

الرحمن الرحيم

فصلنامه علمی

مجله حقوقی

دوره هشتاد و نهم / شماره یکصد و هفدهم / بهار ۱۴۰۱

این نشریه به موجب گواهی «کمیسیون نشریات علمی» دارای رتبه علمی است.

این نشریه در پایگاه‌های استنادی زیر نمایه‌سازی می‌شود:

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) www.isc.gov.ir
پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID) www.sid.ir
بانک اطلاعات نشریات کشور www.magiran.com
پایگاه مجلات تخصصی نور www.noormags.ir
پرتال جامع علوم انسانی www.ensani.ir
سامانه نشریات علمی ایران (کتابخانه ملی) iranjournals.nlai.ir

مدیریت امور نشریه و نویسندگان: دفتر نشریات پژوهشگاه قوه قضائیه، تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ (۰۲۱)
مدیریت امور علمی و تحریریه: معاونت پژوهشی پژوهشگاه قوه قضائیه، تلفن: ۲۲۰۹۲۴۹۷ (۰۲۱)
مدیریت امور فنی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، تلفن: ۲۲۰۹۲۰۶۱ (۰۲۱)
نشانی دفتر نشریه: بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین درکه، پژوهشگاه قوه قضائیه

شاپا چاپی: ۱۷۳۵-۴۳۵۸ شاپا برخط: ۷۱۹۸-۲۶۷۶ قیمت: ۱۲۰۰۰۰۰ ریال
صندوق پستی: ۱۱۱۵۵-۳۵۱۵ نشانی پست الکترونیک: Law.journal1316@gmail.com

آدرس سامانه مجله: www.jlj.ir



صاحب امتیاز: قوه قضائیه

مدیر مسئول: علیرضا امینی (مشاور رئیس قوه قضائیه)

سر دبیر: محمدحسن صادقی مقدم (استاد دانشگاه تهران)

مدیر اجرایی: رسول احمدزاده (قاضی دادگستری)

گروه دبیران (هیئت تحریریه) (به ترتیب حروف الفبا):

ربیعا اسکینی استاد (حقوق خصوصی) پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای تهران
غلامحسین الهام دانشیار (حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه تهران
خیراله پروین استاد (حقوق عمومی) دانشگاه تهران
محمدجواد جاوید استاد (حقوق عمومی) دانشگاه تهران
ولی رستمی استاد (حقوق عمومی) دانشگاه تهران
سیامک ره‌پیک استاد (حقوق خصوصی) دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
محمدهادی صادقی دانشیار (حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه شیراز
محمدحسن صادقی مقدم استاد (حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
عباسعلی کدخدائی الیادرائی استاد (حقوق بین‌الملل) دانشگاه تهران
سیدفضل‌اله موسوی استاد (حقوق بین‌الملل) دانشگاه تهران
حسین میرمحمدصادقی استاد (حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه شهید بهشتی

ویراستار فارسی و صفحه‌آرا: زهرا مشایخی

مترجم و ویراستار انگلیسی: مهدی ابراهیمی

نقل مطالب مندرج در نشریه با ذکر مأخذ آزاد است.
مسئولیت صحت اطلاعات مندرج در مقالات به‌عهده نویسندگان است.

مشاوران و ارزیابان علمی مقالات شماره ۱۱۷ مجله حقوقی دادگستری

(به ترتیب حروف الفبا)

فائزه آخوندی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، وحید آگاه (استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)، شهرام ابراهیمی (دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز)، مریم ابراهیمی (وکیل دادگستری و مدرس دانشگاه)، مصطفی‌السان (دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، رسول احمدزاده (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، محمدجواد جاوید (استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، یوسف باقری حامد (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، یوسف براری چناری (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، رحیم پیلوار (استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (دانشکدگان فارابی))، محمدقاسم تنگستانی (استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی)، سیدمهدی دادمرزی (دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم)، محمدرضا زندی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران مرکزی))، امید رستمی غازانی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه بین‌المللی اهل بیت (ع))، مهناز رشیدی (استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران مرکزی))، حبیب رمضانی آکردی (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره))، محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، محمد صادقی (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، محمدهادی فضلعلی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، مهدی کارچانی (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، سیدعلی کاظمی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، کاظم کوهی اصفهانی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع))، حسین ناظریان (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، مریم‌السادات محقق داماد (استادیار گروه حقوق خانواده، دانشگاه امام صادق (ع) (واحد خاوران))، حسن محسنی (دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، علی مشهدی (دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم)، عباس میرشکاری (استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، مهدی مهدوی‌زاهد (استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)

منشور اخلاقی مجله حقوقی دادگستری

منشور اخلاقی مجله حقوقی دادگستری، که بر مبنای دستورالعمل‌های تدوین‌شده توسط کمیته اخلاق در انتشار پژوهش‌ها (COPE) تنظیم گردیده است، تکالیف و تعهداتی را برای همه اشخاص ذی‌نفع و دخیل در فرآیند چاپ و انتشار مجله، اعم از سردبیر، اعضای هیئت تحریریه، مدیر داخلی، ویراستار و ناشر در نظر گرفته است. این تکالیف برای گروه‌های مختلف اشخاص مذکور به شرح ذیل است:

۱. تکالیف سردبیر و اعضای هیئت تحریریه

به‌منظور حسن عملکرد مجله و رعایت الزامات اخلاق در پژوهش، گروه مدیریت مجله حقوقی دادگستری (شامل سردبیر و اعضای هیئت تحریریه) تکالیفی به این شرح بر عهده دارند:

۱-۱. **قانون‌مندی در تصمیم‌گیری برای انتشار مقالات:** گروه مدیریت مجله در مورد اینکه کدام مقالات قابل چاپ در این مجله هستند، تصمیم‌گیری می‌کند. گروه مدیریت، در اتخاذ این تصمیم از سیاست‌های کلان مجله و نیز الزامات قانونی که بر اساس آیین‌نامه‌های مرتبط وزارت علوم تعیین شده است یا در آینده تعیین خواهد شد، تبعیت می‌کند.

۱-۲. **بی‌طرفی:** گروه مدیریت مجله، هیچ مقاله‌ای را بدون آنکه داور تخصصی، به شرح مذکور در بندهای آتی، در مورد آن انجام شده باشد، جهت انتشار در مجله مورد تأیید قرار نخواهد داد. گروه مدیریت مجله هیچ‌گونه پیش‌دوری و اعمال نظر شخصی، سلیقه‌ای، جناحی و ... در زمینه پذیرش یا رد مقالات اعمال نمی‌کند و تمامی تصمیمات آن مبتنی بر ملاحظات علمی و تخصصی است.

۱-۳. **بررسی موارد مشکوک:** اگر هر یک از مقالات مندرج در نشریه، از حیث شیوه انجام پژوهش، یافته‌ها و اعتبار مورد تشکیک قرار گیرند، گروه مدیریت مجله ابتدا با نویسندگان تماس گرفته و از آن‌ها درخواست می‌کند که به موارد مطروحه پاسخ دقیقی بدهند. اگر ایراد موجود به‌نحوی باشد که باعث سوء عملکرد دستگاه قضایی یا به خطر افتادن منافع و مصالح عمومی می‌گردد، ضمن اینکه تحقیقات در جریان است، موضوع در اسرع وقت به اطلاع خوانندگان مجله می‌رسد. پس از پایان بررسی‌ها، گروه مدیریت مجله نتایج بررسی‌های خود را در نشریه منتشر می‌کند و در صورت لزوم، اصلاحیه‌ای در خصوص مطالب قبلی صادر می‌کند. مجله حقوقی دادگستری، تمامی ادعاهای مربوط به نقض حقوق مؤلفان، عدم رعایت اخلاق پژوهش، سرقت علمی و سایر ملاحظات مربوطه را بررسی کرده و خود را متعهد به رعایت تمامی الزامات در این زمینه می‌داند.

۲. تکالیف داوران

داوری در مجله حقوقی دادگستری به‌صورت بی‌نام صورت می‌گیرد. هیچ‌گونه اطلاعاتی که به شناسایی داوران منجر شود، در هیچ یک از مراحل، حتی پس از انتشار مقاله، در اختیار نویسندگان قرار نخواهد گرفت.

۲-۱. **سرعت عمل:** به‌منظور حفظ حقوق نویسندگان، داوران مجله متعهد می‌شوند که موارد ارجاعی را در سریع‌ترین زمان ممکن پاسخ دهند و چنانچه این امکان برای ایشان مهیا نیست، مجله را در جریان خواهند گذاشت تا نسبت به تعیین داور دیگر اقدام شود.

۲-۲. **محرم‌انگی:** داوران مجله، مقالاتی را که برای ارزیابی در اختیار آن‌ها قرار می‌گیرد، محرمانه تلقی کرده و در مورد محتوای آن‌ها هیچ‌گونه اطلاعاتی در اختیار دیگران قرار نخواهند داد.

۲-۳. **بی‌طرفی:** داوران باید به‌نحو بی‌طرفانه صورت گیرد. برای تأمین این هدف، نظرات داوران باید مستظهر به استدلال‌های ایشان باشد.

۲-۴. **دقت در ذکر منابع:** داوران دقت نظر کافی به عمل خواهند آورد تا هر گونه مطلبی که در مقاله درج شده و از منبعی دیگر اقتباس یا نقل شده است، با رعایت دقیق ضوابط ارجاع، مشخص گردد و منبع مورد استفاده در مقاله درج گردد.

۳. تکالیف نویسندگان

شیوه عملکرد نویسندگان مقالات، به‌عنوان تأمین‌کنندگان اصلی محتوای مجله، اهمیت فراوانی برای مجله حقوقی دادگستری دارد.

۳-۱. **اصالت مطالب:** نویسندگان تضمین می‌کنند که مطالب ارسالی آن‌ها برای مجله از اصالت برخوردار است و قبلاً به هیچ زبانی، در هیچ نشریه‌ای، اعم از داخلی و خارجی، منتشر نشده است.

۳-۲. **اصالت نویسندگان:** ثبت‌کننده مقاله در مجله متعهد می‌شود که تنها نام کسانی را در مقاله به‌عنوان نویسنده درج کند که مشارکت قابل‌توجهی در نگارش مقاله داشته است. نام تمامی کسانی که در نگارش مقاله چنین نقشی داشته‌اند، باید در مقاله به‌عنوان نویسنده درج شود.

۳-۳. **رعایت ضوابط ارجاع:** هرگونه استفاده از منابع دیگر، دقیقاً و با ذکر مشخصات کامل منبع مورد استفاده، در مقاله مشخص می‌شود. در مواردی که از مطالب دارای کپی‌رایت استفاده می‌شود (مانند جداول، عکس‌ها یا نقل‌قول‌های گسترده) نویسندگان متعهد هستند که قبلاً رضایت مکتوب و صریح صاحب حق را اخذ کنند و در مقاله خود نیز آن را تصدیق نمایند.

۳-۴. **هم‌زمانی:** نویسندگان تعهد می‌نمایند که مقالات ارسالی به مجله را تا پیش از تعیین تکلیف نهایی آن‌ها، برای مجله دیگری ارسال ننمایند. ارائه مقاله به بیش از یک نشریه به‌طور هم‌زمان تخلف محسوب می‌شود و مجله حقوقی دادگستری در صورت اطلاع از این امر در هر یک از مراحل بررسی مقالات، ادامه روند بررسی را متوقف خواهد کرد.

۳-۵. **تعارض منافع:** چنانچه نویسندگان در انجام پژوهش خود از منابع مالی مؤسسه یا دستگاه خاصی استفاده کرده‌اند، لازم است که آن را در مقاله خود مورد تصریح قرار دهند.

شیوه‌نامه نگارش مقالات مجله حقوقی دادگستری

این نشریه آمادگی دارد تا مقالات و نوشته‌های ارسالی صاحب‌نظران را در چهارچوب‌های زیر دریافت و پس از طی فرآیند ارزیابی منتشر نماید:

۱. راهنمای نگارش مقاله

مقاله باید دارای بخش‌های زیر باشد:

الف) چکیده فارسی و انگلیسی؛ (۱۵۰ تا ۳۰۰ واژه)

ب) کلیدواژه‌های فارسی و معادل انگلیسی آن‌ها؛ (۴ تا ۷ واژه)

پ) مقدمه، پیکره اصلی مقاله: شامل بندها و بخش‌های مربوطه، نتیجه و پیشنهاد؛

ت) فهرست تمام منابع مورد استفاده.

• حجم مقاله کمتر از ۱۰ هزار واژه باشد.

• چکیده دربردارنده موضوع مقاله، روش تحقیق، پرسش اصلی و مهم‌ترین نتایج آن باشد.

• روش تحقیق، موضوع تحقیق، اهداف تحقیق، فرضیه‌ها و سؤالات تحقیق، پیشینه، نوآوری و ادبیات موضوع به صورت مختصر ولی روشن و در حد امکان در مقدمه مقاله ارائه شود.

• معادل اسامی، اصطلاحات و علائم اختصاری خارجی به زبان اصلی در پاورقی عیناً درج گردد.

• عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی و ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از

راست به چپ تنظیم شود:

مقدمه

۱. ساختار حقوقی کنوانسیون برن

۱-۱. چپستی معاهده

۱-۱-۱. تعهدات ناشی از معاهده

۱-۱-۲. اقسام نقض در معاهده

۱-۲. اقسام معاهده

۲. اصول حاکم بر معاهده

۲-۱. موضوعات مورد حمایت

۲-۲. مصادیق مورد حمایت

نتیجه

۲. راهنمای روش ارجاع‌دهی

روش ارجاع به منابع به صورت درون‌متنی و به سبک APA به شرح آتی خواهد بود:

• ارجاعات بلافاصله بعد از نقل مطلب به صورت (نام صاحب اثر، سال انتشار: شماره صفحه)

داخل پراگماتر ذکر می‌گردد:

نمونه: (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۶: ۲۵۱)

• اگر نویسندگان دو نفر باشند، نام خانوادگی هر دو ذکر می‌شود:

نمونه: (ره‌پیک و قاسم‌زاده، ۱۳۹۱: ۲۲۵-۲۰۴)

• اما اگر تعداد نویسندگان بیش از دو نفر باشد، تنها نام خانوادگی نویسنده اول ذکر شده و عبارت «و دیگران» در ادامه ذکر می‌شود:

نمونه: (غلامی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۳)

• در صورتی که به مجلدات مختلف یک کتاب استناد شود، پس از تاریخ انتشار کتاب، شماره جلد آن درج شود:

نمونه: (حسینی، ۱۳۹۲/۲: ۱۴۲)

• در صورتی که به چند عنوان کتاب از یک نویسنده که در یک سال منتشر شده است، استناد شود، پس از تاریخ انتشار کتاب، از حروف ابجد استفاده شود:

نمونه: (حسینی، ۱۳۹۲ [الف]: ۱۴۲)

• در ارجاع درون متنی در صورت تکرار منبع، به جای استفاده از op.cit، Ibid، همان یا پیشین، منبع عیناً ذکر شود.

• علائم نگارشی مثل کاما (،)، نقطه‌کاما (:)، دونقطه (:)، نقطه (.)، حتماً بعد از پرانتز گذارده شود.

۳. راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقاله

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله فارسی	۱۴ توپر	IRMitra
اسامی نویسندگان فارسی	۱۳ نازک	IRLotus
متن چکیده فارسی	۱۳ نازک	IRLotus
تیترهای داخل متن	۱۲ توپر	IRMitra
متن فارسی و عربی	۱۳ نازک	IRLotus
متن انگلیسی	۱۰ نازک	Garamond
پانویس فارسی	۱۱ نازک	IRLotus
پانویس انگلیسی	۹ نازک	Garamond
عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۱ توپر	IRLotus
منابع فارسی	۱۱ نازک	IRLotus
منابع لاتین	۱۰ نازک	Garamond
عنوان مقاله انگلیسی	۱۲ توپر	Cambria
اسامی نویسندگان انگلیسی	۱۰ توپر	Cambria
چکیده انگلیسی	۱۰ نازک	Garamond

۴. راهنمای تنظیم فهرست منابع

فهرست منابع انتهای مقاله باید به ترتیب فارسی و غیرفارسی دسته‌بندی شده و بدون شماره‌گذاری با رعایت ترتیب حروف الفبایی و بر اساس نام خانوادگی نویسنده اول به صورت زیر آورده شود:

۴-۱. کتاب: نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، **عنوان کتاب**، شماره جلد، شماره چاپ (در صورت تجدید چاپ)، نام شهر محل انتشار: نام مؤسسه انتشار دهنده.

نمونه: میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۶)، **حقوق جزای اختصاصی**، جلد دوم، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.

۴-۲. مقاله: نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، **عنوان نشریه**، دوره یا سال نشریه، شماره نشریه.

نمونه: خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، «موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵.

۴-۳. پایان‌نامه یا رساله: نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، **عنوان پایان‌نامه**، نوع پایان‌نامه یا رساله، نام شهر محل دانشگاه: نام دانشکده و دانشگاه.

نمونه: یوسفی، احمد (۱۳۹۶)، **جایگاه اصول حقوق کیفری در نظام حقوقی ایران**، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

• در هر یک از موارد فوق، اگر نویسندگان دو نفر یا بیشتر باشند، از نویسنده دوم به بعد ابتدا نام و سپس نام خانوادگی ذکر می‌شود:

نمونه: قاسم‌زاده، سیدمرتضی و حسن ره‌پیک و عبدالله کیایی (۱۳۸۴)، **تفسیر قانون مدنی**، چاپ دوم، تهران: انتشارات سمت.

۴-۴. **سند الکترونیک**: نام خانوادگی نویسنده، نام، **عنوان مقاله**، نام سایت، <آدرس لینک>، تاریخ مراجعه به سایت).

Sample: Lang, Jon, **The Protection of Commercial Trade Secrets**, Jon Lang **Mediation**, available at:

<<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf>> (last visited on 10/10/ 2015).

۴-۵. **رای قضایی**: شماره رأی، تاریخ صدور رأی، مرجع صادرکننده.

نمونه: دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۵۷۷۳۲۹۸۰۲۱۱، مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۲۳، صادره از شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۵. راهنمای ارسال مقالات

- مقالات ارسالی می‌بایست در قالب برنامه Word با فرمت DOC یا DOCX باشد و از طریق ثبت‌نام در سایت مطابق راهنمای مندرج در آن ارسال شوند. همچنین لازم است که فرم تعارض منافع نویسندگان و موافقت با کپی رایت را در یک صفحه A4 چاپ و به امضای تمام نویسندگان رسیده و تصویر یا اسکن آن در سایت بارگزاری شود.
- میزان تحصیلات، رتبه و پایه علمی، محل کار دانشگاهی، شماره تلفن همراه، پست الکترونیک و نویسنده مسئول (Corresponding Author) (فارسی و انگلیسی) را در فایل مجزا در سامانه ارسال نموده و مطابق با آن اطلاعات سامانه تکمیل گردد.
- **نمونه:** دکتر نجادعلی الماسی (استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران).

Sample: Dr. NajadAli Almasi (Professor of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran).

- ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها همراه مقاله ارسال گردد.
- مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه داخلی یا خارجی چاپ شده باشد و به طور همزمان نباید به سایر نشریات فرستاده شده باشد. در این صورت مقاله از فرآیند ارزیابی و انتشار خارج خواهد شد.
- مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده مسئول است.
- نشریه در اصلاح، تلخیص و ویرایش مقاله آزاد است.
- نظرات و ارزیابی داوران به معنای پذیرش نهایی مقاله نیست، بلکه پذیرش نهایی مقاله منوط به تأیید هیئت تحریریه نشریه می‌باشد.
- کلیه حقوق مادی برای مجله حقوقی دادگستری محفوظ است و آن دسته از نویسندگان که درصدد انتشار مقاله منتشره خود در این نشریه، در مجموعه مقالات یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت نشریه را اخذ نمایند.

فهرست مقالات

(چینش مقالات بر اساس حرف نخست نام خانوادگی نویسندهٔ مسئول است.)

- پوزیتویسم حقوقی در نظام قضایی ایران؛ برابند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی..... ۱
مسعود الماسی، احمد واعظی
- تفاسیر قضایی از سوءرفتار جنسی زوج در محاکم خانواده ۲۱
طوبی شاکری گلپایگانی، زهرا بابازاده
- وضعیت صدور حکم به نفع خواننده دعوی مدنی بر اساس اصل برائت و بدون سوگند او ۴۳
مهدی حسن‌زاده
- اختیارات دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در آغاز فرایند ارزیابی مقدماتی ۵۹
محمدهادی ذاکر حسین
- نقش قوه قضائیهٔ جمهوری اسلامی ایران در تضمین حق بر آب ۸۳
مهناز رشیدی
- سازگاری مقررات شرکت سهامی خاص و حرفهٔ پزشکی با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق تطبیقی..... ۱۰۹
سیدعباس سیدی‌آرانی
- اصل تناسب در توقیف داده و سامانه در فرایند کیفری ۱۳۱
صادق تبریزی، حسن عالی‌پور، محمدرضا الهی‌منش
- تأثیرات متقابل آرای حقوقی و کیفری؛ از تئوری تا رویهٔ قضایی ۱۵۳
مجید عزیزیانی
- اصول و الزامات حقوقی حاکم بر فناوری‌های حقوقی دادرسی قضایی ۱۷۵
علی بهادری جهرمی، محمدرضا علی‌پور
- تبیین نظری تأثیر جنسیت بر تعیین مجازات مجرمان مواد مخدر؛ مطالعهٔ تطبیقی ایران و آمریکا ۲۰۱
ثنا کاظم‌پور، محمد فرجیها
- تحلیل حقوقی - اقتصادی معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی شرکت‌های تجاری ۲۳۳
محسن صادقی، مصطفی کوشکی
- هرمنوتیک و ارزش‌گذاری قضایی نقاشی‌های پست‌مدرن در حقوق مالکیت فکری ۲۵۷
سیداحسان رفیعی علوی، سعید محبوب

- تعدیل ضمانت اجرای تعهد به ارائه اطلاعات در قراردادهای بیمه؛ مطالعه تطبیقی در حقوق
ایران و انگلیس ۲۷۷
- مجتبی محمدی، محمد هادی جواهرکلام
- قیود تحدیدکننده اجرای مجازات مجنون؛ نقدی بر نظر مشهور فقها و رویکرد قانون گذار
ایران ۲۹۹
- محمد هادی توکل پور، محمد امین ملکی
- تحلیل قراردادهای واگذاری موقت اراضی ملی ۳۲۱
- خدیجه مظفری، علیرضا ایزدی فرد
- اعتبار انتقال سند تجاری پس از سررسید یا واخواست ۳۴۳
- حمید میری

پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران؛ برایند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی^۱

مسعود الماسی*، احمد واعظی**

چکیده

نظام حقوقی مدرن در ایران همواره متأثر از جریان نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی بوده است. برایند تعاملی این دو جریان موجب حاکمیت نوعی پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران شده که بر آن اساس قضات باید نتیجه قضاوت خود را با منطق قضایی صوری و در چهارچوب نص‌گرایی قانونی ارائه کنند. پیش‌فرض‌های مذکور ما را به سؤال اصلی این مقاله سوق می‌دهد که سؤال از ماهیت نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی و نحوه تأثیر آن‌ها بر حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران است. ما در این مقاله نخست با روش توصیفی به مفهوم‌شناسی نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی و پوزیتیویسم حقوقی خواهیم پرداخت تا در ادامه قادر شویم به تحلیل حاکمیت پارادایم مبتنی بر این مفاهیم بر نظام قضایی ایران و پیامدهای آن بپردازیم. یافته این پژوهش آشکار خواهد کرد رویکرد تصلب بر قانون و روش استنتاجی قضایی همواره مطابق با آرمان‌های حقوقی و عدالت نیست. دیگر یافته این مقاله نشان‌گر آن است که برایند تعاملی جریان نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران حاکمیت نوعی پوزیتیویسم حقوقی است که موجب خلط مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبانی مدرنیته با نظام حقوقی اسلام در اصول متعددی از قانون اساسی و قوانین عادی شده است.

واژگان کلیدی: نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی، پوزیتیویسم حقوقی، قانون، نظام قضایی ایران

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «مبانی و پیامدهای نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران» با راهنمایی آقای دکتر احمد واعظی و مشاوره آقای دکتر محمود حکمت‌نیا در دانشگاه باقرالعلوم است.

* دکتری فلسفه حقوق، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران (نویسنده مسئول) masaudalmasy@gmail.com
** استاد گروه فلسفه‌های مضاف، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران info@ahmadvaezi.com

مقدمه

نص‌گرایی در تعریف عام نوعی روش معطوف به تحصیل معرفت است که با تکیه بر اعتبار نصوص، دستیابی به معرفت را محدود به حجیت نصوص کرده و از دخالت دادن برداشت‌های عقلی جلوگیری می‌کند. بدین اعتبار نص‌گرایی در حوزه علوم اسلامی نظیر فقه روش دستیابی به معرفت فقهی بر اساس حجیت نصوص و توجه صرف به احادیث، و منقولات شرعی و یا در حوزه کلام روش معطوف به حجیت «عقل» در مقابل «نقل» است.

اما نص‌گرایی در حوزه قانون و متون حقوقی که موضوع پژوهش حاضر است به‌نحو خاص در مفهوم «متن‌گرایی»^۱ استعمال می‌شود که بیشتر معطوف به فهم متن قانون و مقاصد واضعان قانون است هرچند که در رویکردهای افراطی‌تر متن‌گرایی، حتی جست‌وجو برای فهم مقاصد واضعان قانون نیز نفی می‌شود و قضات بر اساس این رویکرد موظف می‌گردند صرفاً بر متن قانون اقتصار و اکتفا نمایند. اندک تتبع تطبیقی در جریان تحولات علم حقوق نشان می‌دهد نص‌گرایی قانونی به‌ویژه در مفهوم متن‌گرایی افراطی، پشتوانه پارادایم دیگری موسوم به فرمالیسم حقوقی گشت که از ویژگی‌های بارز آن توجه به روش قیاس منطقی^۲ است.

کارکرد مهم نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی الزام قضات به فهم متن قانون و ارائه نتیجه قضاوت در قالب یک استدلال حقوقی است که مانند هر قیاس منطقی شامل قضایای صغروی، کبروی و نتیجه باشد (Beccaria, 2000: 14) تا در داوری‌هایشان مصون از تأثیرپذیری نسبت به عوامل خارجی نظیر، شخصیت طرفین دعوی و اوضاع و احوال سیاسی، اقتصادی یا مذهبی مربوط به اصحاب دعوی باشند. هرچند نیل به تساوی‌گرایی قانونی از اهداف نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی است اما اجرای مکانیکی قانون در قالب استنتاج منطقی و در یک نظام بسته از قوانین مدونه که از اصول مسلم پارادایم نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی است همواره مطابق با آرمان‌های حقوقی و عدالت نخواهد بود و موجب حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی در نظام‌های قضایی مدرن از جمله نظام قضایی معاصر در ایران شده است. نتیجه حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران نیز وجود اصول متعددی از قانون اساسی و قوانین عادی است که نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی را تکلیف کرده‌اند.

بر این اساس با ابتنا بر این پیش‌فرض‌ها که نظام حقوقی مدرن در ایران هم در پیدایش و هم در استمرار متأثر از جریان نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی بوده که برابند تعاملی آن‌ها موجب حاکمیت

1. textualism

2. syllogism

نوعی پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران شده مسئله مطمح نظر در این پژوهش ضرورت توجه به یکی از مهم‌ترین چالش‌های عینی در فلسفه حقوق معطوف به نظام قضایی ایران است که می‌توان آن را چالش عدم توجه به موازین فراحقوقی اخلاقی و عطف توجه صرف به نظام صوری کاربست قوانین دانست.

به دلیل همین ضرورت ما در این مقاله نخست با روش توصیفی به مفهوم‌شناسی نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی و پوزیتیویسم حقوقی خواهیم پرداخت تا در ادامه قادر شویم با روش تحلیلی به بررسی رابطه فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی در تعامل با پوزیتیویسم حقوقی تأثیرگذار بر نظام قضایی ایران بپردازیم.

نتیجه این تحلیل در بخش بررسی پیامدها، آشکار خواهد کرد نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی علاوه بر آنکه می‌توانند موجبات تصلب بر قانون و محاق رفتن آرمان‌های حقوقی نظیر انصاف و عدالت را فراهم آورند به علاوه در پاره‌ای از اصول قانون اساسی مآلاً منجر به حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی بر نظام قضایی ایران و خلط مبانی لیبرالیستی قانون با مبانی اسلامی آن شده است.

۱. مفهوم‌شناسی نص‌گرایی قانونی

حداقل می‌توان سه معنای عقل‌گرایی، خواننده‌محوری، قصدگرایی تفسیری را در تقابل با نص‌گرایی تفکیک و احصا کرد (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۴۴-۱۴۶). نص در معنا و کارکرد نخست واجد آن معنای لغوی است که در مقابل عقل قرار می‌گیرد و نص‌گرایی در حوزه علوم اسلامی که مقابل عقل‌گرایی می‌ایستد عموماً در همین معنا استعمال می‌گردد. نص‌گرایی در این مفهوم دارای پیشینه تاریخی طولانی است و در بیشتر حوزه‌های علوم اسلامی نظیر کلام، فلسفه، فقه، اخلاق رخ نموده و جریان‌های فکری بزرگی نظیر اشاعره، معتزله، اخباری‌ها، اصولی‌ها در اعصار مختلف با توجه به همین تقابل شکل گرفته‌اند و بدین اعتبار نص‌گرایی در حوزه فقه نوعی روش عقل‌گریز است که معرفت فقهی در آن معطوف به حجیت نصوص و توجه صرف به احادیث، روایات، و منقولات شرعی می‌گردد و در حوزه کلام نیز به همین ترتیب نوعی رویارویی «عقل» و «وحی» است.

اما نص‌گرایی در معنا و کارکرد دوم در تقابل با دیدگاهی قرار می‌گیرد که عموماً معتقد است آنچه اهمیت دارد دریافت خواننده از مطالعه یک متن است و قرائت متن را تابعی از تفسیر خواننده که خود تابعی از عوامل مختلف روان‌شناختی، جامعه‌شناختی و کلیه امور دیگر برون‌متنی است می‌داند؛ رویکردی که اصطلاحاً خواننده‌محور^۱ نام گرفته است.

نص‌گرایی ولی در معنا و کارکرد سوم که در متون حقوقی استعمال می‌گردد در تقابل با قصدگرایی تفسیری قرار می‌گیرد که یک اظهارنظر فلسفی در مورد قانون و تفسیر آن است و معتقد است خود متن قانون، در حقیقت همان قانون است (Siegel, 2009: 131) زیرا تنها به دنبال آنچه از متن قانون استفاده می‌شود باید بود (Marmor & Soames, 2011: 7) و تنها متن است که می‌تواند مرجع نهایی تلقی شود و بدین اعتبار به متن‌گرایی موسوم گشت.

متن‌گرایی در یک تقسیم‌بندی دیگر توسط آندره مارمور به متن‌گرایی منفی و متن‌گرایی مثبت یا نومتن‌گرایی^۱ تقسیم شده (Marmor 2007: 19) که اولی نفی جست‌وجو در سوابق تاریخی وضع یک قانون و نفی جست‌وجو جهت نیل به نیت قانون‌گذاران و قصد تقنینی^۲ و دومی تأکید بر فهم و تفسیر قانون بر مبنای معنای متعارف^۳ و جست‌وجو در سوابق تاریخی وضع قانون و نیت قانون‌گذار است (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۴۷-۱۴۸).

برخی نیز مانند قاضی آنتونیا اسکالیا از اعضای دیوان عالی آمریکا این جست‌وجو را اگر جهت نیل به معنای اصیل و اولیه قانون باشد متن‌گرایی - اصالت‌گرایانه^۴ نام نهاده‌اند (perry, 2011: 106) که هدف آن نیل به معنای متعارف قانون در زمان تصویب یک قانون است. (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۵۰) به هر روی مراد ما از نص‌گرایی قانونی در این مقاله همین مفهوم اخیر است. مفهومی که پشتوانه پارادیم دیگری موسوم به فرمالیسم حقوقی گشت که در ادامه به مفهوم‌شناسی آن خواهیم پرداخت.

۲. مفهوم‌شناسی فرمالیسم حقوقی

مفهوم فرم دارای سه رویکرد وابسته به هم است که عبارت از ویژگی و شخصیت خاص داشتن، اصلی واحد در یک ساختار واحد بودن و جنسیت واحد داشتن، هستند و بنابر این فرم نشانگر شخصیت^۵، وحدت^۶ و نوعیت^۷ است (Weinrib, 1988: 959-960).

بر این اساس واژه فرمالیسم تقابل بین فرم و محتوا را نشان می‌دهد؛ تقابلی که در هسته روش‌شناسی فرمالیستی قرار گرفته است (Weinrib, 2010: 328) اما فرم و محتوا آن‌چنان به هم تنیده و وابسته هستند که اگر محتوایی فرم خود را از دست دهد نامشخص و غیرقابل تجربه خواهد شد (Weinrib, 1988: 959).

1. New Textualism
2. Legislative Intent
3. Ordinary Meaning
4. Textualism-Originalism
5. character
6. unity
7. genericity

در حقیقت می‌توان گفت قابلیت فهم هر موضوعی به رابطهٔ فرم و محتوا در آن موضوع باز می‌گردد و اگر نخواهیم از فرمالیسم حقوقی صرفاً به‌عنوان یک واژه، تعریفی بیان کرده باشیم بلکه بخواهیم پذیرفتنی‌ترین مفهوم از فرمالیسم حقوقی را ارائه نماییم شاید بتوان گفت فرمالیسم حقوقی وفاداری به بُعد هنجاری حقوق و به سنتی فلسفی است که هدف آن نیل به یک رویهٔ هنجاری عقلانی و درون‌ماندگار^۱ است (Weinrib, 1988: 949).

و بر در آثار خود توضیح می‌دهد که چگونه سرمایه‌داری به پیدایش نظم حقوقی عقلانی کمک کرده است و ادعای کلی وی آن است که تحول تاریخی نظام‌های حقوقی در اروپا به‌سوی نوعی حقوق عقلانی صوری بوده است (Trevino, 1996: 183) و فرمالیسم حقوقی نظام‌های حقوقی را قادر ساخته که به‌سان ماشین‌های مکانیکی عاقل عمل کنند (Mann, 1994: 1048).

مورخان تاریخ حقوق نیز نظیر مورتون هورویتز^۲، گرت گیل‌مور^۳ و دانکن کندی^۴ نیز ادعا کرده‌اند که سال‌های میانی ۱۸۷۰ تا ۱۹۲۰ میلادی اوج جریان فرمالیسم در ایالات متحده آمریکا بود که حقوق‌دانان و قضات حقوق را به‌سان نظام خودبنیاد فراگیر منطقی^۵ و متعین می‌دیدند و معتقد بودند قضات درگیر یک «نظام استنتاج مکانیکی» از مجموعه‌ای از قوانین هستند تا یک حکم واحد درست به‌عنوان خروجی صادر کنند (Leiter, 2010: 117).

نظام استنتاج مکانیکی همان چیزی است که به «رویهٔ قضایی مکانیکی»^۶ موسوم گشت و نخستین بار توسط راسکو پوند^۷ استعمال شد و مشتمل بر یک قیاس منطقی^۸ است (Steven, 2005: 1982). قیاس منطقی موجود در این رویه را می‌توان با یک مثال چنین شرح داد که اگر حسب یک قانون موضوعه چنین مقرر شده باشد که هر کس با سرعت بیش از پنجاه کیلومتر در ساعت رانندگی کند باید پنجاه هزار تومان جریمه شود^۹؛ آنگاه در مورد چنین قانونی رویهٔ قضایی مکانیکی و قیاس منطقی موجود در آنکه قاضی بر اساس آن قضاوت می‌کند چنین خواهد بود:

کبرای قیاس: هر کس با سرعت بیش از پنجاه کیلومتر در ساعت رانندگی کند باید پنجاه هزار

1. immanently intelligible normative

2. Morton Horwitz

3. Grant Gilmore

4. Duncan Kennedy

5. autonomous, comprehensive, logically ordered

6. mechanical jurisprudence

7. Nathan Roscoe Pound (October 27, 1870 – June 30, 1964)

8. logical deduction

۹. معیار سنجش سرعت و جریمه به تناسب تبدیل به کیلومتر بر ساعت و تومان شده‌اند.

تومان جریمه شود. صغرای قیاس: متهم با سرعت بیش از پنجاه کیلومتر در ساعت رانندگی کرده است. نتیجه: متهم باید پنجاه هزار تومان جریمه شود (Steven, 2005: 1982).

بنابر آنچه گفته شد در تشبیه فرمالیسم حقوقی به روش ریاضیات شاید بتوان گفت که فرمالیسم تقریباً می‌تواند به‌سان قواعد ریاضیات مفسر را قادر سازد تا مشخص نماید نتیجه یک پرونده آیا صحیح است یا ناصحیح (Posner, 1986: 181) و بر این اساس شاید همچنان که واینرب بیان کرده فرمالیسم حقوقی بازتابی از پایدارترین آمال حقوق است که هدف آن نیل به یک رویهٔ هنجاری عقلانی و درون‌ماندگار^۱ است (Weinrib, 1988: 963).

قاضی بر اساس این رویکرد فرمال باید در هر پرونده صرفاً و فقط بر اساس منطق قضایی صوری و فارغ از توجه به عناصر غیر حقوقی یا فراحقوقی حکم صادر نماید و در داوری‌هایش به ارزش‌های اخلاقی، سیاسی، اقتصادی و مذهبی و یا شخصیت طرفین دعوی توجهی نداشته باشد و حکمی که بر مبنای این شیوه صادر می‌گردد به ادعای تئوری‌های فرمالیستی صحیح‌ترین حکم است زیرا این تئوری‌ها ادعا دارند که حقوق، مجموعهٔ متعینی^۲ از استدلال‌های مشروع قانونی است که برای حمایت از تصمیم قضایی قضات فراهم شده‌اند تا تنها یک و فقط یک حکم خروجی دادگاه را توجیه نمایند. بر این اساس قضاوت امری خودبنیاد^۳ و مستقل از سایر استدلال‌هاست که قاضی می‌تواند بدون توسل به سایر ملاحظات هنجاری غیر حقوقی نظیر اخلاق و سیاست تصمیم بگیرد (Leiter, 2010: 111).

بر مبنای مطالب مذکور، آنچه از مفهوم فرمالیسم حقوقی در این مقاله مراد است روش معطوف به استنتاج حکم قضایی بر مبنای یک قیاس منطقی در یک نظام بسته از قوانین مدونه و منصرف از کلیه عوامل بیرونی نظیر رویکردهای اخلاقی، روان‌شناختی و جامعه‌شناختی است که می‌توان از آن به روش استنتاج مکانیکی قوانین با به‌کارگیری قضات به‌سان ماشین‌های تولید حکم قضایی تعبیر کرد.

لازم به یادآوری است همچنان‌که اشاره شد فرم و محتوا آن‌چنان به هم تنیده و وابسته هستند که اگر محتوایی فرم خود را از دست دهد نامشخص و غیرقابل تجربه خواهد شد و در حقیقت می‌توان گفت قابلیت فهم هر موضوعی به رابطهٔ فرم و محتوا در آن موضوع باز می‌گردد و بر این اساس در هر نظام قضایی از جمله نظام قضایی ایران رعایت حداقلی از فرم که به‌خصوص مقتضای نظام‌های حقوقی رومی - ژرمن و نظام حقوقی اسلام و از ملزومات تطبیق حکم هر موضوع با قوانین مربوطه و احکام شرعی است، حسب مواد ۳ آیین دادرسی مدنی و مادهٔ ۲ آیین دادرسی کیفری لازم است و

1. immanently intelligible normative
2. determinate
3. autonomous

به هیچ وجه مورد انکار موضوع این پژوهش نیست.

بر این اساس همچنان‌که اشاره گشت آنچه مطمح نظر این پژوهش است آسیب‌شناسی مفهوم غالب و عام نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در قالب اعمال مکانیک‌وار و صوری قوانین بدون توجه به رویکردهای اخلاقی، روان‌شناختی و جامعه‌شناختی و بدون توجه به موازین انصاف و عدالت در هر موضوع با به‌کارگیری قصصات به‌سان ماشین‌های تولید حکم قضایی در چهارچوب خشک قوانین است که مع‌الاسف باعث شده نظام قضایی ایران مبتلا به نوعی پوزیتویسم حقوقی گردد که در بخش بعد به مفهوم‌شناسی آن خواهیم پرداخت.

۳. مفهوم‌شناسی پوزیتویسم حقوقی

هرچند واژه پوزیتویسم یا مکتب تحصیل‌گرایی با نام آگوست کنت پدر جامعه‌شناسی نوین و آن تفکر فلسفی قرن نوزدهم و بیستم میلادی گره خورده که معتقد بر یگانگی و حاکمیت روش تجربی برای تحصیل دانش بشری است اما این واژه در دانش حقوق دارای معنای متفاوتی است. در حقیقت می‌توان آغاز جریان پوزیتویسم حقوقی را با نوشته‌های جرمی بنتام^۱ فیلسوف و حقوق‌دان انگلیسی دانست (Tebbit, 2016: 16) که معتقد به اصالت سود^۲ و اصلاح حقوق عرفی از طریق جدایی اخلاق و حقوق بود.

پیروان این مکتب حقوقی عمدتاً معتقدند نظام حقوقی در عین حال که با اخلاق و مذهب پیوند دارد اما نظامی مستقل از آن‌ها است چنان‌که جوزف رز بیان داشته اصول مربوط به قانون‌گذاری، دادرسی و تفسیر قوانین از مختصات نظام حقوقی است و بیرون از عالم حقوق همانندی برای آن‌ها نمی‌توان یافت (میرزانی، ۱۳۹۹: ۳۱۳).

ویژگی‌های عام این جریان فراگیر حقوقی را می‌توان در قالب این دکترین حقوقی بیان کرد که قوانین، حاصل قرارداد و امرورنهی انسان‌ها هستند و هیچ پیوندی میان حقوق و اخلاق وجود ندارد. شاید بتوان ادعا کرد خاستگاه این دکترین، خردگرایی اندیشمندانی چون دکارت، گروسیوس و پوفندرف مبنی بر آن بود که حقوق محصول عقل بشر و از دستورهای عقل عملی است و هدف از وضع قواعد هم نه اجرای دستورات خداوند که اجرای عدالت و برقراری نظم در روابط بین انسان‌هاست (خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹: ۶۶). هارت البته معتقد بود یکی دیگر از ویژگی‌های عام پوزیتویسم حقوقی التزام به مبانی فرمالیسم حقوقی از جمله استنتاج حکم قضایی بر مبنای یک نظام

1. Jeremy Bentham (1748-1832)

2. utilitarianism

منطقاً بسته^۱ از قوانین موضوعه بدون توجه به معیارهای اخلاقی یا اهداف سیاسی و اجتماعی است (Hart, 1958: 602).

لازم به یادآوری است در مقابل پوزیتیویست‌هایی که با برداشت صوری از مفهوم قانون آن را شامل قواعد یا اصول می‌دانند طبیعت‌گرایان قرار می‌گیرند که حقوق را با توجه به اصول اخلاقی طبیعی تبیین می‌کنند و مدعی‌اند می‌توان با شناخت قوانین حاکم بر طبیعت انسان به شناخت قانون دست یافت. هرچند پوزیتیویست‌های نرم و شمول‌گرا نظیر هارت و دورکین معتقد به محتوای حداقلی حقوق طبیعی^۲ و اصل‌های اخلاقی هستند که بدون آن نمی‌توان هدف حداقلی بقا را برای انسان‌ها تأمین کرد (هارت، ۱۳۹۳: ۲۹۷) اما به‌نحو کلی می‌توان بیان داشت پوزیتیویست‌ها در مقابل طبیعت‌گرایان دست‌کم یکی از ادعاهای زیر را رد می‌کنند: الف) یک نظام اخلاقی طبیعی وجود دارد؛ ب) نظام اخلاقی طبیعی برای بشر قابل فهم است؛ ج) مفهوم قانون را باید با توجه به نظام اخلاقی طبیعی درک کرد (موراوتز، ۱۳۹۱: ۵۲).

۴. پوزیتیویسم حقوقی برابند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی

با عنایت به مقدمات فوق، درخصوص تعامل نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی که برابند آن پوزیتیویسم حقوقی حاکم بر نظام‌های قضایی مدرن از جمله نظام قضایی مدرن در ایران است می‌توان این نقل قول گایدو فاسو فیلسوف ایتالیایی حقوق را بیان کرد که پوزیتیویسم حقوقی عبور از حقوق سنتی به قانون را به‌عنوان اقتضای عقل مطرح نمود چراکه تنها قانون است که می‌تواند نماد عقلانیت بوده یا بیان بهتر ارادی عقلی باشد.

بنابراین شاید بتوان گفت پوزیتیویسم حقوقی چهارچوب تضمینی حقوق مدرن است و از نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی به‌عنوان ابزار و تضمین ارزش‌های مدرنیته حقوقی بهره می‌جوید (شهابی، ۱۳۹۶: ۳۸۴).

بدین اعتبار‌گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن که ناشی از شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از قرارداد اجتماعی و به تعبیری ظهور و بروز پوزیتیویسم دولتی بود، باعث شد نص قانون با رویکرد فرمال ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربرست آخرین اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی و میثاق عام دولت با ملت یا میثاق دولت - ملت^۳ تلقی گردد.

بدین ترتیب مفهوم پوزیتیویستی حقوق برابند تعاملی نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی و

1. closed logical system

2. Minimum content of Natural Law

3. Nation-state

ابزاری برای تضمین آزادی فرد انسان در قالب نظام قرارداد اجتماعی شد که در اندیشهٔ افرادی همچون توماس هابز، جان لاک، روسو و کانت مطرح شده بود.

بر این اساس در نظام‌های حقوقی مدرن نص قانون و فرمالیته حقوقی به‌عنوان ابزاری جهت تضمین ارزش‌های مدرنیته حقوقی بر تمامی شئون فردی و اجتماعی حاکم گشت که می‌توان از آن با عنوان نظامی ساختگی بر مبنای حکومت قانون^۱ تعبیر نمود.

هایک^۲ معتقد است اراده‌گرایی موهومی که همهٔ حقوق را ناشی از ارادهٔ قانون‌گذار می‌داند و سعی در برپایی چنین نظم ساختگی دارد که حاصلش مفهوم پوزیتیویستی حقوق است، قصد دارد تا همهٔ نهادهای بشری را به یک سرنوشت خاص سوق دهد و در تعارض کامل با هر آنچه با کمک داده‌های معرفت‌شناختی و مردم‌شناختی از تحولات حقوق و بیشتر نهادهای انسانی می‌دانیم قرار دهد (شهابی، ۱۳۹۶: ۲۸۹).

به‌علاوه برابند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی در نظام‌های حقوقی مدرن با تکیه بر آن مبانی انسان‌شناختی لیبرالیسم نیز شکل می‌گیرد که ادعا می‌کند عدالت در یک استعمال بی‌طرفانه شامل قواعدی می‌گردد که مشروعیت‌شان ناشی از رضایت قبلی اشخاص تحت تسلط آن‌هاست (Kennedy, 2016: 351).

عدالت در این نسخهٔ لیبرالی از طریق تلاش برای حصول نتایج عقلانی ماهوی^۳ یعنی دستیابی به نتایجی که بیشینه‌سازی مجموعه‌ای از اغراض و ارزش‌های متعارض است، از طریق قاعده‌سازی عقلانی ماهوی و اعمال مکانیکی آن قواعد است (Kennedy, 2016: 358).

به عبارت دیگر ماهیت معرفت‌شناختی قانون در نظام‌های حقوقی مدرن مجموعه‌ای از دو نوع عقلانیت است: الف) عقلانیت ماهوی که مبتنی بر سنجش و موازنهٔ ارزش‌های متعارض افراد جامعه و نیل به یک برابند عقلانی و مصالحه‌ای است که نتیجهٔ آن حصول مجموعهٔ قواعدی است که ماهیت آن معطوف به بیشینه سود و فایده برای بیشترین افراد جامعه است. ب) عقلانیتِ مدلِ اعمال آن قواعد که نوعی عقلانیتِ شکلی در اعمال مکانیکی قواعد فوق‌الذکر محسوب می‌شود.

همچنان‌که ملاحظه می‌گردد مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی قانون، برآمده از آن قرائت مشهور لیبرالیسم است که متشکل از سه دیدگاه قراردادگرایی، فایده‌گرایی معطوف

1. Rule of Law

2. Friedrich Hayak (1899-1992)

3. substantively rational results

به اقتصاد مبتنی بر رفاه و تأمین خوشی برای همگان^۱ و پوزیتیویسم حقوقی است. کنکاش در رویه‌های حقوقی ایران مبین این امر است که نظام قضایی ایران با تأثیرپذیری از پوزیتیویسم حقوقی، عمدتاً در چهارچوب همان مبانی سمانتیک سنتی حرکت می‌کند که موجب محدودیت‌های متن‌گرایی است و مفاهیمی چون قانون و نص قانونی بر مبنای همان مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی شکل گرفته که برآمده از قرائت مشهور لیبرالیسم و فرمالیته حقوقی است و پیامدهای آن لاجرم همان پیامدهاست.

۵. پیامدها

همچنان‌که اشاره شد نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی حاصل از آن را عمدتاً می‌توان محصول جنبش‌های اجتماعی قرن هیجدهم اروپا دانست که هدف آن تلفیق منطق حقوقی با مقتضیات سیاسی - اجتماعی آن روزگار نظیر آزادی‌های فردی و تساوی‌گرایی قانونی و نیل به یک رویهٔ هنجاری عقلانی برای دستیابی به عدالت بود.

تلاش برای حصول به این رویهٔ هنجاری عقلانی که برخی فیلسوفان و مورخان علم حقوق نظیر دانکن کندی^۲ آن را دستیابی به نتایجی دانسته‌اند که بیشینه‌سازی مجموعه‌ای از اغراض و ارزش‌های متعارض است، از طریق نوعی قاعده‌سازی عقلانی و اعمال مکانیکی آن قواعد صورت پذیرفت که وی آن را فرمالیتهٔ حقوقی^۳ نامیده و مدعی شده قرائت مشهور از لیبرالیسم حاوی نظریه‌ای از عدالت است که به فرمالیتهٔ حقوقی گره می‌خورد (Kennedy, 2016: 351-358).

همچنان‌که گذشت مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی مفهوم قانون و نص قانونی برآمده از آن قرائت مشهور از لیبرالیسم است که متشکل از سه دیدگاه قراردادگرایی، فایده‌گرایی معطوف به اقتصاد مبتنی بر رفاه و تأمین خوشی برای همگان^۴ و پوزیتیویسم حقوقی است و کاملاً متفاوت از مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی اسلامی است.

بر این اساس تکلیف به اقتضای بر نص قانون با شیوه‌ای استنتاجی و فرمال آن‌چنان‌که مقتضی نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی است مبتنی بر اصول برآمده از مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی همان قرائت مشهور از لیبرالیسم است که بدان اشارت رفت اما مع‌الأسف کمتر حقوق‌دان یا فقیهی تاکنون بدین نکته التفات نموده و عمدتاً بدون توجه به مبانی مذکور و با هدف نیل به ارزش‌های متعالی اسلام نظیر عدالت و مساوات اسلامی، نص‌گرایی قانونی

1. welfare economic
2. Duncan Kennedy (born 1942)
3. Legal formality
4. welfare economic

و فرمالیسم حقوقی را تکلیف کرده‌اند.

شکل‌گیری نظام قضایی مدرن در ایران با ظهور نهضت مشروطه و ورود در دوره جدیدی بود که می‌توان آن را ظهور دولت مدرن یا دولت - ملت در ایران نامید. در این دوره جامعه ایرانی با مفاهیمی همچون تفکیک قوا، قانون موضوعه، حقوق عمومی، قرارداد، انتخابات ملی، مجلس قانون‌گذاری، قانون موضوعه و عدلیه آشنا شد. ظهور این مفاهیم حتی در آثار فقهای بزرگ آن دوران نظیر شیخ فضل‌الله نوری و آیت‌الله میرزا محمدحسین نایینی به شکل مناظرات علمی در تأیید و رد مشروطه و نظام مبتنی بر آن بروز یافت و هر یک با نگاشتن آثاری به تبیین آثار و چالش‌های پیش رو پرداخت. بدین ترتیب خاستگاه نخستین و شکل‌گیری اولیه نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران معاصر که با هدف اعمال تغییرات در وضع موجود حکومت استبدادی قاجار و خواست عموم مردم در نهضت مشروطه برای رفع تبعیض‌های مختلف به‌خصوص در اخذ مالیات‌ها و محاکمات قضایی بوده است جهت نیل به تساوی‌گرایی قانونی شکل گرفت و از آن پس همواره به‌عنوان پارادایم غالب در نظام قضایی و تقنینی ایران باقی ماند.

تساوی‌گرایی در برابر قانونی که برآمده از مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی لیبرالیستی است و لزوماً منجر به عدالت نخواهد شد. حتی پس از شکل‌گیری نظام اسلامی در ایران در اصول متعددی از قانون اساسی نظیر اصول سوم، چهارم، بیستم، شصت و یکم، هفتاد و دوم، نود و یکم، نود و سوم، نود و چهارم، نود و ششم، یکصد و شصت و هفتم و یکصد و هفتادم رخ نمود. به‌عنوان مثال می‌توان به بند ۱۴ از اصل سوم قانون اساسی اشاره کرد که مقرر داشته فراهم آوردن تساوی عموم در برابر قانون از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران است.

برای آشکار شدن آن که تدوین‌گران قانون اساسی بدون توجه به ماهیت و مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی، در پذیرش قانون به‌مثابه شکل و فرم نظم‌دهنده نظام قضایی ما هیچ تردیدی نداشته‌اند به سخن نائب‌رئیس وقت مجلس خبرگان قانون اساسی درخصوص مفاد اصل بیستم که با هدف دفاع از حقوق زنان تدوین گشته اشاره می‌گردد که بیان داشته: «این اصل که در فصل حقوق ملت آمده ناظر به این معناست که همگان در مقابل قانون مساوی اند. اینکه قانون چیست در اینجا مطرح نمی‌باشد ولی هرچیزی قانون شد اعتبار و اجرایش برای همه یکسان است» (هاشمی، ۱۳۸۵: ۲۶۰). همچنان‌که ملاحظه می‌گردد فضای فکری تدوین‌گران نخستین اصول فوق از یک‌سو آرمان‌خواهی اسلامی و نفی هرگونه استبداد و تبعیض و از دیگر سو حاکمیت مطلق قانون و قانون‌گرایی، فارغ از ماهیت قانون بوده است. غافل از آنکه حاکمیت مطلق قانون که از نوامیس مدرنیسم و آرمان‌های اصلی فرمالیسم حقوقی است همچنان‌که گذشت بر مبنای آن قرائت مشهور

از لیبرالیسم استوار گشته که خود مبتنی بر سه دیدگاه قراردادگرایی، پوزیتیویسم حقوقی سنتی از بنتام تا هارت و فایده‌گرایی معطوف به اقتصاد افرادی همچون جان استوارت میل و رونالد کوز^۱ است (Kennedy, 2016: 353) و خلط مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی لیبرالیستی و اسلامی اساساً ممکن نخواهد بود.

برخی حقوق‌دانان البته در این خصوص معتقد به هم‌زیستی و همگامی مذهب و قانون هستند که بر این اساس، تعامل مبانی مذهبی با مبانی لیبرالیستی قانون هم‌زیستی مسالمت‌آمیز خواهد بود و دغدغه خلط مبانی بر اساس این تئوری هم‌زیستی حداقلی، دغدغه چندان موجهی نخواهد بود. این گروه از حقوق‌دانان بر مبنای این دیدگاه، الزام اصول قانون اساسی به رعایت موازین اسلامی را به دریچه‌هایی تشبیه کرده‌اند که حقوق اسلامی از آن طریق در نظم تحقیقی موجود نفوذ کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۸۶) و برخی دیگر نیز معتقدند حقوق اسلام متن‌محور بوده و هنر اصلی قاضی و حقوق‌دان تفسیر قانون شرع است (علیزاده، ۱۳۸۷: ۲۸۸) که بر اساس این مبنا همچون کار اصلی قاضی تفسیر قانون شرع بر اساس متن‌محوری اسلامی است مسئله خلط مبانی اسلامی قانون با مبانی لیبرال آن سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود.

علاوه بر تفاوت نظام‌های حقوقی مبتنی بر لیبرالیسم با نظام حقوقی اسلام از حیث مبانی نکته دیگری نیز که باید بدان توجه نمود آن است که نظام‌های حقوقی دینی از جمله نظام حقوقی اسلام از حیث منابع و روش‌ها نیز با نظام‌های حقوقی مدرن که مبتنی بر مبانی مدرنیته هستند متفاوتند، زیرا در رویکرد مدرن به حقوق و از نگاه جامعه‌شناسان حقوقی نظیر ماکس وبر روش مبتنی بر متون مقدس یا روش اسکولاستیک^۲ روش معتبری تلقی نمی‌گردد (شهابی، ۱۳۸۸: ۷۶) و دارای محدودیت‌های روشی و منابع است.

این روش‌ها در نظام حقوقی اسلام به‌عنوان مثال در فقه اهل تسنن محدود به قیاس، استحسان، سدذرایع، فتح ذرایع و مصالح مرسله است که در نظام فقهی شیعه حتی محدودتر شده و تنها در صورتی که به ظواهر ادله نقلی یا ملازمات عقلیه برگردند دارای حجیت هستند (مظفر، بی‌تا: ۲۰۵). به هر تقدیر از پیامدهای نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران خلط مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبانی مدرنیته با نظام حقوقی اسلام است که در اصول متعددی از قانون اساسی رخ نموده است.

۱. Ronald Coase اقتصاددان مشهور و نویسنده مقاله تأثیرگذار The Problem of Social Costs

2. scholastic

اما یکی دیگر از پیامدهای نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در قوانین عادی و شکلی ایران مفاد ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و نیز ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری است که قضات را ملزم نموده بر اساس یک سیستم قضایی بسته و اعمال مکانیک‌وار قوانین و بر مبنای منطق قیاسی صرف قضاوت نمایند و ریشه آن‌ها در اصول ذیل از قانون اساسی است. اصل یکصد و شصت و ششم که مقرر داشته احکام دادگاه‌ها باید مستند به مواد قانون باشد و قسمت نخست از اصل یکصد و شصت و هفتم که مقرر داشته قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اصل سی و ششم که مقرر داشته حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

همچنان‌که گذشت از نظر فرمالیست‌های حقوقی حکم صادره که بر مبنای فوق شکل گرفته از یک سو صحیح‌ترین حکم ممکن است و از سوی دیگر چنین فرایند صوری به تساوی حقوقی آحاد یک جامعه و بهره‌مندی یکسان ایشان از حقوق موضوعه خواهد انجامید.

با امعان نظر به اصول فوق آشکار می‌گردد که اصل سی و ششم معطوف به امور جزائی و بیانگر اصل قانونی بودن جرم و مجازات است و اصل یکصد و شصت و ششم و قسمت نخست از اصل یکصد و شصت و هفتم ناظر به نظام بسته‌ای هستند که قضات مجازند فقط در همان محدوده به استنباط قضایی پردازند و مکانیزم این استنباط هم صرفاً باید بر اساس منطق قیاسی و محور قرار دادن قوانین مدونه به عنوان قضایای کبروی باشد.

بر این اساس باید گفت که چهارچوب شکلی و ماهوی اصول فوق‌الذکر بر اساس منطق نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی است و لاجرم پیامدهای آن نیز همان پیامدها خواهد بود. آنچه در مورد تکلیف متابعت از قانون و لزوم انطباق احکام قضایی با قانون ذکر شد در برخی دیگر از اصول قانون اساسی نظیر اصول هشتم، بیست و دوم، سی و دوم، سی و سوم، چهل و هفتم و یکصد و شصت و نهم نیز به نحو مشابهی وجود دارد، زمینه‌هایی که نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی بر آن زمینه‌ها گسترش می‌یابند.

در میان اصول فوق‌الذکر البته اصل یکصد و شصت و هفتم از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است زیرا به نظر می‌رسد این اصل خروج از فرمالیسم حقوقی را تجویز و بلکه تکلیف کرده است. اصل فوق مقرر داشته: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

در خصوص این اصل دو نکته حائز اهمیت است؛ نخست آنکه این اصل تکلیف قاضی در

پرونده‌های دشوار^۱ را مشخص نموده و دوم آنکه به نظر می‌رسد این اصل حاکمیت بلامنازع قانون را نفی کرده باشد، زیرا این اصل برخلاف شیوه‌های رئالیسم حقوقی یا پوزیتیویستی بیان می‌دارد مکانیزم رسیدن به حکم در پرونده‌های دشوار استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر است. از سوی دیگر این اصل برخلاف اصل سی و ششم و سایر اصولی که تأکید بر قانونی بودن جرم و مجازات دارند مصادیق قانون را به منابع و فتاوی معتبر اسلامی توسعه داده (ایمانی و قطمیری، ۱۳۸۸: ۲۹۴) و حتی برخی حقوق‌دانان ادعا کرده اند که اصل سی و ششم مخصص اصل یکصد و شصت و هفتم است (همان).

از اشکال‌های عملی اجرای این اصل اما، ابهام در مفهوم منابع معتبر اسلامی است، زیرا معلوم نیست که آیا مقصود از این منابع، قرآن و سنت و عقل و اجماع است یا کتب فقهی نظیر شرح لمعه و جواهرالکلام یا هردو و از سوی دیگر فتاوی معتبر نیز به قدری متعدد و متفاوت هستند که ممکن است موجب هرج و مرج قضایی گردد^۲ (ایمانی و قطمیری، ۱۳۸۸: ۹۳۵).

اما نکته مهمی که باید بدان توجه گردد آن است که موضوع اصل یکصد و شصت و هفتم زمانی محقق می‌شود که حکم یک دعوا در قوانین مدونه وجود نداشته باشد و به عبارت دیگر قانونی برای یک موضوع خاص تقنین نشده باشد یا آنکه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه موجب آن شده باشد که قاضی حکم دعوای خاصی را نیابد.

بنابراین موضوع این اصل معطوف و محدود به مواردی است که قانونی به‌عنوان مستند، برای حکم قاضی وجود نداشته باشد یا توسط قاضی یافت نگردد و بر این اساس باید قائل گشت که در اصل مذکور نیز همچنان قانون، محور و مبنا است و تکلیف این اصل برای یافتن حکم یک قضیه در پرونده‌های دشوار، شکل‌گرایی حقوقی را نفی نکرده است و تنها مکانیزم رسیدن قاضی به حکم در این پرونده‌ها را مشخص کرده است.

در پایان این مقاله با هدف نشان دادن برخی دیگر از پیامدهای منفی رویکرد نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی که موجب حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی بر قوانین عادی شکلی و حتی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت شده است می‌توان به حجم گسترده‌ای از قوانین شکلی به‌ویژه قوانین معطوف به تعیین مواعد دادرسی اشاره کرد که به‌موجب آن‌ها حتی در صورت ذی‌حق بودن خواهان، دعوی

1. hard cases

۲. رویه موجود در قوه قضائیه در خصوص فتاوی معیار حسب دستورالعمل‌های مختلف، ارجاع به تحریرالوسیله مرحوم امام خمینی و در حال حاضر فتاوی مقام معظم رهبری است.

قابلیت استماع در دادگاه را نخواهد داشت.

به‌عنوان نمونه می‌توان به مصوبه مورخ ۱۳۶۶/۶/۲۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام درخصوص تعیین مهلت اعتراض به نظریه وزارت مسکن و شهرسازی موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری اشاره کرد که بر اساس آن مهلت حق اعتراض از تاریخ اعلام تشخیص موات بودن زمین سه ماه تعیین شده و بعد از گذشت مهلت سه ماهه مقرر شده حتی در صورت عدم اطلاع مالک از نظریه وزارت مسکن و شهرسازی اعتراض مالک در محاکم مسموع نخواهد بود.

نمونه رأی قضایی صادره در این خصوص دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۶۳۸۰۰۷۰ مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۰ صادره از شعبه ۲۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران است که دادگاه در آن اعلام نموده: «در خصوص دعوی به خواسته ابطال رأی کمیسیون ماده ۱۲ به شماره ۶۱۲۴-۳۰ مورخ ۷۵/۱۱/۸ درخصوص ۶ دانگ پلاک ۳/۹۱۶۹ مفروز از ۴۸۸ از اصلی قطعه ۹۳۵ واقع در چیتگر حوزه کرج که نماینده حقوقی خوانده ایراد نموده که اعتراض خارج از مهلت است به شرحی که گذشت اعتراض خارج از مهلت ماده واحد مصوب مجمع محترم تشخیص بوده است و بنا به مراتب فوق قرار ردّ دعوی صادر می‌گردد این قرار ظرف ۲۰ روز از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی است»^۱.

نمونه دیگر از پیامدهای منفی رویکرد نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی در قوانین عادی تعارض موجود بین ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالاها و خارجی و ماده ۷۰۳ قانون تعزیرات تا قبل از رأی وحدت‌رویه شماره ۷۷۸ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شرح ذیل بود. بر اساس بند الف ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالاها و خارجی، مجازات انتقال و فروش مشروبات الکلی خارجی تا ده میلیون ریال، صرفاً معادل دو تا سه برابر ارزش آن کالا است اما بر اساس ماده ۷۰۳ قانون تعزیرات مجازات انتقال و فروش مشروبات داخلی به همان میزان سه ماه تا یک سال حبس و تا (۷۴) ضربه شلاق و از یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی یا یک یا دو مورد از آن‌ها است. پیامد منفی نص‌گرایی قانونی در این مورد آن بود که قضات مجبور بودند برای انتقال و فروش مشروبات الکلی داخلی مجازات بیشتری مقرر نمایند درحالی‌که قاعداً باید با توجه به بازار بهتر مشروبات الکلی خارجی مجازات بیشتری برای انتقال و فروش مشروبات الکلی خارجی مقرر می‌کردند تا آنکه بعد از مدت‌ها رأی وحدت‌رویه شماره ۷۷۸ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مقرر داشت: «مستفاد از بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، جرایم مذکور در ماده ۷۰۲ اصلاحی قانون مجازات اسلامی داخل در عنوان قاچاق نیست».

۱. سامانه ملی آرای قضایی: <https://ara.jri.ac.ir>

نمونه رأی صادره در این خصوص پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۰۲۵۵۲۰۲۱۸۰ شعبه ۱۰۲ دادگاه جزائی و اطفال شهرری است که در آن بیان داشته: «درخصوص اتهام نگهداری مجموعاً ۴۸۳ لیتر مشروبات الکلی باتوجه به صورتجلسات کشف توسط مرجع انتظامی، اقرار متهم در مراحل تحقیق دادرسی و در محضر دادگاه مآلاً بزهکاری متهم محرز و مسجل است و دادگاه با اصلاح اتهام مذکور در کیفرخواست از تولید و فروش مشروبات الکلی به نگهداری مشروبات الکلی وی را به تحمل یک سال حبس تعزیری و هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری و پرداخت چهارصد و هشتاد و چهار میلیون ریال جزای نقدی، معادل پنج برابر ارزش عرفی کالای حرام مکشوفه، محکوم می‌نماید اما در خصوص اتهام متهم دائر بر نگهداری مشروبات الکلی خارجی با توجه به مفاد ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۱۸ که حمل، نگهداری و فروش کالاهای ممنوع را نیز مشمول مجازات قاچاق اعلام نموده و تبصره یک آن ماده که بیان می‌دارد حکم ماده ۷۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ اصلاحی ۱۳۸۷/۸/۲۲، فقط شامل مشروبات الکلی تولیدشده در داخل کشور است و ماده ۴۴ قانون مذکور که رسیدگی به جرم قاچاق کالاهای ممنوع را در صلاحیت دادگاه انقلاب اعلام نموده است، این دادگاه صرف‌نظر از صحت یا سقم قضیه، قرار عدم صلاحیت ذاتی به صلاحیت و شایستگی محاکم انقلاب تهران صادر و اعلام می‌نماید. حکم محکومیت صادره حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»

آنچه بیان گشت تنها نمونه‌های کوچکی از موارد فراوان تأثیر پارادایم نص‌گرا و فرمالیسم حقوقی در حاکمیت پوزیتیویسم حقوقی بر نظام قضایی ایران بود تا بتوان به برخی از راه‌های برون رفت از تأثیرات منفی این پارادایم در بخش نتیجه‌گیری اشاره کرد.

نتیجه

یافته‌های این پژوهش بر اساس توصیف نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی و پوزیتیویسم حقوقی همراه با تحلیل تعامل بین دو جریان نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران نشانگر حاکمیت نوعی پوزیتیویسم حقوقی است که برخی پیامدهای منفی آن بی‌عدالتی قضایی و خلط مبانی هستی‌شناختی، معرفت‌شناختی و انسان‌شناختی نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبانی مدرنیته، با نظام حقوقی اسلام، در برخی اصول قانون اساسی و قوانین عادی است.

هر چند البته برون‌رفت از پیامدهای منفی نص‌گرایی قانونی، فرمالیسم حقوقی و پوزیتیویسم حاصله از آن‌ها منوط به تغییر پارادایم و تحول بنیادین در نگرش به ماهیت قانون و فرمالیته حقوقی به نظر می‌رسد، اما صرفاً به‌عنوان اشاره به برخی از ظرفیت‌های موجود در نظام قضایی کنونی می‌توان

به مجازات‌های جایگزین حبس در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲/۲/۱ اشاره کرد که بر اساس قاعده «التعزیر بید الحاکم بما یراه من المصلحه»^۱ به قاضی اجازه داده در تعزیرات غیرمنصوصه بنا بر مصلحتی که وی تشخیص می‌دهد به تعیین مجازات جایگزین پردازد.

در امور حقوقی نیز به‌نحو مشابهی می‌توان به‌عنوان نمونه به ماده ۱۰ قانون مدنی اشاره کرد که مقرر داشته قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. بر این اساس در قراردادهای خصوصی که فقها قائل به تجویز در آنها هستند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشند می‌توان خروج از نص‌گرایی و فرمالیسم حقوقی را ملاحظه نمود هرچند که موضوع خروج از پیامدهای منفی نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران خود مقوله‌ای جداگانه است که نیاز به نگارش مقالات مستقل دیگر دارد.

۱. تعزیر به دست حاکم و بنا بر مصلحتی است که او می‌بیند.

منابع

فارسی

- ایمانی، عباس و امیررضا قطمیری (۱۳۸۸)، قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، تهران: نامه هستی.
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
- شهابی، مهدی (۱۳۸۸)، «از حقوق سنتی تا حقوق مدرن»، نامه حقوقی، شماره ۲.
- شهابی، مهدی (۱۳۹۶)، فلسفه حقوق، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- علیزاده، عبدالرضا (۱۳۸۷)، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، تهران: انتشارات سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق (سه جلدی)، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- موراوتر، توماس، (۱۳۹۱)، فلسفه حقوق، ترجمه بهروز جندقی، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- میرزائی، اقبال علی (۱۳۹۹)، «نقش اصول حقوقی در تفسیر و رفع تعارض قوانین»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- واعظی، احمد (۱۳۹۹)، هرمنوتیک حقوقی، بوستان کتاب، قم.
- هاشمی، محمد (۱۳۸۵)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران: نشر میزان.
- هارت، هربرت (۱۳۹۳)، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، چاپ چهارم، تهران: نشر نی.

عربی

- مظفر، محمدرضا (بی تا)، اصول الفقه، جلد ۲، چاپ پنجم، قم: اسماعیلیان.

انگلیسی

- Beccaria, Cesare, (2012), **On Crimes and Punishments and Other writings** "The interpretation of the laws (Chapter 4)", Edited by Richard Bellamy, Translated by Richard Davies, Cambridge, Cambridge University Press.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, (1985), **Positivism and the Separation of Law and Morals**, (1958) **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4.
- Kennedy, Duncan, (1973), **Legal Formality**, **The journal of legal studies**. Vol. 2, No. 2.
- Leiter, Brian, (2010), **Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?**, **Legal Theory**, Vol. 16, No. 2.
- Mann, Bruce Hartling, (1994), **Formalities and Formalism in the Uniform Probate Code**, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 142, No. 3
- Marmor, Andrei & Soames, Scott (eds), (2011), **Philosophical Foundations of Language in the Law**, Oxford, Oxford University Press.
- Marmor, Andrei, (2007), **Law in the Age of Pluralism**, Oxford, Oxford University Press.
- Perry, John, (2011), **Textualism and the Discovery of Rights**, in: **Philosophical Foundations of Language in the Law**, Oxford, Oxford University Press
- Posner, Richard A., (1986), **Legal Formalism Legal Realism and the Interpretation of Statutes and the Constitution**, **Case Western Reserve Law Review**, Volume 37, Issue 2.

- Schauer, Frederick, (1988), **The Yale Law Journal**, Vol. 97, No. 4.
- Siegel R., Jonathan, (2009), The Inexorable Radicalization of Textualism, **University of Pennsylvania law review**, Vol.158.
- Steven Green, Michael, (2005), Legal Realism as Theory of Law, **William & Mary Law Review**, Volume 46.
- Tebbit, Mark, (2005), **Philosophy of Law: An Introduction**, 2nd Edition, London, Routledge Hardcover.
- Trevino, A. Javier, (2008), **The Sociology of Law Classical and Contemporary Perspectives**, New York, Routledge, 1st Edition
- Weinrib, Ernest.J, (1988), Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law, **Yale Law Journal**, Vol. 97, No. 6.
- Weinrib, Ernest.J, (2010), Legal Formalism in; **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Patterson, Second edition, United States Blackwell Publishing.

تفاسیر قضایی از سوء رفتار جنسی زوج در محاکم خانواده

طوبی شاکری گلپایگانی*، زهرا بابازاده**

چکیده

سوء رفتار جنسی زوج نسبت به زوجه در نظام حقوقی ایران، صراحتاً به رسمیت شناخته نشده است. اما در پرتو مفادی از قوانین حوزه خانواده، می توان جایگاهی برای لحاظ این مسئله یافت. به جهت سکوت قانون گذار در تعریف تمکین، عدم تفکیک تمکین عام و خاص و تعیین حدود و دامنه هر یک، شناسایی حقوق جنسی زوجین در دعاوی خانوادگی با چالش هایی مواجه است. در این پژوهش به این پرسش ها پاسخ داده می شود که در فرض سوء رفتار جنسی زوج، چه سازوکار تقنینی در حمایت از زوجه در نظام حقوقی ایران پیش بینی شده است؟ و قضات در رویه محاکم خانواده این قوانین را چگونه تفسیر می کنند؟ این پژوهش ضمن بررسی متون فقهی و قوانین حقوقی، با استفاده از رویکرد کیفی و روش مورد پژوهی، رویه قضایی دادگاه های خانواده استان تهران در صدور آراء الزام به تمکین و طلاق قضایی به موجب عسر و حرج جنسی زوجه را به همراه تحلیل محتوای پرونده ها، مصاحبه عمیق با زنان متقاضی طلاق مراجعه کننده به محاکم و قضات دادگاه های خانواده، واکاوی می کند. یافته های پژوهش نشان می دهد تفاسیر قضات از مصادیق سوء رفتار جنسی مشتت بوده و احراز ضرر و حرج جنسی زوجه، علاوه بر سختی اثبات، فاقد ضابطه های معین و مبتنی بر برداشت های شخصی قضات از دامنه تمکین است. از این رو، لحاظ حقوق جنسی متعارف زوجین در قوانین حوزه خانواده و استقرار رویه واحد در صدور حکم عدم الزام به تمکین و احراز عسر و حرج زوجه در مصادیق سوء رفتار جنسی زوج ضروری است.

واژگان کلیدی: تمکین، سوء رفتار جنسی، عسر و حرج، طلاق، رویه قضایی

* استادیار گروه مطالعات زنان، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

t.shakeri@modares.ac.ir

** دانشجوی دکتری مطالعات زنان، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

z_babazadeh66@yahoo.com

مقدمه

خانواده واحد بنیادین جامعه اسلامی است و بستر انحصاری تأمین مشروع، قانونی و اخلاقی نیازهای جنسی زوجین به حساب می‌آید. از این رو قانون‌گذار جمهوری اسلامی در اصل دهم قانون اساسی، بر پاسداری از قداست خانواده و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی در تمام قوانین، مقررات و برنامه‌ریزی‌ها تأکید کرده و در اصل بیست و یکم، دولت را در تضمین حقوق زن در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی از جمله «احیاء حقوق مادی و معنوی او» موظف دانسته است. از جمله حقوق مهمی که زوج در زندگی زناشویی از آن برخوردار است، حق جنسی است. هرچند قوانین ایران به طور کلی در خصوص حقوق جنسی زوجین سکوت کرده است، اما از برخی مفاد قانون مدنی همچون ماده ۱۱۰۳ می‌توان لزوم «حسن معاشرت» را به عنوان یکی از حقوق و تکالیف متقابل زوجین به شمار آورد. تکلیف زوجین به حسن معاشرت، به معنای نفی هرگونه سوءرفتار در تمام ساحت‌های زندگی از جمله روابط زناشویی است. حق جنسی زن در زندگی زناشویی، علاوه بر تأمین نیازهای جنسی او توسط زوج، شامل حق برخورداری از رابطه جنسی سالم و توأم با کرامت است.

«سوءرفتار جنسی زوج» در اشکال خشونت، آزار، عدم رضایت و اجبار زوج در رابطه جنسی، که به دلایل متعددی از جمله عوامل روان‌شناختی فردی و بین فردی همچون اختلال جنسی در زوج^۱ یا اختلال شخصیت^۲، عوامل جامعه‌شناختی و فرهنگی همچون روابط مبتنی بر قدرت در خانواده،

۱. اختلال جنسی در فرد زمانی بروز پیدا می‌کند که عملکرد جنسی طبیعی دچار اختلال شود. این اختلالات طبق دسته‌بندی انجمن روان‌پزشکی آمریکا، راهنمای تشخیصی و آماری اختلال‌های روانی - ویرایش پنجم (DSM-5) به شرح زیر تقسیم می‌شوند: -اختلال عملکرد جنسی شامل کم میلی جنسی، اختلال نعوظ، اختلال ارگاسمیک، انزال زودرس، انزال تاخیریافته؛ -اختلال جنسی ناشی از مصرف الکل، داروها، مواد مخدر؛ -اختلال جنسی ناشی از بیماریهای طبی عمومی؛ -پارافیلی‌ها شامل: پدوفیلیا، ویرسم، اگزهیبیشینسم، سادیسم، مازوخسیم، فتیشسم، هایپرسکسوالیتی، پارافیلیای دفعی. قابل ذکر است در این پژوهش مواردی مانند عیوب جنسی همچون عنن، خصاء و مقطوع بودن آلت تناسلی که از موجبات فسخ نکاح محسوب می‌شوند و مصادیقی از اختلال عملکرد جنسی که عنصر اراده در کنترل آن‌ها دخیل نیست، مورد بحث قرار نمی‌گیرند.

۲. اختلال شخصیت «الگوی طولانی مدت از تجربه درونی و رفتاری است که از انتظارات فرهنگی فرد بسیار به دور است، انعطاف‌ناپذیر و فراگیر بوده، از دوره نوجوانی یا اوایل بزرگسالی شروع شده و در طول زمان ثابت می‌ماند و باعث ناراحتی یا افت عملکرد می‌شود» (رضاعی و همکاران، ۱۳۹۳: ۶۳۱).

DSM-5 اختلالات شخصیت ده‌گانه را به این ترتیب تقسیم‌بندی کرده است: اختلال شخصیت پارانوئید، اسکیزوئید،

عدم آموزش صحیح روابط جنسی و... بروز می‌یابند، از جمله آسیب‌هایی است که با تهدید سلامت روحی، جسمی و جنسی زوج، رضایتمندی زناشویی و نیز در وسعت کلان، بنیان خانواده را با چالش‌هایی مواجه می‌سازد. در مطالعه پرونده‌ها، مراجعه به سازمان پزشکی قانونی و بررسی گواهی‌های صادره، مصاحبه با قضات دادگاه‌ها و زنان متقاضی طلاق این مصادیق شناسایی شدند: روابط نامتعارف مقعدی و دهانی، خشونت در رابطه شامل اجبار و خشونت فیزیکی مانند کتک زدن زوجه قبل یا حین رابطه، خشونت روانی و کلامی از قبیل توهین‌های جنسی و استعمال عبارات رکیک، استفاده از شیء خارجی منجر به آسیب در اندام‌های جنسی زن، اجبار به تماشای فیلم‌های مستهجن و تقلید از آن‌ها، ترک رابطه، عدم رعایت بهداشت جنسی، ممانعت از استعمال روش‌های پیشگیری از بارداری و سپس اجبار زوجه به سقط جنین‌های مکرر.

هرچند در کشور ما، قانون منبع اصلی حقوق به شمار می‌رود و رویه قضایی اقتدار لازم را ندارد؛ اما نقش دادگاه‌ها در تفسیر و اجرای قوانین موضوعه قابل توجه است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۹۴). «رویه قضایی» از طریق تفسیر ایجاد می‌شود و «تفسیر قضایی» به معنای تفسیر قانون و در واقع پل ارتباطی بین قانون و رویه قضایی است. زمانی که قانون ساکت، ناقص، مجمل یا دارای تعارض باشد، تفسیر قاضی از اراده قانون‌گذار ضروری است^۱. اگر این تفسیر و استنباط با رعایت معیارهای درست مبنای رأی قرار گیرد، چنانچه مستدل باشد مورد توجه قضات دیگر نیز واقع می‌شود، لذا در موارد مشابه تکرار شده و شکل رویه قضایی به خود می‌گیرد (مدنی، ۱۳۷۲: ۳۲-۱۵).

رویه قضایی و قانون به عنوان دو منبع حقوق به ترتیب مورد تأکید دو نظام حقوقی کامن‌لا و رومی - ژرمنی قرار دارند. اما این دو نظام نیز به تدریج و با تغییر و تحولات اجتماعی در استفاده از این دو منبع رویکرد توازن و هم‌گرایی را در پیش گرفتند. زیرا تمسک تنها به قوانین موضوعه برای هر مسئله‌ای منجر به تورم تقنینی گردید و صرف اتکا به رویه قضایی نیز مانع انطباق با شرایط در حال تغییر و تحول در کشورهای دارای نظام کامن‌لا شد، لذا امروزه برخی از کشورها جهت ارتقای کارآمدی نظام حقوقی خود، به طور متعادل از رویه قضایی، به عنوان منبع مکمل و الهام‌بخش، در کنار قانون موضوعه استفاده می‌کنند (وکیلان، ۱۳۹۷: ۷۶). در این پژوهش منظور از رویه قضایی در معنای خاص آن یعنی آرای صادره از هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیست، بلکه رویه قضایی

اسکیزوتایی، اختلال شخصیت ضداجتماعی، اختلال شخصیت مرزی، اختلال شخصیت نمایشی، خودشیفته، دوری‌گزین، وابسته، وسواسی-جبری.

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی

در معنای عام و مجموع آرا و تفاسیر دادگاه‌ها است که در رسیدگی به شمار زیادی از مصادیق دعاوی خانوادگی که در قانون به طور صریح پیش‌بینی نشده، به ویژه سوءرفتار جنسی، بسیار حائز اهمیت بوده و چه بسا در مورد مصادیق سوءرفتار جنسی به جهت سکوت قانون، بتواند قاعده‌ساز باشد.

در این پژوهش با استفاده از رویکرد کیفی و روش موردپژوهی، داده‌های مصاحبه با ۱۱ تن از قضات دادگاه‌های خانواده و ۱۶ زن متقاضی طلاق و محتوای متن ۱۷ پرونده، دادنامه و گواهی پزشکی قانونی کدگذاری و تحلیل شده است. در برخی از موارد که پرونده در فرایند رسیدگی قرار داشت، علاوه بر حضور در جلسات دادگاه، بررسی همه‌جانبه‌ای ضمن مصاحبه با قاضی پرونده، وکیل و زن متقاضی طلاق انجام شد. تحقیق پیش رو در تلاش است به این پرسش‌ها پاسخ دهد که چه سازوکار تقنینی در فرض سوءرفتار جنسی زوج، در حمایت از زوجه در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی شده است؟ قضات در رویه دادگاه‌های خانواده این سازوکارها را چگونه تفسیر می‌کنند؟ و چه خلأهایی در به رسمیت شناختن این سازوکارها در محاکم وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش‌ها، مقاله در دو بخش «الزام به تمکین» و «طلاق به درخواست زوجه» در فرض وقوع مستمر مصادیق سوءرفتار جنسی زوج تنظیم شده است که در هر بخش ابتدا از منظر ماهوی، رویکرد فقهی و حقوقی به مسئله بیان می‌شود و سپس بررسی شکلی احکام متناظر در پرتو رویه قضایی محاکم خانواده واکاوی خواهد شد.

۱. الزام به تمکین در فرض سوءرفتار جنسی زوج

در فقه امامیه بحث مستقلاً در رابطه با سوء رفتار جنسی زوج مطرح نگردیده، اما به مفاهیم مرتبط با آن از جمله تمکین و نشوز توجه شده است. از میان مصادیق نشوز زوجین در متون فقهی، تنها ترک انفاق توسط زوج و عدم تمکین از جانب زوجه دارای پشتوانه اجماع است. در این بخش ابتدا از منظر ماهوی، دامنه تمکین و تکلیف زوجه در صورت سوءاستفاده زوج از حقوق جنسی و وقوع برخی مصادیق سوءرفتار در روابط زناشویی بررسی می‌شود و سپس احکام دادگاه‌ها و تفاسیر قضات نسبت به این تکلیف در دو دسته نگاه ابزاری و نگاه انسانی تبیین می‌گردد.

۱-۱. رویکرد فقهی و حقوقی به تکلیف تمکین زوجه

تعریف فقهی تمکین کامل آن است که زن بدون محدودیت زمانی و مکانی، خود را به صورت مطلق در اختیار شوهر قرار دهد و از وی روی برنگرداند (طوسی، ۱۳۸۷: ۶؛ ۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۳: ۸/۴۳۹) و تنها در صورت تمکین کامل مستحق نفقه می‌باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۲۹۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۷/۱۹). هرچند فقهای امامیه در تکلیف تمکین زوجه اجماع دارند، اما در رابطه با حدود و ثغور آن اجماعی دیده نمی‌شود. دلیل عدم اجماع، می‌تواند برداشت‌های متفاوت از عبارت

«انی شتم» در آیه ۲۲۳ سوره بقره^۱ باشد. مراد از «انی» اسم شرط است و ممکن است در معنای زمان استعمال شود یا در معنای مکان و یا هر دو. در این بخش به اختلاف نظر فقها در رابطه با دامنه تمکین و به طور مشخص، وطی از دُبر، به عنوان یکی از مصادیق سوء رفتار جنسی زوج پرداخته می شود. گروه نخست از فقها اطلاق مکانی را از این عبارت دریافت کرده و ضمن جواز وطی از دُبر، «انی» را در معنای «کیف» یا «این» استعمال نموده و با استناد به روایت عبدالله بن ابی یعفور^۲، معتقدند زوج به هر کیفیت و از هر مکان که بخواهد می تواند از زوجه استمتاع جنسی طلب کند. گروه دوم قائل به اطلاق زمانی از عبارت «انی شتم» بوده و بر روایت ابو بصیر^۳ استدلال کرده اند (سید شریف، ۱۴۱۵: ۲۹۴؛ حر عاملی، ۱۴/۱۴۰۹: ۱۰۳-۱۰۲؛ روحانی، ۲۱/۱۴۱۲: ۷۷). فقهای همچون مرحوم خویی مخالف جواز وطی از دُبر بوده و تنها اطلاق زمانی از واژه «انی» را برگزیده اند و با استناد به آیه ۲۲۲ همین سوره، نزدیکی را منحصرراً در زمان غیر حیض و از موضع قُبُل دانسته اند (خویی، ۳۲/۱۴۱۸: ۱۰۷-۱۰۶). دسته سوم از فقها ضمن پذیرش اطلاق زمانی و مکانی از عبارت «انی شتم»، قائل به رویکرد موسع و قلمرو حداکثری حق استمتاع زوج و موافق جواز وطی از دُبر و هر نوع بهره وری جنسی از زن هستند. گروهی حتی موافق این نوع مقاربت در زمان حیض بوده اند (محقق حلی، ۲/۱۴۰۸: ۲۹۱؛ کلینی، ۵/۱۴۲۹: ۵۴۰).

عده اخیر از فقها امتناع زن از وطی از دُبر را موجب نشوز دانسته اند (علامه حلی، ۳/۱۴۱۳: ۱۰۸) و برای اثبات آن به عمومات «لزوم اطاعت از زوج» و اطلاق آیه «حرث» و برخی ادله دیگر استناد می کنند (هدایت نیا، ۱۳۹۶: ۱۴۹). اما باید توجه داشت از آنجایی که یکی از مقدمات حکمت در موارد اطلاق، در مقام بیان بودن شارع است (زراعت، ۱۳۹۱: ۲۰۹)، در این آیه شارع در مقام بیان حق مرد و تکلیف زن نبوده و اطلاق آیه در جهت رفع خطر پس از ایام حیض است، نه اثبات حق و تکلیف. آیه شریفه جواز اتیان را منحصر به «ما أَمَرَكُمُ اللَّهُ» پس از طهارت از حیض می داند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۰۹۸). همچنین لفظ «حرث» دلالت بر وطی در قُبُل دارد، زیرا صرفاً این موضع محل طلب فرزند محسوب می شود (شکری و مؤمن، ۱۳۹۰: ۱۱۱).

۱. نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ.

۲. خبر عبد الله بن أبي يعفور: سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يأتي المرأة في دُبُرِها، قال (ع): لا بأس إذا رضيت. قلت: فأين قول الله عز وجل فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ؟ قال (ع): هذا في طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث أَمَرَكُمُ اللَّهُ إن الله عز وجل يقول نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ.

۳. وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله (ع) قال: سألته عن الرجل يأتي أهله في دُبُرِها، فكره ذلك وقال: وإياكم ومحاش النساء وقال: إنما معنى نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ.

هرچند قدر متیقن این رویکردها، نشوز زوجه را عدم تمکین خاص و امتناع از وطی در غیر دُبر می‌دانند، مشهور بسیار قوی بین فقهای امامیه جواز آن است و در بین فقهای عامه حرمت. اما قائلین به حرمت در فقهای امامیه نیز همچون صدوق و ابن حمزه دیده می‌شوند (طوسی، ۱۴۰۸: ۳۱۳؛ صدوق، ۳/۱۴۰۴: ۴۶۸). در مجموع آنچه در فقه آمده کراهت شدید وطی از دُبر، به خصوص در صورت عدم رضایت زوجه بوده است^۱ و تعلیق جواز بر رضایت زوجه به وضوح به این معنا است که وطی از دُبر جزو حقوق جنسی زوج نبوده (خویی، بی‌تا/۱: ۱۳۶) و به‌رغم ادعای شهرت نسبت به تحقق نشوز در صورت امتناع زوجه (فیض کاشانی، بی‌تا/۲: ۲۹۶-۲۹۵)، استدلال قوی مبنی بر اثبات نشوز دیده نمی‌شود^۲ (یزدی، ۵/۱۴۰۹: ۴۹۶).

حال از آنجا که قوانین در جمهوری اسلامی بر مبنای فقه امامیه استوار است، شاید به علت تشتت آرای فقهی در زمینه محدوده تمکین، قوانین موضوعه ایران نیز در تعریف تمکین و تعیین دامنه تمکین خاص و عام سکوت کرده و تنها می‌توان از برخی مفاد قانون مدنی تلویحاً به منظور قانون‌گذار پی برد. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی اشعار دارد: «همین که نکاح به طور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود». موارد «حسن معاشرت»، «تشییّد مبانی خانوادگی و تربیت اولاد»، «حق ریاست زوج» و «نفقه زوجه» به عنوان «حقوق و تکالیف» مصرح در این بخش از قانون مدنی، بر شمرده شده‌اند.

یکی از مصادیق مهم حسن معاشرت، تمکین متقابل و رابطه جنسی سالم و همراه با احترام و محبت است. همان‌طور که ملاحظه شد این مواد در مورد لحاظ تمکین به عنوان یکی از حقوق و تکالیف متقابل زوجین تصریح ندارد و تنها از فحوای برخی مواد همچون ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی که نفقه را در مقابل ادای وظایف زوجیت از سوی زن محقق دانسته، می‌توان وجوب تمکین را استنباط کرد.

همچنین در عرف حقوقی مفهوم تمکین به دو معنای عام و خاص به‌کار می‌رود. تمکین عام اطاعت زن از شوهر در جهت حفظ و بقای خانواده و تداوم آن با مصادیق عرفی همچون سکونت در یک منزل^۳ و عدم خروج از منزل بدون اجازه او، در چهارچوب عرف و قانون تعریف می‌شود (گرچی،

۱. الأقوی وفاقاً للمشهور جواز وطء الزوجة والمملوكة دُبراً علی کراهة شديدة بل الأحوط تركه خصوصاً مع عدم رضاها بذلك.

۲. ذکر بعض الفقهاء ممن قال بالجواز: أنه يتحقق النشوز بعدم تمکین الزوجة من وطنها دبراً، وهو مشکل لعدم الدلیل علی وجوب تمکینها فی کل ما هو جائز من أنواع الاستمتاع حتی یكون تركه نشوزاً.

۳. ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی

۱۳۹۲: ۱۹۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۶۷). تمکین خاص بر آوردن نیازهای جنسی زوج و متابعت در امور زناشویی است. به طور مشخص و صریح منظور از تمکین خاص، یعنی آمادگی برای استمتاع مرد در هر زمان، مکان و به هرگونه که باشد. مستنبط از متن قانون، آنچه موجب عدم استحقاق نفقه به زن و تحقق نشوز او می شود، علاوه بر عدم تمکین خاص، عدم تمکین به معنای عام را نیز شامل می شود (گرچی، ۱۳۹۲: ۲۰۰-۱۹۷).

با این حال قوانین موجود در برخی شرایط زوجه را ملزم به تمکین خاص ندانسته است. «مانع مشروع» اعم از حیض، نفاس، روزه واجب، عذرهای پزشکی؛ ترک منزل چنانچه بودن زن با شوهر متضمن «خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی»^۲ باشد و وجود «امراض مقاربتی»^۳ در زوج صرفاً اگر پس از عقد حادث شده باشد، موجباتی هستند که به رغم امتناع از تمکین خاص، مانع حق نفقه نخواهند بود. علاوه بر قیودی مانند عدم وجود مانع شرعی و عقلی در تمکین، برخی فقها مانع عرفی^۴ را هم دخیل دانسته اند. با استناد به قاعده معاشرت به معروف نیز کیفیت و کمیت روابط جنسی زناشویی، باید متعارف و عقلایی و با لحاظ حفظ کرامت انسانی زوجه باشد (نوبهار و حسینی، ۱۳۹۷: ۷۶). در آرای فقهی نیز چنانچه رابطه جنسی توأم با عنف و خشونت منجر به قتل زوجه گردد، موجب تحقق ضمان دیه است^۵ (حرعاملی، ۱۹/۱۴۰۹: ۲۰۱).

لذا می توان نتیجه گرفت تمکین بی قید و شرط و مطلق به هر کیفیت و تحت هر شرایط زمانی و مکانی، در خوانش صحیح تر از منظر فقه مردود است و در این موارد تکلیف تمکین از زوجه ساقط می شود، بدون آنکه در استحقاق او از نفقه خدشه ای وارد شود. هرچند استمساک به قواعد لاضرر، نفی حرج و معاشرت به معروف، این رابطه یک طرفه و مبتنی بر قدرت را تا حدی تعدیل می کند، و متناسب با عرف و مقتضیات زمان در جهت پویایی، کارآمدی و اثربخشی این احکام مورد استناد

۱. ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی

۲. ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی

۳. ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی

۴. مثلاً اگر زوج در مجلس عزاداری پدر زوجه، و یا در یک مکان نامناسب دیگری از او درخواست تمکین کند و زوجه نیز ممانعت کند، دلیل بر عدم تسلیم نیست و دلیلی بر تسلیم مطلق در جایی که تناسب عرفی ندارد نداریم، چون اطلاعات و عموماً منصرف به مصادیق عرفیه است؛ و شارع هم حکیم است و دستور غیر حکیمانه نمی دهد که انسان ها مثل حیوانات باشند و قید و شرطی نداشته باشند (مکارم شیرازی، ۷/۱۴۲۴: ۱۷).

۵. عن سلیمان بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أعنف على امرأته فزعم أنها ماتت من عنفه قال: الدية كاملة، ولا يقتل الرجل.

قرار می‌گیرند؛ اما هیچ کدام جای خالی مفادی ناظر به حقوق و تکالیف جنسی زوجین، تعریف تمکین و دامنه متعارف آن را در قوانین موضوعه پر نمی‌کند.

۱-۲. فقدان شاخص‌های عینی در تشخیص دامنه تمکین در رویه قضایی

سکوت قانون‌گذار در تعریف تمکین و تعیین دامنه آن موجب شده قضات در برخورد با دعوای تمکین به لحاظ ابهام در شاخص‌های سوءرفتار جنسی زوج به برداشت‌های سلیقه‌ای متوسل شوند. دیدگاه قضات به رابطه جنسی زناشویی به دو دسته نگاه «ابزاری» با تأکید بر تکلیف به تمکین بی‌قید و شرط، و رویکرد «انسانی» با تأکید بر حق برخورداری زوجه از رابطه جنسی متعارف تقسیم می‌شوند. در ادامه چند نمونه از آرای محاکم خانواده، در تأیید یا رد خواسته الزام زوجه به تمکین در فرض سوءرفتار جنسی زوج، بررسی می‌شود.

به عنوان مثال در پرونده شماره ۳، زوج پس از ترک منزل توسط زوجه، اقامه دعوای تمکین نموده است و با صدور رأی الزام به تمکین عام و خاص توسط دادگاه بدوی، زوجه در اعتراض به این رأی، ضمن تقدیم لایحه‌ای^۱ مبنی بر «وقوع مستمر سوءرفتار و آزار جنسی توسط زوج، روابط نامتعارف مقعدی و خشن، ممانعت از فرزندآوری، خودارضایی و عدم توجه به نیازهای جنسی زوجه، اجبار به دیدن فیلم‌های مستهجن و اجرای آن» تقاضای تجدیدنظر کرده است. در متن دادنامه بدوی آمده است: «... در خصوص اصل خواسته نظر به اینکه به محض وقوع عقد نکاح وظایف و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر آغاز و یکی از وظایف زوجه تمکین از زوج است و علیرغم تهیه مسکن مستقل توسط خواهان که مورد انکار خوانده واقع نشده است و خوانده دلیلی که عدم تمکین وی را

۱. لایحه اعتراضی زوجه: «از اینکه این موضوع را مطرح می‌کنم شرمنده هستم ولی مجبور شدم این‌ها را با شما در میان گذارم. همسر من مانع بیجه‌داری من می‌شد که این مسئله همیشه مرا زجر می‌داد و شب‌های زیادی که در خانه بودم دریغ از کمی محبت و نوازش که بارها من شروع می‌کردم او می‌گفت که تو کمبود محبت داری و از من رو برمی‌گرداند و همیشه رختخواب خود را از من جدا می‌کرد. می‌گفت نیازی به این نیست که پیش هم بخوابیم و همیشه خودارضایی می‌کرد و به زبان می‌گفت من به تو احتیاج ندارم و بعد از اینکه روزها می‌گذشت که همیشه ماهواره نگاه می‌کرد و به روش ماهواره از من استفاده می‌کرد که من خیلی خیلی اذیت می‌شدم به خدا قسم شرمنده هستم که این‌ها را مطرح می‌کنم و از طریق پشت که من گریه می‌کردم التماس می‌کردم اینکار را نکن ولی گوش نمی‌کرد و مرا به خونریزی می‌انداخت که زجر می‌کشیدم و از این آقا متنفر می‌شدم. خواهش می‌کنم کمکم کنید او نیازی به تمکین اسلامی ندارد او یک مریض است. فقط زن را به عنوان کالا و برده نگاه می‌کند و فقط خدمت مرا می‌خواهد یعنی پخت و پز و شستن لباس. پیامک‌هایی که در این مدت فرستاده ثابت می‌کند. ببخشید این‌ها را مطرح کردم. بارها که با من دعوایش می‌شد مرا از خانه بیرون می‌کرد. می‌گفت برو بیرون قیافه نحست را نبینم و دست بلند می‌کرد و می‌زد. عصبانیت او غیرعادی بود. خدا شاهد است اگر دروغ بگویم».

توجیه نماید ارائه ننموده است، لذا دادگاه با توجه به نظر قاضی مشاور دعوی خواهان را وارد و ثابت دانسته به استناد ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی حکم به الزام تمکین عام و خاص از خواننده در انجام وظایف زناشویی از خواهان صادر و اعلام می نماید...». همانطور که ملاحظه می شود اکثر قضات در نگارش متن رأی به دلایل موجه یا ناموجه عدم تمکین زوجه و ترک منزل هیچ اشاره ای نکرده و صرف تهیه مسکن و اثاث البیت توسط زوج را مهم ترین دلیل برای تمکین زوجه تلقی می کنند.

حال دادگاه تجدیدنظر به رغم اعتراض زوجه به رأی الزام به تمکین، نظر دادگاه بدوی را عیناً تأیید کرده است و دلایل ابرازی را مستندی جهت عدم الزام به تمکین به حساب نیاورده و در واقع، نسبت به آن دلایل «کاملاً» بی توجه بوده است. قابل ذکر است، عموماً دادخواست های تمکین اگر بدون همراهی دادخواست طلاق تقدیم شوند، با پاسخ مشابه روبه رو خواهند شد. زیرا در نظر عرف و دیدگاه قضات، هرگز نمی توان زندگی زناشویی را بدون تکلیف تمکین زوجه تصور کرد، در پرونده هایی که دادخواست الزام به تمکین و طلاق به طور هم زمان رسیدگی می شوند، اگر حکم طلاق صادر شود، موضوع الزام به تمکین نیز مختومه می شود و یا رسیدگی به دادخواست الزام به تمکین و رد آن، مستندی برای صدور حکم طلاق به حساب می آید. لذا در اکثر مواقع دعوی الزام به تمکین و طلاق یا به طور هم زمان یا در راستای یکدیگر از طرف زوجین اقامه می شود.

نکته مهم دیگر در این پرونده این است که در رابطه با اعتذار زوجه در نحوه انجام زناشویی، دادگاه تجدیدنظر بیان داشته: «با بررسی محتویات پرونده نظر به اینکه تجدیدنظرخواه ایراد یا دفاع موثری که موجب نقض دادنامه معترض عنه را فراهم آورده باشد، ارائه ننموده است و ایرادات ابرازی در حدی نیست که خلل یا خدشه در ارکان آن ایجاد نماید و اعتذار تجدیدنظرخواه به نحوه انجام زناشویی زوج با وی، قطع نظر از عدم ثبوت و انکار زوج نسبت به آن، امتناع مشارالیه را از تمکین مادام که سبب اذیت و آزار نشود، توجیه نمی نماید». این در حالی است که دادگاه می توانست به موجب مواد ۱۹۹ و ۲۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی زوجه را به پزشکی قانونی معرفی کند. اما در مصاحبه با زوجه چنین درخواستی نه از سمت او به دلیل ناآگاهی حقوقی و نه از سمت دادگاه برای تحصیل دلیل بیشتر به جز استناد به عدم اقرار زوج صورت نگرفته است و دادگاه تجدیدنظر نیز نسبت به این موضوع واکنشی نداشته و با تایید رأی، آن را فاقد ایراد و اشکال تشخیص داده است.

آنچه در این دادنامه قابل تأمل است؛ نگرش قضات، سوگیری جنسیتی و چشم پوشی آن ها از مصادیق محرز سوء رفتار و آزار جنسی است. در این مورد، ایرادات ابرازی زوجه در متن لایحه اعتراضی که عیناً در زیرنویس آمد، نه تنها از نظر قضات محترم در حدی نیست که به ارکان دادنامه بدوی و تکلیف زوجه به تمکین خللی وارد کند، بلکه با قید عبارت «اعتذار تجدیدنظرخواه به نحوه انجام

زناشویی زوج با وی...، امتناع مشارالیه را از تمکین مادام که سبب اذیت و آزار نشود، توجیه نمی‌نماید»، به طور صریح، در نگرشی ابزاری و شی‌انگارانه نسبت به جنس زن، این نوع روابط نامتعارف را به رغم عدم رضایت زوجه، کراهت و حرج او در نحوه انجام زناشویی، تجویز کرده است و همان‌طور که ملاحظه می‌شود، فقدان شاخص‌های عینی در رابطه با دامنه تمکین موجب شده، اذیت و آزار زوجه از نظر قضات در حدی نباشد که عدم تمکین او را توجیه نماید. یافته‌های حاصل از مصاحبه با زوجه نیز مؤید رویکرد غیرمنصفانه قاضی محترم در رسیدگی به درخواست وی بوده است. برای نمونه، در جواب اظهارات زوجه در دادگاه، قاضی همسر او را محق دانسته و با همان گزاره‌ی تقریباً همیشگی «تمکین حق همسر توست و او اختیار هر نوع استمتاعی را دارد» مواجه شده است. این درحالی است که زوجه در اثر روابط خشن، نامتعارف، تجاوزگونه زوج دچار مشکل در سیستم دفع، خونریزی‌های مکرر مقعدی پس از رابطه و متحمل افسردگی و اختلال PTSD شده بود.

نکته بعد اینکه، صدور حکم الزام به تمکین هر چند واجد جنبه اجرایی است (برخی قضات آن را اعلامی می‌دانند)، به دلیل عدم قابلیت اجرای آن و اجبار و الزام زوجه به تمکین، عملاً این گونه احکام را با عدم ضمانت اجرا مواجه می‌کند. در این پرونده نیز رابطه زوجیت پس از سه سال و نیم زندگی مشترک و یک سال و نیم مفارقت جسمانی در پی صدور رأی الزام به تمکین، با طلاق توافقی و بذل کامل حقوق مالی زوجه به پایان رسیده است. همان‌طور که بررسی شد نه تنها حقوق زوجه در تظلم خواهی نظیر ارجاع به پزشکی قانونی، تحقیق و تفحص بیشتر از زوج، رفتار محترمانه و منصفانه در محکمه نادیده گرفته شد، بلکه محق دانستن زوج در هر نوع زناشویی هم در جلسات دادرسی و هم در متن دادنامه، طلاق که می‌توانست به عسرو حرج و تا حدی دریافت حقوق مالی زوجه ختم شود، به طلاق توافقی با بذل کلیه حقوق مالی زوجه تبدیل شده است، بدون آنکه سازوکاری جهت جبران خسارت مادی و معنوی او پیش‌بینی شده باشد. بدین ترتیب عدم پیش‌بینی سازوکارهای حمایتی مناسب و نبود واقع‌گرایی حقوقی در تدوین و اصلاح قوانین مرتبط با خانواده و عدم لحاظ تغییرات زمان و مطالبات زنان، منجر به ناکارآمدی نظام حقوقی در این حوزه مهم می‌شود (وحیدی فردوسی و نعیمی، ۱۳۹۹: ۳۰۰).

پرونده شماره ۱۲، متعلق به زوجینی است که علاوه بر پرونده حقوقی، دارای پرونده کیفری مفتوح نیز بودند و در پیگیری انجام شده در دادرسی مربوطه، زوجه در شکایت کیفری نیز به سوءرفتار جنسی زوج اشاره کرده بود. در پرونده حقوقی، زوج به دلیل عدم تمکین زوجه و ترک منزل، در دادگاه خانواده اقامه دعوا کرده است. زوجه در صورت مجلس ادعا کرده «او با من خشونت جنسی دارد تا من خودم زندگی را رها کنم و بروم». خواهان هم اظهار داشته «او دروغ می‌گوید من هیچ‌گونه

آزار جنسی نداشته‌ام و از او نخواسته‌ام که مهریه‌ات را بذل کن». دادگاه بدوی به صرف عدم اقرار زوج، بدون توجه و توقف روی موضوع سوء رفتار جنسی و بدون اشاره به تصحیح رفتار جنسی زوج، همانند آرای مشابه دیگر، صرف تهیه مسکن مستقل و اثاث‌البیت را الزامی برای تمکین زوجه تشخیص داده است.

در این موارد عموماً زوج قصد دارد علاوه بر سوء رفتار مستمر در زندگی زناشویی، با تشدید آزار مکرر، زوجه را در تنگنای شدید قرار دهد تا او خود زندگی مشترک را ترک کند. همان‌طور که پیش‌تر هم اشاره شد به دلیل عدم قابلیت اجرای چنین احکامی، در این پرونده نیز زوجه به دلیل سوء رفتار جنسی زوج و دلایل دیگر حاضر به بازگشت به منزل مشترک و ادامه زندگی با زوج نبوده است. لذا زوج با دریافت حکم الزام به تمکین، جهت اخذ اجازه برای ازدواج مجدد به دلیل نشوز زوجه، مجدداً به دادگاه مراجعه می‌کند. دادگاه نیز ضمن چشم‌پوشی مجدد از حقوق زوجه اول با این خواسته موافقت نموده و چه بسا زنی دیگر را نیز در معرض تحمل چنین خشونت‌هایی قرار داده است. در مصاحبه با قاضی پرونده و پرسش از علت اجازه ازدواج مجدد به مردی که همسر اولش از سوء رفتار جنسی او به ستوه آمده؛ ایشان جلوگیری از وقوع مفسده در صورت برآورده نشدن نیازهای جنسی زوج به دلیل نشوز زوجه اول را دلیل صدور چنین مجوزی عنوان کردند. در برخی موارد همچون این پرونده، زوج با تحت فشار قرار دادن زوجه برای ترک منزل و سپس اثبات ناشزه بودن او، درصدد است تا زوجه را به طلاق توافقی با بذل کلیه حقوق مالی مجبور کند. در غیر این صورت زوجه برای درخواست طلاق به موجب عسر و حرج و تأدیه حقوق مالی خود، مسیر دشواری را باید طی کند.

اما دیدگاه قضات دسته دوم با رویکرد انسان‌محور در بررسی پرونده شماره ۶، ضمن حضور در جلسه رسیدگی و مصاحبه با زوجه، قابل ملاحظه است. در این مورد، در پی اعتراض زوجه به رأی دادگاه بدوی و پس از سه بار ارجاع به پزشکی قانونی جهت احراز آسیب جنسی به دلیل روابط غیر متعارف زوج، رد حکم الزام به تمکین دادگاه بدوی توسط دادگاه تجدیدنظر صادر شده است. در متن دادنامه آمده است: «اگرچه زوجه برابر قانون و شرع وظیفه تمکین از زوج دارد ولی این تمکین مقید به شروطی است مثل فراهم نمودن مقدمات تمکین از قبیل مسکن متناسب و اثاث‌البیت متعارف و همچنین فراهم نمودن محیط آرام توأم با امنیت و آسایش خاطر برای زوجه و رعایت مقررات شرعی و متعارف در برقراری روابط زناشویی است. درحالی‌که در مانحن فیه زوجه مدعی است که همسرش تقاضای رابطه زناشویی از راه غیر طبیعی دارد که باتوجه به گواهی پزشکی قانونی شماره - و گزارش - پزشک معتمد ادعای زوجه مقرون به صحت است و خوف ضرر جسمی و حیثیتی و شرافتی برای زوجه دارد و همچنین نظر به دفاعیات غیر موثر تجدیدنظر خوانده اعتراض

تجدید نظر خواه را وارد تشخیص و با استناد به ماده ۳۵۸ ق.آ.د.م و ماده ۱۱۵ ق.م. ضمن نقض دادنامه تجدید نظر خواسته حکم به رد دعوی خواهان صادر و اعلام می نماید این رای قطعی است». مقایسه این رأی با دادنامه پرونده شماره ۳، به وضوح تفاوت دیدگاه قضات را در الزام به تمکین در موارد روابط نامتعارف نشان می دهد. قضات در آن پرونده زوجه را در هر صورت و در هر شکل رابطه جنسی موظف به تمکین بی قید و شرط تشخیص دادند و قضات پرونده اخیر هر چند به سختی و پس از سه مرتبه ارجاع زوجه به پزشکی قانونی و پزشک معتمد جهت اثبات صحت ادعای زوجه^۱، اما در نهایت او را ملزم به تمکین ندانسته اند.

در مجموع نقص قانون در تعریف تمکین و حدود و ثغور آن، سبب اعمال نظرات و دیدگاه های شخصی و گاه سلیقه ای قضات شده است. در رویه قضایی محاکم خانواده، به آن میزان که به «تکلیف» تمکین بی قید و شرط زوجه و حقوق جنسی زوج توجه می شود، متأسفانه به تکلیف معاشرت به معروف زوج و «حق» برخورداری زوجه از رابطه جنسی سالم و متعارف تأکید نمی شود. اعمال سلايق شخصی، باورهای سنتی و برداشت های موسع از دامنه تمکین و نگاه ابزاری مانع از ایجاد رویه مستقر در موجب دانستن سوء رفتار جنسی به ویژه رابطه نامتعارف زناشویی در صدور حکم عدم الزام به تمکین و تشتت آرا در موقعیت های مشابه است.

۲. طلاق به درخواست زوجه در فرض سوء رفتار جنسی زوج

از آنجا که در حقوق ایران مرد می تواند با رعایت تشریفات قانونی، بدون آنکه نیاز به اثبات موجب یا موجبات خاصی باشد، زن خود را طلاق دهد؛ درخواست طلاق از سوی زن منحصر به چهار مورد: غیبت زوج مفقود الاثر، عجز یا استنکاف زوج از انفاق، عسرو حرج زوجه و وکالت زوجه در طلاق است. در موارد سوء رفتار جنسی، زوجه می تواند به موجب دو مورد اخیر یعنی اثبات عسر و حرج و نقض برخی از شروط ضمن عقد خود را از علقه زوجیت رها کند. هر چند به دلیل تابو بودن مسائل جنسی، بیان این نوع سوء رفتار در متن دادخواست های طلاق

۱. گواهی اول: «از خانم - معاینه بعمل آمد. در معاینه ناحیه دبر در حال حاضر عضلات مضيغه اطراف مقعد شل تر از حالت عادی می باشد که این ضایعه علل گوناگونی از جمله یبوست یا دخول جسم سخت می تواند داشته باشد.»، گواهی دوم: «بیمار خانم - بدلیل intercourse های متعدد از ناحیه آنال دچار اختلال اسفنکتری شده است. در معاینه تون اسفنکتر کاهش یافته است. آثار زخم دیده نمی شود.»، گواهی سوم: «بیمار ویزیت و تحت سونوگرافی آنال قرار گرفتند. اسفنکتر کاملاً low tone و در سونوگرافی اسفنکترهای خارجی دارای Gap های متعدد در انترپور، لترال چپ و پوسترپور می باشد که با شکایت بیمار از بی اختیاری نسبت به دفع گاز، fecal urage و soilage منطبق می باشد. این واقعه می تواند به علت incontinence penetration باشد.»

چندان معمول نیست ولی در جلسات رسیدگی، چنانچه قضات زمان کافی و قصد ریشه‌یابی اختلاف و اصلاح ذات‌البین را داشته باشند، به احتمال زیاد متوجه وجود چنین مشکلی خواهند شد. همچنین در طلاق‌های توافقی که عموماً زوجین با عنوان کلی «عدم تفاهم اخلاقی» سعی در مخفی کردن علت اختلاف و تسریع در صدور گواهی عدم امکان سازش دارند؛ در ارجاع به مشاوره تخصصی^۱ گاهی وجود مصادیق سوء رفتار در روابط زناشویی مطرح می‌شود. البته بیان این مسائل به تخصص مشاور، تلاش و صرف وقت او برای همدلی با زوجین و همچنین فضای فیزیکی اتاق‌های مشاوره بستگی دارد. در این بخش نیز ابتدا درخواست طلاق در فرض سوء رفتار جنسی زوج از منظر فقه و حقوق بررسی می‌شود، و سپس رویه قضایی در احراز عسر و حرج جنسی زوجه مورد نقد و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۲-۱. رویکرد فقهی و حقوقی به عسر و حرج جنسی زوجه

مستمسک فقهی درخواست طلاق زوجه در راستای محدود کردن «الطلاق بید من أخذ بالساق»، قاعده نفی حرج و ضرر است (یزدی، ۱۴۲۳/۶: ۱۱۵). مطابق مدلول قاعده نفی عسر و حرج، هرگاه حکم اولیه شرع برای فرد ایجاد مشقت کند؛ آن حکم اعم از تکلیفی یا وضعی رفع می‌گردد. در این بحث حکم اولیه، اختیار طلاق به دست زوج است، اما چنانچه رفتار او موجب حرج زوجه گردد، به حکم ثانوی نفی عسر و حرج، اختیار طلاق از وی سلب می‌گردد و زوج ملزم به طلاق می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۱۰۳).

مفاد این قاعده به صورت منصوص در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اعمال شده است و مهم‌ترین سازوکار پیش‌بینی شده در حمایت از زنانی است که در زندگی زناشویی متحمل حرج جسمی، جنسی و روحی هستند. این ماده اشعار دارد: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

برخی حقوق‌دانان معتقدند عسر و حرج موضوع این ماده جنبه نوعی دارد. «نوعی» بدین معنی که باید از نظر عرف، ادامه زندگی طاقت‌فرسا و مشقت‌بار باشد و «شخصی» از این جهت که وضع و شرایط ویژه همان زن، مانند فرهنگ، تحصیلات، جایگاه اجتماعی و... معیار قرار بگیرد نه به طور نوعی (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۶۲). گروه دیگر از حقوق‌دانان که عسر و حرج را یک مفهوم شخصی

۱. ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده

می‌دانند، تأکید دارند که قانون نباید آن را معین کند بلکه دادگاه حسب مورد باید تشخیص دهند که موضوع موجب عسرو حرج هست یا خیر. آن‌ها اساساً مخالف برشمردن مصادیق عسرو حرج در متن ماده هستند و آن را خطایی می‌دانند که قانون‌گذاران به علت خلط میان تقنین و قضا مرتکب شده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۳۷۱).

واقعیت هم این است که نمی‌توان مصادیق عسرو حرج را محدود و مدون در قانون دانست و از آنجایی که عسرو حرج امری حادث بوده، تنها می‌توان مصادیق معین و معدودی را که نوعاً موجب حرج می‌شوند، شناسایی کرد. زیرا عسرو حرج مفهوم گسترده‌ای است و در زمان و مکان و فرهنگ‌های مختلف قابلیت تغییر خواهد داشت. در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰، عسرو حرج به وجود آمدن وضعیتی است که ادامه زندگی را برای زوج با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد. سپس پنج مورد مانند ترک زندگی به مدت مشخص، اعتیاد زوج، محکومیت قطعی به حبس بیش از پنج سال، ضرب و شتم و سوء رفتار و ابتلای زوج به بیماری صعب‌العلاج، به عنوان مصادیق تمثیلی احصا شده است.

شاید بتوان گفت قانون‌گذار در موارد احصاشده متن ماده، معیار نوعی بودن را اقوی دانسته است. به این معنی پنج تبصره‌ای که به عنوان مصداق در متن ماده آمده، امارات نوعی در تحقق عسرو حرج محسوب می‌شود که عموم مردم تحمل چنین وضعیتی را دشوار می‌دانند. اما در موقعیت احراز آن توسط محکمه و مواردی که در این ماده ذکر نشده، مطمئناً باید ضابطه شخصی ملحوظ واقع شود. زیرا ممکن است مسئله‌ای برای زنی با خصایص جسمی و روانی و اجتماعی قابل تحمل باشد اما برای زنی دیگر خیر. از این رو به نظر می‌رسد لحاظ ضابطه نوعی و شخصی در عسرو حرج بایستی مانند ملاک تشخیص «اکراه» در ماده ۲۰۲ قانون مدنی^۱ پذیرفته شود (حسینیان، ۱۳۸۴: ۱۳۰).

هرچند در این ماده خلأ پرداختن به حرج جنسی محرز و مبین است، اما در همین مصادیق کلی برشمردن شده، امکان تصور متفرعات دیگر دور از ذهن نیست. مانند آنچه در بند چهارم تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ذکر گردیده، که این اجازه را می‌دهد مصادیق بیشتری را بر آن بار نمود. بند چهارم به صراحت «... هرگونه سوء رفتار مستمر زوج را که عرفاً با توجه به وضعیت زوج قابل تحمل نباشد» مصداق عسرو حرج تشخیص داده است. عام بودن این ماده و نفی هرگونه سوء رفتار مستمر زوج در این

۱. اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که موثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه‌آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود.

بند مقید به تحقق عسر و حرج است. همچنین در بند پنجم آن، «ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید»، را نیز از مصادیق عسرو حرج برشمرده است. لذا به رغم عدم صراحت قانون در خصوص سوءرفتار جنسی به عنوان یکی از موجبات عسرو حرج، در صورت تحقق آن، زوج می‌تواند با توسل به تبصره ۴ و ۵ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی درخواست طلاق کند. تمام مصادیق سوءرفتار جنسی به شرط استمرار و بیماری‌های جنسی مقاربتی، اختلالات جنسی یا شخصیتی در صورت صعب‌العلاج بودن می‌تواند دلیل طلاق به درخواست زوج باشد. همچنین در استناد موضوع مورد بررسی به تبصره ۴ این ماده، به نظر می‌رسد، هم معیار نوعی در نظر گرفته شده و هم معیار شخصی؛ زیرا هم واژه «عرفاً» ذکر شده و هم با درج عبارت «وضعیت زوجه» معیار شخصی لحاظ شده است.

علاوه بر امکان درخواست طلاق به موجب عسرو حرج جنسی، زوج به موجب بند ب شروط دوازده‌گانه چایی در قباله‌های نکاح، در صورت تحقق شرایط برشمرده در ذیل بند مذکور، از ناحیه مرد، وکیل است خودش شخصاً یا با انتخاب فرد دیگری به عنوان وکیل، به دادگاه مراجعه کند و پس از اثبات مدعا درخواست طلاق کند.

علاوه بر متن ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی که یکی از شروط تمثیلی را این‌گونه ذکر کرده: «هرگاه شوهر ... سوءرفتاری نماید که زندگانی آن‌ها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود» و آن را موجبی برای وکالت زوجه در طلاق به رسمیت شناخته؛ مواردی از شروط چایی عقد نکاح نیز می‌تواند در این موضوع به کار آید. مانند بند ۲: «سوءرفتار یا سوءمعاشرت زوج به حدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیرقابل تحمل کند»، بند ۳: «ابتلای زوج به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز باشد»، بند ۷: «ابتلای زوج به هرگونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خللی وارد آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد». به این ترتیب سوءرفتار و سوءمعاشرت جنسی مرد، ابتلای زوج به بیماری صعب‌العلاج جنسی، بیماری‌های مقاربتی، همچنین در بند ۷، بدون محدود کردن اعتیاد، صرفاً به مواد مخدر، و ذکر عبارت «هرگونه اعتیاد مضر» می‌توان اعتیاد جنسی زوج مانند جنون مقاربت و تعدد بیمارگونه‌ی دفعات رابطه جنسی در طول روز و حتی اعتیاد به خودارضایی، تماشای فیلم‌های مستهجن، روابط فرازناشویی و... را هرچند مشمول مورد ۲ یعنی سوءرفتار و سوءمعاشرت نیز قرار می‌گیرد، تحت شمول بند ۷ نیز پذیرفت.

در طلاق به وکالت زوجه، اگر وکالت به نحو اطلاق باشد، یعنی زوج به زوجه وکالت دهد هر وقت بخواهد خود را مطلقه نماید، دادگاه صرفاً تحقق وکالت مذکور را احراز می‌کند. اما در وکالت به نحو مشروط، دادگاه علاوه بر احراز وکالت، باید تحقق شرط مورد نظر را هم احراز کند. نکته قابل

توجه و بسیار مهم این است که احراز هر یک از شروط موضوع سند نکاحیه و اجرای وکالت زوجه در طلاق، مستلزم اثبات عسر و حرج زوجه به واسطه تحقق شرط مذکور در سند نکاحیه نمی‌باشد. یعنی صرف نظر از اینکه شرط مذکور موجب عسر و حرج زوجه شده باشد یا خیر، دادگاه باید وکالت زوجه در طلاق را به رسمیت بشناسد (اسدی و شکری، ۱۳۹۳: ۳۳۸).

۲-۲. سخت‌گیری قضات در احراز عسر و حرج جنسی زوجه در رویه قضایی

تعیین برخی مصادیق تمثیلی عسر و حرج در تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، در جهت هماهنگی با عرف و واقعیت‌های اجتماعی و پذیرش رویه قضایی صورت گرفته است (صادقی مقدم و انصاری‌پور، ۱۳۸۴: ۱۱۹). عدول قانون‌گذار از احصای مصادیق عسر و حرج و اصلاح آن به «حصری نبودن» موارد به عنوان فرصتی برای به رسمیت شناختن رویه قضایی در تشخیص مصادیق دیگری است که دوام زوجیت را با حرج و ضرر مواجه می‌سازد. در طلاق به درخواست زوجه خصوصاً به موجب عسر و حرج که طولانی‌ترین پروسه‌ها را به خود اختصاص می‌دهد، زوجه می‌بایست برای اثبات حرج و آسیب جنسی، مدارک و مستندات خود را ارائه دهد. یکی از دلایل دشواری این نوع طلاق، سخت‌گیری قضات در احراز حرج جنسی در پی ناکارآمدی نظام ادله اثبات و ابهام در گواهی‌های پزشکی قانونی در موارد آسیب اسفنگتر (عدم قطعیت بین دخول جسم سخت یا بیماری‌های مزمن گوارشی) می‌باشد^۱.

همچنین بررسی‌ها نشان دادند این نوع طلاق عموماً با دادخواست الزام به تمکین از سوی زوج همراه است و در اکثر موارد در مراحل پایانی رسیدگی با توافق بر سر حقوق مالی زوجه به طلاق توافقی تبدیل می‌شود. در پرونده‌های طلاق عسر و حرجی، آزارهای فیزیکی و عینی نسبت به آزارهای روانی و روحی بیشتر به رسمیت شناخته می‌شوند. اما در قالب اظهارات زوجین در صورت مجلس مواردی از تحقیر و آزار جنسی روانی هم مطرح شده است. مصاحبه با زنی پس از جلسه رسیدگی دادگاه، نشان می‌دهد او علاوه بر تحمل آزارهای جسمی در طول بیست سال زندگی مشترک با وجود سه فرزند، مورد آزارهای جنسی روحی زوج نیز قرار داشته است، اما متأسفانه شرم از بیان این موارد در دادگاه و فضای مردانه مانع از آن بوده که لب به سخن بگشاید. او اذعان داشت همسرش حین رابطه جنسی و در بستر زناشویی به طور مستمر از زنان دیگر نام می‌برد و از توصیف و تجسم رابطه جنسی با آن‌ها در بستر زناشویی ابایی ندارد. این پرونده پس از دو سال کشمکش در مقابل بذل کلیه حقوق مالی زوجه و در ازای اخذ وکالت طلاق به جدایی ختم شد. این نکته قابل ذکر است که در

۱. نک: گواهی‌های پزشکی قانونی مربوط به پرونده شماره ۶ که عیناً در پاورقی آمد.

دادگاه‌های خانواده الزام حضور قضات مشاور زن، در ایجاد فضای همدلی، درک موقعیت زوجه مستأصل و گره‌گشایی از مشکلات این‌چنینی و تسهیل احراز شرایط حرجی تأثیر بسزایی دارد. نکته بعد «نوع طلاق» به درخواست زوجه در فرض سوء رفتار جنسی زوج است. به دلیل ابهام در ماهیت طلاق‌های قضایی، سکوت فقها و قانون‌گذار، برخی معتقدند طلاق به درخواست زوجه هم رجعی است، اما حکم رجعی بودن طلاق قضایی مورد تردید و سبب انتقادات حقوق‌دانانی نظیر امامی، صفایی و کاتوزیان بوده است. در محاکم خانواده، طلاق به درخواست زوجه را رجعی در نظر می‌گیرند و برای جلوگیری از رجوع زوج، تکلیف دیگری بر دوش زوجه نهاده و نوع آن را با اجبار او به بذل مال و ذکر عبارت «کراهت زوجه»، به طلاق خلع تبدیل می‌کنند. در مصاحبه با قضات برخی از آن‌ها معتقد بودند بذل مال باید دارای ارزش مالی قابل توجهی باشد تا با طلاق موافقت شود، و این در حالی است که در طلاق خلع، مطابق ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی بذل مال می‌تواند عین مهر، معادل آن یا بیشتر و یا حتی کمتر از مهر باشد. این‌ها نمونه‌ای از نگاه سخت‌گیرانه قضات نسبت به طلاق به درخواست زوجه است.

در ادامه، این بار دو نمونه از موارد احراز عسر و حرج در فرض سوء رفتار جنسی زوج علیه زوجه واکاوی می‌شود، زیرا همان‌طور که اشاره شد تعداد زیادی از این دادخواست‌ها به دلیل سختی اثبات، عدم صراحت گواهی‌های پزشکی قانونی و یا نگرش سنتی قضات و محق دانستن مرد در هر نوع زناشویی، و نیز عدم تمایل آن‌ها به تحقیق و تفحص بیشتر و چشم‌پوشی عامدانه به نتیجه نمی‌رسد و با بذل مال توسط زوجه به طلاق توافقی تبدیل می‌شود. در نمونه‌های ترتیب اثر داده شده نیز، قضات سعی کرده‌اند با برشمردن چند مصداق دیگر از ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی دلیل موجه‌تری برای طلاق عنوان کنند.

در پرونده شماره ۱۳، سوء رفتار جنسی زوج در مصداق روابط نامتعارف مقعدی، دهانی و همچنین خودارضایی مورد بررسی قرار گرفته است. زوجه در اظهارات خود در جلسه رسیدگی بیان داشته «حاصل هشت سال زندگی مشترک ما یک دختر است. همسرم الکل و مواد مخدر مصرف می‌کند و مرا در حد مرگ کتک می‌زند. هم از نظر جسمی و روانی و هم جنسی مرا مورد آزار و اذیت قرار می‌دهد. از نظر نوع رابطه زناشویی به شدت آزار می‌بینم. زوج مراعات نمی‌نماید و به طرق غیرعادی و غیرطبیعی که از بیان آن شرم دارم، رابطه برقرار می‌کند و دائماً گلو و گوش من دردناک و زخم است. به هیچ عنوان و به هیچ صورتی قادر به تحمل شرایط حاکم بر زندگی نیستم. او حتی در حضور دختر ۵ ساله‌ام نیز شرم نمی‌کند و هرجوری که تمایل داشته باشد خودارضایی می‌کند. مدت ۴ ماه است که نزد والدینم زندگی می‌کنم و قصد بازگشت ندارم و نمی‌دانم چگونه می‌توانم با گذشت

زمان وجود شرایط غیرمتعارف زندگی خود را به محکمه ثابت نمایم. او حتی پدر و خواهر خود را کتک می‌زند و لذا هیچکس حاضر به ادای شهادت درخصوص شرایط نامساعد زندگی و ضرب و شتم‌های مکرر وی نسبت به من نیست. زیرا اهالی محل از او واهمه دارند».

از جمله نکات مثبت مورد اشاره در متن رأی دادگاه بدوی اشاره‌ی صریح به سوءرفتار جنسی زوج به عنوان علت درخواست طلاق توسط زوجه بوده است: «... زوجه مدعی سوءرفتار و سوءمعاشرت زوج و روابط زناشویی غیرمتعارف وی در قبال خود گردیده است و شرایط زندگی را غیر قابل تحمل اعلام نموده ... گواهی واصله شماره - مورخه - از پزشکی قانونی موید وجود علایم اختلال شخصیتی در زوج و مقاربت غیرطبیعی وی با زوجه است. دادگاه با عنایت به محتویات پرونده و اظهارات و مدافعات طرفین شرایط غیرمتعارف حاکم به زندگی زوجه و تعسر و تعذر وی در ادامه زندگی مشترک را احراز می‌نماید و با توجه به مراتب و امعان نظر به محتویات پرونده دعوی مقرون به صحت تلقی گردید ... زوجین دارای یک فرزند مشترک ۵ ساله دختر بنام - هستند که حضانت وی صرف نظر از وجود اختلال شخصیتی زوج به واسطه اولویت قانونی به مادر واگذار می‌شود و پرداخت نفقه فرزند مشترک به عهده پدرش است. زوجه در این پرونده ادعای مالی دیگری ندارد». همچنین نکته قابل توجه در این رأی، تصمیم درست دادگاه در ارجاع به پزشکی قانونی^۱ است که علاوه بر اثبات آسیب زوجه، گزارش معاینه روان‌شناختی زوج نیز ارائه شده است که چندان در رویه قضایی معمول نیست. این گزارش مستند صدور حکم طلاق و واگذاری حضانت فرزند به مادر به دلیل وجود اختلال شخصیت در زوج واقع گردیده است.

در پرونده شماره ۵، سوءرفتار جنسی در مصادیق متعددی قابل ملاحظه است. ترک رابطه جنسی بیش از پنج سال و روابط فرازناشویی زوج، فحاشی‌های جنسی، عدم استفاده از روش‌های پیشگیری از بارداری و سپس اجبار زوجه به سقط جنین، توهین و افتراهای مکرر نسبت به پاک‌دامنی زوجه حتی در حضور فرزند، که در یک فقره و در یک مکالمه ۵ دقیقه‌ای که ضبط شده و توسط مقامات قضایی در پرونده کیفری پیاده شده، بیش از چهل بار با وقیح‌ترین الفاظ و عبارات زوجه را مورد خطاب

۱. «بازگشت به نامه - مورخ - در خصوص پرونده - و - به شرح زیر اظهار نظر می‌گردد: براساس تست‌های روان‌پزشک انجام شده و مصاحبه فعلی زوج دچار علائمی دال بر اختلال شخصیتی است که در روند معمول زندگی زناشویی ایجاد مشکلاتی می‌نماید و این وضعیت نیازمند به درمان و مداخلات روان‌پزشکی است. در مصاحبه روان‌پزشکی زوجه اختلال خاصی مشاهده نشد. از زوجه معاینه جسمی به عمل آمد. حسب گزارش جراح مقعد در بررسی‌های تخصصی گشادتر از حد طبیعی است و پارگی در اسفنکتر خارجی مشهود است که می‌تواند در اثر دخول جسم سخت یا بیماری‌های مزمن گوارشی حادث گردیده باشد».

قرار داده است. اظهارات زوجه در رسیدگی‌های دادگاهی از شرایط سخت زندگی او، به خصوص فشار روانی حکایت دارد. در متن صورت‌مجلس آمده است: «دامنه رفتارهای خارج از عرف و تعهد زندگی مشترک و اقدامات خلاف شئون اخلاقی و خانوادگی وی دیگر به حدی علنی شده که او با وقاحت خطاب به من می‌گوید: من مردم و بافت من ایجاب می‌کند تنوع طلب باشم. اگر تو این مسئله را نپذیری خودت عذاب می‌کشی. اظهارات و توجیهات زشتی که همه شأن و شخصیت مرا به عنوان یک زن و یک همسر خرد و سرکوب می‌کند. هر بار به امید بهبود آینده باردار می‌شدم، برخلاف همه مردها به جای حمایت به‌رغم اطلاع از وضعیت بارداری من دامنه ایذا و اذیت و کتک کاری وی به حدی فراتر می‌رفت که دچار سقط جنین می‌شدم تا اینکه به توصیه پزشک جهت حفظ آرامش و جلوگیری از این وضعیت بارداری خود را تا ۴ ماه به او خبر ندادم. اما وقتی از این وضعیت اطلاع یافت به جای خوشحالی با پرخاشگری توهین و تهمت‌هایی در این مورد به من روا داشت که از بیان آن شرم دارم و عملاً مرا به حال خود رها نمود و زندگی را ترک کرد. یکبار به عمد برای تحقیر اینجانب در ظرفشویی آشپزخانه اجابت مزاج نمود».

از جمله نکات تکمیلی دیگر که در این پرونده قید شده، اقامه دعاوی کیفری و حقوقی متعدد علیه یکدیگر و کراهت عاطفی شدید فیمابین آن‌ها است. وکیل پرونده تصویر ۱۸ دادنامه صادره مبنی بر اختلاف بین زوجین را ضمیمه دادخواست و تقدیم نموده است. همچنین در این پرونده، زوج با اخذ حکم منع اشتغال زوجه، مانع از ادامه کار او شده است. زوجه ادعا می‌کند «وقتی به وی گفتم تو که خرجی نمی‌دهی پس تکلیف من و فرزندم چه می‌شود، ایشان به من گفتند: برو توی خیابان خودفروشی کن. سوگند یاد می‌کنم که چنین مطلبی را به من گفتند». در جواب اظهارات زوجه، زوج فقط اظهار می‌دارد: «ادعای خانم کذب محض است. من سوء رفتار ندارم».

با مجموع اوراق و محتویات پرونده، و با وجود دادنامه‌های متعدد زوجین علیه یکدیگر، شهادت شهود مبنی بر سوء رفتار زوج با همسرش که در نمونه‌ای، یکی از همسایگان ابراز داشته، «به قدری فحاشی‌های مکرر زوج علیه زوجه رکیک بوده که ما مجبور به بستن در و پنجره یا خروج از منزل می‌شدیم تا فرزندانمان با این الفاظ مواجه نشوند»، و عدم توفیق داوران در صلح و سازش، دادگاه بدوی عسرو خرج زوجه را احراز نموده است. در این فقره اعتراض و تجدیدنظرخواهی زوج و سپس فرجام‌خواهی او در دیوان عالی کشور نیز مانع تأیید حکم الزام او به طلاق نشده است.

نتیجه

این پژوهش ضمن بررسی و خوانش متون فقهی و قانونی، سعی در شناسایی سازوکارهای حمایتی از زوجه در رویه قضایی داشته است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد فقه رایج و قوانین موجود در

موضوع حقوق و تکالیف جنسی، نگاه یک‌سویه و بعضاً مرد‌محور داشته است. در بحث روابط زناشویی، زوجه موظف به تکالیف حداکثری و حقوق حداقلی است، و در این چهارچوب تا آن حد که بر حق زوج در برخورداری از هر نوع استمتاع و تمکین بی‌قید و شرط زوجه توجه شده؛ به حق جنسی زوجه، حسن معاشرت و رفتار متعارف جنسی از سوی زوج تأکید نشده است. اما استمساک به قواعدی همچون لاضرر، لاجرح و معاشرت به معروف در تعدیل این نگاه گره‌گشا می‌باشد.

بررسی سازوکارها در شعب مختلف دادگاه‌های خانواده مؤید این ادعا است که تفاسیر سلیقه‌ای از حدود و ثغور تمکین، لحاظ دامنۀ موسع برای زوج در نحوه زناشویی، عدم لحاظ ضابطۀ شخصی، خصوصیات و روحیات فردی زوجه در احراز حرج جنسی موجب تشتت در صدور آرای الزام به تمکین و احراز عسر و حرج شده است. متغیرهای زیادی نظیر جنسیت قضات، ساختار شخصیتی و بینش جنسیتی، عقاید، تحصیلات، سبک زندگی، تجربه زیسته و حتی طبقۀ اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی او در تفسیر قوانین می‌تواند مؤثر باشد. با این حال تأکید بر اهمیت اصلاح و استقرار رویۀ قضایی واحد در صدور احکام مشابه در مصادیق سوءرفتار جنسی، ابهام‌زدایی از شیوۀ نگارش گواهی‌های پزشکی قانونی، از ضرورت گنجانیدن مفاد مرتبط با حقوق جنسی متعارف زوجین، تعریف تمکین و تعیین حدود آن اعم از تمکین عام و خاص، در متن قوانین حوزه خانواده تفکیک‌ناپذیر است.

همچنین این پژوهش تأکید دارد، مطابق مدلول تبصرۀ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی حرج موضوع این ماده زمانی می‌تواند دلیل جدایی باشد که بقای زوجیت را تهدید کند. لذا چنانچه حرج جنسی از راهی جز طلاق امکان رفع داشته باشد، طراحی فرایندهایی برای ارائه راه‌حل توسط متخصصین سلامت جنسی، در صورت تمایل زوجین و صرف زمان مکفی می‌تواند راهگشا باشد. از همین رو، جهت توسعه بسترهای حمایتی، استحکام نهاد خانواده، قضازدایی از دعاوی خانوادگی و پیشگیری از طلاق، مداخلۀ رویکردهای ترمیمی، اصلاحی و مشاوره و درمان با هدف توقف سوءرفتار جنسی زوج آزارگر پیشنهاد می‌شود.

منابع

فارسی

- اسدی، لیلاسادات و فریده شکری (۱۳۹۳)، آیین دادرسی امور و دعاوی خانوادگی، چاپ اول، تهران: جاودانه، جنگل.
- حبیبیان، میترا (۱۳۸۴)، «بررسی اعمال قاعده عسر و حرج در طلاق»، عدالت آراء، شماره ۲ و ۳.
- رضاعی، فرزین و همکاران (۱۳۹۳)، راهنمای تشخیصی و آماری اختلال‌های روانی DSM_5، انجمن روان‌پزشکی آمریکا، تهران: کتاب ارجمند.
- زراعت، عباس (۱۳۹۱)، مبانی استنباط حقوق، تهران: میزان.
- شکری، فریده و مؤمن رقیه سادات (۱۳۹۰)، «نقش قاعده لاضرار در حق خودداری زن از تمکین خاص»، مطالعات راهبردی زنان، شماره ۵۱.
- شبیری زنجان، سیدموسی (۱۴۱۹)، کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- صادقی مقدم، محمدحسن و محمدعلی انصاری پور (۱۳۸۴)، «طلاق حرجی و نقد آرای محاکم در این زمینه»، نامه مفید، شماره ۵۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی- خانواده، چاپ سوم، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ نود و یک، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۹۲)، بررسی تطبیقی حقوق خانواده. چاپ سوم، تهران: دانشگاه تهران.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰)، بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن، چاپ شانزدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۳)، قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران: سمت.
- مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۷۲)، رویه قضایی، چاپ اول، تهران: مولف.
- نوبهار، رحیم و سیده‌ام البنین حسینی (۱۳۹۷)، «حدود روابط جنسی زن و شوهر در چارچوب قاعده معاشرت به معروف»، خانواده پژوهی، شماره ۵۳.
- وکیلان، حسن (۱۳۹۷)، «جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۸.
- وحیدی فردوسی، عبدالهادی و زکیه نعیمی (۱۳۹۹)، «نقدی بر سیر تکوین حقوق خانواده ایران در دوران معاصر»، حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۰.
- هدایت نیا، فرج الله (۱۳۹۶)، نشوز زوجین در فقه و نظام حقوقی ایران، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

عربی

- جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.

- حلی (محقق)، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: موسسه اسماعیلیان.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، حلی (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام، قم: موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۸)، موسوعة الإمام الخوئی، قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی ره.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی تا)، کتاب النکاح، ج ۱، دارالعلم.
- روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۲)، فقه الصادق علیه السلام، قم: انتشارات دارالکتاب.
- شریف مرتضی، علی بن الحسین، (۱۴۱۵)، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- صدوق، محمد بن علی بن الحسین بن بابویه (۱۴۰۴)، من لا یحضره الفقیه، قم: جماعة المدرّسين فی الحوزة العلمية.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- طوسی، ابن حمزه (۱۴۰۸)، الوسيله، قم: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي.
- فیض کاشانی، محمد محسن (بی تا)، مفاتیح الشرائع، ج ۲، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹)، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴)، کتاب النکاح، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۰۹)، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

وضعیت صدور حکم به نفع خواننده دعوای مدنی بر اساس اصل برائت و بدون سوگند او

مهدی حسن زاده *

چکیده

اضافه شدن قید «با سوگند خواننده» در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) سؤال‌ها، تردیدها و بحث‌هایی را در مورد امکان یا عدم امکان صدور حکم برائت خواننده بدون سوگند او، در موارد عدم ارائه دلیل و عدم درخواست سوگند از جانب خواهان و همچنین در خصوص اختیار یا عدم اختیار قاضی در سوگند دادن خواننده بدون درخواست خواهان، ایجاد کرده است. تحلیل ماده یادشده، مطالعه موضوع در فقه و بررسی دیدگاه فقها را می‌طلبد. در فقه، صدور حکم به نفع مدعی‌علیه، صرفاً به استناد اصول عملی از جمله اصل برائت، در موارد عدم ارائه دلیل و عدم درخواست سوگند از جانب مدعی، همچنین سوگند دادن مدعی علیه بدون درخواست مدعی، اجازه داده نشده است. در تحلیل ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی لازم است، تفسیری از آن ارائه شود که سبب مغایرت این ماده با فقه و دیدگاه فقها، نشود.

واژگان کلیدی: اصل برائت، سوگند، مدعی (خواهان)، مدعی علیه (خواننده)

مقدمه

در ماده ۳۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) اعلام شده بود: «اصل، برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند و الا مطابق این اصل حکم به برائت مدعی علیه خواهد شد». قانون‌گذار با اضافه کردن قید «با سوگند خوانده» در ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) مقرر کرد: «اصل برائت است، بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی باشد باید آن را اثبات کند در غیر این صورت با سوگند خوانده حکم برائت صادر خواهد شد».

اضافه شدن قید «با سوگند خوانده» در ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) این سؤال و تردید را ایجاد کرد که آیا صدور حکم به برائت خوانده در مواردی که خواهان، ادله کافی برای اثبات ادعای خود اقامه نمی‌کند، منوط به سوگند خوانده است و بدون سوگند خوانده صدور چنین حکمی، امکان‌پذیر نیست یا این قید، ناظر به حالتی است که خواهان، درخواست سوگند از خوانده می‌کند و در صورت عدم درخواست، دادگاه بدون سوگند خوانده، به استناد اصل برائت، حکم به نفع خوانده صادر می‌کند؟ همچنین در صورتی که منظور این بوده که صدور حکم برائت خوانده، منوط به سوگند او باشد، آیا چنین سوگندی لازم است به درخواست خواهان باشد یا دادگاه نیز اختیار دارد که از خوانده بخواهد ادای سوگند نماید؟

برای بررسی این مطلب، ابتدا لازم است موضوع در فقه و از دیدگاه فقها، مطالعه شود، سپس با کمک آنچه از فقه در این خصوص، نمایان می‌شود به تحلیل و بررسی ماده مورد بحث، اقدام شود.

۱. بررسی موضوع در فقه

در فقه، مسئله امکان یا عدم امکان استناد به اصل برائت در دعاوی مدنی و صدور حکم دعوای مدنی بر اساس آن، به طور مفصل و جامع در بابی مستقل، بحث نشده است، بلکه از مباحث و تحلیل‌هایی که در موضوعات مختلفی، ارائه شده است، می‌توان به نظرها و دیدگاه‌های فقها در این خصوص، دست یافت.

۱-۱. حصر موازین قضا

فقها از روایت معروف از نبی گرامی اسلام (ص) که فرمود: «انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان»، «همان من بر اساس بینه‌ها و سوگند، بین شما قضاوت می‌کنم»، چنین استنباط کرده‌اند که صدور حکم قضایی صرفاً بر اساس بینه و سوگند، امکان‌پذیر است (نک: آل بحر العلوم، ۳/۱۴۰۳؛ الآشتیانی، بی تا: ۲۱۱؛ الرشتی، ۱/۱۴۰۱: ۲۸۵ و ۲۸۶؛ الموسوی البجنوردی، بی تا/۳: ۹۷). بنابراین به استناد اموری دیگر، قاضی نمی‌تواند حکم صادر نماید، مگر اعتبار آن با

ادله خاص، ثابت شده باشد، مانند اقرار و علم قاضی.

بر اساس انحصار موازین قضا به بینه و یمین و با استدلال به همین مطلب، گفته شده؛ در مواردی که دلایل خاص بر عدم لزوم اقامه بینه از جانب مدعی تصریح کرده، مدعی لازم است سوگند ادا نماید؛ زیرا اگر از سوگند هم معاف باشد، لازم می آید که قضاوت بدون موازین یادشده باشد و انحصار موازین قضا به بینه و یمین، اقتضا دارد که در صورت معاف شدن از بینه، ادای سوگند به جای آن لازم باشد (نک: الانصاری، ۱۴۱۰: ۷۵۱ و ۷۶۱؛ الاشتیانی، بی تا: ۲۱۱؛ الموسوی البجنوردی، بی تا/۳: ۹۷).

۱-۲. عدم امکان صدور حکم به استناد اصول عملی

از سخنانی که در بیان انحصار موازین قضا گفته شده، فهمیده می شود که در فقه، جایگاهی برای اصول عملی در صدور حکم قضایی، قائل نشده اند و قاضی نمی تواند به استناد اصول عملی، حکم صادر نماید. در برخی سخنان، این مطلب، مورد تصریح و تأکید واقع شده است (الرشیدی، ۱/۱۴۰۱: ۲۸۵ و ۲۸۶). علاوه بر این که با مطالعه و تحقیق در متون فقهی، یافت نشده جایی از صدور حکم قضایی به استناد اصول عملی، سخن به میان آمده باشد.

به عبارت دیگر، صدور حکم به نفع هر یک از مدعی و مدعی علیه، مستلزم دلیل است و این دلیل از جانب مدعی، بینه و از جانب مدعی علیه، سوگند است و قاضی نمی تواند بدون دلیل و صرفاً به استناد اصول عملی، به نفع مدعی علیه، حکم صادر کند.

بر همین اساس، مدعی علیه با وجود اینکه معمولاً اصل عملی به نفع او وجود دارد، مکلف به پاسخ به دعوا شناخته شده و در صورت سکوت و امتناع از پاسخ به دعوا، سخن از حبس، عقوبت و ضرب و رد سوگند به مدعی توسط حاکم به میان آمده است (نک: الطوسی (الشیخ)، ۸/۱۳۵۱: ۱۶۰؛ الحلی (المحقق)، ۴/۱۴۱۵: ۸۶، الحلی (المحقق)، بی تا: ۲۸۲؛ مکی العاملی (الشهید الاول)، ۱۳۶۸: ۵۱؛ الانصاری، ۱/۱۴۱۰: ۵۴۹؛ الخوانساری، ۶/۱۴۰۵: ۳۹؛ الاشتیانی، بی تا: ۱۵۰؛ الکنی الطهرانی، بی تا: ۱۴۲ و ۱۹۴؛ التبریزی، ۱۴۱۵: ۱۸۴) و استدلال شده بر وجوب جواب بر مدعی علیه به اینکه جواب مدعی علیه مقدمه صدور حکم است و صدور حکم بر قاضی، وقتی که دعوا به نحو صحیح نزد او اقامه می شود، واجب است. علاوه بر این که اگر جواب بر مدعی علیه واجب نباشد، می تواند با این کار، خود را برهاند و حقوق مردم تضییع شود (الکنی الطهرانی، بی تا: ۱۴۲).

با تحقیق در متون فقهی، یافت نشده فقهی به عدم لزوم جواب بر مدعی علیه و صدور رأی به نفع او به استناد اصول عملی، نظر داده باشد. نهایت اینکه یکی از فقها با عبارت «و یمکن ان یقال»

اعلام کرده؛ ممکن است گفته شود دلیل لزوم جواب بر مدعی علیه، مشخص نیست، در حالی که مطلبی بر او ثابت نشده و چه بسا از پاسخ، معذور باشد، مثل اینکه دین را پرداخت کرده و اگر جواب دهد که دین را پرداخت کرده، ملزم به اقرارش به دریافت دین می‌شود. پس در صورتی که قائل به لزوم صدور رأی در هر مورد باشیم، قاضی در هر مورد (از جمله در فرض سکوت مدعی علیه) به آنچه وظیفه‌اش است عمل کند و بر اساس آن رأی صادر نماید (الخوانساری، ۱۴۰۵: ۶: ۴۰).

همچنین در صورت انکار مدعی علیه، فقها صرفاً در صورت سوگند مدعی علیه که به درخواست مدعی، ادا می‌شود، صدور رأی به نفع او را ممکن دانسته‌اند (الطوسی (الشیخ)، ۱۳۵۱: ۸: ۱۵۸؛ الاسدی (العلامة الحلّی)، ۱۴۱۹: ۳: ۴۳۹؛ الحلّی (العلامة)، ۱۴۱۰: ۲: ۱۴۴؛ الحلّی (المحقق)، ۱۴۱۵: ۴: ۸۴؛ مکی العاملی (الشهید الاول)، ۱۳۶۸: ۵۱).

برخی از فقها، منوط بودن سوگند مدعی علیه به درخواست مدعی و عدم اختیار قاضی در سوگند دادن مدعی علیه بدون درخواست مدعی را با تأکید بر وظیفه قاضی در رفع نزاع و فصل خصومت، مورد خدشه قرار داده‌اند، ولی در نهایت لزوم درخواست مدعی را مستند به روایات، و مورد اجماع دانسته‌اند (النجفی، ۱۳۶۲: ۴: ۱۷۰؛ الخوانساری، ۱۴۰۵: ۶: ۳۱؛ الموسوی الگلپایگانی، ۱۴۰۱: ۱/۳۰۰ و ۳۰۱). حالتی که مدعی علیه اعلام کند که در مورد ادعای مدعی چیزی نمی‌داند، مورد بحث فقها قرار گرفته و احتمال‌ها و دیدگاه‌های متعددی مطرح شده است (نک: النجفی، ۱۳۶۲: ۴۰: ۲۱۵؛ الرشتی، ۱۴۰۱: ۱: ۲۵۹؛ الخوانساری، ۱۴۰۵: ۶: ۴۱؛ الآشتیانی، بی تا: ۱۵۳ و ۱۵۴؛ الکنی الطهرانی، بی تا: ۱۹۷؛ الموسوی الگلپایگانی، ۱۴۰۱: ۱: ۳۶۰ و ۳۶۱)، ولی در هیچ منبعی یافت نشده که در این حالت، به صدور رأی به نفع مدعی علیه به استناد اصول عملی نظر داده یا این مطلب به عنوان یک احتمال یا دیدگاه، مطرح شده باشد. با وجود این، در برخی از منابع، از بی‌حقی مدعی و سقوط دعوای او در حالتی که بی‌اطلاعی مدعی علیه را قبول داشته باشد، سخن به میان آمده است (نک: الخوانساری، ۱۴۰۵: ۶: ۴۱؛ الموسوی الگلپایگانی، ۱۴۰۱: ۱: ۳۶۱ و ۳۶۴) و یکی از فقها در صورت جهل مدعی علیه به آنچه که مدعی ادعا می‌کند، نظر به سقوط دعوا در صورت عدم بینة مدعی را ترجیح داده است (الموسوی الاردبیلی، ۱۴۰۸: ۴۶۷ و ۴۶۸).

از آنچه گفته شد، مشخص است که در فقه، فقها چنین نقشی برای اصول عملی قائل نشده‌اند که به عنوان قاعده، در صورت فقدان ادله اثبات دعوا، قاضی بتواند به استناد اصول عملی، رأی صادر نماید، بلکه در برخی مباحث دادرسی، از اثر اصول عملی، سخن به میان آمده است که در ادامه بیان می‌شود.

۳-۱. نقش اصول عملی در تشخیص مدعی و منکر

از جمله مباحثی که مورد توجه فقها قرار گرفته، ضابطه تشخیص مدعی و منکر است. در این

خصوص، گفته شده، ثابت نگردیده که شارع الفاظ «مدعی» و «منکر» را در معنای خاصی که متفاوت با معانی عرفی این الفاظ باشد به کار برده باشد، بنابراین، این الفاظ در کلام شارع بر همان معانی عرفی حمل می شوند (الطباطبایی، ۲/۱۴۰۴: ۴۱۰؛ الخوانساری، ۶/۱۴۰۵: ۶۷؛ النجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۳۷۱؛ الآشتیانی، بی تا: ۳۳۱؛ الرشتی، ۲/۱۴۰۱: ۹۲؛ الکنی الطهرانی، بی تا: ۱۱۳؛ الموسوی الگلپایگانی، ۱/۱۴۰۱: ۷۸؛ مکارم الشیرازی، ۲/۱۴۲۷: ۳۰۹؛ الموسوی البجنوردی، بی تا: ۳/۶۵). با وجود این، سعی شده معیارهایی برای شناسایی مدعی از منکر، معرفی شود. یکی از این ملاک‌ها، موافقت یا مخالفت با اصول است. به این بیان که گفته شده کسی که مطلبی را بر خلاف اصول، مطرح می کند، مدعی است و در مقابل او، منکر کسی است که موضع و سخن او با اصول، هماهنگ و سازگار است (نک: الحلی (المحقق)، ۴/۱۴۱۵: ۱۰۸ و ۱۰۹؛ الحلی (المحقق)، بی تا: ۲۸۴؛ الخوانساری، ۶/۱۴۰۵: ۶۷؛ النجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۳۷۲ و ۳۷۳؛ الآشتیانی، بی تا: ۳۳۲ و ۳۳۳؛ الرشتی، ۲/۱۴۰۱: ۹۳؛ الکنی الطهرانی، بی تا: ۱۱۵؛ التبریزی، ۱۴۱۵: ۳۰۵؛ مکارم الشیرازی، ۲/۱۴۲۷: ۳۰۹؛ الموسوی البجنوردی، بی تا: ۳/۶۱ به بعد).

تلاش برای معرفی معیار شناخت مدعی و منکر در راستای اجرای این حکم معروف است که بار اثبات ادعا با اقامه بینه متوجه مدعی است و منکر، از اقامه بینه، معاف است، بلکه برای منکر این امتیاز وجود دارد که در صورت عدم اقامه بینه توسط مدعی، با ادای سوگند (به درخواست مدعی) حکم به نفع خود دریافت نماید.

در واقع، نقش اصول عملی در این زمینه، این است که در امر اثبات موضوع اختلاف، سبب ترجیح جانب منکر بر مدعی می شود؛ به این ترتیب که او را از تکلیف اقامه بینه که تکلیف دشواری است - چون ممکن است بینه وجود نداشته باشد یا شهود از ادای شهادت، خودداری کنند - معاف می کند و صرف ادای سوگند که به آسانی قابل انجام است، از او پذیرفته می شود و با ادای سوگند، حکم به نفع او صادر می شود. به همین خاطر در متون فقهی، در توجیه ترجیح جانب مدعی علیه در معاف بودن از اقامه بینه و پذیرش سوگند او، به هماهنگی موضع منکر با اصل برائت، اشاره شده است (نک: الحلی (المحقق)، ۴/۱۴۱۵: ۸۹؛ آل بحر العلوم، ۳/۱۴۰۳: ۳۷۶؛ الطباطبایی، ۲/۱۴۰۴: ۳۹۷؛ الرشتی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۸۶). به عبارت دیگر، در این منابع، اصول عملی، به ویژه اصل برائت به عنوان مبنای ترجیح مدعی علیه در معاف بودن از اقامه بینه و اکتفای به سوگند او، شناخته شده است.

همچنین در استدلال بر عدم جواز صدور حکم بر محکومیت مدعی علیه به صرف نکول او از ادای سوگند و لزوم رد سوگند به خواهان، به اصل برائت ذمه مدعی علیه از حق مورد ادعای مدعی، استناد شده است (الطباطبایی، ۲/۱۴۰۴: ۴۰۰).

۴-۱. سوگند بر اساس اصل عملی

در خصوص اینکه کسی که سوگند متوجه او شده، از جمله خوانده، می‌تواند بر اساس اصول عملی، سوگند ادا کند یا چنین کاری امکان‌پذیر نیست، در برخی از منابع فقهی، به طور مطلق بر عدم جواز سوگند بر اساس اصل برائت و اصل عدم و امثال آن، تصریح و تأکید شده است (النجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۱۸). در منابعی دیگر، اعلام شده؛ اصل و قاعده اولی این است که جایز نیست شخص، به استناد اصول و امارات، سوگند یاد کند؛ زیرا چنین شخصی بر اساس اصل یا اماره یا بر حکم ظاهری سوگند ادا می‌کند یا بر واقع. در صورت سوگند بر حکم ظاهری، چنین سوگندی به خاطر عدم تطابق با ادعای مدعی، مؤثر نیست، چون ادعای مدعی بر واقع است و چه بسا خود مدعی نیز جهل طرف به موضوع را که زمینه استناد به اصل عملی در حق او را از جهت حکم ظاهری، فراهم می‌کند، قبول داشته باشد. اما اگر سوگند بر واقع باشد، در چنین حالتی، شخص اداکننده سوگند، نسبت به واقعیت، جزم و یقین ندارد، بلکه شک دارد و به خاطر همین شک، به اصل استناد کرده است و این شک، مانع از پذیرش سوگند او بر واقع می‌شود و سوگند بر واقع در صورتی مؤثر است که اداکننده سوگند، شک نداشته باشد، بلکه لازم است جزم به آنچه که خبر می‌دهد و بر آن سوگند یاد می‌کند، داشته باشد (الآشتیانی، بی‌تا: ۱۸۳ و ۱۸۴؛ الرشتی، ۱/۱۴۰۱: ۲۸۹).

با وجود این، در ادامه اعلام شده، پذیرفتن چنین مطلبی، در عمل، امکان‌پذیر نیست؛ زیرا در هر سوگند و شهادتی بر هر موضوعی، احتمالاتی مطرح می‌شود که شخص اداکننده سوگند یا شاهد، آن احتمالات را با استناد به اصول و امارات، منتفی می‌داند و اگر غیر از این باشد، هیچ سوگند و شهادتی، مقدور نخواهد شد و باب دعاوی و سوگند و شهادت بسته می‌شود و این خلاف سیره و بنای علما است بر پذیرش سوگند و شهادت، در جایی که شخص اداکننده سوگند یا شاهد، برای سوگند یا شهادت خود، مستنداتی از اصول و امارات شرعی دارد (الآشتیانی، بی‌تا: ۱۸۵ و ۱۸۶؛ الرشتی، ۱/۱۴۰۱: ۲۹۰ و ۲۹۱).

۵-۱. لزوم درخواست سوگند

در فقه، بر لزوم درخواست سوگند از جانب مدعی و اینکه بدون چنین درخواستی، حاکم نمی‌تواند مدعی علیه را سوگند دهد و خود مدعی علیه نیز نمی‌تواند ادای سوگند نماید و سوگندی که بدون درخواست مدعی باشد، مؤثر نیست، تصریح و تأکید شده است (الطوسی (الشیخ)، ۸/۱۳۵۱: ۱۵۸؛ الاسدی (العلامة)، ۳/۱۴۱۹: ۴۳۹؛ الحلّی (العلامة)، ۲/۱۴۱۰: ۱۴۴؛ الحلّی (المحقق)، بی‌تا: ۲۸۱؛ مکی (الشهید الاول)، ۱۳۶۸: ۵۱) و بر این مطلب ادعای اجماع شده است (نک: النجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۱۷۰ و ۱۷۱؛ الخوانساری، ۶/۱۴۰۵: ۳۰).

در استدلال بر لزوم درخواست سوگند از جانب مدعی، گفته شده؛ این حق مدعی است که از خواننده درخواست سوگند کند، بنابراین، بدون درخواست او، سوگند مدعی علیه تأثیری ندارد (الطوسی (الشیخ)، ۱۳۵۱/۸: ۱۵۸؛ الحلی (المحقق)، ۱۴۱۵/۴: ۸۴). اما این استدلال، مورد انتقاد واقع شده به اینکه حق بودن سوگند مدعی علیه برای مدعی، اقتضای این را دارد که بدون رضایت مدعی، سوگند مدعی علیه پذیرفته نباشد، نه اینکه وقتی که درخواست صریحی از مدعی وجود ندارد، سوگند مدعی علیه در هر حال پذیرفته نباشد، حتی اگر شواهدی بر رضایت مدعی وجود داشته باشد، بلکه چه بسا استدلال شود که سوگند مدعی علیه از اقدامات حاکم است که مأمور به فصل خصومت بین طرفین است، پس لازم است حاکم، در هر حال یا تا وقتی که مدعی درخواست تأخیر دادرسی نکرده است، مدعی علیه را سوگند دهد (النجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۰). در بیانی دیگر گفته شده، چه بسا صرف نفع مدعی، موجب حق او در سوگند مدعی علیه شناخته نشود و رجوع به ادله قضاوت، لازم باشد (الخوئساری، ۱۴۰۵/۶: ۳۱). همچنین گفته شده؛ صرف این که سوگند مدعی علیه حق مدعی باشد مانع از این نیست که قاضی به وظیفه شرعی خود که فصل خصومت است بین طرفین اختلاف - که به او رجوع کرده اند - عمل نماید، بلکه پس از مراجعه و درخواست اصحاب دعوا، لازم است قاضی بین آنها بر اساس موازین شرعی به منظور فصل خصومت، رسیدگی نماید. بنابراین، نمی توان تأیید کرد دیدگاه عدم ترتیب اثر بر حکم صادر شده قاضی ای را که مدعی علیه را بدون درخواست مدعی، سوگند داده است، صرفاً به استناد این که سوگند، حق مدعی است، بلکه اقتضای اطلاعات ادله قضاوت این است که حکم قاضی، نافذ و معتبر است و لازم است متابعت شود، حتی اگر بدون اذن مدعی صادر شده باشد و نمی توان این ادله را منصرف از موارد عدم اذن مدعی دانست (الموسوی الگلپایگانی، ۱۴۰۱/۱: ۳۰۰).

۶-۱. تکلیف موارد عدم درخواست سوگند

در منابع فقهی، وضعیت حالتی که مدعی، اقامه بینه نمی کند و درخواست سوگند از مدعی علیه نیز نمی کند، مورد توجه و بحث واقع نشده است و بیان های صریحی در این زمینه، یافت نمی شود. پرداختن به این بحث، شاید به دلیل این است که تصور بر این بوده که در عمل، چه بسا مصادیقی برای این حالت نباشد و وقتی که مدعی، بینه نداشته باشد، درخواست سوگند می کند، شاید هم حکم این وضعیت، بین فقها چنان روشن و بدیهی بوده که نیازی به طرح بحث ندیده اند.

اما از مجموع مباحث فقها در باب اقامه بینه یا درخواست سوگند، فهمیده می شود که صدور حکم را مبتنی بر اقامه بینه یا درخواست سوگند دانسته اند و در صورتی که مدعی نه اقامه بینه و نه درخواست سوگند نماید، حکمی در موضوع مورد اختلاف صادر نمی شود و به نظر می رسد چنین

مطلبی، مفروغ عنه بوده به نحوی که نیازی به بیان و بحث در آن ندیده‌اند.

با وجود این، متوقف ماندن دعوا در صورت عدم درخواست سوگند از جانب مدعی، به طور ضمنی در سخن یکی از فقها، مورد اشاره واقع شده است (النجفی، ۱۳۶۲/۴۰: ۱۷۰) و فقیه دیگری به صراحت این مطلب را بیان کرده است (التبریزی، ۱۴۱۵: ۱۵۱). نکته قابل توجه در این بحث، این است که در متون فقهی، یافت نشده فقیهی، در موارد عدم اقامه بینه توسط مدعی و عدم درخواست سوگند از جانب او، نظر به امکان صدور حکم به نفع مدعی علیه به استناد اصول عملی از جمله اصل برائت داده باشد و از مباحث فقها، چنین به نظر می‌رسد که عدم امکان چنین مطلبی، بین ایشان، مسلم و مفروغ عنه بوده است. در عین حال، یکی از فقها به عدم امکان صدور حکم به برائت مدعی علیه در موارد عدم اقامه بینه و عدم درخواست سوگند از جانب خوانده، تصریح کرده است (التبریزی، ۱۴۱۵: ۱۵۰).

۱-۷. سکوت مدعی علیه

در فقه، حالتی مورد توجه و بحث واقع شده است که مدعی علیه در مقابل ادعای مدعی نه اقرار می‌کند و نه انکار، بلکه سکوت اختیار می‌کند. در خصوص چنین حالتی احتمال‌ها و دیدگاه‌هایی مطرح شده (نک: الطوسی (الشیخ)، ۸/۱۳۵۱: ۱۶۰؛ الحلی (المحقق)، ۴/۱۴۱۵: ۸۶؛ مکی العاملی (الشهید الاول)، ۱۳۶۸: ۵۱؛ الحلی (المحقق)، بی تا: ۲۸۲؛ الانصاری، ۱/۱۴۱۰: ۵۴۹؛ النجفی، ۱۳۶۲/۴۰: ۲۱۵؛ الآشتیانی، بی تا: ۱۵۰؛ الکنی الطهرانی، بی تا: ۱۹۴؛ الخوانساری، ۶/۱۴۰۵: ۳۹؛ التبریزی، ۱۴۱۵: ۱۸۴)، از جمله این که شخص مدعی علیه که سکوت کرده، زندانی شود تا حاضر به پاسخ شود یا اجبار به پاسخ شود با زدن و امثال آن یا قاضی به او تذکر دهد که اگر پاسخ ندهد، با سوگند مدعی، حکم به نفع مدعی صادر خواهد کرد.

تمام این احتمال‌ها و دیدگاه‌ها بر لزوم جواب مدعی علیه و تکلیف او به پاسخ به ادعای مدعی، مبتنی است. در یکی از منابع فقهی به این تکلیف، تصریح و بر آن تأکید شده و اعلام شده؛ پاسخ مدعی علیه لازم است، چون مقدمه یک امر واجب است و آن واجب، صدور حکم است، وقتی که دعوا به نحو صحیح نزد قاضی اقامه می‌شود. علاوه بر اینکه اگر پاسخ دعوا بر مدعی علیه لازم نباشد، می‌تواند با سکوت، خود را خلاص کند و موجب تضییع حق طرف شود (الکنی الطهرانی، بی تا: ۱۴۲).

در مقابل، این نویسنده پیدا نکرد، فردی از فقها نظر به جواز سکوت مدعی علیه و صدور حکم به نفع او به استناد اصول عملی، از جمله اصل برائت داده باشد. فقط یکی از فقها اعلام کرده، ممکن است گفته شود؛ دلیل لزوم جواب مدعی علیه مشخص نیست، در حالی که چیزی بر او ثابت نشده و چه بسا معذور باشد در جواب، مانند جایی که دینی بر عهده داشته و آن را پرداخت کرده، در این حالت

اگر جواب دهد که دین را پرداخت کرده، با اقرار او دین ثابت می‌شود (الخوانساری، ۱۴۰۵: ۶: ۴۰). همان طور که ملاحظه می‌شود، در فقه، بر اصول عملی، از جمله اصل برائت، نه تنها چنین اثری بار نشده که در موارد عدم اثبات ادعای مدعی، بر اساس اصول عملی به نفع مدعی علیه، حکم صادر شود، بلکه حتی معجز امکان سکوت مدعی علیه نیز به حساب نیامده و مدعی علیه، مکلف به پاسخ به ادعای مدعی، شناخته نشده است.

۸-۱. اظهار بی‌اطلاعی مدعی علیه

در مورد حالتی که مدعی علیه، نسبت به ادعای مدعی، اظهار بی‌اطلاعی می‌کند نیز، احتمال‌ها و دیدگاه‌هایی مطرح شده (نک: الانصاری، ۱/۱۴۱۰: ۵۶۱؛ النجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۱۵؛ الرشتی، ۱/۱۴۰۱: ۲۵۹؛ الآشتیانی، بی تا: ۱۵۵-۱۵۳؛ الکنی الطهرانی، بی تا: ۱۹۷؛ الخوانساری، ۶/۱۴۰۵: ۴۱؛ الموسوی گلپایگانی، ۱/۱۴۰۱: ۳۶۰ و ۳۶۱)، از جمله اینکه ۱. مدعی علیه باید به طور قطع، سوگند بخورد به بی‌حقی مدعی، در غیر این صورت، سوگند به مدعی رد می‌شود و با سوگند مدعی، حکم به نفع او صادر می‌شود، ۲. توقف دعوا و عدم صدور حکم و منوط شدن صدور حکم به اقامه بینه توسط مدعی، ۳. سوگند مدعی علیه به عدم اطلاع خود، ۴. سوگند قطعی بر اساس اصل، ۵. غیرقابل استماع بودن دعوا در صورتی که مدعی، عدم اطلاع مدعی علیه را قبول داشته باشد. اگرچه دیدگاه‌ها و احتمال‌ها در این خصوص، نسبت به دیدگاه‌ها و احتمال‌ها در مورد سکوت مدعی علیه، موجه‌تر است، ولی حتی به عنوان یک احتمال نیز مطرح نشده که در حالت اظهار بی‌اطلاعی مدعی علیه و عدم اقامه بینه از جانب مدعی، به استناد اصول عملی، از جمله اصل برائت، حکم به نفع مدعی علیه، صادر شود.

۲. تحلیل حقوقی

۲-۱. دیدگاه غالب؛ امکان صدور حکم بر اساس اصل برائت بدون سوگند خواننده

در قوانین مربوط به دادرسی مدنی، مباحث و موادی که به طور گسترده و مفصل، کاربرد اصول عملی را در رسیدگی و تعیین تکلیف دعاوی، بیان کرده باشد، یافت نمی‌شود، بلکه به طور مشخص در مواد ۱۹۷ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی تأثیر و نقش دو اصل برائت و استصحاب در دادرسی مدنی، اعلام شده است.

اما حقوق دانان، به طور گسترده بر نقش اصول عملی در دادرسی، تأکید کرده‌اند و قاضی را در مواردی که قادر به تشخیص واقعیت بر اساس ادله اثبات دعوا نیست و در حالت شک و تردید باقی می‌ماند، مجاز به استناد به اصول عملی و تعیین تکلیف دعوا و صدور حکم بر اساس اصول عملی، شناخته‌اند و چنین مطلبی بین ایشان، مسلم شناخته شده و بر ضرورت استفاده از اصول عملی در

دادرسی، تأکید کرده‌اند (نک: کاتوزیان، ۱/۱۳۸۴: ۴۷؛ صدرزاده افشار، ۱۳۸۵: ۱۹۱؛ مدنی، ۱۳۷۲: ۲۴ و ۲۵؛ دیانی، ۱۳۸۹: ۹۳).

شهرت دیدگاه حقوق‌دانان در خصوص نقش و لزوم استفاده از اصول عملی در دادرسی، برخلاف وضعیتی است که در فقه و بین فقها وجود دارد؛ زیرا همان طور که در بخش نخست توضیح داده شد در فقه، نه تنها استفاده از اصول عملی در دادرسی، شهرت ندارد، بلکه کسی قائل به آن نشده و حتی به عدم کاربرد اصول عملی در دادرسی، اظهار نظر و تصریح شده است.

در خصوص نقش اصل برائت در دادرسی مدنی، در قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) در ماده ۳۵۶ اعلام شده بود: «اصل، برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند و الا مطابق این اصل حکم به برائت مدعی علیه خواهد شد». این ماده به صراحت، لزوم صدور حکم به برائت خوانده، بدون نیاز به سوگند او را اعلام کرده بود. حقوق‌دانان نیز بر نقش تعیین‌کننده اصل برائت در دادرسی و لزوم صدور حکم بر اساس آن در مواردی که خلاف آن اثبات نشده، تأکید کرده بودند (نک: امامی، بی‌تا/۶: ۲۶۰؛ جعفری لنگرودی، ۱/۲۵۳۶: ۳۵۸؛ مدنی، ۱۳۷۲: ۲۸؛ صدرزاده افشار، ۱۳۸۵: ۱۹۳؛ شیخ نیا، ۱۳۷۵: ۱۸۹).

اما در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) با اضافه شدن قید «سوگند خوانده»، امکان صدور حکم به برائت خوانده بدون سوگند او، با تردید مواجه شده است. در برخی از منابع آیین دادرسی مدنی، بدون تحلیل و توجه به قید «سوگند خوانده» در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی و همانند وضعیت پیش از قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹)، بر نقش اصل برائت در دادرسی، تأکید شده است (نک: شمس، ۳/۱۳۹۰: ۱۱۰؛ دیانی، ۱۳۸۹: ۳۱۲ و ۳۱۳). اما در برخی از نظرها و اظهارنظرها، به قید یادشده، توجه شده و این قید، مربوط به حالتی شناخته شده که خواهان، درخواست سوگند از خوانده نماید (نک: مهاجری، ۲/۱۳۸۹: ۲۶۶؛ مهاجری، ۱۳۹۰: ۳۵۷؛ مسیحی، ۱۳۸۷: ۱۸۹ و ۱۹۰؛ نظر شماره ۱۶۰۹-۷/۱۸-۱۳۸۰ اداره حقوقی قوه قضائیه). بر اساس این دیدگاه، در صورتی که خواهان، ادله کافی بر اثبات ادعای خود ارائه نکند، اگر درخواست سوگند از خوانده کند، با سوگند خوانده حکم به برائت او صادر می‌شود، ولی اگر خواهان درخواست سوگند نکند، بدون سوگند خوانده، حکم برائت خوانده صادر می‌شود. با این اوصاف، قید «سوگند خوانده» در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حاوی حکم جدیدی نیست و اضافه کردن این قید در این ماده، تغییری ایجاد نکرده است؛ زیرا در حاکمیت قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) نیز با این که در ماده ۳۵۶ آن قانون، قید «سوگند خوانده» نیامده بود، اما بر اساس مقررات مربوط در قانون مدنی (مواد ۱۳۲۵، ۱۳۲۶ و ۱۳۲۸) در صورتی که خواهان،

درخواست سوگند از خواننده می‌کرد، صدور حکم به برائت خواننده، منوط به سوگند او بود. در رویه قضایی، به طور گسترده و فراوان، در مواردی که خواهان، ادعای خود را با اقامه دلیل، اثبات نکرده و درخواست سوگند هم نکرده، حکم به نفع خواننده و به محکومیت خواهان صادر شده است.^۱ این رویه و دیدگاه، در نشست‌های قضایی و نظریاتی که در آن، ارائه شده، طرف‌دارانی داشته است (نک: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶: ۲/۱۱۴ و ۱۱۵).

دیدگاه و رویه امکان صدور حکم برائت خواننده بدون سوگند او، در موارد عدم درخواست سوگند از جانب خواهان، با وجود سابقه و شهرتی که دارد، برخلاف فقه و دیدگاه فقها است که - همان طور که در بخش نخست توضیح داده شد - نظر به چنین مطلبی نداده‌اند و آن را مجاز نشناخته‌اند.

۲-۲. استنباط متقابل؛ عدم امکان صدور حکم برائت خواننده بدون سوگند او

در مقابل دیدگاه و رویه مشهور، ممکن است از قید «سوگند خواننده» در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی چنین برداشت شود که قانون‌گذار خواسته است، صدور حکم به برائت خواننده را مشروط به سوگند او نماید و صدور حکم برائت خواننده، بدون سوگند او را ممنوع کند. این برداشت به یکی از دو صورت می‌تواند تکمیل شود: نخست این که این ماده، اختیار سوگند دادن خواننده را به دادگاه داده و قاضی می‌تواند در موارد عدم درخواست سوگند از جانب مدعی، از خواننده بخواهد، ادای سوگند کند. دوم این که سوگند منوط به درخواست خواهان باشد و دادگاه در صورت عدم درخواست سوگند از جانب خواهان، نتواند حکم به برائت خواننده صادر نماید.

۲-۳. دیدگاه اختیار دادگاه در سوگند دادن خواننده

از سخن یکی از حقوق‌دانان چنین بر می‌آید که قید «سوگند خواننده» در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی چنین برداشت کرده است که این ماده صدور حکم به برائت خواننده را حتی در مواردی که خواهان، درخواست سوگند نمی‌کند، منوط به سوگند خواننده کرده است و در مواردی که خواهان، درخواست سوگند نمی‌کند، دادگاه به آن امر می‌کند. بر همین اساس، این بخش از ماده را مورد انتقاد قرار داده و آن را خلاف اصول دادرسی، اعلام کرده است (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۴: ۲۳۴).

۱. برای دیدن برخی از این آراء، نک: پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، ۱۳۹۶: ۱۹، ۲۷، ۳۳، ۳۵، ۷۲، ۸۱، ۸۸، ۱۲۰، ۱۳۵، ۱۶۷، ۱۹۰، ۲۰۱، ۲۰۴، ۲۱۹، ۲۵۵، ۲۵۶، ۲۸۳ و ۳۱۹؛ پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، ۱۳۹۳ [الف]: ۲۵، ۳۶، ۳۹، ۴۲، ۴۶، ۴۸، ۵۰، ۵۴، ۶۸، ۷۲، ۷۵، ۷۶، ۷۷، ۸۳، ۸۸، ۹۱، ۹۵، ۹۷، ۱۱۸، ۱۲۴ و ۱۳۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۵، ۴۰، ۴۷، ۷۴، ۹۸، ۱۳۴، ۱۳۸، ۲۸۷، ۲۹۵، ۲۹۹، ۳۰۶، ۳۴۱، ۳۴۷، ۳۶۵، ۳۸۱، ۳۹۵ و ۴۳۱؛ پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، ۱۳۹۳ [ب]: ۱۱، ۱۴، ۱۹، ۳۰، ۳۲، ۳۵، ۴۲، ۵۰، ۵۱، ۵۲، ۶۰، ۶۶، ۶۹، ۷۰، ۸۵، ۸۹، ۹۹، ۱۰۰، ۱۰۱.

از نظر شماره ۱۶۰۳/۷-۸/۱۳۸۰ اداره حقوقی قوه قضائیه (نک: مسیحی، ۱۳۸۷: ۱۹۰) نیز برداشت می‌شود که همین تلقی را از قید یادشده در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی داشته و سعی در توجیه آن کرده است.

این دیدگاه، اگرچه از جهت منع صدور حکم صرفاً بر اساس اصل برائت، با فقه و دیدگاه فقها هماهنگ است، اما از این جهت که برای دادگاه، اختیار ابتدایی در سوگند دادن خواننده، بدون درخواست مدعی، قائل است، برخلاف فقه و دیدگاه فقها است که - همان طور که در بخش نخست گذشت - سوگند مدعی علیه را منوط به درخواست مدعی دانسته‌اند و اگر ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی را حاوی چنین حکمی بدانیم، نه تنها با ماده ۲۸۳ همان قانون که به صراحت، سوگند مدعی علیه را مشروط به درخواست مدعی کرده، تعارض دارد، با فقه و دیدگاه فقها نیز مغایرت دارد.

۴-۲. تحلیل دیگر؛ عدم تأثیر سوگند بدون درخواست مدعی

تحلیل دیگر در خصوص قید «سوگند خواننده» در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی این است که با این قید، صدور حکم به برائت خواننده، منوط به سوگند او شده، اما نه به این صورت که اگر خواهان درخواست سوگند نکرد، قاضی بتواند خواننده را امر به سوگند کند، بلکه به این نحو که اگر خواهان درخواست سوگند کرد، با سوگند خواننده حکم به نفع او صادر می‌شود، ولی اگر خواهان درخواست سوگند نکرد، صدور حکم به نفع خواننده بر اساس اصل برائت، امکان‌پذیر نباشد.

چنین تحلیلی با آنچه در فقه آمده هماهنگ است و سبب می‌شود، ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی نه تنها مغایر با فقه شناخته نشود، بلکه هماهنگ و منطبق با آن باشد.

از سخن برخی از حقوق‌دانان که حکم ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی را مبتنی بر قاعده معروف «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» معرفی کرده‌اند (فهیمی، ۱۳۹۳: ۳۵؛ زراعت، ۱۳۸۸: ۱۹۰)، چنین برمی‌آید که همین تلقی را از این ماده داشته‌اند.

این تحلیل از امتیاز بزرگ هماهنگی با شرع و فقه، برخوردار است، اما نکته مهم که لازم است مورد توجه و بررسی قرار گیرد این است که با منتفی شناختن صدور حکم به نفع خواننده، بر اساس اصل برائت، در مواردی که خواهان درخواست سوگند نمی‌کند، تکلیف دعوا و پرونده، نامشخص می‌ماند و این سؤال مهم مطرح می‌شود که قاضی در چنین مواردی چه تصمیمی باید بگیرد؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت؛ در مواردی که خواهان، ادله کافی برای اثبات ادعای خود ارائه نمی‌کند و درخواست سوگند هم نمی‌کند، دادگاه بدون صدور حکم و با صدور قرار قاطع دعوا (قرار رد دعوا یا قرار ابطال دادخواست) رسیدگی به دعوا را خاتمه می‌دهد.

ممکن است ایراد شود که صدور چنین قرارهایی، مانع طرح دوباره دعوا نمی‌شود و در عمل، راه

طرح دوباره این گونه دعوای، باز می ماند، در حالی که فصل خصومت و قلع دائمی دعوای حقوقی، یکی از اهداف اساسی در تشکیل دادگاه محسوب می شود (فرزادی و میرنژاد، ۱۴۰۰: ۳۰۸). در جواب می توان گفت؛ اولاً موارد صدور چنین قرارهایی در دادرسی، کم نیست و با اضافه شدن این موارد، دامنه صدور قرارهای قاطع دعوا مقداری توسعه می یابد. ثانیاً باز بودن راه طرح دوباره چنین دعوای، نه تنها امر نکوهیده ای نیست، بلکه از این جهت، قابل توجیه است که چه بسا، خواهان در فرصت های بعدی، به ادله ای دسترسی پیدا کند و با اقامه مجدد دعوا به اثبات آن با ادله ای که به دست آورده، بپردازد.

نهایت اینکه اگر قانون گذار یا رویه قضایی، امکان اقامه مجدد چنین دعوای را برنتابد، می تواند، قرار سقوط دعوا را برای این موارد، معین نماید و با تعیین چنین قراری، راه اقامه مجدد این دعوای را مسدود نماید. علاوه بر نقشی که قضات در اعمال قانون از طریق تفسیر قضایی دارند، نقش قوه قضائیه در تصمیم گیری سایر قوا نیز اهمیت دارد و این قوه با ابزار، امکانات و ظرفیت هایی که دارد، در فرایند تعیین سیاست های وضع قانون هم نقش دارد (تنگستانی، ۱۳۹۹: ۲).

نتیجه

از آنچه در این مقاله گذشت می توان نتیجه گرفت که در فقه، برای اصول عملی از جمله اصل برائت چنین نقشی پذیرفته نشده که به تنهایی، مستند حکم قضایی قرار گیرد و در صورت عدم ارائه دلیل توسط مدعی و عدم درخواست سوگند، قاضی به استناد اصول عملی از جمله اصل برائت، حکم به نفع مدعی علیه و به محکومیت مدعی صادر کند. بلکه نقش اصول عملی در تشخیص مدعی و منکر است و کسی که سخن او مخالف اصول عملی است، مدعی شناخته می شود که لازم است بار اثبات ادعا و ارائه دلیل را به دوش کشد و می تواند درخواست سوگند از طرف مقابل (مدعی علیه) نماید. با در نظر گرفتن چنین وضعیتی در فقه، به نظر می رسد قانون گذار به منظور رفع مغایرت قانون با فقه و ایجاد هماهنگی و سازگاری در این خصوص، قید «با سوگند خواننده» را در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی افزوده است تا صدور حکم به محکومیت خواهان و به برائت خواننده در موارد عدم ارائه دلیل از جانب خواهان را منحصر به موارد سوگند خواننده نماید و صدور حکم به برائت خواننده بدون سوگند او را منتفی نماید. از طرف دیگر، از قید یادشده در ماده مورد بحث، نمی توان چنین برداشت کرد که قانون گذار، اختیار سوگند دادن خواننده را در موارد عدم ارائه دلیل و عدم درخواست سوگند از جانب خواهان، به دادگاه داده است، چون لزوم درخواست سوگند از جانب مدعی و عدم امکان سوگند دادن مدعی علیه بدون درخواست مدعی، در فقه، امری مسلم است و در قانون (ماده ۲۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی) نیز مورد تصریح و تأیید واقع شده

است. در نهایت، در موارد عدم ارائه دلیل از جانب خواهان و عدم درخواست سوگند، دادگاه می‌تواند با صدور قرار رد دعوا یا ابطال دادخواست، رسیدگی به دعوا را پایان دهد و در صورت اصرار بر عدم امکان طرح مجدد دعوا در چنین مواردی، قانون‌گذار یا رویه قضایی می‌تواند صدور قرار سقوط دعوا را در این گونه موارد، مقرر یا رایج نماید.

منابع

فارسی

- امامی، سید حسن (بی تا)، حقوق مدنی، جلد ششم، چاپ پنجم، تهران: انتشارات ابوریحان.
- پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور (۱۳۹۶)، مجموعه آرای قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) بهار ۱۳۹۳، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور (۱۳۹۳)، مجموعه آرای قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) دی ۱۳۹۱، چاپ دوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور (۱۳۹۳)، مجموعه آرای قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) فروردین ۱۳۹۲، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- تنگستانی، محمد قاسم (۱۳۹۹)، «تأملی بر ابعاد حقوقی و سیاستی لوایح قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۲۵۳۶)، دانشنامه حقوقی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: موسسه انتشارات امیرکبیر.
- دیانی، عبد الرسول (زمستان ۱۳۸۹)، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، تهران: انتشارات میزان.
- زراعت، عباس (۱۳۸۸)، قواعد فقه مدنی، تهران: انتشارات جنگل جاودانه.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد سوم، چاپ بیستم، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبد الله (۱۳۸۸)، ادله اثبات دعوا، چاپ پنجم، تهران: انتشارات دراک.
- شیخ نیا، امیرحسین (۱۳۷۵)، ادله اثبات دعوی، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- صدرزاده افشار، سیدمحسن (۱۳۸۵)، ادله اثبات دعوی در حقوق ایران، چاپ چهارم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- فرحزادی، علی اکبر و سیدرسول میرنژاد (۱۴۰۰)، «اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- فهیمی، عزیزالله (۱۳۹۳)، ادله اثبات دعوای حقوقی و کیفری، تهران: انتشارات خرسندی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، عدالت قضایی گزیده آراء، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۷۲)، ادله اثبات دعوی، تهران: انتشارات گنج دانش.
- مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه (۱۳۹۶)، پیشینه رویه قضایی در ارتباط با آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- مسیحی، مهرزاد (پاییز ۱۳۸۷)، قانون آیین دادرسی مدنی در آینه آراء قضایی و نظرات مشورتی، تهران: انتشارات خرسندی.

عربی

- الآشتیانی، میرزا محمد حسن (بی تا)، کتاب القضاء، قم: دار الهجرة.
- آل بحر العلوم، السید احمد (۱۴۰۳)، بلغة الفقیه، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: منشورات مکتبة الصادق.

- الاسدی (العلامة الحلی)، ابو منصور الحسن بن یوسف بن المطهر (۱۴۱۹)، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد سوم، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- الانصاری (الشیخ الانصاری)، مرتضی (۱۴۱۰)، القضاء الاسلامی (بقلم میرزا حسین قلی)، جلد اول، بی جا: الهدی المؤسسة الاسلامیة للنشر.
- التبریزی، المیرزا جواد (۱۴۱۵)، اسس القضاء و الشهادة، بی جا: مؤسسة الامام الصادق (ع).
- الحلی (المحقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (بی تا)، المختصر النافع فی فقه الامامیة، مصر: دار الكتاب العربی.
- الحلی (العلامة)، الحسن بن یوسف بن المطهر (۱۴۱۰)، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، جلد دوم، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- الحلی (المحقق)، نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۱۵)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد چهارم، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة.
- الخوانساری، السید احمد (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، جلد ششم (ج ۶ و ۷ در یک مجلد)، چاپ دوم، تهران: مکتبة الصدوق.
- الرشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱)، کتاب القضاء، جلد یک و دو (در یک مجلد)، قم: دار القرآن الکریم.
- الطباطبائی، السید علی (۱۴۰۴)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، جلد دوم، قم: مؤسسة آل البيت.
- الطوسی (الشیخ)، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی (۱۳۵۱)، المبسوط فی فقه الامامیة، جلد هشتم، بی جا: المکتبة المرتضویة لاهیات الآثار الجعفریة.
- الکنی الطهرانی، المولی علی (بی تا)، کتاب القضاء (چاپ سنگی)، بی جا: بی نا.
- مکارم الشیرازی، ناصر (۱۴۲۷)، القواعد الفقهیة، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مدرسة الامام علی (ع) بن ابی طالب.
- مکی العاملی (الشهید الاول)، شمس الدین محمد بن جمال الدین (بهار ۱۳۶۸)، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیة، چاپ دوم، قم: انتشارات دار الفکر.
- الموسوی الاردبیلی، السید عبد الکریم (۱۴۰۸)، فقه القضاء، قم: منشورات مکتبة امیر المومنین (ع).
- الموسوی البجنوردی، السید میرزا حسن (بی تا)، القواعد الفقهیة، جلد سوم، قم: دار الکتب العلمیة اسماعیلیان نجفی.
- الموسوی الکلیایگانی، السید محمد رضا (۱۴۰۱)، کتاب القضاء (بقلم السید علی الحسینی المیلانی)، جلد اول، قم: مطبعة الخيام.

اختیارات دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در آغاز فرایند ارزیابی مقدماتی

محمدهادی ذاکر حسین*

چکیده

دیوان کیفری بین‌المللی قادر نیست به تمام جرایم داخل در صلاحیت خود رسیدگی کند. گزینش کردن قضایا برای انجام تحقیقات از اختیارات دادستان دیوان است که طی فرایند ارزیابی مقدماتی صورت می‌گیرد. در این فرایند معیارهای سه‌گانه صلاحیت، قابلیت پذیرش و اقتضای عدالت مورد بررسی قرار می‌گیرند. با این حال دادستان مایل به تعمیم اختیار بررسی این معیارها به پیش از ارزیابی مقدماتی است. بر این اساس، دادستان دیوان نه تنها قضایای شناسایی و یا ارجاع‌شده را در مرحله ارزیابی مقدماتی برای ادامه تحقیقات مورد غربالگری قرار می‌دهد، بلکه اقدام به گزینش کردن قضایا برای آغاز خود فرایند ارزیابی مقدماتی نیز می‌نماید. اختیاراتی که به‌صراحت در اساسنامه رم پیش‌بینی نشده است. این پژوهش با روش توصیفی و تحلیلی و از رهگذر بررسی اسناد حقوقی حاکم بر دیوان در کنار ارزیابی عملکرد دادستان دیوان در مقام پاسخ به این پرسش است که چنین اختیارات موسعی برای دادستان دیوان قابل شناسایی است یا خیر؟ پاسخ آن است که اختیار دادستان برای آغاز ارزیابی مقدماتی تنها محدود به بررسی مضیق معیار صلاحیت با هدف کنار نهادن جرایمی است که آشکارا از صلاحیت دیوان خارج هستند، اما در غیر این مورد، دادستان ملزم به آغاز ارزیابی مقدماتی می‌باشد. همچنین به دلیل کارکرد مهم ارزیابی مقدماتی در مقابله با بی‌کیفرمانی در آغازکردن آن نباید رویکرد محافظه‌کارانه اختیار شود. توصیه این مقاله آن است که مرحله پیش از ارزیابی مقدماتی باید به رسمیت شناخته شود تا امکان ضابطه‌مند شدن آن فراهم شود.

واژگان کلیدی: شدت مندی، صلاحیت، قابلیت پذیرش، قضیه، کارکرد بیانی، ارزیابی مقدماتی

* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
mhzakerhossein@ut.ac.ir

مقدمه

یکی از شاخصه‌های برجسته «دیوان کیفری بین‌المللی» (از این پس دیوان) دسترسی جهان‌شمول به آن است. کنشگران غیردولتی اعم از نهادهای مدنی و همچنین تمام شهروندان جامعه جهانی و از آن جمله بزه‌دیدگان و شاهدان جنایات بین‌المللی بر اساس ماده ۱۵ اساسنامه رم دارای این حق و اختیار هستند که اطلاعات خود درباره وقوع جرمی از جرایم داخل در صلاحیت دیوان (یعنی جرایم علیه بشریت، جرایم جنگی، جرم نسل‌کشی و جرم تجاوز نظامی) را به دادستانی دیوان ارسال کنند.^۱ با این حال، حدود ۹۰ درصد از مکاتبات کنشگران غیردولتی از سوی دادستان دیوان رد شده و به مرحله ارزیابی مقدماتی نمی‌رسد (Experts Report, 2020: para. 639). برخلاف تصور اولیه که گزینش‌گری قضایا تنها طی مرحله ارزیابی مقدماتی صورت می‌گیرد، در عمل پیش از آغاز شدن ارزیابی مقدماتی است که فرایند انتخاب قضایا آغاز شده و دادستان دیوان اقدام به برگزیدن شمار اندکی از قضایا برای آغاز فرایند ارزیابی مقدماتی می‌کند. در نتیجه، عمده قضایای مطرح شده نزد دادستانی در پشت دروازه ارزیابی مقدماتی متوقف می‌مانند. این در حالی است که ضوابط حاکم بر مرحله پیش از آغاز ارزیابی مقدماتی فاقد شفافیت است و از آنجا که مورد اشاره اسناد حقوقی دیوان نیز واقع نشده است این مرحله به صورت کامل بر اساس صلاحدید و تفسیر شخص دادستان اداره و پیش برده می‌شود (Experts Report, 2020: para. 636).

در دسامبر سال ۲۰۱۹ میلادی «مجمع دولت‌های عضو»^۲ دیوان با هدف شناسایی راه‌های تقویت نظام اساسنامه رم در راستای ارتقای نقش دیوان در مقابله با «بی‌کیفرمانی»^۳ اقدام به تشکیل هیئت «بازبینی کارشناسی مستقل»^۴ نمود. این هیئت مأموریت داشت تا توصیه‌هایی عینی و

۱. برخی نویسندگان حقوقی به این گزاره باوری ندارند و معتقدند قربانیان در طرح یک قضیه به دیوان نقش ندارند (به عنوان نمونه بنگرید به: جعفری، ۱۳۹۸: ۱۱۳). لیکن این سخن نادرست است و ناشی از خلط میان ارجاع یک قضیه و مکاتبه با دیوان است که هر کدام دو مکانیسم مستقل و مجزای به رسمیت شناخته شده از سوی اساسنامه رم است. قربانیان و تمام اشخاص حقیقی دارای این حق هستند که با دادستانی دیوان به صورت مستقل مکاتبه کرده و اعلام جرم کنند و دادستان نیز ملزم به بررسی این مکاتبات برای شناسایی جرایم داخل در صلاحیت دیوان است. بند اول مقررۀ ۲۵ از مقررات دفتر دادستانی دیوان اعلام می‌دارد که ارزیابی مقدماتی از سوی دادستانی دیوان بر مبنای، از جمله، «هر اطلاعاتی راجع به جرایم شامل اطلاعات ارسال شده از سوی افراد حقیقی و یا گروه‌ها، دولت‌ها، سازمان‌های بین‌الدولی و غیردولتی» آغاز می‌شود. دادستانی دیوان این قسم اطلاعات را «مکاتبات / communications» می‌نامد (ICC, OTP, Policy Paper on Preliminary Examinations, para 73).

2. Assembly of States Parties (ASP)

3. Impunity

4. Independent Expert Review

اجراشدنی با هدف تقویت کارآمدی و کارایی دیوان ارائه نماید (ICC Resolution, 2019). هیئت کارشناسی مذکور که تحت ریاست قاضی «ریچارد گلدستون»^۱ تشکیل شد، در سپتامبر ۲۰۲۰ گزارش و توصیه‌های خود را منتشر نمود. در این گزارش از جمله بخش‌هایی که مورد توجه کارشناسان هیئت واقع شد مقطع آغاز فرایند ارزیابی مقدماتی بود. کارشناسان هیئت متفق القول بودند که شفاف نبودن معیارهای به کار رفته از سوی دادستان در این مرحله باید تغییر کند و به‌صراحت این معیارها بیان شود (Experts Report, 2020: para. 640). نوشتار و مقاله حاضر بر اساس همین ضرورت به رشته تحریر درآمده است تا در مقام تبیین شکلی و ماهوی مرحله پیش از ارزیابی مقدماتی و کارکردهای آن با هدف تعیین چهارچوب اختیارات دادستان دیوان برای گزینشگری قضایا باشد.

اهمیت و ضرورت این تبیین از آن روست که قبض و بسط عملکرد دیوان در مقابله با بی‌کیفرمانی با دستان دادستانی دیوان رقم خواهد خورد و از این حیث تبیین اختیارات وی ضروری می‌نماید. دیوان را از گزینشگری گریز و گزیری نیست، چراکه دیوان نه به‌دلیل محدودیت‌های مادی و انسانی‌اش قادر است و نه آنکه به‌دلیل اصل «صلاحیت تکمیلی بودن» قرار است به تمام جرایم داخل در صلاحیت خود رسیدگی کند.^۲ دیوان به‌مثابه «آخرین راه حل»^۳ تنها به بخش اندکی از جرایم واقع شده رسیدگی می‌کند و بار اصلی بر عهده دولت‌هاست (حسینی اکبرنژاد، ۱۳۸۷: ۱۲۲). در مسیر این گزینشگری این دادستان است که مشخص می‌کند دیوان کی و کجا ورود داشته باشد (ICC, November 2013: para. 24). بنابراین شفاف نبودن اختیارات دادستانی برای برگزیدن قضایا و ضابطه‌مند نبودن معیارهای آن به‌خصوص در نبود نظارت قضایی می‌تواند منتهی به وضعیتی شود که حتی شدیدترین جنایت‌های بین‌المللی در تور تعقیب و تحقیق دیوان شکار نشوند. نمونه بارز آن وضعیت داعش در عراق و سوریه است. دادستان دیوان در هشتم آوریل ۲۰۱۵ میلادی با انتشار بیانیه‌ای اعلام نمود که مبنای صلاحیتی مضیقی برای آغاز ارزیابی مقدماتی نسبت به قضیه داعش در عراق و سوریه وجود دارد (ICC, 8 April 2015). وی با اشاره به آنکه صدها جنگجوی خارجی عضو داعش که مرتکب جرایم داخل در صلاحیت دیوان در قلمروی سرزمینی عراق و سوریه شده‌اند از اتباع برخی دولت‌های عضو دیوان مانند فرانسه، هلند و اردن هستند اذعان نمود که دیوان نسبت به جرایم ارتكابی این افراد دارای صلاحیت شخصی است. با این حال، دادستان با اشاره به آنکه خط‌مشی دادستانی دیوان تمرکز بر افرادی است که دارای بیشترین بار مسئولیت می‌باشند، با

1. Richard Goldstone

۲. برای مطالعه راجع به صلاحیت تکمیلی بنگرید به: مظاهری، ۱۳۹۵.

3. Last Resort

توجه به سوری و عراقی بودن سران داعش و فقدان صلاحیت سرزمینی (عدم عضویت عراق و سوریه در دیوان) اعلام نمود به دلیل مضیق بودن مبنای صلاحیتی موجود آغاز ارزیابی مقدماتی نسبت به قضیه داعش منتفی است (ICC, 8 April 2015). این تصمیم دادستان که موجب انفعال دیوان در برابر یکی از شدیدترین جنایت‌های تاریخ معاصر شد این پرسش مهم را اقامه کرد که حدود اختیارات دادستانی دیوان برای آغاز فرایند ارزیابی مقدماتی نسبت به قضایایی که دربردارنده جرایمی است که آشکارا داخل در صلاحیت دیوان می‌باشند تا کجا ادامه دارد. دادستان دیوان نسبت به گزینش کردن قضایا دارای اختیار است، لیکن باید حدود و ثغور آن به خوبی تبیین شود. در فرایند ارزیابی مقدماتی دادستان باید معیارهای سه‌گانه مندرج در ماده ۵۳ اساسنامه رم یعنی صلاحیت، قابلیت پذیرش و اقتضای عدالت را مورد ارزیابی قرار دهد تا قضیه‌ای که واجد این شرایط است را جهت انجام تحقیقات کامل با هدف شناسایی مرتکبان جرایم بین‌المللی و آغاز تعقیب ایشان برگزیند. اما آیا دادستان دیوان همان طور که اختیار دارد تا بر اساس ارزیابی مقدماتی بر مبنای معیارهای اساسنامه‌ای قضیه‌ای را برای انجام و تداوم تحقیقات برگزیند و یا فرو گذارد می‌تواند قضایای ارجاع شده و یا شناسایی شده بر مبنای مکاتبات کنشگران غیردولتی را برای آغاز خود فرایند ارزیابی مقدماتی نیز مورد گزینش قرار دهد؟ این پرسشی است که این نوشتار در مقام پاسخ‌دهی به آن است.

این پژوهش در ابتدا به ترسیم مختصات ارزیابی مقدماتی در هندسه آیینی دادرسی دیوان دیوان می‌پردازد (بخش ۱). آنگاه تفسیر دادستان دیوان نسبت به آغاز و فرایند ارزیابی مقدماتی را تبیین می‌کند (بخش ۲). در بستر این توصیفات و تبیین‌ها، رویکرد محافظه‌کارانه دادستانی دیوان نسبت به آغاز ارزیابی مقدماتی و بسط اختیارات وی درباره گزینشگری قضایا در این مرحله به نقد کشیده می‌شود و پیشنهادی برای حل معضل بسط ارزیابی‌های مقدماتی ارائه می‌شود (بخش ۳).

۱. جایگاه ارزیابی مقدماتی در ساختار دیوان

ارزیابی مقدماتی اولین گام در فعالیت‌های اصلی دادستانی دیوان است (ICC, October 2013: para. 38). این مرحله از آیین پیش‌دادرسی دیوان یک فرایند پردازشی است که طی آن اطلاعات مرتبط با یک قضیه دریافت می‌شود و آنگاه این یافته‌ها و ورودی‌ها مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌گیرند تا به یک خروجی، یعنی تصمیم دادستان در ارتباط با آغاز یا عدم آغاز تحقیقات کامل منتج شود. اطلاعات پردازش شده در مرحله ارزیابی مقدماتی از رهگذر «مکانیسم ماشه»^۱ در اختیار

دادستانی دیوان قرار می‌گیرد؛ اطلاعاتی که البته از سوی دادستان نیز تکمیل می‌شود.^۱ ارزیابی مقدماتی به‌عنوان یک فرایند تحلیلی پیش از آغاز مرحله تحقیقات کامل به‌مثابه هر فرایند ارزیابی دایره مدار اطلاعات است. هرچند ارزیابی مقدماتی بر اساس اطلاعات اولیه دریافتی از سوی کنشگران بیرون از دیوان آغاز می‌شود، لیکن انجام آن مستلزم جمع‌آوری حداکثری اطلاعات توسط دادستان است. دادستان با انجام ارزیابی مقدماتی درصدد تصمیم‌گیری برای آغاز یا عدم ادامه تحقیقات می‌باشد و تصمیم‌گیری درست و دقیق خود نیازمند بهره‌مندی از منابع مورد وثوق و تکمیل اطلاعات موجود خواهد بود. لذا نقش انفعالی و دریافت‌کننده دادستان در مرحله مکانیسم ماشه تبدیل به نقش فعال و جمع‌آوری‌کننده اطلاعات در مرحله ارزیابی مقدماتی می‌شود. به بیان دیگر، دادستان در مرحله ارزیابی مقدماتی به مانند یک هیئت حقیقت‌یاب عمل می‌کند (Fouladvand, 2012: 146). برخی دیگر نیز ارزیابی مقدماتی را با عملکرد کمیسیون‌های تحقیق بین‌المللی تشکیل شده از سوی سازمان ملل متحد قیاس کرده‌اند (Sluiter and Friman and Linton, 2013: 181). دیوان نسبت به جرایم تعریف شده در ماده ۵ اساسنامه رم «صلاحیت خفته»^۲ دارد (Olasolo, 2005: 39). مکانیسم ماشه مأمور بیدارسازی این صلاحیت بالقوه است. کارکرد مکانیسم ماشه آن است که توجه دادستان را به وجود یک بحران جرم‌خیز جلب کرده و خواهان مداخله و اقدام وی می‌شود. نخستین سند خط‌مشی منتشر شده از سوی دادستانی دیوان نیز با اشاره به این کارکرد مکانیسم ماشه اعلام می‌دارد که اعلام‌کنندگان جرم «تشویق می‌شوند تا توجه دادستان را به قضایایی که باور دارند مشمول صلاحیت دیوان می‌شود جلب کنند» (ICC OTP, 2003: 1). اصطلاح مکانیسم ماشه در متون حقوقی دیوان بیان نشده است. با این حال، این اصطلاح در راستای نشان دادن توانمندی جلب توجه دادستان به یک واقعه معین در یک ظرف زمانی و مکانی مشخص به‌منظور اعمال صلاحیت دیوان نسبت به آن واقعه ظاهر گردید (Cryer, 2014: 619). به دلیل این کارکرد مهم بود که تعیین ماشه‌ها و فعال‌کننده‌های تعقیب در دیوان، موضوعی اختلافی و با ماهیتی کاملاً پیچیده در مذاکرات کنفرانس رم در سال ۱۹۹۸ شد (Schabas, 2011: 141). در نهایت با تصویب ماده ۱۳ اساسنامه رم، ارجاع دولت‌های عضو دیوان، ارجاع شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور ملل

۱. بر اساس بند دوم قاعده ۱۰۴ قواعد آئین دادرسی و ادله دیوان «دادستان ممکن است اطلاعات تکمیلی را از دولت‌ها، ارکان سازمان ملل متحد، سازمان‌های بین‌الدولی و غیردولتی یا سایر منابع قابل اعتمادی که دادستان مناسب تشخیص می‌دهد مطالبه کند، همچنین دادستان می‌تواند شهادت کتبی و یا شفاهی تأدیه شده در مقر دیوان مورد پذیرش قرار بدهد».

2. Dormant Jurisdiction

متحد و مکاتبات کنشگران غیردولتی، اجزای مکانیسم ماشه را تشکیل دادند.

طی فرایند ارزیابی مقدماتی، دادستان دیوان وجود معیارهای مندرج در ماده ۵۳ اساسنامه رم را در ارتباط با قضیه‌ای که بر اساس اطلاعات دریافتی شناسایی و یا ارجاع شده است، مورد ارزیابی و بررسی قرار می‌دهد. این معیارهای سه‌گانه عبارتند از صلاحیت (اعم از صلاحیت موضوعی، شخصی یا سرزمینی و صلاحیت زمانی)، قابلیت پذیرش (شامل دو مؤلفه صلاحیت تکمیلی و شدت‌مندی) و مقتضی (نفع) عدالت.^۱ در این مرحله، دادستان در جست‌وجوی پاسخ این سؤال است که آیا بر اساس معیارهای مذکور مبنای معقولی برای آغاز و تداوم تحقیقات نسبت به یک قضیه وجود دارد یا خیر (Caban, 2011: 199). تنها آن قضایی که دربردارنده جرایم داخل در صلاحیت دیوان بوده و قابل‌پذیرش باشند وارد مرحله تحقیقات خواهند شد. وجه تسمیه این ارزیابی به «مقدماتی»^۲ آن است که تصمیم نهایی دادستان در پایان فرایند ارزیابی مقدماتی در صورت تغییر شرایط و یافتن نتایج جدید قابل تغییر است. بنابراین یافته‌های دادستان در مرحله ارزیابی موقتی است و برای ارزیابی‌های بعدی در دیوان الزام‌آور نمی‌باشد (ICC, 31 March 2010: para. 50). ارزیابی مقدماتی یکی از مراحل تفکیک‌ناپذیر آیین دادرسی دیوان است. دادستان ملزم است تا ارزیابی مقدماتی را نسبت به تمام قضایی که به دادستانی دیوان ارجاع شده و یا از سوی دادستان بر اساس مکاتبات کنشگران غیردولتی مورد شناسایی واقع شده است اعمال کند. ازاین‌رو، آغاز ارزیابی مقدماتی متأثر از عاملی که صلاحیت دیوان را فعال ساخته نمی‌باشد (Moreno-Ocampo, 2011: 22). در ارتباط با مکاتبات کنشگران غیردولتی، بندهای دوم و سوم ماده ۱۵ اساسنامه رم به‌صراحت به ارزیابی مقدماتی اشاره دارند. قاعده ۴۸ از «قواعد آیین دادرسی و ادله» دیوان نیز دادستان را ملزم می‌سازد تا معیارهای مندرج در ماده ۵۳ را هنگامی که دادستان بر اساس ماده ۱۵ اقدام به ارزیابی مکاتبات کنشگران غیردولتی می‌کند، مورد ارزیابی قرار بدهد. با این حال اثبات شی نفی ما عدا نمی‌کند. اختصاص یافتن قاعده ۴۸ به ماده ۱۵ به معنای آن نیست که قضایای ارجاع شده از سوی دولت‌های عضو و یا شورای امنیت نیازی به عبور از کانال و مرحله ارزیابی مقدماتی ندارند. بند اول ماده ۵۳ اساسنامه رم مستند قانونی الزام دادستان به ارزیابی قضایای ارجاعی است. بر اساس این بند، «دادستان باید با ارزیابی اطلاعات در دسترس قرار

1. Interests of Justice

بنابر ماده ۵۳ اساسنامه رم اصل بر آن است که مقتضای عدالت اقدام دیوان است با این حال با در نظر گرفتن شدت‌مندی یک جرم و نفع قربانیان در صورتی که دلایل اساسی وجود داشته باشد که ادامه تحقیقات به نفع عدالت نیست ادامه تحقیقات متوقف خواهد شد.

2. Preliminary

گرفته تحقیقات را آغاز کند مگر آنکه تشخیص دهد مبنای معقولی برای ادامه دادن بر اساس اساسنامه وجود ندارد». بیان عام و مطلق این مقررہ بدان معناست که دادستان ملزم به ارزیابی تمام اطلاعات واصله و دریافتی، فارغ از منبع آن‌ها می‌باشد (Kleffner, 2008: 165). عمومیت این قاعده در سند خط‌مشی دادستانی در ارتباط با ارزیابی مقدماتی نیز مورد تأکید قرار گرفته است (ICC, November 2013: para. 12).

جزئیات نحوه ارزیابی مقدماتی قضایا در اسناد حقوقی دیوان بیان نشده است. در سکوت اساسنامه رم دادستان دیوان خود اقدام به تفسیر اختیارات خود درباره ارزیابی مقدماتی نموده است. هدف از این شفاف‌سازی پیشگیری از بدفهمی نسبت به اقدامات دادستانی در این باره است (ICC, October 2013: para. 38). شفافیت خود موجب افزایش مشروعیت عملکرد دادستانی می‌شود (ICC, November 2015: para. 32). به همین منظور در سال ۲۰۱۳ میلادی دادستان اقدام به انتشار «سند خط‌مشی دادستانی در ارتباط با ارزیابی مقدماتی» نمود.^۲ این سند به توصیف اصول مرتبط با ارزیابی مقدماتی که در اساسنامه رم منعکس شده است و همچنین معیارها و آیین آن می‌پردازد (ICC, November 2013: para. 3). خط‌مشی ارزیابی مقدماتی در واقع فهم و تفسیر دادستان از اساسنامه رم با هدف ایفای تعهدات و تکالیف دادستان در ارتباط با انجام ارزیابی مقدماتی است (ICC, June 2014: 3). بیانیه‌های عمومی، گزارش‌های دوره‌ای و ارائه اطلاعات به هیئت‌های نمایندگی دولت‌ها که با دادستانی دیدار می‌کنند از جمله دیگر راه‌های شفاف‌سازی عملکرد دادستانی دیوان در ارتباط با فعالیت‌های آن در ارتباط با ارزیابی مقدماتی است (ICC, November 2013: para. 95).

قانون دیوان درباره مهلت قانونی برای انجام ارزیابی مقدماتی ساکت است. در واقع، هیچ مهلت قانونی برای تصمیم‌گیری نسبت به آغاز تحقیقات کامل نسبت به یک قضیه وجود ندارد (Nouwen, 2013: 94). بدین جهت، دادستان دارای این اختیار است که ارزیابی مقدماتی را تا زمانی که متقاعد شود که مبنای معقولی برای آغاز تحقیقات وجود دارد ادامه دهد (Turone, 2002: 1151). به بیان دیگر، تعیین حدود و قلمروی ارزیابی مقدماتی با دادستان است (ICC, 15 December 2006: para. 7). هر قضیه‌ای شرایط خاص خود را دارد و مقتضی انجام یک ارزیابی مستقل و متفاوت از

۱. به موجب این بند: «فعالیت‌های ارزیابی مقدماتی به شیوه‌ای یکسانی و فارغ از اینکه دادستان ارجاعی از سوی دولت عضو یا شورای امنیت دریافت کرده است یا آنکه بر مبنای اطلاعات حاصل شده بر اساس ماده ۱۵ اقدام نماید اجرا خواهد شد. در تمام شرایط، دفتر دادستان به صورت مستقل به ارزیابی اطلاعات در دسترس و تحلیل جدیت اطلاعات دریافت شده می‌پردازد».

دیگر قضایا می‌باشد. در ارزیابی قضایا شرایط و عواملی مانند در دسترس بودن اطلاعات، ماهیت و گستره جرایم و اقدامات و واکنش‌های ملی نسبت به آن جرایم در تعیین زمان ارزیابی اثرگذار است (8). (ICC, 15 December 2006: para. 8). به همین دلیل است که تفاوت فاحشی در بازه زمانی انجام ارزیابی مقدماتی در مورد قضایای مختلف وجود دارد. به عنوان نمونه ارزیابی مقدماتی قضیه لیبی تنها ۵ روز به درازا کشید (7). (ICC OTP, 2011: 7). در حالی که ارزیابی وضعیت کلمبیا که از سال ۲۰۰۴ آغاز شده است، کماکان ادامه دارد.

پایان ارزیابی مقدماتی تصمیم‌گیری دادستان نسبت به تداوم یا عدم تداوم تحقیقات است. در صورت تصمیم به عدم ادامه تحقیقات درباره قضیه‌ای که بر اساس مکاتبات اشخاص غیردولتی مورد ارزیابی مقدماتی قرار گرفته است تنها وظیفه دادستان اطلاع‌دهی به کنشگران حقیقی یا حقوقی است که با دیوان مکاتبه داشته و اطلاعاتی بر اساس ماده ۱۵ در اختیار دادستانی قرار داده‌اند.^۱ این اطلاع‌رسانی معمولاً به صورت خصوصی و فردی انجام می‌شود لیکن در مواردی که میزان مکاتبات و مطالبات پرشمار است توجهات جهانی به آن جلب شده است، رویه دادستان صدور اطلاعیه عمومی است (Schabas, 2010: 323). در این فرض، دادستان یک پاسخ و اطلاعیه سرگشاده برای عموم صادر می‌کند.^۲ از جمله دلایل الزام دادستان به اطلاع‌دهی به گزارش‌دهندگان فرصت‌دهی به ایشان برای ارائه اطلاعات و اسناد بیشتر و جدیدتر در آینده است که می‌تواند مبنای معقولی برای دادستان جهت باورمندی به تحقق شرایط قانونی برای ادامه تحقیقات فراهم کند (Olásolo, 2005: 62). از این روست که بند چهار ماده ۵۳ اساسنامه رم مقرر می‌کند که دادستان «در هر زمانی ممکن است تصمیم خود را به آغاز تحقیق و یا تعقیب را بر اساس اطلاعات جدید مورد بازبینی قرار دهد». این بازبینی یکبار در قضیه عراق/بریتانیا اتفاق افتاده است. در سال ۲۰۰۶ میلادی دادستان نخست دیوان تصمیم خود را مبنی بر عدم آغاز تحقیقات نسبت به قضیه ناظر به جرایم جنگی ارتش بریتانیا در عراق اعلام کرد. دلیل دادستان وقت آن بود که به زعم وی این قضیه به دلیل فقدان شدت‌مندی لازم قابل‌پذیرش برای ادامه تحقیقات نمی‌باشد. با این حال، در سال ۲۰۱۴ میلادی، متعاقب دریافت اطلاعات و مدارک جدید از سوی چند نهاد مدنی، دیوان در ژانویه ۲۰۱۴ میلادی خبر از بازگشایی مجدد ارزیابی مقدماتی نسبت به قضیه عراق داد که دربردارنده اتهام ارتکاب

۱. بند نخست قاعده ۴۹ قواعد آئین دادرسی و ادله دیوان.

۲. به عنوان نمونه می‌توان به پاسخ‌های سرگشاده دادستانی دیوان در ارتباط با قضایای ونزوئلا و عراق در سال ۲۰۰۶ میلادی و همچنین قضیه داعش در عراق و سوریه در سال ۲۰۱۵ میلادی اشاره نمود.

جنایات جنگی از رهگذر بدرفتاری با زندانیان بود (ICC, 13 May 2014).

۲. معماری فرایند ارزیابی مقدماتی توسط دادستانی

در ساختار موجود دیوان میان مکانیسم ماشه و مرحله ارزیابی مقدماتی فاصله‌ای در میان نیست، لیکن عملکرد دادستانی دیوان نشان می‌دهد که رسیدن به مرحله ارزیابی مقدماتی به صورت مستقیم و متعاقب به حرکت درآمدن مکانیسم ماشه صورت نمی‌پذیرد، بلکه رسیدن به آستانه ارزیابی مقدماتی مستلزم طی طریقی است که در متون حقوقی دیوان اشاره صریح و مستقیمی به آن نشده است. متعاقب دریافت مکاتبات و گزارش کنشگران غیردولتی دادستان دیوان پیش از آغاز ارزیابی مقدماتی اقدام به شناسایی یک قضیه خاص و تعیین حدود و چهارچوب آن به عنوان موضوع ارزیابی مقدماتی می‌نماید.^۱ دادستان در طراحی و صورت‌بندی یک قضیه دارای اختیار و صلاحیت است (Schabas, 2012: 80). اعمال این اختیار در گام نخست در مرحله شناسایی قضایا و پیش از آغاز رسمی ارزیابی مقدماتی صورت می‌گیرد. با این حال در ادبیات حقوقی موجود مرحله شناسایی به صورت عمده‌ای مغفول مانده است. «آمبوس» تنها اشاره‌ای مختصر به وجود مرحله‌ای برای شناسایی یک قضیه می‌کند (Ambos, 2011: 1081)، لیکن به جز اذعان درباره وجود آن شرح و تبیینی از آن ارائه نمی‌دهد. در سکوت اساسنامه رم، دادستان دیوان با تدوین و انتشار سند خط‌مشی دادستانی دیوان در ارتباط با ارزیابی مقدماتی تفسیر و رأی خود را نسبت به مراحل ارزیابی مقدماتی و آیین اجرای آن بیان کرده است (ICC, November 2013: para. 77).

بر اساس خط‌مشی دادستانی ارزیابی مقدماتی طی یک «فرایند غربالگری»^۲ متشکل از چهار مرحله انجام می‌شود تا آن قضایائی که مقتضی تحقیقات است از قضایائی که چنین اقتضائی ندارند تمیز داده شوند (ICC, November 2013: para. 77). در این مدل هر مرحله از مراحل چهارگانه ارزیابی مقدماتی عهده‌دار ارزیابی یکی از معیارهای انتخاب قضایا می‌باشد که در ماده ۵۳ اساسنامه رم مورد اشاره واقع شده است. مرحله دوم از فرایند غربالگری به ارزیابی صلاحیت دیوان می‌پردازد. در مرحله سوم قابلیت پذیرش قضایا بررسی می‌شود و مرحله پایانی و چهارم نیز شرط «مقتضی عدالت»^۳ را مورد تحلیل قرار می‌دهد. اما مرحله آغازین این مدل یک ارزیابی اولیه است که هدف از آن تحلیل و تأیید جدی بودن اطلاعات دریافتی است. کارکرد این مرحله بنابر اعلام دادستانی

۱. قضیه یک بحران عینی بیرونی است که در بستر زمان و مکان آن یک یا چند جرم داخل در صلاحیت دیوان به وقوع می‌پیوندد (برای مطالعه بیشتر راجع به مفهوم قضیه بنگرید به: ذاکر حسین، ۱۳۹۹).

2. Filtering Process

3. Interests of Justice

دیوان ارزیابی اجمالی صلاحیت دیوان است تا اطلاعاتی که مربوط به آن جرایمی است که آشکارا خارج از صلاحیت دیوان هستند به کناری نهاده شود و تنها آن اطلاعاتی مورد ارزیابی بیشتر قرار بگیرند که ناظر به جرایمی است که داخل در صلاحیت دیوان به نظر می‌رسند.^۱

در سال ۲۰۱۶ میلادی، دادستانی دیوان در گزارش سالیانه خود در ارتباط با ارزیابی مقدماتی، دو سیاست و رویکرد جدید در ارتباط با مرحله اول فرایند غربالگری اعلام داشت. نخست، به‌عنوان یک ضابطه و قاعده کلی اعلام شد که «رویکردی محافظه‌کارانه در تصمیم‌گیری برای گشودن ارزیابی مقدماتی» حاکم است (ICC, 14 November 2016: para. 15). در همین راستا، دادستان در ارتباط با قضایایی که ممکن است جرایم ادعایی در آن‌ها آشکارا از صلاحیت دیوان خارج نیستند، لیکن آشکارا نیز داخل در صلاحیت دیوان قرار ندارند اعلام داشت که در گام نخست بررسی می‌شود که آیا عدم وضوح وضعیت صلاحیتی دیوان ناظر به عمده جرایم مورد ادعا واقع شده است یا تنها درخصوص بخشی از ادعاهای اقامه‌شده می‌باشد (ICC, 14 November 2016: para. 15). در این فرض اگر صلاحیت دیوان نسبت به عمده اتهامات مبهم و مشکوک باشد، دادستان ارزیابی می‌کند که آیا این اتهامات از چنان شدتی برخوردار هستند که نیازمند تحلیل و بررسی بیشتر باشد یا خیر. در واقع دادستان دیوان به دلیل انتقاداتی که نسبت به تصمیم وی درباره قضیه داعش صورت گرفت اختیارات خود را در گزینشگری قضایا بسط داد و معیار شدت مندی را نیز در کنار صلاحیت در گزینشگری یک قضیه پیش از آغاز ارزیابی مقدماتی دخیل نمود. این بسط اختیارات البته مورد تأیید کارشناسان مستقل که در سال ۲۰۲۰ به ارزیابی کارآمدی دیوان نشستند نیز واقع شد. بنا به گفته کارشناسان مهم‌ترین نگرانی نسبت به مسئله گزینشگری قضایا عدم تناسب میان فزونی یافتن تعداد قضایایی که به مرحله ارزیابی مقدماتی می‌رسند با منابع محدود دیوان است (Experts Report, 2020: para. 642). این کارشناسان با اعلام اینکه انتخاب کمتر قضایا برای ارزیابی مقدماتی آثار مثبتی بر تحقیقات بعدی دیوان خواهد داشت (Experts Report, 2020: para. 644)، به دادستان توصیه داشتند که آستانه بالاتری برای شدت مندی قضایا در مرحله نخست ارزیابی خود در نظر بگیرد تا قضایای شدیدتر تنها به آستانه ارزیابی مقدماتی وارد شوند (Experts Report, 2020: para. 644).

دومین سیاست اعلامی درباره فرایند پیش از آغاز ارزیابی مقدماتی، پاسخ‌گویی دادستان در قبال رد اطلاعات پیش از آغاز ارزیابی بود. بر اساس این سیاست، دادستان خود را ملزم می‌داند تا در صورت

۱. مقررۀ ۲۷ از مقررات دفتر دادستان دیوان کیفری بین‌المللی. این ارزیابی شبیه احراز صلاحیت علی‌الظاهر در دیوان بین‌المللی دادگستری است (Prima Facie Jurisdiction).

عدم تصمیم به آغاز فرایند ارزیابی مقدماتی در ارتباط با مکاتباتی که به دادستانی واصل می‌شوند به کنشگران غیردولتی که با دیوان مکاتبه داشته و وقوع جرم یا جرایمی را گزارش کرده‌اند «پاسخی با جزئیات بیشتر» ارائه کند تا دلایل دیوان برای تصمیم به عدم اقدام تبیین گردد (ICC, 14 November 2016: para. 15). در همین راستا، در سال ۲۰۱۹ میلادی دادستانی دیوان برای نخستین بار در گزارش سالانه خود در ارتباط با ارزیابی مقدماتی فصل و بخشی را نیز به قضایی که از طریق گزارش اشخاص غیردولتی مورد شناسایی واقع شده اما بر اساس نظر دادستان آشکارا خارج از صلاحیت دیوان بوده و به مرحله ارزیابی مقدماتی راه نیافته‌اند اختصاص داد (ICC, 5 December 2019: 8).

۳. مرحله پیش از ارزیابی مقدماتی

دادستان دیوان در گشودن فرایند ارزیابی مقدماتی دارای اختیار و صلاحیت است. بند اول ماده ۱۵ اساسنامه تصریح می‌کند که دادستان «ممکن» است به صورت مستقل اقدام به ارزیابی مقدماتی نماید. قید ممکن بودن متضمن اختیار و صلاحیت دادستان است.^۱ امکان‌سنجی آغاز ارزیابی مقدماتی خود نیاز به ارزیابی دارد. از حیث منطقی این ارزیابی باید قبل از ارزیابی مقدماتی صورت بگیرد. بنابراین لازم است تا وجود مرحله‌ای پیش از ارزیابی مقدماتی به رسمیت شناخته شود. بر اساس فرایند تعریف‌شده از سوی دادستان دیوان، به محض دریافت یک گزارش جرم ارزیابی مقدماتی نسبت به آن آغاز می‌شود، چراکه در این طراحی میان ارزیابی مقدماتی و مکانیسم ماشه فاصله‌ای در میان نیست و تمام مکاتبات و گزارش‌ها مستقیم مشمول مرحله یک ارزیابی مقدماتی می‌شوند. اما این طراحی و ساختار منطقی به نظر نمی‌رسد. موضوع ارزیابی مقدماتی یک قضیه است. جایی که هنوز قضیه‌ای در میان نیست مقتضی لازم برای انجام ارزیابی مقدماتی در میان نمی‌باشد. از این رو باید پیش از آغاز ارزیابی مقدماتی فرصتی برای دادستان باشد تا بتواند بر اساس اطلاعات دریافتی یک قضیه را شناسایی کند تا مورد ارزیابی مقدماتی قرار دهد. از این‌روست که سند ارزیابی مقدماتی دادستانی نیز تصریح می‌کند که این مرحله دوم از فرایند غربالگری است که آغاز رسمی ارزیابی مقدماتی است (ICC, November 2013: para. 80). اما این تقيید و تبیین نیز مشکل را حل نمی‌کند، چراکه منطقی نیست که فرایند چهارگانه‌ای طراحی شود و آنگاه مرحله دوم و میانی آن به‌عنوان مرحله آغازین قلمداد شود. بنابراین باید چاره‌ای دیگر اندیشید و این چاره ترسیم و طراحی و پذیرش یک مرحله مستقل پیش از آغاز ارزیابی مقدماتی و بعد از مکانیسم ماشه است.

1. The Prosecutor may initiate investigations proprio motu on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court.

این مرحله را می‌توان مرحله شناسایی قضایا نامید.

کارکردهای مرحله شناسایی قضیه متفاوت از کارکردهای ارزیابی مقدماتی است. این مرحله در ارتباط با اطلاعات دریافت‌شده از سوی مکاتبات اشخاص غیردولتی دو کارکرد اساسی دارد؛ یکی شناسایی یک قضیه و دیگری گزینش کردن اولیه قضایا برای ارزیابی مقدماتی.

۳-۱. شناسایی و تعیین یک قضیه

مکاتبات غیردولتی نوعاً دربردارنده اطلاعات خامی است که در اختیار دادستان قرار می‌گیرد و این دادستان است که بر اساس آن اطلاعات دریافتی اقدام به شناسایی، صورت‌بندی و قوام دادن یک قضیه و وضعیت می‌کند. به بیان دیگر، دادستان بر اساس اطلاعات اولیه دریافتی در گام نخست باید وجود یک بحران بیرونی را شناسایی کند. با شناسایی این بحران به مثابه زمینه سازنده یک قضیه، نوبت به تعیین و احراز حدود و ثغور زمانی و مکانی آن بحران بر اساس داده‌های موجود و اطلاعات دریافتی می‌رسد، تا مشخص شود بحران مذکور در چه بازه زمانی و در کدامین جغرافیا واقع شده است. در گام پایانی، دادستان باید چهارچوب زمانی و مکانی بحران مذکور را با حدود صلاحیتی دیوان انطباق دهد و قضیه‌ای را تعریف کند که داخل در چهارچوب صلاحیت زمانی و سرزمینی دیوان قرار بگیرد. به عنوان نمونه اگر بحرانی پیش از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه رم آغاز شده باشد دیوان باید ابتدای قضیه مذکور را از اول جولای ۲۰۰۲ میلادی و نه پیش از آن قرار دهد و توجه خود را تنها منصرف به جرایم واقع شده بعد از این تاریخ نماید.

مکاتبات دریافت شده از سوی کنشگران غیردولتی توسط «واحد اطلاعات و ادله»^۱ دادستانی دیوان دریافت شده و توسط این بخش مورد ارزیابی واقع می‌شود. بعد از ارزیابی‌های اولیه یک گزارش تحلیلی نسبت به مکاتبات و گزارش‌های واسطه تنظیم گردیده و در اختیار دادستان دیوان قرار می‌گیرد (Wouters and Verhoeven and Demeyere, 2008: 298). واحد مذکور اقدام به دسته‌بندی اطلاعات دریافتی در چهار طبقه مختلف می‌کند. بر این اساس، یک مکاتبه و گزارش ممکن است یا ۱) در ارتباط با موضوعاتی باشد که آشکارا خارج از صلاحیت دیوان است؛ یا ۲) در ارتباط با قضیه‌ای باشد که پیش از آن در مرحله ارزیابی مقدماتی قرار دارد؛ یا ۳) در ارتباط با قضیه‌ای باشد که پیش از آن در مرحله تحقیقات قرار دارد؛ و یا ۴) مرتبط با موضوعاتی باشد که نه آشکارا خارج از صلاحیت دیوان است و نه مرتبط با قضایائی است که در دستور کار دیوان قرار گرفته اند فلذا نیازمند بررسی و ارزیابی بیشتر هستند (ICC, November 2013: para. 78). تنها دسته اخیر

است که بستر لازم را برای آغاز یک ارزیابی مقدماتی جدید فراهم می‌آورد.

۲-۳. گزینش‌گری اولیه

پیش از ورود به ارزیابی مقدماتی، دادستان دیوان این اختیار را دارد که نسبت به قضایای شناسایی‌شده گزینشگری کند. اختیاری که هرچند در متن اساسنامه^۱ رم به‌صراحت پیش‌بینی نشده است، لیکن منع قانونی نیز برای آن وجود ندارد (Experts Report, 2020, para. 649). معیارهای این گزینشگری واضح و مشخص نیست. لیکن سند خط‌مشی دادستانی دیوان دربارهٔ ارزیابی مقدماتی آشکار می‌سازد که در این مرحله تنها قضایی که آشکارا از صلاحیت دیوان خارج است غربالگری می‌شوند. اگر اطلاعات دریافتی ناظر به حوادث و جرایم آشکارا خارج از صلاحیت دیوان باشد «بخش صلاحیت، تکمیلی بودن و همکاری»^۱ گزارشی تهیه کرده و آن را در اختیار دادستان قرار می‌دهد.^۲ اگر دادستان با گزارش تهیه شده موافق و هم‌رأی باشد آن گاه مواردی که آشکارا از صلاحیت دیوان خارج است از دستور کار دادستانی خارج می‌گردد.

برخلاف سیاست اعلامی دادستان، در غربالگری مرحله پیش از ارزیابی مقدماتی نباید رویکردی سخت‌گیرانه اتخاذ شود. با شناسایی قضیه‌ای که جرایم داخل در آن آشکارا از صلاحیت دیوان خارج نباشد دادستان مکلف به آغاز ارزیابی مقدماتی است. مبنای این تعهد نیز بند دوم ماده ۱۵ اساسنامه^۱ رم است که مقرر می‌دارد دادستان باید جدی بودن اطلاعات دریافتی را ارزیابی کند. بنابراین دادستان اختیاری در فروگذار کردن یک قضیه داخل در صلاحیت دیوان ندارد. تنها دلیلی که می‌تواند مانع از اقدام دادستان به گشودن ارزیابی مقدماتی نسبت به یک قضیه شود خروج آشکار جرایم داخل در آن قضیه از شمول صلاحیت دیوان است. به‌عنوان نمونه، اگر گزارش‌های دریافتی در ارتباط با جرایم واقع شده در قلمروی سرزمینی یک دولت غیرعضو باشد که توسط اتباع دولت‌های غیرعضو نیز ارتکاب یافته باشند آن قضیه آشکارا از صلاحیت دیوان خارج است، مشروط به آنکه وجهی برای توسعه صلاحیت دیوان به کشورهای غیرعضو مرتبط با آن قضیه در میان نباشد؛ به‌عنوان نمونه درونمایی برای پذیرش موردی صلاحیت دیوان از سوی آن کشور نیز وجود نداشته باشد.^۳ بنابراین برای آغاز ارزیابی مقدماتی

1. Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division

۲. بخش صلاحیت، تکمیلی بودن و همکاری دادستانی دیوان خود متشکل از دو واحد همکاری‌های بین‌المللی و واحد تحلیل قضایا می‌باشد که بر اساس مقرره ۷ مقررات دادستانی دیوان عهده‌دار ارزیابی اطلاعات دریافتی بر اساس ماده ۱۵ اساسنامه^۱ رم می‌باشد.

۳. قاعده ۴۴ از قواعد آئین دادرسی و ادله دیوان این اختیار را برای دادستان دیوان به رسمیت می‌شناسد که بتواند از طریق دبیرخانه دیوان از کشورهای غیر عضو دعوت کند تا صلاحیت دیوان را به صورت موردی بر اساس بند سوم ماده

نسبت به یک قضیه شناسایی شده کافی است تا دلیل مثبته‌ای بر استقرار صلاحیت دیوان موجود باشد، و صلاحیت شخصی نیز یکی از این دلایل است. در این صورت، دیگر نیازی به جست‌وجوی ادله احتمالی مخالف و متناقض نیست (McDonald, 2000: 491).

ایراد دیگری که بر عدم پذیرش مرحله پیش از ارزیابی مقدماتی به مثابه یک مرحله مستقل مترتب است، عدم استقرار نظارت قضایی در این مرحله است. نظام نظارتی بر حسن اجرای تکلیف و تعهد دادستان به اقدام و به چرخش در آوردن چرخ‌های تحقیق و تعقیب در دیوان کامل نیست. در صورتی که دادستان به این جمع‌بندی برسد که مبنایی برای آغاز ارزیابی مقدماتی نسبت به گزارشات و اطلاعات دریافتی وجود ندارد سازوکاری در اساسنامه رم برای اعتراض به این تصمیم پیش‌بینی نشده است. این در حالی است که تضمین حسن اجرای تعهدات دادستان مقتضی آن است که تصمیمات و اقدامات وی به نحو حداکثری مشمول نظارت قضایی باشد. تصمیم نادقیق دادستان به عدم اقدام درخصوص قضیه داعش در عراق و سوریه خود حکایت‌گر ضرورت تعمیم نظارت قضایی به تصمیمات سلبی دادستان در خصوص قضایایی باشد که مورد گزارش کنشگران غیردولتی نیز واقع شده است.^۱ با فزونی گرفتن مطالبات جهانی برای مداخله دیوان در بحران داعش در عراق و سوریه در آوریل ۲۰۱۵ میلادی دادستان دیوان با صدور بیانیه‌ای موضع خود را در ارتباط با جرایم واقع شده از سوی «دولت اسلامی شام و عراق» تبیین نمود (ICC, 8 April 2015). دادستان دیوان در بیانیه خود تصدیق نمود که جنایت‌های واقع شده توسط داعش سازنده شدیدترین جرایم مورد نگرانی جامعه جهانی و تهدیدی علیه صلح و امنیت منطقه و جهان است، که به معنای پذیرش صلاحیت موضوعی دیوان بود.^۲ با این حال، دادستان نتیجه گرفت که «مبنای صلاحیتی برای آغاز یک ارزیابی مقدماتی در ارتباط با قضیه داعش در این مرحله بسیار مضیق است». دیوان فاقد صلاحیت جهانی است و صلاحیت آن محدود به جرایم واقع شده در قلمروی سرزمینی دولت‌های عضو و یا توسط اتباع ایشان است، مگر در جایی که شورای امنیت قضیه ناظر به دولت غیرعضو را به دیوان ارجاع دهد. در قضیه داعش صلاحیت سرزمینی وجود نداشت، لیکن به دلیل حضور گسترده «جهادگران خارجی»^۳ در میان اعضای داعش مسئله صلاحیت شخصی مطرح شد. اگرچه دادستان اذعان داشت

۱۲ اساسنامه رم بپذیرد.

۱. برای مطالعه بیشتر راجع به نظارت قضایی بر دادستان دیوان کیفری بین المللی (بنگرید به: آقایی جنت مکان، ۱۳۸۷).

۲. در مورد سیاهه جرایم داعش (بنگرید به: زر نشان و میرجعفری ۱۳۹۷).

3 Foreign Fighters.

که اطلاعات گردآوری شده نشان می‌دهد که هزاران جنگجو و جهادگر خارجی به داعش پیوسته‌اند که تعدادی از ایشان نیز از اتباع دولت‌های عضو دیوان است، با وجود این دادستان اعلام نمود برای اعمال صلاحیت شخصی یک مانع در میان است؛ «دورنمای تحقیق و تعقیب کسانی که دارای بیشترین مسئولیت در سطح رهبران داعش هستند بسیار محدود به نظر می‌رسد». آن مانعی که منظور و مقصود دادستان بود خط‌مشی و سیاست اتخاذ شده از سوی دفتر دادستانی دیوان مبنی بر تمرکز بر تحقیق و تعقیب کسانی بود که بیشترین مسئولیت در قبال شدیدترین جرایم متوجه ایشان است (ICC, November 2013: para. 103).

اما به نتیجه‌گیری دادستان نقدهای جدی وارد است. اول آنکه ارزیابی‌ای که دادستان انجام داد باید پس از آغاز مرحله ارزیابی مقدماتی صورت می‌پذیرفت. همان طور که اشاره شد میان مکانیسم ماشه و ارزیابی مقدماتی یک مرحله واسطه وجود دارد که کاربرد آن متفاوت از کارکرد ارزیابی مقدماتی است. در مرحله شناسایی قضایا ارزیابی محتوایی و مفادی نسبت به یک قضیه صورت نمی‌پذیرد. در واقع مقصود اصلی این مرحله، شناسایی و احراز وجود یک قضیه و تعیین مرزها و حدود صلاحیتی آن است. ارزیابی ماهوی در این مرحله تنها با هدف خارج‌سازی قضایی است که آشکارا از صلاحیت دیوان خارج باشند. در قضیه داعش شرایط لازم برای عبور از مرحله شناسایی فراهم بود. به تعبیر «استان» داعش یک هدف آسان برای اقدام دیوان است (Stahn, 2014). در زمان تصمیم‌گیری دادستان، قضیه داعش در بستر مخاصمه مسلحانه جاری در عراق و سوریه آستن ارتکاب گسترده و وسیع جرایم داخل در صلاحیت دیوان بود. هرچند صلاحیت سرزمینی دیوان در ارتباط با قضیه داعش غایب بود، لیکن جایگزین آن یعنی صلاحیت شخصی فراهم بود. بنابراین از حیث قانونی هیچ مانعی برای اعمال صلاحیت دیوان و آغاز ارزیابی مقدماتی وجود نداشت. صلاحیت دیوان یکی از معیارهای گزینش قضایاست که در مرحله ارزیابی مقدماتی با دقت مورد ارزیابی و بررسی واقع می‌شود. در مقابل، ارزیابی صلاحیت دیوان در مرحله شناسایی قضایا بسیار اجمالی است. به محض آنکه در ابتدای امر مشخص شود جرم مورد ادعا در قلمروی سرزمینی دولت عضو واقع شده و یا اینکه اتباع دولت‌های عضو در میان متهمین به ارتکاب این جرایم هستند مشخص می‌شود که قضیه مربوطه آشکارا از صلاحیت دیوان خارج نیست و بنابراین نوبت به آغاز ارزیابی مقدماتی برای انجام بررسی دقیق‌تر و کامل‌تر می‌رسد. در مرحله ارزیابی مقدماتی است که جایگاه و سمت اتباع دولت‌های عضو که متهم به ارتکاب جرایم داخل در صلاحیت دیوان هستند می‌تواند مورد بررسی تفصیلی قرار بگیرد. اما دادستان در قضیه داعش عکس این ماجرا عمل کرد و پیش از آغاز ارزیابی مقدماتی اقدام به تحلیل تفصیلی صلاحیت دیوان نمود (Zakerhossein, 2016: 145).

دوم آنکه دادستان میان دو مفهوم صلاحیت و «قابلیت پذیرش»^۱ خلط کرده است. حتی اگر دادستان پیش از آغاز ارزیابی مقدماتی بتواند به ارزیابی تفصیلی صلاحیت پردازد در قضیه داعش مسئله قابلیت پذیرش و نه صلاحیت بررسی شده است. میان صلاحیت و قابلیت پذیرش تفکیک مفهومی وجود دارد (طهماسبی، ۱۳۹۵: ۳۰۳). هرچند تشخیص مرز میان صلاحیت و قابلیت پذیرش همواره آسان نیست، لیکن میان این دو مرز استواری برقرار است (Schabas, 2011: 189). صلاحیت دیوان نسبت به یک قضیه بدان معناست که قضیه مذکور شامل جرایمی است که در یک بازه زمانی معین و در قلمروی سرزمینی یک دولت عضو و یا توسط اتباع این دولت‌ها ارتکاب یافته است. اما قابلیت پذیرش شرطی است که قضایای مشمول صلاحیت دیوان باید واجد آن باشند تا تحقیقات دیوان نسبت به آن‌ها آغاز شود. قضیه‌ای قابل پذیرش است که هم موضوع تحقیق و تعقیب دولت‌ها نباشد (صلاحیت تکمیلی) و هم بر اساس تعداد قربانیان و آثار جنایت دارای شدت‌مندی باشد. ارزیابی قابلیت پذیرش که از دو مؤلفه تکمیلی بودن و شدت‌مندی تشکیل شده است^۲ از معیارهایی است که در مرحله ارزیابی مقدماتی مورد بررسی واقع می‌شود. دادستان در مرحله ارزیابی مقدماتی علاوه بر گزینش کردن قضایا و برگزیدن جرایم خارج از صلاحیت دیوان، به اولویت‌بندی میان قضایای برگزیده نیز می‌پردازد. در این اولویت‌بندی، قابلیت پذیرش و شدت‌مندی جرایم ایفای نقش می‌کند. لیکن تا پیش از ارزیابی مقدماتی موقعیتی برای این ارزیابی‌ها وجود ندارد. بنابراین، نتیجه‌گیری دادستان مبنی بر اینکه مبنای صلاحیتی برای آغاز ارزیابی مقدماتی نسبت به قضیه داعش وجود ندارد در غایت تزلزل است.

نتیجه‌گیری دادستان دیوان در ارتباط با قضیه داعش آن بود که مبنای صلاحیتی برای آغاز ارزیابی مقدماتی محدود است. مبنای استنتاج دادستان نیز خط‌مشی و سیاست دادستانی مبنی بر اولویت‌دهی به تعقیب افراد دارای بیشترین مسئولیت بود (ICC, 26 November 2009: para. 78). اما استناد به این مبنا در اینجا ضعیف است. خط‌مشی تعقیب افراد دارای بیشترین مسئولیت یک سیاست مرتبط با قابلیت پذیرش پرونده‌ها می‌باشد نه یک مرز و حد صلاحیتی که مانع از اقدام

1. Admissibility

۲. صلاحیت تکمیلی تنها یکی از معیارهای قابلیت پذیرش است لیکن در کنار آن و مقدم بر آن معیار شدت‌مندی است که در گزینشگری قضایا مورد توجه دادستان دیوان واقع می‌شود. یعنی در ابتدا بر اساس شدت‌مندی قضیه‌ای گزینش و در اولویت تحقیق قرار می‌گیرد و آنگاه بر اساس صلاحیت تکمیلی بررسی می‌شود که آیا آن قضیه شدید از سوی محاکم ملی مورد رسیدگی واقع شده است یا خیر. با این حال برخی نویسندگان معنای قابلیت پذیرش را به صلاحیت تکمیلی فروکاسته‌اند (به عنوان نمونه بنگرید به: میرمحمدصادقی، ۱۳۹۵: ۴۴-۴۷).

دادستان شود. تمرکز بر متهمینی که بیشترین مسئولیت متوجه ایشان است یک آستانه صلاحیتی در دیوان نیست. به بیان دیگر صلاحیت شخصی دیوان محدود به جرایم ارتکاب یافته از سوی افراد دارای بیشترین مسئولیت نشده است، بلکه صلاحیت دیوان عام است و تمام مرتکبان جرایم داخل در صلاحیت دیوان از سوی این نهاد قابل تعقیب می‌باشند. البته این را هم باید افزود که دادستان در اعمال همین سیاست تمرکز بر افراد دارای بیشترین مسئولیت نیز به درستی عمل نکرده است. این خط مشی به معنای تمرکز انحصاری بر مسئولیت افراد رده بالا نیست. خود دادستانی دیوان تصریح کرده است که راهبرد تحقیقی و تعقیبی آن در گام نخست متوجه تعقیب تعداد محدودی از افراد میانی باشد تا از طریق تعقیب ایشان و به صورت گام به گام مسیر رسیدگی به پرونده افرادی که دارای بیشترین مسئولیت است هموار شود (ICC, July 2015: para. 34). همچنین دادستان دیوان اعلام کرده است که تعقیب مجرمان عادی را آنجا که رفتار این دسته از مجرمان شدید بوده و یا رسوایی و بدنامی گسترده‌ای را رقم زده باشد در دستور کار خود قرار می‌دهد (ICC, July 2015: para. 34). در واقع، در تعیین شدت یک پرونده دادستانی تنها به جایگاه متهم نگاه نمی‌کند بلکه اگر رفتار ارتكابی اثر بیرونی گسترده‌ای را ایجاد کرده و وجدان جمعی را جریحه دار کرده باشد دادستان به عنوان یک پرونده دارای شدت لازم با آن مواجه خواهد شد. این سیاست تعقیبی مسیر ورود دادستان به قضیه داعش را هموار می‌ساخت که البته مورد توجه دادستان واقع نشد.

سومین ایراد وارد به تصمیم دادستان آن بود که دادستان به مفهوم «مضیق بودن صلاحیت»^۱ اشاره می‌کند که مفهوم ناآشنایی در نظام حقوقی دیوان است. در برگزیدن یک قضیه یا پرونده، صلاحیت دیوان باید مورد ارزیابی واقع شود لیکن این ارزیابی یک معادله دوجوهلی ساده و بسیط است. دیوان یا صلاحیت دارد و یا صلاحیت ندارد. کیفیت و گستره این صلاحیت و قبض و بسط آن اثری در ارزیابی صلاحیت دیوان ندارد. قاضی «کائول» در یکی از آرای خود به این دوگانه استناد کرده و تصریح می‌کند که «دیوان یا صلاحیت دارد یا ندارد» (ICC, 23 January 2012: para. 26). در اینجا دیگر حالت سومی وجود ندارد. صلاحیت شخصی هرچند در قیاس با صلاحیت سرزمینی محدودیت‌های بیشتری برای دیوان خواهد داشت چراکه در این صورت دیوان قادر نیست به تمام جرایم واقع شده در محل وقوع جرم رسیدگی کند لیکن یک مبنای قانونی برای صلاحیت دیوان است که پذیرش یا رد آن در صلاحیت دادستان نیست، بلکه دادستان ملزم است آنجا که صلاحیت شخصی برقرار است به مانند زمان استقرار صلاحیت سرزمینی ورود نماید. به بیان دیگر، ترجیح

صلاحیت سرزمینی به صلاحیت شخصی صرفاً یک ترجیح و اولویت غیرالزام‌آور است. نویسندگان اساسنامه رم نیز از تفاوت و تنافر موجود میان صلاحیت شخصی و سرزمینی و امتیاز یکی بر دیگری آگاه بوده‌اند لیکن با توجه به همین تفاوت‌ها اراده‌شان بر آن قرار گرفت که دیوان را به سلاح صلاحیت شخصی مسلح کنند تا در مقابله با بی‌کیفرمانی حتی آنجا که عدالت به صورت تمام و کمال قابل اجرا نیست بتوان بخشی از جرایم و مجرمان را تحت تعقیب قرار داد. بنابراین در قضیه‌ای که برخی از متهمان از اتباع دولت‌های عضو هستند و صلاحیت شخصی موجود است دادستان ملزم و نه مختار است که اقدام به فعال‌سازی صلاحیت دیوان و آغاز ارزیابی مقدماتی نماید.

۴. عدم تأثیر شدت‌مندی در آغاز ارزیابی مقدماتی

همان طور که در ابتدای این نوشتار اشاره شد هیئت کارشناسی تعیین‌شده از سوی مجمع دولت‌های عضو دیوان در سپتامبر ۲۰۲۰ میلادی با اشاره به محدودیت‌های مالی دیوان و قادر نبودن دادستانی به ارزیابی مقدماتی تمام قضایای شناسایی شده دربردارنده جرایم داخل در صلاحیت دیوان، نسبت به گستراندن گستره ارزیابی مقدماتی ابراز نگرانی کرده و برای کاهش ورود قضایا به مرحله ارزیابی مقدماتی خواهان اعمال آستانه بالاتری برای ارزیابی شدت‌مندی قضایا با هدف برگزیدن و گزینش کردن شدیدترین قضایا شده است. لیکن چنین بسط اختیاری و تنگ کردن فضای ارزیابی مقدماتی مغایر با ماده ۱۵ اساسنامه رم است که ارزیابی مقدماتی اطلاعات دریافتی را لازم می‌شمارد. جایی که پای تکلیف و تعهد در میان است صاحب تعهد نباید تفسیری مضیق از حدود تعهدش ارائه کند و قانون را به نفع خود تفسیر نماید. از حیث منطقی نیز نباید مرحله پیش از ارزیابی مقدماتی را تبدیل به یک ارزیابی مقدماتی کامل تبدیل نمود. تمرکز بر شدت‌مندی و ارزیابی قابلیت‌پذیرش یک قضیه نیازمند شناسایی «پرونده‌های بالقوه»^۱ در چهارچوب آن قضیه است که خود به معنای ورود به جزئیات یک قضیه و ارزیابی دقیق و عمیق آن است؛ کارکردی که برای خود مرحله ارزیابی مقدماتی در نظر گرفته شده است و انجام آن پیش از این مرحله به معنای دوباره‌کاری است و ثمره‌ای جز طولانی کردن فرایند پیش دادرسی ندارد. بنابراین مشکل فزونی یافتن شمار قضایای رسیده به ارزیابی مقدماتی با تنگ‌تر کردن آستانه ورودی نباید حل شود بلکه این مشکل را می‌توان با ارتقای نظام اولویت‌بخشی در به فرجام‌رساندن ارزیابی مقدماتی قضایای گزینش شده و در نظر گرفتن امکانات و توانمندی‌های موجود در این اولویت‌بخشی حل نمود.

دادستان دیوان در سپتامبر ۲۰۱۶ میلادی از تأسیس و مفهوم جدیدی به نام «سند گزینش پرونده‌ها»

رونمایی کرد.^۱ این سند حاوی پرونده‌های بالقوه‌ای است که در مرحله ارزیابی مقدماتی یک قضیه از سوی دادستانی مورد شناسایی واقع شده است. با آغاز مرحله تحقیقات نسبت به یک قضیه یک یا چند پرونده بالقوه جهت تکمیل و رسیدن به مرحله تعقیب از سند مذکور انتخاب و اختیار می‌شود (ICC, September 2016: para. 10). از آنجایی که این سند دربردارنده تعداد زیادی پرونده بالقوه و فرضی است سند مذکور نه تنها منبع گزینش پرونده‌ها برای امر تعقیب است بلکه ابزاری برای اولویت‌بندی میان پرونده‌های یک قضیه نیز می‌باشد (ICC, September 2016: para. 11). از آنجا که گزینش و اولویت‌بخشی پرونده‌ها متأثر از مدارک و ادله در دسترس و همچنین ملاحظات و عوامل و معیارهای بیرونی و عملی مؤثر بر امر تحقیق و تعقیب است سند گزینش پرونده‌ها ماهیتی پویا و متغیر دارد (ICC, September 2016: para. 13). بدان معنا که تقدم و تأخر پرونده‌ها برای امر تعقیب در پرتو عوامل بیرونی و طی زمان ممکن است تغییر کند و پرونده‌ای که در اولویت تعقیب بوده است از اولویت خارج شود و یا بالعکس. همین سند و مکانیسم در مورد قضایا نیز کارایی دارد. دادستان باید در مرحله تعیین و شناسایی قضایا یک سند گزینش قضایا تهیه نماید و تمام قضایایی که شناسایی می‌شوند و آشکارا از صلاحیت دیوان خارج نیستند را در آن فهرست کند. آن گاه، بر اساس معیارهایی مانند شدت‌مندی و یا مهیا و فراهم بودن شرایط بیرونی برای موفقیت در تحقیق اقدام به اولویت‌بندی قضایا جهت آغاز ارزیابی مقدماتی نماید. حسن این اقدام در کارکرد بیانی آن است.^۲ با فهرست کردن قضایایی که مقتضی اقدام دادستان هستند دادستان بر وقوع جنایت و اطلاع از آن مهر تأیید می‌نهد. لیکن به دلیل محدودیت‌هایی که دارد امکانات خود را به ارزیابی مقدماتی قضایایی اختصاص می‌دهد که از شدت بیشتری نسبت به قضایای دیگر برخوردار هستند. ملاحظاتی مانند شدت‌مندی نمی‌تواند مانع از آغاز ارزیابی مقدماتی و برگزیدن یک قضیه شود لیکن می‌تواند میان قضایا برای رسیدن به ارزیابی مقدماتی ترتیب و نوبت و اولویتی رقم بزند.

نتیجه

این مقاله با این پرسمان آغاز شد که حدود اختیارات دادستان در انتخاب قضایا برای آغاز فرایند ارزیابی مقدماتی تا چه میزان است. در پاسخ به این پرسش باید توجه داشت که نقطه آغاز فعالیت در دیوان کیفری بین‌المللی برخلاف آنچه در اکثر نظام‌های حقوق ملی متعارف است یک پرونده با متهم و عناوین اتهامی معین نمی‌باشد، بلکه یک قضیه است. دادستان دیوان مکلف به انجام

1. Policy Paper on Case Selection and Prioritization.

۲. برای مطالعه بیشتر راجع به کارکرد بیانی عدالت کیفری جهانی بنگرید به:

Stahn, Carsten, Justice as Message (2020), Oxford University Press.

تحقیقات نسبت به یک قضیه به مثابه یک کل است تا بتواند با رعایت بی طرفی و استقلال به تمام جرایم واقع شده رسیدگی کند. با این حال دادستان در انجام تحقیقات نسبت به قضایایی که از طریق دولت‌های عضو و یا شورای امنیت سازمان ملل متحد به دادستانی ارجاع می‌شوند و یا قضایایی که توسط خود دادستان بر اساس مکاتبات و اطلاعات دریافتی از سوی کنشگران غیر دولتی مورد شناسایی قرار می‌گیرند ناگزیر از گزینشگری است. این گزینشگری البته بی ضابطه نیست، بلکه بر اساس معیارهایی صورت می‌گیرد که در اساسنامه رم مورد اشاره واقع شده است.

الزام به ارزیابی تمام اطلاعات دریافتی تنها و در گام نخست در فرایند ارزیابی مقدماتی صورت نمی‌گیرد. پیش از آغاز ارزیابی مقدماتی نیز مرحله‌ای در میان است که اساسنامه رم از آن نامی نبرده است، لیکن عملکرد دادستانی دیوان تا امروز بر اساس وجود چنین مرحله بی‌نامی بوده است. بی‌نام و ضابطه بودن این مرحله البته موجب شده است که دادستانی دیوان اختیارات وسیعی برای خود در این مرحله در نظر بگیرد و در نبود نظارت قضایی با گشاده‌دستی به رد و قبول قضایا بنشیند. در پاسخ به پرسش بنیادین این مقاله باید نتیجه گرفت که موسع بودن اختیارات دادستان در این مرحله خلاف اهداف مؤسس دیوان است. ارزیابی مقدماتی یکی از ابزارهای دیوان در مقابله با بی‌کیفرمانی مرتکبان جرایم بین‌المللی است. در موارد پرشماری امکان تداوم تحقیقات و به محاکمه کشاندن جنایتکاران به دلیل محدودیت‌های عملی نیست. با این حال، دیوان بر اساس کارکردهای بیانی مرحله ارزیابی مقدماتی دیوان می‌تواند وقوع جنایت را تثبیت و اثبات کند و مانع از تحریف تاریخ و واقعیت‌های بیرونی شود. بستن یک قضیه پیش از ارزیابی مقدماتی به معنای محروم ساختن قربانیان از صدا بخشیدن به ایشان و پذیرش بزه‌دیدگی ایشان خواهد بود که مغایر با اهداف و آرمان‌های عدالت کیفری بین‌المللی است.

از این رو باید مرحله بی‌نام پیش از ارزیابی مقدماتی را به رسمیت شناخت و حدود نظارت قضایی و ثغور اختیارات دادستان را در آن به درستی تعیین نمود. در این راستا پیشنهاد می‌شود تا مجمع دولت‌های عضو دیوان بر اساس اختیارات مندرج در ماده ۱۲۱ اساسنامه رم اقدام به اصلاح آیین پیش‌دادرسی دیوان نموده و مرحله پیش از ارزیابی مقدماتی را به صراحت به رسمیت شناخته و اختیارات دادستان در آن را معین نماید. تا آن زمان، دادستان دیوان نیز می‌تواند بر اساس رویه خود مبنی بر انتشار خط‌مشی‌های دادستانی در موضوعات مرتبط با این نهاد مانند خط‌مشی راجع به ارزیابی مقدماتی و با گزینش کردن و اولویت‌بخشی پرونده‌ها اقدام به تدوین یک خط‌مشی مستقل در مورد مرحله پیش از ارزیابی مقدماتی نیز نماید.

منابع

فارسی

- آقایی جنت مکان، حسین (۱۳۸۷)، «نظارت قضایی بر تشخیص دادستان دیوان بین‌المللی کیفری»، مجله حقوقی، شماره ۳۹.
- جعفری، جعفر (۱۳۹۸)، حقوق بین‌المللی کیفری، چاپ نخست، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- حسینی اکبر نژاد، هاله (۱۳۸۷)، «صلاحیت تکمیلی دیوان کیفری بین‌المللی: پویایی نظام‌های ملی در مقابله با بی‌کیفری»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۱.
- ذاکر حسین، محمدهادی (۱۳۹۹)، «مفهوم و کارکرد قضیه در دیوان کیفری بین‌المللی»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۱۶.
- زرنشان شهرام، و سیدحسین میرجعفری (۱۳۹۷)، «قابلیت تعقیب سران گروه تروریستی داعش در دیوان کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۹.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۵)، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- مظاهری، امیرمسعود (۱۳۹۵)، اصل صلاحیت تکمیلی دیوان بین‌المللی کیفری، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۵)، دادگاه کیفری بین‌المللی، چاپ نخست، تهران: نشر دادگستر.

انگلیسی

- Ambos Kai (2011), 'The Colombian Peace Process (Law 975 of 2005) and the ICC's Principle of Complementarity', in Carsten Stahn and Mohamed M. El Zeidy (eds.), **The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice**, Cambridge University Press.
- Caban Pavel (2011), 'Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court', *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 2
- Cryer Robert, Hakan Friman and Darryl Robinson (et al) (2014), **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Cambridge University Press.
- Fouladvand Sharzad (2012) Complementarity and Cultural Sensitivity: Decision-making by the ICC Prosecutor in relation to the Situation in the Darfur Region in Sudan and the Democratic Republic of the Congo, the Degree of Doctor of Philosophy, University of Sussex, 2012.
- Kleffner Jann K. (2008), **Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdiction**, Oxford University Press.
- Moreno-Ocampo Luis (2011), 'A Positive Approach to Complementarity: The Impact of the Office of the Prosecutor', in Carsten Stahn and Mohamed M. El Zeidy (eds.), **The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice**, Cambridge University Press.
- Nouwen Sarah (2013), **Complementarity in the Line of Fire: the Catalyzing Effect of the ICC in Uganda and Sudan**, Cambridge University Press.
- Olásolo Héctor (2005), **The Triggering Procedure of the International Criminal**

Court, Martinus Nijhoff Publishers.

- Schabas William (2010), 'Victor's Justice: Selecting Situations at the International Criminal Court', **Marshall Law Review**.
- Schabas William (2011), 'The Rise and Fall of Complementarity', in Carsten Stahn and Mohamed M. El Zeidy (eds.), **The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice**, Cambridge University Press
- Schabas Willian (2012), **Unimaginable Atrocities: Justice, Politics and Rights at the War Crimes Tribunals**, Oxford University Press.
- Sluiter Göran, Hakan Friman and Susannah Linton (eds.) (2013), **International Criminal Procedure: Principles and Rules**, Oxford University Press.
- Stahn Carsten (2014), 'Why the ICC Should Be Cautious to Use the Islamic State to Get out of Africa: Part 2', 3 December 2014, available at: www.ejiltalk.org/why-the-icc-should-be-cautious-to-use-the-islamic-State-to-get-out-of-africa-part-2.
- Turone Giuliano (2002), 'Powers and Duties of the Prosecutor', in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones (eds), **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**, Oxford University Press.
- Wouters J. and Verhoeven S. and Demeyere B. (2008), 'The International Criminal Court's Office of the Prosecutor: Navigating between Independence and Accountability?', **International Criminal Law Review**, vol. 8.
- Zakerhossein Mohamamd Hadi (2016), 'To Bury a Situation Alive: A Critical Reading of the ICC Prosecutor's Statement on the ISIS Situation', **International Criminal Law Review**, vol. 16.

آرای قضایی

- ICC (13 May 2014), Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, re-opens the preliminary examination of the situation in Iraq.
- ICC (14 November 2016), Report of Preliminary Examination Activities (2016).
- ICC (23 January 2012), PTC II, Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul in Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute.
- ICC (31 March 2010) PTC II, Kenya situation, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya.
- ICC (8 April 2015), Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court on the alleged crimes committed by ISIS, accessible at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1>.
- ICC (December 2019), Report on Preliminary Examination Activities (2019).
- ICC OTP (11 October 2013) OTP, Strategic Plan (June 2012–2015).
- ICC OTP (15 December 2006), Situation in the CAR I, Prosecution's Report Pursuant to Pre-Trial Chamber III's 30 November 2006 Decision Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic.
- ICC OTP (16 November 2015), Strategic Plan (2016–2018).
- ICC OTP (2003), Annex to the Paper on Some Policy Issues before the Office

of the Prosecutor: Referrals and Communications.

- ICC OTP (26 November 2009), Kenya situation, Request for Authorization of an Investigation Pursuant to Article 15, Situation in the Republic of Kenya.
- ICC OTP (December 2011), Report on Preliminary Examination Activities (2011).
- ICC OTP (June 2014), Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes.
- ICC Resolution (2019), Review of the ICC and the Rome Statute system, ICC-ASP/18/Res.7.

نقش قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران در تضمین حق بر آب^۱

مهناز رشیدی*

چکیده

امروزه حق بر آب به عنوان یکی از حق های بشری که ارتباط وثیقی با سایر مصادیق حقوق بشر، مانند حق حیات، حق بر بهداشت و حق بر استانداردهای مناسب زندگی دارد، به طور فزاینده ای در اسناد بین المللی مورد شناسایی قرار گرفته است. به رسمیت شناختن این حق در گفتمان حقوق بشری، از یک سو، دولت ها را متعهد به عدم مداخله در دسترسی آزادانه انسان ها به آب ساخته و از سوی دیگر فراهم کردن تمهیدات تأمین آب و دسترسی آحاد جامعه به این ماده حیاتی را بر عهده آن ها می نهد. اگرچه متعهد اصلی اجرای تعهدات حق بر آب، ارکان و نهادهای اجرایی یک کشور هستند، لیکن نهادهای قانون گذاری و قضایی نیز برای تحقق کامل این حق وظایفی را بر عهده دارند. سؤالی که این پژوهش با هدف پاسخ به آن نگاشته شده آن است که قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران چه نقشی در تضمین حق بر آب شهروندان ایرانی ایفا می کند؟ برآمد مطالعات توصیفی - تحلیلی در این نوشتار که با استفاده از مطالعات کتابخانه ای و بررسی اسناد بین المللی و قوانین داخلی حاصل شده، آن است که قوه قضائیه با وظیفه اصلی به پا داشتن حق و عدل و احیای حقوق عامه می تواند در سه حوزه کلی پیشگیری، نظارت و دادخواهی به تضمین حق بر آب اقدام نماید. اما عدم شناسایی صریح حق بر آب در قوانین داخلی، مهم ترین نقیصه ای است که تا حد زیادی دایره عملکرد این نهاد را نسبت به تضمین حق بر آب محدود کرده است.

واژگان کلیدی: احیای حقوق عامه، حق بر آب، حقوق بشر، قوه قضائیه

۱. این مقاله، برگرفته از گزارش پژوهشی نویسنده با عنوان «حق بر آب و نقش قوه قضائیه در تضمین آن» تحت نظارت علمی جناب آقای دکتر سیدحسین موسوی فر و جناب آقای دکتر مصطفی منصوریان در پژوهشکده قوه قضائیه است.

* استادیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران مرکزی)، تهران، ایران
mahnazrashidi88@gmail.com

مقدمه

اساسی بودن آب برای بقا و تداوم حیات انسان، وابسته بودن ابعاد مختلف تأمین نیازهای انسانی مانند بهداشت و غذا به دسترسی به آب پاک و ضرورت ایمنی از نبود آب، به موازات رشد صنعت و جمعیت، موجب جلب توجه جامعه جهانی به این نگرانی شد و نهایتاً مفهوم حق بر آب، به عنوان ضامن دسترسی انسان‌ها به آب سالم برای رفع نیازهای خود در اسناد بین‌المللی مختلف مطرح گردید. حق بر آب که در تعریفی کلی به عنوان حق همه افراد بشری بدون هر گونه تبعیض ناروا (بر مبنای جنسیت، نژاد، مذهب و دیگر عوامل)، بر دسترسی آسان به میزان کافی از آب پاک و سالم و در یک قیمت مقرون به صرفه دلالت دارد به جهت ارتباط اجتناب‌ناپذیر آن با سایر حقوق شناسایی شده از جمله حق بر حیات، حق بر سلامت و حق بر استانداردهای مناسب زندگی، الزام‌آور پنداشته می‌شود و دولت‌ها مکلف به تهیه و تضمین مؤلفه‌های اساسی این حق یعنی موجودیت آب، کیفیت آب، قابل دسترسی بودن، قابل پرداخت بودن و عدم تبعیض هستند (رشیدی، ۱۳۹۹: ۱۷۷-۱۶۲). اما با وجود میل سیاسی دولت‌ها در ایجاد الزام حقوقی در جهت تحقق حق بر آب، همچنان، بعد از گذشت چندین دهه از آغاز نگرانی‌های آبی، ۷۸۵ میلیون نفر در سراسر جهان، فاقد هر گونه دسترسی به خدمات ابتدایی آب آشامیدنی هستند و دو میلیارد نفر از آب آشامیدنی آلوده استفاده می‌کنند (Drinking-Water, 2019).

عدم دسترسی و یا دسترسی محدود انسان‌ها به منابع آبی، تبعات اقتصادی، اجتماعی، زیست‌محیطی و سیاسی بسیاری بر جای می‌گذارد. کاهش سطح رشد و توسعه اقتصادی، ناامنی‌های اجتماعی داخلی و بین‌المللی مانند افزایش مهاجرت و آوارگی و به تبع آن بالا رفتن آمار جرم و جنایت، گسترش فقر، شیوع انواع بیماری‌های واگیر و تنزل کیفیت محیط زیست از جمله اثرات منفی کم‌آبی در حوزه‌های گوناگون است (Albuquerque, 2013: 50-51). آنچه بیش از همه، نگرانی‌ها از کم‌آبی را افزایش می‌دهد، اثر آن بر امنیت و ثبات سیاسی دولت‌هاست. زیرا وقوع بحران آب در یک کشور و تشدید رقابت میان افراد و گروه‌های مختلف جامعه بر سر دسترسی بیشتر به این منبع ارزشمند، می‌تواند سطح نارضایتی‌های سیاسی و اجتماعی را افزایش دهد (Obani & Gupta, 2016: 208). چنان‌که نمونه‌هایی از این‌گونه تنش‌های آبی برهم زننده امنیت، در سطح کشورمان به صورت موردی در برخی استان‌های کم‌آب مانند اصفهان و خوزستان بروز یافته‌است.

اهمیت بررسی موضوع حق بر آب در ادبیات حقوقی کشورمان، زمانی بیشتر می‌شود که بدانیم جمهوری اسلامی ایران در مرکز کمربند خشک جهان واقع شده و مطابق پیش‌بینی‌های صورت گرفته تا سال ۲۰۲۵ میلادی، بالاترین میزان خشکی را تجربه خواهد کرد (Ansink, 2009: 1). از این رو

در حالی که اغلب از نقش دولت در تأمین منابع آبی سخن‌های زیادی گفته و نوشته شده، اما «نقش قوه قضائیه در تضمین حق بر آب»، از موضوعاتی است که تاکنون در ادبیات حقوقی کشور مغفول مانده است. بر این اساس، سؤال بنیادینی که پژوهش پیش رو بر مبنای واکاوی آن بنا نهاده شده، به این قرار است: «قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران چه نقشی در تضمین حق بر آب ایفا می‌کند؟» فرضیه این پژوهش آن است که قوه قضائیه به‌عنوان یکی از ارکان مهم حاکمیتی جمهوری اسلامی ایران و با عنایت به مسئولیت اصلی آن در اجرای عدالت و احیای حقوق عامه، می‌تواند از طریق تمهیداتی در پیشگیری از نقض حق بر آب، نظارت بر اجرای صحیح آن و فراهم کردن امکان دادخواهی زیان‌دیدگان، به تضمین حق بر آب شهروندان ایرانی کمک نماید.

به‌منظور پاسخ به سؤال و ارزیابی فرضیه یادشده، ضمن توصیف جایگاه حق بر آب در نظام حقوق داخلی جمهوری اسلامی ایران، نقش قوه قضائیه در راستای تحقق این حق تشریح خواهد شد.

۱. جایگاه حق بر آب در نظام حقوق داخلی جمهوری اسلامی ایران

دولت جمهوری اسلامی ایران از زمان برپایی تاکنون به برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی دربردارنده حق بر آب مانند کنوانسیون حقوق کودک، بند ۲ ماده ۲۴ (۱۹۸۹)، کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت، بند ۲ ماده ۲۸ (۲۰۰۶) و میثاقین حقوق مدنی - سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶) پیوسته است. علی‌رغم آنکه حق بر آب در میثاقین حقوق بشری به‌صراحت ذکر نشده است اما با تفسیری که از حقوق شناسایی شده در این دو سند مانند حق بر حیات، حق بر استانداردهای مناسب زندگی، حق بر بهداشت و حق بر مسکن ارائه می‌شود، این حق لازم‌الرعایه دانسته شده است. مصادیق حقوق بشری مذکور، هم از جهت تصویب میثاقین و ورود مفاد آن‌ها به نظام حقوق داخلی و هم از باب آمره بودن برخی از مصادیق حقوق بشر مانند حق حیات، و نیز از باب عرفی شدن اغلب حق‌های بشری توسط دولت ایران مورد پذیرش قرار گرفته است. از این رو، احترام و اجرای حق بر آب که یکی از بنیادی‌ترین شروط تحقق حقوق یاد شده است، به‌طور ضمنی، در زمره تعهدات ارکان حاکمیتی در برابر شهروندان ایرانی قلمداد می‌شود. در حیطه حقوق داخلی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، این حق را مستقیماً مورد شناسایی قرار نداده و اصل ۴۵ قانون اساسی آب‌ها را از انفال و ثروت‌های عمومی دانسته است. با وجود این، حق بر آب را می‌توان از دیگر مصادیق حقوق بشری مذکور در قانون اساسی مانند حق بر مسکن مناسب با نیاز (اصل ۳۱) و به‌ویژه حق بر محیط زیست سالم (اصل ۵۰) استنباط کرد و دسترسی به آب را لازمه تحقق حقوق مزبور دانست. چنان‌که ذیل اصل ۵۰ قانون اساسی، فعالیت‌های اقتصادی و

غیر آن که با آلودگی محیط زیست و تخریب غیر قابل جبران آن ملازمه پیدا کند ممنوع است و آب یکی از مهم ترین عناصر محیط زیست بوده و علاوه بر آن، خود نقش مهمی در رفع آلودگی ها دارد. همچنین بند ۹ اصل سوم قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی ایران را موظف بر به کارگیری رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه های مادی و معنوی کرده و بند ۱۲ این اصل، پی ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه، رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه های تغذیه، مسکن، کار، بهداشت را مقرر نموده است. آنچه مبرهن است آنکه بدون دسترسی به آب، اساساً نیل به این اهداف امکان پذیر نمی باشد. همچنین، بنا بر بند ۱ اصل ۴۳ قانون اساسی، یکی از مبانی اساسی در اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، تأمین نیازهای اساسی مانند خوراک، پوشاک، بهداشت، درمان، آموزش و پرورش و امکانات لازم برای تشکیل خانواده است. نظر به استفاده از اصطلاح «مانند»، این موارد حصری نبوده و می تواند نیاز به آب را شامل شود. افزون بر این، بند ۶ اصل ۴۳ قانون اساسی منع اسراف و تبذیر در همه شئون مربوط به اقتصاد، اعم از مصرف، سرمایه گذاری، تولید، توزیع و خدمات را بیان می دارد. نظر به اینکه، آب، کالایی دارای ارزشی اقتصادی است، دولت باید راهکاری را به کار گیرد که به منظور تأمین استقلال اقتصادی، ریشه کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد، در عین پیشگیری از اسراف در بخش آب، این کالای اساسی را به طور منصفانه تأمین و توزیع نماید. اصل ۴۸ نیز با بیان منع تبعیض در بهره برداری از منابع طبیعی در سطح استان ها می تواند در زمینه توزیع غیر تبعیض آمیز منابع آب در سطح کشور راهگشا باشد.

با وجود تصویب حجم زیادی از قوانین عادی در حوزه آب از جمله قانون آب و نحوه ملی شدن آن (۱۳۴۷)، قانون توزیع عادلانه آب (۱۳۶۱)، قانون تشکیل شرکت های آب و فاضلاب (۱۳۶۹) و قانون توسعه و بهینه سازی آب شرب شهری و روستایی در کشور (۱۳۹۴) و دیگر قوانین مربوطه، هیچ یک از آن ها نسبت به شناسایی حق بر آب تصریح ندارند. ولی هر یک از این قوانین، تعهدات اجرایی برآمده از حق بر آب مانند تأمین و توزیع عادلانه آب، مدیریت مصرف، کنترل آلودگی منابع آبی و امثال این تعهدات را مورد نظر قرار داده اند.^۱

در سطح مصوبات قوه مجریه نیز، صرفاً ماده ۲ بیانیه ریاست جمهوری در منشور حقوق شهروندی، که دسترسی به آب بهداشتی را از موارد حق زندگی شایسته شهروندان و لوازم آن دانسته (منشور حقوق شهروندی، ۱۳۹۵: ماده ۲) به آب از بعد حقوق بشری نگریسته است. افزون بر این،

۱. برای مطالعه شرح تفصیلی قوانین در ابعاد مختلف حق بر آب، نک: رشیدی، ۱۴۰۰: ۳۶-۴۶.

حق بر آب از سایر حقوق مندرج در این منشور، نظیر حق بر رفاه عمومی (ماده ۸۶) و حق بر محیط زیست سالم (ماده ۱۱۳) هم قابل استنباط است.

ماحصل بحث آنکه اگرچه نظام حقوقی داخلی ایران مستقیماً به حق بر آب توجه نکرده است اما می‌توان الزام به اجرای این حق را از تکلیف دولت در مقابل سایر حقوق به رسمیت شناخته شده مرتبط استنباط کرد. در نظام مدیریت آب کشور ایران، منابع آبی به‌عنوان ثروت عمومی و انفال در اختیار حکومت اسلامی قرار دارد اما این نافی حق افراد به بهره‌برداری و دسترسی به آب برای ادامه حیات و رفع نیازهای معیشتی نیست. حتی این نتیجه از قوانین آبی داخلی برمی‌آید که اگرچه مالکیت منابع آبی در اختیار دولت است اما شهروندان، از حق انتفاع دائمی از این منابع برخوردارند. هرچند قرار دادن مالکیت کلی منابع آبی در دست دولت می‌تواند به عادلانه‌تر کردن توزیع آب بین بهره‌برداران کمک کند، لیکن لازم است در راستای پیشگیری از سوءاستفاده دولت و پاسخ‌گویی آن در برابر شهروندان، حق بر آب در قوانین کشور مورد تصریح قرار گیرد.

۲. وظایف قوه قضائیه در راستای تضمین حق بر آب

تفسیر عمومی شماره ۱۵ توسط کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که نخستین بار در سال ۲۰۰۲ حق بر آب را به رسمیت شناخت، بر وظیفه ثابت و مستمر دولت‌ها برای تحقق سریع و مؤثر حق بر آب تأکید می‌کند (CESCR, 2002: 18). مطابق این سند، الزامات کلی دولت‌ها در اجرای حق بر آب مانند هر حق بشری دیگری، تعهد به احترام، صیانت و تحقق است که برای عینیت بخشیدن به آن‌ها، تکالیفی اجرایی بر دوش دولت‌های حاکم نهاده شده است. با توجه به اینکه اغلب بخش‌های کشورمان را بیابان‌ها و مناطق خشک دربرگرفته و میزان سرانه آب موجود در آن بسیار کمتر از استاندارد جهانی است، هر یک از ارکان حاکمیتی، ملزم به اجرای تعهداتی در راستای مدیریت منابع آبی موجود در کشور برای بهره‌مندی بدون تبعیض همگان از آب هستند. از جمله مهم‌ترین این اقدامات عبارتند از: قانون‌گذاری و شناسایی حق بر آب، تأمین و توزیع عادلانه آب، کنترل کیفیت آب، مشارکت دادن عموم در مدیریت منابع آبی و دسترسی به عدالت.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در اصل ۱۵۶ قوه قضائیه را به‌عنوان قوه‌ای مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت است پیش‌بینی کرده است. در راستای انجام این رسالت، یکی از مهم‌ترین وظایف این نهاد، نظارت بر حسن اجرای قوانین می‌باشد. چنان‌که ذکر شد بسیاری از تعهدات برخاسته از حق بر آب یعنی، تأمین و توزیع عادلانه آب، مدیریت مصرف، کنترل کیفیت منابع آبی و فراهم کردن بستر مشارکت عموم در قوانین و مقررات عادی و اجرایی آمده است. به این ترتیب نقش اصلی قوه قضائیه، به‌عنوان پشتیبان حقوق فردی و

اجتماعی، عمدتاً در تضمین اجرای صحیح این تعهدات از سوی نهادهای اجرایی نمود پیدا می‌کند (اقبال، ۱۴۰۰: ۶۳-۶۰).

از دیگر وظایف اصلی قوه قضائیه مطابق اصل مزبور، احیای حقوق عامه دانسته شده است. علی‌رغم عدم تعریف صریح اصطلاح «حقوق عامه» در قانون اساسی، برخی از اسناد و دستورات قضایی به تشریح آن پرداخته‌اند. معتبرترین این توصیفات در دستورالعمل ریاست قوه قضائیه در نظارت و پیگیری حقوق عامه صادره در سوم بهمن ماه ۱۳۹۷ آمده است. این سند، حقوق عامه را حقوقی دانسته که در قانون اساسی، قوانین موضوعه و یا سایر قوانین لازم‌الاجرا ثابت است و عدم اجرا یا نقض آن، نوع افراد یک جامعه مفروض مانند افراد یک شهر، منطقه، محله و صنف را در معرض آسیب یا خطر قرار می‌دهد یا موجب فوت منفعت یا ضرر یا سلب امتیاز آنان می‌شود؛ از قبیل آزادی‌های مشروع، حقوق زیست‌محیطی، بهداشت و سلامت عمومی، فرهنگ عمومی و میراث فرهنگی، انفال، اموال عمومی و استانداردهای اجباری (دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه، ۱۳۹۷: ماده ۱ (الف)).

در این چهارچوب، به نظر می‌رسد مفهوم حقوق عامه مدنظر قانون اساسی، حقوق عمومی است. یعنی حقوقی که در راستای حمایت از منافع عمومی و حقوق آحاد جامعه و نه یک شخص خاص بوده و دربردارنده روابط میان شاخه‌های مختلف دولت و روابط میان دولت و افراد و یا طرفین خصوصی است. به عبارت دیگر، آنجایی که دولت وظیفه یا تکلیفی را عهده‌دار است و نقشی را ایفا می‌کند، حقوق عمومی جریان دارد. مانند ارائه خدمات عمومی در جهت منافع عمومی (عباسی و همکاران: ۸۰). از آنجا که دسترسی به آب ماهیتی فرابخشی داشته و از عناصر ضروری تحقق حقوق زیست‌محیطی، بهداشت و سلامت عمومی تلقی می‌شود و به تصریح اصل ۴۵ قانون اساسی، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی در زمره انفال و ثروت‌های عمومی قرار می‌گیرند، حق دسترسی عموم به آب را می‌توان یکی از حقوق عامه مندرج در اصل ۱۵۶ قانون اساسی در نظر آورد. نکته قابل ذکر آنکه تعهد به تضمین اجرای حق بر آب از سوی قوه قضائیه صرفاً محدود به مرحله دسترسی به عدالت و دادخواهی نمی‌شود، بلکه تأمل در منطوق اصل ۱۵۶ قانون اساسی و قوانین عادی مربوطه روشن می‌سازد که اقدام قوه قضائیه در این زمینه، در سه بعد پیشگیری، نظارت و دادخواهی عینیت می‌یابد.

۲-۱. پیشگیری

داشتن جامعه‌ای که نرخ انجام اقدامات ناقض حقوق بشر در آن محدود باشد، همواره از دغدغه‌های دیرین جوامع بشری بوده است. مطابق بند پنجم اصل ۱۵۶ قانون اساسی، وظیفه

پیشگیری از جرم بر عهده قوه قضائیه قرار دارد. نقض برخی از مصادیق حقوق بشری ممکن است دارای بعد کیفری بوده و در قوانین ایران جرم‌انگاری شده باشد. چنان‌که نقض حق حیات، حق مالکیت، حق بر امنیت فردی و اجتماعی و حق بر حریم خصوصی از آن گونه است. در رابطه با حق بر آب نیز محروم کردن دیگران از دسترسی به آب سالم برای مثال از طریق آلوده کردن عامدانه آب، مصرف بی‌رویه و نامعقول، سرقت آب از طریق انشعابات غیرمجاز و دیگر اقدامات از این طیف، در صورتی که واجد وصف کیفری دیگری نباشد، در قوانین خاص آبی جرم‌انگاری شده و مشمول مجازات جزایی دانسته شده‌اند.

در ادبیات حقوقی، نوعی از پیشگیری با عنوان پیشگیری کنشی، به تدابیر و شیوه‌هایی گفته می‌شود که برای ممانعت از اقدامات مجرمانه به وسیله مداخله در فرایند جامعه‌پذیری افراد انجام می‌شود. یکی از اقسام این نوع پیشگیری، با عنوان پیشگیری اجتماعی درصدد رفع عوامل زمینه‌ای نقض قوانین و ارتکاب جرم مانند رفع نابرابری‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از طریق تأمین حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مردم و ایجاد رفاه است (صبح دل، ۱۳۹۶: ۹۵-۹۴). بدیهی است که وظیفه اصلی فراهم کردن بستر مناسب برای پیشگیری اجتماعی یعنی، تأمین حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و به عنوان نمونه توزیع عادلانه آب و فراهم کردن امکان دسترسی به آب برای همه بهره‌وران آبی با قوه مجریه است. اما قوه قضائیه نیز در این راستا وظایفی را عهده‌دار است. به غیر از آنچه در قانون اساسی در مورد پیشگیری از جرم به عهده قوه قضائیه نهاده شده است، در قوانین و مقررات دیگر از جمله برنامه پنجم توسعه فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی نیز، بر ضرورت همکاری این رکن مهم حاکمیتی با سایر ارکان و نهادها در امر پیشگیری، تأکید شده است (قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه، ۱۳۸۹: ماده ۲۱۱ (ه)). بر این مبنا، قوه قضائیه قادر است وظیفه پیشگیری از نقض حقوق شهروندان را از طرق مختلف از قبیل تنقیح و پیشنهاد اصلاح قوانین موجود، افزایش آگاهی و فرهنگ اجتماعی در خصوص شناسایی یک حق مانند حق بر آب و برقراری تعامل با مردم انجام دهد.

۱-۲. تنقیح و پیشنهاد اصلاح قوانین آبی موجود

بدون تردید زمانی که حقی به صراحت در قوانین داخلی کشورها شناسایی نشود، زمینه برای نقض آن بیشتر فراهم می‌شود. با بررسی قوانین مربوط به آب، این نتیجه حاصل آمد که به استثنای بیانیه ریاست جمهوری در منشور حقوق شهروندی که یک سند غیرالزام‌آور است، در هیچ‌یک از قوانین کشور مستقیماً سخنی از حق بر آب به میان نیامده است. اگرچه برخی اصول قانون اساسی و قوانین عادی قابلیت تفسیر به تحت شمول قرار دادن تعهدات برآمده از حق بر آب را دارند، ولی درگیر

بودن کشور با پدیده بحران آب و افزایش احتمال نقض بیشتر این حق، ضرورت طرح قاعده صریح شناسایی کننده حق بر آب را در قوانین دوچندان می کند.

تورم و پراکندگی بیش از حد قوانین آبی کشور نیز، تنقیح قوانین موجود و یا پیشنهاد اصلاح قوانین در قالب تهیه یک قانون جامع در موضوعات و مسائل آبی را لازم می دارد. با نظر به اینکه اداره کل تنقیح قوانین و مقررات یکی از ادارات اصلی در ذیل معاونت حقوقی قوه قضائیه است که وظیفه آسیب شناسی و ارزیابی مستمر قوانین و مقررات مرتبط به کار قوه قضائیه را عهده دار است و می تواند به شناسایی موارد نیازمند وضع و بازنگری قوانین اقدام کرده و مراتب را به مراجع ذی صلاح در قوای دیگر اعلام نماید (دستورالعمل تنقیح قوانین و مقررات قضایی، ۱۳۹۸: ماده ۱ (الف) و (ث))، قادر خواهد بود اصلاح و یا وضع قوانین جدید در راستای شناسایی حق بر آب را پیشنهاد نموده و یا تنقیح قوانین مربوطه را که از پراکندگی و تعارض رنج می برند، به قوای مربوطه پیشنهاد کرده و از این طریق زمینه های پیشگیری از نقض حق بر آب را سهولت بخشد.

۲-۱-۲. افزایش آگاهی مردم و کارکنان قضایی در خصوص حق بر آب

ترویج حقوق بشر از طریق ارائه آموزش های لازم به صاحبان حق و نهادهای متعهد یکی از گام های اساسی در اجرای کامل حقوق بشر می باشد. بدیهی است وظیفه اصلی ارائه آموزش، تکلیف وزارت آموزش و پرورش است، اما قوه قضائیه که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و همچنین موظف به احیای حقوق عامه، گسترش عدل و آزادی های اساسی است، در عینیت بخشیدن به این هدف اقدام به ایجاد نهادی تحت عنوان ستاد حقوق بشر نموده است. مسئولیت اصلی این نهاد طراحی، هدایت و پیگیری امور مربوط به حقوق بشر در سطوح داخلی، خارجی و بین المللی است و از این رو همکاری با نهادها و مراکز آموزشی و پژوهشی در داخل و خارج از کشور را در اولویت های خود قرار داده است (ستاد حقوق بشر، ۱۳۹۹). به این ترتیب، ستاد حقوق بشر قوه قضائیه قادر است با همکاری بخش های مختلف این قوه مانند معاونت پیشگیری از وقوع جرم و نیز تعامل با نهادهای آموزشی و پژوهشی در قوه مجریه و سازمان صدا و سیما در آگاه سازی شهروندان از حق بر آب نقش مهمی ایفا کرده و از این طریق به پیشگیری از نقض حق بر آب کمک نماید.

گفتنی است زمانی که قضات و ضابطان دادگستری در یک کشور به برخی از مصادیق حقوق بشر آگاهی نداشته باشند، خود می تواند زمینه نادیده انگاشتن این حق در فرایند قضایی و صدور آرای غیر حقوق بشری را فراهم آورده و صاحب حق را متضرر نماید. لذا آگاه سازی قضات در زمینه حق بر آب و تکالیف بخش های مختلف حاکمیت علی الخصوص قوه مجریه در اجرا و تضمین این حق

از ضروریات تضمین آن است.

۲-۱-۳. تقویت و ارتباط ارکان مختلف قوه قضائیه با مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد

ماهیت محیط زیست و عناصر آن، از جمله آب، به گونه‌ای است که مشارکت همگان در حفظ آن ضرورت دارد. از آنجا که بخش عمده‌ای از بهره‌برداران منابع آبی عموم مردم هستند، اتخاذ تصمیمات و اجرای امور مربوط به آب بدون خواست و رضایت واقعی مردم، به گونه مطلوب عملی نخواهد شد. ولی در اکثر کشورها مقامات و نهادهای دولتی بدون مشورت و کسب نظر از مقامات محلی به ایجاد زیرساخت‌ها و پروژه‌هایی مثل سدها، خطوط انتقال آب، سیستم‌های آبیاری و امثال آن اقدام کرده که در مواردی آثاری منفی بر کمیت و کیفیت منابع آبی در دسترس مردم داشته‌اند و حتی معیشت آن‌ها را مختل می‌کنند. حال آنکه اسناد بین‌المللی به حق مشارکت عموم در جهت تحقق کامل حق بر آب توجه نشان داده‌اند.

اصول مختلف قانون اساسی به جلوه‌های گوناگون اجرای حق بر مشارکت عموم در فرایند قانون‌گذاری، اجرایی و قضایی^۱ توجه کرده است. ضرورت مشارکت عموم در حوزه پیشگیری از نقض حق بر آب، از اصل هشتم قانون اساسی که بر تکلیف امر به معروف و نهی از منکر به عنوان وظیفه‌ای همگانی تأکید می‌کند، مستفاد می‌شود. ایفای این وظیفه از سوی مردم نسبت به دولت مستلزم نظارت مردم بر حسن اجرای تعهدات دولت است. بنابراین، مردم می‌توانند از طریق تعامل با معاونت پیشگیری از جرم قوه قضائیه و رصد فعالیت نهادهای دولتی و ارائه گزارشاتی مبنی بر موارد اولیه نقض تعهدات، در پیشگیری از ارتکاب تخلفات، نقش عمده‌ای ایفا کنند. همچنین امکان ارائه گزارشات و شکایات مردمی به سازمان بازرسی کل کشور که وظیفه نظارت بر حسن اجرای

۱. از جمله اصول قانون اساسی که مشارکت عموم در فرایند قضایی را بیان می‌دارد، عبارتند از:

- صدر اصل ۱۵۶: قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی ... است.

- اصول ۱۵۹، ۱۷۳، ۱۷۴ و بند ۵ اصل ۱۵۶: یکی از جلوه‌های مشارکت عمومی در فرایند قضایی، ارتباط افراد با بخش‌های مختلف قوه قضائیه برای احقاق حقوق خود است؛ چنانکه که در اصل ۱۵۹ قانون اساسی مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. همچنین اصل ۱۷۳ قانون اساسی که به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم، دیوان عدالت اداری را تشکیل داده و نیز اصل ۱۷۴، در رابطه با سازمان بازرسی کل کشور، حق نظارت قوه قضائیه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری را مقرر کرده است و به موجب قوانین عادی، این سازمان امکان دریافت گزارشات مردمی را دارد. افزون بر این، یکی از وظایف قوه قضائیه مندرج در اصل ۱۵۶، پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمان است که در معاونت پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه، بخشی برای ارتباط با مردم و دریافت گزارشات آنان پیش‌بینی شده است.

قوانین از سوی قوه مجریه رابر عهده دارد، از دیگر جلوه‌های تحقق مشارکت عموم در پیشگیری از جرم در سیستم قضایی است. در راستای تحقق بهتر این وظیفه، تقویت نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در حوزه حفاظت از محیط زیست و منابع آبی و تعامل سازنده قوه قضائیه با آن‌ها، به‌طور مثال، در جایگاه نهاد دوست دادگاه، می‌تواند اثربخشی بیشتری داشته باشد.

۲-۲. نظارت

بعد دیگر وظیفه قوه قضائیه در تضمین حق بر آب از طریق نظارت بر نهادهای مسئول اجرای این حق، عملی می‌شود. انجام عمل بازرسی، لازمه کار نظارت است و نظارت، تحقق حاکمیت قانون را تسهیل می‌بخشد. در فرایند نظارت، یک مرجع قضایی، اقدامات و یا تصمیمات سایر قوای حاکمیتی را کنترل کرده و مطابقت آن‌ها با قوانین را ارزیابی می‌کند. نتیجه این بازبینی می‌تواند در قالب صدور کیفرخواست علیه متخلفین یا لغو و ابطال تصمیمات نهادهای حاکمیتی اثرگذار باشد (راسخ، ۱۳۸۸: ۳۶). امر نظارت از سوی قوه قضائیه در دو زمینه اجرا می‌شود: قسم نخست نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین و قسم دوم، نظارت بر حفظ حقوق عامه است. دو نهاد اصلی سازمان بازرسی کل کشور و دادستانی، متولی اصلی انجام امر نظارت در حوزه‌های یادشده هستند.

۲-۲-۱. نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین

حق نظارت قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری، در ضمن اصل ۱۷۴ قانون اساسی به سازمانی به نام «سازمان بازرسی کل کشور» سپرده شده است.

سازمان بازرسی نه تنها می‌تواند رأساً با انجام بازرسی‌های مستمر و یا موردی و اعلام موارد تخلف به مراجع و مقامات ذی‌صلاح و یا ارائه گزارش‌ها به مراجع قضایی، دیوان عدالت اداری و یا هیئت رسیدگی به تخلفات نهاد ریاست جمهوری بر حسن اجرای قوانین نظارت کند، بلکه می‌تواند به‌مثابه نهاد آمبودزمان (رسیدگی‌کننده به شکایات) در کشورهای اروپایی، با پذیرش شکایت‌ها از سوی عموم و شروع به بازرسی به دنبال صیانت از حقوق و آزادی‌های شهروندان باشد (جلالی و صداقتی، ۱۳۹۳: ۱۶۸). اگرچه سازمان بازرسی کل کشور از آن جهت که در زیرمجموعه قوه قضائیه قرار دارد، از ویژگی استقلال و بی‌طرفی آمبودزمان‌ها برخوردار نیست اما کار این سازمان، از جهت پذیرش شکایات و دعاوی، عضویت در ستاد حقوق بشر قوه قضائیه و نظارت بر حسن اجرای قوانین مشتمل بر حقوق و آزادی‌های عمومی در نهادهای اداری، با نهاد آمبودزمان شباهت دارد (برای مطالعه بیشتر نک: مهرعلیان، ۱۳۹۶) و از این جهت می‌تواند نقش مهمی را در تضمین اجرای حقوق

بشر، مانند حق بر آب و وظایف قوه مجریه در این راستا ایفا نماید.

به این ترتیب نظر به گستردگی صلاحیت نظارت‌های سازمان بازرسی کل کشور از ابعاد مختلف موضوعی، سازمان‌های تحت شمول و قلمروی زمانی بازرسی که در سه بخش پیشگیری، در حین اجرا و پس از اقدامات سازمان‌های مشمول امکان‌پذیر است (قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور با آخرین اصلاحات و الحاقات، ۱۳۹۳: ماده ۱ (تبصره) و ماده ۲ (الف))، و نیز حجم زیاد قوانین مربوط به آب که با جنبه‌های مختلف تحقق حق بر آب ارتباط دارند، می‌توان از ظرفیت این سازمان برای نظارت بر اجرای این حق در راستای تضمین حسن اجرای قوانین^۱ بهره گرفت.

۲-۲-۲. نظارت بر حفظ و احیای حقوق عامه

حفظ و احیای حقوق عامه از مهم‌ترین وظایف قوه قضائیه است. احیای حقوق عامه معمولاً زمانی ضرورت دارد که ارکان اجرایی حکومت که وظیفه اصلی و اولیه اجرا و تأمین حقوق عمومی را عهده دارند، از انجام تکالیف خود سرباز زنند و یا در این زمینه قصور ورزند (تنگستانی، مرادی برلیان و مهرآرام، ۱۳۹۷: ۷۰-۶۹). نظر به اینکه در قانون اساسی ایران در مورد متولی انجام وظیفه احیای حقوق عامه حکمی پیش‌بینی نشده است، مهم‌ترین نهادی که می‌تواند به نظارت و پیگیری حفظ این حقوق مبادرت ورزد، دادستانی است.

از بررسی پیشینه نهاد دادستانی در نظام حقوقی ایران و مطالعه تطبیقی آن با دولت‌های دیگر، نیک واضح است که مبنای اصلی تشکیل این نهاد، احیای حقوق و منافع عمومی و نظارت بر اجرای قوانین است (تنگستانی، مرادی برلیان و مهرآرام، ۱۳۹۷: ۱۰۳-۹۹). برای کاویدن مبانی حقوقی نقش دادستان در اجرای این وظیفه یعنی احیای حقوق عمومی، باید به قوانین مربوطه رجوع شود. ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) وظیفه حفظ حقوق عمومی و اقامه دعوی لازم در این مورد را تحت صلاحیت دادرسی دانسته است. همچنین ماده ۲۹۰ این قانون، دادستان کل کشور را مکلف کرده در جرایم راجع به اموال، منافع و مصالح ملی و خسارت وارده به حقوق عمومی را که نیاز به طرح دعوا دارد از طریق مراجع ذیصلاح داخلی، خارجی و یا بین‌المللی پیگیری و نظارت نماید. به دنبال ابلاغ تشکیلات جدید دادستانی کل در تاریخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۵ از سوی رئیس قوه

۱. حسن اجرای قوانین دارای دو بعد است. یکی در مراجع قضایی که توسط دیوان عالی کشور صورت می‌پذیرد و دیگری در دستگاه‌های اداری که توسط سازمان بازرسی کل کشور تضمین می‌شود. تأکید اصلی این نوشتار بر بعد دوم حسن اجرای قوانین، یعنی اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری است که در ذیل اصل ۱۷۴ قانون اساسی قرار می‌گیرد.

قضائیه، معاونتی تحت عنوان «معاونت پیگیری و احیای حقوق عامه» در چهارچوب ساختاری این نهاد ایجاد شد و بر این اساس، وظیفه احیای حقوق عامه مندرج در اصل ۱۵۶ قانون اساسی از سوی رئیس قوه قضائیه بر عهده دادستانی کل قرار گرفت (مرادی برلیان، ۱۳۹۶: ۲۵). ماده ۲ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه نیز بر اساس همین نکته، پیگیری احیای حقوق عامه را عمدتاً بر عهده دادستان‌های عمومی قرار داده است.

استفاده از واژه «پیگیری» احیای حقوق عامه از آن جهت است که در بسیاری از موارد، حقوق عامه خود دارای متولی مشخص (برای نمونه سازمان حفاظت محیط زیست درباره امور زیست محیطی و یا وزارت نیرو در حوزه آب) است. با عنایت به این امر، برای پیشگیری از تداخل وظایف دادستان با دستگاه‌های ذی ربط، دادستان تنها زمانی وارد عمل می‌شود که دستگاه‌های متولی امر در انجام اقدامات خود در پیگیری و نظارت بر اقدامات متضمن حقوق عامه، قصور ورزیده باشند.

لازم به ذکر است، بیان وظیفه نظارتی دادستان در احیای حقوق عامه بدین معنا نیست که این مقام در مراحل پیشگیری و مرحله پسینی نقشی ندارد. برای مثال بند ۵ ماده ۲ قانون پیشگیری از وقوع جرم مصوب (۱۳۹۰) از سوی مجلس شورای اسلامی و (۱۳۹۴) مجمع تشخیص مصلحت نظام، «دادستان کل کشور» را یکی از اعضای عالی شورای پیشگیری از وقوع جرم معرفی کرده است. دادستان در بسیاری از تشکیلاتی که به موجب مواد خاص برای امر پیشگیری تأسیس شده‌اند هم حضور دارد؛ برای مثال، می‌توان به عضویت دادستان در شورای حفظ بیت‌المال در امور اراضی و منابع طبیعی و یا حضور دادستان در شورای حفاظت از منابع آب در شهرستان‌ها و یا در سطح استان‌ها اشاره کرد.

کشور ایران دچار خشکسالی و بحران فزاینده آب بوده و برداشت بی‌رویه از منابع آبی به‌ویژه آب‌های زیرزمینی و ژرف، آلوده ساختن آب‌ها و اجرای طرح‌های غیراصولی آبی می‌تواند بر تأمین منابع آبی منطقه یا مناطقی از کشور آثار سوء بر جا گذارد. بر این اساس حفظ و احیای منابع آبی را می‌توان به‌عنوان حقوق عامه در نظر گرفت که دادستان موظف به حفظ، پیگیری و نظارت بر آن‌هاست.

آنچه در مورد ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری و وظیفه دادستان در پیگیری حقوق عامه قابل تأمل است آنکه این ماده وظیفه دادستان را منحصر به جرایم کرده است، حال آنکه احیای بایسته حقوق عامه امری فراتر از بحث جرایم و رسیدگی‌های کیفری است (مرادی برلیان، ۱۳۹۶: ۱۹). نتیجه آن است که در حال حاضر دادستان‌ها در صورت ارتکاب جرایم کیفری مربوط به آب و

نقض حقوق عامه امکان ورود دارند، در حالی که بخش اعظم نقض حق بر آب ناشی از قصور نهادهای دولتی متکفل تأمین و توزیع آب است که ممکن است هیچ گونه جرم‌انگاری در این رابطه صورت نگرفته باشد. به همین دلیل امکان‌سنجی پیش‌بینی نهادی تحت عنوان «دادستان اداری» می‌تواند نظارت بر اجرای صحیح حق بر آب شهروندان را میسر سازد.

۲-۳. دادخواهی

در هر جامعه انسانی سازمان‌یافته‌ای، حق دادخواهی، یک اصل کلی حقوقی پذیرفته شده و یکی از حقوق بنیادین انسانی تلقی می‌شود. امکان دادخواهی، نخستین گام در تحقق عدالت و پیش‌شرط اساسی برای سیاست‌های کارآمد حقوق بشر به شمار می‌رود (داعی، ۱۳۹۰: ۲). شناسایی حق بشری بر آب، شهروندان را در مقام مدعی حق و دولت‌های حاکم و سایر افراد جامعه را در مقام مجری قرار می‌دهد. به همین واسطه، زمانی که حق مورد ادعا اجرا نمی‌شود، مجریان باید در برابر عدم اجرا و یا قصور خود پاسخ‌گو باشند. اصلی‌ترین نهاد اقامه‌کننده حق دادخواهی، قوه قضائیه است. به‌منظور ارزیابی نقش قوه قضائیه در فرایند دادخواهی با هدف تضمین حق بر آب، این پژوهش، نخست به دادرسی‌پذیری حق بر آب پرداخته و سپس سازوکارهای قوه قضائیه را در اجرای این وظیفه مطمح نظر قرار می‌دهد.

۲-۳-۱. دادرسی‌پذیری حق بر آب

حق بر آب ازجمله حقوق رفاهی به شمار می‌رود که در زمره حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی جای می‌گیرد. قابلیت دادخواهی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، از بدو شکل‌گیری یکی از مسائل جدال‌برانگیز حقوقی بوده است. بیشتر استدلال‌ها علیه دادرسی‌پذیری این حقوق به اختلاف‌نظرات در باب ماهیت ایجابی بودن این حقوق و نوع تعهد دولت‌ها نسبت به آن‌ها بازمی‌گردد. زیرا رویکرد کلی آن است که حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بسیار پرهزینه بوده و اجرای کامل آن‌ها به سطح توانایی و منابع مالی دولت‌ها وابسته است و در نتیجه، تعهد دولت‌ها، تعهد به وسیله است (Fried, 1987: 10). اما واقعیت آن است که همه حقوق اعم از حقوق مدنی و سیاسی و نیز حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی متضمن ترکیبی از تعهدات مثبت و منفی هستند و نیازمند اقدام دولت به عدم مداخله در احقاق کامل آن‌ها و اقدام ایجابی دولت‌ها در فراهم کردن بستر لازم برای اجرای این حقوق هستند. نتیجه آنکه مثبت و منفی بودن تعهد دولت‌ها ذاتی این حق‌ها نیست بلکه هر حق، ترکیبی از تعهدات مثبت و منفی است و تنها تفاوت، در میزان و درجه اقدام دولت‌ها نسبت به این دو دسته از حقوق است (سیفی و حاجی ملا، ۱۳۹۸: ۱۷۴-۱۷۳). از دیگر استدلالاتی که علیه قابلیت دادرسی‌پذیری این حق‌ها مطرح می‌شود آن است که

حق‌های رفاهی معمولاً و نه انحصاراً، نیازمند اقدامات دولت در معنای قوه مجریه است و نقض آن‌ها نیز عمدتاً با ترک فعل دولت‌ها به وقوع می‌پیوندد. به همین دلیل اجرای قضایی این حقوق، متضمن عمل قوه قضائیه برای واداشتن دولت به انجام وظایف خود و نوعی دخالت در اموری است که در صلاحیت این نهاد قرار دارد. در حالی که اصل تفکیک قوا چنین امری را برنمی‌تابد (سیفی و حاجی ملا، ۱۳۹۸: ۱۷۴).

در پاسخ به این استدلال، باید اذعان کرد که هرچند تفکیک قوا دگرگونی مهم است اما این دگرگونی باید در کنار سایر اصول، ازجمله اصول حاکمیت قانون و برتری قانون اساسی اعمال شود. به موجب اصل حاکمیت قانون، قوه قضائیه وظیفه دارد جبران مؤثر همه حقوق را تضمین نماید و حکومت‌ها نباید از مسئولیت نسبت به حمایت و احترام به این حق‌ها معاف شوند. بر اساس اصل برتری قانون اساسی، قوه قضائیه متعهد است اجرای این قانون را تضمین نماید و بر فعالیت سایر ارکان حکومت در اجرای آن، ازجمله فراهم کردن امکانات رفاهی، نظارت کند (سیفی و حاجی ملا، ۱۳۹۸: ۱۷۵). امروزه با تصویب پروتکل اختیاری میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سال ۲۰۰۸، که به کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، صلاحیت رسیدگی به شکایات افراد علیه دولت‌های عضو پروتکل در رابطه با اجرای حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را می‌دهد، گام مهمی در راستای دادرسی‌پذیری حقوق رفاهی اتخاذ شد (Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2008: Art. 1). زیرا یکی از مهم‌ترین اهداف این پروتکل، آن است که دولت‌های عضو میثاق آگاه باشند که تعهدات آن‌ها نسبت به حقوق مندرج در میثاق، تعهداتی واقعی است که قابلیت دادخواهی دارد (سادات اخوی، ۱۳۸۷: ۲۲۲-۲۲۵).

با اثبات دادرسی‌پذیری حقوق رفاهی، قابلیت دادخواهی حق بر آب که ازجمله مهم‌ترین حقوق برای تأمین رفاه شهروندان است، حاصل می‌آید. گزاره حق بودن آب و دادخواهی‌پذیری آن، منتج به مسئول شناخته شدن ناقضان این حق اعم از اشخاص و نهادهای دولتی یا غیردولتی می‌شود. به این ترتیب باید ساختارهایی برای امکان طرح مسئولیت این اشخاص در سطح ملی اندیشیده شود. مسلماً قوه قضائیه به‌عنوان اصلی‌ترین نهاد دادخواهی مکلف به انجام این وظیفه است.

۲-۳-۲. سازوکارهای دادخواهی نسبت به حق بر آب

پیش‌بینی و تأسیس سازوکارهای قضایی، بنیادی‌ترین ساختارهای قانونی برای تضمین حقوق بشر در سطوح داخلی هستند. با درک این مهم، تعدادی از مراجع قضایی داخلی در کشورهای مختلف، پرونده‌های مرتبط با نقض حق بر آب، به‌خصوص در رابطه با ایجاد آلودگی در منابع آبی و

قطع ارائه خدمات آبی را مورد رسیدگی قرار داده‌اند. به عنوان مثال در پرونده «ساکنان خانه‌های مسکونی بن‌ویستا علیه شورای محلی شهرهای جنوبی» در آفریقای جنوبی، دادگاه عالی به این نتیجه رسید که قطع منبع آب، نقض قانون اساسی این کشور در خصوص احترام به حق بر آب توسط دولت است. در پرونده کومار علیه ایالت بیهار نیز، دیوان عالی هند اذعان نمود که حق بر حیات حقی بنیادین بوده که شامل حق انتفاع از آب بدون آلودگی می‌شود (OHCHR, 2010: 40). در قضیه‌ای در دادگاه قانون اساسی کلمبیا، شکایتی مبنی بر عدم تأمین آب مناسب برای مصارف انسانی علیه شهرداری مطرح شد و دادگاه ضمن حمایت از این ادعا، بیان کرد که حق بر آب سالم و کافی به طور ضمنی از سایر حقوق مندرج در قانون اساسی از جمله حق بر حیات، کرامت انسانی، حق بر سلامت و حق بر محیط زیست سالم استنباط می‌شود (Lee, 2019).

نظر به ظرفیت‌های قانونی موجود در راستای شناسایی وظیفه رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات و شکایات و نیز احیای حقوق عامه برای قوه قضائیه، دستگاه قضایی مکلف به تضمین حاکمیت قانون از طریق فراهم کردن بستر لازم برای دادخواهی مدعیان حق بر آب است.

۲-۳-۲-۱. دادخواهی حق بر آب در دادگاه‌های عمومی

مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. از همین رو، تشکیل دادگاه‌ها و دسترسی به آن‌ها ابتدایی‌ترین و در عین حال، مهم‌ترین مراجع دسترسی به عدالت قضایی هستند. چنان‌که گفته شد، با استنباط ضمنی حق بر آب از برخی اصول قانون اساسی، قوانین عادی و معاهدات بین‌المللی لازم‌الاجرا برای ایران، این نتیجه حاصل گردید که نظام حقوقی داخلی کشور در رابطه با بیان تعهدات لازم برای اجرایی شدن حق بر آب خلأ حقوقی ندارد؛ اگرچه، تحت عنوان صریح و دقیق «حق بر آب» مطرح نشده است. بر این اساس، این ایراد احتمالی که چون حق بر آب در قوانین ایران نیامده، دادگاه‌ها قادر به رسیدگی به آن نیستند، بلاوجه می‌شود و قاضی ایرانی می‌تواند بر مبنای مقررات حداقلی موجود هم موارد نقض تعهدات حق بر آب را شناسایی و در صورتی که عمل وصف مجرمانه داشته باشد، حکم به مجرمیت و تعیین مجازات نموده و زمانی که نقض تعهد موجب ایراد خسارت مدنی می‌شود، مسئولیت مدنی متخلف یا متخلفان را احراز نماید.

از بعد مسئولیت کیفری، یکی از عمده‌ترین شیوه‌ها در اجرای دقیق تعهد به صیانت از حق بر آب، نحوه برخورد جزایی با متخلفین و متجاوزین به منابع و تأسیسات آبی است. قوانین ایران در این زمینه به جرم‌انگاری برخی از تخلفات پرداخته است. برخی از مهم‌ترین این جرایم عبارتند از: بهره‌برداری و استفاده غیرمجاز از آب، مداخله غیرمجاز، تخریب یا اختلال در تأسیسات آبی، حفر

چاه غیر مجاز، تجاوز به حریم و بستر رودخانه‌ها و مجاری آبی، حفاری بدون پروانه، عدم مصرف معقول، عدم پرداخت آب‌بها، عوارض و دیون آلودگی آب.^۱

از مطالعه عناوین مجرمانه مربوط به آب این برداشت حاصل می‌شود که بخش مهمی از نقض تعهدات اشخاص عمومی و خصوصی در تأمین حق بر آب سایرین، دارای مسئولیت کیفری دانسته شده است و مطابق اصل ۳۶ قانون اساسی که مقرر می‌دارد حکم به مجازات و اجرای آن تنها باید از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد، شاکیان از این اقدامات می‌توانند برای طرح دعاوی خود در این جرایم به دادگاه‌های صالح مراجعه نمایند.

مطابق ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری، ارتکاب جرم، در این مورد جرایم آبی، موجب طرح دو دعوا می‌شود: الف) دعوی عمومی که هدف آن حفظ حقوق جامعه است؛ ب) دعوی خصوصی از حیث مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم و یا مطالبه کیفرهایی که به موجب قانون، حق خصوصی بزه‌دیده است.

تعقیب متهم از حیث بعد عمومی بر عهده دادستان بوده و از حیث خصوصی بر عهده بزه‌دیده است (قانون آیین دادرسی کیفری، ۱۳۹۲: مواد ۹ و ۱۱). از این رو، علاوه بر اشخاصی که مستقیماً نقض حق بر آب آن‌ها مشمول یکی از عناوین مجرمانه می‌شود، در مواردی مثل آلودگی شدید منابع آبی در یک منطقه، دادستان هم از باب جنبه عمومی جرم می‌تواند اقدام لازم را به عمل آورد. بر این مبنا، معاونت دادستانی حقوق عامه در امر آغاز به رسیدگی و تعقیب کیفری نیز نقش قابل توجهی در احقاق حق بر آب ایفا می‌کند.

میزان جرایم آبی ارتکاب یافته حاکی از آن است که به رغم وجود قوانین کیفری در حوزه جرایم آبی و وضع مجازات‌هایی برای ناقضان این قواعد، کارآمدی و بازدارندگی قابل انتظار حاصل نشده و لازم است قوانین موجود موضوع بازنگری قرار گرفته و روزآمد شوند.

دعاوی برآمده از حق بر آب در بعد مدنی عمدتاً دعاوی مسئولیت مدنی هستند. مسئولیت مدنی به معنی مسئولیت پرداخت خسارت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۴۰) که عامل ایجاد خسارت را ناگزیر از جبران آن می‌نماید. در حوزه حق دسترسی به آب، اگر عمل اشخاص، اعم از خصوصی یا عمومی و حقیقی یا حقوقی، به نحوی موجب ایراد خسارت به بهره‌وران از آب شود، با احراز رابطه سببیت می‌توان مسئولیت مدنی شخص واردکننده زیان را مطرح نمود.

بر مبنای ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب (۱۳۳۹) هر کس بدون مجوز قانونی، عمداً یا در

۱. مواد مختلف قانون توزیع عادلانه آب، ۱۳۶۱ و قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، ۱۳۵۲.

نتیجه بی احتیاطی، به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتی یا به هر حق دیگر که موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد. علاوه بر این مقررۀ عام که در مورد حق بر آب نیز قابلیت اعمال دارد، برخی از قوانین خاص در حوزه آب به مسئولیت مدنی اشخاص توجه کرده اند. برای مثال ماده ۶ قانون توزیع عادلانه آب ناظر بر مسئولیت مدنی استفاده کنندگان از چاه و قنات بر جلوگیری از آلودگی آب و عمل طبق مقررات بهداشتی است. مرجع دادخواهی نسبت به دعاوی مسئولیت مدنی مربوط به آب نیز محاکم عمومی حقوقی هستند.

آنچه در این قسمت شایسته توضیح است آنکه بخش عمده ای از خسارات و ضررهای وارده به منابع آبی و حق دسترسی افراد به آب ناشی از عمل و مصوبات نهادها و کارگزاران دولتی است. بعضی از اعمال منجر به خسارت دولت در حوزه منابع آبی عبارتند از: اجرای طرح های عمرانی، کشاورزی و سدسازی بدون ارزیابی دقیق اثرات آنکه منجر به خشک شدن آب چشمه ها، قنات و چاه های خصوصی می شود؛ آلوده کردن منابع آب توسط شرکت های دولتی و یا تقصیر نهادهای دولتی در پیشگیری از آلودگی آب؛ صدور پروانه مصرف آب بدون رعایت مقررات قانونی و سوءمدیریت در استحصال، توزیع و انتقال آب (دالوند، علیمردی و حیدری، ۱۳۹۶: ۱۷۹).

اگرچه از اطلاق مواد ۳۲۸ و ۳۳۲ قانون مدنی، مسئولیت مدنی دولت قابل انتساب است اما به دلیل ارائه تفاسیر مختلف از این مواد، اشاره به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی که به صراحت مسئولیت دولت را شناسایی کرده است، صحیح تر و نزدیک به صواب به نظر می رسد. هرچند در این ماده نیز در مورد اعمال حاکمیتی دولت که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود.

طرح دعوا علیه اقدامات دولتی غیرقانونی یا موجد خسارت، طبق ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان مصوب (۱۳۹۲) در صلاحیت دیوان عدالت اداری است اما تعیین میزان خسارت وارده با دادگاه های عمومی می باشد.

۲-۳-۲. دادخواهی حق بر آب در دیوان عدالت اداری

نهادهای اداری به دلیل ظرفیتی که اقتدار عمومی برای آنان ایجاد می کند در مقام تصمیم گیری یا اجرای قوانین، احتمال خروج از صلاحیت ها و نقض حقوق مردم را دارند. لذا قوه قضائیه مطابق اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی، مسئولیت رسیدگی به دعاوی علیه این نهادها را داراست و موظف است آیین نامه ها و بخشنامه های غیرقانونی، غیرشرعی و خارج از حدود اختیارات مقامات و دستگاه های دولتی را در صورت طرح دعوا ابطال نماید (رحمت اللهی و شیرزاد، ۱۳۹۳: ۹۷). امروزه

گفتمان حقوق بشری بر همه شاخه‌های حقوق و به‌طور خاص حقوق عمومی که تنظیم‌کننده رابطه مستقیم دولت و افراد است، سایه افکنده زیرا حقوق اداری، با بیان طرق حمایت از حقوق و منافع افراد و تعیین حدود اختیارات مقامات عمومی، آنان را به پیروی از معیارهای ویژه‌ای الزام می‌کند تا جلوی غرض‌ورزی‌ها، خودسری‌ها و سوءاستفاده از مقامات دولتی سد شود و زمینه توزیع برابر و عادلانه امکانات و فرصت‌های اقتصادی و اجتماعی میان شهروندان فراهم گردد (رحمت‌اللهی و شیرزاد، ۱۳۹۳: ۱۰۰). تعبیه دیوان عدالت اداری، به‌عنوان یک مرجع بی‌طرف قضایی، با صلاحیت نظارت بر اعمال و آیین‌نامه‌های دولتی، سازوکاری است که می‌توان هدف نهایی آن را تضمین حقوق و آزادی‌های بشری دانست. با این توضیح که مقررات و تصمیمات دولتی که عمده روابط دولت و شهروندان را تنظیم می‌کند نباید با قوانین عادی متعارض باشد و قوانین عادی مجلس نیز باید مطابق قانون اساسی قرار گیرد و قانون اساسی در حقیقت تضمین‌کننده حقوق و آزادی‌های انسانی است (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۰: ۲۶۳). اساس شناسایی حق بر آب در نظام حقوق داخلی را می‌توان از برخی اصول قانون اساسی مربوطه استنباط نمود. به این ترتیب، دیوان عدالت اداری از صلاحیت کنترل مطابقت مصوبات دولتی با قوانین عادی و قوانین اساسی مربوط به حق بر آب برخوردار است. مضافاً آنکه به نظر می‌رسد، با توجه به اطلاق ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری کلیه اشخاص حقیقی یا حقوقی می‌توانند از تصمیمات و اقدامات موردی نهادهای دولتی و مأموران آن‌ها در حوزه‌های گوناگون، برای مثال در رابطه با نقض تعهد خود در تأمین و توزیع عادلانه آب یا حفظ کیفیت آب که در قوانین داخلی کشور به آن تصریح شده است، در دیوان عدالت اداری شکایت برند و زمانی که دیوان استحقاق آن‌ها را شناسایی کرد برای تعیین میزان خسارت به دادگاه‌های عمومی مراجعه نمایند (برای مطالعه بیشتر نک: جلالی، حسنونند و میری، ۱۳۹۰: ۸۵ و ۱۱۲). افزون بر این، مطابق ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، اگر مصوبه سازمان دولتی و عمومی مخالف شرع یا قانون باشد، یا سازمان در انجام وظایف خود سوءاستفاده یا تخلف کند و یا با خودداری از انجام وظایف خود موجب تضییع حقوق اشخاص خصوصی یا عمومی شود، این اشخاص می‌توانند در دیوان عدالت اداری دعوای خود را مطرح نمایند. اما مهم‌ترین اشکالی که همواره بر روند رسیدگی‌ها در دیوان عدالت اداری وارد آمده، طولانی بودن مراحل رسیدگی در آن است. همچنین نقش سازمان‌های مردم‌نهاد برای طرح دعوا در دیوان عدالت اداری بسیار محدود است.

دیوان عدالت اداری در بخشی از رویه قضایی هیئت عمومی در دادنامه شماره ۴۰۹ مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۴ درخصوص ضرورت حفظ صیانت از منابع آبی این طور مقرر داشته: «بدون تردید

حفظ و صیانت از منابع و ذخائر آبی کشور و به‌ویژه سفره‌های زیرزمینی و بهره‌برداری بهینه از آن‌ها یک ضرورت است و باید به‌عنوان یک امر حیاتی مورد توجه قرار گیرد و همه سعی کنیم تا از افت شدید سفره‌های آبی زیرزمینی و بهره‌برداری بی‌رویه و غلط و غیرفنی از منابع یادشده پرهیز شود و به‌خصوص در منابع کم‌آب و دشت‌هایی که با محدودیت شدید منابع آبی و نزولات جوی مواجه هستیم، این موضوع از اهمیت و حساسیت بیشتری برخوردار است و دستگاه‌های اجرایی و قانونی به‌ویژه وزارت نیرو و کشاورزی در این زمینه مسئولیت بیشتری به‌عهده دارند. البته باید با روش‌های قانونمند و فرهنگ‌سازی و ترویج و تشویق و آموزش، چه در حفظ ذخائر و سفره‌های زیرزمینی و چه در بهره‌برداری از آب‌های مهارشده و یا مهار بیشتر منابع آبی کشور، به‌ویژه در مناطق مرزی، تدبیر و تلاش و اقدام لازم و قانونمند انجام پذیرد». این دادنامه، بخشنامه ۴۷۱۳۳/۱۴۲ - ۱۳۶۵/۱/۱۱ و بخشنامه ۵۳۶۲۳/۴۲۴ - ۱۳۶۶/۲/۱۴ وزارت نیرو را مخالف اصول ۵۲ و ۵۳ قانون اساسی و تبصره ۱ ماده ۲۱ قانون توزیع عادلانه آب که وصول آب‌بهای بخش کشاورزی را بر عهده وزارت کشاورزی قرار داده و نیز عدم ملاحظه شرایط اقتصادی اجتماعی مناطق مختلف کشور بنا بر امکانات، مغایر با شرایط ضرورت‌ها و شاخص‌های قابل قبول و درآمدها و هزینه‌های مربوط در تعیین میزان حق‌النظاره و صلاحیت هیئت وزیران در باب تشخیص و تعیین میزان حق‌النظاره دانست و آن را ابطال کرد (هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۸۲).

دادنامه شماره ۱۳۲۷ الی ۱۳۳۱ در تاریخ ۲۳ مرداد ۱۳۹۷ نیز ازجمله آرای این دیوان است که اقدام شورای شهر ابوزید آباد را در تعیین نرخ مشارکت مالی مردم در اجرای طرح‌های آبی و جمع‌آوری فاضلاب، خارج از صلاحیت شورا قلمداد کرده و مصوبه آن را باطل دانسته است (هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۷).

با نظر به این‌گونه آرای صادره از دیوان عدالت اداری که بر جنبه‌های مختلف تأمین کمیت و کیفیت منابع آبی، مقرون به صرفه بودن منابع آب و دیگر موضوعات آبی توجه دارد می‌توان دریافت که اگرچه دیوان مستقیماً به لزوم اجرای حق بر آب اشاره نکرده است اما به‌طور ضمنی دولت و نهادهای وابسته به آن را مسئول فراهم کردن دسترسی به آب پاک، سالم، مقرون به صرفه و از نظر فیزیکی سهل‌الوصول می‌داند.

۳. چالش‌های تضمین حق بر آب در نظام حقوقی ایران و بایسته‌های قوه قضائیه

به‌رغم آنکه سازوکارهای قضایی موجود در نظام حقوقی ایران، تا حد زیادی امکان دسترسی به عدالت در مورد حق بر آب را برای شهروندان فراهم می‌کند، اما مسائل و مشکلات عدیده منابع آبی در ایران از ضعف عملکرد دولت تا آلودگی این منابع توسط واحدهای صنعتی و نیز مصرف بی‌رویه

منابع آب، مبین آن است که نظام حقوقی ایران، در موضوع مدیریت منابع آبی و به تبع آن اجرا و تضمین حق بر آب شهروندان دچار نقایصی جدی است که جلوه‌های عینی آن در کم‌آبی شدید و یا کیفیت نازل آب در برخی استان‌های جنوبی و مرکزی کشور قابل مشاهده است. بخشی از این مسائل برآمده از نارسایی‌های قانونی و ضعف ساختارهای حقوقی کشورمان در حوزه مدیریت منابع آب است. شماری از این چالش‌ها و راه‌حل‌های پیشنهادی به شرح ذیل است:

۳-۱. عدم شناسایی حق بر آب در قوانین داخلی کشور

چنان‌که گفته شد تعهد ابتدایی هر دولت نسبت به حقوق بشر و پایه احترام به آن حقوق، شناسایی آن‌ها در قوانین داخلی کشورهاست و بدون قانون‌گذاری داخلی اساساً سخن گفتن از اجرا و تضمین حق بر آب امری عبث پنداشته می‌شود. بنابراین لازم است اداره تدوین و تنقیح قوانین قوه قضائیه در تعاملش با قوای مجریه و مقننه، ضرورت شناسایی این حق در قوانین داخلی ایران را مطرح نماید.

۳-۲. پراکندگی قوانین مربوط به آب و تعارض مفاد برخی از آن‌ها

پراکندگی مقررات آبی در اسناد و قوانین گوناگون و حجم زیاد آن قوانین، منجر به سختی و سردرگمی در اجرای آن‌ها و طولانی شدن روند دادرسی در مرحله دادخواهی خواهد شد. از این رو، لازم است قوه قضائیه با تعامل سایر قوا، به‌ویژه قوه مقننه، با شناسایی خلأهای قانونی موجود، پراکندگی و تورم قوانین را برطرف ساخته و به تهیه قانون جامع آب مبادرت نمایند.

۳-۳. عدم وضوح نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در دعاوی آبی

از آن‌جا که متعهد اصلی اجرای حق بر آب نهادها و سازمان‌های اجرایی هستند و بخش عمده اشخاصی که از نقض حق بر آب رنج می‌برند، مردمان مناطق محروم کشور، حاشیه‌نشینان شهرها و اقشار کم‌درآمد بوده که توان علمی و مالی طرح دعوا و یا پیگیری اجرای این حق را از نهادهای ذی‌ربط ندارند، تقویت نقش سازمان‌های مردم‌نهاد و مشخص ساختن نحوه تعامل قوه قضائیه با این نهادها از طریق صدور دستورالعمل‌های قضایی و فراهم کردن بستر پیگیری تخلفات و جرایم آبی و زیست‌محیطی از جانب آن‌ها می‌تواند به قوه قضائیه در احیای حقوق عامه کمک قابل توجهی نماید. با ابلاغ «دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه» از سوی ریاست قوه قضائیه در تاریخ (۱۳۹۸/۱۲/۰۶)، تا حد زیادی به این مهم توجه شده است. با وجود این ظرفیت‌های قانونی، تلاش برای عملی ساختن مقررات مندرج در آن شایسته و لازم است.

۳-۴. وجود محاکم قضایی و شبه قضایی متعدد در قوانین آبی و تعارض صلاحیت‌ها

وجود مراجع قضایی و شبه قضایی گوناگون برای رسیدگی به دعاوی آبی در قوانین عام و یا خاص کشور و هم‌پوشانی دایره صلاحیتی برخی از آن‌ها باعث می‌شود اطراف دعوا و حتی قضات محاکم

در تشخیص مرجع صالح، به سردرگمی دچار شوند و حتی در مواردی فرایند رسیدگی‌های آبی طولانی شود. به‌منظور رفع این چالش‌ها، بررسی ایده مطروحه ناظر بر تشکیل دادگاه‌های آب (زندرضوی، ۱۳۹۸: ۲۲) که تمامی دعاوی مربوط به آب در صلاحیت این محاکم قرار گیرد، ضرورت داشته و در صورت مفید فایده بودن آن‌ها، ریاست قوه قضائیه می‌تواند بنا بر اختیار مندرج در اصل ۱۵۸ قانون اساسی، دستور برپایی این دادگاه‌ها را صادر نمایند.

۵-۳. فنی بودن مسائل مربوط به دعاوی آبی

چندبعدی بودن دعاوی مربوط به آب و ناآگاهی بسیاری از قضات از مبانی اولیه حقوق آب موجب می‌شود بخشی از موارد نقض حق بر آب در تشکیلات قضایی اتفاق بیفتد. از این رو، گنجاندن درس حقوق آب در چارت درسی رشته حقوق در دانشگاه‌های کشور یا ایجاد گرایش جدیدی تحت عنوان حقوق مدیریت منابع آب در مقطع کارشناسی ارشد و پیش‌بینی چند واحد درس حقوق آب برای کارآموزان قضایی پیشنهاد می‌شود. مضافاً اینکه لازم است سطح آگاهی قضات با برگزاری کارگاه‌های حقوق بشری و آشنایی آن‌ها با مصادیق حقوق بشر و نحوه استدلال و استناد به هر یک ارتقا یابد.

۶-۳. غیربازدارنده بودن مجازات‌های جرایم آبی

آنچه از روند فزاینده آسیب به منابع آبی در کشور و به تبع آن نقض حق بر آب، علی‌رغم وجود تعداد زیاد قوانین مجازات‌کننده، واضح و مبرهن است آنکه این قوانین و مجازات‌ها به دلیل عدم کفایت، نتوانسته‌اند در انجام وظیفه بازدارندگی از ارتکاب جرم مؤثر باشند. مسئله‌ای که در حفاظت از منابع طبیعی رکن اساسی را تشکیل می‌دهد اقدامات پیشگیرانه است. بخش عمده‌ای از اقدامات پیشگیرانه به ترویج و آموزش حقوق بشر و مسائل تربیتی و فرهنگی بازمی‌گردد اما بخشی نیز به شدت و درجه مجازات‌ها مربوط می‌شود. به همین دلیل لازم است از مجازات‌های بازدارنده‌تری در جرایم مربوط به آب استفاده شود. بند (ث) ماده ۱ دستورالعمل تنقیح قوانین و مقررات قضایی صادره از سوی رئیس قوه قضائیه، این امکان را در اختیار قوه قضائیه نهاده که از طریق اداره کل تنقیح قوانین و مقررات، به شناسایی موارد نیازمند وضع قوانین و مقررات یا بازنگری آن و اعلام به مراجع مرتبط اقدام نماید. بنابراین، یکی از موضوعاتی که می‌تواند در دستور کار این اداره قرار گیرد، موارد نیازمند بازنگری در قوانین مربوط به جرایم آبی و یا تدوین پیش‌نویس لایحه‌ای در حوزه اصلاح مجازات‌های مربوط به جرایم در حوزه آب است. همچنین این اداره می‌تواند با نظارت و ارزیابی مستمر قوانین، در زمینه تنقیح قوانین آبی اقدام لازم را انجام دهد.

نتیجه

تقریر آب به عنوان یک حق بشری، موجب تعهد دولت‌ها به احترام، صیانت و ایفای آن است. این تعهدات سه‌گانه تنها محدود به قوه مجریه، به عنوان اولین متعهد تأمین و توزیع آب، نیست بلکه سایر ارکان حاکمیت ملزم به اتخاذ اقداماتی در راستای تحقق کامل این حق هستند. به رغم آنکه حق بر آب به طور مستقیم در قوانین اساسی و عادی کشور و حتی در میثاقین حقوق بشری بیان نشده است، اما برخی از اصول قانون اساسی کشور و مقررات قوانین عادی به طور ضمنی به این حق اشاره کرده و نیز لزوم تحقق بسیاری از حق‌های بشری لازم‌الاجرا از جمله حق بر حیات، حق بر بهداشت، حق بر حداقل شرایط استاندارد زندگی و حق بر محیط زیست سالم، شناسایی و اجرای این حق را ناگزیر می‌سازد. به ویژه آنکه بسیاری از تعهدات پایه‌ای حق بر آب مانند ضرورت تأمین و توزیع عادلانه آب پاک، حفظ منابع آبی از نظر کمی و کیفی، قیمت‌گذاری عادلانه آب در قوانین آبی کشور مورد توجه قانون‌گذار بوده است، ولی تحت عنوان مستقیم «حق بر آب» قرار ندارند.

علی‌ای حال، با وجود آنکه وظیفه قوه قضائیه به عنوان یکی از ارکان مهم حاکمیتی، عمدتاً در تضمین اجرای این حق نمود می‌یابد و زمانی به منصب ظهور می‌رسد که ارکان اجرایی، وظیفه خود را به درستی ایفا نکنند، اما تکالیف این نهاد، صرفاً به مرحله دادخواهی و زمان نقض تعهدات اولیه برآمده از این حق خلاصه نمی‌شود؛ بلکه قوه قضائیه قابلیت آن را دارد که از طریق برقراری ارتباط و همکاری مؤثر با نهادهای قانون‌گذاری، اجرایی و نیز عموم مردم، بستر لازم برای پیشگیری از نقض این حق و نیز نظارت مستمر بر اجرای صحیح قوانین مدیریت آب را فراهم سازد و از این طریق، ناظر و ضامن ایفای کامل حق بر آب شهروندان باشد. نکته قابل توجه حاصل از بررسی‌های به عمل آمده آن است که نظام حقوقی داخلی کشورمان در مدیریت منابع آبی، به چالش‌های متعددی دچار است که مهم‌ترین آن‌ها، تا به آن‌جا که به وظایف قوه قضائیه مرتبط است، مواردی چون عدم شناسایی صریح حق بر آب در قوانین داخلی، تورم قوانین و در عین حال ناکارآمدی آن‌ها، عدم وضوح نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در فرایند دادخواهی‌های آبی و فقدان وجود ساختارهای قضایی کارآمد برای عمل مؤثر، سریع و دقیق را شامل می‌شود.

به منظور رفع این چالش‌ها پیشنهاد می‌شود، ضمن پیش‌بینی مقرره‌ای در جهت شناسایی مستقیم حق بر آب، خیل قوانین پیچیده و پراکنده آبی کشور تنقیح شده و در یک قانون جامع تدوین و اصلاح شوند؛ با اجرایی کردن دستورالعمل ریاست محترم قوه قضائیه در موضوع نحوه مشارکت و تعامل سازمان‌های مردمی با قوه قضائیه، از ظرفیت این‌گونه سازمان‌ها برای ارتقای فرایندهای پیشگیری، نظارت و دادخواهی در قوه قضائیه استفاده شود؛ ایجاد ساختارهای قضایی مناسب مانند دادگاه‌های

آب، دادسرای حقوق شهروندی و دادستان اداری مورد ارزیابی قرار گیرد؛ به منظور ارتقای دانش و سطح آگاهی قضات از مباحث تخصصی حقوق آب، در سرفصل دروس رشته حقوق بازنگری صورت گرفته و یا گرایش جدیدی در مقطع کارشناسی ارشد با عنوان حقوق مدیریت منابع آب تأسیس شود؛ همچنین نهادهای ذی ربط قوه قضائیه مانند مرکز آموزش قضات و ستاد حقوق بشر می توانند زمینه لازم برای آشنا ساختن قضات با مباحث اصلی حقوق آب و حق بشری به آب را فراهم نمایند.

منابع

- اقبالی، کیوان (۱۴۰۰)، «نقش دستگاه قضایی در نظارت بر تعلیق ایفای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۴.
- تنگستانی محمدقاسم، مهدی مرادی برلیان و پرهام مهرآرام (۱۳۹۷)، گفتارهایی در باب نهاد دادستانی و احیای حقوق عامه، چاپ اول، تهران: قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- جلالی، محمد و کیوان صداقتی (۱۳۹۳)، «سازمان بازرسی کل کشور: از تحدید قدرت تا تضمین حقوق بشر»، فصلنامه حقوق اداری، سال ۲، شماره ۵.
- جلالی، محمد، محمد حسنونند و ایوب میری (۱۳۹۶)، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعای مسئولیت مدنی علیه دولت»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۱، شماره ۹۹.
- داعی، علی (۱۳۹۰)، «حق دادخواهی و جبران خسارت قربانیان نقض‌های شدید حقوق بین‌الملل بشردوستانه»، رساله دوره دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.
- دالوند، نعمت‌الله، امان‌الله علیمرادی و محمدعلی حیدری (۱۳۹۶)، «مسئولیت مدنی دولت در منابع آب بر مبنای قاعده اتلاف، لاضرر و احترام»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۶.
- دستورالعمل تنقیح قوانین و مقررات قضایی، ابلاغی از سوی ریاست قوه قضائیه (۱۳۹۸).
- دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه، ابلاغی از سوی ریاست محترم قوه قضائیه (۱۳۹۸).
- دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه، ابلاغی از سوی ریاست قوه قضائیه (۱۳۹۷).
- راسخ، محمد (۱۳۸۸)، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: دراک.
- رحمت‌اللهی، حسین و امید شیرزاد (۱۳۹۳)، «حق بر محیط زیست سالم در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، دو فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال ۳، شماره ۶.
- رشیدی، مهناز (۱۳۹۹)، امنیت آب در حقوق بین‌الملل، چاپ اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- زندررضی، بهار (۱۳۹۸)، «خواهان و خواننده، پرونده ویژه دادگاه آب»، دنیای پسته، سال ۴، شماره ۴۲.
- سادات اخوی، سیدعلی (۱۳۸۷)، «پیش‌نویس پروتکل اختیاری میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۴ آوریل ۲۰۰۸)»، فصلنامه حقوق، شماره ۴.
- سیفی، سیدجمال و هیوا حاجی ملا (۱۳۹۸)، «رهیافت‌های حاکم بر دادرسی‌پذیری حق بر سلامت در نظام‌های منطقه‌ای حقوق بشر»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۱، شماره ۴.
- صبح‌دل، محمد (۱۳۹۶)، «جایگاه حقوقی قوه قضائیه در پیشگیری اجتماعی»، قانون‌یار، دوره ۴.
- عباسی، محمود، فاطمه افشاری، آرین پتف و پرویز دهقانی (۱۳۹۸)، حقوق شهروندی؛ از حقوق ملت تا احیای حقوق عامه، تهران: انتشارات حقوقی.
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد (۱۳۹۰)، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر اول، چاپ دوم، تهران: مؤسسه حقوقی شهر دانش.
- مرادی برلیان، مهدی (۱۳۹۶)، گزارش نشست علمی: «جایگاه و صلاحیت‌های نهاد دادستانی در نظم حقوقی

- ایران از منظر حقوق عمومی با نگاه ویژه به وظیفه احیای حقوق عامه»، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
- مهرعلیان، اردشیر (۱۳۹۶)، «تطبیق سازمان بازرسی کل کشور با نهاد آمبودزمن و نهادهای مشابه آن»، ماهنامه پژوهش ملل، دوره ۲، شماره ۱۷.
 - هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، ابطال بخشنامه شماره ۴۷۱۳۳/۴۲۱ مورخ ۱۳۶۵/۱۱/۱ و ۵۳۶۲۳/۴۲۴ مورخ ۱۳۶۶/۲/۱۴ وزارت نیرو، دادنامه شماره ۴۰۹، کلاس پرونده ۷۸/۳۸۲، مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۴.
 - هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، ابطال مصوبه سی و ششمین جلسه مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۵ شورای اسلامی شهر ابوظیدآباد درخصوص آب بهاء، دادنامه شماره ۱۳۲۷ الی ۱۳۳۱، کلاس پرونده ۹۶/۶۹۷، ۹۶/۹۶، ۶۹۵/۹۶، مورخ ۱۳۹۷/۰۵/۲۳، ۶۹۴/۹۶.

غیرفارسی

- “Drinking-Water”, WHO, 2019, retrieved 26/08/2019, from: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/drinking-water>.
- Albuquerque, Catarina de (2013). “Water and Sanitation Are Human Rights: Why Does It Matter?”, in: Boisson de Chazournes, Laurence; Leb, Christina and Tignino, Mara (eds.), **International Law and Freshwater, the Multiple Challenges**, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar.
- Ansink, Erik (2009), “Game-theoretic Models of Water Allocation in Transboundary River Basins”, PhD dissertation, Wageningen University.
- CESCR (2002), General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant) Adopted at the Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, (Contained in Document E/C.12/2002/11).
- Fried, Charles (1987), **Right and Wrong**, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press.
- Lee, Jootaek, “Researching the Human Right to Water with an Annotated Bibliography”, Hauser Global Law School Program, 2019, retrieved 5/1/2020 from: https://www.nyulawglobal.org/globalex/Human_Right_to_Water.html.
- Obani, Pedi & Gupta, Joyeeta. (2016). “Human Security and Access to Water, Sanitation, and Hygiene: Exploring the Drivers and Nexus”, in: Pahl-Wostl, Claudia; Bhaduri, Anik & Gupta, Joyeeta (eds.), **Handbook on Water Security**, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, (2008).
- UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) (2010), “**The Right to Water**”, Fact Sheet No. 35, retrieved from: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35en.pdf>.

سازگاری مقررات شرکت سهامی خاص و حرفه پزشکی با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق تطبیقی

سیدعباس سیدی آرانی *

چکیده

سازگاری مقررات حاکم بر شرکت سهامی و پزشکی آسان نیست؛ نمی‌توان تمام مقررات شرکت سهامی خاص به‌عنوان بهترین ابزار سرمایه‌داری مدرن را برای اجرای حرفه پزشکی پذیرفت. در خصوص تحقق سازگاری مقررات چنین شرکتی در همه مراحل وجودی شرکت که عبارت است از تشکیل، حیات و پایان و در رابطه با تمام ویژگی‌های پزشکی، اعم از سوداگرانه نبودن، استقلال و صلاحیت خاص علمی و ره‌آورد آن، یعنی اعتماد آگاهانه بیمار نگرانی‌هایی وجود دارد. با وجود این، خوشبختانه در پرتوی بهره‌گیری مناسب از قواعد شرکت‌های اشخاص و نیز آورده‌های حقوق تطبیقی، سازگاری مطلوب ممکن است. اعتماد بیمار، ارمغان تکلیف پزشک به اجرای انحصاری و مؤثر در شرکت و مسئولیت نامحدود شریک و شرکت می‌باشد. استقلال پزشک با اعمال محدودیت در جذب شریک، پذیرش قاعده «هر شریک، یک رأی» و حق کناره‌گیری تقویت می‌شود؛ مدیریت همه شرکا، ممنوعیت دخالت مدیر در حرفه و تقویت اکثریت‌ها وضعیت را بهبود می‌بخشد. تساوی آورندگان متفاوت، نفی سوداگری در طبابت را به‌همراه دارد. رویکردی که با محدودیت جذب سرمایه‌های بیرونی تقویت می‌گردد. لحاظ خدمات حیاتی موضوع فعالیت شرکت، که به لطف صلاحیت علمی خاص طبیبان تحقق می‌یابد، اقتضا می‌کند که اسباب بطلان و انحلال کاهش یابد و اثر قهقرایی بطلان محو شود. با این دگرگونی‌ها، طبابت امکان حیات در «صدف شرکت سهامی خاص» را می‌یابد و از امتیازات آن، به‌ویژه شخصیت حقوقی مستقل بهره‌مند می‌شود.

واژگان کلیدی: استقلال، اعتماد آگاهانه، پزشکی، شرکت سرمایه، نفی سوداگری

* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران

abbas.seyedi@yahoo.com

مقدمه

حاجت مستمر جامعه به طبابت، مناسبت بهره‌مندی هم‌زمان از تخصص چند پزشک از یک‌سو و چالش‌های جدی برای پزشکان خواهان تغییر روش اجرا از سوی دیگر، ضرورت اجرای مشارکتی حرفه پزشکی^۱ را بیش از پیش نمایان ساخت. ماهیت مدنی این حرفه، می‌طلبد در قالبی اجرا شود که موضوع آن توانایی دربرگرفتن امور غیرتجاری را دارا باشد. در عمل، شرکت سهامی به دلیل دارا بودن چنین ویژگی‌ای متقاضیان را برای تأسیس شرکت پزشکی ترغیب می‌کند. عمومیت یافتن انجام طبابت در قالب شرکت سهامی انتخاب چنین موضوعی را اقتضا می‌کرد. این در حالی است که شرکت سهامی به عنوان بهترین ابزار برای سرمایه‌داری مدرن شناخته می‌شود (Guyon, 1993: 24). حاکم بودن مقررات چنین شرکتی بر روابط پزشکان، سازگاری میان مقررات شرکت سهامی و ویژگی‌های پزشک را می‌طلبد تا انتظامات حاکم بر این حرفه رعایت شود. در غیر این صورت، تعارض میان مقررات و ویژگی‌ها تنها نتیجه حاصله خواهد بود.

در فرانسه، با تصویب قانون شماره ۸۷۹-۶۶ مصوب ۱۹۶۶، انجام حرفه در قالب «شرکت مدنی حرفه‌ای» پیش‌بینی شد. موضوع این شرکت، اجرای مشترک پزشکی است. بدین صورت که چند پزشک همکار با اجتماع در شرکتی، مبادرت به اجرای مشترک حرفه پزشکی می‌ورزند. آیین‌نامه اجرایی شماره ۶۳۶-۷۷ آن مرتبط با پزشکی در سال ۱۹۷۷ تصویب شد. قانون‌گذار به دلیل عدم اجرای حرفه به سبب ناسازگاری میان انتظامات حاکم بر فعالیت حرفه‌ای و شرکت تجاری، استثنائاتی نسبت به حقوق عام شرکت‌های تجاری پذیرفت. استثنائاتی که موضوع اصلی این مقاله را تشکیل می‌دهند.

با تصویب قانون شماره ۱۲۵۸-۹۰-۳۱ دسامبر ۱۹۹۰ مسیر اجرای حرفه پزشکی در قالب شرکت سهامی هموار گردید (Seyedi Arani, 2013: 77). نقش قانون‌گذار ایرانی در این موضوع آن‌طور که باید، پررنگ نیست؛ قدرت انحصاری قانون‌گذار در تحمیل تکالیف ایجاب می‌کند که او قواعدی خاص شرکت پزشکی وضع و یا مقررات شرکت سهامی را با آن سازگار کند. نبود مفهوم شرکت (سیدی آرانی، ۱۳۹۳: ۵۳) و مقررات خاص شرکت مدنی (سیدی آرانی، ۱۳۹۷: ۸)، وضعیت را بغرنج نموده است؛ زیرا این مقررات، قواعد عام شرکت حرفه‌ای را تشکیل می‌دهند. نمی‌توان در این مختصر همه این امور را سازماندهی کرد.

۱. برابر ماده ۱۵ قانون تشکیل وزارت بهداشت منظور از کلمه پزشکی در این قانون کلیه رشته‌های پزشکی از قبیل پزشکی، دندانپزشکی، داروسازی و غیره می‌باشد.

استقلال، پزشک را از کارمند متمایز می‌کند؛ پزشک تحت نظارت، کنترل و برنامه‌ریزی وزارت متبوع هست^۱، اما به اقتدار کارفرما و یا احکام قدرت عمومی وابستگی ندارد. اینکه اصولاً طبیب به دنبال سوداگرایی، یعنی کسب سود حداکثری نمی‌باشد ویژگی دیگری است که او را از تاجر متمایز می‌کند^۲. ویژگی صلاحیت علمی پزشک که پس از طی دوره‌های علمی و عملی طولانی به دست می‌آید، او را از سایر اشخاص جدا می‌سازد. ارمغان این صلاحیت، «اعتماد آگاهانه» (Chappuis, 1969: 12)، بیمار می‌باشد که خود دلیل وجودی سایر ویژگی‌هاست؛ این نوع اعتماد دلیل قابل‌ارزیابی نبودن خدمت ارائه‌شده و لزوم استقلال پزشک در اجرای فعالیت است. در ارتباط با یک شرکت سرمایه بیم نادیده گرفتن این ویژگی‌ها و دگرگونی ماهیتی حرفه می‌رود؛ با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق تطبیقی در تلاش برای سازگاری مقررات این شرکت با این ویژگی‌ها در تمام مراحل وجودی آن، اعم از تشکیل، حیات و پایان هستیم.

۱. سازگاری شرکت سهامی با ویژگی‌های حرفه پزشکی در مرحله تشکیل

اعمال خودخواهانه مقررات شرکت سهامی بر حرفه پزشکی، ما را به مطلوب نمی‌رساند؛ برای ورود به شرکت سهامی محدودیت خاصی وجود ندارد (ستوده، ۱۳۹۵: ۲۵). در حالی که تعدد شرکا، عضویت اشخاص حقوقی و غیرحرفه‌ای در شرکت پزشکی، تفاهم آرمانی میان شرکا را از بین می‌برد و به اعتماد بیمار خدشه وارد می‌نماید. به‌علاوه، اهمیت ویژه آورده نقد و غیرنقد در شرکت سهامی، باعث جذب سرمایه‌های بیرونی و برهم خوردن تساوی میان آورندگان مال و صنعت می‌گردد. نمی‌توان صنعت شرکا را برخلاف آورده نقدی یا غیرنقدی در تشکیل سرمایه شرکت دخیل دانست؛ زیرا صنعت شریک قابل توقیف و فروش از طریق مزایده نیست (اسکینی، ۱۳۹۲: ۲۹). مطرح شدن ارزش مالی مشتری و امکان آوردن آن نیز به شرکت، نگرانی‌هایی در مورد تقویت سوداگری و خدشه به استقلال پزشک به وجود می‌آورد. اهمیت نفی سوداگری به حدی است که حتی سهم‌خواهی پزشک منع شده است (پارسا و دیگران، ۱۳۸۸: ۲۳). استقلال طبیب ارزشی کمتر از استقلال قاضی و وکیل ندارد. در اهمیت استقلال قاضی همین بس که او نمی‌تواند بدون آن، اعتماد عمومی را نسبت به تصمیمات خود جلب نماید (وکیلان و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۷۲). استقلال اساسی‌ترین امری است که وکیل بدون آن نمی‌تواند به ایفای نقش خود پردازد (ملکی، ۱۳۴۸: ۶۲). با وجود این، سازماندهی صحیح همکاران

۱. ماده ۸ قانون تشکیل وزارت بهداشت (مصوب ۱۳۶۴).

۲. اصل بر این است که پزشکی فعالیت سوداگرانه نیست اما در برخی موارد نظیر اعمال جراحی زیبایی ممکن است این اصل، استثنا پذیرد.

پزشک و کاهش اهمیت سرمایه از این نگرانی‌ها می‌کاهد.

۱-۱. سازماندهی صحیح همکار

نحوه سازماندهی ارتباط با همکاران حرفه‌ای باید منجر به تأمین مهم‌ترین رسالت طب یعنی سلامت و مراقبت از بیمار شود (شجاعی و دیگران، ۱۳۹۱: ۸۴). هرچند دانایی و توانایی یک متخصص مجرب مغتنم است، اما تخصص صرف بهترین حفاظ برای تأمین منافع بیمار نیست (لاریجانی، ۱۳۸۳: ۳۰). به‌منظور برقراری این ارتباط لازم است در شرکت پزشکی، کیفیت و کمیت همکار لحاظ شود.

۱-۱-۱. کیفیت همکار

در شرکت پزشکی، وضعیت حقوقی شرکای غیرپزشک در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. آن‌ها گروه وابسته نیستند. چون «برخلاف کارمند، شریک به کارفرما وابسته نیست» (Le Cannu, P.Dondero, 2012: 63-64). پس باید آن‌ها را شرکای سرمایه‌گذار دانست و محدودیت‌هایی نظیر ممنوعیت آوردن صنعت به شرکت برای آن‌ها قائل شد. حتی پیشنهاد می‌شود شرکای چنین شرکتی متخصصین یک موضوع باشند تا بتوانند بر «پایه تساوی برای رسیدن به هدف مشترک» فعالیت نمایند. در این شرایط، جای شگفتی دارد که برای نمونه برابر بند ۲ ماده ۹ آیین‌نامه تأسیس درمانگاه دندان پزشکی، عضویت حتی یک دندان‌پزشک کافی است.

اعتماد آگاهانه، علی‌رغم امکان قانونی^۱، عضویت اشخاص حقوقی را برنمی‌تابد. بلکه منافع بیماران و مسئولیت شریک، عضویت اشخاص حقیقی را می‌طلبد. در این شرایط شگفت‌آور است که برای نمونه مطابق ماده ۹ آیین‌نامه تأسیس درمانگاه دندان پزشکی اشخاص حقوقی نیز می‌توانند متقاضی تأسیس آن باشند. درست است که اگر شخصیت حقوقی از شرکت‌های مطرح پزشکی و پیراپزشکی تشکیل شود و شرکای این شرکت‌ها متخصصینی کارآمد باشند ممکن است به‌نحوی اجرای حرفه را بهبود بخشند، منتهی وضعیتی ایجاد می‌کند که به ارتباط مستقیم طبیب و بیمار لطمه وارد می‌آید. شایسته نیست با ایجاد شرکت در شرکت، وضعیتی ایجاد کنیم که مانع از شکل‌گیری اعتماد آگاهانه بیمار می‌شود. بلکه هر شریک علاوه بر حفظ استقلال باید مسئولیت کار خود را نیز بپذیرد (Terre, 1967: 27).

۱-۱-۲. کمیت همکار

مقررات شرکت سهامی، حداقلی برای تعداد شرکا پیش‌بینی نموده (ماده ۳ لایحه قانونی)، اما

۱. ماده ۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ و ماده ۵۸۸ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱.

درخصوص حداکثر تعداد شرکا ساکت است. هرچند در یک شرکت پزشکی، گروهی از متخصصان نسبت به یک متخصص تنها، بهتر منافع بیماران را تأمین و خدمت مؤثری را تضمین می‌کنند اما لازم است برای تقویت شخصی بودن رابطه محدودیت‌هایی در تعداد شرکا قائل شد (ماده ۹ قانون ۱۹۶۶ و ماده ۲ آیین‌نامه ۱۹۷۷). چراکه ازدیاد شرکا وضعیتی ایجاد می‌کند که رابطه اعتماد و اطمینان به درستی میان پزشک و بیمار شکل نگیرد.

۱-۲. کاهش اهمیت سرمایه شرکت

۱-۲-۱. ضرورت کاهش اهمیت سرمایه

تشکیل شرکت پزشکی با آورده مال و صنعت برخلاف درآمد تاجر که از مابه‌التفاوت قیمت تمام‌شده و قیمت فروش کالا به دست می‌آید، درآمد پزشک در قبال دانایی و توانایی وی پرداخت می‌شود. پس در شرکت پزشکی، آورده صنعت باید اهمیت ویژه‌ای داشته باشد. البته چنین شرکتی به صرف آورده صنعت تشکیل نمی‌شود، چه ماده ۵ لایحه قانونی مبلغی را به‌عنوان حداقل سرمایه پیش‌بینی نموده است. منتهی تشکیل آن با آورده مال و صنعت بلامانع است.

باید اهمیت سرمایه را در شرکت پزشکی کاهش داد؛ حتی پیشنهاد می‌شود پزشکان شریک منحصراً سرمایه شرکت را تأمین نمایند. این وضعیت نتیجه ویژگی حرفه‌ای آن است (Cozian, 2012: 676). عدم استقبال از سرمایه بیرونی، استقلال پزشک را در برابر اشخاص خارج از شرکت حفظ می‌کند. به همین دلیل در صورت جذب سرمایه بیرونی، ضرورت اعمال محدودیت‌هایی خودنمایی می‌کند. برای نمونه، لازم است بیش از پنجاه درصد سرمایه شرکتی و همچنین حق رأی در اختیار پزشکان شاغل در شرکت باشد. در نهایت، افراد ممنوع از طبابت امکان سرمایه‌گذاری نداشته باشند تا راه ورود به شرکت پزشکی بر شریکی بسته شود که از طبابت رانده شده است.

۱-۲-۲. اعطای جایگاه ویژه به آورده صنعت

هر شرکتی می‌تواند آورده صنعت را بپذیرد، اما شرکت پزشکی علاوه بر پذیرش باید جایگاهی ویژه برای آن در نظر گیرد. چه «در نبود آگاهی، استعداد، دانایی و شهرت شرکا؛ مشتری، مکان و تجهیزات حرفه‌ای هیچ ارزشی ندارند» (Gouyon, 1993: 621). در چنین شرکتی این نوع آورده حضوری همیشگی دارد، به‌نحوی که «موضوع شرکت پزشکی با فعالیت شرکا اشتباه می‌شود» (Bardoul, 1973: 413). اختصاص جایگاهی ویژه برای آورده صنعت، راهکار مناسبی برای حذف موانعی چون تقویت سوداگری در پزشکی، به‌دلیل استفاده از قالب شرکت تجاری برای اجرای حرفه، است.

با کناره‌گیری از شرکت، آورنده مال نقد و غیرنقد که دارنده سهام در سرمایه است، علی‌رغم ممنوعیت بهره‌مندی از نتایج فعالیت شرکای فعال، از لحظه پایان فعالیت تا زمان واگذاری سهام، مبلغ

قابل توجهی دریافت می‌کند. در شرکت پزشکی نیز اعطای انحصاری چنین سهامی به شرکا، پرداخت منفعتی را حتی پس از پایان فعالیت به شریک مستعفی اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. در این وضعیت، راهکار، بهره‌مندی از وجود آورده صنعت است. باید به آورنده صنعت، سهامی ویژه تعلق گیرد که قابل واگذاری نباشد و در صورت از دست دادن عنوان شریک به هر دلیل، باطل شود. حتی شرکا بتوانند در اساسنامه به آورندگان در سرمایه به نسبت اهمیت فعالیت حرفه‌ای علاوه بر سهام معمولی، این سهام ویژه را نیز اعطا نمایند. کاهش چشمگیر سهم شریک خارج شده از شرکت، ثمره این وضعیت است. به لطف این آینده‌نگری، می‌توان عدالت را به انصاف نزدیک کرد. عدم بهره‌مندی از منافع فعالیت شرکایی که در شرکت فعال هستند، به انصاف نزدیک است و عدالت اقتضا می‌کند قانون رعایت شود بنابراین برای لحاظ جانب انصاف مناسب است به آورنده صنعت سهامی تعلق گیرد که با خروج او از شرکت باطل گردد و به این ترتیب از سودی بهره‌مند نشود که عدالت دریافت آن را الزام آور می‌داند.

۳-۲-۱. تردید نسبت به ارزش مالی مشتری پزشک

منظور از مشتری مدنی ارزشی است که دارنده شغل با ماهیت مدنی با یافتن آن کسب می‌کند. قائل شدن ارزش مالی برای مشتری جوازی است برای شرکا تا بتوانند آن را به عنوان یک آورده مالی به شرکت بیاورند. البته مشتری آورده‌ای متفاوت از آورده صنعت است و عبارت است از یک کار گذشته و یک حق مکتسب. تحقق آورده صنعت به صورت تدریجی ممکن می‌شود و در زمان اختصاص آن به شرکت ارزش آن مشخص نیست. چه مدت زمان تحقق صنعت قطعی نمی‌باشد. برخی از نویسندگان فرانسوی اعتقاد داشتند که مشتری «مردمی هستند آزاد، در همه‌جا، به صورتی که نمی‌توان برای کسی حق انحصاری قائل شد. بنابراین حرفه‌ای بدون انتظار بهره‌برداری از مشتری باید به او خدمت کند. واگذاری، اجاره و آوردن مشتری به شرکت سرایی بیش نیست» (Savatier, 1960: 559). منتهی برخی بر این باور بودند که جذب مشتری به صرف زمان و هزینه نیاز دارد. بنابراین لازم است ارزش مالی آن به رسمیت شناخته شود. دیوان عالی فرانسه در سال ۱۲۰۰ ارزش مالی مشتری پزشک را پذیرفت و اصطلاح «سرمایه آزاد» را به آن اختصاص داد. برابر این تصمیم، «هرچند واگذاری مشتری پزشک به دلیل تشکیل یا واگذاری سرقفلی یک حرفه غیرقانونی نیست، اما نباید آزادی انتخاب بیمار تحت هیچ شرایطی از بین برود».

دیوان عدالت اداری ایران ارزش مالی برای مشتری پزشک قائل نیست. برابر رأی شماره ۵۷۶ مورخ ۱۳۷۱/۷/۱۴، «اماکن استیجاری مطب پزشکان که برای خدمات علمی و تخصصی پزشکی و

معالجه بیماران مورد استفاده قرار می‌گیرند، محل کسب و پیشه یا تجارت محسوب نمی‌شوند تا حق کسب و پیشه یا تجارت به آن تعلق گیرد». پس مطب قائم به شخص طبیب است و با فوت و کناره‌گیری، مشتری وی نیز از دست می‌رود. بنابراین پزشک به دلیل وجود درجه بالایی از اعتماد و اطمینان در رابطه با بیمار، نمی‌تواند مشتری خود را به دیگری و از جمله شرکت به عنوان آورده مالی واگذار کند.

۲. سازگاری مقررات زمان حیات شرکت سهامی با پزشکی

شاید بتوان همه مسائل دوران حیات هر شرکتی را زیر دو عنوان شراکت و مدیریت بررسی کرد؛ قانون‌گذار برای سازگاری مقررات حیات شرکت سهامی با پزشکی، باید با وضع مقرراتی شراکت را تحکیم و مدیریت را دگرگون نماید. در شراکت؛ با تکلیف پزشک به اجرای انحصاری و مؤثر حرفه در شرکت پزشکی، مسئولیت نامحدود شریک و شرکت و اعتماد آگاهانه بیمار تحقق می‌یابد. همچنین تساوی آورندگان مال و صنعت، محدودیت در جذب سرمایه بیرونی و عدم ارزش مالی مشتری، نفی سوداگری را در پی دارد. در نهایت محدودیت در جذب شریک، پذیرش قاعده «هر شریک، یک رأی» و حق کناره‌گیری، استقلال را برای شریک به ارمغان می‌آورد. در مدیریت نیز؛ وضع قواعدی چون انتخاب مدیرحرفه‌ای و مدیریت همه شرکا و منع مدیر از دخالت در فعالیت شرکای دیگر و تقویت اکثریت‌ها در مجامع عمومی استقلال شریک را تضمین می‌کند.

۲-۱. تحکیم شراکت

در شرکت پزشکی ایجاد تغییراتی در ارتباط با شریک و سهم‌الشرکه می‌تواند ما را به مطلوب، یعنی تحکیم شراکت نزدیک سازد؛ از یک طرف باید حقوق شرکای شرکت پزشکی را تقویت نمود و در مقابل تکالیفی ویژه بر ایشان تحمیل کرد. از طرف دیگر لازم است تقسیم درآمد به صورت متفاوتی از شرکت سهامی صورت پذیرد، در پرداخت درآمد برای مشتری، ارزش مالی و در واگذاری سهام به ثالث شرایط سختی در نظر گرفت.

۲-۱-۱. تغییرات مرتبط با شریک

در شرکت پزشکی، بهتر است حقوق شرکا تقویت و در مقابل تکالیف سنگین‌تری بر آنان تحمیل شود. مانند آنکه شرکای چنین شرکتی موظف به اجرای مؤثر و انحصاری در شرکت باشند. بدین صورت که ایشان مکلف شوند به صورت مؤثر در فعالیت موضوع شرکت و منحصرأ در یک شرکت پزشکی به امر طبابت بپردازند. از طرفی برخلاف شرکت سهامی که میزان مسئولیت شریک محدود و به میزان مبلغ اسمی سهام وی است، (ماده ۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت)، در شرکت پزشکی مانند شرکت تضامنی و نسبی مسئولیت نامحدود پزشک مناسب‌تر است.

۱-۱-۱-۲. تقویت حقوق شریک

در شرکت پزشکی، لازم است برای شریک حق بر اطلاعات، حق رأی و حق کناره‌گیری از شرکت را به رسمیت شناخت تا مسئولیت نامحدود ایشان در برابر دیون شرکت توجیه‌پذیر باشد. حق بر اطلاعات؛ پزشک باید خود را در مقابل حفظ اسرار بیان شده توسط بیمار متعهد بداند (یزدانیان و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۰۲)؛ در اجرای مشارکتی، از آنجا که پزشک شریک باید بتواند بدون نگرانی از افشای اسرار بیمار برای کسب نتایج درمانی بهتر آن را با همکاران شریک خود در میان بگذارد، شرکت درآمد ناشی از فعالیت حرفه‌ای شریک را دریافت می‌کند و شرکای شرکت نسبت به دیون آن مسئولیت نامحدود دارند، باید حق اطلاع گسترده شرکا نسبت به فعالیت یکدیگر را به رسمیت شناخت.

حق رأی؛ حق رأی سهام‌داران در شرکت سهامی، تابع اصل نسبیت می‌باشد؛ یعنی هر شریکی که سهام بیشتری دارد حق رأی بیشتری نیز خواهد داشت (تبصره ماده ۷۵ لایحه قانونی). این قاعده را که در مورد حق رأی سهام‌داران در مجمع عمومی است می‌توان با استفاده از وحدت ملاک به حق رأی آنان در مجامع دیگر نیز تسری داد (اسکینی، ۱۳۹۲: ۸۴). منتهی این اصل برای شرکت پزشکی مناسب نیست؛ چه فعالیت پزشک شریک ارزشی به مراتب بیشتر از سهام وی در سرمایه دارد (ماده ۱۳ قانون ۱۹۶۶). قاعده «هر شریک: یک رأی» مناسب‌تر و نتایج بهتری نسبت به قاعده «یک سهم: یک رأی» دارد. قاعده پیشنهادی تنها با جدایی سرمایۀ شرکتی و حق رأی تحقق می‌یابد (Daigre, 1991: 12). در مورد تعداد آرا می‌توان صرف‌نظر از نوع آورده یا میزان سهم الشرکه، تساوی آرای شرکا را الزام‌آور کرد (ماده ۱۹ سابق آیین‌نامه ۱۹۷۷). هرچند این وضعیت، تصمیم‌گیری در مجمع عمومی را دشوار می‌کند (Mourzitch, 1977: 150).

حق کناره‌گیری؛ از ماده ۴۱ لایحه قانونی، مجوز اعمال محدودیت در آزادی شرکا در انتقال سهم برای مجمع عمومی یا مدیران شرکت استنباط می‌شود. مخالفت شرکت با واگذاری سهام، شریک را در سهم خود زندانی می‌کند و نداشتن حق تقاضای اعلان انحلال شرکت از دادگاه، به دلیل حصری بودن اسباب انحلال در ماده ۲۰۱ لایحه قانونی (اسکینی، ۱۳۹۲: ۶۷)، وضعیت را تشدید می‌نماید. لازم است با وضع مقرره‌ای، شرکت یکی از شرکا را به خرید سهام شریک خواهان کناره‌گیری، ترغیب یا اینکه خود سهام را به منظور ابطال آن خریداری نماید. وجود چنین مقرره‌ای مانع از ورود شریک جدید بدون موافقت شرکا می‌شود. ضمن اینکه به رسمیت شناختن حق کناره‌گیری، استقلال شریک را تقویت می‌کند.

۲-۱-۱-۲. تحمیل تکالیف ویژه بر شریک

صرف عضویت، تضمینی برای بقای شریک در شرکت پزشکی نیست؛ شرکای وابسته به حرفه‌های آزاد به‌عنوان نمایندگان واقعی شرکت متبوع خود (Mousseron, 1966: 16)، برای تضمین اجرای حرفه باید در شرکت به‌طور مؤثر و انحصاری فعالیت نمایند (ماده ۴ قانون ۱۹۶۶).

اجرای انحصاری حرفه در شرکت پزشکی؛ برابر این اصل، شریک موظف است تا منحصرأ حرفه پزشکی را در شرکت متبوع خود انجام دهد و خارج از شرکت و در سایر شرکت‌ها، حق ندارد اجرای انفرادی یا مشارکتی داشته باشد (ماده ۴ قانون ۱۹۶۶). در شرکت پزشکی این تکلیف برای تمامی شرکا الزامی است و حتی برخی آیین‌نامه‌های کنونی حاکم بر پزشکی، اجرای انحصاری را^۱ پیش‌بینی نموده‌اند. درحالی که در شرکت سهامی تنها آورندگان صنعت مکلف به اجرای انحصاری‌اند.

اجرای مؤثر حرفه در شرکت پزشکی؛ شرکای شرکت پزشکی نباید صرفأ نظاره‌گر فعالیت دیگران (Behin, 1970: 543)، یا به تعبیر فرانسوا تره، دارنده «سهام پوچ» (Terre, 2013: 25)، باشند. چه این رفتار با سازنده جوهره حرفه آزاد یعنی «رابطه بین حرفه‌ای و مشتری»، سازگاری ندارد (Savatier, 1966: 456). ضرورت حضور مؤثر اعضا در ماده ۱۳ آیین‌نامه تأسیس مرکز جراحی محدود، نشان‌دهنده توجه واضعان برخی آیین‌نامه‌ها به این مهم است.

با وجود الزام شرکا به فعالیت انحصاری در شرکت و برخورد با پزشکان متخلف از این قاعده، هم‌چنان مشکلاتی در مسیر راه «اجرای مؤثر حرفه» قرار دارد؛ هیچ قانون‌گذاری نمی‌تواند ملاکی برای میزان و درجه این اصل ارائه کند. بنابراین، تنها راه حل، سنجیدن کیفیت فعالیت شریک نسبت به سایر شرکاست. در این شرایط کاهش فعالیت یک شریک به معنای اخراج او از شرکت نیست. به‌علاوه، با وجود اینکه پزشک محکوم به انفصال موقت از فعالیت در مدت مجازات منع شده اما او هم‌چنان عنوان شریک را با تمام حقوق و تکالیف ناشی از آن دارد. می‌توان با وضع مقرره‌ای به سایر شرکا اجازه داد تا او را از شرکت اخراج نمایند. پزشک شریک معلق از انجام وظایف، همانند همتای منفصل موقت، عنوان شریک را حفظ می‌کند.

در این میان وضعیت پزشک شریک منفصل دائم متفاوت است. او علاوه بر اینکه از انجام حرفه منع می‌شود، عنوان شریک را نیز از لحظه اجرایی شدن تصمیم انفصال از دست می‌دهد نه از زمان واگذاری سهام؛ چنین شریکی دیگر برای مشارکت در فعالیت حرفه‌ای نقشی ایفا نخواهد کرد. به‌ویژه که در صورت پذیرش او به‌عنوان شریک در این مدت زمان، مشکل بتوان وی را از حقوقش نسبت به

۱. مواد ۳۸، ۳۴، ۱۴، ۱۳ آیین‌نامه تأسیس مرکز جراحی محدود.

منافع شرکت محروم کرد؛ وضعیتی که خوشایند سایر شرکا نیست (Daigre, 2007: 6-12).

۳-۱-۱-۲. تحمیل مسئولیت سنگین بر پزشک شریک

مسئولیت محدود شریک در یک شرکت سهامی خاص (ماده ۱ لایحه قانونی)، با شرکتی مشکل از پزشکان سازگار نیست؛ در شرکت سهامی برای شرکا مسئولیتی بیشتر از مبلغ اسمی سهام آنان پیش‌بینی نشده است. این درحالی است که درجه بالای اعتماد و اطمینان در شرکت پزشکی می‌طلبد تا شریک پزشک علاوه بر حفظ مسئولیت شخصی در برابر دیون شرکت و شرکا مسئولیت نامحدود داشته باشد. وضعیتی که شرکت نسبی (ماده ۱۸۶ قانون تجارت) و شرکت تضامنی (ماده ۱۲۵ قانون تجارت)، را در ذهن تداعی می‌کند.

حفظ مسئولیت شخصی پزشک شریک؛ در مواردی که رابطه پزشک با بیمار قراردادی است در صورت ورود زیان به دلیل نقض قرارداد، فرض تقصیر به نفع بیمار وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶۰). حال اگر به دیدگاهی بی‌پندیم که تفکیک تعهد به وسیله و نتیجه را در باب مسئولیت مدنی نمی‌پذیرد (شهیدی، ۱۳۹۵: ۱۲۰)، هیچ‌گاه اثبات تقصیر پزشک برعهده بیمار نیست. در این شرایط طبیعی است که طبیب به محدود شدن دایره مسئولیتش در اجرای مشارکتی امید داشته باشد. منتهی این رویا نباید محقق شود؛ پزشک باید برای تقویت استقلال خود و اعتماد بیمار، مسئول تمام اعمال زیان‌بار خود باشد (Daigre, 1995: 531). حتی بیمار از شرکت دریافت‌کننده مبالغ در قبال خسارات ناشی از اعمال زیان‌بار شریک خود، انتظار مسئولیت تضامنی دارد نه مسئولیت محدود (Daigre, 2005: 989). این نوع مسئولیت با روابط متقابل میان شریک و شرکت توجیه‌پذیر است؛ تقصیر شریک باید تقصیر شرکت تلقی شود.

برقراری مسئولیت نامحدود شرکا؛ روشن است که شرکت سهامی از شرکت‌های بامسئولیت محدود است (ستوده تهرانی، ۱۳۹۵: ۱۱). پس جداسازی کامل دارایی شریک از شرکت صورت می‌پذیرد. منتهی در ارتباط با حوزه‌ای که با حقوق بیمار پیوند تنگاتنگی دارد و در شرکتی که در آن درجه بالایی از اعتماد و اطمینان بر روابط حاکم است، باید تغییراتی ایجاد شود. همین رابطه مبتنی بر اعتماد، قانون‌گذار را به پذیرش مسئولیت نامحدود شرکای شرکت‌های اشخاص همانند شرکت تضامنی (مواد ۱۱۶ و ۱۲۴ قانون تجارت)، نسبت به دیون شرکت وادار نمود.

گسترش دایره مسئولیت نامحدود شرکا؛ برابر ماده ۱۱۸ لایحه قانونی، دیون ایجاد شده توسط مدیر در چهارچوب موضوع شرکت جز دیون شرکت محسوب می‌شوند. اما خسارت‌های متنوع عصر حاضر سبب شده تا بار دیگر قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» مورد توجه حقوق‌دانان قرار گیرد (غلامی و دیگران، ۱۴۰۰: ۲۹۷). برابر قاعده مذکور، چون شرکت از امتیازات فعالیت شریک

بهره‌مند می‌گردد خسارات ایجاد شده توسط وی نیز باید جز دیون شرکت تلقی شوند. در این صورت، شرکا با حفظ حق رجوع به شریک خاطی (سیدی آرانی، ۱۳۹۶: ۹۹)، در کنار شرکت مسئولیت دارند. تصویب چنین مقرراتی امور را تسهیل و جایگزینی را آسان می‌کند و نتایج خوبی برای بیمار دارد. به‌ویژه که طبیب مکلف به ادامه درمان تا انتهاست.

۲-۱-۲. تغییرات مرتبط با سهم‌الشرکه

لازم است در خصوص سهم‌الشرکه نیز تدابیری اتخاذ شود تا بتوان در راستای تحکیم شراکت گام برداشت: تقسیم متفاوت درآمد، قائل شدن ارزش مالی برای مشتری در پرداخت منافع و واگذاری سهام چنین شرکتی صرفاً به پزشکان معتمد از جمله این تدابیر هستند.

۲-۱-۲-۱. تقسیم متفاوت درآمد

معیار تقسیم منافع میان شرکا مسئله‌ای نوپدید در اجرای مشارکتی پزشکی است. در اجرای انفرادی این فعالیت حرفه‌ای است که شرکا را مستحق دریافت درآمد می‌کند نه سرمایه آنان. در هر صورت، در اجرای مشارکتی برای ایجاد مساوات میان آورندگان صنعت و سرمایه، باید اصل بر تقسیم مساوی منافع میان آورندگان متفاوت باشد. لازمه عدم ترجیح آورنده سرمایه بر صنعت وضع چنین مقرره‌ای است: «لازم نیست تقسیم منافع متناسب با آورده در سرمایه باشد. در صورت نبود قید اساسنامه‌ای، هر شریک به نسبت برابر در منافع شرکت سهم دارد» (Gouyou, 1993: 254). نفی سوداگری نتیجه این وضعیت است که باید از آن استقبال کرد.

۲-۱-۲-۲. در نظر گرفتن ارزش مالی مشتری در پرداخت درآمد

با مشارکتی شدن طبابت، ارزش مالی مشتری تأیید می‌شود و حقوق ایران چاره‌ای جز پذیرش آن نخواهد داشت؛ بی‌تردید شریکی که از مجموعه کناره‌گیری می‌کند و وراثت شریک متوفی، حق واگذاری سهم‌الشرکه خود یا مورث را دارند. در واقع، سهم‌الشرکه یک مال واقعی است. دیوان عالی کشور فرانسه در رأی مورخ ۳ مارس ۱۹۹۳ ارزش مالی سهم‌الشرکه را تأیید می‌کند و بدین ترتیب پایه‌ای حقوقی بدان می‌بخشد: «این ویژگی سهم‌الشرکه از این واقعیت منتج می‌شود که حق شریک به تقسیم منافع و بهره‌مندی از صرفه‌جویی اقتصادی حاصل از بهره‌برداری در شرکت با سهم‌الشرکه پیوند خورده است»^۱. در نتیجه، از آنجا که سهم‌الشرکه شرکت پزشکی معرف مشتری نیز است، ارزش مالی مشتری به صورت غیر مستقیم تأیید می‌شود و تردیدها را در خصوص ارزش یاد شده از بین می‌برد. پس باید پذیرفت که در اجرای مشارکتی، ویژگی سوداگرانه نبودن طبابت تا اندازه‌ای آسیب می‌بیند.

1. Cass. 1re civ., 3mars1993, n°de pourvoi:91-16157

در وضعیت تبدیل آورنده صنعت به شریک در سرمایه، ره آورد خوبی انتظار آورنده صنعت را می‌کشد؛ می‌توان موقعیتی ایجاد نمود تا او از افزایش ارزش مشتری حاصل از فعالیت همه شرکا، بهره‌مند و به شریک در سرمایه تبدیل شود. بدین صورت که «اگر منابع ایجاد شده به دلیل عدم تقسیم منافع و یا ارزش افزوده دارایی شرکت ناشی از فعالیت شرکا اجازه دهد، سرمایه شرکت به صورت متناوب افزایش می‌یابد و سهام حاصل از آن به همه شرکا، حتی آورندگان صنعت اختصاص داده می‌شود» (ماده ۳۸ آیین‌نامه ۱۹۷۷). در این صورت افقی روشن پیش روی پزشکانی قرار می‌گیرد که از لحاظ مادی امکان دسترسی به شرکت پزشکی را ندارند؛ ایشان نخست با آورده صنعت وارد شرکت شده و سپس به شرکای در سرمایه تبدیل می‌شوند (Daigre, 1995: 66). علاوه بر این، در صورتی که شریک آورنده صنعت خواهان کناره‌گیری از شرکت باشد، سهمی از ارزش افزوده مشتری به او، که به دلیل فعالیت وی و سایر شرکا ایجاد شده، تعلق می‌گیرد^۱ و ازین حیث وضعیتی یکسان با آورنده وجه نقد یا غیرنقد دارد.

۳-۲-۱-۲. سخت‌گیری در واگذاری سهام

لازمه عملکرد صحیح شرکت پزشکی وجود تفاهمی آرمانی میان شرکاست. پس این پرسش مطرح می‌گردد که نقش پزشکان شریک در جذب شریک همکار جدید چیست؟ در شرکت سرمایه، به دلیل اهمیت کمتر شخصیت شرکا، انتقال سهام آزادانه صورت می‌پذیرد. در شرکت سهامی خاص، آزادی انتقال سهم یک اصل پذیرفته شده است و فقط مجمع عمومی یا شرکت با نمایندگی مدیران، حق دارند این آزادی را محدود نمایند (مفهوم مخالف ماده ۴۱ لایحه قانونی). منتهی مناسب است اجماع، تنها راه واگذاری سهام به اشخاص ثالث باشد. همچنین، به دلیل مسئولیت نامحدود شرکا، دیگر ضرورتی مبنی بر ارائه دلیل برای رد شریک جدید از جانب شرکا وجود نداشته باشد. علاوه بر این، همین قواعد در صورت فوت شریک نیز حاکم باشد. رابطه اعتماد و اطمینان بین شرکا اجازه تحمیل وراثت بر شرکای همکار را ندهد. در نهایت، برای توجه به ویژگی شخصی و خاص فعالیت اجرا شده در شرکت، سهام بانام در نظر گرفته شود.

مناسب است در ب‌های شرکت پزشکی بر پزشکان باز باشد. در غیر این صورت لازم است واگذاری سهام تنها با موافقت پزشکان فعال در شرکت صورت گیرد. با تصویب مقررات عام و آمره‌ای در این خصوص، دیگر تفاوتی میان واگذاری سهام به سایر شرکا و یا اشخاص ثالث وجود نخواهد داشت و توافق خلاف این مقررات ممکن نخواهد بود. در نهایت، سهام ممتاز (ماده ۴۲ لایحه قانونی) با ارزش رأی دو برابر که استقلال را تقویت می‌کند به پزشکان شاغل در شرکت تعلق خواهد گرفت.

1. Cass.1re civ, 6 décembre 2007

۲-۲. دگرگونی در مدیریت

قانون‌گذار درخصوص مدیریت شرکت سهامی، اداره شرکت را به هیئت مدیره و رئیس آن به‌طور مشترک واگذار و وظایف و تعهدات این دو نهاد را پیش‌بینی کرده است. توجه ویژه به حقوق اشخاصی که با شرکت معامله نموده‌اند و باطل ندانستن معاملات مدیران شرکت با اشخاص ثالث به‌دلیل محدودیت‌های اساسنامه‌ای (ماده ۱۱۸ لایحه قانونی) از دیگر تمهیداتی است که قانون‌گذار در خصوص مدیریت چنین شرکتی اندیشیده است. منتهی در مورد صحت معاملات مدیرعامل شرکت سهامی با اشخاص ثالث به‌دلیل محدودیت‌های اساسنامه تردیدهای جدی وجود دارد. سازگاری مقررات شرکت سهامی با پزشکی و دگرگونی مدیریت، مستلزم سازماندهی متفاوت مدیران و کاهش اختیارات است. قواعدی مانند مدیریت تمام شرکا و انتخاب مدیر حرفه‌ای، مدیریت شرکت پزشکی را متفاوت از شرکت سهامی می‌کند. با وضع قواعدی چون منع مدیر از دخالت در فعالیت حرفه‌ای و تقویت اکثریت در تصمیم‌گیری‌ها می‌توان از اختیارات مدیران در شرکت پزشکی کاست.

۲-۲-۱. شیوه نوین انتخاب مدیران

تدابیری چون انتخاب مدیر از میان پزشکان و مدیریت تمام شرکا قواعد شرکت سهامی در موضوع مدیریت را دگرگون خواهد کرد.

۲-۲-۱-۱. انتخاب مدیر حرفه‌ای

در شرکت پزشکی مدیر باید از میان پزشکان انتخاب شود. برابر این قاعده دیگر انتصاب عضو سابق یا بازنشسته به مدیریت و بهره‌مندی از تجربیات اشخاص خارج از مجموعه غیرممکن می‌گردد. منتهی این قاعده با منطق محکمی پشتیبانی می‌شود: «مدیر کمابیش در اسناد حرفه‌ای شرکت دخالت دارد. پس او باید عضو حرفه باشد» (Maury, 2009: 31). برخلاف شرکت سهامی (ماده ۱۰۷ لایحه قانونی)، اگر بنا بر جذب سرمایه بیرونی در شرکت پزشکی باشد، مدیر باید از میان پزشکانی انتخاب شود که به‌صورت انحصاری در شرکت فعالیت می‌کنند.

۲-۲-۱-۲. مدیریت تمام شرکا

باید قاعده‌ای وضع کرد که برابر آن، «تمام شرکا مدیر شرکت باشند، مگر اینکه اساسنامه به‌صورت دیگری پیش‌بینی کند» (ماده ۱۱ قانون ۱۹۶۶). این مقرر قواعد شرکت سهامی (مواد ۱۷ و ۴۸ لایحه قانونی)، که برابر آن‌ها شرکت توسط «یک یا چند شخص» مدیریت می‌شود را دگرگون می‌سازد تا جایگاه تمام شرکا یکسان باشد.

۲-۲-۲. کاهش اختیارات مدیران

استقلال پزشک تقویت می‌شود، اگر مدیر شرکت از دخالت در فعالیت حرفه‌ای شرکا منع شود

و در موضوع تصمیمات جمعی، از اکثریت قوی‌تر در تصمیم‌گیری‌ها حمایت گردد.

۲-۲-۲-۱. منع مدیر از دخالت در فعالیت حرفه‌ای

در راستای عدم وابستگی شریک در انجام حرفه به مدیر، او باید از دخالت در فعالیت حرفه‌ای منع شود (ماده ۱۱ قانون ۱۹۶۶). این وضعیت نافذ مدیریت تمام پزشکان شریک بر شرکت نیست. بدین ترتیب، دیگر موضوع اصلی شرکت (ماده ۱۱۸ لایحه قانونی)، در اختیار مدیر شرکت پزشکی نیست. چنین مقرره‌ای عیب قابل استناد بودن محدودیت‌های اساسنامه‌ای در خصوص اقدامات مدیرعامل شرکت سهامی در برابر ثالث (پاسبان، ۱۳۹۵: ۲۰۴-۲۰۰)، را برطرف می‌کند. از آنجا که کسی که در انجام کاری استقلال دارد، در قبال انجام ندادن آن مسئول است، قاعده پیشنهادی موجه جلوه می‌کند.

۲-۲-۲-۲. تقویت اکثریت در تصمیم‌گیری‌ها

برای کاهش اختیارات مدیران در شرکت پزشکی، قانون‌گذار باید در موضوع تصمیمات جمعی از اکثریت قوی‌تر در تصمیم‌گیری‌ها حمایت کند. در این راستا لازم است قواعدی در موضوع تصمیم‌گیری در هیئت مدیره، مجمع عمومی عادی و مجمع عمومی فوق‌العاده وضع شود. اتخاذ تصمیم با اکثریت قوی‌تر نشان‌دهنده یکپارچگی در گروه و سبب تقویت استقلال پزشکان شریک است. روش تضمین استقلال ایشان، اجماع می‌باشد.

۳. سازگاری مقررات پایان شرکت سهامی با پزشکی

امکان بهره‌مندی از مقررات حاکم بر پایان شرکت سهامی برای شرکت پزشکی به دلایلی چون فراوانی اسباب بطلان و انحلال و اثر قهقرایی بطلان در مقررات شرکت سهامی، به حداقل رسیده است. این مسائل با اعمال یک رژیم استثنایی بر بطلان چنین شرکتی و تغییر اسباب انحلال حل می‌گردد. در این صورت شرکت سهامی قالب مناسبی برای طبابت است. به‌ویژه که امکان بهره‌مندی از امتیازات آن، مخصوصاً دوام شخصیت حقوقی وجود دارد.

۳-۱. لزوم سازگاری مقررات مربوط به بطلان

برای سازگاری مقررات مربوط به بطلان، لازم است اسباب بطلان قرارداد شرکت به حداقل برسد تا خدمات حیاتی سلامت استمرار یابد و آثار عطف بماسبق شدن بطلان قرارداد نه‌تنها در رابطه شریک و بیمار، بلکه در روابط میان شرکا نیز از بین برود تا به قراردادهای درمانی پیش از بطلان خدشه‌ای وارد نشود.

۳-۱-۱. کاهش اسباب بطلان قرارداد شرکت

عدم رعایت مقررات قانونی در خصوص تشکیل شرکت، مجوزی برای شرکاست تا برابر ماده

۲۷۰ لایحه قانونی بطلان را از دادگاه درخواست کنند. شایان ذکر است که این درخواست مانع از اعلام بطلان شرکت به علتی از علل مربوط به قرارداد نیست. حسب ماده مذکور، عدم رعایت یکی از مقررات غیراساسی نیز می‌تواند تقاضای بطلان شرکت را در پی داشته باشد. بهتر است قانون‌گذار با توجه به ویژگی حرفه‌ای شرکت پزشکی، اسباب بطلان را به حداقل برساند.

۳-۱-۲. محور اثر قهقرايي بطلان قرارداد شرکت

در موضوع شرکت پزشکی عطف بماسبق نشدن ابطال قرارداد دو امتیاز دارد: نخست، تضمین امنیت ثالث و جلوگیری از مشکلات عطف بماسبق شدن حتی در روابط شرکا. دوم، حذف حق دخالت مراجع قضایی در امور اداری؛ فراموش نکنیم که شرکت پزشکی بر اساس بند ۳ ماده ۳ قانون نظام پزشکی، با ابلاغ وزارت بهداشت تأسیس می‌شود. منتهی مقررات حاکم بر شرکت سهامی این خواسته منطقی را به‌طور کامل برآورده نمی‌کنند. در واقع، قانون‌گذار در ماده ۲۷۰ لایحه قانونی، وضعیت دوگانه‌ای را پیش‌بینی کرده است: «هرگاه مقررات قانونی در مورد تشکیل شرکت سهامی یا عملیات آن یا تصمیماتی که توسط هر یک از ارکان شرکت اتخاذ می‌گردد رعایت نشود حسب مورد، بنا به درخواست هر ذی‌نفع، بطلان شرکت، عملیات یا تصمیمات مذکور به حکم دادگاه اعلام خواهد شد. لیکن مؤسسين و مديران و بازرسان و صاحبان سهام شرکت نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند».

مسائلی در این خصوص مطرح می‌شود: نخست اینکه اگر اشخاص ثالث به استناد قسمت اخیر ماده ۲۷۰ لایحه قانونی به بطلان استناد کنند، قاعدتاً بطلان آثار عطف بماسبق شونده خود را خواهد داشت. چه بطلان را مطلق بدانیم چه نسبی (رباطی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۲۳). بنابراین اشخاص ثالثی که با شرکت معامله کرده‌اند، می‌توانند از اجرای تعهدات خود با شرکت امتناع نمایند. دوم اینکه، صاحبان سهام، مشمول قسمت نخست این مقرره‌اند و می‌توانند در روابط میان خود به بطلان استناد کنند.^۱ در این صورت نیز باید عطف بماسبق شدن آثار بطلان را پذیرفت.

اهمیت موضوع به این دلیل دوچندان می‌شود که علی‌رغم تصور برخی (اسکینی، ۱۳۹۲: ۶۹)، اشخاص ثالث نه فقط در مورد شرکت سهامی بلکه در خصوص هیچ‌یک از شرکت‌های تجاری، نمی‌توانند از ماده ۲۲۰ قانون تجارت در موضوع بطلان بهره ببرند؛ بدین صورت که اگر مقررات ماده ۲۲۰ قابل اعمال بود، می‌توانستیم ادعا کنیم اقدامات شرکت قبل از صدور حکم بطلان صحیح

۱. نک: رأی شماره ۶۸۰ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۳۰ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۸: شرح ماده ۲۷۰ لایحه قانونی).

است؛ با در نظر گرفتن اینکه موضوع این مقرر «شرکت مخفی» می‌باشد. در حالی که از شرکت باطلی که مدتی به فعالیت می‌پردازد، با عنوان «شرکت عملی» یاد می‌شود. این دو مفهوم نباید با یکدیگر خلط شوند.

بهتر است آثار عطف به‌ماسبق شدن بطلان قرارداد نه‌تنها در رابطه شریک و بیمار، بلکه در روابط میان شرکا نیز از بین برود (ماده ۱۵-۱۸۴۴ قانون مدنی فرانسه). به این معنا که باطل شدن قرارداد همان آثار انحلال شرکت را داشته باشد تا ابطال شرکت به قراردادهای منعقد شده پیش از قطعی شدن ابطال، خدشه‌ای وارد نکند (ماده ۳-۷-۱۸۴۴ قانون مدنی فرانسه). البته به‌دلیل سخت‌گیری خاص قانون‌گذار ایرانی در رابطه با قصد انشا و رضایت و نیز فلسفه وضع مقررات حجر در حقوق ایران که حمایت از محجور است، می‌توان مقرر داشت که «اگر بطلان به‌دلیل نبود اهلیت یا یکی از عیوب رضایت صورت پذیرفته باشد، شخص فاقد اهلیت، نمایندگان قانونی وی یا شریکی که قصد یا رضایتش به‌دلیل اشتباه، اکراه یا دلیلی دیگر مخدوش است می‌تواند به بطلان در برابر اشخاص ثالث استناد کند». در این صورت، او آورده خود را دریافت و شرکت را ترک می‌کند.

۳-۲. لزوم سازگاری مقررات مربوط به انحلال

ضرورت سازگاری مقررات انحلال شرکت سهامی با شرکت پزشکی مستلزم به رسمیت شناختن ویژگی‌های طبابت و سپس کاهش اسباب انحلال چنین شرکتی است.

۳-۲-۱. ضرورت تمایز میان اسباب انحلال شرکت سهامی و شرکت پزشکی

در شرکت سهامی، هیچ‌یک از موارد انحلال مربوط به شرکا وجود ندارد. از آن‌جا که وقفه در طبابت پیامدهای سنگینی به همراه می‌آورد، نظر به اعمال تمام موارد انحلال شرکت‌های اشخاص در شرکت پزشکی نداریم (Lamboley, 2010: 191). از طرفی موضوع این شرکت، اجرای حرفه است و پایان‌یافتن و تحقق موضوع از اسباب انحلال نیست (سیدی آرانی، ۱۳۹۸: ۳۱۳).

۳-۲-۲. ضرورت کاهش اسباب انحلال شرکت پزشکی

با بررسی مقررات حاکم بر اجرای انفرادی درمی‌یابیم که تعطیلی مؤسسه پزشکی امری است اجتناب‌ناپذیر^۱؛ سازگاری حرفه پزشکی با حقوق شرکت‌ها و قرار گرفتن زیر چتر دوام شخصیت حقوقی ضروری است؛ البته قانون‌گذار با وضع مقرراتی می‌تواند تغییر در ترکیب شرکت یا ارتکاب تخلف انتظامی خاصی را سبب تعطیلی موقت یا حتی انحلال بدانند. با نبود چنین مقرره‌ای، امکان

۱. برای نمونه نک: تبصره ۴ ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی، تبصره ۱ و ۲ ماده ۵۱ آیین‌نامه تأسیس مرکز جراحی محدود.

تعطیلی شرکت با این دلایل وجود ندارد. دخالت قانون‌گذار در مسئله انفصال و کناره‌گیری شریک در شرکت پزشکی با وضع چنین مقرره‌ای لازم است: «انفصال یا کناره‌گیری شرکا، به استثنای دو نفر از آن‌ها یا اجتماع سهام در دستان دو شریک سبب انحلال شرکت نیست» (Maruy, 2000: 252). چنین مقرره‌ای با ماده ۳ لایحه قانونی و مقررات شرکت‌های اشخاص مانند ماده ۱۳۶ قانون تجارت مخالف است اما نشان از کاهش اسباب انحلال شرکتی با موضوع حیاتی طبابت دارد.

نتیجه

اعمال خودخواهانه مقررات شرکت سهامی بر حرفه پزشکی ما را به مطلوب نمی‌رساند. لازم است مقررات قالب پیشنهادی با ویژگی‌های موضوع فعالیت سازگار باشند. قدرت انحصاری قانون‌گذار در ایجاد حق و تکلیف، دخالت وی را در این عرصه اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. بی‌تردید، قانون‌گذار باید یا مقررات سازگاری با پزشکی وضع و یا حداقل مقررات موجود را با آن سازگار کند. برای انجام این مهم، او باید ویژگی‌های طبابت اعم از استقلال، سوداگرانه نبودن و صلاحیت خاص علمی و دلیل وجودی آن‌ها یعنی اعتماد آگاهانه بیمار را در تمام مراحل وجودی شرکت، از تشکیل تا پایان شخصیت حقوقی، نقطه پرگار قرار دهد. ویژگی‌هایی که طبابت را به حرفه‌ای منحصر به فرد تبدیل می‌کند. مناسب است در نظام اصلاحات، اقتضانات خاص هر ویژگی برآورده شود تا حرفه دچار دگرگونی ماهیتی نشود.

تمایز پزشک از کارمند می‌طلبد تا به اقتضانات استقلال توجه شود: حفظ آن، تغییر در مقررات مدیریت و شراکت را ایجاب می‌کند؛ در مدیریت، ممنوعیت مدیر از دخالت در اعمال حرفه‌ای و مدیریت همه شرکا استقلال وی را در برابر کارفرمای داخلی تأمین می‌نماید. تقویت اکثریت در تصمیم‌گیری‌ها وضعیت را بهبود می‌بخشد. در شراکت، استقلال پزشک در برابر اشخاص خارج از شرکت با عدم استقبال از سرمایه بیرونی حمایت می‌شود. ایجاد حق کناره‌گیری، برای پزشک این امکان را فراهم می‌کند که با وجود همه تمهیدات، اگر استقلال خود را در مخاطره دید، بتواند مجموعه را بدون وجود شرطی خاص ترک کند. تمایز پزشک از کارمند می‌طلبد تا اقتضانات نفی سوداگری لحاظ شوند: در مرحله تشکیل شرکت می‌توان با تقویت جایگاه آورده صنعت و نفی مالیت آورده مشتری مانع از سوداگری شد. اما نمی‌توان ارزش مالی آورده مشتری را نفی نمود، به این دلیل ساده که مشتری در شرکتی با موضوع اجرای طبابت از اجزای تشکیل دهنده سهم الشرکه (به عنوان یک مال واقعی) محسوب می‌شود. جالب است که همین وضعیت در طول حیات شرکت به نفع آورنده صنعت تمام می‌شود؛ می‌توان با اختصاص سهمی از ارزش افزوده مشتری، وی را به شریک در سرمایه تبدیل نمود. صلاحیت علمی طبیب او را از سایر اشخاص، متمایز می‌کند و لحاظ خدمات

حیاتی سلامت به عنوان ره‌آورد آن اقتضائاتی دارد: در طول حیات، مناسب است اصل «هر شریک، یک رأی» جایگزین «هر سهم، یک رأی» گردد و سهامی به آورنده صنعت تعلق گیرد که با خروج وی از شرکت باطل شود. در مرحله پایان، لازم است اسباب بطلان و انحلال، کاهش و آثار عطف بماسبق شدن بطلان، نه تنها در روابط میان شریک و ثالث، بلکه در روابط میان شرکا حذف شود. هر چند «اعتماد آگاهانه» بیمار دلیل وجودی سایر ویژگی‌هاست، منتها نمی‌توان اقتضائات آن را نادیده انگاشت. در این میان، برخی تغییرات تأثیر مستقیمی بر این اعتماد دارند؛ محدودیت در تعداد شرکا، ممنوعیت عضویت اشخاص حقوقی و غیرحرفه‌ای صرفاً سرمایه‌گذار در شکل‌گیری، اجرای انحصاری و مؤثر شرکا در گسترش و مسئولیت نامحدود ایشان در برابر دیون شرکت و مسئولیت شخصی شریک در قبال رفتار زیان‌بار در تضمین این اعتماد مؤثر هستند. در این راستا، پیشنهاد می‌شود اجماع تنها راه واگذاری سهام به وارث و ثالث باشد. درست است که این موضوع برای ایجاد تفاهم میان شرکای شرکت پزشکی مطرح می‌شود، منتهی بدون شکل‌گیری آن، صحبت از اعتماد آگاهانه بیمار بی‌معناست. با این دگرگونی‌ها، می‌توان از شرکت سهامی خاص به عنوان قالبی مناسب برای اجرای مشارکتی طبابت استقبال نمود و از امتیازات آن، به‌ویژه دوام شخصیت حقوقی، برای جاودانه ساختن این اعتماد ارزشمند بهره برد.

منابع

فارسی

- اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۲)، حقوق تجارت شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- پارسا، مجتبی و باقر لاریجانی (۱۳۸۸)، «مروری بر سهم‌خوااری از نظر مفهوم، تاریخچه و کدهای اخلاقی»، *مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی*، دوره ۳، ویژه‌نامه.
- پاسبان، محمدرضا (۱۳۹۵)، حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات سمت.
- دمرچیلی، محمدعلی، علی حاتمی و محسن قرانی (۱۳۸۸)، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، چاپ نهم، تهران: انتشارات دادگستر.
- رباطی، مهسا، سعید محسنی و سیدمحمد مهدی قبولی درافشان (۱۳۹۶)، «عدم قابلیت استناد بطلان در شرکت‌های تجاری»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۹، شماره ۴.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۵)، حقوق تجارت، جلد دوم، چاپ بیست و پنجم، تهران: انتشارات دادگستر.
- سیدی آرانی، سیدعباس (۱۳۹۳)، «اختلاط مفهوم اشاعه و شرکت در قانون مدنی ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۷، شماره ۶۶.
- سیدی آرانی، سیدعباس (۱۳۹۶)، شرکت مدنی حرفه‌ای سردفتری (از پیدایش در فرانسه تا پذیرش در ایران)، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- سیدی آرانی، سیدعباس (۱۳۹۷)، «مقایسه شرکت نسبی حقوق ایران با شرکت مدنی حقوق فرانسه»، *مجله حقوق اسلامی*، سال ۱۵، شماره ۵۹.
- سیدی آرانی، سیدعباس (۱۳۹۸)، «سردفتری ایران و ضرورت بازبینی در روش اجرای آن»، *مجله مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۹، شماره ۲.
- سیدی آرانی، سیدعباس (۱۳۹۹)، «سازماندهی مؤسسات حقوقی در پرتوی موضوع فعالیت»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۳، شماره ۹۰.
- شجاعی، امیراحمد و فرشته ابوالحسنی (۱۳۹۱)، «تحقق خارجی اعتماد در رابطه پزشک و بیمار»، *مجله اخلاق پزشکی*، دوره ۵، شماره ۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۵)، حقوق مدنی، آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، چاپ هفتم، تهران: انتشارات مجد.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۳)، الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، جلد دوم، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- وکیلان، حسن و داور درخشان (۱۳۹۹)، «راهکارهای پیشگیری و مدیریت تعارض منافع در نظام قضایی با رویکرد تطبیقی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- غلامی، جهان‌بخش و سلمان باقرپور (۱۴۰۰)، «سوءاستفاده شرکت مادر از شرکت‌های تابعه در حقوق ایران؛ مصادیق، تبیین مسئولیت و راهکارها»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- لاریجانی، باقر (۱۳۸۳)، پزشک و ملاحظات اخلاقی، جلد اول، تهران: انتشارات برای فردا.

- ملکی، مهدی (۱۳۴۸)، «مقایسه لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری و قانون نظام پزشکی»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۱۱۴.
- یزدانیان، علی رضا و مینا عبداللہزاده (۱۳۹۵)، «رازداری؛ حق بیمار و مسئولیت مدنی پزشک»، *مجله اخلاق پزشکی*، دوره ۱۰، شماره ۳۵.

فرانسوی

- Bardoul, (J.), (1973), Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles, RDS.
- Chappuis, J. (1969), *Les sociétés civiles professionnelles notariale*. Thèse, l'Université Lyon III.
- Cozian, (M). VIANDIER (A) et F. DEBOISSY, (2012). *Droit des sociétés*, 25e édition, Paris : LexisNexis.
- Daigre, (J.J). (1991), L'associé d'une SCP est personnellement responsable des conséquences dommageables de ses actes et la société solidairement avec lui, *Bull.Joly*
- Daigre, (J. J), (1991), "Commentaire du titre premier de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, Bulletin Joly Sociétés", 1 mars 1991, n° 3.
- Daigre, (J.J.), (1995), *L'exercice en groupe monoprofessionnel*, publié dans Exercice en groupe des professions libérales, Paris : GLN Joly éd,
- Daigre, (J.J.), (2005), La victime d'une faute professionnelle d'un associé d'une SCP peut agir contre l'associé ou contre la société ou contre les deux, note sous arrêt cass. 1re civ., 1er mars 2005, n° de pourvoi : 03-19396, Bull. Joly, 1 août.
- Daigre, (J.J). (2007), Le notaire destitué perd sa qualité de notaire, mais ne perd sa qualité d'associé de la SCP qu'après avoir cédé ses parts sociales, note sous arrêt cass. com., 22 mai 2007, n° de pourvoi : 06-12. 193, Bull. Joly, 1 octobre 2007.
- De Mourzitch, (J), Les sociétés civiles professionnelles de médecins (Commentaire analytique du décret n° 77-636 du 14 juin 1977), JCP, 1977-I-2866, n° 16.
- Gouyou, (R.), (1993), L'intérêt du client dans l'exercice en groupe des professions libérales (Avocats, notaires, médecins, pharmaciens), LPA, 14 mai 1993, partie I, n° 58.
- Gouyou, (R.), (1993), L'intérêt du client dans l'exercice en groupe des professions libérales (Avocats, notaires, médecins, pharmaciens), LPA, 17 mai 1993, partie II, n° 59.
- Lamboley, (A), (2010). *Sociétés civiles professionnelles. -Dissolution*, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc.191-13, 30 juin 2010, n°3.
- Le Cannu, P. Dondero, (2012), *B. Droit des sociétés*, 4e éd, Paris : Lextenso.
- Maury (F.), (2000). *L'exercice, sous la forme d'une société, d'une profession libérale réglementée*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Maury (F.), (2009). *Sociétés civiles professionnelles*, Rép. Sociétés Dalloz, janvier.
- Mousseron, (P), (1966). L'originalité des sociétés libérales, *JDS*, 2010, n°16.
- Savatire, (R), (1966), *Qu'est-ce qu'une profession libérale?* in Rev. Projet,

- civilisation, travail, économie, Paris : Centre de recherche et d'action sociale.
- Savatire, (R)., (1960), L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français, *Mel.J. Maury*, t.II, Dalloz-Sirey
 - Seyedi Arani, (A, S), (2013), La Pertinence du modele Francais de la societe civile professionnelle pour le notariat Iranien, Thèse, l'Université Lyon III.
 - Terre, (F), (1967), L'exercice en commun de la profession de notaire : sociétés titulaires d'un office notarial, JCP N, 1970-I-2302.
 - Terre, (F.), (2013), **Les sociétés civiles professionnelles**, JCP, 1967-I.

آرای دیوان عالی کشور فرانسه

- Cass. 1re civ (2001), 7 novembre 2000, D.2001.2400, note Y.AUGUET, D.2001, somm.3081, obs.J. PENNEAU.
- Cass.1re civ., 6 décembre 2007, n° de pourvoi : 05-17090.
- Cass.1re civ., 3 mars 1993, n° de pourvoi : 91-16157.

اصل تناسب در توقیف داده و سامانه در فرایند کیفری^۱

صادق تبریزی*، حسن عالی‌پور**، محمدرضا الهی‌منش***

چکیده

درک اصل تناسب در توقیف داده و سامانه در گرو فهم درست ماهیت داده و سامانه است. داده به عنوان اطلاعات یا هر نماد قابل ذخیره، انتقال و پردازش از طریق سامانه‌های رایانه‌ای و سامانه، بستری برای کنش‌ها و قابلیت‌های مرتبط با داده است. پیوستگی این دو به هم، بستر رایانه‌ای و سپهر فناوری اطلاعات و ارتباطات را شکل می‌دهد که اصل تناسب باید با توجه به همین ویژگی معنا شود. اصل تناسب در توقیف داده، به معنای برقراری توازن میان چهار عنصر ضرورت توقیف، اهمیت داده و سامانه، ارتباط داده یا سامانه با جرم و ارتباط داده یا سامانه با داده‌ها و سامانه‌های دیگر است. نوشتار حاضر با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و تصمیمات قضایی، به روش توصیف و تحلیل کوشیده تا نشان دهد، تناسب در توقیف داده و سامانه، با توقیف بستر فعالیت قابل مقایسه است و نه توقیف مال یا سند و به این نتیجه رسیده است که تناسب در توقیف داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای علاوه بر اتکا به رویکردهای مبتنی بر بایستگی‌های فضای سنتی مانند اعمال اقدامات احتیاطی برای رعایت حقوق جامعه و بزه‌دیده و اقتضانات فضای سایر مانند درک جایگاه فضای مبادلات رایانه‌ای در فعالیت‌های امروزی، به پاسداشت حقوق متهم نیز توجه داشته است.

واژگان کلیدی: داده، سامانه، تحقیقات مقدماتی، توقیف داده یا سامانه، اصل تناسب

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری تخصصی آقای صادق تبریزی تحت عنوان «بررسی تطبیقی توقیف داده و سامانه در مرحله تحقیقات مقدماتی در نظام کیفری ایران و نظام حقوقی اتحادیه اروپا» با راهنمایی آقایان دکتر حسن عالی‌پور و محمدرضا الهی‌منش و مشاوره آقایان دکتر جواد طهماسبی و دکتر مهدی فضلی در دانشگاه آزاد اسلامی است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران
tabrizi.sadegh1400@gmail.com

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران (نویسنده مسئول)
hassan.alipour@gmail.com

*** استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران
m.elahimanesh92@yahoo.com

مقدمه

در نظام کیفری ایران، یکی از مهم‌ترین اصول، اصل تناسب است که در بسیاری از مباحث حقوق جزای ماهوی و شکلی مورد توجه قرار گرفته است. در مباحث حقوق ماهوی جزایی می‌توان مهم‌ترین جلوه اصل تناسب را بین جرم و مجازات توصیف کرد که بر این اساس باید بین جرم ارتكابی و مجازاتی که مقنن برای آن در نظر گرفته، تناسب برقرار باشد. بر همین اساس، تناسب، هماهنگی و هم‌سویی میان مجازات و جرم از لوازم یک نظام کیفری متعادل است. در حقوق جزای شکلی نیز در مواد مختلفی از قانون آیین دادرسی کیفری و در مراحل مختلف دادرسی به لزوم توجه به این اصل تصریح شده است. مهم‌ترین جلوه اصل تناسب در آیین دادرسی کیفری مربوط به تحصیل دلیل و صدور قرار تأمین کیفری می‌باشد. در این راستا فقط باید دلایلی را که برای اثبات جرایم مؤثر و مرتبط هستند را تحصیل و در جهت اثبات جرایم مورد استفاده قرار داد.

تناسب بر وزن تفاعل (مصدر)، ثلاثی مزید از ریشه «نَسَب و نَسَبَه» دارای مفهوم فعلی طرفینی است. در لغت به معنای به «همدیگر پیوند شدن، با هم مناسبت داشتن، وجود داشتن و نسبت و رابطه میان دو کس یا دو چیز و برابری دو نسبت است» (عمید، ۱۳۷۵: ۱۹۰۲). در متون اسلامی، بعضی از فقها ریشه تناسب را عدل و عدالت دانسته و در اصطلاح قرآنی عدل به معانی متعدد تعبیر گردیده است که یکی از آن‌ها اعطای حق به ذی‌حق است (حجرات: ۱۳، الرحمن: ۷ تا ۸، شوری: ۴۰، یونس: ۲۷، غافر: ۴۰، بقره: ۱۹۴ و نساء: ۲۳). بنابراین در بحث تناسب داده و سامانه، می‌توان گفت که تناسب به معنای هماهنگی‌ای است که باید بین جرم ارتكابی و داده و سامانه توقیف شده برقرار باشد. در علم حقوق نیز در گرایش‌های مختلف آن، بسته به نوع موضوع حقوقی، اصل تناسب مورد استفاده قرار گرفته است. از همین‌رو گفته می‌شود؛ تناسب یک اصل حقوقی است که در تمام مواردی که برخوردی میان یک قدرت و رای اراده فرد با حقوق و آزادی‌های مشروع فرد مطرح می‌شود، مورد توجه قرار می‌گیرد و به تبع آن حوزه، رنگ خاص آن را به خود می‌گیرد. با این حال، خاستگاه نظری اصل تناسب را باید در توصیف منشأ و مشروعیت قدرت سیاسی دید. در واقع، «مبنای نظری اصل تناسب بیش از آنکه در نظریه کیفری و حتی نظریه حقوقی استوار گردد، ریشه در نظریه سیاسی دارد» (فلچر، ۲۰۰۶: ۳۸-۱۸). به تبع آن، جایگاه اصل تناسب را باید در بخشی از حقوق جست که عهده‌دار تنظیم روابط نابرابر و اقتداری است یعنی، حقوق عمومی. در عین حال، اصل تناسب مستقل از مبنای سیاسی مورد نظر به مثابه یک نتیجه منطقی عقلی قابل استنتاج به نظر می‌رسد. در واقع، هر چند از حیث مبانی نظریات سیاسی مختلف، حدود اعمال اقتدار و مداخله حاکمیتی دولت می‌تواند بسیار متغیر و متفاوت باشد، با این همه در یک نکته مشترک‌اند و یا دست‌کم نمی‌توانند از

آن عدول کنند که مداخله دولت، هدفی را دنبال می‌کند و به هر روی، این مداخله باید با برآوردن این هدف «متناسب» باشد. در واقع، مسئله تناسب منطقی نتیجه اصل ضرورت است، چراکه مدلول اصل ضرورت در حوزه حقوق عمومی این است که اعمال قدرت عمومی، امری استثنایی و خلاف اصل است که مجاز نیست مگر در مورد ضرورت. یعنی جواز امر استثنایی تا جایی است که ضرورت موجب جواز آن استثنا، اجازه می‌دهد و این بیان، چیزی جز همان تناسب نیست.

همچنین، اصل تناسب در پیوند با سایر اصول حاکم بر توقیف داده و سامانه، به‌ویژه اصل ضرورت معنا می‌یابد. قاعده آزادی در تحصیل دلیل، با توجه به ضرورت تحصیل دلیل و به تبع آن ضرورت توقیف آن به طریق قانونی و مشروع محدود می‌گردد. همان گونه که اصل در اعمال انسانی، اباحه و آزادی است و نمی‌توان محدودیتی برای این اصل پیش‌بینی کرد مگر اینکه ضرورت‌هایی همچون نظم عمومی یا حقوق شهروندان ایجاب نماید. در توقیف ادله نیز تنها باید ادله‌ای که برای کشف جرایم ضرورت داشته باشد توقیف شود. بنابراین ضرورت با چرایی توقیف در ارتباط است و در واقع باید در توقیف هر گونه ادله‌ای چرایی آن پاسخ داده شود اگر پاسخ به چرایی مرتبط با جرم ارتكابی و یا بدون توقیف آن، ادله مرتبط با جرم نیز غیرقابل توقیف باشد، ضرورت برای توقیف داده و سامانه فراهم شده است اما در صورتی که پاسخی برای چرایی وجود نداشته باشد و ادله‌ای توقیف شده با جرم ارتكابی متناسب نباشد و توقیف آن بی‌تأثیر در کشف باشد، ضرورت فراهم نبوده باید از توقیف آن اجتناب شود. منظور از فرایند توقیف داده و سامانه، فرایندهای تعریف شده در مقررات شکلی هستند که تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳ تنها در بخش دوم قانون جرایم رایانه‌ای^۱ مصوب ۱۳۸۸ ذکر شده بودند که به همین دلیل مقنن در همین بخش و در راستای پر کردن خلأهای دادرسی در این جرایم، به قانون آیین دادرسی کیفری ارجاع داده بود. ولی با توجه به ماهیت و ویژگی‌های جرایم رایانه‌ای که آیین‌نامه و تشریفات خاصی را در جهت شناسایی، کشف، پیگیری، تحقیقات و رسیدگی به آن‌ها می‌طلبد، ارجاع قانون‌گذار به مواد قانون آیین دادرسی کیفری در راستای پر کردن خلأ ناشی از مواد شکلی قانون جرایم رایانه‌ای نیز به تنهایی نمی‌توانست راهگشای تمامی مسائل مربوط به فرایندهای دادرسی در جرایم رایانه‌ای باشد. بعد از تصویب قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی فرایند دادرسی جرایم رایانه‌ای و به تبع آن فرایندهای پیرامون توقیف داده و سامانه در این قانون به صورت خاص مورد پیش‌بینی قرار گرفتند. این فرایندها که مشتمل بر ضوابط و اصول قانونی حاکم بر آیین دادرسی کیفری جرایم سایر (به‌خصوص

۱. این قانون به صراحت به موجب ماده ۶۹۸ قانون آیین دادرسی کیفری نسخ شده است.

در مرحله تحقیقات مقدماتی) ضمن اینکه از ضوابط عمومی حاکم بر فضای سنتی پیروی می‌کند، دارای قواعد خاصی است که در فرایند دادرسی (به مفهوم عام) باید رعایت شود. مطابق این قواعد اصول و شرایط عام و خاصی برای توقیف داده‌ها و سامانه‌ای رایانه‌ای بیان شده که برخی از آن‌ها مشترک بوده و این اصول و شرایط در توقیف سایر ادله نیز باید رعایت شود.

مسئله اصلی نوشتار حول محور معیار تناسب است. از یکسو تناسب مبتنی بر رویکرد اقدام‌محور است که بر اساس آن باید میان اقدام مقام قضایی در توقیف داده و سامانه با موضوع توقیف، نسبت توازن برقرار باشد یعنی کیفیت و شیوه توقیف با لحاظ ویژگی‌های موضوع توقیف محقق شود. از سوی دیگر، تناسب رویکردی نتیجه‌محور دارد و این اصل می‌کوشد تا مقام قضایی را به تبعات توقیف گوشزد کند. توقیف داده و سامانه در فضای رایانه‌ای شده امروز با لحاظ ابعاد کلان فعالیت‌های سایبری و با لحاظ مؤلفه‌های زمانی و مکانی، سبب می‌شود تا ملاک پیامد محوری در تناسب از اقدام محوری برجسته‌تر شود. همین چالش در تناسب در توقیف اموال ملموس و یا اسناد نیز مدنظر است ولی چالش اصلی این نوشتار در همین سنجش است که آیا اولاً می‌توان نسبتی میان توقیف داده و سامانه با توقیف اموال ملموس برقرار کرد و ثانیاً ملاک تناسب در توقیف در هر دو حوزه تا چه اندازه با هم هم‌پوشانی دارند؟ همچنین، موضع قانون‌گذار ایران در مقایسه با اسناد بین‌المللی به‌ویژه اسناد اروپایی چگونه می‌باشد؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها؛ در ادامه ابتدا مفهوم‌شناسی داده، سامانه، توقیف و تناسب مطالعه و سپس ابعاد مختلف اصل تناسب در توقیف داده و سامانه در حقوق ایران و اسناد اروپایی بررسی خواهد شد.

۱. مفهوم توقیف داده و سامانه

به‌منظور آشنایی با تعاریفی که از واژگان کلیدی در این پژوهش مدنظر قرار گرفته، در ادامه ابتدا تعاریف واژگان کلیدی بررسی و سپس به بازشناسی توقیف داده و سامانه از اصطلاحات مشابه دیگر از جمله پالایش داده و سامانه پرداخته می‌شود.

۱-۱. تعریف داده و سامانه

واژه داده در فرهنگ کامپیوتر مایکروسافت به معنای «فقره یا فقراتی از اطلاعات» (هیأت مولفان و ویراستاران انتشارات مایکروسافت، ۱۳۸۱: ۷۵) تعریف شده است. «کنوانسیون راجع به جرایم رایانه‌ای (نیز) داده را عبارت از هر نوع اطلاعات یا مفاهیم قابل پردازش در سیستم رایانه‌ای دانسته است» (نوری و نخجوانی، ۱۳۸۳: ۵۹). واژه «داده» به‌صورت خاص در نظام حقوقی ایران تعریف نشده است ولی به‌صورت «داده پیام» و «داده ترافیک» از آن تعریف به عمل آمده است. داده ترافیک نیز در تبصره ۱ ماده ۶۶۷ قانون آیین دادرسی کیفری تعریف شده است: «داده ترافیک، هرگونه داده‌ای

است که سامانه‌های رایانه‌ای در زنجیره ارتباطات رایانه‌ای و مخابراتی تولید می‌کنند تا امکان ردیابی آن‌ها از مبدأ تا مقصد وجود داشته باشد.»

در علم حقوق، این داده مورد مفهوم‌شناسی قرار نگرفته و در قوانین جاری تعریفی از سامانه یا سیستم ذکر نشده است. اما در بین مقررات، برای اولین بار در آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مصوب ۱۳۹۵ که در اجرای مواد (۱۷۵)^۱ و (۱۷۶)^۲ قانون آیین دادرسی کیفری تنظیم شده بود این واژه به صورت ترکیبی با رایانه و مخابرات مورد مفهوم‌شناسی قرار گرفته است. بند «ب» ماده ۱ آیین‌نامه اخیر؛ سامانه رایانه‌ای را به این صورت تعریف کرده است: «مجموعه‌ای از نرم‌افزارها و سخت‌افزارهای مرتبط که از طریق یک شبکه رایانه‌ای جهت اجرای فرایندهای کار مشخصی، به یکدیگر متصل‌اند». بند «پ» ماده ۱ آیین‌نامه نیز سامانه مخابراتی را به این صورت تعریف می‌کند: «هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌ها برای انتقال الکترونیکی اطلاعات میان یک منبع (فرستنده، منبع نوری) و یک گیرنده یا آشکارساز نوری از طریق یک یا چند مسیر ارتباطی به وسیله قراردادهایی که برای گیرنده قابل فهم و تفسیر باشد».

۲-۱. تعریف توقیف داده و سامانه

با نگاهی به لغت‌نامه‌های فارسی همچون لغت‌نامه دهخدا و معین مشخص می‌شود که توقیف در لغت به معنای حبس، ضبط، جلب، و زندانی و... کردن است. پس توقیف داده و سامانه به معنای این است که شخص دارای صلاحیت، داده یا سامانه را در موارد پیش‌بینی شده در قانون توقیف نماید و این اجازه را به مالک یا متصرف ندهد که در داده و سامانه توقیف شده دخل و تصرفی نماید. روش‌هایی که مقنن برای توقیف داده و سامانه ذکر کرده حصری نیستند، اما روش‌های توقیف داده با روش‌های توقیف سامانه متفاوت از همدیگر است. مطابق بند الف ماده ۳۸ آیین‌نامه جمع‌آوری و

۱. ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «استفاده از سامانه‌های (سیستم‌های) رایانه‌ای و مخابراتی، از قبیل پیام‌نگار (ایمیل)، ارتباط تصویری از راه دور، نمابر و تلفن، برای طرح شکایت یا دعوی، ارجاع پرونده، احضار متهم، ابلاغ اوراق قضایی و همچنین نیابت قضایی با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی بلامانع است». تبصره - «شرایط و چگونگی استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی موضوع این ماده بر اساس آیین‌نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجراء شدن این قانون توسط وزیر دادگستری تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد».

۲. ماده ۱۷۶ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «قوه قضاییه می‌تواند ابلاغ اوراق قضایی را به بخش خصوصی واگذار کند. چگونگی اجرای این ماده به موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجراء شدن این قانون توسط وزرای دادگستری و ارتباطات و فناوری اطلاعات تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد».

استنادپذیری ادله الکترونیکی «... الف: در توقیف داده‌ها از طریق چاپ داده‌ها، غیرقابل دسترس کردن داده‌ها به روش‌هایی از قبیل تغییر گذرواژه یا رمزنگاری و ضبط حامل‌های داده». همین مقررات در بند قسمت اخیر ماده ۶۷۵ قانون دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی تکرار شده است. در قسمت اخیر این ماده آمده است: «در توقیف داده‌ها... به روش‌هایی از قبیل چاپ داده‌ها، تصویربرداری از تمام یا بخشی از داده‌ها، غیرقابل دسترس کردن داده‌ها با روش‌هایی از قبیل تغییرگذرواژه یا رمزنگاری و ضبط حامل‌های داده عمل می‌شود».

۲. شناخت اصل تناسب در حقوق

یکی از مهم‌ترین مباحث پیرامون تناسب توقیف داده و سامانه، بررسی معیارهایی هستند که باید برای توقیف داده و سامانه در نظر گرفته شوند. بدیهی است که این معیارهای توقیف باید به اعتبار نقشی که داده و سامانه دارد، متفاوت و متناسب با آن باشد. به‌طور کلی و با عنایت به مقررات جاری معیارهایی که برای تناسب توقیف داده و سامانه باید مورد توجه قرار بگیرند به سه دسته تناسب به اعتبار اهمیت موضوع توقیف، تناسب به اعتبار روش توقیف، و بالآخره تناسب به اعتبار نقشی که در ارتکاب جرم دارند تقسیم‌بندی می‌شوند که در ادامه این معیارها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. تناسب به اعتبار اهمیت موضوع توقیف

موضوع توقیف ممکن است صرفاً یک موضوع شخصی و در تقابل حقوق دو شخص انجام بگیرد. در چنین مواردی موضوع توقیف از اهمیت بالایی برخوردار نیست اما در برخی از موارد نظیر جرایم امنیتی، جرایم عمومی و... موضوع توقیف از اهمیت بسیار بالا و حساسی برخوردار می‌شود که لازم است توقیف متناسب با آن انجام یا اینکه در برخی از موارد موضوع توقیف داده یا سامانه یک درگاه عمومی یا داده‌هایی باشند که با آن‌ها خدمات عمومی ارائه می‌شود و لذا برای توقیف آن باید شرایط پیش‌بینی شده فراهم باشد یا در برخی از موارد موضوع توقیف، داده و سامانه‌ای است که از نظر قانون‌گذار به جز در موارد استثنایی غیرقابل توقیف می‌باشد. از همین‌رو تنها در موارد استثنایی پیش‌بینی شده توقیف آن‌ها امکان‌پذیر است. در ماده ۶۷۹ قانون دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی آمده است: «توقیف داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی که موجب ایراد لطمه جانی یا خسارات مالی شدید به اشخاص یا اخلال در ارائه خدمات عمومی شود، ممنوع است مگر اینکه توقیف برای اجرای موضوع اهم نظیر حفظ امنیت کشور ضرورت داشته باشد». همچنین، مقنن در ماده ۲۹ آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی^۱ مقرر می‌دارد: «چنانچه پس

۱. با وجود نسخ صریح مواد (۷۵۶) الی (۷۷۹) الحاقی مورخ ۵/ ۳/ ۱۳۸۸ به قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و

از اجرای دستور توقیف و یا در زمان اجرای دستور توقیف داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی بیم لطمه جانی یا خسارت مالی شدید به اشخاص یا اخلال در ارائه خدمات عمومی برود مراتب از مرجع قضایی صادرکننده دستور توقیف کسب تکلیف شده و در صورت تشخیص قاضی حسب مفاد ماده ۴۴ قانون عمل می‌گردد. در موارد یاد شده امکان توقیف وجود ندارد مگر اینکه اجرای موضوع اهم نظیر حفظ امنیت کشور ضرورت داشته باشد که در این صورت حتی با وجود تهدیدات جانی و مالی و اخلال در ارائه خدمات عمومی به دلیل قانون اهم امکان توقیف فراهم شده است.»

با عنایت به موارد یاد شده می‌توان به این نتیجه رسید که بسته به اهمیتی که موضوع داده و سامانه دارد باید توقیف متناسب با آن و به اعتبار آن انجام بگیرد.

۲-۲. تناسب به اعتبار روش توقیف

دومین حالت تناسب به اعتبار روش توقیف است. همان طور که بیان شد، داده‌ها و سامانه‌ها ممکن است به روش‌های متعددی توقیف شوند لذا باید بین روش توقیف داده و سامانه با نوع داده و سامانه تناسب برقرار باشد و هر داده و سامانه‌ای را نمی‌توان بدون توجه به روشی که برای توقیف آن متناسب می‌باشد توقیف کرد.

در مورد روش‌های توقیف داده در قوانین و مقررات داخلی تصریح شده است. مطابق بند الف ماده ۳۸ آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی «... الف: در توقیف داده‌ها از طریق چاپ داده‌ها، غیرقابل دسترس کردن داده‌ها به روش‌هایی از قبیل تغییر گذرواژه یا رمزنگاری و ضبط حامل‌های داده». همین مقررات در بند قسمت اخیر ماده ۶۷۵ قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی تکرار شده است در قسمت اخیر این ماده آمده است: «در توقیف داده‌ها ... به روش‌هایی از قبیل چاپ داده‌ها، تصویربرداری از تمام یا بخشی از داده‌ها، غیرقابل دسترس

مجازات‌های بازدارنده) به موجب ماده ۶۹۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ که در واقع همان مواد قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ بودند که به قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) الحاق شده بودند، به نظر می‌رسد که آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی که در اجرای ماده ۷۸۲ ق.م.ا. ۱۳۷۵ (ماده ۸۴ قانون جرایم رایانه‌ای) به تصویب رئیس قوه قضاییه رسیده به قوت خود باقی باشد چرا که این آیین‌نامه در ۱۳۹۳/۵/۱۲ به تصویب رسیده و اگر نظر مقنن بر نسخ آن بود به مانند قانون جرایم رایانه‌ای به صراحت نسخ آن را نیز در ماده ۶۹۸ ق.آ.د.ک تصریح می‌کرد. علاوه بر این قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳/۷/۸ بوده که به موجب ماده ۶۹۹ به ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ الحاق گردیده، لذا این قانون نیز که با توجه به تاریخ تصویب (۱۳۹۳/۷/۸) بعد از تصویب آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی (مصوب ۱۳۹۳/۵/۱۲) به تصویب مقنن رسیده، ذکری از نسخ آیین‌نامه یاد شده در این قانون نیامده است.

کردن داده‌ها با روش‌هایی از قبیل تغییرگذراژه یا رمزنگاری و ضبط حامل‌های داده عمل می‌شود». مطابق مستندات یادشده شیوه‌های خاص توقیف داده به‌صورت تمثیلی بیان شده و مشتمل بر موارد ذیل خواهند بود:

۱. چاپ داده‌ها، ۲. تصویربرداری از تمام یا بخشی از داده‌ها، ۳. غیرقابل دسترسی کردن داده‌ها. ماده ۳۹ آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی نیز در ادامه شیوه‌های توقیف اشعار داشته است که «دستور توقیف سامانه شامل سایر سخت‌افزارها یا حامل‌های داده متصل به آن نمی‌شود، مگر آنکه در دستور قضایی تصریح گردد. در صورت نیاز به حفظ فوری سخت‌افزارها یا حامل‌های داده، ضابطان یا سایر مأموران در حدود وظایف قانونی می‌توانند نسبت به حفظ فوری آن مطابق ماده ۳۴ قانون و رعایت مقررات این آیین‌نامه اقدام نمایند». ماده ۲۵ همین آیین‌نامه بیان می‌دارد که «در دستور تفتیش یا توقیف داده یا سامانه باید محل تفتیش یا توقیف تعیین و حتی‌الامکان در محل استقرار سامانه انجام پذیرد». در برخی کشورها سعی شده با اعمال اصلاحات قانونی، موارد ابهام و راه‌های گریز موجود در حوزه بازرسی و ضبط داده‌ها یا اطلاعات برطرف شود. در انگلستان، اختیارات کلی ضبط بر اساس ماده ۱۹ از قانون «ادله اثبات کیفری و پلیس» مصوب سال ۱۹۸۴ به هر چه که در محل موردنظر باشد دلالت دارد و در شرایط خاص نیز این اختیار را فراهم می‌آورد که هرگونه اطلاعات مستقر در رایانه که مورد نیاز باشد، به دست آید (چپتر، ۱۹۸۴: ۲۲). قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه در مرحله تحقیقات ابتدایی، افسران پلیس قضایی می‌توانند اقدام به توقیف اسناد، مدارک یا داده‌های رایانه‌ای نمایند. ضبط و توقیف اطلاعات و داده‌های رایانه‌ای ضروری برای کشف حقیقت و قرار دادن آن در اختیار دادگستری، از طریق ضبط سخت‌افزار این اطلاعات و داده‌ها یا کپی آنها، در حضور اشخاصی که به جرم بازرسی کمک کرده‌اند، صورت می‌گیرد. در صورت تهیه کپی از داده‌های رایانه‌ای، بر اساس تعلیمات و دستورات دادستان شهرستان، اطلاعات موجود بر روی سخت‌افزارهایی که در اختیار دادگستری نیست و نگهداری یا استفاده از آن‌ها مضر به امنیت اشخاص یا اموال باشد، به‌صورت قطعی پاک می‌شود. با موافقت دادستان شهرستان، افسر پلیس قضایی فقط اشیاء اسناد مدارک و اطلاعات رایانه‌ای که در کشف حقیقت مؤثر باشد را نگهداری می‌کند (کیسی ۱۳۸۶: ۸۵). کنوانسیون جرایم سایبری در بند ۱ تا ۳ ماده ۱۹، به برخی شیوه‌های توقیف داده‌های رایانه‌ای ذخیره‌شده اشاره و مقرراتی را پیشنهاد داده است.

در مورد توقیف سیستم‌های رایانه‌ای مقنن در ماده ۶۷۶ قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی موارد توقیف را به‌طور حصری معین کرده است. این موارد عبارت‌اند از: الف) داده‌های ذخیره‌شده به سهولت در دسترس نبوده یا حجم زیادی داشته باشد؛ ب) تفتیش و

تجزیه و تحلیل داده‌ها بدون سامانه سخت‌افزاری امکان‌پذیر نباشد؛ ج) متصرف قانونی رضایت داده باشد؛ د) تصویربرداری (کپی‌برداری) از داده‌ها به لحاظ فنی امکان‌پذیر نباشد؛ ه) تفتیش در محل باعث آسیب داده‌ها شود. شاید علت اینکه برخلاف توقیف داده‌های الکترونیکی، موارد توقیف سامانه‌های رایانه‌ای احصا شده‌اند این باشد که گاه ممکن است توقیف یک سیستم رایانه‌ای ضرورت پیدا کند که متصل به شبکه‌ای است که خدمات عمومی ارائه می‌کند که در اینجا بحث منافع عمومی نیز مطرح می‌شود. به همین خاطر قانون‌گذار در مورد توقیف سامانه‌های رایانه‌ای احتیاط بیشتری کرده است. ماده ۴۳ آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی بیان می‌دارد که «ضابطان قضایی و سایر مأموران در حدود وظایف قانونی در شروع تفتیش و توقیف باید صورت وضعیت اولیه‌ای از سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی و اجزای آن و کلیه اتصالات کابلی بین اجزای مختلف سخت‌افزارها و حامل‌های داده متصل به آنکه علامت‌گذاری و ثبت می‌شوند را تنظیم و به امضای تفتیش‌کننده یا توقیف‌کننده و متصرف قانونی که سامانه تحت کنترل اوست یا قائم مقام قانونی وی برسانند. برای ضبط دقیق مشخصات ابزار و اجزای آن تصویربرداری بلامانع است». چنین مقرره‌ای در نظام حقوقی فرانسه نیز مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه بیان می‌کند که با موافقت بازپرس، افسر پلیس قضایی فقط اشیاء، اسناد و داده‌های حاوی اطلاعات که برای کشف حقیقت مفید است را در توقیف نگه می‌دارد (تدین، ۱۳۹۱: ۱۰۹).

با عنایت به آنچه در مورد شیوه و روش‌های توقیف داده و سامانه بیان شد، می‌توان به این نتیجه رسید که بسته به نوع داده و سامانه ممکن است روش خاصی با نظر مقام قضایی و ضابطان برای توقیف آن‌ها به کارگرفته شود که الزاماً باید روش توقیف متناسب با نوع داده و سامانه در راستای قانون باشد که در موضوع مربوط به رویه قضایی حاکم به قسمتی از آن اشاره خواهیم کرد.

۲-۳. تناسب به اعتبار نقش در ارتکاب جرم

داده‌ها و سامانه‌ها بسته به نقشی که در ارتکاب جرم دارند و متناسب با آن باید مورد توقیف قرار بگیرند. با این توضیح که ممکن است داده و سامانه پیوند مثبتی با ارتکاب جرم داشته و در جهت کشف جرم مورد توقیف قرار بگیرد یا مقابل ممکن است به دلیل استفاده از آن به عنوان وسیله ارتکاب جرم پیوند منفی با ارتکاب جرم داشته باشد بدیهی است که در هر یک از این دو حالت روش توقیف باید متناسب با نقشی باشد که در ارتکاب جرم دارد. در این خصوص ذکر این نکته ضروری است که هرچند توقیف داده و سامانه در اغلب موارد در مواردی مطرح می‌شود که داده و سامانه نقش منفی در ارتکاب جرم داشته باشند یعنی به عنوان وسیله یا موضوع جرم مورد استفاده قرار بگیرند. اما این به معنای عدم امکان توقیف داده و سامانه در موردی که نقش مثبت دارند نیست. در چنین مواردی نیز

در صورتی که برای کشف حقیقت نیاز باشد با دستور مقامات صلاحیت‌دار توقیف داده و سامانه‌های مرتبط در موارد پیش‌بینی شده در قوانین و مقررات امکان‌پذیر است. به‌عنوان نمونه مقنن در ماده ۳۱ آیین‌نامه مقرر داشته است: «اشخاصی که داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی را تحت کنترل و یا تصرف دارند، موظف به همکاری در اجرای دستور تفتیش و توقیف می‌باشند. در صورتی که به واسطه عدم همکاری یا عدم دسترسی به این اشخاص، تفتیش یا توقیف امکان‌پذیر نباشد، نحوه دسترسی به داده‌ها یا سامانه‌ها از قبیل ورود به محل، رفع موانع استفاده از سخت افزار و نرم افزار، رمزگشایی و امثال آن با دستور مقام قضایی تعیین خواهد شد».

از پیوندهای مثبت بین داده و سامانه با فرایند دادرسی، استفاده از این ابزارهای فناورانه برای کنترل متهمین و مجرمین است. این کارکرد، امروزه، به‌عنوان یک رویکرد نوین مدیریتی در مقابل مجرمان در سیاست جنایی برخی از کشورها، در حال شکل‌گیری است که به دنبال سیاست‌های پیشگیرانه به‌خصوص از نوع وضعی مورد توجه سیاست‌گذاران کیفری قرار گرفته است. در این رویکرد، با هدف کنترل بزهکاری و کاهش آن به سطح قابل‌تحمل و برای دفاع و حفاظت از جامعه، همچنین در جهت کشف جرایم، متهمین و مجرمان (حرفه‌ای و خطرناک) باید مشمول تدابیر نظارتی و ناتوان‌ساز کیفری و سایر مجرمان، مشمول تدابیر ناتوان‌ساز غیرکیفری و تدابیر پیشگیرانه وضعی قرار گیرند، لذا توقیف داده و سامانه با اهداف یاد شده باید متناسب باشد.

در مورد پیوندهای منفی نیز باید بین توقیف با نوع نقش منفی که داده و سامانه در ارتکاب جرم داشته تناسب برقرار گردد. ممکن است داده و سامانه به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم باشند و یا اینکه داده و سامانه به‌عنوان صحنه جرم محسوب گردد؛ در هر یک از حالات یاد شده یا دیگر حالاتی که داده و سامانه پیوند منفی با ارتکاب جرم داشته، روش متناسب با آن جهت توقیف استفاده شود. به‌عنوان نمونه یکی از مهم‌ترین پیوندهای منفی که برای داده و سامانه می‌توان ذکر کرد، استفاده از آن‌ها به‌عنوان موضوع جرم است. در برخی از جرایم رایانه‌ای موضوع جرم خود داده‌ها و سامانه‌ها هستند مثلاً در سرقت داده یا سامانه، ابزارهای اخیر موضوع جرم هستند در جعل داده و سامانه و بسیاری از جرایم دیگر نیز وضعیت به همین صورت می‌باشد یعنی جرم بر روی داده و سامانه اتفاق می‌افتد، در هر یک از موارد یاد شده توقیف باید به اعتبار نقشی که در ارتکاب جرم داشته متناسب باشد. با توجه به آنچه در این بحث بیان شد، این نتیجه حاصل می‌شود که داده و سامانه ممکن است پیوند منفی یا مثبت با ارتکاب جرم برقرار نمایند، لذا در توقیف آن‌ها باید به منفی یا مثبت بودن نقش داده و سامانه در ارتکاب جرم توجه شود و توقیف متناسب با نقشی باشد که داده و سامانه در ارتکاب جرم داشته است.

۳. اصل تناسب در فرایند توقیف داده و سامانه در ایران

اصل تناسب به‌صراحت در قانون تجارت الکترونیک، قانون آیین دادرسی کیفری و در قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳ پیش‌بینی شده است. با توجه به اینکه بسیاری از این مقررات در آخرین اراده مقنن در قانون اخیرالذکر تکرار شده، لذا فقط به بررسی مستندات ذکرشده در این قانون پیرامون اصل تناسب در فرایند توقیف داده و سامانه در نظام حقوقی ایران پرداخته می‌شود. ماده ۶۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری درخصوص اصل تناسب در توقیف داده و سامانه مقرر داشته است: «در توقیف داده‌ها با رعایت تناسب، نوع، اهمیت و نقش آن‌ها در ارتکاب جرم، به روش‌هایی از قبیل چاپ داده‌ها، کپی برداری یا تصویربرداری از تمام یا بخشی از داده‌ها، غیرقابل‌دسترس کردن داده‌ها با روش‌هایی از قبیل تغییر گذر واژه یا رمزنگاری و ضبط حامل‌های داده عمل می‌شود.» به تصریح این ماده توقیف داده‌های رایانه‌ای با رعایت ضوابط مقرر از جمله تناسب داده‌ها در ارتکاب جرم امکان‌پذیر است. در مورد شیوه‌های توقیف سامانه‌های رایانه‌ای نیز ماده ۶۷۷ قانون مذکور؛ رعایت تناسب بین توقیف سامانه‌های رایانه‌ای با نوع و اهمیت و نقش آن‌ها در ارتکاب جرم آن را با روش‌هایی از قبیل پلمپ سامانه در محل استقرار، ضبط سامانه و غیرقابل‌دسترس کردن سامانه با تغییر گذرواژه امکان‌پذیر دانسته است.

علاوه بر این، مقنن در آیین‌نامه استنادپذیری ادله الکترونیکی، نیز به‌صراحت به لزوم رعایت اصل تناسب در توقیف داده و سامانه تصریح کرده است. مطابق ماده ۳۸ آیین‌نامه استنادپذیری ادله الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳ «توقیف با رعایت تناسب نوع اهمیت و نقش داده یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی به روش‌های زیر انجام می‌شود: الف - توقیف داده‌ها از طریق چاپ داده‌ها، غیرقابل‌دسترس کردن داده‌ها به روش‌هایی از قبیل تغییر گذرواژه یا رمزنگاری و ضبط حامل‌های داده؛ ب- توقیف سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی از طریق تغییر گذرواژه، پلمپ سامانه در محل استقرار یا ضبط سامانه». در واقع در این ماده مقنن؛ اولاً به لزوم رعایت اصل تناسب در توقیف داده و سامانه تصریح نموده و ثانیاً به لزوم تناسب روش‌های توقیف آن‌ها با نوع داده و سامانه تصریح کرده است. به این صورت که بسته به اینکه داده و سامانه از چه نوعی هستند و همچنین بسته به رایانه‌ای یا مخابراتی بودن آن‌ها، باید روش متناسبی برای توقیف اتخاذ گردد و نمی‌توان داده و سامانه رایانه‌ای را به همان روشی که برای توقیف داده و سامانه رایانه‌ای امکان‌پذیر است توقیف نمود و در مورد توقیف داده و سامانه رایانه‌ای و مخابراتی نیز بسته به اینکه از چه نوعی هستند باید با روش متناسب و مختص آن توقیف شوند.

در مورد جرایم فراملی و تروریسم نیز دادگاه حقوق بشر اروپا در رسیدگی‌های خود از اصل

تناسب غافل نشده و در کنار ضرورت دسترسی و توقیف داده‌ها و سامانه‌های مرتبط با این جرایم، به لزوم احترام به اصل تناسب در دسترسی به داده‌ها و سامانه‌ها تأکید کرده است. بنابراین دادگاه حقوق بشر اروپا از یک طرف به دلیل روش‌های پیچیده فرار از داده توسط شبکه‌های جنایی، دسترسی و انتقال داده‌های مرتبط با این جرایم را ضروری می‌داند، از طرف دیگر، کمیسیون حقوق بشر حدود و تناسب نظارت الکترونیکی را تعریف می‌کند. در واقع با توجه به دشواری دولت‌ها در مبارزه با این اشکال جرم، دادگاه منافع مشروع کشورهای عضو را برای موضع‌گیری قاطع می‌پذیرد، اما همچنین تأکید می‌کند که هم دسترسی به داده‌ها و هم انتقال آن‌ها باید به اصل تناسب احترام بگذارند.

در توصیه‌نامه شورای اروپا که در زمینه آیین دادرسی جرایم فناوری اطلاعات در سال ۱۹۹۵ تحت عنوان توصیه‌نامه ۱۳ (۹۵) R توسط این شورا تصویب شده؛ از جمله پیشنهادها برای قانون‌گذاری در قوانین کشورهای عضو، لزوم توجه به تناسب در ادله توقیفی و احتراز از سایر اطلاعات اشخاص است. در دستورالعمل اتحادیه اروپا درباره حمایت از داده نیز به لزوم متناسب بودن نگهداری داده‌های توقیف شده و ایمنی آن‌ها تأکید شده است.

کنوانسیون جرایم سایبر با ارج نهادن بر اصل تناسب، پیش از ورود به ضوابط مربوط به آیین دادرسی کیفری، در بند ۱ ماده ۱۵، به طور واضح ضمن تأکید بر حقوق و آزادی‌های بشری، لزوم توجه به اصل تناسب را در پیش‌شرط‌ها و تضمین‌های این حقوق و آزادی‌ها اعلام داشته و مقرر می‌دارد: «۱- اعضا باید اطمینان دهند که تصویب، اجرا و اعمال اختیارات و رویه‌های پیش‌بینی شده در این بخش، در شرایط و تضمین‌های حقوق داخلی‌شان گنجانیده‌اند و در راستای حمایت شایسته از حقوق و آزادی‌های بشری است که از جمله آن‌ها، حقوق برخاسته از تعهداتی است که آن‌ها در کنوانسیون شورای اروپا راجع به حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی بشر (۱۹۵۰) و میثاق حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد (۱۹۶۶) و دیگر اسناد بین‌المللی لازم‌الاجرای حقوق بشر پذیرفته‌اند. این شرایط و تضمین‌ها باید به دنبال برقراری اصل تناسب باشند. ۲- این شرایط و تضمین‌ها همان گونه که برای اختیارات یا رویه‌های مربوط متناسبند، باید شامل سایر نظارت‌های مستقل یا قضایی، زمینه‌های اجرایی موجه و محدودیت حوزه و دوره زمانی اعمال چنین اختیارات یا رویه‌هایی نیز باشند».

با عنایت به موارد یاد شده؛ قبول شدن مدارک الکترونیک باید بر اساس مقررات هماهنگ که در بخشنامه‌ها و اسناد اروپایی آمده متناسب با ویژگی‌های داده‌ها و سامانه‌هایی باشند که دستور توقیف در آن خصوص صادر شده است. قانون معیارهایی برای قبول مدارک الکترونیک تعیین کرده که اصل تناسب می‌تواند جایگاه مدارک دیجیتال را که در یک صحنه جرم جمع‌آوری شده تقویت کند. نتیجه

اینکه مقبولیت مدارک الکترونیکی نیز تا حد زیادی بستگی به تناسب توقیف با ویژگی‌های داده‌ها و سامانه‌ها دارد. کنوانسیون اروپایی جرایم سایبر نیز اصل تناسب را در ارتباط با حقوق کاربران از جمله حریم خصوصی آن‌ها برگزیده و بر اساس اصل تناسب اگرچه حساسیت‌های ناشی از مصون ماندن حریم داده‌های الکترونیکی افراد در قبال تعرض از سوی مجریان قانون را پذیرفته، در عین حال قبول دارد که اگر مجریان قانون از اختیار عمل جهت انجام وظایف مقرر برخوردار نباشند، مجرمین بدون واهمه از تعقیب و دستگیری، بیشتر به ارتکاب اعمال مجرمانه سوق می‌یابند» (جلالی‌فراهانی، ۱۳۸۶: ۲۳). با عنایت به اسناد یاد شده، می‌توان نتیجه گرفت که اصل تناسب جزء اصول مورد احترام در اسناد اروپایی بوده و لزوم توجه و رعایت آن در مورد داده و سامانه نیز به‌صراحت در اسناد ذکر شده از جمله در کنوانسیون اروپایی جرایم سایبری و توصیه‌نامه‌های شورای اروپا که در خصوص تحقیقات مقدماتی از جمله توقیف داده و سامانه به کشورهای عضو صادر شده، مورد تأکید قرار گرفته است.

۴. تناسب توقیف داده و سامانه در رویه قضایی ایران

در نظام حقوقی ایران، هرچند قانون به‌عنوان منبع اصلی احکام قضایی می‌باشد اما رویه قضایی نیز به‌عنوان منبع ارشادی و در برخی از موارد منبع اصلی (آرای وحدت‌رویه) مورد توجه قرار گرفته و در تفسیر قضایی نقش بسیار مهمی دارد. در مورد توقیف نیز باید بیان داشت که توقیف دارای انواع مختلف بوده و ممکن است مخاطب دستور مقام قضایی؛ اشیاء، اموال، اسناد و حتی اشخاص قرار بگیرند. در مورد توقیف داده و سامانه نیز رویه قضایی می‌تواند در روند اجرایی شدن قوانین و چگونگی عملیاتی شدن دستورات مبتنی بر توقیف کمک نماید. به‌عنوان نمونه در دستورات صادره، حدود و اختیارات مأموران صلاحیت‌دار باید مشخص شود و همچنین مفاد دستورات باید مرتبط و متناسب با داده و سامانه‌ای باشد که به نوعی پیوند مثبت یا منفی در جرم ارتكابی داشته باشد. همچنین با عنایت به عدم پیش‌بینی ضابطه مشخص در مورت مدت زمان توقیف، با بررسی دستورات قضایی مهلت متناسب و متعارف از منظر مقامات قضایی مشخص می‌شود.

به‌طور کلی می‌توان گفت که برای برقراری تناسب توقیف داده و سامانه، باید مقامات قضایی بررسی نمایند که توقیف داده و سامانه به چه منظوری انجام می‌پذیرد. با این توضیح که داده و سامانه ممکن است در مقام موضوع جرم یا وسیله ارتکاب جرم مورد توقیف قرار بگیرد که در هر مورد باید متناسب با آن دستور صادر گردد. بنابراین ازجمله موضوعات مهم در رویه قضایی به‌منظور صدور دستور توقیف داده و سامانه؛ بررسی نقشی است که داده و سامانه در ارتکاب جرم داشته است و همان‌طور که بیان شد ممکن است داده و سامانه در مقام موضوع جرم، وسیله ارتکاب جرم مورد توجه مقام قضایی قرار بگیرد. با توجه به تفاوتی که این موارد با همدیگر دارند در ادامه هر یک از

موارد یاد شده با مطالعه موردی دستورات صادره در رویه قضایی مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۴-۱. تناسب توقیف داده و سامانه در مقام موضوع جرم در رویه قضایی

یکی از مصادیق لزوم تناسب توقیف داده و سامانه، توقیف داده و سامانه‌هایی هستند که در مقام موضوع جرم می‌باشند. در چنین مواردی دستورات صادره باید با موضوع جرم مرتبط باشند یعنی اگر به فرض نمونه یک سامانه‌ای که موضوع جرم قرار گرفته یا جرم بر روی آن ارتکاب یافته، نمی‌توان سامانه یا داده دیگری که ارتباطی با موضوع جرم ندارد را توقیف کرد. همان طور که بیان شد؛ یکی از مهم‌ترین پیوندهای منفی که برای داده و سامانه می‌توان ذکر کرد، استفاده از آن‌ها به عنوان موضوع جرم است. در مورد موضوع جرم بدو باید بیان داشت که هر جرمی الزاماً باید دارای موضوع باشد و جرم بدون موضوع نمی‌تواند وجود خارجی داشته باشد. مثلاً در قتل خود انسان موضوع جرم قرار می‌گیرد و در توهین و افترا، حیثیت و آبروی وی موضوع جرم قرار می‌گیرد. در جرم سرقت و کلاهبرداری اموال اعم از مادی و معنوی موضوع جرم می‌باشند. در برخی از جرایم رایانه‌ای نیز موضوع جرم خود داده‌ها و سامانه‌ها هستند، مثلاً در سرقت داده یا سامانه، ابزارهای اخیر موضوع جرم هستند در جعل داده و سامانه و بسیاری از جرایم دیگر نیز وضعیت به همین صورت می‌باشد یعنی جرم بر ماهیت داده و سامانه اتفاق می‌افتد. زمانی که داده و سامانه موضوع جرم قرار می‌گیرد، وضعیت تحصیل، کشف، حفظ صحنه جرم، توقیف، نگهداری و استنادپذیری متفاوت از حالت‌های سنتی است که به عنوان نمونه انسان یا اموال موضوع جرم هستند. مثلاً صحنه جرم در جرایم الکترونیکی با جرایم دنیای واقعی متفاوت است. زمانی که یک جرم الکترونیکی اتفاق می‌افتد، جمع‌آوری، نگهداری و تجزیه و تحلیل ادله الکترونیکی باید با دقت زیاد انجام پذیرد.

به‌طوری کلی گفته شده است: معمولاً چگونگی مواجهه با ادله الکترونیکی در صحنه‌های جرم شامل مراحل زیر می‌باشد: ۱. محافظت، تشخیص و شناسایی ادله الکترونیکی؛ ۲. مستندسازی صحنه جرم؛ ۳. جمع‌آوری ادله الکترونیکی؛ ۴. بسته‌بندی و حمل و نقل و نگهداری ادله الکترونیکی (اشکرافت، ۲۰۰۱: ۲۴).

نکته مهم دیگر در خصوص صحنه جرم در مواردی که داده و سامانه به عنوان موضوع جرم هستند، شناخت پهنه صحنه جرایم ارتكابی سایبری بر روی این داده‌ها و سامانه‌هاست که اختلاف نظرهای عمده‌ای در این خصوص وجود دارد که موجب شده کشورها رویه‌های متفاوتی را در تشخیص پهنه این‌گونه از جرایم اتخاذ نمایند. از همین رو، در این خصوص گفته می‌شود که هماهنگی با قوانین بین‌المللی به‌ویژه با توجه به استاندارد شدن نسبی فناوری‌های اطلاعات و شیوه‌های ارتكاب جرم در صحنه جهانی، گستردگی جرایم و عدم توجه به مرزها به عنوان مانعی برای ارتكاب جرم، ضروری به

نظر می‌رسد چراکه فضای سایبر و اینترنت فارغ از مرزهای جغرافیایی عمل می‌کند؛ محدود به چهارچوب خطوطی که دولتمردان در طراحی نقشه‌های سیاسی رسم می‌کنند، نیست و از هیچ‌گونه محدودیت مکانی تبعیت نمی‌کند. سایبر یک گستره بدون مرز است که نمی‌توان در برابر آن خطوط مقسّم کشید یا با مرزهای طبیعی یا مصنوعی آن را تکه تکه و جدا ساخت (فضلی، ۱۳۸۹: ۶۶). بنابر آنچه در این زمینه گفته شد، استفاده از تعاریف استاندارد جهانی، استفاده از تجربیات دیگر کشورها و وجود همکاری‌های دو یا چندجانبه در مواجهه با جرایم سایبری، از پیش‌شرط‌های موفقیت در این زمینه است.

فصل سوم کنوانسیون جرایم سایبری ۲۰۰۱ تحت عنوان همکاری بین‌المللی چند اصل کلی را در ماده ۲۳ در این خصوص بر می‌شمارد که حدود و سمت و شیوه همکاری‌های بین‌المللی را در مواردی که داده‌ها و سامانه‌ها موضوع جرم هستند معین می‌کند. این اصول عبارتند از: همکاری بین‌المللی در میان اعضا باید در گسترده‌ترین وضعیت تأمین شود. همکاری باید تمامی جرایم مرتبط با داده‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای و همچنین جمع‌آوری ادله الکترونیک را در بر بگیرد. همکاری باید بر اساس توافق‌نامه‌های بین‌المللی در موضوعات کیفری و ترتیبات توافق شده بر اساس قانون‌گذاری متحدالشکل یا دوجانبه و قوانین داخلی به عمل آید.

در تعیین محل ارتکاب جرم اغلب به دکتین (حضور در هر جا)^۱ استناد می‌شود. وقوع جرم در داخل حوزه قضایی یک کشور در صورتی محرز می‌شود که یکی از عوامل تشکیل‌دهنده جرم یا نتیجه نهایی آن در داخل مرزهای آن کشور واقع شده باشد. در کشوری همانند انگلیس ضمن تأکید بر عمل فیزیکی از نظریه آثار و نتایج نیز استفاده می‌شود. طبق این نظریه اگر جرمی در سرزمینی اتفاق افتد فرض می‌شود که آثار و نتایج جرم در آن سرزمین ظاهر شود و یا در واقع ظاهر شده است. بنابراین در مواردی که عوامل یا آثار مختلف یک جرم ممکن است در بیش از یک کشور واقع شود، ممکن است دو دکتین صلاحیت سرزمینی بر ادعاهای صلاحیتی شروع و متقارن منتهی شود (تعارضات مثبت). این تعارضات مثبت گر چه در ابتدا از لحاظ تعیین پاسخ عادلانه مناسب چندان مسئله‌ساز به نظر نمی‌رسد اما خطرهای ذاتی به همراه دارد. عمده‌ترین مسئله آن به‌ویژه در سامانه‌های حقوق نوشته از جمله فرانسه و ایران، خودداری از به کارگیری قاعده منع محاکمه دوباره است. بنابراین ممکن است به خاطر ارتکاب جرم واحد چندبار تعقیب شود (زندى، ۱۳۹۳: ۸۵). به طورکلی تعیین پهنای صحنه جرم سایبری هم در تحصیل ادله و هم در تعیین صلاحیت می‌تواند مهم باشد.

به‌عنوان نمونه در پرونده کلاسه ۹۹۰۹۹۸۲۱۲۶۵۰۰۱۴۸ شعبه ۱۰۶۵ دادگاه کیفری دو مجتمع قضایی امور اقتصادی تهران که علیه متهم (م.ص) داور بر معرفی و فعالیت غیرمجاز مشاوره سرمایه‌گذاری بدون اخذ مجوز از سازمان بورس و اوراق بهادار (بزه موضوع بند ۱ ماده ۴۹ قانون بازار اوراق بهادار) و دستکاری بازار سرمایه از طریق اغوای اشخاص به انجام معاملات (بزه موضوع بند ۳ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار) صادر شده است در قسمت اخیر این رأی مقرر گردیده که «با توجه به تولید و انتشار محتوای مجرمانه در کانال تلگرامی و صفحه اینستاگرامی در اجرای مواد ۱۴۸ و ۶۷۱ از قانون آیین دادرسی کیفری محکوم‌علیه‌ها مکلف است در همان پیام‌رسان مراتب عدم فعالیت خود را به‌دلیل مغایرت آن با قانون بازار اوراق بهادار به مخاطبین کانال اعلام دارد و مراتب ممنوعیت فعالیت کانال و صفحه متعلق به او موسوم به ... برای اطلاع در سایت رسمی بورس «کدال» ثبت گردد».

همان طور که از این رأی بر می‌آید؛ اولاً باید مغایرت داده‌های مجرمانه در کانال تلگرامی و صفحه اینستاگرامی انتشار یافته توسط محکوم‌علیه در همان پیام‌رسان‌ها (یعنی تلگرام و اینستاگرام) به اطلاع مخاطبین برسد و ثانیاً ممنوعیت متهم از فعالیت در سامانه‌های تلگرامی و اینستاگرامی که از آن‌ها به‌منظور تولید و انتشار محتوای مجرمانه استفاده می‌کرده نیز در سایت رسمی بورس ثبت گردد. نتیجه اینکه در این رأی، داده‌ها و سامانه‌هایی که به‌عنوان موضوع جرم مورد استفاده قرار گرفته‌اند، توقیف گردیده و نسبت به ادامه فعالیت در آن‌ها تعیین تکلیف شده است.

با بررسی دستورات صادره خطاب به مأموران و ضابطین به‌ویژه مأموران پلیس فتا این نتیجه حاصل شد که در جهت لزوم تناسب توقیف داده و سامانه در مقام موضوع جرم، معمولاً موارد ذیل در دستورات قضایی قید می‌شوند:

۱. جرم در چه محیطی یا بر روی چه دستگاهی واقع شده است؟ (اعم از شبکه‌های اجتماعی یا وب‌سایت‌ها و یا وبلاگ و...);
۲. در صحنه جرم چه داده و سامانه‌ای باید توقیف، محافظت، کنترل، ذخیره و نگهداری شود؟
۳. داده و سامانه در مقام موضوع جرم مربوط به خدمات عمومی است یا خصوصی؟
۴. سطح دسترسی مأموران به داده و سامانه‌هایی که در مقام موضوع جرم قرار گرفته‌اند به‌ویژه در مورد محرمانگی داده و سامانه‌های مرتبط با امنیت ملی؛
۵. نحوه توقیف موضوع جرم؛
۶. نحوه نگهداری، کنترل و انتقال داده و سامانه‌های موضوع جرم؛
۷. مدت زمان توقیف داده و سامانه‌های موضوع جرم؛
۸. نحوه اقدام برای رفع توقیف.

موارد یاد شده همه در ارتباط با تناسب داده و سامانه و مهلت زمان معقول برای توقیف آن‌ها

هستند، که در دستورات قضایی خطاب به مأموران و ضابطین مشهود می‌باشند.^۱

۲-۴. تناسب توقیف داده و سامانه در مقام وسیله جرم در رویه قضایی

یکی دیگر از پیوندهای منفی که برای داده و سامانه می‌توان نام برد، استفاده به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم است. به‌طور کلی هر داده و سامانه‌ای یا وسایل مرتبط با آن‌ها می‌تواند به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم باشد. بنابراین سامانه‌های رایانه‌ای اعم از رایانه‌های شخصی یا رایانه‌های ارائه‌کننده خدمات، انواع حافظه‌های جانبی و داده‌های درون سامانه‌های الکترونیکی به‌عنوان وسایل ارتکاب جرم به‌کار گرفته می‌شوند.

امروزه با استفاده از پیشرفت‌هایی که در حوزه فناوری ارتباطی و اطلاعاتی رخ داده، استفاده از اینترنت و سایر محیط‌های سایبری به‌عنوان یکی از حقوق انسان‌ها به رسمیت شناخته شده است. «شورای اروپا در مصوبات متعددی بر حق دسترسی به اینترنت تصریح کرده است. ازجمله در «اعلامیه اصول آزادی ارتباطات در اینترنت» (۲۰۰۳) می‌گوید: «دولت‌های عضو باید دسترسی همگان به تمام خدمات ارتباطی و اطلاعاتی اینترنتی را به‌گونه‌ای غیرتبعیض‌آمیز و با بهایی منطقی، فراهم کنند...» در توصیه‌نامه مورخ ۲۰۱۱ خود نیز بر فراهم کردن نهایت دسترسی به اینترنت برای قادر کردن افراد به اعمال حقوق و آزادی‌هایشان تصریح کرده است (انصاری، ۱۳۹۹: ۶۴). البته باید توجه داشت که تکنولوژی ارتباطی و فناوری اطلاعات، به‌سان تکنولوژی‌های دیگر که با انگیزه خدمت و رفاه بشری پدید آمده است و گسترش می‌یابد، اثر دوگانه دارد: هم می‌تواند مطلوب جامعه بشری واقع گردد و هم می‌تواند دارای جنبه‌های منفی و تهدیدکننده حقوق بشری باشد که حقوق افراد جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد (رئیس دزکی و قاسم‌زاده لیاپی، ۱۳۹۹: ۱۴۳). بنابراین؛ مانند تمامی محیط‌ها، سوءاستفاده از حق دسترسی به اینترنت و سایر حقوق مرتبط با آن ازجمله حق بی‌نامی، اصل بی‌طرفی شبکه‌ای و... منجر شده تا برای ارتکاب جرایم در محیط سایبری از وسایل متناسب با آن استفاده شود. با توجه به گسترش استفاده از فناوری اطلاعات و انجام بسیاری از امور سازمان‌ها و افراد در فضای مجازی و در واقع رواج استفاده از اینترنت، گرایش و تمایل به انجام جرم در این محیط نیز به دلایل مختلف افزایش می‌یابد. از طرف دیگر بسیاری از افرادی که در محیط‌های واقعی به دلایل متعدد ازجمله شرم و حیا، و ترس از برخورد پلیس و دلایل دیگر اقدام به انجام ارتکاب عمل مجرمانه نمی‌کنند، در این فضا به‌دلیل ویژگی‌های فضای مجازی تمایل به ارتکاب جرم پیدا می‌کنند. فضای مجازی با وجود مزایای فراوانش، به‌دلیل ویژگی‌هایی مانند امکان تحصیل هویت‌های گوناگون،

۱. مستند موارد یاد شده بررسی مجموع دستورات صادره به پلیس فتا تهران بزرگ از طرف مقامات قضایی می‌باشد.

گمنامی و سهولت انجام اعمال مختلف، موجب مهاجرت بسیاری از جرایم به آن شده است. امروزه بسیاری از امور فقط در این فضا امکان‌پذیر است و عملاً می‌توان گفت هر سند و مدرکی که راجع به آن‌ها لازم باشد، باید در این فضا و فقط به صورت الکترونیکی جست‌وجو کرد. نمونه بارز این موضوع، طیف وسیعی از جرایم رایانه‌ای است که وقوع آن‌ها فقط در دنیای دیجیتال امکان‌پذیر است. امروزه اطلاعات مختلفی که در دعاوی حقوقی یا پیگردهای جزایی نقش مهمی ایفا می‌کنند، در یک سیستم رایانه‌ای، ذخیره و بایگانی می‌شوند، در پرونده‌های کاغذی، به همان نسبت که افراد و شرکت‌ها، اتکای خود را بر سیستم‌های رایانه‌ای افزایش داده‌اند، کارآگاهان و مقامات قضایی و وکلای نیز به ارزش ذخایر گران‌بهای الکترونیکی پی برده‌اند، ذخایری محفوظ در سیستم‌های رایانه‌ای که به طور گسترده‌ای استناد به آن‌ها برای کشف و به جریان انداختن انواع دعاوی آغاز شده است (گاتن، ۱۳۸۳: ۱). اما در عین حال، این گونه دلایل نسبت به اسناد و مدارک دیگر آسیب‌پذیرتر هستند؛ زیرا به آسانی می‌توان در آن‌ها دستکاری یا آن را جعل کرد و یا آن‌ها را با استفاده از دانش فنی مناسب پنهان کرد. نکته بسیار مهم در خصوص توقیف داده و سامانه به عنوان وسیله ارتکاب جرم، بحث نگهداری از این ادله است تا زمینه برای محافظت از آن‌ها در جهت استنادپذیری هموار شود.

در این راستا تدابیر متنوعی برای حفظ داده‌های و سامانه‌های تحصیل یافته از جرم وجود دارد که عبارتند از: حفاظت فیزیکی، حفاظت کارکنان، حفاظت ارتباطات و حفاظت عملیات که هدف همه آن‌ها سخت‌تر ساختن دسترسی مجرمان به سیستم‌های رایانه‌ای است (وروایی و میرزکی، ۱۳۹۰: ۷۰). به طور کلی مجموع اقدامات و تدابیری که بر روی داده و سامانه به عنوان وسیله ارتکاب جرم انجام می‌پذیرد شامل موارد ذیل هستند:

۱-۲-۴. حفظ فوری ادله

اگر مجریان قانون از دلایل گردآوری شده به نحوی حفاظت نکنند تا در دادگاه وضعیت اصلی‌شان را انعکاس دهند و همچنین مشخصات هر یک به انضمام مأموران دست‌اندرکار در فرم‌های مخصوص به طور کامل درج نشده باشد، استنادپذیری‌شان با تردید جدی مواجه خواهد شد. بند یک ماده ۱۶ کنوانسیون جرایم سایبر^۱ در این رابطه به کارگیری هر گونه روش قانونی اعم از استفاده

۱. به موجب این بند: «هر یک از اعضا باید به گونه ای اقدام به وضع قوانین و سایر تدابیر کنند که در صورت لزوم جهت حفظ فور داده‌های رایانه‌ای خاص، نظیر داده ترافیک، که در یک سیستم رایانه‌ای خاص ذخیره شده است، بویژه در جایی که زمینه‌های این باور وجود دارد که داده‌های رایانه‌ای در برابر از بین رفتن یا تغییر یافتن آسیب پذیرند، این اختیار را به مقامات ذیصلاح خود بدهند که دستوراتی صادر کرده یا اقدامات مشابهی به عمل آورند».

از دستور قضایی یا دستورالعمل اداری و یا صدور دستور از جانب پلیس و سایر مقامات تعقیب را مجاز می‌داند. حفاظت از داده‌ها و سامانه‌ها مستلزم جلوگیری از هر گونه اصلاح، خدشه یا از بین رفتن آن‌ها است که هم اکنون به صورت ذخیره وجود دارند. البته این مفهوم ضرورتاً به این معنا نیست که داده‌ها غیرقابل دسترس گردند، بلکه ممکن است مطابق شرایط و اوضاع و احوال این اختیار به کاربران داده شود که از کپی داده‌ها استفاده کنند. زیرا این ماده هیچ شیوه‌ای را برای حفاظت ذکر نکرده و تنها آن هدفی که دنبال می‌کرده را تبیین نموده است. لذا این به عهده اعضاست که برای تأمین این هدف چه سازوکارهایی را در نظر بگیرند (جلالی‌فراهانی، ۱۳۹۵: ۲۰). در حقوق فرانسه ماده ۹۷ آیین دادرسی کیفری فرانسه بیان می‌کند که کلیه اشیاء، اسناد یا داده‌های حاوی اطلاعات فوراً فهرست‌برداری و مهر و موم می‌شود. همچنین در ادامه این ماده آمده است که به توقیف و ضبط داده‌های حاوی اطلاعات رایانه‌ای که برای کشف حقیقت ضروری است، با استقرار آن تحت اختیار دادگستری به صورت سخت‌افزار یا کپی گرفته شده از آن‌ها در حضور اشخاصی که در بازرسی حاضر هستند، اقدام می‌شود. اگر کپی در چهارچوب این دادرسی تهیه شود، بر اساس دستور بازپرس می‌توان به محو قطعی داده‌های اطلاعاتی از روی سخت‌افزاری که در اختیار دادگستری قرار نگرفته است و نگهداری یا استفاده از آن‌ها غیرقانونی یا برای امنیت اشخاص یا اموال خطرناک است، اقدام می‌شود (تدین، ۱۳۹۱: ۱۰۹).

در قوانین ایران نیز در مقام اجرا و به منظور توجه به این مهم در دستور مقام قضایی، ماده ۱۵ آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی مقرر داشته است: «دستور حفاظت باید فوری و باروش مطمئن به مجری حفاظت ابلاغ شود. این دستور همچنین به اشخاص ذی‌نفع نیز ابلاغ می‌شود؛ مگر آنکه ابلاغ به آن‌ها محل رسیدگی باشد که در این صورت تشخیص زمان ابلاغ حسب مورد با مقام قضایی می‌باشد».

۲-۴. حفاظت از ادله در برابر آسیب‌های محتوایی، محیطی و حفظ حریم خصوصی

تمامی اقدامات قانونی را برای حفظ صحنه جرم باید به عمل آورد. اگر شخص یا اشخاص خاصی باید به لحاظ وضعیت خاص خود به خارج از صحنه منتقل شوند، باید مطمئن شد که پیش از ترک صحنه هیچ‌گونه ادله‌ای به همراه آنان نباشد. در این مرحله از پی‌جویی وضعیت ادله را نباید تغییر داد. اگر روشن هستند باید روشن باقی بمانند و اگر خاموش هستند، باید خاموش باقی بمانند و یا سایر دستگاه‌های مشابه یافت شوند. کارشناس صحنه جرم باید توجه کند که هر که ممکن است حاوی ادله فرار باشند باید سریعاً محافظت شوند، مستندسازی شوند و از آن‌ها عکس تهیه شود. تمامی خطوط تلفنی که به دستگاه‌هایی نظیر مودم‌ها متصل هستند باید شناسایی شوند. باید تمامی خطوط تلفن

مستندسازی شوند، قطع شوند، و تک تک برچسب زده شوند. همچنین ممکن است ارتباط دیگری نظیر خطوط شبکه در صحنه جرم وجود داشته باشند، در این حالت بهتر از مشاوره افراد یا شرکت‌های متخصص استفاده کرد (ترابزاده، ۱۳۸۸: ۹۴-۹۳). به هیچ عنوان نباید کاری کرد، که سبب اضافه شدن، تغییر داده‌ها و یا از بین رفتن داده‌های موجود در یک رایانه یا سایر رسانه‌ها شود. رایانه‌ها تجهیزات الکترونیکی بسیار ظریفی هستند که نسبت به رطوبت، حرارت، الکتریسیته ساکن، ضربه یا تکان فیزیکی، منابع مغناطیسی و امواج الکترومغناطیسی بسیار حساس هستند، بنابراین باید احتیاط خاص و ویژه‌ای را حین بسته‌بندی، حمل و نقل و نگهداری ادله الکترونیکی داشته باشیم.

همچنین؛ در حفظ داده‌ها باید به مسئله حفظ حریم خصوصی و محرمانگی داده‌ها توجه ویژه‌ای شود. حفاظت یک تدبیر نخستین است که زمینه را برای سایر تدابیر قانونی به منظور دستیابی به داده‌ها یا افشای آن‌ها فراهم می‌کند. لازمه محرمانگی این است که سایرین برای صدمه زدن یا پاک کردن داده‌ها نکوشند. از نظر شخصی که مخاطب دستور قرار گرفته، «سوژه داده‌ها»^۱ یا اشخاص دیگری که ممکن است به وسیله داده‌ها یادآوری یا شناسایی شوند، محدودیت زمانی روشنی برای اقدام وجود دارد. الزام‌های دوگانه برای سالم و ایمن نگهداشتن داده‌ها و حفظ محرمانگی یک رویدادی که تدبیر حفاظت برای آن به اجرا در آمده است، به حفظ حریم خصوصی سوژه داده‌ها یا سایرینی که ممکن است به موجب آن داده‌ها یادآوری یا شناسایی شوند کمک می‌کند (جلالی‌فراهانی، ۱۳۹۵: ۶۷). در آیین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی در ماده ۱۶ مقرر داشته است که: «حفاظت از داده‌ها باید به نحوی باشد که محرمانگی، تمامیت، صحت و انکارناپذیری داده‌ها رعایت شود». در حقوق فرانسه بر اساس ماده ۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری هنگامی که مهر و موم‌های داده‌های رایانه‌ای بسته می‌شود، اسناد فقط با حضور اشخاص تحت بررسی، در معیت وکیل خود یا اشخاص مدعو، مفتوح و بررسی می‌شود. اشخاص ثالثی که در نزد آن‌ها توقیف و ضبط صورت گرفته است نیز برای حضور در این اقدامات دعوت می‌شوند. اگر ضرورت‌های تحقیق این موضوع را منع نکنند، کپی یا تصویر اسناد یا داده‌های حاوی اطلاعات رایانه‌ای در اختیار دادگستری، می‌توانند در کوتاه‌ترین مدت، به هزینه اشخاص ذی‌نفع که آن‌ها را درخواست کرده‌اند، به آن‌ها داده می‌شود.

نتیجه

با عنایت به مطالعات صورت گرفته در این مقاله می‌توان به این نتیجه رسید که اصل تناسب توقیف با داده و سامانه در اثبات این‌گونه جرایم داری اهمیت بیشتری نسبت به سایر جرایم است

چون در این‌گونه جرایم؛ شکل ارتکاب، انگیزه و هدف مرتکبین، وسیله و ادله ارتکاب و... به‌گونه‌ای است که بدون در نظر گرفتن اصل تناسب و با یکسان‌انگاری این جرایم با جرایم سنتی هیچ‌کدام از جرایم اثبات نمی‌شود.

در جرایم سایبری ممکن است سامانه‌ای که برای ارتکاب جرم انتخاب شده، علاوه بر ادله جرم سایبری مشتمل بر سایر محتویات نیز باشد که با دسترسی به این سامانه در مواردی نظیر توقیف آن‌ها، محتویات یاد شده که ممکن است شخصی، محرمانه و خانوادگی باشد نیز در دسترس قرار می‌گیرد. در چنین مواردی باید به تفسیر مضیق از اصل تناسب پایبند بود و تنها اقداماتی را در جهت اثبات جرم لازم دانست که ارتباط مستقیمی با جرم ارتكابی داشته باشد و از محتویاتی که حتی ممکن است ارتباط غیرمستقیم به ارتكاب جرایم سایبری داشته باشند، خودداری کرد.

با عنایت به موارد یاد شده می‌توان گفت که علاوه بر قانونمند بودن توقیف داده و سامانه، تناسب ادله توقیف‌شده با نوع جرم ارتكابی به‌عنوان یکی دیگر از اصول حاکم بر توقیف ادله الکترونیکی می‌باشد. همان‌طور که بیان شد؛ رعایت اصل تناسب به‌صراحت در قوانین جاری در ایران از جمله در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳ پیش‌بینی شده است.

در اسناد اروپایی نیز به اصل تناسب در توقیف ادله الکترونیکی توجه شده است. مطابق اسناد مرتبط با جرایم سایبری اصل تناسب جزء اصول مورد احترام بوده و توجه و لزوم رعایت آن در مورد داده و سامانه به‌صراحت در اسناد ذکر شده از جمله در کنوانسیون اروپایی جرایم سایبری و توصیه‌نامه‌های شورای اروپا مورد تأکید قرار گرفته است. مسئله اصلی نوشتار حول محور معیار تناسب مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفت و همان‌طور که در مسئله‌شناسی فرض شده بود، تناسب؛ از یک‌سو مبتنی بر رویکرد اقدام‌محور است که با عنایت به رویه قضایی بررسی شده این نتیجه حاصل شد که باید میان اقدام مقام قضایی در توقیف داده و سامانه با موضوع توقیف، نسبت توازن برقرار باشد یعنی کیفیت و شیوه توقیف با لحاظ ویژگی‌های موضوع توقیف محقق شود. از سوی دیگر، با توجه به ضمانت‌اجراه‌های پیش‌بینی شده برای مقامات قضایی، در صورت عدم رعایت تناسب، مشخص می‌شود که تناسب رویکردی نتیجه‌محور دارد که می‌کوشد که بر اساس این رویکرد تبعات توقیف غیرمتناسب را به مقام قضایی گوشزد می‌کند.

منابع

فارسی

- انصاری، باقر (۱۳۹۹)، «حق دسترسی به اینترنت؛ مبانی و محتوا»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۲.
- تدین، عباس (۱۳۹۱)، *تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- تراب زاده، حسین (۱۳۸۸)، «بررسی صحنه‌های جرم الکترونیکی»، *کارآگاه*، دوره دوم، سال دوم، شماره ۶.
- جلالی فراهانی، امیرحسین (۱۳۸۶)، «استنادپذیری ادله الکترونیکی در امور کیفری»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، دوره ۴، شماره ۱۵.
- جلالی فراهانی، امیرحسین (۱۳۹۵)، *درآمدی بر آیین دادرسی کیفری جرایم سایبری*، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی.
- رئیسی دزکی، لیلا و فلور قاسم‌زاده لیاپی (۱۳۹۹)، «چالش‌های نظام حقوقی ایران در نقض داده‌های شخصی و حریم خصوصی در فضای سایبر»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.
- زندی، محمدرضا (۱۳۹۳)، *تحقیقات مقدماتی در جرایم سایبری*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- فضلی، مهدی (۱۳۸۹)، *مسئولیت کیفری در فضای سایبر*، تهران: چاپ نخست، تهران: انتشارات خرسندی.
- گاتن، آلن (۱۳۸۳)، *ادله الکترونیکی*، ترجمه: مصیب رضائی، شورای عالی توسعه قضایی، تهران: شورای عالی اطلاع‌رسانی.
- نوری، محمدعلی و رضا نخجوانی (۱۳۸۳)، *حقوق تجارت الکترونیکی*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- وروایی، اکبر و سیدشمس‌الدین میرزکی (۱۳۹۰)، «بررسی عوامل مؤثر بر کشف جرم کلاهبرداری رایانه‌ای پلیس آگاهی تهران سال ۱۳۸۶-۱۳۸۷»، *کارآگاه*، دوره دوم، سال چهارم.

انگلیسی

- Fletcher, George, *Political Theory and Criminal Law, Criminal Justice Ethics*, Vol. 25, 2006.
- ICC, The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", No.: ICC-02/05/01/09-73, 3 Feb 2010.
- ICC, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo, 13 Feb 2007, No.: 01/04-01/06

تأثیرات متقابل آرای حقوقی و کیفری؛ از تئوری تا رویه قضایی

مجید عزیزیانی*

چکیده

تأثیرات متقابل آرای حقوقی و کیفری بر هم یکی از موضوعات مهم پرونده‌های حقوقی و کیفری است. بنا بر نظر مشهور، محکمه حقوقی مکلف به تبعیت از رأی قطعی دادگاه کیفری است و در صورت رسیدگی هم‌زمان، دادگاه حقوقی را مکلف به توقف رسیدگی می‌دانند. هرچند دقیقاً همین رویه در تبعیت دادگاه کیفری از رأی حقوقی قطعی وجود دارد و این قاعده مختص دادگاه کیفری نمی‌باشد. چنانچه هر کدام از محاکم قضایی حقوقی و کیفری رسیدگی‌کننده حسب مورد، بدون اعتنا به آرای دادگاه دیگر که رأی آن در پرونده تحت نظر مؤثر است، مبادرت به صدور رأی نماید، تأثیرات نامطلوبی از جمله صدور آرای متناقض و غیرقابل اجرا بر جای خواهد گذاشت که در این خصوص می‌بایست اصول، مبانی و شرایط تأثیرات متقابل آرای حقوقی و کیفری بر هم به خوبی مورد بحث و بررسی قرار گیرد و مطالعه دقیق رویه قضایی در این خصوص می‌تواند در ارائه راه حل مطلوب مؤثر باشد. در مقاله حاضر ضمن بررسی و توجه به رویه قضایی متهافت، جایگاه قاعده تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری و حالت عکس آن در نظام حقوقی ایران و ارتباط رأی دادگاه کیفری با نظم عمومی مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت رویه قضایی شاخص و مبنای حقوقی دقیق منطبق با موازین قضایی ارائه می‌گردد. روش تحقیق کاملاً تحلیلی، کاربردی و عملی است. حاصل نتیجه تحقیق این است که کیفری یا حقوقی بودن موضوع، ملاک برتری و تبعیت از دیگری نمی‌باشد، بلکه پرونده مقدم، اعم از اینکه کیفری باشد یا حقوقی، برای سایر مراجعی که بعداً رسیدگی می‌کنند، لازم‌الاتباع است.

واژگان کلیدی: دادگاه حقوقی، دادگاه کیفری، رویه قضایی، قانون

مقدمه

تأثیرپذیری متقابل آرای حقوقی و کیفری بر هم در قوانین سابق و فعلی آیین دادرسی مدنی و آیین دادرسی کیفری از دیرباز مورد توجه و تصریح مقنن بوده و دلیل آن جلوگیری از صدور آرای متناقض و متفاوت درخصوص موضوعات با منشأ واحد است. هماهنگی بین آرای مراجع قضایی برای جلوگیری از اصدار آرای متهاافت و متناقض از اساسی‌ترین اصول ضروری در نظام قضایی هر کشور محسوب می‌شود و لازم است که کلیه دادگاه‌ها برای این امر مهم تلاش حداکثری داشته باشند. هر گاه رسیدگی به امری یا ادعایی منوط به اثبات امری باشد که رسیدگی و اظهارنظر به آن قانوناً در صلاحیت دادگاه دیگری باشد، اناطه یا توقف در رسیدگی می‌تواند در هر دو مرجع حقوقی و کیفری مطرح شود. پیش‌بینی قرار رسیدگی توأمان در قانون آیین دادرسی مدنی و پیش‌بینی مرجع قضایی واحد برای رسیدگی به اتهامات متعدد متهم با رعایت صلاحیت ذاتی در قانون آیین دادرسی کیفری با هدف جلوگیری از تناقض آرا است. مثلاً در مرجع حقوقی شخصی به استناد یک مبایعه‌نامه، الباقی ثمن معامله را مطالبه می‌کند و در مرجع کیفری شخصی که صدور مبایعه‌نامه به او منتسب شده ادعای جعل و درخواست رسیدگی کیفری را مطرح می‌نماید.

حقوق کیفری و مدنی به‌رغم فواصل و قرابت‌هایی که در تاریخ حیات علم حقوق داشته‌اند هنوز نیز از یکدیگر متمایزند و حفظ این مرزبندی‌ها برای آنکه هر یک بتوانند به درستی کارکرد خود را به منصب ظهور بگذارند، ضروری است (روستایی و رحمانیان، ۱۴۰۰: ۱۷۹). گاهی رأی صادره در دادگاه کیفری علاوه بر مجازات، حاوی وصف حقوقی از حیث صحت و بطلان عمل حقوقی مورد ادعا بوده و ممکن است حائز ابعاد حقوقی له و یا علیه طرفین دعوای کیفری باشد. این ویژگی بالاخص در جرایم علیه اموال مثل کلاهبردی کاملاً مشهود است. قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز صلاحیت دادرسی و دادگاه‌های کیفری را مورد تصریح قرار داده است. در کنار این موارد مراجع اداری و شبه‌قضایی به‌عنوان کلی مراجع غیرقضایی نیز وجود دارند که ارتباط آرای این مراجع غیرقضایی با مراجع قضایی باید برای جلوگیری از صدور آرای متناقض مورد بررسی قرار گیرد. حسب مواد قانونی و اختیارات اعطایی به قاضی کیفری، دادگاه کیفری نسبت به دادگاه حقوقی امکان تحقیق بیشتری در کشف واقع دارد (پورااستاد، ۱۳۸۹: ۱۰۱). زیرا مرجع کیفری بر اساس مواد ۷۰، ۹۰ و ۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری، برخلاف دادگاه حقوقی محدود به اصل منع تحصیل دلیل نیست. به عبارتی اثبات کشف جرم در امور کیفری به‌دلیل اینکه جرم مخالف نظم عمومی است، حکومت اصل آزادی تحصیل دلیل را می‌طلبد و صرفاً با وجود پذیرش چنین اصلی است که دادرسی کیفری در پرونده‌های مختلف می‌تواند حقیقت را کشف کرده و حکم خود را به گوهر آن بیاراید (حیدری،

۱۳۹۳: ۲) اما دادگاه حقوقی، با رعایت ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، مقید و محدود به ادله طرفین است هرچند که نظرات مخالف درخصوص دامنه شمول ماده ۱۹۹ یادشده زیاد است (شمس، ۱۳۹۰: ۵۶-۵۳) و از حوصله این بحث خارج است.

مسئله اصلی مقاله مورد بحث این است که هرچند قاعده تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری مورد پذیرش رویه قضایی قرار گرفته است ولی در حالت عکس آن یعنی تبعیت دادگاه کیفری از رأی قطعی حقوقی اتحاد و اتفاق عقیده و رویه‌ای وجود ندارد و در هیچ کدام از کتب و مقالات مرتبط به این موضوع نپرداخته است در حالی که اهمیت قاعده تبعیت دادگاه کیفری از رأی قطعی حقوقی کمتر از قاعده تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری نیست و یک اصل کلی وجود ندارد و سخن از اراده ضمنی قانون‌گذار و استناد به آن در صورتی پذیرفته است که مخالف با اصول حقوقی نباشد (میرزایی، ۱۴۰۰: ۳۲۸).

در مقاله حاضر در یک گفتار در مورد تأثیرات رأی قطعی دادگاه کیفری در پرونده حقوقی بر اساس ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری از حیث مبنایی و بررسی رویه قضایی بحث و بررسی صورت خواهد گرفت و سپس در گفتار دیگر در مورد تأثیرات رأی قطعی حقوقی در نتیجه پرونده کیفری و توجه به رویه قضایی و ارائه رویه شاخص و در گفتار دیگر در مورد فقدان اصل کلی تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

۱. تأثیر رأی قطعی کیفری بر پرونده حقوقی

طبق معتقدان دیدگاه تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری، در صورت صدور رأی قطعی کیفری، مرجع حقوقی به دلیل اصالت و مرتبط بودن رأی کیفری با نظم عمومی، مکلف به تبعیت از رأی کیفری مزبور است و امکان صدور رأی برخلاف مفاد رأی کیفری توسط مرجع حقوقی وجود ندارد. اصل لزوم تبعیت مرجع قضایی حقوقی از رأی قطعی کیفری، در رسیدگی کیفری از جایگاه خاصی برخوردار است و جایگاهی که در قوانین سابق به نحو صریح لحاظ نشده است (اسدی، ۱۳۹۴: ۲۳۱). برخی برتری و تفوق احکام کیفری بر دعاوی حقوقی و لزوم تبعیت دادگاه مدنی از احکام جزایی را به عنوان یک اصل مسلم و شایع آیین دادرسی توصیف کرده‌اند (اکبری، ۱۳۹۶: ۷۳).

۱-۱. مبنای تأثیر رأی قطعی کیفری بر پرونده حقوقی

در راستای اجرای قاعده حجیت آرای کیفری در دعاوی مدنی، ممکن است که رأی جزایی به عنوان دلیل در محکمه حقوقی مورد استناد قرار گیرد. به لحاظ ارتباط دو دعاوی حقوقی و کیفری و امکان اتحاد این دو موضوع و منشأ، می‌بایست آرای صادره در دو حوزه جزایی و مدنی، مناسب و هماهنگ باشند. به این ترتیب از تحقیقات انجام گرفته در دعاوی کیفری، در دعاوی مدنی نیز استفاده

شود (حیدری و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۲). رأی کیفری رأیی است که دادگاه نسبت به دعوی مطرح شده نزد او اتخاذ می‌کند، پس از آنکه دادرسی را انجام داد و موجب خروج دعوی از آن دادگاه می‌شود (زراعت، ۱۳۹۴: ۳۱۷). رأی کیفری مرتبط با نظم عمومی جامعه است و بر اساس مفاد مواد ۸ و ۹ تمامی جرایم دارای جنبه الهی و عمومی بوده و درجه اختلال نظم عمومی در جرایم قابل گذشت و غیرقابل گذشت متفاوت است. این ویژگی تقریباً در رأی حقوقی وجود ندارد. بدین توضیح که شاکی در پرونده‌های کیفری (جرایم غیرقابل گذشت)، دادستان (جامعه) است، ولی در دعوی حقوقی، دعوی متعلق به خواهان است. در واقع رسیدگی به برخی دعوی مطروحه در مرجع کیفری ممکن است مستلزم اثبات حق یا ادعایی باشد که در صلاحیت قانونی و ذاتی آن مرجع نیست. هرچند حکم قضایی متضمن حل یک اختلاف حقوقی است که با استناد به قوانین توسط یک مرجع قضایی صادر و سند رسمی تلقی می‌شود؛ ولی با وصف تضمن اثبات یک حق و یا ادعا و دارا بودن آثار له و علیه اشخاص، حائز تبعات و اثر مطلق نیست و اصل نسبیّت احکام بر آن حاکم است. چنین اصلی اثر احکام را تنها به طرفین دعوی محدود می‌کند و نتیجه می‌گیرد که وجود حکم تنها میان اطراف دعوی قابلیت استناد دارد (آهني، ۱۳۸۰: ۵۹).

دادگاه کیفری نسبت به دادگاه حقوقی آزادی عمل بیشتری در کشف واقع دارد (پوراستاد، ۱۳۸۹: ۱۰۱). زیرا دادگاه کیفری، برخلاف دادگاه حقوقی مقید به اصل منع تحصیل نیست^۱. در واقع طبیعت اثبات در امور کیفری حکومت اصل آزادی تحصیل دلیل را می‌طلبد و اما دادگاه حقوقی، با رعایت ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، مقید و محدود به ادله طرفین است و به غیر از موارد استثنایی چون صدور قرار معاینه و تحقیق محلی و صدور قرار کارشناسی نمی‌تواند اقدام به جمع‌آوری ادله نماید. حال آنکه مرجع کیفری مکلف است تمامی ادله جرم را رأساً گردآوری نماید و نباید رسیدگی خود را محدود به ادله طرفین نماید. به‌علاوه رأی قطعی کیفری درخصوص مجرمیت متهم باید بدون هرگونه شک معقول صادر شود. حال آنکه در دادرسی حقوقی، معیار تعادل احتمالات جاری است. همین امر موجب می‌شود تا بنا به فرض، حکم دادگاه کیفری نسبت به دادگاه حقوقی از احتمال بیشتری برای اصابت به واقع برخوردار باشد. در برخی از نظام‌های حقوقی مثل فرانسه، اکثریت آن‌ها تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری را به‌عنوان یک اصل مسلم حقوقی مورد پذیرش قرار داده و مورد عمل رویه قضایی نیز قرار می‌گیرد (O.MICHELS, 2012: 13).

از طرفی مبنای تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری اعتبار امر قضاوت شده است. این

۱. مواد ۷۰، ۹۰ و ۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری.

قاعده در مقررات مختلف مورد پذیرش قرار گرفته است.^۱ مطابق این قاعده هر اختلافی فقط یک بار مورد رسیدگی ماهوی قرار می‌گیرد. بر اساس این قاعده هر گاه دعوی طرح شده، با همان موضوع و همان جهات، سابقاً میان همان اشخاص رسیدگی و نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد، حکم از اعتبار قضیه محکوم بها برخوردار شده و طرح مجدد دعوی مردود است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۳۹). لزوم هماهنگی و هم‌خوانی تصمیمات قضایی از اصول ارتكازی نظام‌های دادرسی است؛ وجود تصمیمات قضایی متعارض احساس وجود عدالت و امنیت را مخدوش می‌کند. در هر نظام قضایی، دادرسی و رسیدگی به دعاوی هدف غایی نیست، بلکه وسیله‌ای است برای اجرای عدالت و در این مسیر نمی‌توان تصور کرد نسبت به یک مسئله دو حکم متفاوت صادر شود و هر دو حکم عادلانه باشد، بنابراین دادرسی در صورتی عادلانه محسوب می‌شود که علاوه بر صدور احکام عادلانه از صدور آرای متعارض نیز جلوگیری کند (صالحی، ۱۳۹۵: ۴۸). پیرامون آثار نسبی رأی کیفری و جزایی می‌توان گفت با توجه به ماهیت عمل ارتكابی که اقدام بر علیه امنیت فردی و اجتماعی و نظم عمومی است و شاکی و متهم ایفاگران نقش بوده و مقامات انتظامی و قضایی با اختیارات واسعه به امور رسیدگی می‌نمایند و مقامات قضایی با اقتدار لازم در جهت کشف حقیقت اقدام می‌کنند. لذا حکم صادره از دقت کافی برخوردار بوده و بیشتر منطبق با واقع است.

۲-۱. مستندات قانونی تأثیر رأی قطعی کیفری بر پرونده حقوقی

ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری: «هرگاه رأی قطعی کیفری مؤثر در ماهیت امر حقوقی باشد، برای دادگاهی که به امر حقوقی یا ضرر و زیان رسیدگی می‌کند، لازم‌الاتباع است». اساس حکم این ماده این است که رسیدگی و در نهایت صدور رأی قطعی کیفری برای مراجع حقوقی لازم‌الاتباع است. هرچند در مفاد ماده به ضرر و زیان در دادگاه حقوقی اشاره کرده است ولی ذکر کلمه «یا» در عبارت «امر حقوقی یا ضرر و زیان» ماده موصوف، دلالت بر تمام موضوعات حقوقی مرتبط و مؤثر با امر کیفری مربوطه دارد. به نظر می‌رسد مقنن در ماده فوق در مقام بیان برتری رأی کیفری بر مرجع حقوقی نمی‌باشد. بر اساس ظاهر این ماده هر آنچه توسط مرجع کیفری مورد رسیدگی و در نهایت احراز شده است، می‌بایست از سوی سایر مراجع مورد توجه و در نهایت تبعیت قرار گیرد. لذا هم تبعیت از رأی کیفری مقدم و هم تبعیت از رأی حقوقی مقدم توسط مرجع دیگر هر دو از مفاد ماده فوق قابل استنباط است و ملاک در این خصوص رأی مقدم مؤثر اعم از اینکه حقوقی باشد یا کیفری است، زیرا به حکم قاعده اعتبار امر مختوم و نفاذ آرای قضایی، مرجع قضایی مؤخر می‌بایست به

۱. بند ۶ ماده ۸۴ و مواد ۲۲۷ و ۴۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی.

رسیدگی قضایی و ماهیتی مرجع قضایی مقدم که رأی قطعی مؤثر صادر کرده است، احترام نماید، در غیر این صورت اعتبار آرای قضایی متزلزل می‌گردد.

ماده ۱۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری ۱۳۷۲: «هرگاه تخلف کارمند عنوان یکی از جرایم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد هیئت رسیدگی به تخلفات اداری مکلف است مطابق این قانون به تخلف رسیدگی و رأی قانونی صادر نماید و مراتب را برای رسیدگی به اصل جرم به مرجع قضایی صالح ارسال دارد. هرگونه تصمیم مراجع قضایی مانع اجرای مجازاتهای اداری نخواهد بود...». مفاد این ماده به تبعیت هیئت رسیدگی به تخلفات اداری به نتیجه رأی قطعی کیفری در رسیدگی به تخلفات کارمند اشاره می‌کند و آن هیئت نمی‌تواند بدون توجه به مفاد رأی قطعی کیفری، کارمند متخلف را از مجازات انتظامی مبرا کند. به عبارتی حسب ماده فوق‌الذکر بین جرم و تخلف کارمند، نوعی رابطه عموم خصوص مطلق وجود دارد. یعنی هر جرمی نوعی تخلف محسوب می‌شود ولی هر تخلفی، جرم محسوب نمی‌شود. دلیل اشاره به مقررۀ قانونی یادشده از باب تبعیت مرجع انتظامی از رأی قطعی کیفری است، زیرا مراجع رسیدگی به تخلفات انتظامی و اداری نیز دارای نوعی رسیدگی شبه قضایی بوده که به حکم ذیل ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی و در صورت ارجاع قوانین خاص به رعایت مقررات این قانون، امکان اجرای مقررات یاد شده در باب تبعیت از آرای کیفری و حقوقی وجود دارد.

ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی: «هرگاه ضمن رسیدگی مسائلی کشف شود که مربوط به وقوع جرمی باشد و در رأی داور مؤثر بوده و تفکیک جهات مدنی از جزایی ممکن نباشد و همچنین در صورتی که دعوا مربوط به نکاح یا طلاق یا نسب بوده و رفع اختلاف در امری که رجوع به داوری شده متوقف بر رسیدگی به اصل نکاح یا طلاق یا نسب باشد، رسیدگی داوران تا صدور حکم نهایی از دادگاه صلاحیت‌دار نسبت به امر جزایی یا نکاح یا طلاق یا نسب متوقف می‌گردد.» این ماده به تأثیر رأی کیفری بر رسیدگی توسط داور و تبعیت داور از نتیجه رأی قطعی مذکور اشاره دارد. و داور نمی‌تواند بدون توجه به مفاد رأی قطعی کیفری، رسیدگی خود را ادامه و رأی صادر نماید. به عبارتی این ماده برتری رسیدگی در دادگاه خصوصاً مرجع کیفری و تبعیت مرجع داوری از آن را تأکید می‌نماید. در واقع به اعتقاد برخی دکتربین به حکم ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی اگر تصمیم داور منوط به امری است که ماهیت جزایی دارد، از موارد توقیف داوری است (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۳۵۸ و ۳۵۸).

ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی: «چنانچه مدعی جعلیت سند در دعوای حقوقی، شخص معینی را به جعل سند مورد استناد متهم کند، دادگاه به هر دو ادعا یک جا رسیدگی می‌نماید. در صورتی که دعوای حقوقی در جریان رسیدگی باشد، رأی قطعی کیفری نسبت به اصالت یا جعلیت

سند، برای دادگاه متبع خواهد بود...». مفاد ماده فوق‌الذکر به توجه و تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری نسبت به جعلیت سند اشاره دارد. در این فرض، مرجع حقوقی فوق‌الذکر نمی‌تواند بدون توجه به مندرجات رسیدگی کیفری در خصوص جعلیت سند، رأساً نسبت به جعلیت سند اتخاذ تصمیم نماید (مهاجری، ۱۳۹۰: ۳۳۸).

نکته‌ای که ذکر آن ضروری است اینکه برخی کشورهای مدرن حقوقی مثل فرانسه برای جلوگیری از اینکه ممکن است یکی از طرفین پرونده برای اطلاع دادرسی، هم‌زمان با دعوی حقوقی، متقابلاً ادعایی کیفری در مرجع جزایی مطرح نماید در سال ۲۰۰۷ اصلاح شد (Code de procedure penal l' Article 4) تا از هر گونه اختلال و طولانی شدن جریان رسیدگی جلوگیری کند و تعادل نسبی بین قدرت مراجع حقوقی و کیفری ایجاد شود و به موجب این اصلاحیه قانونی در فرانسه، تشخیص صدور قرار توقف رسیدگی بر اساس ضرورت امر با قاضی است و چنانچه ضرورت را تشخیص ندهد، رأساً نسبت به ادامه جریان رسیدگی اقدام می‌کند.

۳-۱. رویه قضایی دادگاه حقوقی متأثر از رأی قطعی کیفری

اعتبار آرا بر هم دیگر قاعده‌ای نیست که در اختیار طرفین دعوی باشد، بلکه قاضی مدنی و کیفری مقید و ملزم به آن است و به‌طور قهری بر او تحمیل می‌گردد، چراکه قاعده موصوف مبتنی بر نظم و واجد خصوصیت امری است (دیپانژاد و شایسته، ۱۳۹۴: ۸۴).

در دادنامه استنادی دعوی الزام به تنظیم سند رسمی به دلیل تبعیت از رأی قطعی کیفری شامل فروش مال غیر و رأی قطعی حقوقی شامل ابطال اسناد هر دو به دلیل فضولی بودن که هر دو رأی قطعی حقوقی و کیفری یادشده مقدم بر دعوی الزام به تنظیم سند رسمی بوده است، حکم بر الزام به تنظیم سند رسمی صادر می‌گردد. در این پرونده دادگاه حقوقی رسیدگی‌کننده به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی نمی‌تواند بدون توجه به نتیجه قطعی آرای کیفری و حقوقی مقدم مبنی بر فضولی بودن سند مستند دعوی اتخاذ تصمیم نماید و رسیدگی سابق در دو مرجع قبلی برای این دادگاه لازم‌الاتباع است که هدف جلوگیری از ازدیاد و تجدید دعوی، شکایات و پرهیز از اصدار آرای متناقض و حفظ نظم عمومی بوده و اختیار عمل و گستردگی مرجع کیفری در ادله اثبات دعوی در مقایسه با دعوی حقوقی، طرف‌داران نظریه تبعیت مطلق دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری را مصر به حفظ عقیده کرده است. ولی این حجیت برای تبعیت دادگاه کیفری از رأی قطعی حقوقی مؤثر هم وجود دارد و اساساً زمانی قاعده تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری مؤثر خواهد بود که اولاً رأی از مرجع کیفری به‌نحو قطعی صادر شده باشد؛ ثانیاً این رأی قطعی کیفری الزاماً باید در پرونده حقوقی مؤثر باشد، در غیر این صورت اثری نخواهد داشت که ذیلاً رأی نگارنده در این خصوص

برای تنویر ذهن مخاطب ذکر می‌گردد.^۱

۱. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۲۹۹۳۷۰۰۶۲۵ مورخ ۹۸/۸/۱۸: «در خصوص دادخواست خانم‌ها به طرفیت آقایان به خواسته الزام به تنظیم سند سه دانگ از شش دانگ سند قطعی ۱۹۳۷۶۹ مورخ ۲۸/۰۴/۱۳۹۵ در پلاک ثبتی ۴۱۶۹/۲۰ و مطالبه خسارات دادرسی ... حسب محتویات پرونده و دادخواست تقدیمی خواهان‌ها مدعی هستند که به موجب دادنامه اصداری شماره ۹۸۰۰-۲۴۱ مورخ ۱۱/۰۴/۱۳۹۸ شعبه دوم حقوقی رودبار قصران مبنی بر بی اعتباری سند رسمی ۱۹۳۷۶۹ مورخ ۲۸/۰۴/۱۳۹۵ و صلح نامه مورخ ۳۰/۰۴/۱۳۹۲ مالک سه دانگ مشاع در پلاک ثبتی موضوع دعوی بوده که تا کنون سند رسمی تنظیم نشده است، بر همین اساس تقاضای اجابت خواسته را از محکمه خواستار شده‌اند. دادگاه از توجه به محتویات پرونده، ملاحظه دادخواست تقدیمی و ضmann آن، استماع اظهارات خواهانها، مطالبه و مطالعه پرونده‌های استنادی و استعلام واصله ثبتی نظر به اینکه اولاً بر اساس صلح نامه مورخ ۳۰/۰۴/۱۳۹۲ فی مابین مصالح آقای به عنوان طرف اول و متصالح مرحوم به عنوان طرف دوم سه دانگ از شش دانگ پلاک موضوع دعوی را به طرف دوم به عنوان مورث خواهانها واگذار کرده است و از این حیث ارتباط حقوقی و قراردادی مذکور که مقدمه واجب اجابت دعوی الزام به تنظیم سند رسمی است فراهم است. ثانیاً این صلح نامه در پرونده کیفری ۹۷۰۰۷۹ شعبه ۱۰۵۹ کیفری دو تهران و شعبه ۶۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران در باب فروش مال غیر و محکومیت آقای و پرونده کلاسه ۹۸۰۰۲۶ شعبه دوم رودبار قصران با موضوع ابطال سند نقل و انتقال نسبت به سه دانگ مورث خواهان‌ها که در نهایت حکم بر ابطال آن سند به دلیل مالکیت مقدم مورث خواهان‌ها صادر و قطعی گردیده است و در دو پرونده یاد شده صلح نامه مورد استناد خواهان‌ها مورد بررسی و صحت قرار گرفته است و اساساً مستند اساسی اجابت آن پرونده‌ها همین صلح نامه بوده است که نشانگر مالکیت مورث خواهان‌ها است. ثالثاً تا کنون توسط هیچ مرجعی رأی مبنی بر بی اعتباری صلح نامه یاد شده احراز و تقدیم نشده است و حمل بر صحت موضوع ماده ۲۲۳ قانون مدنی است و بر اساس ماده ۲۱۹ همان قانون طرفین ملزم به تبعیت از آثار عقود بوده و یکی از آثار مهم عقود، حصول مالکیت رسمی برای انتقال گیرنده ملک است، چرا که به موجب ماده ۳۶۲ قانون مدنی به مجرد عقد، انتقال گیرنده مالک مورد معامله بوده و این مالکیت رسمی نیز حسب استعلام واصله ثبتی تا کنون حاصل نشده است. رابعاً حسب دادنامه‌های کیفری و حقوقی در پرونده‌های فوق الذکر فضولی بودن سند شماره ۱۹۳۷۶۹ مورخ ۲۸/۰۴/۱۳۹۵ محرز و بر همین اساس سند رسمی فوق الذکر طی دادنامه شماره ۹۸۰۰-۲۴۱ مورخ ۱۱/۰۴/۱۳۹۸ مورد ابطال قطعی قرار گرفته است و اذن در شی اذن در لوازم آن است و از توابع عقد صلح مبنی بر واگذاری مورد انتقال، انتقال به شکل و کیفیت سند رسمی است. خامساً حسب استعلام واصله ثبتی مالکیت رسمی و سلسله مالکیت خواندگان محرز و شرط اساسی اجابت دعوای مذکور نیز احراز مالکیت رسمی خواننده برای انتقال در دفترخانه اسناد رسمی است که این مورد هم فاقد ایراد بوده و قابلیت اجابت دارد. سادساً یکی از طرق نقل و انتقال چه در اموال منقول و چه در اموال غیر منقول عقد صلح بوده که این عقد حسب ماده ۷۵۲ قانون مدنی علاوه بر اینکه در مقام رفع تنازع بوده، می‌تواند در مقام معاملات نیز صورت گیرد و این هم از قسمت انتهایی ماده فوق‌الذکر و صراحت ماده ۷۵۸ همان قانون بارز و مشهود است و این عقد حسب ماده ۷۶۰ قانون مذکور از عقود لازم بوده و تا کنون دلیل و مدرکی دال بر اینکه صلح نامه موضوع دعوی مبتنی بر معامله باطله بوده (موضوع ماده ۷۶۵ قانون مدنی) تقدیم و ابراز نشده

۲. تأثیر رأی قطعی حقوقی بر پرونده کیفری

طبق دیدگاه معتقدان تأثیر رأی قطعی حقوقی در پرونده کیفری و برخلاف گفتار یک که مورد بحث قرار گرفت، در صورت صدور رأی قطعی حقوقی، مرجع کیفری به دلیل رسیدگی حقوقی صورت گرفته، مکلف به تبعیت از رأی حقوقی مزبور است و امکان صدور رأی برخلاف مفاد رأی حقوقی توسط مرجع کیفری در صورت مرتبط و مؤثر بودن وجود ندارد و اساساً برخی موارد تصمیمات و آرای دادگاه حقوقی برای دادگاه کیفری لازم‌الاتباع است. حال اگر دادگاه حقوقی تمام تلاش خود را مطابق ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی در کشف واقع به کار گیرد و تمامی طرق قابل‌پیش‌بینی در جهت رسیدگی به مورد ادعا را نیز در نظر قرار دهد، باز می‌توان ادعای استقلال حقوق کیفری و عدم متابعت آن از امر مدنی را پذیرفت و به آن وفادار ماند؟ (رحیمی، ۱۳۹۷: ۱۲۲)

۲-۱. مبانی تأثیر رأی قطعی حقوقی بر پرونده کیفری

در واقع رسیدگی به برخی دعاوی مطروحه در مرجع کیفری ممکن است مستلزم اثبات حق یا ادعایی باشد که در صلاحیت قانونی و ذاتی آن مرجع نیست. قوانین سابق در این زمینه به صورت تمثیلی از حق مالکیت، افلاس، زوجیت، وقفیت و غیره نام برده‌اند (ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۰).

چنانچه در رابطه با موضوعات تحت صلاحیت دادگاه حقوقی مانند وقف، مالکیت، زوجیت و غیره حکم قطعی صادر شود و دعوی کیفری در آن خصوص در مرجع جزایی مطرح باشد، رسیدگی مرجع کیفری تحت تأثیر سرنوشت حکم حقوقی قرار می‌گیرد. به عنوان مثال در دادگاه حقوقی به

است و از این حیث نیز حمل بر صحت است، لذا نتیجتاً شرایط و ارکان دعوی الزام به تنظیم سند رسمی مقدور بوده و مستند حقوقی و قراردادی، صلح نامه مورخ ۳۰/۰۴/۱۳۹۸ بوده که دلالت بر انتقال سه دانگ پلاک موضوع دعوی به مورث خواهان‌ها بوده و خواهانهای مذکور نیز حسب گواهی حصر وراثت مستند دعوی، از وراثت آن مرحوم محسوب شده که مالکیت مورث به صورت قهری به وراثت وی منتقل و آن وراثت نیز بر همین اساس اقدام به طرح دعوی و تقاضای اجابت خواسته را از محکمه خواستار شده است؛ لذا دعوی خواهانها محرز و مسلم و مستنداً به مواد ۱۰، ۱۹۰، ۱۹۱ و ۲۲۳ قانون مدنی و مواد ۱۹۸، ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی و اصول لزوم و صحت قراردادهای حکم بر الزام خواندگان به تنظیم سند رسمی سه دانگ مشاع از شش دانگ پلاک ثبتی موضوع دعوی و همچنین محکومیت خوانده به دلیل ارتباط حقوقی و قراردادی از طریق صلح نامه با مورث خواهان‌ها به پرداخت هزینه دادرسی در حق خواهان‌ها محکوم می‌نماید. رای صادره به دلیل ابلاغ الکترونیک به هردوی خواندگان و مشاهده آن توسط نامبردگان، واقعی و در نتیجه رای صادره حضوری محسوب و ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»

استناد مبایعه‌نامه عادی و احراز شرایط معاملات حکم بر الزام به تنظیم سند رسمی و تحویل مبیع صادر شده است و این رأی نیز قطعی شده است. محکوم‌علیه این پرونده مبادرت به طرح شکایت کیفری جعل در مرجع کیفری می‌کند، در این حالت مرجع کیفری می‌بایست از رأی قطعی مرجع حقوقی مبنی بر احراز صحت معامله و عدم ادعای جعل در آن پرونده حقوقی تبعیت کند و نمی‌تواند بدون توجه به محتویات رأی قطعی حقوقی، حکم بر جعلیت سند و مجازات آن صادر نماید، زیرا صراحت ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر اعاده دادرسی از رأی حقوقی به استناد رأی قطعی کیفری صرفاً ناظر بر حالتی است که ابتدا رأی قطعی کیفری مبنی بر جعلیت سند صادر شده باشد ولی در دادگاه حقوقی مؤخر مورد استناد قرار نگرفته باشد که در این حالت با استناد ماده فوق‌الذکر می‌توان از این رأی قطعی کیفری مقدم برای اعاده دادرسی از رأی قطعی مؤخر حقوقی استفاده کرد. دلیل آن نیز تبعیت دادگاه حقوقی و کیفری (حسب مورد) مؤخر از رأی قطعی مقدم است. لذا صدور حکم بر الزام به تنظیم سند رسمی و تحویل مبیع فرع بر احراز صحت رابطه حقوقی و قراردادی است و خواننده آن دعوی که شاکی پرونده کیفری بوده، می‌توانست بر اساس مواد ۲۱۶ الی ۲۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی ادعای جعل، انکار یا تردید نماید یا اینکه حداقل در حین دادرسی حقوقی در مرجع کیفری شکایت جعل مطرح کرده که برابر ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی اقدام لازم صورت می‌گرفت.

در صورتی که در خصوص یک موضوع مثلاً اثبات مالکیت در مرجع قضایی حقوقی دعوایی مطرح است و در مرجع قضایی کیفری نیز شکایت رفع تصرف عدوانی در جریان رسیدگی است در این صورت:

اولاً رسیدگی حقوقی اثبات مالکیت منجر به توقف رسیدگی مرجع کیفری می‌شود، زیرا بنا به مفهوم و منطوق ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) با عبارت «اراضی و املاک متعلق به» که دلالت بر تعلق و مالکیت نسبت به مال را دارد، رسیدگی به جنبه کیفری تصرف عدوانی برخلاف دعوای حقوقی، منوط به احراز مالکیت شاکی است.

ثانیاً نتیجه قطعی دعوای حقوقی، الزاماً مورد تبعیت دادگاه کیفری است. زیرا در احراز مالکیت شاکی که رکن اساسی شکایت کیفری تصرف عدوانی است، مؤثر می‌باشد. صدور حکم قبلی در اموری مانند مالکیت، زوجیت و وقفیت شرط لازم برای رسیدگی مرجع کیفری است. مثلاً در دعوای مطروحه تحت عنوان فروش مال غیر، ترک نفقه و غیره تا اثبات مالکیت شاکی و یا زوجیت شاکیه در محکمه حقوقی، دعوای کیفری فرایند رسیدگی را طی نخواهد کرد.

۲-۲. مستندات قانونی تأثیر رأی قطعی حقوقی بر پرونده کیفری

ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری: «هرگاه احراز مجرمیت متهم منوط به اثبات مسائلی باشد که رسیدگی به آنها در صلاحیت مرجع کیفری نیست، و در صلاحیت دادگاه حقوقی است، با تعیین ذی‌نفع و با صدور قرار اناطه، تا هنگام صدور رأی قطعی از مرجع صالح، تعقیب متهم، معلق و پرونده به صورت موقت بایگانی می‌شود. در این صورت، هرگاه ذی‌نفع ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ قرار اناطه بدون عذر موجه به دادگاه صالح رجوع نکند و گواهی آن را ارائه ندهد، مرجع کیفری به رسیدگی ادامه می‌دهد و تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند.» مقنن در این ماده به صراحت نهاد اناطه و توقف رسیدگی کیفری به اعتبار رسیدگی در مرجع حقوقی را پذیرفته است.

ماده ۴۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی: «اگر جهت اعاده دادرسی مغایرت دو حکم باشد، دادگاه پس از قبول اعاده دادرسی حکم دوم را نقض و حکم اول به قوت خود باقی خواهد بود». مفاد این ماده به تأثیرگذاری آرا بر هم دیگر اشاره دارد. به این نحو که صدور حکم مقدم درخصوص موضوع، ملاک نقض رأی دوم پیرامون مغایرت دو حکم در اعاده دادرسی است. به عبارتی رأی مقدم کاملاً بر رأی مؤخر مؤثر باشد و دادگاه اخیر مکلف به تبعیت از رأی مقدم برای نقض رأی مؤخر است.

ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری: «اگر جهت اعاده دادرسی، مغایرت دو حکم باشد، دادگاه پس از قبول اعاده دادرسی، هر یک را که صحیح تشخیص دهد، تأیید و رأی دیگر را نقض می‌کند و چنانچه هر دو رأی را غیر صحیح تشخیص دهد پس از نقض آنها وفق مقررات رسیدگی می‌کند». مفاد این ماده شبیه ماده ۴۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی به تأثیرگذاری آرا بر همدیگر اشاره دارد. فقط تفاوت در این است که در ماده ۴۳۹ اگر جهت اعاده دادرسی مغایرت دو حکم باشد، دادگاه حکم دوم را نقض و حکم اول به قوت خود باقی خواهد بود؛ در حالی که در ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه پس از قبول اعاده دادرسی، هر یک را که صحیح تشخیص دهد، تأیید و رأی دیگر را نقض می‌کند و لذا در این حالت ملاک حکم مقدم نمی‌باشد و به نظر می‌رسد ملاک مندرج در ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری قابل قبول‌تر است. به این بیان که جهت اعاده دادرسی مغایرت دو حکم بوده و این احکام درخصوص موضوع واحد بر هم دیگر مؤثر بوده و جهت جلوگیری از تناقض آرا می‌بایست احدی از این آرا نقض گردد.

۲-۳. رویه قضایی دادگاه کیفری متأثر از رأی قطعی حقوقی

در پرونده مورد بحث که در ادامه رأی آن ذکر می‌گردد، دادگاه کیفری، بزه تصرف عدوانی را منوط به احراز مالکیت شاکی دانسته است که این امر محتاج اقامه دعوی حقوقی مستقل و اثبات آن در محاکم حقوقی ذی‌صلاح و اخذ رأی قطعی است. و بر اساس ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری

قرار اناطه صادر شده است. این رویه، رویه قابل قبولی بوده و با توجه به ماهیت حقوقی احراز مالکیت، رسیدگی به این موضوع توسط مرجع حقوقی به نحو بهتری صورت می گیرد. اساساً مرجع کیفری، مرجعی برای تعیین مالکیت نمی باشد و به همین اعتبار است که مقنن در ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مبنی بر اینکه هر گاه احراز مجرمیت متهم منوط به اثبات مسائلی باشد که رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت مرجع کیفری نیست، و در صلاحیت دادگاه حقوقی است، نهاد اناطه و لزوم رسیدگی توسط مرجع حقوقی را پیش‌بینی کرده است.

هرچند برخی معتقدند از آنجا که به حکم قاعده «اذن در شی اذن در لوازم آن می باشد» مرجع رسیدگی کننده به دعوی قادر به رسیدگی به تمام ارکان و عناصر می باشد، لذا مفهوم اناطه با این ویژگی که رسیدگی را متوقف کند، امری خلاف اصل محسوب می شود. قرار اناطه به جهت ساختار قانون حاکم بر رسیدگی به موضوعات مختلف طرح ریزی شده و مغایرت ذاتی میان این مقررات، اجازه دخالت خارج از حدود آن‌ها را به مراجع دیگر، غیر از مراجع اصلی نخواهد داد. با این اوصاف، اگر مرجع اصلی به صورت متعارف و بدون دخالت در قواعد ذاتی دیگر مراجع بتواند به موضوعات رسیدگی کند، نوبت به اناطه نمی رسد (خدابخشی، ۱۳۸۴: ۲۵۹).^۱

۱. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۲۹۹۳۵۰۱۷۵۱ مورخ ۹۸/۱۰/۱۴: «در خصوص شکایت آقای علیه آقای مبنی بر تصرف عدوانی؛ نظر به اینکه دلیل مالکیت شاکی بر ملک متنازع‌فیه به پلاک ثبتی ۲۸۴۰ فرعی از ۲۰ اصلی واقع در میگون سند عادی است و حسب استعلام ثبتی واصله از اداره ثبت اسناد و املاک فشم پلاک ثبتی موصوف از «املاک جاری» است و نظر به اینکه مستفاد از قید «متعلق به» در ماده ۶۹۰ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ این است که شاکی در بزه تصرف عدوانی باید مالک ملک مورد ادعا باشد و نظر به اینکه درخصوص اموال غیر منقول وفق ماده ۲۲ قانون ثبت محاکم فقط کسی را مالک می شناسد که نام او در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد و عموم لفظ «محاکم» در ماده مارالذکر شامل محاکم کیفری نیز می گردد و دلیلی ندارد تا دادگاه جزایی در رسیدگی به شکایت تصرف عدوانی صرفاً اماره تصرف و قاعده ید را دلیل مالکیت بداند و نظر به اینکه بزه تصرف عدوانی حسب دلالت ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از جرایم قابل گذشت است که وفق ماده ۱۲ ق.آ.د.ک شرط ابتدایی و استنادی تعقیب جرایم قابل گذشت شکایت شاکی است که وفق ماده ۱۰ همان قانون شاکی شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان گردد و چون کسی که در دفتر املاک نام او درخصوص ملکی به ثبت نرسیده باشد قانوناً مالک ملک محسوب نمی شود فلذا از حیث اعتباری نمی توان وی را بزه دیده و آغازگر تعقیب دانست و به طور کلی از ارکان رسیدگی جزایی به بزه تصرف عدوانی احراز مالکیت شاکی است که این امر محتاج اقامه دعوی حقوقی مستقل و اثبات آن در محاکم حقوقی ذی صلاح و اخذ رأی قطعی است علی هذا مستنداً به ماده ۲۱ ق.آ.د.ک قرار اناطه با تعیین شاکی به عنوان ذی نفع صادر و اعلام می گردد. تا هنگام صدور رأی قطعی از مرجع صالح تعقیب متهم معلق خواهد ماند. شاکی مکلف است ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ این قرار به دادگاه صالح رجوع و طرح دعوی نماید و

۳. فقدان اصل کلی تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری

یکی از مباحث مرتبط با تأثیر گذاری آرای حقوقی و کیفری بر هم این است که می‌بایست بر اساس مبانی مباحث قسمت‌های اول و دوم مقاله به فقدان اصل کلی در این خصوص اشاره کرد در غیر این صورت امکان نتیجه گیری صحیحی از دو قسمت گذشته به شرح بندهای ذیل به دست نخواهد آمد. تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری که در ماده ۱۸ آ.د.ک ذکر شده است، بیشتر یک امر استثنایی است نه قاعده‌ای کلی. نتیجتاً دادگاه حقوقی در همه موارد مقید به تبعیت از تصمیمات اتخاذی دادگاه کیفری نیست. اگر رسیدگی به موضوع کیفری به گونه‌ای است که بدو باید سرنوشت دعوی حقوقی مشخص شود، مرجع مذکور به استناد ماده ۲۱ آ.د.ک باید قرار اناطه صادر می‌نمود، طبیعتاً باید رسیدگی مرجع کیفری متوقف گردد تا آنکه در مرجع حقوقی تعیین تکلیف نهایی شود؛ متقابلاً نیز در چنین مواردی که حکم کیفری مبنای اتخاذ تصمیم در امر حقوقی خواهد بود، علی القاعده مرجع حقوقی باید رسیدگی را متوقف تا رأی قطعی از مرجع کیفری صادر شود.

۳-۱. مبانی حقوقی

برخی ضمن مخالفت با اطلاق اصل تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری در همه موارد معتقد هستند که در امور جزایی در بسیاری از موارد تا حقی ثابت نشود، تعرض به آن با سوءنیت به عنوان جرم قابل رسیدگی نمی‌باشد و در نتیجه هیچ ترجیحی برای مرجع کیفری نسبت به دادگاه حقوقی قائل نبودند. برخی دیگر از مخالفین با طرح بحث انگیزه در دعاوی کیفری و حقوقی بیان می‌دارند که تنها در صورتی می‌توان از رأی کیفری و مفهوم انگیزه که در آن آمده است، در دعوای مدنی استفاده کرد که در حقوق مدنی نیز بحث از انگیزه، یک طرفه و مربوط به معامله باشد، اما اگر حقوق مدنی به انگیزه مشترک پردازد، نمی‌توان رأی کیفری را مبنای اثبات دعوای مدنی دانست زیرا انگیزه اثبات شده و مؤثر در حقوق کیفری، یک طرفه است و تنها باید در خصوص متهم تحقق یابد، اما در حقوق مدنی، باید انگیزه مشترک بین طرفین قرارداد احراز شود (خدابخشی، ۱۳۹۰: ۱۲۸).

لذا به نحو مطلق اصل تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری به این دلیل مستند به مبانی و مواد قانونی نمی‌باشد که رسیدگی توسط دادگاه کیفری در همه جهات دارای برتری نمی‌باشد، زیرا در دادرسی‌های کیفری نیز فرض اصابت رأی با واقع بسیار متزلزل است. زیرا چه بسا قرائن و امارات

گواهی آن را به این شعبه ارائه کند. در غیر این صورت رسیدگی با دلایل موجود در پرونده ادامه یافته و تصمیم مقتضی اتخاذ خواهد شد. این قرار ظرف مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ از جانب شاکی قابل اعتراض در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»

ناقص و مبهمی بر ارتکاب بزه وجود داشته باشد که منجر به علم قاضی نگردد، ولی به دلیل اصول بنیادین و اساسی چون اصل برائت، اصل لزوم تفسیر مضیق مقررات کیفری، اصل تفسیر به نفع متهم و یا تکمیل نبودن ارکان سه‌گانه محکومیت کیفری در نهایت حکم به برائت صادر می‌کند. بنابراین پذیرش این مبنا نمی‌تواند چندان قابل دفاع باشد. و برعکس همان طور که در بند دوم مورد بحث قرار گرفت، در خیلی موارد این دادگاه کیفری است که می‌بایست از رأی دادگاه حقوقی تبعیت نماید و لذا قاعده اعتبار امر مختومه همان طور که برای تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری قابل استناد است، حالت عکس آن نیز قابل تصور است.

ماهیت اعمال افراد و لزوم رسیدگی تخصصی ایجاب می‌کند که به تناسب این روابط، مراجع خاصی ایجاد گردد. از این رو است که مراجعی چون مراجع حقوقی، کیفری، اداری و... در مقررات پیش‌بینی شده است. در عین حال ممکن است عمل واحد، واجد چند جنبه باشد. زیرا همان طور که برخی دکترین استدلال کرده‌اند، شرط جاری شدن این قاعده، وحدت سبب، موضوع و اصحاب دعوا است. بر فرض که این قاعده، توجیه‌کننده حاکمیت رأی قطعی کیفری بر دادرسی حقوقی باشد، چرا نباید این قاعده در حالت عکس آن یعنی تقدم صدور رأی قطعی حقوقی بر رسیدگی دادگاه کیفری جریان داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۴۵).

اصل لزوم هماهنگی تصمیمات قضایی و جلوگیری از صدور آرای متعارض اقتضا دارد که وجود تصمیمات قضایی متعارض احساس وجود عدالت و امنیت را مخدوش می‌کند. و این قاعده در هر دو حالت تأثیرات رأی قطعی حقوقی در پرونده کیفری و تأثیرات رأی قطعی کیفری در پرونده حقوقی وجود دارد. پذیرش این نظر مستلزم آن است که در برخی موارد تصمیمات و آرای دادگاه حقوقی برای دادگاه کیفری لازم‌الاتباع باشد. علی‌رغم آنچه مشهور شده است، در پاره‌ای موارد قانون‌گذار قائل بر همین حکم است. مثلاً در دعوای کیفری تصرف‌عدوانی، دادگاه کیفری مقید به رأی قطعی حقوقی دال بر مالکیت احدی از طرفین است و نمی‌تواند تصمیمی مغایر با آن حکم اتخاذ نماید. هرچند منطقاً دادگاه حقوقی باید از رأی قطعی کیفری تبعیت نماید، ولی دادگاه کیفری تکلیفی به تبعیت از رأی قطعی حقوقی نداشته باشد. به همین جهت اگر امری دارای جبران کیفری باشد، فرض بر این است که قطعاً جبران مدنی نیز دارد، ولی برعکس آن همیشه درست نیست. بر این مبنا چنانچه جرم علیه اموال احراز شود، فرض بر این است که حق اقامه دعوی مدنی نیز ایجاد می‌گردد، ولی عکس آن همیشه درست نیست.

در نهایت باید گفت که اگر مبنای لزوم تبعیت دادگاه حقوقی از رأی قطعی کیفری نظم عمومی باشد، باید پذیرفت برخی از دعوای حقوقی نیز ارتباط تنگاتنگی با نظم عمومی دارد (دعای خانواده

و ورشکستگی) و در این موارد دادگاه کیفری نیز مکلف به تبعیت از رأی قطعی حقوقی باشد. تسلط مرجع کیفری بر موضوعات حقوقی به منزله برتری مرجع کیفری بر حقوقی نمی‌باشد، بلکه به دلیل اصالت مرجع حقوقی بر مبانی مدنی و مبنایی این امر است.

همچنین تأثیر گذاری آرای مراجع مختلف در تصمیمات یکدیگر فقط مختص محاکم کیفری و حقوقی نیست. برای نمونه اگر مراجع موضوع قانون کار، رابطه کارگری و کارفرمایی را محرز بداند، مرجع حقوقی یا کیفری نمی‌تواند نظر به عدم وجود چنین رابطه‌ای داشته باشد. با این حال در برخی موارد تصمیمات مراجع شبه قضایی برای مراجع قضایی الزام‌آور نیست و آن فرضی است که رسیدگی به برخی امور در صلاحیت ذاتی مراجع قضایی باشد. برای نمونه اگر هیئت رسیدگی به تخلفات اداری تخلف کارمند را ارتشا یا دریافت وجه من غیر حق تشخیص دهد، این رأی برای دادگاه کیفری لازم‌الاتباع نبوده و مرجع کیفری می‌تواند حکم به برائت متهم صادر نماید.

۲-۳. مبانی قانونی و قضایی

در گفتارهای‌های یک و دوم به مستندات قانونی در مورد دو حالت تأثیرات رأی قطعی حقوقی در پرونده کیفری و تأثیرات رأی قطعی کیفری در پرونده حقوقی اشاره گردید. از مجموع مستندات قانونی این دو گفتار باید گفت این مستندات به معنی برتری مطلق رسیدگی کیفری بر رسیدگی حقوقی یا برعکس نمی‌باشد، زیرا برخلاف نظر مشهور، ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی متضمن اصل برتری رأی کیفری بر حقوقی نیست. و مشابه چنین حکمی در ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری وجود دارد که رسیدگی مرجع کیفری را منوط به تبعیت از رأی حقوقی کرده است. ماده دارای چند قسمت است، در قسمت نخست بحث وقوع یک جرم را بررسی می‌کند که طبیعتاً در این فرض باید دادگاه کیفری ورود کند. منتها چون در سال تصویب قانون یعنی در ۱۳۷۹ دادگاه‌ها دارای صلاحیت عام بودند و از طرفی دادرسی نیز از نظام قضایی ایران حذف شده بود، ماده بدین نحو انشا شد. در قسمت بعدی فرض بر این است که دادرسی حقوقی در جریان است. در این فرض یا قبلاً رأی کیفری صادر شده است و یا اینکه چون موضوع دارای جنبه کیفری است، دادگاه حقوقی باید رسیدگی را متوقف و منتظر نتیجه دادرسی کیفری بماند.

از سویی از مفاد ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری می‌توان استنتاج کرد که رسیدگی کیفری همواره بر رسیدگی حقوقی برتری ندارد، چون که مبنای این حکم لزوم احترام دادگاه به آرای مقدم‌الصدور سایر محاکم است^۱. به عبارتی حتی اگر رأی مقدم رأی صادره از دادگاه حقوقی هم

۱. بند ۶ ماده ۸۴ و ماده ۴۳۹ قانون آیین دادرسی کیفری

باشد، برای سایر محاکم لازم‌الاتباع است. البته قانون‌گذار صرفاً به قسمت منطوق حکم نظر نداشته است. بلکه مطابق ظاهر این ماده هر آنچه توسط دادگاه کیفری احراز شده است، باید از سوی سایر محاکم مورد تبعیت قرار گیرد، ولی در خصوص آرای دادگاه حقوقی فقط قسمت منطوق حکم الزام‌آور است. لذا تبعیت از رأی کیفری و تبعیت از رأی حقوقی مقدم دارای دو حکم متفاوت باشند.

۳-۳. ضمانت اجرای عدم توجه به مفاد قرار اناطه در دعوای حقوقی و کیفری

در ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مقنن تصریح کرده که هرگاه رسیدگی به دعوا منوط به اثبات ادعایی باشد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه دیگری است، رسیدگی به دعوا تا اتخاذ تصمیم از مرجع صلاحیت‌دار متوقف می‌شود. مقنن ضمن پذیرش غلبه امر کیفری یا حقوقی مقدم بر امر حقوقی فعلی در امور مرتبط با منشأ و اصحاب واحد، قاضی مدنی را مکلف کرده است که رسیدگی به دعوای حقوقی را تا اتخاذ تصمیم از مرجع صلاحیت‌دار متوقف کند و با صدور قرار اناطه یا توقف رسیدگی، متقاضی را هدایت به طرح دعوا در مرجع مذکور نماید. ضمانت اجرای عدم طرح دعوا در مرجع تعیین شده صدور قرار رد دعوا خواهد بود. به عبارتی هرگاه رسیدگی به دعوی منوط به اثبات ادعایی باشد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه دیگری است، اعم از اینکه این مرجع حقوقی باشد یا کیفری باشد، رسیدگی به دعوا تا اتخاذ تصمیم از مرجع صلاحیت‌دار متوقف می‌شود. خواهان مکلف است ظرف یک ماه در دادگاه صالح اقامه دعوا کند و رسید آن را به دفتر دادگاه رسیدگی‌کننده تسلیم نماید. لذا به‌صراحت ماده فوق‌الذکر ضمانت اجرای عدم توجه به مفاد قرار اناطه حقوقی در مهلت قانونی یک ماهه، صدور قرار رد دعوی است. نکته قابل ذکر این است که در دعوای حقوقی، مجری دستور دادگاه در قرار اناطه برخلاف پرونده‌های کیفری که ذیلاً اشاره می‌گردد، به حکم ماده یادشده الزاماً و صرفاً خواهان است و خواننده در این خصوص هیچ تکلیفی ندارد.

در ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مقنن ظاهراً قاضی را مکلف کرده است که اگر احراز مجرمیت متهم منوط به اثبات مسائلی باشد که رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت مرجع کیفری نیست، و در صلاحیت دادگاه حقوقی است، با تعیین ذی‌نفع و با صدور قرار اناطه، پرونده کیفری تا صدور رأی قطعی حقوقی متوقف می‌گردد. نکته قابل ذکر این است که در پرونده‌های کیفری، مجری دستور دادگاه در قرار اناطه برخلاف پرونده‌های حقوقی که فوقاً اشاره گردید، به حکم ماده یاد شده، حسب مورد شاکی یا متهم است. در حالی که در پرونده‌های حقوقی چنین تلکلیفی صرفاً بر عهده خواهان است. دلیل آن این است که در دعوای حقوقی به غیر از برخی موارد استثنایی مثل ورشکستگی، خواهان ذی‌نفع اصلی است و اشخاص ثالث نفعی مستقیم در دعوی ندارند. در حالی که در موضوعات کیفری، به غیر شاکی، متهم و حتی جامعه ذی‌نفع یا متضرر از موضوع می‌باشند.

ضمانت اجرای عدم توجه به مفاد قرار اناطه کیفری توسط شاکی یا متهم حسب مورد برخلاف دعاوی حقوقی که پس از انقضای قانونی یک ماهه، صدور قرار رد دعوی بود، ولی در موضوعات کیفری مقنن با ذکر عبارت «در این صورت، هرگاه ذی نفع ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ قرار اناطه بدون عذر موجه به دادگاه صالح رجوع نکند و گواهی آن را ارائه ندهد، مرجع کیفری به رسیدگی ادامه می دهد و تصمیم مقتضی اتخاذ می کند.» دادگاه کیفری را مکلف به ادامه رسیدگی با لحاظ عدم توجه شاکی یا متهم حسب مورد به دستورات یاد شده، کرده است.

نکته قابل توجه این است که قرار اناطه در موضوعات کیفری برخلاف دعاوی حقوقی که شامل هر دوی اموال منقول و غیر منقول به حکم اطلاق ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی می شود، به حکم تبصره ۲ ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مختص اموال غیر منقول است و اموال منقول از شمول قرار اناطه کیفری مستثنا است.

۴. عدم امکان رسیدگی توأمان پرونده کیفری و حقوقی

با توجه به تأثیرات متقابل آرای حقوقی و کیفری نسبت به هم، ممکن این شبهه حادث شود که همانند دو پرونده حقوقی مرتبط یا دو پرونده کیفری مرتبط، امکان رسیدگی توأمان دو پرونده کیفری و حقوقی با هم در یک مرجع واحد بدون توجه به حقوقی و کیفری بودن دو پرونده امکان پذیر باشد، حال آنکه این نظر محکوم به رد است، زیرا مقررات رسیدگی توأمان در دعاوی حقوقی بر اساس ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی و در پرونده های کیفری در مواد ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری مختص دو پرونده هم نوع یعنی حقوقی یا کیفری از حیث رعایت صلاحیت از نوع ذاتی است. بر اساس قاعده تفکیک و تقسیم وظایف، هر مرجعی صلاحیت رسیدگی به موضوعات خاص خود را از حیث حقوقی یا کیفری بودن و لزوم رسیدگی موضوعات حقوقی در دادگاه های حقوقی و رسیدگی به موضوعات کیفری در دادگاه کیفری دارد (شمس، ۱۳۹۰: ۱۵۸ و ۱۶۸). در واقع نظام قضایی، رسیدگی هم زمان دو ادعای مرتبط را در دو مرجع مختلف کیفری و مدنی را نپذیرفته است. تنها استثنای آن دادخواست مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم در ضمن پرونده کیفری است. پذیرش خسارت معنوی و ممکن الحصول و تکلیف دادگاه به رسیدگی دعوی ضرر و زیان با وصف قرار منع تعقیب و یا برائت از جمله نکات قابل توجه این قانون تلقی می شود (ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری). در خصوص چالش هم زمان در رسیدگی مقنن تدبیری نو اندیشیده که رافع بسیاری از مشکلات برخاسته از آن خواهد بود. متقاضی اگر پس از اقامه دعوا در دادگاه حقوقی، متوجه شود که موضوع واجد جنبه کیفری نیز می باشد، حق دارد به دادگاه کیفری رجوع نماید، مشروط به آنکه دعوی حقوقی را از مرجع مدنی مسترد نماید (ماده ۱۶ همان قانون). قانون گذار در ادامه ماده ۱۶

قانون آیین دادرسی کیفری، این اختیار را به مدعی خصوصی اعطا کرده است که اگر دعوی ضرر و زیان را ابتدا در دادگاه کیفری مطرح نموده باشد، ولی صدور حکم به علت طولانی شدن فرایند دادرسی به جهتی از جهات قانونی با تأخیر مواجه شود؛ بتواند با استرداد دعوی ضرر و زیان، برای مطالبه آن به دادگاه حقوقی مراجعه کند. در ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مقنن ضمن پذیرش غلبه امر کیفری بر امر حقوقی در امور مرتبط با منشأ و اصحاب واحد، قاضی مدنی را مکلف نموده است که رسیدگی به دعوی حقوقی را تا اتخاذ تصمیم از مرجع صلاحیت دار متوقف کند و با صدور قرار اناطه کیفری یا غیره، متقاضی را هدایت به طرح دعوا در مرجع مذکور نماید. ضمانت اجرای عدم طرح دعوا در مرجع تعیین شده صدور قرار رد دعوا خواهد بود.

همچنین تأثیرگذاری آرای مراجع مختلف در تصمیمات یکدیگر فقط مختص محاکم کیفری و حقوقی نیست، بلکه در مراجع شبه قضایی مثل شورای حل اختلاف، کمیسیون ماده صد و هیئت حل اختلاف کارگر و کارفرما نیز وجود دارد. در رأی نگارنده مقاله که شرح آن در زیرنویس آورده شده است، دادگاه حقوقی با این استدلال که دعوی تقسیم ترکه متوفی فرع بر تحریر ترکه می باشد و می بایست ابتدا ماترک متوفی با طی مراحل قانونی از قبیل نشر آگهی موضوع ماده ۲۱۰ قانون امور حسبی به لحاظ حفظ حقوق احتمالی اشخاص دیگر نسبت به ماترک، تحریر و مقدار ترکه و دیون متوفی مشخص و سپس در صورتی که ماترک فاضل بر دیون باشد در راستای تقسیم آن بین ورثه اقدام شود و در پرونده پیوست، نسبت به تحریر ترکه متوفی اقدامی صورت نگرفته است و تا زمانی که مقدمه و قضیه آن از لحاظ منطقی ثابت نشود در واقع نتیجه ای مطلوب و صحیح به دست نمی آید و در حالی که رسیدگی به خواسته تحریر ترکه حسب بند «ت» ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ در صلاحیت ذاتی شورای حل اختلاف می باشد و رسیدگی به خواسته تقسیم ترکه منوط به اثبات و احراز تحریر ترکه متوفی می باشد، مستنداً به ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی قرار اناطه صادر و دادرسی به طور موقت متوقف گردیده است.^۱

۱. دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۲۹۹۳۴۰۰۷۷۶ مورخ ۹۵/۹/۲۸: «در خصوص دادخواست خانم ها به طرفیت آقایان و خانم ها ... به خواسته صدور حکم به تقسیم ماترک مرحوم دادگاه از توجه به محتویات پرونده و اظهارات طرفین در جلسات رسیدگی و کارشناسی انجام شده و لحاظ جامع اوراق پرونده باید معروض داشت که تقسیم ترکه متوفی فرع بر تحریر ترکه می باشد و می بایست ابتدا ماترک متوفی با طی مراحل قانونی از قبیل نشر آگهی موضوع ماده ۲۱۰ قانون امور حسبی به لحاظ حفظ حقوق احتمالی اشخاص دیگر نسبت به ماترک، تحریر و مقدار ترکه و دیون متوفی مشخص و سپس در صورتی که ماترک فاضل بر دیون باشد در راستای تقسیم آن بین ورثه اقدام شود و در پرونده پیوست، نسبت

نتیجه

مقنن در مواد ۱۹ و ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱۸ و ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری به صراحت به تأثیرات متقابل آرای حقوقی و کیفری بر هم اشاره می‌کند. بر طبق نظر مشهور دکترین و رویه قضایی، دادگاه حقوقی، مکلف به تبعیت از نتیجه رأی قطعی دادگاه کیفری است و در فرض رسیدگی هم‌زمان نیز دادگاه حقوقی، مکلف به توقف رسیدگی می‌باشد. به عبارتی از ملاک ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری، اصل کلی مطلق تبعیت دادگاه حقوقی از نتیجه رأی قطعی کیفری را استخراج کرده‌اند. در حالی که مشابه این حکم در ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد موضوعات حقوقی و همچنین در ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری در مورد تبعیت دادگاه کیفری از رأی قطعی حقوقی وجود دارد. لذا دیدگاه مشهور شده تبعیت دادگاه حقوقی از نتیجه رأی قطعی کیفری که عنوان اصل به خود گرفته است نه تنها یک اصل محسوب نمی‌شود، بلکه بیشتر یک امر استثنایی است نه قاعده‌ای کلی و اساساً محکمه حقوقی در همه موارد مکلف به تبعیت از رأی قطعی دادگاه کیفری نیست. به عبارتی، کیفری یا حقوقی بودن موضوع، ملاک برتری و تبعیت از دیگری نمی‌باشد، بلکه پرونده مقدم - اعم از اینکه کیفری باشد یا حقوقی - برای سایر مراجعی که بعداً رسیدگی می‌کنند، لازم‌الاتباع است. این تفسیر با قواعدی همچون قاعده اعتبار امر مختومه، اصل لزوم هماهنگی تصمیمات قضایی و جلوگیری از صدور آرای متعارض، فرض اصالت آرای مراجع قضایی اعم از حقوقی یا کیفری با واقع و قاعده نسبیت احکام تطابق دارد. ضمانت اجرای عدم توجه به مفاد قرار اناطه کیفری توسط شاکی یا متهم، حسب مورد برخلاف دعاوی حقوقی که پس از انقضای قانونی یک ماهه، صدور قرار رد دعوی است، در موضوعات کیفری مقنن دادگاه کیفری را مکلف به ادامه رسیدگی با لحاظ عدم توجه شاکی یا متهم حسب مورد به دستورات یاد شده، کرده

به تحریر ترکه متوفی اقدامی صورت نگرفته است و تا زمانی که مقدمه و قضیه آن از لحاظ منطقی ثابت نشود در واقع نتیجه ای مطلوب و صحیح به دست نمی‌آید و در حالی که رسیدگی به خواسته تحریر ترکه حسب بند "ت" ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ در صلاحیت ذاتی شورای حل اختلاف می‌باشد و رسیدگی به خواسته تقسیم ترکه منوط به اثبات و احراز تحریر ترکه متوفی می‌باشد لذا مستنداً به ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قرار اناطه صادر و دادرسی به طور موقت متوقف می‌شود. مقرر است دفتر مراتب به خواهان، وکیل خواهان ابلاغ تا ظرف حداکثر یک ماه در شورای حل اختلاف مربوطه اقامه دعوی نماید و رسید آن را به دفتر دادگاه تسلیم نماید در غیر اینصورت قرار رد دعوی وی صادر خواهد شد. قرار صادره به استناد مفهوم مخالف ماده ۳۳۲ قانون اخیرالذکر قطعی می‌باشد.»

است. در صورت مطرح بودن هم‌زمان دو پرونده حقوقی و کیفری به‌صورت علی‌حده به ترتیب در دادگاه حقوقی و کیفری، امکان رسیدگی توأمان دو پرونده مذکور در یک مرجع واحد امکان‌پذیر نمی‌باشد، زیرا مقررات رسیدگی توأمان در دعاوی حقوقی و کیفری به‌نحو علی‌حده بر اساس ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری مختص دو پرونده هم‌نوع یعنی حقوقی یا کیفری از حیث صلاحیت از نوع ذاتی است. بر اساس قاعده تفکیک و تقسیم وظایف، هر مرجعی صلاحیت رسیدگی به موضوعات خاص خود را از حیث حقوقی یا کیفری بودن و لزوم رسیدگی موضوعات حقوقی در دادگاه‌های حقوقی و رسیدگی به موضوعات کیفری در دادگاه کیفری دارد. همچنین تأثیرگذاری آرای مراجع مختلف در تصمیمات یکدیگر فقط مختص محاکم کیفری و حقوقی نیست، بلکه در مراجع شبه‌قضایی مثل شورای حل اختلاف، کمیسیون ماده صد و هیئت حل اختلاف کارگر و کارفرما نیز وجود دارد.

منابع

فارسی

- آشوری، محمد (۱۳۸۶)، آیین دادرسی کیفری، ج اول، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات سمت.
- آهنی، بتول (۱۳۸۰)، «حکم و آثار آن»، مجله فقه و حقوق خانواده، زمستان، شماره ۲۴.
- اسدی، لیلاسادات (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران: انتشارات فکر سازان.
- اکبری، بهنام (۱۳۹۶)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران: انتشارات مجد.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و مهدی ایثاری (۱۳۹۲)، «تأثیر متقابل امر مختوم در رسیدگی های حقوقی و کیفری»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۶۱.
- بهشتی، محمدجواد و نادر مردانی (۱۳۸۵)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، تهران: انتشارات میزان
- پوراستاد، مجید (۱۳۸۹)، «پیدایش و چالش قاعده منع تحصیل دلیل»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۴.
- دیبائزاد محسن و یعقوب شایسته (۱۳۹۴)، قانون آیین دادرسی کیفری در نظم کنونی، تهران: انتشارات مجد
- شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۰)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۲)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، تهران: انتشارات دراک.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، چاپ ششم، تهران: میزان.
- حسینی، سیدمحمد و نفیسه متولی زاده ناینی (۱۳۹۱)، «بررسی نظریه برجسب زنی با نگاه به منابع اسلامی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴.
- حیدری، سیروس، فضل اله فروغی و محمدرضا اعراب شیبانی (۱۳۹۸)، «مبانی و شرایط حجیت آرای کیفری در دعوای مدنی»، دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، سال هشتم، شماره دوم.
- حیدری، الهام و محمدجواد فتحی (۱۳۹۳)، «گستره اصل آزادی تحصیل دلیل در دادرسی کیفری ایران و انگلستان»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ششم، شماره ۲، دانشگاه شیراز.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۷)، «نگرشی تازه به اعتبار امر مختوم در حقوق کیفری»، مجله حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۳.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۰)، «قلمرو قرارداد و حقوق کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۷)، حقوق داوری و دعوای مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- رحیمی، علی (۱۳۹۷)، تأثیر امر مختوم کیفری در تعامل با دعوای حقوقی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه کردستان، پایگاه اطلاعات علمی ایران (ایرانداک).
- روستایی، مهرانگیز و حامد رحمانیان (۱۴۰۰)، «مدنی سازی حقوق کیفری در پرتو قانون کاهش مجازات حبس تعزیری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۳.
- میرزایی، اقبال علی (۱۴۰۰)، «نقش اصول حقوقی در تفسیر و رفع تعارض قوانین، مطالعه موردی قوانین کیفری و مدنی ایران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۳.

- زارعت، عباس (۱۳۹۱)، محشای قانون آیین دادرسی مدنی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات ققنوس.
- زارعت، عباس (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد سوم، تهران: انتشارات میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، چاپ ششم، تهران: انتشارات میزان.
- صالحی ذهابی، جمال (۱۳۸۹)، «اصل نسبی بودن رأی حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، پاییز ۱۳۸۹، شماره ۷۱.
- صالحی، سیدمهدی (۱۳۹۵)، «اصول جلوگیری از صدور آراء متعارض»، ماهنامه دادرسی، شماره ۱۱۵.
- مهاجری، محمد (۱۳۹۰)، قانون آیین دادرسی مدنی در نظام حقوقی کنونی، چاپ سوم، تهران: انتشارات فکرسازان.

غیرفارسی

- O. MICHELS, (2012). la rencontre inévitable entre L'autorite de la chose jugée sur le civil et la reserve des interets civils.
- Code de procedure penal (2007) l' Article 4 de, Version en vigueur du 6 mars 2007.

اصول و الزامات حقوقی حاکم بر فناوری‌های حقوقی دادرسی قضایی

علی بهادری جهرمی*، محمدرضا علی‌پور**

چکیده

رفتارهای اجتماعی به عنوان موضوع علم حقوق از مهم ترین موضوعاتی است که با ظهور فناوری‌های جدید تحت تأثیر قرار گرفته است. در سال‌های اخیر، فناوری‌های حقوقی سعی نموده‌اند دسترسی عمومی به عدالت را افزایش دهند. این فناوری‌ها بر سه دسته اعمال دادرسی قضایی دولت، خدمات حقوقی - قضایی خصوصی و اقدامات تنظیم‌گر دولت اثر می‌گذارند. توسعه فناوری‌های حقوقی مانند هر پدیده حقوقی دیگر نیازمند برنامه‌ریزی در مسیر و منطبق با مبانی نظام حقوقی است. عدم توجه به تناسب فناوری‌های حقوقی به کار گرفته شده در دادرسی قضایی با نظامات حقوقی حاکم بر آن، باعث می‌شود که فناوری‌های حقوقی وارداتی این حوزه نیز دچار تجربه‌ای مشابه فناوری‌هایی شوند که نه تنها موجب تسهیل و تقویت کیفیت اعمال سابق نگردیده، بلکه مشکلات بدتر و غیرقابل جبرانی را نیز به همراه داشته‌اند. در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی سعی گردیده است با بررسی اصول دادرسی عادلانه، به الزامات نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر فناوری‌های حقوقی دادرسی قضایی دست یابیم.

واژگان کلیدی: فناوری حقوقی، دادرسی عادلانه، دسترسی به عدالت، دادرسی فناوریانه

* استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

a.bahadori.j@gmail.com

** کارشناس ارشد معارف اسلامی و حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)،

fanoososerat@gmail.com

تهران، ایران (نویسنده مسئول)

مقدمه

رشد فناوری‌های جدید، تحولات سریع را به ارمغان آورده است و به دنبال آن چالش بزرگ برای عمده جوامع آن است که چگونه مدرنیته نوین را جذب نموده و با آن هم‌ساز شوند و در همان حال نیز هنوز بتوان جنبه‌های پرورشی سامانه‌های ارزشی سنتی را پذیرفت (شوآب، ۱۳۹۶: ۱۵۷). علم حقوق که برای تنظیم و تمشیت روابط جمعی به جعل و تأسیس احکام وضعی و دنیوی می‌پردازد (عالی‌پناه و فضلی، ۱۳۹۱: ۱۹) نیز به عنوان یکی از اجزای مفهوم جامعه (عالی‌پناه و فضلی، ۱۳۹۱: ۱۷) علی‌رغم اینکه از فناوری‌های نوین تأثیر می‌پذیرد، از این فناوری‌ها جهت تسهیل تنظیم روابط جمعی نیز بهره می‌برد. به کارگیری این فناوری‌ها موجب پیدایش مفهومی تحت عنوان فناوری حقوقی^۱ گردیده است. این فناوری‌ها با هدف تسهیل دسترسی به عدالت، در جهان بر سه دسته اعمال دادرسی قضایی دولت، خدمات حقوقی - قضایی خصوصی و اقدامات تنظیم‌گر دولت اثر می‌گذارند.

به‌رغم اهمیت دادرسی قضایی در هر نظام حقوقی، در کشور ما اقدامات دولت جهت بهره‌گیری فناوری در دسته اول به دلایل متعدد نه تنها موفق در تسهیل‌گری نبوده بلکه در برخی موارد موجب دشواری بیشتر نیز گردیده است، چراکه عدم رعایت کوچک‌ترین الزامات حقوقی در طراحی این فناوری‌ها موجب تضییع حقوق افراد و در نتیجه عامه مردم خواهد شد. البته در سال‌های اخیر و با اتخاذ رویکردهای تحول‌خواهانه در قوه قضائیه به ویژه در سال‌های اخیر و با شیوع ویروس کرونا، اقدامات مثبتی صورت پذیرفته که در ادامه به نقش آن‌ها در تحقق دادرسی عادلانه پرداخته خواهد شد. نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز بنا به اهداف و مبانی خود الزاماتی را برای نهادها و پدیده‌های حقوقی در نظر دارد که فناوری حقوقی نیز می‌بایست متناسب با این الزامات به کار گرفته شوند که به نظر می‌رسد عموماً در طراحی و به کارگیری فناوری‌های حقوقی در کشور به این الزامات توجهی نمی‌شود.

این مقاله در تلاش است تا با استخراج الزامات حقوقی حاکم بر به کارگیری فناوری‌های حقوقی در دادرسی قضایی، معیارهایی جهت ارزیابی فناوری‌های حقوقی به کارگرفته شده در دادرسی قضایی ارائه دهد تا ضمن جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص در استفاده از فناوری‌های حقوقی، هدف اصلی به کارگیری این فناوری‌ها یعنی تسهیل دسترسی به عدالت را نیز بیش از پیش در چهارچوب مبانی و اصول نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با رعایت حقوق اشخاص محقق سازد. نگارندگان در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی، در تلاش برای پاسخ به این پرسش هستند

که طراحان فناوری‌های حقوقی در ایران، چه الزامات حقوقی را می‌بایست در طراحی ابزارهای مبتنی بر فناوری حقوقی خود به کار گیرند تا ضمن تسهیل امور و تحقق دسترسی آسان به عدالت، حق از اشخاص تضییع نگردد؟ ضمن پاسخ به این پرسش می‌توان دریافت که توسعه فناوری‌های حقوقی در دادرسی قضایی ایران تا چه حد ممکن است؟ آیا به‌کارگیری این فناوری‌ها بدون اصلاح قوانین مربوطه امکان‌پذیر است؟ آیا فناوری‌های حقوقی مشکلات قوه قضاییه از جمله حجم پرونده‌ها و اطالة دادرسی را مرتفع می‌نمایند؟

در این مقاله سعی گردیده است ضمن آشنایی با چستی فناوری حقوقی و انواع آن، با بررسی اصول دادرسی عادلانه که در طراحی و به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی اهمیت ویژه‌ای دارند، الزامات نظام حقوقی بر فناوری‌های حقوقی دادرسی قضایی شناسایی گردیده و در نهایت ضمن پاسخ به سؤالات فوق، پیشنهاداتی در خصوص چگونگی تهیه مقدمات جهت به‌کارگیری این فناوری‌ها ارائه گردد.

۱. پیشینه پژوهش

تحقیقاتی که تاکنون در کشور ما در این خصوص صورت گرفته، عمدتاً با محوریت دادرسی الکترونیک مورد توجه بوده است. با بررسی این تحقیقات، آن دسته از تحقیقاتی که به بررسی تأثیر مبانی نظری حقوقی بر دادرسی الکترونیک پرداخته‌اند را می‌توان پیشینه‌های مرتبط با موضوع این مقاله دانست.

مقاله «چالش‌های حقوق شهروندی در دادرسی الکترونیک با نگاهی به جایگاه آن در فقه شیعه» عصمت رستگار، مقاله «چالش‌های فراروی دادرسی الکترونیک در ایران» اکبر اسمعیلی و بابک پورقهرمانی، مقاله «بررسی فقهی تشکیل جلسه دادرسی به شیوه الکترونیکی» بهنام سرخوش منجق‌تپه و هما داودی گرمارودی، مقاله «دادرسی مجازی، مفهومی نوین در عدالت قضایی» بهنام حبیبی، پایان‌نامه «دادرسی الکترونیکی و تأثیر آن بر دادرسی منصفانه در عدالت کیفری ایران» نرجس روستا و پایان‌نامه «بایسته‌های چالش‌های دادرسی کیفری الکترونیکی در پرتو لایحه جدید آئین دادرسی کیفری» فرزانه حسن‌پور تاکنون نگارش گردیده‌اند که در ادامه به بررسی سه مورد از آخرین این موارد را مختصر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در مقاله اول، هدف نویسنده بررسی حقوق شهروندی در فضای مجازی و دادرسی الکترونیکی جهت دستیابی به راه‌حلی برای برطرف کردن چالش‌های پیش‌روی این نوع دادرسی با حفظ حقوق شهروندی بوده است. لکن در ادامه ضمن بررسی چستی دادرسی الکترونیک و چستی حقوق شهروندی به بیان مواردی از حقوق شهروندان در فضای مجازی و برخی حقوق ایشان در دادرسی الکترونیک اشاره کرده و در نهایت نیز تنها به دو نتیجه دست یافته است که اولاً نظام دادرسی

الکترونیکی توان برچیدن کامل نظام دادرسی سنتی را ندارد و ثانیاً دادرسی الکترونیکی در تلاش برای تسریع در رسیدگی و کاهش اطاله دادرسی است (رستگار، ۱۳۹۹: ۷۰) و متأسفانه به پرسش اصلی مقاله پاسخ نداده‌اند.

در مقاله دوم نویسندگان هدف خود را بررسی چالش‌های حقوقی و اجرایی فراروی دادرسی الکترونیکی در ایران و فرضیه تقابل آن با استانداردهای دادرسی منصفانه، عدم آگاهی کاربران نسبت به الکترونیکی شدن دادرسی، فقدان امنیت سایبری و فقدان ضمانت اجرای دادرسی الکترونیک معرفی می‌نمایند. در مقاله به بررسی تقابل برخی اصول و معیارهای حقوقی با دادرسی الکترونیکی می‌پردازند و استفاده از دادرسی الکترونیکی را در تعارض با این معیارها معرفی می‌نمایند. نتیجه بررسی‌های این مقاله آن است که به جز در مواردی نظیر رسیدگی به جرایم کم‌اهمیت، باید به انجام برخی تشریفات دادرسی با استفاده از روش‌های نوین اطلاعاتی و ارتباطی بسنده کرد چراکه مجموع نظام دادرسی الکترونیکی قادر به برچیدن کامل نظام دادرسی سنتی نمی‌باشد، بلکه می‌تواند به موازات این نظام حرکت کرده و کارایی آن را بهبود ببخشد (اسمعیلی و پورقهرمانی، ۱۳۹۸: ۵۵). نویسندگان محترم استفاده از دادرسی الکترونیک را چون ماهیتاً در تعارض و تقابل با برخی اصول حاکم بر دادرسی می‌دانند، فلذا راه برون‌رفتی از این تعارض پیشنهاد ننموده‌اند.

در مقاله سوم نویسندگان مقاله به دنبال پاسخ به این سؤال مهم هستند که آیا تشکیل جلسات دادرسی الکترونیکی از منظر فقهی معتبر است یا خیر؟ و اگر پاسخ مثبت است، این اعتبار از کدام ادله فقهی و چگونه تحصیل می‌شود؟ و در نهایت اینکه آیا می‌توان آن را همچون جلسه دادرسی سنتی دانست؟ ایشان در ادامه ضمن بررسی اصول و قواعد فقهی حاکم بر دادرسی قضایی، به امکان‌سنجی رعایت این اصول و قواعد در دادرسی الکترونیکی پرداخته‌اند. در نهایت به این نتیجه دست یافته‌اند که به سبب تفاوت‌های جدی دادرسی الکترونیکی با دادرسی سنتی و خطیر بودن امر قضاوت، دادرسی الکترونیکی هم‌تراز دادرسی حضوری نیست، چون ماهیتاً در انعکاس شرایط کیفی، به نسبت جلسه دادرسی الکترونیکی ضعف جدی دارد. فلذا به اعتقاد ایشان به‌رغم تمایل به به‌کارگیری تجهیزات الکترونیکی در کلیه فرآیندهای دادرسی، به‌کارگیری آن در جلسه دادگاه مستلزم احتیاط است (سرخوش منجق‌تپه و داودی گرمارودی، ۱۳۹۸: ۷۷). البته اصول حاکم بر این احتیاط را علی‌رغم بررسی در طول مقاله در انتها جمع‌بندی و ارائه ننموده‌اند و شرایط ممکن جهت بهره گرفتن از دادرسی الکترونیک را طرح ننموده‌اند.

علی‌رغم تمرکز محققان پیش‌گفته بر جلسات دادرسی و بررسی موردی برخی ابزارهای الکترونیکی در مراحل پیش از جلسات دادرسی، توجه نگارندگان در این مقاله نه تنها دادرسی

الکترونیک که بهره‌گیری از فناوری در تمامی مراحل دادرسی قضایی و الزاماتی که می‌بایست در به‌کارگیری آن‌ها رعایت شوند، است. در نهایت نیز نگارندگان به دنبال ارائه پیشنهاداتی جهت تسهیل به‌کارگیری صحیح این فناوری‌های حقوقی در دادرسی قضایی هستند.

۲. فناوری حقوقی

فناوری حقوقی اصطلاحی است که به‌طور گسترده به فناوری‌ها و نرم‌افزارهای نوآورانه برای ساده‌سازی و ارتقای خدمات حقوقی اطلاق می‌گردد (Corrales, 2019: 1). شرکت‌های فعال در این حوزه در جهان عمدتاً کسب‌وکارهای نوپایی هستند که با هدف تغییر جدی بازار سنتی ارائه خدمات حقوقی تشکیل شده‌اند. در ایران با شکل‌گیری و رشد کسب‌وکارهای نوپا، محصولات فناوری حقوقی نیز وارد بازار شدند.

فناوری‌های حقوقی را به‌لحاظ کارکرد می‌توان به سه دسته تقسیم‌بندی نمود: ۱. فناوری‌هایی که دسترسی و پردازش داده‌ها را تسهیل می‌نمایند. ۲. راه‌حل‌ها و مسیرهای حقوقی را پشتیبانی می‌کنند. ۳. راه‌حل‌های قانونی ارائه می‌دهند (Corrales, 2019: 2).

دسته اول که شایع‌ترین دسته مورد استفاده در جهان می‌باشد، به نوعی فناوری‌های توانمندساز، مانند ابزارهای فضاهای ابری و راه‌حل‌های امنیت سایبر و یا جمع‌آوری داده هستند که دسترسی به وکلا و داده‌های حقوقی و یا داده‌های مورد نیاز برای تحلیل حقوقی را برای افراد و سازمان‌ها تسهیل می‌نمایند. این دسته تلاش می‌کند تا از رقابت بازار حقوقی و تحقیقات حقوقی در بخش خصوصی حمایت کند (Bues, 2017: 90) و در بخش دولتی نیز نقش رصد را ایفا نماید.

دسته دوم شامل ابزارهای مدیریت و پشتیبانی فرآیندهای حقوقی موجود در دفاتر، مؤسسات حقوقی و سازمان‌های دولتی قضایی است که به عنوان ابزار مورد استفاده وکلا، حقوق‌دانان، قضات و کارمندان دادگستری جهت افزایش بهره‌وری و کیفیت عملکرد ایشان تولید و توسعه می‌یابند. فرآیندهای مدیریت منابع انسانی و روابط با دیگران از جمله طرفین دعوا، وکلا و... با ویژگی‌های مختص به فرآیندهای حقوقی-قضایی و یا مؤسسات و دفاتر حقوقی در این گونه نرم‌افزارها به‌کارگیری شده‌اند تا بتوانند عملکردهای شکلی و اداری مربوط به فرآیندهای سازمان‌های قضایی دولتی و یا حسابداری، صورتحساب‌ها، حقوق و دستمزد و سایر وظایف اداری دفاتر و مؤسسات خصوصی را به انجام رسانند. البته مهم‌ترین و شایع‌ترین نرم‌افزارهای این حوزه اتوماسیون دادرسی قضایی در بخش دولتی و مدیریت پرونده‌های حقوقی در بخش خصوصی است که نوعی نرم‌افزار مدیریت پروژه تخصصی برای پیشبرد فرآیند پرونده‌ها هستند (Bues, 2017: 90).

دسته سوم فناوری‌هایی هستند که در نقش دستیار یا حتی جایگزین وکلا، حقوق‌دانان و یا ناظران

قضایی، به عنوان یک متخصص، به انجام وظایف مشخص قانونی می‌پردازند. این دسته مجموعه بزرگ‌تر و متفاوت‌تری را شامل می‌شود مانند ربات‌های تطبیق عملکرد با قوانین، قراردادهای خودکار، جستجوی منابع و اسناد و استنادات الکترونیکی، حل و فصل آنلاین اختلافات، تجزیه و تحلیل حقوقی و فناوری‌های مبتنی بر بلاکچین به‌ویژه قراردادهای هوشمند و هوش مصنوعی (Bues, 2017: 90).

فارغ از این دسته‌بندی، دسته‌بندی دیگری که ناظر به حوزه عملکرد فناوری‌های حقوقی است نیز مورد استفاده قرار گرفته است. البته برخی از دسته‌های این دسته‌بندی ناشی از عدم آشنایی صحیح با ابعاد مختلف علم حقوق مانند حقوق عمومی و عدم اطلاع از رابطه تنظیم‌گری^۱ با علم حقوق، در ایران، به اشتباه خارج از فناوری‌های حقوقی در میان فناوری‌های مالی و... ترجمه و معرفی شده‌اند. در دسته‌بندی با مقسم حوزه عملکرد، می‌توان به به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی در سه دسته^۱. اعمال دادرسی قضایی دولتی، ۲. خدمات حقوقی - قضایی خصوصی و ۳. ابزارهای تنظیم‌گری دولتی اشاره نمود.

تغییر، انطباق و بهبود دادگستری‌ها، دادگاه‌ها و فرایندها با استفاده از فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی، در مفهوم اصلاحات قضایی مورد بررسی قرار می‌گیرند (Reiling, 2009: 15). این اصلاحات قضایی در اعمال دادرسی قضایی دولتی با هدف تحول در آیین دادرسی و تسهیل رسیدگی به پرونده‌های قضایی و دقت در دستیابی و تحقق عدالت بیشتر است. سامانه‌های عدل ایران، سمپ و سخا در قوه قضائیه و سامانه ساجد در دیوان عدالت اداری از نمونه‌های این سامانه‌های الکترونیکی جهت تسهیل دسترسی به عدالت و درگاه انجام وظایف قوه قضائیه در ارتباط با شهروندان در ایران است.

مؤسسات، وکلا و فارغ‌التحصیلان حقوقی نیز در بازار ارائه خدمات حقوقی، مانند سایر بازارهای کسب‌وکاری، مستمراً در تلاش و رقابت برای دستیابی به مشتری بیشتر و توسعه فعالیت خود هستند که همین امر موجب می‌گردد تا فناوری‌های نوین در ارائه خدمات، ابتدا در این حوزه به‌کار گرفته شوند. خدمات حقوقی - قضایی خصوصی تقریباً بزرگترین دسته فناوری‌های حقوقی را به خود اختصاص می‌دهد چراکه استفاده از این فناوری‌ها ضمن تسهیل فعالیت وکلا، موجب افزایش پرونده‌ها و درآمد ایشان نیز گردیده‌است و عمده‌تاً به عنوان یک کسب و کار مورد استفاده قرار می‌گیرند. علی‌رغم اینکه بیش‌ترین اقدامات صورت گرفته در ایران، از این دسته بوده‌است، لکن به‌لحاظ تنوع فقط چند حوزه معدود از جمله پلتفرم‌های^۲ معرفی وکیل را پوشش داده‌اند که به نظر

1. Regulation

۲. از آن با عنوان سکو به فارسی یاد می‌شود. سکو یا پلتفرم، واسطی است که ارتباط میان دو یا چند گروه مختلف از

ـــ

می‌رسد عمده آن به دلیل موفقیت پلتفرم‌های تاکسی‌های اینترنتی مانند اسنپ و تپسی بوده است که افراد را ترغیب به تکرار این مدل از پلتفرم می‌کند. البته برخی کسب‌وکارهای حقوقی در حوزه‌های دیگری نیز در زمینه‌های تولید و ارائه قرارداد‌های حقوقی و یا شکایات جمعی شکل گرفته‌اند که بعضاً در مراحل شکل‌گیری و یا پیش از رشد قرار دارند.

فناوری‌های تنظیم‌گر^۱ یکی از شاخه‌های فناوری‌های حقوقی است که ابزارهای تنظیم‌گری دولت را متحول می‌سازند و کمتر کسی متوجه آن است. فناوری‌های تنظیم‌گر به عنوان جزئی از فناوری‌های حقوقی (Pasquale, 2019: 1938) به تسهیل در امر تنظیم‌گری می‌پردازند. به راه‌حل‌های فناورانه‌ای که فرایندهای تنظیم‌گری^۲ را ساده‌سازی کرده و ارتقا می‌دهند فناوری‌های تنظیم‌گر گفته می‌شود (باربریس و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۰). این فناوری‌ها سعی می‌کنند با جمع‌آوری و بررسی داده‌های عملکردی، تهیه گزارش عملکرد از داده‌ها و تطابق آن با قوانین و قواعد تنظیم‌شده به تسهیل اعمال قوانین و قواعد و نظارت بر یک نظام بپردازند. این فناوری در بخش‌های خصوصی و جهت تنظیم‌گری مالی صنایع و کسب و کارها نیز مورد استفاده قرار می‌گیرند^۳. به همین جهت عمده‌تاً آن را یک فناوری مالی به حساب می‌آورند چراکه هنوز دولت برای تنظیم‌گری خود از این فناوری‌ها کمتر استفاده نموده است. سامانه‌های KYC^۴، عمده سامانه‌های مبارزه با پولشویی، سامانه‌های تطبیق عملکرد با قوانین، سامانه‌های احراز هویت بیومتریک بر اساس داده‌های ثبت احوال و ربات‌های شناسایی تخلفات و فیلترینگ وب نمونه‌هایی از این دسته فناوری‌های حقوقی به شمار می‌روند. مهم‌ترین پرسش در ظهور فناوری‌های تنظیم‌گر آن است که «چگونه فناوری‌های نوآورانه می‌توانند به کارگیری شوند تا اطمینان حاصل شود که مسئولیت‌پذیری قانونی به صورت فناورانه مستقر شده است؟» (Chishti, 2020: 232).

این روند در دیگر کشورهای جهان نیز در حال رشد است. البته رشد فناوری‌های حقوقی به سطح رشد فناوری‌های موجود در آن کشور وابسته است. برای مثال هوش مصنوعی با سرعت بسیار زیادی در چین در حال توسعه است. بنابر گزارش اخیر آی‌مدیا ریسرچ^۵، در سال ۲۰۱۸، حجم سرمایه‌گذاری در بخش هوش مصنوعی در چین به ۱۳۱/۱ میلیارد RMB رسید (نزدیک به ۲۰

کاربران را جهت انتقال خدمت یا ارزشی به یکدیگر برقرار می‌نماید.

1. Regulatory technology (RegTech)

2. Regulatory

3. Frankenfield, Jake (10/27/2016): What You Should Know About RegTech. In Investopedia, 10/27/2016. Available online at: <https://www.investopedia.com/terms/r/regtech.asp>, checked on 9/8/2020.884Z.

4. Know Your Customer

5. iiMedia Research

میلیارد دلار آمریکا) و نرخ رشد آن در مقایسه با سال ۲۰۱۷، ۱۰۷ درصد بود (Chishti, 2020: 208). البته این رشد و توسعه نیز به نحوی متکی بر حقوق فناوری است که تا چه حد مانع یا بالعکس موجب رشد فناوری گردد که البته به کارگیری فناوری در حوزه‌های حقوقی که تأثیر بسزایی بر حقوق و آزادی‌های اشخاص دارد، اهمیت و حساسیت در این موضوع را نیز افزایش می‌دهد. کشورهای چین، آمریکا، انگلستان و مالزی را می‌توان کشورهای فعال در این حوزه یافت. با بررسی داده‌های درخواست‌های شغلی برای موقعیت‌های شغلی فناوری حقوقی در آمریکا و انگلستان و پوشش ۸ درصدی این درخواست‌ها در هشت ماهه نخست سال ۲۰۱۹ در آمریکا (Chishti, 2020: 212)، می‌توان دریافت که این حوزه همچنان در این کشورها در حال رشد و توسعه است.

بنابر گزارش‌های فوربس، سرمایه‌گذاری در فناوری حقوقی در سال ۲۰۱۸ به میزان ۷۱۳ درصد افزایش یافت.^۱ از طرفی بانک بارکلیز انگلستان در سال ۲۰۱۹ یک صندوق سرمایه‌گذاری مختص فناوری حقوقی تحت عنوان ایگل لب (Eagle Lab) در لندن ایجاد کرد.^۲ همچنین موجی از رویدادها و ابتکار عمل‌های متمرکز بر فناوری حقوقی شکل گرفته است که اهداف خاصی را دنبال می‌کند؛ از جمله هکاتون‌ها، فعالیت هکرهای حقوقی^۳ و کنفرانس‌های فناوری حقوقی. انتشار کتاب The Legaltech Book توسط انتشارات فعال wiley در آمریکا با استفاده از رویکرد جمع‌سپاری و با بیش از ۷۰ یادداشت تحلیلی در حوزه فناوری حقوقی توسط فعالان این حوزه از سراسر جهان نیز به خوبی نشان داد که این موضوع در کشورهای مختلف مطرح گردیده و شاهد رشد آن در سال‌های آینده خواهیم بود.

در سال‌های اخیر و با رشد حوزه‌های فناوری در کشور، شاهد رشد چشمگیر به کارگیری این فناوری‌ها در عرصه حقوقی نیز بوده‌ایم. دغدغه قوه قضائیه برای به کارگیری این فناوری‌ها در افزایش دسترسی به عدالت و همچنین افزایش کیفیت فعالیت‌های دادرسی قضایی در کشور موجب گردید تا دیدار با شرکت‌های دانش‌بنیان و فعالان زیست‌بوم فناوری با موضوع نقش ایشان در حل مسائل قوه قضائیه در اولین ماه‌های فعالیت ریاست جدید قوه قضائیه با شخص ایشان برگزار گردد و پس از آن نیز با تلاش قوه قضائیه و همکاری معاونت علمی ریاست جمهوری پردیس نوآوری‌های حقوقی و قضایی برای حمایت از کسب‌وکارهای نوپای فعال در زیست‌بوم فناوری‌های حقوقی راه‌اندازی گردید.

1. <https://www.forbes.com/sites/valentinpivovarov/2019/01/15/legaltechinvestment2018/#4a2d45c7c2ba>.

2. <https://www.thomsonreuters.com/en/press-releases/2019/february/ai-powered-legal-technology-startup-selected-to-join-thomson-reuterslabs-incubator-programme.html>.

3. <https://legalthackers.org/>

از طرفی راه‌اندازی مرکز نوآوری پژوهشگاه قوه قضائیه با هدف حمایت و توسعه فکری این حوزه اقدام مثبت دیگری در زیست‌بوم فناوری حقوقی تلقی می‌گردد. مرکز وکلای قوه قضائیه نیز در سال‌های اخیر سعی نموده است با به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی مختلفی از جمله در حوزه‌های دستپاری وکلا در انجام وظایف قانونی، تسهیل فعالیت‌های ایشان در ارتباط با این مرکز، افزایش و ارتقای سطح کیفی وکلا و همچنین افزایش نقش وکلا در ارتقای حقوق عامه به راه‌اندازی، حمایت و یا همکاری با فناوری‌هایی در درون این مرکز و یا خارج آن پردازد که از این موارد می‌توان به سامانه‌های قانون‌بان، عدالتخانه، مردم‌نما، بازی دادفر، سامانه‌های وکلا، کارشناسان و کارآموزان و... اشاره نمود.

در حوزه دادرسی قضایی نیز شاهد به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی در زمینه‌های مختلفی بوده‌ایم. از مراحل ابتدایی احراز هویت که راه‌اندازی احراز هویت الکترونیک مبتنی بر روش‌های بیومتریک در ماه‌های انتهایی سال ۱۳۹۹ موجب تسهیل دسترسی عمومی به خدمات دادرسی قضایی و حذف مراجعه حضوری به دفاتر خدمات الکترونیک برای دریافت شناسه ثنا گردید. راه‌اندازی سامانه خودکاربری وکلا و امکان دریافت وکالت الکترونیک را می‌توان یکی از نقاط عطف تحولات اخیر قوه قضائیه دانست. بکارگیری پابند الکترونیک و ابلاغ الکترونیک در سال‌های گذشته و رشد آن با رونمایی از اپلیکیشن عدالت همراه و بسیاری تحولات دیگر، که از حوصله این نگاشته خارج است، نیز از تحولات جدی دادرسی قضایی است که در ادامه نقش این تحولات در تحقق بیشتر دادرسی عادلانه را بررسی خواهیم کرد.

از طرف دیگر با بررسی بیش از پیش سند تحول قضایی که سال ۱۳۹۹ منتشر گردید می‌توان توجه ویژه قوه قضائیه به استفاده از فناوری‌های حقوقی برای تحول در انجام وظایف قانونی در تمامی حوزه‌ها چه در فرآیندهای دادرسی قضایی و چه در حوزه‌های حمایت از حقوق عامه را به وضوح مشاهده نمود.

رشد این حوزه در بخش خصوصی که گاه مستقلاً به انجام فعالیت پرداخته و گاه به همکاری با دولت می‌پردازند نیز قابل توجه است. به تازگی نیز هلدینگ فناپ وابسته به بانک پاسارگاد بخش فناوری حقوقی را در پروژه بزرگ سرزمین هوشمند پاد^۱ راه‌اندازی نموده است. صندوق سرمایه‌گذاری خطرپذیر توسعه کارآفرینی بهمن نیز از جمله صندوق‌های علاقه‌مند به سرمایه‌گذاری در این حوزه بوده که البته تاکنون شاهد فعالیت قابل توجهی از سمت ایشان نبوده‌ایم.

به هر حال، فناوری‌های حقوقی در هر نظام حقوقی به دنبال تحقق اهداف خاصی هستند. در

برخی از کشورها، اهدافی ازجمله دستیابی به عدالت برای به کارگیری فناوری های حقوقی اهدافی والاتر از درآمدزایی است. نسبت این اهداف با اهداف و اصول آن نظام حقوقی گاه موجب تسریع رشد آن فناوری می گردد و گاه نه تنها موجب رشد نمی گردد که مشکلات جبران ناپذیری نیز به همراه خواهند داشت. اثر فناوری های حقوقی بر نظام حقوقی و ایجاد رویه های حقوقی امری غیرقابل انکار است که اگر به درستی مدیریت نگردد، مشکلات بسیاری را برای مردم و نظام حقوقی به دنبال خواهد داشت. فلذا رعایت اصولی که بیشترین تناسب را میان اهداف به کارگیری فناوری های حقوقی و نظام حقوقی ایجاد کند، باعث تحقق دو هدف مهم رشد و توسعه سریع آن فناوری و تقویت نظام حقوقی در دستیابی به اهداف مد نظرش می شود. عدم رعایت این اصول نیز باعث می گردد که اولاً فناوری بکارگیری شده با شکست مواجه شده و ثانیاً نظام حقوقی با مشکلاتی برخورد کند و گاه با بن بست و از هم گسستگی روبه رو گردد. در ادامه با بررسی اصول دادرسی عادلانه، به استخراج الزامات حاکم بر فناوری های حقوقی دادرسی عادلانه پرداخته خواهد شد.

۳. الزامات حاکم بر اعمال دادرسی قضایی دولت

بند ۱ اصل ۱۵۶ قانون اساسی قوه قضائیه را مسئول «رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبه، که قانون معین می کند» می داند. دادرسی قضایی در جمهوری اسلامی ایران برعهده قوه قضائیه است و براساس اصل ۶۱ «اعمال قوه قضائیه به وسیله دادگاه های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه حدود الهی بپردازد.»

مراجع دیگری که آن ها را مراجع شبه قضایی می نامند نیز به اعمال دادرسی شبه قضایی می پردازند. مراجع شبه قضایی مراجعی هستند که خارج از صلاحیت عام دادگستری، در موضوع های ویژه، صلاحیت پیگیری، رسیدگی و صدور حکم را دارا هستند (امامی و موسوی، ۱۳۸۳: ۹۵). این مراجع شبه قضایی در قوای مجریه و مقننه وجود دارند که به امر دادرسی کیفری و یا حقوقی رسیدگی می نمایند و مجموعاً بیش از ۴۰ مرجع را شامل می شوند. رعایت اصول تخصص، خدمات همگانی و حاکمیت ویژه، اهتمام به عملکرد نظارتی قوه مجریه، انتظام امور جهت جلوگیری از کاهش توان قوه قضائیه در دادرسی و رسیدگی به وظایف اصلی، از مهم ترین دلایل شکل گیری این مراجع است (امامی و موسوی، ۱۳۸۳: ۱۰۴-۱۰۰).

مراجع قضایی و شبه قضایی فوق در رسیدگی به موضوعات مورد نظر و دادرسی می بایست مطابق اصولی که نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر اعمال ایشان حاکم نموده است اقدام نمایند. با

بررسی منابع نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از موازین اسلامی، قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات دولتی می‌توان به اصول زیر که آن را اصول دادرسی عادلانه می‌نامند دست یافت که رعایت آن‌ها در دادرسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران الزامی است. فلذا به‌کارگیری فناوری حقوقی در اعمال دادرسی قضایی باید اولاً اصول زیر را رعایت نماید و ثانیاً در تقویت و تحقق اهداف مد نظر آن‌ها تلاش نماید. اگرچه در نگاه اول این گونه به نظر می‌آید که به‌کارگیری این فناوری‌ها از جنس تغییر شیوه عملکرد است. برای مثال تصور برخی این است که دادرسی الکترونیک صرفاً تغییر شکلی شیوه برگزاری جلسه دادرسی به الکترونیکی است اما نگاه دقیق‌تر به مسئله، ما را با مجموعه‌ای از سؤال‌ها در ماهیت آن مواجه می‌سازد (سرخوش منجق‌تپه و داودی گرمارودی، ۱۳۹۸: ۵۶) که در نتیجه ما را بیش از پیش به بررسی الزامات دادرسی قضایی بر این فناوری حقوقی ملزم می‌دارد.

۳-۱. تضمینات عمومی

اصول حاکم بر عموم رسیدگی‌ها و دادرسی دعاوی و پرونده‌های قضایی که رعایت آن‌ها در فناوری‌های حقوقی از الزامات نظام حقوقی در اعمال دادرسی جهت تحقق دادرسی عادلانه است عبارتند از:

۳-۱-۱. حق دادخواهی

مبنای وجود چنین حقی، اصل تساوی همگان در برابر قانون است که امکان دسترسی مساوی به دادگاه قانونی و صالح را نیز فراهم می‌کند (عباسی، ۱۳۹۰: ۲۲۶) و دولت نیز متعهد است کلیه امکانات و تسهیلات لازم را فراهم کند تا امکان دادخواهی و تظلم‌خواهی برای همه وجود داشته باشد (هاشمی، ۱۳۸۴: ۲۲۴). مستند این حق در نظام حقوقی ایران اصل ۳۴ قانون اساسی و موازین اسلامی در این خصوص است.

مستفاد از این حق قانونی برای فناوری‌های حقوقی، اولاً دسترسی بدون محدودیت مکانی و زمانی به سامانه‌ها و ابزارهایی است که برای دادرسی قضایی در نظر گرفته شده‌است. این سامانه‌ها نباید به گونه‌ای طراحی و ارائه گردند که افراد در استفاده از حق دادخواهی خود دچار مشکل گردند. برای مثال امکان استفاده از سامانه‌های عدل‌ایران قوه قضائیه و ساجد دیوان عدالت اداری توسط افراد خارج از کشور تا سال گذشته فراهم نبود و دسترسی به این سامانه‌ها، از طریق IP‌های خارج از کشور امکان‌پذیر نبود. این بدین معناست که اشخاص خارج از کشور از حق قانونی خود در بهره‌گیری از بخش مهمی از دادرسی قضایی که شامل طرح شکایت و رصد فرآیند رسیدگی می‌شود، محروم بودند. دیوان عدالت اداری در چند ماه اخیر و با هدف رفع این محدودیت، امکان دسترسی به سامانه ساجد را از طریق IP‌های خارج از کشور فراهم نموده‌است و قوه قضائیه نیز با راه‌اندازی سامانه اختصاصی ایرانیان خارج

از کشور به آدرس kharej.adliran.ir امکان بهره‌مندی از این سامانه‌ها را برای ایشان فراهم نمود. با راه‌اندازی امکان احراز هویت الکترونیکی مبتنی بر روش‌های بیومتریک توسط قوه قضائیه نیز مشکل دریافت شناسه ثنا برای ایرانیان خارج از کشور نیز برطرف شد چراکه پیش از آن حتی اگر دسترسی به این سامانه از خارج کشور نیز فراهم می‌گردید، ورود به حساب کاربری آن نیازمند دریافت کد تأیید از طریق سیم‌کارتی در داخل کشور متعلق به شخص بود که موقعیت مکانی شخص در خارج از کشور مانع دریافت این کد تأیید و در نتیجه دسترسی به حساب کاربری وی می‌شد. همین امر موجب شده بود تا در حال حاضر فعالیت‌های ایرانیان خارج از کشور به صورت حضوری و از طریق دفاتر نمایندگی سیاسی ایران از جمله سفارتخانه‌ها و کنسولگری‌ها و... انجام پذیرد.

در سال‌های اخیر قوه قضائیه در جهت تسهیل دسترسی به همین خدمات الکترونیکی، دفاتر خدمات الکترونیک قضایی را در نقاط مختلف کشور راه‌اندازی نموده‌است، لکن به نظر می‌رسد ارائه خدمات اولیه که جزو تکالیف قانونی قوه قضائیه است مانند احراز هویت و ایجاد حساب کاربری در سامانه‌های قضایی، به‌ازای دریافت هزینه از اشخاص خلاف اصول دادرسی عادلانه به‌ویژه حق دادخواهی است. در ماه‌های گذشته نیز که سامانه برخط احراز هویت قوه قضائیه به عنوان راهکار جایگزین مراجعه به دفاتر خدمات الکترونیک قضایی راه‌اندازی گردیده است، همچنان این خدمت را با پرداخت هزینه ارائه می‌نماید. پیش از این خصوصی بودن دفاتر خدمات الکترونیک قضایی توجیهی (البته غیراصولی) برای دریافت هزینه جهت احراز هویت مطرح می‌گردید. البته رویکرد مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه که برای توسعه فناوری‌های حقوقی خود از خدمات بخش خصوصی بهره می‌برد تا موجب تسریع در رشد این حوزه گردد قابل توجه است لکن همین امر موجب شده تا اشخاص برای احراز هویت نیز مجبور به پرداخت هزینه به شرکت‌های خصوصی گردند که به نظر می‌رسد خلاف اصول دادرسی عادلانه و حق دادخواهی باشد.

نباید فراموش نمود که در جهت تحقق این اصل هیچ شخصی نباید به علت عدم دسترسی به فناوری‌های حقوقی ناشی از عدم دسترسی به امکاناتی از قبیل اینترنت، تلفن همراه، رایانه و... در استفاده از این حق خود محروم گردد و قوای قضائیه و مجریه موظف به ایجاد امکانات و زیرساخت‌های مورد نیاز این امر هستند. در ادامه به بررسی برخی اصول دادرسی عادلانه که ناظر به حق دادخواهی است می‌پردازیم.

۲-۱-۳. استقلال و بی‌طرفی مرجع رسیدگی

نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برای تحقق استقلال، تدابیری از جمله استقلال شغلی قضات در اصل ۱۶۴ قانون اساسی را در نظر گرفته‌است و برای بی‌طرفی نیز در حد امکان شرایطی از جمله رد

دادرس را تعبیه نموده‌است. برخی معتقدند نحوه نصب دادرسان، غیرقابل عزل و انتقال بودن آن‌ها، و اعتبار آرای قضایی صادره از سوی آن نشانه استقلال قوه قضائیه است (عباسی، ۱۳۹۰: ۲۲۹). از طرفی برخی معتقدند که کیفیت انتخاب مدیران ارجاع و متصدیان شعب کیفری و نحوه صدور دستورات آنان به عنوان بخشی از زنجیره قضایی، نقش ارزنده و راهبردی در تحقق و تضمین «عدالت شکلی و ماهوی» ایفا می‌کند (امیری و دیگران، ۱۴۰۰: ۴۹-۴۸). پس طراحی فناوری حقوقی در فرآیند دادرسی باید به گونه‌ای باشد که اصول حاکم بر این استقلال و بی‌طرفی تا حد ممکن حفظ و رعایت گردیده و در مواردی که نیروی انسانی باید مجری آن باشد، اقدام او به صورت شفاف قابل ارزیابی باشد. شاید غیرقابل پیش‌بینی بودن دادرس پرونده، شفافیت در ادله و استنادات آرای قضایی مواردی هستند که در این دست از خدمات در بستر فناوری‌های حقوقی باید رعایت گردد. البته ظرفیت‌های فناوری‌های حقوقی نیز در این اصل مانند دیگر اصول دادرسی عادلانه می‌تواند موجب تقویت امکان تحقق آن شود. تشخیص امکان وجود ارتباط میان دادرس و طرفین از طریق تحلیل داده‌ها و شبکه‌های ارتباطی افراد می‌تواند موجب هوشمندسازی انتخاب دادرس و دقت فرآیندهای رد دادرس شود. شفافیت در آرا و ادله قضایی و امکان انتشار بدون افشای اسرار و حریم خصوصی افراد و مشارکت جمعی در بررسی آرا نیز موجب تقویت نظارت بر رفتار مراجع رسیدگی خواهد شد، فلذا به‌کارگیری صحیح این فناوری با رعایت معیارهای پیش‌گفته، موجب توسعه آن نیز می‌شود.

۳-۱-۳. برابری امکانات دفاع

طرفین در فرآیند دادرسی باید از حداقل‌های حقوقی برابر برخوردار باشند، مثل دسترسی یکسان به اسناد و مدارک پرونده و یا برخورداری از فرصت اعتراض برابر (بهادری جهرمی و حسینی، ۱۳۹۳: ۱۶). اصول ۱۹ و ۲۰ و همچنین بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی نیز برابری همه مردم در برابر قانون و تساوی حقوق ایشان و عدم هرگونه تبعیض ناروا را تصریح نموده‌است.

مثال مذکور که پیش از این در تصویر ۱ بیان گردید، به جهت عدم ایجاد شرایط یکسان برای اشخاص خارج از کشور با اشخاص داخل کشور یکی از نمونه‌های ناقض این حق بود. فناوری‌های حقوقی باید به گونه‌ای طراحی گردند که سطح دسترسی به بخش‌های مختلف سامانه و داده‌ها و اطلاعات مرتبط با پرونده در حال رسیدگی به‌طور یکسان در دسترس طرفین قرار گیرد و هر دو فارغ از شرایط مکانی و زمانی و... جایگاه برابری نسبت به پرونده داشته باشند.

این اصل نیازمند توسعه زیرساخت‌های فنی در سطح کشور و تعبیه شرایط و امکانات جایگزین برای اشخاصی است که از دسترسی به بخشی از این خدمات محرومند. برای مثال دسترسی به بخش اعظم این خدمات نیازمند در اختیار داشتن سیم‌کارت و تلفن همراه و دسترسی به اینترنت است؛ حال

آنکه هنوز در بخش‌های زیادی از کشور دسترسی به این خدمات امکان‌پذیر نیست، فلذا همین امر موجب ایجاد تبعیض میان طرفین دعوایی می‌گردد که یکی به این امکانات دسترسی دارد و دیگری محروم از این دسترسی است. در این گونه موارد دولت در معنای عام آن موظف است طرق و یا خدمات جایگزینی را در اختیار اشخاص محروم از این خدمات قرار دهد تا شرایط برابر برقرار گردد. برای مثال در تعبیه این طرق یا خدمات جایگزین حتماً باید به هزینه‌ای که بر اشخاص تحمیل می‌شود نیز دقت نمود چراکه به نظر می‌رسد استفاده اشخاص محروم از این خدمات نباید مستلزم تحمیل هیچ هزینه‌ای بر آن‌ها باشد.

لکن به نظر می‌رسد برای رعایت حقوق محرومان از این خدمات توجهی وجود ندارد. چراکه حتی در ماده ۴ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی که در اجرای مواد ۱۷۵ و ۱۷۶ قانون آیین دادرسی کیفری توسط رئیس قوه قضائیه ابلاغ گردیده است، اقدامات موازی در فضای غیرالکترونیکی در مواردی که امکانات الکترونیکی فراهم شده، ممنوع است؛ که این موضوع موجب می‌گردد تا افرادی که به زیرساخت‌های الکترونیکی دسترسی ندارند با مشکلاتی مواجه گردیده و حقوق ایشان سلب گردد.

۳-۱-۴. اصل تقابل یا تناظر

امکان دفاع توسط هر یک از طرفین و همچنین اعتراض هر کدام به دفاع دیگری یکی دیگر از اصول مربوط به حق دادخواهی اشخاص است. این امر مستلزم دسترسی به موقع و بدون مشکل هر یک از طرفین به دفاع دیگری و وجود زمان کافی برای اعتراض به آن است (عباسی، ۱۳۹۰: ۲۳۵). این‌که هیچ‌کس نباید بدون شنیدن اظهاراتش محکوم گردد، یکی از اصول عدالت طبیعی است که به عنوان نخستین اصل حقوق و اصل جهانی دادگستری توصیف شده است (مرادی، ۱۳۹۷: ۳۷). قوانین دادرسی کیفری و مدنی در کشور، سعی نموده‌اند در طراحی فرآیندهای دادرسی در رعایت این اصل توجه و دقت نمایند.

رعایت این اصل در طراحی فناوری‌های حقوقی و توجه به استفاده آسان آن امری ضروری است. برای مثال سامانه ساجد دیوان عدالت اداری با اینکه امکان رصد فرآیندهای رسیدگی را برای اشخاص فراهم می‌نماید، لکن در خصوص دسترسی به پرونده و ارسال لوایح یا نامه‌های درخواستی مانند درخواست اعمال ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی و تشکیلات دیوان عدالت اداری، تا چند ماه پیش هیچ امکانی را برای اشخاص فراهم ننموده و اشخاص می‌بایست از هر نقطه‌ای از کشور به صورت حضوری در دیوان عدالت اداری این نامه را به ثبت می‌رسانند. این درحالی است که توسعه خدمات دولت الکترونیک در مکاتبات اداری سبب شده تا نهادهای دولتی که طرف دیگر دعوی در دیوان

عدالت اداری هستند به راحتی و بدون نیاز به حضور در محل دیوان و از طریق سامانه‌های مکاتبات اداری فی‌مابین به مکاتبه پیردازند. در چند ماه گذشته که امکان ارسال نامه و لایحه از طریق این سامانه فراهم گردیده نیز، عدم اطلاع از وضعیت نامه و همچنین عدم قرارگیری به موقع در فرآیندهای مربوطه در سامانه داخلی دیوان موجب فوت زمان و مواعد رسیدگی می‌گردد و در موارد متعددی منجر به صدور آرای گردیده که به علت عدم دسترسی نامه یا لایحه مربوطه موجب تضییع حقوق اشخاص شده است.

همان گونه که در مثال فوق مشاهده نمودید، توسعه نامتوازن خدمات فناوری حقوقی موجب بروز مشکلاتی می‌شود که اصول دادرسی عادلانه، که در اینجا اصل تقابل و تناظر است را نقض و حقوق اشخاص در این فرآیندها تضییع می‌گردد.

قوای قضائیه و مجریه موظفند جهت رعایت این اصل، توسعه متوازن در اطراف دعاوی را اولویت قرار داده و در طراحی خدمات، علی‌رغم ایجاد فرصت در توسعه یک فناوری در طرفی، توسعه فناوری در طرف دیگر نیز می‌بایست انجام پذیرد و یا روش‌های جایگزین جهت تأمین این اصل فراهم گردد والا به کارگیری آن فناوری تا تحقق شرایط در طرف دوم خلاف اصول و تضییع‌کننده حقوق اشخاص است. در صورتی که طراحان فناوری‌های حقوقی، رعایت این اصل را در کنار اصل سابق در اولویت قرار دهند، توسعه فناوری‌های حقوقی که به تقویت این دو مورد کمک نماید، با رشد چشمگیری همراه خواهد بود و تحقق عدالت را تقویت می‌بخشد.

۵-۱-۳. حق رسیدگی حضوری و علنی

در صورتی که این معیار از حق رسیدگی حضوری که «به موجب استماع دعوا و تقدیم دفاعیه محقق می‌گردد» (بهادری جهرمی و حسینی، ۱۳۹۳: ۱۷) را صحیح بدانیم، فلذا این اصل با رسیدگی غیرحضوری که خللی در استماع دعوا و تقدیم دفاعیه ایجاد ننماید، تعارضی ندارد. از این رو توسعه فناوری‌های حقوقی جهت برگزاری دادگاه‌های مجازی و از راه دور، که البته شرایط برابر و عادلانه‌ای در استماع دعوا از سوی طرفین و تقدیم دفاعیه ایشان فراهم نماید، مشکلی نخواهد داشت. لکن در خصوص حق رسیدگی علنی اولاً باید دقت کرد که شرایط علنی بودن دادگاه‌ها که به تعبیر بسیاری از حقوق‌دانان دلایل اخلاقی، نظم عمومی، امنیت ملی، اقتضانات و منافع و مصالح زندگی خصوصی افراد از جمله عوامل تحدیدکننده حق علنی بودن رسیدگی‌هاست (synmondies, 85: 2000)، باید در طراحی فناوری‌هایی که نقش تحقق آن را دارند در نظر گرفته شود تا هدف اصلی محقق گردد. به نظر می‌رسد مطابق سفارش امام علی (علیه السلام) به قاضی شریح مبنی بر اینکه به جهت رعایت شرایط عادلانه‌تر در میان مردم قضاوت کند، علنی بودن به جهت ارزیابی عدالت و

آرای قاضی اهمیت دارد. فلذا حتی آرای آن دسته از رسیدگی‌هایی که بنا به عوامل فوق غیرعلنی برگزار می‌شوند نیز می‌تواند در فرآیندهایی با رعایت عدم افشای اطلاعات حریم خصوصی افراد، در برابر عموم قرار گرفته و حتی با روش‌های جمع‌سپاری تخصصی، ارزیابی نیز گردد. البته این فناوری ارزیاب از فناوری‌های حقوقی تنظیم‌گر به حساب می‌آید و انتشار آرا به عنوان یک اقدام حداقلی در مسیر شفافیت هیچ‌گاه نمی‌تواند جایگزین علنی بودن دادگاه‌ها شود، لکن شاید دلایل حقوقی مانع از علنی بودن تمامی دادگاه‌ها شود؛ اما انتشار تمامی آرای قضایی با رعایت اصول حقوقی امری امکان‌پذیر است که با توجه به اصول حاکم بر آن و ادله فوق، قوه قضائیه ملزم به انجام آن است.

۳-۱-۶. حق تجدیدنظرخواهی

این حق که امکان اصلاح خطای احتمالی قاضی را فراهم می‌سازد، در نظام حقوقی کنونی کشور نقش بسزایی دارد و عمده‌ای از احکام در مرحله تجدیدنظر با احکام دادگاه‌های بدوی اختلاف دارند. باتوجه به اهمیت این حق در آیین دادرسی کنونی احتمال اینکه این مرحله از دادرسی در مسیر طراحی فناوری‌های حقوقی مغفول بماند بسیار کم است. لکن باید عوامل مهمی در تجدیدنظر که مقدمه بهره‌گیری از این حق می‌باشند و می‌تواند غفلت از آن‌ها تضییع‌کننده آن باشد را در طراحی فناوری‌های حقوقی در این حوزه مورد توجه قرار داد. مهلت‌های قانونی به‌ویژه رعایت شرایط داخلی یا خارجی اشخاص و همچنین قواعد ابلاغ واقعی و قانونی در بستر فناوری‌های حقوقی از مهم‌ترین این عوامل هستند.

۳-۱-۷. حق رسیدگی در مهلت معقول

باتوجه به اینکه جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص باید هرچه سریع‌تر صورت پذیرد، فلذا این رسیدگی باید در زمانی معقول انجام پذیرد. برای تحقق این حق می‌بایست به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی به‌ویژه از جنس میز کارهای مدیریت پرونده‌ها موجب افزایش سرعت رسیدگی و کاهش اطاله دادرسی گردد.

تجربه به‌کارگیری فناوری در برخی حوزه‌ها در کشور ما، به دلیل عدم تحول در فرآیندها، نه تنها موجب افزایش سرعت و بازدهی نگردیده که گاه حتی ناکارآمدی بیشتر و کاهش سرعت را به ارمغان آورده است. برای مثال استفاده از اتوماسیون‌های اداری الکترونیکی در دستگاه‌های دولتی با مدیران قدیمی که در استفاده از این اتوماسیون‌ها به دلایل مختلفی از جمله تجربه کاربری^۱ ضعیف با مشکل مواجه‌اند، اغلب باعث افزایش فرآیندهای اداری گردیده‌است؛ به گونه‌ای که به شهادت نگارندگان،

گاه یک نیروی انسانی مجزا صرفاً جهت مشاهده و بررسی مکاتبات، پرینت و ارائه به مدیر و سپس اسکن رونوشت کتبی و ارسال دوباره از طریق اتوماسیون به ساختار سازمان‌ها افزوده می‌گردد. نمونه دیگری از این مشکلات را می‌توان در برخی الزاماتی یافت که آیین دادرسی برای انجام برخی امور تعیین نموده‌است و واسپاری آن‌ها به فناوری‌های حقوقی را با اختلاف نظرات جدی مواجه ساخته‌است. برای مثال قضات جهت رعایت عدالت در تعیین کارشناس رسمی برای بررسی و کارشناسی موضوع پرونده مکلف به استفاده از قرعه هستند. اخیراً سامانه‌ای جهت انجام این قرعه‌کشی طراحی گردیده که کارشناس مورد نیاز پرونده به طور اتفاقی از میان کارشناسان صلاحیت‌دار انتخاب شود. همین موضوع موجب اختلاف میان قضات و حقوق‌دانان مختلف در تطابق این سامانه با قوانین و مقرراتی که قاضی را مسئول قرعه‌کشی دانسته، شده‌است. اگر در طراحی فناوری‌های حقوقی مورد نیاز در دادرسی قضایی، اصول طراحی خدمات^۱ و محصولات به درستی به کار گرفته نشوند، این مشکل در فرآیند دادرسی نیز تکرار شده و نه تنها فناوری موجب کاهش مدت رسیدگی نمی‌شود، بلکه بر اطالة دادرسی نیز می‌افزاید که این مهم به شدت با حق رسیدگی در مهلت معقول در تعارض است.

۳-۲. تضمینات ناظر بر دعاوی کیفری

دعاوی کیفری به جهت وصف کیفری بودن دارای شرایط خاصی نسبت به دیگر دعاوی هستند. در صورت نیاز به تفسیر قوانین جزایی به جهت سکوت، اجمال، ابهام و یا تعارض قوانین، تفسیر باید محدود به متن قانونی معین باشد و به صورت مضیق باشد، زیرا قاضی در امور کیفری با جان، عرض، شرف و آزادی افراد روبه‌رو است (مؤذن‌زادگان و غلامعلی‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۴۰). عدم توجه به همه اصول دادرسی عادلانه کیفری در طراحی خدمات در بستر فناوری‌های حقوقی موجب می‌گردد تا اثرات جبران‌ناپذیری بر اشخاص وارد آید. اصول حاکم بر دادرسی عادلانه کیفری که در طراحی فناوری‌های حقوقی حائز اهمیت ویژه‌اند عبارتند از:

۳-۲-۱. اصل برائت

اصل بر بی‌گناهی هر فرد است مگر این‌که مجرمیت وی مطابق قانون در چهارچوب یک دادرسی عادلانه در مرجع صالح اثبات گردد. این اصل قبل از دوران جدید تحت عنوان قاعده «درء الحدود بالشبهات» در نظام حقوقی اسلام ریشه داشته است (رستمی و دیگران، ۱۳۸۸: ۹۷). اصل ۳۷ قانون اساسی نیز جایگاه اصل برائت در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران را مشخص

می‌نماید. رعایت اصل برائت در طراحی فناوری‌های حقوقی در تمامی مراحل و بخش‌های دادرسی کیفری، امری الزامی است چراکه عدم توجه به آن در هر مرحله، می‌تواند در نتیجه نهایی به شدت اثرگذار باشد. آیین دادرسی کیفری سعی نموده‌است در طراحی فرآیندها و نحوه مواجهه با متهمان در دعای کیفری اصل برائت را رعایت نماید و عنوان متهم پیش از اثبات جرم، نشان از حاکمیت این اصل در دادرسی کیفری است. مهم‌ترین اثر اصل برائت آن است که متهم به ارائه دلیل بر بی‌گناهی خویش موظف نیست، بلکه مقام تعقیب (دادسرا یا شاکی خصوصی) با تحصیل و ارائه دلیل، به اثبات بزهکاری متهم در مقابل دادگاه مکلف است (اسدی، ۱۳۸۸: ۷۵).

با وجود آنچه که بیان گردید، در به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی در مراحل دادرسی کیفری می‌بایست دقت گردد که متهم در جایگاهی پیش از اثبات جرم قرار دارد و عموماً مسئولیتی در قبال رفع اتهامی که هنوز مدارک قانونی برای آن ارائه نگردیده ندارد و البته می‌بایست تمامی شرایط و امکانات دفاع که در قانون برای وی پیش‌بینی شده‌است قابل دسترس باشد. اهمیت دسترسی به سامانه‌های قضایی با IP خارج از کشور و همچنین بدون نیاز به دریافت پیامک صرفاً باسیم‌کارت‌های داخلی، که پیش از این بیان گردید و به ویژه اصول ابلاغ احکام در این مرحله اهمیت بسزایی خواهد داشت. بنا به قواعد تفسیر مضیق در حقوق کیفری نباید فراموش شود که قواعد و معیارهای ابلاغ حکم به گونه‌ای وضع گردد که به لحاظ فنی هیچ گونه تردیدی بر ابلاغ صورت گرفته وارد نباشد، چرا که کوچک‌ترین تردید و احتمال باید به عدم ابلاغ، حکم نماید. این درحالی است که قانون‌گذار براساس ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری، صرفاً ارسال ورقه قضایی و یا حتی تحویل آن به شخص مخاطب را کافی نمی‌داند و از این رو مأمور ابلاغ افزون بر وظیفه رساندن و تحویل ورقه موظف شده است در خصوص افراد بی‌سواد، مفاد احضاریه را به مخاطب تفهیم نماید (اسمعیلی و پورقهرمانی، ۱۳۹۸: ۳۹).

لذا با توجه به جایگاه ویژه‌ای که قانون‌گذار برای حصول اطمینان از تحقق ابلاغ در نظر داشته‌است، همچنین اهمیت این موضوع در نتیجه پرونده‌ها علی‌الخصوص پرونده‌های کیفری، باید دقت کافی در طراحی و پیاده‌سازی فناوری‌های مربوط به ابلاغ به کار گرفته شود تا حتی در خصوص کوچک‌ترین احتمال خطا نیز راهکاری اصولی اتخاذ گردد. لکن متأسفانه تبصره ۲ ماده ۱۳ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی با رویکردی موسع موارد موضوع ماده ۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را توسعه داده و خودداری از مراجعه به سامانه ابلاغ را به منزله استتکاف از قبول اوراق قضایی تلقی نموده است. درحالی که اگر مراد مقنن از «خودداری»، عدم مراجعه اشخاص به عللی از جمله عدم دسترسی به امکانات به دلایل مختلف اعم از عدم تمکن مالی و... باشد، می‌بایست این تبصره از آیین‌نامه را یکی از مهم‌ترین موارد در

تضییع حقوق اشخاص دانست.

البته راه‌اندازی سامانه ابلاغ توسط قوه قضائیه یکی از نقاط عطف دادرسی قضایی در کشور به شمار می‌رود. چنانکه پیش از آن چالش‌های متعددی در تضییع حقوق اشخاص هنگام ابلاغ وجود داشت و به علت وجود عوامل انسانی در این فرآیند شاهد عدم تحقق تمامی شرایط قانونی، عدم رعایت حریم خصوصی و حفظ آبروی اشخاص و همچنین تخلفات متعدد مأمور ابلاغ بودیم که با راه‌اندازی ابلاغ الکترونیک برطرف گردیده‌اند. لکن تا وضعیت مطلوب که ناشی از ضعف در طراحی خدمت است، همچنان راه باقیست.

۲-۳-۲. منع بازداشت خودسرانه

از آنجا که بازداشت افراد نقض حق آزادی آن‌ها است، بنابراین باید به موجب قانون و توسط مقام صلاحیت‌دار صورت گیرد (صابر، ۱۳۸۸: ۱۴۹). اصل ۳۲ قانون اساسی نیز بر لزوم قانونی بودن جلب و بازداشت خودسرانه تأکید دارد. رعایت این اصل بدین معناست که تنها مقام صلاحیت‌دار قضایی توان صدور حکم بازداشت افراد را دارد و مرجع انتظامی بدون داشتن حکم بازداشت قانونی امکان بازداشت اشخاص را نخواهد داشت. رعایت این اصل الزام می‌کند که در طراحی فناوری‌های حقوقی این مرحله از دادرسی قضایی، اولاً در تعیین سطوح دسترسی اشخاص مختلف جهت اتخاذ تصمیم در سامانه‌ها دقت گردد و تغییر آن به آسانی و بدون رعایت شرایط قانونی امکان‌پذیر نباشد و ثانیاً امکان استعلام صحت و ارزیابی اینکه آیا مرجع انتظامی مجوز قانونی معتبر برای بازداشت شخص را داراست یا نه، توسط اشخاص موضوع حکم وجود داشته باشد.

عدم رعایت این اصل در طراحی فناوری‌های حقوقی مرتبط با این مرحله از دادرسی، موجب ایجاد شرایطی جهت تخطی مراجع انتظامی از قانون گردیده و تضییع حقوق متهمین را بیش از پیش فراهم می‌سازد. درحالی‌که توجه به آن، امکان بروز این تخلف را از مراجع انتظامی در بسیاری موقعیت‌ها سلب نموده و حتی رصد تخلفات ایشان در این زمینه را نیز فراهم می‌سازد.

۳-۲-۳. حق برخورداری متهم از امکانات لازم برای دفاع

حق دفاع متهم عبارت است از مجموع تضمینات قانونی و قضایی در سطوح مختلف برای مظنونین به ارتکاب بزه که در سراسر یک رسیدگی کیفری با هدف اتخاذ تصمیمی عادلانه به دور از اشتباهات قضایی، منظور گردیده است (آشوری، ۱۳۷۲: ۴۰). حق دفاع این امکان را برای متهم فراهم می‌کند که بتواند پیش از محکوم شدن از خود دفاع کند. حتی در صورتی که متهم به زبانی که در دادگاه تکلم می‌شود آشنا نیست می‌تواند از خدمات رایگان مترجم استفاده نماید و تمام اوراق و مدارک مضبوط در پرونده به طور کامل ترجمه شود (رستمی و دیگران، ۱۳۸۸: ۹۹). برخی معتقدند که چون سیستم

عدالت مدنی به سان نظام بهداشت یا آموزش، جزء خدمات عمومی محسوب می‌شود؛ بنابراین ماهیت عمومی بودن سیستم حل اختلاف، انتظار یارانه محور بودن دادگاه‌ها را نیز به دنبال دارد (حبیبی درگاهی، ۱۳۹۹: ۵۶). این نگاه را می‌توان به گونه‌ای مؤید وجود این حق دانست.

ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری نیز این حق را به رسمیت شناخته و ضمانت اجرای آن را بی اعتباری تحقیقات قرار داده است. فلذا فناوری های حقوقی دادرسی قضایی باید به گونه ای طراحی شوند که اولاً امکان اخذ وکیل و یا مترجم و... را برای دفاع متهم سلب ننماید و ثانیاً مانعی در دفاع وکیل یا متهم وجود نداشته باشد. برای مثال مطابق بند ش تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۹۹، سامانه ثبت قرارداد الکترونیک وکالت راه اندازی گردیده است؛ در این سامانه موکل تنها در صورتی می تواند وکیل تعیین نماید که اولاً شناسه ثنا داشته باشد و ثانیاً برای هر سری ورود به حساب کاربری خود در سامانه، می بایست از طریق کلمه عبوری که به تلفن همراه وی ارسال می شود احراز هویت صورت پذیرد. باتوجه به اینکه دریافت و استفاده از شناسه ثنا صرفاً برای افرادی که تلفن همراه داشته و در کشور باشند امکان پذیر است، فلذا این اصل برای اشخاصی که به تلفن همراه دسترسی ندارند (چه دسترسی دائم و چه دسترسی موقت که موجب انقضای مهلت دفاع وی گردد) ناقض حق دفاع متهم بوده و موجب عدم اعتبار تحقیقات قضایی خواهد بود.

از طرفی، باتوجه به اینکه بخش زیادی از مردم در حال حاضر از سیم کارت های اعتباری استفاده می نمایند، احراز هویت ایشان نیز از همین طریق صورت پذیرفته و ورود به سامانه های قضایی از طریق کد ارسالی به همین خطوط است. این درحالیست که هیچ کدام از این افراد صاحب سیم کارت خود نبوده و صرفاً امتیاز آن در اختیار ایشان است و در شرایطی، که پیچیدگی چندان هم ندارد، از آن ها سلب امتیاز می گردد و امتیاز آن مجدداً در اختیار شخص جدیدی قرار می گیرد. فلذا دسترسی به تمامی اطلاعات اشخاص و همچنین امکان تعیین وکیل برای اشخاص توسط فردی دیگر که قانوناً صاحب امتیاز جدید سیم کارت خواهد بود، فراهم می شود.

نتیجه

اهمیت ویژه دادرسی قضایی و تأثیر آن بر اشخاص و مردم بر کسی پوشیده نیست. همین امر موجب می گردد تا کوچک ترین تغییر و یا اصلاحی در آن نیازمند بررسی های دقیق و کارشناسانه باشد. اندیشمندان حقوق در داخل و خارج کشور با بررسی تجارب بشری و همچنین توجه به مبانی و اصول نظام حقوقی، به اصولی دست یافته اند که توجه به آن ها، تحقق دادرسی عادلانه را بیش از پیش فراهم می نماید. طراحی و به کارگیری فناوری های حقوقی نیز به سبب آنکه نیازمند اصلاح فرایندها و رویه های کنونی ولو در حد تغییر ابزار انجام بخشی از دادرسی باشد، می بایست با دقت

کارشناسی بالایی صورت پذیرد تا از تضییع حقوق قانونی اشخاص جلوگیری شود. در این مقاله با بررسی اصول دادرسی عادلانه اهم، الزامات ناظر بر طراحی و به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی در دادرسی قضایی شناسایی و در دو دسته مقدمات دادرسی قضایی با فناوری‌های حقوقی و دسته دوم تحت عنوان الزامات دادرسی قضایی که نیازمند فناوری است، استخراج گردیدند:

دسته اول الزاماتی که استفاده از فناوری حقوقی در دادرسی قضایی بدون رعایت آن‌ها، تضییع حقوق اشخاص خواهد بود را شامل می‌شود که عبارتند از:

دسترسی اشخاص بدون محدودیت مکانی و زمانی، همان گونه که پیش از این شرح آن ارائه گردید، دسترسی به برخی سامانه‌ها و ابزارهای دادرسی قضایی در حال حاضر برای افرادی که به ابزارهایی مثل تلفن همراه و اینترنت دسترسی ندارند، امکان‌پذیر نیست. البته قوه قضائیه دفاتر خدمات الکترونیک قضایی در سطح کشور و احراز هویت الکترونیک را با این هدف راه‌اندازی نموده است، که موجب تسهیل این امر می‌گردند. لکن در مراجع شبه قضایی همچنان این مشکلات وجود دارد و به نظر می‌رسد ایشان نیز می‌بایست به تحولات موجود در قوه قضائیه بپیوندند. با جمیع نکات فوق، دولت (به معنای عام آن) موظف است به موازات استفاده از فناوری‌های حقوقی در دادرسی قضایی، شرایطی برای اشخاص و دسترسی آن‌ها به این فناوری‌ها فراهم نماید.

رایگان و برابر بودن دسترسی، برخی امور از جمله ایجاد حساب کاربری در سامانه ثنا و احراز هویت اشخاص از وظایف دولت در ارائه دسترسی به فناوری‌های حقوقی برای دادرسی قضایی است. دولت اجازه ندارد به‌ازای ارائه این خدمات از مردم هزینه‌ای دریافت نماید، به‌ویژه در مواردی که مجوز قانونی لازم نیز برای آن وجود ندارد. لکن در حال حاضر انجام این امور که از طریق دفاتر خدمات الکترونیک قضایی صورت می‌پذیرد، با پرداخت وجوهی از سمت اشخاص انجام می‌شود که این امر خلاف اصول دادرسی عادلانه است. از طرف دیگر، دسترسی به سامانه‌ها و فناوری‌های حقوقی نیازمند تهیه ابزارها و زیرساخت‌هایی نظیر رایانه، تلفن همراه و اینترنت است که دسترسی به آن‌ها مستلزم پرداخت هزینه از سوی اشخاص می‌باشد. از طرفی این دسترسی‌ها گاه برای برخی ساده‌تر از دیگران تهیه گردیده است. مانند دعاوی که دولت طرف دیگر دعا قرار دارد. توسعه و تسهیل متوازن این دسترسی‌ها برای طرفین دعاوی نیز می‌بایست حتماً رعایت گردد تا طرفین دعاوی دسترسی برابر داشته باشند. از سوی دیگر، متهمین که در جایگاه خاصی به نسبت دیگر اشخاص قرار دارند می‌بایست به ابزارها و سامانه‌های مورد نیاز جهت دفاع و بهره‌گیری از حقوق مربوط به آن مانند اخذ وکیل دسترسی داشته باشند، و تحقیقات انجام شده بدون رعایت این شرط، معتبر نخواهد بود.

اصلاح فرایندها مبتنی بر فناوری‌های به‌کارگیری‌شده، استفاده از فناوری‌های مبتنی بر فرایندها و روش‌های غیرفناورانه سابق، امری است که موجب اثر عکس در استفاده از فناوری‌ها خواهد شد. جهت جلوگیری از این امر می‌بایست هنگام به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی در دادرسی‌های قضایی، فرایندها و روش‌های دادرسی نیز مبتنی بر ابزارها و سامانه‌های طراحی‌شده اصلاح گردند و بر اساس اصول و موازین حاکم بر آن و همچنین ویژگی‌های کاربران آن بازطراحی گردند. مانند قواعد و اصول ابلاغ واقعی و قانونی و معیارهای تشخیص آن و همچنین روش‌ها و فرایندهای ارتباطی و مستندسازی در دادرسی که پیش از این بدون توجه به ابزارها و سامانه‌ها بر دادرسی قضایی حاکم بودند و البته توانمندی قضات و کارمندان درگیر با فرایند دادرسی در استفاده از ابزارها و سامانه‌های فناوری‌های حقوقی مورد استفاده. در صورتی که این اصلاح صورت نپذیرد، نه تنها به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی موجب رشد و تقویت دادرسی نمی‌گردد، بلکه مشکلات مضاعفی ازجمله تضییع حقوق افراد و اطاله دادرسی را به همراه خواهد داشت.

دقت در تعیین سطوح دسترسی بنا به اختیارات، یکی از مهم‌ترین اصول در طراحی فناوری‌های حقوقی دقت در تعیین سطوح دسترسی اشخاص و مسئولان بنا به اختیارات قانونی ایشان است که مبدا وجود دسترسی به تصمیم‌گیری در خصوص امری برای مسئولی که اختیار قانونی آن تصمیم‌گیری را ندارد، موجب بروز مشکلات بعدی و اقدامات خلاف قانون نهادهای انتظامی و دادرسی گردد. برای مثال به جز مقام صلاحیت‌دار قضایی که شخص آن می‌بایست مشخص باشد، هیچ مسئول دیگری مجوز صدور حکم بازداشت اشخاص را نباید داشته باشد و دسترسی به آن نیز به‌راحتی نباید امکان‌پذیر باشد.

در دسته دوم، الزاماتی که در دادرسی قضایی با استفاده از فناوری‌ها امکان‌پذیر می‌گردد و تا پیش از این امکان تحقق آن‌ها به درستی وجود نداشته‌است را شامل می‌شود که عبارتند از:

ارائه و انتشار آراء و احکام، یکی از مهم‌ترین اصول دادرسی عادلانه، علنی بودن جلسات دادگاه بود که به جهت رعایت حریم خصوصی و برخی اصول دیگر، مجوز برگزاری غیرعلنی جلسات به قضات داده شده‌است. از طرفی باتوجه به اینکه یکی از اهداف کلیدی در برگزاری دادگاه‌های علنی امکان ارزیابی و نظارت عمومی بر عملکرد قضات است، با وجود فناوری‌های حقوقی و ابزارهایی که برای به‌کارگیری آن‌ها وجود دارد، می‌توان آراء و احکام صادره و استنادات قانونی به‌کاررفته در آن‌ها و همچنین مشروح جلسات دادرسی را با رعایت شرایطی از قبیل حریم خصوصی و... به صورت شفاف منتشر نمود. فلذا حال که امکان انجام این امر فراهم است، متولیان امر دادرسی موظف به رعایت این اصل از اصول دادرسی عادلانه با به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی می‌باشند. در خصوص

جلسات علنی که قضات تصمیمی بر ممنوعیت آن ندارند نیز می‌توانند در بستر فناوری‌های مربوطه به‌طور علنی برگزار گردند.

غیرقابل پیش‌بینی بودن الگوهای عملکردی، غیرقابل پیش‌بینی بودن دادرس و عدم امکان ارتباط با وی خارج از فرآیندهای دادرسی و همچنین اموری مانند انتخاب اتفاقی کارشناس صلاحیت‌دار توسط قاضی اموری‌اند که تحقق عدالت در دادرسی قضایی را تقویت می‌نمایند. تاکنون قوانین و آیین‌های دادرسی به شدت در این مسیر تلاش نموده‌اند لکن امروزه وجود فناوری‌هایی که می‌توانند واسط انجام این امور شوند، دادرس قضایی را ملزم به استفاده از آن‌ها می‌نماید، چراکه بی‌طرفی و دقت به ویژه در اموری که بدون کمک انسان نیز محقق می‌گردد را فراهم می‌نمایند.

امکان استعلام صلاحیت اشخاص و اسناد، تاکنون قوانین متعددی بر معتبر بودن رفتارهایی که صرفاً توسط مقام صلاحیت‌دار انجام یا دستور آن صادر می‌گردد تأکید کرده‌اند، لکن تشخیص صحت این تصمیمات و اطلاع از سطح صلاحیت مسئول مربوطه برای اشخاص در لحظه، امری دشوار بوده که با راهکارهای مختلفی سعی در تسهیل آن نموده‌اند. حال که امکان استفاده از فناوری‌های حقوقی و ابزارهای آن فراهم است، مقامات قضایی موظفند که امکان تشخیص و استعلام صلاحیت این اشخاص و اسناد را برای عموم مردم فراهم نمایند.

باتوجه به نتایج بدست آمده از این پژوهش و نظر به پاسخی که برای پرسش محوری پژوهش ارائه گردید، پیشنهادات زیر جهت به‌کارگیری بهتر و دقیق‌تر فناوری‌های حقوقی در دادرسی‌های قضایی ارائه می‌گردد:

۱. توسعه و به‌کارگیری فناوری‌های حقوقی در دادرسی قضایی نیازمند بازخوانی دوباره قوانین و مقررات این حوزه با در نظر گرفتن وجود ابزارهای فناورانه و امکان استفاده از آن‌ها در شرایط کنونی و عدم وجود آن‌ها در زمان وضع قوانین است. البته باید دقت شود که این بازخوانی باید با توجه ویژه نسبت به حکمت وضع آن قانون صورت پذیرد که نتیجه آن تصمیم‌گیری در خصوص عدم استفاده از فناوری‌های حقوقی در برخی موارد تا پیش از اصلاح قانون و استفاده یا حتی جایگزین نمودن این فناوری‌ها در برخی موارد بدون نیاز به اصلاح قانون است. فلذا مادامی که استفاده از فناوری حقوقی و یا جایگزینی آن با حکمت مقنن در وضع قوانین تعارضی نداشته باشد، عدم مطابقت صریح با ظاهر آن خللی ایجاد نمی‌نماید. برای مثال استفاده قضات از سامانه قرعه‌کشی برای انتخاب کارشناس رسیدگی‌کننده به پرونده، تعارضی با متن قانون که از قاضی خواسته است کارشناس را با قرعه‌کشی انتخاب نماید ندارد، لکن واگذاری امر قضاوت و صدور حکم به هوش مصنوعی با قوانینی که قاضی را مسئول صدور حکم می‌دانند در تعارض است، فلذا در چنین مواردی به هیچ

عنوان بازخوانی متفاوت کافی نیست.

۲. دولت می‌بایست پیش از طراحی هر فناوری حقوقی جهت به‌کارگیری در دادرسی‌های قضایی و شبه‌قضایی، ابتدا آن را با معیارهای دادرسی عادلانه که در طول این نوشته بدان‌ها پرداخته شد ارزیابی نماید و از وجود هرگونه تعارض در طراحی صورت گرفته و اصول فوق پرهیز کند. از طرفی، رعایت موارد مذکور در نتیجه‌گیری نیز جزو الزاماتی است که عدم رعایت هرکدام، تضییع حقوق عامه است.

۳. قوای قضائیه و مجریه می‌بایست با در نظر گرفتن تمامی خدمات دولت الکترونیک، قواعد و اصول احراز هویت با روش‌های مختلف از جمله بیومتریک را به‌گونه‌ای تعیین نمایند که مردم بدون نیاز به دراختیار داشتن ابزاری بتوانند از آن استفاده نمایند. جهت تسهیل در امور مردم و دولت، این احراز هویت باید یک بار و به صورت مشترک انجام پذیرد که اشخاص بتوانند از آن در تمامی امور خود برای دولت الکترونیک بهره‌مند گردند.

۴. قوه قضائیه در مراجع قضایی و قوه مجریه در مراجع شبه‌قضایی می‌بایست تمامی فرآیندها و الگوهای تصمیم‌سازی در دادرسی قضایی را باتوجه به وجود ابزارها و زیرساخت‌های فناورانه با رعایت دقت در سطوح دسترسی و غیرقابل پیش‌بینی بودن برخی اقدامات که موجبات فساد را فراهم می‌سازد بازطراحی نموده و وضعیت مطلوب از فرآیندهای دادرسی را ترسیم نمایند. سپس با در نظر گرفتن وضعیت کنونی از جمله سطح دانش و توانمندی و دسترسی کارمندان و عموم مردم در استفاده از این ابزارها، جهت رسیدن به وضعیت مطلوب برنامه‌ریزی نمایند.

۵. سامانه‌های الکترونیکی دادرسی قضایی با اتکا بر قواعد احراز هویت و همچنین فرآیندهای بازطراحی شده در دادرسی و با رعایت اصول طراحی محصول و تجربه کاربری مناسب عموم کاربران، با امنیت مورد نیاز و امکان استفاده بدون محدودیت جغرافیایی و زمانی، تولید و طراحی گردد.

۶. با توجه به عدم دسترسی همه مردم به ابزارهای مختلف جهت استفاده از خدمات بر بستر اینترنت، می‌بایست دستگاه‌های ارائه‌دهنده این خدمات با ویژگی‌ها و شرایط مورد نیاز جهت ارائه خدمات دولت الکترونیک مانند دستگاه‌های خودپرداز بانکی در سطح کشور طراحی و تعبیه گردیده که ضمن احراز هویت با شرایط بیان شده، به خدمات اصلی و کلیدی، در هر ساعتی از شبانه‌روز و به تناسب جمعیت در مکان‌های مختلف، دسترسی ایجاد نماید.

۷. مراجع قضایی و شبه‌قضایی موظفند بانک‌های داده قضایی متشکل از آراء و احکام با مستندات و ادله به‌کار برده شده و همچنین صلاحیت‌ها و وظایف و اختیارات قانونی مسئولیت‌ها و اشخاص را با قابلیت استعلام لحظه‌ای و قابل دسترسی عموم، ارائه نموده و همچنین امکان اطلاع اشخاص از شرایط قانونی جلب، بازداشت یا ... ایشان را فراهم نمایند.

منابع

فارسی

- آشوری، محمد (۱۳۷۶)، اصل برائت و آثار آن در امور کیفری (مطالعه تطبیقی)، مجموعه مقالات عدالت کیفری، تهران: انتشارات گنج دانش.
- اسدی، داوود (۱۳۸۸)، «اصول حاکم بر عدالت کیفری در حقوق موضوعه ایران»، فصلنامه نظم و امنیت اجتماعی، سال دوم، شماره ۴.
- اسمعیلی، اکبر و بابک پورقهرمانی (۱۳۹۸)، «چالش‌های فراوری دادرسی الکترونیک در ایران»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۴، شماره ۸۷.
- امامی، محمد و سید نصرالله موسوی (۱۳۸۳)، «مبانی نظری مراجع شبه قضائی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۲۱، شماره ۴۱.
- امیری، علی، جواد طهماسبی و بتول پاکزاد (۱۴۰۰)، «کاربرد مدیریت ارجاع در تضمین دادرسی بی‌طرفانه کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- باربریس، ژانوس، داگلاس دبلیو آرثر و راس‌پی باکلی (۱۳۹۹)، کتاب رگ‌تک: مرجع سرمایه‌گذاران، کارآفرینان و رویاپردازان در زمینه رگ‌تک، علیرضا کاظمی‌نیا، شراره شبل‌الحکما و محمد رهبان، تهران: انتشارات راه پرداخت.
- بهادری جهرمی، علی و سیده لطیفه حسینی (۱۳۹۳)، «اصول دادرسی عادلانه در پرتو اندیشه اسلامی و نظام حقوق داخلی»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال سوم، شماره ۷.
- حبیبی درگاهی، بهنام (۱۳۹۹)، «مفهوم اصل دسترسی ارزان به دادگستری و جلوه‌های آن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- رستگار، عصمت (۱۳۹۹)، «چالش‌های حقوق شهروندی در دادرسی الکترونیک با نگاهی به جایگاه آن در فقه شیعه»، مطالعات تطبیقی حقوق شهروندی، دوره یکم، شماره ۱.
- رستمی، ولی و مسلم آقایی طوق و حسن لطفی (۱۳۸۸)، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران: گرایش.
- سرخوش منجق‌تپه، بهنام و هما داودی‌گرم‌ارودی (۱۳۹۸)، «بررسی فقهی تشکیل جلسه‌ی دادرسی به شیوه‌ی الکترونیکی»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره ۴۳.
- شواب، کلوس (۱۳۹۶)، انقلاب صنعتی چهارم، ایرج نبی‌پور، بوشهر: انتشارات دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی بوشهر.
- صابر، محمود (۱۳۸۸)، «معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات مقدماتی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، پیاپی ۶۳، شماره ۱۳.
- عالی‌پناه، علیرضا و عزیزاله فضلی (۱۳۹۱)، «چیستی حقوق و چگونگی ارتباط آن با فرهنگ»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۳، شماره ۳۵.
- عباسی، بیژن (۱۳۹۰)، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، تهران: نشر دادگستر.
- مرادی، قاسم (۱۳۹۷)، «اصول حاکم بر روند دادرسی عادلانه»، جستارهای حقوق عمومی، سال ۲، شماره

۴.

- مؤذن‌زادگان، حسن‌علی و حسن غلامعلی‌زاده (۱۳۸۸)، «بررسی تحلیلی جایگاه تفسیر شک به نفع متهم در حقوق کیفری»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۰.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۸۴)، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: نشر میزان.

انگلیسی

- Bues M-M, Matthaei E (2017), **LegalTech on the rise: technology changes legal work behaviors, but does not replace its profession**. Jacob K, Schindler D, Strathausen R (eds) **Liquid legal: transforming legal into a business savvy, information enabled and performance driven industry**. Cham: Springer.
- Corrales, Marcelo; Fenwick, Mark; Haapio, Helena (2019), **Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain**. Singapore: Springer.
- Chishti, Susanne; Bhatti, Sophia Adams; Dato, Akber; Indjic, Drago (2020), **The legaltech book. The legal technology handbook for investors, entrepreneurs and fintech visionaries**, edited by Sophia Adams Bhatti, Akber Dato, Drago Indjic; edited-in-chief, Susanne Chishti. 1st, New Jersey: Hoboken.
- Frankenfield, Jake, **What You Should Know About RegTech**, Investopedia, 27/10/2016, Available at:
- <https://www.investopedia.com/terms/r/regtech.asp>, (checked on 9/8/2020).
- Pasquale, Frank (2019), "DATA-INFORMED DUTIES IN AI DEVELOPMENT", **Columbia Law Review**, 119 (7).
- Reiling, Dory (2009), **Technology for justice. How information technology can support judicial reform**, AmsterdamL Leiden University Press.
- Synmonides, Janusz (2000), **Human Rights: Concept and Standards**, UNESCO.

تبیین نظری تأثیر جنسیت بر تعیین مجازات مجرمان مواد مخدر؛ مطالعه تطبیقی ایران و آمریکا^۱

ثنا کاظم پور*، محمد فرجیها**

چکیده

پژوهش‌های کیفرشناختی نشان می‌دهد که زنان به‌طور معمول مجازات‌های خفیف‌تری نسبت به مردان دریافت می‌کنند و نظام عدالت کیفری با زنان، در مقایسه با مردان رفتار ملایم‌تری دارد. پژوهش حاضر از رهگذر نظریاتی چون پدرسالاری و قرائت‌های متأخر آن و نظریه زن‌پلید درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که جنسیت در طی فرایند کیفردهی در جرایم مواد مخدر ایران، فراتر از موازین قانونی چگونه اثرگذار است و آیا تفاوتی در اثرگذاری نظریه‌ها برحسب ساختار اجتماعی دو جامعه ایران و آمریکا مشاهده می‌شود و یا خیر. در این راستا از روش تحلیل محتوای اسناد و مدارک ازجمله پرونده‌های قضایی محکومان مواد مخدر (۶۰ نمونه) در بازه زمانی ۱۳۸۹ تا ۱۳۹۹ و تحلیل گفتمان برخی مقام‌های عدالت کیفری استفاده شده است. همچنین برای درک عواملی که قضات را به اعمال مجازات‌های خفیف یا شدید نسبت به زنان تشویق می‌کند، از روش مصاحبه عمیق با کنشگران قضایی و وکلای متخصص در حوزه مواد مخدر (۲۴ مورد) بهره‌گیری شده است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد نگرش پدرسالارانه به زنان در جامعه ایران، محافظت از فرزندان، هزینه‌های اجتماعی مجازات مادران و تبعیت از شریک زندگی، عواملی هستند که احتمال محکومیت و اجرای احکام شدیدی چون اعدام را درخصوص زنان در ایران کاهش می‌دهد. از دیگر سو، وجود سابقه کیفری در جرایم مواد مخدر، وزن بالای مواد و یا روابط نامشروع را باید از مواردی

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری نویسنده اول با عنوان «تحلیل کیفرشناختی فرایند اجرای مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر در ایران» با راهنمایی آقای دکتر محمد فرجیها در دانشگاه تربیت مدرس است.

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

Sana.kazempour@gmail.com

** دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

mohammadfarajih@gmail.com

دانست که منجر به نقض هنجارهای جنسیتی گردیده و محرومیت زنان از رویکرد ارفاق‌آمیز نظام عدالت کیفری در جرایم مواد مخدر را به همراه دارد.

واژگان کلیدی: جنسیت، کیفردهی، جرایم مواد مخدر، کیفر اعدام، تبعیض، پدرسالاری، زن پلید

مقدمه

نظام عدالت کیفری، برگرفته از جامعه است و در فرایند کیفردهی، ارزش‌های اجتماعی حاکم بر جامعه را به نمایش می‌گذارد. بر این اساس فرایند صدور احکام در یک بستر اجتماعی رخ می‌دهد که می‌تواند از عواملی که در هنگام تدوین قوانین مدنظر قرار نگرفته، تأثیر پذیرد (Johnson, 1957: 165). این عوامل در ساختارهای اجتماعی ما نهفته است و در حالی که عمدتاً در پشت‌صحنه باقی می‌مانند، قدرتمندانه بر فعالیت نهادهای اجتماعی تأثیر می‌گذارند (Goldfarb, 2016: 1396). ویژگی‌های فردی و اجتماعی محکومان از جمله جنسیت از عوامل فراقانونی مؤثر بر احکام کیفری است. به‌رغم آنکه متغیرهای فراقانونی نظیر نژاد و قومیت از دهه هشتاد میلادی، به‌عنوان عواملی مؤثر در اجرای کیفر موردتوجه کیفرشناسان قرار گرفته بود^۱، متغیر جنسیت با وجود تأثیر عمیق آن، در بیشتر موارد به‌عنوان متغیر کنترل در تحقیقات کیفرشناختی در نظر گرفته شده و بررسی آن به‌عنوان یک متغیر مستقل تا دهه نود قرن بیستم میلادی، مغفول مانده بود.

از دهه ۹۰ میلادی هم‌زمان با افزایش نرخ جمعیت کیفری زنان - که بخش اعظمی از آن ناظر به جرایم مواد مخدر بود - پژوهش‌هایی جنگ با مواد مخدر را به جنگ علیه زنان به‌ویژه زنان رنگین‌پوست تعبیر نمود^۲. بر این اساس، باور بر این بود که با تصویب مجازات‌های اجباری در جرایم مواد مخدر، رویکرد ارفاقی که به زنان قبل از ایجاد رهنمودهای کیفردهی وجود داشت، از بین می‌رود و زنان همانند مردان به‌واسطه رویکرد سرکوبی در جرایم مواد مخدر به مجازات‌های شدید محکوم می‌شوند. این در حالی است که امروزه بخش اعظمی از تحقیقات، حاکی از وجود رویکرد ارفاقی نسبت به زنان در فرایند کیفری است و نشان می‌دهند زنان به‌طور معمول به مجازات‌های کوتاه‌مدت‌تری به نسبت هم‌تایان مرد محکوم می‌شوند.

یافته‌های کیفرشناختی همچنین حاکی از آن است که نابرابری جنسیتی در جرایم مواد مخدر در کیفرهای اجباری - که به‌ظاهر خنثی از تأثیر جنسیت است - نیز بروز می‌یابد. این نابرابری با افزایش

1. See: Spohn, C., Gruhl, J., & Welch, S. (1981). The effect of race on sentencing: A re-examination of an unsettled question. *Law & Soc'y Rev.*, 16, 71.

2. See: Chesney-Lind, M., & Pasko, L. (2013). *The Female Offender: Girls, Women, and Crime*. SAGE.

شدت مجازات تحمیلی نیز بیشتر می‌شود. درخصوص مجازات اعدام، زنان کمتر از دو درصد اعدام‌شدگان را تشکیل می‌دهند و مردان ۷ برابر زنان با احتمال اجرای حکم اعدام مواجه هستند (Henry, 2020). اگرچه در سال‌های اخیر تحقیقات زیادی به بررسی تفاوت‌ها و تبعیضات تعیین مجازات در جرایم مواد مخدر پرداخته‌اند، اما پژوهش‌های به مراتب کمتری این نتایج را برای متهمان در خارج از ایالات متحده آمریکا و به‌ویژه در کشورهای شرقی، بررسی کرده‌اند.^۱ افزایش نرخ جمعیت کیفری زنان در جرایم مواد مخدر در ایران و از سویی کلیشه سنتی پیرامون نقش زن در خانواده‌های ایرانی، فرصتی برای مطالعه اینکه در نظام عدالت کیفری ایران با مجرمان زن مواد مخدر چگونه برخورد می‌شود، فراهم می‌آورد. بر این اساس پژوهش پیش‌رو، با بهره‌گیری از نظریات مطرح در حوزه تبعیض جنسیتی در نظام عدالت کیفری، درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که جنسیت در طی فرایند کیفردهی و اجرای کیفر در جرایم مواد مخدر ایران، فراتر از موازین قانونی چگونه اثرگذار است و آیا تفاوتی در اثرگذاری نظریه‌ها برحسب ساختار اجتماعی دو جامعه ایران و آمریکا مشاهده می‌شود و یا خیر.

۱. روش تحقیق

مقاله حاضر با بهره گرفتن از نظریه‌های مطرح در پژوهش‌های کیفرشناختی نظیر نظریه پدرسالاری و خوانش‌های مختلف آن و نظریه زن‌پلید، با کاربرست روش تحقیق کیفی، درصدد است از پیچیدگی و روش‌هایی که جنسیت در طی فرایند کیفری به‌صورت فراقانونی تأثیر می‌گذارد، درکی حاصل نماید. در این راستا از روش تحلیل محتوای اسناد و مدارک ازجمله دادنامه و پرونده‌های قضایی و تحلیل گفتمان برخی مقام‌های عدالت کیفری، تحلیل محتوای گزارش‌ها و اطلاعات جمع‌آوری شده از رهگذر خبرگزاری‌های رسمی داخلی و پژوهش‌های کیفری درخصوص پرونده‌های محکومان مواد مخدر استفاده شده است. علاوه بر این موارد، برای درک عواملی که قضات را به اعمال مجازات‌های خفیف یا شدید نسبت به زنان تشویق می‌کند که به‌طور معمول در متن دادنامه‌ها انعکاس داده نمی‌شود، از روش مصاحبه عمیق با کنشگران قضایی و وکلای متخصص

1. See: Hartley, R. D., Kwak, D. H., Park, M., & Lee, M. S. (2011). Exploring sex disparity in sentencing outcomes: A focus on narcotics offenders in South Korea. *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 55(2), 268-286. Chatsverykova, I. (2017). Severity and leniency in criminal sentencing in Russia: the effects of gender and family ties. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 41(3), 185-209. Philippe, A. (2020). Gender Disparities in Sentencing. *Economica*, 87(348), 1037-1077. Fleetwood, J., & Seal, L. (2017). Women, drugs and the death penalty: framing Sandiford. *The Howard Journal of Crime and Justice*, 56(3), 358-381.

در حوزه مواد مخدر بهره‌گیری شده است.

روش نمونه‌گیری در این پژوهش، از نوع هدفمند است و بر اساس آن صرفاً پرونده‌های مواد مخدر مستوجب مجازات اعدام یا حبس، انتخاب شده و منحصر با افرادی که درخصوص پرونده‌های جرایم مواد مخدر، اطلاعات و شناخت مناسبی داشتند، مصاحبه صورت گرفته است. معیار جمع‌آوری داده‌ها، اشباع نظری بوده و داده‌های آن شامل پرونده ۶۰ محکوم مواد مخدر در بازه زمانی ۱۳۸۹ تا ۱۳۹۹ که به‌نوعی در معرض حکم اعدام بوده‌اند، می‌باشد. این داده‌ها از طریق حضور در واحد اجرای احکام کیفری دادگاه انقلاب اسلامی یکی از استان‌های غربی کشور به‌دست آمده است. باتوجه به اینکه داده‌های ناظر به زنانی که حکم اعدامشان اجرا گردیده، اندک است؛ تلاش گردید از منابع داخلی رسمی (کتب، اخبار، مقالات و گزارش‌های ستاد مبارزه با مواد مخدر) که بازتاب‌دهنده اطلاعاتی در این خصوص بود، نیز استفاده گردد.

مصاحبه‌های این پژوهش، از نوع عمیق و نیمه‌ساختارمند است و روند مصاحبه‌ها تا مرحله اشباع نظری (۲۴ مصاحبه) ادامه یافته است. مصاحبه شوندگان شامل:

قاضی دادگاه انقلاب و واحد اجرای احکام کیفری: ۵ نفر	یک عضو کمیسیون عفو و بخشودگی استان
کارمندان واحد اجرای احکام انقلاب: ۴ نفر	دو مأمور پلیس مبارزه با مواد مخدر
وکیل پایه دادگستری (متخصص در حوزه مواد مخدر): ۱۲ نفر	

۲. تبیین نظری تبعیض جنسیتی در جرایم مواد مخدر

زنان در زمینه‌های اجتماعی بسیاری ازجمله در نظام آموزشی، بازار کار و اقتصاد و... مورد تبعیض قرار می‌گیرند (معینیان، ۱۳۹۶: ۱۷۷). اگرچه زنان نسبت به مردان، کمتر در فعالیت‌های مجرمانه مشارکت دارند؛ به نظر می‌رسد که نظام عدالت کیفری از معدود نهادهای اجتماعی است که با زنان در مقایسه با مردان رفتار ملایم‌تری دارد و نابرابری جنسیتی در آن به نفع زنان است (Philippe, 2020: 22).

در این راستا نظریه‌های متعددی، سعی در تبیین نابرابری جنسیتی در نظام کیفردهی داشته‌اند که در این پژوهش، ضمن بررسی اصلی‌ترین نظریات مطرح، به فراخور نمونه‌هایی از پرونده‌های مواد مخدر در ایران نیز مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۲-۱. نظریه پدرسالاری / جوانمردی^۱

مطالعات بی‌شماری، تبعیض جنسیتی را در قالب نظریه پدرسالاری یا جوانمردی تبیین

1. Paternalism/chivalry.

نموده‌اند. اگرچه پدرسالاری به‌ندرت در ادبیات کیفرشناسی تعریف شده است، اما جان‌مایه آن عبارت است از: «زن جنس ضعیف‌تر است و باید از او در برابر مجازات‌های شدید، محافظت شود»^۱. بدین توضیح که در فرایند جامعه‌پذیری، زنان به‌عنوان افرادی لطیف و آسیب‌پذیر که نیازمند محافظت در برابر خشونت و نمی‌توانند برای نجات خویش به قدرت خود متکی باشند، تعریف می‌شوند (Goldfarb, 2016: 1442). با بهره‌گیری از این امر، پدرسالاری به‌عنوان نظریه اصلی تبیین‌کننده نابرابری جنسیتی در نظام کیفری، به نگرشی از سوی کنشگران کیفری اشاره دارد که زنان را چون کودکان «ضعیف» می‌پندارد (Embry, 2012: 147).

بر این اساس، زنان ناتوان از تصمیمات معقول بوده که موجب می‌شود مسئولیت کمتری در قبال اعمال خود داشته باشند (Rodriguez et al: 2006: 418; Moulds, 1978: 320) و نیازمند محافظت در برابر مجازات‌های شدید چون حبس یا اعدام باشند. نظریه پدرسالاری به‌دلیل آنکه با پذیرش موقعیت فرودستانه زنان از آنان به‌عنوان «جنس ضعیف» و شاید هم‌تراز کودکان حمایت می‌کند و از این طریق روابط نابرابر قدرت بین زنان و مردان را منعکس می‌کند و در مواردی امکان مجازات‌های شدید را فراهم می‌آورد، با انتقاداتی همراه بوده است.

نظریه جوانمردی، در نقطه‌نظر مشابهی، به شفقت اجتماعی نسبت به زنانی که از هنجارهای جنسیتی پیروی می‌کنند، اشاره دارد که از طریق صدور احکام خفیف‌تر - به‌جهت تمایل نداشتن به آسیب رساندن به زنان و عدم باور به اینکه زنان واقعاً می‌توانند بزهکار باشند - به نمایش گذاشته می‌شود (Crew, 1991: 60; Martin & Shannon, 2019: 1).

1. See Moulds, E. F. (1978). Chivalry and paternalism: Disparities of treatment in the criminal justice system. *Western Political Quarterly*, 31(3), 416-430. Crew, B. K. (1991). Sex differences in criminal sentencing: Chivalry or patriarchy? *Justice Quarterly*, 8:59-83. Doerner, J. K., and Demuth, S. (2010). The independent and joint effects of race/ethnicity, gender, and age on sentencing outcomes in US Federal Courts. *Justice Quarterly*, 27: 1-27. Stacey, A. M., and Spohn, C. (2006). Gender and the social costs of sentencing: An analysis of sentences imposed on male and female offenders in three US district courts. *Berkeley Journal of Criminal Law*, 11: 43-76. Koons-Witt, B. A., Sevigny, E. L., Burrow, J. D., and Hester, R. (2014). Gender and sentencing outcomes in South Carolina: Examining the interactions with race, age, and offense type. *Criminal Justice Policy Review*, 25: 299-324. Kim, B., Wang, X., & Cheon, H. (2019). Examining the impact of ecological contexts on gender disparity in federal sentencing. *Justice Quarterly*, 36(3), 466-502. Nowacki, J. S., & Windsong, E. A. (2019). Structural gender equality and federal sentencing outcomes: A test of the ameliorative and backlash hypotheses. *Feminist Criminology*, 14, 45-64.

برخلاف نظریه پدرسالاری که به عنوان الگوی تحقیرآمیز شناخته می‌شود؛ جوانمردی، شکلی از حمایت از زنان است که بار معنایی منفی همراه ندارد (Moulds, Nagel & Hagan, 1983: 114; Tillyer et al. 2015: 708). لکن به جهت آنکه تمایز این دو مفهوم در عمل دشوار است و نتایج مشابهی را در پی دارند، در بسیاری از نوشتارهای کیفری به صورت مترادف (پدرسالاری/جوانمردی) به کار رفته‌اند. برخی نویسندگان معتقدند جوانمردی و پدرسالاری وقتی مبنای تخفیف‌اند که جرایم نسبتاً بی‌اهمیتی ارتکاب یافته باشد که در آن زنان به عنوان افرادی ناقص‌العقل و مستعد فریب شناخته شوند؛ اما هنگامی که جرم ارتكابی تا حدی شدیدتر باشد، ایده‌هایی چون «زن پلید» مطرح می‌شود. (Naffine, 2015)

به واسطه آموزه‌های اسلامی و فرهنگ پدرسالارانه جامعه ایران، نگرش جوانمردانه مشابهی درخصوص زنان مجرم در ایران وجود دارد و تلقی عمومی از زنان به عنوان انسان‌های آسیب‌پذیری است که اعمال خشونت در حق آن‌ها روا نیست. تحلیل محتوای مصاحبه‌های صورت‌گرفته مؤید رویکرد ارفاق‌آمیز نظام عدالت کیفری به زنان می‌باشد. برای نمونه وکیل شماره ۱۱ بیان می‌دارد: «دستگاه قضایی ما به طور کلی با زنان برخورد ملایمی دارد، این دید ارفاق‌آمیز در کلیه سطوح جامعه نسبت به زنان وجود دارد، نظام کیفری هم از آن مستثنا نیست». وکیل شماره ۲، با بیست سال سابقه وکالت در حوزه مواد مخدر، اظهار می‌دارد: «اگرچه نوع برخورد با زنان در پرونده‌های قاچاق تا حدی سلیقه‌ای است اما برخی شعبه‌ها هستند که تا حد امکان زنان را محکوم نمی‌کنند حتی اگر به تنهایی دستگیر شوند، سعی می‌کنند راهکاری پیدا کنند و یا در صورت محکومیت، مجازات غیراعدام تعیین کنند».

جلوه‌هایی از جوانمردی در نظام کیفری ایران در مرحله ایست بازرسی نیز قابل مشاهده می‌باشد. برخی از زنان با آگاهی از نگاه شفقت‌آمیز جامعه به آنان، اقدام به جابه‌جایی مواد می‌نمایند. برای نمونه در مصاحبه صورت‌گرفته در یک پژوهش پیرامون واکاوی علل قاچاق مواد مخدر، زنی ۴۰ ساله (محکوم به ۴ سال حبس به جهت حمل مواد) درخصوص انگیزه ارتکاب جرم خود بیان داشت: «همیشه وقتی به ایست بازرسی می‌رسیدیم، شوهرم رو بازرسی می‌کردند و چندان توجهی به من نمی‌کردند. به اون‌ها خوراکی تعارف می‌کردم و حس مهربون بودن به خودم می‌گرفتم. این موضوع باعث شد که تصمیم بگیریم باهم مواد جابه‌جا کنیم» (سلطانی نژاد و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۱۹).

البته با توجه به اینکه جرایم مواد مخدر در سیاست جنایی ایران - به ویژه بعد از انقلاب اسلامی - در دسته جرایم مهم تلقی شده و از سوی دیگر نظام عدالت کیفری از مستثنا نمودن «همه زنان» از مجازات ناتوان است؛ به نظر این دیدگاه، نظریه جامعی برای تبیین شکافی جنسیت موجود در

محکومیت مواد مخدر جامعه ایران نباشد. در ذیل به جلوه‌هایی از پدرسالاری که در قالب دیدگاه‌های فرعی «برخی زنان» را مورد حمایت قرار می‌دهد، پرداخته می‌شود.

۱-۲. پدرسالاری خانوادگی^۱

در پی انتقاد از دیدگاه جوانمردی/پدرسالاری، دالی^۲ استدلال می‌کند که محققان برخورد ملایم کنشگران را با پدرسالاری به اشتباه درهم آمیخته‌اند، بی‌آنکه تعریف مناسبی از آن ارائه دهند. وی با بیان اینکه پدرسالاری، فاقد مبنای تجربی و یا تحلیلی قابل قبولی است؛ از طریق مصاحبه کیفی با کنشگران قضایی، این تصور را که دادگاه از زنان محافظت می‌کند، به چالش می‌کشد. یافته‌های او نشان می‌دهد اگرچه نوعی پدرسالاری در دادگاه وجود دارد، اما مبنای این پدرسالاری، حمایت از زنان نیست (پدرسالاری جنسیتی) بلکه تأکید ایدئولوژیک آن بر «حفاظت از نهاد خانواده» به‌ویژه حمایت از کودکان و نگرانی از هزینه‌های اجتماعی مجازات مادران است که به‌عنوان یک دیدگاه فرعی، تحت عنوان پدرسالاری خانوادگی^۳ از آن یاد می‌شود (Daly, 1987: 277).

مطالعات کیفی و کمی بسیاری با حمایت از این نظریه، نشان می‌دهند متهمانی که مسئولیت مراقبت از سایر اعضای خانواده را برعهده دارند، از ملایمت بیشتری نسبت به هم‌تایان خود برخوردار می‌شوند. همچنین تأکید می‌شود زنان سرپرست خانوار بیشتر از مردان دارای موقعیت مشابه، با مجازات‌های خفیف‌تر مواجه‌اند (Tasca et al., 2019: 1900). به‌دلیل:

۱. از دیدگاه کنشگران قضایی، زنان به‌احتمال بیشتری در مقایسه با مردان، دارای فرزند تحت تکفل می‌باشند. با توجه به اینکه زنان همراه کودکان، بیشتر از مردان در دادگاه حاضر می‌شوند؛ در واقع، مقامات دادگاه بیشتر متهمان زن را با صفت «بچه‌دار بودن» توصیف می‌کنند.

1. Familial Paternalism.

2. Daly.

3. See: Daly, K. (1987). Structure and practice of familial-based justice in a criminal court. *Law and Society Review*, 267-290. Daly, K. (1989). Rethinking judicial paternalism: Gender, work-family relations, and sentencing. *Gender & Society*, 3(1), 9-36. Daly, K. (1987). Discrimination in the criminal courts: Family, gender, and the problem of equal treatment. *Social Forces*, 66(1), 152-175. Pierce, M. B. (2013). Examining the impact of familial paternalism on the sentencing decision: Gender leniency or legitimate judicial consideration. In *Perceptions of female offenders* (pp. 181-190). Springer, New York, NY. Freiburger, T. L. (2011). The impact of gender, offense type, and familial role on the decision to incarcerate. *Social Justice Research*, 24(2), 143. Tasca, M., Cho, A., Spohn, C., & Rodriguez, N. (2019). The role of parental status and involvement in sentence length decisions: A comparison of men and women sentenced to prison. *Crime & Delinquency*, 65(14), 1899-1924. Berkeley J. Crim. L., 11, 43. Cho, A., & Tosca, M. (2019). Disparities in women's prison sentences: Exploring the nexus between motherhood, drug offense, and sentence length. *Feminist Criminology*, 14(4), 420-440.

۲. دادگاه مراقبت از کودکان را بیش از حمایت اقتصادی (نان‌آوری) در حفظ خانواده‌ها ضروری تلقی می‌نمایند. چراکه ازدست‌دادن نان‌آور، با سیاست‌های حمایتی دولت می‌تواند جبران شود. حال آنکه از دست دادن مراقبت مادر، هزینه‌های اجتماعی بسیاری را به همراه دارد (Daly, 1987: 279؛ رابسون و برت، ۲۰۱۳: ۳۳). نظریه دغدغه‌های اصلی^۱ در نقطه‌نظر مشابهی، سرزنش‌پذیری کمتر زنان و هزینه‌های اجتماعی مجازات مادران را به‌عنوان عواملی که قضات در هنگام تصمیم‌گیری پیرامون مجازات به آن توجه می‌کنند، در نظر می‌گیرد.^۲

در این راستا در پژوهشی از ۳۶۰ قاضی در ایالت پنسیلوانیا خواسته شد کیفرهای فرضی را بر اساس عکس‌های شرح‌دار کوتاه ارائه دهند، نتایج این پژوهش نشان داد که ذکر مراقبت از کودکان در ذیل عکس، احتمال تجویز زندان توسط قضات را کاهش می‌دهد، اما ذکر حمایت مالی از کودکان به‌تنهایی، تأثیری در تخفیف مجازات ندارد (Freiburger, 2010: 390). دادگاه‌ها تمایل بیشتری به برخورد ملایم با «مادران خوب» بیش از «پدران خوب» دارند. اگرچه مراقبت از فرزندان، زنان را به الگوی زن خوب نزدیک می‌کند، اما صرف حمایت عاطفی درخصوص مردان، برای شناسایی فرد به‌عنوان پدر خوب کافی نیست. بلکه از دیدگاه اجتماعی، نان‌آوری نیز در تعیین فرد به‌عنوان پدر خوب اثرگذار است. از دیدگاه کنشگران قضایی مردانی که در تحصیلات و بازار اقتصادی شکست خورده‌اند و اکنون درگیر جرایم مواد مخدرند، با الگوی پدر خوب چندان سازگار نمی‌باشند. با این حال اگر مردانی باشند که نقش مراقبت از فرزندان را در کنار شغلی موجه برعهده داشته باشند؛ به نظر می‌رسد از ارفاق کیفری بهره‌مند باشند که البته چنین پدرانی کمتر درگیر نظام عدالت کیفری هستند.

صرف داشتن فرزند برای جلب رأفت قضایی درخصوص زنان نیز کافی نیست. به همین دلیل از «پدرسالاری خانوادگی‌گزینی» سخن به میان آمده است (Pierce, 2013: 187). وفق این نظر، متهمان برای بهره‌مندی از رأفت قضایی باید مسئولیت‌های خود را انجام داده و توسط دادگاه، به‌عنوان مادر «خوب» شناخته شوند. استانداردهای طبقه‌بندی به‌عنوان یک مادر «خوب» هرگز صریح نبوده، بلکه به‌صورت مبهم به مسئولیت‌پذیری برای رفاه فرزندان تفسیر شده است. در این بین نوع جرم ارتكابی نیز در تبیین فرد به‌عنوان مادر خوب، نقش قابل‌توجهی دارد. همچنان که در پژوهش‌های کمی

1. Focal concerns.

2. See: Steffens Meier, D., Ulmer, J., & Kramer, J. (1998). The interaction of race, gender, and age in criminal sentencing: The punishment cost of being young, black, and male. *Criminology*, 36(4), 763-798. Sharp, S. F., Braley, A., & Marcus-Mendoza, S. (2000). Focal concerns, race & sentencing of female drug offenders. *Free Inquiry in Creative Sociology*, 28(2), 3-16.

انجام شده، رابطه معناداری بین مجازات جرایم جنسی، جرایم یقه سفید، ارتکاب جرایم خشونت آمیز و بهره‌مندی از رأفت خانوادگی احراز نشده است (Daly, 1987; Freiburger, 2011; Spohn, 1999).

در خصوص جرایم مواد مخدر و امکان بهره‌مندی از تخفیف مادرانگی، یافته‌های متناقضی مشاهده می‌شود. نتایج پژوهشی پیرامون تأثیر جنسیت در کیفردهی مجرمان مواد مخدر، حاکی از آن است که فقط زنان بدون فرزند، مشمول برخورد ملایم نظام عدالت کیفری هستند و متهمان مادر، همچون هم‌تایان مرد، با واکنش سخت نظام کیفری مواجه‌اند (Spohn, 1999: 388). بر این اساس کنشگران قضایی ارتکاب جرم مواد مخدر را هم‌ردیف مادر بد تلقی نموده که استحقاق برخورد اغماض آمیز نظام کیفری را ندارد (Pierce, 2013: 186-188). در برخی کشورها، مجرمان مواد مخدر که مادر هستند، با توجه به کلیشه «مادران کراکی» - مادری که عادت خود به مواد مخدر را نسبت به نیازهای اساسی فرزندان خود مقدم می‌داند - با نگرش منفی مواجه‌اند. با پیروی از این امر استدلال شده مجرمان مواد مخدر به عنوان والدین «خوب» مشاهده نمی‌شوند و به عنوان یک مجرم بسیار مقصر و حتی خطرناک که مستحق مجازات شدید است، تلقی می‌شود (Tasca et al., 2019: 1905). در نقطه مقابل پژوهش‌های آماری نشان می‌دهد متهمان زنی که به همراه فرزند خود زندگی می‌کنند، به میزان قابل توجهی کمتر از متهمان بدون فرزند، با احتمال حبس مواجه‌اند. همچنین در خصوص جرایم مواد مخدر آن دسته از متهمان که هزینه حمایت از کودک را پرداخت می‌کنند، مدت مجازات کمتری در مقایسه با افراد بدون فرزند را دریافت می‌کند (Freiburger, 2011: 156-164).

در ایران، نقش زنان و مردان در خانواده‌ها همچنان با نقش‌های سنتی مردسالار، هم‌سو است. زنان مسئول کارهای خانه و مراقبت از کودکان، به حساب می‌آیند و به رسم رایج صرفاً با وضعیت خانوادگی‌شان، عموماً به صورت مادر معرفی می‌شوند اما اشخاص مذکر در موارد استثنایی در مقام پدر توصیف می‌شوند (میشل، ۱۳۷۶: ۱۰۵؛ سلطانی نژاد و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۱۳). با توجه به شکل زندگی و نحوه رفتار خانواده‌های ایرانی که زن نقش محوری در کانون خانواده را به عهده دارد، به زن به عنوان تربیت‌کننده اصلی کودکان نگریسته می‌شود. به گونه‌ای که دور کردن او از خانواده اغلب باعث ازهم‌پاشیدگی کانون خانواده می‌شود. همین نگاه به زن است که باعث می‌شود در فرایند دادرسی کیفری، قضات در مواجهه با بزهکاری زن با احتیاط و نرمش بیشتری به اعمال کیفر و مجازات پردازند و تلاش نمایند تا حد امکان از لطمه زدن به نقش محوری زن در خانواده پرهیز گردد. اما در خصوص جرایم مواد مخدر در ایران، فقر و بعد اقتصادی جرایم مواد مخدر بر ابعاد

دیگر غلبه دارد و در بسیاری از موارد، زنان سرپرست خانوار به منظور تأمین مالی یا محافظت از خانواده و یا افراد تحت تکفل خود به جرایم مواد مخدر روی می آورند و به نظر می رسد در صورتی که کنشگران قضایی، تأمین نیازهای فرزندان را به عنوان بخشی از انگیزه مجرمانه مادر بپذیرند، این متهمان در مقایسه با زنان دیگر از شانس بالاتری برای رهایی از اعدام و یا مجازات های خفیف برخوردارند اما چنان که متهمان مذکور، مادرانی معتاد، دارای روابط جنسی نامشروع و یا دارای سوابق کیفری در جرایم مواد مخدر باشد - که با برجسب مادر غفلت کننده از فرزندان مواجه می شود - به نظر می رسد به دلیل عدم انطباق با الگوی مادر خوب، نتواند مورد رأفت قضایی قرار گیرد.

در مصاحبه با گروه کنشگران قضایی، اگرچه کارمندان واحد اجرای احکام کیفری بیشتر از سایر مصاحبه شوندگان، عدالت جنسیت محور را تأیید کردند و معتقدند زنان مستقل از وضعیت خانوادگی، به طور معمول با رفتارهای ملایم تری به نسبت مردان مواجه هستند. اما قضات مصاحبه شونده از رهگذر «پدرسالاری خانوادگی» سعی در تبیین این اختلاف داشته اند. تمایز بین پدرسالاری جنسیتی و پدرسالاری خانوادگی در مصاحبه با قاضی شماره ۳ با بیست و پنج سال سابقه قضایی در دادگاه انقلاب، مشاهده می شود: «در جلسات دادرسی که بعضاً فرزندان خردسال متهم نیز حضور دارند، من هیچ احساس دلسوزی نسبت به خود متهم ندارم، اما دلم برای کودکان می سوزد. صراحتاً به متهم می گویم اگر تخفیفی وجود دارد، نه به خاطر تو یا اقدامات وکیل، فقط به خاطر بچه های حکم اعدام نمی دهم». بازتاب پدرسالاری خانوادگی را در اظهارات وکیل شماره ۸ (دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی) نیز می توان مشاهده کرد: «در مواردی که بدانیم دادرس شعبه انسان رئوفی است، پیشنهاد می شود که خانم وی - همسر مرتکب - به عنوان متهم معرفی شود، چون بچه هم دارند، به قاضی می گوییم "ایشان مادر دو بچه هست"، طبیعتاً حکم سبک تری می دهند یا حکم تعلیقی می دهند. حتی خود موکلین هم به این موضوع آگاهی دارند، در یک پرونده متهم پیشنهاد داده بود: "ما بچه کوچیک داریم اگه خانمم رو به جای من معرفی کنید، بگید مواد مال اینه، قاضی بهش حبس تعلیقی میده، اما اگر بخواد به من حبس بده، حبس سنگین میده".»

همچنین تحلیل محتوای لوایح و دفاعیات پرونده های مواد مخدر نشان می دهد اکثر متهمان زن و وکلای مدافع آنان، با شناخت از فرهنگ قضایی و اهمیت مادرانگی در نظام اسلامی، در لوایح دفاعیه خود به مسئولیت نگهداری از فرزندان، به عنوان تمسکی برای خلاصی یا کاهش مجازات توجه دارند. برای نمونه:

محکوم شماره ۴۳، زنی ۶۲ ساله که با اتهام مشارکت در حمل و نگهداری ۳۱۰ گرم شیشه مواجه بود: «حدود بیست سال است که همسرم فوت نموده است، سرپرستی بچه هایم به عهده خودم است،

پسر ۱۳ ساله‌ام دچار بیماری قلبی است و تحت نظر پزشک است و تحت پوشش کمیته امداد هستم، بالای ۶۲ سال سن دارم که برای گذران زندگی مشغول کارگری هستم، جهالت و نادانی نموده‌ام». این محکوم در مرحله دادرسی، از باب معاونت در حمل به ۱۰ سال حبس تعزیری محکوم گردید.

محکوم شماره ۱۴، مادری ۴۲ ساله فاقد سابقه کیفری که به اتهام حمل ۵۰ گرم شیشه به اعدام محکوم شده بود، وکیل وی در لایحه دفاعیه اظهار داشته: «باتوجه به عدم اطلاع موکل از محتوای بسته و به استناد فقدان سابقه کیفری تمام این کارها را روی دلسوزی و حس مادرانه انجام داده، لذا تقاضای تخفیف مجازات برای موکل مورد استدعاست». محکوم در سال ۱۳۹۴ مشمول عفو رهبری گردید.

محکوم شماره ۶، مادری ۳۸ ساله که به اتهام حمل ۴۲ گرم هروئین محکوم به اعدام شده، وکیل وی در دفاع از وی بیان داشته: «موکل، همسرش فوت نموده است و سال‌هاست مسئولیت نگهداری فرزندان معلولش را عهده‌دار است، اعدام موکل، مجازات فرزندان معلول اوست». محکوم در فروردین ۹۵ مشمول عفو رهبری گردید.

محکوم شماره ۱۹، مادری ۳۲ ساله، فاقد سابقه کیفری که به اتهام حمل یک و نیم کیلوگرم هروئین در سال ۱۳۹۳ به اعدام محکوم شده، بیان داشت: «مدت ۴ سال است که محکوم به اعدام بوده‌ام، اینجانب یک دختر بچه ۱۶ ساله دارم که حضانت بچه‌ام با خودم است اما سال‌هاست که او را ندیده‌ام. لطفاً در این پرونده اعتراض مرا رسیدگی کنید». این محکوم در سال ۹۶ مشمول ماده ۴۵ الحاقی گردیده و مجازاتش تبدیل به ۲۵ سال حبس گردید و در بهمن ۹۷ با عفو رهبری از زندان آزاد گردید.

تحلیل گفتمان مقامات قضایی نیز بر نقش مادرانگی در عفو مجرمان مواد مخدر اشاره دارد، برای نمونه می‌توان به موردی اشاره کرد که در اسفندماه ۱۳۹۰، زن و شوهری به واسطه حمل یک و نیم کیلو هروئین در اتوبان قزوین به زنجان دستگیر شدند که مواد از کیف دستی متهم زن در خودروی همسرش کشف گردید. دادستان وقت شهرستان قزوین در یک گفت‌وگوی خبری در دی‌ماه ۱۳۹۴ درخصوص سرنوشت این پرونده اظهار نمود: «پرونده در شعبه دوم دادگاه انقلاب مورد بررسی قرار گرفته، در نهایت دادگاه متهم مرد را به اعدام با یک درجه تخفیف و همسرش را به خاطر فرزند دوساله‌اش به اعدام با دو درجه تخفیف محکوم کرد.»

به نظر می‌رسد پدرسالاری خانوادگی در ایران، فقط در مورد زنان موجب ترحم و تخفیف است و درخصوص مردان صرف داشتن فرزند ولو نوزاد یا حمایت مالی عملاً تأثیر چندانی بر مجازات ندارد. همچنان‌که در بررسی صورت‌گرفته در مورد خانواده ۲۵۰ محکوم اعدام شده در کرمان در فاصله سال‌های ۱۳۶۷ تا ۱۳۷۶، متأهلین اعدام شده به‌طور متوسط ۴ تا ۵ فرزند داشتند و غالب همسرانشان حکم اعدام شوهر را ناعادلانه می‌دانستند (اداره کل پژوهش‌های ستاد مبارزه با مواد

مخدر، ۱۳۷۷: ۲۱۸). در تحقیقی دیگر که در همدان صورت گرفته، در فاصله سال‌های ۶۷ تا ۷۶، ۲۱۲ نفر اعدام شدند که بیش از ۸۰ درصد آن‌ها متأهل بودند و خانواده‌های آن‌ها را با آسیب‌های جدی مواجه کرده است (حسینی، ۱۳۸۰).

تحلیل محتوای پرونده محکومان مرد در جرایم مواد مخدر نشان می‌دهد که اکثر آنان به مسئله «تأمین معاش و نان‌آوری، روی آوردن به مواد مخدر جهت گذراندن زندگی» در لوایح خود اشاره می‌کنند، اما کارساز نمی‌باشد. در ذیل نمونه‌هایی از دفاعیات محکومانی که به‌رغم تأکید بر موارد فوق، حکم اعدامشان (قبل از تصویب ماده ۴۵ الحاقی) اجرا شده است، ذکر می‌شود.

محکوم شماره ۲، مرد ۴۳ ساله که به اتهام حمل ۹۶۸ گرم کراک به اعدام محکوم شده بود، در درخواست عفو خود اظهار داشته بود: «باتوجه به عیال‌وار بودن و داشتن ۵ فرزند، نان‌آور خانه هستم که اگر حکم اعدام اجرا شود، چندین نفر بی‌گناه مثل خودم بدبخت و آواره خواهند شد. معلوم نیست چه بلایی سر آن‌ها می‌آید، آن‌ها تاوان حکم صادره اشتباه را می‌دهند... از کمیسیون محترم عفو و بخشودگی تقاضای تخفیف و بخشش دارم.»

محکوم شماره ۱۷، پدری ۴۵ ساله که به اتهام حمل یک و نیم کیلوگرم مورفین به اعدام محکوم شده بود، در دفاعیات خود اظهار نموده بود: «در زیر بار بدهی بودم و ناموسم در خطر بود، چون بدهی‌ام به برادران همسر بود و خواهرشان را تشویق و مجبور به طلاق از بنده می‌کردند، مجبوراً آن مواد را به آن‌ها نشان دادم که برای مدتی دست از سر من بردارند و فکر کنند که من آن‌ها را می‌فروشم و پول آن‌ها را بدهم». همسر وی در نامه‌ای به رئیس قوه قضائیه بیان داشته بود: «همسر به مدت دو سال است که در زندان می‌باشد، من نمی‌توانم به‌تنهایی به خرج و مخارج زندگی خود برسم، از شما خواستارم به این موضوع رسیدگی کنید.»

خانواده محکومان شماره ۵۴ و ۵۲، ۵۳ در اعتراض به حکم اعدام محکومان به اتهام مشارکت در تولید ۱ کیلو و ۹۱۴ گرم هروئین، نوشته‌اند: «با اعدام این سه نفر، تعداد ۱۰ نفر آواره و سرگردان می‌شویم و کودکانمان بی‌سرپرست خواهند شد و در وضعیت نابسامان آینده؛ آیا بدتر از گذشتگان خود نخواهند شد؟ با اعدام این سه نفر، جرم ریشه‌کن می‌شود؟ آیا سزاوار است واسطه‌هایی که برای ۵۰ هزار تومان که تلاشی برای امرار معاش بوده، به چنین مجازات‌های سنگینی محکوم شوند؟»

بازتاب دیدگاه پدرسالاری خانوادگی، در دستورالعمل عفو رهبری مصوب ۹۸/۱۲/۲۸ نیز مشاهده می‌شود که به‌موجب آن باقی‌مانده محکومیت حبس (غیر از حبس ابد) زنانی که به حکم قانون سرپرستی یا حضانت فرزندان‌شان را برعهده دارند، در صورتی که حداقل یک‌پنجم حبس را تحمل کرده باشند، می‌تواند مشمول عفو باشد. اما برای مردان به‌طور مطلق منوط به گذراندن یک‌سوم

الی یک‌دوم مجازات حبس می‌باشد.

۲-۱-۲. نظریه شریک زندگی

این نظریه برای تبیین تبعیض جنسیتی بر پایه میزان سرزنش‌پذیری بزه‌کار، حسب نقش انتسابی در جرایم گروهی، کاربرد دارد و بر این فرض مبتنی است که زنان، به‌طور معمول ابزاری صرف در ید شرکای عاطفی خود بوده، لذا زنان درگیر در جرایم مواد مخدر، به‌عنوان افراد خرده‌پا و دارای نقش جزئی در باندها، دیده می‌شوند (Starr, 2012: 14; Carmichael, 2019: 1).

بر این اساس در پرونده‌هایی با زوجین بزه‌کار که هر دو در قاچاق مواد مخدر مشارکت داشته‌اند، به‌طور معمول فرض می‌شود زن پیرو و تابع شریک عاطفی خود می‌باشد. به این جهت، کنشگران قضایی ازجمله دادستان‌ها و قضات چنین زنانی را ممکن است دارای حالت خطرناک و قابلیت سرزنش‌پذیری کمتر پنداشته و یا صرفاً منبعی مفید برای شهادت تلقی نمایند (Starr, 2015: 150). نتایج پژوهشی از طریق مصاحبه‌های عمیق با زنان حامل‌کننده مواد مخدر نیز حاکی از آن است که بسیاری از زنان، به‌دلیل تهدید خانواده خود یا به این دلیل که درگیر روابط عاطفی با مردان قاچاقچی هستند، مواد را حمل می‌کنند (Chesney-Lind, 2013: 140; Harry, 2019: 1)؛ لذا با تصمیمات ارفاقی ازجمله حبس‌های کوتاه‌مدت‌تر نسبت به شرکای خود مواجه هستند و کمتر به احکامی چون اعدام محکوم می‌شوند. با این حال، از دیدگاه کنشگران قضایی، زنانی که سابقه محکومیت قبلی دارند، کمتر تابع محض گروه پنداشته می‌شوند و بنابراین با احتمال دریافت مجازات شدیدتر مواجه‌اند (Philippe, 2020: 13).

پذیرش این نظر موجب می‌گردد در پرونده‌هایی با چندین متهم، تبعیض جنسیتی به‌نحو مشهودتری و با اختلاف قابل توجهی از جرایم فردی، بروز یابد (Starr, 2012: 14). از سویی قسمتی از تبعیض در قالب مجازات متناسب با «نقش انتسابی» به فرد توجیه شود. با این توضیح که زنان به‌عنوان معاون، نقش پوششی و عضوی خرده‌پا در نظر گرفته شده و این تبعیض از طریق عنوان اتهامی به فرد جلوه قانونی می‌یابد.

به‌رغم آنکه این نظر در پژوهش‌های کیفرشناختی، کمتر موردتوجه قرار گرفته است؛ به نظر می‌رسد با توجه به بافت سنتی و فرهنگ پدرسالارانه جامعه ایران، این دیدگاه، از نظریات اصلی در تبیین تبعیض جنسیتی در کیفردهی جرایم مواد مخدر ایران باشد. بسیاری از کنشگران قضایی در تبیین رویکرد ارفاق‌آمیز به زنان در کیفردهی جرایم مواد مخدر به عواملی چون عدم توان مقاومت زنان در برابر درخواست‌های همسرانشان اشاره داشته‌اند. تمایل مقامات قضایی برای مسئول دانستن شوهر و انتساب رفتار مجرمانه زن به همسر وی - به‌واسطه تبعیت زن از همسرش - از مصادیقی

است که در جرایم مواد مخدر به برخورد ارفاق‌آمیز با متهم زن می‌انجامد. بخشی از مصاحبه‌ها حکایت از آن دارد که از دیدگاه مقامات کیفری، مردان در مقام فرماندهی و مباشر اصلی جرم و زنان در جایگاه مجری دستورات در جرایم مواد مخدر ظهور می‌یابند. برای نمونه مصاحبه‌شونده شماره ۷، از اعضای کمیسیون عفو و بخشودگی استانی در این رابطه بیان داشت: «زن در فرهنگ جوامع سنتی، کاملاً مطیع مرد است، لذا اختیار عملی چندانی نداشته و هر چه را که همسرش بگوید مجبور است انجام دهد». وکیل شماره ۸ در این راستا بیان می‌دارد: «در جلسه دادرسی که یکی از متهمان زن بود، مأمور ستاد مبارزه با مواد مخدر بیان داشت به نظر من این زن بی‌گناه است، اساساً زن‌ها بی‌گناه‌اند، اگر مواد مخدر هم از آن‌ها کشف شود چون اقتداری نسبت به شوهر ندارند با آن‌ها کاری نداریم». وکیل شماره ۶ با پانزده سال سابقه وکالت در جرایم مواد مخدر اظهار می‌دارد: «سیستم مردسالاری همچنان در جامعه سنتی حاکم است، مرد هر چه بگوید همان است و خانم مکلف به تبعیت است. خانمی که نه سواد دارد و نه اصلاً می‌داند هروئین چیست، مجبور است هروئینی را که شوهرش می‌گوید حمل کند. شعبه‌ای بود که حتی مواد مخدر از کیف خانم هم کشف می‌شد، در مواردی شوهر را صرفاً محکوم می‌کرد، چون باور داشت که شوهر دستور داده و از زن صرفاً به‌عنوان وسیله استفاده کرده است». با توجه به اینکه بسیاری از زنان محکوم در جرایم مواد مخدر، دارای تحصیلات پایین بوده و اساساً استقلال‌ی در مقابل همسر ندارند، این فرضیه قابل توجه است.

وکیل شماره ۱۱، درخصوص برخورد ارفاق‌آمیز با زنان به تلفیقی از دیدگاه پدرسالاری خانوادگی و نظریه شریک زندگی اشاره دارد: «اگر در جرمی زن و شوهری هر دو باهم مرتکب جرم شده‌اند، دادگاه سعی می‌کند نسبت به آن زن، برخورد ارفاقی نشان دهد. از دیدگاه قضات زن تابع شوهر بوده و از او پیروی کرده، از طرفی بچه‌هایی دارند، اگر آن زن از خانه بیرون بیاید، چه کسی بچه‌ها را نگهداری کند؟ بچه‌هایش در معرض خطر است. این ملاحظات را دادگاه دارد و اگر یکی از آن‌ها به‌واسطه جرایم مواد مخدر از آن خانه قرار است حذف شود، لااقل مادری بالای سر بچه‌ها باشد تا خانواده متلاشی نشود».

علاوه بر مصاحبه‌های انجام شده، تحلیل محتوای پرونده‌های مواد مخدر نیز نشان می‌دهد دادگاه در پرونده‌های با زوجین بزه‌کار، برخورد به‌مراتب ملایم‌تری با زنان دارد. داده‌های جمع‌آوری شده از پرونده‌ها (از مرحله دستگیری تا اجرای حکم) به ما اجازه می‌دهد تا تفاوت رفتار واقعی جرم و تصمیمات درخصوص عنوان اتهام و تأثیر آن بر مجازات را بسنجیم و نشان دهیم مردان و زنانی که به جرایم یکسان دستگیر می‌شوند، با عناوین مجرمانه یکسان مجازات نمی‌شوند. همچنان‌که در مطالعه پرونده‌های کیفری زنان به‌ویژه در جرایم زوجین مشاهده می‌شود که به‌رغم آنکه متهم زن

پرونده (غالباً کم‌سواد و فقیر) به محض دستگیری صراحتاً به شرکت در جرم ارتكابی اقرار داشته است و با عنوان اتهامی شرکت در حمل یا فروش مواد دستگیر و کیفرخواست صادر شده است، در پایان مرحله دادرسی به اتهام معاونت در حمل یا اختفای ادله جرم محکوم شده است. با توجه به معیار وزن مواد در تعیین مجازات‌های کیفری در جرایم مواد مخدر و به تبع آن آزادی عمل کمتر قضات در تعیین مجازات، این تغییر عنوان اتهامی^۱ از مشارکت به معاونت از سازوکارهای رویکرد ارفاقی به جرایم مواد مخدر زنان محسوب می‌گردد تا از مجازات‌های سختگیرانه مصون بمانند. این درحالی است که در پرونده‌های مشابه با شرکای مرد مشاهده می‌شود که متهم ردیف دوم پرونده حتی با وجود اظهار بی‌اطلاعی از جابه‌جایی مواد و یا صرفاً اقرار در مرحله پلیس، به اتهام مشارکت در حمل محکوم شده است.

برای نمونه در پرونده شماره ۱۰، زنی ۳۹ ساله، خانه‌دار، فاقد سابقه کیفری، متهم به مشارکت در حمل ۱۰۰ کیلوگرم مورفین این نوع تخفیف بسیار نمایان است. وی در بخشی از بازجویی اولیه بیان داشته: «جهت تحویل گرفتن مواد همراه همسر به تهران رفته و در حوالی تهران از یک فرد مقدار ۱۰۰ کیلوگرم مورفین را به اتفاق شوهرم فرامرز تحویل گرفته که در مسیر انتقال دستگیر و از خودرو ۱۰۰ کیلوگرم مواد کشف شد». به‌رغم این امر، در جلسات بعدی با نکول از اقرار^۲ و با اظهار بی‌اطلاعی از نوع و جنس مواد اظهار داشت: «به درخواست همسر به تهران رفتم، هنگام جابه‌جایی به من گفتند داخل ماشین درازکش باید باشی و از نگاه کردن به اطراف خودداری کنی». این متهم به اتهام معاونت در حمل ۱۰۰ کیلوگرم مواد در سال ۱۳۹۲، به ۱۰ سال حبس تعزیری محکوم گردید. به نظر می‌رسد در این پرونده، شرکت در حمل مواد مخدر به واسطه فرمانبرداری از همسر و داشتن نقش خرده‌پا، به عنوان عواملی در راستای عدم تعیین مجازات اعدام و تعیین احکام سبک‌تری چون حبس (از باب معاونت) شناخته شده است.

این درحالی است که در پرونده‌های مشابه با دو متهم مرد که اقدام به حمل مواد مخدر نموده‌اند، مشاهده می‌شود به انکار بعد از اقرار متهمان - ولو با وجود تأکید به آنکه اقرار در شرایط غیرقانونی اخذ شده - ترتیب اثر داده نشده است و هر دو نفر به اتهام مشارکت در حمل مواد به اعدام محکوم می‌شوند.

1. See: Albertson, S. L. (2019). Female Death Sentences. The Encyclopedia of Women and Crime, 1-2.

۲. به‌رغم آنکه تبصره ۲ ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح نموده چنانچه اقرار مستند حکم محکومیت باشد، الزاماً باید نزد قاضی دادگاه بیان شود، لکن در جرایم مواد مخدر استناد به اقرار در مرحله تحقیقات مقدماتی با وجود نکول محکوم در مرحله دادرسی، (از طریق علم قاضی)، تبدیل به رویه شده است (غلاملو، ۱۳۹۷: ۱۷۴-۱۵۱).

در تأیید این نظر، همچنین می‌توان به پرونده قاجاق بین‌المللی مواد مخدر در آذرماه ۱۳۹۶ اشاره داشت که از باند ۱۵ نفره که در ترانزیت بین‌المللی حشیش و تریاک فعالیت داشتند، ۱۴ عضو مرد این باند به اعدام محکوم شدند، درحالی‌که زنی میان‌سال به‌عنوان آخرین عضو باند، صرفاً به تحمل ۱۱ حبس محکوم گردید.^۱

برخی از متهمان زن، با علم و آگاهی از اینکه در صورت تأکید بر رابطه زوجیت و تبعیت از همسر می‌توانند از بار مسئولیت خود بکاهند، به‌رغم آنکه حسب گزارش بازپرسی، آگاهانه اقدام به حمل مواد نموده‌اند، از موقعیت فرمان‌بری از همسر و وضعیت خانوادگی در راستای برائت خود استفاده می‌کنند. همچنان‌که در پرونده محکوم شماره ۱۱ که زنی، اقدام به حمل مواد نموده بود با انتساب مسئولیت به همدست خود بیان نمود: «در معیت همسر و به درخواست او، انگیزه مسافرت به مشهد را داشته و از وجود مواد در ماشین بی‌اطلاع بودم»؛ درحالی‌که رابطه زوجیت در پرونده اساساً احراز نشده و متهم مرد منکر هرگونه اطلاع از مواد بود.

به هر روی، اگرچه این نظر می‌تواند بخشی از نابرابری جنسیتی در جرایم مواد مخدر ایران را تبیین نمایند، اما در پرونده‌هایی با یک متهم، نمی‌تواند توضیح قابل‌قبولی برای رویکرد ارفاق‌آمیز داشته باشد.

۳-۱-۲. نظریه زن‌پلید^۲

این نظریه که از آن به‌عنوان جوانمردی‌گزینی^۳ هم یاد می‌شود، بیان می‌کند زنانی که از محدوده نقش‌های جنسیتی و رفتارهای مورد انتظار جامعه، منحرف می‌شوند با برخورد‌های شدیدتری نسبت به هم‌تایان خود مواجه‌اند.^۴ این درحالی است که ارتکاب رفتارهایی - ولو غیرمشروع و غیرقانونی -

1. <https://jamejamonline.ir/fa/news/1102298>.

2. Evil Woman.

3. Selective Chivalry.

4. See: Nagel, I. H., & Hagan, J. (1983). Gender and crime: Offense patterns and criminal court sanctions. *Crime and justice*, 4, 91-144. Chesney-Lind, M. (1989). Girls' crime and woman's place: Toward a feminist model of female delinquency. *Crime & Delinquency*, 35(1), 5-29. Herzog, S., & Oreg, S. (2008). Chivalry and the moderating effect of ambivalent sexism: Individual differences in crime seriousness judgments. *Law & Society Review*, 42(1), 45-74. S., Curry, T. R., & Lee, G. (2006). Gender differences in criminal sentencing: Do effects vary across violent, property, and drug offenses? *Social Science Quarterly*, 87(2), 318-339. Spohn, C., & Beichner, D. (2000). Is preferential treatment of female offenders a thing of the past? A multisite study of gender, race, and imprisonment. *Criminal justice policy review*, 11(2), 149-184. Bontrager, S., Barrick, K., & Stupi, E. (2013). Gender and sentencing: A meta-analysis of contemporary research. *J. Gender Race & Just.*, 16, 349. Belknap, J. (2020). *The Invisible Woman: Gender, Crime, and Justice* (5nd ed.). SAGE.

که ارتباط چندانی با نقش‌های جنسیتی ندارد با برخورد مسامحه‌آمیز نظام کیفری همراه است؛ چراکه زنان در این موارد از قواعد اجتماعی مربوط به نقش‌های جنسیتی، خود تخطی نمی‌کنند. بر این اساس، جامعه افراد را بیش از جرم ارتكابی، به واسطه تخطی از هنجارها و انتظارات جنسیتی، مجازات می‌کند (Barron, 2000: 91؛ ناظریان و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۱۴). نقض هنجارها و نقش‌های جنسیتی زنان از دو طریق اتفاق می‌افتد:

الف) ویژگی‌های مجرم: نظیر وضعیت خانوادگی، قومیت و طبقه اجتماعی. بر این اساس، زنان گروه اقلیت‌های قومی - مذهبی، زنان مطلقه و یا مجرد کمتر از رویکردهای ارفاقی برخوردارند. این نوع از نقض هنجارهای جنسیتی در جامعه ایران به نسبت آمریکا مشهودتر است. فرهنگ پدرسالارانه، فرهنگی را در جامعه نهادینه ساخته که بر اساس آن زنان اعتبار خود را در پیوند با نقش‌هایی که جامعه که برای آن‌ها ارزشمند تصور می‌کند، کسب می‌نمایند؛ نقش‌هایی که هویت آن‌ها را در ارتباط با مردان زندگی‌شان تعریف می‌کند و تطابق با آن ضروری به نظر می‌رسد. زن خوب در چنین فرهنگی، ارتباط تنگاتنگی با حریم خصوصی یا خانه و خانواده دارد. بر این اساس زنان متأهل در هر دو حوزه خصوصی و عمومی دارای اعتبار بیشتری هستند (قلی‌پور و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۲۰-۱۴۵). این در حالی است که زنان مطلقه به واسطه فاصله گرفتن از هنجارهای سنتی، با شفقت اجتماعی مواجه نمی‌باشند.

ب) ویژگی‌های جرم: از این منظر، زنانی که مرتکب جرایمی در تضاد با زنانگی خود (جرمی مردانه / غیرزنانه) می‌شوند، احکام شدیدتری دریافت می‌کنند. در این موارد جامعه با اطلاق برچسب‌هایی چون «پلید»، «افسون‌گر/جادوگر»، این زنان را مستحق محافظت یا شفقت اجتماعی نمی‌داند (Crew, 1991: 60; Nagel & Hagan, 1983: 105). بلکه آنان را مقصرتر و سرزنش‌پذیرتر برای اعمال خود ارزیابی می‌کند (Tillyer et al. 2015: 706).

این دیدگاه، گاهی اوقات به عنوان «انحراف مضاعف»^۱ نیز یاد می‌شود، زیرا زنان مرتکب تخلفی مضاعف شده‌اند: قانون‌شکنی (انحراف اول) و نقض هنجارهای جنسیتی در جامعه (انحراف دوم) (Herzog 2008: 49; Bontrager et al. 2013: 35)؛ بنابراین احتمال بیشتری دارد که در صورت ارتکاب جرم مردانه، در مقایسه با مردان، مجازات‌های سخت‌تری دریافت کنند.

به باور برخی پژوهشگران، نظریه‌های زن‌پلید و جوانمردی/پدرسالاری، برای تبیین تبعیض جنسیتی در نظام کیفری، مکمل یکدیگر هستند. از ترکیب نظریه زن‌پلید و جوانمردی/پدرسالاری، الگوی مردسالاری^۲ مطرح گردیده تا پیش‌بینی نماید هر کدام از این نظریه‌ها در چه مواقعی اثرگذار

1. Double deviance.

2. Patriarchy.

است. مدل مردسالاری حاکی از سه گزاره کلی در رابطه با جنسیت و مجازات‌های کیفری است:

(۱) سازگاری با نقش‌های جنسیتی سنتی، منجر به مجازات‌های خفیف‌تر برای مجرمان زن خواهد شد؛ (۲) مجازات مجرمان زن، از هنجارهای جنسیتی تأثیر می‌پذیرد که در مجازات بزه‌کاران مرد موضوعیت ندارد؛ (۳) از آنجاکه نوع جرم می‌تواند شاخص مطابقت با نقش‌های جنسیتی سنتی باشد، «ماهیت و شدت جرم ارتكابی» تأثیر نسبی بیشتری در مجازات زنان، در مقایسه با مردان خواهد داشت (Crew, 1991: 161).

بر اساس آنچه بیان شد، هر اندازه فرد از نقش‌های جنسیتی انحراف یابد، به همان اندازه نظام عدالت کیفری با سختگیری بیشتری با فرد برخورد خواهد نمود. درخصوص اینکه ارتكاب جرایم مواد مخدر و به‌ویژه قاچاق از سوی زنان، به معنی انحراف از نقش زنانه می‌باشد یا خیر، باید اذعان داشت در گفتمان جنگ با مواد مخدر، به‌واسطه اهریمن‌سازی از قاچاقچیان مواد مخدر، این مجرمان مستحق شدیدترین مجازات‌ها در نظر گرفته شده و زنان در قالب «قربانی» بازنمایی می‌شوند. این قربانی تلقی نمودن زنان، نه تنها آسیب‌پذیری در برابر اعتیاد، بلکه بهره‌برداری از زنان در تجارت مواد مخدر را نیز شامل می‌شود (Fleetwood & Seal, 2017: 360).

با وجود این، زنان درگیر در جرایم مواد مخدر، با الگوی زن پلید - زن قربانی در گفتمان جنگ با مواد مخدر منطبق نمی‌باشد. اگرچه آن زنان به‌عنوان قاچاقچی، پلید تلقی می‌شوند؛ اما به‌واسطه جنسیت‌شان، قربانی بالقوه در نظر گرفته می‌شوند.

از سوی دیگر، استفاده از کلیشه‌های جنسیتی در تبیین تفاوت رفتارهای مجرمانه زنان و مردان، منجر به تقسیم جرایم به مردانه و زنانه شده است. بر این اساس، نرخ بالای ارتكاب جرم توسط مردان، ریسک بالای جرم و شدید بودن جرم ارتكابی، به‌عنوان مؤلفه‌های جرم مردانه در نظر گرفته می‌شود که ارتكاب آن توسط زنان با مجازات‌های شدید همراه است. در این حالت، ماهیت پرخطر قاچاق مواد مخدر و شدید بودن آن، با الگوی جرم «مردانه»، منطبق است؛ بنابراین زنانی که نقش قاچاقچی مواد مخدر را ایفا می‌کنند، کلیشه‌های جنسیتی در مورد رفتار مجرمانه زنان را در معرض پرسش قرار می‌دهند. اگرچه افزایش سهم زنان در ارتكاب جرایم مواد مخدر در سال‌های اخیر، مردانه بودن این دسته از جرایم را با تردیدهایی مواجه ساخته است (Harper et al, 2002: 101).

برای سنجش کلیشه مردانه بودن جرم قاچاق مواد مخدر در ایران، یکی از سؤالاتی که از مصاحبه‌شوندگان پرسیده شد این بود که وقتی از مجرم مواد مخدر صحبت می‌شود، چه تصویری در ذهنشان تداعی می‌گردد. اکثریت قریب به اتفاق پاسخ‌دهندگان به تصویر مرد جوان اشاره داشته و در پاسخ‌های آنان قاچاقچی به‌عنوان زن به‌ندرت تداعی شده است.

در این راستا پژوهش‌های گوناگون به بررسی نقش زنان در تجارت مواد مخدر پرداخته و نشان می‌دهند زنان به‌ندرت در اقتصاد مواد مخدر، حتی زمانی که در قاچاق مواد مخدر نقش داشتند، قدرت پیدا می‌کنند. چنین زنانی در خانواده‌هایی نابسامان، به دور از انگاره «سوداگر مرگ» یا سلطان مواد مخدر کلیشه‌ای، نقش حمل‌کننده یا فروشنده رده پایین مواد مخدر را با ریسک بالا ایفا می‌کنند؛ درحالی که اطلاعات چندانی از تجارت مواد مخدر ندارند (Chesney-Lind & Pasko, 2013: 84) و توسط رسانه‌ها به‌عنوان «حمالان مواد مخدر»^۱ یاد می‌شوند.^۲ یافته‌های این پژوهش‌ها به رده پایین بودن زنان در سلسله‌مراتب قدرت، سوءاستفاده و استثمارگری مردان و قربانی بودن زنان قاچاقچی تأکید می‌کنند (Kappeler & Potter, 2017: 206; Albonetti, 2019: 1; Sibila, 2019: 2).

همچنین نتایج پژوهشی نشان می‌دهد زنان زندانی در پاسخ به این پرسش که چرا مرتکب جرم مواد مخدر شده‌اند، به ارتباط داشتن انگیزه خود با همسر، فرزند و والدین تأکید می‌کنند و ایده مبتنی بر سود جمعی یا تأمین نیازهای دیگران در روایات آنان برجسته است (Fleetwood, 2015: 49-62). ایده مبتنی بر سود جمعی در روایات زنان زندانی در جرایم مواد مخدر ایران نیز به چشم می‌خورد. برای نمونه در مصاحبه‌ای پیرامون علل گرایش زنان به قاچاق مواد مخدر، زن ۳۷ ساله (متاهل و محکوم به ۵ سال حبس) اظهار داشته: «گرسنگی بچه‌هام، پول آب و برق، پول درمان شوهرم تنها یک راه برای من گذاشته بود، آن هم حمل مواد مخدر بود» (سلطانی نژاد و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۱۶). توجه به دیگران و تأکید بر پیوندها (روابط)، به‌عنوان یکی از جلوه‌های اصلی زنانگی در گفتمان جنسیت برساخت‌یافته^۳ در نظر گرفته می‌شود و تأکید بر نیازهای جمعی می‌تواند راهی باشد که زنان با توسل به آن، سعی دارند جرم خود را با جنسیت زنانه مطابقت دهند (Fleetwood, 2015: 61). ازاین‌رو، کنشگران نظام کیفری به تلقی نمودن زنان به‌عنوان قربانی، بیش از مرتکب جرم گرایش دارند. وقتی زنان در ارتکاب جرم، به‌عنوان قربانی در نظر گرفته می‌شوند، به‌طور معمول به‌صورت «مادر دلسوز»، «دختر ساده‌لوح» تصور می‌شوند که مستحق برخورد شفقت‌آمیز نظام کیفری است.

1. Drug mules.

2. See: Fleetwood, J. (2014). Drug mules: Women in the international cocaine trade. Springer. Harper, G. C., & Stockdale, J. E. (2002). The role and sentencing of women in drug trafficking crime. *Legal and Criminological Psychology*, 7(1), 101-114. Anderson, T. L. (2005). Dimensions of women's power in the illicit drug economy. *Theoretical Criminology*, 9(4), 371-400. Albonetti, C. A. (2019). Drug Trafficking and Female Offending. *The Encyclopedia of Women and Crime*, 1-4. Sibila, D. A., & Yatsco, A. J. (2019). War on Drugs and Impact on Females. *The Encyclopedia of Women and Crime*, 1-5.

3. Doing-gender discourse.

در عین حال زنانی که نوع قاچاق آنان، به عنوان نقض هنجارهای جنسیتی تلقی می شود، به عنوان «زن فریبکار»^۱، با سخت گیری بیشتری محکوم می شوند (Lourtau & Hickey, 2018: 6). تحلیل محتوای مصاحبه های انجام شده نیز تا حدودی جلوه هایی از این تفکر را نشان می دهد. همچنان که مصاحبه شونده شماره ۴ قاضی بازنشسته دادگاه انقلاب ابراز داشت: «زنان در جرایم مخدر، ابزار جرم اند که در اثر تطمیع، به مواد روی آورده اند و دادگاه اغلب، به دیده فردی زیان دیده و فردی که مورد استفاده بوده، با آنان برخورد می کند».

از جلوه های بارز دوگانگی زن پلید - زن قربانی در جرایم مواد مخدر می توان به پرونده دختری ۱۹ ساله در مشهد اشاره داشت که به واسطه مباشرت در حمل ۱۶۰ گرم هروئین به اعدام محکوم گردیده بود. محکوم با فریب مرد جوانی از خانه فرار کرده و پس از ازدواج در دام قاچاقچیان مواد مخدر افتاده و به واسطه پیدا شدن مواد در ید وی به اعدام محکوم شده بود اما به اعتقاد قضات دیوان عالی کشور او فریب خورده تشکیلات شبکه قاچاق مواد مخدر بوده که به طور ناخواسته و به اجبار شریک عاطفی در آن شبکه حضور یافته است. جلوه هایی از این امر در دفاعیات متهم نیز می توان مشاهده نمود: «آقای قاضی به خدا بسته هروئین مال من نیست. خدا شاهد است تاکنون نمی دانستم هروئین را به دست افراد می رساندم من در آن خانه جرأت سؤال کردن هم نداشتم». در نهایت پس از نقض رأی توسط قضات دیوان عالی کشور، وی به ۱۵ سال حبس محکوم گردید. (روزنامه آرمان، مرداد ۱۳۸۶) تأکید بر فریب خوردگی و اجبار به تبعیت در این پرونده را، به نوعی تلفیق دوگانگی زن پلید - زن قربانی در جرایم مواد مخدر و نظریه شریک زندگی در جرایم گروهی می توان تلقی نمود. کیفرشناسان نیز در رابطه با مجازات مجرمان مواد مخدر، هم تبعیض به نفع زنان و هم برخورد یکسان را در واکنش های قضایی گزارش می دهند که بر اساس آن اگرچه تمایل به رویکرد تخفیفی برای زنان مجرم وجود دارد؛ در مواردی هیچ تفاوتی در برخورد با متخلفان زن و مرد به چشم نمی خورد (Harper et al, 2002: 103). اگرچه در ایران، زنان در ساختار قدرت تجارت مواد مخدر نقش بسیاری ندارند و به عنوان یک حامل صرف رده پایین با پذیرش ریسک بالا - به دلیل نوع جابه جایی - در پی نیازهای اقتصادی خویش و در زیر سلطه مردان مرتکب جرم می شوند. با این حال، مواردی در نظام کیفری ایران مشاهده می شود که زنان مرتکب جرم مواد مخدر از برخورد ارفاق آمیز دستگاه قضا محروم اند که در ذیل نمودهایی از واکنش غیرارفاق آمیز نظام کیفری نسبت به زنان می پردازیم.

۳. واکنش غیرارفاقی نظام کیفری در جرایم مواد مخدر زنان

در مطالعات ناظر بر کیفردهی، به طور معمول پژوهشگران بر اهمیت سابقه کیفری در مجازات اذعان داشته و بر این باورند که ویژگی‌هایی چون جنسیت در تعامل با نوع جرم و سابقه کیفری فرد منجر به افزایش یا کاهش شدت مجازات است و بدون کنترل سابقه کیفری، ارزیابی دقیق تأثیر جنسیت بر نتایج مجازات، امکان‌ناپذیر است (Bontrager, 2013: 361).

بر اساس نظریه جوانمردی، قضات باور کمتری به مجرم بودن زنان دارند و آنان را به عنوان قربانی در نظر می‌گیرند، این در حالی است که تکرار جرم مواد مخدر را می‌توان به عنوان فاصله‌گرفتن از اندیشه زن قربانی دانست (Philippe, 2020: 13). بر اساس نظریه زن پلید نیز سابقه کیفری بالا، برای متهمان زن، به عنوان انحراف از انتظارات جنسیتی تلقی می‌شود. به عبارتی، زنان با سابقه کیفری، به نوعی انحراف مضاعف دارند. اصل بر این است مجرم کلیشه‌ای مواد مخدر با سابقه کیفری، مرد باشد؛ بنابراین، متهمان زن دارای سابقه کیفری، با کلیشه سنتی فروشندگان مواد مخدر مطابقت ندارند و به دلیل انحراف از هنجارهای مورد انتظار، با آن‌ها رفتار متفاوتی می‌شود (Tillyer et al, 2015: 707). رفتار ارفاقی با زنان فاقد سابقه، ممکن است بیانگر انطباق این زنان با هنجارهای جنسیتی اجتماعی و استحقاق برخورد ارفاق‌آمیز باشد. از دیدگاه نظریه دغدغه‌های اصلی نیز، متهمان زن فاقد سابقه کیفری، کمتر مورد سرزنش قرار می‌گیرند یا کمتر به عنوان مجرم خطرناک شناخته می‌شوند. حال آنکه وجود سابقه کیفری نشان از حالت خطرناک مجرم است.

در این راستا، یافته‌های تجربی نشان می‌دهد وجود سابقه محکومیت کیفری در جرایم مواد مخدر، تأثیر بسزایی در سنجش شدت جرم ارتكابی و محکومیت شدیدتر دارد (Spohn, 1999: 382). زنانی که در مرتبه اول مرتکب جرم مواد مخدر می‌شوند در مقایسه با مردان دارای موقعیت مشابه، مجازات‌های خفیف‌تری دریافت می‌کنند، در حالی که در صورت وجود سابقه کیفری در جرایم مواد مخدر، زنان با شدت بیشتری از هم‌تایان مرد خود محکوم می‌شوند (Tillyer et al, 2015: 714).

بدین ترتیب، آنچه رفتار جوانمردانه ارفاق‌آمیز با زنان دانسته می‌شود، تا حدودی ناظر بر نمونه‌های مجرمان زن رده‌پایین و بدون سابقه کیفری می‌باشد (Tasca et al, 2019: 1905). در ایران، سابقه کیفری که از استعلامات رایج در پرونده‌های مواد مخدر محسوب می‌شود، نقش بسزایی در سرنوشت زنان متهم دارد. به نظر می‌رسد در ذهن کنشگران قضایی، از زنانی که سابقه محکومیت به جرایم مواد مخدر را داشته‌اند، به علت نقض هنجارهای جنسیتی، تصویر شیطانی ترسیم می‌شود و احتمال سخت‌گیری کیفری در خصوص این مجرمان بالا است. این امر در مصاحبه با قضات دادگاه انقلاب و وکلای متخصص در حوزه مواد مخدر منعکس شده است. برای نمونه، مصاحبه‌شونده شماره ۱۷ قاضی

واحد اجرای احکام انقلاب اظهار داشت: «در این فرض و در شرایطی که تحقیقاتی قضایی موجب نیل به این نتیجه که زن مرتکب، مباشر اصلی جرم می‌باشد و استفاده ابزاری از وی نشده است و راسا و نه در نتیجه اکراه و اجبار معنوی یا مادی مرتکب جرم شده است، به نظر مستحق مجازات شدید و واقعی است». هم‌سو با این نظر وکیل شماره ۱۲ بیان داشت: «اگرچه نظام کیفری با زنان رفتار بهتری دارد، اما دادگاه هرگز با زنی که چندین فقره سابقه کیفری در جرایم مواد مخدر دارد، مدارا نمی‌کند». وکیل دیگری در این خصوص بیان می‌دارد: «اگر چندین بار در جرایم مواد مخدر گرفتار بوده و احساس کند به‌خاطر جنسیتش تخفیف داده شده است، به‌نوعی سو استفاده از ارفاق است، از طرفی آگه دفعات قبلی فکر می‌کردند که تحت تأثیر اغفال شوهر یا ترس از شوهر مرتکب چنین جرمی شده، ارتکاب مجدد نشان می‌دهد که تحت تأثیر اغفال شوهر نبوده که باعث سلب رویکرد ارفاق‌آمیز از زن است». در این راستا می‌توان به پرونده محکوم زنی ۳۵ ساله، مادر سه فرزند اشاره داشت که دو فقره سابقه محکومیت به جرایم مواد مخدر را داشته و در سال ۹۲ به اتهام حمل ۳ کیلوگرم هروئین حکم اعدامش به اجرا درآمد. همچنین می‌توان از پرونده زنی ۴۵ ساله دارای یک فرزند یاد نمود که به اتهام مشارکت در حمل و نگهداری ۴۴۰ گرم کوکائین و ۴۲۰ گرم تریاک در سال ۸۹ به اعدام محکوم گردید و اجرای حکم اعدام وی مورد توجه رسانه‌ها قرار گرفته بود و در توجیه افکار عمومی به سوابق متعدد محکومیت به جرایم مواد مخدر این محکوم استناد می‌گردید.

لازم به ذکر است وجود سابقه کیفری خانوادگی در جرایم مواد مخدر به‌عنوان اماره‌ای بر مجرمیت در نظر گرفته می‌شود و احتمال اجرای حکم اعدام را بالا می‌برد. همچنان‌که در قسمتی از بازجویی از یک زن متهم به حمل مواد پرسیده شده: «چند برادر دارید و آیا از اقوام نزدیک شما کسی هست که در امر مواد مخدر سابقه داشته باشد؟». اعدام سه زن در همدان (۱۳۹۰) را می‌توان در این دسته گنجانده که هر سه به‌رغم فقدان سابقه کیفری و حجم پایین مواد و سرپرستی از فرزندان خردسالشان، به نظر به‌واسطه داشتن همسرانی که قبلاً به اتهام مواد مخدر محکوم به حبس ابد یا اعدام شده بودند، حکم اعدامشان اجرا گردید. این وضعیت در مورد متهمان مرد نیز حاکم است، گویی سابقه کیفری خانواده در مواد مخدر، به‌مثابه سابقه کیفری خود فرد تلقی می‌شود. در قسمتی از لایحه دفاعیه یک مرد متهم به حمل ۳ کیلوگرم هروئین بیان شده: «در خانواده موکل هرگز نه سابقه‌داری هست و نه اعدامی، آن‌چنان‌که قاضی محترم در جلسه قبل فرمودند که از طایفه و فامیل آنان اعدامی بوده است؛ صرف‌نظر از عدم انتساب گناه یک شخص به یک طایفه، بنده در تحقیق از خانواده و فامیل وی،

تابه حال مورد اعدامی یا حتی مواد مخدر سنگین منجر به حبس و این‌ها ملاحظه نمودم). هم‌سو به این امر وکیل شماره ۹ بیان می‌دارد: «سابقه کیفری خود فرد و گاهی وضعیت خانوادگی مجرم می‌تواند به عنوان دلیل مجرم بودن فرد تلقی شود».

نظر به اینکه بسیاری از حاملان مواد مخدر، در مقادیر پایین اقدام به جابه‌جایی مواد می‌کنند، حمل مواد در مقادیر بالا نیز به مثابه نشان دادن جسارت مردانه‌ای است که با هنجارهای جنسیتی سازگاری ندارد^۱، بنابراین انتظار می‌رود این زنان - ولو فاقد سابقه کیفری - با واکنش سخت نظام کیفری مواجه باشند. اجرای حکم محکوم شماره ۵۴، زنی ۲۹ ساله که به اتهام حمل ۳ کیلوگرم هروئین و ۶ کیلو تریاک به اعدام محکوم شده بود را می‌توان در این راستا تبیین نمود که به‌رغم فقدان سابقه کیفری تقاضای عفو نامبرده نیز در کمیسیون عفو در طی دو نوبت مورد مخالفت واقع شد و در نهایت در آذرماه ۹۳ در قزوین اعدام گردید. دادستان وقت در واکنش به اجرای این حکم بیان داشته بود: «برایمان مهم نیست که عده‌ای به این موضوع نگاه معترضانانه دارند و یا خوشایند آنان واقع نمی‌شود، چرا زمانی که یک قاچاقچی مواد مخدر با توزیع مقادیر زیادی مواد مخدر در جامعه موجبات تباهی و اضمحلال خانواده‌های زیادی را موجب می‌شوند اعتراضی صورت نمی‌گیرد»^۲.

تأثیر سابقه کیفری و وزن مواد نیز در نظریه پلیس مبارزه با مواد مخدر پیرامون جرم ارتكابی باند ۳ نفره (دو مرد و یک زن) نیز مشهود است: «با عنایت به مطالب گفته شده از بازجویی از متهمین، هر سه دارای چندین فقره سابقه کیفری در زمینه مواد مخدر و سرقت می‌باشند. تمام سخنان آنان، همگی کذب محض است. با آگاهی به اینکه کشف مقدار ۲۵ کیلوگرم مورفین به جرم سنگین ابد یا اعدام محکوم می‌شود از بازجویی حقیقت خودداری می‌نمایند ولی هر سه نفر با آگاهی کامل اقدام به قاچاق مواد از شرق کشور به غرب نموده‌اند؛ لذا با عنایت به اینکه متهمین دارای چندین فقره سابقه کیفری در امر مواد مخدر بوده و درخصوص قاچاق مواد ترک عمل نکردند بلکه با اشتیاق بیشتری مبادرت به این امر کرده‌اند که به‌نوعی دهن‌کجی به قانون می‌باشد، این پلیس برای سه نفر مذکور اشد مجازات را درخواست می‌نمایند».

۱. گفتنی است پژوهش‌هایی به انتقاد از رویکرد اقتصادی صرف و قربانی تلقی نمودن زنان در قاچاق پرداخته‌اند. پژوهشی با استفاده از مصاحبه‌ها و مشاهدات عمیق مردم‌شناختی، طبقه‌بندی چهارگانه‌ای از مشارکت زنان در قاچاق مواد مخدر را ارائه داده است که شامل: «اربابان زن مواد مخدر»، «زنان در سطح میانی سازمان»، «حمالان سطح پایین» و «زنان در ارتباط با مردان» می‌باشند. علاوه بر این، ارتباط بین موقعیت یک زن در تجارت مواد مخدر و میزان قربانی شدن را نیز بررسی شده است (Campbell, 2008: 243).

۲. پنجشنبه ۲۰ آذر ۱۳۹۳، شماره ۵۸۱۵، روزنامه ایران.

جلوه‌ای دیگر از واکنش غیرارفاقی نسبت به زنان در جرایم مواد مخدر، اختصاص به مواردی دارد که متهم زن پرونده در جرایم باندی مواد مخدر؛ علاوه بر اتهام حمل مواد، با اتهاماتی نظیر رابطه نامشروع و یا جذب زنان بیوه به باند مواد مخدر (برای جرایم جنسی یا پوشش جرم) مواجه می‌باشد. بر اساس نظریه زن پلید، ارتکاب جرایم جنسی به واسطه مغایرت با هنجارهای زنانگی، معمولاً با واکنش سخت نظام کیفری همراه است.^۱ اتهام رابطه نامشروع نیز با القای تصویر شیطانی از متهم پرونده در ذهن کنشگران قضایی، خط بطلانی بر تبعیت صرف متهم زن از اعضای باند می‌باشد. همچنان‌که بررسی پرونده‌های مواد مخدر نشان می‌دهد آن دسته از زنان مطلقه که در کنار ارتکاب جرم مواد مخدر با اتهاماتی نظیر رابطه نامشروع مواجه بوده، به واسطه نقض هنجارهای جنسیتی، از ارفاق نظام کیفری - حداقل در مرحله محکومیت - محروم مانده‌اند. برای نمونه می‌توان به پرونده محکوم شماره ۲۵ اشاره داشت، زنی ۳۳ ساله، مطلقه، دارای دو فرزند که به اتهام مشارکت در حمل یک کیلو و ۶۰۰ گرم مورفین در زاپاس خودرو دستگیر شده و درعین حال با اتهام رابطه نامشروع با یکی از اعضای باند نیز مواجه بود. اگرچه این محکوم با ادعای عقد موقت، بعدها از این اتهام تبرئه گردید، با این وجود، بدون تخفیفی در سال ۹۳ به اعدام محکوم گردیده بود. وی در قسمتی از اعتراض خود به رأی صادره بیان داشته بود: «هیچ‌گونه موادی از من کشف نشد، اما به اعدام محکوم شدم. در زندان، محکومانی هستند با اینکه مقدار زیادی مواد از آن‌ها کشف شده است، قاضی با یک درجه تخفیف، اعدام داده است. اما قاضی با من لج کرد و در حق من ظلم کرد، از شما می‌خواهم اعتراض مرا رسیدگی کنید».

بررسی پرونده‌ها همچنین نشان می‌دهد، این متهمان با آگاهی از این امر اتهام رابطه نامشروع، موجب محرومیت از رافت قضایی می‌گردد، بیش از دفاع در برابر اتهام حمل مواد بر اثبات عقد موقت و تبعیت از شریک عاطفی تأکید دارند. همچنان‌که پیش‌تر اشاره شد، در پرونده محکوم شماره ۱۱، زنی ۳۴ ساله متهم به مشارکت در حمل هروئین جهت انتقال به شمال کشور به وسیله خودروی ۲۰۶ (همراه متهم مرد پرونده) و ارتباط نامشروع با دو تن از قاچاقیان باند، اصلی‌ترین دفاعیات وکیل تسخیری و خود محکوم بر اثبات رابطه زوجیت و اطاعت از همسر بوده است. در قسمتی از دفاعیات محکوم بیان داشته است: «در معیت همسر و به درخواست وی، انگیزه مسافرت به مشهد را داشته و از وجود مواد در ماشین بی اطلاع بودم» این درحالی است که متهم ردیف دوم پرونده محکوم

۱. برای مطالعه در خصوص رویکرد غیرارفاقی نظام عدالت کیفری در خصوص زنان متهمان به جرایم جنسی نک: ناظریان و همکاران، ۱۳۹۸ و ناظریان، ۱۳۹۷.

شماره ۱۲، مرد، ۴۲ ساله، متأهل، قویاً هرگونه رابطه زوجیت با متهم زن پرونده رد می‌نمود. در نهایت هر دو متهم به اتهام مشارکت در حمل هروئین، به اعدام محکوم گردیدند. اگرچه با اجرای ماده ۴۵ الحاقی، مجازات هر دو به ۲۵ سال حبس تبدیل گردید، لکن برخلاف پرونده‌های مشابه، محکوم زن پرونده مشمول هیچ‌گونه عفو نگردید.

نتیجه

این پژوهش با هدف بررسی چگونگی اثرگذاری متغیر جنسیت بر نظام تعیین مجازات در جرایم مواد مخدر صورت گرفت و یافته‌های آن نشان داد نظریه‌های پدرسالاری و قرائت‌های متأخر آنکه نظریه‌های اصلی در تبیین تبعیض جنسیتی مثبت در ادبیات کیفرشناختی است، در نظام عدالت کیفری ایران نیز کاربرد دارد و بر اساس آن زنان درگیر در جرایم مواد مخدر، در مقایسه با مردان کمتر در معرض محکومیت و اجرای مجازات‌های شدید می‌باشند. اگرچه با پیش‌بینی مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر ایران و توجه به این نکته که با افزایش شدت مجازات ارتكابی، میزان تبعیض افزایش می‌یابد؛ به نظر می‌رسد در حقوق ایران رویکرد ارفاق‌آمیز در کیفردهی جرایم مواد مخدر، به‌نحو بارزتری نسبت به حقوق آمریکا بروز می‌یابد. از تحلیل نظریه‌های مرتبط با تبعیض جنسیتی در نظام عدالت کیفری و تلفیق آن با داده‌های تجربی در جرایم مواد مخدر نتایج زیر به دست آمد.

درحالی‌که در حقوق آمریکا نظریه‌هایی چون جوانمردی، شریک زندگی، پدرسالاری خانوادگی و دغدغه‌های اصلی، به‌منظور تبیین نظری تبعیض مثبت برای زنان در مجازات‌های کیفری ارائه شده است؛ به نظر می‌رسد با توجه به بافت سنتی و پدرسالارانه جامعه معاصر ایران و تأثیرپذیری کنشگران قضایی از دیدگاه اجتماعی، نظریه‌های پدرسالاری خانوادگی در راستای جلوگیری از مجازات فرزندان به‌عنوان قربانیان درجه دوم جرم و نظریه شریک زندگی به‌واسطه عدم استقلال زنان ایرانی و عدم توان مقاومت در برابر اوامر همسر، نظریه‌های اصلی در تبیین تبعیض جنسیتی در نظام عدالت کیفری ایران باشد. تحلیل محتوای مصاحبه‌های انجام شده نشان می‌دهد رویکرد حمایتی که به زنان وجود دارد، نه به‌واسطه حمایت از خود آنان، بلکه در راستای حمایت از فرزندان آنان می‌باشد. همچنین در مواردی زنان به همراه شرکای مرد، مرتکب جرم مواد مخدر می‌شوند، به‌طور معمول کمتر از هم‌تایان مرد خود مجازات می‌شوند. عدم توان مقاومت زنان در برابر اوامر شریک عاطفی، عاملی است که منجر به کاهش سرزنش‌پذیری و تقصیر محکوم در نظر کنشگران قضایی می‌گردد. این در حالی است که به‌واسطه وقوع جنبش‌های فمینیستی و دور شدن از نظام پدرسالارانه در جامعه آمریکا، نظریه شریک زندگی کمتر موردتوجه کیفرشناسان قرار گرفته و درخصوص پدرسالاری خانوادگی با توجه به کلیشه مادران کراکی با نتایج متناقضی همراه بوده است.

دیدگاه پدرسالارانه کنشگران قضایی و تأثیرپذیری از هنجارهایی اجتماعی در مواردی موجب ایجاد مجازات‌های شدید و یا یکسان با مردان می‌گردد که در قالب نظریه زن پلید مطرح شده است. بر این اساس، نقض هنجارهای جنسیتی، به مثابه انحراف مضاعف مجرمان زن، موجب محرومیت زنان از رویکرد ارفاقی می‌گردد. در این موارد «بستر فرهنگی» می‌تواند توجیه‌کننده تفاوت در دامنه نقض هنجارها باشد. در حالی که در حقوق کیفری آمریکا، با توجه به رهنمودهای کیفری، سوابق کیفری بالا به عنوان نقض هنجارهای جنسیتی محسوب می‌گردد. در ایران سوابق کیفری مشابه (یعنی تکرار جرم مواد مخدر) و همچنین سوابق کیفری خانوادگی در جرم مواد مخدر و یا اتهام روابط نامشروع برای زنان مطلقه در کنار جرایم مواد مخدر را می‌توان از دیدگاه کنشگران قضایی به مثابه عواملی دانست که نقض هنجارهای جنسیتی و به تبع آن برخورد سخت‌گیرانه کیفری را به همراه دارد. در هر حال با توجه به تصویب ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر و افزایش وزن مواد مستوجب اعدام و قطعیت در مجازات، به نظر می‌رسد اثرگذاری متغیر جنسیت در کیفر اعدام از رهگذر تفاوت در رفتار مجرمانه زنان و مردان (مداخله کمتر زنان در حمل مواد سنگین) نیز قابلیت تبیین داشته باشد. تعداد محدودتر جمعیت کیفری زنان در صف مرگ مواد مخدر ناشی از تفاوت در رفتار مجرمانه (به واسطه مداخله کمتر زنان در قاچاق مواد در اوزان بالا) نیز باشد. با وجود این، پشتیبانی از این ادعا نیازمند گذشت زمان و نیازمند پژوهش مستقل دیگری است که امید است در پژوهش‌های کیفرشناختی موردتوجه قرار گیرد.

جدول مقایسه تطبیقی نظریه‌های کاربردی در تبیین تبعیض جنسیتی در نظام کیفری

نظریه	اثر دیدگاه بر مجازات زنان به نسبت مردان	عامل مداخله‌گر	تأثیر بافتار اجتماعی بر مجازات در جرایم مواد مخدر
پدرسالاری جنسیتی	تفاوت حسب جرم ارتكابی	تلقی زنان به عنوان جنس ضعیف آسیب‌پذیری زنانه، محافظت مردانه	آمریکا: از نظریات اصلی در تبیین نابرابری جنسیتی ایران: عدم جامعیت به واسطه شدت جرایم مواد مخدر
پدرسالاری خانوادگی	مجازات خفیف	وضعیت خانوادگی (داشتن فرزند تحت تکفل)	آمریکا: کلیشه مادران کراکی - واکنش شدید به مادران ایران: زنان سرپرست خانوار و دارای فرزند در اولویت ارفاقی
زن پلید	مجازات شدید و یا یکسان با مردان	نقض هنجارهای جنسیتی	آمریکا: سوابق کیفری بالا در جرایم مواد مخدر

ایران: سوابق کیفری فردی و خانوادگی در جرایم مواد مخدر، روابط نامشروع و وزن بالای مواد			
آمریکا: عدم استقبال از نظریه به‌واسطه استقلال زنان ایران: به‌واسطه بافت سنتی جامعه ایران، نظریه‌ای مناسب در تبیین نابرابری.	تبعیت از همسر و سرزنش پذیری کمتر زنان	مجازات خفیف	نظریه شریک زندگی
در حقوق هر دو کشور تلقی زنان به‌عنوان گروهی کم‌خطرتر	هزینه‌های اجتماعی مجازات زنان و سرزنش‌پذیری کمتر	مجازات خفیف	دغدغه‌های اصلی

منابع

فارسی

- اداره کل مطالعات و پژوهش‌های ستاد مبارزه با مواد مخدر (۱۳۷۷)، تأثیر اعدام در روند مبارزه با مواد مخدر در استان کرمان از ۱۳۶۷ تا ۱۳۷۷.
- حسینی، سیدرسول (۱۳۸۰)، بررسی اثرات اعدام بر خانواده قاچاقچیان در استان همدان، همدان: شورای هماهنگی مبارزه با مواد مخدر همدان.
- رابرت سون، آلیور و راشل برت (۲۰۱۳)، کاهش بار مجازات اعدام پدر یا مادر برای فرزند، دفتر کوپکر در سازمان ملل متحد.
- سلطانی نژاد، امیر، ادیبه برشان، امیرصدرا اسدی و مریم بلوردی (۱۳۹۷)، «واکاوی کیفی قاچاق مواد مخدر از منظر زنان قاچاقچی زندان مرکزی شهر کرمان»، زن در توسعه و سیاست (پژوهش زنان)، شماره ۱۶ (۱).
- غلاملو، جمشید (۱۳۹۷)، «تحلیل عوامل بی‌عدالتی کیفری در جرایم مواد مخدر»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۳.
- قلی‌پور، سیاوش، نادر امیری و مهسا تیزچنگ (۲۰۱۴)، «زنان و بازتولید پدرسالاری (مطالعه موردی: شهر کرمانشاه)»، مجله جامعه‌شناسی ایران، شماره ۱۵ (۴).
- معینیان، نرمینه (۱۳۹۶)، «نگاهی جامعه‌شناختی به نقش تصورات قالبی جنسیتی در تبعیض شغلی علیه زنان و عوامل زمینه‌ای مؤثر بر شکل‌گیری این تصورات قالبی در فرهنگ ایران»، زن و مطالعات خانواده، شماره ۱۰ (۳۷).
- میشل، آندره (۱۳۸۲)، پیکار با تبعیض جنسی، مترجم: محسن پوینده، چاپ اول، تهران: انتشارات نگاه.
- ناظریان، حسین (۱۳۹۷)، دسترسی زنان متهم به جرایم جنسی به عدالت در نظام کیفری ایران. (رساله دکتری)، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس.
- ناظریان، حسین، محمد فرجیها و محمدجعفر حبیبزاده (۱۳۹۸)، «موانع دسترسی زنان متهم به جرایم جنسی به عدالت در پرتو نظریه مدونا - حور»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره ۱۲.

انگلیسی

- Albertson, S. L. (2019). Female Death Sentences. *The Encyclopedia of Women and Crime*, 1-2.
- Albonetti, C. A. (2019). Drug Trafficking and Female Offending. *The Encyclopedia of Women and Crime*, 1-4.
- Anderson, T. L. (2005). Dimensions of women's power in the illicit drug economy. *Theoretical Criminology*, 9 (4), 371-400.
- Barron, P. (2000). Gender discrimination in the US death penalty system. *Radical Philosophy Review*, 3 (1), 89-96.
- Belknap, J. (2020). *The invisible woman: Gender, crime, and justice*: SAGE Publications.
- Bontrager, S., Barrick, K., & Stupi, E. (2013). Gender and sentencing: A meta-analysis of contemporary research. *J. Gender Race & Just.*, 16, 349.
- Campbell, H. (2008). Female drug smugglers on the US-Mexico border: Gender, crime, and empowerment. *Anthropological Quarterly*, 233-267.

- Carmichael, J. T., & Pereira, C. (2019). Gender Disparity in Sentencing. *The Encyclopedia of Women and Crime*, 1-5.
- Chesney-Lind, M. (1989). Girls' crime and woman's place: Toward a feminist model of female delinquency. *Crime & Delinquency*, 35 (1), 5-29.
- Chesney-Lind, M., & Pasko, L. (2013). *The Female Offender: Girls, Women, and Crime*: SAGE.
- Cho, A., & Tasca, M. (2019). Disparities in women's prison sentences: Exploring the nexus between motherhood, drug offense, and sentence length. *Feminist Criminology*, 14 (4), 420-440.
- Crew, B. K. (1991). Sex differences in criminal sentencing: Chivalry or patriarchy?, *Justice Quarterly*, 8 (1), 59-83.
- Daly, K. (1987a). Discrimination in the criminal courts: Family, gender, and the problem of equal treatment. *Social Forces*, 66 (1), 152-175.
- Daly, K. (1987b). Structure and practice of familial-based justice in a criminal court. *Law and Society Review*, 267-290.
- Daly, K. (1989). Rethinking judicial paternalism: Gender, work-family relations, and sentencing. *Gender & Society*, 3 (1), 9-36.
- Doerner, J. K., & Demuth, S. (2010). The independent and joint effects of race/ethnicity, gender, and age on sentencing outcomes in US federal courts. *Justice Quarterly*, 27 (1), 1-27.
- Embry, R., & Lyons Jr, P. M. (2012). Sex-based sentencing: Sentencing discrepancies between male and female sex offenders. *Feminist Criminology*, 7 (2), 146-162.
- Fernando Rodriguez, S., Curry, T. R., & Lee, G. (2006). Gender differences in criminal sentencing: Do effects vary across violent, property, and drug offenses? *Social Science Quarterly*, 87 (2), 318-339.
- Fleetwood, J. (2014). *Drug mules: Women in the international cocaine trade*: Springer.
- Fleetwood, J. (2015). In *Search of Respectability. Narrative criminology: Understanding stories of crime*, 17, 42.
- Fleetwood, J., & Seal, L. (2017). Women, drugs and the death penalty: framing Sandiford. *The Howard Journal of Crime and Justice*, 56 (3), 358-381.
- Freiburger, T. L. (2010). The effects of gender, family status, and race on sentencing decisions. *Behavioral sciences & the law*, 28 (3), 378-395.
- Freiburger, T. L. (2011). The impact of gender, offense type, and familial role on the decision to incarcerate. *Social Justice Research*, 24 (2), 143.
- Goldfarb, P. (2016). Matters of Strata: Race, Gender, and Class Structures in Capital Cases. *Wash. & Lee L. Rev.*, 73, 1395.
- Harper, R. L., Harper, G. C., & Stockdale, J. E. (2002). The role and sentencing of women in drug trafficking crime. *Legal and Criminological Psychology*, 7 (1), 101-114.
- Harry, I. Girelli, G. (2019), *The Death Penalty for Drug Offences: The Impact on Women*, available at: <https://www.hri.global/files/2019/03/12/death-penalty-impact-women.pdf> (last visited on 26/12/ 2020).

- Hartley, R. D., Kwak, D. H., Park, M., & Lee, M. S. (2011). Exploring sex disparity in sentencing outcomes: A focus on narcotics offenders in South Korea. **International journal of offender therapy and comparative criminology**, 55 (2), 268-286.
- Henry, T. K. S. (2020). Racial stereotypes, gendered crimes, and judicial discretion: A multi-level examination of the effect of race and gender on sentencing disparities, Doctoral dissertation, Sam Houston State University.
- Herzog, S., & Oreg, S. (2008). Chivalry and the moderating effect of ambivalent sexism: Individual differences in crime seriousness judgments. **Law & Society Review**, 42 (1), 45-74.
- Johnson, E. H. (1957). Selective factors in capital punishment. **Social Forces**, 165-169.
- Kappeler, V. E., & Potter, G. W. (2017). **The mythology of crime and criminal justice**: Waveland Press.
- Kim, B., Wang, X., & Cheon, H. (2019). Examining the impact of ecological contexts on gender disparity in federal sentencing. **Justice Quarterly**, 36 (3), 466-502.
- Koons-Witt, B. A., Seigny, E. L., Burrow, J. D., & Hester, R. (2014). Gender and sentencing outcomes in South Carolina: Examining the interactions with race, age, and offense type. **Criminal Justice Policy Review**, 25 (3), 299-324.
- Lourtau, D., & Hickey, S. P. (2018). Judged For More Than Her Crime: A Global Overview of Women Facing the Death Penalty. Cornell University (New York).
- Martin, B. T., & Shannon, S. K. (2019). Paternalism and Sentencing. **The Encyclopedia of Women and Crime**, 1-5.
- Moulds, E. F. (1978). Chivalry and paternalism: Disparities of treatment in the criminal justice system. **Western Political Quarterly**, 31 (3), 416-430.
- Naffine, N. (2015). Female crime: The construction of women in criminology: Routledge.
- Nagel, I. H., & Hagan, J. (1983). Gender and crime: Offense patterns and criminal court sanctions. **Crime and justice**, 4, 91-144.
- Nowacki, J. S., & Windsong, E. A. (2019). Structural gender equality and federal sentencing outcomes: A test of the ameliorative and backlash hypotheses. **Feminist Criminology**, 14 (1), 45-64.
- Philippe, A. (2020). Gender Disparities in Sentencing. **Economica**, 87 (348), 1037-1077.
- Pierce, M. B. (2013). Examining the impact of familial paternalism on the sentencing decision: Gender leniency or legitimate judicial consideration? In *Perceptions of female offenders* (pp. 181-190): Springer.
- Sharp, S. F., Braley, A., & Marcus-Mendoza, S. (2000). Focal concerns, race & sentencing of female drug offenders. **Free Inquiry in Creative Sociology**, 28 (2), 3-16.
- Sibila, D. A., & Yatsco, A. J. (2019). War on Drugs and Impact on Females. **The Encyclopedia of Women and Crime**, 1-5.
- Spohn, C. (1999). Gender and sentencing of drug offenders: Is chivalry dead?

Criminal Justice Policy Review, 9 (3-4), 365-399.

- Spohn, C. (2000). Is preferential treatment of female offenders a thing of the past? A multisite study of gender, race, and imprisonment. **Criminal Justice Policy Review**, 11 (2), 149-184.
- Spohn, C., Gruhl, J., & Welch, S. (1981). The effect of race on sentencing: A re-examination of an unsettled question. **Law & Soc'y Rev.**, 16, 71.
- Stacey, A. M., & Spohn, C. (2006). Gender and the social costs of sentencing: An analysis of sentences imposed on male and female offenders in three US district courts. **Berkeley J. Crim. L.**, 11, 43.
- STARR, S. B. (2012). ESTIMATING GENDER DISPARITIES IN FEDERAL CRIMINAL CASES. *Law & Economics Working Papers*. 57.
- Starr, S. B. (2015). Estimating gender disparities in federal criminal cases. **American Law and Economics Review**, 17 (1), 127-159.
- Steffensmeier, D., Ulmer, J., & Kramer, J. (1998). The interaction of race, gender, and age in criminal sentencing: The punishment cost of being young, black, and male. **Criminology**, 36 (4), 763-798.
- Tasca, M., Cho, A., Spohn, C., & Rodriguez, N. (2019). The role of parental status and involvement in sentence length decisions: A comparison of men and women sentenced to prison. **Crime & Delinquency**, 65 (14).
- Tillyer, R., Hartley, R. D., & Ward, J. T. (2015). Differential treatment of female defendants: Does criminal history moderate the effect of gender on sentence length in federal narcotics cases? **Criminal Justice and Behavior**, 42 (7), 703-721.

تحلیل حقوقی - اقتصادی معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی شرکت‌های تجاری

محسن صادقی*، مصطفی کوشکی**

چکیده

غالب نظام‌های حقوقی در راستای حمایت از اموال تاجر ورشکسته و بستانکاران قواعدی در خصوص بطلان برخی معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی وضع نموده‌اند. تحلیل منطق حقوقی و اقتصادی حاکم بر بطلان این‌گونه معاملات نشان می‌دهد که در نظام حقوقی ایران کاستی‌هایی نظیر عدم محدودیت زمانی درخصوص تسری تاریخ توقف، دامنۀ معاملات باطل و بلااثر، وضع ضمانت‌اجرای مناسب حقوقی و شرایط لازم جهت اعلام بطلان معاملات وجود دارد که بعضاً موجب صدور آرای متعارضی از جانب دادگاه‌ها نیز گردیده است. درخصوص کاستی‌های فوق در مقاله پیشنهاد گردید که یک تاریخ توقف معین (حسب مورد ۶ ماه تا ۲ سال) در قانون پیش‌بینی گردد و معیار توقف، توقف ماندگار و غیرقابل علاج باشد و نه قدیمی‌ترین توقف، اصل بر صحت معاملات از تاریخ توقف گذاشته و بطلان امری استثنائی تلقی گردد، به‌جای ضمانت‌اجرای بطلان از ضمانت‌اجرای غیرقابل استناد استفاده شود و تأثیر برخی الزامات نظیر حسن/سوءنیت اشخاص در بطلان معاملات به‌دلیل آثار منفی اقتصادی آن صرفاً محدود به موارد خاص گردد. واژگان کلیدی: ورشکستگی، معاملات قابل ابطال، معاملات غیرقابل ابطال، شرکت تجاری، معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی

* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

sadeghilaw@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

kooshki@ut.ac.ir

مقدمه

با صدور حکم ورشکستگی شرکت‌های تجاری، وضعیت اعمال حقوقی آن‌ها قبل از صدور حکم ورشکستگی محل تأمل است. اغلب نظام‌های حقوقی سازوکارهای متنوعی را برای تبیین این‌گونه معاملات به کار گرفته‌اند. این سازوکارهای حقوقی اهداف اقتصادی متعددی را دنبال می‌نمایند (Mucciarelli, 2013: 178). نخست؛ به‌عنوان یک ابزار پسینی^۱ روابط بین طلبکاران و شرکت تجاری را - که هنوز ورشکسته نشده است - تنظیم می‌نمایند. از این‌رو، رفتارهای فرصت‌طلبانه شرکت در مقابل بستانکاران را (نظیر انتقال اموال شرکت به اشخاص وابسته، ورود به پروژه‌های با ریسک بالا، قرض گرفتن حتی در فرضی که امکان بقای شرکت متصور نیست) کاهش می‌دهد. دوم؛ هنگامی که شرکت تجاری در معرض ورشکستگی است مانع از رقابت بین بستانکاران برای وصول طلب خود به‌صورت انفرادی می‌گردد. سرانجام این سازوکار حقوقی درصدد حمایت از خود شرکت تجاری در معرض ورشکستگی نیز می‌باشد چه اینکه مانع از آن می‌شود که برخی فعالان بازار از وضعیت شرکت‌های با مشکلات مالی سوءاستفاده نمایند (casasola, 2019: 2). بنابراین، می‌توان ادعا نمود که وضع سازوکارهای فوق می‌تواند مزایای متعددی را ایجاد نماید. اما این تمام واقعیت نیست و به‌کارگیری چنین ابزارهای حقوقی بدون هزینه نیست. از یک‌سو سبب ایجاد هزینه دادرسی می‌گردد؛ بدین توضیح که چون قرارداد منعقد شده با شرکت تجاری ورشکسته ظاهری صحیح داشته و برای از بین بردن چنین ظاهری باید دعوای اعلام بطلان قرارداد در دادگاه مطرح گردد که خود نیازمند صرف زمان بوده و هزینه‌بر است. زمان‌بر بودن این‌گونه دعوای خود سبب طولانی شدن تصفیه امور ورشکستگی و تحمیل هزینه‌های آن بر بستانکاران می‌گردد.^۲ از سویی دیگر ممکن است استحکام و امنیت قراردادی را در معاملات شرکت‌های تجاری کاهش دهد. این مشکلات در نظام‌های حقوقی که امکان اعلام بطلان قرارداد - فارغ از حسن نیت یا سوءنیت اشخاص - به آسانی صورت گرفته و تاریخ توقف شرکت تجاری ورشکسته محدود به تاریخ مشخصی نیست دو چندان

1. ex post

۲. لازم به ذکر است که نماگر «ورشکستگی و پرداخت دیون» یک عامل مهم در بررسی شاخص کسب‌وکار کشورها تلقی می‌گردد و عوامل مهمی نظیر مدت زمان لازم برای تصفیه ورشکستگی در تعیین آن مؤثر است. مطابق گزارش بانک جهانی در سال ۲۰۲۰ میانگین زمان لازم برای تصفیه ورشکستگی در کشور ایران یک سال و نیم می‌باشد در حالی که این موضوع در کشورهای دیگر (نظیر سنگاپور) ۴ ماه است. ارتقای جایگاه فوق از این منظر دارای اهمیت است که مطابق ماده ۲۲ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران دولت موظف است که با اقدام قانونی جهت اصلاح قوانین، مقررات و رویه‌ها هر ساله ۱۰ رتبه ایران را در شاخص کسب‌وکار ارتقا دهد.

می‌گردد. لذا، این پرسش اساسی مطرح می‌گردد که آیا اصولاً وضع مقررات ناظر بر بطلان معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی لازم است یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ برای طراحی یک سازوکار حقوقی مطلوب در این خصوص چه سازوکارهایی باید در نظر گرفته شود تا فایده این مقررات از منظر اقتصادی بیش از هزینه‌های آن باشد؟ فرضیه مقاله این است که وضع مقررات ناظر بر بطلان برخی معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی لازم است اما برای کارایی بیشتر قانون‌گذار باید عوامل متعددی نظیر محدودیت زمانی درخصوص تسری تاریخ توقف، دامنه معاملات باطل و بلااثر، وضع ضمانت‌اجرای مناسب حقوقی و شرایط لازم جهت اعلام بطلان معاملات را مورد توجه قرار دهد. به‌طور کلی نحوه طراحی مقررات ناظر به وضعیت اعمال حقوقی شرکت‌های تجاری ورشکسته قبل از صدور حکم ورشکستگی به دو صورت است. کشورهای حقوق نوشته مانند فرانسه یک معیار برای بطلان ارائه می‌دهند و آن «بطلان هرگونه معامله زیان‌بار به حال بستانکاران» است. در مقابل، برخی از نظام‌های حقوقی کامن‌لا نظیر انگلستان و آمریکا دو دسته از معاملات باطل و بلااثر است. نخست معاملات که شرکت تجاری ورشکسته عوضی دریافت نکرده یا عوض دریافتی بسیار ناچیز است. دوم معاملاتی که سبب ترجیح بستانکاری از شرکت تجاری ورشکسته بر سایر بستانکاران گردیده و اصل تساوی بین طلبکاران را مخدوش می‌نماید.^۱ نظر به مراتب فوق، این مقاله درصدد تجزیه و تحلیل منطق اقتصادی حاکم بر وضعیت حقوقی معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی است که برای طراحی یک سازوکار حقوقی مطلوب در این خصوص ضروری می‌باشد. از آنجایی که نیل به این هدف در وهله نخست منوط به شناخت مبنا و علت مداخله قانون‌گذار در معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی است لذا، ابتدا مبنای حقوقی بطلان معاملات شرکت‌های تجاری قبل از صدور حکم ورشکستگی (مبحث نخست) بررسی گردیده تا زمینه مناسب برای تحلیل اقتصادی چنین مقرراتی از منظر کارایی و هزینه و فایده (مبحث دوم) فراهم گردد.

۱. مبنای حقوقی بطلان معاملات شرکت‌های تجاری قبل از صدور حکم ورشکستگی

به‌طور کلی مطابق اصل آزادی قراردادی اشخاص در انجام هرگونه معامله‌ای که مخالف قانون نباشد، آزادند و حتی می‌توانند قسمتی از اموال خود را به رایگان به دیگران واگذار نمایند. حال این پرسش قابل طرح است که با وجود اصل آزادی قراردادی عامل توجیه‌کننده استفاده قانون‌گذار از سازوکار بطلان قراردادهای قبل از صدور حکم ورشکستگی چیست؟ در پاسخ برخی علت را

۱. در نظام حقوقی انگلستان از معاملات نوع نخست تحت عنوان «undervalue transactions» و از معاملات نوع دوم تحت عنوان «unlawful preferences» یاد می‌گردد.

جلوگیری از تقلب بدهکار برای از بین بردن حالت تساوی میان طلبکاران دانسته (اسکینی، ۱۳۹۲: ۷۹) و برخی دیگر علت بطلان را تعلق اموال تاجر به بستانکاران دانسته‌اند (ستوده تهرانی، ۱۳۹۰: ۱۷۹). با وجود این، می‌توان با استفاده از مسئله نمایندگی در حقوق شرکت‌های تجارتی مبنای حقوقی وضع مقررات بطلان اعمال حقوقی قبل از ورشکستگی را در تعارض منافع بین دو دسته از اشخاص طبقه‌بندی کرد. نخست تعارض بین مدیران و بستانکاران، دوم تعارض بین بستانکاران با یکدیگر. بنابراین، وجود انگیزه‌های متعارض بین این دو دسته در شرکت‌های تجارتی در شرف ورشکستگی می‌تواند مبنای وضع سازوکار بطلان معاملات را توجیه نماید که در ذیل طی دو گفتار به شرح و تجزیه و تحلیل هر یک پرداخته می‌شود.

۱-۱. حمایت از منافع بستانکاران شرکت تجارتی ورشکسته

هنگامی که شرکت دارایی کافی برای پرداخت دیون خود را دارد بستانکاران شرکت بیش از یک طرف قراردادی برای شرکت نیستند (armour and others, 2009: 115). با وجود این، هر گاه شرکت در پرداخت دیون خود ناتوان و ورشکسته گردد بستانکاران از طریق مدیر تصفیه حق توقیف و فروش اموال شرکت را دارند (mokal, 2005: 306). بنابراین، تا زمانی که شرکت وارد پروسه رسمی ورشکستگی نگردیده به دلایل مختلفی مدیران همواره سعی در افزایش ارزش حقوق سهام‌داران (به‌جای طلبکاران) دارند. چه، کماکان این سهام‌داران هستند که امکان عزل، نصب و پرداخت پاداش مدیران را دارند. علاوه بر این در شرکت‌های تجارتی با سهام‌داران کنترلی (سهام‌داری که دارای حداقل میزان سهام مورد نیاز برای تعیین اکثریت اعضای هیئت مدیره شرکت باشد) مدیران معمولاً رابطه بسیار نزدیکی با این‌گونه سهام‌داران دارند (Eidenmüller, 2006: 240). با عنایت به موارد بالا می‌توان گفت که منافع مدیران در این برهه زمانی هم‌سو با منافع سهام‌داران است. از این‌رو اولین عامل توجیه‌کننده وضع مقررات بطلان معاملات در حوزه ورشکستگی مقابله با تضاد منافع مدیران از یک‌سو و بستانکاران از سوی دیگر است. در غیر این صورت به محض مواجهه شرکت با مشکلات مالی ممکن است از طریق رفتارهای فرصت‌طلبانه (نظیر انتقال اموال شرکت به اشخاص وابسته) ارزش شرکت به وسیله مدیران کاهش یابد (keay, 1997: 35).^۱ به علاوه ممکن است سهام‌داران /

۱. در دستورالعمل حاکمیت شرکتی شرکت‌های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران (مصوب ۱۳۹۷/۰۴/۰۲۷ هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار) با توجه به اهمیت این موضوع وظایف متعددی در این رابطه برای مدیران پیش‌بینی گردیده است. مثلاً معاملات با اشخاص وابسته باید به شکلی تأیید و اجرا شود که از کنترل مناسب تضاد منافع اطمینان حاصل شود و از منافع شرکت و سهام‌داران حفاظت کند (ماده ۷) و این تضاد منافع در معاملات با اشخاص وابسته باید توسط هیأت مدیره به نحو مناسب نظارت و افشا شود.

مدیران از شرکت به‌عنوان یک ابزار قمار استفاده نمایند. در واقع سهام‌دارانی که همه چیز خود را از دست داده‌اند حاضرند از طریق اعمال فشار بر مدیران شرکت آن‌ها را به سمت سرمایه‌گذاری در پروژه‌های با ریسک بالا سوق دهند. در صورت موفقیت می‌توانند بخشی یا همه سرمایه‌گذاری خود را بازیابی نمایند و در صورت شکست پروژه (که محتمل‌ترین نتیجه است) آن‌ها چیزی از دست نخواهند داد زیرا از طریق اصل مسئولیت محدود حمایت شده و تمام خسارت بر بستانکاران تحمیل می‌شود (46: 2003, armour). بدین جهت است که برخی نظام‌های حقوقی برای مدیران در این برهه زمانی وظایفی را پیش‌بینی نموده که در صورت نقض برای آن‌ها مسئولیت‌آفرین می‌باشد.^۱ سرانجام اینکه وجود سازوکار بطلان سبب کاهش انگیزه مدیران جهت اخذ تسهیلات در راستای حل مشکلات مالی شرکت می‌گردد. البته گاهی اخذ این‌گونه تسهیلات می‌تواند منابع مالی لازم را جهت سرمایه‌گذاری در پروژه‌های ارزشمند فراهم آورد لیکن چنین وام‌هایی معمولاً برای پرداخت دیون برخی بستانکاران قبلی یا سرمایه‌گذاری در پروژه‌های با ریسک بالا به کار گرفته می‌شود. در چنین شرایطی ممکن است برخی بستانکاران در وضعیت بدتری نسبت به گذشته قرار گرفته و از کاهش پرداخت طلب از جانب شرکت آسیب ببینند. در قانون تجارت ما نیز مقررات متعددی در این رابطه وضع شده و به تضاد منافع بین سهام‌داران / مدیران از یک‌سو و بستانکاران از سوی دیگر به‌عنوان یک مبنای اصلی در این خصوص توجه شده است.^۲

آنچه در بالا ذکر گردید درخصوص شرکت‌هایی بود که سهام‌داران کنترل بالایی بر انتخاب اعضای هیئت‌مدیره و تصمیمات آن‌ها دارند. در شرکت‌های با ساختار مدیریت پراکنده (جدایی مالکیت از مدیریت)، شخصیت حقوقی شرکت به‌عنوان محل تقابل منافع مدیران مسئول و سهام‌داران عمل می‌کند و سهام‌داران به‌جهت داشتن سهام شرکت ممکن است از نحوه فعالیت مدیران متحمل خسارت شوند (صقری، ۱۳۹۳: ۵۴۰). لذا، مقررات بطلان معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی در رابطه با این شرکت‌ها نیز می‌تواند کارایی داشته باشد. در واقع زمانی که شرکت در معرض مشکلات مالی و ورشکستگی است، در شرکت‌های با ساختار مالکیت پراکنده ممکن

۱. در نظام حقوقی انگلستان مدیران هنگامی می‌دانسته و یا باید می‌دانستند که چشم‌انداز معقولی برای جلوگیری از ورشکستگی شرکت نیست موظفند سعی نمایند که قبل از صدور حکم ورشکستگی ضرر و زیان طلبکاران را به حداقل برسانند (ماده ۲۱۴ قانون اعسار). (Davies, 2006: 336) در ایالات متحده آمریکا چنین وظیفه‌ای وجود ندارد. با این استدلال که در این برهه زمانی مدیران کماکان موظف به رعایت منافع شرکت و سهام‌دارانش می‌باشند و نه طلبکاران (Programming Found., Inc. v. Gheewalla).

۲. بنگرید: بند ۱ ماده ۴۲۳، ماده ۴۲۴ و ماده ۴۲۶ قانون تجارت.

است مدیران انگیزه بیشتری برای حفظ منافع خود به هزینه سهامداران دنبال نمایند. این کار از طریق حیف و میل اموال شرکت، به کارگیری یک سطح غیربهبهینه از خطر برای حفظ شغل یا منافع شخصی ممکن است صورت گیرد (eckbo and Thorburn, 2003: 277). به علاوه این احتمال وجود دارد که مدیران برخی بستانکاران را بر بقیه ترجیح دهند صرفاً بر این مبنا که آن بستانکار دوست آن‌ها بوده یا ممکن است در آینده کارفرمای جدید وی گردد.^۱ لذا، سازوکار بطلان معاملات ممکن است سبب کاهش اثرات منفی ناشی از افزایش ناموزون انگیزه‌های بین منافع مدیران از یک سو و سهامداران از سوی دیگر گردد. با اینکه وجود رفتارهایی اخیرالذکر دارای پیامدهای اقتصادی منفی برای شرکت تجارتي ورشکسته می‌باشد، قانون تجارت ایران مقررۀ شفافی در خصوص مقابله با این گونه معاملات که مدیران در راستای منافع خود (نه سهامداران و نه شرکت) انجام می‌دهند ندارد. حتی اگر بطلان مقرر در ماده ۵۵۷ قانون تجارت را ناظر بر بند ۱ ماده ۵۵۱ قانون تجارت بدانیم باز نمی‌توان استدلال نمود که قانون‌گذار در وضع مقررات بطلان به معاملات مدیران نیز توجه داشته است. چه، در اینجا معامله باید به نفع تاجر و در راستای منافع وی باشد در حالی که آنچه در اینجا مطرح است انجام معامله در راستای منافع خود مدیر است و نه تاجر ورشکسته.^۲

۱-۲. حمایت از اصل تساوی بستانکاران شرکت تجارتي ورشکسته

از منظر اقتصادی، بدهی شرکت تجارتي به بستانکاران این اختیار را می‌دهد که صاحب دارایی‌های شرکت شوند. این اختیار زمانی می‌تواند اجرایی شود که شرکت از پرداخت دیون خود ناتوان و ورشکسته گردد. با وجود این، نظر به اینکه بستانکاران ممکن است انگیزه‌های متفاوتی داشته و معمولاً نیز به یکدیگر اعتماد ندارند هر کدام سعی می‌نمایند که اولین کسی باشد که از دارایی بدهکار طلب خود را وصول می‌کند.^۳ به همین خاطر برای مقابله با ایجاد چنین وضعیتی غالب کشورهای دنیا مقررات تصفیۀ خاصی را وضع و یا برای مدیران وظایفی را پیش‌بینی کرده‌اند (franks

۱. این موضوع در تبصره ۲ ماده ۷ دستورالعمل حاکمیت شرکتی شرکت‌های پذیرفته در بورس تهران و فرابورس ایران (مصوب ۱۳۹۷/۰۴/۰۲۷ هیات مدیرۀ سازمان بورس و اوراق بهادار) مورد تأکید قرار گرفته است با این بیان که: «هر یک از مدیران اصلی باید داشتن منافع با اهمیت به شکل مستقیم یا غیرمستقیم یا به نمایندگی از طرف اشخاص ثالث، در یک معامله یا موضوع تأثیرگذار بر شرکت را نزد هیات مدیره افشا کنند».

۲. البته در ماده ۱۴۳ لایحه اصلاحی قانون تجارت در خصوص شرکت‌های سهامی مصوب سال ۱۳۴۷ برای مدیران و مدیرعامل در مواردی که ورشکستگی شرکت یا کافی نبودن دارایی شرکت به نحوی از انحاء معلول تخلفات آن‌ها بوده است مسئولیت پیش‌بینی گردیده لیکن تعرضی به وضعیت اعمال حقوقی آن‌ها در این برهه زمانی نشده است.

۳. از این مسئله تحت عنوان 'common pool problem' یاد می‌گردد.

(and others, 2015: 30). اما آیا سازوکار بطلان معاملات در کنار مقررات تصفیه خاص^۱ و وضع وظایف مدیران برای مقابله با چنین وضعیتی مؤثر است؟ کشورهای با سازوکار بطلان دوگانه این‌گونه معاملات را تحت عنوان «ترجیح طلبکاری بر طلبکار دیگر» مورد هدف قرار داده و سایر کشورهای با سازوکار واحد از طریق «مضر بودن چنین معاملاتی به حال سایر بستانکاران» به مقابله با آن‌ها پرداخته‌اند. در تلاش برای توجیه مطلوبیت مقررات مربوط به ترجیح بستانکاران بر یکدیگر استدلال شده است که بعد از صدور حکم ورشکستگی تاجر دیگر قادر به انجام تعهدات خود نیست و باید اموال خود را در اختیار همه بستانکاران بگذارد تا (از طریق مدیریت تصفیه) به طور مساوی میان آن‌ها تقسیم شود و هر عملی که موجب تضییع اموال یا ترجیح بعضی از بستانکاران بر دیگری شود نباید انجام گیرد (عالی پناه و گلپایگانی، ۱۳۹۸: ۲۱۶). به علاوه اینکه از منظر فقه امامیه، پس از صدور حکم حجر، اموال مفلس متعلق به همه بستانکاران قرار می‌گیرد و حاکم نسبت به فروختن اموال و تقسیم حاصل فروش میان طلبکاران به نسبت طلبشان اقدام می‌نماید. فقها نیز همواره با استناد به جمله مشهور «یتساوی غرماء المیت مع عدم الوفاء» اصل تساوی طلبکاران را در مقابل بدهکار پذیرفته و در پذیرفتن استثنا بر آن سختگیری بسیار داشته‌اند (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۹۰: ۳). در مقررات ورشکستگی ایران مقررات شفافی در خصوص اهمیت توجه به منافع بستانکاران به عنوان یک کل واحد و جلوگیری از تبعیض بین آن‌ها ملاحظه می‌گردد.^۲ به نظر می‌رسد حمایت از اصل تساوی بستانکاران شرکت تجاری ورشکسته در قالب بطلان هر گونه ترجیح بستانکاری بر دیگری می‌تواند دارای مزایای متعددی باشد. به عنوان مثال، وجود چنین مقرراتی باعث می‌شود که اصل تساوی بستانکاران که بعد از صدور حکم ورشکستگی اعمال می‌گردد به تاریخ قبل از صدور حکم ورشکستگی و زمان توقف شرکت تجاری منتقل گردیده و از حقوق بستانکاران به عنوان یک مجموعه واحد حمایت بیشتری به عمل آورد (skeel, 2018: 724). علاوه بر این، همان طور که سابقاً بیان شد یکی از اهداف اساسی مقررات ناظر بر بطلان معاملات ترجیحی، حفظ ارزش شرکت تجاری می‌باشد. بدین توضیح که این مقررات مانع از سوءاستفاده بستانکاران از طریق اخذ وثیقه برای مطالباتشان گردیده که این خود باعث افزایش ارزش اقتصادی شرکت و حفظ منافع شرکت و

۱. یکی از ویژگی‌های تصفیه خاص ورشکستگی آن است که مقدم داشتن طلبکاری بر دیگری باید مبتنی بر مقررات ورشکستگی بوده و اگر در مقرراتی به نحو عام برای بستانکاران اولویت‌هایی در نظر گرفته شده باشد، در مقام تصفیه امور تاجر ورشکسته قابل اجرا نمی‌باشد (فولادگر و ایزانلو، ۱۳۹۹: ۲۰۸).

۲. بنگرید به: بند ۲ و ۳ ماده ۴۲۳ قانون تجارت.

بستانکاران به عنوان یک مجموعه واحد می گردد، امری که ممکن است زمینه لازم برای احیا و نجات ورشکسته و بازسازی بنگاه اقتصادی را فراهم آورد.

۲. بطلان معاملات شرکت های تجاری قبل از صدور حکم ورشکستگی از منظر اصل تناسب هزینه - فایده

مطابق اصل تناسب هزینه - فایده که فی نفسه یک تکنیک یا روش اقتصادی در تحلیل است، یک نهاد یا اقدام حقوقی زمانی دارای کارایی اقتصادی است که فواید آن بیش از هزینه های آن باشد (صادقی و یادگاری، ۱۳۹۹: ۹۰). در واقع حقوق و اقتصاد هنجاری یا دستوری، بر مبنای پیامدهای اقتصادی قواعد، مبادرت به ارائه پیشنهادات و سیاست های متناسب می نماید. عنصر حیاتی را در این شاخه، مفهوم «کارایی» تشکیل می دهد (طوسی، ۱۳۹۳: ۲۳). در اقتصاد کارایی به دو شیوه بیان شده است: کارایی پارتو و کارایی کالدور-هیکس. کارایی پارتو زمانی محقق می شود که بدون آنکه به دیگران ضرری وارد شود بتوان منافع شخص یا اشخاصی را زیاد کرد در حالی که کارایی کالدور-هیکس بر حداکثرسازی منافع تمرکز دارد به این بیان که سرجمع منافع چیزی که حاصل می شود از هزینه های آن زیادتر باشد (شیروی، ۱۳۹۹: ۷۷-۷۶). در مبحث نخست دریافتیم که سازوکار بطلان معاملات می تواند مزایای فراوانی برای شرکت تجاری و بستانکاران داشته باشد. لیکن هزینه هایی را نیز در پی دارد که مهم ترین آن ها هزینه دادرسی ناشی از طرح دعوی اعلام بطلان و هزینه بی ثباتی در معاملات تجاری است. لذا، ممکن است برای رشد اقتصادی مضر باشد. از این رو، در این مبحث هزینه های به کارگیری سازوکار بطلان معاملات را طی دو گفتار مورد بررسی قرار خواهیم داد و جهت افزایش کارایی اقتصادی آن در هر قسمت ضمن بررسی وضعیت موجود راهکارهایی نیز ارائه می گردد.

۲-۱. بطلان اعمال حقوقی قبل از ورشکستگی و تزلزل معاملاتی در شرکت های تجاری

اعلام بطلان قرارداد به ظاهر صحیح ممکن است به امنیت قراردادی لطمه و برای رشد اقتصادی مضر باشد. بنابراین، در طراحی مدلی کارآمد از سازوکار بطلان باید به دقت هزینه های مرتبط با این موضوع به حداقل برسد. در این گفتار راه های کاهش تزلزل امنیت معاملات را بررسی خواهیم کرد. ابزارهای متفاوتی در دسترس است. نخست محدوده زمانی امکان اعلام بطلان یک قرارداد، دوم تعیین معاملات غیرقابل ابطال، سوم ضمانت اجرای جایگزین بطلان معامله. در ذیل هر یک از ابزارهای موجود مورد تحلیل قرار خواهند گرفت.

۲-۱-۱. محدوده زمانی امکان اعلام بطلان معاملات شرکت تجاری

منظور از تاریخ امکان اعلام بطلان یک قرارداد مدت زمانی است که یک معامله قبل از شروع

فرایند ورشکستگی قابلیت ابطال را خواهد داشت. هدف از تعیین مدت زمان در این خصوص به حداقل رساندن تزلزل قراردادی است در غیر این صورت امکان اعلام بطلان قرارداد برای مدت نامحدود قبل از ورشکستگی ممکن است اثرات زیان‌باری برای طرفین و حتی جامعه داشته باشد.^۱ البته ایجاد مدت نامحدود در این رابطه ممکن است واجد آثار مثبتی نظیر ترغیب افراد بر توجه به وضعیت مالی طرف قرارداد را در بر داشته باشد. حال پرسش قابل طرح این است که آیا تعیین محدوده زمانی امکان اعلام بطلان معاملات شرکت تجاری از منظر هزینه - فایده مفید است یا خیر و در صورت مثبت بودن پاسخ به چه صورتی باید باشد؟ به نظر می‌رسد هزینه عدم وجود محدودیت زمانی بطلان معاملات از مزایای آن بیشتر است. زیرا، برای همه فعالان بازار امکان نظارت بر وضعیت مالی بدهکار وجود ندارد، به علاوه چنین امری به شدت سبب تزلزل قراردادی می‌گردد که ممکن است بسیاری از فعالان اقتصادی از انعقاد قرارداد با سایر بنگاه‌های اقتصادی بازار خودداری نمایند ولو آنکه آن بنگاه اقتصادی از نظر مالی مشکلی نیز نداشته باشد. البته ممکن است ایراد شود که تعیین مدت با این مشکل مواجه است که معاملات اضرائی ورشکسته ممکن است مربوط به قبل از تاریخ توقف باشد در این حالت چه راهکاری وجود دارد؟ در پاسخ می‌توان این رویکرد را در تعیین تاریخ توقف در نظر گرفت که چنین تاریخی با توجه به اشخاص طرف قرارداد یا نوع معامله متفاوت باشد. به عنوان مثال، گاهی شرکت مادر برای مخفی کردن دارایی خود و به قصد فرار از دین، دارایی خود را در قالب قرارداد به شرکت تابعه انتقال داده و از دسترس طلبکاران خارج می‌کند (غلامی و باقرپور، ۱۴۰۰: ۲۹۴)، در این گونه قراردادها و به طور کلی در قراردادهای اشخاص ثالث وابسته به شرکت با بنگاه اقتصادی ورشکسته دامنه زمانی تاریخ توقف طولانی‌تر گردد، دوم اینکه امکان تغییر تاریخ توقف برای دادگاه از طریق مدیر تصفیه فراهم باشد به این معنا که تا تاریخ معینی تاریخ توقف مفروض باشد و بیش از آن تاریخ نیازمند پیشنهاد مدیر تصفیه و تأیید دادگاه باشد. به علاوه اینکه حتی در صورتی که موارد فوق نیز مورد توجه قرار نگیرد در کنار قواعد خاص قانون تجارت در خصوص معاملات قبل از تاریخ توقف (ماده ۴۲۴ قانون تجارت) همواره قواعد عام حقوق مدنی در این خصوص در دسترس است. به عنوان مثال، در صورتی که تصرفات تبرعی،

۱. در نظام حقوقی ایران محدودیت زمانی برای تاریخ توقف شرکت تجاری ورشکسته وجود ندارد. این زمان ممکن است حتی برای چندین سال قبل از صدور حکم ورشکستگی تعیین شود. قابل ذکر است در لایحه پیشنهادی قانون تجارت سال ۱۳۹۳ تاریخ توقف حداکثر تا ۶ ماه قبل از صدور حکم ورشکستگی تعیین شده بود (ماده ۹۰۲ لایحه پیشنهادی قانون تجارت).

معوض محاباتی یا اقل از معوض المثل باشد از آنجایی که فی نفسه ضرری هستند می‌توان با استناد به قاعده لاضرر منشأ ضرر را که همان نفوذ این‌گونه معاملات است را نفی کرد. یا با استناد به مواد ۶۵ و ۲۱۸ قانون مدنی حکم مندرج در این مواد را به معاملات بعد از تاریخ توقف شرکت تجاری تسری داد اگرچه با وجود ماده ۴۲۶ قانون تجارت شاید نوبت استناد به این مواد نرسد (عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۸: ۱۶۷). به علاوه مطابق ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳ انتقال مال توسط مدیون با انگیزه فرار از دین در فرضی که مابقی اموال وی کفاف پرداخت دیون او را ندهد به لحاظ قانونی ممنوع و مستوجب مجازات است. این فرض در بسیاری از موارد مصداق معامله مسبوق به تبانی می‌باشد؛ لیکن در برخی موارد ممکن است با قلمرو موضوعی ماده ۴۲۶ قانون تجارت متفاوت بوده و در بحث مطروحه کاربرد داشته باشد. از این رو به نظر می‌رسد که باید ضمن پذیرش ضرورت تعیین محدوده زمانی توقف، بحث اصلی را بر روی این موضوع متمرکز کرد که محدوده امکان اعلام بطلان به چه میزانی باشد تا کارآیی سازوکار بطلان را به صورت کامل‌تری افزایش دهد. هرچه این تاریخ طولانی‌تر باشد از حیث توزیع ثروت بین بستانکاران و احیاناً سهام‌داران مفیدتر و از حیث تزلزل قراردادی مضر می‌باشد. در مقابل تعیین مدت کوتاه در این خصوص از حیث امنیت قراردادی مثبت لیکن از حیث دستیابی به اهداف اقتصادی مرتبط با سازوکار بطلان می‌تواند دارای آثار منفی باشد. برخی نظام‌های حقوقی طول این دوره را منوط به عوامل مختلفی از جمله نوع معامله (معامله ترجیحی یا با ارزش کمتر) یا شخص طرف مقابل (مرتبط یا غیرمرتبط) کرده‌اند. فلسفه چنین تفکیکی روشن است. وقتی یک شخص در شرف ورشکستگی قرار می‌گیرد ممکن است انگیزه‌های بیشتری برای انجام معاملات با ارزش کمتر داشته باشد، در نتیجه با از دست دادن قدرت چانه‌زنی اشخاص (که بر عهده خود آن‌ها می‌باشد) شانس بیشتری برای انجام معاملات با ارزش کم ایجاد می‌نماید. در مقابل در هبه و معاملات بلاعوض وجود مدت طولانی‌تر قابل توجیه است زیرا این‌گونه معاملات ممکن است از قصد بدهکار برای تقلب نسبت به بستانکاران سرچشمه گرفته باشد. همچنین در مورد معاملات ترجیحی ممکن است بدهکار انگیزه بیشتری برای ترجیح برخی بستانکاران بر برخی دیگر به عنوان راهی برای حفظ روابط با دوستان و تأمین‌کنندگان سرمایه آینده خود داشته باشد. به علاوه در صورت کوتاه بودن مدت بطلان در خصوص شخص مرتبط با شرکت تجاری وی می‌تواند با نفوذ در تصمیمات مدیران ورود به پروسه ورشکستگی را طولانی کرده به گونه‌ای که مدت بطلان معاملات شامل وی نگردد.^۱ از این رو، برخی

1. EC (DG Justice and Consumer Affairs), 'Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency', January 2016, p.142.

نظام‌های حقوقی برای معاملات با افراد وابسته دوره‌ای طولانی‌تر و برای افراد غیر مرتبط مدت کمتری در نظر گرفته‌اند.^۱ بیان شد که در حقوق تجارت ایران محدودیت زمانی در این خصوص وجود نداشته و تفکیکی بین انواع معاملات از حیث طرف قرارداد (مرتبط یا غیر مرتبط) ارائه نگردیده است و جایی برای تحلیل مقررات موجود فراهم نیست و این خود سبب صدور آرای متعارضی از جانب دادگاه‌ها در خصوص تعیین تاریخ توقف گردیده است. به عنوان مثال در پرونده‌ای که در شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران مطرح گردیده است، دادگاه در تعیین تاریخ توقف شرکت خواننده دعوا این‌گونه استدلال نموده است که «نظر به اینکه هر چه تاریخ توقف به عقب برگردد به ضرر خواهان می‌باشد، با وجود این وکیل خواهان برخلاف رویه معمول و مقررات قانون، حسب ظاهر در مقام دفاع از شرکت خواننده در خصوص تعیین تاریخ توقف برآمده است و با اعلام تاریخ ۱۳۷۷/۵/۱ به عنوان مبدأ توقف، خواننده در صدد تصویب حقوق بانک ص. و بستانکاران دیگر شرکت خواننده می‌باشد که این امر خلاف وظایف حرفه‌ای و شغلی وکالت هم می‌باشد، بنابراین دادگاه، تاریخ توقف شرکت خواننده را تاریخ تقدیم دادخواست (۱۳۹۱/۷/۲۳) تعیین می‌نماید» این‌گونه استنباط کرده است که در صورت غیرقابل تعیین بودن تاریخ توقف، تاریخ تقدیم دادخواست به خواسته اعلام ورشکستگی، تاریخ توقف تلقی خواهد شد. که رأی اصداری عیناً در مرجع تجدیدنظر تأیید گردیده است.^۲ در پرونده‌ای دیگر بدون اینکه محدودیتی برای تعیین تاریخ توقف متصور گردیده باشد دادگاه تاریخ توقف را هشت سال قبل از اعلان رأی ورشکستگی تعیین نموده است.^۳ در ادامه و در گفتار دوم سعی گردیده راه‌حلی برای این موضوع تبیین و معرفی گردد.

۲-۱-۲. معاملات غیرقابل ابطال

گاهی اوقات امکان بطلان قرارداد ولو آنکه در محدوده زمانی تعیین شده برای بطلان نیز واقع شده باشد می‌تواند دارای آثار سوئی بوده و وضعیت کلی شرکت تجاری را دچار تزلزل نماید چه اینکه وجود مقررات بطلان سبب می‌گردد در این مواقع تأمین کنندگان تمایلی به ارائه خدمات یا عرضه کالا به شرکت تجاری را نداشته باشند. از این‌رو، در صورتی که یک قرارداد با حسن نیت و

۱. در ایالات متحده آمریکا این مدت در خصوص معاملات مبتنی بر ترجیح بستانکاران برای اشخاص غیر وابسته تا ۹۰ روز و برای اشخاص وابسته تا ۱ سال است. البته برای معاملات متقلبانه همراه ۲ سال است. در انگلستان برای معاملات با ارزش کمتر از مظنه روز ۶ ماه و برای معاملات مبتنی بر ترجیح طلبکاران برای اشخاص غیر وابسته تا ۶ ماه و برای سایر افراد وابسته تا ۲ سال است.

۲. دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۲۳۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۰۵.

۳. دادنامه شماره ۴۶۷ - ۸۶/۵/۲۲ شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

تحت یک شرایط خاص منعقد شده باشد ضرورتاً قابل ابطال نیست.^۱ به عنوان مثال در کشور انگلستان برای ابطال قرارداد با اشخاص غیروابسته باید ثابت شود که بدهکار ترجیح یک بستانکار را قصد و اراده کرده است. یا در برخی نظام‌های حقوقی دیگر اثبات برخی شرایط ذهنی ضرورت دارد (westbrook and others, 2001). بیشتر نظام‌های حقوقی از افراد با حسن نیت طرف قرارداد با شرکت تجاری ورشکسته حمایت می‌نمایند (adler and others, 2001: 341). با این حال این حمایت کامل نیست و بیشتر شامل اشخاص ثالث (غیر از طرف قرارداد با شرکت) می‌گردد و در قراردادهای با اشخاص وابسته، حسن نیت به طور کامل کنار گذاشته می‌شود زیرا این افراد اطلاع کافی از وضعیت بدهکار دارند. البته این امر صرفاً به عنوان یک اماره بوده و امکان اثبات خلاف آن مقدور است. در نظام حقوقی ایران در رابطه با قابلیت بطلان تمام معاملات شرکت تجاری ورشکسته قبل از صدور حکم ورشکستگی اختلاف نظر وجود دارد. برخی صرفاً اعمال حقوقی مندرج در ماده ۴۲۳ قانون تجارت را باطل و بلااثر دانسته و اصل صحت را نسبت به سایر اعمال حقوقی جاری دانسته (اسکینی، ۱۳۹۲: ۸۶) و برخی دیگر با این استدلال که در دوران توقف اصل بر بطلان معاملات است لذا تصرفات و معاملاتی که مشمول ماده ۴۲۳ قانون تجارت است باطل و بلااثر دانسته و معتقدند سایر اعمال حقوقی نیز اگر به قصد اضرار طلبکاران انجام شده باشد، قابلیت بطلان در دادگاه از طریق طرح دعوی از جانب مدیر تصفیه را دارد (سماواتی، ۱۳۹۵: ۱۹۱ و ستوده تهرانی، ۱۳۷۹: ۱۸۱). اختلاف نظرهای فوق در آرای محاکم نیز دیده می‌شود. به عنوان مثال در یک پرونده قضایی مربوط به اعلام بطلان مبیعه‌نامه عادی مؤخر بر تاریخ توقف ورشکستگی مرجع بدوی با این استدلال که قبل از صدور حکم ورشکستگی اشخاص ثالث واقف به ورشکستگی نبوده و با توجه به اصل جواز افعال حقوقی، حکم به رد دعوی نموده است که رأی اصداری در مرجع تجدیدنظر با

۱. در یک پرونده حقوقی که اداره کل تصفیه امور ورشکستگی به استناد دلایلی چند نظیر مواد ۴۲۳، ۴۲۴ و ۵۵۷ قانون تجارت خواستار اعلام بطلان معامله‌ای شده بود که بعد از تاریخ توقف و قبل از صدور حکم ورشکستگی منعقد گردیده دادگاه نخستین در رأی در کنار سایر دلایل این گونه استدلال نموده است که: «نظر به اینکه معامله صورت گرفته موجب رفع توقیفات ملک و فروش ملک با شرایط مساعدتر و قیمت بالاتری (که دلالت بر حسن نیت خریدار داشته) گردیده و کشف اراده نهانی و مضر بودن مستلزم اثبات از سوی خواهان می‌باشد» حکم به بطلان دعوای خواهان اصدار نموده است (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۵۲۲۱۵۰۱۴۴۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۵). به نظر استدلال دادگاه نخستین (فارغ از بحث حسن نیت خریدار) قابل تأیید است: زیرا از مفهوم مخالف ماده ۴۲۳ قانون تجارت و بندهای سه گانه آن بر می‌آید که قانون‌گذار سایر معاملات تاجر ورشکسته را صحیح تلقی نموده است. علاوه بر آن چنین تعبیری از حیث کاهش موارد بطلان مفید و صحت معامله صورت گرفته از حیث اقتصادی برای شرکت و طلبکاران کارآمدتر است.

استناد به اینکه مواد ۴۲۳ و ۵۵۷ قانون تجارت و مفهوم و مدلول رأی وحدت‌رویه شماره ۵۶۱ مورخ ۸۰/۳/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور تصریح دارد که معاملات تاجر بعد از توقف باطل و بلااثر است و در مانحن‌فیه به موجب دادنامه شماره ۴۶۷ - ۸۶/۵/۲۲ شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران، حکم ورشکستگی اعلان و تاریخ توقف وی ۱۳۷۸/۸/۱۱ تعیین گردیده و معامله موضوع پلاک ثبتی ادعایی بعد از آن تاریخ واقع و وکالت‌نامه تنظیم گردیده که به صراحت مواد مرقوم در قانون تجارت معامله مذکور باطل است و استدلال دادگاه محترم بدوی در رد دعوی فاقد مبنا و محمل قانونی است، به بطلان مبیعه‌نامه رأی صادر نموده است.^۱ به نظر می‌رسد که رأی اصداری مرجع تجدیدنظر قابل ایراد باشد و در این خصوص جهت کاهش هزینه‌های مربوط به عدم امنیت قراردادی باید دامنه ماده ۵۵۷ قانون تجارت را محدود تفسیر نماییم. در واقع ممنوعیت تاجر ورشکسته از دخالت در امور مالی امری استثنایی و منحصر به موارد مذکور در قانون تجارت است و فلسفه آن جلوگیری از ورود ضرر به دُیان است و چنانچه مقنن، نظر به بطلان کلیه معاملات معموله از سوی تاجر ورشکسته پس از توقف داشته دیگر نیازی به ذکر مصادیق معاملات و اعمال حقوقی باطل در ماده ۴۲۳ قانون تجارت نداشته است. علاوه بر این طبیعت حقوق شرکت‌ها ایجاب می‌نماید که مقررات آن به نحوی تعبیر و تفسیر گردد که باعث روان‌سازی معاملات و توافقات تجاری اشخاص گردیده و معتبر تلقی گردند (طوسی، ۱۳۹۵: ۶۹). مضاف بر مطالب بالا، برخلاف برخی نظام‌های حقوقی، در مقررات ورشکستگی ایران محدودیت زمانی برای تسری تاریخ توقف به گذشته وجود ندارد و تاریخ توقف می‌تواند به سال‌ها قبل از توقف برگردد که این اصل با وضع ثبات و استحکام معاملات و نظم عمومی اقتصادی در تعارض می‌باشد. از این رو بنظر می‌رسد که شمول ماده ۵۵۷ قانون تجارت را می‌بایست صرفاً ناظر به بطلان و بلااثر دانستن معاملات دانست که اشخاصی غیر از تاجر نسبت به اموال تاجر انجام داده‌اند.^۲ این تفسیر با ظاهر ماده ۵۵۷ قانون تجارت که تأکید نموده «این‌گونه معاملات حتی نسبت به خود تاجر نیز محکوم به بطلان است» هم‌خوانی دارد، چه در صورتی که قرارداد از جانب خود تاجر منعقد شده باشد پرواضح است که معامله نسبت به وی نیز باطل است و دلیلی بر بیان آن وجود نداشته است. در واقع این‌گونه قراردادها مانند حالتی است که شخصی نسبت به اموال دیگری قراردادی منعقد می‌نماید ولی اصل قرارداد به دلیل فقدان شرایط

۱. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۸۷۴ شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۲. برخی مواد مقدم بر ماده ۵۵۷ قانون تجارت موید استدلال فوق است. مثلاً ماده ۵۵۳ قانون تجارت صراحتاً بیان می‌دارد اگر اقوام شخص ورشکسته بدون شرکت مشارالیه اعمالی حقوقی را نسبت به اموال تاجر منعقد نمایند.

اساسی صحت معاملات باطل بوده و در نتیجه حتی اصیل نیز نمی‌تواند قرارداد را تنفیذ نماید. لذا، اینکه قانون‌گذار این‌گونه معاملات را نسبت به تاجر هم محکوم به بطلان دانسته برای دفع این توهّم است که این‌گونه معاملات، فضولی تلقی شده و منوط به اجازه خود تاجر گردند.^۱

۳-۱-۲. ضمانت‌اجراهای جایگزین بطلان معامله

حتی زمانی که مشخص گردیده است یک معامله باطل است ممکن است شرایطی به وجود آید که اعلام بطلان قرارداد را غیرممکن یا نامطلوب نماید. مثلاً تحت شرایطی ممکن است ارزش دارایی دریافتی شرکت تجاری ورشکسته کمتر از مبلغی باشد که وی به طرف مقابل داده است. گاهی اعلام بطلان قرارداد ممکن است سبب مشکلات مالی بیشتری برای بدهکار گردد. لذا، می‌توان به جای بطلان قرارداد ضمانت‌اجراهای دیگری در این خصوص به کار گرفت. رایج‌ترین و شاید مطلوب‌ترین شیوه در این خصوص اخذ ارزش اضافه‌ای است که طرف مقابل تحصیل کرده است.^۲ البته همواره نمی‌توان چنین ضمانت‌اجرایی را به کار گرفت. مثلاً ممکن است طرف قرارداد یک تضمینی را دریافت کرده که در این صورت هیچ ارزش اضافه‌ای قابل بازگشت نیست. در این شرایط یک ضمانت‌اجرای محتمل آن است که تعهد شرکت مبنی بر تضمین باطل تلقی گردد. در نظام حقوقی ایران دو دسته ضمانت‌اجرا برای اعمال حقوقی قبل از صدور حکم ورشکستگی وجود دارد. نخست قابلیت فسخ و دوم بطلان. مطابق ماده ۴۲۴ قانون تجارت قابلیت فسخ ناظر به معاملات قبل از تاریخ توقف بوده و در صورتی که قبل از صدور حکم فسخ مابه‌التفاوت پرداخت گردد دیگر موجبی برای ادامه رسیدگی نمی‌باشد. ضمناً دعوی فسخ ظرف دو سال از تاریخ وقوع معامله در محکمه پذیرفته می‌شود. لیکن ضمانت‌اجرای اصلی در دوره توقف بطلان است. برخی نویسندگان با این استدلال که می‌توان در معاملات ذاتاً ضرری (مانند ماده ۴۲۳ قانون تجارت) مطابق با اصول و مبانی حقوق مدنی حکم به عدم نفوذ کرد صدور حکم به بطلان موارد مندرج در ماده ۴۲۳ قانون تجارت را قابل انتقاد دانسته‌اند (عیسی تفرشی، ۱۳۷۶: ۷۳). چنین تعبیری از حیث کاهش موارد بطلان مفید

۱. در رابطه با ماده ۵۵۷ قانون تجارت معیارهای دیگری نیز ارائه شده است. معیار «سوء نیت تاجر در جهت اضرار به طلبکاران» که از جانب برخی نویسندگان حقوق تجارت (اسکینی، ۱۳۹۲: ۸۵) ارائه شده است از این حیث قابل انتقاد است که اثبات شرایط ورود ضرر و سوء نیت امری دشوار بوده و خود سبب افزایش هزینه دادرسی می‌گردد. ارائه معیار «معاملات تاجر ورشکسته به تقلب» (بنائی اسکویی، ۱۳۹۴: ۳۳) از این حیث که دامنه ماده ۵۵۷ قانون تجارت را بسیار محدود می‌نماید موافق با ثبات قراردادها است لیکن با ظاهر ماده فوق هم‌خوانی ندارد.
۲. این رویکرد در برخی مواد قانون تجارت ملاحظه می‌گردد. نک: ماده ۴۲۴ قانون تجارت که با پرداخت تفاوت قیمت از سوی طرف قرارداد با شرکت ورشکسته، دیگر معامله قابل فسخ نمی‌باشد.

است. به علاوه در برخی موارد عدم نفوذ و توانایی مدیر تصفیه در طرح یا عدم طرح دعوای اعلام بطلان از حیث اقتصادی مفیدتر است. به عنوان مثال پرداخت دستمزد کارکنان که برای ادامه فعالیت شرکت ضروری است در صورتی که مشمول بند ۳ ماده ۴۲۳ گردد باطل است (کاویانی، ۱۳۹۹: ۷۵). در حالی که اگر غیرنافذ باشد در اختیار مدیر تصفیه است و طبیعی است که چنین دعوایی را طرح نمی نماید. لیکن نظر فوق از این حیث که ماده ۴۲۳ قانون تجارت را محدود به منافع طلبکاران دانسته قابل انتقاد است. چه دانستیم وضع مقرر فوق علاوه بر حقوق بستانکاران یک جنبه حمایتی از خود شخص شرکت تجاری در شرف ورشکستگی را نیز دارد و مانع از آن می گردد که برخی فعالان بازار از وضعیت شرکت های با مشکلات مالی سوء استفاده نمایند (key, 2018: 91). به نظر می رسد اگر هدف قانون گذار حمایت از طلبکاران و جلوگیری از تبعیض بین آنها است (که در ظاهر نیز این گونه به نظر می رسد) وضع ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد به جای بطلان می تواند نتیجه مورد نظر قانون گذار را به شکل بهتری فراهم آورد زیرا برخلاف بطلان که بی اعتباری عقد مطلق است و هیچ اثری در جهان حقوق و دو طرف آن ندارد، عقد غیر قابل استناد در برابر دیگران در حکم باطل ولی نسبت به دو طرف عقد پیمانی است نافذ که باید مورد احترام قرار گیرد. لذا، علاوه بر اینکه امنیت قراردادی در این حالت بیشتر است، در صورت زیان بار بودن قرارداد نسبت به حقوق بستانکاران، مدیر تصفیه همواره توانایی آن را دارد که این گونه قراردادها را به چالش بکشاند.^۱ لازم به توضیح است که حتی در صورت پذیرش و درج ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد در قانون، در رابطه با برخی دعاوی که نتیجه رسیدگی به آنها مبهم و امکان صدور حکم به بطلان دعوی مدیر تصفیه می رود بهتر است که وی به جای طرح دعوا و تحمیل هزینه دادرسی بر شرکت و طلبکاران، از اختیارات مشروطی که قانون به مدیر تصفیه داده استفاده نموده و سعی در صلح و سازش این گونه دعاوی علیه اشخاص ثالث را داشته باشد (مواد ۴۵۸ و ۴۵۹ قانون تجارت).

۲-۲. بطلان اعمال حقوقی قبل از صدور حکم ورشکستگی و هزینه دادرسی

قرارداد باطل در دیدگاه حقوق در حکم هیچ است و برای برهم زدن و فرو ریختن ارکان فاسد آن حکم دادگاه ضرورت ندارد. با این حال چون قرارداد باطل نیز ظاهری آراسته دارد (اصل صحت) حکم دادگاه برای شکستن این ظهور و کشف واقع لازم است (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۳۵۷). بنابراین

۱. در ماده ۹۵۷ لایحه پیشنهادی قانون تجارت به درستی به این موضوع توجه گردیده و ضمانت اجرای معاملات ضرری نسبت به بستانکاران، صرفاً در مقابل آنها باطل و بلا اثر (غیر قابل استناد) می باشد. در لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ نیز نمونه هایی در خصوص به کار گرفتن ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد ملاحظه می گردد: نک: مواد ۱۱۸ و ۱۳۰.

یکی از مهم‌ترین هزینه‌های دعاوی اعلام بطلان معاملات، هزینه‌های دادرسی مربوط به اثبات آن است. برای کاهش هزینه‌های دادرسی شیوه‌های متنوعی در دسترس است. نخست محدوده زمانی امکان اعلام بطلان معاملات شرکت تجاری، دوم استفاده از فرض‌های حقوقی و سرانجام اثبات الزامات ذهنی. در ذیل هریک از موارد فوق تجزیه و تحلیل می‌گردند.

۲-۲-۱. محدوده زمانی امکان بطلان معاملات شرکت تجاری

تعیین محدوده زمانی توقف شرکت تجاری مستلزم هزینه تحقیق است. برخی نظام‌های حقوقی برای کاهش هزینه در این خصوص زمانی فرضی را به عنوان تاریخ توقف در نظر گرفته‌اند مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. بنابراین، هزینه‌های تحقیقاتی مربوط به تاریخ توقف از مدیر تصفیه به بستانکار مدعی تاریخ توقف طولانی‌تر منتقل می‌گردد.^۱ در برخی نظام‌های حقوقی دیگر (مانند ایران) هیچ محدوده زمانی از پیش تعیین شده‌ای در این خصوص وجود ندارد و همواره می‌توان برخی معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی را به چالش کشید. این شیوه به‌رغم مزایایی که ممکن است داشته باشد، به شدت به امنیت قراردادی لطمه وارد می‌آورد و حتی ممکن است منجر به مخاطره اخلاقی^۲ گردد. زیرا، بدهکاران را تشویق به انجام معاملات با ریسک بالا می‌نماید با این تحلیل که اگر معامله به نحو مطلوب پیش رفت می‌توانند از مزایای آن استفاده کنند، در غیر این صورت، چنین معامله‌ای همواره قابلیت بطلان را دارد. در قانون تجارت ما حد و حدودی برای قاضی در تعیین تاریخ توقف در نظر گرفته نشده است لذا وی اختیار دارد تاریخ توقف را به صلاحدید خود تا سال‌ها قبل از صدور حکم قرار دهد و به دفعات تاریخ توقف را تعدیل نماید.^۳ به نظر می‌رسد بهترین شیوه در این خصوص انتخاب ترکیبی از شیوه‌های فوق است، به این صورت که ایام توقف به صورت فرضی یک مدت کوتاهی (مثلاً شش ماه) باشد و بیشتر از این مدت (حداکثر تا ۲ سال) مدیر تصفیه موظف گردد که اثبات نماید توقف در این مدت رخ داده است. این شیوه علاوه بر اینکه هزینه‌های دادرسی را کاهش می‌دهد مانع از تضعیف توجیه اقتصادی سازوکار بطلان می‌گردد. النهایه با عنایت به این امر که در حال حاضر چنین محدودیت‌های زمانی وجود ندارد دادگاه‌ها می‌توانند جهت جلوگیری از سودجویی اشخاص از بطلان برخی معاملات، کارشناسان را موظف نمایند که آخرین توقیفی را که

۱. این شیوه در نظام حقوقی انگلستان برای معاملات با ارزش کمتر از مظنه بازاری با اشخاص وابسته در نظر گرفته شده است.

۲. مطابق این اصل، یک نهاد حقوقی (مانند یک قانون یا یک قرارداد) نباید چنان امتیازی برای یک فرد مهیا کند که احتمال بی احتیاطی یا بی مبالائی و در نتیجه، خطر ورود زیان به خود یا دیگران را افزایش دهد.

۳. بنگرید: ماده ۵۳۸ قانون تجارت.

ماندگار و غیر قابل علاج به نظر می‌رسد ملاک تعیین تاریخ توقف قرار دهند و نه قدیمی‌ترین توقف را (کاویانی، ۱۳۹۹: ۸).^۱ زیرا عدم تأدیه یک دین ممکن است به دلیل اختلاف حساب باشد یا فقط دلالت بر یک ناتوانی خفیف و کاملاً گذرا داشته باشد حال آنکه صدور حکم ورشکستگی برای ناتوانی‌های گذرا که بسیار هم اتفاق می‌افتد مناسب نیست.^۲

۲-۲-۲. استفاده از فرض‌های حقوقی

بسیاری از نظام‌های حقوقی به‌ویژه کشورهای حقوق نوشته مجموعه‌ای از معاملات را ارائه می‌دهند که قابلیت بطلان را دارند. در برخی مواقع این معاملات بدون استثنا مضر و باطل بوده و در مواردی دیگر فرض می‌شود که این معاملات مضر بوده مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. بنابراین زمانی که قانون‌گذار مجموعه‌ای معاملات باطل و بلااثر را ارائه می‌دهد شناسایی و به چالش کشیدن آن‌ها برای مدیر تصفیه آسان‌تر و هزینه کمتری از حیث هزینه‌های مربوط با تحقیق را دارد. در قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ نیز مطابق ماده ۴۲۳ مجموعه اعمال حقوقی‌ای پیش‌بینی گردیده که باطل بوده و خلاف آن نیز قابل اثبات نیست (اسکینی، ۱۳۹۲: ۸۶). در مبحث قبلی در راستای ثبات قراردادها استدلال گردید که وضع ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد مفیدتر از بطلان است. حال ممکن است ایراد شود که غیر قابل استناد بودن این‌گونه اعمال حقوقی از این حیث که ممکن است سبب افزایش هزینه دادرسی گردد قابل انتقاد است، زیرا در این صورت مدیر تصفیه می‌بایست قبل از طرح دعوا شرایط و چگونگی ورود ضرر به بستانکاران را (بر فرض آنکه نیازی به اثبات سوءنیت نیز نباشد) اثبات نماید امری که در برخی موارد دشوار است. لیکن این موضوع نیز قابل حل است. زیرا، قانون‌گذار می‌تواند برخی معاملات را به‌صورت مفروض ضرری دانسته و مدیر تصفیه نیازی به اثبات چنین موضوعی در دادگاه نداشته باشد. در این حالت ضمن توجه به استحکام معاملات، هزینه تحقیق و دادرسی در این خصوص که آیا معامله ضرری می‌باشد یا خیر به حداقل خود می‌رسد.

۱. این نظر در آرای برخی محاکم نیز منعکس گردیده است. به عنوان مثال در یک پرونده حقوقی، سهام‌دار یک شرکت به استناد ناتوانی شرکت در پرداخت سود سالانه متعلق به وی تقاضای صدور حکم ورشکستگی شرکت را نموده است که دادگاه قرار ارجاع امر به کارشناس را صادر نموده و سپس به دلیل آنکه ملاک وقفه در امور تجاری را عجز واقعی از پرداخت دیون دانسته لذا عدم تأدیه یک دین را کافی برای صدور حکم ورشکستگی شرکت خوانده دعوا ندانسته و حکم به بطلان دعوای خواهان صادر نموده است (رای شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۶۳ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۱۵). رای اصداری فوق عیناً در مرحله تجدیدنظر تایید گردیده است.

۲. برای ملاحظه نظر مخالف مبنی بر اینکه عدم پرداخت یک دین مسلم، برای صدور حکم ورشکستگی کافی است، نک: صقری، ۱۳۶۷: ۸۹.

پرسش دیگر آن است که آیا طرف مقابل می‌تواند با اثبات حسن نیت خود از تحمیل ضمانت اجرای بطلان بر قرارداد منعقدۀ با تاجر ورشکسته رهایی یابد یا خیر؟ برخی نویسندگان در راستای اصل انصاف اظهار نموده‌اند که برای بطلان معاملات باید شخص طرف مقابل آگاه از وضعیت تاجر باشد، به عبارت دیگر با اثبات حسن نیت طرف قرارداد با تاجر ورشکسته ضمانت اجرای بطلان نباید بر وی تحمیل گردد (عرفانی، ۱۳۷۵: ۱۹۸). لیکن به نظر می‌رسد وضع چنین قیدی در قانون می‌تواند منجر به هزینه‌های اقتصادی متعددی گردد. نخست؛ سبب افزایش حجم دعاوی بطلان در دادگستری می‌گردد و از آنجایی که رسیدگی به این‌گونه دعاوی زمان‌بر است این امر خود سبب طولانی شدن تصفیه امور ورشکستگی و تحمیل هزینه‌های آن بر بستانکاران می‌شود. دوم؛ وضع چنین مقرره‌ای سبب مخاطره اخلاقی نیز می‌گردد. زیرا، طرف قرارداد با بی احتیاطی و بدون توجه به وضعیت شرکت تجارتي وارد معامله با شرکت گردیده به امید آنکه بر فرض متوقف بودن شرکت وی همواره این فرصت را دارد که حسن نیت خود را اثبات نموده و از تحمیل ضمانت اجرای بطلان بر قرارداد بگریزد. علاوه بر این نمی‌توان از «حسن نیت» اشخاص ثالث به عنوان یک مفهوم «اخلاقی» یاد کرد و استدلال نمود که اخلاقی نخواهد بود با فردی که نسبت به عالم واقع علم و اطلاع کافی نداشته همانند فردی برخورد کرد که نسبت بدان عالم می‌باشد، زیرا، همان اخلاق ایجاب می‌نماید که حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت بر حقوق شرکت و سایر بستانکاران ترجیح داده نشده و منافع آنان نیز در نظر گرفته شود (طوسی، ۱۳۹۳: ۱۸۸). نظر به کلیه موارد فوق و با عنایت به این امر که فلسفه اصلی وضع سازوکارهای بطلان معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی حمایت از بستانکاران است و در فرض امکان اثبات حسن نیت طرف قرارداد با شرکت هزینه‌های متعددی بر بستانکاران تحمیل می‌گردد به نظر می‌رسد که امکان اثبات حسن نیت برای جلوگیری از تحمیل ضمانت اجرای بطلان بر قرارداد منعقدۀ با تاجر ورشکسته مغایر با وضع مقرره فوق بوده و ضرورتی به درج آن در قانون نیست.^۱

۱. لازم به ذکر است در صورتی که موضوع قرارداد به شخص ثالث با حسن نیتی منتقل گردیده باشد قانون‌گذار می‌تواند برای رعایت حال منتقل‌الیه و رعایت اصل استحکام معاملات به حسن نیت اشخاص ثالث در این مورد اعتبار نهاده و قرارداد آنها مشمول ضمانت اجرای بطلان نگردد. البته تفسیر فوق با صدور رأی وحدت رویه اخیر دیوان عالی کشور (شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۰۴) مبنی بر اینکه «با توجه شرط منعقدۀ بین طرفین... معامله فسخ و ملک مسترد می‌شود ولو اینکه ملک توسط خریدار اول به اشخاص دیگری فروخته شود، معامله دوم باطل و ملک باید به فروشنده برگردد» به دشواری قابل پذیرش است. لیکن با توجه به ماده ۴۲۵ قانون تجارت که بیان می‌دارد در صورت فسخ معامله

۳-۲-۲. اثبات الزامات ذهنی

اقدام بر مبنای حسن / سوءنیت می‌تواند آثار متفاوتی را برای طرف قرارداد با شرکت تجاری ورشکسته داشته باشد. در بسیاری از نظام‌های حقوقی کسی سوءنیت دارد که از وضعیت شرکت باخبر است، یعنی می‌داند چرا معامله با ارزش کمتر از مبلغ واقعی خود است و می‌داند که شرکت دچار مشکل مالی گردیده است. همچنین برای بطلان معاملات اشخاص ثالث غیر طرف قرارداد نیز مهم است که می‌دانسته‌اند که این مال از شرایط فوق به‌دست آمده است یا خیر. بنابراین مفهوم سوءنیت به معنای آگاهی و قصد در اقدام به روشی خاص است. با این حال اثبات این امر هزینه‌بر است. لذا، برخی نظام‌های حقوقی برخی مفروضات را سوءنیت تلقی کرده‌اند. این مفروضات بیشتر در رابطه با افراد وابسته که اطلاع بیشتری دارند به کار گرفته می‌شود اما همواره برای طرف مقابل امکان اثبات خلاف آن وجود دارد. برخی نظام‌های حقوقی برای ابطال قرارداد، اثبات یک الزام ذهنی را شرط دانسته‌اند. مثلاً در نظام حقوقی انگلستان برای ابطال قرارداد مبتنی بر ترجیح باید «انگیزه و قصد» بدهکار نیز اثبات گردد.^۱ امری که اثباتش در عمل غیر ممکن و نتیجه چنین دادرسی‌هایی غالباً نامشخص است (key, 2018: 97). در نظام حقوقی ایران در برخی موارد سوءنیت مفروض واقع گردیده است (اعمال حقوقی مندرج در مواد ۴۲۳ و ۵۵۷ قانون تجارت بنا به تفسیری) و در برخی موارد دیگر باید اثبات گردد (ماده ۴۲۴ قانون تجارت). ضرورت اثبات سوءنیت اگرچه در نگاه نخست سبب افزایش هزینه‌های دادرسی می‌گردد لیکن در واقع سبب کاهش هزینه دادرسی بوده و منجر به بی‌انگیزگی و لغو اقامه دعوا از جانب مدیر تصفیه می‌گردد مگر در مواردی که سوءنیت واضح و قابل اثبات باشد (Gurrea-Martínez, 2018: 33). در واقع، اثبات معیارهای ذهنی سخت و در شرکت‌های تجاری به مراتب دشوارتر است و از آنجا که رسیدگی به این دعاوی زمان‌بر و نتیجه آن نیز نامشخص است (deweij, 2011: 222)، معمولاً مدیران تصفیه تمایلی به طرح آن ندارند. به عبارت دیگر هرگاه قانون‌گذار اثبات سوءنیت را لازم دانسته هدفش آن بوده که امکان طرح این دعاوی به حداقل رسیده و صرفاً محدود به موارد مشخص و واضح باشد و از این طریق علاوه بر حفظ استحکام معاملات مانع از طرح دعاوی و تحمیل هزینه دادرسی بر بستانکاران گردد.

اگر مال موضوع قرارداد در تصرف طرف قرارداد نباشد (یعنی به شخصی ثالثی منتقل گردیده باشد) نامبرده باید تفاوت قیمت را بدهد، بنظر می‌رسد که قانون‌گذار در اینجا با هدف حمایت از شخص ثالث چنین مقرره‌ای را وضع نموده است و می‌توان این مقرره را در خصوص بطلان معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی و انتقال موضوع قرارداد به شخص ثالث با حسن‌نیت نیز تسری داد.

1. Insolvency Act 1986, s 239(4).

نتیجه

یک نهاد و یا مقررۀ حقوقی زمانی دارای کارآیی اقتصادی است که فواید آن بیش از هزینه‌هایش باشد. این مقاله با نگرش فوق به معاملات مقدم بر صدور حکم ورشکستگی شرکت‌های تجاری پرداخته و مهم‌ترین نتایج به دست آمده از مجموعه مطالب مطرح شده به شرح ذیل است:

۱. مطابق ماده ۴۲۳ و ۵۵۷ قانون تجارت برخی معاملات از تاریخ توقف شرکت تجاری ورشکسته باطل و بلا اثر است. در هیچ یک از مقرره‌های فوق محدودۀ زمانی مشخصی برای تاریخ توقف تعیین نشده است. این موضوع در وهله نخست به شدت استحکام معاملاتی را کاهش داده و در وهله ثانی سبب تحمیل هزینه تحقیق در خصوص تعیین تاریخ توقف بر مدیر تصفیه می‌گردد. به علاوه مخاطره اخلاقی را نیز در پی داشته و بدهکاران را تشویق به معاملات با ریسک بالا می‌نماید چه اینکه همواره این گونه معاملات ممکن است مشمول ضمانت اجرای بطلان گردند. با توجه به مراتب فوق و با عنایت به این امر که عدم تعیین مدت برای تاریخ سبب صدور آرای مختلفی در این رابطه گردیده به گونه‌ای که در برخی آرا معیار تاریخ توقف زمان طرح دادخواست و در برخی دیگر این تاریخ سال‌ها قبل از اعلان رأی ورشکستگی تعیین گردیده پیشنهاد می‌شود که در قانون جدید تجارت یک تاریخ توقف به صورت فرضی (۶ ماه) تعیین و بیشتر از این مدت (حداکثر تا ۲ سال) وظیفۀ اثبات آن بر عهده مدیر تصفیه باشد. این شیوه علاوه بر کاهش هزینه تحقیق، مانع از تضعیف توجیه اقتصادی مقررات بطلان اعمال حقوقی قبل از ورشکستگی می‌گردد. البته تا زمان وضع مقررۀ فوق پیشنهاد می‌گردد که محاکم حقوقی جهت رفع نقیصۀ فوق معیار توقف را آخرین توقیفی که ماندگار و غیر قابل علاج است قرار دهند و نه قدیمی‌ترین توقف را.

۲. برخی صاحب نظران حقوق تجارت با استناد به ماده ۵۵۷ قانون تجارت استدلال نموده‌اند که تمامی معاملات تاجر ورشکسته بعد از تاریخ توقف در صورت اثبات سوء نیت و ضرری بودن برای بستانکاران قابلیت ابطال را دارد. این نظر در آرای برخی محاکم نیز منعکس گردیده است. چنین برداشتی از ماده ۵۵۷ قانون تجارت - به خصوص در نظام حقوقی ایران که محدودیت تسری تاریخ توقف به گذشته وجود ندارد و مطابق رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ دیوان عالی کشور مورخ (۱۴۰۰/۰۳/۰۴) که در صورت فسخ (یا بطلان) قرارداد ولو اینکه موضوع قرارداد به اشخاص ثالث با حسن نیت منتقل شده باشد باید مسترد گردد - با وضع ثبات معاملات و نظم عمومی اقتصادی مغایر است. از این رو با توجه به موقعیت مکانی ماده ۵۵۷ قانون تجارت و با توجه به ظاهر ماده که معاملات را نسبت به خود تاجر نیز محکوم به بطلان دانسته می‌بایست آن را محدود به معاملات اشخاص غیر تاجر نسبت به اموال تاجر دانست.

۲. ضمانت اجرای معاملات بعد از تاریخ توقف بطلان است. اثبات شد که دغدغه اصلی قانون‌گذار در وضع مقررات بطلان معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی حمایت از بستانکاران به عنوان یک کل واحد است - نه حمایت از تاجر ورشکسته و امکان بازسازی کسب و کار وی - لذا به نظر می‌رسد که وضع ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد معاملات در مقابل بستانکاران در این خصوص می‌تواند مفیدتر باشد. چه، سبب کاهش موارد بطلان گردیده و در برخی موارد - نظیر پرداخت دیون کارکنان که برای فعالیت اقتصادی و احیاناً بازسازی مجدد شرکت ضروری است - از حیث اقتصادی می‌تواند مؤثر باشد.

در وضع مقررات ناظر به بطلان معاملات قبل از صدور حکم ورشکستگی عنصر حسن نیت یا سوء نیت می‌تواند نقش مؤثری را ایفا نماید. لذا، هر جایی که قانون‌گذار به استحکام معاملات توجه بیشتری داشته باشد می‌تواند جهت جلوگیری از بطلان قرارداد ضرورت اثبات سوء نیت را وضع نماید (مانند معاملات با اشخاص غیروابسته یا معاملات قبل از تاریخ توقف). البته باید توجه داشت که امکان اثبات حسن نیت از جانب طرف دیگر قرارداد در راستای جلوگیری از تحمیل ضمانت اجرای بطلان بر وی، به دلایل متعددی نظیر افزایش حجم دعاوی دادگستری، مخاطره اخلاقی و تحمیل هزینه بر بستانکاران شرکت از لحاظ اقتصادی فاقد توجیه بوده و نباید مورد استفاده قرار گیرد.

منابع

فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۲)، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- ایزانلو، محسن و عباس میرشکاری (۱۳۹۰)، «مطالعه تطبیقی اصل تساوی طلبکاران»، مجله نامه مفید، شماره ۱۰۰.
- بنائی اسکویی، مجید (۱۳۹۴)، «نقد رأی بطلان معاملات ورشکسته در فاصله توقف تا صدور حکم ورشکستگی»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی، شماره ۱۲.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۰)، حقوق تجارت، جلد چهارم، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات نشر دادگستر.
- سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۹۵)، اصول ورشکستگی: مطالعه تحلیلی و نظری ورشکستگی بازرگانان حقیقی و شرکت‌های تجاری در ایران، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۹)، حقوق اقتصادی، چاپ نخست، تهران: انتشارات سمت.
- صادقی، محسن و فهیمه یادگاری (۱۳۹۹)، تحلیل حقوقی-اقتصادی وضعیت معاملات سهام ثبت شده در سازمان بورس خارج از بورس اوراق بهادار، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۹۵.
- صقری، محمد (۱۳۶۷)، حقوق بازرگانی، شرکت‌ها، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- صقری، محمد (۱۳۹۳)، حقوق بازرگانی، ورشکستگی عملی و نظری، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طوسی، عباس (۱۳۹۳)، تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- طوسی، عباس (۱۳۹۵)، «حق رأی طلبکاران شرکت: تحلیل حقوقی-اقتصادی»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۳۶.
- عالی پناه، علیرضا و نرگس گلپایگانی (۱۳۹۸)، «اصل تساوی بستانکاران در تصفیه شرکت تجاری، در حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۴، شماره ۸۶.
- عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۸)، حقوق تجارت: ورشکستگی، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
- عرفانی، محمود (۱۳۷۵)، «بطلان معاملات تاجر بعد از توقف؛ بررسی و نقد رأی وحدت رویه شماره ۵۶۱ مورخ ۱۳۷۰/۰۳/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۱.
- عیسی تفرشی، محمد (۱۳۷۶)، «اثر حکم ورشکستگی نسبت به معاملات تاجر ورشکسته با توجه به اصول و مبانی حقوق مدنی»، مجله مدرس، شماره ۵.
- غلامی، جهانبخش و سلمان باقرپور (۱۴۰۰)، «سوءاستفاده شرکت مادر از شرکتهای تابعه در حقوق ایران؛ مصادیق، تبیین مسئولیت و راهکارها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- فولادگر، فریبا و محسن ایزانلو (۱۳۹۹)، «مطالعه تطبیقی اجرای حقوق ممتاز دریایی در دادرسی ورشکستگی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶)، قواعد عمومی قراردادها: جلد دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.

- کاویانی، کورش (۱۳۹۹)، *حقوق ورشکستگی*، چاپ پنجم، تهران: انتشارات میزان.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۹)، *نقد آرای ورشکستگی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات پژوهشگاه قوه قضائیه.

انگلیسی

- Keay, Andrew, (1997), **Avoidance Provisions in Insolvency**, Publisher: Wm W. Gaunt & Sons.
- Keay, Andrew, (2018), Harmonisation of avoidance rules in European Union insolvencies: the critical elements in formulating a scheme, **Northern Ireland Legal Quarterly** 69 (2).
- Gurrea-Martínez, Aurelio, (2018), The Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions: An Economic and Comparative Approach, **Chicago-Kent Law Review**, Volume 93, Number 3.
- Eckbo, B. Espen & Thorburn, Karin S., (2003), **Control Benefits and CEO Discipline in Automatic Bankruptcy Auctions**, 69, journal of financial economics.
- Adler, Barry E., Baird, Douglas G. and Thomas H. Jackson, (2001), **Bankruptcy: Cases, Problems and Materials** (Foundation Press, 4th Edition).
- Casasola, Oriana, (2019), The transaction avoidance regime in the recast insolvency regulation: Limits and prospects, *Int Insolv Rev.*;28:1-21.
- Skeel, David A. (2018), **The Empty Idea of Equality of Creditors**, university of pennsylvania law school, Faculty Scholarship.
- deWeijts, Roelf Jakob, (2011), Towards an Objective European Rule on Transaction Avoidance in Insolvencies, *Int. Insolv. Rev.*, Vol. 20: 219-244.
- EC (DG Justice and Consumer Affairs (2016), **'Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency'** Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices.
- Mucciarelli, F. (2013), **'Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and its Political Dimension'** 14 *European Business Organization Law Review* 175.
- Eidenmüller, H. (2006), Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, Workouts and the Incentives for Shareholders / Managers. **European Business Organization Law Review**, 7, 239-243.
- Westbrook, Lawrence; Booth, Charles D.; Paulus, Christoph G.; Rajak, Harry. (2010), **A Global View of Business Insolvency Systems**. Washington, DC: World Bank and Brill.
- Armour, John, Hertig, Gerard and Kideki Kanda, in Kraakman et al, (2009), **the anatomy of corporate law: a comparative and functional approach** (Oxford University Press).
- Armour, John, (2003), **Transactions at an Undervalue**, in John Armour and Howard Bennet (eds.), *vulnerable transactions in corporate insolvency*, 46.
- Franks, Julian (2015), Oren Sussman and Vikrant Vig, *The Privatization of Bankruptcy: Evidence from Financial Distress in the Shipping Industry*, Working Paper.
- Davies, Paul, (2006), *Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, 7 *European business organization law review* 301.

- Mokal, Rizwaan J. (2005), **Corporate Insolvency Law: Theory and Application** (Oxford University Press).

هرمنوتیک و ارزش‌گذاری قضایی نقاشی‌های پست‌مدرن در حقوق مالکیت فکری

سیداحسان رفیعی علوی*، سعید محبوب**

چکیده

یکی از جدیدترین چالش‌های فراگیر در حقوق مالکیت ادبی و هنری، ارزش‌گذاری بر روی نقاشی‌های پست‌مدرن می‌باشد. این آثار به علت فقدان قواعد خاص، نداشتن سبکی واحد، تناقض‌آمیز و شالوده‌شکن بودن و در نتیجه فردی شدن ماهیت کاملاً متمایزی نسبت به نقاشی‌های سنتی و مدرن پیدا کرده‌اند؛ به گونه‌ای که تا امروز معیار مشخصی برای ارزش‌گذاری بر روی این آثار ذکر نشده است. از آنجا که این آثار ممکن است آورده شرکت تجاری واقع بشوند و یا مورد رهن‌گذاری قرار گیرند و یا در مواردی موجب ایجاد مسئولیت مدنی واقع گردند بالقوه می‌تواند موضوع ارزش‌گذاری آن‌ها اهمیت قضایی مضاعف پیدا کند. در این مقاله با توجه به روش علم هرمنوتیک و زیبایی‌شناسی، به ارائه معیارهایی جامع و مانع برای چگونگی ارزش‌گذاری بر روی نقاشی‌های پست‌مدرن پرداخته شده است تا با روش علم هرمنوتیک به عنوان خادم تحقیقات قضایی هدف عدالت رویه‌ای را در این دعاوی تضمین نماید. نتیجه تمرکز بر اصول یافته تفسیر هرمنوتیکی درخصوص گرامر هنر پست‌مدرن و تأکید بر شخصیت ذهنی نگارنده می‌تواند تبدیل این مفهوم کیفی به روش‌های کمی ارزش‌گذاری اقتصادی را تأمین نماید.

واژگان کلیدی: ارزش‌گذاری قضایی، حقوق مالکیت فکری، نقاشی پست‌مدرن، زیبایی‌شناسی، هرمنوتیک

* rafiealavy272@gmail.com

* استادیار گروه فقه مضاف، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران

** دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول)
sd.mahjoob@gmail.com

مقدمه

امروزه، حقوق مالکیت فکری اهمیت گسترده‌ای در تعاملات تجاری یافته است و در توسعه اقتصادی کشورها نقش برجسته‌ای ایفا می‌کند (کوهستانی و ناصری، ۱۳۹۹: ۱۹۲). علم حقوق به‌عنوان یکی از مهم‌ترین رشته‌های علوم انسانی متکفل وضع قوانین و مقرراتی است که جامعه را به‌سوی حرکت مطلوب سوق داده و موجب نهادینه شدن عدالت و نظم در جامعه شود. در این میان، گرایش‌ات حقوقی هر یک با تمرکز بر موضوعی خاص ضمن تعقیب اهداف مذکور موجب غنای بیش از پیش خود نیز گشته‌اند. حقوق مالکیت فکری یکی از گرایش‌ات نوظهور حقوقی است که ورای حقوق کلاسیک به دستاوردهای خلاقیت انسانی نظر دارد. در حقوق مالکیت فکری مسلماً هر ایده‌ای که به اثر تبدیل شود و مسیر معقول به محسوس را طی نماید به‌عنوان یک اثر هنری و معنوی و دارای شرایط لازم؛ مورد حمایت مقنن خواهد بود؛ اما ارزش‌گذاری این آثار با توجه به ملاک‌های زیباشناسانه متفاوت خواهد بود؛ به عبارت دیگر از همه آثار حمایت می‌شود؛ اما اینکه ارزش‌گذاری اقتصادی و قیمت آن‌ها چقدر باشد؟ که البته بستگی به امور زیبایی‌شناسانه دارد و در تضمین کیفیت حمایت اثر بسزایی دارد. پس هرچه اثری زیباتر باشد و این زیبایی فهم شود ارزش و قیمت اثر بیشتر خواهد بود. در مواردی که قراردادی میان هنرمندی و فرد دیگر به‌عنوان پیشنهاددهنده منعقد می‌گردد، به علت وجود قرارداد، مشکلی در تعیین ارزش واقعی اثر وجود ندارد. همان‌گونه که در بازار هنر رایج است که «دلالتان اغلب قراردادهایی انحصاری با هنرمندان می‌بندند و بر این اساس به هنرمندان کمک یا دستور داده می‌شود انواع، اندازه و تعداد خاصی از آثار را تولید کنند.» (استالا براس، ۱۳۸۹: ۱۰۶) اما به هر صورت حقوق ما هنوز به روشنی پاسخ‌گوی مسائل جدید مطرح در این زمینه نیست (کاویانی و الماسی، ۱۳۹۹: ۱۲۶).

اما در موارد غیرقراردادی که امروزه نیز بسیار رایج است مانند رهن‌گذاری اموال مالکیت فکری و یا در مواردی که آورده شرکت‌های تجاری واقع می‌شوند تعیین قیمت اهمیت قضایی بسیاری می‌یابد. این امر در مورد هنرهای سنتی به علت وجود معیارهای مشخص عینی و عمومی مشترک چندان مشکل به نظر نمی‌رسد؛ همان‌گونه که در تبصره ۱ ماده ۵ متمم آیین‌نامه شورای ارزشیابی هنرمندان، نویسندگان و شاعران کشور مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی مصوب ۱۳۸۴/۷/۱۲، ملاک ارزش‌گذاری را جدول مربوط به هنرهای سنتی قرار داده است، اما این ارزش‌گذاری مسلماً از بحث مذکور که راجع به ارزش‌گذاری بر روی نقاشی‌های پست‌مدرن است خروج موضوعی دارد و نمی‌تواند مورد استناد قرار بگیرد؛ چراکه ماهیت آن‌ها با یکدیگر بسیار متفاوت و موضوع‌شناسی متفاوت مسیر قضایی را از راهکار قانونی پیش‌بینی شده دور و غیرممکن می‌نمایاند. ارزش‌گذاری

اقتصادی بر روی هنر پست مدرن به علت ماهیت آن بسیار مشکل به نظر می رسد؛ چراکه فضای پست مدرن فاقد ملاک های زیبایی شناختی فرافردی است. در این فضا هر ملاکی به فرد حامل آن محدود می شود (بازرگانی، ۱۳۸۱: ۱۶۳). اما این دشواری نمی تواند مانعی در برابر ایجاد معیار و ضابطه برای دستیابی به نظم در کوتاه مدت و رسیدن به عدالت قضایی در بلندمدت گردد چرا که علم حقوق، متکفل ایجاد ضابطه برای جلوگیری از تشتت آرا و احکام صادره و در نتیجه تضمین عدالت رویه ای می باشد و در نتیجه تزامنی میان نبود معیار مشخص در نقاشی های پست مدرن و الزام به ایجاد معیار و ضابطه در علم حقوق پدیدار می شود که مسئله اصلی تحقیق حاضر را تشکیل می دهد. به همین منظور در متن سعی بر آن بوده است تا با استفاده از زیبایی شناسی هنر پست مدرن و دانش هرمونوتیک و ارتباط آن با طریقه فهم انسانی به صورت کلی و بدون منحصر دانستن آن به متون نوشتاری و با دادن ضابطه ای دقیق در این موارد، برای رفع این نقیصه گام هایی برداشته شود. مسلماً در این نوشتار هرمونوتیک از آن رو مورد توجه قرار گرفت که ارزش گذاری صحیح بر روی آثار وقتی ممکن است که فهم از اثر ممکن گردد. به عبارت دیگر تا اثر فهم نشود ارزش گذاری مالی واقعی بر روی آن نیز میسر نخواهد بود. فرضیه تحقیق وجود رابطه معنادار بین هرمونوتیک به عنوان روش تفسیر و مقدمه فهم برای ارزش گذاری اقتصادی آثار و نقاشی های پست مدرن می باشد.

تاکنون روش های قضایی تجربه دقیقی از ارزش گذاری با معیارهای چینی ندارد و لذا یافته تحقیق می تواند مسیر قضایی را برای استفاده از علوم جدید روش شناسانه و تفسیری به عنوان خادم مسئله حقوقی مدنظر قرار گیرد. هرچند که استفاده از علوم میان رشته ای اکنون با ذات استدلال های ناب حقوقی قدری فاصله دارد و ذهن حقوقی چندان راحت نیست تا یافته های علمی تحقیقات علوم دیگر را به راحتی بپذیرد و گاه تلاش های چینی را بی معنی تلقی می نماید.

پیشینه تحقیق در این رابطه نیز به صورت مستقیم خالی از سابقه دانشی منسجم است و اغلب کارهای علمی در این رابطه به خوانش جامعه شناختی آثار پست مدرن متمرکز بوده و چندان تناسبی با تحقیق حقوقی در این رابطه وجود ندارد.

ساختار تحقیق حاضر برای پی جویی نتیجه این گونه سامان یافته است که در فراز اول تحقیق موضوع شناسی کاملی از نقاشی پست مدرن و الگوهای اساسی آن در حقوق مالکیت فکری ارائه شده است و در فراز دوم رویکردی هرمونوتیکی به مثابه روش تفسیر قضایی مفهوم حقوقی مورد بررسی قرار گرفته شده است و در نهایت و در فراز سوم چگونگی این تفسیر قضایی تبیینی بین رشته ای میان روش فلسفی هرمونوتیک و الگوی پست مدرن قرار گرفته است.

۱. هنر و نقاشی پست مدرن و الگوهای حقوق مالکیت فکری آن در حوزه قضایی

برای ترسیم دقیق از نقاشی پست مدرن و الگوواره‌های حقوقی این آثار در حقوق مالکیت معنوی ابتدا لازم است تا ترسیم دقیقی از هنر پست مدرن و مؤلفه‌های آن و سپس نقاشی پست مدرن به طور خاص ارائه شود:

۱-۱. موضوع‌شناسی پست مدرن و ماهیت آن

نقاشی پست مدرن مانند سایر موارد مشتق شده از پست مدرنیسم، زائیده وضعیت پست مدرن می‌باشد. بنابراین برای فهم معنای نقاشی‌های پست مدرن ناگزیر از شناخت مفهوم پست مدرنیسم می‌باشیم. پست مدرن در لغت به معنای بعد از مدرن می‌باشد. اما در اصطلاح، هنوز مفهوم واحدی از آن ارائه نشده است. برخی معتقدند که «پست مدرنیسم که عنوان دوران پس از مدرن را به خود گرفته رویکرد و تفکری است که اعتماد و اطمینان به آرمان‌ها و اصول مدرنیسم را مورد پرسش و تردید جدی قرار داده و با اندیشه‌های مورد تأیید دوران مدرن سر ناسازگاری گذاشت. پست مدرنیسم از همان اصل پیشرو و مترقی مدرن، انتقاد کردن (که به آن می‌بالید) سود جست و آن را بر علیه خودش به کار بست. تفکری که می‌توان آن را مقوله انتقادی انعطاف‌پذیری با دامنه‌ای از کاربردها و درک‌های بالقوه دانست.» (وارد، ۱۳۸۴: ۱۹) اما آنچه مشخص است این است که پست مدرنیسم غایتی ورای مدرنیسم در سر می‌پروراند بدون اینکه کاملاً از آن بریده باشد. به همین منظور گفته‌اند: پست مدرنیسم مدرنیته‌ای است فراسوی متافیزیک که دیگر رویای نهایی در سر نمی‌پروراند، اما همچنان روح آزمایشی و عقلی و انتقادی علم و هنر، فردباوری و دمکراسی مدرن را حفظ کرده است (حقیقی، ۱۳۸۱: ۷۶). از آنجا که رویای نهایی در ماهیت پست مدرنیسم وجود خارجی پیدا نمی‌کند، لذا رسیدن به آن نیز وجهه همت آنان قرار نمی‌گیرد. بنابراین تکرر به رسمیت شناخته می‌شود و در این شرایط «وضعیت پست مدرن به تنوع روش‌ها درباره شکستن مرزها و انفجار درونی اختلاف در شرایط و اوضاع و احوال فرهنگی ارجاع می‌دهد» (Jennings & Graham, 2006: 269). وضعیت پست مدرن از افراد یعنی از نظرات فردی تشکیل می‌شود. یعنی در این وضعیت، هیچ حکم فرافردی و مستقل از وجود افراد نمی‌تواند باشد. به عبارت دیگر هیچ اصلی بدون انسانی که آن اصل را حامل باشد پذیرفته نیست. در وضعیت پست مدرن فقط آدم‌ها هستند که حضور دارند. هیچ ایده‌ای، فلسفه‌ای، مذهبی، اخلاقی و ارزشی ورای انسانی که آن را حامل باشد اذن ورود به فضای پست مدرن را پیدا نمی‌کند. (بازرگانی، ۱۳۸۱: ۱۶۲) و چون مرجعیت بیرونی از میان می‌رود در نتیجه، «در نظر پست مدرنیسم هیچ معیار جهان‌شمولی برای حقیقت وجود ندارد و دعوی فهم همیشه زمان‌مند و مکان‌مند است. در نگاه پست مدرنیست حقیقت نسبی است و از اهمیت فعل

انسانی کاسته می شود» (Jennings & Graham, 2006: 269-270) به طور کلی برای ترسیم وضعیت پست مدرن این سخن والتر تروت اندرسون را می توان بیان کرد: «صحبت از عصر یا دوران شده است، دوره ای پرتلاطم، آشوب زاء، تناقض آمیز، آشفته، نابسامان، گیج کننده و در عین حال پرتوان، خلاق ولی نه سازنده بلکه شالوده شکن، بنیان برانداز و ویرانگر، البته امیدبخش و نویددهنده. واژه یا اصطلاحی که غالباً برای این عصر یا دوران، به کار برده می شود، «پست مدرن» است». (اندرسون، ۱۳۷۹: ۸۰) انسان فرانوگرا و نقاش پست مدرن دارای ویژگی هایی است که عاریت از این وضعیت است. «او در زندگانی خود التقاط را به جای انحصارهای پیشین می گذارد و به حد اعلی سبک های گوناگون را با هم در می آمیزد. به جای آنکه این شود یا آن، پیرو سبک مرسوم باشد یا پیشتاز، بورژوا باشد یا قلندر، ناهماهنگ ترین ذوق ها، ضد و نقیض ترین الهام ها را به هم می پیوندد. به آیینی پایبند نیست و هیچ وابستگی مقیدش نمی کند.» (کروت، ۱۹۸۷: ۱۰۸-۱۰۷). هرچند مطالب گفته شده در مورد پست مدرنیسم توانسته است بخشی از ماهیت این وضعیت جدید را ترسیم کند اما همان طور که مشهود است؛ از پست مدرنیسم تعریف اصطلاحی مشخص و معینی که جامع و مانع باشد وجود ندارد، در نتیجه برای نقاشی پست مدرن نیز تعریف مشخصی نمی توان ارائه داد و از همین رو و به تبعیت منطق ارسطویی به دنبال حد و رسم بودن نمی تواند روشن کننده ماهیت آن باشد. به همین جهت به ذکر اوصاف اساسی و الگوهای آن پرداخته می شود.

به اجمال می توان گفت هنر پست مدرن با چند مؤلفه قابلیت بازشناسی دارد که در نقاشی پست مدرن نیز این اشتراکات وجود دارد:

۱. انتقادی بودن نسبت به فرم ها و فلسفه های هنری، ۲. فردگرایی و خروج از ضابطه های فرا فردی، ۳. نقض گرایی، ترکیب گرایی و چند هنری در نقاشی.
- ضوابط فوق باعث می شود تا عینیت گرایی حقوقی که لازمه تشکیل یک استدلال حقوقی و قضایی است قدری مشکل شده و نتیجه رسیدگی که رسیدن به یک عدالت رویه ای مطلوب است به سختی ممکن شود. در حقیقت به بیانی ساده مشخص نیست نتیجه قضایی عادلانه تأمین شود.

۱-۲. نقاشی پست مدرن و زیبایی شناسی آن

اثر هنری و نقاشی پست مدرن قاب قلب مفهومی زیبایی شناسی تلقی می شود و زیباشناسی تاکنون قلب ارزیابی هنر در ارزش گذاری آن بوده است. لذا باید برای ترسیم دقیق از ارزش گذاری قبل از هر چیز ماهیت زیبایی شناسی نقاشی پست مدرن مطالعه شود تا در تشخیص قضایی ملاک قرار گیرد. این اصطلاح، نخستین بار در سال ۱۹۷۵ در بحث یک معمار جوان به نام «چارلز جنکس» مطرح شد که از آموزه کارکردگرایی یا فونکسیونالیسم، خسته شده بود. آموزه ای که شعار معماری

مدرن بود (گامبریچ، ۱۳۷۹: ۶۱۰). در اصطلاح هنری به‌طور عام برای بیان اشکال گوناگون هنری ربع آخر سده بیستم مورد استفاده قرار می‌گیرد. این واژه اصالتاً در نیمه دهه ۱۹۷۰ برای تشریح بناهایی که به‌جای فرم‌های عقلانی و مینیمالیستی ساختارهای متضاد و مبهم را با استفاده از ارجاعات بازی‌گوشانه به شیوه‌های تاریخی، قرض گرفتن از دیگر فرهنگ‌ها و استفاده از رنگ‌های خیره‌کننده را مورد استفاده قرار داده به کار برده شد. (یارزاده و دریایی، ۱۳۸۹: ۸۱) پست‌مدرنیسم عرصه‌ای است در هنر که با خلاقیت و درهم شکستن قواعد، هر روز زمینه‌های جدید و غیرقابل پیش‌بینی را پدید می‌آورد. «نقاشی پست‌مدرن، بیشتر با نشانه‌ها سروکار دارد تا با محتوا و هرگونه که تمایل داشته باشد از نمادها، اساطیر، تصاویر تاریخی و علائم استفاده می‌کند» (حقیقی، ۱۳۸۱: ۷۶). در هنر سنتی ملاک زیبایی‌شناسی کاملاً مشخص بود. هنرمند به‌سان شخصی بود که تقلید از نظم پولادین در طبیعت و مافوق طبیعت را حکایت می‌کرد و در نتیجه معیار مشخص و عینی زیبایی‌شناسی و در نتیجه داوری ارزشی آنکه مبنی بر آن انطباق بود ساده می‌نمود. حتی در دوران مدرن نیز با اینکه روایت‌های فراحسی نفی شد؛ اما باز هم معیار عینی و مشخصی وجود داشت که ارزش کار هنرمند بر اساس آن سنجیده می‌شد. به این ترتیب است که می‌توان گفت تا قبل از پست‌مدرنیسم معیارهای زیبایی‌یگانه بود یا تصور می‌شد یگانه است، همچون قله‌ای که نصب‌العین هنرمندان قرار داشت و هرکس خود را با آن می‌سنجید اما در دوره پست‌مدرن به‌جهت تکثر و تعدد که ذات و جوهر این دوره است، هنرمند معیار اصلی قرار گرفت و در نتیجه ارزش‌گذاری‌ها و زیبایی‌شناسی‌های متعدد بر اساس تعدد افراد انسانی به وجود آمد. به همین دلایل بود که زیبایی‌شناسی نیز متعدد شد و زیبایی‌شناسی‌ها به وجود آمد و همین امر موجب شد که هنرمندی که خود در این فضا تنفس می‌کند بدون هیچ تقیدی آزاد و رها گردد. به همین دلیل گفته شده است که «آزادی بی حد و حصر هنرمند مدرنیست، پیامد رهایی هنرمند از قید و بندهای علم زیباشناسی بود ... زیبایی‌شناسی عملاً بی‌اعتبار شد؛ هنرمند معتبر شد. بالاتر از آن، هنرمند ملاک اعتبار شد (بازرگانی، ۱۳۸۱: ۱۴۴). هنرمند در پست‌مدرنیسم بدون هیچ محدودیتی، آزاد است نه تنها از تصاویر و پدیده‌های گذشته بهره بگیرد؛ بلکه با ترکیب آن‌ها در متنی جدید، مفهوم آن‌ها را نیز به‌طور اساسی تغییر دهد. آن ارزش و جایگاهی که در گذشته، هنرمند و اثر داشتند، در این دوره دیگر مورد تأکید قرار نمی‌گیرد و محتوا و تأثیر آن بیش از زیبایی‌شناختی مورد توجه است. هنرمند در دوران پست‌مدرن، نه متعلق به چهارچوب ارجاعی و معیار داوری خاصی است و نه به پروژه خاصی تعلق دارد. کثرت چشم‌اندازها به تجزیه و پراکندگی تجربه می‌انجامد و کولاژ به‌صورت اصلی‌ترین تکنیک هنری عصر ما در می‌آید. سبک‌های متعلق به دوران و فرهنگ‌های مختلف در

کنار هم قرار گرفته و با هم ترکیب و مونتاژ می‌شوند. (خلج، ۱۳۸۶: ۲۶) تأکید افراطی و یک‌جانبه این هنر بر اندیشه و فکر هنرمند به کنار نهادن نظام‌های زیبایی‌شناسی مدرن و رایج در نحوه صورت‌بخشی به آثار هنری گشته و به از دست رفتن زیبایی، ساختار ویژه و قاعده‌مند اثر هنری می‌انجامد (مهدی‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۲). بنابراین تنها وجه اشتراک هنرمندان زمینه شخصی زندگی آن‌هاست که این امر در فردیت و ذهنیت هنرمند و نقاش پنهان است و به نظر می‌رسد تنها با استفاده از این کلیدواژه است که می‌توان به ارزش‌گذاری صحیح آثار آن‌ها پرداخت. توضیح بیشتر این مورد در ادامه آورده می‌شود.

با توجه به ماهیت آثار پست‌مدرن در مورد یک اثر نقاشی ممکن است نظرات گوناگونی از حیث زیبایی‌شناسی ارائه شود که دارای اختلافات اساسی با هم هستند و اساساً تعرض زیبایی‌شناختی مذکور سبب تعارض در ارزش‌گذاری اقتصادی نیز خواهد شد. به‌عنوان مثال ممکن است شخصی با دیدن یک تابلوی نقاشی پست‌مدرن آن را بسیار سخیف ارزیابی کرده و در نتیجه ارزش مادی آن را بسیار کم ارزیابی کند؛ در حالی که کارشناس دیگر، با دیدن همان تابلو انگشت حیرت به دهان گذاشته و ارزشی فوق‌تصور نقاش برای آن قائل شود. چنانچه گذشت؛ در موارد قراردادی از آنجا که طبق ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است و بنا بر پذیرش اصل حاکمیت اراده مشکلی به وجود نمی‌آید؛ اما در مواردی که این آثار در رهن‌گذاری و همچنین آورده شرکت‌های سهامی مورد استفاده قرار می‌گیرند و یا حتی در موارد ضمان قهری، ارزش‌گذاری آن‌ها بسیار اهمیت می‌یابد. بنابراین زیبایی‌شناسی خاص نقاشی پست‌مدرنیسم که بتوان آن را در همه زمینه‌های آن تجویز نمود وجود ندارد؛ بلکه باید در هر نحله آن به‌طور خاص به دنبال زیبایی‌شناسی آن بود. اما نمی‌توان انکار کرد که به‌طور کلی و علی‌رغم ذهنی بودن این نوع زیبایی‌شناسی مؤلفه‌های ذیل زیبایی‌شناسی نقاشی پست‌مدرن را تبیین می‌کند:

۱. زیبایی‌شناسی غیرضابطه‌مند تشنگرا و سنت‌شکن، ۲. تعدد زیبایی‌شناسی و انحلال فرم‌های هنری، ۳. ذهنی شدن زیبایی و خروج از سنت‌های فلسفی ارائه دهنده قالب برای هنر.
- بر اساس اصول فوق می‌توان گفت که برای ترسیم دقیق یک گزارش زیبایی‌شناسی از یک نقاشی پست‌مدرن برای تأمین تشخیص قضایی؛ بی‌تردید روش‌های تفسیر زیبایی‌شناسی مرسوم و سنت‌گرا توان تحلیل از این سبک نخواهد بود. در قسمت بعد به علم هرمنوتیک و ارتباط آن با بحث مذکور پرداخته می‌شود.

۲. هرمنوتیک و امکان فهم زیبایی‌شناسی لازم در ارزش‌گذاری قضایی

برای ترسیم دقیق از زیبایی‌شناسی نقاشی پست‌مدرن به‌عنوان دال مرکزی تشخیص قضایی بر آن هستیم تا روش تفسیر هرمنوتیکی را مفسر و خادم زیبایی‌شناسی فلسفی قرار دهیم. در صورتی می‌توان برای آثار ادبی و هنری و مخصوصاً نقاشی‌های پست‌مدرن ارزش‌گذاری صحیح نمود که به آن‌ها به منزله اعیان صرف نگاه نشود و باید مفسر و کارشناس به جهان اثر راه یابد. به همین جهت گفته شده است که «هرکس بخواهد به زیست جهان غزل و رمان و نمایشنامه بزرگی وارد شود باید «جهان شخصی» اش را به مخاطره اندازد و لازمه این کار نوعی روش علمی مبدل نیست یا «آنانومی نقد»، با درخشان‌ترین و ظریف‌ترین نوع‌شناسی‌ها و طبقه‌بندی‌ها، بلکه فهمی انسان‌گرایانه است از آنچه تأویل اثر متضمن آن است (پالمر، ۱۳۷۷: ۱۳) پس آنچه برای ارزش‌گذاری بر روی این‌گونه نقاشی‌ها در وهله اول حائز اهمیت است فهم مقصود نقاش است. علم هرمنوتیک علمی است که به چگونگی فهم به‌صورت مطلق می‌پردازد. متفکران رمانتیک همانند فیشته، شلگل و نوالیس و به‌ویژه شلینگ با طرح مسائل زیبایی‌شناسی و فلسفه هنر، ابواب جدیدی را برای هرمنوتیک گشوده‌اند. اینان با عطف توجه به مؤلف به‌عنوان خالق اثر هنری و توجه کردن به اثر هنری به‌عنوان تبلور خلاقیت مؤلف، زیبایی‌شناسی را به حوزه هرمنوتیک وارد ساختند (آقایی، ۱۳۸۸: ۱۴۳). بنابراین هرمنوتیک در این زمینه نظراتی برای تفسیر و زیبایی‌شناسی دارد که با فهم آن‌ها می‌توان ضابطه مشخصی برای ارزش‌گذاری قضایی و بررسی دقیق مفاهیم قضایی بر روی نقاشی‌های پست‌مدرن ارائه داد.

۲-۱. هرمنوتیک و فهم آثار هنری پست‌مدرن

۲-۱-۱. هرمنوتیک روان‌شناختی برای تحلیل قضایی

در تعریف هرمنوتیک گفته شده است که هرمنوتیک دانش یا فنی است که به بیان چگونگی و سازوکار فهمیدن آدمی مربوط می‌شود؛ خواه متعلق یا قلمرو فهمیدن متون مکتوب باشد یا مطلق فعالیت‌های ارادی و اختیاری انسان و یا مطلق واقعیت‌های هستی. (ربانی گلپایگانی، ۱۳۸۳: ۶). بنابراین اینکه علم هرمنوتیک را مطالعه فهمیدن آثار انسان تعریف کنیم این علم از صورت‌های زبانی تأویل فراتر می‌رود، زیرا بدین گونه است که علم هرمنوتیک بنیاد تمامی علوم انسانی قرار می‌گیرد، یعنی تمامی دانش‌های مضبوطی که با تأویل آثار انسان سرو کار دارند. (پالمر، ۱۳۷۷: ۱۷). دقیقاً و با توجه به همین ویژگی هرمنوتیک می‌باشد که در موضوع اخیر، نقاشی‌های پست‌مدرن را که از زمره افعال انسانی است، متعلق فهم قرار می‌دهیم. هرچند عمل تفسیر متون و پرده‌براندازی از متون غامض ریشه در اعصار کهن دارد اما «تا قرن ۱۷ میلادی بحث یا گفتارهای منظم و مرتبی را سراغ نداریم که شاخه خاصی از دانش را تشکیل دهد و نام هرمنوتیک بر آن نهاده شده باشد. معمولاً «دان هاور» را نخستین

کسی می داند که این واژه را برای شناساندن گونه ای از دانش استفاده کرد. وی در سال ۱۶۵۴م از این کلمه در عنوان کتابش (هرمنوتیک قدسی یا روش تفسیر متون مقدس) مدد گرفت» (واعظی، ۱۳۸۶: ۲۲). از آنجا که هرمنوتیک تطورات مختلفی را پشت سر گذاشته است در نوشتار حاضر، ادوار هرمنوتیک به سه دوره تقسیم شده است: ۱) هرمنوتیک سنتی یا کلاسیک، ۲) هرمنوتیک روان شناختی و ۳) هرمنوتیک فلسفی. در هرمنوتیک سنتی متن در کانون توجه قرار می گیرد و فهم متن امری طبیعی قلمداد می شود؛ مگر در مواردی که ابهامی در متن باشد که در این صورت تفسیر به میدان می آید. از آنجا که هرمنوتیک سنتی، متن محور بوده و افعال انسانی را مدنظر قرار نمی دهد؛ به همین منظور از توضیحات بیشتر پیرامون آن خودداری می شود و طبعاً موضوع تحقیق حاضر نیست.

هرمنوتیک روان شناختی با ظهور شلایر ماکر شکل گرفت. «نزد شلایر ماکر علم هرمنوتیک، هنر فهم گفته ها و نوشته هاست. تجربه محدود هرمنوتیک پیش فرض می گیرد که بدفهمی غالباً اتفاق می افتد؛ بنابراین تفسیر همیشه مورد نیاز است (K. Schmidt, 2006: 6). تفاوت کار شلایر ماکر و دیگران در این بود که او معتقد بود که فردیت نویسنده فی نفسه در هر کلمه ای که او می نویسد آشکار می شود و به صورت بارز و آشکاری این امر در صورت درونی متن وجود دارد، همچنان که در صورت بیرونی کار او نمود پیدا می کند (Julius Goebel, 1918: 609). در واقع با ظهور هرمنوتیک شلایر ماکر هر چند اصابت به معنا و مفهوم واقعی متن، امری ممکن و فی الجمله متصور است؛ اما همواره امکان بدفهمی از متن وجود دارد و این امر کاملاً طبیعی می باشد. «نزد شلایر ماکر ماهیت فهم همان بازسازی گذشته، همدلی با مؤلف و راه یافتن به ذهنیت اوست. شلایر ماکر فهم و تفسیر را «بازسازی» و «بازتولید» می دانست. زمانی که هنرشناس به فهم اثر هنری روی می آورد در واقع به بازسازی تاریخی آن پرداخته و بر آن است که به دنیای ذهنی آفریننده اثر، نفوذ کند تا معانی آن را درک کند؛ یعنی برای فهم اثر باید ذهنیت آفریننده آن را بشناسد. بازسازی تاریخی دارای عناصری است. مفسر باید موقعیت اصلی ای را که هنرمند در ذهن خویش داشته، تأسیس و بازتولید کند و نیز جهان ذهنی ای را که اثر متعلق به آن است احساس نماید» (ریخته گران، ۱۳۷۸: ۸۷). از نظر شلایر ماکر «پروسه فهم مشتمل بر دو عنصر اساسی است. فهم سخن به عنوان زبان شفاهی و به عنوان محصول فکر. هردوی این عوامل که گرامری و روان شناختی خواننده می شود به صورت مجزا از همدیگر رخ نمی دهد؛ بلکه به واقع عملکرد واحدی است». (Julius Goebel, 1918: 619). باید این نکته را اضافه کرد که در متون نوشتاری ضابطه گرامری می تواند راهگشای مسئله باشد؛ اما در نقاشی و هنرهای تجسمی، ضابطه گرامری نمی تواند مورد توجه قرار بگیرد و مفسر باید به اصول هنر مورد نظر آگاه باشد. غایت تفسیر روان شناختی دانستن چگونگی اندیشیدن و چگونگی اظهار آن بر

روی نوشته است. بنابراین فهم دو قسمت می‌شود: روان‌شناختی محض و روان‌شناختی تکنیکی. روان‌شناختی محض سعی می‌کند که اندیشه بنیادینی را که محرک برای این فکر و نوشته بوده است، کشف کند و در ترسیم زیبایی‌شناختی مورد نیاز در ارزش‌گذاری برای قاضی امکان تجسم عینی قضایی را برای متن استدلالی رأی فراهم نماید. روان‌شناختی تکنیکی نیز برای فهم این است که چگونه افکار نویسنده در قطعه هنری مذکور اظهار شده است. هدف غایی تفسیر روان‌شناختی فهم فردیت نویسنده به همان کیفیتی است که در متن اظهار شده است (K. Schmidt, 2006: 18).

پس از شلایر ماکر، دیلتای وجهه همت خود را مباحث هرمنوتیکی قرار داد. [شلایر ماکر و دیلتای] هر دو در این امر اساسی و بنیادین مشترکند که [هرمنوتیک] روش یا منطق گفتمان بوده، اصول و قواعد تفسیر را در اختیار ما می‌نهد (حسین‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۱۳). تمایز هرمنوتیک رمانتیک با هرمنوتیک کلاسیک عمدتاً در دخالت دادن عنصر پیشگویی و حدس مراد مؤلف است. چنان‌که تفاوت هرمنوتیک دیلتای با شلایر ماکر در توسعه علم تفسیر از تفسیر نوشتارها و گفتارها به همه اعمال آدمی است و نه در روشی بودن؛ همه آن‌ها در روشی بودن اتفاق‌نظر دارند (حسین‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۱۳). دیلتای قلمرو هرمنوتیک را گسترش داد. به نظر او قلمرو هرمنوتیک به متون و گفتارهای شفاهی اختصاص ندارد بلکه شامل همه اعمال و فعالیت‌های انسانی می‌شود. علاوه بر متون و گفتارها، مصنوع صنعتگر، تصنیف آهنگ‌ساز، تابلوی نقاشی و... موضوعاتی برای تفسیرند. (حسین‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۱۲). اما «آنچه در همه موضوعات فوق به‌رغم توسعه آن توسط هرمنوتیک روان‌شناختی مشترک است این است که، یک متن و مانند آن بیش از یک تفسیر ندارد و چندین تفسیر و قرائت را بر نمی‌تابد.» (حسین‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۱۳). از نظر دیلتای هنرمند در اثر خود ظهور می‌کند و اثر هنری همیشه رنگ و بوی هنرمند را در درون خود دارد. بنابراین نمی‌توان به اثری بدون پرداختن به شخصیت و ذهنیت خالق آن توجه کرد. به همین منظور ذکر مثال بسیار سودمند به نظر می‌رسد. نقاشی به نام لودویگ ریختر نوشته است که در ایام جوانی موقعی که در شهر تیوولی زندگی می‌کرده با سه نفر از دوستان خود قرار گذاشتند منظره‌ای را نقاشی کنند. همگی عزم جزم داشتند که طبیعت را آن‌طور که هست روی پرده بیاورند و به عبارت دیگر از آن دور نشوند. می‌خواستند آنچه را می‌دیدند دقیقاً و در حد امکانات تقلید کنند. با این همه نتیجه کار چهار پرده متفاوت از آب در آمد. تفاوت میان این نقاشی‌ها به اندازه اختلاف میان شخصیت این نقاشان بود. نویسنده خاطرات از تجربه مذکور این نتیجه را گرفته است که بینش عینی وجود ندارد و ادراک صورت و رنگ فرع بر مشرب و مزاج و منش فردی هنرمند است (کاسیرر و دیگران، ۱۳۸۲: ۲۲).

در حقیقت برای ارزش‌گذاری دقیق قضایی از آثار هنری پست‌مدرن شخصیت نگارنده از جهت

ترسیم هویت هنری وی بسیار ارزنده است و لازم است تا نقش اجتماعی و فهم دقیق هنرمند در بستر هنری وی یکی از اصول اساسی ترسیم هویت زیبایی شناسی تلقی شود. در حقیقت یک ارزیابی قضایی دقیق از تمرکز بر شخصیت هنرمند شروع می شود و در صورتی که هنرمند در این فرایند مورد توجه قرار نگیرد و صرفاً با تمرکز بر مؤلفه های دیگر در این رابطه اقدام شود قطعاً شناخت قضایی دقیق نخواهد بود. قاضی باید در گزارش خبره حتماً بیابد که آیا خبره و کارشناس توانسته است تحلیل دقیقی از هویت عینی شخصیت نگارنده برای ترسیم زیبایی شناسی ارائه دهد. بر این اساس یکی از عواملی که باید در رویه قضایی تحکیم شود تمرکز بر هویت نگارنده به عنوان اصلی ترین وجه شناخت هنری می باشد.

۲-۱-۲. ناکارآمدی هرمونوتیک فلسفی برای ارزیابی قضایی

پس از هرمونوتیک روان شناختی و با ظهور مارتین هایدگر در اوایل قرن بیستم (۱۸۸۹-۱۹۷۶)، هرمونوتیک فلسفی پدیدار شد. «وی روش تحقیق پدیدارشناختی هوسرل را با جنبه هایی از تئوری فهم حیات دیلتای ترکیب کرد» (K. Schmidt, 2006: 7). از مهم ترین آموزه های وی این بود که فهم امری تاریخ مند، سیال و گذراست و پیش ساختارها نقشی اساسی در پیدایش فهم انسانی دارند؛ بدون این پیش ساختارها، نمی توان به فهم و تفسیر پرداخت. فهم و تفسیر در درون ذهنیت ها و پیش ساختارها شکل گرفته و معنا می یابد. «بر اساس هرمونوتیک فلسفی، هرمونوتیک امری روشی و معرفت شناختی نیست؛ بلکه فلسفی است.» (حسین زاده، ۱۳۸۷: ۱۱۸). هرمونوتیک فلسفی معتقد است که تفسیر پدیده ای مفسر محور است نه متن محور و نه مؤلف محور. از این رو هدف اساسی هر تفسیر، فهم مراد مؤلف نیست. مؤلف نیز یکی از خوانندگان متن است و می تواند فهم جدیدی بر اساس پیش داوری ها و پیش دانسته های تازه داشته باشد. فهم متن بر این امتزاج ذهنی مفسر با افق معنایی متن است. از این رو فهم متن یک منولوگ نیست. بلکه دیالوگ و گفتمانی دوطرفه است. روند تفسیر و فهم متن روندی بی انتهاست، زیرا از یک سو ممکن است انسان هر لحظه به پیش دانسته ها و پیش داوری های جدیدی دست یابد و از سوی دیگر خود متن معانی و تفسیرهای بی پایانی را بر می تابد (حسین زاده، ۱۳۸۷: ۱۲۰). پس از هایدگر، گادامر کار وی را ادامه داد. برای گادامر علم هرمونوتیک تئوری فلسفی فهم است که ادعا می کند تمام موارد احتیاج به فهم، در برگیرنده تفسیر و کاربرد به صورت توأمان می باشد. به بیان دیگر انکار معنای مرکزی و محوری متن با مقیاس قصد و نیت گوینده یا نویسنده کلام، با ارتکاز ذهنی و روش عملی عقلای بشر مخالف است و حتی منکران نیز از مخاطبان خود انتظار دارند که در فهم و تفسیر سخن آنان، معنا و مقصودی را که آنان در نظر داشته اند، مورد توجه قرار دهند؛ یعنی آنان نیز در عمل به معنای مرکزی متن با مقیاس قصد مؤلف پایبندند، اگرچه در مقام نظریه پردازی موضع مخالف برگزیده اند. گذشته از این انکار معنای مرکزی متن که با مقیاس

قصد و نیت مؤلف تعیین می‌شود و اعتقاد به اینکه معنای متن از نسبت میان افق معنایی مؤلف و مفسر حاصل می‌شود و با تکرار و تحول افق ذهنی و معنایی مفسر، تحول می‌یابد کلیت و ثبات را که از شرایط ضروری یک نظریه است مخدوش می‌سازد (ربانی گلپایگانی، ۱۳۸۳: ۴۹).

۲-۲. هرمنوتیک روان‌شناختی به عنوان خادم روش تفسیر قضایی

با توجه به اشکالات مذکور، این نظریه برای ارائه ضابطه‌ای عینی و مشخص که بتوان فهم انسانی را در پرتو آن منسجم کرد و رویه قضایی را بر آن استوار نمود، نارسا می‌باشد و به دلیل همین اشکالات، ضوابط هرمنوتیک روان‌شناختی برای تبیین مسئله فهم و ارزش‌گذاری در این مقاله پذیرفته می‌شود. بنابراین فهم همه آثار انسانی با توجه به هرمنوتیک روان‌شناختی رعایت دو ضابطه لازم و ضروری است: ۱. که اولین آن‌ها ضابطه گرامری می‌باشد. این ضابطه در متون می‌تواند مورد استفاده قرار بگیرد؛ اما در آثار تجسمی مانند نقاشی باید به جای آن ضابطه قواعدی را به کار گرفت؛ به این معنا که در اثر هنری مزبور، قواعد پذیرفته شده آن هنر به کار رفته است یا خیر. به عنوان مثال در نقاشی چگونگی استفاده از رنگ‌ها، پرسپکتیو... توسط نقاش رعایت شده است یا خیر. البته این معنی فرم‌گرایی را نمی‌دهد بلکه ضدیت فرم سنتی معنای فرم نقاشی پست مدرن را دارد. در حقیقت برای ترسیم رویه قضایی منضبط نیاز است تا کارشناس و قاضی در فرایندی تفسیری رعایت قواعد و عدم رعایت آن را نیز ملاک عمل قرار دهند تا عدالت رویه‌ای لازم در متن اعمال قضایی مورد توجه قرار گیرد.

۲. ضابطه دوم، ضابطه روان‌شناختی می‌باشد که در این ضابطه نفوذ به دنیای ذهنی هنرمند و پاسخ به دو سؤال اساسی مدنظر می‌باشد. اول اینکه چه اندیشه بنیادینی محرک نقاش برای ارائه اثر بوده است، دوم اینکه چگونه افکار نویسنده در قطعه هنری مذکور اظهار شده است. مسلماً هرچقدر دادرس در مقام رسیدگی به ارزش‌گذاری اثر هنری، بتواند به پاسخ صحیح‌تری برای این سؤالات برسد، ارزش‌گذاری دقیق‌تر صورت گرفته است. در حقیقت هرچه نسبت بین ذهن و فرم‌های هنری به خوبی در تحلیل هرمنوتیکی با دقت انجام شود و عینیت‌گرایی قضایی در آن رعایت شود زیبایی‌شناسی لازم برای ایجاد رویه قضایی مطلوب و با کیفیت بهتر انجام گرفته است.

به تعبیری می‌توان گفت که هرمنوتیک می‌تواند ضوابط ماهوی زیبایی‌شناختی لازم برای ارزش‌گذاری را در نقاشی‌های پست مدرن تهیه کند.

۳. ارزش‌گذاری آثار هنری در حقوق اقتصادی

ارزش‌گذاری هنر^۱، یک زیرمجموعه هنر خاص ارزیابی مالی و روند برآورد است ارزش بازار از

1. Art valuation.

آثار هنری تعریف شده است. به این ترتیب، بیشتر این موضوع یک فعالیت اقتصادی مالی است تا یک فعالیت زیبایی شناختی محض یا یک فعالیت قضایی به معنای مصطلح و رایج علمی، با این حال از آنجایی که دیدگاه های ذهنی ارزش فرهنگی و معنوی دارند؛ می توانند در حقوق موضوع توجه قرار گیرند (Coslor, 2016: 13). ارزیابی هنر شامل مقایسه داده ها از منابع مختلف از قبیل خانه های حراج هنر، مجموعه داران خصوصی و شرکت های بزرگ، موزه داران، فعالیت های دلال هنری، صاحبان گالری، مشاوران با تجربه، و تحلیل گران بازار تخصصی که درخصوص یک اثر هنری است به یک مقدار معین و البته تقریبی می رسند. ارزیابی هنری نه تنها برای اهداف جمع آوری، سرمایه گذاری، واگذاری و تأمین مالی، بلکه به عنوان بخشی از ارزیابی املاک، برای کمک های خیرخواهانه، برای برنامه ریزی در حقوق مالیاتی، حقوق بیمه و وثیقه اعتباری قضایی و وام انجام می شود (Balfe, 1997: 307).

معیارهایی که اکنون انجمن فروشندگان هنر در آمریکا (یک کارشناس حرفه و معتمد در فرایند قضایی دادگستری) به عنوان مؤلفه های ارزیابی اساسی آن را پذیرفته است: اصالت، کیفیت، نادر بودن، شرایط، منشأ یک کار هنری تلقی می شود (Blaug, 2001: 47). در حقیقت ارزیابی اصیل بودن کار از جهت انتساب به تهیه کننده و اصالت از جهت انتساب به یک جریان هنری در عنصر اصالت بررسی می شود. کیفیت هنری کار نیز بر اساس مؤلفه های عینی کیفی از جهت ارزش های هر مکتب هنری واکاوی می شود که تحلیل هرمونوتیکی با ضابطه گرامری می تواند این مهم را تأمین نماید. کمیابی کار و فراوانی اثر نیز یکی از مؤلفه های عینی تعیین کننده در بازار است. منشأ شکل گیری یک اثر هنری و تأثیر از واقعیت های اجتماعی و جامعه شناختی نیز یکی از عوامل ارزش گذاری عینی تلقی می شود.

در کنار مؤلفه های عینی مذکور هنوز مؤلفه های ذهنی مانند: «با انسان حرف می زند!»، «هویت دارد!» نیز در ارزش گذاری اثری جدی دارند (Gibbon, 1987: 117) و برای این مؤلفه ها نمی توان به راحتی ترتیبی برای تشخیص معین نمود. ابتکار و نوآوری تحقیق حاضر می تواند تا حدود زیادی با ضابطه دوم ارائه شده مشکل را حل نماید. در حقیقت تحلیل دقیق هرمونوتیکی از شخصیت نگارنده و تحلیل ترسیم اهداف نگارنده از جهت انگیزه می تواند مؤلفه های ذهنی را برای تجسم و عینیت گرایی قضایی و ایجاد وحدت رویه قضایی فراهم آورد. این نوآوری علمی معتقد است که تحلیل دقیق عناصر ذهنی از جهت انگیزه نگارنده، تحلیل دقیق از رویکردهای اجتماعی فلسفی و ترسیم هویت آرمانی نقاشی های مذکور که از طریق تحلیل روشمند هرمونوتیکی در کار ممکن می شود می تواند تولید معقول را در محسوس معرفی نماید، عقلانیتی که به هنر نقاشی بدل شده

است و بازآفرینی مفهومی موفق نگارنده، زیبایی‌شناسی قضایی را ممکن و در نتیجه ارزیابی و ارزش‌گذاری موفق ممکن می‌شود.

اکنون برای جبران عدم قطعیت و ارزیابی دقیق ارزش‌گذاری مالی آثار هنری و خصوصاً آثار معاصر و پست‌مدرن مانند نقاشی‌های این حوزه رویکرد برآورد قیمت به رویکردهای مطالعه علمی بازارهای هنری گرایش پیدا کرده است تا بازار مالی هنر نقاشی را در فرایندی بلندمدت نشان دهد. روند تمایل به بازار هنر در یک بازه زمانی ارزیابی می‌شود و این می‌تواند مشمول ارزش‌گذاری‌های آثار نقاشی پست‌مدرن نیز باشد تا دقت در قیمت توسط این عوامل عینی شکلی افزایش یابد. اما نمی‌توان انکار کرد گرچه این روش مبتنی بر داده‌های کمی است و اطمینان رویه‌ای دارد اما نمی‌توان انکار کرد که داده‌های کمی پایه این تحقیقات نیز از نیاز به روش پیشنهادی تحقیق بی‌نیاز نخواهند بود.

به‌طور کلی می‌توان گفت در ارزش‌گذاری اقتصادی آثار هنری مانند نقاشی دو لایه از بحث وجود دارد که تشخیص قضایی را همراهی می‌نماید. لایه مطالعه ذهنی در هنر و زیبایی‌شناسی و لایه ارزش‌گذاری عینی بر اساس مؤلفه‌های روند بازار که سعی می‌کند تشخیص قضایی را بر اساس یک مدل ریاضی بازاری تجزیه و تحلیل نماید.

۴. روش‌های ارزش‌گذاری نقاشی‌های پست‌مدرن در حقوق اقتصادی

سه روش معمول در رویه قضایی تطبیقی برای ارزش‌گذاری اقتصادی آثار مالکیت معنوی وجود دارد که از دل مطالعات حقوق اقتصادی می‌توان این موارد را استخراج نمود:

۴-۱. رویه قضایی ارزش‌گذاری اموال فکری در حقوق تطبیقی

روش هزینه^۱: در این روش ارزش مال فکری معادل مجموع هزینه‌هایی است که برای ایجاد و توسعه آن مال صرف شده است. در واقع روش هزینه به دو بخش متمایز تقسیم می‌شود؛ روش هزینه ایجاد مجدد و روش هزینه جایگزینی. روش هزینه ایجاد مجدد^۲ هزینه‌های مورد نیاز برای ایجاد مجدد آن دارایی فکری با همان مشخصات و از همان طریق را به‌عنوان ارزش آن دارایی اظهار می‌دارد. این روش در دعاوی قضایی که مال غیرمادی خاصی موضوع دعوا است، کاربرد دارد. در روش هزینه جایگزینی^۳، می‌توان با استعلام قیمت یک دارایی با ویژگی‌های ذاتی مشابه با دارایی مورد نظر، حداکثر ارزش آن دارایی را به دست آورد.

روش بازار^۴: این روش مشابه روشی است که برای قیمت‌گذاری ماشین‌آلات و املاک و مستغلات

1. Cost Approach.
2. Reproduction Cost.
3. Replacement Cost.
4. Market Approach.

به کار می رود. برای قیمت گذاری در این روش می توان به معاملاتی که اخیراً در آن حوزه و درخصوص موارد مشابه صورت گرفته رجوع کرد. با توجه به اینکه ارزش گذاری در این روش بر اساس سایر معاملات مشابه و قابل مقایسه صورت می گیرد، لذا هر چه تعداد معاملات آزاد در بازار بیشتر باشد، نتیجه حاصل نیز بهتر خواهد بود. این روش با چند مشکل روبه رو بوده است: اطلاعات کافی از معاملات، امکان تشبیه اموال فکری به یکدیگر با توجه به استثنایی بودن این اموال و کم بودن اطلاعات چرخه ای لازم برای برای محاسبه که به صرف یک معامله عدالت رویه ای را به خوبی تأمین نمی نماید. روش درآمد^۱: در این روش بر نقدینگی حاصل از اموال فکری توجه می شود. روش هزینه تنها در موارد خاص و درخصوص نوع خاصی از اموال غیرمادی کاربرد دارد و روش بازار نیز با محدودیت هایی در محاسبه مواجه است، روش درآمد در غالب موارد و درخصوص کلیه اموال غیرمادی قابل اعمال است. سود و درآمد ناشی از به کارگیری اموال فکری، چه میزان از سود و درآمد مربوط به تجارت مورد بررسی است؟ بازه زمانی مورد انتظار برای کسب درآمد پیش بینی شده چقدر است و ریسک ها و خطرات مربوط به کسب درآمد کدامند؟ لازمه تحقق درآمد پیش بینی شده آن است که پیش بینی با توجه به شرایط اقتصادی و رقابتی و در یک بازه زمانی مناسب صورت گیرد. همچنین عمر مفید اموال فکری را نیز باید با توجه به امکان منسوخ شدن آن ها، زمان انقضای حق اختراع و امثالهم لحاظ نمود (Torrance, Andrew, 2009: 137).

۲-۴. تحلیل روش های ارزش گذاری و رویه قضایی در نظم فقه و حقوق اموال فکری

در نظم حقوقی ایران گرچه در حوزه اموال فکری ارجاع به کارشناس ممکن است و موارد دعاوی اموال فکری مهمی اکنون در محاکم در حال شکل گیری و رسیدگی است و سرعت رشد این دست دعاوی و مراجعه به کارشناس رو به گسترش است و اساساً رویه قضایی اکنون در این دعاوی مهم ترین ابزار خود را در خصوص ادعای های طرفین به صورت حرفه ای مراجعه به کارشناس قرار داده است^۲ و بر اساس عموماً از قوانین می تواند در قرار دادگاه قرار گیرد، اما هنوز رویه منسجمی در این باره در دادگاه ها قابل مشاهده نیست.

اینکه کارشناسان با کدام یک از این روش ها اقدام به ارزیابی می نمایند در هاله ای از ابهام خواهد بود هرچند رویه کنونی درخصوص موارد دیگر (غیر از نقاشی) هر سه روش را به اقتضای مورد در

1. Income Approach.

۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۹۰۰۳۷۶ شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور: مالکیت بهره برداری از نرم افزارهای رایانه ای، نظریه کارشناسی انحصار بهره برداری از نرم افزارهای رایانه ای در صورتی متعلق به پدیدآورنده آن است که در شورای عالی انفورماتیک وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و یا مرجع ثبت شرکت ها ثبت شده باشد.

حال رسیدگی نشان می‌دهد. در فقه و نظم قضایی ما رجوع به کارشناس و خبره نوعی رجوع به عرف با حفظ اصول و ضوابط قضایی می‌باشد و این سیره عقلانی مورد نظر شارع است (بهبهانی، ۱۳۷۸: ۱۱) و هرکدام از روش‌های فوق که ردع شرعی مسلمی را در پی نداشته باشد مسلماً می‌تواند محمل عرفی ارزیابی قضایی قرار گیرد. اما حدود التزام دادگاه به ارزش‌گذاری مذکور باید تابع اصول و قواعدی مشخص باشد که بتواند ارزش قضایی یک اماره قانونی را برای قاضی ایجاد نماید.

دادگاه می‌تواند حدود نظریه کارشناسی را مشخص^۱ و حق ارزیابی نظریه کارشناسی برای محکمه شناسایی شده است^۲. همچنین حق اعتراض اشخاص نیز به این نظریه‌ها وجود دارد. در حقیقت چنانچه فقه اسلامی نیز در این رابطه مؤید است نیاز است تا گزارش کارشناس در ارزیابی خود سبب علم قاضی و استغناء ذهن وی گردد و چنانچه این مهم میسر نگردد قطعاً ارزش ارزیابی مذکور بی‌محل و اعتبار از جهت قضایی خواهد بود. لذا اینکه کدام روش ارزش‌گذاری می‌تواند قواعد حقوقی نظام ما را تأمین نماید فراز مهم خواهد بود که در نظام قضایی ما به تثبیت نرسیده است و در قسمت تدارک خواهد شد.

۳-۴. تحلیل نسبت روش‌های ارزش‌گذاری اقتصادی و یافته‌های هرمونتیک

چنانچه گذشت در ارزیابی قضایی دو دسته ضوابط ماهوی برای ارزیابی را می‌توان احصا نمود: ضوابط عینی: اصالت، کیفیت، نادر بودن، شرایط، منشأ یک کار هنری و ضوابط ذهنی که روح هنری کار تلقی می‌شود و گاه نیز در هم‌پوشانی با دسته اول قرار دارد که با مثال‌هایی مانند با انسان حرف می‌زند! یا روح دارد! بدان اشاره شد. در حقیقت زمانی که این ضوابط در روش‌های ارزش‌گذاری (هزینه، بازار و درآمد) تأمین شود آن گاه آن روش برای ارزیابی مال فکری مورد نظر مطلوب و مفید تلقی می‌شود و تا زمانی که این ضوابط محقق در یک روش نباشد در حقیقت روش مذکور نسبت به ارزیابی آن مال فکری ناکارآمد است. بر این اساس روش درآمد اصولاً نمی‌تواند هیچ‌کدام از ضوابط اصالت، کیفیت و... را ارزیابی کند. روش بازار نیز از این جهت که ممکن است داده‌های کافی خصوصاً در نظام حقوقی ما که هنوز رویه‌ای قانونی و الزام‌آور برای ثبت این آمار وجود ندارد و چنانچه وجود

۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۶۰۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: تکلیف دادگاه در تعیین محدوده کارشناسی، دادگاه بدوی مکلف است در صورت صدور قرار کارشناسی، محدوده ی کارشناسی و کم و کیف آن را تعیین کند در غیر این صورت دادنامه بدوی نقض می‌شود.

۲. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۳۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: حدود التزام دادگاه به نظریه کارشناسی، در صورتی که دادگاه نظریه کارشناس را با اوضاع حاکم بر موضوع دعوی متفاوت و مغایر ببیند حتی پس از هفت روز مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی، جهت اقناع وجدان می‌تواند موضوع را به هیئت کارشناسی دیگری ارجاع دهد.

می داشت بی همتایی آثار بنا به هویت شخصی فوق العاده مؤثر در موضوع تحقیق ما یعنی نقاشی های پست مدرن چندان که بایست کارآمد نبود، لذا این روش نیز منجر به عدالت رویه ای نخواهد شد.

در روش بازار نیز رویکرد هزینه جایگزینی قطعاً و با توجه به عدم امکان استعلام قیمت و امکان جایگزینی کارآمدی مطلوب را ندارد. لذا تنها روش هزینه با رویکرد اول باقی می ماند و باید هزینه های مورد نیاز برای ایجاد مجدد آن دارایی فکری با همان مشخصات و از همان طریق را به عنوان ارزش آن دارایی مورد توجه قرار داد که درخصوص نقاشی های پست مدرن این روش بخاطر تمرکز بر عوامل استثنایی می تواند کارآمد تلقی شود. حال در این روش ما نیاز به ضابطه های عینی و ذهنی فوق داریم. تأمین این ضوابط را در روش ابتکاری این تحقیق روش پیشنهادی هرمونوتیکی روان شناختی به عهده دارد. هزینه های رویکرد ایجاد مجدد در اقتصاد همان ضوابط اصالت و... است که این تشخیص را روش هرمونوتیک به عهده خواهد گرفت و اصالت، کیفیت، تفلسف های تفسیری در عوامل ذهنی را تبیین خواهد نمود که گزارش دقیق و چندگانه تحقیقی و نزدیک معنادار از کارشناس می تواند به ایجاد علم در قاضی کمک نماید. این ابتکار نه تنها از جهت امکان در حقوق ما ممکن و با اصول حقوقی ما منطبق است بلکه با ذات خاص نقاشی های پست مدرن نیز کاملاً استدلال پذیر است و هم در حقوق تطبیقی نظام های حقوقی دیگر می تواند با تکمله خود سبب ایجاد نظم حقوقی دقیق تری گردد.

نتیجه

در موارد رهن گذاری، آورده شرکت تجاری قرار گرفتن و موارد ضمان فهری در مورد نقاشی های پست مدرن، ناگزیر از ارزش گذاری این اموال هستیم. از آنجا که ماهیت نقاشی پست مدرن، آن را از نقاشی های کلاسیک به کلی جدا کرده است و افراد را به جای احکام به اریکه قدرت نشانده است. این نقاشی ها جمع اصدادند و از هر گروهی در دل خود جا داده اند. برای تشخیص دقیق و ارزش گذاری قضای دقیق دو یافته نو در تحقیق ترسیم شده است که نتیجه آن عدالت رویه ای و نظم قضایی مطلوب را در این دعاوی که قطعاً در حال گسترش هستند تنظیم می نماید.

برای ارزیابی دقیق درباره نقاشی های پست مدرن دو دسته ضابطه وجود خواهد داشت. ضوابط ذهنی که یک گزارش دقیق از زیبایی شناسی به عنوان دال مرکزی ارزش گذاری اقتصادی این آثار فراهم می آورد و قاضی می تواند برای تشخیص قضایی خود بدان دست یابد. برای تأمین این زیبایی شناسی استفاده از روش هرمونوتیکی و تفسیر زیبایی شناسی مؤثر خواهد بود. برای این منظور کارشناس به صورت کلی سبک درونی نقاشی مزبور که متعلق به کدام نحله و گروه نقاشی های پست مدرن است را کشف کند. سپس زیبایی شناسی با توجه به معیارهای هرمونوتیک روان شناختی به عمل می آید؛ ضابطه اول فهم قواعد نقاشی مزبور است. کارشناس در فهم ساختاری به معیارهای نقاشی

در آن سبک توجه می‌کند و بر اساس آن سبک، به این نکته می‌پردازد که آیا قواعد آن سبک خاص به درستی اجرا شده است یا خیر. مثلاً اگر نقاشی در سبک سوررئالیسم بود باید با قواعد همان سبک سنجیده شود و بر اساس همان قواعد زیبایی‌شناسی ارزیابی اولیه به عمل آید.

ضابطه دوم، ضابطه روان‌شناختی می‌باشد که در این ضابطه نفوذ به دنیای ذهنی هنرمند و پاسخ به دو سؤال اساسی مدنظر می‌باشد. اول اینکه چه اندیشه بنیادینی محرک نقاش برای ارائه این اثر بوده است، دوم اینکه چگونه افکار نقاش در قطعه هنری مذکور اظهار شده است. چراکه ممکن است اثر مذکور، زنجیره‌ای از آثار نقاش باشد که بدون توجه به این نکته ارزش‌گذاری صحیح ممکن نخواهد بود. مسلماً هرچقدر دادرس در مقام رسیدگی به زیبایی‌شناسی اثر هنری، بتواند به پاسخ صحیح‌تری برای این سؤالات برسد، ارزش‌گذاری دقیق‌تر صورت گرفته است و عدالت رویه‌ای نیز تضمین شده است.

پس از ترسیم گزارش تفسیری هر موتیکی از زیبایی‌شناسی فوق برای تأمین عدالت رویه‌ای لازم است تا در سطح به‌کارگیری روش‌های ارزش‌گذاری اقتصادی دقیق‌ترین روش برای ارزیابی نقاشی‌های پست‌مدرن را که روش هزینه و رویکرد ایجاد مجدد انتخاب شد، مورد تمسک قرار دهیم. تمسک به روش هزینه و رویکرد ایجاد مجدد با ذات استثنایی و شخص‌محور و کمبود اطلاعات در خصوص روش‌های دیگر می‌تواند الگوی مناسبی برای مال فکری نقاشی پست‌مدرن باشد. و البته نمی‌توان انکار کرد که دیگر اموال فکری که خصوصیت نزدیک به این نقاشی‌ها دارند نیز می‌تواند از این راهکار استفاده نمایند.

تحقیقات در رابطه با گردآوری رویه قضایی و تحلیل نظریه‌های کارشناسی می‌تواند آینده‌پژوهی تحقیق حاضر باشد تا تثبیت شود که روش مذکور در این تحقیق تا چه حد توانسته در این باره موفق عمل نماید.

منابع

فارسی

- اِپالمر، ریچارد (۱۳۷۷)، علم هرمنوتیک، ترجمه: محمدسعید خنایی کاشانی، تهران: انتشارات هرمس.
- اتینگهاوزن و مایرز و نیولی و گابریلی و اسپریتو و جنیتلی (۱۳۷۴)، تاریخچه زیبایی شناسی و نقد هنر، ترجمه و تدوین: یعقوب آژند، چاپ اول، تهران: انتشارات مولی.
- استالا براس، جولیان (۱۳۸۹)، هنر معاصر پس از جنگ سرد، ترجمه: بهرنگ پورحسینی، چاپ اول، تهران: نشر چشمه.
- اسماعیلا، هوارد جی (۱۳۸۱)، گرایش های معاصر در هنرهای بصری، ترجمه: فرهاد غبرایی، چاپ اول، تهران: نشر دفتر پژوهش های فرهنگی.
- افشار مهاجر، کامران (۱۳۸۴)، هنرمند ایرانی و مدرنیسم، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه هنر.
- آقایی، کامران (۱۳۸۸)، مکتب های تفسیری در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی، تهران: انتشارات میزان.
- بازرگانی، بهمن (۱۳۸۱)، ماتریس زیبایی (پست مدرنیسم و زیبایی)، چاپ اول، تهران: نشر اختران.
- بهبهانی، محمدباقر (۱۳۷۸)، الرسائل الفقهية، قم: مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی.
- تروت اندرسون، والتر (۱۳۷۹)، پست مدرنیته و پست مدرنیسم، ترجمه: حسینی نوذری، تهران: انتشارات نقش جهان.
- حسین زاده، محمد (۱۳۸۷)، درآمدی بر معرفت شناسی و مبانی معرفت دینی، چاپ چهارم، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
- حقیقی، شاهرخ (۱۳۸۱)، گذار از مدرنیته، چاپ دوم، تهران: نشر آگه.
- خلیج، رامین (۱۳۸۶)، پست مدرنیسم و هنر پست مدرن، تهران: انتشارات کتاب ماه هنر.
- ربانی گلپایگانی، علی (۱۳۸۳)، هرمنوتیک و منطق فهم دین، چاپ اول، قم: انتشارات مرکز مدیریت حوزه علمیه.
- ریخته گران، محمدرضا (۱۳۸۷)، منطق و مبحث علم هرمنوتیک، بی جا: انتشارات کنگره.
- فینکل کروت، آلن (۱۹۸۷)، ترجمه باقری، عباس (۱۳۷۵)، شکست اندیشه، چاپ اول، تهران: نشرفرزان.
- کاسیرر و دیگران، ارنست (۱۳۸۲)، نظاره هنر، ترجمه: بزرگ نادرزاده و دیگران، چاپ اول، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- کاویانی، مینا و نجادعلی الماسی (۱۳۹۹)، «تعیین قانون حاکم بر دعاوی حقوقی نقض حق مؤلف در فضای مجازی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- گامبریج، ارنست (۱۳۷۹)، تاریخ هنر، ترجمه علی رامین، چاپ اول، تهران: نشر نی.
- محمدیارزاده، سجاد و میرعلیرضا دریابیگی (۱۳۸۹)، درس گفتار هنر و پست مدرنیسم، چاپ اول، تهران: انتشارات افراز.
- مدد پور، محمد (۱۳۸۸)، آشنایی با آرای متفکران درباره هنر، چاپ دوم، تهران: شرکت انتشارات سوره مهر.
- مظاهری کوهانستانی، رسول و شبنم ناصری (۱۳۹۹)، «بررسی قرارداد واگذاری اختراع»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.

- مهدی زاده، علی رضا (۱۳۸۸)، *هنر مفهومی*، بحران هنر مدرن، تهران: انتشارات کتاب ماه هنر.
- وارد، گلدن (۱۳۸۴)، *پست مدرنیسم*، ترجمه: علی مرشدی زاده، تهران: انتشارات قصیده سرا.
- واعظی، احمد (۱۳۸۶)، *درآمدی بر هرمنوتیک*، چاپ پنجم، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

انگلیسی

- Balfe, Judith (1993), **Paying the piper: causes and consequences of art patronage**, Chicago: University of Illinois Press.
- Blaug, Mark (2001), Where Are We Now on Cultural Economics?, **Journal of Economic Surveys**, Volume15, Issue2, April 2001.
- Coslor, Erica (2016), Transparency in an Opaque Market: Evaluative Frictions between 'Thick' Valuation and 'Thin' Price Data in the Art Market, **Accounting, Organizations and Society**, Vol. 50, 2016.
- Goebel, Julius (1918), **Notes on the History and Principles of Hermeneuticst**, chicao: University of Illinois Press.
- Heather M. Fitz Gibbon (1987), The Production of Artistic Value in a Popular Art World, **Symbolic Interaction**, Vol. 10, No. 1 (Spring 1987).
- Leonie E. Jennings a & Anne P. Graham (2006), Postmodern Perspectives and Action Research: reflecting on the possibilities, **Educational Action Research**, Vol.4 (2).
- Schmidt, Lawrence K (2006), **understanding hermeneutics**, Lawrence K. Schmidt, London: Acumen.
- Torrance, Andrew W.; Tomlinson (2009). "Patents and the Regress of Useful Arts", **Columbia Science and Technology Law Review**. 10: 130-168. SSRN 1411328. Archived from the original (PDF) on 10 May 2014. Retrieved 20 March 2017.

تعدیل ضمانت اجرای تعهد به ارائه اطلاعات در قراردادهای بیمه؛

مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس

مجتبی محمدی*، محمدهادی جواهرکلام**

چکیده

در زمان انعقاد قرارداد بیمه، بیمه‌گذار نسبت به موضوعی که قصد بیمه کردن آن را دارد از اطلاعات بیشتری نسبت به بیمه‌گر برخوردار است. در مقابل، بیمه‌گر با اعتماد به اطلاعاتی که بیمه‌گذار به او ارائه نموده، قبول می‌کند که خطرات ناشی از موضوع بیمه را برعهده بگیرد. به سبب این عدم توازن در برخورداری از اطلاعات، در قراردادهای بیمه صرف اینکه طرفین در زمان انعقاد قرارداد سوءنیت نداشته باشند، کافی نیست. این ویژگی خاص قرارداد بیمه موجب شده تا تعهد مهمی به نام «تعهد به ارائه اطلاعات» در قراردادهای بیمه پیش‌بینی شود. ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات در حقوق ایران برخورداری از حق فسخ در فرض غیرعمدی بودن نقض تعهد و ابطال قرارداد در فرض عمدی بودن نقض تعهد است. حقوق انگلیس از طریق رویه قضایی و اخیراً با تصویب قانون بیمه ۲۰۱۵ درصد تعدیل این ضمانت اجرا و محدود ساختن موارد فسخ و ابطال قرارداد برآمده است؛ اما قانون بیمه ایران که در سال ۱۳۱۶ تصویب شده، بدون توجه به پیشرفت‌های صنعت بیمه در یک سده اخیر، تلاش خاصی جهت تعدیل و محدود ساختن موارد فسخ قرارداد یا ابطال آن ارائه نمی‌کند. در این نوشتار با روش توصیفی راهکارهایی خطاب به قانون‌گذار و رویه قضایی جهت محدود ساختن موارد فسخ و ابطال قرارداد به سبب نقض تعهد به ارائه اطلاعات پیشنهاد شده است. واژگان کلیدی: حداکثر حسن نیت، تعهد به ارائه اطلاعات، خودداری از اظهار مطالب، اظهارات خلاف واقع

* دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری خارجی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
(نویسنده مسئول) mohammadi279@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
dr.javaherkalam@yahoo.com

مقدمه

مطابق قواعد عمومی قراردادها، لازم نیست طرفین در زمان انعقاد قرارداد حداکثر حسن نیت را داشته باشند؛ وجود جهت مشروع یا داشتن حسن نیت شرط نیست؛ بلکه همین که طرفین در زمان انعقاد قرارداد انگیزه نامشروع یا سوءنیت نداشته باشند کفایت می‌کند (ماده ۲۱۷ قانون مدنی). اما در قراردادهای بیمه، به دلیل آنکه خطری که قرار است تحت پوشش بیمه واقع شود در اکثر مواقع برای بیمه‌گذار روشن است، ولی برای بیمه‌گر به صورت کامل روشن نیست، طرفین دارای اطلاعات برابری نیستند و از این رو، در مقایسه با سایر قراردادها چیزی بیشتر از نداشتن سوءنیت توسط طرفین قرارداد لازم است. بنابراین، به دلیل ویژگی‌های خاص قراردادهای بیمه، بیمه‌گذار باید در انعقاد قرارداد حداکثر حسن نیت را داشته باشد که این مفهوم با عنوان «دکترین حداکثر حسن نیت»^۱ شناخته می‌شود.

حسن نیت بیمه‌گذار در قالب تعهد مهمی با عنوان «تعهد به ارائه اطلاعات» نمایان می‌گردد. قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ انگلیس این تعهد را با عنوان «افشای اطلاعات»^۲ و اجتناب از «ارائه نادرست اطلاعات»^۳ معرفی می‌نمود، ولی قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس این دو تعهد را ادغام نموده و تعهد جدیدی با عنوان «تعهد به ارائه منصفانه اطلاعات»^۴ معرفی می‌کند. قانون بیمه ۱۳۱۶ ایران نیز نقض این تعهد را «خودداری از اظهار مطالب» و «اظهارات کاذبه» نامیده است. عدم افشا، موقعیتی را توصیف می‌کند که وقتی بیمه‌گر سؤالی را نپرسیده است، بیمه‌گذار به صورت داوطلبانه اطلاعات اساسی را که در تصمیم بیمه‌گر مؤثر هستند در اختیار او قرار نمی‌دهد و ارائه نادرست اطلاعات نیز برای توصیف موقعیت‌هایی به کار می‌رود که پاسخ‌های اشتباه یا گمراه‌کننده به سؤالات بیمه‌گر داده می‌شود (Hodgin, 2002: 171). این دو تعهد از دکترین حداکثر حسن نیت سرچشمه می‌گیرند و نه بالعکس. به طور کلی، نقض وظیفه رعایت حداکثر حسن نیت با اثبات عدم افشا یا ارائه نادرست اطلاعات اثبات می‌گردد (Lowry, 2006: 338). دلیل وضع چنین قاعده‌ای این است که جایگاه بیمه‌گر در کشف اطلاعاتی که در ارزیابی خطر مؤثر است، با بیمه‌گذار متفاوت است. برای مثال، وقتی بیمه‌گری قصد دارد کالایی را که در حال حمل در دریا است بیمه کند، فرصتی برای بازرسی کالا ندارد و بیمه‌گذار باید اطلاعاتی را که نسبت به خطر مؤثر است برای او افشا کند و از ارائه اطلاعات نادرست اجتناب نماید (Lowry, 2009: 99).

در قانون بیمه دریایی مصوب ۱۹۰۶، ضمانت اجرای سنگین بطلان برای نقض تعهد افشا و ارائه

1. Doctrine of uberrimae fidei.
2. Disclosure.
3. Representation.
4. The duty of fair presentation.

اطلاعات پیش بینی شده بود؛ خواه این نقض تعهد عمدی بود یا غیرعمدی. انتقادات فراوانی نسبت به سنگین بودن این ضمانت اجرا وجود داشت، زیرا با یک اشتباه غیرعمدی بیمه گذار، امکان از دست رفتن کامل پوشش بیمه ای وجود داشت و این امر بیمه گذار را در معرض خطر مهلکی قرار می داد. به همین جهت، رویه قضایی به شیوه های مختلف سعی در تعدیل این ضمانت اجرای سنگین داشت و راهکارهایی برای این تعدیل ارائه می نمود. پس از گذشت بیش از یک قرن از حکمرانی قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ انگلیس، در سال ۲۰۱۵ قانون بیمه جدید انگلیس تصویب و در تاریخ ۱۲ آگوست ۲۰۱۶ اجرایی شد. این قانون تغییرات مهمی در روابط بیمه گر و بیمه گذار ایجاد نموده است؛ یکی از تلاش های مهم این قانون محدود کردن موارد ابطال قرارداد بیمه است. قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ که عمدتاً متأثر از قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ انگلیس است، بین عمدی بودن یا نبودن نقض تعهد به ارائه اطلاعات تمایز قائل شده و صرفاً در صورت عمدی بودن نقض تعهد، حکم بر بطلان قرارداد بیمه می دهد و در صورتی که نقض تعهد غیرعمدی باشد به بیمه گر حق فسخ قرارداد را می دهد.

اینک، سوالی که مطرح می شود این است که با توجه به عمر طولانی قانون بیمه ایران و پیشرفت چشمگیر صنعت بیمه در این مدت، آیا ضمانت اجرای پیش بینی شده در قانون همچنان مناسب است؟ در صورتی که این ضمانت اجرا بیش از حد سنگین باشد، چه راهکارهایی برای تعدیل آن وجود دارد؟ به منظور پاسخ به این پرسش ها، ابتدا موضع قانون بیمه ایران و سپس موضع قانون سابق و قانون جدید بیمه انگلیس را بررسی می کنیم تا مشخص شود که چه انتقادهایی بر ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات وجود دارد؛ و متعاقباً پس از شناسایی انتقادات وارد بر آن، به دنبال ارائه راهکارهایی برای جبران خلأهای قانونی خواهیم بود. بر این اساس، در قسمت نخست پژوهش حاضر، به بررسی سیر تاریخی ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات در قانون بیمه ایران و انگلیس پرداخته می شود و در مبحث دوم راهکارهایی برای تعدیل ضمانت اجرای نقض این تعهد ارائه خواهد شد.

۱. تحول تاریخی ضمانت اجرای تعهد به ارائه اطلاعات؛ تعدیل گرایی

گرچه مدت زمان طولانی از تصویب قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ ایران سپری شده است، ولی در این مدت هیچ گونه تغییر و اصلاحی در این قانون صورت نپذیرفته است؛ این در حالی است که صنعت بیمه در همین مدت پیشرفت چشمگیری داشته است. برای مثال در گذشته منطقی بود که بیمه گذار اطلاعات مربوط به مسیر حرکت خود در دریا را برای بیمه گر افشا نماید، ولی در حال حاضر با پیشرفت های ایجاد شده در حوزه تکنولوژی، بیمه گر می تواند به راحتی با نقشه های اینترنتی مسیر حرکت کشتی را به صورت برخط رصد کند. قانون بیمه دریایی مصوب ۱۹۰۶ انگلیس نیز که بیش از یکصد سال قواعد بیمه دریایی انگلیس را تنظیم می کرد، به سبب قدیمی بودن آن با انتقادهای

فراوانی روبه‌رو بوده است (Law Commission and the Scottish Law Commission, 2014: 207 & 27).^۱ رویه قضایی انگلیس در پرونده‌های متعددی انتقاداتی را به ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات وارد می‌کرد و به طرق مختلف راهکارهایی را جهت محدود شدن این ضمانت اجرا پیشنهاد می‌نمود؛ تا اینکه در نهایت قانون بیمه انگلیس در سال ۲۰۱۵ تغییر یافت و با بهره‌گیری از راهکارهای ارائه شده در رویه قضایی، ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات دستخوش تغییرات عمده‌ای شد. برای تبیین سیر تاریخی ضمانت اجرای تعهد به ارائه اطلاعات و تحول آن به سمت تعدیل ضمانت اجرا، ابتدا موضع قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ ایران و سپس، موضع قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ انگلیس در این زمینه بررسی می‌شود. آنگاه، انتقادهای وارد بر ضمانت اجرای نقض این تعهد در حقوق انگلیس و امکان تعدیل آن مطالعه می‌شود و در نهایت موضع قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس مورد بررسی قرار خواهد گرفت تا مشخص شود قانون‌گذار انگلیس تحت تأثیر انتقادات مطرح شده از ناحیه رویه قضایی، چه تغییراتی را در این خصوص اعمال کرده است.

۱-۱. موضع قانون بیمه ۱۳۱۶ ایران

قانون بیمه ایران که در سال ۱۳۱۶ تصویب شده و تاکنون اصلاحاتی در آن به عمل نیامده است، بین عمدی بودن و غیرعمدی تخلف بیمه‌گذار در نقض تعهد به ارائه اطلاعات تفکیک قائل شده است: ماده ۱۲ این قانون^۲ ناظر به موردی که بیمه‌گذار عمداً از اظهار مطالب خودداری می‌کند یا عمداً اظهارات خلاف واقع می‌نماید. در این حالت، در صورتی که خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات خلاف واقع به‌گونه‌ای باشد که موضوع خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن نزد بیمه‌گر بکاهد، عقد بیمه باطل است. در این وضعیت، نه تنها وجوهی که بیمه‌گذار پرداخته، قابل استرداد نیست، بلکه بیمه‌گر حق دارد اقساط بیمه را که تا آن تاریخ عقب افتاده است نیز از بیمه‌گذار مطالبه کند (کریمی، ۱۳۹۵: ۱۰۷).

۱. کمیسیون حقوقی انگلستان و اسکاتلند در سال ۱۹۶۵ تشکیل شده و هدف آن ارتقای اصلاحات قانون‌گذاری است؛ این کمیسیون در سال ۲۰۱۴ گزارش جامعی در مورد لزوم تغییر قانون بیمه انگلیس و اصلاحات پیشنهادی به مجلس پارلمانی بریتانیا تقدیم نمود.

۲. ماده ۱۲: «هرگاه بیمه‌گذار عمداً از اظهار مطالبی خودداری کند یا عمداً اظهارات کاذبه بنماید و مطالب اظهار نشده یا اظهارات کاذبه طوری باشد که موضوع خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن در نظر بیمه‌گر بکاهد عقد بیمه باطل خواهد بود حتی اگر مراتب مذکوره تأثیری در وقوع حادثه نداشته باشد. دراین صورت نه فقط وجوهی که بیمه‌گذار پرداخته است قابل استرداد نیست بلکه بیمه‌گر حق دارد اقساط بیمه را که تا آن تاریخ عقب افتاده است نیز از بیمه‌گذار مطالبه کند.»

مطابق ماده ۱۳ قانون یادشده^۱، در فرضی که تخلف بیمه‌گذار در نقض تعهد به ارائه اطلاعات غیرعمدی باشد، عقد بیمه باطل نمی‌شود؛ بلکه بین حالتی که خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات خلاف واقع قبل یا بعد از وقوع حادثه معلوم گردد تفاوت گذاشته شده است: الف- چنانچه خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات خلاف واقع قبل از وقوع حادثه مشخص شود، برخلاف فرض عمدی بودن تخلف، قرارداد باطل نیست و بیمه‌گر دو راه در مقابل خود دارد: ۱- ضمن توافق با بیمه‌گذار اضافه بیمه را از او دریافت کند و قرارداد را حفظ کند؛ ۲- قرارداد بیمه را فسخ کند. البته در صورتی که بیمه‌گر تصمیم به فسخ قرارداد بگیرد، قانون‌گذار شرط دیگری را نیز بر عهده او قرار داده است که باید مراتب فسخ را به وسیله اظهارنامه یا نامه سفارشی دوقبضه به بیمه‌گذار اطلاع دهد. در این صورت، اثر فسخ ده روز بعد از ابلاغ مراتب به بیمه‌گذار شروع می‌شود و بیمه‌گر باید اضافه حق بیمه دریافتی تا تاریخ فسخ را به بیمه‌گذار مسترد کند. ب- در صورتی که خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات خلاف واقع بعد از وقوع حادثه معلوم گردد، خسارت به نسبت وجه بیمه پرداختی که باید در صورت افشا یا ارائه درست اطلاعات پرداخت می‌شد، تقلیل خواهد یافت (برادران، ۱۳۸۵: ۶۰).

۲-۱. موضع قانون بیمه ۱۹۰۶ انگلیس

قانون بیمه دریایی انگلیس مصوب ۱۹۰۶ در مواد ۱۷ تا ۲۰ ضمن تفصیل موارد مربوط به سوءنیت، به طور کلی و بدون توجه به عمدی یا غیرعمدی بودن ارائه نادرست اطلاعات و عدم افشا، تنها ضمانت اجرای «حق ابطال»^۲ قرارداد بیمه را پیش‌بینی نموده بود (Bennet, 2007: 160). بر این اساس، قانون سابق بیمه دریایی انگلیس در صورت عدم حسن‌نیت یکی از طرفین، قرارداد را به‌خودی‌خود

۱. ماده ۱۳: «اگر خودداری از اظهار مطالبی یا اظهارات خلاف واقع از روی عمد نباشد عقد بیمه باطل نمی‌شود. در این صورت هرگاه مطالب اظهار نشده یا اظهار خلاف واقع قبل از وقوع حادثه معلوم شود بیمه‌گر حق دارد یا اضافه حق بیمه را از بیمه‌گذار در صورت رضایت او دریافت داشته قرارداد را ابقاء کند و یا قرارداد بیمه را فسخ کند. در صورت فسخ بیمه‌گر باید مراتب را به موجب اظهارنامه یا نامه سفارشی دوقبضه به بیمه‌گذار اطلاع دهد. اثر فسخ ده روز پس از ابلاغ مراتب به بیمه‌گذار شروع می‌شود و بیمه‌گر باید اضافه حق بیمه دریافتی تا تاریخ فسخ را به بیمه‌گذار مسترد دارد. در صورتی که مطالب اظهار نشده یا اظهار خلاف واقع بعد از وقوع حادثه معلوم شود خسارت به نسبت وجه بیمه پرداختی و وجهی که بایستی در صورت اظهار خطر بطور کامل و واقع پرداخته شده باشد تقلیل خواهد یافت.»

۲. ابطال قرارداد در اینجا بدین معناست که از زمانی که بیمه‌گر تصمیم به ابطال قرارداد بگیرد، تمام تعهدات سابق خاتمه می‌یابند و طرفین به وضعیت قبل از انعقاد قرارداد باز می‌گردند؛ گویی بیمه‌گر هیچ‌گاه پوشش خطری را برعهده نگرفته و تمام تعهدات او زایل می‌گردد و در صورتی که خسارتی پرداخته باشد، امکان استرداد آن‌ها را خواهد داشت، بدون این که نیاز به حکم دادگاه باشد و در صورتی که نیاز به مداخله دادگاه جهت حل اختلاف باشد، حکم دادگاه جنبه اعلامی دارد.

باطل نمی‌دانست، بلکه به طرف دیگر حق ابطال یا ابقای آن را می‌داد (صادقی نشاط، ۱۳۹۱: ۷۲). همچنین، در این قانون اثر نقض تعهد به رعایت حداکثر حسن‌نیت، برخورداری از حق ابطال بود.^۱ از آنجایی که هیچ ضمانت‌اجرای دیگری از جمله حق مطالبه خسارت در ماده ۱۷^۲ مورد تصریح قرار نگرفته است، ابطال قرارداد تنها راه جبران خسارت بیمه‌گذار است (Hodges, 1996: 85).

ماده ۱۸ این قانون^۳ مقرر می‌نمود بیمه‌گذار قبل از انعقاد قرارداد بیمه هر گونه اطلاعات اساسی را که می‌داند باید برای بیمه‌گر افشا کند. برخلاف قانون بیمه ایران که اساساً وارد بحث علم بیمه‌گذار نشده و مشخص نکرده است که بیمه‌گذار چه اطلاعاتی را باید بداند تا به این طریق معین شود بیمه‌گذار مکلف به ارائه چه اطلاعاتی است، قانون ۱۹۰۶ مقررات نسبتاً کاملی در مورد علم بیمه‌گذار تدوین نموده بود. مطابق این قانون، فرض بر این است که بیمه‌گذار اطلاعاتی را که در جریان عادی تجارت باید از آن‌ها آگاه باشد در اختیار دارد و در صورتی که بیمه‌گذار از ارائه این اطلاعات غفلت نماید، بیمه‌گر می‌تواند نسبت به ابطال قرارداد اقدام کند. همچنین، بر اساس قانون مزبور، اطلاعاتی اساسی محسوب می‌شوند که بر تصمیم‌گیری بیمه‌گر تأثیر بگذارند. جهت مشخص شدن مرزهای تعهد بیمه‌گذار، این قانون مواردی را معین نموده بود که بیمه‌گذار نیازی به ارائه اطلاعات در این شرایط نداشت. یکی دیگر از ویژگی‌های این قانون تفکیک «تعهد به افشای

1. avoidance ab initio

2. Article 17_ A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party.

3. Article 18_ (1) Subject to the provisions of this section, the assured must disclose to the insurer, before the contract is concluded, every material circumstance which is known to the assured, and the assured is deemed to know every circumstance which, in the ordinary course of business, ought to be known by him. If the assured fails to make such disclosure, the insurer may avoid the contract.

(2) Every circumstance is material which would influence the judgment of a prudent insurer in fixing the premium, or determining whether he will take the risk.

(3) In the absence of inquiry, the following circumstances need not be disclosed, namely:

(a) Any circumstance which diminishes the risk:

(b) Any circumstance which is known or presumed to be known to the insurer. The insurer is presumed to know matters of common notoriety or knowledge, and matters which an insurer in the ordinary course of his business, as such, ought to know;

(c) Any circumstances as to which information is waived by the insurer;

(d) Any circumstance which it is superfluous to disclose by reason of any express or implied warranty.

(4) Whether any particular circumstance, which is not disclosed, be material or not is, in each case, a question of fact.

(5) The term 'circumstance' includes any communication made to, or information received by, the assured.

اطلاعات» و «تعهد به ارائه درست اطلاعات» بود که به طور مجزا در مواد ۱۸ و ۲۰ قانون بحث شده اند. البته مرزبندی دقیق این دو تعهد در برخی موارد کار ساده ای نبود و با توجه به اینکه ضمانت اجرای نقض هر کدام از این تعهدات برخوردای از حق ابطال بود، رویه قضایی و دکتترین تأکید خاصی بر تفکیک این دو تعهد نداشتند (Hodges, 1996: 92).

۳-۱. انتقادهای وارد بر ضمانت اجرا و امکان تعدیل آن

انتقاد مهمی که در مورد ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات مطرح شده است، سختگیرانه و سنگین بودن این ضمانت اجرا است (Law Commission and the Scottish Law Commission, 2014: 43)؛ به گونه ای که بیمه گذار از تمام پوشش بیمه ای محروم می گردد. به دلیل تفاوت جایگاه بیمه گذار با بیمه گر در اطلاع از اوضاع و احوالی که در ارزیابی خطر مؤثر است، ضروری است بیمه گذار موظف شود نسبت به ارائه اطلاعات به صورت خودجوش اقدام نماید و از اظهارات متقلبانه اجتناب نماید. در مطلوب بودن چنین تعهدی برای بیمه گذار در قراردادهای بیمه دریایی تردیدی وجود ندارد، اما بعد از پرونده «کارتر علیه بوهم»^۱ که منشأ پیدایش دکتترین حداکثر حسن نیت بوده است، مرزهای اعمال تعهد ناشی از این دکتترین گسترش پیدا کرد (Abuzaid, 2018: 75)؛ به گونه ای که در برخی از پرونده های مطرح شده در رویه قضایی انگلیس عدم افشای جزئی ترین اطلاعات موجب می شد دادگاه حکم به ابطال قرارداد بیمه صادر کند (Quinby Enter. Ltd. v. Gen. Accident Ltd; North Star Shipping Ltd. v. Sphere Drake Ins. plc; Doheny v. New India Assurance Co; O'Kane v. Jones; James v. CGU Ins. Plc; March Cabaret Club & Casino Ltd. v. London Assurance). انتقادهای از این وضعیت قانون و رویه قضایی انگلیس به حدی رسید که یکی از نویسندگان شهیر در انتقاد از رویه اتخاذ شده توسط دادگاه های انگلیس در سال ۱۹۶۹ با انتشار مقاله ای بیان نمود: دکتترین حسن نیت که توسط لرد مانزفیلد در پرونده «کارتر علیه بوهم» مطرح شد، اساساً توسط دادگاه های انگلیس به صورت اشتباه اعمال شده است و قضات برداشت اشتباهی از آن داشته اند؛ این در حالی است که در قرن نوزدهم دادگاه های آمریکا این پرونده را به درستی دریافتند و به صورت صحیح آن را تفسیر کردند (Hasson, 1969: 625). از طرف دیگر، چگونه می توان از یک بیمه گذار عادی انتظار داشت که بداند چه اطلاعاتی در ارزیابی خطر توسط بیمه گر اساسی تلقی می شوند و در نتیجه چه اطلاعاتی را باید افشا کند (Lowry, 2009: 99). در حقوق ایران نیز ضمانت اجرای ابطال قرارداد بیمه با در نظر گرفتن پیشرفت صنعت بیمه و افزایش چشمگیر حجم مبادلات تجاری بیش از حد سنگین محسوب می گردد. به ویژه، با توجه به

1. Carter v. Boehm

آنکه مقررات مواد ۱۲ و ۱۳ قانون بیمه بسیار موجز و مختصر تنظیم شده‌اند، راه را برای سوءاستفاده بیمه‌گر باز می‌گذارند و بیمه‌گر در موارد بسیاری می‌تواند ادعا کند که بیمه‌گذار مرتکب خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات خلاف واقع شده و به همین دلیل در صدد فسخ یا ابطال قرارداد بیمه برآید. قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس، علاوه بر مواد ۸ و ۱۲ که بررسی ضمانت اجرای عدم ارائه منصفانه اطلاعات و اظهارات متقلبانه پرداخته است، مقررات دقیق و مفصلی را در مواد ۳ تا ۷ پیش‌بینی نموده است تا قلمرو تعهدات بیمه‌گذار در مقابل بیمه‌گر را به صورت دقیق مشخص نماید. این در حالی است که قانون بیمه ایران هیچ‌گونه اشاره‌ای به حدود تعهدات بیمه‌گذار از این حیث ننموده و صرفاً با عباراتی کوتاه بیان نموده است که در صورت خودداری از ارائه مطالب یا اظهارات خلاف واقع به صورت عمدی، قرارداد بیمه باطل می‌گردد و در فرض غیرعمدی بودن آن، حق فسخ ایجاد می‌گردد. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه قانون بیمه ایران در ترسیم محدوده تعهدات بیمه‌گذار تا حدود زیادی مسکوت است، رویه قضایی می‌تواند با تبیین حدود تعهدات بیمه‌گذار از سنگینی ضمانت اجرای نقض این تعهد بکاهد و نسبت به تعدیل آن اقدام نماید.

رویه قضایی انگلیس نیز ضمن اعمال مواد ۱۷ و ۱۸ قانون بیمه دریایی انگلیس مصوب ۱۹۰۶ در خصوص تعهد به افشا و ارائه اطلاعات، در هنگام صدور احکام انتقادهایی را به ضمانت اجرای این تعهد وارد می‌نمودند. با بررسی آرای صادر شده در دادگاه‌های انگلیس مشخص می‌شود که قضات به ناچار به دلیل نص صریح قانونی ضمانت اجرای سنگین نقض تعهد به افشای اطلاعات را اعمال نمی‌نمودند، ولی از آثار و تبعات منفی آن آگاه بودند. به دلیل سنگینی بیش از حد ضمانت اجرای تعهد به افشای اطلاعات، قضات در دادگاه‌های انگلیس، قبل از تصویب قانون بیمه ۲۰۱۵، به طور پیوسته در حال تعدیل ضمانت اجرای تعهد به ارائه اطلاعات بوده‌اند. در طول دهه‌ها دادگاه‌های انگلیس رویکردی سخت نسبت به تعهد حسن نیت اعمال می‌کردند. در سال‌های اخیر تعدادی پرونده مطرح شده که در آن‌ها قضات به سنگین بودن این ضمانت اجرا اذعان نموده‌اند و نشانه‌هایی وجود دارد دال بر اینکه دادگاه‌های انگلیس رویکرد خویش را حتی قبل از تصویب قانون بیمه ۲۰۱۵ تعدیل کرده بودند (Lowry, 2009: 128). برای مثال، در یک پرونده،^۱ قاضی دادگاه^۲ این‌گونه استدلال نمود که «ابطال بیمه‌نامه به جهت عدم افشا ضمانت اجرای شدیدی است، این امر بیمه‌گر را قادر می‌سازد بعد از این که متوجه می‌شود که خطر بیمه‌شده مناسب نیست، ادعای سلب مسئولیت از خود را بکند؛ در نتیجه بیمه‌گذار که حق بیمه پرداخت کرده است و تصور می‌کند تحت

1. Kausar v Eagle Star Inc. Co. Ltd.

2. Staughton L.J.

پوشش بیمه قرار دارد، بدون حمایت باقی می ماند، به نظر می رسد باید کنترلی در اعمال این ضمانت اجرا وجود داشته باشد» (Bennet, 2007: 118).

۴-۱. موضع قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس

قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس نظام حقوقی قراردادهای بیمه را در زمینه تعهد به ارائه اطلاعات تا حدود زیادی تغییر داده است. در ماده ۸، ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه منصفانه اطلاعات و در ماده ۱۲ ضمانت اجرای اظهارات متقلبانه بیان شده است. برخلاف قانون سابق که به طور کلی ضمانت اجرای نقض تعهد به افشا و ارائه اطلاعات را ابطال قرارداد معین نموده بود، قانون جدید تفکیک های متعددی را اعمال نموده و تا حدود بسیار زیادی موارد ابطال قرارداد بیمه را کاهش داده است (Abuzaid, 2018: 166). مطابق ماده ۸ قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس، در صورتی که بیمه گر بتواند ثابت کند اگر تعهد به ارائه منصفانه اطلاعات نقض نمی شد، اساساً نسبت به انعقاد قرارداد بیمه اقدام نمی نمود یا با شرایط متفاوتی قرارداد را منعقد می نمود، می تواند نسبت به اعمال ضمانت اجرای نقض تعهد استفاده کند. در صورتی که نقض تعهد آگاهانه یا از روی بی احتیاطی^۱ باشد، بیمه گر می تواند قرارداد را باطل کرده و تمام مسئولیت های ناشی از قرارداد را نفی کند و الزامی به استرداد حق بیمه دریافتی ندارد. در مقابل، هرگاه نقض تعهد آگاهانه یا از روی بی احتیاطی نباشد، سه فرض پیش بینی شده است:

۱. اگر تعهد به ارائه اطلاعات نقض نمی شد، بیمه گر اساساً نسبت به انعقاد قرارداد اقدام نمی نمود؛ در این فرض بیمه گر می تواند نسبت به ابطال قرارداد اقدام و مسئولیت های خود را نفی کند. البته بیمه گذار در این حالت نمی تواند حق بیمه پرداختی را مسترد کند.
۲. در صورتی که بیمه گر نسبت به انعقاد قرارداد بیمه اقدام می نمود، ولی شرایط متفاوتی را اعمال می نمود، باید چنین تلقی نمود که قرارداد با آن شرایطی که بیمه گر تقاضا می نمود، منعقد شده است.
۳. در صورتی که بیمه گر نسبت به انعقاد قرارداد اقدام می نمود، ولی حق بیمه بیشتری مطالبه می کرد، بیمه گر به همین نسبت می تواند میزان خسارت را کاهش دهد (Abuzaid, 2018: 164).

ماده ۱۲ قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس ناظر به فرضی است که بیمه گذار به صورت متقلبانه اظهاراتی را ارائه کند. اظهار متقلبانه وقتی محقق می گردد که بیمه گذار مطلب اشتباهی را ارائه می کند، بدون اینکه توجه کند آن اطلاعات درست بوده اند یا خیر (Birds, 2016: 118). در این صورت، بیمه گر مسئولیتی

۱. یعنی بیمه گذار بداند نسبت به نقض تعهد به ارائه اطلاعات اقدام می کند یا توجهی نکند که در حال نقض تعهد به ارائه اطلاعات است.

برای پرداخت خسارت نسبت به آن اظهار متقلبانه ندارد و اگر قبلاً خسارت را پرداخته باشد، می‌تواند آن را مسترد کند. در ماده ۱۷ قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ انگلیس بیان شده بود که در صورت نقض تعهد حداکثر حسن‌نیت، طرف دیگر می‌تواند نسبت به ابطال قرارداد اقدام کند؛ اما ماده ۱۴ قانون جدید تصریح می‌کند که اگرچه قرارداد بیمه، قراردادی مبتنی بر حداکثر حسن‌نیت است، ولی صرفاً به سبب نقض این تعهد، هیچ‌یک از طرفین قرارداد حق ابطال قرارداد را ندارد (Abuzaid, 2018: 166).

۲. شیوه تعدیل ضمانت اجرا؛ ارائه راهکارهایی در حقوق ایران بر اساس تجربیات تقنینی و قضایی انگلیس

به سبب انتقاداتی که سالیان متمادی بر ضمانت اجرای سنگین نقض تعهد به ارائه اطلاعات بر حقوق بیمه انگلیس از ناحیه دکتین و رویه قضایی اعمال گردید، قانون‌گذار در سال ۲۰۱۵ اصلاحات عمده و مهمی جهت پاسخ‌گویی به این انتقادات اعمال نمود. با بررسی رویه قضایی سابق بر تصویب قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس و نیز دقت در ضمانت اجرای جدید نقض تعهد به ارائه اطلاعات، این نتیجه حاصل می‌شود که قانون‌گذار انگلیس نهایت تلاش خود را جهت محدود نمودن موارد ابطال قرارداد به عمل آورده است. ولی قانون بیمه ۱۳۱۶ ایران که دارای قدمتی بسیار طولانی بوده و از پیشرفت صنعت بیمه و نیز پیشرفت فناوری در یک سده اخیر عقب مانده است، در این زمینه کاستی‌های فراوانی دارد و بی‌جهت موارد بطلان یا فسخ قرارداد بیمه را توسعه می‌دهد. در حقیقت، یکی از نواقص قابل توجه قانون بیمه، سنگین بودن ضمانت اجرای باطل شدن قرارداد بیمه است، که با در نظر گرفتن حجم مبادلات تجاری دنیای مدرن امروز، از دست دادن پوشش بیمه‌ای برای بیمه‌گذار، خصوصاً در قراردادهای بین‌المللی، خطری مهلک است که نباید بی تفاوت از کنار آن گذشت. برای تعدیل ضمانت اجرای مذکور در حقوق ایران، راهکارهایی با استفاده از تجربیات تقنینی و قضایی انگلیس ارائه می‌گردد تا از این طریق، رویه قضایی بتواند با مرزبندی دقیق‌تر تعهد بیمه‌گذار به ارائه اطلاعات لازم و تعیین اطلاعاتی که خود بیمه‌گر باید از آن‌ها آگاه فرض شود، به محدود ساختن موارد اعمال فسخ یا ابطال قرارداد اقدام نماید. افزون بر آن، قانون‌گذار نیز بر اساس راهکارهای ذیل می‌تواند نسبت به اصلاح قانون بیمه مبادرت ورزد.

۲-۱. تأکید بر لزوم رابطه سببیت بین عدم ارائه اطلاعات و انعقاد قرارداد

در حقوق انگلیس، نظریه وجود رابطه سببیت بین انعقاد قرارداد بیمه و نقض تعهد به افشا ارائه شده است: اگرچه در قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ انگلیس، هیچ‌گونه بحثی درخصوص این رابطه سببیت مطرح نشده بود، ولی رویه قضایی به این نتیجه رسیده بود که اطلاعات افشا نشده یا اطلاعاتی که به طور درست ارائه نشده‌اند باید سبب انعقاد قرارداد بیمه شده باشند (Lowry, 1999: 82). در

قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس نیز به صراحت بحثی در خصوص رابطه سببیت مطرح نشده است، اما این بار قانون‌گذار با عباراتی شفاف‌تر به‌طور ضمنی لزوم رابطه سببیت بین اطلاعات ارائه شده و انعقاد قرارداد بیمه را تأیید نموده است. بند ۳ ماده ۷ قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس، در تعریف اطلاعات اساسی، بیان می‌کند که اطلاعاتی اساسی محسوب می‌شوند که به قضاوت یک بیمه‌گر محتاط در تصمیم‌گیری در خصوص انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد اثر بگذارند یا موجب شوند بیمه‌گر با شرایط متفاوتی قرارداد بیمه را منعقد کند. بر این اساس، در زمان انعقاد قرارداد بیمه‌گر اطلاعاتی را که بیمه‌گذار ارائه نموده است، بررسی می‌کند و بر اساس این اطلاعات تصمیم می‌گیرد که اولاً آیا قرارداد را منعقد کند یا خیر، ثانیاً در صورت انعقاد چه شرایطی را در قرارداد اعمال کند. رویه قضایی انگلیس به این نتیجه رسیده است که صرف عدم افشا و ارائه نادرست اطلاعات در غیاب برخی شرایط خاص، لطمه‌ای به اعتبار قرارداد بیمه دریایی وارد نمی‌کند و بیمه‌گر لزوماً از حق فسخ قرارداد بیمه برخوردار نمی‌شود (Hodges, 1996: 91)، بلکه ضروری است که عدم افشای اطلاعات و ارائه نادرست اطلاعات موجب انعقاد قرارداد بیمه شده باشد (Berger & Light Diffusers Ltd Pollack v Pine Top [1973] 2 Lloyd's Rep. 442; Pan Atlantic Insurance Co Ltd and Another v Pine Top [1994] 3 All ER 581, HL).

شخصی که اطلاعات به‌صورت نادرست برای او ارائه شده است، باید به آن اطلاعات اعتماد کرده باشد، به این معنا که اطلاعات مزبور سبب انعقاد قرارداد باشند. بنابراین، در صورتی که این اطلاعات مورد توجه شخص قرار نگرفته باشد، مثلاً در صورتی که خودش حقیقت را بداند، در صورتی که آگاهانه در خصوص صحت اطلاعات ریسک نماید، در صورتی که واقعیت را نیز می‌دانست همچنان به انعقاد قرارداد اقدام می‌نمود یا در صورتی که به اطلاعات خودش تکیه کرده باشد، این شخص نمی‌تواند به سبب ارائه نادرست اطلاعات نسبت به فسخ قرارداد اقدام کند یا ادعای جبران خسارت داشته باشد. حتی اگر این اطلاعات به‌صورت متقلبانه باشد و سبب انعقاد قرارداد توسط شخص گردد، در صورتی که شخص در غیاب این اطلاعات همچنان همان اقدام را انجام بدهد، نمی‌تواند ادعای مطالبه خسارت نماید (Treitel, 2003: 338).

از این‌رو، طرف قراردادی که ارائه اطلاعات نسبت به او انجام می‌شود، باید اعتقاد داشته باشد که اطلاعات ارائه شده درست هستند و باید بر اساس چنین اعتقادی عمل کند. پس، اگر مخاطب از واقعیات مطلع باشد، ارائه نادرست اطلاعات سبب انعقاد قرارداد نشده است. بنابراین، ارائه نادرست اطلاعات در مورد ویژگی‌های کالایی که از طریق دریا حمل می‌شود و نماینده بیمه‌گر کالا را بازرسی می‌کند، سبب انعقاد قرارداد نمی‌گردد. همچنین، اظهارات نادرست بعد از انعقاد قرارداد ارائه

نادرست اطلاعات محسوب نمی‌شود. برای فسخ بیمه‌نامه در قراردادهای بیمه، ارائه نادرست اطلاعات باید سبب اشتباه شده باشد. وانگهی، در صورتی که بیمه‌گر بتواند اطلاعات درست را به دست آورد، ارائه نادرست اطلاعات سبب انعقاد قرارداد بیمه نمی‌شود. بر این اساس، هرگاه واقعیت‌های موضوع مسئله توسط کتاب‌های راهنمای تجارت خاصی مشخص شده باشد و طرفی که ارائه اطلاعات نسبت به انجام شده است، این کتاب را بررسی کند، اظهارات نادرست در مورد وضعیت آن تجارت خاص، سبب انعقاد قرارداد محسوب نمی‌شود (Attwood v Small and Others (1838); Edgington v Fitzmaurice and Others (1844)).

همان طور که گفتیم مطابق قانون بیمه ایران، در صورت خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات کاذبه، بیمه‌گر حق فسخ قرارداد را دارد و در صورت عمدی بودن نقض تعهد، عقد بیمه باطل است؛ مشروط بر اینکه خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات کاذبه به نحوی باشد که موضوع خطر را تغییر دهند یا از اهمیت آن نزد بیمه‌گر بکاهد. حال، سؤالی که مطرح می‌شود، این است که مفهوم و کارکرد شرط اخیر چیست؟ به عبارت دیگر، این شرط که خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات کاذبه باید موجب تغییر موضوع خطر شود یا از اهمیت آن نزد بیمه‌گر بکاهد، چگونه تأثیر خود را در هنگام انعقاد عقد نمایان می‌کند؟ بند ۳ ماده ۷ قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس با بیان اینکه اطلاعاتی اساسی محسوب می‌گردند که بر تصمیم‌گیری بیمه‌گر محتاط اثر بگذارند، با شرط مقرر در قانون بیمه ایران مبنی بر اینکه خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات کاذبه باید که موضوع خطر را تغییر دهد یا از اهمیت آن نزد بیمه‌گر بکاهد، دارای مفهومی یکسان است و این دو مقرر درصدد بیان الزام واحدی هستند و آن چیزی جز لزوم رابطه سببیت بین ارائه اطلاعات و انعقاد قرارداد نیست. به عبارت دیگر، نقض تعهد بیمه‌گذار از طریق خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات خلاف واقع باید سبب انعقاد قرارداد توسط بیمه‌گر شده باشد و در صورتی که چنین رابطه سببیتی وجود نداشته باشد، ضمانت اجرای ابطال قرارداد یا حق فسخ نیز به وجود نخواهد آمد (Abuzaid, 2018: 159).

یکی از کارکردهای رابطه سببیت، تعدیل ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات است، زیرا اگر بپذیریم که بیمه‌گر برای اثبات ابطال قرارداد یا برخورداری از حق فسخ ابتدا باید ثابت کند که مطالب اظهار نشده یا اظهار خلاف واقع اساسی محسوب می‌گردند و سپس، با توجه به لزوم رابطه سببیت، باید ثابت کند که همین اطلاعات سبب انعقاد قرارداد توسط او شده‌اند، تا حدود زیادی دامنه اختیارات بیمه‌گر در ابطال قرارداد کاسته شده و موجب تعدیل ضمانت اجرای سنگین نقض تعهد به ارائه اطلاعات می‌گردد.

۲-۲. تأکید بر دوطرفه بودن تعهد به افشای اطلاعات

پیش از اصلاحات ۲۰۱۵، ماده ۱۷ قانون سابق بیمه دریایی انگلیس بیان می‌کرد: «... چنانچه هر یک از طرفین حداکثر حسن نیت را رعایت نکند، قرارداد بیمه توسط طرف دیگر باطل می‌گردد». پرواضح بود که استفاده از عبارت «هر یک از طرفین قرارداد»، با صراحت مشخص می‌کرد تعهد به رعایت حداکثر حسن نیت و در نتیجه تعهد به افشای اطلاعات، تعهدی دوطرفه است و باید توسط بیمه‌گذار و بیمه‌گر رعایت گردد. منظور از دوطرفه بودن تعهد به افشای اطلاعات این است که هم بیمه‌گر و هم بیمه‌گذار مکلف هستند، اطلاعاتی را که در اختیار دارند در زمان انعقاد قرارداد در مقابل طرف دیگر افشا نمایند. این تعهد ناشی از اصل قدیمی «اصل دوطرفه بودن تعهدات»^۱ در حقوق انگلیس است که در سال‌های اخیر تغییر و تحولات زیادی به خود دیده است؛ به موجب این اصل، اگر قرار باشد دو طرف در قراردادی متعهد شوند، تا زمانی که یکی از طرفین متعهد نشود، طرف دیگر نیز تعهدی بر دوش ندارد. در قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس، حق ابطال مندرج در این ماده به صراحت حذف شد، اما ماده ۱۴ این قانون همچنان اشعار دارد که قرارداد بیمه، قراردادی مبتنی بر حداکثر حسن نیت است. اگرچه ممکن است در نگاه اول به نظر برسد با حذف ضمانت اجرای ماده ۱۷ دیگر امکان استناد به دوطرفه بودن تعهد به رعایت حسن نیت وجود ندارد، ولی ماده ۱۴ قانون جدید، تصریح دارد که قرارداد بیمه مبتنی بر حداکثر حسن نیت است و حذف ضمانت اجرا دلالت بر این ندارد که طرفین دیگر ملزم به رعایت حداکثر حسن نیت نیستند (Clarke & Soyer, 2017: 43).

قانون ایران در خصوص نقض تعهد به رعایت حداکثر حسن نیت و در نتیجه نقض تعهد به ارائه اطلاعات از سوی بیمه‌گر سکوت کرده است، ولی با توجه به مطالب فوق و پذیرش دوطرفه بودن تعهد به ارائه اطلاعات باید پذیرفت که قانون‌گذار ایران صرفاً از باب غلبه در خصوص نقض تعهد بیمه‌گذار صبحت نموده است. از این رو، چنانچه بیمه‌گر نیز نسبت به خودداری از اظهار مطالب یا اظهارات خلاف واقع اقدام نماید، ضمانت اجرای مشابهی برای نقض تعهدات وی وجود خواهد داشت. البته به دلیل آنکه در غالب موارد این بیمه‌گذار است که اطلاعات اضافی نسبت به بیمه‌گر دارد، در عمل شاید مجسم کردن این مفهوم قدری نامأنوس به نظر برسد؛ برای مثال در فرضی که بیمه‌گذاری برای اولین بار اقدام به حمل کالای فله‌ای خود از راه دریا می‌کند و در نقطه مقابل بیمه‌گری قرار دارد که سال‌هاست در امر بیمه حمل و نقل کالای فله‌ای از طریق دریا فعالیت دارد، بیمه‌گر اطلاعات بیشتری در مورد خطرات مسیرهای دریایی نسبت به آسیب دیدن کالای فله‌ای دارد

و در صورتی که این اطلاعات خاص را به بیمه‌گذار ارائه کند، نسبت به تصمیم وی در مورد انعقاد قرارداد بیمه و شرایط آن از جمله حق بیمه مؤثر خواهد بود.

در هر حال، به توجه به استدلال‌های فوق تعهد به رعایت دکترین حداکثر حسن‌نیت، تعهدی دوطرفه است که از ناحیه بیمه‌گذار و بیمه‌گر باید رعایت شود. نهادن تعهد به رعایت دکترین حداکثر حسن‌نیت بر دوش بیمه‌گر از سنگینی مسئولیت بیمه‌گذار می‌کاهد، زیرا از یک طرف بیمه‌گر نیز در ارائه اطلاعاتی که می‌داند همانند بیمه‌گذار تلقی می‌گردد و در صورت نقض تعهد مسئول است و از طرف دیگر چون تعهد به رعایت دکترین حداکثر حسن‌نیت در تمام مدت قرارداد باید رعایت گردد (Hodges, 1999: 220)، اگر بیمه‌گر قصد ابطال قرارداد بیمه را داشته باشد، باید قصد وی همراه با حداکثر حسن‌نیت باشد. در نتیجه، تأکید بر دوطرفه بودن تعهد موجب تعدیل ضمانت اجرای سنگین نقض تعهد به افشای اطلاعات محسوب می‌گردد.

۳-۲. تأکید بر نقش فعال بیمه‌گر در فرایند ارائه اطلاعات

همان طور که گفتیم، تعهدات ناشی از دکترین حداکثر حسن‌نیت دوطرفه است و رویه قضایی انگلیس با توجه به انتقادهای وارد بر ضمانت اجرای سنگین تعهد به ارائه اطلاعات و به منظور تعدیل سنگینی این ضمانت اجرا توجه خود را معطوف به محتوای وظیفه بیمه‌گر و نقش فعال او در فرایند ارائه اطلاعات نموده است. در صورتی که بیمه‌گر در فرایند ارائه اطلاعات نقشی نداشته باشد و صرفاً منتظر باشد که بیمه‌گذار تمام اطلاعات را برای او ارائه کند، گستره تعهدات بیمه‌گذار افزایش قابل توجهی پیدا می‌کند. وانگهی، به محض اینکه نسبت به هر کدام از این اطلاعات، عدم افشا یا ارائه نادرست محقق گردد، قرارداد بیمه در معرض فسخ یا ابطال قرار می‌گیرد. به همین جهت، یکی از راهکارهایی که رویه قضایی انگلیس جهت محدود ساختن ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات پیشنهاد نموده است، تأکید بر نقش فعال بیمه‌گر در فرایند ارائه اطلاعات است. از این رو، تا حدی که تحقیق امکان‌پذیر است، بیمه‌گر وظیفه دارد نسبت به انجام تحقیق اقدام کند (Clarke & Soyer, 2017: 34). برای مثال، لرد مانزفیلد در پرونده «کارتر علیه بوهم»^۱ که منشأ شکل‌گیری

۱. پرونده کارتر علیه بوهم، پرونده‌ای بود که قاضی مانزفیلد در سال ۱۷۶۶ در محکمه عالی لندن در مورد آن اتخاذ تصمیم کرد. در این پرونده چهارچوب اصل «حداکثر حسن‌نیت» پدیدار شد که معیار بحث تعهد به افشای اطلاعات در حقوق بیمه معاصر شد. در این پرونده، کارتر حاکم «قلعه ماربرو» بود که توسط «شرکت بریتانیایی هند شرقی» ساخته شده بود. کارتر از بوهم که یک بیمه‌گر بود، اقدام به اخذ پوشش بیمه‌ای در مقابل خطر حمله دشمن خارجی به قلعه نمود. قلعه مورد حمله نیروهای فرانسوی قرار گرفته و تسخیر شد. بوهم از پرداخت خسارت بیمه‌ای استتکاف

دکترین حداکثر حسن نیت است، تأکید خاصی بر منصفانه بودن ارائه خطر و محدودیت های تعهد ارائه بیمه گذار نمود. در این خصوص، لرد مانزفیلد از قلمروی تعهد ارائه اطلاعات، حقایقی را که بیمه گر از اطلاع یافتن در مورد آن ها چشم پوشی می کند و نیز حقایقی را که فرض می شود بیمه گر در مورد آن ها اطلاع دارد، استثنا کرد. همچنین لرد مانزفیلد در خصوص نقش مورد انتظار از بیمه گر در فرایند افشا در پرونده دیگری^۱ سابقاً مقرر نموده بود که بیمه گر تعهد دارد که خود را از رویه های تجارتي آگاه سازد (Lowry, 2009: 130).

همچنان که پیش از این گفته شد، قانون گذار انگلیس با بررسی رویه قضایی و نیز توجه به پیشرفت صنعت بیمه، همواره به دنبال راهکارهایی بوده است که موارد ابطال قرارداد بیمه را محدودتر سازد. یکی از تغییرات مهمی که قانون بیمه ۲۰۱۵ به تأسی از رویه قضایی سابق محاکم انگلیس در قانون اعمال نمود، تأکید بر نقش فعال بیمه گر در فرایند ارائه اطلاعات است. مطابق بند ۴ ماده ۳ قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس، بیمه گذار باید هر گونه اطلاعاتی را که می داند یا باید بداند در مقابل بیمه گر افشا کند. در ادامه بیان شده است که هرگاه بیمه گذار نتواند نسبت به افشای این اطلاعات اقدام کند، باید به بیمه گر به گونه ای تذکر بدهد که یک بیمه گر محتاط آگاه شود که خودش باید برای کشف اطلاعات اساسی تحقیقات بیشتری بکند. لذا مطابق این مقرر، تکلیف جدیدی بر عهده بیمه گر قرار داده شده است، مبنی بر اینکه گاهی خود مکلف به انجام تحقیقات جهت کشف اطلاعات اساسی است و نباید صرفاً منتظر باشد که بیمه گذار تمام اطلاعات را برای او فراهم و افشا کند. نتیجه این امر آن است که بیمه گر در موارد متعددی از اثبات نقض تعهد بیمه گذار عاجز می ماند و در نتیجه، امکان ابطال قرارداد بیمه را در این موارد از دست می دهد.

مواد ۱۲ و ۱۳ قانون بیمه ایران، هیچ گونه مقرراتی مشابه قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس ندارد و به طور کلی تکلیف افشای اطلاعات و خودداری از اظهارات خلاف واقع را صرفاً در خصوص بیمه گذار بیان کرده و هیچ گونه توجهی به نقش فعال بیمه گر در فرایند ارائه اطلاعات ننموده است. نتیجه این امر افزایش مواردی است که بیمه گر می تواند نسبت به فسخ قرارداد اقدام کند یا در صدد اثبات باطل بودن قرارداد برآید. اگرچه بهترین راه حل در این خصوص انجام اصلاحات از طریق قانون گذار است، اما در شرایط

نمود و مدعی شد کارتر اطلاعاتی در خصوص وضعیت جنگی آن منطقه و نیز آسیب پذیر بودن قلعه به وی ارائه ننموده است. قاضی مانزفیلد در مقام قاضی پرونده مقرر نمود که آقای کارتر باید در مقابل بیمه گر از خود حداکثر حسن نیت را نشان می داد و تمام اطلاعات اساسی مربوط به خطر را افشا می کرد، زیرا بیمه گر به ارائه اطلاعات توسط بیمه گذار تکیه نموده و بر اساس اعتماد به وی اقدام نموده است.

کنونی رویه قضایی می‌تواند به شیوه‌های مختلف بیمه‌گر را مکلف به انجام تحقیقات جهت کشف اطلاعات نماید و به این طریق درصد محدود ساختن موارد فسخ و ابطال قرارداد بیمه برآید.

۴-۲. توسعه موارد معافیت از ارائه اطلاعات

در بند ۵ ماده ۳ قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس به مواردی تصریح شده که در این موارد بیمه‌گذار از ارائه اطلاعات در مقابل بیمه‌گر معاف است. به عبارت دیگر، این موارد جزء معافیت‌های بیمه‌گذار از ارائه اطلاعات محسوب می‌گردند. معافیت‌های تصریح شده به شرح ذیل هستند:

۱. گاه برخی رویدادهایی در مدت پوشش بیمه بروز می‌کند که موجب کاهش خطر بیمه می‌گردد، این رویدادها به نفع بیمه‌گر هستند و خطری را که وی برعهده گرفته سبک‌تر می‌کنند. در این حالت ارائه اطلاعات در مورد چنین رویدادهایی بر تصمیم بیمه‌گر مؤثر نخواهند بود، به همین دلیل ارائه این موارد لازم نیست. برای مثال، بیمه‌گذاری که کشتی را در برابر طوفان دریایی بیمه نموده است، نیازی ندارد که بیمه‌گر در مورد آرام شدن وضعیت طوفانی دریا اطلاعاتی ارائه دهد.

۲. هر اطلاعاتی که بیمه‌گر نسبت به آن‌ها آگاه است؛ قاعدتاً بیمه‌گر برخی اطلاعات را خود از قبل می‌داند و منطقی نیست بیمه‌گذار مکلف به ارائه اطلاعاتی باشد که بیمه‌گر خود از آن‌ها اطلاع دارد. ماده ۵ قانون بیمه انگلیس که به علم بیمه‌گر اختصاص یافته است، در بند ۱ مقرر می‌دارد: بیمه‌گر در صورتی نسبت به یک موضوع علم دارد که آن موضوع برای شخص یا اشخاصی که از طرف بیمه‌گر درخصوص انعقاد قرارداد بیمه تصمیم‌گیری می‌کنند، شناخته شده باشد، خواه این اشخاص کارمند یا عامل بیمه‌گر باشند.

۳. اطلاعاتی که بیمه‌گر باید نسبت به آن‌ها آگاه باشد؛ مطابق بند ۲ ماده ۵، بیمه‌گر در صورتی باید از موضوعی آگاه باشد که کارمند یا عامل بیمه‌گر نسبت به آن علم دارد و باید به‌طور معقول، اطلاعات مرتبط را در اختیار بیمه‌گر قرار دهد. همچنین، بیمه‌گر در صورتی باید نسبت به موضوعی مطلع باشد که اطلاعات مرتبط توسط خود بیمه‌گر حفظ می‌شود.

۴. اطلاعاتی که فرض می‌شود بیمه‌گر نسبت به آن آگاه است؛ مطابق بند ۳ ماده ۵، فرض بر این است که بیمه‌گر برخی اطلاعات را می‌داند: یکی از این موارد، اطلاعاتی هستند که مربوط به دانش عمومی^۱ هستند. مورد دیگر اطلاعاتی است که یک بیمه‌گر که در زمینه تجاری خاصی مشغول به فعالیت تجاری است به‌طور معقول در جریان عادی تجارت انتظار می‌رود آن‌ها را بداند. فرض بر این است که بیمه‌گر اطلاعات کلی مؤثر بر موضوعی را که بیمه می‌کند، می‌داند؛ برای مثال اطلاعات

1. Common knowledge

مربوط به شرایط عادی مؤثر بر حمل و نقل در یک کشور خاص و حوادث دریایی مؤثر بر انواع کشتی در منطقه خاص جغرافیایی را بیمه‌گر باید بداند. با روش‌های جدید تبادل اطلاعات انتظار می‌رود اطلاعات بیمه‌گر نیز به تناسب افزایش یابد (Bennet, 2005: 137). در واقع، انکار نمی‌توان کرد که صنعت بیمه در عصر حاضر صنعتی مدرن است و انتظاراتی که درخصوص اطلاعات بیمه‌گران در حال حاضر وجود دارد، بسیار بیشتر از گذشته است.

۵. هر اطلاعاتی که بیمه‌گر از دانستن آن‌ها چشم‌پوشی نموده است؛ بیمه‌گر ممکن است به‌صورت صریح یا ضمنی از افشا شدن برخی اطلاعات اساسی چشم‌پوشی کند. در صورتی که بیمه‌گر محتاطی به‌صورت معمول در خصوص اطلاعات خاصی سؤالاتی را مطرح می‌کند، ولی بیمه‌گر مورد نظر در پرونده‌ای خاص درخصوص آن‌ها سؤالی نپرسد فرض بر این است که بیمه‌گر از افشا شدن آن‌ها صرف‌نظر نموده است (Bennet, 2005: 140). مطابق رأی یک پرونده، بیمه‌گران کارآگاه نیستند و تعهد بر عهده بیمه‌گذار باقی است تا مطابق حداقل حسن‌نیت اقدام کند (Asfar v Blundell, 1896). به طریق اولی چشم‌پوشی کردن صرفاً به معنی قصور بیمه‌گر از تقاضای اطلاعات معینی نیست، حتی در صورتی که بیمه‌گر از احتمال وجود اطلاعات اساسی در مورد موضوعی خاص آگاه باشد، این وظیفه بیمه‌گذار است که آن را افشا نماید، نه وظیفه بیمه‌گر که در مورد آن سؤال کند (Greenhill v Federal Insurance Co Ltd, 1921). چشم‌پوشی کردن از اطلاعات ممکن است از سؤالات پرسیده شده در فرم ایجاب استنباط شود که بیمه‌نامه مبتنی بر آن است. معیار این است که آیا یک شخص معقول که فرم ایجاب را می‌خواند توجیه خواهد شد که بیمه‌گر حق خود مبنی بر دریافت تمام اطلاعات اساسی را محدود کرده است و به حذف اطلاعات خاص در این مسئله رضایت داده است؟ (Hair v Prudential Assurance, 1983; Doheny v New India Assurance, 2005).

سعی در توسعه استثنائات موارد معافیت از ارائه اطلاعات موجب تحدید مسئولیت بیمه‌گذار در ارائه اطلاعات می‌گردد و در نتیجه، از سنگینی ضمانت اجرای نقض این تعهد می‌کاهد. قانون بیمه انگلیس اولاً مشخص می‌کند چه اطلاعاتی باید توسط بیمه‌گذار ارائه شوند، ثانیاً استثنائاتی را بر آن اعمال می‌نماید و از این راه سعی در محدود کردن موارد نقض تعهد توسط بیمه‌گذار دارد. اما در قانون بیمه ایران، قانون‌گذار به بیان این نکته اکتفا کرده است که بیمه‌گذار باید اطلاعاتی را ارائه کند که ممکن است موضوع خطر را تغییر دهد یا از اهمیت آن نزد بیمه‌گر بکاهد. اگر عقیده بر این باشد که مقررات مواد ۱۲ و ۱۳ قانون بیمه ایران عیناً باید اجرا شوند این تالی فاسد را در پی خواهد داشت که در موارد متعددی بیمه‌گر می‌تواند نقض تعهد بیمه‌گذار در ارائه اطلاعات را اثبات کند و نتیجه

این امر افزایش مواردی است که بیمه‌گر می‌تواند نسبت به فسخ قرارداد اقدام کند یا ادعای ابطال قرارداد بیمه را داشته باشد. بنابراین، اولاً قانون‌گذار باید نسبت به اصلاح مقررات در این زمینه از طریق مشخص نمودن حدود تعهدات بیمه‌گذار در مورد اطلاعاتی که باید ارائه کند، اقدام نماید و رویه قضایی نیز تا زمان اصلاح قانون باید با تفسیر قانون بر اساس عرف و قصد طرفین به دنبال محدود نمودن مواردی باشد که بیمه‌گذار مکلف به افشای آن‌هاست تا به این طریق موارد اعمال ضمانت اجرای نقض تعهد نیز کاهش یابد.

نتیجه

در قراردادهای بیمه به این دلیل که خطری که قرار است تحت پوشش بیمه واقع شود، در اکثر مواقع برای بیمه‌گذار روشن است ولی برای بیمه‌گر به صورت کامل معلوم نیست، برخلاف سایر عقود، صرف اینکه طرفین سوءنیت نداشته باشند، کفایت نمی‌کند. این نابرابری اطلاعات موجب شده است، قرارداد بیمه قراردادی مبتنی بر حداکثر حسن نیت باشد. حسن نیت بیمه‌گذار در قالب تعهد به ارائه اطلاعات نمایانگر می‌شود که با «خودداری از اظهار مطالب» یا «اظهارات خلاف واقع» نقض می‌شود. مطابق قانون بیمه ۱۳۱۶ ایران، در صورتی که نقض تعهد عمدی باشد، قرارداد بیمه باطل می‌شود و در صورت غیرعمدی بودن نقض تعهد، بیمه‌گر از حق فسخ قرارداد برخوردار می‌شود. با در نظر گرفتن حجم مبادلات تجاری در دنیای امروز، خصوصاً در قراردادهای بین‌المللی، امکان از دست دادن پوشش بیمه‌ای، واقعه‌ای مهلک برای بیمه‌گذار خواهد بود.

قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ انگلیس همواره از سوی دکتترین و رویه قضایی به سبب سنگین بودن ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات مورد انتقاد بوده است. به همین جهت رویه قضایی این کشور راهکارهایی را برای تعدیل این ضمانت اجرا پیشنهاد می‌نمود؛ تا اینکه در سال ۲۰۱۵ قانون بیمه جدید انگلیس تصویب شد و در راستای تعدیل ضمانت اجرای تعهد به ارائه اطلاعات گام برداشت. مقایسه دو قانون نشان می‌دهد که قانون‌گذار با آگاهی از پیشرفت صنعت بیمه، به هر طریق ممکن سعی در محدود نمودن موارد اعمال ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات داشته است. قانون بیمه ۲۰۱۵ انگلیس در گام اول گستره تعهد بیمه‌گذار در ارائه اطلاعات را تا حدود دقیقی مشخص نموده است. در همین راستا قانون مزبور اولاً اطلاعاتی را که بیمه‌گذار مکلف به ارائه آن‌هاست معین نموده، و ثانیاً به جهت هر چه دقیق‌تر شدن مرزهای تعهد بیمه‌گذار، اطلاعاتی را که بیمه‌گذار از ارائه آن‌ها معاف است نیز مشخص کرده است. در گام دوم، قانون یادشده در خصوص نحوه اعمال ضمانت اجرای نقض تعهد مقررات دقیقی را تصویب نموده است.

در مقابل، قانون بیمه ایران که ضمانت اجرای سنگینی را برای نقض تعهد به ارائه اطلاعات

پیش‌بینی نموده، برخلاف قانون بیمه انگلیس، مشخص نکرده است که مرزهای تعهد بیمه‌گذار در ارائه اطلاعات تا کجا ادامه دارد و در نحوه اعمال ضمانت اجرا نیز هیچ محدودیتی پیش‌بینی نشده است. با توجه به سکوت قانون‌گذار در خصوص مرزبندی تعهدات بیمه‌گذار در ارائه اطلاعات و گسترش موارد اعمال ضمانت اجرای فسخ و ابطال قرارداد بیمه، باید به دنبال راهکارهایی برای تعدیل سنگینی این ضمانت اجرا بود. با بررسی مقررات قانون بیمه ایران و استفاده از تجربه رویه قضایی محاکم انگلیس، خصوصاً قبل از تصویب قانون جدید بیمه این کشور، می‌توان راهکارهایی را برای تعدیل ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات در حقوق ایران ارائه نمود که عبارتند از:

۱. تأکید بر لزوم رابطه سببیت بین عدم ارائه اطلاعات و انعقاد قرارداد،

۲. تأکید بر دوطرفه بودن تعهد به ارائه اطلاعات،

۳. تأکید بر نقش فعال بیمه‌گر در فرایند ارائه اطلاعات،

۴. توسعه موارد معافیت از ارائه اطلاعات.

بر این اساس، پیشنهاد می‌گردد قانون‌گذار در هنگام اصلاح قانون قدیمی بیمه ۱۳۱۶ به سبب سنگینی ضمانت اجرای نقض تعهد به ارائه اطلاعات حدود تعهدات بیمه‌گذار را در این زمینه مشخص کند و در اعمال ضمانت اجرا نیز محدودیت‌هایی را پیش‌بینی نماید. همچنین، تا آن زمان نیز، رویه قضایی با استدلال‌های مطرح شده در این پژوهش می‌تواند به دنبال تعدیل این ضمانت اجرا باشد.

منابع

فارسی

- صادقی نشاط، امیر (۱۳۹۱)، **حقوق بیمه دریایی**، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
- کریمی، آیت (۱۳۹۵)، **کلیات بیمه**، چاپ چهارم، تهران: انتشارات پژوهشکده بیمه.
- برادران، لیلا (۱۳۸۵)، «موارد انحلال قرارداد بیمه»، **مجله پژوهشنامه بیمه**، شماره ۸۱.

انگلیسی

- Abuzaid, Dina Esmail (2018), **Reform of the Doctrine of Utmost Good Faith: a comparative study between the UK and Saudi Arabia**, Thesis for the degree of Doctor of Philosophy in Law, University of Sterling.
- Bennet, Howard (2005), **Insurance Law**, Nottingham, Oxford Publication, Second Edition.
- Birds, John (2016), **Birds' Modern Insurance Law**, 10th Edition, Sweet & Maxwell.
- Clarke, Malcolm; Soyer, Baris (2017), **The Insurance Act 2015; A New Regime for Commercial and Marine Insurance Law**, informa law from Routledge.
- Clarke, Malcom A. (1994), **The Law of Insurance Contracts**, Lloyd's Commercial Law Library, Rutledge Publication.
- Hasson, R.A. (1969), "The Doctrine of uberrima fides in Insurance Law- A Critical Evaluation", **The Modern Law Review**, Volume 32.
- Hodges, Susan (1996), **Law of Marine Insurance**, Cavendish Publishing Limited, London.
- Hodges, Susan (1999), **Cases and Materials on Marine Insurance Law**, Cavendish Publishing Limited, London.
- Hodgkin, Ray (2002), **Insurance Law (text and materials)**, London, Cavendish Publishing Limited, Second Edition.
- Lowry, John (2006), "Redrawing the Parameters of Good Faith in Insurance Contracts", **Current Legal Problems UCL**, London, Volume 60.
- Lowry, John (2009), "Whither the Duty of Good Faith in UK Insurance Contracts", **Connecticut Insurance Law**, Volume 16.
- Lowry, John; Rawling, Philip (2005), "Insurers, Claims and the Boundaries of the Good Faith", **The Modern Law Review**, Volume 68.
- Lowry, John; Rawlings Philip (1999), **Insurance Law: Doctrines and Principles**, Brunel University, Oxford and Portland Oregon.
- Tarr, Anthony; Tarr, Julie Anne (2001), "The Insured's Non-disclosure in the formation of insurable contracts", **50 International & Comparative Law Quarterly**, Volume 50 (3).
- **The Law Commission and the Scottish Law Commission, Insurance Contract Law: Business Disclosure; Warranties; Insurers' Remedies for Fraudulent Claims; and Late Payment.** (2014).
- Treitel, Sir Guenter (2003), **The Law of Contract**, Thomson (Sweet & Maxwell) publication, Eleventh Edition.

Cases

- Asfar v *Blundell*, [1896] 1 QB 123.
- Attwood v Small and Others (1838) HL; Redgrave v Hurd (1881) CA.
- Berger & Light Diffusers Ltd Pollack [1973] 2 Lloyd's Rep. 442.
- *Doheny v New India Assurance*, [2005] Lloyd's Rep IR 251.
- Doheny v. New India Assurance Co. [2004] EWCA Civ. 1705.
- Drake v Provident, [2004] Lloyd's Rep IR 277 t; Brotherton v Aseguradora, [2003] Lloyd's Rep IR 746.
- Edgington v Fitzmaurice and Others (1884) CA.
- Greenhill v Federal Insurance Co Ltd, (1921) 9 Ll.L.Rep. 381.
- Hair v *Prudential Assuranc*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 667.
- James v. CGU Ins. plc [2002] Lloyd's Rep. I.R. 206.
- March Cabaret Club & Casino Ltd. v. London Assurance, [1975] 1 Lloyd's Rep.169.
- North Star Shipping Ltd. v. Sphere Drake Ins.plc [2006] EWCA (Civ) 738.
- O'Kane v. Jones [2003] EWHC 3470 (Comm.).
- Pan Atlantic Insurance Co Ltd and Another v Pine Top Insurance Co Ltd [1994] 3 All ER 581, HL.
- Quinby Enter. Ltd. V. Gen. Accident Ltd. [1995] 1 N.Z.L.R. 736.

قیود تحدیدکننده اجرای مجازات مجنون؛ نقدی بر نظر مشهور فقها و رویکرد قانون‌گذار ایران

محمدهادی توکل‌پور*، محمدامین ملکی**

چکیده

مشهور فقهای امامیه معتقدند عروض جنون پس از ارتکاب جرم مانع اجرای مجازات نیست. اگرچه این حکم توسط برخی فقها مورد تردید قرار گرفته است و قانون‌گذار ایران نیز در قوانین کیفری خود شرایطی را برای امکان اجرای این مجازات در نظر گرفته است ولی به نظر می‌رسد با دقت در مستند روایی این موضوع بتوان محدودیت‌های بیشتری را برای اجرای مجازات مجنون قائل بود. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و با بررسی سندی و دلالتی روایات مربوطه به این نتیجه دست یافته است که روایت دال بر مجازات مجنون از جهت نوع جرم ارتكابی و ظرف زمانی اثبات جرم یعنی زمان صحت یا عروض جنون و نیز شیوه اثبات، اطلاق نداشته و شمولش نسبت به ارتکاب هر جرم و نیز فرض اثبات جرم در زمان عروض جنون و به هر شیوه، مورد شبهه و تردید است و به نظر می‌رسد آنچه از ادله قابل استفاده است، جواز اجرای حد شلاقی است که با اقرار فرد در زمان افافه او اثبات شده باشد؛ امری که با حقوق دفاعی متهم و لزوم رعایت احتیاط در دماء نیز سازگاری بیشتری دارد.

واژگان کلیدی: اجرای مجازات، مجنون، جنون پس از ارتکاب جرم، موانع مسئولیت کیفری، حقوق دفاعی متهم

* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران،
tavakolpour@ujss.ac.ir

** استادیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
maleki@ujss.ac.ir (نویسنده مسئول)

مقدمه

ارتکاب جرم در زمان عروض جنون،^۱ از عوامل رافع مسئولیت کیفری است. مستند فقهای امامیه در رفع مسئولیت کیفری از مجنون که بر آن اتفاق نظر وجود دارد (علامه حلی، ۳/۱۴۱۳: ۵۵۵؛ شهید ثانی، ۱۴/۱۴۱۳: ۴۸۰؛ صاحب جواهر، ۴۱/۱۴۰۴: ۴۸۱) حدیث نبوی مشهوری است که در منابع روایی اهل سنت نیز بیان شده است؛ مطابق با این روایت، مادامی که فرد مبتلا به جنون به حالت سلامتی برنگشته است چنانچه مرتکب جرمی شود، مورد مؤاخذه قرار نمی‌گیرد و به عبارت دیگر، مسئولیت کیفری ندارد^۲ (نک: حر عاملی، ۲۸/۱۴۰۹: ۲۳). با این حال پیرامون عروض جنون پس از ارتکاب جرم میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که مشهور فقهای امامیه در این خصوص معتقدند عروض جنون پس از ارتکاب جرم مانع مجازات فرد مرتکب نیست. این در حالی است که در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران که در حال حاضر مجری هستند نظر مشهور پذیرفته نشده است و با لحاظ برخی شرایط همچون حق الهی یا حق الناسی بودن جرایم و نیز برخی ملاحظات دیگر، نسبت به اجرای مجازات مجنون، تفاوت‌هایی در نظر گرفته شده است.

مشاهده مستندات روایی مربوطه نشان می‌دهد که می‌توان با دقت در این روایات، موضوعات بیشتری نسبت به آنچه تاکنون در کلام فقها و نظر قانون‌گذار بیان شده است را در این قضیه دخیل دانست؛ موضوعاتی همچون وضعیت سلامتی مرتکب در زمان اثبات جرم، نوع دلیل اثباتی و نوع مجازات آن، که در امکان یا عدم امکان اجرای مجازات فردی که پس از ارتکاب جرم دچار جنون می‌شود، اثرگذار هستند؛ موضوعی که از دید پژوهش‌های صورت‌پذیرفته در این خصوص نیز پنهان مانده است و در این مقاله به آن پرداخته خواهد شد. در پژوهش‌های صورت‌گرفته درخصوص اجرای مجازات مجنون، معمولاً پس از تبیین مواد قانونی مربوطه^۳ به رویکرد قانون‌گذار از منظر حقوقی، اجتماعی یا روان‌شناختی انتقاد وارد می‌شود و در برخی موارد نیز به نظرات فقها در این خصوص اشاره می‌شود^۴؛ در حالی که در این پژوهش با بررسی تفصیلی اساس و مبانی تصویب این قوانین که ادله شرعی است، به نظر مشهور فقها و رویکرد قانون‌گذار ایران، نقد وارد می‌شود و پیشنهاداتی جهت اصلاح این قوانین ارائه می‌شود.

۱. برای مشاهده اطلاعات پیرامون مفهوم و معیارهای فقهی و حقوقی جنون نک: ره‌پیک و هادی، ۱۴۰۰: ۳۵۳-۳۷۹.

۲. «... أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: رُفِعَ الْقَلَمُ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَمِيقَ وَأَنَّهَا مَغْلُوبَةٌ عَلَى عَقْلِهَا وَنَفْسِهَا...».

۳. به عنوان مثال نک: جودکی و عباسی، ۱۳۹۳: ۱۰۱-۱۲۱.

۴. به عنوان مثال نک: عباسی و غلامی، ۱۳۹۶: ۷۷-۹۰.

بر این اساس، مسئله‌ای که این پژوهش به دنبال بررسی و پاسخ‌گویی به آن است محدودیت‌هایی است که از حیث وضعیت سلامتی مرتکب در زمان اثبات جرم، نوع دلیل اثباتی و نوع مجازات درخصوص اجرای مجازات مجنون وجود دارد. این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با بررسی سندی و دلالی روایات مربوطه در مقام بررسی و پاسخ‌گویی به این مسئله است. در این راستا ابتدا به رویکرد فقهای امامیه و همچنین رویکرد قانون‌گذار ایران نسبت به این موضوع پرداخته می‌شود؛ سپس با بررسی ادله مربوطه و نقد و بررسی آن به‌ویژه از حیث سندی، دلیل معتبر و قابل‌استناد مشخص می‌شود و در نهایت نیز با بررسی دلالی مستند معتبر، محدودیت‌های مذکور تبیین خواهند شد.

۱. اقوال فقهی

پیرامون اجرای مجازات فردی که پس از ارتکاب جرم مجنون شود، نظرات مختلفی توسط فقها بیان شده است. در این خصوص برخی از فقها قائل به اجرای مجازات به‌طور مطلق و برخی نیز قائل به تفصیل شده‌اند. در این قسمت پس از بیان این نظرات، به نظر قانون‌گذار ایران و مستند فقهی آن نیز اشاره می‌شود.

۱-۱. اجرای مجازات مجنون به‌طور مطلق

مشهور فقیهان امامیه معتقدند اگر حدوث جنون بعد از ارتکاب جرم باشد، مانع از اجرای حد بر فرد مبتلا به جنون نیست. مراجعه به آرای فقها و دقت در آن‌ها حاکی از آن است که ایشان در مورد عروض جنون بعد از ارتکاب جرم از عبارت «لم یسقط الحد» استفاده کرده‌اند و در مسئله مورد گفت‌وگو تفصیلی نداده و بین جرم ارتكابی یا زمان اثبات جرم یا شیوه اثبات آن تفاوتی قائل نشده‌اند. این اطلاق چنانچه مورد توجه آنان بوده باشد بدین معناست که تفاوت جرم ارتكابی و به‌تبع آن تفاوت نوع مجازات اعم از شلاق، قتل و رجم، تأثیری در عدم اجرای مجازات ندارد و نیز در هر زمان که جرم اثبات شود خواه قبل از عروض جنون یا بعد از آن باشد و به هر شیوه‌ای که اثبات شود اعم از اینکه با اقرار خود فرد بوده یا با شهادت شهود باشد، امکان اجرای مجازات نسبت به مجرم مجنون وجود دارد. ذیلاً به عبارات برخی فقها اشاره می‌شود:

مرحوم حر عاملی (عاملی، ۸/۱۴۱۲: ۴۵۱)، علامه حلی (حلی، ۳/۱۴۱۳: ۵۳۳)^۱ و فرزندش فخرالمحققین (حلی، ۴/۱۳۸۷: ۴۸۷) در مورد مجازات شخصی که مرتکب جرم حدی زنا شده و سپس مجنون شده است بیان کرده‌اند: «اگر شخص عاقلی مرتکب زنا شود و سپس جنون بر وی عارض شود، حد از او ساقط نمی‌شود و باید حد بخورد.» برخی دیگر از فقهای متأخر نیز به تبعیت از سلف

۱. «و لو زنی أحدهما عاقلاً ثم جنَّ لم یسقط الحدّ، بل یحدّ حالة الجنون (بل یستوفی منه)»

خود، در کتب فقهی در مورد شخصی که مرتکب جرم حدی شده و سپس مجنون شده فتوا داده‌اند: «هنگامی که حدی بر شخصی واجب شود، سپس وی مجنون شود، حد او ساقط نمی‌شود بلکه حد در حال جنون بر او جاری می‌شود»^۱ (خونی، ۱۴۱۰: ۳۷؛ جزیری و همکاران، ۱۴۱۹: ۵/۲۰۵؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۳/۴۸۲؛ حسینی روحانی قمی، بی‌تا/۳: ۲۶۸؛ فیاض کابلی، بی‌تا/۳: ۲۸۷). مرحوم آیت الله مؤمن قمی نیز در تبیین فتاوی امام خمینی ضمن تأیید اینکه چنین مجنونی مجازات می‌شود، دلیل این حکم را چنین بیان کرده است:^۲ «اگر شخص عاقلی، دیگری را قذف کند سپس جنون بر وی عارض شود حد بر او ثابت است و جنون سبب سقوط حد نمی‌شود و در حال جنون حد می‌خورد. زیرا عموم ادله حد قذف اقتضا دارد هر کس دیگری را قذف نمود حد بخورد. شخص مجنون نیز در زمانی که عمل قذف را انجام داده، مجنون نبوده و عاقل بوده بنابراین تحت عمومات و جوب اجرای حد باقی می‌ماند. تنها جایی که استثنا شده است موردی است که شخص در حال قذف مجنون باشد» (مؤمن قمی، ۱۴۲۲: ۴۳۸). مرحوم آیت الله اردبیلی نیز در مقام نقل نظر مشهور آورده است: «در موردی که شخصی عملی انجام دهد و حدی بر او ثابت شود، جمع زیادی از فقهای امامیه قائل شده‌اند که حد از وی ساقط نمی‌شود»^۳ (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۵۳۳).

۱-۲. تفصیل در اجرای مجازات

گرچه مشهور فقیهان امامیه معتقد شده‌اند عروض جنون پس از ارتکاب جرم، به‌طور مطلق مانع مجازات مرتکب نیست، اما در مقابل نظر مشهور، برخی از فقهای متقدم و تعدادی از فقهای متأخر، این فتوا را خالی از اشکال ندانسته و با عدم پذیرش مستندات مشهور یا خدشه در اطلاق حکم مذکور، در مسئله احتمال تفصیل داده‌اند. بدین معنا که معتقد شده‌اند مستفاد از برخی روایات صحیح، تنها در برخی از انواع جنایات می‌توان بر مجنون حد جاری کرد و شیوه اثبات جرم در حکم مسئله دخیل و تأثیرگذار است. همچنین از روایت مورد استناد چنین فهمیده می‌شود که نوع خاصی از حد در زمان عروض جنون قابل اجراست.

مرحوم صاحب ریاض در این خصوص چنین نگاشته است: «برخی احتمال داده‌اند چنانچه

۱. «إذا وجب الحدّ علی شخص ثمّ جنّ لم یسقط عنه، بل یقام علیه الحدّ حال جنونه.»

۲. «لو قذف العاقل أو المجنون أدواراً فی دور عقله ثمّ جنّ العاقل و عاد دور جنون الأدواری ثبت علیه الحدّ و لم یسقط، و یحدّ حال جنونه. لعموم أدلة حدّ القذف؛ فإنّها تقتضی ثبوت الحدّ علی کلّ قاذف، و بالنسبة إلى الجنون إنّما قام الدلیل علی خروج من كان مجنوناً حین ما قذف، فببقی غیره فی عمومها فیجب علیه الحدّ.»

۳. «و أمّا اعتراض الجنون فذهب جمع کثیر من فقهاءنا إلى عدم سقوط الحدّ به، بمعنی أنّه إن فعل ما یوجب علیه الحدّ و هو صحیح لا علّة به من ذهاب عقل ثمّ جنّ، أقیم علیه الحدّ.»

حد، شلاق بوده و مجنون ادواری باشد باید تا زمان بازیافت سلامتی عقلی منتظر ماند. عده‌ای دیگر احتمال داده‌اند در مجنون دائمی به‌طور مطلق، حد ساقط باشد و گروه سومی نیز سقوط حد را در صورت عدم احساس درد و عدم انزجار از اجرای مجازات، محتمل دانسته‌اند^۱ (طباطبایی، ۱۳۸۵: ۱۵/۱۴۱۸). مرحوم شهید ثانی با تشکیک در ثبوت مطلق مجازات مجنون، در این باره فرموده است: «اگر مجازات مجنون، قتل باشد در زمان جنون جاری می‌شود اما اگر مجازات وی شلاق باشد، در اینکه منتظر شویم از جنون خارج شود و حد را جاری نماییم یا اینکه در همان حال جنون حد را جاری نماییم، دو نظر وجود دارد که بهترین آن‌ها پرهیز از اجرای حد در زمان جنون است»^۲ (شهید ثانی، ۱۳۸۵: ۱۴/۱۴۱۳). مرحوم محقق اردبیلی هم در این خصوص فرموده است: «این احتمال وجود دارد که بگوییم مجازات مجنون تا زمانی که افاقه عقلی پیدا کند، به تأخیر بیفتد زیرا مجنون تکلیفی ندارد و فایده‌ای بر حد او وجود ندارد»^۳ (محقق اردبیلی، ۱۳۸۵: ۱۳/۱۴۰۳). مرحوم فاضل هندی نیز با نقد نظر مشهور در ثبوت مطلق مجازات مجنون آورده است که چنین نظری صحیح نیست (فاضل هندی، ۱۳۸۵: ۱۰/۱۴۱۶). مرحوم آیت الله گلپایگانی نیز معتقد است پذیرفتن نظر مشهور و مجازات شخص در حالی که مجنون شده است امری عجیب است^۴ (گلپایگانی، ۱۳۸۵: ۲/۱۴۱۲). ایشان معتقد است مجازات برای کسی که تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد یا به سبب مقتضای حالش، اصلاً متوجه آن نمی‌شود و عقل و درک و شعور ندارد فایده‌ای ندارد؛ بلکه مجازات باید برای کسی باشد که از آن اثر بپذیرد و آن را درک کند^۵ (گلپایگانی، ۱۳۸۵: ۳/۱۴۱۲)؛ در صورتی که مجنون نه دردی را حس نمی‌کند و حتی اراده فرار از دست مأمور اجرای حکم را ندارد^۶ (گلپایگانی، ۱۳۸۵: ۱/۱۴۱۲). مرحوم موسوی اردبیلی معتقد است اثبات مجازات برای چنین

۱. «احتمل بعض فی المعتور: انتظار إفاقته إن كان الحدّ جلدًا وآخر السقوط فی المطبق مطلقاً و ثالث السقوط مطلقاً إن يحسّ بالألم و كان بحيث لا ينزجر به.»
۲. «ثم إن كان قتلاً لم ينتظر بالمجنون الإفاقة، و إن كان جلدًا ففی انتظار إفاقته- إن كان له حالة إفاقة- و جهان: من أنه أقوى فی الردع ... و هذا أجود.»
۳. «و یحتمل السقوط إلى أن یفیک، لعدم التکلیف و النفع فی الحدّ.»
۴. «و هذا فی الذهن عجیب و ذلك لأنه لا فائدة فی إجراء الحدّ علی المجنون.»
۵. «لا معنی لتأدیب من لا يتأثر بالأدب و لا یلتفت إلیه و لا یقبله بمقتضى حاله و لعدم تعقله و درکه و قصور شعوره بل التأدیب متعلق بمن یقبل ذلك و يتأثر به.»
۶. «و اما كون المجنون بهذه الحالة فهو أمر واقع و ربّما یكون بحيث لا يتألم ممّا یصیبه و لذا لا یفرّ ممّن یریدان یضربه.»

مجنونی امری بس مشکل است که از ذهن دور است (موسوی اردبیلی، ۱/۱۴۲۷: ۵۳۶). مرحوم آیت الله منتظری نیز در کتاب الحدود خود در این باره آورده است: «فتوا دادن به اجرای حد بر شخص مجنون در حال جنون وی، امری مشکل و مخالف موازین است ... ذهن نیز از پذیرش چنین نظری ابا دارد»^۱ (منتظری، ۱۴۱۸: ۵۰۲).

۳-۱. نظر مؤثر در قوانین کیفری ایران

قطع نظر از دکترین موجود در خصوص امکان تعقیب و اجرای مجازات فرد مجنون که مجازات مجنون را یکی به دلیل عدم بهره‌مندی از حق دفاع در مرحله اثبات جرم و دیگری به دلیل عدم درک مجازات و عدم نیل به اهداف مجازات، نامناسب و ناعادلانه ارزیابی می‌کند، با عنایت به اینکه قوانین جمهوری اسلامی ایران نباید مغایر با موازین شرعی باشند، اتخاذ تصمیم در این خصوص بر اساس مبانی فقهی صورت می‌پذیرد. در حال حاضر مقررات کیفری ایران در خصوص موضوع این مقاله، تبصره (۱) ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲^۲ و تبصره (۲) ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲^۳ است. بر اساس این مواد قانونی، عارض شدن جنون قبل از صدور حکم در جرایم حق‌اللهی به طور مطلق و در جرایم حق‌الناسی، چنانچه شرایط اثبات جرم به نحوی باشد که فرد مجنون در فرض افاقه بتواند از خود رفع اتهام کند، سبب توقف تعقیب و دادرسی می‌شود.

بررسی نظرات شورای نگهبان به عنوان نهادی که تشخیص عدم مغایرت قوانین با موازین شرعی بر عهده فقهای آن است پیرامون ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حاکی از آن است که در بررسی مصوبه نخست مجلس، برخی فقهای شورای نگهبان قائل بودند که تأخیر در اجرای مجازات‌های تعزیری و نیز حدودی که جنبه حق‌اللهی دارد در خصوص فردی که پس از ارتکاب جرم دچار جنون می‌شود، دارای ایراد شرعی است؛ زیرا بر اساس موازین شرعی، هرگاه رسیدگی به موضوع

۱. «الافتاء باجراء الحد جلدا كان او رجما على المجنون في حال جنونه مشكل و مخالف للموازين و الارتكاز أيضا يایی ذلك.»

۲. تبصره ۱: «هرگاه مرتکب یکی از جرائم موجب حد پس از صدور حکم قطعی دچار جنون شود حد ساقط نمی‌شود. در صورت عارض شدن جنون قبل از صدور حکم قطعی در حدودی که جنبه حق‌اللهی دارد تعقیب و محاکمه تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتد. نسبت به مجازات‌هایی که جنبه حق‌الناسی دارد مانند قصاص و دیه و همچنین ضرر و زیان ناشی از جرم، جنون مانع از تعقیب و رسیدگی نیست.»

۳. تبصره ۲: «هرگاه مرتکب جرم پیش از صدور حکم قطعی مبتلا به جنون شود، تا زمان افاقه، تعقیب و دادرسی متوقف می‌شود. مگر آنکه در جرائم حق‌الناسی شرایط اثبات جرم به نحوی باشد که فرد مجنون یا فاقد هوشیاری در فرض افاقه نیز نتواند از خود رفع اتهام کند. ...»

طبق موازین شرعی تمام باشد و صرفاً نیاز به انشای حکم باشد و به بیان دیگر با وجود کامل بودن ادله، دلیلی برای تأخیر اجرای مجازات وجود ندارد. در مقابل برخی فقهای شورا بیان داشته‌اند که حکم روایات بر عدم سقوط حد و وجوب اجرای حد بر شخص مجنون، مربوط به جایی است که جنون پس از حکم قاضی بر فرد عارض شده باشد و حدوث جنون قبل از صدور حکم را شامل نمی‌شود. بر این اساس این ماده که مربوط به تعویق محاکمه تا زمان افاقه مجنون است، مربوط به حدوث جنون قبل از صدور حکم قاضی است و لذا مغایرتی با موازین شرعی ندارد. در نهایت این ماده مغایر با موازین شرعی اعلام نشد و همان مفاد مصوبه نخست مجلس در حال حاضر به عنوان ماده ۱۵۰ قانون، مجری و معتبر است (توکل‌پور و دیگران، ۱۳۹۷: ۹۲-۹۰).

اما درخصوص ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، این ماده در چند مرحله مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت. در تبصره (۲) ماده ۱۳ مصوبه نخست مجلس همچون ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) مصوب ۱۳۷۸ بیان شده بود که «هر گاه مرتکب جرم پیش از صدور حکم قطعی مبتلا به جنون شود، تا زمان افاقه، تعقیب متوقف می‌شود.» در جلسه بررسی این تبصره در شورای نگهبان برخی از فقها قائل به این موضوع می‌شوند که طبق فتاوی امام خمینی (ره)، جنون پس از انجام جرم موجب سقوط مجازات نمی‌شود و حتی در فرضی که مرتکب قبل از اثبات حکم مجنون شود نیز می‌توان با بینه جرم او را ثابت کرد و مجازات را بر او اجرا کرد. در مقابل برخی از فقها بیان می‌داشتند که فتاوی امام خمینی (ره) در این خصوص مربوط به مواردی است که جرم محرز و اثبات شده باشد و درخصوص مواردی که متهم قبل از اثبات جرم، مجنون شده باشد باید برای وی چنین حقی قائل بود که بتواند با دفاعیاتی که از خود به عمل می‌آورد از اتهام انتسابی رهایی یابد (توکل‌پور و دیگران، ۱۴۰۰: ۴۲-۳۹). در نهایت شورای نگهبان در نظر خود این چنین بیان کرد که: «اطلاق متوقف شدن تعقیب در تبصره (۲) ماده (۱۳)، در مواردی که ثابت شود مرتکب در حال ارتکاب جرم عاقل بوده است، به نحوی که اگر در حال تعقیب و صدور حکم عاقل هم بود، نمی‌توانست از خود رفع اتهام کند، خلاف موازین شرع است.»^۱

به نظر می‌رسد با دقت در فتاوی امام خمینی (ره) در این خصوص^۲ می‌توان به این جمع‌بندی

۱. بند ۴ نامه شماره ۱۴۱۴۶/۳۰/۹۰ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۳ شورای نگهبان خطاب به مجلس شورای اسلامی.

۲. «لا یسقط الحد باعتراض الجنون أو الارتداد، فإن أوجب علی نفسه الحد و هو صحیح لا علة به من ذهاب عقل ثم جن أقیم علیه الحد رجماً أو جلدًا، و لو ارتكب المجنون الأدواری ما یوجب فی دور إفاقته و صحته أقیم علیه الحد و لو فی دور جنونه، و لا ینظر به الإفاقة، و لا فرق بین أن یحس بالألم حال الجنون أو لا.» (خمینی، بی‌تا/۲: ۴۶۵)؛ «لو

نائل شد که نمی‌توان از کلام ایشان به مطلق بودن اجرای حد بر فرد مجنون حتی در فرض عروض جنون قبل از اثبات جرم نیز پی برد؛ حتی در نقطه مقابل با توجه به ذکر عبارات «و هو صحیح» و «حال صحته» در فتاوی‌ای ایشان، به نظر می‌رسد برداشت لزوم اثبات جرم در حال صحت فرد از نظر ایشان قریب به صواب باشد. به هر حال با توجه به برداشتی که فقهای شورای نگهبان از بیان امام خمینی (ره) داشته‌اند در حال حاضر در قوانین جمهوری اسلامی ایران، نظر مشهور فقها ملاک قرار داده نشده است و قیودی بر اطلاق این نظر وارد شده است که به آن اشاره شد.

۲. بررسی ادله و انتخاب دلیل معتبر

در مقام کشف حکم ابتدا ادله اجتهادی مورد واکاوی قرار گیرد؛ لذا در این قسمت ادله اجتهادی و اصول عملیه مورد بررسی قرار می‌گیرد. نظر به اینکه پیرامون این موضوع، آیه‌ای برای استناد وجود ندارد، روایات مربوطه مورد بررسی قرار خواهند گرفت. در این خصوص دو روایت یعنی روایت حسن بن محبوب و برید بن معاویه وجود دارد که در این قسمت پس از بیان و توضیح اجمالی آن‌ها به بررسی سندی آن‌ها پرداخته می‌شود و در نهایت با بررسی اعتبار میان آن‌ها، اعتبار آن‌ها برای استناد مشخص می‌شود.

۲-۱. روایت صحیح حسن بن محبوب

حضرت امام باقر (ع) در مورد فردی که حد بر او واجب شده و قبل از مضروب شدن دچار جنون شده است فرمودند: «اگر در حال صحت و به دور از ذهاب عقل بر خودش حدی را واجب کرده، حد بر او جاری می‌شود هر طور که باشد.»^۱ این روایت در مقام بیان آن است که اگر شخصی مرتکب جرمی شد و بعد از ارتکاب جرم و فرایند دادرسی و صدور حکم به جنون مبتلا شود، چنین جنونی مانع اجرای حکم نیست. حسن بن محبوب در این روایت از ثقات است که همه کتب رجال وی را توثیق کرده‌اند؛ همه رجالیان و محدثان متقدم و متأخر در وثاقتش متفق‌اند (از جمله طوسی، ۱۴۲۰: ۱۲۲؛ ابن داوود حلی، ۱۳۹۲: ۷۷؛ علامه حلی، ۱۳۸۱: ۳۷؛ مجلسی، ۱۳۷۸: ۵۹). همچنین نام ایشان در طبقه اصحاب امام کاظم (برقی، ۱۴۳۳: ۱۱۸؛ طوسی، ۱۳۸۰: ۳۴۷)، اصحاب امام رضا (ابن ندیم، ۱۳۵۰: ۲۷۶؛ طوسی، ۱۳۸۰: ۳۷۲) و اصحاب امام جواد (ابن ندیم، ۱۳۵۰: ۲۷۶) آمده است. نام

قتل عاقلٌ ثم خولط و ذهب عقله لم يسقط عنه القود سواء ثبت القتل بالبينة أو بإقراره حال صحته» (خمینی، بی‌تا/۲: ۵۲۲)

۱. وَ رَوَى الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَاطٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ وَجَبَ عَلَيْهِ حَدٌّ فَلَمْ يَضْرِبْ حَتَّى خُلِطَ، فَقَالَ: «إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ الْحَدَّ وَ هُوَ صَحِيحٌ لَا عِلَّةَ بِهِ مِنْ ذَهَابِ عَقْلٍ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ كَانَتْ مَا كَانَ.» (شیخ صدوق، ۴/۱۴۱۳: ۴۲)

او در شمار اصحاب اجماع نیز آمده است (کشی، ۱۳۴۸: ۵۵۶). علی بن رثاب نیز از امام صادق (ع) و امام کاظم (ع) روایت نقل کرده است (نجاشی، بی‌تا: ۲۵۰). نام ایشان در سند حدود ۵۰۰ حدیث ذکر شده است (خوئی، ۱۳۷۲/۱۲: ۱۸). علمای رجال در آثار خود وی را ستوده‌اند و شیخ طوسی او را ثقه و جلیل‌القدر توصیف کرده است (طوسی، ۱۴۲۰: ۸۷). ابوعبیده زیاد بن عیسی (رجاء) حذاء کوفی نیز جزء اصحاب امام باقر و امام صادق بوده و از آنان حدیث نقل کرده است (طوسی، ۱۴۲۰: ۱۲۲). نجاشی نیز ابوعبیده را از محدثان معروف شیعه، موثق و صحیح‌الروایه می‌داند (نجاشی، بی‌تا/۱: ۱۷۱). با توجه با مباحث مزبور، سند این روایت کامل است و روایت صحیح‌ه می‌باشد.

۲-۲. روایت برید بن معاویه

از حضرت امام باقر (ع) در مورد مردی سؤال شد که عمداً مرد دیگری را کشته و حد بر او جاری نگردیده و شهادت صحیح علیه او داده نشده تا اینکه بر او جنون عارض شده است. پس از آن، گروهی علیه او شهادت می‌دهند که آن مرد را کشته است. حضرت فرمودند: «اگر شهادت دهند قاتل در حال صحت و سلامت عقلی مرتکب قتل شده است قصاص می‌شود و اگر به این مطلب شهادت ندهند و مالی دارد، از مال او دیه مقتول پرداخت می‌شود و اگر مالی باقی نگذاشته است از بیت‌المال، دیه او داده می‌شود و خون مسلمان باطل نمی‌گردد.»^۱

از روایت برید استفاده می‌شود که در صورت ارتکاب جرم و اثبات آن توسط بینه در دادگاه، عروض جنون مانع اجرای حد نیست؛ بنابراین اولاً باید حد اثبات شده باشد و ثانیاً این اثبات باید از طریق اقامه بینه صورت گرفته باشد. همچنین در صورتی که جرم اثبات شده توسط شهود، قتل باشد، اجرای حد بر مجنون مجاز است. از این رو از روایت استفاده نمی‌شود که مطلق حدود با هر نوع اثباتی لازم‌الاجرا است. از فقره «إِنْ شَهِدُوا عَلَيْهِ أَنَّهُ قَتَلَهُ حِينَ قَتَلَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ» چنین استنباط می‌شود که ملاک در اقامه حد، زمان اثبات جرم نیست، بلکه ملاک، اثبات وقوع جرم در زمان صحت و سلامت عقل است. زیرا ممکن است اثبات جرم در زمانی صورت گیرد که مرتکب جنون سلامتی خود را از دست داده باشد. بلکه آنچه مهم است این است که شهادت‌دهندگان به وقوع جرم

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً، عَنْ ابْنِ مَجْشُوبٍ، عَنْ خَصْرِ الصَّبْرِيفِي، عَنْ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ الْعِجَلِي، قَالَ: سُئِلَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا، فَلَمْ يَقُمْ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَلَمْ تَصِحَّ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ حَتَّى حُولَطَ وَ ذَهَبَ عَقْلُهُ، ثُمَّ إِنَّ قَوْمًا آخَرِينَ شَهِدُوا عَلَيْهِ - بَعْدَ مَا حُولَطَ - أَنَّهُ قَتَلَهُ؟ فَقَالَ: «إِنْ شَهِدُوا عَلَيْهِ أَنَّهُ قَتَلَهُ حِينَ قَتَلَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ لَيْسَ بِهِ عِلَّةٌ مِنْ فَسَادِ عَقْلٍ، قُتِلَ بِهِ؛ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَ كَانَ لَهُ مَالٌ يُعْرَفُ، دُفِعَ إِلَى وَرَثَةِ الْمُقْتُولِ الدِّيَةُ مِنْ مَالِ الْقَاتِلِ، وَإِنْ لَمْ يَثْرَكْ مَالًا، أُعْطِيَ الدِّيَةُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، وَلَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» (کلینی، ۱۴۰۷/۷: ۲۹۵).

توسط جانی در زمان صحت و سلامتی شهادت دهند.

مطلب دیگر مستفاد از روایت آن است که چنانچه انجام جرم در زمان صحت و سلامتی فرد مبتلا به جنون ثابت نشود و شهادت شهود فقط ارتکاب جرم را بدون زمان انجام جرم اثبات کند، دیه مقتول باید از مال قاتل به خانواده وی پرداخت گردد و در فرض عدم دارایی، از بیت المال تأمین شود. همه افراد حاضر در سند این روایت جزء ثقات هستند به جز خضر صیرفی که به دلیل مجهول بودن وی، این روایت از روایات ضعیف محسوب می شود؛ با وجود این برخی از فقها معتقدند به دلیل اجماعی بودن حکم مسئله، ضعف سند روایت قابل جبران است (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۹۲). شهرت عملی از دو جهت مورد بحث است: یکی از جهت امکان ترجیح روایت به سبب شهرت عملی در مقام تعارض و دیگری از جهت جبران ضعف روایت ضعیف، با قطع نظر از تعارض. برخی از اندیشمندان دانش اصول معتقدند دلیلی بر ترجیح روایت به شهرت عملی وجود ندارد، مگر بنابر این قول که آنچه موجب نزدیک تر شدن یکی از دو روایت به واقع باشد، از اسباب ترجیح به شمار می آید. بنابر این قول، شهرت عملی از اسباب ترجیح روایت خواهد بود (مظفر، بی تا/۲: ۲۲۱).

اما نسبت به بحث دوم، یعنی جبران ضعف سند، عمده اندیشمندان اصولی معتقدند شهرت عملی، ضعف سندی روایت را جبران کرده، مصحح عمل به آن است؛ هرچند روایت بر حسب قواعد علم رجال، در نهایت ضعف باشد؛ چنان که اعراض عملی مشهور فقها از روایتی، موجب ضعف و سستی آن خواهد شد؛ هرچند آن روایت، مشهور و از نظر سند بسیار قوی و معتبر باشد. زیرا اعراض مشهور از آن - به رغم قوت سند - حاکی از وجود خللی در روایت است؛ چنان که در فرض اول، عمل مشهور - به رغم ضعف سند - بیانگر عدم خلل و قوت آن است (عراقی، بی تا/۲: ۹۹).

البته برخی دیگر نیز عمل مشهور به روایت ضعیف را جبران کننده ضعف سندی آن و اعراض آنان از روایت صحیح و قوی را موجب سستی و خلل در آن ندانسته اند (خوئی، ج ۲: ۱۴۳). البته ترجیح روایت به شهرت عملی بنابر قول به آن و نیز جبران ضعف سند به عمل مشهور، مشروط به این است که عمل به روایت و فتوا به آن مشهور در نزد قدمای اصحاب باشد که به عصر حضور معصومین علیهم السلام نزدیک بوده اند و شهرت در بین فقیهان متأخر برای ترجیح روایت ضعیف یا جبران ضعف سند کفایت نمی کند (عراقی، بی تا/۲: ۹۹ و ۱۰۰ و مظفر، بی تا/۲: ۲۲۱).

با توجه به آنچه گذشت معلوم گردید ضعف سند روایت مورد استناد مشهور با شهرت قابل جبران نیست، زیرا روایت مزبور نزد قداما از شهرت برخوردار نیست و آنچه ضعف سند را جبران می کند فتوای قدامای از فقیهان امامیه است. با توجه به آنچه گذشت معلوم گردید ضعف سند روایت مورد استناد مشهور با شهرت قابل جبران نیست، زیرا روایت مزبور نزد قداما از شهرت برخوردار نیست و

آنچه ضعف سند را جبران می‌کند فتوای قدمای از فقیهان امامیه است.

۲-۳. بررسی رابطه دو دلیل و انتخاب دلیل معتبر

در مقام بررسی این دو روایت، ابتدائاً باید گفت با وجود روایت صحیح، نوبت به روایت ضعیف نمی‌رسد. لیکن از آنجا که برخی تلاش کرده‌اند با تمسک به شهرت و یا اجماع، ضعف سند را جبران نمایند، همان طور که در مورد شهرت بیان شد، تمسک به شهرت در این روایت مشکلی را حل نمی‌کند. از طرف دیگر چنان‌که بسیاری از فقها نیز تصریح کرده‌اند در امور کیفری که منجر به سلب حیات می‌شود با یک یا چند خبر واحد نمی‌توان قاعده لزوم احتیاط در دماء را کنار گذاشت (فاضل آبی، ۱۳۹۷: ۵۷۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۴۱/۴۸۰).

در مورد اجماع و اینکه آیا اجماع فقها بر این روایت جابر ضعف سند آن هست یا خیر، به نظر می‌رسد اجماع نمی‌تواند ضعف سند را جبران کند زیرا اگر مستند اجماع‌کنندگان در اجماع بر عدم سقوط قصاص از قاتلی که در زمان صحت، مرتکب قتل شده است روایت برید بن معاویه باشد، اجماع، مدرکی و فاقد ارزش و اعتبار است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۳/۵۰۲؛ حلی، بی‌تا: ۱۹۵) و اگر مستند آنان، اطلاق مستفاد از روایت صحیح حسن بن محبوب باشد، چنان‌که در قسمت سوم این مقاله بیان خواهد شد روایت مزبور از چنین اطلاقی برخوردار نیست. همچنین اگر مستند حکم، صرفاً اجماع باشد، از نظر صغروی و کبروی مورد تأمل است؛ خصوصاً در مجنون ادواری که امکان بهبودی در مورد او وجود دارد و به تبع آن امکان مصالحه با اولیای دم یا توبه در مورد حدود یا حداقل دفاع از خود در محاکمه نسبت به او متصور است و تأخیر اجرای حد و قصاص نسبت به او با احتیاط در دماء سازگاری بیشتری دارد.

اما اگر از این نظر عدول کنیم و قائل شویم اجماع اصحاب، جبران‌کننده ضعف سند روایت دوم است؛ در این صورت مفهوم هر یک از دو روایت با منطوق روایت دیگر ظاهراً در تعارض قرار می‌گیرد. زیرا در یک روایت بیان شده است که جنون عارضی مانع از اجرای حد شلاق ثابت‌شده با اقرار فرد در زمان صحت نیست و در روایت دوم بیان شده است که جنون عارضی مانع از اجرای حد قتل ثابت‌شده با شهادت بینة نیست. گویا در یک روایت بیان شده است: «ان كان اقرّ علی نفسه بالحد و هو صحیح، اقیم علیه الحد» و در روایت دیگر آمده: «ان شهدوا علیه بالقتل و هو صحیح، قتل به». در این صورت هر دو جمله شرطیه در استقلال در سببیت و انحصاری بودن سبب ظهور دارند و برای رفع تعارض باید از ظهور هر یک از دو روایت در انحصاری بودن سبب دست کشید (مظفر، بی‌تا: ۱۱۶) و چنین نتیجه گرفت که اگر فردی به جرم ارتكابی در زمان صحت و سلامت عقلی اقرار کند یا بینة بر ارتكاب جرم در این حالت شهادت دهد، حد بر وی جاری می‌شود و جنون

عارض شده پس از اثبات تحقق جرم در زمان صحت، مانع از اجرای حد بر فرد مبتلا به جنون نیست. البته منافاتی ندارد که دلیلی ذکر شود و به استناد آن دلیل حکم شود و اجرای حد به تأخیر افتد؛ زیرا هر دو روایت در صدد اثبات اصل عدم سقوط حد به واسطه عروض جنون هستند و در مورد فوریت اجرای حد یا عدم آن ساکت هستند و فوریت در اجرای مجازات از ادله دیگر کشف می‌شود. از طرفی نیز اگر بر فرض محال پذیرفته شود که این دو روایت با هم تعارض دارد و باید سراغ اصل عملی رفت؛ در مورد استناد به اصل عملی استصحاب نیز گفته شده است: «جریان این استصحاب مورد اشکال است، زیرا موضوع متفاوت شده و عرفاً فرد مجنون غیر از عاقل است» (گلپایگانی، ۳/۱۴۱۲: ۲۸). اما به نظر می‌رسد مهم‌ترین اشکال وارد به اصل مزبور این است که رتبه تمسک به اصل عملی پس از فقدان دلیل اجتهادی است و با وجود روایت صحیح در مسئله، نوبت به تمسک به استصحاب نمی‌رسد و دلیل روایی وارد بر اصل عملی است. علاوه بر اینکه امکان دارد موضوع، واحد لحاظ شود، بدین معنا که سلامتی و جنون از حالات عارض بر موضوع محسوب شده و موضوع در استصحاب، مرتکب جرم در نظر گرفته شود که در یک زمان سالم بوده و در زمان دیگر جنون به او عارض شده و عروض حالت جنون موجب تردید در وجوب اجرای حد نسبت به مجرم محسوب شود. با عنایت به مباحث مزبور روشن می‌شود که مستند مورد اعتماد در مسئله مورد گفت‌وگو، منحصر در روایت صحیح «حسن ابن محبوب» است که در قسمت بعد به تحلیل این روایت از حیث تمایز با نظرات فقهی و قانونی موجود پرداخته می‌شود.

۳. محدودیت‌های اجرای مجازات از رهگذر بررسی دلالتی روایت معتبر

همان طور که در قسمت قبل بیان شد، روایت معتبر و قابل استناد برای بحث اجرای مجازات مجنون، روایت صحیح حسن بن محبوب است. در این قسمت با بررسی محتوای این روایت به وجود برخی محدودیت‌ها در اجرای مجازات مجنون اشاره می‌شود که برخلاف نظر فقهی مشهور و نیز رویکرد قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران است. شایان ذکر است که این تحدید موافق با قاعده احتیاط در دماء است که مورد تأکید شارع است. از آنجا که با ادله‌ای که در ادامه بیان خواهد شد، حداقل می‌توان قائل به وجود شبهه در اجرای برخی مجازات‌های شخص مجنون شد، این قاعده ایجاب می‌دارد در مواردی که اجرای این مجازات‌ها سبب از بین رفتن جان انسان‌ها می‌شود، به عدم اجرای آن‌ها حکم داد. افزون بر آن، اجرای مجازات فردی که پس از ارتکاب جرم مجنون می‌شود به‌طور مطلق، امکان دفاع را از او سلب می‌کند که از این حیث نیز بنابر قول یکی از فقهای معاصر سبب ایجاد شبهه در دلالت این روایت بر این موضوع می‌شود: «اگر در حال سلامتی مرتکب جرم شود و در حال جنون بر وی بینه اقامه گردد، آیا برای حاکم جایز است حد را بر او جاری کند و آیا در

این وضعیت بر او حد جاری می‌شود؟ مسئله نزد من دارای اشکال است از این جهت که متهم عاجز از دفاع از خود است و در ارتکاز عقلا، محاکمه مجنون بعید است و در شمول روایت صحیح اُبی عبیده نسبت به این صورت، شبهه وجود دارد» (اردبیلی، ۱/۱۴۲۷: ۵۳۶). در ادامه به محدودیت‌های قابل‌برداشت از متن این روایت اشاره می‌شود.

۳-۱. محدودیت اجرا از حیث وضعیت سلامتی مرتکب در زمان اثبات و نوع شیوه اثبات

در مورد معنای فقره «إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ الْحَدَّ وَهُوَ صَحِيحٌ... أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ» دو احتمال وجود دارد: الف) اگر مجرم در حال سلامتی، فعلی را انجام داده که موجب ثبوت حد است، حد بر او جاری می‌شود. ب) اگر مجرم در حال سلامتی، با اقرار، حد را بر خود واجب کرده، حد بر او جاری می‌شود. به نظر می‌رسد از بین این دو احتمال، احتمال دوم متعین باشد؛ زیرا به صرف انجام جرم در زمان سلامتی بدون اینکه بینه‌ای در کار باشد یا خود فرد به جرم ارتكابی اقرار کند، حد بر کسی واجب نمی‌شود. توضیح آنکه در روایت ابن محبوب بیان شده است که فرد، حد را بر خود واجب کند و حد زمانی بر فرد واجب می‌شود که جرم او در محکمه ثابت شده باشد و صرف ارتکاب رفتار مجرمانه سبب واجب شدن حد بر فرد نمی‌شود. به عنوان مثال ممکن است فردی مرتکب زنا شود ولی تا زمانی که زنای او از طرق شرعی همچون شهادت چهار شاهد با کیفیت مخصوص اثبات نشود، نمی‌توان حد را بر او واجب دانست. بر این اساس نمی‌توان قائل به احتمال اول بود که این روایت ناظر به وقتی است که فرد به صرف ارتکاب رفتار مجرمانه در حال سلامتی، حد را بر خود واجب کرده باشد.

افزون بر آن با توجه به اینکه در این روایت بیان شده است که فرد، خود باید حد را بر خود واجب کرده باشد، شیوه اثبات مدنظر این روایت، صرفاً محدود به اقرار است. به بیان دیگر، چنانچه اثبات جرم با شهادت بینه باشد، فرد حد را بر خود واجب نکرده است و لذا از شمول حکم این روایت خارج می‌شود. ممکن است گفته شود از باب الغای خصوصیت می‌توان گفت اقرار خصوصیتی ندارد و بینه نیز داخل در حکم است. در پاسخ باید اشاره داشت اصل بر آن است که هر لفظ در معنای خود و آنچه مدنظر امام معصوم بوده است به کار رفته است. به بیان دیگر اگر گفته شود لفظ خصوصیت ندارد و معنای عموم و شمول در نظر گرفته شود خلاف اصل است و نیاز به دلیل دارد که چنین دلیلی نیز موجود نیست. از طرفی ممکن است گفته شود باید ثابت شود امام در این روایت در مقام بیان بوده است که در پاسخ بیان می‌شود اصل در مقام بیان بودن است و در مقام بیان نبودن نیاز به دلیل دارد. بر این اساس، روایت مزبور دلالت می‌کند بر اینکه وقتی حدی با اقرار فرد ثابت و بر فرد واجب شد با عروض جنون ساقط نمی‌شود.

۲-۳. محدودیت اجرا از حیث نوع جرم و مجازات

مقوله دیگری که می‌تواند از جمله محدودیت‌های اجرای مجازات فرد مجنون باشد، نوع جرم و مجازات آن است. اولاً در روایت ابن محبوب به جرم مستوجب حد اشاره شده است و لذا سایر جرایم یعنی جرایم تعزیری و جنایات از شمول حکم این روایت خارج می‌شوند. درخصوص مجازات‌ها نیز چنانچه مطلق مجازات‌ها مدنظر باشد، انواع مجازات‌های شرعی همچون قتل، صلب، تازیانه و تبعید را شامل می‌شود. از آنجا که در این روایت، در سؤالی که از حضرت پرسیده می‌شود به مجازات ضرب یا تازیانه اشاره می‌شود، این مسئله مطرح می‌شود که منظور از مجازات حدی که در پاسخ حضرت بیان می‌شود آیا کلیه مجازات‌های حدی است یا صرفاً مجازات تازیانه را در بر می‌گیرد. در این راستا باید مقصود از کلمه «الحد» در این روایت مورد تدقیق قرار گیرد. در این خصوص دو احتمال وجود دارد: الف) «ال» برای بیان جنس باشد. در این صورت معنا چنین خواهد بود که اگر فرد در حال سلامتی، با اقرارش بر خود حدی را واجب کرد، جنون عارض شده مانع از اجرای حد نیست. ب) «ال» برای بیان عهد ذکری باشد. در این صورت معنا چنین خواهد بود که اگر فرد در حال سلامتی، با اقرارش بر خود حد شلاق را واجب کرد، جنون عارض شده مانع از اجرای این حد نیست. به نظر می‌رسد از بین این دو احتمال، احتمال دوم در معنای مقصود از کلمه «الحد» متعین است، زیرا این کلمه در فقره «إِنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ الْحَدَّ وَهُوَ صَحِيحٌ» در پاسخ به سؤال راوی از لزوم اجرای حد شلاق پس از عروض جنون صادر شده است و حکمت و فصاحت و بلاغت در کلام اقتضا دارد پاسخ امام مطابق با سؤال راوی باشد.

ممکن است بیان شود اگر نوع حد در حکم مسئله، تأثیرگذار بود؛ امام در پاسخ به سؤال راوی، به جای کلمه «الحد» از کلمه «الضرب» استفاده می‌کردند تا تأییدی بر دخیل بودن نوع حد مورد سؤال، در حکم اجرای حد بر مجنون باشد و از اینکه امام در پاسخ، از چنین تعبیری استفاده نکرده‌اند، عمومیت نسبت به تمام اقسام حد استفاده می‌شود؛ زیرا می‌توان «ال» در «الحد» را «ال» جنس که دال بر عموم است در نظر گرفت.

در پاسخ می‌توان گفت اگر عمومیت حد نسبت به همه اقسام آن مدنظر امام می‌بود، حضرت می‌توانستند این عمومیت را با تعبیر «حداً» به صورت نکره و بدون «ال» نیز به مخاطب بفهمانند؛ بنابراین تعبیر به «الحد» در معنایی غیر از عمومیت یعنی همان احتمال دوم و بیان عهد ذکری ظهور می‌یابد و در فرض عدم پذیرش این ظهور، حداقل در معنای مقصود از «الحد» دو احتمال مساوی به وجود می‌آید؛ در نتیجه نمی‌توان با استناد به اطلاق و عمومیت مستفاد از روایت، شمول آن را نسبت به تمام اقسام حدود نتیجه گرفت.

ممکن است بیان شود عبارت «کائناً ما کان» که در انتهای روایت ذکر شده است بدین معناست که هر حدی باشد اعم از قتل، رجم، شلاق و تبعید باید اجرا شود. در پاسخ می‌توان بیان داشت با توجه به سؤال سائل که در مورد ضرب (شلاق) است به نظر می‌رسد عبارت «کائناً ما کان» در صدد بیان این موضوع است که هرگونه مجازات حدی که از نوع جلد (شلاق) باشد و جلد نیز به هر تعداد که باشد چنانچه با اقرار شخص ثابت شده باشد باید نواخته شود و بر چیزی بیش از این دلالت ندارد.

با توجه به مباحث مزبور این سخن که وقتی حدی از حدود بر کسی واجب شد، لازم است این حد هرچه باشد اجرا شود، قابل‌پذیرش نیست و صرفاً مجازات تازیانه مدنظر است. زیرا اولاً سائل روایت، سؤال خود را در مورد ضرب مطرح کرده و برای تعدی از ضرب به سایر موارد نیاز به دلیل است که چنین دلیلی مفقود است و باید اقتصار به نص کرد. ثانیاً می‌توان گفت فرد غالب در حدود، ضرب است و اگر اطلاقی هم باشد به فرد غالب انصراف پیدا می‌کند. از طرفی شاید بتوان گفت مجازاتی مانند شلاق نسبت به مجازات‌های دیگر مانند قتل و قطع از شدت کمتری برخوردار است و قابلیت جبران بیشتری دارد. مضاف بر اینکه از بین مجازات‌ها، ضرب با احتیاط در دماء سازگارتر است و در نهایت نیز آنکه، ظهور الف و لام در کلمه الحد به عهد ذکری، به مراتب قوی‌تر از ظهور در اطلاق است. زیرا اگر بپذیریم این الف و لام عهد ذکری است دیگر نیازی به تأویل کلام هم نیست و دلالت بر مجازات تازیانه دارد.

۴. تأثیر دیدگاه مختار بر قوانین کیفری ایران

همان‌طور که بیان شد مقررات مربوط به اجرای مجازات فردی که پس از ارتکاب رفتار مجرمانه مبتلا به جنون می‌شود در ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره (۲) ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بیان شده است که در این قسمت به مقایسه دیدگاه مختار نگارندگان این مقاله بر این قوانین به تفکیک جرایم تعزیری، جرایم موجب حد حق‌اللهی و جرایم موجب حد حق‌الناسی و قصاص و دیه پرداخته می‌شود.

۴-۱. میزان تأثیر بر جرایم تعزیری

در ماده ۱۵۰ قانون مجازات، تکلیف جرایم تعزیری مشخص شده است. طبق این ماده، «هرگاه مرتکب جرم در حین ارتکاب، مجنون باشد یا در جرایم موجب تعزیر پس از وقوع جرم مبتلا به جنون شود چنانچه جنون و حالت خطرناک مجنون با جلب نظر متخصص، ثابت و آزاد بودن وی محل نظم و امنیت عمومی باشد به دستور دادستان تارفع حالت خطرناک در محل مناسب نگهداری می‌شود.» مستفاد از این قسمت ماده، در جرایم تعزیری چنانچه مرتکب بعد از ارتکاب رفتار مجرمانه دچار جنون شود، خواه این جرم در محکمه ثابت شده باشد و منجر به صدور حکم شده

باشد یا خیر، مجازات‌ها به طور مطلق تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتند.

با توجه به دیدگاه مختار نگارندگان که صرفاً در جرایم مستوجب حد می‌توان قائل به اجرای مجازات مدنظر روایت ابن محبوب بود، مجازات‌های تعزیری از شمول حکم این روایت یعنی اجرای مجازات مجنون خارج می‌شود. بر این اساس پیرامون جرایم تعزیری تفاوتی میان دیدگاه نگارندگان و حکم مدنظر قانون مجازات اسلامی وجود ندارد و لذا از این حیث تحدیدی در میزان مجازات‌های مدنظر قانون‌گذار ایجاد نمی‌شود.

۲-۴. میزان تأثیر بر جرایم موجب حد حق الهی

در خصوص جرایم موجب حد طبق تبصره (۱) ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی و تبصره (۲) ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری باید قائل به تفصیل شد. بر اساس ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی، در حدودی که جنبه حق الهی دارد، در صورت عارض شدن جنون قبل از صدور حکم قطعی، تعقیب و محاکمه تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتد و پس از صدور حکم قطعی، حد ساقط نمی‌شود.

پیرامون جرایم موجب حد که در آن جنون قبل از صدور حکم عارض شده باشد با توجه به اینکه هنوز حکم ثابت نشده است، طبق دیدگاه مختار نگارندگان، نمی‌توان فرد مجنون را مجازات کرد و لذا از این حیث با این دیدگاه با نظر قانون‌گذار تفاوتی ندارد و تحدیدی نیز در میزان این مجازات‌ها صورت نمی‌پذیرد. اما در خصوص عارض شدن جنون پس از صدور حکم قطعی که این ماده قائل به اجرای مجازات است، دیدگاه مختار سبب تحدید میزان این مجازات‌ها خواهد شد. زیرا طبق این دیدگاه در جرایم موجب حد حق الهی نیز صرفاً چنانچه جرم با اقرار خود فرد ثابت شده باشد و مجازات آن تازیانه باشد، مجازات اجرا خواهد شد و سایر موارد یعنی اثبات با بینه و مجازات‌های غیر تازیانه مثل قتل، رجم و تبعید باید تا افاقه مرتکب به تأخیر بیفتند.

۳-۴. میزان تأثیر بر جرایم موجب حد حق الناسی و قصاص و دیه

در تبصره (۲) ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی بیان شده است: «نسبت به مجازات‌هایی که جنبه حق الناسی دارد مانند قصاص و دیه و همچنین ضرر و زیان ناشی از جرم، جنون مانع از تعقیب و رسیدگی نیست.» در تبصره (۱) ماده (۱۳) قانون آیین دادرسی کیفری نیز ذکر شده است: «هرگاه مرتکب جرم پیش از صدور حکم قطعی مبتلا به جنون شود، تا زمان افاقه، تعقیب و دادرسی متوقف می‌شود. مگر آنکه در جرایم حق الناسی شرایط اثبات جرم به نحوی باشد که فرد مجنون یا فاقد هوشیاری در فرض افاقه نیز نتواند از خود رفع اتهام کند».

با توجه به تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در انتهای سال ۱۳۹۲، این قانون نسبت به قانون مجازات اسلامی مؤخر محسوب می‌شود و لذا قید مذکور در این قانون یعنی بحث عدم امکان رفع

اتهام مجنون از خود حتی در فرض افاقه مجری است.

در مقام مقایسه دیدگاه مختار و رویکرد قانون‌گذار ایران پیرامون جرایم موجب حد حق‌اللهی و قصاص و دیه، چنان‌که مشاهده می‌شود، دیدگاه مختار این مقاله سبب تحدید میزان مجازات‌های مدنظر قانون‌گذار می‌شود. زیرا این قید حتی عارض شدن جنون قبل از صدور حکم را نیز شامل می‌شود و از این حیث با دیدگاه مختار که صرفاً فرض اثبات و صدور حکم آن هم با اقرار را مدنظر دارد در تعارض است. از سوی دیگر، طبق دیدگاه قانون‌گذار، جرایم موجب قصاص و دیه نیز مشمول حکم اجرای مجازات قرار می‌گیرند؛ در حالی که طبق دیدگاه مختار این پژوهش، صرفاً در برخی افراد جرایم موجب حد می‌توان اقدام به اجرای مجازات کرد و قصاص و دیه از شمول حکم آن خارج می‌شوند. درخصوص مجازات‌های موجب حد حق‌الناسی مانند سرقت و قذف نیز صرفاً اگر با اقرار ثابت شده باشند مشمول روایت ابن محبوب می‌شوند؛ در حالی که طبق قانون مجازات لزومی بر وجود این قیود مشاهده نمی‌شود.

نتیجه

یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری از نظر شارع مقدس، جنون است که در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران نیز ذکر شده است. اگرچه پیرامون ارتکاب جرم در زمان عروض جنون اختلاف‌نظری میان فقها وجود ندارد و همه به اتفاق قائل به عدم مجازات چنین شخصی هستند ولی درخصوص عروض جنون پس از ارتکاب جرم و امکان یا عدم امکان اجرای مجازات، میان آن‌ها اختلاف‌نظر وجود دارد و البته مشهور فقها قائل به اجرای مجازات به‌طور مطلق شده‌اند.

مشهور در حکم مسئله مورد گفت‌وگو به روایت صحیح ابی‌عبیده، روایت برید بن معاویه و اصل عملی استصحاب استناد کرده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد موافقت با نظر مشهور، میسر نیست؛ زیرا روایت ابی‌عبیده فقط بر اجرای حکم شلاقی که با اقرار فرد در زمان سلامتی عقلی ثابت شده است دلالت دارد و نمی‌توان از آن عمومیت و شمول نسبت به همه حدود و با هر شیوه اثبات را برداشت کرد. علاوه بر اینکه استفاده عمومیت حکم از این روایت با قاعده احتیاط در دماء تناسب ندارد. همچنین روایت دوم نیز به دلیل ضعف سند و عدم استناد به خبر واحد ضعیف در باب حدود قابل تمسک نیست و با وجود روایت صحیح در حکم مسئله، نوبت به اصل عملی استصحاب نمی‌رسد.

نتایج حاصل از بررسی‌های این پژوهش عملاً سبب تحدید امکان اجرای مجازات مجنون می‌شود؛ بدین ترتیب که اجرای مجازات فردی را که پس از ارتکاب جرم، مجنون می‌شود را محدود به لزوم اجرای حد شلاق بر فردی می‌کند که با اقرار خود در زمان صحت و سلامتی عقلی، این حد را بر خود واجب کرده باشد و پس از آن بر وی جنون عارض شده است.

اگرچه قانون‌گذار ایران، اجرای مجازات مجنون را در این فرض به‌طور مطلق نپذیرفته است و قائل به وجود برخی شرایط شده است ولی پذیرش نظر حاصل از این پژوهش دایره شمول اجرای مجازات مجنون را به مراتب محدودتر می‌سازد؛ امری که با احتیاط در دماء و همچنین حقوق دفاعی متهم سازگاری بیشتری دارد.

با توجه به مباحث مذکور در این پژوهش که قائل به لزوم تحدید در نوع مواجهه قانون‌گذار با موضوع اجرای مجازات مجنون است، ماده‌ای مبتنی بر دیدگاه مختار این پژوهش، برای اصلاح قوانین کیفری موجود پیشنهاد می‌شود: «هرگاه مرتکب پس از ارتکاب جرم، دچار جنون شود چنانچه جنون قبل از صدور حکم عارض شود تا زمان افافه، تعقیب و دادرسی متوقف می‌شود. عارض شدن جنون پس از صدور حکم در جرایم موجب حد که مجازات آن‌ها تازیانه باشد و با اقرار فرد ثابت شده باشند، مانع اجرای مجازات نیست و در سایر موارد موجب تأخیر در اجرای مجازات می‌شود.»

منابع

فارسی

- توکل‌پور، محمدهادی و دیگران (۱۴۰۰)، مبانی نظرات شورای نگهبان درخصوص قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
- توکل‌پور، محمدهادی، مصطفی مسعودیان و کاظم کوهی اصفهانی (۱۳۹۷)، مبانی نظرات شورای نگهبان درخصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
- جودکی، بهزاد، عباسی، محمود (۱۳۹۳)، «اجرای احکام کیفری نسبت به مجنون در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۸، شماره ۲۹.
- ره‌پیک، سیامک و مهدی هادی (۱۴۰۰)، «بررسی فقهی - حقوقی جنون با تأکید بر راهنماهای تشخیصی و آماری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- عباسی، محمود و نبی‌اله غلامی (۱۳۹۶)، «تحلیل فقهی - حقوقی اجرای حد بر محکوم‌علیه بعد از عروض جنون»، مجله فقه پزشکی، دوره ۹، شماره ۳۰-۳۱.

عربی

- ابن ندیم، محمد بن اسحاق (۱۳۵۰ ش)، الفهرست، بی‌جا.
- اردبیلی، سیدعبد‌الکریم موسوی (۱۴۲۷ ق)، فقه الحدود و التعزیرات، قم: مؤسسة النشر لجامعة المفید رحمه الله.
- برقی، احمد بن محمد بن خالد (۱۴۳۳ ق)، طبقات الرجال، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- جزیری، عبدالرحمن، غروی، سید محمد، مازح، یاسر (۱۴۱۹ ق)، الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام، بیروت، دار الثقلین.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق)، تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲)، هداية الأمة إلى أحكام الأئمة - منتخب المسائل، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
- حسینی روحانی قمی، سید صادق (۱۴۳۵ ق)، منهاج الصالحین (للروحانی)، بیروت: دار بلال لطباعة و النشر.
- حلّی، ابن داوود (۱۳۹۲ ق)، الرجال، نجف: مطبعة حیدریه.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۸۱ ق)، خلاصة الاقوال في معرفة احوال الرجال، قم: مؤسسة نشر الفقاهة.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق)، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديث)، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق)، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (بی‌تا)، مبادئ الوصول الى علم الاصول، بیروت: دار الأضواء.
- حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۰ق)، الابواب (رجال)، قم: منشورات الرضی.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، تکملة المنهاج، قم: نشر مدینه العلم.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، مصباح الاصول، قم: مکتبه الداوری.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۲ش)، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة، قم: مرکز نشر الثقافه الاسلامیه فی العالم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- عراقی، آقا ضیاءالدین (بی تا)، نهایة الافکار، قم: انتشارات جامعه مدرّسین حوزه علمیه.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۰ق)، الفهرست، مشهد: مکتبه الرضویه.
- فاضل آبی، حسن بن ابیطالب (۱۴۱۷ق)، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
- فیاض کابلی، محمد اسحاق (بی تا)، منهاج الصالحین (للفیاض)، قم: مکتب آیه الله محمد اسحاق الفیاض.
- کشی، محمد بن عمر (۱۳۴۸ش)، إختیار معرفة الرجال، مشهد: دانشگاه مشهد.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی احکام الحدود، قم: دار القرآن الکریم.
- مجلسی، علامه محمد باقر (۱۳۷۸ش)، الوجیزه فی الرجال، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- محقق اردبیلی احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
- مدنی کاشانی، حاج آقارضا (۱۴۱۰ق)، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.
- مظفر، محمد رضا (بی تا)، اصول الفقه، قم: انتشارات اسماعیلیان.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، أنوار الأصول، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- منتظری نجف آبادی، حسین علی (۱۴۱۸ق)، کتاب الحدود (للمنتظری)، قم: انتشارات دار الفکر.
- مومن قمی، محمد (۱۴۲۲ق)، مبانی تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.

- نجاشی، احمد بن علی (بی تا)، رجال النجاشی، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- وحید خراسانی (۱۴۲۸)، حسین، منهاج الصالحین (للوحید)، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.

تحلیل قراردادهای واگذاری موقت اراضی ملی

خدیجه مظفری*، علیرضا ایزدی فرد**

چکیده

واگذاری اراضی به دو شکل قطعی و موقت در قوانین ایران پیش‌بینی شده است. واگذاری اراضی به شکل موقت در قالب انعقاد قرارداد میان وزارت جهاد کشاورزی و متقاضیان واجد شرایط صورت می‌پذیرد. این قرارداد فرم مشخصی دارد که به تصویب هیئت‌وزیران رسیده است. واگذاری‌ها در قالب عقد اجاره و با رعایت تشریفات خاص نظیر رسمی بودن و تبعیت از فرم مشخص انجام می‌شود. طرفین قرارداد از یک‌سو مدیر جهاد کشاورزی استان به‌عنوان نماینده وزارت جهاد کشاورزی و از سوی دیگر متقاضیان دارای شرایط عمومی اختصاصی و اولویت‌های مقرر قانونی هستند. مستأجر علاوه بر پرداخت مال‌الاجاره متعهد به اجرای طرح مصوبی است که باید در اراضی مورد اجاره عملیاتی گردد. موجر نیز علاوه بر تسلیم مورد اجاره می‌بایست برای اعیانی احداثی مستأجر شرایط صدور سند فراهم آورد. ضمانت‌اجرای تخلف مستأجر از اجرای تعهدات غالباً فسخ قرارداد اجاره از سوی موجر است. مستأجر نیز می‌تواند در صورت تخلف موجر ابتدا اجبار وی را مطالبه و در صورت تعذر اجبار، قرارداد را فسخ نماید. اعتراض به آرای هیئت نظارت و ادعای مالکیت ثالث نسبت به زمین واگذار شده مهم‌ترین اختلافات ناشی از اجرای قراردادهای واگذاری محسوب می‌شوند.

واژگان کلیدی: واگذاری اراضی ملی، قرارداد واگذاری، اجاره اراضی، وزارت جهاد کشاورزی

* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا (س)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

kh.mozafari@alzahra.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران

ar.izadifard@gmail.com

مقدمه

حفظ منابع طبیعی به عنوان ثروتی ملی اگرچه امری بدیهی به نظر می‌رسد اما تلاش برای افزایش سطح زیر کشت باعث شده است بخشی از این منابع جهت استفاده کشاورزی واگذار گردد.^۱ این واگذاری‌ها بر مبنای قانون برنامه سوم انجام شد و در برنامه‌های بعدی نیز تجدید شد اگرچه محدودیت‌های واگذاری منابع طبیعی با تصویب قوانینی نظیر قانون افزایش بهره‌وری در بخش کشاورزی بیشتر شد (مظفری، ۱۳۹۵: ۱۶).

اکنون در نظام حقوقی ایران برای واگذاری اراضی ملی به بخش خصوصی اقتصاد کشور جهت بهره‌برداری در عرصه کشاورزی، سه منبع و مستند قانونی وجود دارد:

۱. ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع
 ۲. مواد ۳۱ و ۳۲ آیین‌نامه اجرایی لایحه قانونی اصلاح لایحه قانونی نحوه واگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی مصوب شورای انقلاب
 ۳. بند ۲ ماده ۴۵ قانون رفع موانع تولید و ارتقاء نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴ (مشهور به اصلاحیه تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی).
- از میان مستندات سه‌گانه مذکور، تنها مستند قانونی واگذاری قطعی اراضی ملی، مورد اخیرالذکر بوده و دو مورد دیگر، صرفاً مستندات قانونی واگذاری موقت محسوب می‌شوند.^۲
- به موجب تبصره ۱ ذیل ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، پس از تصویب متن قرارداد واگذاری توسط هیئت وزیران، «تمام قراردادهای فی مابین وزارت جهاد کشاورزی و دریافت‌کنندگان اراضی برابر متن قرارداد مصوب منعقد خواهد شد و اقدامات بعدی وزارت جهاد کشاورزی و دریافت‌کنندگان اراضی تابع مفاد این قرارداد خواهد بود.»
- بر این اساس هیئت وزیران در قالب ضمیمه آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۳ اصلاحی قانون فوق‌الذکر، متن قرارداد فی مابین وزارت جهاد کشاورزی و دریافت‌کنندگان موقت اراضی را تصویب نمود و

۱. تغییر بی‌رویه کاربری اراضی کشاورزی یکی از چالش‌های مهم بخش کشاورزی ایران است. تغییر کاربری اراضی، سالیانه بخش عمده‌ای از اراضی باغی و زراعی را از چرخه تولید خارج می‌کند. قانون‌گذار تاکنون رویه ثابتی را برای مقابله با این بزه به کار نبسته است و مقررات این حوزه دستخوش تغییر و تحول بوده است، به نحوی که می‌توان دهه ۷۰ را دوره تدبیر و ترسیم، دهه ۸۰ را دوره تغییر و تنظیم و دهه ۹۰ را دوره تضعیف و تخریب سیاست کیفری مربوط به حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها دانست (احمدزاده، ۱۴۰۰: ۱۹).

۱. نک: ماده ۱ «دستورالعمل نحوه نظارت بر اجرای طرح‌های کشاورزی و غیرکشاورزی قانون اصلاح ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع» مصوب ۱۳۸۸ وزارت جهاد کشاورزی.

به حکم تبصره ۱ ذیل ماده ۳۳ اصلاحی، از تاریخ ۱۳۸۷/۲/۱۱ (تاریخ تصویب آیین نامه اجرایی ماده ۳۳ اصلاحی و متن قرارداد پیوست آن) قراردادهای یکسان مصوب هیئت وزیران، به عنوان الزامی قانونی در امر واگذاری اراضی ملی ملاک عمل قرار گرفت. پس از این تاریخ، آیین نامه مذکور چندین مرتبه مورد اصلاح قرار گرفت تا اینکه بالاخره در شهریورماه ۱۳۹۴ هیئت وزیران، آیین نامه اجرایی جدیدی برای ماده ۳۳ اصلاحی تصویب نمود. به این ترتیب در حال حاضر، روابط فی مابین وزارت جهاد کشاورزی و دریافت کنندگان موقت اراضی ملی تابع آخرین آیین نامه اجرایی ماده ۳۳ اصلاحی و متن قرارداد پیوست آن است که در شهریورماه ۱۳۹۴ به تصویب هیئت وزیران رسیده است.^۱

در حال حاضر، متن قرارداد واگذاری های موضوع ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع و نیز واگذاری های موضوع مواد ۳۱ و ۳۲ آیین نامه اجرایی لایحه قانونی اصلاحی واگذاری و احیاء اراضی، هر دو منطبق و برابر با متن قرارداد مصوبی است که به عنوان ضمیمه آیین نامه اجرایی ماده ۳۳ اصلاحی در شهریورماه ۱۳۹۴ مورد تصویب هیئت وزیران قرار گرفته است. در این مقاله متن قرارداد مصوب هیئت وزیران که در واقع متن تمامی قراردادهای واگذاری موقت اراضی ملی است، مورد تحلیل و بررسی حقوقی قرار می گیرد. از این پس به منظور رعایت اختصار از قرارداد مصوب موضوع بحث تحت عنوان «قرارداد واگذاری» یاد می گردد.

ابتدا ماهیت حقوقی قرارداد، موضوع بحث قرار خواهد گرفت به این نحو که روشن گردد آیا اساساً قرارداد واگذاری، عقدی معین است یا خیر و اگر جواب مثبت است کدام عنوان از عناوین عقود معین (از قبیل اجاره، بیع، صلح، قرارداد موجد حق انتفاع، ودیعه، عاریه، رهن و...) بر این قرارداد صادق است. در ذیل همین بحث نوع عقد از جهت رضایی یا تشریفاتی بودن نیز مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در ادامه ارکان تشکیل دهنده قرارداد یعنی طرفین و موضوع قرارداد، مورد تحلیل قرار خواهد گرفت. سپس آثار قرارداد نسبت به طرفین و در نهایت ضمانت اجرای تعهدات موضوع قرارداد بررسی خواهد شد. این مبحث با پرداختن به پیامدهای قضایی واگذاری اراضی ملی و تبیین و بررسی دعاوی و اختلافات عمده و رایج ناشی از نحوه اجرای واگذاری ها تکمیل خواهد شد.

۱. شناسایی قرارداد واگذاری اراضی ملی

در این قسمت دو پرسش در خصوص قراردادهای واگذاری مطرح می شود؛ نخست اینکه آیا قرارداد واگذاری در شمار عقود معین قرار می گیرد؟ و اگر پاسخ مثبت است، عنوان کدام یک از عقود معین بر آن صادق است؟ دیگر آنکه قرارداد واگذاری رضایی است یا تشریفاتی؟ به عبارت دیگر، آیا

برای تحقق یک قرارداد واگذاری صحیح، شرطی اضافه بر شرایط عمومی صحت قراردادها وجود دارد یا خیر؟ برای پاسخ به پرسش‌های فوق لازم است ماهیت و ویژگی‌های قراردادهای واگذاری بررسی شود؛ اما پیش از آن به اختصار، مفهوم اراضی ملی بیان می‌شود تا موضوع مورد بحث دقیق‌تر مورد مطالعه قرار گیرد.

۱-۱. تعریف اراضی ملی

اراضی ملی زمین‌هایی هستند که نه مالک معینی دارند و نه مالک معین داشتشان و جاست عقلی و قانونی دارد و به همین جهت در راستای مصالح عمومی در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند تا طبق مصالح عمومی مدیریت شوند. بر این اساس اراضی ملی یکی از مصادیق انفال محسوب می‌شوند که در اختیار حکومت اسلامی است و می‌تواند بنا به تشخیص خود از آن‌ها در راستای مصالح و منافع جامعه بهره‌برداری نماید.

یکی از مصادیق مهم اراضی ملی، جنگل‌ها و مراتع هستند که نخستین بار بر اساس قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب ۱۳۴۱ عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت شناخته شد. البته در همان قانون، استثنائاتی در این خصوص تعیین شد و برای تشخیص ملی نبودن اراضی معیارهایی ارائه شد. با دقت در این معیارها می‌توان گفت که زمین‌هایی که هنوز هم بدون هیچ‌گونه دخالت انسانی، شکل طبیعی خود را حفظ کرده باشند اراضی ملی محسوب می‌شوند.

۱-۲. ماهیت قرارداد واگذاری

در پاسخ به پرسش نخست، ابتدا یادآوری این نکته لازم به نظر می‌رسد که منظور از عقود معین قراردادهایی هستند که قانون نام خاصی بر آن‌ها گذاشته و شرایط و احکام ویژه‌ای برای آن‌ها مقرر داشته است مانند بیع، اجاره، ضمان، عاریه، ودیعه و بیمه. بیشتر این عقود در قانون مدنی و برخی از آن‌ها (مانند بیمه) در قوانین دیگر پیش‌بینی شده‌اند (صفایی، ۱۳۸۹: ۴۰-۳۹).

از آنجا که در هر دو مستند قانونی تجویزکننده واگذاری موقت اراضی ملی^۱ انعقاد قراردادهای واگذاری در قالب «اجاره» مدنظر قانون‌گذار قرار گرفته به این نحو که در مستند قانونی نخست یعنی ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری، به «اجاره» بودن این‌گونه قراردادهای تصریح و در مستند قانونی دوم، با قید الفاظی همچون «اجاره‌بها» به «اجاره» بودن قراردادهای واگذاری موضوع مواد ۳۱ و ۳۲

۱. ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و مواد ۳۱ و ۳۲ آیین‌نامه اجرایی لایحه قانونی اصلاحی واگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی (مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب)

آیین‌نامه اجرایی اشاره ضمنی گردیده است، قرارداد واگذاری موقت اراضی ملی از مصادیق «اجاره» محسوب گردیده و به همین جهت در زمره عقود معین مذکور در قانون مدنی به حساب می‌آید. مستندات دیگری نیز برای اثبات این مدعا وجود دارد از جمله: تبصره‌های ۷ و ۸ ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع که در مقام بیان نحوه تعیین اجاره‌بهای واگذاری‌های موضوع این ماده است. همچنین ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع که مقرر می‌دارد: «قرارداد اجاره موضوع تبصره ۱ قانون باید مطابق نمونه پیوست که تأیید شده به مهر دفتر هیئت دولت است در دفاتر اسناد رسمی منعقد شود...» بنا به مراتب فوق، قرارداد واگذاری موقت اراضی ملی ماهیتاً قرارداد «اجاره» است و لذا در موارد سکوت، ابهام، اجمال و نقص مفاد قرارداد و قوانین و مقررات اختصاصی حاکم بر آن، تابع قواعد عمومی اجاره که در قانون مدنی ذکر گردیده‌اند، خواهد بود. لازم به ذکر است که عبارات به کاررفته در قرارداد واگذاری^۱ از قبیل «موجر»، «مستأجر»، «اجاره‌بها»، «عین مستأجره»، «مورد اجاره»، «مدت اجاره»، «تخلیه»، «افساط اجاره‌بها» و... همگی مؤید این استنتاج می‌باشند.

ذکر این نکته نیز لازم است که قرارداد واگذاری به هیچ وجه قرارداد موجب حق انتفاع محسوب نمی‌شود بلکه موضوع آن چیزی فراتر از واگذاری صرف حق انتفاع یعنی تملیک منافع است. چراکه در قرارداد واگذاری، ذرات منفعت در مالکیت واگذارشونده (متقاضی یا مستأجر) است در حالی که در قرارداد موجب حق انتفاع، ذره‌های منفعت در ملک صاحب حق (منتفع) به وجود نمی‌آید و لذا به عنوان مثال، اگر مدت حق انتفاع از باغی به سر آید، منتفع (دارنده حق انتفاع) نمی‌تواند میوه‌های مانده بر روی درختان باغ را بچیند^۲ (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۱۸-۲۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۴) در حالی که اگر مدت قرارداد واگذاری ناظر به یک زمین ملی (که به موجب طرح مصوب پیوست قرارداد در طول مدت قرارداد اجاره به باغی تبدیل شده است)، منقضی شود این حق برای طرف قرارداد مسلم است که بتواند میوه‌های مانده بر روی درختان را بچیند و با خود ببرد چراکه منافع باغ و به طور خاص میوه‌های مانده بر روی درختان به کلی در مالکیت او می‌باشند.

۳-۱. تشریفات انعقاد قرارداد واگذاری

منظور از عقد «رضایی» قراردادی است که به صرف توافق اراده طرفین به شرطی که به نحوی از

۱. منظور قرارداد موضوع ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع است.

۲. یادداشت شماره ۲ ذیل ماده ۲۹ قانون مدنی.

انحاء بیان و ابراز شده باشد، واقع می‌شود و تحقق آن به تشریفات خاصی مانند به کار بردن الفاظی معین یا تنظیم سند نیاز ندارد، اما عقد «تشریفاتی» یا «شکلی» قراردادی است که با تشریفات خاصی واقع می‌شود و صرف توافق طرفین برای وقوع آن کافی نیست: برای تحقق عقد تشریفاتی اراده باید به شکل خاصی بیان شده باشد (صفایی، ۱۳۸۹: ۴۲-۴۱). در واقع، عقد رضایی شرط صحتی بیش از شرایط عمومی صحت قراردادها ندارد، اما عقد تشریفاتی برای وقوع به نحو صحیح، علاوه بر برخورداری از شرایط عمومی صحت قراردادها باید از شرط یا شروط اختصاصی دیگری نیز برخوردار باشد مانند قرارداد انتقال سهم‌الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود که طبق ماده ۱۰۳ قانون تجارت صرفاً با تنظیم سند رسمی تحقق می‌یابد و یا قرارداد بیمه که به استناد مواد ۲ و ۳ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ به شرط مکتوب بودن صحیح و معتبر است (صفایی، ۱۳۸۹: ۴۴).

به نظر نگارندگان، قرارداد واگذاری یک عقد تشریفاتی است اما از آنجا که در حقوق ایران اصل بر رضایی بودن عقود است، ادعای تشریفاتی بودن قرارداد واگذاری ادعایی برخلاف اصل و نیازمند اثبات است. در مقام اثبات این ادعا، به تبصره ۱ ذیل ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع^۱ و ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی ماده قانونی مذکور^۲ استناد می‌گردد. به موجب مستندات یاد شده، قرارداد واگذاری برای تحقق، علاوه بر شرایط عمومی صحت قراردادها به تحقق دو شرط دیگر نیز نیاز دارد: الف) انطباق و برابری متن قرارداد فی مابین با «متن قرارداد مصوب هیئت وزیران» و ب) انعقاد قرارداد اجاره به صورت رسمی (تنظیم سند رسمی).

ممکن است این ایراد مطرح شود که مواد مورد استناد، شرط صحت قرارداد نیستند بلکه صرفاً بیانگر الزاماتی قانونی هستند و در صورت عدم رعایت این شرایط خللی به صحت عقد وارد نمی‌شود و در واقع ضمانت اجرای آن‌ها، بطلان قرارداد نیست. در پاسخ باید گفت عمل واگذاری اراضی ملی یک عمل حاکمیتی است که از سوی قوای دولتی (وزارت جهاد کشاورزی) و از طریق انعقاد قراردادهای واگذاری صورت می‌پذیرد. از سوی دیگر، قسمت اخیر اصل ۴۵ قانون اساسی دلالت بر این دارد که اصل، عدم هرگونه استفاده و بهره‌برداری از انفال و اموال عمومی است مگر با رعایت

۱. «متن قرارداد در آیین‌نامه اجرایی موضوع تبصره ۶ مشخص و پس از تصویب هیئت وزیران تمام قراردادهای فی مابین وزارت جهاد کشاورزی و دریافت‌کنندگان اراضی از تاریخ تصویب این قانون برابر متن قرارداد مصوب منعقد خواهد شد و اقدامات بعدی وزارت جهاد کشاورزی و دریافت‌کنندگان اراضی تابع مفاد این قرارداد خواهد بود.»

۲. «قرارداد اجاره موضوع تبصره ۱ قانون باید مطابق نمونه پیوست که تأیید شده به مهر دفتر هیئت دولت است در دفاتر اسناد رسمی منعقد شود...»

مصلحت جامعه و بر اساس قانون. اصل عدم صلاحیت دولت و مأمورین دولتی نیز که در حقوق عمومی اصلی مشهور و مقبول است، در ما نحن فیه اقتضا می‌نماید که دولت را اصولاً صالح به واگذاری اراضی ملی ندانیم مگر در مواردی که این عمل را بر اساس قانون و با رعایت کلیه الزامات قانونی انجام دهد (مظفری و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۳۹). در واقع، اصل عدم صلاحیت دولت و مأمورین دولتی ایجاب می‌نماید که الزامات قانونی مربوط به انعقاد قراردادهای قوای دولتی و عمومی با اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی به‌ویژه در مواردی که موضوعشان، اموال عمومی است، اصولاً شرط صحت قرارداد باشند تا نقض الزامات قانونی مصوب نمایندگان ملت حداقل در مواردی که این الزامات ناظر به اداره اموال عمومی است، بدون ضمانت اجرا باقی نماند.

دلیل دیگر حاکی از تشریفاتی بودن قراردادهای واگذاری، این است که بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی می‌توان گفت که واگذاری‌های برخلاف غبطه و مصلحت عمومی جامعه فاقد اعتبار یا به تعبیر حقوقی غیرنافذ و فاقد اثر است. در توضیح این مطلب باید گفت که حمایت از اموال عمومی از تصرفات ناصحیح دولت، ایجاب می‌کند که از اعطای حق مالکیت به دولت اجتناب ورزیده شود و او در قالب نگهداری و ولایت قرار بگیرد. نظریه ولایت بر اموال تضادی با مالکیت عمومی ندارد، یعنی می‌توان مالکیت عمومی را به معنای مالکیت ملت تصور نمود و دولت را به‌عنوان ولی و مسئول آن اموال مطرح نمود. حتی در زمینه مالکیت عمومی به معنای ملی این ولایت ضروری و اجتناب‌پذیر است. البته قید مصلحت عمومی در بحث اموال عمومی آن را به مفهوم ولایت نزدیک‌تر می‌کند حال آنکه در مالکیت دولتی مصلحت خود دولت مطرح است و این همان چیزی است که در تعریف مالکیت می‌گنجد (کرمی و میربد، ۱۳۹۹: ۲۱۷).

بر این اساس الزامات قانونی موضوع بحث (تبعیت متن قرارداد از متن مصوب هیئت‌وزیران و انعقاد قرارداد در دفترخانه اسناد رسمی) الزاماتی است در جهت مراعات غبطه و مصلحت جامعه چراکه به‌عنوان مثال قرارداد اجاره‌ای که به‌صورت رسمی تنظیم می‌شود، امتیازات اجرایی مضاعفی نسبت به قرارداد اجاره عادی دارد. همچنین رعایت الزامات قانونی مذکور در پیشگیری از مفاسد اداری و اقتصادی نیز مؤثر است که این امر نیز بر مراعات غبطه و مصلحت جامعه در پیش‌بینی این الزامات، دلالت می‌نماید؛ بنابراین بر فرض که الزامات قانونی مذکور شرط صحت نباشند، حداقل ضمانت اجرای آن‌ها را می‌توان عدم نفوذ قرارداد دانست تا حقوق جامعه به‌نحو مقتضی حفظ گردد. هرچند درنهایت قول به تشریفاتی بودن این قراردادها قوی‌تر به نظر رسیده و در راستای حفظ حقوق عموم مؤثرتر است (ایزدی فرد، ۱۳۹۶: ۸۱).

۲. تشکیل قرارداد واگذاری اراضی

در این مبحث، نخست به تبیین طرفین قرارداد و شرایط آن‌ها برای انعقاد قرارداد واگذاری و سپس موضوع قرارداد (عین مستأجره و تملیک منافع آن) پرداخته می‌شود.

۲-۱. طرفین قرارداد واگذاری

قراردادهای واگذاری در قالب عقد اجاره منعقد می‌شوند و طرفین آن موجر و مستأجر هستند.

۲-۱-۱. موجر (مرجع واگذارکننده اراضی ملی)

دستگاه دولتی واگذارکننده و به عبارت دیگر اجاره‌دهنده (موجر) اراضی ملی خارج از محدوده و حریم قانونی شهرها، وزارت جهاد کشاورزی است که قطعاً برای امضای قرارداد واگذاری، به یک شخص حقیقی به عنوان نماینده خود نیاز دارد. صورت مسئله اساسی موضوع این بند نیز همین است که نماینده یا به تعبیر رایج صاحب امضای وزارت جهاد کشاورزی برای امضای قراردادهای واگذاری، چه شخص یا اشخاصی هستند؟

به موجب ماده ۸ دستورالعمل «ضوابط واگذاری اراضی منابع ملی و دولتی برای طرح‌های کشاورزی و غیرکشاورزی» که در اردیبهشت ماه ۱۳۹۶ آخرین اصلاحیه آن از سوی وزیر محترم کشاورزی ابلاغ گردیده، «مدیر جهاد کشاورزی» هر شهرستان نماینده وزارت جهاد کشاورزی برای امضای قراردادهای واگذاری مربوط به حوزه جغرافیایی تحت مدیریت خود می‌باشد.^۱ پیش از ابلاغ اصلاحیه مذکور در اردیبهشت ماه ۱۳۹۶، «مدیر امور اراضی» هر استان نسبت به قراردادهای واگذاری مربوط به حوزه استحفاظی آن استان، نماینده و صاحب امضای وزارت جهاد کشاورزی محسوب می‌شد اما با ابلاغ اصلاحیه مذکور به رؤسای جهاد کشاورزی استان‌ها و شهرستان‌های کل کشور، به منظور تسهیل و تسریع در فرایند انجام امر واگذاری اراضی، «مدیر جهاد کشاورزی» هر شهرستان نسبت به حوزه استحفاظی خود عهده‌دار این مسئولیت یعنی نمایندگی وزارتخانه در قراردادهای واگذاری گردید.

۲-۱-۲. مستأجر (بهره‌بردار)

پیش از انعقاد قرارداد اجاره موضوع بحث، مستأجر متقاضی دریافت و بهره‌برداری از اراضی ملی است. متقاضی برای انعقاد قرارداد، به موجب قوانین و مقررات حاکم بر واگذاری اراضی ملی، باید دارای ویژگی‌ها و شرایطی باشد که در این بند ذیل دو عنوان «شرایط عمومی» و «شرایط اختصاصی» مورد تبیین قرار خواهند گرفت. پس از تبیین شرایط عمومی و اختصاصی، اولویت‌های

۱. پایگاه اینترنتی سازمان امور اراضی کشور به نشانی www.laoi.ir (تاریخ مراجعه و استناد: ۱۳۹۶/۶/۲۴)

متقاضیان برای دریافت اراضی ملی نیز ذیل عنوان جداگانه‌ای مطرح خواهند شد.

شرایط عمومی: از آنجا که قرارداد واگذاری یک قرارداد مالی معوض و دو تعهدی است، متقاضی برای انعقاد آن باید از اهلیت قانونی لازم و طبعاً تک‌تک اوصاف تشکیل‌دهنده آن، برخوردار باشد. بنابراین چنانچه متقاضی یک شخص حقیقی باشد، برای برخورداری از اهلیت لازم باید متصف به صفات بلوغ، عقل و رشد بوده و در صورتی که مطابق موازین قانون تجارت، تاجر محسوب شود، حین معامله ورشکسته نباشد. در صورتی که متقاضی شخص حقوقی باشد نیز در صورتی دارای اهلیت قانونی لازم برای انعقاد این قرارداد محسوب می‌شود که هم انعقاد قرارداد اجاره زمین و هم اجرای عملیات موضوع طرح مصوب، هر دو داخل در موضوع شرکت باشند و از سوی دیگر شرکت در دوران تصفیه یعنی دوران مابین انحلال و خاتمه تصفیه نباشد چرا که در این دوران اهلیت شرکت محدود به اموری است که برای انجام امر تصفیه ضرورت دارد (اسکینی، ۱۳۸۹: ۶۳). خلاصه اینکه شرایط عمومی متقاضی برای انعقاد قرارداد را می‌توان در عبارت «برخورداری از اهلیت قانونی برای انجام معاملات» خلاصه کرد.

شرایط اختصاصی: با ملاحظه توأمان ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، مواد ۳۱ و ۳۲ آیین‌نامه اجرایی اصلاحیه لایحه قانونی واگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی و نیز مواد ۷ و ۱۴ دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری اراضی منابع ملی و دولتی، شرایط اختصاصی متقاضی واگذاری را می‌توان در موارد زیر خلاصه کرد:

۱. برخورداری متقاضی از تابعیت ایران؛
۲. ارائه درخواست کتبی از سوی متقاضی؛
۳. برخورداری از جواز تأسیس یا موافقت اصولی از سوی مراجع ذی‌ربط؛
۴. ارائه طرح مصوب و یا مدون دارای برنامه زمان‌بندی اجرای طرح؛
۵. در صورت شخص حقوقی بودن متقاضی: اساسنامه شرکت، آگهی ثبت تأسیس شرکت، آخرین تغییرات ثبتی شرکت و مسئولیت‌ها؛
۶. ارائه تعهدنامه رسمی موضوع بند ۵ ماده ۷ دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری که مقرر می‌دارد: «تعهدنامه محضری مبنی بر عدم اشتغال اشخاص حقیقی و حقوقی (مدیرعامل و هیئت‌مدیره) در دستگاه‌های دولتی و عدم شمول لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷/۸۰/۲۲ به‌استثناء اعضای که عضویت آن‌ها در مجامع عمومی، هیئت‌های مدیره، شوراهای مؤسسات و

شرکت‌های دولتی به‌عنوان نمایندگان قانونی سهام دولت و به‌موجب قانون در ارتباط با وظایف و مسئولیت‌های پست و شغل سازمانی می‌باشد.»؛

۷. ارائه گواهی امکان تأمین آب کافی صادره از واحدهای ذی‌ربط وزارت نیرو به‌استثنای طرح توسعه باغات دیم در اراضی شیب‌دار که بر اساس مقررات و آیین‌نامه خاص دیگری نسبت به آن‌ها اقدام می‌شود؛

۸. سایر گواهی‌ها و استعلام‌ها حسب مورد و در صورت لزوم؛

۹. در خصوص واگذاری اراضی جنگلی جلگه‌ای شمال کشور که در حوزه جغرافیایی آستارا تا گلیداغی واقع شده‌اند: برخورداری از یکی از انواع شخصیت‌های حقوقی پیش‌بینی شده در بندهای «الف» تا «د» ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع^۱

لازم به ذکر است که در صورت تعدد متقاضیان و یا در صورت تشخیص ضرورت از سوی کمیسیون طرح‌های کشاورزی، برخورداری متقاضی از اولویت موضوع ماده ۱۴ دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری نیز لازم و در زمره شرایط اختصاصی است. اولویت‌های موضوع این ماده، ذیل بند آتی تحت عنوان «اولویت‌های متقاضیان واگذاری»، تبیین خواهد شد.

اولویت‌های متقاضیان واگذاری: ماده ۱۴ دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری، در بیان اولویت‌بندی متقاضیان واگذاری موقت اراضی ملی برای اجرای طرح‌های کشاورزی، مقرر می‌دارد: «موارد اولویت در واگذاری اراضی به متقاضیان از سوی کمیسیون به شرح زیر لازم‌الرعا می‌باشد: الف) افراد بی‌زمین، کم‌زمین و روستائیان بیکار ساکن در محل؛ ب) متخصصان و کارآفرینان بخش کشاورزی با اولویت ساکنین محل؛ ج) افراد باتجربه یا فارغ‌التحصیلان در رشته‌های مرتبط با طرح؛ د) کارمندان دولت مشروط به ترک اشتغال، بازخرید از خدمت و یا بازنشستگی؛ ه) سایر اشخاص واجد شرایط.»

به‌موجب تبصره ۱ ذیل این ماده، در شرایط مساوی ایثارگران، فارغ‌التحصیلان رشته‌های

۱. شرط مذکور در بند ۱ از مواد ۳۱ و ۳۲ آیین‌نامه اجرایی اصلاحیه لایحه قانونی واگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی، شروط مذکور در بندهای ۲ تا ۸ از بندهای هفت‌گانه مذکور در ماده ۷ دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری اراضی منابع ملی و دولتی و شرط مذکور در بند ۹ از ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع نقل گردیده است. در خصوص شرط مذکور در بند ۹ (شرط اخیرالذکر)، لازم به توضیح است که ماده مذکور این شرط را علاوه بر اراضی جنگلی جلگه‌ای شمال کشور برای واگذاری مراتع ملی غیرمشجر نیز مقرر نموده است اما با لازم‌الاجرا شدن لایحه قانونی اصلاح لایحه قانونی واگذاری و احیاء اراضی در سال ۱۳۵۹ این شرط نسبت به مراتع ملی غیرمشجر نسخ ضمنی گردید.

کشاورزی و منابع طبیعی و شرکت‌های تعاونی در اولویت هستند. به موجب تبصره ۲ ذیل همین ماده، اولویت بند «الف» ویژه تصمیم‌گیری‌های منطقه‌ای هیئت‌های هفت نفره واگذاری استان‌هاست و برای دیگر مراجع واگذاری مانند کمیسیون طرح‌های کشاورزی لازم‌الرعایه نیست. در بیان اولویت‌های مذکور، ابهامات قابل ملاحظه‌ای وجود دارد از جمله اینکه تفاوت «متخصصان» که در اولویت دوم قرار دارند با «فارغ التحصیلان در رشته‌های مرتبط با طرح» که در اولویت سوم قرار دارند مشخص نیست. به هر حال، ابهامات و ایرادات ماده فوق‌الذکر و تبصره‌های ذیل آن متعدد است و فرایند اجرایی را با مشکل مواجه می‌کند.

۲-۲. موضوع قرارداد واگذاری

از آنجاکه قرارداد واگذاری یک قرارداد مالی است، باید از آن دسته از شرایط عمومی صحت قراردادها که ناظر به موضوع قراردادهای مالی است یعنی مالیت داشتن موضوع قرارداد، معلوم بودن (مبهم نبودن)، قابلیت انتقال، قابلیت تسلیم و در مانحن‌فیه که موضوع معامله کلی نیست، معین بودن عین مورد معامله برخوردار باشد و در صورت فقدان هر یک از این شرایط تردیدی نیست که قرارداد باطل تلقی خواهد شد. از میان این شرایط، شرط قابلیت انتقال و معلوم بودن موضوع معامله ممکن است تردیدهایی را ایجاد نماید لذا مورد بررسی دقیق‌تر قرار می‌گیرد.

۲-۲-۱. قابلیت انتقال

گفته شد که ماهیت قرارداد واگذاری، اجاره است و لذا می‌توان گفت که موضوع اساسی قرارداد، تملیک منافع یک قطعه زمین ملی است. ملی بودن زمین موضوع فقدان شرط «قابلیت انتقال» را مطرح می‌نماید که از شرایط عمومی صحت قراردادها است. این پرسش حائز اهمیت است که چگونه دولت در حالی که خود مالک منفعت نیست، تملیک منفعت می‌کند و از آن مهم‌تر اینکه در واگذاری‌های قطعی نظیر واگذاری قطعی اراضی ملی واقع در شهرک‌های کشاورزی و شهرک‌های صنعتی، چگونه بدون اینکه خود، مالک عین باشد تملیک عین می‌کند؟ به عبارت دیگر، مگر نه این است که «فاقد شیء معطی شیء نمی‌شود». پس وجاهت و اعتبار واگذاری‌های موقت و قطعی اراضی ملی که به ترتیب، تملیک منفعت و تملیک عین محسوب می‌شوند، چگونه توجیه‌پذیر است؟ در پاسخ به پرسش فوق می‌توان گفت که ضرورت برخورداری از وصف مالکیت برای تملیک، مختص فرضی است که طرف تملیک‌کننده اصیل باشد نه وکیل یا نماینده. به تعبیر دیگر، قاعده عقلی و فقهی «فاقد شیء معطی شیء نمی‌شود» مربوط به اصیل است نه وکیل یعنی در موردی که معامله مملکتی از سوی وکیل واقع می‌شود لازم نیست که وکیل مالک مال موضوع تملیک باشد و اساساً اگر مالک باشد دیگر وکیل نیست بلکه خود اصیل است. در انشای چنین معامله‌ای

اصیل مالک مال است و وکیل صرفاً نایب و نماینده او در انشا قرارداد محسوب می شود که ملزم است قرارداد را با رعایت صرفه و صلاح وی انشا نماید. در فرض مورد بررسی (واگذاری اراضی ملی) نیز چنانچه قائل به این باشیم که دولت به نمایندگی از ملت تملیک عین یا منفعت می نماید، شبهه موضوع سؤال رفع خواهد شد. ضمن آنکه توجه به مبانی حقوقی واگذاری اراضی ملی و نیز قوانینی که این واگذاری ها را مجاز نموده است در پاسخ به ایراد طرح شده مؤثر است.

آنچه همواره باید مورد توجه قرار داشته باشد این است که دولت در واگذاری اراضی ملی ميسوط‌اليد نیست و همواره محدود به غبطه و مصلحت عمومی ملت و نصوص قوانین مرتبط با این موضوع است. توضیح آنکه با عنایت به مفاد اصل ۴۵ قانون اساسی، ماده ۲۶ قانون مدنی و تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی اراضی ملی اصولاً قابل واگذاری نیستند و منابع قانونی ذکر شده مبنی بر تجویز این امر، استثنائاتی بر این اصل محسوب می شوند و لذا با عنایت به ضرورت اکتفا به موضع نص در تفسیر و برداشت از استثنائات، مواد قانونی پیش‌بینی کننده واگذاری اراضی ملی، باید به طور محدود و مضیق تفسیر شوند.

یکی از راه‌های اصلی حمایت از اموال عمومی همین اصل غیرقابل واگذاری بودن آنهاست و باید در خصوص کلیه اموال عمومی اجرا شود (کرمی، ۱۳۹۵: ۴). دولت به عنوان شخص حقوقی حق واگذاری این اموال به بخش خصوصی را ندارد، مگر آنکه از طرف عموم مردم و مجلس قانون گذاری به نمایندگی از ملت حق واگذاری داشته باشد (آجری، ۱۳۹۵: ۱۹۹).

۲-۲-۲. معلوم بودن

در قرارداد واگذاری نیز همانند هر قرارداد اجاره‌ای موضوع اصلی قرارداد «منافع معلومی» است که در ازای عوضی معلوم - که غالباً وجه نقدی تحت عنوان اجاره بهاست - به مستأجر تملیک می گردد و علاوه بر این تعامل معاوضی که مقتضای ذات عقد اجاره است، به موجب قوانین مربوطه به ویژه قانون مدنی و نیز به موجب توافقات فرعی دیگری در ضمن قرارداد تعهدات دیگری نیز بر عهده طرفین قرار می گیرد. در قرارداد واگذاری، عوض معلومی که در ازای تملیک منفعت به موجد داده می شود، مبلغ معینی اجاره بها در اقساط سالانه است که توسط کمیسیون های ذی ربط و بر اساس مفاد تبصره های ۷ و ۸ ذیل ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع و نیز مفاد دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری اراضی منابع ملی و دولتی، تعیین و در متن قرارداد اعمال می شود.

سؤال قابل طرح این است که تعهد مستأجر به اجرای طرح مصوب، چه جایگاهی در قرارداد واگذاری دارد؟ در پاسخ باید گفت اجرای طرح مصوب برای دولت و به ویژه وزارت جهاد کشاورزی بسیار حائز اهمیت است به حدی که می توان اجرای طرح مصوب را «هدف اصلی» و «علت غایی»

دولت در واگذاری اراضی ملی برای اجرای طرح‌های کشاورزی و غیرکشاورزی قلمداد نمود؛ اما با وجود این حد از اهمیت و با علم به اثر مثبتی که اجرای طرح‌های مصوب در اقتصاد کشور دارد، نمی‌توان اجرای طرح را یکی از عوضین قرارداد تلقی نمود چراکه قرارداد واگذاری ماهیتاً اجاره است و عوضین عقد اجاره نیز در این قرارداد مشخص هستند؛ بنابراین تعهد مستأجر به اجرای طرح مصوب، یکی از تعهدات ضمنی مستأجر است که در صورت عدم اجرا یا تعلل غیرموجه در اجرای آن، موجر به استناد مواد ۴۹۶ قانون مدنی و ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و نیز به استناد ماده ۷ قرارداد واگذاری، حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

ممکن است این نظر نیز مطرح شود که چنین قراردادی یک عقد مرکب است. در تعریف عقد مرکب چنین گفته می‌شود که هرگاه در عقدی واحد، عقود متعدد و مختلف به گونه‌ای ترکیب و امتزاج یابند که استقلال خویش را از دست بدهند و تمامی آن‌ها ماهیت واحدی را تشکیل دهند عقد مرکب به وجود آمده است (خوئسندیان، ۱۳۹۰: ۸۹). صرف‌نظر از اینکه در قرارداد مورد بررسی، این ماهیت مستقل را به‌دشواری می‌توان پذیرفت، باید در نظر داشت که بسیاری از حقوق‌دانان معتقد به تفسیر عقد مرکب بر اساس اثر اصلی عقد هستند که در نتیجه قرارداد واگذاری اراضی، اجاره خواهد بود.

لازم به ذکر است که تنها مرجع صالح برای تشخیص تخلف مستأجر از مفاد قانون یا قرارداد، تشخیص تعلل (عدم پیشرفت فیزیکی)، موجه یا غیرموجه بودن تعلل و اعمال خیار فسخ تبعی از جانب موجر، هیئت نظارت موضوع ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع است و موجر نمی‌تواند مستقیماً و بدون واسطه هیئت قانونی فوق‌الذکر نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید.^۱

۳. آثار قرارداد واگذاری اراضی

در ذیل این مبحث ابتدا تعهدات موجر، سپس تعهدات مستأجر و در نهایت ضمانت‌اجرای تعهدات هر یک از طرفین مورد تبیین و بررسی قرار خواهد گرفت.

۳-۱. تعهدات موجر (مرجع واگذارکننده اراضی ملی)

تعهدات موجر بر اساس ماده ۴۷۶ قانون مدنی و مفاد قرارداد واگذاری، در سه مورد خلاصه می‌شود:

۱. تعهد به تسلیم عین مستأجره: به موجب ماده ۴۷۶ قانون مدنی «موجر باید عین مستأجره را

۱. نک: ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی آن و نیز ماده ۱ دستورالعمل نحوه نظارت بر طرح‌های کشاورزی و غیرکشاورزی.

تسلیم مستأجر کند...». لذا وزارت جهاد کشاورزی به عنوان موجر اراضی ملی و دولتی در قرارداد واگذاری موظف و متعهد به تسلیم عین مستأجره است و چنانچه به این تعهد خود عمل ننماید الزام و اجبار به تسلیم گردیده و در صورت تعذر اجبار، مستأجر خیار فسخ خواهد داشت (قسمت دوم ماده ۴۷۶ قانون مدنی).

۲. تعهد به مساعدت لازم برای صدور سند مالکیت رسمی و قطعی اعیانی احدثی پیش‌بینی شده در طرح مصوب به شرط اجرای کامل طرح و تأیید آن توسط هیئت نظارت موضوع ماده ۱۳۳^۱ مطابق قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹، وزارت کشاورزی مجاز است در صورت تأیید هیئت نظارت موضوع ماده ۳۳ مبنی بر پایان یافتن مدت قرارداد اجاره و اجرای کامل طرح مصوب، نسبت به طی نمودن تشریفات لازم برای انتقال قطعی و رسمی اعیانی احدث شده در راستای اجرای طرح مصوب - که در طول دوره زمانی اجرای طرح توسط مستأجر ایجاد شده است - اقدام نماید؛ بنابراین چنانچه به درخواست مستأجر پس از تأیید اجرای کامل طرح، مفاد قانون مذکور و شرط ناظر به آن در قرارداد اجرا شود، مستأجر بدون برخورداری از مالکیت زمین و عرصه، از سند رسمی مالکیت اعیانی برخوردار خواهد شد و به هر حال چه تعهد مذکور اجرا بشود و چه اجرا نشود، مطابق قرارداد، در صورت اجرای کامل طرح مستأجر مالک بنا، تأسیسات و دیگر اعیانی‌هایی است که در طول مدت اجاره به منظور اجرای مفاد طرح مصوب احدث نموده است. این مطلب کاملاً با عمومات قانون مدنی در باب اجاره سازگار است.^۲

از آنجا که این تعهد از نوع شرط فعل است و قرارداد نیز در خصوص ضمانت اجرای آن ساکت است، در صورت تعلل یا عدم اجرای آن از سوی موجر، ضمانت اجرای تعهد مفاد مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی است به این نحو که مستأجر می‌تواند به استناد ماده ۲۳۷ قانون مدنی الزام و اجبار موجر را از دادگاه بخواهد و در صورتی که دادگاه تعذر الزام موجر به انجام این تعهد را احراز نماید، مستأجر خیار فسخ خواهد داشت هر چند که به جهت اینکه الزام موجر از باب قاعده «الحاکم ولی الممتنع» کاملاً میسر است، فسخ قرارداد در خصوص این مورد قابل تصور نمی‌باشد. لذا به طور خلاصه می‌توان گفت ضمانت اجرای این تعهد موجر، الزام وی از طریق دادگاه است. لازم به ذکر است که در خصوص این تعهد، امکان اعمال فسخ موضوع ماده ۴۷۶ قانون مدنی از جانب مستأجر وجود ندارد چراکه موضوع تعهد مربوط به زمان پس از انقضای مدت قرارداد است.

۱. تبصره ۲ ذیل بند ۱۱ ماده ۷ قرارداد واگذاری.

۲. ماده ۵۰۴ قانون مدنی.

۳. تعهد به پذیرش «بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری تسهیلات دهنده و یا اشخاص معرفی شده از سوی بانک یا مؤسسه اعتباری موصوف» به عنوان قائم مقام مستأجر: توضیح آنکه بر اساس تبصره ۳ ذیل بند ۱۱ ماده ۷ قرارداد، چنانچه مستأجر به منظور اجرای طرح مصوب از تسهیلات بانک یا مؤسسه ای مالی و اعتباری استفاده نموده باشد و مرجع اعطاکننده تسهیلات نیز قرارداد واگذاری را به عنوان سند قابل قبول پذیرفته و در واقع حقوق مبتنی بر قرارداد واگذاری را به عنوان وثیقه از مستأجر پذیرفته باشد، در صورت عدم پرداخت یا تأخیر در پرداخت اقساط تسهیلات از جانب مستأجر، بانک یا مؤسسه ذی نفع می تواند درخواست واگذاری قرارداد واگذاری و قائم مقامی مستأجر را برای خود یا هر شخص مدنظر دیگری که معرفی می نماید، ارائه نموده و در چنین فرضی موجر متعهد به قبول درخواست تبدیل تعهد و قائم مقامی درخواستی است.^۱

بدواً به نظر می رسد این شرط به جهت مغایرت با قاعده آمره «شرطیت عین بودن مال مرهونه» و به عبارت دیگر به استناد ماده ۷۷۴ قانون مدنی که مقرر می دارد «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است»، شرطی باطل بوده و تبعاً تعهد موضوع آن نیز باطل و به همین جهت فاقد ضمانت اجرا باشد. در عین حال تحلیل حقوقی مسئله حائز اهمیت است.

هنگامی که مستأجر برای دریافت تسهیلات بانکی سند قرارداد خود را به عنوان وثیقه ارائه می دهد، در واقع حقوقی را به رهن گذارده است که خود واجد آن هاست و از آنجا که قرارداد اجاره است مستأجر مالک منافع بوده و در حقیقت این منافع را به رهن می گذارد. هر چند قانون مدنی بر بطلان رهن منفعت تصریح دارد، با توجه به تحولات جامعه، بسیاری از نویسندگان رهن این اموال را صحیح می دانند (باقری و گودرزی ۱۳۹۶: ۶۴-۴۳؛ حبیبی و همکاران، ۱۳۹۴: ۶۵؛ صادقی مقدم و قاسم پور، ۱۳۹۳: ۱۲۳؛ کریمی، ۱۳۷۶: ۱۹) برخی از قوانین نیز بر صحت ترهین قراردادهای موجد تعهد تصریح دارند.^۲ این نویسندگان بر این عقیده اند که ریشه باطل دانستن رهن دین و منفعت در لزوم قبض برای صحت رهن نهفته است. لذا در صورتی که قول عدم لزوم قبض که متکی بر دلایل قوی تری است، مورد پذیرش قرار گیرد و یا قبض در معنای موسع آن مورد توجه قرار گیرد، مسئله عدم صحت رهن دین و منفعت و... نیز مرتفع خواهد شد. بر این اساس می توان نتیجه گرفت توثیق قرارداد اجاره اراضی ملی توسط مستأجر که در جهت تسهیل امر دریافت وام برای ایشان

۱. تبصره ۳ ذیل بند ۱۱ ماده ۷ قرارداد واگذاری

۲. قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانکها و دستگاهها و سایر مؤسسات و شرکت های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰/۰۳/۲۷

پیش‌بینی شده است، صحیح بوده و در صورت عدم پرداخت اقساط، بانک به قائم مقامی از مستأجر، طرف قرارداد وزارت جهاد کشاورزی محسوب می‌شود.

۳-۲. تعهدات مستأجر (بهره‌بردار)

بر اساس مفاد قرارداد، مستأجر تعهدات متعدد و به مراتب بیشتری در مقایسه با موجر بر عهده دارد که علاوه بر تعهد به پرداخت اقساط سالانه اجاره‌بها در ابتدای هر سال و التزام به اجرای طرح مصوب پیوست قرارداد بر اساس برنامه زمان‌بندی تفصیلی آن، در مقام بیان اهم دیگر موارد این تعهدات می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. تعهد به عدم واگذاری تمام یا قسمتی از منافع به شخص دیگری بدون اخذ موافقت کتبی از وزارت جهاد کشاورزی: این مطلب از مفاد بند ۱ از ماده ۷ قرارداد استفاده می‌شود هرچند که مدلول این بند فراتر از یک تعهد صرف بلکه در واقع، یک نوع سلب حق محسوب می‌شود چراکه بند مذکور مقرر می‌دارد: «مستأجر یا مستأجران (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) به هیچ نحو از انحاء بدون اخذ موافقت کتبی موجر حق واگذاری تمام یا قسمتی از منافع عین مستأجره را به صورت جزئی یا کلی تحت هر عنوانی اعم از قطعی، شرطی، رهنی، صلح حقوق، مشارکت، وکالت و غیره ندارد و هر قراردادی که برخلاف این ماده با هر شخص حقیقی یا حقوقی تنظیم و مبادله شود، باطل و برای موجر حق فسخ قرارداد اجاره را ایجاد می‌نماید. در فرض واگذاری زمین به چند مستأجر ممنوعیت موضوع این بند شامل انتقال قدرالسهم هریک از مستأجران به یکدیگر نیز خواهد بود.»

۲. تعهد به حفظ کاربری اراضی: توضیح اینکه بر اساس بند ۳ از ماده ۷ قرارداد، حق هرگونه تبدیل و تغییر کاربری از مستأجر سلب گردیده است و در صورت تخلف از این التزام از سوی مستأجر، موجر حق فسخ خواهد داشت.

۳. تعهد به اعلام وجود و کشف آثار و ابنیه باستانی در عین مستأجره و اجرای تمام الزامات ناشی از قوانین مربوط به آثار و ابنیه باستانی مکشوفه.^۱

۴. حفاظت فیزیکی و مراقبت از عین مستأجره.^۲

۵. تعهد به رعایت حریم رودخانه‌ها، مجاری سیلاب‌ها و حقوق ارتفاقی اشخاص ثالث.^۳

۱. بند ۶ از ماده ۷ قرارداد

۲. بند ۷ از ماده ۷ قرارداد

۳. بند ۷ از ماده ۷ قرارداد

۶. تعهد به مفاد پیوست‌های قرارداد از جمله طرح توجیه فنی و اقتصادی و برنامه زمان‌بندی اجرا: به موجب بند ۹ از ماده ۷ قرارداد «مستأجر متعهد است طرح توجیه فنی و اقتصادی و طرح‌های تفصیلی و برنامه اجرایی را که مورد تأیید مراجع تصویب‌کننده طرح قرار گرفته و پیوست لاینفک این قرارداد می‌باشد به‌نحو کامل و طبق برنامه زمان‌بندی در مواعد مندرج در طرح مصوب اجرا و گزارش اقدامات انجام شده را برای ماجر ارسال نماید و در صورت استنکاف و تخلف ماجر با تعیین ضرب‌الاجل متناسب که با جلب نظر مرجع فنی ناظر بر اجرای طرح یا نظر کارشناس منتخب ماجر تعیین می‌شود به مستأجر اخطار می‌نماید که به تعهدات خود عمل نماید و با انقضای مدت تعیین شده و ادامه استنکاف ماجر حق فسخ قرارداد اجاره را خواهد داشت.»

۷. تعهد به پذیرش ورود عوامل نظارتی به عین مستأجره و ارائه اطلاعات لازم درخواستی به ایشان (در صورت مراجعه عوامل نظارتی برای بازدید از عملیات اجرایی طرح و ارائه کارت شناسایی، حکم دلیل سمت و حکم مأموریت از جانب ایشان)^۱

علاوه بر موارد فوق‌الذکر تعهدات دیگری هم در متن قرارداد واگذاری برای مستأجر پیش‌بینی شده است که نظر به ضرورت رعایت اختصار از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود.

در خصوص واگذاری اراضی جنگلی جلگه‌ای و مراتع غیرمشجر شمال کشور (موضوع ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع)، علاوه بر تعهدات مذکور در قرارداد واگذاری، مستأجر ملزم به رعایت و اجرای دو الزام قانونی دیگر نیز می‌باشد که اجرای کامل و دقیق آن‌ها هزینه‌های قابل ملاحظه‌ای را بر مستأجر تحمیل می‌نماید:

۱. درختکاری ۲۵ درصد از مساحت زمین واگذار شده به منظور تهیه و فروش چوب مورد نیاز صنایع کشور.^۲

۲. پرداخت بهای درختانی که در حین تسلیم عین مستأجره در زمین موجود می‌باشند.^۳

۱. بند ۱۰ ماده ۷ قرارداد

۲. تبصره ۳ ماده ۳۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع: «شرکت‌های مندرج در بندهای الف-ب-ج این ماده که اراضی جنگلی جلگه‌ای و مراتع غیرمشجر شمال را در اختیار می‌گیرند ملزم‌اند حداقل ۲۵ درصد مساحت اراضی مذکور را در تمام مدت اجاره برای تهیه و فروش چوب مورد نیاز صنایع طبق طرحی که به تصویب وزارت کشاورزی و منابع طبیعی می‌رسد درختکاری نمایند. ضوابط و نحوه بهره‌برداری از درختکاری‌های مزبور در آیین‌نامه اجرایی این قانون تعیین می‌شود.»

۳. ماده ۳۸ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع: «از هر مترمکعب درختان موجود در اراضی جنگلی

تخلف مستأجر از هر کدام از تعهدات خود اصولاً با ضمانت اجرای خیار فسخ مستقیم موجر مواجه است^۱ مگر در دو مورد استثنائی که در بندهای ۹ و ۱۰ از ماده ۷ قرارداد واگذاری (اجرای طرح مصوب و پذیرش نمایندگان مأمور از سوی موجر) پیش بینی شده اند. چنانچه مستأجر در اجرای هر یک از دو تعهد فوق الذکر، تعلل و کوتاهی نماید موجر برخلاف مفاد اصل مذکور، دارای حق فسخ مستقیم نبوده بلکه باید ابتدا از طریق ارسال اخطاریه ای از طریق دبیر هیئت نظارت تعیین مهلت نماید و در صورت انقضای مهلت تعیین شده در اخطاریه و عدم اجرای تعهد از جانب مستأجر، می تواند نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید. لازم به ذکر است که تنها مرجع صالح برای ارسال اخطاریه و اعمال حق فسخ موجر (وزارت جهاد کشاورزی)، هیئت نظارت استان ذی ربط است^۲.

۴. پیامدهای قضایی واگذاری اراضی

منظور از پیامد قضایی، اختلاف و دعوایی است که پس از واگذاری موقت و در دوران اعمال نظارت بر اجرای طرح، مطرح می گردد. پیش از بررسی پیامدهای قضایی، نگاهی اجمالی به سیر مقدمات و مراحل واگذاری و سپس نحوه نظارت بر اجرای طرح ها لازم به نظر می رسد:

بر اساس مفاد مواد ۱۳ و ۳۹ آیین نامه اجرایی قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع، شناسایی و تشخیص اراضی ملی و نیز تثبیت مالکیت اداری دولت بر اراضی ملی با اخذ سند به نام دولت و به نمایندگی سازمان جنگل ها و مراتع، از وظایف ذاتی سازمان مذکور است (شمس، ۱۳۹۴: ۱۶۲). این سازمان در راستای انجام وظایف مورد اشاره، نسبت به شناسایی اراضی ملی اقدام نموده و پس از آن برای اراضی ملی شناخته شده، «برگ تشخیص» صادر می نماید. پس از صدور برگ تشخیص مبنی بر تشخیص زمین به عنوان زمینی ملی و تحدید حدود ثبتی آن، سند مالکیت به نام دولت و به نمایندگی سازمان مذکور صادر می شود. سپس سازمان جنگل ها و مراتع (در سطح استان ها: اداره تابعه این سازمان تحت عنوان «اداره منابع طبیعی») از میان اراضی ملی اعلام شده، زمین هایی که اولاً معارض نداشته باشند و ثانیاً مستعد فعالیت های کشاورزی باشند را به منظور واگذاری جهت اجرای طرح های کشاورزی، به سازمان امور اراضی (در سطح استان ها: مدیریت امور اراضی) معرفی

جلگه ای شمال که طبق ماده ۳۱ به اشخاص حقوقی واگذار می شود مقطوعاً ششصد ریال به عنوان بها و عوارض درخت از مجری طرح دریافت می شود. میزان بها و عوارض درخت هر سه سال یکبار توسط وزارت کشاورزی و منابع طبیعی (در حال حاضر: وزارت جهاد کشاورزی) و براساس نرخ عادلانه انواع چوب مورد تجدیدنظر خواهد گرفت.^۱

۱. ماده ۴۷۶ قانون مدنی و بند ۱۲ ماده ۷ قرارداد واگذاری.

۲. نک: ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع، مواد ۲ تا ۶ آیین نامه اجرایی آن و ماده ۱ دستورالعمل نحوه نظارت بر اجرای طرح های کشاورزی و غیر کشاورزی مصوب ۱۳۸۸ وزارت جهاد کشاورزی

می‌نماید. سازمان امور اراضی، این نوع زمین‌ها را از طریق هیئت‌های هفت نفره و کمیسیون طرح‌های کشاورزی و بر اساس مفاد قرارداد واگذاری مصوب، به متقاضیان واگذار می‌نماید.

پس از واگذاری به‌نحو مذکور، مرحله نظارت بر اجرای طرح توسط هیئت نظارت موضوع ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، آغاز می‌شود. مقررات مربوط به نظارت بر اجرای طرح‌ها عمدتاً مفاد فصل پنجم قانون مذکور، آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۳ اصلاحی و دستورالعمل نحوه نظارت بر اجرای طرح‌هاست. به موجب مواد ۱، ۵ و ۶ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۳ اصلاحی، هیئت نظارت که حوزه فعالیت آن استانی است، برای انجام بازدید تخصصی از طرح‌ها و دریافت گزارش‌های دوره‌ای مبتنی بر بازدیدها، در هر شهرستان هیئت سه نفره‌ای را به‌عنوان عوامل نظارتی منصوب می‌نماید. به موجب ماده ۳۳ اصلاحی، چنانچه هیئت نظارت بر اساس گزارش‌های واصله از سوی عوامل نظارتی، خلاف بین^۱ مجری طرح را احراز نماید، حسب مورد یکی از تصمیم‌های سه‌گانه زیر را اتخاذ خواهد نمود:

۱. فسخ قرارداد؛

۲. تمدید قرارداد و اعطای مهلت؛

۳. استرداد زمین (در فرض انقضای مدت قرارداد).

طبق قسمت پایانی ماده ۳۳ اصلاحی و ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی آن، تصمیم هیئت ظرف سه ماه از زمان ابلاغ قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری است.

گاهی نیز پس از واگذاری زمین شخص ثالثی مدعی مالکیت عین آن می‌شود و به‌منظور ابطال برگ تشخیص و سند صادر شده به نام دولت، اقامه دعوا نموده و پس از آن در صورت اخذ رأی متناسب با ادعای خود، نسبت به خلع ید مجری طرح اقدام می‌نماید.

بنا به مراتب مذکور و بررسی‌های نگارنده در پرونده‌های موجود در سازمان جهاد کشاورزی استان تهران، می‌توان گفت که دعاوی و اختلافات پس از واگذاری عمدتاً یکی از دو مورد زیر است:

۱. اعتراض به آرای هیئت نظارت در دیوان عدالت اداری: از آنجا که آرای هیئت عمدتاً به‌جهت عدم پیشرفت فیزیکی طرح (تعلل غیرموجه مجری طرح) و مستند به گزارش‌های عوامل نظارتی است، اکثر قریب به اتفاق اعتراضات در شعب بدوی دیوان عدالت اداری رد گردیده و در شعب

۱. مصادیق این مفهوم عبارت‌اند از تعلل غیرموجه مجری طرح (عدم پیشرفت فیزیکی غیرموجه) و تخلف وی از مفاد قرارداد واگذاری. تخلف در صورتی خلاف بین است که به تشخیص هیئت نظارت ضرورت اتخاذ یکی از تصمیمات سه‌گانه هیئت را ایجاب نماید (ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری).

تجدید نظر مرجع مذکور نیز ابرام می‌شود. در موارد معدودی مجری طرح موفق می‌شود عذر موجه خود را اثبات نموده و رأی هیئت را در دیوان عدالت نقض نماید.

۲. دعوای مالکیت ثالث نسبت به زمین واگذار شده: این گونه دعاوی که در شعب ویژه موضوع تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی، رسیدگی می‌شوند ممکن است در محکمه ثابت گردیده و به ابطال برگ تشخیص و سند مالکیت دولت و نهایتاً به خلع ید مجری طرح منجر شوند. چنین فرضی، فرض کشف مستحق‌الغیر بودن موضوع قرارداد واگذاری است که قرارداد را مشمول یکی از دو عنوان «بطلان» یا «عدم نفوذ» خواهد کرد به این معنا که اگر «ملی بودن» را وصف اساسی زمین موضوع قرارداد بدانیم، قرارداد به استناد ماده ۲۰۰ قانون مدنی یعنی به جهت اشتباه در اوصاف اساسی مورد معامله باطل تلقی گردیده و اگر هم این وصف را وصف اساسی قلمداد نکنیم، قرارداد به جهت فضولی بودن غیر نافذ است که البته فرض عدم نفوذ هم در عمل به وادی بطلان کشیده خواهد شد چرا که مبلغ اجاره‌بها در قراردادهای واگذاری کمتر از میزان متعارف است و لذا بعید به نظر می‌رسد که انگیزه‌ای برای تنفیذ قرارداد از سوی مالک وجود داشته باشد.

نتیجه

واگذار نمودن اراضی ملی به منظور اجرای طرح‌های کشاورزی - چه در قالب واگذاری قطعی و چه در قالب واگذاری موقت - در قوانین متعددی تجویز و گاهی بر دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط تکلیف گردیده است ولی باید توجه داشت که مرجع دولتی واگذارکننده، مالک حقیقی آنچه واگذار می‌کند نبوده بلکه مدیر اموال عمومی و نماینده ملت در اداره این قبیل اموال است و لذا در تعیین شرایط و آثار واگذاری مبسوط‌الید نبوده و همواره اختیاراتش محدود به رعایت غبطه و مصلحت عمومی جامعه است.

تنها منبعی که قابلیت تجویز نمودن واگذاری اراضی ملی را دارا می‌باشد، قانون است به این معنا که غیر از قانون هیچ منبع دیگری از منابع حقوق موضوعه نمی‌تواند نسبت به اصل موضوع واگذاری اراضی ملی حکمی اثباتی و یا سلبی داشته باشد. از قرائن موجود به‌خوبی برمی‌آید که این مطلب در نظام تقنینی کشور همواره مورد عنایت و رعایت بوده است.

بنا به حکم تبصره ۱ ذیل ماده ۳۳ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، واگذاری‌های موقت در سراسر کشور تابع متن یکسان قرارداد اجاره‌ای است که به تصویب هیئت‌وزیران رسیده و ابلاغ گردیده است و لذا واگذاری موقت اراضی ملی برای اجرای طرح‌های کشاورزی و غیر کشاورزی، در زمره قراردادهای الحاقی است.

قرارداد واگذاری موقت ابلاغی هیئت‌وزیران، قرارداد اجاره است. با توجه به لزوم رسمی بودن و

نیز برابری و انطباق قرارداد با متن ابلاغی هیئت وزیران و نیز اهمیت رعایت ضوابط و الزامات برای حفظ حقوق عموم جامعه به نظر می‌رسد این قراردادها در زمره قراردادهای تشریفاتی قرار گیرند.

طرف قرارداد واگذاری باید علاوه برداشتن اهلیت جهت انعقاد قراردادها شرایط اختصاصی مندرج در مقررات مربوط به واگذاری را نیز داشته باشد. همچنین تعهدات مستأجر اصولاً با ضمانت اجرای فسخ روبه‌روست و تعهدات موجر نیز اصولاً با ضمانت اجرای الزام و اجبار به انجام تعهد از طریق محکمه مواجه است.

در نگاه کلی، اعتراض به آرای هیئت نظارت در دیوان عدالت اداری و دعوی شخص ثالثی مبنی بر مالکیت، درخواست ابطال برگ تشخیص و سند رسمی اراضی واگذار شده و به تبع آن خلع ید از مستأجر مهم‌ترین اختلافات ناشی از اجرای قراردادهای واگذاری هستند.

منابع

- آجری آیسک، عاطفه (۱۳۹۵)، «بررسی حقوقی قابلیت خصوصی سازی اموال عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)» پژوهشنامه بازرگانی، دوره ۲۰ شماره ۷۸.
- احمدزاده، رسول و احمد رضایی پناه (۱۴۰۰)، «سیاست کیفری ایران در قبال تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ ها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۹)، حقوق تجارت؛ شرکت های تجاری، جلد ۱، چاپ ۱۰، تهران: انتشارات سمت.
- ایزدی فرد، علیرضا (۱۳۹۶)، واگذاری اراضی ملی به منظور بهره برداری کشاورزی و پیام های قضایی آن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد شمال.
- باقری، محمود و زهرا گودرزی (۱۳۹۶)، «جایگاه رهن دین در سرمایه گذاری و تأمین منابع مالی با نگاهی اجمالی به رهن دین در صنعت نفت»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، دوره ۲۰، شماره ۸۰.
- حبیبی، سعید، هادی شعبانی کندسری و مرتضی جمالی (۱۳۹۴)، «جستاری نقادانه پیرامون دلایل لزوم عینیت مورد رهن»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۷، شماره ۱۲.
- خورسندیان، محمدعلی و قادر شنیور (۱۳۹۰)، «ماهیت عقد مرگب در فقه و حقوق موضوعه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲، شماره ۴.
- شمس، احمد (۱۳۹۴)، نظام حقوقی اراضی ملی شده، چاپ ۶، تهران: نشر دادگستر.
- صادقی مقدم، محمدحسن و امین قاسم پور (۱۳۹۳)، «رهن منفعت»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۹.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ ۱۰، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اموال و مالکیت، چاپ ۲۴، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ ۲۷، تهران: نشر میزان.
- کرمی، حامد و سیدعلیرضا میربد (۱۳۹۹)، «ولایت دولت بر اموال عمومی از منظر حقوق اداری و فقه امامیه»، فصلنامه حقوق اداری، دوره هفتم، شماره ۲۲.
- کرمی، حامد (۱۳۹۵)، «اراهکارهای حقوقی حمایت از اموال عمومی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، دوره ۵، شماره ۱۶.
- کریمی، عباس (۱۳۷۶)، «رهن دین»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸.
- مظفری، خدیجه (۱۳۹۵)، «مقررات حقوقی قوانین برنامه در بخش کشاورزی، چالش ها و چشم اندازها»، همایش ملی نقد و بررسی قوانین برنامه پنج ساله از منظر حقوق اقتصادی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.
- مظفری، خدیجه، ایرج حسینی صدرآبادی و علیرضا ایزدی فرد (۱۳۹۸)، «مبانی و منابع حقوقی واگذاری اراضی ملی به بخش خصوصی در عرصه کشاورزی»، مجله حقوق اداری، شماره ۱۹.

اعتبار انتقال سند تجاری پس از سررسید یا واخواست

حمید میری*

چکیده

با وجود گستردگی بهره‌گیری از اسناد تجاری در دادوستدهای عادی و بازرگانی، در اندیشه‌های حقوقی، کمتر به مسئله اعتبار و پیامد انتقال سند تجاری پس از سررسید پرداخته شده است. در این نوشتار در کنار بررسی تطبیقی رویکرد مقررات گوناگون، تئوری‌های حقوقی موجود در این زمینه نیز مورد کنکاش و نقد قرار داده شده است، دیدگاه‌هایی که گاه انتقال سند پس از این زمان را در چهارچوب پشت‌نویسی یا قبض و اقباض‌شدنی ندانسته، گاه آن را به‌عنوان انتقال مدنی قلمداد نموده و گاهی نیز تنها برخی از آثار انتقال سند را از آن سلب کرده‌اند. این بررسی نشان می‌دهد که در حقوق ما، به‌دلیل سازگاری با عرف بازرگانی، نبود منع قانون‌گذار و حتی وجود نشانه‌هایی بر تجویز آن، استناد به سستی و تزلزل سند و تکیه دارنده بر اعتبار انتقال‌دهنده، با اراده معمول افراد ناسازگار است؛ جدای از اینکه این دیدگاه بسیاری از ویژگی‌های سند تجاری و واخواست‌شده برای دارنده را نادیده می‌انگارد.

واژگان کلیدی: پشت‌نویسی، انتقال تجاری، واخواست، انتقال مدنی

* استادیار گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی و تربیت بدنی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران
ha_miri@gonbad.ac.ir

مقدمه

انتقال‌پذیری اسناد تجاری با وجود محدودیت‌ها و استثناهایی بر آن^۱ همچنان یکی از برجسته‌ترین ویژگی‌های حاکم بر اسناد تجاری به شمار می‌رود. از دید حقوقی پیرامون چنین عملی پرسش‌های گوناگونی قابل طرح است همچون اینکه ماهیت حقوقی این عمل چیست؟ پشت‌نویسی مشروط چه اثری دارد؟ آیا پشت‌نویسی با وجود خط خوردن واژه حواله‌کرد قابل انجام است؟ و پرسش‌هایی از این دست. پاسخ‌گویی به این مسائل تنها از دید نظری ارزشمند نیست چه اینکه در عمل، این موارد در رسیدگی‌های قضایی نیز مطرح و با پاسخ‌های گوناگونی روبه‌رو شده است.^۲

با این حال، یکی از مسائلی که در نوشتارهای حقوقی داخلی چندان بدان پرداخته نشده به‌گونه‌ای که تنها دو نویسنده حقوق تجارت به گونه‌گذرا بدان پرداخته‌اند (ستوده‌تهرانی، ۱۳۹۱: ۶۰؛ اسکینی، ۱۳۹۳: ۱۰۱)، این است که آیا سند تجاری را پس از سررسید یا واخواست می‌توان به دیگری انتقال داد و اگر پاسخ آری است، آیا چنین انتقالی دارای همان آثار حقوقی پشت‌نویسی یا تسلیم سند (در سند وجه حامل) است که پیش از واخواست انجام می‌شود؟ این پرسش‌ها آن هنگام پررنگ‌تر می‌شوند که توجه شود که ماده ۲۰ کنوانسیون یکنواخت ژنو پیرامون برات و سفته مصوب ۱۹۳۰^۳ و ۲۴ کنوانسیون یکنواخت ژنو درباره چک مصوب ۱۹۳۱^۴ در این زمینه دستور روشنی دربرداشته و چنین پشت‌نویسی را انتقال مدنی دانسته‌اند ولی چون قانون تجارت ما در این زمینه خاموش است، بررسی امکان یا عدم امکان این عمل و پیامدهای آن همچنان امری قابل بررسی است.

از این‌روی، در این نوشتار تلاش داریم که از نگاه قواعد حقوقی و رویه قضایی به بررسی موضوع بپردازیم. البته، از آنجا که مفاهیمی چون پشت‌نویسی و واخواست از معانی شناخته شده در اسناد تجاری به شمار می‌آیند، از پرداختن بدان‌ها چشم‌پوشیده و مستقیم به بررسی موضوع خواهیم پرداخت که در این راستا، ضمن پرداختن به تنوری‌های موجود و نقد و بررسی آن‌ها، به ارائه دیدگاه برگزیده خواهیم پرداخت. البته، گفتنی است که به دلیل عدم رواج برات در زندگی روزمره (نک: میری و همکار، ۱۳۹۹: ۲۳۷)، بیشتر تمرکز بر روی نمونه‌هایی از سفته و چک خواهد بود.

۱. گونه‌های زمانی برای انتقال سند تجاری

از دید انتقال‌گیرنده، انتقال سند تجاری می‌تواند به نام شخص معین و یا در وجه حامل انجام شود

۱. همچون بازداشته شدن صدور چک در وجه حامل پیرو تبصره ۱ ماده ۲۱ قانون صدور چک.

۲. برای دیدن برخی از این موارد بنگرید به: میری و همکاران، ۱۳۹۶: ۲۲۳-۲۲۸ و ۲۳۳-۲۴۰.

3. Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes 1930.

4. Convention Providing a Uniform Law for Cheques 1931.

و از دید زمان انجام، انتقال ممکن است پیش از واخواست نکول (درجایی که قبولی باید باشد) و یا پس از آن باشد. همچنین، انتقال می‌تواند پیش از سررسید و یا پس از آن و نیز پیش یا پس از واخواست عدم پرداخت و اقامه دعوا روی دهد. همچنین باید توجه داشت که سند تجاری از دید سررسید پرداخت می‌تواند دیداری و یا در زمان معین و یا در هنگام معینی پس از صدور یا پذیرش^۱ سند باشد.

اگرچه واگذاری سند تجاری از طریق پشت‌نویسی و یا با صرف تسلیم (در سند در وجه حامل) پیش از سررسید، منع یا تنگنایی را در برابر خویش نمی‌بیند ولی، در حالت فرا رسیدن موعد پرداخت و یا انجام واخواست گاه محدودیت‌هایی دیده می‌شود همچنان‌که بند یکم از بخش ۶۹ قانون بروات کانادا^۲ و بند پنجم از بخش ۳۶ قانون بروات انگلستان^۳، انتقال سند تجاری پس از واخواست عدم قبول و یا در صورت عدم نکول، پس از سررسید و بدون آنکه نیاز به واخواست عدم پرداخت باشد، محدود شده است (بند دوم همان بخش). در برابر، برخی دیگر از مقررات همچون ماده ۲۰ کنوانسیون ژنو درباره برات و سفته، چنین تنگنایی برای انتقال سند برای زمانی که واخواست عدم پرداخت انجام شده باشد، پیش‌بینی نموده‌اند. ماده ۲۴ کنوانسیون ژنو درباره چک نیز همین امر را دنبال کرده و برای انتقال پس از واخواست^۴ چنین چیزی را در نظر گرفته است. بند سوم ماده ۲۹ کنوانسیون آنسیتال درباره برات و سفته بین‌المللی^۵ این حکم را در زمینه انتقال سند پس از نکول و عدم پرداخت دربر دارد.

با این حال، پیش از بررسی دیدگاه‌های موجود، باید دو امر اثباتی و ثبوتی را در این زمینه مدنظر قرار داد؛ از دید اثباتی، چنانچه سند تجاری در وجه حامل باشد و نیز در مواردی که قبولی لازم است، اگر محدودیت انتقال را تنها ویژه سررسید ندانیم، چون در همه موارد نمی‌توان از ظاهر سند، زمان انجام انتقال آن را فهمید به این دلیل که اعتراض نکول باید در برگه‌ای جداگانه انجام شود، آگاهی انتقال‌گیرنده از نکول باید اثبات شود. همچنین، اگر تنها انتقال پس از سررسید موضوع برقراری محدودیت بوده و هنوز واخواست عدم پرداخت انجام نشده و مهلت آن نیز سپری نشده باشد، اثبات انتقال سند پس از این تاریخ با بررسی شکل سند به دست نخواهد آمد.

۱. قبولی سند تجاری تنها در برات موضوعیت دارد زیرا، در سفته شخص ثالثی نقش بازی نکرده و در چک بانکی نیز بانک پیرو قرارداد گشایش حساب با دارنده‌ی دسته‌چک، از پیش رضایت و تعهد خویش به پرداخت وجه از موجودی حساب صادرکننده را اعلام نموده است.

2. Bills of Exchange Act 1985.

3. Bills of Exchange Act 1882.

۴. در چک، واخواست نکول منتفی است.

5. UNCITRAL Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes, 1988.

از دید ثبوتی، چون در بیشتر مقررات انجام واخواست در مهلت قانونی هم شرط بهره‌مندی دارنده از بسیاری از حقوق برخاسته از سند تجاری بوده و هم تنها دلیل نشان‌دهنده مطالبه و عدم قبولی و عدم پرداخت است، عدم واخواست یا واخواست بیرون از مهلت قانونی چون مایه ازمیان رفتن بسیاری از حقوق برخاسته از سند می‌شود این امر از یک سوی بر حقوق انتقال‌گیرنده پس از آن نیز مؤثر بوده و در نتیجه، انتقال سند تجاری پس از عدم واخواست یا انجام در بیرون از مهلت قانونی برای آن، بدون توجه و استناد به مبنای دیگری، به‌خودی‌خود بر حقوق انتقال‌گیرنده تأثیر خواهد گذاشت و از سوی دیگر، حتی اگر انتقال سند پس از سررسید و پیش از پایان مهلت قانونی برای واخواست انجام شده باشد، چون واخواست تنها روش احرازگر مطالبه و عدم پرداخت است، وضع آن را نمی‌توان با حالت انتقال پس از سررسید و عدم پرداخت یکی دانست. پیرامون عدم اقامه دعوا نیز همین برداشت درست است.

بدین‌سان، از دید هنگام انجام انتقال، فروض موجود برای بررسی، انتقال سند تجاری پس از واخواست نکول و واخواست عدم پرداخت است. انتقال سند تجاری پس از اقامه دعوا تنها منجر به انتقال دعوا از دید قواعد آیین دادرسی مدنی خواهد شد.

پس، چون واخواست نکول تنها پیرامون برات جریان دارد در نتیجه، در زمینه سفته و چک، در عمل تفاوتی میان دو حالت بالا از دید زمان انتقال سند وجود نخواهد داشت. با این حال، پیرامون برات دیدیم که کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۳۰، انتقال سند تجاری پس از واخواست نکول را خلاف قاعده ندانسته است. به نظر می‌رسد در اندیشه نویسندگان کنوانسیون، مبنایی که منجر به دگرگونی وضعیت حقوقی انتقال سند تجاری پس از واخواست عدم پرداخت می‌شود، در فرض انتقال پس از واخواست نکول جریانی ندارد چه این‌که حتی نپذیرفتن برات، از مسئولیت برات‌گیر نسبت بدان نمی‌کاهد بلکه دارنده هم‌چنان موظف و محق است که در سررسید، پرداخت را از وی بخواهد (ماده ۲۸۲ قانون تجارت).

۲. بررسی دیدگاه‌ها

در این بخش، پس از رونمایی از تئوری‌های حقوقی موجود در زمینه پیامد انتقال سند تجاری پس از سررسید، به بررسی و نقد آن‌ها خواهیم پرداخت؛

۲-۱. نظریه نامعتبر بودن پشت‌نویسی

در این بخش پس از توضیح دیدگاه، به بررسی و نقد آن خواهیم پرداخت.

۲-۱-۱. بیان دیدگاه

پیرو این تئوری، انتقال سند تجاری پس از واخواست اعتباری نخواهد داشت. این دیدگاه که در پاره‌ای از اندیشه‌های قضایی دیده می‌شود، استوار بر مواد ۲۷۰ و ۲۷۱ قانون تجارت است. برای

نمونه، در نظر مشورتی شماره ۹۸/۷/۱۲۹۶ مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۰۳ می‌خوانیم: «...اولاً، پس از واخواست سند تجاری، انتقال حقوق دارنده به شخص ثالث برابر مقررات خاصی که در مواد ۲۷۰ و ۲۷۱ قانون تجارت پیش‌بینی شده است، به عمل می‌آید. ثانیاً، انتقال اسناد تجاری و از جمله چک برای برخورداری از امتیازات قانونی راجع به اسناد تجاری موضوع قانون تجارت باید مطابق مقررات قانونی مربوط انجام پذیرد و با انتقال چک واخواست‌شده (برگشت‌شده) بدون رعایت مقررات مربوط، بر منتقل‌الیه، دارنده سند تجاری اطلاق نمی‌شود و در نتیجه از مزایای اسناد تجاری برخوردار نخواهد بود؛ با این حال تشخیص مصداق بر عهده مرجع قضایی رسیدگی‌کننده است».

در حقیقت، پیرو این دیدگاه، از مواد یاد شده که در زمینه «پرداخت مبلغ برات از سوی شخص ثالث» است، چنین برداشت می‌شود که قانون‌گذار با پیش‌بینی این نهاد، تنها راه واگذاری سند تجاری پس از عدم پرداخت و واخواست را در نقش‌آفرینی ثالث دانسته است.

برایند پذیرش این دیدگاه اعتبار انتقال سند پس از سررسید و پیش از واخواست در چهارچوب پشت‌نویسی یا قبض‌واقباض و بی‌اعتباری هرگونه انتقال پس از واخواست است که بیرون از چهارچوب نهاد پرداخت از سوی ثالث انجام شده باشد که بدین‌سان، تنها نیاز است کسی که می‌خواهد سند را به دست آورد، بر روی واخواست‌نامه (گواهی عدم پرداخت) امضا یا مهر زند ولی در هر حال باید بگوید که از سوی چه کسی پرداخت می‌کند و گرنه انگاره بر این است که از سوی صادرکننده پرداخت نموده است (اسکینی، ۱۳۹۳: ۱۴۵).^۱ بدین‌سان، برخلاف ماده ۲۴۶ قانون تجارت نه‌تنها نیازی به امضای دارنده پیشین نیست بلکه با مهر شخص ثالث نیز این عمل پدیدار شده، عملی که تنها منجر به واگذاری حقوق به شخص ثالث شده و دیگر شانس برای فرض وکالت یا وثیقه برجای نخواهد ماند و مهم‌تر از همه اینکه چون دارنده پیشین بر روی سند به‌عنوان پشت‌نویس امضا نمی‌زند، مسئولیتی در برابر ثالث پرداخت‌کننده نخواهد داشت.

۲-۱-۲. نقد دیدگاه

این دیدگاه استوار بر بنیان‌های سستی است زیرا، با برداشت نادرست از نهاد پرداخت مبلغ سند از سوی شخص ثالث، دخالت چنین ثالثی در پرداخت مبلغ سند، به مانند انتقال سند تجاری دانسته شده است. به‌راستی که چنین پنداشته شده است که اعطای حقوق دارنده به چنین ثالثی پیرو ماده ۲۷۱ قانون تجارت، یعنی واگذاری حقوق ناشی از سند به این شخص حال آنکه ناگفته روشن است که وقتی سخن از انتقال سند می‌شود، خواست طرفین برای جابه‌جایی مالکیت نوشته و انتقال فیزیکی

۱. البته نویسنده بدون ارایه دیدگاهی، به دستور آمده در قانون یکنواخت ژنو دست می‌جوید.

آن، رکن بنیادین آن را پی‌ریزی می‌نماید. این درحالی است که این نهاد از «پرداخت» سخن می‌گوید نه «انتقال» یعنی در همان آغاز، قیاس این دو امر با یکدیگر به دلیل خروج موضوعی نهاد پرداخت از سوی شخص ثالث با انتقال سند، منطقی نخواهد بود. در حقیقت، پرداخت از سوی ثالث یعنی پرداخت مبلغ سند از سوی کسی که یکی از مسئولان سند نبوده که پیرو قاعده، با پرداخت وجه سند به دارنده، زندگانی سند باید پایان پذیرد ولی، چون این پرداخت‌کننده مسئول اصلی سند نیست، قانون‌گذار به وی حقوق دارنده را داده است نه آنکه انتقالی رخ داده باشد که در نتیجه این انتقال، ثالث حقوق دارنده را به دست آورد. از این روی، روشن است که این نهاد و فرض آن پیوندی با مسئله مورد بحث یعنی امکان انتقال سند تجاری پس از واخواست نخواهد داشت. به دیگر سخن، حتی در حالتی که مسئول اصلی سند تجاری، پس از سررسید اقدام به پرداخت مبلغ آن ننموده و دارنده این سند را به دیگری وامی‌گذارد، هر شخص ثالثی (با رعایت مفاد ماده ۲۷۲ قانون تجارت) می‌تواند مبلغ سند را به چنین دارنده‌ای پرداخت نماید. از همین روی است که قانون‌گذار نیازی نمی‌بیند که دارنده پیشین بر روی سند امضا زده و یا حتی امضای پرداخت‌کننده ثالث بر روی سند گنجانده شود. همچنین، نیازی به اراده و خواست دارنده برای پذیرش پرداخت از سوی ثالث نخواهد بود.^۱

هم‌چنان‌که در آینده خواهیم گفت، با سکوت قانون‌گذار ما، نه تنها مواد استنادی در این راستا به کار نمی‌آید بلکه درست به خلاف آن به کار خواهند آمد.

۲-۲. نظریه مدنی بودن انتقال

همچون بخش پیشین، در اینجا نیز پس از توضیح دیدگاه، به بررسی و نقد آن خواهیم پرداخت؛

۲-۲-۱. بیان دیدگاه

گاه با الگوبرداری از ماده ۲۰ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو درباره برات و سفته که می‌گوید: «...»

۱. برخلاف دکترین حقوقی (اسکینی، ۱۳۹۳: ۱۴۵؛ صقری، ۱۳۸۸: ۱۲۸) که خودداری دارنده از پذیرش پرداخت از سوی شخص ثالث را منجر به ازمیان رفتن حق رجوع وی در برابر کسانی دانسته‌اند که با نقش‌آفرینی چنین ثالثی از مسئولیت رها می‌شوند، به لحاظ خاموشی قانون، چون قانون‌گذار به چنین ثالثی حقوق دارنده را بخشیده است، لزوم گنجاندن دخالت این شخص در واخواست منجر به این امر نمی‌شود که پرداخت‌کننده از حقوق یاد شده بهره‌مند نشود. به سخنی دیگر، لزوم گنجاندن دخالت ثالث بر روی واخواست تنها از دید اثباتی اثر دارد (میری و همکار، ۱۳۹۹: ۲۵۵، پابری چهارم) ولی نه اینکه تنها دلیل اثبات باشد. از این روی، کافی است که ثالث پرداخت مبلغ به حساب یا تودیع آن نزد صندوق سپرده دادگستری را اثبات کند که دارنده موظف به تحویل سند به وی خواهد بود. گفتنی است که بحث ناماذون بودن پرداخت از سوی ثالث در اینجا جریانی نخواهد داشت زیرا، حتی در فرض گنجاندن نام ثالث در واخواست، لزومی به دریافت رضایت مسئولان سند وجود نخواهد داشت.

پشت‌نویسی پس از واخواست عدم پرداخت ... انتقال طلب به شمار خواهد آمد» و نیز ماده ۲۴ کنوانسیون ژنو درباره چک مصوب ۱۹۳۱ که بازگوکننده همین حکم پیرامون چک است، به چنین باوری دست‌یافته شده است که پشت‌نویسی سند تجاری پس از واخواست، تنها انتقالی مدنی به شمار خواهد آمد. کنوانسیون آنسیتال درباره برات و سفته بین‌المللی نیز دارنده چنین سندی را «دارنده مورد حمایت»^۱ به معنای این سند ندانسته چه اینکه در بند سوم ماده ۲۸، تنها دارنده‌ای را که این سند در مهلت برای پذیرش ارائه نشده است، مشمول ایرادات قابل ارائه در برابر انتقال‌دهنده می‌داند و مفهوم مخالف بند ج ماده ۲۹ که دارنده آگاه از نکول و عدم پرداخت را دارنده مورد حمایت ندانسته و در برابر وی ایرادات مبتنی بر دادوستد پایه میان او و صادرکننده یا میان وی و انتقال‌دهنده و یا ادعای کلاهبرداری و دزدی را - البته در صورت آگاهی وی از این امور - قابل استناد می‌داند، به همین راه رفته‌اند. این امر در قوانین شماری از کشورها نیز آمده است؛ برای نمونه، از آنجا که دولت فرانسه به کنوانسیون‌های ژنو پیوسته است، بند ۱۴ ماده ۵۱۱ قانون بازرگانی این کشور مفاد این پیمان را بازگو می‌کند. در انگلستان، در زمینه مسئله انتقال سند پس از سررسید، برخی از دادرسان چنین سندی را دیگر سند قابل انتقال ندانسته بلکه آن را تنها گویای طلب عادی به شمار آورده‌اند^۲ هرچند برخی از اینان محتاط بوده و برخلاف قاعده، برای چنین سندی قابلیت نقل و انتقال پنداشته‌اند (Chafee, 1918: 1105). برخی از دادرسان آمریکایی نیز گفته‌اند^۳ که چنین سندی دیگر قابل انتقال نیست ولی تبدیل به مال منقولی شده که مالکیت آن با صرف انتقال فیزیکی منتقل نمی‌شود. این درحالی است که رویه غالب قضایی متقدم^۴ چنین سندی را قابل انتقال می‌دانست (Chafee, 1918: 1106). بخش ۳۶ قانون بروات انگلستان با درپیش گرفتن رویکرد نخست، اثر انتقال سند تجاری پس از سررسید و یا پیش از آن ولی پس از اعتراض عدم پذیرش یا عدم پرداخت را همین امر دانسته است درحالی که بند ۱ از بخش ۶۹ قانون بروات کانادا، به انتقال سند پس از سررسید و حتی پیش از واخواست چنین اثری را بخشیده و پیرو بخش ۷۱ این قانون، انتقال سندی که برات‌گیر از پذیرش آن سر باز زده است، چنانچه پیش از سررسید باشد، انتقال مدنی بوده مگر آنکه دارنده، با حسن نیت شمرده شود. برخی از نویسندگان حقوق ایران نیز با بهره‌گیری از ماده ۲۴۸ قانون تجارت گفته‌اند که

1. Protected Holder.

2. *Hinckley v. Union Pacific*, 129 Mass. 52, 61 (1880), *Hinckley v. National Bank*, 131 Mass. 147 (1881); *Henderson v. Case*, 31 La. Ann. 215, 216 (1879).

3. *Wylie v. Speyer*, 62 How. Pr. (N. Y.) 107, 110 (1881); *Wood v. McKean*, 64 Iowa, 16 (1884).

4. *Crossley v. Ham*, 13 East, 498 (1811); *Graves v. Key*, 3 B. & Ad. 313, 317 (1832); *Baxter v. Little*, 6 Met. (Mass.) 7, 10 (1843); *Fisher v. Leland*, 4 Cush. (Mass.) 456, 459 (1849).

موضوع تاریخ ظهنویسی از این جهت اهمیت دارد که به موجب بیشتر قوانین، در صورتی دارنده برات می تواند از مزایای سند بهره گیرد که برات پیش از سر رسید به او واگذار شده باشد زیرا، کسی که برات پرداخت نشده ای را پس از سر رسید می پذیرد، آگاه به متزلزل بودن آن بوده و از این روی، چنین انتقالی مانند انتقال طلب عادی خواهد بود (ستوده تهرانی، ۱۳۹۱). گاه نیز گفته شده است که چون با واخواست سند که در حکم اعتراض رسمی به پرداخت نشدن مبلغ است، زندگانی تجاری سند پایان یافته و دارنده برای دریافت مبلغ آن درون مرحله نوینی یعنی اجرای سند و بهره گیری از تضمینات آن رود. انتقال پس از واخواست، انتقال عادی یا مدنی به شمار آمده و انتقال گیرنده جانشین واگذارنده خواهد شد. انتقال دهنده در برابر انتقال گیرنده مسئولیتی در برابر پرداخت مبلغ ندارد ولی دارنده نوین به عنوان قائم مقام وی می تواند برای دریافت مبلغ به کسانی رجوع کند که انتقال دهنده حق رجوع بدانها را داشته است (نیک فرجام، ۱۳۹۹: ۲۲۰).

در توجیه این امر گفته شده است، هنگامی که پشت نویسی پس از نکول و اعتراض و یا پس از سر رسید بروات انجام می شود، در چنین وضعی منطقی است که تردید جدی پیرامون مسئولیت یا توانایی پرداخت دستان پیشین پدیدار شود. از این روی، انتقال گیرنده سند نکول یا سر رسید شده ای که مورد واخواست قرار گرفته است، دارای همه حقوق دارنده ای که در روند معمول دادوستد چنین سندی را به دست می آورد، نخواهد بود. در حقیقت، چنین می توان گفت که وی سند را به اعتبار پشت نویسی آن دریافت کرده است نه به اعتبار خود سند و در نتیجه حق بیشتری نسبت به دیگر اشخاص نخواهد داشت^۱ (Byles, 2013: 195). به سخنی دیگر، هنگامی که انتقال سند پیش از سر رسید انجام می گیرد، چون در ظاهر سند هیچ گونه نشانه تردید افکن و سست کننده ای وجود ندارد، انتقال گیرنده آن را به خاطر اعتبار خود سند دریافت می دارد و از همین روی است که وی تکلیفی برای بررسی شرایط موجود میان انتقال دهنده و هر یک از مسئولان سند نخواهد داشت. البته اگر اوضاع و احوال امر به گونه ای باشد که گیرنده به عنوان انسانی متعارف می بایست آگاه از وجود ایرادات

۱. در پرونده «Crossley v. Ham» که در آن، خوانده دارنده دو براتی بود که به درخواست صادر کننده، این اسناد را با پشت نویسی به شخص دیگری وابسته به این شرط واگذار نموده بود که اگر وی یکی از این دو سند را پرداخت کند، از پرداخت مورد دیگر معاف باشد. با این حال، با وجود پرداخت شدن یکی از آنها، دارنده نوین (مشروط علیه) اقدام به ارائه آن برای قبولی نمود که مورد نکول و واخواست قرار گرفت. سپس، این دارنده برات را برای شخص دیگری که خواهان پرونده باشد، پشت نویسی نمود. دادگاه چنین گفت که چون خواهان سند را پس از واخواست دریافت نموده است، چیزی بیش از حق پشت نویسی خود دریافت نکرده و از این روی، چون وجود قرارداد در برابر پشت نویسی قابل استناد است، در مقابل خواهان نیز قابل استناد خواهد بود (Byles, 2013: 195).

متأثرکننده ارزش سند می‌بود، این امر به‌خودی‌خود منجر به فروپاشی حقوق انتقال‌گیرنده نخواهد شد مگر شرایط به‌گونه‌ای باشد که بتوان وی را دارنده با سوءنیت شمرد. این درحالی است که اگر سند پس از سررسید خواه از طریق پشت‌نویسی و یا قبض و اقباض واگذار شده باشد، چون چنین انتقالی شایسته انتقال‌گیرنده نیست، وی وظیفه دارد که درباره مشکلاتی که منجر به عدم پرداخت شده است، کنکاش نماید و از این روی، گو این است که وی با اتکا به اعتبار انتقال‌دهنده سند را پذیرفته و مشمول ایرادات قابل طرح در برابر چنین کسی خواهد بود (Busse, 1889: 153). در حقوق ما، با وجود تصریح نشدن در قانون تجارت، تکیه بر اعتبار اشخاص به‌جای سند را می‌توان از ماده ۲۳۷ قانون تجارت برداشت نمود که می‌گوید: «پس از اعتراض نکول ظهرنویس‌ها و برات‌دهنده به تقاضای دارنده برات باید ضامنی برای تأدیه وجه آن در سر وعده بدهند یا وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض‌نامه و مخارج برات رجوعی (اگر باشد) فوراً تأدیه نمایند». یعنی با پذیرفته نشدن برات از سوی برات‌گیر، ارزش سند در نزد دارنده سست شده و از این روی، وی از برات‌کش و پشت‌نویسان می‌خواهد که خود پرداخت در سررسید را تضمین نمایند.

همچنین، این‌گونه گفته شده است که: «... چون در مبحث پنجم از فصل اول در باب چهارم قانون تجارت که مربوط به اسناد تجاری است قانون‌گذار در ماده ۲۴۵ قانون تجارت به انتقال از طریق ظهرنویسی اشاره کرده است و بعد از آن در مبحث ششم به مسئولیت صادرکننده و ظهرنویسان و نهایتاً در مبحث هفتم به پرداخت توجه داشته است که این شیوه قانون‌گذاری دلالت بر این دارد که انتقالات برطبق قانون تجارت باید قبل از هرگونه اقدام جهت پرداخت وجه سند تجاری باشد لذا اخذ گواهی‌نامه عدم پرداخت در مقام واخواست و مطالبه وجه چک و انتقال آن به دیگری را نمی‌توان موافق انتقالات تجاری دانست. این درحالی است که در ماده ۲۴ کنوانسیون ژنو در مورد چک بیان شده است که «ظهرنویسی بعد از تنظیم اعتراض‌نامه (پروتست) یا گواهی معادل آن یا پس از اتمام مهلت ارائه چک به بانک، تنها در حد یک انتقال ساده طلب مؤثر است». به تعبیر دیگر، استفاده و بهره‌مندی از اوصاف و امتیازات اسناد تجاری (وصف تجریدی اسناد تجاری) امری استثنایی و منوط بر این است که دارنده سوای از باحسن‌نیت بودن، به تکالیف قانون خود نیز عمل نماید و یا به‌نحو صحیح و مطابق با مقررات نسبت به انتقال سند به نام خود اقدام نماید ...»^۱

به این موارد می‌توان افزود که انتقال سند تجاری پس از سررسید را می‌توان فرض بر آگاهی از

۱. دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۱۳۲۹ به تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۲ شعبه هشتم حقوقی دادگستری عمومی و انقلاب شهرستان گنبدکاووس.

ایرادات و یا عدم حسن نیت گیرنده نمود (Bigelow, 2016: 207) زیرا، چه بسا که در رابطه میان دارنده پیشین و مسئول سند، ایراداتی موجود بوده که منجر به عدم پرداخت شده است و در چنین حالتی فرض این است که انتقال گیرنده با آگاهی از این امور سند را پذیرفته است و گر نه هیچ انسان متعارفی در روند معمول دادوستد و چرخش اسناد تجاری، سند تجاری پرداخت نشده را نمی پذیرد. به دیگر سخن، می توان گفت که وضع چنین کسی بدتر از وضع انتقال گیرنده طلب مدنی است که دارای موقعیت همسانی با وی است زیرا، انتقال و دریافت سندی که ظاهر آن گویای گذشت سررسید است، به خودی خود گویای فرض سوءنیت انتقال گیرنده خواهد بود.^۱

سرانجام ممکن است که به ماده ۲ قانون صدور چک استناد شود به این معنا که این ماده دارنده چک را کسی دانسته که چک در وجه او صادر و یا به نام او پشت نویسی شده یا حامل چک (در مورد چک های در وجه حامل) یا قائم مقام قانونی آنان باشد و چون پیرو همین ماده، دارنده چک در صورت مراجعه به بانک و عدم دریافت تمام یا قسمتی از وجه آن به علت نبودن محلّ و یا به هر علت دیگری که منتهی به برگشت چک و عدم پرداخت شود، می تواند وجه چک یا باقی مانده آن را از صادرکننده وصول نماید، روشن است که در نگاه قانون گذار منظور از دارنده کسی است که چک را به بانک ارائه می نماید که ماده ۱۱ نیز می تواند تأییدکننده آن باشد. از این روی، دارنده سند تجاری یا کسی است که پیش از واخواست، به موجب پشت نویسی یا قبض و اقباض سند را به دست آورده است یا حقوق خود را در چهارچوب قواعد فراگیر انتقال طلب به دیگری واگذار نموده باشد تا به عنوان قائم مقام بتواند از حقوق ناشی از سند بهره مند شود.^۲

۲-۲-۲. نقد دیدگاه

هم چنان که می بینیم، برجسته ترین دلایل باورمندان به نظریه مدنی بودن انتقال پس از واخواست عبارت است از اتکای انتقال گیرنده بر اعتبار پشت نویسی به دلیل سستی سند تجاری پرداخت نشده، فرض سوءنیت انتقال گیرنده، استثنایی بودن ویژگی های خاص اسناد تجاری، استناد به مواد ۲۰ و ۲۴ کنوانسیون های ژنو درباره برات، سفته و چک و دقت در ترتیب نگارش باب های مربوط به اسناد

1. Eversole v. Maull, 50 Md. 95, 97 (1878) Chafee, Op.cit: 1133.

۲. «شاکای طی دادخواست تقدیمی اعلام داشته است، "در مورد چک قانون گذار قائل به داشتن امتیاز شکایت کیفری برای دارندگان آن ها شده است و دارنده چک از نظر قانون یگانه فردی است که حق طرح دعوی جزایی را در صورت پرداخت نشدن وجه چک به موجب ماده ۴ قانون چک خواهد داشت..."» رأی شماره ۷۲-۱۳۸۰/۳/۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ابطال بخشنامه شماره نب ۹۰۱. مورخ ۱۳۷۹/۲/۱۹ اداره نظارت بر امور بانک های تجاری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

تجاری در قانون تجارت.

پیش از بررسی این دلایل باید گفت، هنگامی که سخن از انتقال عادی به میان می‌آید، پنداشت آغازین این است که انتقال انجام شده، انتقال طلبی صرف بوده و در نتیجه، نه می‌توان عنوان پشت‌نویس را به انتقال‌دهنده داد و نه انتقال‌گیرنده را دارای امتیازهای ویژه اسناد تجاری به شمار آورد. به سخنی دیگر، خلاف دیدگاه پیشین که عمل حقوقی انجامی را خواه به عنوان انتقال تجاری یا مدنی معتبر نمی‌دانست، در این دیدگاه انتقال، درست بوده ولی چون با مانعی روبه‌رو شده است، دارای پیامدهای معمول نخواهد بود. بدین‌سان، پیرو این دیدگاه، چون انتقال مدنی و عادی است، پشت‌نویس دیگر مسئولیت تضامنی در برابر دارنده نوین نداشته و این دارنده نمی‌تواند خود را از ایرادات ناظر به روابط مسئول سند با دستان پیشین رها ببیند.

بنیان نخست را هم از دید نظری و هم رویکرد قانونی می‌توان بررسی کرد؛ از دید بررسی نظری، هم‌چنان‌که گفته شد، این مبنا چنین می‌گوید که چون به لحاظ عدم پرداخت مبلغ سند از سوی متعهد اصلی و انجام واخواست از سوی دارنده، اعتبار سند سست گشته است در نتیجه باید گفت؛ کسی که چنین نوشته‌ای را دریافت می‌دارد، نه بر تعهد پاسخ‌گویی اصلی (برات‌گیر، محال‌علیه یا صادرکننده سفته) بلکه بر اعتبار و تعهد انتقال‌دهنده‌ای (پشت‌نویس) که منتهی به خود است، اتکا می‌نماید. به سخنی دیگر، کسی که در چنین فرضی سند را می‌پذیرد چون آگاه از این امر است، می‌پذیرد که کاغذی (داده‌های الکترونیکی) بیش در دست ندارد. بدین‌سان، این برداشت استوار است بر فرضی نوعی درباره پنداشت و اراده گیرنده سند.

با این حال، پیرامون این برداشت باید به دو امر پاسخ گفت؛ یکم این‌که آیا امروزه می‌توان چنین فرضی را برقرار دانست و دوم اینکه آیا این فرض منجر به دگرگونی همه روابط حقوقی برخاسته از این انتقال می‌شود؟ در پاسخ به پرسش نخست باید گفت که فرض استدلال مورد بررسی این است که انتقال‌گیرنده چنین سندی، همچون انتقال طلبی عادی، تنها با نگرش به اعتبار واگذارنده آن اقدام به پذیرش آن نموده و از این‌روی هر دو تابع قواعد این‌گونه انتقال هستند. با این حال، چنین برداشتی و یا تحمیل انگیزه‌ای فرضی بر طرفین انتقال سند به دلیل نادیده گرفتن ویژگی‌های کلیدی اسناد تجاری درست نخواهد بود. به‌راستی که گیرنده سند به‌عنوان دارنده خواه به‌عنوان نخستین دارنده باشد و یا انتقال‌گیرنده از طریق پشت‌نویسی، اعم از اینکه پیش از واخواست باشد یا پس از آن، با ملاحظه چنین امتیازهایی حاضر به پذیرش سند می‌شود. پذیرنده چنین سندی حتی اگر واخواست شده باشد، می‌داند که از ایرادات دستان پیشین رها بوده، از امتیاز مسئولیت تضامنی برخوردار است، در راستای درخواست تأمین خواسته نیازی به سپردن خسارت احتمالی ندارد و مهم‌تر از همه، مسئولیت متعهد

اصلی هم‌چنان پای بر جاست و می‌تواند با برپایی دعوا - یا از طریق اجرای ثبت در مورد چک - از شیوه‌های قانونی برای رسیدن به طلب خویش بهره‌مند شود. وانگهی، به‌طور معمول انتقال‌گیرنده، به اعتبار دستان پیش از خود از این دید که در فرض عدم پرداخت امکان بازگشت بدان‌ها را خواهد داشت، توجه و تکیه می‌کند. در پاسخ به پرسش دوم نیز باید گفت که پیرو قاعده، اگر چنین انتقالی را به مانند انتقال برواتی ندانیم که به واگذاری تعهد برخاسته از سند منجر می‌شود، ناگفته روشن است که انتقال‌گیرنده، حقوق دارنده تعهد تجاری را نخواهد داشت یعنی از یک‌سو، نه تنها امکان استناد به مسئولیت تضامنی پشت‌نویس مستقیم با خود را ندارد بلکه امکان رجوع به دیگر پشت‌نویسان و حتی صادرکننده را نیز نخواهد داشت زیرا، دستان پیشین، پیوند قراردادی با وی ندارند و روابطی که برخاسته از روابط ناظر به اسناد تجاری است، دربرگیرنده این شخص نخواهد شد. از سوی دیگر، همچون هر انتقال طلب عادی دیگری، مسئول اصلی (برات‌گیر، صادرکننده سفته و چک) امکان استناد به ایرادات مربوط به رابطه آنان با پشت‌نویس را در برابر وی خواهد داشت. این درحالی است که حتی آن دسته از مقرراتی که قائل به محدودیت برای چنین انتقالی شده‌اند، این پیامدها را بر آن بار ننموده‌اند. جدای از این، آرای دادگاه‌ها و البته گاه مقررات به چنین دارنده‌ای توانایی اقامه دعوا به نام خود را داده‌اند این درحالی است که در حقوق کامن‌لا، واگذاری حق انتقال منجر به حق برپایی دعوا به نام واگذارشونده نخواهد شد. در حقیقت، این امر گویای تعارض در دیدگاه باورمندگان به این برداشت است. از این‌ها گذشته، اگر سند تجاری پس از سررسید دگرگون به حق دینی صرف شده، چرا هم‌چنان تسلیم فیزیکی سند بایسته است؟ این امر نشانگر این است که سند تجاری پس از آفرینش تبدیل به عینی شده است که با جابه‌جایی آن به دیگری، حقوق و تکالیف آن نیز واگذار می‌شود. افزون بر این‌ها، اگر سند تجاری که پس از سررسید واگذار می‌شود، از سوی دیگری رباییده شود، شخص منتقل‌الیه حق اقامه دعوی دزدی را جهت بازپس‌گیری آن خواهد داشت که اگر حق وی تنها دربردارنده طلب مدنی و سند گویای دلیل اثبات بود، دیگر عنوان دزدی بر آن صدق نمی‌کرد (Jones, 1897: 42-43).^۱

همچنین، گفته شده است که اگر منظور از قابلیت انتقال سند، صرف انتقال آن به دیگری باشد چون تفاوتی میان چگونگی و شرایط انتقال سند پیش و یا پس از سررسید وجود ندارد، هر دو دارای یک اثر خواهند بود ولی اگر قابلیت انتقال را به معنای آن انتقالی بدانیم که گیرنده آسوده از ایرادات

۱. البته این نویسنده، عین بودن سند تجاری را مایه‌ی انتقال دارندگی و واگذاری پس از سررسید را مایه‌ی امکان استناد ایرادات در برابر وی می‌داند.

موجود میان دستان پیشین خود است، اینجا وضع تفاوت دارد هم‌چنان‌که در انگلستان بسیاری از دادرسانی که قایل به محدودیت انتقال سند پس از سررسید شده‌اند، رکن دوم را برای آن برقرار ننموده یعنی دارنده ناشی از این انتقال را در برابر ایرادات آسیب‌پذیر دانسته‌اند ولی آیا در برابر چنین دارنده‌ای هرگونه ایراداتی قابل‌ارایه است؟ (Chafee, 1918: 1106-1108).

ولی از دید بررسی رویکرد قوانین به این امر، قانون تجارت ایران سه سال پس از تصویب کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو نگاشته شده و هرچند دولت ایران به این پیمان نپیوسته است ولی، خاموشی قانون‌گذار و نیاوردن حکمی هم‌سان با مواد ۲۱ و ۲۴ این کنوانسیون‌ها و به‌ویژه، ماده ۵۱۱-۱۴ قانون بازرگانی فرانسه، دلیل استواری بر عدم پذیرش این حکم است. حتی با آنکه لایحه بازننگری در قانون تجارت تنظیمی در سال ۱۳۸۴ به شرحی که پیش‌تر گفته شد، به این مقرر تصریح نموده بود ولی طرح کنونی کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۹۰ (که به‌عنوان لایحه تجارت شناخته می‌شود)^۱ چیزی در این زمینه دربر نداشته و همچون بسیاری از موارد دیگر، رویکرد قانون تجارت را در پیش گرفته است. اطلاق ماده ۲۴۵ قانون تجارت نیز گویای این است که در راستای انتقال برات (سند قابل انتقال) تفاوتی از دید زمان انجام آن نیست. جدای از این‌ها، می‌بینیم که قانون‌گذار در مواد ۲۷۰ و ۲۷۱ قانون تجارت در گفتار پیرامون «تأدیه برات به‌واسطه شخص ثالث» به دارنده‌ای که حتی یکی از امضاکنندگان سند نیست، حقوق دارنده را داده است که در نتیجه، به طریق اولی کسی که با پشت‌نویسی چک را به دست می‌آورد، چون دارنده سند به معنای راستین آن شمرده می‌شود، از همه حقوقی که قانون‌گذار برای دارنده به‌میان آورده است، برخوردار خواهد بود. وانگهی، ماده ۲ قانون صدور چک که می‌گوید: «دارنده چک اعم از کسی است که چک در وجه او صادر گردیده یا به نام او پشت‌نویسی شده یا حامل چک (در مورد چک‌های در وجه حامل) یا قائم‌مقام قانونی آنان» و نیز دقت در ماده ۱۱ قانون صدور چک که بیان می‌دارد: «کسی که چک پس از بازگشت از بانک به وی منتقل گردیده حق شکایت کیفری نخواهد داشت مگر آنکه انتقال قهری باشد» نیز چنین برمی‌آید که انتقال چک پس از واخواست تنها از میان‌برنده حق شکایت کیفری دارنده نوین است نه حقوق خاص برخاسته از سند تجاری (حقوق برواتی) یعنی مسئولیت مدنی

۱. گذشت بیش از هفتاد سال از زندگانی قانون تجارت کنونی و نگرانی از به روز نبودن قواعد آن در بیش از دو دهه پیش، زمینه‌ساز تلاش برای نگارش و بازننگری مقررات این قانون در چهارچوب لایحه‌ای از سوی دولت وقت شد ولی هم‌اینک پس از گذشت این سال‌ها و دگرگونی شرایط حقوقی و اقتصادی حاکم بر کشور، نگرانی از ناسازگاری قواعد پیش‌بینی شده در این لایحه، دست‌مایه توقف بررسی و اعلام بایستگی بازننگری در آن شده است!

صادرکننده و ماده ۲۰ همان قانون که در جایگاه تکمیل این امر و ابهام‌زدایی، بر باقی ماندن مسئولیت پشت‌نویسان پای می‌فشارد: «مسئولیت مدنی پشت‌نویسان چک طبق قوانین و مقررات مربوط کماکان به قوت خود باقی است» چنین برمی‌آید که دارنده‌ای که پس از واخواست چک را به دست می‌آورد، از همه حقوق ناشی از سند تجاری بهره‌مند است مگر حق شکایت کیفری که اگر انتقال مدنی بود، پشت‌نویسان مسئولیت تضامنی برابر انتقال‌گیرندگان نداشتند. ولی پیرامون استناد به ترتیب‌بندی باب‌های قانون تجارت باید گفت که این استدلال در نهایت سستی است زیرا از یک‌سو، مقرراتی که به قاعده مورد بررسی اشاره دارند، به‌طور معمول این امر را در بخش پیرامون انتقال یا پشت‌نویسی سند تجاری آورده‌اند و از سوی دیگر، ساختار بندی قانون‌گذار در زمینه اسناد تجاری چندان دقیق نبوده است. برای نمونه می‌بینیم که مبحث نهم درباره «حقوق و وظایف دارنده برات» پس از مباحث پیرامون «پرداخت» آمده است. ماده ۲۴۸ قانون تجارت نیز نمی‌تواند دستاویزی برای انتساب دیدگاه دلخواه به قانون‌گذار باشد چه اینکه از یک‌سو، قانون‌گذار آشکارا در این ماده پیرامون منع انتقال پس از سررسید حکمی به دست نداده و از سوی دیگر، گنجانیدن تاریخ غیر واقعی را تنها امری مزور و دروغین خوانده و ناگفته روشن است که چون نوشتن تاریخ پشت‌نویسی از نگاه قانون امری اختیاری است، گنجانیدن تاریخ دروغین اثری بر اعتبار سند تجاری نداشته بلکه در صورت سازگاری با عنوان بزه‌کارانه ضمانت اجرای ویژه خود را خواهد داشت.^۱ به هر روی، استناد به ساختار و سیاق قانون‌نویسی و یا دیگر موارد احتمالی^۲ در برابر ظهور نیرومند مواد مورد اشاره، توانایی پایداری نخواهند داشت.

در برابر استناد به فرض سوءنیت برای انتقال‌گیرنده‌ای که پس از نکول سند را دریافت می‌دارد که ماده ۱۱ قانون صدور چک که حق شکایت کیفری را از انتقال‌گیرنده سلب نموده، نیز می‌تواند

۱. در همه نوشته‌های حقوقی که از این ماده سخن گفته‌اند (صقری، ۱۳۸۸: ۹۲)، حکم آن را پیرامون مواردی دانسته‌اند که گنجانیدن تاریخ ناراستین در راستای پنهان‌سازی مواردی چون اهلیت ندشتن، ورشکستگی و یا مصادره (رای شماره ۲۵۹ شعبه هشتم دیوان عالی کشور (بازگیر، ۱۳۸۶: ۲۰۳) انجام شده است.

۲. برای نمونه، از ماده ۲۵۳ قانون تجارت که می‌گوید: «اگر دارنده برات به برات‌دهنده یا کسی که برات را به او منتقل کرده است پولی غیر از آن نوع که در برات معین شده است، بدهد و آن برات در نتیجه نکول یا امتناع از قبول یا عدم تأدیه اعتراض شود» شاید بتوان این بهره را برد که قانون‌گذار تنها فرض برای انتقال سند را هنگامی می‌داند که هنوز نکول یا عدم پرداختی رخ نداده است. با این حال، حکم این ماده را می‌توان اشاره به مورد شایع و غالب انتقال دانست نه بازداشتن انتقالات دیگر.

مستندی برای این برداشت باشد، باید چنین پاسخ داد که از یک سوی مفهوم حسن نیت^۱ در اسناد تجاری هم‌چنان معنایی ناروشنی است و با آنکه به‌طور معمول، سوءنیت را به معنای آگاهی از ایرادات و کاستی‌های سند یا روابط پایه آن می‌دانند ولی، هنوز درباره معیار این آگاهی اختلاف هست (Fagan, 1956: 8-18). از سوی دیگر، باید پذیرفت که این امر یعنی دریافت سند پس از واخواست، از اساس ایراد شمرده نمی‌شود. به دیگر سخن، یا این قانون‌گذار است که ایرادات یا عیوب ناظر به اسناد تجاری را پیش‌بینی می‌کند (که استوار بر فروضی است) و یا اینکه این امور مواردی هستند که از اساس و به‌لحاظ ماهیت ایراد و دفاع قلمداد شوند همانند آگاهی گیرنده سند از تهاثر دین منشا میان انتقال‌دهنده و مسئول سند. از همین روی است که با وجود آنکه کنوانسیون آنسیتال چنین دارنده‌ای را حمایت شده^۲ نمی‌داند ولی به لزوم فرض را بر سوءنیت وی نمی‌گذارد. برای نمونه، پرو بند دوم این ماده، چنین دارنده‌ای (بند دوم ماده ۲۹) مشمول هرگونه ایراد ناظر به دادوستد منشأ میان مسئول استنادکننده به ایراد و صادرکننده (در فرض صدور) و یا میان همین مسئول و انتقال‌دهنده (در فرض انتقال) خواهد بود البته اگر دارنده با آگاهی از چنین ایرادی آن را به دست آورده باشد و یا اینکه در جای دیگری در همین ماده می‌آورد که «مگر ادعای کلاهبرداری و دزدی، قابلیت استناد هرگونه ایراد از سوی هر کسی نسبت به دارنده، وابسته به آگاهی وی از عیب ادعا شده خواهد بود». به‌طور ویژه، در بند سوم این ماده (ناظر به بند چهارم ماده ۲۹) چنین آمده است که دارنده‌ای که پس از پایان مهلت ارائه سند برای پرداخت آن را انتقال می‌گیرد، مشمول هرگونه ادعا و ایرادی است که در برابر انتقال‌دهنده قابل استناد بوده است.

ادعای فروپاشی وصف تجاری از سند تجاری انتقال یافته پس از واخواست به‌دلیل از میان رفتن حیات سند نیز سخنی گزاف است زیرا، یکی از هدف‌ها و چه بسا اصلی‌ترین هدف از صدور و یا

1. Good faith.

۲. واژه دارنده مورد حمایت، معنایی نزدیک با اصطلاح دارنده با حسن نیت دارد. در کنوانسیون ژنو، پرو ماده ۱۶، با احراز زنجیره دستان، دارنده دارای همه حقوق برخاسته از سند تجاری می‌شود مگر آنکه سوءنیت یا تقصیر سنگین وی در راه به دست آوردن سند احراز شود. حتی هنگامی آگاهی وی از ایرادات مربوط به رابطه مسئولان سند با یکدیگر منجر به فروپاشی اصل عدم توجه به ایرادات می‌شود که وی به زیان این مسئولان رفتار نموده باشد. این درحالی است که کنوانسیون آنسیتال، بیشتر الگو گرفته از رویکرد سیستم حقوقی کامن‌لا، میان مفهوم دارنده معمولی یا صرف با دارنده‌ای که سند را به روش معتبر دریافت می‌دارد (holder in due course)، جدایی افکنده است و یک تفاوت میان این معنای چنین است که در نگاه کنوانسیون آنسیتال، همین که دارنده آگاه از کاستی‌ها باشد، دارنده‌ای معمولی شمرده می‌شود نه دارنده به معنای دوم درحالی که دیدیم در کنوانسیون ژنو، صرف آگاهی، عنوان قانونی را از چنین دارنده‌ای برنمی‌دارد (Herrmann, 1988: 526). هم‌چنین بنگرید به: کاویانی، ۱۳۹۳: ۱۴۳-۱۳۹.

واگذاری سند تجاری، پرداخت است یعنی، طرفین از همان آغاز به این مرحله توجه دارد و گرنه صرف صدور یا پشت‌نویسی حتی برای تضمین هم باشد، سودی برای دارنده به همراه نخواهد داشت. از این‌روی، اینکه پس از اعتراض، نوبت به اجرا یا همان پرداخت می‌رسد، چیز جدایی از روند معمول حاکم بر اسناد تجاری نیست. وانگهی، وخواست تنها اعتراض رسمی به عدم پرداخت از سوی مسئول اصلی سند است که بدین‌گونه، مقدمه رجوع به دیگر مسئولان سند فراهم می‌آید و آنچه مایه ورود به مرحله اجرا (پرداخت) است، فرا رسیدن سررسید سند است نه اعتراض عدم پرداخت. جدای از این‌ها، وصف تجاری سند پیوندی با وخواست سند ندارد (هرچند عدم وخواست برخی از حقوق دارنده را از میان برده ولی، وصف تجاری را از آن نخواهد گرفت پس هم‌چنان صادرکننده نمی‌تواند در برابر چنین دارنده‌ای به ایرادات استناد کند) بلکه ناشی از ویژگی‌های کلیدی این سند است که آن را از طلب مدنی جدا می‌سازد. هم‌چنین، تعارض آشکاری در گفته‌های کسانی هست (نیک‌فرجام، ۱۳۹۹) که با وجود مدنی دانستن حق دارنده‌ای که پس از وخواست سند را به دست می‌آورد، به امکان رجوع وی به مسئولانی که انتقال‌دهنده به ایشان حق رجوع داشت، باور دارند درحالی‌که رجوع به دستان پیشین، از پیامدهای تجاری بودن طلب است. به دیگر سخن، امکان بازگشت کسی که پس از وخواست سند را از طریق پشت‌نویسی یا قبض و اقباض به دست می‌آورد به مسئولان پیشین خود، وابسته به تعلق عنوان پشت‌نویسی (ظهنویسی) به رفتار او برای به‌همراه داشتن پیامدهای قانونی این عمل است درحالی‌که با مدنی دانستن انتقال، پشت‌نویسی انجامی چیزی جز انتقال طلب عادی نخواهد بود.

هم‌چنین باید گفت که به‌عنوان قاعده، امتیازها و حقوق ویژه اسناد تجاری با صرف انتقال آن مطابق شرایط قانونی به دیگری واگذار می‌شود و منتفی کردن یا کاستن از شمار این موارد نیازمند تصریح قانون‌گذار است. از همین روی است که ماده ۳۲ کنوانسیون آنسیترا چنین انگار می‌نماید که هر دارنده‌ای، «دارنده مورد حمایت» به شمار می‌آید مگر آنکه خلاف آن احراز شود که در این پیمان، آشکارا چنین عنوانی به دارنده‌ای که پس از وخواست سند را به دست می‌آورد، داده نشده است (بند دوم از بخش دوم ماده ۳۱ ناظر به بخش سوم ماده ۲۸ و بند چهارم ماده ۲۹).

سرانجام اینکه استناد به معنای دارنده در ماده ۲ قانون صدور چک نیز نادرست است چه اینکه مفاد این ماده استوار بر غلبه و یا حالت رایج است یعنی اینکه به‌گونه معمول، انتقال سند پیش از رجوع نزد بانک رخ می‌دهد ولی، نافی رخداد خلاف آن نیست. افزون بر این، برداشت یاد شده، با تعریف مقرر در ماده ۱۱ نیز ناسازگار است زیرا، «منظور از دارنده چک در این ماده شخصی است که برای اولین بار چک را به بانک ارائه داده است» که این تصریح نشان می‌دهد که در دیگر مواد این

قانون، تفاوتی از دید زمان انجام انتقال برای توصیف شخص به‌عنوان دارنده سند وجود ندارد. در زمینه قائم‌مقامی (انتقالی که از طریق پشت‌نویسی یا قبض و اقباض در سند حامل انجام نشده) نیز باید دانست که اگر بر آن باشیم که برداشت بالا را به کاربرده و به امکان رجوع قائم‌مقام سند تجاری به بانک برای پرداخت باور نمایم، این امر با قواعد حقوقی پیرامون اسناد تجاری سازگاری ندارد زیرا، چنین انتقالی چون از راه شیوه‌های ویژه انتقال سند تجاری (پشت‌نویسی و یا قبض و اقباض) انجام نگرفته، انتقال طلبی بیش نبوده و واگذاری حقوق و امتیازات ویژه سند تجاری را به همراه نخواهد داشت هم‌چنان‌که این شخص حتی با دریافت سند رسمی ناظر به واگذاری حقوق ناشی از سند به خود، امکان رجوع به بانک را ندارد مگر وکالت‌نامه‌ای نیز دریافت دارد. از این روی، ناگفته روشن است که منظور قانون‌گذار در ماده یاد شده چنین امری نیست، خواه پیش از واخواست باشد یا پس از آن (بنگرید به بخش پایانی تبصره ماده ۱۱). به هر روی، چنین جانشینی خواه پیش از سررسید یا واخواست سند را به دست آورده باشد و خواه پس از آن، به‌طور نامستقیم می‌تواند از حقوق برخاسته از سند تجاری بهره گیرد ولی از حقوق ویژه چون مسئولیت تضامنی مسئولان بی‌بهره خواهد بود. تنها قائم‌مقامی که به‌طور مستقیم و کامل حقوق دارنده را خواهد داشت، ورثه است (ماده ۱۱ همین قانون).

۲-۳. نظریه ازدست‌دادن شماری از حقوق

در این بخش پس از به‌دست‌دادن توضیح‌هایی درباره دیدگاه، به بررسی و نقد آن خواهیم پرداخت؛

۲-۳-۱. بیان دیدگاه

دیدگاه دیگر این است که انتقال سند تجاری پس از واخواست تنها برخی از امتیازهای دارنده سند تجاری را از میان می‌برد. از همین روی است که حتی آن دسته از مقرراتی که به این حکم تصریح دارند، زوال همه حقوق و امتیازات را بر آن بار نکرده‌اند. برای نمونه، در حقوق انگلستان گفته شده است که در مقابل دارنده‌ای که پس از سررسید و واخواست سند را به دست آورده، تنها به عیوبی می‌توان دست جست که ملحق به خود سند باشند بنابراین، مسئول نمی‌تواند به تهاثر بدهی خود با صادرکننده سند استناد کند. این رویکرد را در لایحه تجاری تقدیمی دولت ششم مصوب ۱۳۸۴ می‌توان دید، چه این‌که ماده ۱۹۵ آن مقرر می‌داشت: «ظهرنویسی چک پس از صدور گواهی‌نامه عدم پرداخت یا واخواست‌نامه، انتقال عادی محسوب می‌شود و مشمول حکم مقرر در ماده ۱۸۵ این قانون است». ماده ۱۸۵ آنکه پیرامون قلم‌گرفتگی عبارت «حواله‌کرد» است، انتقالی را که در ناسازگاری با این شرط انجام شده است، عادی و وجه چک را تنها قابل‌واریز به حساب بانکی دارنده می‌دانست و در ماده ۱۸۶ انتقال عادی را به: «...انتقالی که به‌موجب آن انتقال‌دهنده، حقوقی را که از آن برخوردار است به دارنده منتقل می‌کند و شخصی که انتقال را منع کرده می‌تواند در مقابل دارنده

به ایرادات شخصی ناشی از روابط خصوصی اش با شخصی که سند را به او منتقل کرده است، استناد کند»، تعریف می نمود.

بدین گونه می بینیم با آنکه چنین دارنده ای، بستانکار عادی ای بیش نیست ولی، هنگامی ایرادات مطرح از سوی مسئولان برات در زمینه رابطه آنان با انتقال دهنده در برابر وی قابل استناد است که این شخص (دارنده) از وجود چنین ایراد یا دفاعی آگاه باشد درحالی که اگر انتقالی طلبی صرف بود، پیرو قواعد عمومی، قابلیت استناد دفاع برابر انتقال گیرنده وابسته به آگاهی او نبود. برای نمونه، اگر مسئول به تهاوت بدهی خود با پشت نویس دست بجوید، چون طلب از میان رفته است، انتقال گیرنده حتی با وجود ناآگاهی از این امر حقی نخواهد داشت. دلیل این ویژگی، آمیختگی دو حق دینی و حق بر سند تجاری است. به سخنی دیگر، در چنین حالتی، دارنده، بستانکاری است عادی که دارای سند تجاری است که از یک سو هر چند دارنده تعهد برواتی شمرده نشده است ولی، از سوی دیگر بستانکاری صرف نیز نخواهد بود.

گاه از گونه ویژه ای از محدودیت سخن گفته است با این بیان که «با عنایت به اینکه بحث خسارت تأخیر تأدیه در قانون استفساری تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب مورخ ۱۳۶۷/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام که خسارات تأخیر تأدیه را بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن در نظر گرفته است، از دید این مرجع ناظر به جایی است که دارنده ذی نفع اقدام به اخذ گواهی نامه عدم پرداخت نماید و متعاقب آن طرح دعوی حقوقی نماید و در صورتی که چک پس از اخذ گواهی نامه عدم پرداخت به ثالثی منتقل شود، خسارت تأخیر تأدیه از زمان تقدیم دادخواست و به عبارتی از زمان مطالبه بر اساس قیود مندرج در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خواهد بود چرا که طبق تبصره ماده ۲ قانون مزبور، کلیه خسارات وارده به دارنده که مستقیماً و به طور متعارف در جهت وصول طلب خود از عمل صادرکننده وارد شده باشد، از تاریخ چک محاسبه خواهد شد درحالی که در عرف انتقال سند تجاری حاکی از آن است که دارنده قبلی به حق و حقوق خود رسیده است و با ظهرونیسی آن را به ید بعدی منتقل نموده است و لذا اگر دارنده ای که حق خود را استیفا نموده اقدام به اخذ گواهی نامه عدم پرداخت کرده و آن را با ظهرونیسی به دارنده بعدی منتقل نموده باشد، دارنده اخیر تا زمان انتقال، حقی جهت مطالبه و خسارت از زمان سررسید سند تجاری ندارد...».

به راستی که برداشت یاد شده دارای دو مبنای جداگانه است؛ بنیان نخست این است که انتقال سند قابل انتقال پس از واخواست یعنی آنکه دارنده پیشین به طلب خویش رسیده و دارنده نوین، طلب تازه ای دارد که نه با اعتراض بلکه با دادخواست آن را مطالبه می کند (ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی) و

مبنای دیگر - اگرچه ویژه برداشت از مقررات ماست - نیز چنین است که انتقال سند تجاری به جابه‌جایی حقوق برخاسته از آن به دارنده نوین می‌انجامد مگر درباره ملاک برآورد خسارت تأخیر تأدیه با این توضیح که پیرو تبصره یاد شده، دارنده‌ای که پس از واخواست و از طریق پشت‌نویسی سند را به دست می‌آورد تنها امکان درخواست خسارت دیرکرد وارد بر خود را خواهد داشت.

۲-۳-۲. نقد دیدگاه

اگرچه این دیدگاه در تلاش است که تا آنجا که شدنی است، از دارنده‌ای که سند تجاری را پس از واخواست به دست می‌آورد، حمایت کند ولی، هم‌چنان با نکوهش‌هایی روبه‌روست؛ به‌راستی که تنها تفاوت میان وضع سند تجاری در پیش و پس از سررسید این است که در دومین حالت، ظاهر آن نشان می‌دهد که مسئول اصلی به تعهد خویش گردن نهاده خواه به خاطر آنکه دلیل معتبری دارد یا ورشکستگی و اینکه انتقال‌گیرنده چنین سندی آن را با آگاهی از چنین امری دریافت می‌دارد درست همچون هنگامی است که آن را پیش از سررسید دریافت داشته ولی مشمول هر گونه ایرادی است که از وجود آن آگاه بوده است. از این‌روی، ناگفته روشن است که بر پایه این برداشت، دریافت‌کننده سند تجاری پس از سررسید که با حسن‌نیت بوده و آگاهی از عیب ندارد، نمی‌بایست مشمول ایراداتی باشد که در برابر دستان پیشین قابل‌ارائه بود. انتقال دارندگی سند قابل‌انتقال درست همچون انتقال آن پیش از سررسید بوده و راست است کسی که چنین سندی به وی واگذار می‌شود، نباید مشمول ایراداتی باشد که از آن ناآگاه است (Jones, 1897: 42).

جدای از این، مهم‌ترین خرده بر این دیدگاه که بر باورداشت پیشین نیز قابلیت اعمال دارد، این است که با وجود قواعد کلی حاکم بر اسناد تجاری، اطلاق مقررات و خاموشی آن‌ها مبنی بر عدم نهی این‌گونه پشت‌نویسی، شانسی برای ارائه این تنگنا و استثنا بر اصول برجای‌نخواهد ماند. البته، شاید گفته شود که قانون‌گذار ما پیرامون ویژگی‌های و اصول کلیدی حاکم بر اسناد تجاری همانند اصل تجریدی، اصل عدم توجه به ایرادها و اصل تجعیزی^۱ نیز خاموش است ولی ما این موارد را بر پایه ارائه تفسیر منطقی از سرشت و پیامدهای اسناد تجاری و تفاوت آن‌ها با دیگر اسناد به دست‌آورده و درباره چنین نوشته‌هایی در نظر می‌گیریم پس به‌طور هم‌سان، در اینجا نیز با وجود سکوت قانون‌گذار، تفسیر منطقی‌پذیری برداشت یاد شده خواهد بود. با وجود این، باید گفت که سکوت قانون‌گذار پیرامون ویژگی‌های کلیدی اسناد تجاری مانع از کاربست آن‌ها نمی‌شود چراکه سند قابل‌انتقال بدون در نظر گرفتن این ویژگی‌ها تفاوتی با نوشته عادی نخواهد داشت این در حالی است

۱. قانون‌گذار در ماده ۲۳۳ قانون تجارت و نیز ماده ۳ قانون صدور چک اشاره ضمنی به این ویژگی دارد.

که چالش مورد بررسی، دارای چنین اعتبار و اثری نیست.

در پاسخ به استدلال ارائه شده پیرامون زیان دیرپرداخت باید گفت که مگر در دیگر گونه‌های انتقال سند تجاری از لحاظ زمانی، انتقال‌دهنده به حق خویش نمی‌رسد که این امر تنها پیرامون انتقال سند پس از واخواست جاری باشد؟ در حقیقت و بی‌گمان، هر انتقال‌دهنده‌ای در برابر عوضی (حتی معنوی) این سند و حقوق متعلق بدان را به دیگری وامی‌گذارد. برای نمونه، دارنده نخستین در برابر خرید تلویزیونی چکی را پشت‌نویسی کرده و به فروشنده می‌دهد و در اینجا گو این است که وی بدهی خویش در قبال خرید آن کالا را از طریق واگذاری مالی به نام چک به فروشنده از میان می‌برد. از این‌ها گذشته، این دیدگاه دارای تناقض درونی است به این معنا که اگر تعهد برواتی منتقل شده باشد، دیگر دو طلب وجود ندارد. وانگهی، این برداشت ویژگی تجریدی اسناد تجاری را بدون دلیل زیرپا گذاشته و مبنای انتقال سند به دارنده نوین را با تعهد برخاسته از خود سند درهم می‌آمیزد. ولی پیرامون دلیل دوم که همانا دست‌جستن به تبصرة الحاقی ماده ۲ قانون صدور چک بود باید گفت که پس از پیدایش ابهام پیرامون معنای خسارات و هزینه‌هایی که دارنده در جهت وصول طلب خویش متحمل شده است، در استفساریه‌ای از نهاد واضع این تبصرة چنین پرسیده شد که: «آیا... مبنای محاسبه خسارات، مقررات بانکی است یا مبنای آن عرف می‌باشد که قاضی به استناد نظریه کارشناسی یا سایر طرق نسبت به استخراج خسارات اقدام می‌نماید؟» که چنین پاسخ داده شد که: «منظور از عبارت کلیه خسارات و هزینه‌های وارد شده... مذکور در تبصرة الحاقی...، خسارات تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آنکه توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده... است». از این‌رو، به روشنی می‌بینیم که واضع این تبصرة، از دید سزاواری برای دریافت دیرکرد تفاوتی میان هنگام انجام پشت‌نویسی قائل نشده یعنی دارنده، خواه دارنده پس از صدور سند باشد یا پس از پشت‌نویسی، حق دریافت این‌گونه را از هنگام سررسید چک خواهد داشت. به سخنی رساتر، برخلاف نمای تبصرة که گویای شخصی بودن خسارت دیرکرد از لحاظ تحمل هزینه‌ها در جهت رسیدن به طلب بود که در نتیجه این ابهام را پدید می‌آورد که دادرس رسیدگی‌کننده به پرونده می‌بایست بسته به مورد (وضع خواهان) این زیان‌ها را برآورد کند، نهاد وضع‌کننده با ابهام‌زدایی، معنای این عبارت را همان خسارات تأخیر تأدیه دانسته است که پیرو تصریح همین ماده، دارنده چک در هر حال نسبت بدان از تاریخ سررسید سزاوار خواهد بود. البته، به تازگی و با تصویب رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مصوب ۱۴۰۰/۰۴/۰۱ که پیرامون این خسارت، در هر حال ملاک را تاریخ سررسید چک دانسته است، دیگر شانس برای استناد به ظاهر تبصرة مورد اشاره برجای نخواهد ماند.

۳. دیدگاه برگزیده

اگرچه دلایل آمده در بخش نقد دیدگاه‌های مورد بررسی گویای دیدگاه برگزیده ماست ولی، در راستای استوارسازی آن‌ها می‌گوییم که راست است که اصول حاکم بر اسناد قابل انتقال، ویژگی نوعی این‌گونه نوشته‌ها به شمار می‌آیند که سلب آن‌ها، سند را در جرگه اسناد عادی قرار می‌دهد. البته باید توجه داشت هنگامی که سخن از اصل و قاعده می‌شود، با چشم‌پوشی از نشانه‌ها، در هنگام تردید باید مورد را تابع اصل کرد نه آنکه ویژگی‌هایی چون وصف تجربیدی را از استثنائات به شمار آورد. در حقیقت، این برداشت برخاسته از جدایی نیافکندن میان دو قلمرو متفاوت حقوق از یکدیگر است. افزون بر این، نیک می‌دانیم که قواعد حقوق بازرگانی بسیار پیرو عرف و عادت بازرگانی است به‌ویژه، پیرامون اسناد قابل انتقال یا تجاری که بسیاری از احکام آن ریشه در آیین میان مردم به‌ویژه بازرگانان دارد. از همین روست که به باور برخی از نویسندگان (اسکینی، ۱۳۹۳) و درست برخلاف دیدگاهی که در دادنامه مورد بررسی آمده است، انتقال سند تجاری پس از سررسید، چون با عرف و عادت تجاری سازگاری دارد، از دید تحلیل ریشه‌ای، منعی برای آن وجود نداشته و از دید پیامدهای حقوقی، تفاوتی با انتقال پیش از سررسید نخواهد داشت.^۱ از این روی، در جایی که منع آشکاری از سوی قانون‌گذار وجود ندارد، با دست‌جستن به این عرف و عادت می‌توان به چنین باورداشتی حکم داد و چه بسا، دلیل دنبال نکردن رویکرد پیمان‌های بین‌المللی و یا قوانین میهنی از سوی قانون‌گذار ما در این زمینه همین رواج عرفی انجام چنین انتقالی باشد.

به هر روی، جدای از اینکه دکترین حقوقی با تصریح و یا خاموشی در جایگاه بیان، به امکان انتقال سند تجاری پس از سررسید باور داشته^۲ و از مقررات قانونی چون قانون صدور چک و یا سکوت در جایگاه بیان قانون تجارت نیز می‌توان به همین برآیند رسید، در رویه قضایی در آرای می‌توان دید که در

۱. جالب است که در پرونده (1701) Mutford v. Walcot, Ld. Raym. 574, 575، دادرس در پاسخ به این پرسش که کسی که برات پس از سررسید به او واگذار شده است تنها به عنوان دلیل بدهکاری می‌تواند بهره‌گیر یا دارنده آن به شمار می‌رود، با استناد به سخنان بازرگانانی که چنین انتقالی را معمول و بسیار خوب می‌دانستند، حالت دوم را بر آن بار نموده است (Chafee, Op.cit: 1108).

۲. در میان نوشته‌های حقوقی برجسته، مگر دو مورد، دیگر نویسندگان (عرفانی، ۱۳۸۵؛ خواه در گفتار پیرامون برات «۴۸-۴۶» و خواه چک با وجود استناد به مواد گوناگون کنوانسیون ژنو درباره شرایط پشت‌نویسی «۱۲۰-۱۲۱»؛ کاویانی، ۱۳۸۳: ۸۹-۹۴ با وجود استناد به مواد گوناگون از کنوانسیون‌های ژنو و آنسیتال؛ کاتبی، ۱۳۸۷: ۱۹۷-۲۰۰؛ عبادی، ۱۳۹۲: ۲۴۱-۲۴۲؛ حسنی، ۱۳۸۹: ۱۶-۱۹؛ صقری، ۱۳۸۸: ۸۹-۹۸ و ۲۸۳-۲۹۰؛ با وجود استناد به موادی از کنوانسیون‌های ژنو و قوانین انگلستان و آمریکا) تصریح و یا اشاره‌ای به ممنوع بودن چنین انتقالی نداشته‌اند.

آن‌ها نه منعی در انتقال سند تجاری پس از واخواست دیده شده و نه آنکه از پیامدهای معمول چنین انتقالی کاسته شده است. برای نمونه می‌توان به دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۳۹۰ شعبه یکم دیوان عالی کشور^۱ که در جایگاه تأیید دادنامه مورد اعتراض صادر شده است، اشاره داشت. در این پرونده، خواهان، دارنده‌ای است که پس از واخواست عدم پرداخت و از طریق پشت‌نویسی چک را به دست آورده و خواستار محکومیت صادرکننده و پشت‌نویس سند شده بود در برابر، پشت‌نویس به دلیل انتقال چک پس از برگشت چک، به عدم مسئولیت خویش باور داشت. خواهان نیز چنین پاسخ می‌داد که همه حقوق ناشی از چک‌ها به او منتقل شده و مسئله برگشت‌زننده چک، امری کیفری است و پیوندی با انتقال حقوق ندارد. سرانجام، دادگاه در رأی خود حکم به محکومیت خواندگان به طور تضامنی به پرداخت وجه چک‌ها و خسارات تأخیر تأدیه نمود. دیوان عالی کشور در جایگاه رسیدگی فرجامی به اعتراض پیرامون این دادنامه با این برداشت که صادرکننده چک به صدور آن و فرجام‌خواه نیز به ظهرنویسی چک‌ها اذعان دارند و بنا به اظهار صادرکننده چک، فرجام‌خواه چک‌ها را از وی دریافت و متعهد به پرداخت شده و این مطلب از ناحیه فرجام‌خواه نیز تکذیب نشده است، حکم به تأیید دادنامه نخست داده بی‌آنکه پشت‌نویسی پس از واخواست را مایه تبدیل تعهد تجاری به مدنی و دگرگونی در حق مطالبه دارنده از پشت‌نویس بداند.

نتیجه

با آنکه در زمینه مسئله مورد بحث، در حقوق خارجی و یا اسناد و قواعد بین‌المللی مقررات آشکاری دیده می‌شود ولی، در حقوق ایران، به دلیل سکوت قانون‌گذار، گاه باور بر این است که انتقال سند پس از سررسید یا واخواست از اساس شدنی نیست مگر در چهارچوب نهاد پرداخت از سوی شخص ثالث که ساده‌ترین پاسخ به این برداشت این است که مسئله پرداخت از موضوع انتقال سند به طور کامل جدا بوده و از این روی، چنین برابری و نتیجه‌گیری از آن درست نیست. گاهی نیز چنین انتقالی به مانند انتقال مدنی دانسته شده و در نتیجه، انتقال‌گیرنده از حقوق برخاسته از سند تجاری محروم دانسته شده زیرا، در این حالت، انتقال‌گیرنده بر اعتبار انتقال‌دهنده تکیه می‌کند نه ارزش خود سند و در رویکردی تعدیل‌شده، تنها برخی از حقوق مشمول انتقال‌گیرنده نشده است که این دیدگاه‌ها هم با مقرراتی چون قانون تجارت و قانون صدور چک و هم اصول و قواعد حاکم بر اسناد تجاری ناسازگاری دارد.

۱. بنگرید به سامانه جامع آرای قضایی، دسترسی‌پذیر در وبسایت (وایسین بازدید تیر ماه ۱۴۰۰):

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/9662>

منابع

فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۶)، حقوق تجارت: برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک، چاپ نوزدهام، تهران: سمت.
- بازگیر، یدالله (۱۳۸۶)، موازین حقوق تجارت در آراء دیوان عالی کشور، چاپ دوم، تهران: بازگیر.
- حسنی، حسن (۱۳۸۹)، حقوق تجارت: اسناد تجاری، جلد سوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۱)، حقوق تجارت، جلد سوم، چاپ بیست و یکم، تهران: دادگستر.
- صفری، محمد (۱۳۸۸)، حقوق بازرگانی: اسناد، جلد یکم، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- عبادی، محمدعلی (۱۳۹۲)، حقوق تجارت، چاپ سی و سوم، تهران: گنج دانش.
- عرفانی، محمود (۱۳۸۵)، حقوق تجارت، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: میزان.
- کاتبی، حسین قلی (۱۳۸۷)، حقوق تجارت، چاپ دوازدهم، تهران: گنج دانش.
- کاویانی، کوروش (۱۳۸۳)، حقوق اسناد تجاری، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- میری و حمید و حسین کاویار. (۱۳۹۹)، «قبولی اشخاص ثالث در اسناد تجاری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹۰.
- میری، حمید، سیروس شهریار و مصطفی عابدین پور (۱۳۹۶)، «بررسی تحلیلی پیرامون برات از دریچه لایحه نوین تجارت»، مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۳۲.
- نیکفرجام، کمال (۱۳۹۹)، «بررسی تمایز مهلت ظهرونیسی تجاری با مدنی اسناد تجاری در حقوق ایران و کنوانسیون های ژنو و آنستیرال»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۹۱.

آرای قضایی

- دادنامه شماره ۱۳۹۰/۹۰۶۱۰۰۳۹۰ به تاریخ ۱۳۹۳/۷/۵ شعبه یکم دیوان عالی کشور.
- دادنامه شماره ۱۳۹۰/۹۹۷۰۱۳۲۹ به تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۲ شعبه هشتم حقوقی دادگستری عمومی و انقلاب شهرستان گنبد کاووس.
- دادنامه شماره ۲۵۹ مورخ ۱۳۷۰/۰۶/۱۸ شعبه هشتم دیوان عالی کشور.
- دادنامه شماره ۷۲ مورخ ۱۳۸۰/۳/۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

انگلیسی

- Byles, J. B. (2013). *A Treatise of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank Notes and Checks*, T. & JW Johnson.
- Bussel, J.A., Maclachlan, D. (1889) *Chitty on Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques on Bankers, Bankers Cash Note and Bank Notes; with references to the Law of Scotland, France and Amerika*, 10th ed, London.
- Bigelow, M. Madison, (2016) *The Law of Bills, Notes, and Cheques*, 2nd ed. Boston: Little, Brown- Leopold Classic Library.
- Herrmann, G. (1988) Background and Salient Features of the United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes, University of Pennsylvania Journal of Business Law, No.10: 517-577.
- Fagan, E. T. (1956) "The Concept of Good Faith in Negotiable Instruments

- Law”, **Indian Law Journal**, No.32: 8-18.
- Jones, F. R. (1897). “Some Problems in Overdue Paper”, **Harvard Law Review**, Vol.11, No.1: 40-50.
 - Chafee, Z. (1918). “Rights in Overdue Paper”, **Harvard Law Review**, Vol.31, No.8: 1104-1153.

The Validity of Transfer of Negotiable Instrument After Due Date or Protest

Hamid Miri*

Assistant Professor, Theology Department, Faculty of Humanities and Physical Education, Gonbad Kavous University, Gonbad Kavous, Iran

Abstract

Despite the widespread use of negotiable instruments in ordinary and commercial transactions, legal literature has less noted the issue of validity and consequences of the transfer of negotiable instruments after the due date. In this paper, in addition to a comparative study of the various approaches to regulations, also has been examined and criticized the existing legal theories in regard. These theories sometimes forbid the transfer of the document after the due date whether it has been done by endorsement or delivery. It has sometimes been considered as ordinary (noncommercial) transfer. Finally, one tries to say that this transfer just has some of the effects of the transfer of such instruments. Based on commercial customs, lack of any prohibition in regulation, the existence of some indication of regulation, this essay shows that in the Iranian legal system citation to the weakness and instability of the instrument and thus the holder's reliance on the transferor's credit is not compatible with the ordinary willingness of parties to the instrument. Apart from this reason, such deduction denies most of the features of a protested negotiable instrument in favour of its new holder.

Keywords

Endorsement, Negotiation, Protest, Ordinary Transfer

* Email: ha_miri@gonbad.ac.ir

Analysis of Temporary Assignment of National Lands Contracts

Khadijeh Mozafari

Assistant Professor of Law, Faculty of Social and Economic Sciences, Al-Zahra University, Tehran, Iran

Alireza Izadi Fard*

Master of Private Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University (North Tehran Branch), Tehran, Iran

Abstract

The assignment of national lands is provided in Iranian law in two definitive and temporary forms. The land is temporarily assigned in the form of a contract between the Ministry of Agriculture and eligible applicants. The contract has a definite form approved by the Cabinet of Ministers. Contracts are made in the form of a lease contract and in accordance with specific procedures such as formality and compliance with a specific form. The parties to the contract are the agricultural director of the province as a representative of the Ministry of Agriculture and, on the other hand, applicants with special general conditions and legal priorities. In addition to paying a fair, the tenant must execute a draft plan on rental land. In addition to land delivery, the landlord should provide the tenant with the conditions for issuing the document. Violation of the tenant will result in the termination of the rental agreement. In the event of a landlord's violation, the tenant will first demand the coercive and terminate the contract in case of compulsory issuance. Objections to decisions of the supervisory board and third-party claims of land assigned are the most significant disputes arising from the implementation of the contracts.

Keywords

Assignment of National Land, Contract of Assignment, Land Leasing, Ministry of Agriculture

* Email: kh.mozafari@alzahra.ac.ir (Corresponding Author)

Restrictions of the Execution of Insane Punishment; A Critique of the Well-known Opinion of Jurists & the Approach of the Iranian Legislature

MohammadHadi Tavakkolpoor

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Mohammad Amin Maleki*

Assistant Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Abstract

Well-known Imami jurists believe that after crime insanity does not prevent the execution of punishment. Although this opinion has been questioned by some jurists and also the Iranian legislature has provided conditions for the possibility of executing this punishment in its criminal law, it seems that by carefully documenting the validity of this issue, more restrictions can be placed on the execution of insane punishment. By descriptive and analytical method and examining the authenticity and signification of the relevant narrations, this research has reached the conclusion that the narration indicating the punishment of the insane does not apply in terms of the type of crime committed and the time of proof of the crime, i.e. the time of correctness or insanity and the method of proof, and its inclusion in the commission of any crime and also the presumption of proving the crime at the time of insanity and in any way is questionable. It also seems that what can be used from the evidence is the permission to perform the whipping punishment, which has been proven by the person's confession at the time of his health, is more compatible with the defendant's defence rights and with the rule of Caution in bleeding.

Keywords

Execution of Punishment, Insane, Insanity After Crime Committing, Excuse Defenses, The Defendant's Defence Rights

* Email: maleki@ujsas.ac.ir (Corresponding Author)

Duty of Representation Adjusting Remedy in Insurance Contracts (Comparative Study on Iran & England Law)

Mojtaba Mohammadi*

PhD Student in Foreign Trade and Investment Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Mohammad Hadi Javaherkalam

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Abstract

When concluding an insurance contract, the insured has more information compared to the insurer. On the other side, the insurer takes the risks by relying on the materials represented by the insured. Because of this lack of balance in information, regarding the parties, merely not having bad faith is not enough in insurance contracts. This specific feature is the reason to create an important duty in insurance contracts which is named "The Duty of Representation". In Iran Insurance Law the remedy for breach of the duty of representation is that when the breach of the duty is unintentional, the other party has the right to rescind the contract and when the breach is intentional the contract is invalid. The England law through case law and recently by acting England Insurance Law 2015 is intended to adjust the remedy and limit the avoidance cases; but Iran Insurance Law acted 1316 without considering the developments of the insurance industry during the century, is not trying to adjust or limit the rescission and avoidance cases. In this article, some approaches are suggested to the legislator and case law to limit the rescission and avoidance cases cause to breach of the duty of representation.

Keywords

Utmost Good Faith, The Duty of Representation, Non-disclosure, Misrepresentation

* Email: mohammadi279@yahoo.com (Corresponding Author)

Hermeneutics & Judicial Valuation of Postmodern Paintings in Intellectual Property Law

Ehsan Rafiealavy

*Assistant Professor, Department of Jurisprudence, Baqer al-Uloom University,
Qom, Iran*

Saeed Mahjoob*

*PhD in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics,
University of Isfahan, Isfahan, Iran*

Abstract

One of the most pervasive challenges in literary and artistic property law is the valuation of postmodern paintings. Due to the lack of specific rules, lack of uniform style, contradictory and groundbreaking, and as a result of individualization, these works have found a completely different nature from traditional and modern paintings, so to date no specific criteria for valuing these works have been mentioned.

Because these works may be brought by a commercial company or mortgaged, or in some cases create civil liability, the issue of their valuation could potentially be doubly judicial. In this article, considering the method of hermeneutics and aesthetics, comprehensive criteria for how to value postmodern paintings are presented in order to ensure the purpose of procedural justice in these cases with the method of hermeneutics as a judicial researcher. The result of focusing on the found principles, the hermeneutic interpretation of the grammar of postmodern art, and the emphasis on the author's mental personality can provide the transformation of this qualitative concept into quantitative methods of economic valuation.

Keywords

Judicial Valuation, Intellectual Property Rights, Postmodern Painting, Aesthetics, Hermeneutics

* Email: sd.mahjoob@gmail.com (Corresponding Author)

Legal & Economic Analysis of Commercial Companies' Pre-Bankruptcy Transactions

Mohsen Sadeghi

Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Mostafa Kooshki*

PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

In order to protect the property of a bankrupt trader and creditor, most legal systems have established rules for the invalidity of certain transactions before a bankruptcy order is issued. Analysis of the legal and economic logic governing the invalidity of such transactions shows that in the Iranian legal system there are shortcomings such as no time limit on the extension of the date of termination, the scope of invalid and ineffective transactions, the provision of proper legal enforcement and Controversial rulings have also been issued by the courts. Regarding the above shortcomings, it was suggested that a specific length of twilight periods (6 months to 2 years, as the case may be) be provided in the law and the criterion for insolvency should be permanent and incurable cessation, not the oldest cessation. From the date of cessation of the company, the principle is the correctness of transactions and the invalidity is considered an exceptional matter. Meanwhile, the unenforceability (Inopposabilité) guarantee instead of the nullity guarantee and the effect of some requirements such as good/bad faith of persons in the invalidity of transactions due to its negative economic effects should be limited to specific cases.

Keywords

Bankruptcy, Voidable Contracts, Non-voidable Contracts, Company, Pre-Bankruptcy Transactions

* Email: kooshki@ut.ac.ir (Corresponding Author)

The Theoretical Explanation of the Effect of Gender on Sentencing Drug Offenders in the Context of Comparative Criminal Justice

Sana Kazempour

PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Mohammad Farajiha*

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Abstract

Sentencing studies indicate that female offenders typically receive less severe punishments than males and that the criminal justice system treats women more leniently than men. The current study, through theories such as paternalism (and its more recent versions) and evil woman theory, seeks to answer how gender as an extralegal factor affects the process of sentencing in drug offences and whether there is a difference in the effectiveness of theories depending on the social structure of the two societies, Iran and the United States. In this study, qualitative research methods have been used. The content of documents, including cases of drug offences conviction (60 samples) between 2010 and 2020, and criminal justice officials' discourse have been analyzed. In-depth interviews with judicial activists and drug lawyers (24 cases) were also used to understand the factors that encourage judges to impose lenient or severe punishments on women.

The findings of this study show that paternalistic attitudes toward women in Iranian society, Childcare, the social costs of punishing mothers, and the subordination of the partner are the main factors that reduce the likelihood of conviction of harsh sentences, such as the death penalty for women in Iran. On the other hand, criminal records in drug offences, high quantity of drugs, or illegal relationships are factors that lead to violations of gender norms and deprivation of women of leniency approach in the criminal justice system about drug offences.

Keywords

Gender, Sentencing, Drug Offences, Death Penalty, Discrimination, Paternalism, Evil Woman

* Email: mohammadfarajiha@gmail.com (Corresponding Author)

Legal Principles & Requirements of Judicial Proceedings' legal Tech

Ali Bahadori Jahromi

*Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Tarbiat
Modares University, Tehran, Iran*

MohammadReza Alipoor*

*Master of Islamic Education and Public Law, Faculty of Islamic Education and
Law, Imam Sadegh (AS) University, Tehran, Iran*

Abstract

Social behaviour as a subject of law is one of the most important issues that has been affected by the emergence of new technologies. In recent years, legal technologies (LegalTech) have been tried to increase public access to justice. These technologies affect three categories of judicial proceedings, private legal services, and government regulatory actions. The development of LegalTechs, like any other legal phenomenon, requires programing in the correct direction and in accordance with the principles of the legal system. Inattention to the relevance of the governing legal systems and the LegalTechs that are used in judicial proceedings, causes similar experiences for LegalTechs, like imported technologies that not only did not facilitate and strengthen the quality of previous practices but had worse irreparable problems. In this article, with an analytical-descriptive method, we have tried to achieve the requirements of the legal system of the Islamic Republic of Iran on legal technologies of judicial proceedings by examining the principles of a fair trial.

Keywords

LegalTech, Fair Proceedings, Access to Justice, Technological Proceedings

* Email: fanoososerat@gmail.com (Corresponding Author)

The Influence of Criminal & Legal Verdicts on Each Other From Theory to Judiciary Procedures

Majid Azizyani*

*Judge of Justice, PhD in Private Law, Faculty of Judicial Law, University of
Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran*

Abstract

The Influence of criminal and legal verdicts on each other is one of the important subjects of legal and penal cases. Upon view of some judges and doctrine of the legal court is bound to follow the final vote of the penal court and in case of simultaneous proceedings, the legal court is bound to cease the proceedings. If each of the legal and penal judicial court proceeding votes, upon the case, without consideration to the other court's votes, its vote is effective in the related case, there are adverse effects such as contradictory and unenforceable effects and accurate study of the judiciary proceeding in this regard is effective in representing of favourable solution. In the present article, while examining and paying attention to the different judicial procedures, the status of the rule of law following the final criminal verdict and its opposite in the Iranian legal system and the relationship between the criminal court verdict and public order are examined. Accurate compliance with judicial standards is provided. The research method is completely analytical, applied and practical. The result of the research is that the criminal or legal nature of the case is not a criterion of superiority and obedience to another, but the first case, whether criminal or legal, is mandatory for other authorities that will investigate later.

Keywords

Legal Court, Criminal Court, Judiciary Proceeding, Law

* Email: majidaziziyani@gmail.com

The Principle of Proportionality in Seizure of Data & System in the Criminal Procedure

Sadegh Tabrizi

Judge of Justice, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University (North Tehran Branch), Tehran, Iran

Hassan Alipour*

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Tehran (Farabi Campus), Qom, Iran

Mohammadreza Elahi Manesh

Assistant Professor of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University (North Tehran Branch), Tehran, Iran

Abstract

Understanding the principle of proportionality in data and system seizures depends on a correct understanding of the nature of data and system. Data is used as information or any symbol that can be stored, transmitted and processed through computer systems and a system for data-related actions and capabilities. The connection between the two forms of the computer platform and the sphere of information and communication technology and the principle of proportionality should be interpreted according to this feature. The principle of proportionality in data seizure means balancing the four elements of the need for seizure, the importance of the data and the system, the relationship of the data or system to the crime, and the relationship of the data or system to the other data and systems. The present article, using library resources and judicial decisions, has tried to show in a descriptive and analytical way that the appropriateness of confiscating data and systems is comparable to confiscating the platform of activity and not confiscating property or documents and has reached this conclusion that the appropriateness of confiscating data and computer systems, in addition relies on approaches based on the requirements of traditional space, such as the application of precautionary measures to respect the rights of society and the victim and the requirements of cyberspace, like understanding the place of computer exchange space in today's activities, while at the same time has also paid attention to protecting the rights of the accused.

Keywords

Data, System, Preliminary Research, Data or System Seizure, Principle of Proportionality

* Email: hassan.alipour@gmail.com (Corresponding Author)

Compatibility of the rules of a closely held corporation & a medical profession (Using the findings of comparative law)

Seyed Abbas Seyed Arani*

*Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Law,
Kashan University, Kashan, Iran*

Abstract

Compliance with the rules governing a joint-stock company and a medical company is not easy because not all the rules of a private joint stock company can be accepted as the best tool of modern capitalism to implement the medical profession. Concerns about the compatibility of the rules of such a company in all stages of the company's existence, which is the formation, the lifetime and the end, and in relation to all medical characteristics, including non-profit, independence and special scientific competence and its outcome, i.e. patient's conscious trust, are present. Nevertheless, in the light of the proper use of the rules of individual companies as well as the implications of comparative law, good compatibility is possible. Patient trust is the gift of the medic's duty to the exclusive and effective performance of the company and the unlimited liability of the partner and the company. The medic's independence is enhanced by restrictions on partner recruitment, acceptance of the "each partner one vote" rule, and the right of withdrawal. Managing all partners, banning managerial involvement in the profession, and strengthening majorities will improve the situation. Different equalizers are accompanied by the negation of utilitarianism in medicine. An approach that is reinforced by the limitation of attracting external capital. In terms of vital services, the subject of the company's activity, which is realized thanks to the special scientific competence of medics, requires that the causes of invalidity and liquidation are reduced and the regressive effect of invalidity disappear. With these transformations, medicine finds the possibility of living in the "oyster of a private joint-stock company" and enjoys its advantages, especially an independent legal personality.

Keywords

Independence, Conscious Trust, Medical, Capital Company, Lack of Speculation

* Email: abbas.seyedi@yahoo.com

The Role of the Judiciary of the Islamic Republic of Iran in Ensuring the Right to Water

Mahnaz Rashidi*

Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Islamic Azad University (Central Tehran Branch), Tehran, Iran

Abstract

Nowadays, the right to water is increasingly recognized in international documents as one of the human rights that is inextricably linked to other instances of human rights, such as the right to life, the right to health, and the right to an adequate standard of the living. Recognizing this right in human rights discourse, on the one hand, obliges states not to interfere in the free access of human beings to water, and on the other hand, it rests the responsibility of providing the arrangements of water supply and access to this vital substance for them. Although the main commitment to fulfilling the obligations of the right to water is the executive bodies of a country, the legislative and judicial institutions also have responsibilities for the full realization of this right. The question that this study has been written in order to answer is: "What role does the judiciary of the Islamic Republic of Iran play in ensuring the right of Iranian citizens to water?" The result of descriptive-analytical studies in this paper, which is obtained using library studies and a review of international documents and domestic laws, is that the Judiciary with the main duty of establishing rights and justice and reviving public rights can guarantee the right to water in three general areas: prevention, monitoring and litigation. However, the lack of explicit recognition of the right to water in domestic law is the most important shortcoming, which has largely limited the scope of action of this body to guarantee the right to water.

Keywords

Human Rights, Right to Water, Revival of Public Rights, The Judiciary

* Email: mahnazrashidi88@gmail.com

Discretion of the International Criminal Court's Prosecutor to Open a Preliminary Examination

Mohammad Hadi Zakerhossein*

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

Abstract

The International Criminal Court is unable to prosecute all international crimes that fall within its jurisdiction. The situation selection falls within the Prosecutor's discretion which is done by conducting a preliminary examination. In this filtering process, three factors are taken into account, namely jurisdiction, admissibility and the interests of justice. Nevertheless, the Prosecutor prefers to extend its discretion during the preliminary examination stage. Accordingly, the Prosecutor selects a situation not only to initiate an investigation upon conducting a preliminary examination but also to open a preliminary examination in itself. This article argues that the Prosecutor's discretion to open a preliminary examination is limited to considering the jurisdiction requirement in a narrow manner, namely to exclude those crimes that are manifestly outside of the Court's jurisdiction. Due to the role of preliminary examinations in combating the culture of impunity, the Prosecutor shall not adopt a conservative approach to opening a preliminary examination.

Keywords

Gravity, Jurisdiction, Admissibility, Situation, Expressive Mandate, Preliminary Examination, Prosecutor

* Email: mhzakerhossein@ut.ac.ir

Jurisprudential-legal Study of the Status of Sentencing in Favor of the Defendant in Civil Litigation Based on the Principle of Innocence & Without his/her Oath

Mahdi Hasanzadeh*

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran

Abstract

The addition of the clause of "By Oath of Defendant" in Article 197 C.P.C. (Approved in 2001) raised questions, doubts, and discussions about the possibility or impossibility of issuing a sentence of acquittance of the defendant without his oath, in cases of failure to provide evidence and not requesting the oath by the claimant, as well as the power or omission of the judge to swear defendant without asking. The analysis of this article requires the study of the subject in jurisprudence and the study of the viewpoint of the jurists. In jurisprudence, the issuance of the verdict in favour of the defendant was not permitted solely on the basis of practical principles, including the principle of innocence, in cases of failure to provide evidence or requesting the oath by the claimant, and also the swearing of the defendant without the applicant's request. In the analysis of Article 197 C.P.C., it is necessary to provide an interpretation that does not contradict this article with jurisprudence and what is known as certain among the jurists.

Keywords

Principle of Innocence, Oath, Claimant, Defendant

* Email: m.hasanzadeh@qom.ac.ir

Judicial Interpretations of Sexual Misconduct of Husbands in family courts

Touba Shakeri

*Assistant Professor, Department of Women's Studies, Faculty of Humanities,
Tarbiat Modares University, Tehran, Iran*

Zahra Babazadeh*

*PhD Student in Women Studies, Faculty of Humanities, Tarbiat Modares
University, Tehran, Iran*

Abstract

The sexual abuse of the wife by the husband is not explicitly recognized in the Iranian legal system. However, in light of some of the provisions in the family law, one can find the grounds to consider this issue. Due to the legislator's silence in defining conjugal obedience, separating general and specific obedience and determining the limits and scope of each, identification and recognition of the sexual rights of couples in family lawsuits face challenges. This study answers the question "Given the sexual abuse by the husband, what legislative mechanism is provided to support the wife in the Iranian legal system and how do family court judges interpret these laws." This paper, using a qualitative approach and case study methodology, after reviewing jurisprudential texts and reviewing legal laws investigates the judicial procedure of family courts in Tehran province in issuing rulings requiring obedience or judicial divorce due to sexual harassment of the wife by analyzing the content of cases, interviewing judges and women applicants of divorce. Findings show that judges' interpretations of the instances of sexual misconduct are varied and verification of the wife's sexual hardship, in addition to the difficulty of proof, lacks clear criteria and is based on judges' personal interpretations of the scope of conjugal obedience. Therefore, there seems to be a need to include the conventional sexual rights of couples in the family laws and establish a unified procedure in issuing a sentence of non-obligation to obey and verification of the wife's hardship in cases of sexual abuse by the husband.

Keywords

Conjugal Obedience, Sexual Misconduct, Hardship, Divorce, Judicial Procedure Change

* Email: z_babazadeh66@yahoo.com (Corresponding Author)

Legal Positivism in the Iranian Judicial System An Interactive Result of Legal Formalism & Legal Textualism

Masoud Almasi*

PhD in Philosophy of Law, Baqir al-Olum University, Qom, Iran

Ahmad Vaezi

Professor, Department of Mixed Philosophies, Baqir al-Olum University, Qom, Iran

Abstract

The modern legal system of Iran has always been influenced by the textualism movement and legal formalism. The interactive resultant of these two flows has led to a kind of legal positivism in the Iranian judicial system, according to which judges must present their judgment with formal judicial logic and within the framework of legal textualism. These assumptions lead us to the main question of this article, which is about the nature of legal textualism and legal formalism and “How they affect the rule of legal positivism in the Iranian judiciary system.” In this article, we will use a descriptive method to discuss the concept of legal textualism, legal formalism and legal positivism in order to analyze the rule of a paradigm based on these concepts in the Iranian judicial system and its consequences. The findings of this study revealed that the rigid approach to law and the method of judicial inference is not always in line with legal ideals and justice. The other findings of this revealed interactive resultant of the textualism movement and legal formalism in the Iranian judicial system are the rule of kind of legal positivism, which has confused the ontological, epistemological and anthropological foundations of legal systems based on the principles of modernity with the Islamic legal system in several principles of the constitution and ordinary laws.

Keywords

Legal textualism, Legal Formalism, Legal Positivism, Law, Judicial System of Iran

* Email: masaudalmasy@gmail.com (Corresponding Author)

Mojtaba Mohammadi, Mohammad Hadi Javaherkalam

**Restrictions of the Execution of Insane Punishment; A Critique of the
Well-known Opinion of Jurists & the Approach of the Iranian
Legislature** N

MohammadHadi Tavakkolpoor, Mohammad Amin Maleki

Analysis of Temporary Assignment of National Lands Contracts O

Khadijeh Mozafari, Alireza Izadi Fard

**The Validity of Transfer of Negotiable Instrument After Due Date or
Protest** P

Hamid Miri

Contents

Legal Positivism in the Iranian Judicial System An Interactive Result of Legal Formalism & Legal Textualism	A
Masoud Almasi, Ahmad Vaezi	
Judicial Interpretations of Sexual Misconduct of Husbands in family courts	B
Touba Shakeri, Zahra Babazadeh	
Jurisprudential-legal Study of the Status of Sentencing in Favor of the Defendant in Civil Litigation Based on the Principle of Innocence & Without his/her Oath	C
Mahdi Hasanzadeh	
Discretion of the International Criminal Court's Prosecutor to Open a Preliminary Examination	D
Mohammad Hadi Zakerhossein	
The Role of the Judiciary of the Islamic Republic of Iran in Ensuring the Right to Water	E
Mahnaz Rashidi	
Compatibility of the rules of a closely held corporation & a medical profession (Using the findings of comparative law)	F
Seyed Abbas Seyedi Arani	
The Principle of Proportionality in Seizure of Data & System in the Criminal Procedure	G
Sadegh Tabrizi, Hassan Alipour, Mohammadreza Elahi Manesh	
The Influence of Criminal & Legal Verdicts on Each Other From Theory to Judiciary Procedures	H
Majid Azizyani	
Legal Principles & Requirements of Judicial Proceedings' legal Tech	I
Ali Bahadori Jahromi, MohammadReza Alipoor	
The Theoretical Explanation of the Effect of Gender on Sentencing Drug Offenders in the Context of Comparative Criminal Justice	J
Sana Kazempour, Mohammad Farajiha	
Legal & Economic Analysis of Commercial Companies' Pre-Bankruptcy Transactions	K
Mohsen Sadeghi, Mostafa Kooshki	
Hermeneutics & Judicial Valuation of Postmodern Paintings in Intellectual Property Law	L
Ehsan Rafiealavy, Saeed Mahjoob	
Duty of Representation Adjusting Remedy in Insurance Contracts (Comparative Study on Iran & England Law)	M



The Judiciary's Law Journal

Volume 86 / Issue 117 / 2022 Spring
(Scientific Quarterly)

Concessionary: The Judiciary

Director-in-charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam

Executive Director: Rasool Ahmadzadeh

Editorial Board (in Alphabetical Order):

Rabiaa Eskini, Gholamhosseyn Elham, Kheirollah Parvin,
Mohammad Javad Javid, Vali Rostami, Jafar Kousha, Hasan
Rahpeyk, Mohammad Hadi Sadeghi, Mohammad Hasan
Sadeghi Moghadam, Abbas Ali Kadkhodae, Fazlolah Mousavi,
Hossein Mirmohammad Sadeghi

Senior Editor: Zahra Mashayekhi

English Text Editor: Mahdi Ebrahimi

Price: 1.200.000 Rials

Print ISSN: 1735-4358

Online ISSN: 2676-7198

Tel-Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: Law.journal1316@gmail.com