ۲۰۱۸: ۳۱۰) به عنوان مثال، در صورتی که انتقال صرفاً بر اساس قرارداد صورت گیرد و ثبت انجام نشود، مالکیت جدید ممکن است برای اشخاص ثالث قابل استناد نباشد و خطر دعاوی و تعرض به مالکیت ایجاد شود، زیرا ثبت رسمی در ایران نقش حفاظتی و اعلان عمومی دارد و حقوق اشخاص ثالث تنها زمانی تضمین می‌شود که انتقال در دفاتر ثبت رسمی ثبت شده باشد. (ایبیدی، ۲۰۱۸: ۸۴) در حقوق آمریکا، سیستم انتقال مالکیت به شکل متفاوتی است و در برخی ایالت‌ها مانند کالیفرنیا، استرالیا و کانادا، ثبت عنوان^{۱۲} نقش بسیار مهمی در امنیت معاملات دارد. این سیستم، مالکیت را صرفاً با ثبت رسمی معتبر می‌شناسد و هرگونه نقل و انتقال بدون ثبت، اثر قانونی لازم را ایجاد نمی‌کند. این سازوکار موجب افزایش شفافیت، کاهش دعاوی و تضمین حقوق اشخاص ثالث می‌شود، زیرا همه متعاملان می‌توانند با استناد به سوابق رسمی مالکیت، اطمینان حاصل کنند که مال مورد معامله بدون هیچ ادعای دیگری منتقل شده است. در ایالت‌هایی که سیستم تورنس^{۱۴} اعمال نمی‌شود، هنوز ثبت رسمی اهمیت دارد، اما گاهی مالکیت قانونی می‌تواند بدون ثبت نیز ایجاد شود که باعث پیچیدگی و کاهش امنیت معاملات می‌شود. بنابراین، هم در حقوق ایران و هم در حقوق آمریکا، نقش ثبت رسمی در انتقال مالکیت اموال غیرمنقول حیاتی است. در ایران، تعارض نظریه

¹² Heinze, 2018: 310

¹³ (Title Registration)

¹⁴ Torrens

علی و ضرورت ثبت ممکن است موجب عدم اطمینان طرفین و آسیب به حقوق اشخاص ثالث شود، در حالی که در سیستم‌هایی که بر ثبت عنوان تأکید دارند، امنیت معاملات و شفافیت مالکیت تا حد زیادی تضمین می‌شود. (طباطبایی حصار، صفی زاده، ۱۴۰۰: ۲۴۱)

در قانون مدنی ایران، مال به این صورت تعریف شده است:

" ماده ۸۲۱ قانون مدنی ایران تعریف خاصی از مال ارائه می‌دهد که می‌توان آن را به عنوان یکی از مباحث اصلی در حقوق مالکیت و مفاهیم اقتصادی در نظر گرفت. این ماده با بیان شرایطی که یک شیء باید داشته باشد تا مال محسوب شود، سعی دارد تا تعریف دقیقی از مال در حقوق ایران ارائه دهد. بر اساس این ماده، مال به هر چیزی اطلاق می‌شود که طبیعت انسان به آن تمایل دارد و برای ذخیره‌سازی آن نیاز به تناسب با قناعت و ضرورت استفاده کننده وجود داشته باشد، خواه این مال عین باشد یا منفعت، خواه در مالکیت شخص باشد یا در مالکیت دیگری. در ادامه، این مفهوم را با توجه به سه شرط اصلی که برای مال بودن یک شیء لازم است، به طور مفصل توضیح می‌دهیم. (قنواتی، ۱۳۸۲: ۳۱)

اولین شرط اساسی برای اینکه یک شیء مال محسوب شود، مفید بودن آن است. مال باید بتواند یکی از نیازهای انسان را برآورده کند. این نیاز می‌تواند از جنبه مادی یا معنوی باشد. نیازهای مادی انسان شامل نیاز به غذا، پوشاک، مسکن، ابزار کار و سایر لوازم ضروری برای زندگی است.

دومین شرط، قابل تملک بودن است. به این معنا که یک شیء باید قابلیت تعلق به یک فرد یا یک موجود حقوقی را داشته باشد. تملک به معنای داشتن حق تصرف و استفاده از مال است. این شرط به ویژه در حقوق مالکیت بسیار مهم است، زیرا حقوق افراد نسبت به اموال خود از طریق تملک و تصرف به رسمیت شناخته می‌شود.

سومین شرط برای مال بودن یک شیء، قابلیت ذخیره‌سازی است. به این معنا که مال باید قابلیت نگهداری و ذخیره‌سازی را داشته باشد. این شرط از آن جهت مهم است که مال باید در طول زمان قابلیت حفظ و نگهداری را داشته باشد. در واقع، مال باید از نظر فیزیکی و قانونی بتواند در طول زمان تغییرات را تاب بیاورد و از بین نرود. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۱)

در نهایت، باید اشاره کرد که مفهوم مال در حقوق ایران ممکن است در زمینه‌های مختلف به طور خاص‌تری تعریف شود. به طور مثال، در حقوق مدنی ایران، اموال به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند: اموال منقول و اموال غیرمنقول. اموال منقول به اموالی اطلاق می‌شود که می‌توان آنها را جابجا کرد، مانند خودروها، ابزارآلات، و پول نقد.

از سوی دیگر، اموال غیرمنقول شامل اموالی هستند که جابجایی آنها ممکن نیست، مانند زمین و ساختمان‌ها. هر یک از این دسته‌ها ممکن است شرایط خاصی برای انتقال، فروش و تملک داشته باشند که در قوانین خاصی به‌طور تفصیلی بیان شده‌اند. (صفایی، ۱۳۹۱: ۱۹۰)

۲.۱. مالکیت اموال غیر منقول در حقوق ایران

۲.۱.۱. آثار مالکیت در حقوق ایران

مالکیت اموال غیرمنقول در حقوق ایران دارای ریشه‌های عمیق در تاریخ حقوقی این کشور است. در دوران باستان، حقوق مالکیت بر زمین و املاک از جمله مهم‌ترین حقوق اجتماعی و اقتصادی محسوب می‌شد. در دوره ساسانی، با وجود قوانین مدون و سیستم حقوقی قوی، قوانین مربوط به مالکیت املاک و اراضی شکل گرفت و پایه‌های حقوق مالکیت در دوران اسلامی را پیریزی کرد. با ظهور اسلام و ورود فقه اسلامی به ایران، مالکیت اموال غیرمنقول تحت تأثیر اصول و قواعد فقهی قرار گرفت. در دوره قاجار، با ورود مفاهیم جدید حقوقی از غرب به ایران و تصویب قوانین مدون همچون قانون مدنی، نظام مالکیت اموال غیرمنقول وارد مرحله جدیدی شد. قانون مدنی ایران که در سال ۱۳۰۷ تصویب شد، مبنای حقوق مالکیت اموال غیرمنقول را تشکیل می‌دهد و هنوز هم به عنوان منبع اصلی حقوق مالکیت در کشور شناخته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۰)

نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا در خصوص مالکیت اموال غیرمنقول ریشه در نظام حقوقی انگلیسی دارد. این نظام که از طریق مهاجرت مستعمره‌نشینان انگلیسی به آمریکا منتقل شد، در ابتدا بر اصول و قواعد حقوقی فئودالی استوار بود. در نظام فئودالی، مالکیت املاک اغلب به صورت ارثی منتقل می‌شد و حقوق مالکانه به شدت محدود و تحت کنترل مقامات بالادست، به ویژه شاه و اشراف، قرار داشت. این نظام حقوقی که در انگلستان قرون وسطی رایج بود، با استقرار مستعمره‌نشینان در آمریکای شمالی به این قاره منتقل شد.

با این حال، پس از استقلال آمریکا در سال ۱۷۷۶ و تدوین قانون اساسی این کشور، تغییرات اساسی در نظام مالکیت اموال غیرمنقول صورت گرفت. قانون اساسی ایالات متحده، به ویژه از طریق متمم‌های پنجم و چهاردهم، حق مالکیت خصوصی را به رسمیت شناخت و بر حمایت از این حق تأکید کرد. متمم پنجم مقرر می‌دارد که هیچ فردی نباید بدون فرآیند قانونی مناسب از حق مالکیت خود محروم شود و همچنین مالکیت خصوصی نمی‌تواند بدون پرداخت غرامت مناسب برای استفاده عمومی مصادره شود. این اصول بنیادین نشان‌دهنده گذار نظام حقوقی آمریکا از یک رویکرد فئودالی به سوی نظامی است که حقوق فردی و مالکیت خصوصی را در مرکز توجه قرار می‌دهد (فریدمن، ۱۹۸۵، ۳۲)

۲.۱.۲. تعریف حقوقی مالکیت

مالکیت در حقوق به معنای حق انحصاری و مطلق است که به فرد اجازه می‌دهد در چهارچوب قوانین و مقررات، از یک دارایی بهره‌برداری کند، آن را تصرف کند، یا به دیگری منتقل کند. در حقوق مدنی ایران، مالکیت شامل سه عنصر اصلی است: تصرف، استفاده و حق انتقال. این حق به صورت کامل و مطلق است، مگر اینکه قانون محدودیتی در این خصوص وضع کرده باشد (پارساپور، ۱۳۹۶: ۵۶).

در حقوق آمریکا نیز مالکیت مفهومی مشابه دارد. اما تفاوت‌هایی در قوانین ایالتی و فدرال وجود دارد که ممکن است حقوق و محدودیت‌های مالک را تحت تأثیر قرار دهد. به عنوان مثال، برخی از ایالت‌ها قوانینی دارند که حقوق مالکیت را در موارد خاص محدود می‌کنند؛ مانند محدودیت‌هایی که به دلایل محیط زیستی یا حفظ میراث فرهنگی اعمال می‌شود.

۲.۱.۳. تعریف حقوقی اموال غیرمنقول

در حقوق مدنی ایران، اموال به دو دسته منقول و غیرمنقول تقسیم می‌شوند. اموال غیرمنقول آن دسته از دارایی‌هایی هستند که ماهیتاً غیرقابل حمل هستند یا اگر بخواهند جابه‌جا شوند، آسیب خواهند دید یا ماهیت آن‌ها تغییر. این دسته از اموال شامل زمین‌ها، خانه‌ها، ساختمان‌ها و هر چیزی است که به صورت دائم به زمین متصل باشد، مانند درختان.

در حقوق آمریکا نیز اموال غیرمنقول به معنای مشابهی تعریف می‌شود و شامل املاکی است که به زمین متصل هستند و نمی‌توانند به آسانی جابجا شوند. این نوع اموال تحت قوانین مختلف ایالتی و فدرال قرار می‌گیرند و می‌توانند موضوع قراردادهای، انتقالات و معاملات مختلف قرار گیرند.

در نظام‌های حقوقی مختلف، اموال به دو دسته اصلی منقول و غیرمنقول تقسیم می‌شوند، و هر یک از این دسته‌ها ویژگی‌ها و احکام خاص خود را دارند. اموال غیرمنقول به طور کلی به دارایی‌هایی اشاره دارد که قابلیت جابه‌جایی فیزیکی بدون ایجاد خسارت یا تغییر ماهیت را ندارند. در حقوق مدنی ایران، مواد ۱۲ و ۱۳ قانون مدنی به این موضوع پرداخته و اموال غیرمنقول را تعریف کرده‌اند. بر اساس این مواد، اموال غیرمنقول شامل زمین‌ها، خانه‌ها، ساختمان‌ها و هر چیزی است که به طور دائم به زمین متصل باشد. این تعریف گسترده، طیف وسیعی از دارایی‌ها را در بر می‌گیرد که از نظر حقوقی و اقتصادی اهمیت بسیاری دارند.

یکی از ویژگی‌های بارز اموال غیرمنقول، ارتباط تنگاتنگ آن‌ها با زمین است. زمین به عنوان اصلی‌ترین نمونه اموال غیرمنقول، نه تنها از نظر کشاورزی و اقتصادی حائز اهمیت است،

بلکه بستر اصلی برای ایجاد سایر اموال غیرمنقول نیز محسوب می‌شود. درختان و گیاهانی که در زمین ریشه دارند نیز تا زمانی که به زمین متصل باشند، جزء اموال غیرمنقول به شمار می‌آیند. این ارتباط مستقیم با زمین سبب می‌شود که اموال غیرمنقول، نقش مهمی در توسعه اقتصادی و نظم اجتماعی داشته باشند.

در حقوق مدنی ایران، برای تمایز میان اموال منقول و غیرمنقول، به قابلیت جابه‌جایی و ماهیت فیزیکی آن‌ها توجه می‌شود. اموالی که بدون ایجاد خسارت قابل انتقال باشند، منقول محسوب می‌شوند، در حالی که اموالی که جابه‌جایی آن‌ها به تخریب یا تغییر ماهیت منجر شود، در دسته غیرمنقول قرار می‌گیرند. این تقسیم‌بندی دارای آثار حقوقی متعددی است، از جمله در زمینه انتقال مالکیت، اجرای احکام قضایی، و نحوه ثبت در دفاتر رسمی. (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۵۳)

نکته قابل توجه دیگر، اهمیت ثبت اموال غیرمنقول در دفاتر رسمی است. در نظام حقوقی ایران، مالکیت اموال غیرمنقول تنها زمانی معتبر است که در دفاتر ثبت اسناد و املاک به طور رسمی ثبت شده باشد. این الزام به ثبت، به منظور ایجاد شفافیت، جلوگیری از بروز اختلافات حقوقی، و حمایت از حقوق مالک در برابر اشخاص ثالث وضع شده است. به عبارت دیگر، ثبت رسمی، نقش مهمی در تأمین امنیت حقوقی معاملات مربوط به اموال غیرمنقول دارد. (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۲۸)

در حقوق آمریکا نیز تعریف اموال غیرمنقول مشابه تعریف حقوق ایران است. اموال غیرمنقول در این نظام حقوقی شامل زمین و هر چیزی است که به طور دائمی به آن متصل باشد، از جمله ساختمان‌ها، پل‌ها، و درختان. یکی از تفاوت‌های مهم در حقوق آمریکا، تنوع قوانین حاکم بر اموال غیرمنقول در ایالت‌های مختلف است. هر ایالت دارای قوانین خاص خود در زمینه مالکیت، انتقال، و ثبت اموال غیرمنقول است. این تنوع قانونی، ناشی از ساختار فدرال آمریکا و استقلال نسبی ایالت‌ها در وضع قوانین است.

در نظام حقوقی آمریکا، ثبت اموال غیرمنقول نیز اهمیت ویژه‌ای دارد. ثبت اسناد مربوط به اموال غیرمنقول، علاوه بر تأیید مالکیت، نقش مهمی در اطلاع‌رسانی به عموم و حمایت از حقوق طرف‌های ثالث ایفا می‌کند. به همین دلیل، دفاتر ثبت املاک در ایالت‌های مختلف، موظف به ثبت تمامی معاملات مربوط به اموال غیرمنقول هستند. این فرآیند ثبت، مشابه نظام حقوقی ایران، به ایجاد شفافیت و کاهش اختلافات حقوقی کمک می‌کند.

در حقوق آمریکا، مالکیت غیرمنقول تنها محدود به حق مالکیت مطلق نیست، بلکه نهادهای حقوقی خاصی مانند Easement، Trust، و Covenants نقش مهمی در تنظیم و بهره‌برداری از املاک دارند. Easement به معنای حق استفاده محدود از ملک دیگری

است که به مالک اجازه می‌دهد برای مقاصد مشخص مانند عبور، نصب تاسیسات یا استفاده از منابع، از ملک دیگری بهره‌برداری کند بدون اینکه مالکیت اصلی را تصرف کند. Trust املاک نیز به مالکیت قانونی و بهره‌برداری توسط شخص ثالث اشاره دارد که مالک اصلی منافع ملک را حفظ می‌کند ولی اداره و مدیریت آن به trustee سپرده می‌شود. Covenants نیز تعهداتی هستند که بر ملک بار می‌شوند و مالکین بعدی نیز موظف به رعایت آن‌ها هستند، مانند محدودیت در نوع ساخت و ساز یا استفاده از زمین، که تضمین‌کننده نظم و هماهنگی در استفاده از املاک است. این نهادها موجب ایجاد انعطاف در بهره‌برداری از مالکیت و محافظت از منافع عمومی و خصوصی می‌شوند و در مقاله مغفول مانده‌اند. در حقوق ایران نیز مالکیت غیرمنقول با نهادهایی مانند حق ارتفاق، وقف و حقوق همسایگی محدود یا تقویت می‌شود. حق ارتفاق، مشابه Easement، به مالک اجازه می‌دهد برای منافع مشخص از ملک دیگری استفاده کند، مانند عبور یا بهره‌برداری از منابع طبیعی، بدون آنکه مالکیت اصلی ملک تحت تأثیر قرار گیرد. (نائینی، ۱۴۲۴: ۴۲) وقف به معنای اختصاص مال غیرمنقول برای منافع عمومی یا خیریه است و مالک اصلی مال را از تصرف مستقیم منع می‌کند، اما آثار بهره‌برداری و استفاده مشروع به نفع عموم حفظ می‌شود. حقوق همسایگی نیز چارچوبی قانونی ایجاد می‌کند تا مالکین املاک در استفاده از ملک خود به حقوق همسایگان احترام بگذارند، مانند جلوگیری از ایجاد مزاحمت، آسیب یا کاهش ارزش ملک مجاور. پرداختن عمیق‌تر به این نهادها می‌توانست تحلیل جامع‌تر و تطبیقی از مالکیت غیرمنقول در ایران و آمریکا ارائه دهد و نشان دهد که مالکیت صرفاً حق تصرف مطلق نیست، بلکه مجموعه‌ای از حقوق محدود و تعهدات است که منافع فردی و عمومی را همزمان تضمین می‌کند.

۲.۱.۴. آثار مالکیت در حقوق آمریکا

در حقوق آمریکا، مالکیت اموال غیرمنقول شامل حقوق گسترده‌ای مانند حق تصرف، استفاده، بهره‌برداری، اجاره و انتقال است. با این حال، حقوق مالک ممکن است تحت تأثیر قوانین ایالتی و فدرال قرار گیرد که شامل محدودیت‌های زیست‌محیطی، مقررات شهرسازی، و سایر محدودیت‌های قانونی است. این محدودیت‌ها در هر ایالت متفاوت است و می‌تواند بر حقوق و مسئولیت‌های مالک تأثیرگذار باشد. (گریس و همکاران، ۲۰۱۷: ۸۸)

۲.۱.۵. انتقال مالکیت در ایران

نظام حقوقی حاکم بر کشور ایران رویکرد دوگانه‌ای در خصوص معاملات اموال غیرمنقول و اسناد رسمی مالکیت اتخاذ نموده است. مقررات مندرج در قانون مدنی به عنوان اصول حقوقی و مقررات ماهوی با تبعیت مطلق از نظریه معاملات علی یا سببی مالکیت و تحت

تأثیر نظام قصدگرا هر نوع انتقال اموال را مشروط بر وجود معامله مبنایی صحیح قرار داده است و برای تنظیم اسناد رسمی ارزشی بیشتر از تأیید تحقق آثار معامله صحیح قائل نشده که به محض مشخص شدن بطلان عمل حقوقی علی-سببی تمامی آثار ناشی از معامله مذکور از بین خواهد رفت و در این میان انتقال ثانویه مالکیت و حسن نیت اشخاص ثالث منتقلالیه تأثیری در ایجاد آثار قهقرائی ناشی از بطلان اعمال حقوقی نخواهد داشت. ماده ۳۵۶ قانون مدنی ایران که تصریح داشته- بیع فاسد اثری در تملک ندارد- به صراحت تبعیت معاملات از نظام علی-سببی مالکیت را تأیید نموده است. در این نظام حقوقی فقط انتقال مالکیت ثبت می‌شود و ثبت به خودی خود نقشی در ایجاد و انتقال مالکیت ندارد. (هاشمی، ۱۳۹۹: ۳۰۴)

در نظام‌های حقوقی مختلف، مالکیت اموال غیرمنقول آثار متفاوتی دارد که فهم دقیق مفاهیم مرتبط با آن اهمیت زیادی دارد. یکی از این مفاهیم، (علی-سببی) است که به رابطه مستقیم علت و معلولی بین انتقال مالکیت یا تغییر وضعیت حقوقی و اثرات آن اشاره دارد. برای مثال، وقتی مالک یک ملک آن را به دیگری منتقل می‌کند، این انتقال به‌طور مستقیم باعث ایجاد حقوق مالکیت برای فرد جدید و محدودیت‌هایی برای مالک قبلی می‌شود. این رابطه علت و معلول، پایه تحلیل آثار حقوقی مالکیت در هر دو نظام ایران و آمریکا محسوب می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۶۱) مفهومی دیگر، «نظریه انتزاعی» است که انتقال مالکیت یا حقوق مرتبط با آن را از شرایط قراردادی یا واقعیات اقتصادی جدا می‌کند؛ به گونه‌ای که حتی در صورت وجود اختلاف در قرارداد یا مشکلات اقتصادی، مالکیت رسمی و اثرات قانونی آن برقرار می‌ماند. در نظام حقوقی آمریکا، این نظریه برای تضمین شفافیت و پیش‌بینی‌پذیری آثار حقوقی به‌کار می‌رود، در حالی که در حقوق ایران مالکیت رسمی نیازمند تحقق واقعی انتقال و ثبت قانونی است و جداسازی کامل اثر حقوقی از شرایط اقتصادی کمتر متداول است. اصطلاح «ثبت به‌عنوان» نیز به ثبت رسمی مالکیت یا حقوق مربوط به اموال غیرمنقول در دفاتر قانونی اشاره دارد و شرط لازم برای اثبات مالکیت در مقابل اشخاص ثالث محسوب می‌شود. در ایران، بدون ثبت رسمی، مالکیت ممکن است از نظر قانونی قابل استناد نباشد، در حالی که در بسیاری از ایالت‌های آمریکا مالکیت می‌تواند بر اساس اسناد تاریخی یا عرفی تثبیت شود و ثبت رسمی بیشتر برای شفافیت و امنیت معاملات اهمیت دارد. به این ترتیب، در تحلیل تطبیقی حقوق ایران و آمریکا مشاهده می‌شود که نظام ایران تأکید بیشتری بر ثبت رسمی و شکل حقوقی مالکیت دارد، در حالی که نظام آمریکا بیشتر به آثار اقتصادی و عملی مالکیت و استقلال آن از شرایط قراردادی توجه می‌کند، و مفاهیمی مانند «علی-سببی» و «نظریه انتزاعی» ابزارهای تحلیلی برای درک اثرات مالکیت در معاملات و حقوق اشخاص هستند. (ابهری، ۱۳۸۷: ۲۰۹)

از سوی دیگر مقررات شکلی مندرج در قانون ثبت اسناد و اماک مؤید اثر ثبت بهمثابه امری مستقل و مؤثر بر حق مالکیت منطبق بر نظریه «حق مالکیت به وسیله ثبت» است. قانون ثبت اسناد و اماک مصوب سال ۱۳۱۰ که در فاصله کوتاهی پس از قانون مدنی تصویب شد به نظر می‌رسد که سیاست‌ها و نظام دیگری را دنبال نموده است (طباطبایی حصاری، ۱۳۸۹، ۲۳۲). مطابق ماده ۴۶ و ۴۸ ثبت اسناد و اماک کشور مصوب سال ۱۳۰۸ شمسی، ثبت معاملات راجع به اموال غیرمنقول الزامی بوده و دولت فقط کسی را مالک خواهد شناخت که سند رسمی به نام وی ثبت و صادر شده است که از مقدمه مذکور دو نتیجه حاصل می‌شود، نخست اینکه در فرآیند تصویب قانون ثبت قانونگذار با عبور از قواعد کلی از جمله اصل رضایی بودن و حاکمیت اراده به جهت جلوگیری از بینظمی در حوزه معاملات اموال غیرمنقول با لحاظ تئوری اعتماد عمومی اقدام به وضع مقرر نه نموده و دوم اینکه قصد مقنین ایجاد رویه و اعتماد به اسناد رسمی و عدم قابلیت اثباتی اسناد عادی در مقابل اسناد رسمی بوده است. در همین ارتباط از ماحظه رأی شماره ۱۱۹۸-۱۳۱۶/۵/۲۸ دیوان عالی کشور که بیان می‌دارد «در صورتی که آخرین غاصب سند مالکیت گرفته باشد، پذیرش دعوای غصب به طرفیت فروشنده دشوار است. (بهرامی، ۱۳۹۴: ۶۰۸)

آخرین تحولات قانونی انتقال مالکیت در ایران در هیچ نظام حقوقی نمی‌توان قانون ثبت را فارغ و مجزا از حقوق مدنی تصور کرد در همین راستا اگرچه به نظر می‌رسد نظام حقوقی ایران در حوزه عقود ناقل مالکیت، بر پایه نظریه تملیک و عقود قصدی در مشابَهت با نظام علی-سببی انتقال مالکیت استوار گردیده است (قنوتی، ۱۴۰۰، ۲۱۶). ولی به این معنا نیست که ظرفیت‌های موجود در قوانین ایران امکان اصاح و بهره‌برداری از محسنات نظریه انتزاعی انتقال مالکیت را ندارد. بررسی تحولات قانون ثبت در ایران از جمله مذاکرات مجلس شورای ملی ۵ و آرای صادره از دیوان عالی ۶ کشور حکایت از تمایل مقنن به پیاده‌سازی نظام ثبت اسناد به مثابه نظام ایجاد حق و نظریه انتزاعی مالکیت و تفوق مقررات شکلی قانون ثبت بر مقررات ماهوی قانون مدنی دارد (صفی زاده، ۱۴۰۱، ۱۹۴). به عقیده برخی از شارحین قانون مدنی منظور از عبارت مندرج در فراز پایانی ماده ۴۸ قانون ثبت که بیان نموده «... در هیچیک از محاکم و ادارات پذیرفته نمی‌شود» به جهت بی‌اثر بودن معاملات عادی از حیث برخورداری از حقوق مالکانه همان واژه بطلان اینگونه معاملات است (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۶، ۱۳). لیکن بعد از پیروزی انقلاب اسامی، شورای محترم نگهبان پس از وقفه‌ای ۳۸ ساله طی نظر تفسیری خود مورخ ۷۱۳۹۵/۸/۴ مقررات مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت را با این استدلال که تنظیم سند رسمی نمی‌تواند طریق انحصاری اثبات مالکیت افراد باشد زیرا عرف مردم معامله با اسناد عادی را پذیرفته است خلاف شرع و باطل اعام نمود. (قاسمی، ۱۳۷۷: ۱۳۸).

۲.۱.۶. نظام ثبت و انتقال اموال غیر منقول

اموال غیر منقول، به اموالی اطلاق می‌شود که قابلیت جابه‌جایی ندارند و به طور معمول شامل زمین، ساختمان‌ها و مستغلات می‌شوند. این دسته از اموال به دلیل ویژگی‌های خاص خود در حقوق مدنی و تجاری اهمیت ویژه‌ای دارند. در این نوشته، به بررسی جایگاه اموال غیر منقول در حقوق پرداخته می‌شود. (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۵) در حقوق ایران، قانون مدنی در ماده ۱۲ به تعریف اموال غیر منقول پرداخته است. بر اساس این ماده، اموال غیر منقول به اموالی اطلاق می‌شود که به واسطه ذات و ویژگی‌های خود نمی‌توانند از مکان خود جابه‌جا شوند.

ویژگی‌های اصلی اموال غیر منقول شامل عدم قابلیت جابه‌جایی، ثبات در مکان و دوام طولانی مدت آنها است. این ویژگی‌ها باعث می‌شود که نقل و انتقال و بهره‌برداری از این اموال به مراتب پیچیده‌تر از اموال منقول باشد (قاسمی، ۱۳۹۸، ۱۰).

در نظام حقوقی ایران، اموال غیر منقول نقش کلیدی در حقوق مالکیت و قراردادها ایفا می‌کنند. بر اساس قانون مدنی، انتقال مالکیت اموال غیر منقول نیاز به تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر اسناد رسمی دارد. این امر به منظور حفظ حقوق مالکیت و جلوگیری از دعاوی حقوقی در آینده صورت می‌پذیرد.

در بسیاری از قراردادها، اموال غیر منقول به عنوان وثیقه یا ضمانت به کار می‌روند. به عنوان مثال، در قراردادهای وام، بانک‌ها معمولاً از اموال غیر منقول به عنوان وثیقه استفاده می‌کنند تا در صورت عدم پرداخت وام، قادر به جبران خسارت خود باشند (ابراهیمی، ۱۴۰۰، ۵۵).

قوانین مربوط به اموال غیر منقول شامل مباحث مختلفی از جمله ثبت مالکیت، انتقال مالکیت و حفاظت از حقوق مالکانه است. یکی از مشکلات اصلی که ممکن است در این زمینه بروز کند، دعاوی مربوط به تضاد مالکیت و عدم ثبت صحیح اسناد است که می‌تواند منجر به مشکلات حقوقی و قضائی شود (بهرامی، ۱۳۹۹، ۱۹).

اموال غیر منقول با ویژگی‌های خاص خود نقش مهمی در حقوق مدنی و تجاری دارند. حفظ و رعایت قوانین مربوط به این اموال از جمله ثبت و انتقال صحیح آنها، برای جلوگیری از مشکلات حقوقی و قضائی ضروری است. همچنین، قوانین و مقررات باید به طور مستمر مورد بازنگری قرار گیرند تا از تطابق با نیازهای روز جامعه و حفظ حقوق مالکیت اطمینان حاصل شود.

۲.۱.۷. ویژگی‌ها و اهمیت اموال غیرمنقول

ویژگی‌های اموال غیر منقول شامل عدم قابلیت جابه‌جایی، ثبات در مکان، و دوام طولانی مدت است. این ویژگی‌ها به دلیل عدم امکان حرکت و جابه‌جایی این اموال، نظارت و مدیریت آنها را پیچیده‌تر از اموال منقول می‌سازد. اموال غیر منقول معمولاً شامل زمین، ساختمان‌ها و مستغلات می‌شوند که به واسطه ویژگی‌های ذاتی خود، در مکان خاصی ثابت می‌مانند و به آسانی نمی‌توان آنها را منتقل کرد. (طباطبایی حصاری، ۱۳۹۴: ۶۸۰)

از نظر حقوقی، اموال غیر منقول اهمیت زیادی دارند زیرا قوانین و مقررات خاصی برای ثبت، انتقال و حفاظت از این اموال وضع شده است. انتقال مالکیت این اموال نیازمند تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر اسناد رسمی است تا از بروز اختلافات و دعاوی حقوقی جلوگیری شود. این قوانین به منظور حفظ حقوق مالکیت و اطمینان از صحت انتقالات مالکیت و جلوگیری از مشکلات حقوقی وضع شده‌اند.

اموال غیر منقول در قراردادهای مالی و تجاری نیز نقش مهمی ایفا می‌کنند. به عنوان مثال، این اموال به عنوان وثیقه در قراردادهای وام استفاده می‌شوند تا تأمین مالی به صورت ایمن‌تری انجام گیرد. بانک‌ها و مؤسسات مالی معمولاً از اموال غیر منقول به عنوان ضمانت استفاده می‌کنند تا در صورت عدم توانایی در پرداخت وام، بتوانند خسارت خود را جبران کنند. همچنین، اهمیت اموال غیر منقول در فرآیندهای قانونی و قضائی نیز قابل توجه است. عدم رعایت دقیق قوانین مربوط به ثبت و انتقال این اموال می‌تواند منجر به مشکلات حقوقی و قضائی پیچیده شود. به همین دلیل، نظارت مستمر بر تطابق با قوانین و مقررات در زمینه اموال غیر منقول برای حفظ حقوق مالکانه و جلوگیری از بروز مشکلات حقوقی ضروری است. (صفی زاده، ۱۴۰۱: ۱۹۰)

۲.۱.۸. حمایت‌های قانونی و قضایی

اصول و قوانین مربوط به اموال غیرمنقول در حقوق ایران بر اساس مبانی فقهی و حقوقی و همچنین قوانین مدنی و ثبت اسناد تدوین شده است. این اصول، برای تعیین نحوه مالکیت، انتقال، و استفاده از اموال غیرمنقول نقش حیاتی دارند. در اینجا به بررسی برخی از مهم‌ترین اصول و قوانین مربوط به اموال غیرمنقول در حقوق ایران می‌پردازیم:

بر اساس ماده ۱۲ قانون مدنی ایران، اموال غیرمنقول به اموالی اطلاق می‌شود که به واسطه ذات خود یا به علت اقداماتی که بر روی آنها انجام شده، قابلیت جابه‌جایی ندارند. به عبارت دیگر، اموالی که از جای خود نمی‌توانند به‌طور فیزیکی منتقل شوند، مانند زمین، ساختمان، و مستغلات، به عنوان اموال غیرمنقول در نظر گرفته می‌شوند.

ماده ۳۰ قانون مدنی ایران اصل مالکیت را این‌گونه تعریف می‌کند: "هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاعی دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد." این اصل به مالک اموال غیرمنقول اجازه می‌دهد از مال خود استفاده کند و در صورت تمایل، آن را به دیگری منتقل کند، به شرط رعایت قوانین و مقررات مربوطه.

یکی از مهم‌ترین اصول حقوقی در زمینه اموال غیرمنقول، الزامات مربوط به ثبت مالکیت است. ماده ۴۶ قانون مدنی و قانون ثبت اسناد و املاک تصریح می‌کنند که نقل و انتقال اموال غیرمنقول باید از طریق تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر اسناد رسمی انجام شود. این الزام به منظور جلوگیری از هرگونه اختلافات مالکیتی و حقوقی و همچنین حفظ حقوق افراد در معاملات ملکی وضع شده است.

بر اساس ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک، مالک کسی است که ملک به نام او در دفاتر رسمی ثبت شده باشد. به این ترتیب، هرگونه انتقال مالکیت اموال غیرمنقول باید از طریق سند رسمی ثبت شده و تأیید شود تا از نظر قانونی معتبر باشد. همچنین، در معاملات اموال غیرمنقول، رعایت شرایط عمومی صحت معاملات، از جمله اهلیت طرفین، رضایت طرفین، و معین بودن موضوع معامله الزامی است.

اموال غیرمنقول اغلب به عنوان وثیقه در قراردادهای مالی و وام‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرند. ماده ۷۷۴ قانون مدنی بیان می‌کند که رهن می‌تواند شامل اموال غیرمنقول باشد و بانک‌ها و مؤسسات مالی از این اموال به عنوان ضمانت برای بازپرداخت وام‌ها استفاده می‌کنند. این امر باعث می‌شود که اموال غیرمنقول به عنوان یک ابزار مهم در معاملات اقتصادی و اعتباری مطرح شوند.

بر اساس اصول و قوانین فقهی و حقوقی، استفاده از اموال غیرمنقول نباید باعث آسیب به حقوق دیگران شود. قاعده "لاضرر و لاضرار" که در فقه اسلامی مطرح شده، تأکید دارد که هیچ‌کس نباید از اموال خود به نحوی استفاده کند که منجر به ضرر به دیگران شود. این اصل در قانون مدنی نیز مورد تأکید قرار گرفته است و بر اساس آن، هرگونه تصرف یا استفاده از اموال غیرمنقول که به حقوق دیگران آسیب برساند، باطل است (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۸۹).

بر اساس ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی، دعاوی مربوط به اموال غیرمنقول باید در دادگاه‌های مربوط به محل وقوع ملک رسیدگی شود. این ماده تأکید دارد که دعاوی مالکیت، تصرف، و مسائل حقوقی مربوط به اموال غیرمنقول باید به‌طور ویژه در مراجع قضائی مورد بررسی قرار گیرد.

در نظام حقوقی ایران، برخی از اموال غیرمنقول تحت مالکیت دولت یا نهادهای عمومی قرار دارند و استفاده از این اموال تابع مقررات خاصی است. این اموال شامل اراضی ملی، منابع طبیعی، و اموال عمومی می‌شود که قوانین خاصی برای حفاظت و استفاده از آن‌ها وضع شده است. ماده ۱۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع بیان می‌کند که اراضی ملی و جنگل‌ها تحت مالکیت دولت هستند و هرگونه تصرف یا استفاده غیرمجاز از آن‌ها غیرقانونی است.

یکی دیگر از اصول حقوقی مهم در زمینه اموال غیرمنقول، حقوق و تعهدات همسایگی است. ماده ۱۳۲ قانون مدنی به این موضوع پرداخته و بیان می‌کند که هر کس باید در استفاده از ملک خود، حقوق همسایگان را رعایت کند. به عنوان مثال، ساخت‌وساز در یک ملک نباید به نحوی باشد که منجر به تجاوز به حریم همسایه یا ایجاد مزاحمت برای او شود.

۲.۱.۹. اصول و قوانین ثبت اموال غیر منقول

در حقوق ایالات متحده، اصول و قوانین ثبت اموال غیرمنقول در سطح ملی بر پایه قوانین ایالتی مختلف تدوین شده است و به‌طور گسترده‌ای متغیر است. این قوانین، اگرچه به‌طور کلی مشابه هستند، اما در جزئیات و رویه‌های اجرایی ممکن است تفاوت‌های عمده‌ای داشته باشند. (صفی زاده، ۱۴۰۱: ۱۹۵)

اصول کلی ثبت اموال غیرمنقول در ایالات متحده به‌طور مشترک شامل ثبت سند مالکیت، بررسی اصالت اسناد و ثبت تغییرات مالکیت در دفتر ثبت املاک محلی است. سند مالکیت، که شامل قرارداد خرید و فروش، هبه یا انتقال ارث است، باید به‌طور رسمی تنظیم و به امضای طرفین مربوطه برسد. این سند سپس به دفتر ثبت املاک محلی ارائه می‌شود که مسئول بررسی و تأیید قانونی آن است.

تفاوت‌های عمده در قوانین ثبت املاک بین ایالت‌های مختلف به‌ویژه در نحوه اداره و اجرای فرآیند ثبت، الزامات مستندات و رویه‌های اجرایی مشاهده می‌شود. به‌عنوان مثال، در برخی ایالت‌ها مانند کالیفرنیا، سیستم‌های ثبت املاک به‌طور گسترده‌ای الکترونیکی شده‌اند و ثبت و مدیریت اسناد به‌طور آنلاین انجام می‌شود، در حالی که در دیگر ایالت‌ها ممکن است فرآیندها به‌طور سنتی و با استفاده از مدارک کاغذی انجام شود.

در مجموع، اگرچه اصول پایه‌ای ثبت اموال غیرمنقول در ایالات متحده مشابه هستند، تفاوت‌های قابل توجهی در نحوه اجرای این اصول و الزامات در ایالت‌های مختلف وجود دارد. این تفاوت‌ها می‌توانند تأثیر زیادی بر روی فرآیند ثبت و مدیریت املاک داشته باشند و در نتیجه، درک دقیق قوانین و رویه‌های خاص هر ایالت برای افراد و مشاوران حقوقی ضروری است.

۲.۱.۱۰ انتقال مالکیت اموال غیر منقول در ایران

انتقال مالکیت اموال غیرمنقول در ایران تحت قوانین و مقررات خاصی انجام می‌شود که هدف آن تضمین صحت، شفافیت و قانونی بودن فرآیند انتقال است. اصول و رویه‌های انتقال مالکیت به‌طور عمده تحت قوانین مدنی و قوانین ثبت اسناد و املاک کشور تنظیم شده است و فرآیند آن شامل مراحل مختلفی است که به‌منظور حفاظت از حقوق مالکیت و پیشگیری از اختلافات انجام می‌شود (قنواتی، ۱۴۰۰: ۲۳۴).

ابتدا، برای انتقال مالکیت اموال غیرمنقول، طرفین معامله باید سند رسمی تنظیم کنند. این سند شامل توافقات بین طرفین، مشخصات کامل ملک و شرایط معامله است. این سند باید به‌صورت کتبی تنظیم و به امضای طرفین برسد. بر اساس ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک، ثبت انتقال مالکیت در دفتر ثبت املاک الزامی است و تنها پس از ثبت رسمی در این دفتر، انتقال مالکیت به‌طور قانونی به رسمیت شناخته می‌شود.

پس از تنظیم سند، طرفین باید برای ثبت آن به دفتر ثبت املاک مراجعه کنند. دفتر ثبت موظف است سند را بررسی کرده و از نظر قانونی معتبر بودن آن را تأیید کند. این بررسی شامل تأیید اصالت سند، تطابق اطلاعات با سوابق موجود در دفتر املاک و اطمینان از عدم وجود محدودیت‌های قانونی یا حقوقی در خصوص ملک است. پس از تأیید سند، مالکیت جدید به‌طور رسمی در دفتر ثبت املاک ثبت می‌شود و سند مالکیت جدید به نام مالک جدید صادر می‌گردد.

در مجموع، انتقال مالکیت اموال غیرمنقول در ایران تحت قوانین و مقررات خاصی انجام می‌شود که شامل مراحل تنظیم سند، ثبت رسمی و تأیید قانونی است. با این حال، مشکلات و چالش‌های قانونی همچنان وجود دارد که می‌تواند تأثیرات منفی بر روی فرآیند انتقال مالکیت و حقوق طرفین داشته باشد.

۲.۱.۱۱ انتقال مالکیت غیرمنقول در امریکا

در ایالات متحده، فرآیند انتقال مالکیت اموال غیرمنقول تحت قوانین ایالتی مختلف و بر اساس اصول حقوقی خاص انجام می‌شود. این فرآیند شامل مراحل مختلفی است که به‌منظور تضمین صحت و قانونی بودن انتقال مالکیت طراحی شده است. نخستین مرحله در انتقال مالکیت، تنظیم سند رسمی انتقال است که معمولاً شامل قرارداد خرید و فروش،

هبه یا انتقال ارث می‌شود. این سند باید به‌طور دقیق و کامل تنظیم و به امضای طرفین مربوطه برسد^{۱۵}

پس از تنظیم سند، مرحله بعدی ارائه آن به دفتر ثبت املاک محلی است. هر ایالت در ایالات متحده دارای دفاتر ثبت املاک محلی است که مسئول دریافت و بررسی اسناد مالکیت هستند. دفتر ثبت موظف است که سند را بررسی کرده و از نظر قانونی اعتبار آن را تأیید کند. این بررسی شامل ارزیابی اصالت سند، تطابق آن با سوابق موجود و اطمینان از عدم وجود محدودیت‌های قانونی یا حقوقی بر ملک است.

۲،۲. یافته‌های پژوهش

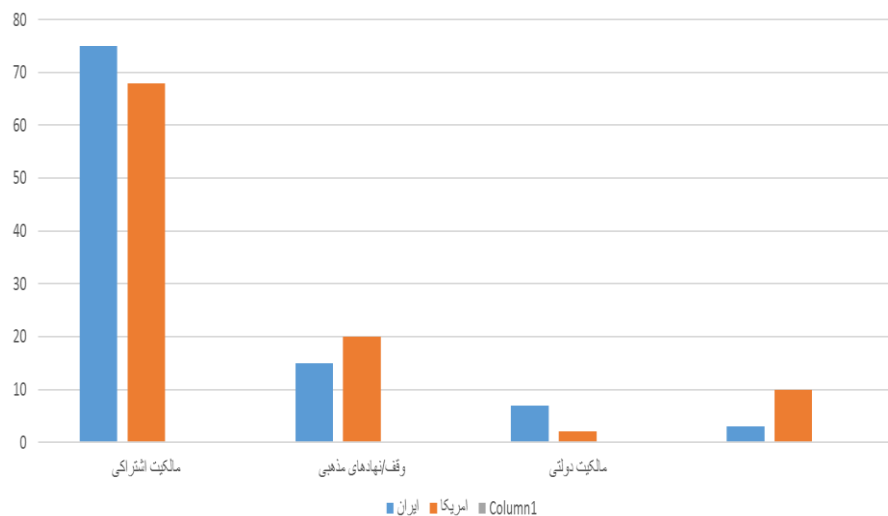
۲/۲/۱. یافته‌های توصیفی

مقایسه انواع مالکیت اموال غیرمنقول در ایران و آمریکا

نوع مالکیت	ایران (درصد املاک)	آمریکا (درصد املاک)
مالکیت مطلق خصوصی	٪۷۵	٪۶۸
مالکیت اشتراکی	٪۱۵	٪۲۰
وقف/نهادهای مذهبی	٪۷	٪۲
مالکیت دولتی	٪۳	٪۱۰

¹⁵ (Merrill & Smith, 2007,328).

مقایسه مالکیت اموال غیر منقول در ایران و آمریکا



تحلیل: مالکیت خصوصی در هر دو کشور غالب است، اما در ایران درصد بالاتری دارد. در مقابل، سهم مالکیت دولتی در آمریکا بیشتر از ایران است. تفاوت عمده، نقش وقف در ایران است که در آمریکا وجود ندارد. در ایران و آمریکا، انواع مالکیت اموال غیر منقول دارای ساختار و سهم متفاوتی هستند که علاوه بر شاخص‌های اقتصادی، ریشه در نظام حقوقی، فرهنگی و تاریخی هر کشور دارند. مالکیت مطلق خصوصی در ایران حدود ۷۵ درصد املاک را شامل می‌شود، در حالی که در آمریکا تقریباً ۶۸ درصد است. این نوع مالکیت به مالک امکان می‌دهد تا ملک خود را به طور آزادانه استفاده، اجاره، فروختن یا انتقال دهد، مشروط بر رعایت محدودیت‌ها و تعهدات قانونی. مالکیت اشتراکی در ایران حدود ۱۵ درصد و در آمریکا حدود ۲۰ درصد است و معمولاً شامل املاکی است که چند نفر با هم حق بهره‌برداری دارند، مانند زمین‌های خانوادگی، آپارتمان‌های مجتمع یا زمین‌های مشترک. سهم بیشتر مالکیت اشتراکی در آمریکا به دلیل قوانین مالکیت مشاع و نظام‌های قانونی مدیریت مجتمع‌های مسکونی است که امکان بهره‌برداری مشترک را برای ساکنان فراهم می‌کند. (طباطبایی حساری، ۱۳۸۹: ۲۳۴) وقف و نهادهای مذهبی در ایران حدود ۷ درصد از املاک را شامل می‌شوند، در حالی که در آمریکا تنها حدود ۲ درصد است. این تفاوت ناشی از نقش تاریخی و قانونی نهادهای مذهبی در ایران است که مالکیت اموال غیر منقول را برای اهداف خیریه و مذهبی حفظ می‌کنند و امکان بهره‌برداری مستقیم مالک را محدود می‌سازند. مالکیت دولتی در ایران حدود ۳ درصد و در آمریکا ۱۰ درصد از املاک را شامل می‌شود. درصد بالاتر مالکیت دولتی در آمریکا به دلیل سیاست‌های دولتی و برنامه‌ریزی شهری،

حفاظت از زمین‌های عمومی، پارک‌ها و زیرساخت‌ها است، در حالی که در ایران نقش دولت در مالکیت املاک کمتر و محدودتر است.

مقایسه محدودیت‌های قانونی اعمال شده بر مالکیت غیرمنقول

نوع محدودیت	ایران (تعداد قوانین مرتبط)	آمریکا (تعداد قوانین مرتبط با فدرال و ایالتی)
محدودیت ارتفاع ساخت	۱۲	۲۵
محدودیت کاربری زمین	۱۸	۳۲
محدودیت نزدیکی به اماکن خاص	۶	۱۵
قوانین مالیات بر دارایی	۴	۱۲

در ایران و آمریکا، مالکیت غیرمنقول با محدودیت‌های قانونی متعددی مواجه است که هدف آن‌ها تنظیم بهره‌برداری از املاک، حفظ منافع عمومی و حمایت از حقوق دیگران است. محدودیت ارتفاع ساخت در ایران با ۱۲ قانون مرتبط تنظیم می‌شود تا ساخت‌وسازها با اصول ایمنی، زیبایی‌شناسی شهری و رعایت حقوق همسایگان هماهنگ باشد، در حالی که در آمریکا با ۲۵ قانون فدرال و ایالتی محدودیت ارتفاع اعمال می‌شود و این امر به دلیل ترکیب قوانین شهری، منطقه‌بندی و مقررات ایالتی گسترده‌تر است. محدودیت کاربری زمین در ایران با ۱۸ قانون مرتبط، نوع استفاده از املاک را مشخص می‌کند تا فعالیت‌های صنعتی، تجاری یا مسکونی در مکان‌های مناسب انجام شود و حقوق همسایگان و جامعه رعایت گردد. در آمریکا با ۳۲ قانون فدرال و ایالتی، تعیین کاربری زمین به شکل جامع‌تر و دقیق‌تر انجام می‌شود و شامل مقررات منطقه‌بندی^{۱۶} و برنامه‌ریزی شهری است که استفاده بهینه و هماهنگ از اراضی را تضمین می‌کند. محدودیت نزدیکی به اماکن خاص در ایران با ۶ قانون محدود شده است و عمدتاً شامل فاصله‌گذاری ساخت‌وسازها از مدارس، بیمارستان‌ها، اماکن مذهبی و زیرساخت‌های حساس می‌شود. در آمریکا این محدودیت‌ها با ۱۵ قانون فدرال و ایالتی تنظیم می‌شود و جزئیات دقیق‌تری دارد تا امنیت، دسترسی و رفاه عمومی تضمین گردد. قوانین مالیات بر دارایی در ایران با ۴ قانون مرتبط اعمال می‌شود و هدف آن‌ها تنظیم درآمد دولت و کنترل استفاده از املاک است، در حالی که در آمریکا با ۱۲ قانون فدرال و ایالتی، مالیات بر دارایی به‌طور گسترده‌تری اجرا می‌شود و شامل روش‌های متنوع ارزیابی، نرخ‌های متغیر و معافیت‌های قانونی است که مدیریت اقتصادی مالکیت غیرمنقول را شکل می‌دهد. این مقایسه نشان می‌دهد که در آمریکا، تعداد قوانین مرتبط با محدودیت‌های مالکیت غیرمنقول بیشتر است و نظام قانونی پیچیده‌تر و جامع‌تری برای حفاظت از منافع عمومی و تنظیم استفاده از زمین‌ها وجود دارد، در حالی که در ایران محدودیت‌ها محدودتر و عمدتاً در سطح قوانین ملی و محلی اعمال می‌شوند.

مقایسه حمایت قانونین از مالکیت

نوع حمایت قانونی	امتیاز حقوق ایران (از ۱۰)	امتیاز حقوق آمریکا (از ۱۰)
حمایت قانون اساسی	۸.۵	۹.۲
سیستم ثبت املاک	۷.۲	۸.۸

¹⁶ (Zoning)

حمایت در برابر سلب مال	۶.۸	۸.۵
شفافیت قوانین	۶.۵	۹.۱
سرعت رسیدگی دادگاهها	۵.۲	۷.۴
امکان اجرای احکام	۶.۱	۸.۳
میانگین کل	۶.۷	۸.۶

در ایران و آمریکا، حمایت قانونی از مالکیت غیرمنقول از چند جنبه بررسی می‌شود و تفاوت‌هایی میان این دو نظام حقوقی وجود دارد. از نظر حمایت قانون اساسی، ایران امتیاز ۸.۵ از ۱۰ دارد که نشان‌دهنده حفاظت نسبی مالکیت در اصول قانون اساسی است، در حالی که آمریکا با امتیاز ۹.۲، حمایت قوی‌تر و گسترده‌تری از مالکیت را تضمین می‌کند. سیستم ثبت املاک در ایران با امتیاز ۷.۲ به مالکیت مشروعیت و اثبات حقوق مللک ارائه می‌دهد، اما در آمریکا با امتیاز ۸.۸، ثبت رسمی و سیستم‌های ثبت عنوان (Title Registration) باعث شفافیت و امنیت بالاتر معاملات می‌شود. حمایت در برابر سلب مال در ایران ۶.۸ و در آمریکا ۸.۵ است که نشان می‌دهد در آمریکا مالکیت از تعرض‌های غیرقانونی و مصادره به شکل مؤثرتری محافظت می‌شود. شفافیت قوانین در ایران با ۶.۵ ارزیابی شده، در حالی که در آمریکا با ۹.۱، قوانین روشن، منسجم و قابل پیش‌بینی برای مالکیت وجود دارد که ریسک دعاوی و اختلافات را کاهش می‌دهد. سرعت رسیدگی دادگاه‌ها در ایران ۵.۲ است و نشان‌دهنده کندی فرآیندهای قضایی است، در حالی که در آمریکا با امتیاز ۷.۴، سیستم قضایی کارآمدتر و پاسخگوتر عمل می‌کند. امکان اجرای احکام در ایران ۶.۱ و در آمریکا ۸.۳ است که نشان می‌دهد در آمریکا اجرای احکام مالکیت با قدرت و تضمین بیشتری انجام می‌شود. میانگین کل امتیازات نشان می‌دهد که حمایت قانونی از مالکیت غیرمنقول در ایران حدود ۶.۷ و در آمریکا ۸.۶ است و این اختلاف به دلیل تفاوت در شفافیت قوانین، کارایی سیستم ثبت، سرعت و قدرت اجرایی دادگاه‌ها و چارچوب‌های قانونی حفاظتی است. این مقایسه نشان می‌دهد که نظام حقوقی آمریکا در حفاظت جامع و عملی از مالکیت غیرمنقول عملکرد قوی‌تری دارد و تضمین‌های قانونی مؤثرتری برای مالکیت ارائه می‌دهد.

تحلیل اقتصادی تاثیر مالکیت بر بازار املاک

شاخص اقتصادی	ایران	امریکا
نرخ رشد قیمت مسکن	۳۲.۵	۴.۸
حجم سرمایه گذاری خارجی	۲.۱	۸۷.۶
درصد مالکیت خصوصی از کل املاک	۷۸.۳	۶۵.۲
تعداد شرکت های مشاور املاک	۱۲.۴۰۰	۱۵۶.۸۰۰
درصد خانوارهای صاحب خانه	۶۷.۲	۶۵.۴
متوسط مدت اجاره	۱۸	۲۴

در ایران و آمریکا، مالکیت غیرمنقول نقش مهمی در شکل گیری و پویایی بازار املاک ایفا می کند و شاخص های اقتصادی نشان دهنده تفاوت های قابل توجهی میان این دو کشور است. نرخ رشد قیمت مسکن در ایران ۳۲.۵ درصد است که نشان دهنده افزایش سریع قیمت ها و تورم بالای بازار مسکن است، در حالی که در آمریکا نرخ رشد ۴.۸ درصد است و بازار با ثبات نسبی و نوسانات کنترل شده مواجه است. این اختلاف ناشی از عوامل اقتصادی، سیاست های مالی و ثبات نظام حقوقی و حمایتی مالکیت است. حجم سرمایه گذاری خارجی در بازار املاک ایران ۲.۱ واحد است، در حالی که در آمریکا ۸۷.۶ واحد است؛ این تفاوت به شفافیت قوانین، امنیت معاملات و قدرت حمایت قانونی از مالکیت بازمی گردد، زیرا سرمایه گذاران خارجی در بازارهایی با سیستم قانونی شفاف و قابل اعتماد تمایل بیشتری به سرمایه گذاری دارند. درصد مالکیت خصوصی از کل املاک در ایران ۷۸.۳ درصد و در آمریکا ۶۵.۲ درصد است، که نشان دهنده تمایل بالای ایرانیان به مالکیت مطلق خصوصی و محدودیت نقش نهادهای دولتی

و عمومی در بازار است، در حالی که در آمریکا ترکیب مالکیت خصوصی و دولتی متنوع‌تر و انعطاف‌پذیرتر است. تعداد شرکت‌های مشاور املاک در ایران ۱۲۰۴۰۰ و در آمریکا ۱۵۶۰۸۰۰ است که نشان‌دهنده اندازه و توسعه بازار مشاوره املاک در آمریکا و وجود ساختارهای حرفه‌ای گسترده برای مدیریت معاملات و بهره‌برداری از مالکیت است. درصد خانوارهای صاحب خانه در ایران ۶۷.۲ و در آمریکا ۶۵.۴ درصد است که تفاوت کمی دارد، اما متوسط مدت اجاره در ایران ۱۸ ماه و در آمریکا ۲۴ ماه است، که نشان‌دهنده تمایل بیشتر خانوارهای ایرانی به خرید و مالکیت نسبت به اجاره بلندمدت است. این شاخص‌ها نشان می‌دهند که مالکیت غیرمنقول در ایران تأثیر قابل توجهی بر تورم و نوسانات قیمت مسکن دارد، در حالی که در آمریکا مالکیت، همراه با نهادهای حمایتی و ساختارهای قانونی شفاف، به ثبات بازار و جذب سرمایه‌گذاری خارجی کمک می‌کند. همچنین، تفاوت در سیستم‌های اجاره و مالکیت نشان‌دهنده نقش فرهنگ و قوانین محلی در تعیین رفتار اقتصادی خانوارها و فعالان بازار است.

نتیجه گیری:

تحلیل تطبیقی حقوق ایران و آمریکا در زمینه مالکیت اموال غیرمنقول نشان‌دهنده تفاوت‌ها و شباهت‌های قابل توجهی است که به ویژه در چارچوب‌های قانونی و روش‌های حل اختلافات برجسته می‌شود. در سیستم حقوقی ایران، مالکیت اموال غیرمنقول تحت تأثیر قوانین مدنی جمهوری اسلامی ایران و فقه اسلامی قرار دارد. قانون مدنی ایران به طور مشخص به مسائل مربوط به مالکیت، انتقال مالکیت، و حقوق مالکین پرداخته است. در این نظام، دعاوی ملکی معمولاً از طریق دادگاه‌های عمومی و تخصصی حل و فصل می‌شود. در اینجا، توجه زیادی به تطابق با اصول فقهی و تفسیر دقیق قوانین وجود دارد که می‌تواند به انعطاف‌پذیری و تطبیق قوانین با نیازهای روز کمک کند. در مقابل، سیستم حقوقی آمریکا به طور عمده تحت تأثیر سیستم کامن لا و قوانین فدرال و ایالتی است. سیستم کامن لا، که بر اساس رویه‌های قضائی و تصمیمات قضات بنا شده است، نقش کلیدی در تعیین حقوق مالکیت و حل اختلافات دارد. این سیستم به طور مداوم در حال تغییر و تحول است و دادگاه‌ها از رویه‌های قضائی و تصمیمات پیشین برای تعیین حقوق استفاده می‌کنند. در ایالات متحده، قوانین فدرال و ایالتی به طور گسترده‌ای بر مسائل مالکیتی نظارت دارند، و قوانین خاص ایالتی می‌توانند تأثیر قابل توجهی بر نحوه رسیدگی به دعاوی ملکی و حقوق مالکیت مشاع داشته باشند.

تفاوت اصلی میان این دو سیستم حقوقی در این است که در ایران، قوانین مدنی و فقه اسلامی به طور کلی چارچوب‌های قانونی را تعیین می‌کند و دادگاه‌ها به دنبال تفسیر و تطبیق این قوانین با واقعیت‌های موجود هستند. در حالی که در آمریکا، سیستم کامن لا و قوانین فدرال و ایالتی به طور مداوم در حال تغییر است و دادگاه‌ها از رویه‌های قضائی و قوانین به روز برای حل اختلافات استفاده می‌کنند. همچنین، تأثیر قوانین خاص ایالتی در آمریکا بر حل اختلافات مالکیت بسیار بارز است. هر ایالت ممکن است قوانین متفاوتی برای مسائل مختلف مالکیتی، مانند حقوق مالکیت مشاع، انتقال املاک و حقوق مستأجران داشته باشد. این تفاوت‌ها می‌تواند به شدت بر نحوه رسیدگی به دعاوی ملکی و تعیین حقوق مالکیت تأثیر بگذارد.

در نهایت، هر دو سیستم حقوقی ایران و آمریکا مزایا و معایب خود را دارند. سیستم حقوقی ایران به دلیل تأکید بر قوانین مدنی و فقهی ممکن است به ثبات و تطابق با اصول دینی کمک کند، در حالی که سیستم حقوقی آمریکا با انعطاف‌پذیری و قابلیت به روزرسانی سریع‌تر، می‌تواند پاسخگویی به نیازهای متغیر جامعه و بازار را بهبود بخشد.

منابع:

۱. ابهری، حمید (۱۳۸۷)، «نقش سند رسمی در بیع املاک»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۴.
۲. احمد متین‌دفتری (۱۳۴۰)، مجموعه رویه قضایی (قسمت حقوقی)، تهران، چاپخانه هاشمی.
۳. امامی، سیدحسن (۱۳۴۷)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۴. امینی، منصور (۱۳۸۸)، «نقش ثبت سند در بیع مال غیر منقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۴۹.
۵. بهرامی، داریوش (۱۳۹۴)، حقوق ثبت املاک در ایران، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
۶. پارساپور، محمدباقر (۱۳۹۶)، گزیده‌ای از حقوق اموال، چاپ سوم، تهران: شهر دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۳۶)، حقوق ثبت، تهران، انتشارات گنج دانش، جلد اول.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، اندیشه و ارتقاء، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، حقوق ثبت، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶)، حقوق اموال، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.
۱۱. صفائی، سیدحسین (۱۳۹۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: میزان.
۱۲. صفی‌زاده، سروش (۱۴۰۱)، «جایگاه ثبت در انتقال قراردادی اموال غیرمنقول در ایران؛ مطالعه تطبیقی با حقوق انگلستان، سوئیس و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۸، ص ۱۸۵-۲۰۶.
۱۳. طباطبایی، سیدمرتضی و سیدمحسن سادات اخوی (۱۳۹۸)، «تحلیل اعتبار مطلق اسناد رسمی در پرتو قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸.
۱۴. طباطبائی حصارى، نسرین (۱۳۸۶)، جایگاه ثبت در تثبیت مالکیت اموال غیرمنقول و احقاق حقوق، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۱۵. طباطبایی حصارى، نسرین (۱۳۸۹)، «بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران)»، مطالعات حقوق خصوصی (حقوق)، شماره ۲، صص ۲۱۹-۲۳۷.
۱۶. طباطبائی حصارى، نسرین و محمدحسن صادقی مقدم (۱۳۹۴)، «آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تأکید بر اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۲، صص ۶۷۷-۶۹۸.

۱۷. طباطبائی حصارى، نسرین و سروش صفی‌زاده (۱۴۰۰)، «درآمدی بر خانواده‌های بزرگ ثبت املاک معاصر (بر مبنای مؤلفه‌های کلان طبقه‌بندی تطبیقی)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۴، صص ۲۳۹-۲۶۶.
۱۸. طباطبائی حصارى، نسرین (۱۴۰۱)، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، شرکت سهامی انتشار.
۱۹. عبدالملکی، محمد، سید محمدهاشمی و علی‌اکبر گرجی ازندریانی (۱۴۰۰)، «نقش ثبت اسناد در ارائه خدمات عمومی و صیانت از حقوق شهروندی»، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، شماره ۱۵، صص ۲۵۹-۲۷۱.
۲۰. قنوتی، جلیل (۱۳۹۹)، «نظریه تملیک و نظریه تعهد از دیدگاه فقیهان»، فقه و مبانی حقوق اسلام، شماره ۲، صص ۳۸۹-۴۰۳.
۲۱. قنوتی، جلیل (۱۴۰۰)، «نظریه تملیکی انظریه تعهد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۳، دوره ۲۴، صص ۲۱۵-۲۴۶.
۲۲. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۲)، اموال و مالکیت، چاپ سی و نهم، تهران: میزان.
۲۳. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۵)، عقود معین، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات گنج دانش، جلد اول.
۲۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵). *مبانی عمومی قراردادها* (جلد ۱: ایقاع و اعلام اراده). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۶. کاظمی، محمود (۱۳۹۸)، «قانون مدنی یا فقه فارسی: جستاری در منابع و ساختار قانون مدنی ایران»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره هشتم، شماره بیست و نهم.
۲۷. محمودی، غلامحسین. (۱۳۹۸). *حقوق مدنی: اشیاء*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
28. Griggs, Lynden (2017), The Doctrinal Coherence of the Torrens System of Land Registration in Australia: Evolution or Revolution, Doctoral Thesis, Australia: Bond University.
29. Heinze, C. (2018). "Die Rechte des Eigentümers bei Pflichtverletzungen im Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis". Zeitschrift für die Notarpraxis, 22(9), pp. 305-31
30. Llewellyn, K. N. (1930). Recent developments in the law of property. Yale Law Journal, 39(3), 215-238.
31. Quillman, J. J. (2019). Property law: Rules, policies, and practices (7th ed.). Wolters Kluwer.

Journal of Legal Developments

Publisher: Shomal University

Director-in-Charge: Dr. Hossein Ranjbar

Editor-in-Chief: Dr. MohammadAli Ardebili

Internal Director: Ehsan Nemati

Editorial Board:

Dr. Nasrollah Ebrahimi, Associate Professor, University of Tehran
Dr. Mehrzad Abdali, Associate Professor, Imam Khomeini University
Dr. Hamid Abhari, Professor, University of Mazandaran
Dr. Mohammad Ali Ardebili, Professor, Shomal University
Dr. Ali Akbar Izadifard, Professor, University of Mazandaran
Dr. Mohammad Ghasem Tangestani, Associate Professor, University of Kharazmi
Dr. Manouchehr Tavassoli Naeini, Associate Professor, University of Isfahan
Dr. Seyed Ahmad Habibnejad, Associate Professor, University of Tehran
Dr. Ali Abbas Hayati, Associate Professor, Razi University
Dr. Behzad Razavifard, Associate Professor, Allameh Tabatabaei University
Dr. Mohammad Setayeshpour, Associate Professor, University of Qom
Dr. Kiomars Kalantari, Professor, University of Mazandaran
Dr. Sam Mohammadi, Professor, University of Mazandaran
Dr. Mohammad Mazhari, Associate Professor, University of Tabriz
Dr. Mehdi Movahedi, Associate Professor, Semnan University
Dr. Peyman Namamian, Associate Professor, University of Arak
Dr. Amir Hassan Niazipour, Associate Professor, University of Shahid Beheshti

Editors:

- *Ehsan Nemati* (Persian)

Design, Graphics and Layout: *Faezeh PourJabbar AhangarKolaei*

Print ISSN: 3115-9389 **Online ISSN:** 3116-1103

Printing and Binding: *Katibe Publications*

Address: Mazandaran, Amol, Shomal University. **Email:** Lawjournal@shomal.ac.ir

TeleFax: 01144203735

Web page: lawjournal.shomal.ac.ir

This journal is following of Committee on Publication Ethics (COPE) and complies with the highest ethical standards in accordance with ethical laws.



Journal of Legal Developments

Vol. 2 No. 1 2026

Shomal University

LEGAL DEVELOPMENT

Vol. 2, Issue 1, No. 3, Spring 2026

- *Damages Arising from Arsh: An Analysis of the Substance and Legal Effects of Arsh in Light of the Award of Branch 36 of the Tehran General (Civil) Court | Sayyed Amin Pishnamaz, Ehsan Bahramy.
- *The Evolution of Defensive Democracy Focusing on the Rereading of the Weimar Constitution on the 1949 the Effect of German Basic Law | Mohammad Ghasem Tangestani.
- *Transparency in Blockchain Technology: A Tool for Preventing Economic Crime and Strengthening Public Trust | Ali delmoradi, mohammad Baqir Grayli .
- *The challenge of balancing the rights of the plaintiff and the defendant in light of the reform-oriented approach of the Iranian criminal legislator | Kosar Shokriyan, Sajad Ghavami.
- *The Transformation of Constitutional Understanding from Formal Legalism to Institutionalized Constitution: A Reappraisal of Costantino Mortati's Theory of the Material Constitution | Mahdi Moradi Berelian.
- *A Comparative Study of the Legal Effects of Real Property Ownership in Iranian and American Law | Hooshang Maghbooli, Ali Alboye, Hasan Moradi.