

الرحمن الرحيم

فصلنامه علمی

جلد هشتاد و نهم مجله حقوق کیفری

دوره هشتاد و ششم / شماره یکصد و نوزدهم / پاییز 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: ۲۰۰۰۰۰۰ 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 به عهده نویسندگان است.

مشاوران و ارزیابان علمی مقالات شماره ۱۱۹ مجله حقوقی دادگستری

(به ترتیب حروف الفبا)

مسلم آقائی طوق (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، وحید آگاه (استادیار گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)، محمدامین ابریشمی راد (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان)، رسول احمدزاده (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، اعظم انصاری (استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد)، مصطفی السان (دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، محسن برهانی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، حسن پوربافرانی (دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان)، سیدبهبزاد پورسید (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، سیده زهرا پوررشید (استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه محقق اردبیلی)، حسن جعفری تبار (دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، مهدی حسن زاده (دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم)، عبدالله رجبی (استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (دانشکده‌گان فارابی))، حامد رحمانیان (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، ولی رستمی (استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، محمدرضا رفیعی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، محسن شریفی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز)، محمد صادقی (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، جواد طهماسبی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران مرکزی))، ابراهیم عابدی فیروزجائی (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، زهرا عامری (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بجنورد)، محمدهادی فضلعلی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، روح‌الدین کردعلیوند (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس)، سیدشهاب‌الدین موسوی زاده مرکیه (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، سیددرید موسوی مجاب (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس)، ابراهیم موسوی زاده (استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، حسنعلی مؤذن‌زادگان (دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)، محمد مولودی (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا)، مهدی مهدوی زاهد (استادیار گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)، مرتضی نجابت‌خواه (دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران)، علی حسین نجفی ابرندآبادی (استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)

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 هیأت 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 قابل توجهی در نگارش مقاله داشته است. نام تمامی کسانی که در نگارش مقاله چنین نقشی داشته‌اند، باید در مقاله به عنوان 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 پراونت 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. رأی 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 نویسنده مسئول است.)

- رہیافتی بر مفهوم و ماهیت عوارض مصوب شوراهای محلی ۱
ولی رستمی، سیدمحمد مهدی غمامی، امیرحسین اصل زعیم
- توزیع مسئولیت مدنی به میزان درجه تأثیر در تصادفات رانندگی با تکیه بر مواد ۵۲۶ و ۵۲۸
قانون مجازات اسلامی..... ۲۳
علیرضا امیدیان، سیدحسن وحدتی شبیری، محمدعلی سعیدی
- شرایط توجه دعوا به وارث در فقه امامیه و راهکارهای احراز آن در حقوق ایران..... ۴۳
احسان بهرامی، سیدامین پیشنماز، امیرزارع
- دعای سهام داران بابت خسارات انعکاسی در حقوق شرکت‌ها..... ۶۷
محمدعلی بهمنی، محمدرضا نریمانی زمان آبادی
- تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی..... ۹۹
رضا پورمحمدی، محمد مهدی یوسفی
- تسهیل در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی؛ نقش سازنده رویه قضایی ایران و فرانسه
..... ۱۲۱
عباس کریمی، محمدهادی جواهرکلام
- دیالکتیک پایایی و پویایی حقوق در رهیافت نظریه اصول حقوقی؛ با نگاهی به رویه قضایی ۱۴۳
مرتضی جمالی، قاسم محمدی
- ضرورت شناسایی احقاق شخصی حق؛ با تأکید بر حق فکری..... ۱۷۱
عبداله رجبی، سیدحسین حسینی
- اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار در نظام قضایی ایران ۱۹۵
مرتضی رستمی، محمد رستمی
- چالش‌های قضایی و اجرایی زندان‌زدایی در سیاست جنایی ایران ۲۱۹
اسحاق رسولی امیرحاجلو، شهرام ابراهیمی، فضل‌الله فروغی
- اثرسنجی سوگیری‌های شناختی بر کیفیت عدالت در تصمیم‌گیری قضات دادگاه‌های کیفری
..... ۲۴۵
زهراساکیانی، سیدعباس واعظی
- قاعده‌گزینی جهت پذیرش ادله الکترونیک در نظام حقوقی ایران و آمریکا ۲۷۱
ناصر علیدوستی شهرکی، علی کشاورز، علیرضا صادقی اصل

- ۲۹۵..... افتراقی شدن دادرسی کیفری جرایم اشخاص حقوقی؛ مبانی، ضرورت و ضوابط
سیدپاسر ضیائی چاهگاهی، علیرضا جمشیدی، محمد آشوری
- ۳۲۷..... مالیات بر حق واگذاری محل و ابعاد حقوقی آن
حسین عبداللهی
- ۳۵۱.. صلاحیت دیوان عالی کشور در رسیدگی به تخلف رئیس جمهور از انجام وظایف قانونی ..
مهدی مرادی برلیان، محمدقاسم تنگستانی
- ۳۷۳ تحلیل مبانی و چالش های تأمین مالی دعوا و تبیین رهیافت هایی نوین برای حقوق ایران .
محمد حسین وکیلی مقدم

رهیافتی بر مفهوم و ماهیت عوارض مصوب شوراهای محلی^۱

ولی رستمی*، سیدمحمد مهدی غمامی**، امیرحسین اصل زعیم***

چکیده

ماهیت عوارض شوراهای محلی با وجود سبقه در جعل و اخذ و ارتباط مستقیم با حقوق عامه، در هیچ‌یک از متون قانونی و مقررات مربوطه تبیین نشده است. در نتیجه استنباط‌های مختلفی از این مفهوم صورت گرفته و اختلافات عدیده‌ای میان واضعان عوارض و مؤدیان ایجاد شده و ظرفیت و توان عمده‌ای از نهادهای نظارتی به این امور اشتغال یافته است. همچنین الزامات تبیین شده در دادنامه‌های دیوان عدالت اداری هم بازدارندگی کافی را در اصلاح این فرایند نداشته است. بنابراین در راستای پاسخ به این سؤال که مفهوم و ماهیت عوارض مصوب شوراهای محلی در نظام حقوقی ایران چگونه است با روش توصیفی-تحلیلی و با واکاوی مفاهیم مشابه و سیر در اسناد قانونی و آرای دیوان عدالت اداری به ماهیت عوارض محلی به عنوان مفهومی متناظر با ارائه خدمت مستقیم به همان منبع اخذ عوارض به صورت هم‌زمان و یا در بستر زمانی پیش از دریافت و پس از دریافت عوارض، نائل شدیم و دریافتیم که عنصر خدمت به عنوان مبنای ذاتی این ماهیت می‌باشد که جعل عوارض، منابع و محل هزینه‌کرد بدان پیوند یافته است و در صورت عدم التزام به عناصر تعریف، اساساً وضع عوارض مخدوش می‌باشد.

واژگان کلیدی: ماهیت عوارض، خدمت متقابل، دیوان عدالت اداری، عوارض محلی

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «الگوی مطلوب حاکم بر عوارض مصوب شوراهای محلی با تأکید بر حفظ حقوق عامه» با راهنمایی آقای دکتر ولی رستمی و آقای دکتر سیدمحمد مهدی غمامی در دانشگاه امام صادق علیه السلام است.

* استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران vrostami@ut.ac.ir

** استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران ghamamy@isu.ac.ir

*** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران amirhossein.zacim@gmail.com (نویسنده مسئول)

مقدمه

پس از تأسیس نهاد شهرداری در پی انقلاب مشروطیت، انجام وظایف قانونی متعدد ناظر بر آن مستلزم تأمین بار مالی بود که بستر عوارض در این جهت ایجاد گردید (قدمی و دیگران، ۱۳۹۲: ۳۶). پس از پیروزی انقلاب اسلامی با تصویب قانون تشکیلات شوراهای سال ۱۳۷۵، مطابق بند ۱۶ ماده ۸۰^۱ به صراحت وضع «هر گونه» عوارض بدون ارائه تعریف در زمره صلاحیت‌های شوراهای اسلامی شهر و روستا محسوب شد تا اینکه در سال ۱۳۸۱ قانون‌گذار با تصویب قانون موسوم به قانون تجمیع عوارض اقدام به جداسازی عوارض ملی از اختیارات شوراهای اسلامی نمود. در ادامه این روند تقنینی، قانون‌گذار در سال ۱۳۸۷ با تصویب قانون مالیات بر ارزش افزوده و به موجب ماده ۱ این قانون کلیه عوارض کالاها و خدمات را مشمول این قانون دانست و مطابق ماده ۵۰ این قانون نیز برقراری عوارض و سایر وجوه در موضوعات مارالذکر توسط شوراهای اسلامی و سایر مراجع ممنوع شده و مجدداً در تبصره ۱ همین ماده وضع «عوارض محلی جدید» بدون ارائه تعریف و بیان معیارها با رعایت شرایطی در صلاحیت شوراهای قرار گرفت. در آخرین اراده قانون‌گذار در سال ۱۴۰۰، ماده ۵۳ لایحه مالیات بر ارزش افزوده که مشابه ماده ۵۰ قانون سابق بود و علاوه بر مرزبندی میان عوارض ملی و محلی، به منظور ممانعت از وضع عوارض مغایر با قوانین توسط شوراهای اسلامی، تعیین عناوین، مأخذ و نرخ را به وزارت کشور واگذار نموده بود که به علت اعطای اختیارات به وزارت کشور بدون تعیین ضوابط با ایراد اصل ۸۵ قانون اساسی توسط شورای نگهبان مواجه شد و منجر به حذف این ماده گردید^۲ و به موجب ماده ۵۵ آن، همان ماده ۵۰ سابق ابقا گردید. همچنین ماده ۱ لایحه درآمد پایدار و هزینه شهرداری‌ها و دهیاری‌ها که به تعاریف عوارض پرداخته بود، به دنبال ایراد شورای نگهبان مبنی بر اعطای صلاحیتی زائد بر امر نظارت به شوراهای اسلامی با ایراد اصل ۱۰۰ قانون اساسی مواجه شد^۳ و حذف گردید (سامانه جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی <http://nazarat.shora-rc.ir>) و حدود و ثغور عوارض همچنان با ابهامات فراوان باقی ماند. با این وصف مفهوم عوارض محلی در هیچ‌یک از مستندات قانونی تعریف و تبیین نشده است^۴

۱. «تصویب لوایح برقراری یا لغو عوارض شهر و همچنین تغییر نوع و میزان آن با در نظر گرفتن سیاست عمومی دولت که از سوی وزارت کشور اعلام می‌شود.»

۲. نظر شماره ۹۹/۱۰۲/۲۱۱۱۰۹ مورخ ۹۹/۱۰/۷ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۷.

۳. نظر شماره ۹۸/۱۰۲/۱۴۹۵۰ مورخ ۹۸/۱۰/۸ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۸.

۴. لازم به ذکر است در بند (چ) ماده (۱) قانون جدید مالیات بر ارزش افزوده عوارض ملی را به عنوان مبالغی که به

و همین امر موجب استنباط‌های مختلف از مفهوم و شاخصه‌های عوارض محلی شده است به‌نحوی که شوراهای اسلامی اقدام به وضع اقسام عوارض بر تمامی منابع و مأخذ داخل در قلمرو صلاحیت می‌نمایند و در مقابل مؤدیان و ناظران این لجام‌گسیختگی را بر نمی‌تابند و منجر به طرح دعاوی متعدد در مراجع قضایی و غیرقضایی می‌گردد؛ به‌نحوی که در یک بررسی انجام‌شده در بازه زمانی سال ۱۳۹۶ تا ۱۳۹۸ از میزان ۱۰۰ درصد پرونده رسیدگی شده در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در موضوع مصوبات شوراهای اسلامی، میزان ۸۷/۷۲ درصد مربوط به عوارض مصوب شوراهای و ۱۲/۲۸ درصد به سایر مصوبات شوراهای اختصاص داشته است (مبین، ۱۳۹۸: ۲۵۱) که خود گواهی بر انحراف شوراهای محلی در زمینه عوارض از معیارهای قانونی و نظارت‌های مراجع ذی‌صلاح بوده که تضییع گسترده حقوق عامه و اشتغال مستمر و بی‌پایان نهادهای نظارتی را به دنبال دارد. در این راستا اهتمام اصلی نگارندگان در یافتن منشأ این انحراف و ممانعت از تضییع حقوق عامه در ابعاد اقتصادی و اجتماعی، فارغ از آثار موجود که به ضرورت تعیین دقیق صلاحیت شوراهای محلی تأکید دارند، به ابهام در مفهوم و ماهیت عوارض شوراهای محلی منتج شده است به‌نحوی که تلقی شوراهای از عوارض، مفهومی عام و مطلق بوده که قابلیت اخذ از تمامی منابع را دارد و این در حالی است که با وجود سکوت قانون‌گذار، از قرائن موجود در قوانین و مقررات و نظرات هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، حدود و قیود این مفهوم قابل استنباط است.

در خصوص پیشینه عوارض شوراهای اسلامی، آثار قابل‌توجهی اعم از کتب، مقالات و پایان‌نامه‌ها منتشر شده است لکن جملگی بر صلاحیت وضع عوارض، اصول حاکم بر آن، جهات ابطال عوارض و اختلافات ناشی از پرداخت عوارض متمرکز می‌باشند در حالیکه وجه نوآوری این اثر منصرف از ابعاد مذکور، بر تبارشناسی و تحلیل مفهوم و ماهیت عوارض محلی متمرکز است چراکه بر این اعتقاد است که در صورت تبیین این مفهوم، بسیاری از الزامات مستتر در مفهوم بوده و سایر اهداف عوارض محلی همانند تحقق عدالت، کارایی، کفایت درآمد، ثبات درآمد و نیل به برنامه‌های توسعه‌ای پس از تعیین ماهیت و سیر در مدار قانونی تأمین می‌گردد (Bartle & Kriz, 2011: 269) و فارغ از دادنامه‌های دیوان عدالت اداری که بعضاً با تغییر رویکرد و اصول ذکرشده همراه است (به‌نحوی که در برخی برهه‌های زمانی به مغایرت قانونی برخی عوارض و در مقاطع

موجب این قانون به همراه مالیات برای شهرداری‌ها و دهیاری‌ها وضع می‌شود ذکر نموده است که این تعریف هم هیچ گونه تأثیری در شناخت ماهیت عوارض محلی ندارد.

زمانی دیگر به وجاهت قانونی همان عوارض نظر داده است)^۱، شاخصه‌های عینی در جعل عوارض توسط واضعان و سنجش قانون‌مداری توسط ناظران تعیین خواهد شد و بسترهای حمایت و تضمین حقوق عامه فراهم می‌گردد. این مقاله در پی پاسخ به این سؤالات است که ماهیت عوارض مصوب شوراهای اسلامی چیست؟ آیا شوراها در قبال اخذ عوارض تکالیفی هم دارند یا خیر؟ کدام یک از منابع داخل در قلمرو شوراهای اسلامی قابلیت اخذ عوارض دارد؟ در این راستا فرضیه این مقاله بر این است که مفهوم عوارض با الزاماتی برای دریافت‌کنندگان همراه است که چهارچوب‌های ناظر بر مفهوم و مأخذ را تعیین می‌نماید.

در پاسخ به سؤالات طرح‌شده با روشی توصیفی - تحلیلی به دنبال تبیین مفهوم و ماهیت عوارض بوده و از مجرای قوانین، مقررات و دادنامه‌های دیوان عدالت اداری بهره گرفته می‌شود که بر این مبنا ابتدا به تعیین حدود و ثغور مفهوم عوارض از مجرای مفاهیم مشابه و سپس به تبیین عناصر ذاتی ماهیت عوارض و ارائه نظر مختار پرداخته خواهد شد.

۱. تعیین مفهوم در قیاس با عناوین مشابه

دو راهکار پیش‌رو در مفهوم‌شناسی ابتدا یافتن حدود و ثغور تعریف از مجرای مفاهیم مشابهی است که در اخذ وجوه از شهروندان اشتراک دارند و راهکار دوم واکاوی مفهوم از منظر واضعان و نهاد نظارتی دیوان عدالت اداری صورت خواهد گرفت. با این وصف در وهله اول از بررسی مفاهیم مشابه به وجوه اشتراک و افتراق سه مفهوم مالیات، بهای خدمات و جرایم پرداخته می‌شود.

۱-۱. مالیات

مالیات عبارت از سهمی است که به موجب اصل تعاون ملی و بر وفق مقررات، هر یک از سکنه کشور موظف است که از ثروت و درآمد خود به منظور تأمین هزینه‌های عمومی و حفظ منافع اقتصادی یا سیاسی یا اجتماعی کشور به قدر قدرت و توانایی خود به دولت بدهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۶۰۱). همچنین مالیات از اصلی‌ترین منابع کسب درآمد دولت‌ها محسوب می‌شود و برای مقاصد و اهداف غیردرآمدی نیز ابزاری مناسب است به نحوی که برای اعمال سیاست‌های اقتصادی دولت از آن استفاده می‌شود. نظر به اینکه هیچ‌گونه توجیهی برای اخذ وجه از اموال دیگران وجود ندارد و این امر برخلاف قاعده تسلیط است، مالیات در قوانین تصریح می‌شود و عواید حاصل از آن به خزانه واریز شده و بر اساس قانون بودجه هزینه می‌شود (عطریان و غمامی،

۱. همانند تغییر رویکرد در عوارض ارزش افزوده ناشی از تغییر کاربری یا تفکیک و همچنین عوارض ابقای اعیانی پس از جریمه کمیسیون ماده صد قانون شهرداری.

(۱۳۹۷: ۱۹). بنابراین مطابق اصل ۵۱ قانون اساسی^۱ وضع مالیات صرفاً به موجب قانون است درحالی که وضع عوارض می تواند به موجب قانون یا مقام مأذون از قانون باشد. در این راستا شورای نگهبان هم به عنوان مفسر قانون اساسی، آن دسته از مصوبات مجلس شورای اسلامی که به اعطای صلاحیت وضع عوارض به شوراهای اسلامی پرداخته است را مورد تأیید قرار داده است؛ چراکه در صورت اعتقاد بر شمول حکم مندرج در اصل ۵۱ قانون اساسی نسبت به عوارض، باید این مصوبات با اصول ۵۱ و ۸۵ قانون اساسی مغایر اعلام می گردید (موسی زاده و سهرابلو، ۱۳۹۴: ۹۳).

حال با وجود تفاوت میان مالیات و عوارض، دارای وجوه تشابهی در زمینه مبانی اخذ به منظور تأمین هزینه های عمومی بوده و از اموال اشخاص به موجب قانون اخذ می گردند و بنا بر قاعده تسلیط، تنها مرجعی که برای وضع عوارض می تواند صالح باشد، مجلس شورای اسلامی است. به تعبیر دیگر نظر به اینکه هیچ گونه توجیهی جهت اخذ اموال دیگران بدون عوض وجود ندارد، لذا اخذ هرگونه وجوه به نحو مستثنا در قوانین و مقررات تصریح می شود چراکه قانون مشروعیت لازم جهت اخذ وجوه را برای نهادها فراهم می نماید (هداوند و یزدانی زنوز، ۱۳۹۰: ۴۷) و صلاحیت وضع عوارض توسط هیئت وزیران و شوراهای محلی نیز ذاتی نبوده و ناشی از اعطای صلاحیت مجلس شورای اسلامی می باشد (موسی زاده و سهرابلو، ۱۳۹۴: ۹۳).

علی ای حال مالیات و عوارض شوراها بدین شرح قابل مقایسه هستند؛

هر دو باید مستند و مبتنی بر قانون باشند، یعنی اجازه اخذ و وصول هر دو باید در قانون و توسط مجلس صادر شده باشد. دوم آنکه، عوارض و مالیات هر دو اجباری هستند بدین معنا که از طریق اجبار و قوه قهریه از شهروندان اخذ می گردند و برای وصول آن ها ضمانت های اجرایی در قوانین پیش بینی شده است.

در وجوه افتراق باید گفت، از لحاظ مبنای قانونی، مالیات بر اساس اصل ۵۱ قانون اساسی و طبق قوانینی همچون قانون مالیات های مستقیم و قانون مالیات بر ارزش افزوده تصویب و وصول می گردد و مرجع تصویب آن صرفاً مجلس شورای اسلامی است درحالی که قوانین مبنای عوارض شهرداری ها متفاوت و متنوع می باشد که به عنوان مثال می توان از قانون نوسازی و عمران شهری و قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی یاد کرد (عطریان و غمامی، ۱۳۹۷: ۱۹). همچنین عوارض برخلاف مالیات در مقابل خدمت معین بوده و الزاماً باید مابه ازاء داشته باشد.

۱. اصل ۵۱: «هیچ نوع مالیات وضع نمی شود مگر به موجب قانون. موارد معافیت و بخشودگی و تخفیف مالیاتی به موجب قانون مشخص می شود.»

(رستمی، ۱۳۹۰: ۸۳ و کامیار، ۱۳۸۵: ۱۳۴) و اصولاً پرداخت‌کننده عوارض باید از نوعی خدمت و انتفاع مستقیم برخوردار شود درحالی‌که مالیات در مقابل خدمت معینی قرار نمی‌گیرد و به عبارتی در ازای معادلی نبوده و مشخص نمی‌باشد که وجوه اخذشده برای چه خدمتی و در مقابل چه کاری اخذ می‌شود (عطریان و غمامی، ۱۳۹۷: ۲۰). بر این اساس مالیات عموماً بر درآمد تعلق می‌گیرد مگر در مالیات بر مصرف که به کالا یا خدمت هم تعلق می‌گیرد. البته همین عامل مشخص و محسوس نبودن هزینه‌کرد مالیات و عدم دریافت خدمات منجر به انزجار مالیات‌دهندگان از پرداخت و فرار مالیاتی می‌گردد (Martinez, 2015: 6). اما مأخذ وضع عوارض، درآمد نبوده بلکه خدمات ارائه‌شده می‌باشد. توضیح اینکه مالیات با نرخ مشخصی به نسبت درآمد یا ارزش افزوده یا حقوق و دستمزد یا شاخص‌های دیگر که پایه مالیاتی محسوب می‌شوند از شهروندان به‌طور یکسان و بدون تبعیض اخذ می‌شود و عواید حاصل از آن پس از واریز به خزانه، بر اساس قانون بودجه و ردیف‌های مصوب توسط دولت هزینه می‌شود (هداوند و یزدانی زنوز، ۱۳۹۰: ۴۷). این در حالی است که مابه‌ازاء اخذ عوارض، ارائه خدمات عمومی و یا اختصاصی می‌باشد.

۲-۱. بهای خدمات

بهای خدمات مبلغی است که جدای از عوارض، توسط شهرداری‌ها در قبال خدماتی که ارائه می‌دهند و بعضاً به‌منظور جبران هزینه، بر اساس تعرفه مصوب و مستند به ضوابط و مقررات اخذ می‌شود. جمع‌آوری و مدیریت پسماندها ازجمله خدماتی است که در قبال آن بهای خدمات دریافت می‌گردد (عبداللهی، ۱۳۹۵: ۸۱). مع‌الوصف اخذ بهای خدمات شهری می‌تواند کارکردهای گوناگونی نظیر افزایش درآمد، پوشش هزینه‌ها، برآورده ساختن اهداف مالی، کنترل بی‌رویه از خدمات شهری، هدفمند کردن یارانه‌ها و تعقیب هدف عدالت توزیعی داشته باشد (هادی زنوز، ۱۳۸۸: ۲/۴).

بنابراین با وجود این که عوارض و بهای خدمات در مقابل ارائه خدمت از شهروندان اخذ می‌گردد و بنابر همین علت برخی عوارض و بهای خدمات را یکسان پنداشته‌اند (موسی‌زاده و سهرابلو، ۱۳۹۴: ۹۴) با این وصف وجوه تمایز این مفاهیم از یکدیگر را این‌گونه می‌توان برشمرد:

۱. عوارض برخلاف بهای خدمات، موضوع و هدف خدمت نیست هرچند در مقابل خدمت دریافت می‌شود. در صورتی که بهای خدمات، مابه‌ازاء خدمتی صنعتی یا تجاری است و موضوع و هدف آن محسوب می‌شود (رستمی، ۱۳۹۰: ۸۳). توضیح اینکه در عوارض هدف از ارائه خدمت، اخذ عوارض نمی‌باشد بلکه اخذ وجوه در راستای تحقق و استمرار خدمت و کمک به تأمین بخشی از هزینه‌های مربوطه است اما در بهای خدمات، اخذ وجوه موضوع ارائه خدمت است و بدون اخذ آن، خدمتی هم ارائه نمی‌شود.

۲. بهای خدمات در مقابل تمام خدمتی که به طور مستقیم به شهروند ارائه شده دریافت می گردد، درحالی که عوارض «به منظور تأمین بخشی از هزینه های خدماتی و عمرانی مورد نیاز شهر»^۱، وضع می شود (فقیه لاریجانی، ۱۳۸۷: ۲۴).

بنابراین با عنایت به اوصاف بیان شده، شهرداری ها بر اساس بند ۳ ماده ۲۹ آیین نامه مالی شهرداری ها^۲، امکان دریافت بهای خدمات از شهروندان را در صورت ارائه خدمت و متناسب با نوع خدمتی که ارائه می دهند، دارا هستند. از این رو به عنوان نمونه شهرداری در خصوص موضوعاتی همچون پیشروی طولی و تغییر کاربری در املاک، خدمتی به شهروندان ارائه نمی دهد که بر مبنای آن بهای خدمات و یا عوارض اخذ نماید.

در همین زمینه لازم به ذکر است که متصرف از تفاوت های پیش گفته، با توجه به شباهت های گسترده ای که میان بهای خدمات و عوارض وجود دارد این فرض متصور است که واضعان عوارض در مواردی که با محدودیت ها و ممنوعیت های قانونی در وضع برخی عوارض مواجه می شوند، هزینه مورد نظر خود را تحت عنوان بهای خدمات از شهروندان دریافت نمایند و با تغییر عناوین عوارض به بهای خدمات، چنین امکان و توجیهی را ایجاد نمایند. بنابراین لازم به ذکر است که اصولاً جنس خدماتی که مابه ازاء آن هزینه و بهای خدمت می باشد با خدمات دارای مابه ازای عوارض متفاوت است و با وجود تشابه بسیار و یکسانی این دو مفهوم از نظرگاه برخی، با مذاقه می توان به این امر نائل شد که در بهای خدمات، جنس خدمات ارائه شده از نوع مستقیم، معین و تقریباً هم زمان می باشد و هزینه تمام شده خدمت، با توجه به میزان استفاده از دریافت کننده خدمت اخذ می شود. بدین شرح که ارائه خدمت، مستقیماً در قبال پرداخت کننده هزینه صورت می گیرد و از آن منتفع می شود. نوع خدمت ارائه شده کاملاً مشخص و معین است و دریافت کننده قادر به شناسایی خدمت دریافتی است. در بهای خدمات، دریافت هزینه نسبت به خدمات گذشته و یا آینده فاقد معنی است و باید این فرایند به نحو هم زمان و یا زمان بندی متعارف و کوتاه مدت انجام شود و متصور بودن ارائه خدمت در یک موضوع در یک بستر زمانی گسترده، آن را از زمره بهای خدمات خارج خواهد نمود.

۱. ماده ۸۵ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور: «شورای اسلامی شهر و دهستان می توانند نسبت به وضع عوارض متناسب با تولیدات و درآمدهای اهالی به منظور تأمین بخشی از هزینه های خدماتی و عمرانی مورد نیاز شهر و روستا طبق آیین نامه مصوب هیأت وزیران اقدام نمایند.»

۲. درآمد شهرداری ها به شش طبقه به شرح زیر تقسیم می شود:

...

۳- بهاء خدمات و درآمد مؤسسات انتفاعی شهرداری

همچنین لازم به ذکر است که درخصوص یک موضوع ممکن است به علت ارائه خدمات مختلف، عوارض و بهای خدمات توأمان قابلیت اخذ داشته باشند. همانند اخذ عوارض تراکم و بهای خدمات پسماند از یک واحد مسکونی که به علت ارائه خدمات مختلف، هزینه‌های متفاوتی هم دریافت می‌گردد.

۳-۱. جریمه

یکی از اقسام وجوه دریافتی توسط شهرداری‌ها جریمه می‌باشد که با اهداف متعددی و در راستای حفظ قانون‌مداری وضع شده است. وجوهی که تحت عنوان جرایم توسط شهرداری‌ها اخذ می‌گردد و جزء درآمدهای شهری محسوب می‌شود، به‌عنوان مجازات تخطی از ضوابط و مقررات بوده و مابه‌ازایی برای آن متصور نمی‌باشد. اصلی‌ترین مصادیق ناظر بر جرایم قانونی، به جرایم ساختمانی مربوطه می‌شود که در تبصره‌های ۲ الی ۵ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری ذکر شده است و اساساً شوراهای اسلامی صلاحیت وضع جریمه را ندارند و این امر در صلاحیت قانون‌گذار می‌باشد که در اصل (۳۶) قانون اساسی بدان تصریح شده است^۱ (شریفی، ۱۳۹۸: ۱۷۰).

حال وجوه تشابه و تفاوت‌های جرایم با عوارض را این‌گونه می‌توان برشمرد؛ که اولاً مشابه عمده عوارض که به‌عنوان عوارض خاص تلقی شده و ناشی از قاعده اقدام و فعل و اراده شهروند می‌باشد، جرایم هم ناشی از اقدام شهروندان در عدم پایبندی به ضوابط و الزامات بوده و بر آنان تحمیل می‌شود. ثانیاً عوارض و جرایم هر دو دارای ماهیتی اجباری بوده و پس از تعلق آن به شهروندان، پرداخت وجوه به‌عنوان یک تکلیف تلقی می‌شود.

از حیث وجوه تمایز نیز، برخلاف عوارض که دارای مابه‌ازاء بوده و خدمت متقابلی در قبال دریافت وجوه ارائه می‌شود، جریمه مابه‌ازائی نداشته و خدمتی را به همراه ندارد و در صورت وقوع تخلف از خاطی اخذ می‌گردد (حمزه‌لویان، ۱۳۹۵: ۳۲). دوم آنکه، مرجع تصویب این دو موضوع متفاوت است به‌نحوی که عوارض از طریق مقام مأذون از قانون‌گذار یعنی شوراهای محلی تصویب می‌شود در حالیکه اولاً جرایم توسط قانون‌گذار تعیین می‌شود و ثانیاً میزان جرایم توسط شهرداری و کمیسیون ماده صد تقویم می‌شود. همچنین مراجع صالح در رسیدگی به اختلافات ناشی از عوارض و جرایم هم مختلف است بدین طریق که اختلاف میان مؤدی عوارض و شهرداری در کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری رسیدگی می‌شود اما مرجع رسیدگی به اختلافات ساختمانی کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری می‌باشد (عطریان و غمامی، ۱۳۹۷: ۲۴؛ میرزایی و عطایی، ۱۳۹۸: ۳۲).

۱. دادنامه شماره ۱۰۱۰ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

با عنایت به وجوه اشتراک و افتراق میان عوارض محلی و مفاهیم مشابه، در بیان حدود و ثغور عوارض می‌توان به تأمین‌کنندگی بخشی از هزینه‌ها، تعلق به برخی مآخذ، بلاعوض نبودن و فقدان وصف تنبیهی اشاره نمود.

۲. واکاوی ماهیت عوارض شوراهای محلی از منظر واضعان و رویه دیوان عدالت اداری

در ادامه روند بررسی و شناخت مفهوم عوارض، منصرف از تعیین حدود و ثغور مفهوم عوارض محلی از مجرای ذکر تفاوت‌های میان عوارض و مفاهیم مشابه، به منظور نیل به مفهوم و ماهیت عوارض به واکاوی آن از منظر مقاصد واضعان عوارض و رویه نهاد نظارتی دیوان عدالت اداری پرداخته خواهد شد که پیوند مستحکمی با حقوق عامه دارد. چراکه با عنایت به مفهوم حقوق عامه که در ابعاد جزئی و کلی و به تعبیری فردی و جمعی تصویرنمایی می‌کند، مصادیق زیادی را در موضوعات چندگانه به خود اختصاص می‌دهد و آنچه در این مقاله مورد اهتمام خواهد بود توجه به عناصر اقتصادی و اجتماعی حقوق عامه می‌باشد.

به نحوی که از سویی مصالح عام جامعه و اغراض کلان را که در پرتو عوارض مصوب نمایان است محقق نماید و از دیگر سو، حامی حقوق اقتصادی تک‌تک شهروندان از طریق تناسب میان عوارض لازم‌الاجرا و خدمات دریافتی در راستای ارتقای عدالت اجتماعی باشد. چراکه تناسب از سویی به دنبال حمایت از مالکیت خصوصی افراد هم می‌باشد زیرا در رابطه میان افراد و اموال، مالکیت حد اعلای این ارتباط است (بیدار و عبدی‌پورفرد، ۱۴۰۰: ۴۹).

با این وصف، تبیین زوایای مبهم مفهوم عوارض از این منظر تاکنون مورد بحث و مذاقه قرار نگرفته و تعیین مفهوم مختار نیز از این مدار اصطیاد می‌گردد.

به‌طور کلی دو رویکرد در زمینه تصویب و اخذ عوارض میان واضعان و ناظران وجود دارد. اول؛ رویکرد عام، حداکثری و موسّع تصویب‌کنندگان و دریافت‌کنندگان عوارض محلی مشتمل بر شوراهای اسلامی و شهرداری‌ها نسبت به مفهوم عوارض. دوم؛ رویکرد مقتّد و ضابطه‌مند نهادهای نظارتی و حامی حقوق عامه نسبت به مفهوم عوارض.

در رویکرد اول بنابر نیازهای مالی نهاد شوراهای اسلامی و شهرداری‌ها در تأمین هزینه‌های جاری و همچنین تأمین هزینه انجام تکالیف قانونی، نظر به عام بودن مفهوم عوارض داشته و قائل به صلاحیت گسترده و مطلق شوراهای اسلامی در جعل عوارض نسبت به تمامی درآمدها، ارزش افزوده‌ها، کسب‌وکارها و ساکنان و فعالان مستقر در محدوده جغرافیایی داخل در صلاحیت این نهادها می‌باشند و باوری بر لزوم به ارائه خدمت مابه‌ازای دریافت عوارض نداشته و با عنایت به افزایش هزینه‌ها، با روند فزاینده‌ای در تصویب عناوین و مصادیق جدید فعال هستند.

اما در رویکرد دوم که عمدتاً مخاطبان عوارض تصویب شده و نهادهای نظارتی هستند، بر مفهوم مقید عوارض معتقدند و در نتیجه اقدام به اعتراض و ابطال عناوین، مصادیق و نرخ عوارض و صلاحیت‌های خارج از ضوابط نهاد واضع نموده و منجر به جریان یافتن روند رسیدگی قضایی، غیرقضایی و نظارت شرعی شده‌اند و همواره در آرا و نظریات صادرشده به حدود و ثغور مفهوم عوارض و التزام به صلاحیت وضع عوارض توسط شوراهای محلی تأکید داشته و گستردگی و مطلق‌العنان بودن آن را نمی‌پذیرند.

۲-۱. مبانی اختلاف نظر در رویکردها

با این وصف، اختلاف رویکردها و نگرش عام و یا مقید به مفهوم عوارض ناشی از دو عنصر مبنایی در رابطه با این مفهوم می‌باشد. بدین تعبیر که با نحوه مواجهه با این عناصر رویکردهای دوگانه مذکور مشهود خواهد بود. عنصر اول مأخذ و منشأ عوارض می‌باشد که بیان‌کننده موضوعاتی است که قابلیت اخذ عوارض توسط شوراهای محلی را دارا هستند. عنصر دوم، مفهوم خدمت و تناظر آن با اخذ عوارض می‌باشد که در نظرگاه قائلین به مفهوم عام عوارض، اخذ عوارض در صلاحیت شوراهای محلی بوده و از تمامی مأخذ قابل اخذ بوده و ضرورتی به ارائه خدمت متقابل وجود ندارد و یا خدمات کلی ارائه شده در قلمرو شوراها را وافی به مقصود می‌دانند اما در دیدگاه مقابل، از مأخذ مشخص و در صورت ارائه خدمات امکان اخذ عوارض وجود دارد و خدمات ارائه شده نیز دارای اقتضائات و شروطی می‌باشد. از این رو با نگاهی بر آرای مختلف صادره از مرجع قضایی دیوان عدالت اداری، به بررسی و تحلیل مبانی اختلاف در رویکردها پرداخته می‌شود.

۲-۱-۱. اختلاف در مأخذ و منشأ عوارض

ابتدایی‌ترین و مبنایی‌ترین ابهام که منجر به اختلاف نظرهای گسترده‌ای در مفهوم عوارض شده است ریشه در اختلاف نظر نسبت به مأخذ عوارض دارد. این موضوع که امکان اخذ عوارض از کدام مأخذ وجود دارد اصلی‌ترین سؤال پیش رو است.

از دیدگاه واضعان عوارض که قائل به امکان وضع هرگونه عوارضی در قلمرو محلی خود هستند، لازمه استقلال نهاد شوراهای محلی و تحقق تکالیف شهرداری‌ها، تأمین هزینه‌های مورد نیاز است و اساساً مفهوم عوارض در همین راستا و به منظور تأمین هزینه‌های اداره شهر می‌باشد و در گرو هیچ امری من جمله ارائه خدمت نبوده^۱ و از مجموع درآمدهای اخذشده و در راستای تکالیف محولّه و

۱. گردشکار رأی شماره ۷۷۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری. همچنین گردشکار رأی شماره ۴۲۸ مورخ ۱۳۹۵/۷/۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع ابطال تبصره ۳ تعرفه عوارض ارزش افزوده

در تمامی نقاط حوزه شهری امکان هزینه کرد وجود دارد. هرچند در عمل در اختلاف ایجاد شده فیمابین شهرداری باقرشهر و سازمان بهشت زهرا، سازمان مذکور مصوبه شورای شهر مبنی بر الزام به واریز میزان ۱۰ درصد از تعرفه اخذ شده از شهروندان به حساب شهرداری را با این استدلال که شهرداری در امور سازمان بهشت زهرا، خدمتی ارائه نمی دهد مورد خدشه قرار داده است و در نهایت به ابطال مصوبه مذکور منتهی شده است (محمدی، ۱۳۹۸: ۳۰۰).

از این رو مأخذ عوارض «تولیدات و درآمدهای اهالی» می باشد. این برداشت مستفاد از ماده ۸۵ قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات و الحاقات بعدی، صورت گرفته است که بیان می دارد: «شورای اسلامی شهر می تواند نسبت به عوارض متناسب با تولیدات و درآمدهای اهالی ... اقدام نماید». بنابراین در این دیدگاه مهم ترین اثر مأخذ واقع شدن منابع درآمدی مستقر در محدوده قانونی شهر برای وضع عوارض محلی، ممانعت از وضع عوارض بر غیر تولیدات و غیر از منابع درآمدی اهالی شهر می باشد و هریک از منابع درآمدی و به تبع آن ارزش افزوده ناشی از آن که در محدوده و حریم شهر حاصل می شود به عنوان یک مأخذ جهت وضع عوارض محسوب می شود. مؤید این دیدگاه هم عناوین جدید و گسترده ای همانند «حق الارض» است که به عنوان عوارض جدید به تصویب شوراهای محلی می رسد.

در نقطه مقابل دیدگاه پرداخت کنندگان و نهادهای نظارتی است که منشأ و مأخذ عوارض را ارائه خدمت می دانند. به تعبیری عوارض را مابه ازاء خدمت دانسته (رستمی، ۱۳۹۰: ۸۳ و کامیار، ۱۳۸۵: ۱۳۴) و تعلق آن به هر مأخذی را بدون ارائه خدمتی توسط شهرداری ها نادرست تلقی می کنند. همچنین بر این عقیده اند که پرداخت کننده عوارض باید از نوعی خدمت و انتفاع مستقیم بهره مند شود. لازم به ذکر است که این دیدگاه مأخذ را هر موضوعی که از شهرداری خدماتی دریافت می کند و یا دریافت خدماتی برای آن متصور است می داند و نباید با مفهوم خدمت مؤدیان، در این معنا که شهروندانی که اقدام به ارائه خدمت می نمایند و کسب و پیشه آنها مبتنی بر ارائه خدمت است و می توانند مأخذ عوارض قرار گیرند، اشتباه شود. از این رو در اولین قدم در موضوع عوارض، با تبیین مفهوم آن می توان در خصوص امکان سنجی وضع عوارض نسبت به هر مأخذی که در حدود صلاحیتی نهاد شوراهای اسلامی باشد و سایر قیود و الزامات مربوطه اعم از محلی بودن، مضاعف نبودن، در زمره مصادیق معاف نبودن و... را نقض نکرده باشد، اظهار نظر نمود بدین طریق که مفهوم

تجاری، کارگاهی مصوب شورای اسلامی شهر گز برخوار از استان اصفهان.

۱. دادنامه شماره ۳۸۱ - ۱۳۹۶/۴/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

عوارض با ارائه خدمت متقابل پیوند ناگسستنی دارد، بنابراین مأخذ عوارض هر نوع درآمد و ارزش افزوده ناشی از آن در قلمرو صلاحیتی شوراهای اسلامی نمی باشد، بلکه موضوعات دریافت کننده خدمت از شهرداری ها، به عنوان مأخذ عوارض محسوب می شوند که البته به میزان تأمین کننده بخشی از هزینه های ارائه آن خدمت (و نه هزینه تمام شده) مبتنی بر ماده ۸۵ قانون تشکیلات شوراهای، امکان اخذ عوارض وجود دارد. در همین راستا می توان به آرای متعدد صادره از سوی دیوان عدالت اداری اشاره داشت که عوارض شوراهای را به دلیل اینکه در قبال ارائه خدمتی نبوده، ابطال نموده است.^۱

نظر مختار مبتنی بر تعیین مفهوم عوارض از مجرای مأخذ عوارض، با رویکرد ضابطه مند هم سو است به طریقی که در تصویب و دریافت عوارض نگرشی مطلق نداشته و به درآمدهای محلی و هر آنچه به نحو مستقیم یا غیر مستقیم ارزش افزوده ای برای اهالی داخل در قلمرو صلاحیت محلی دارد، به عنوان مأخذ عوارض نگریسته نمی شود و در صورتی که شهرداری خدماتی را (سوی از موضوع بهای خدمات) ارائه نماید، امکان دریافت عوارض را به عنوان تأمین کننده بخشی از هزینه ها خواهد داشت. در این راستا عنایت به برخی دادنامه های هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال عوارض بر ارزش افزوده ناشی از تغییر کاربری گواهی بر این مدعاست.^۲ بنابراین عباراتی که در ماده ۸۵ قانون تشکیلات شوراهای به کار رفته است و وضع عوارض را متناسب با تولیدات و درآمدهای محلی از صلاحیت های شوراهای اسلامی بر می شمرد به معنای تعلق عوارض به درآمد نخواهد بود و اساساً عوارض ارتباط مستقیمی با درآمد ندارد، بلکه بیان گر این است که عوارض وضع شده که در قبال ارائه خدمات می باشد، باید در نرخ گذاری متناسب با درآمدهای محلی و وضعیت اقتصادی پرداخت کنندگان باشد و با نرخ یکسان برای تمامی نقاط تعیین نشود. همچنین استناد به ماده ۳ آیین نامه نحوه وضع و وصول عوارض به عنوان مؤیدی بر اخذ عوارض از درآمدها، با عنایت به عبارات آن ماده همچنان نافی ضرورت ارائه خدمت و سپس امکان اخذ عوارض از موضوعات مختلف نمی باشد و منصرف از این نکته، با عنایت به دادنامه شماره ۳۶۱ مورخ ۱۳۸۲/۹/۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ماده مورد استناد ابطال شده و فاقد اعتبار حقوقی می باشد. لذا در این وهله از تبیین ماهیت عوارض شوراهای محلی، اطلاق مفهوم عوارض و در

۱. دادنامه های شماره ۴۰۶-۴۰۷ مورخ ۸۷/۶/۳ و ۷۷۱ مورخ ۹۱/۱۰/۱۸ و ۸۵۰ مورخ ۹۴/۳/۲۵ و ۵۷۳ و ۵۷۲ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

۲. دادنامه شماره ۵۶۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۶/۱۴؛ دادنامه شماره ۲۴۷ مورخ ۱۳۹۱/۵/۲؛ دادنامه شماره (۴) مورخ ۱۳۹۱/۱/۱۴.

نتیجه اطلاق مآخذ آن مورد پذیرش نمی‌باشد.

۲-۱-۲. اختلاف در مفهوم و ضرورت تناظر خدمات

در ادامه روند تبیین مفهومی عوارض شوراهای محلی، دومین عنصر مبنایی که منجر به ایجاد دو رویکرد عام (بی‌ضابطه) و ضابطه‌مند نسبت به مفهوم عوارض شده است، اختلاف نظر در خصوص ضرورت تناظر خدمت در قبال اخذ عوارض و همچنین مفهوم و کیفیت خدمات ارائه‌شده می‌باشد به نحوی که از دیدگاه واضعان، اولاً مفهوم عوارض تلازمی با ارائه خدمات ندارد و ثانیاً در صورت پذیرش چنین الزامی، خدمات کلی ارائه‌شده در سطح قلمرو صلاحیتی شوراها وافی به مقصود می‌باشد. اما در دیدگاه ناظران عنصر ذاتی و قوام‌دهنده به عوارض، وجود مابه‌ازای خدمت می‌باشد و این امر به عنوان سنجش‌ای در قانونی بودن و یا مغایرت قانونی عوارض وضع شده مورد استناد قرار گرفته است و در خصوص کیفیت این خدمت هم باید قائل به تفصیل بود.

با این وصف نسبت به مفهوم عنصر خدمت ابهاماتی مطرح است که در تعیین مفهوم عوارض به علت پیوند با این مفهوم نیازمند واکاوی است که عبارت‌اند از اینکه مقصود از خدماتی که در قبال عوارض باید ارائه شود، چه نوع خدماتی است و آیا خدمات مستقیم است یا غیرمستقیم؟ به عبارتی آیا خدمات باید به نحو مستقیم نسبت به همان موضوع و مأخذ عوارض و پرداخت‌کننده آن ارائه شود یا ارائه خدمات غیرمستقیم به نحوی که منافع آن به پرداخت‌کننده عوارض به عنوان یکی از شهروندان هم برسد، ممکن است؟ آیا امکان هزینه‌کرد عوارض دریافتی و یا ارائه خدمات در محلی دیگر اما در همان موضوع عوارض و یا در موضوعی دیگر و غیرمرتبط با عوارض دریافتی که البته مشخص و معین باشد، ممکن است؟ آیا ضروری است که ارائه خدمات، هم‌زمان با دریافت عوارض باشد یا اینکه اخذ عوارض در قبال خدماتی که سابقاً ارائه شده است و یا در آینده ارائه خواهد شد هم ممکن است؟ در خصوص موضوعاتی که در زمان دریافت عوارض، امکان ارائه خدمات وجود ندارد، اما نیاز به خدمات در برهه‌های دیگر زمانی متصور است تکلیف چگونه خواهد بود؟ نفس خدمات باید چه ویژگی‌هایی داشته باشد که امکان اخذ عوارض میسر شود یعنی آیا باید مستمر باشد یا ضرورتی به استمرار نیست؟ آیا باید ارائه خدمات برای شهرداری هزینه‌زا باشد یا اینکه ارتباطی به هزینه‌زا بودن آن ندارد؟ آیا باید متولی اصلی آن شهرداری باشد تا امکان اخذ وجود داشته باشد یا اینکه به صرف تحقق خدمات در حوزه شهری از سوی هر نهادی که مرتبط با تکالیف شهرداری هم باشد، امکان جعل و اخذ عوارض میسر است؟ دیگر اینکه مرزهای تفکیک میان خدمات در قبال عوارض با خدمات در قبال بهای خدمات چیست؟

بررسی و تحلیل و یافتن پاسخ برای سؤالات و ابهامات ذکرشده متأثر از نوع رویکرد و نحوه

مواجهه با مفهوم عوارض و صلاحیت‌های شوراها متفاوت خواهد بود. همان گونه که گذشت از منظر مدیران شهری و واضعان عوارض، تأمین هزینه‌های اداره شهر اولویت اصلی است و بنابراین به ماهیت عوارض به عنوان یکی از اصلی ترین منابع درآمدی نگریسته می شود و همواره به دنبال افزایش درآمدها و گسترش عناوین عوارض از موضوعات جدید هستند و از سوی دیگر هم نسبت به هزینه کرد آن قائل به لزوم آزادی عمل هستند و موضوع، محل و زمان هزینه کرد و ارائه خدمات را بنابر تشخیص مدیران شهری و نیازهای شهر تعیین می نمایند. به عنوان مثال نسبت به موضوع کسری پارکینگ و یا تغییر کاربری اخذ عوارض غیرقانونی صورت می گیرد^۱ و در قبال آن خدمت مستقیمی ارائه نشده و حتی درآمدهای ناشی از اخذ عوارض، قابل هزینه در احداث فضای سبز در سطح شهر و یا بهسازی خیابان‌های شهر می باشد و در این حالت ثمرات این اقدامات و خدمات ارائه شده به نحو غیرمستقیم به پرداخت کننده هم واصل و یا مرتبط می شود. در نتیجه اتخاذ این رویکرد اختلافات گسترده ای میان مؤدیان و نهادهای نظارتی عوارض و نهادهای متولی تصویب و اخذ ایجاد شده است که به ابطال عناوین قابل توجهی از عوارض جعل شده و ناقض حقوق شهروندان منتهی شده است. بنابراین تحلیل مفهوم عوارض و یافتن پاسخ ابهامات این موضوع و ارائه نظر مختار، مستلزم اتخاذ رویکردی سوای از نظرگاه مدیران شهری است لکن بدون توجه به اقتضائات اداره شهر و تأمین هزینه ها نخواهد بود و به دنبال نیل به رویکرد و راهکاری کاربردی و تعادل بخش در تضمین حقوق شهروندان و مقاصد مدیران شهری خواهیم بود.

با این وصف سنگ بنای رویکرد مختار که ملهم از نظرات مرجع قضایی دیوان عدالت اداری و تضمین حقوق عامه است، مبتنی بر پیوند اخذ عوارض در قبال ارائه خدمت می باشد و بدون وجود عنصر خدمت، اخذ عوارض منطبق بر مقاصد قوانین و مقررات و تضمین گر حقوق عامه نمی باشد که به دادنامه های مربوطه اشاره خواهد شد. علت تمسک به آرای دیوان عدالت اداری در این موضوع این است که رویه قضایی این مرجع در شرایط عدم حضور قانون عام، می تواند منجر به ارائه اصول جدید در حوزه حقوق اداری شود (حسنوند و اکبری، ۱۳۹۹: ۹۱). حال نسبت به این خدمات، اولین سؤال لزوم مستقیم بودن آن و یا امکان ارائه خدمات غیرمستقیم می باشد. در این زمینه لازم به توضیح است که مفهوم خدمات مستقیم یا غیرمستقیم این است که در قبال پرداخت عوارض، خدمات ارائه شده نسبت به همان موضوع عوارض اخذ شده، نسبت به محل عوارض اخذ شده و نسبت به

۱. به عنوان نمونه: دادنامه شماره ۲۴۷ مورخ ۱۳۹۱/۵/۲، دادنامه شماره ۵۶۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۶/۱۴، دادنامه شماره ۵۶۳ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۸.

پرداخت‌کننده عوارض امکان دارا بودن رابطه مستقیم یا غیرمستقیم را دارد. در رویکرد مختار، باید رابطه پرداخت عوارض در یک موضوع با شهرداری از نوع مستقیم باشد. بدین معنی که عوارض اخذشده باید در همان موضوع و عنوان اخذشده و در همان محل هزینه شود و خدمات ارائه گردد. یعنی پرداخت‌کننده عوارض، دریافت‌کننده خدمات متقابل باشد. به عنوان مثال هم‌زمان با پرداخت عوارض، شهرداری اقدام به احداث کوچه‌های فرعی در محل سکونت مؤدی می‌نماید. این فرض ساده‌ترین شق از رابطه مستقیم می‌باشد که امکان هم‌زمانی در پرداخت عوارض و دریافت خدمات متصور است. اما در فروض دیگر که شهرداری سابقاً خدماتی را مهیا نموده است و هزینه‌هایی را متقبل شده است و یا شهرداری مکلف به تأمین و ارائه خدمات در برهه زمانی آتی و البته با زمان‌بندی متعارف می‌باشد، مانند حالتی که پس از استقرار حدنصاب ساکنین یک محله، شهرداری مکلف به خیابان‌کشی خواهد بود، پرداخت‌کننده عوارض در واقع هزینه‌های سابق شهرداری و یا هزینه‌های قریب‌الوقوع را پرداخت می‌نماید و نوع این رابطه هم مستقیم خواهد بود چون در همان موضوع عوارض دریافتی و همان محل اخذ، هزینه شده یا خواهد شد اما تقارن زمانی ندارد. این فرض انعطاف لازم را برای اقدامات مدیران شهری در اولویت‌بخشی و تأمین هزینه‌ها فراهم خواهد نمود اما لازم به ذکر است مرزهای ظریفی میان رویه کنونی شهرداری‌ها با این نظریه وجود دارد. بدین شرح که در این تئوری، یا باید خدمتی به‌نحو هم‌زمان ارائه شود، یا خدماتی سابقاً ارائه شده است و یا ضرورت ارائه خدمات در آینده متصور باشد. یعنی عنصر تلازم عوارض و ارائه خدمت معین، نقطه عطف این دیدگاه است چراکه در صورت فقدان آن، عوارض با اسلوب قوانین و مقررات و رویه دستگاه‌های نظارتی مغایرت دارد و از طرفی هم انعطاف پیش‌بینی‌شده، صرفاً در قالب رابطه مستقیم عوارض و ارائه خدمت متصور است و عدم تقارن زمانی ارائه خدمت، امکان چنین انعطافی را در هزینه‌کرد عوارض فراهم آورده است. یعنی در شرایطی که پس از دریافت عوارض امکان ارائه خدمت وجود ندارد که یا ناشی از کفایت خدمات سابق ارائه شده است و یا نیازمند سپری شدن زمان است، اما ضرورت خدمت و نیاز بدان، منتفی نمی‌باشد، امکان هزینه‌کرد مستقیم عوارض در بستر زمانی توسعه می‌یابد و در هیچ حالتی، مستقیم بودن آن در معنای هزینه‌کرد در همان موضوع و محل از بین نمی‌رود. در حالیکه در رویکرد کنونی شهرداری‌ها، با این توجیه که خدمات سطح شهر و تکالیف شهرداری‌ها، مستلزم تأمین هزینه است، در نتیجه از هر موضوعی امکان اخذ عوارض به‌منظور تأمین هزینه‌های سطح شهر وجود دارد و با این تفسیر، همیشه خدمات غیرمستقیمی متصور خواهد بود که نیازمند تأمین هزینه است. بنابراین هیچ‌گونه قید و حصری در روند جعل عناوین جدید و اخذ عوارض وجود نخواهد داشت. پس در این زمینه معیار مورد پذیرش به‌منظور ممانعت از اجحاف به شهروندان

و تضییع حقوق عامه، لزوم ارائه خدمات مستقیم و در همان موضوع و مکان اخذ عوارض ضروری است اما امکان انعطاف از جهت زمان‌بندی ارائه این خدمات، متصور می‌باشد.

در همین زمینه می‌توان به دادنامه شماره ۱۵۴ مورخ ۱۳۹۶/۲/۲۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره داشت که معیار خدمت متقابل و به شکل مستقیم را در وجاهت و اعتبار قانونی عوارض محلی به عنوان معیار سنجش مطرح می‌نماید. در مصوبه مورد شکایت که به منظور اخذ عوارض از کارشناسان رسمی دادگستری وضع شده است هیئت عمومی دیوان عدالت اداری این گونه استدلال می‌نماید که شهرداری در خصوص کارشناسان رسمی دادگستری ارائه‌دهنده خدمات مستقیمی نیست تا امکان برقراری عوارض را داشته باشد.^۱ لازم به توضیح است که برخی شوراها با تغییر عنوان عوارض به بهای خدمات، سعی در قانونی جلوه دادن اخذ وجوه دارند که فارغ از ماهیت متفاوت این مفاهیم، ضرورت ارائه خدمات در هر دو موضوع باقی است.

در موضوع لزوم مستقیم بودن و معین بودن محل هزینه‌کرد عوارض مأخوذه ممکن است چنین خدشه‌ای وارد شود که به موجب ماده ۸۵ قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران: «شورای اسلامی شهر می‌تواند نسبت به وضع عوارض متناسب با تولیدات و درآمدهای اهالی به منظور تأمین بخشی از هزینه‌های خدماتی و عمرانی مورد نیاز شهر طبق آیین‌نامه مصوب هیئت وزیران اقدام نماید». بنابراین قانون‌گذار تأمین هزینه‌های شهر را مورد نظر داشته و سخنی از مستقیم بودن و معین بوده مطرح ننموده است. در پاسخ به این ایراد این گونه می‌توان بیان داشت که اولاً قانون‌گذار با بیان جهت وضع عوارض، امکان بهره‌گیری از آن را صرفاً در تأمین هزینه‌های خدماتی و عمرانی مجاز دانسته است و این امر خود گواهی بر عدم امکان هزینه‌کرد در اموری همچون مصارف و هزینه‌های جاری است. ثانیاً بیان جهات هزینه‌کرد، در معنای امکان اخذ عوارض از تمامی موضوعات داخل در محدوده صلاحیت محلی و نفی سایر الزامات نمی‌باشد. ثالثاً با عنایت به ماهیت اخذ عوارض که به منزله استثنائی بر اصل تسلیط بوده و نیازمند تفسیر مضیق می‌باشد و ضروری است تحدید حقوق شهروندان در این زمینه بر اساس ضابطه و قیودی صورت گیرد که یکی از اصلی‌ترین این ضوابط، ارائه خدمات مستقیم و معین در ازای اخذ عوارض است چراکه در صورت عدم لزوم مستقیم

۱. مصداق دیگر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۸۵ مورخ ۱۳۹۶/۲/۱۲ مشهود است. «ابطال قسمت‌هایی از مصوبه شماره ۲۱۸۵ - ۱۳۸۷/۱۱/۱۴ شورای اسلامی شهر بهشهر در خصوص دریافت تعرفه عوارض تفکیک و هزینه خدمات ناشی از تفکیک اراضی یا عرصه املاک کمتر از ۱۰۰ متر» در رأی شماره ۱۳۱۴ و ۱۳۱۵ و ۱۳۱۶ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

بودن ارائه خدمات، با عنایت به ماهیت اقدامات شهرداری، هر نوع خدمتی به نحو غیر مستقیم، مجوزی برای اخذ عوارض خواهد بود و این در معنای تضییع حقوق شهروندان خواهد بود.

با این وصف به سؤال دیگری هم پاسخ داده شد که درخصوص امکان هزینه کرد عوارض و یا ارائه خدمت در محلی دیگر اعم از همان موضوع و یا موضوع دیگر می باشد که با عنایت به بررسی صورت گرفته قیود این هزینه کرد در همان موضوع و همان محل، به صورت توأمان می باشد و در فروض انعطاف به دلیل عدم تقارن زمانی، به این دلیل که در نهایت مصرف عوارض به نحو مستقیم و در محل و موضوع اخذ عوارض حاصل می شود، تصمیم بر جابه جایی و اولویت بخشی توسط مدیران شهری ممانعتی نخواهد داشت چراکه نتیجه این اقدامات هم ارائه خدمات غیر مستقیم نخواهد بود. نکته دیگری که حائز اهمیت است ضرورت ارائه خدمات مابه ازای دریافت عوارض می باشد. حال به شکل هم زمان، یا مسبوق بر دریافت عوارض و یا در فواصل زمانی بعد از اخذ عوارض که جملگی این موارد حاکی از این است که مجوز اخذ عوارض با ضابطه ارائه خدمات صرفاً در این فرض ممکن است؛ ابتدا اینکه متقابلاً و یا هم زمان ارائه خدماتی صورت بگیرد و دوم اینکه در صورت عدم تقارن زمانی، امکان و نیاز به ارائه خدمات متصور باشد. یعنی نسبت به موضوعی که اخذ عوارض صورت می گیرد، ارائه خدمات متقابل و به شکل مستقیم و مرتبط با همان موضوع و محل، توسط شهرداری ها متصور باشد. در این زمینه می توان به یکی از مصادیق عوارض ابطال شده توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره داشت که عوارض «حق الثبت»^۱ از دفاتر رسمی را که توسط شهرداری ها نسبت به ثبت کلیه اسناد در دفاتر اسناد رسمی، اخذ می شد، به علت فقدان مابه ازاء خدمتی مغایر با قوانین اعلام نموده است. در این مصداق از عوارض علاوه بر اینکه شهرداری ها نسبت به موضوع ثبت اسناد رسمی خدمت مستقیمی ارائه نمی دهند، هیچ گونه خدمت مستقیم هم نسبت به این موضوع در آینده هم متصور نمی باشد و به تعبیری مجالی برای ارائه خدمات مستقیم شهرداری در این زمینه وجود ندارد. بنابراین با ضابطه بیان شده، وجاهتی هم برای اخذ چنین عوارضی متصور نیست.

موضوع دیگری که درخصوص خدمات نیازمند بحث است، جنس خدمات می باشد که آیا این خدمات باید مستمر باشد تا مجوزی برای دریافت عوارض باشد یا اینکه لزومی به استمرار وجود ندارد. در این زمینه به نظر می رسد جنس خدمات مابه ازای عوارض، غالباً مستمر نیست و از نوع تأسیسی، زیرساختی و تک مرحله ای می باشد و به صرف تحمیل هزینه برای شهرداری ها به منظور ارائه خدمت، جواز اخذ عوارض معقول خواهد بود. بنابراین اموری که مستمراً نیاز به تأمین هزینه

داشته باشند، در زمره عوارض قرار نمی گیرند و تحت عناوینی همچون کارمزد، هزینه، آبونمان و بهای خدمات دسته بندی می شوند. در همین زمینه لازم به ذکر است که میزان عوارض دریافتی هم با عنایت به مقاصدی که قانون گذار درخصوص اخذ عوارض در بند ۲۵ ماده ۸۰ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی بیان داشته و آن را تأمین کننده بخشی از هزینه ها معرفی نموده است، معادل هزینه تمام شده نخواهد بود و به عنوان بخشی از هزینه ها می باشد که البته به تناسب جمعیت مؤدیان و سایر قیود همچون میزان درآمدهای اهالی و رعایت سیاست های عمومی دولت، تعیین خواهد شد.

در خصوص خدمات مابه ازای عوارض، نکته حائز اهمیت دیگر این است که آیا خدمات ارائه شده باید برای شهرداری هزینه زا باشد تا مجوزی برای اخذ عوارض وجود داشته باشد یا لزومی به این امر وجود ندارد؟ در پاسخ به این موضوع این گونه می توان بیان داشت که اولاً با عنایت به عبارات قانونی دال بر تأمین کننده بودن عوارض به عنوان بخشی از هزینه ها، تصور قانون گذار بر هزینه زا بودن ارائه خدمات می باشد که امری منطقی و منطبق با واقعیت است چراکه ارائه هرگونه خدمتی قطعاً مستلزم تحمیل هزینه هایی خواهد بود. بنابراین ارائه خدماتی بدون هزینه برای شهرداری ها در فرض اولیه متصور نمی باشد اما در فروضی می توان چنین امری را متصور بود. ابتدا در فرض عدم تقارن زمانی پرداخت عوارض و ارائه خدمات است که مذاقه در الزام شهرداری به ارائه خدمات مسبوق بر دریافت عوارض و یا مؤخر بر آن، گواهی بر هزینه زا بودن ارائه خدمات می باشد که در بستر زمانی گذشته یا آینده بر شهرداری ها تحمیل می شود. فرض دیگر ارائه بخش یا تمامی خدمات توسط نهاد دیگری می باشد که در نتیجه آن، شهرداری هزینه ای را عهده دار نمی شود و یا بخشی از آن را متحمل می گردد. همچون بررسی، مطالعه و طراحی دوربرگردان در معابر دارای گره ترافیکی، که بخش زیادی از این امور در زمینه مطالعه و شناسایی راهکارها، بر عهده سایر نهادها همچون راهنمایی و رانندگی می باشد و مجری بخش عملیاتی آن شهرداری می باشد. در این فرض با عنایت به قواعد مارالذکر، استحقاق شهرداری نسبت به عوارض در صورتی که خدمت ارائه شده را به میزانی بدانیم که نیازمند تأمین هزینه است، به همان میزان مشارکت شهرداری در تحقق این خدمت است که البته با عنایت به تکالیف شهرداری در ارائه خدمات شهری، هزینه این گونه اقدامات جزئی مجالی برای استحقاق دریافت عوارض مستقل نخواهد بود و عناوین عوارض کلی اخذ شده همچون عوارض سالیانه خودروها، پوشش دهنده چنین اموری می باشد.

نتیجه

همان گونه که گذشت عوارض مصوب شوراهای محلی با عنایت به تکالیف عدیده شهرداری ها در مدیریت امور شهری به موجب تجویزات قانونی از شهروندان اخذ می گردد و با حقوق اقتصادی

و اجتماعی عامه شهروندان در ارتباط است، به عنوان مهم ترین منبع درآمدی شهرداری ها محسوب می شود. اما این مفهوم با وجود قدمت در تأسیس و اخذ به موجب اسناد قانونی، در هیچ یک از قوانین و مقررات تبیین نشده و ماهیت آن مشخص نمی باشد. بنابراین شوراهای اسلامی مختلف بر اساس استنباط خود از این مفهوم و به منظور تأمین منابع مالی فزاینده، اقدام به جعل عوارض از مصادیق مختلف قلمرو صلاحیتی خود می نمایند که در نتیجه آن اعتراض و اختلافات گسترده ای ایجاد می شود و مرجع قضایی دیوان عدالت اداری اصلی ترین نهاد رسیدگی کننده به این امور می باشد. در آرای صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اصول بسیاری در خصوص حدود و ثغور عوارض مصوب شوراهای بیان شده است همانند ممنوعیت اخذ عوارض مضاعف، عطف به ماسبق نشدن، قانونی بودن و... لکن بازدارندگی کافی مشهود نمی باشد و عقیده نگارندگان بر ضرورت تبیین ماهیت عوارض محلی می باشد که در پی آن، بسیاری از الزامات و اصول به دلیل ذاتی بودن و مستتر بودن در مفهوم عوارض، به صورت پیشینی و در روند تقنینی مراعی بوده و مانع از اختلافات می گردد. در این راستا ابتدا از مفاهیم مشابه عوارض در تعیین حدود و ثغور بهره گرفته شد که مالیات، بهای خدمات و جرایم مورد بررسی قرار گرفت و مشخص گردید ماهیت عوارض با وجود برخی وجوه اشتراک، دارای ویژگی تأمین کنندگی بخشی از هزینه ها، تعلق به برخی منابع، بلاعوض نبودن و فقدان وصف تنبیهی و مجازاتی است. سپس در روند ماهیت شناسی عوارض محلی، به عنصر خدمت متقابل به عنوان وصف ذاتی این مفهوم نائل شدیم و از گذار این مفهوم تفاوت دیدگاه واضعان مبنی بر عدم ضرورت تناظر خدمت و دیدگاه مرجع نظارت قضایی دیوان عدالت اداری مبنی بر تلازم ارائه خدمت در مابه ازاء عوارض دریافتی مشخص گردید و در نتیجه منبع عوارض هم برخلاف تبیین مفهوم عام عوارض و در معنای درآمد حاصل از منابع موجود در قلمرو صلاحیت شوراهای، به دریافت کنندگان خدمت از شهرداری در مفهوم ضابطه مند عوارض تغییر نمود. در خصوص عنصر کلیدی خدمت به عنوان اصلی ترین شاخصه قانونی بودن یا مغایرت قانونی عوارض، این گونه بیان شد که باید مستقیم و در قبال موضوع اخذ عوارض باشد و ضرورتی به هم زمانی ارائه خدمت با اخذ عوارض وجود نداشته و در بستر زمانی دریافت پیشینی خدمت و دریافت متقارن و پس از پرداخت عوارض با توجه به متصور بودن دریافت خدمت در آینده قابل ترسیم است. همچنین مستقیم بودن رابطه خدمت و عوارض مبین امکان هزینه کرد عوارض صرفاً در همان مأخذ عوارض می باشد و هزینه کرد در سایر امور شهری مجوزی بر اخذ عوارض نخواهد بود. میزان عوارض دریافتی هم به میزان بخشی از هزینه ها می باشد و شهرداری در صورت تقبل هزینه خدمات توسط سایر نهادها، مجاز به اخذ عوارض نخواهد بود. نهایت اینکه ماهیت عوارض اخذ وجوه مابه ازای ارائه خدمات مستقیم به همان

منبع اخذ عوارض می‌باشد و از مآخذ دریافت‌کننده خدمات که داخل در قلمرو صلاحیتی شوراها می‌باشند دریافت می‌گردد. ثمره این تبیین این است که بسیاری از الزامات در جعل عوارض باید رعایت شود تا امکان شکل‌گیری عوارض فراهم گردد و از تضییع حقوق عامه ممانعت شود و سپس سایر قیود مربوطه مراعات گردد و در صورت عدم الزام به عناصر تعریف، اساساً وضع عوارض صورت نگرفته است و تصویب مخدوش می‌باشد. بنابراین نهادهای نظارت پیشینی با عنایت به این ضابطه و مفهوم امکان ممانعت از اجرای قبیل مصوبات را خواهند داشت.

منابع

فارسی

- بیدار، زهرا و ابراهیم عبدی پور فرد (۱۴۰۰)، «تأملی بر قلمرو و اهداف اصول حقوق عمومی اقتصادی در پرتو آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: انتشارات گنج دانش.
- حسونند، محمد و مینا اکبری (۱۳۹۹)، «گذار از قاعده تقنینی به قاعده گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۲.
- حمزه لوییان، پرگل (۱۳۹۵)، *اصول حقوقی ناظر بر تعیین عوارض محلی در رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری*، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس.
- شریفی، محسن (۱۳۹۲)، «چرایی نقض مصوبه های شوراهای شهر در دیوان عدالت اداری»، *مجموعه مقالات همایش مصوبات شوراهای اسلامی شهر و روستا در آراء دیوان عدالت اداری*، شیراز: دانشگاه شیراز.
- رستمی، ولی (۱۳۹۰)، *مالیه عمومی*، تهران: نشر میزان.
- عبداللهی، غلامحسین (۱۳۹۵)، *فرهنگ لغت و اصطلاحات شهر و شهرداری*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
- عطریان، فرامرز و سیدمحمد مهدی غمامی (۱۳۹۷)، *جهات ابطال عوارض شوراهای اسلامی در دیوان عدالت اداری*، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
- فقیه لاریجانی، فرهنگ (۱۳۸۷)، «تحلیل حقوقی آرای شماره ۸۳۵، ۵۴۴ و ۵۴۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، تهران: *ماهنامه اطلاع رسانی، آموزشی و پژوهشی شورای عالی استان ها*، شماره ۳۱.
- قدمی، مصطفی، میریعقوب سیدرضایی و سعید زادی قطار (۱۳۹۲)، «تحلیلی بر مبانی حقوقی منابع درآمدی شهرداری ها با تأکید بر عوارض»، *فصلنامه مطالعات ساختار و کارکرد شهری*، دوره ۱، شماره ۴.
- کامیار، غلامرضا (۱۳۸۹)، *حقوق شهری و شهرسازی*، تهران: مجلد.
- مبین، حجت الله (۱۳۹۸)، «تحلیل آماری موارد ابطال مصوبات شوراهای اسلامی شهر در آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، *مجموعه مقالات همایش مصوبات شوراهای اسلامی شهر و روستا در آراء دیوان عدالت اداری*، شیراز: دانشگاه شیراز.
- موسی زاده، ابراهیم و علی سهرابلو (۱۳۹۴)، «صلاحیت وضع عوارض و اصول حاکم بر آن در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، *مجله دانش حقوق عمومی*، سال چهارم، شماره ۱۱.
- محمدی، امید (۱۳۹۸)، *عوارض غیرقانونی ساخت وساز املاک*، تهران: انتشارات جنگل.
- میرزایی، زهرا و سیدعسکر عطایی (۱۳۹۸)، *اصول و قواعد حاکم بر وضع عوارض توسط شوراهای اسلامی و نظارت دیوان عدالت اداری بر آن*، تهران: انتشارات امجد.
- هادی زنوز، بهروز (۱۳۸۸)، «مبانی نظری نظام درآمدی شهرداری ها»، *فصلنامه اقتصاد شهر*، شماره ۲.
- هداوند، مهدی و یزدانی زنوز، هرمز (۱۳۹۰)، *نظام حقوقی رسیدگی به اختلافات شهرداری*، تهران: انتشارات جنگل - جاودانه.

انگلیسی

- John R. Bartle, Kenneth A. Kriz (2011), **Local Government Revenue Structure: Trends and Challenges**, J. OF Public Budgeting, Accounting & Financial Management, v. 23.
- Martinez. Luis R. (2015), **Sources of Revenue and Local Government Performance**, London School of Economics and Political Science.

توزیع مسئولیت مدنی به میزان درجه تأثیر در تصادفات رانندگی با تکیه بر مواد ۵۲۶ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی

علیرضا امیدیان*، سیدحسن وحدتی شبیری**، محمدعلی سعیدی***

چکیده

با توجه به اینکه نگاه سنتی به مسئولیت جبران خسارت در حوادث رانندگی، پاسخ‌گوی نیاز فعلی جامعه نبوده است، قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون مجازات اسلامی و قرار دادن قاعده استناد به عنوان مبنای قانون‌گذاری، مقرراتی را در راستای اجرای عدالت و منطبق با نظام‌های حقوقی دنیا به تصویب رساند. یکی از مقررات مصوب در این قانون، ماده ۵۲۶ است که در آن با عبور از نظریه مشهور فقها و ماده ۳۳۲ قانون مدنی، در موارد اجتماع سبب و مباشر، حکم به توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر شده است. از طرفی در ماده ۵۲۸ همین قانون در بحث تصادفات به صورت مطلق و با نادیده گرفتن درجه تأثیر، حکم به تقسیم مسئولیت به تساوی شده است. به نظر می‌رسد بین این دو ماده از نسب اربعه، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد و نقطه اجتماع که فرض اجتماع سبب و مباشر در تصادفات است، مشمول هر دو ماده می‌گردد. سؤالی که در این خصوص به ذهن می‌رسد این است در مورد تعارض بین این دو ماده، کدام یک حاکم است؟ ما در این پژوهش به روش تحلیلی و توصیفی با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای به این نتیجه می‌رسیم که در صورت اجتماع سبب و مباشر در تصادفات، ماده ۵۲۶ مقدم است و باید حکم به توزیع مسئولیت بین عوامل به میزان درجه تأثیر نمود، ولی در سایر صور با توجه به سابقه فقهی موضوع، نمی‌توان از اطلاق ماده ۵۲۸ چشم‌پوشی کرد.

واژگان کلیدی: اجتماع سبب و مباشر، تصادفات رانندگی، توزیع مسئولیت، درجه تأثیر

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
alirezaomidian1993@gmail.com

vahdati11@gmail.com

** دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

saeedi_mha@yahoo.com

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

مقدمه

اهمیت وسایل نقلیه موتوری در زندگی حاضر بشر به نحوی است که فقدان آن زندگی انسان را با اختلال روبه‌رو می‌کند، اما متأسفانه با همه مزایایی که وسایل نقلیه در جهت تسهیل امورات زندگی دارد، باعث ایجاد حوادث مالی و جانی بسیاری شده است و تبدیل به یکی از عوامل مرگ‌ومیر در جهان، به‌ویژه در کشورهای کمتر توسعه‌یافته مثل کشور ما شده است. در ابتدا نظام حاکم بر مسئولیت ناشی از حوادث رانندگی، نظام مبتنی بر تقصیر بود، ولی رشد زیاد تولید این وسایل نقلیه و استفاده زیاد از آن‌ها، باعث ایجاد حوادث پیچیده‌ای شد که دیگر قواعد سنتی پاسخ‌گوی آن‌ها نبود. در کشور ما قوانین مربوط به حوادث رانندگی و نقش و میزان مسئولیت عوامل در قوانین مجازات مصوب بعد از انقلاب گنجانده شده است که این قوانین عمدتاً با رویکرد فقهی و به تبعیت از نظام اتلاف و تسبیب مصوب شده و پاسخ‌گوی نیاز جامعه و پیچیدگی حوادث و صدمات ناشی از تصادفات نبوده است (آقائی و مهر، ۱۳۹۹: ۱۶).

در عوامل ایجاد خسارت و توجه مسئولیت، فروض مختلفی قابل‌تصور است. یکی از این فروض، اجتماع سبب و مباشر است که در آن یک عامل به‌صورت مباشری و مستقیم و دیگری به‌صورت غیرمستقیم در ایجاد حادثه زیان‌بار ایفای نقش می‌کنند. در این خصوص قانون مجازات اسلامی سابق در ماده ۳۶۳ با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه و ماده ۳۳۲ قانون مدنی، مباشر را به‌صورت کامل مسئول جبران خسارت می‌دانست مگر اینکه سبب در صورتی اقوی از مباشر باشد، اما در سال ۱۳۹۲، قانون‌گذار با تصویب ماده ۵۲۶، به جای لفظ «درجه تقصیر»، تعبیر به «درجه تأثیر» نمود و با تغییر رویکرد از قانون سابق و در راستای اجرای عدالت، هم مباشر و هم سبب را به میزان درجه تأثیر، مسئول جبران خسارت دانست. از طرفی قانون‌گذار در موضوع تصادفات نیز با تصویب ماده ۵۲۸، بدون توجه به درجه تأثیر و تقصیر و به‌صورت مطلق، هر یک از عوامل ایجاد خسارت در حوادث رانندگی را به‌نحو مساوی مسئول جبران خسارت دانست. اگرچه در موضوع تصادفات عمدتاً ایجاد خسارت توسط عوامل به‌صورت عرضی و فرض اجتماع اسباب یا اجتماع مباشرین است، ولی فرض اجتماع سبب و مباشر در تصادفات نیز قابل‌تصور است. در فرض اخیر، اطلاق هر یک از مواد ۵۲۶ و ۵۲۸ نافی یکدیگر و شامل مورد اجتماع مذکور می‌گردد و در ماده ۵۲۶ توجه مسئولیت به عوامل به میزان درجه تأثیر، ولی در ماده ۵۲۸ حکم به تقسیم مسئولیت به‌نحو تساوی و با صرف‌نظر از درجه تأثیر شده است.

در حیطه موضوع تصادفات پژوهش‌های بسیاری صورت گرفته، ولی درخصوص بررسی اجتماع سبب و مباشر در تصادفات و مقایسه بین مواد مذکور به‌رغم وجود ابهام، سابقه پژوهشی به چشم

نمی خورد. ابهامات و سؤالاتی که به ذهن خطور می کند اینست که؛ رابطه منطقی بین دو ماده چیست؟ در فروض مختلف تصادفات از جمله تعدد اسباب، ملاک در مسئولیت عوامل ایجاد خسارت چیست؟ در صورت اجتماع سبب و مباشر در تصادفات، حکم به توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر لحاظ می گردد یا باید حکم به تساوی مسئولیت عوامل با چشم پوشی از درجه تأثیر نمود؟ در صورت پذیرش حاکمیت ماده ۵۲۶ در مود اجتماع، آیا می توان در سایر فروض تصادفات از جمله اجتماع اسباب یا اجتماع مباشرین نیز حکم به توزیع مسئولیت به نحو تساوی نمود؟ در پژوهش حاضر با استفاده از قوانین و مقررات مصوب و استناد به منابع فقهی و نظریات دکترین حقوقی و در راستای پاسخ به سؤالات مذکور، با توجه به وحدت ادله ارائه شده در صور مختلف تصادفات، ابتدا به بیان و بررسی رابطه بین مواد مذکور، سپس به مسئولیت عوامل ایجاد خسارت در فروض منطبق با ماده ۵۲۸ (غیر از صورت اجتماع سبب و مباشر) و نهایتاً به اجتماع سبب و مباشر در تصادفات پرداخته می شود.

۱. بررسی رابطه منطقی بین مواد ۵۲۶ و ۵۲۸

۱-۱. تبیین

در مقام بیان رابطه منطقی بین مواد ۵۲۶ و ۵۲۸ این گونه به نظر می رسد که ماده ۵۲۶ اصلاً ناظر به تصادفات نیست و ارتباطی به موضوع تصادفات ندارد، زیرا موضوع ماده مذکور، فرض اجتماع سبب و مباشر در بروز خسارت است، اما ماده ۵۲۸ مربوط به مسئولیت عامل زیان در تصادفات است. حکمت وضع ماده ۵۲۶ در مقابل ماده ۳۳۲ قانون مدنی است که ماده ۳۳۲ در مقام اجتماع سبب و مباشر، صرفاً مباشر را مسئول جبران خسارت دانسته است. قانون گذار در سال ۱۳۹۲ با وضع ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی با عدول از ماده ۳۶۳ قانون ۱۳۷۰ و ماده ۳۳۲ قانون مدنی، علاوه بر مباشر، سبب را نیز مسئول جبران خسارت دانسته است. به نظر می رسد ماده ۵۲۶ نسخ ماده ۳۳۲ قانون مدنی و حکمت وضع آن در همین راستا بوده و این ماده حاکی از آن است که نمی توان صرفاً مباشر را مسئول جبران خسارت دانست و هرکس مطابق سهمش از دخالت در ایجاد خسارت، باید مسئولیت نیز متوجه او گردد. در هر صورت ماده ۵۲۶ ارتباطی با ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی که بحث تصادفات است، ندارد؛ لذا رابطه بین این دو ماده تبیین است.

۱-۲. عموم و خصوص مطلق

دیگر احتمالی که در مورد رابطه بین مواد مذکور به ذهن تبادر می کند این است که ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی عام و ماده ۵۲۸ خاص است، لذا رابطه بین این دو مواد عام و خاص مطلق است. بدین توضیح که موضوع ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی به صورت عام، فرض تعدد سبب و مباشر در ایجاد خسارت است، در حالی که موضوع ماده ۵۲۸ خاص تصادفات است، لذا ماده

۵۲۸ مخصص ماده ۵۲۶ است و در همه جا غیر از تصادفات به ماده ۵۲۶ باید مراجعه کرد، ولی تصادفات پرونده جدایی دارد و درجه تأثیر در آن نباید لحاظ گردد و ۵۲۶ عام و ۵۲۸ مختص تصادفات است؛ بنابراین خصوص تصادفات مشمول حکم خاص موجود در ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی است، نه اینکه در آن طبق حکم عام موجود در ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی عمل گردد. در صورت مراجعه به متن مواد نیز این گونه متبادر می شود که رابطه بین این دو عموم و خصوص مطلق است و ماده ۵۲۶ اگرچه تصریح به سبب و مباشر دارد، اما حکم را مختص به این مورد نمی داند، بلکه بیان ماده به نحوی است که حتی در صورت جمع اسباب نیز حکم همین است، در صورت جمع مباشرین نیز حکم همین است و هكذا. بنابراین ماده ۵۲۸ در مورد تصادفات است و یک مورد از مصادیق عام ماده ۵۲۶ را خارج می کند، لذا ماده ۵۲۶ عام بوده و صرفاً شامل فرض اجتماع سبب و مباشر نیست و فقط مصداق تصادفات در ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی خارج شده است.

۳-۱. عموم و خصوص من وجه

در تشخیص رابطه منطقی بین مواد، توجه به این نکته نیز لازم است که اگرچه ماده ۵۲۶ از این جهت که هم شامل تصادفات و هم غیر آن است، عام بوده، اما این ماده از جهتی نیز خاص می باشد و همین که در ماده ذکر شده است که «چند عامل برخی به مباشرت و برخی به تسبیب عامل ورود خسارت شوند»، این عبارت باعث خاص شدن ماده می گردد. از طرفی ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی نیز به همین صورت است و از این جهت که موضوع تصادفات را بیان می کند خاص است، اما از این جهت که قید سبب و مباشر را ندارد عام است و هم شامل اجتماع سبب و مباشر و هم تعدد اسباب طولی یا عرضی و اجتماع مباشرین می شود. لذا این ماده هم مانند ماده ۵۲۶ از یک جهت عام و از یک جهت خاص است و همین امر باعث می شود رابطه بین مواد مذکور از عموم و خصوص مطلق خارج و تحت عموم خصوص من وجه قرار گیرد. دلیل بر این امر این است که در مقایسه اطلاق منطوق این دو ماده، یک ماده اجتماع و دو ماده افتراق تشکیل می گردد. نقطه افتراق از ناحیه ماده ۵۲۶، اجتماع سبب و مباشر در غیر تصادفات و نقطه افتراق از ناحیه ماده ۵۲۸، اجتماع مباشرین یا تعدد اسباب طولی یا عرضی (غیر اجتماع سبب و مباشر) در تصادفات است؛ در نتیجه ماده اجتماع این دو ماده نیز اجتماع سبب و مباشر در تصادفات است؛ بنابراین رابطه بین این دو ماده عموم و خصوص من وجه است.

۳-۲. بررسی مسئولیت ناشی از تصادفات رانندگی

بعد از بیان رابطه منطقی بین مواد مذکور که عموم و خصوص من وجه است، از آنجا که پژوهش حاضر در صدد بررسی مسئولیت ناشی از تصادفات است، ابتدا نقطه افتراق ماده ۵۲۸ که مربوط به

تعدد عوامل ایجاد خسارت در عرض یکدیگر (اجتماع مباشرین یا اجتماع اسباب) و سپس نقطه اشتراک مواد مذکور که اجتماع سبب و مباشر است، بیان و بررسی می‌گردد.

۲-۱. مسئولیت اسباب متعدد در عرض یکدیگر

۲-۱-۱. تقسیم مسئولیت به صورت تساوی

اولین دلیلی که می‌توان برای نظریه تساوی مطرح نمود، نظریه مشهور فقهای امامیه است که در مورد مسئولیت ناشی از تصادفات، حتی در صورتی که درجه تأثیر عوامل ایجاد خسارت متفاوت باشد، حکم به تقسیم مسئولیت به نحو تساوی و تنصیف نموده‌اند^۱ (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۸/۲۸؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۶۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۱۳۳). برخی از فقها نیز بر این امر ادعای اجماع نموده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۱۱؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۶۳). در این خصوص صرفاً دو تن از فقهای معاصر برخلاف مشهور فتواداده و معتقدند که در صورت اجتماع مباشرین ایجاد خسارت، در صورت تفاوت در درجه تأثیر، هر یک از عوامل به میزان تأثیر با مسئولیت مواجه می‌شوند و به عنوان مثال اگر شخص الف ۷۰ درصد و شخص ب ۳۰ درصد در بروز تصادف مؤثر باشند، هر کدام نسبت به درجه تأثیر (۷۰ / ۳۰) مسئول جبران خسارت هستند. دلیل آن‌ها بر این امر قاعده استناد است که این قاعده دلالت بر این دارد که هر شخص صرفاً به میزانی که خسارت مستند به اوست، مسئولیت بر جبران آن را دارد (صانعی، ۱۳۸۵: ۲/۴۳۷؛ مکارم، بی‌تا/۳: ۳۸۱). با وجود استدلال دو فقیه معاصر برخلاف مشهور، گویا مشهور فقها برای قاعده استناد مفهومی بسیط (نه مشتمت) قائلند؛ به عبارت دیگر مطلبی که از فرمایش فقها برداشت می‌شود این است که قاعده استناد صرفاً اصل استناد را بیان می‌کند و نه میزان آن را و همین که ایجاد خسارت به شخصی مستند شد، برای مسؤل دانستن وی کافی خواهد بود و درجه تأثیر در صورت اجتماع مباشرین لحاظ نمی‌گردد. همین نظریه مشهور فقها صراحتاً در ماده ۳۳۶ قانون مجازات سابق ۱۳۷۰ هم بیان شده بود.

از طرفی تعیین اصل در مسئله از این جهت که با معین نمودن آن، در موارد اختلافی به اصل مراجعه و تکلیف موارد مشکوک مشخص می‌گردد، از اهمیت ویژه برخوردار است. در مقام بحث، نظریه‌ای که در قوانین ایران پذیرفته شده و می‌توان آن را یک قاعده عام مستخرج از قوانین به شمار آورد، نظریه تقسیم مسئولیت به صورت تساوی است. مواد مختلفی از قوانین از جمله ماده ۳۳۵ قانون مدنی و مواد ۵۲۸، ۵۳۳، ۱۲۵، ۴۵۳ قانون مجازات اسلامی اصل تساوی را به طور عام در مواردی

۱. مرحوم صاحب جواهر صراحتاً بیان داشته: «...ولم ينظر الى مقادير المؤثر و تفاوت الاثر» (نجفی، ۱۳۷۴: ۴۳/۶۴).

که دو یا چند نفر به نحو شرکت سبب وقوع خسارت شوند، بیان نموده است. طبق نظریه تساوی، مسئولیت باید به صورت مساوی بین عوامل ایجاد خسارت تقسیم گردد؛ زیرا فرض این است که چند نفر در ایجاد یک حادثه و خسارت نقش داشته‌اند و ضرر ناشی از عمل مشترک آنان است و نباید مسئولیت مشترک را تجزیه نمود، حتی اگر درجه تأثیر و دخالت هر کدام متفاوت باشد و صرف اینکه ایجاد خسارت به عمل همه آنها قابل استناد باشد، برای مسئول دانستن آنها به نحو تساوی کفایت می‌کند و در این بین میزان تقصیر و یا درجه تأثیر آنها اهمیتی ندارد (گلدوزیان، ۱۳۹۳: ۳۸۷). در ماده ۳۳۵ قانون مدنی، ماده ۵۲۸، ۵۳۳ و ۴۵۳ قانون مجازات اسلامی، نیز در صورت اجتماع عوامل ایجاد خسارت در عرض یکدیگر، حکم به مسئولیت به نحو تساوی شده است. بنابراین در جای جای قانون مجازات اسلامی به تأسی از مشهور فقها در موارد اجتماع مباشرین یا اجتماع اسباب در بروز خسارت و یا جنایت، نظریه تقسیم مسئولیت به نحو تساوی پذیرفته شده است و در این خصوص به درجه تأثیر عوامل ایجاد خسارت توجهی نشده و حکم مذکور در ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی خلاف اصل نیست و در امتداد سایر مواد و پیروی از آنهاست و حکم عامی را مطرح می‌کند و می‌توان از این ماده اصل و قاعده اولیه‌ای را استنباط نمود که در موارد مشکوک و مردد، ضمن اکتفا به قدر متیقن خارج از اصل، به اصل مذکور در این ماده مراجعه نمود.

۲-۱-۲. توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر

توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر، اولین بار در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ در بیان قانون‌گذار دیده شد و قبل آن در قوانین سابق تعبیر به تقصیر شده و در موارد تسبیب در خسارت به عنوان یکی از شروط مسئولیت سبب بیان شده بود، اما قانون‌گذار در مواد ۵۲۶ و ۵۲۷ قانون مجازات اسلامی درجه تأثیر را معیار مسئولیت دانست و عرصه بیان نظرات مختلفی در این باب شد. حکم به توزیع مسئولیت بین عوامل ایجاد حادثه به میزان درجه تأثیر بر این تصور بنا شده است که نقش افراد در ایراد خسارت می‌تواند متفاوت باشد و بعضی عوامل به علت ارتکاب خطای سنگین و فاحش‌تر، می‌توانند در حادثه و خسارت نقش برجسته‌تری داشته باشند. بر این اساس چنین قضاوت شده که حقوق باید این تفاوت اثر و نقش را در نظر گرفته و مسئولیت را با توجه به میزان نقش آفرینی مسببین در ایراد خسارت و میزان تأثیر ارتكابی، بین آنها تقسیم کند (بابائی، ۱۳۹۸: ۷۰). بسیاری از حقوق‌دانان در مورد مسئله اجتماع مباشرین یا اجتماع اسباب در ایجاد خسارت، نظریه توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر را پذیرفته و آن را مطابق انصاف و عدالت دانسته (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۰۱؛ قاسم‌زاده، ۱۳۷۸: ۱۰۶) و حتی برخی از حقوق‌دانان این نظریه را به بعضی از فقهای امامیه نسبت داده‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۲۳۵)، در حالی که همان طور که گفته شد مشهور فقهای امامیه

در این مسئله قائل به تقسیم مسئولیت به نحو تساوی هستند و صرفاً دو تن از فقهای معاصر با نظریه مشهور مخالفت و قائل به توزیع مسئولیت به نسبت میزان تأثیر می‌باشند.

این نظریه را می‌توان به برخی از مواد قانونی نیز از جمله ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی، نسبت داد. در این ماده تعبیر به «نحوه مداخله» شده است که مراد از آن را برخی از حقوق دانان، میزان تأثیر هر یک از اسباب بیان نموده‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۱: ۲۸۳). این میزان درجه تأثیر در ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی نیز صراحتاً آمده و برخی از حقوق دانان معتقدند که در موضوع ماده و اجتماع سبب و مباشر، خصوصیتی نیست و می‌توان حکم آن را به سایر موارد نیز تسری داد. برخی از حقوق دانان معتقدند استدلال به اینکه تعیین ضمان هر یک از عوامل بر اساس میزان درجه تأثیرشان در وقوع جنایت منحصر به مصداقی است که جنایت به صورت اجتماع مباشرت و تسبیب صورت گرفته باشد و تسری آن به مصداق صرف مباشرت یا تسبیب به دلیل استثنا بودن یا فقدان نص امکان‌پذیر نیست، خلاف نظر قانون‌گذار است (آقایی نیا، ۱۳۹۷: ۱۶۰). همین مطلب را نیز از مفهوم مخالف ماده ۵۲۷ برداشت نموده‌اند. در محل بحث شاید این گونه به ذهن خطور کند که ممکن است حکم فقها به تساوی در مسئولیت حتی در فرض تفاوت در تأثیر عوامل ایجاد خسارت، از این جهت باشد که در زمان آن‌ها امکان سنجش درجه تأثیر و حتی تصور آن نبوده است که فرضی را با تفاوت تأثیر مدنظر داشته باشند و طبق آن حکم کنند و اگر این امر به آن‌ها متذکر می‌شد چه بسا حکم به تساوی نمی‌نمودند؛ اما این احتمال صحیح نیست؛ زیرا اولاً فقهای معاصر همچون مرحوم امام خمینی (ره) نیز با فرض و تصور تفاوت در درجه تأثیر، باز هم حکم به تساوی نموده‌اند و حتی اگر تفاوت درجه تأثیر در زمان فقهای قدیم متصور نبوده، قطعاً چنین تصویری در زمان فقهای معاصر وجود داشته است و با وجود آن حکم به تساوی در مسئولیت شده است. ثانیاً فرض تفاوت درجه تأثیر صراحتاً در برخی کتب فقهی فقهای سلف از جمله جواهرالکلام بیان شده که در آن با تصور چنین فرضی، باز هم حکم به جبران خسارت به صورت تصنیف شده است. علاوه بر مواد مذکور به دلایل مبنایی دیگری نیز بر نظریه توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر، تمسک شده است که بیان می‌گردد.

۲-۱-۲-۱. مقتضای قاعده استناد

اتلاف و تسبیب دو منبع مهم مسئولیت در فقه امامیه و حقوق ایران به شمار می‌آیند که در این دو علاوه بر ضرر و وجود فعل زیان‌بار، وجود رابطه سببیت میان ضرر و فعل زیان‌بار نیز شرط ایجاد مسئولیت است و صرفاً در بحث غصب که مبتنی بر ضمان ید است، نیاز به احراز رابطه سببیت نیست. رابطه سببیت بدین معناست که هیچ‌کس مسئول خسارتی که ناشی از تقصیر او نیست، نمی‌باشد (صفائی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۳۰۴).

قانون‌گذار ایران در مواد مختلفی از جمله ماده ۳۲۸ قانون مدنی، ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، مواد ۴۹۲ و ۵۲۹ قانون مجازات اسلامی به ضرورت احراز رابطه سببیت، تصریح نموده است (برهانی و بادکوبه هزواره، ۱۴۰۰: ۸۸).

در سبب برخلاف اتلاف، وجود تقصیر شرط است، این تفاوت در قانون مدنی نیز بیان شده است. در هر صورت چه ایجاد خسارت به نحو مباشری و مستقیم و اتلاف باشد و چه به صورت غیرمستقیم و تسبیب، در هر دو لازم است سببیت میان فعل شخص و ضرر به بار آمده، احراز گردد. در مورد ملاک و شیوه احراز رابطه سببیت در فقه و حقوق مباحثی دیده می‌شود که هیچ معیار جامع و مانعی بیان نشده است و لذا می‌توان گفت شیوه احراز رابطه سببیت با عرف است و عرف تشخیص می‌دهد بین فعل زیان‌بار شخص و ضرر به وجود آمده، رابطه سببیت وجود دارد یا خیر (صادقی و میرزائی، ۱۳۹۸/۲۱: ۱۸).

بعد از بیان مطالب مذکور و در مقام بحث باید گفت نظریه تقسیم مسئولیت به صورت تصنیف حتی در صورت اختلاف تأثیر عوامل ایجاد خسارت، با معیار صدق عرفی خسارت و قاعده استناد سازگاری ندارد و اگر یک عامل بتواند ثابت نماید که تأثیر فعل او در خسارت ایجاد شده کمتر از فعل شخص دیگر است، در واقع مطابق قاعده استناد، ضرر کمتری مستند به عمل اوست و باید مسئولیت کمتری را نیز بر عهده وی گذاشت و در این صورت نادیده گرفتن درجه تأثیر و حکم به تصنیف، طرد و کنار گذاشتن قاعده استناد و رابطه سببیتی می‌شود که متفق‌القول میان همه فقها و حقوق‌دانان است. از طرفی طبق اصول فقهی، حقوقی و مطابق آیه شریفه مذکور هر شخص باید مسئول فعل خود و جبران خسارت ناشی از آن باشد نه بیشتر؛ معیار تساوی در جایی به کار می‌آید که نتوان تفاوت تأثیر را به اثبات رساند و اینکه در همه صور، عوامل متعدد به یک میزان، خسارت را عهده‌دار شوند، صحیح نیست. به عنوان مثال اگر در اتوبان خودروی «الف» با نادیده گرفتن مقررات به سمت چپ جاده منحرف شود و با خودروی «ب» که سرعت غیرمجاز داشته، برخورد نماید، بدیهی است که تأثیر تقصیر راننده خودروی «الف» در بروز تصادف و ایجاد خسارت بسیار بیشتر از راننده خودروی «ب» است و عرف مطابق قاعده استناد، ایجاد خسارت را بیشتر متوجه راننده خودروی «الف» می‌داند. با وجود این در مثال مذکور، حکم به تساوی مسئولیت هر دو راننده در جبران خسارت و نادیده گرفتن درجه تأثیر، به معنای طرد نمودن قاعده استناد و تخطی از عرف است، لذا تقسیم مسئولیت میان عوامل ایجاد خسارت به میزان درجه تأثیر مقتضای صدق عرفی اتلاف و رابطه سببیت عرفی است و با تقسیم مسئولیت به نحو تساوی، قاعده استناد که مبنای قانون‌گذاری در سال ۱۳۹۲ بوده است، زیر پا گذاشته می‌شود.

۲-۱-۲-۲. مقتضای عدالت

نظریه توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر، طرفداران زیادی در بین حقوق دانان دارد و عمده دلیل ایشان مقتضای عدالت است. عدالت این گونه ایجاب می کند که هر شخصی صرفاً مسئول جبران خسارت های وارده از جانب خود باشد نه بیشتر و اگر کارشناس خبره تصادفات در حادثه ای میزان تأثیر یک راننده را ۷۰ و دیگری را ۳۰ درصد تعیین کند، با وجود این حکم به تساوی مسئولیت شود، خلاف عدالت است. قائلین به این نظریه گاه پا را فراتر گذاشته و معتقدند حتی اگر ظاهر قوانین نیز تقسیم مسئولیت به نحو تساوی را ایجاب کند، باید از این ظهور در جهت اجرای عدالت دست کشید و مواد قانونی را به گونه ای تفسیر نمود که تأمین کننده عدالت باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۲۱). در پاسخ به ادعای نخست مذکور باید گفت: اولاً با بررسی جایگاه عدالت در استنباط احکام و وضع قوانین، مشخص می شود مبنای قانون گذاری صرف نیل به عدالت نیست و بسیاری از مصالح و مفاسد ایجاب می کند قانون گذار پا را فراتر از عدالت گذارد و وضع قوانینی نماید که خلاف عدالت است، ولی حکمت و مصالح و مفاسد نوعی، آن را اقتضا می نماید؛ چنان که در برخی موارد قانون گذار در باب مسئولیت مدنی فرض مسئولیت و یا مسئولیت عینی بر اشخاص بار نموده است. ثانیاً در صورت توزیع مسئولیت به نحو درجه تأثیر نیز عدالت به صورت کامل محقق نمی شود، زیرا نظریات کارشناسان و متخصصین امر عمدتاً با یکدیگر متفاوت است و خود ایشان نیز معیار دقیقی برای بیان میزان درجه تأثیر ندارند، تا بتوان با آن عدالت مد نظر را محقق گرداند، بنابراین نمی توان گفت تقسیم مسئولیت به نحو تساوی به تبعیت از فقه امامیه، لزوماً به بی عدالتی و زیر پا گذاشتن آن منتهی می شود.

در بررسی ادعای دوم و اینکه اگر بالفرض عمل به قانون و تقسیم مسئولیت به نحو تساوی موجب بی عدالتی شود، می توان به دلیل اجرای عدالت از ظهور ماده دست کشید و مطابق عدالت حکم نمود، به نظر می رسد این نظریه خود موجب بی عدالتی خواهد شد؛ زیرا یک مقام، جایگاه تصویب قانون و یک مقام، جایگاه تفسیر قانون است و این دو نباید با یکدیگر خلط گردد. در مقام قانون گذاری باید تمام همت و تلاش قانون گذار بر این باشد که آنچه مقتضای عدالت و بنای عقلا است، مورد لحاظ قرار گیرد و وفق آن وضع قانون صورت گیرد؛ ولی زمانی که قانونی تصویب و قانون گذار اراده خود را بیان کرد، نمی توان در مقام تفسیر قانون، از ظاهر ماده قانونی به دلیل عدم اقتضای عدالت، رفع ید کرد و تشخیص و اجرای عدالت را به دست دادرس سپرد. این امر در عمل موجب تشتت آرا و صدور احکام متناقض و نهایتاً بی عدالتی می گردد (شهیدی، ۱۴۰۰: ۱۱). از طرفی عمل به قانون اگرچه در موارد معدودی ممکن است منتهی به بی عدالتی گردد، منتهی فی نفسه برقرارکننده عدالت است، زیرا همه به مشی قانونی واحد عمل نموده و افراد جامعه که قصد دارند به عنوان مثال معامله ای

انجام دهند، قبل از آن می‌دانند که حکم قانون چیست و طبق آن مراودات حقوقی خود را تنظیم می‌نمایند. اما اگر اجرای عدالت به دادرس سپرده شود، از آنجا که عدالت امری نسبی است، هر دادرس ممکن است بر اساس پیش‌فرض‌های شخصی، حکمی را صادر نماید که موجب طرد عملی قانون و منجر به بی‌عدالتی گردد؛ لذا عمل به قانون به عدالت نزدیک‌تر است. البته اگر قانونی تأمین‌کننده عدالت نیست، باید توسط قانون‌گذار اصلاح گردد، ولی نمی‌توان به بهانه عدم تأمین عدالت، از ظاهر و نص قانونی صرف‌نظر کرد، به خصوص وقتی پشتوانه فقهی و ظهور قوی نیز دارد، لذا رفع ید از ظهور مواد قانونی، نیازمند قرینه قطعی و قوی است و به بهانه اجرای عدالت نمی‌توان از ظهور ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی و تقسیم مسئولیت به نحو تساوی دست کشید.

۳-۲-۱-۲. عمل به سیره عقلا

یکی از دلایل مهمی که در مورد نظریه توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر به نظر می‌رسد، عمل وفق سیره عقلای عالم است. همه نظام‌های حقوقی برای نظریه فنی کارشناس ارزش قائل شده و طبق آن عمل می‌کنند. این امر مورد تأیید عقل و حتی شرع مقدس نیز می‌باشد و بدیهی است که قاضی محکمه نمی‌تواند در همه علوم تخصص داشته باشد و اهل فن و متخصص همه علوم باشد، لذا عقل حکم می‌کند برای تعیین موارد مصداقی به کارشناس امور مراجعه نماید. قرآن کریم نیز در مورد جهالت نسبت به امور، انسان‌ها را به سؤال از اهل خبره رهنمود می‌کند. خداوند متعال در آیه شریفه می‌فرماید: «...فاسئلوا اهل الذکر ان کنتم لا تعلمون»^۱ (نحل/۴۳). که لازمه الزام به سؤال، الزام به پذیرش و عمل طبق نظر اهل خبره است والا اصل سؤال عبث و بیهوده می‌گردد. به عنوان مثال در صورتی که یکی از عوامل بروز خسارت ناشی از هل دادن اتومبیل، انسان قوی هیکل به میزان ۹۰ درصد و عامل دیگر طفل شش ساله به میزان ۱۰ درصد تأثیر باشد و این امر به تأیید کارشناس فنی امر برسد، عمل سیره عقلای عالم بر این است که به این نظریه کارشناسی توجه و مطابق آن حکم بر مسئولیت صادر می‌گردد، اما اگر با وجود این نظریه کارشناسی طرد و حکم به تساوی در مسئولیت داده شود، این عمل خلاف سیره عقلای عالم است.

۲-۲. مسئولیت اسباب متعدد در فرض اجتماع سبب و مباشر

۲-۲-۱. تبیین ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

در مورد اجتماع سبب و مباشر نظر مشهور فقهای امامیه این است که اصل بر مسئولیت مباشر است، مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد (نجفی، ۱۳۷۴: ۵۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۵: ۱۸۶؛ علامه

۱. «پس اگر نمی‌دانید، از اهل ذکر (خبره) سؤال کنید».

حلی، ۱۴۱۳: ۲۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۳؛ موسوی خمینی، بی تا: ۱۹۳) و ماده ۳۳۲ قانون مدنی و ماده ۳۶۳ قانون مجازات اسلامی سابق نیز بر این اساس تصویب شده‌اند.

در مقابل برخی از فقها نیز در این نظریه تشکیک نموده و معتقدند در صورتی که خسارت به هر دو عامل (سبب و مباشر) مستند باشد، هر دو ضامن‌اند. در این صورت امکان مسئولیت سبب را به دلیل «قاعده لاضرر» منتفی نمی‌دانند (حائری طباطبائی، ۱۴۱۹: ۳۳۶). از فقهای معاصر نیز برخی در این فرض معتقد به تقسیم مسئولیت بین سبب و مباشر هستند (محقق داماد، ۱۳۶۳: ۱۲۴؛ صانعی، ۱۳۸۵: ۱۱۹؛ مکارم، ۱۳۷۰: ۸۳).

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نوآوری و تحول عمده‌ای در باب جمع بین سبب و مباشر داشته است. در ماده ۵۲۶ این قانون، برخلاف قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی سابق، تصریح شده که در فرض جمع بین سبب و مباشر، همیشه لازم نیست انتخابی بین این دو صورت گیرد و خسارت تنها به یکی از این عوامل مستند شود، بلکه در مواردی که خسارت به هر دو منتسب باشد و یکی اقوی از دیگری نباشد، هم سبب و هم مباشر در ایراد خسارت مسئولیت خواهند داشت.

حکم جدید، تعدیلی منطبق با قضاوت عرفی و بر اساس مبانی نظری و علمی است. بدین نحو نظام حقوقی ایران هم‌سو با قضاوت عرفی، پذیرفته است که در صورت جمع سبب و مباشر در ایراد خسارت، مطابق قواعد عمومی، عامل بروز حادثه همان سببی است که خسارت مستند به او می‌باشد. چنانچه خسارت به همه عوامل مستند شود همگی مسئول جبران شناخته می‌شوند و چنانچه یکی اقوی از دیگری باشد به‌نحوی که عرفاً خسارت فقط مستند به او باشد، تنها آن عامل (مباشر یا مسبب) مسئول شناخته می‌شود. لذا ماده ۵۲۶، ماده ۳۳۲ قانون مدنی و ماده ۳۶۳ قانون مجازات سابق را نسخ نموده است، البته برخی نیز معتقدند بین این مواد تعارضی وجود ندارد، زیرا ماده ۳۳۲ و ۳۶۳ ناظر به مواردی است که ضرر فقط مستند به مباشر باشد نه سبب و به‌نحوی این دو ماده بیانگر نوعی اماره قانونی بوده که خلاف آن قابل اثبات است (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۱۳۷؛ امامی، ۱۳۹۲: ۱۳۹۵). برخی از حقوق‌دانان در این باره معتقدند غلبه در اجتماع سبب و مباشر در ایراد ضرر این است که مباشر اقوی است و معنی اقوی بودن این است که اضرار به او منتسب است نه سبب. هر حکم قانونی که متکی بر غلبه باشد اماره است و اصل در امارات قانونی هم نسبی بودن است. پس مدلول ماده ۳۳۲ قانون مدنی مانع از این نمی‌شود که اگر انتساب به هر دو عرفاً صحیح باشد، هر دو متضامناً در برابر متضرر از ائتلاف مسئول باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۵۸).

مشکلی که در این خصوص وجود دارد این است که در قوانین برای توجه استناد خسارت به سبب به علت اقوی بودن او، هیچ ملاک و معیار مشخصی برای اقوی بودن سبب از مباشر ارائه نشده و

نیازمند به کنکاش نظر بیشتری است. در بررسی مثال‌هایی که در مورد جمع سبب و مباشر در متن ماده مذکور بیان شده، می‌توان این چنین استنتاج کرد که در تمامی مواردی که مباشر به عمد خسارتی را وارد می‌کند، در استناد عرفی خسارت به فعل عامل مستقیم شکی نیست، ولی در دیگر فروض جمع بین سبب و مباشر، چه بسا به علت عواملی همچون قابلیت پیش‌بینی ایراد خسارت در فعل شخص سبب و یا عمدی بودن آن و یا نحوه ایراد خسارت مستقیم، عرف خسارت را به عامل غیرمستقیم و سبب مستند می‌کند. در مواردی که سبب همراه با تقصیر بوده و قابل پیش‌بینی بوده که این سبب در اثر دخالت منجر به خسارت می‌شود، سبب در نظر عرف اقوی از مباشر محسوب شده و خسارت عرفاً به وی مستند می‌شود.

۲-۲-۲. اجتماع سبب و مباشر در تصادفات

۲-۲-۲-۱. رویه قضایی

در خصوص موضوع پژوهش و اجتماع سبب و مباشر در تصادفات آرای متفاوتی از محاکم کیفری صادر شده است که مبنای هر یک از آن‌ها متفاوت بوده و هر کدام با توجه به پیش زمینه‌های قانونی و فقهی اقدام به صدور رأی نموده‌اند که در اینجا به دو مورد اشاره می‌کنیم:

الف) رأی دادگاه (دادنامه ۱۳۹۳/۱۲/۱ مورخ ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۴۵۷)

در این پرونده کیفرخواست صادره از دادسرای عمومی و انقلاب تهران با عنوان اتهامی بی‌احتیاطی در رانندگی منجر به صدمه بدنی صادر می‌گردد، بدین شرح که حسب محتویات پرونده و گزارش تنظیمی از سوی پلیس راهور در سوم مرداد ماه ۱۳۹۳ در ۲۰ کیلومتری محور تهران قم در ساعت ۲۳:۱۱ دقیقه به جهت عدم نصب تابلوهای هشداردهنده از سوی پیمانکار اداره راه و شهرسازی تهران و عدم وجود نور کافی در ورودی محور فرعی و نهایتاً قصور رانندگان دو خودروی پراید و سمند و سرعت غیرمجاز و عدم توجه و رعایت حق تقدم، منتهی به تصادف بین دو خودرو و طبق گواهی صادره از پزشکی قانونی منجر به ایجاد جراحاتی بر رانندگان و سر نشینان دو خودرو می‌گردد. در تحقیقات مقدماتی و در ارجاع امر به کارشناسی، طبق نظر کارشناس و افسر پلیس راهنمایی و رانندگی، عوامل مؤثر در ایجاد خسارت و بروز حادثه بدین نحو تعیین می‌گردد: ۱- آقای الف. ح راننده خودرو به شماره انتظامی ... به میزان ۲۰ درصد تقصیر ۲- آقای م. ک راننده خودرو به شماره انتظامی ... به میزان ۴۰ درصد تقصیر ۳- شرکت ص. پ (تحت نظر اداره راه استان تهران) به میزان ۳۰ درصد تقصیر ۴- اداره برق استان تهران به میزان ۱۰ درصد تقصیر و نهایتاً به همین میزان کیفرخواست نسبت به هریک از عوامل صادر می‌گردد. بعد از ارجاع پرونده به شعبه ۱۱۳ دادگاه کیفری ۲ تهران و بعد از تشکیل جلسه و استماع دفاعیات متهمین و نماینده قانونی آن‌ها، نهایتاً به استناد مواد ۴۴۸، ۴۴۹، ۴۵۰، ۵۲۶ و ۵۲۸

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۷۱۶ و ۷۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (بخش تعزیرات) با توجه به میزان و درجه تقصیر هر یک از عوامل ایجاد خسارت در کیفرخواست صادره جهت پرداخت دیه و مجازات تعزیری، منتهی به صدور رأی می‌گردد. این رأی صادره متعاقب عدم اعتراض و تجدیدنظرخواهی متهمین قطعی می‌گردد.

(ب) رأی دادگاه (دادنامه ۱۳۴۰/۱۰۲۲۵۱۰۹۹۵۶۲۲۵۱۰۹۴۱۰ مورخ ۱۳۹۴/۸/۲۰)

در پرونده مشابه مورد مذکور حسب کیفرخواست صادره از دادرسی عمومی و انقلاب تهران پرونده‌ای با موضوع بی‌احتیاطی در رانندگی منجر به ایجاد صدمات بدنی، در دادسرا منتهی به صدور کیفرخواست می‌گردد. بدین شرح که در مورخ ۲۶ خرداد سال ۱۳۹۴ پس از اعلام تصادفات به فوریت‌های پزشکی بیمارستان ولیعصر و حضور مأمورین انتظامی در خیابان مطهری مشخص می‌گردد، تصادف خودرو زانتیا به شماره انتظامی ... با موتورسیکلت به شماره انتظامی ... منجر به مصدومیت راکب و فوت سرنشین موتورسیکلت می‌گردد. پس از طرح شکوائیه و رسیدگی به شکایت در شعبه تحقیق دادرسی تهران، ایجاد صدمات و فوت توسط پزشکی قانونی تأیید می‌گردد. در ارجاع امر به کارشناسی مشخص می‌گردد به جهت سرعت بالای موتورسیکلت و عدم توجه راننده خودرو پرشیا به جلو و نهایتاً حفر گودال از سوی شهرداری منطقه ... تهران، باعث ایجاد تصادف و مصدومیت راکب و فوت سرنشین موتورسیکلت گردیده و طبق نظر افسر پلیس راهنمایی و رانندگی، عوامل مؤثر در ایجاد خسارت و بروز حادثه بدین نحو تعیین شده است: ۱- آقای ب.ت راننده خودرو پرشیا به شماره انتظامی ... به میزان ۵۰ درصد تقصیر ۲- آقای ج.آ راکب موتورسیکلت به شماره انتظامی ... به میزان ۱۰ درصد تقصیر ۳- شهرداری منطقه ... تهران به میزان ۴۰ درصد تقصیر و نهایتاً به همین میزان کیفرخواست نسبت به هریک از عوامل صادر می‌گردد. بعد از ارجاع پرونده به شعبه ۱۰۶ دادگاه کیفری ۲ تهران و بعد از تشکیل جلسه و استماع دفاعیات متهمین، وکلا و نماینده قانونی آنان، دادگاه ضمن رد درصد تعیین شده در کارشناسی صورت گرفته و کیفرخواست صادره، به استناد رأی وحدت‌رویه شماره ۷۱۷ مورخ ۱۳۹۰/۲/۶ دیوان عالی کشور و با استناد به سابقه فقهی موضوع تصادفات و نظر مشهور فقهای امامیه و ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی بدون توجه به میزان تقصیر و تأثیر عوامل ایجاد خسارت، رأی به محکومیت و پرداخت هر یک به میزان یک سوم صدمات و دیه مندرج در گواهی پزشکی قانونی می‌دهد و نهایتاً با همین استدلال رأی صادره در دادگاه تجدیدنظر تهران قطعی می‌گردد.

در بررسی آرای صادره به نظر می‌رسد نادیده گرفتن تفاوت درجه تأثیر و تقصیر عوامل قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ قابل دفاع است؛ زیرا صراحتاً در ماده ۳۳۶ قانون سابق

در موضوع تصادفات با تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، قانون‌گذار حکم به مسئولیت هر یک از عوامل به صورت تساوی نموده و در ماده مذکور صراحتاً بیان شده «خواه میزان تقصیر آن‌ها مساوی یا متفاوت باشد»، اما از آنجا که در رویه قضایی به نص این ماده عمل نمی‌شد و قضات میزان تأثیر هر یک از عوامل را در مسئولیت دخیل می‌دانستند، رأی وحدت‌رویه شماره ۷۱۷ در تاریخ ۱۳۹۰/۲/۶ از سوی دیوان عالی کشور به همین جهت صادر شده است.^۱

طبق رأی وحدت‌رویه مذکور، قضات مجبور به تبعیت از نص ماده ۳۳۶ قانون سابق شدند، اما صدور رأی با نادیده گرفتن درجه تأثیر عوامل در ایجاد تصادف بعد از تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در قانون جدید، قانون‌گذار ضمن تصویب ماده ۵۲۶ میزان تأثیر هر یک از عوامل در مسئولیت را دخیل دانست و رأی وحدت‌رویه نیز ناظر به قانون سابق و در زمان حکومت آن قانون صادر شده و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ناسخ این رأی وحدت‌رویه بوده و در زمان صدور دو رأی مذکور از محاکم کیفری ۲ تهران، اعتباری ندارد که در بحث آتی به صورت کامل بیان می‌گردد.

۲-۲-۲. مقایسه مواد ۵۲۶ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی

همان طور که در مباحث ابتدایی پژوهش حاضر گفته شد، به نظر می‌رسد رابطه بین مواد ۵۲۶ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی، عموم و خصوص من وجه است و در مقایسه این دو ماده، یک نقطه اشتراک و دو نقطه افتراق از ناحیه هر یک از مواد وجود دارد. نقطه اشتراک این دو ماده فرضی است که در وقوع تصادفی، برخی از عوامل سبب و برخی دیگر مباشر در ایجاد خسارت باشند. در اینجا از جهتی محتمل است مشمول ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی بوده و حتی در صورت تفاوت در تأثیر، حکم به تساوی عوامل ایجاد خسارت گردد و از طرفی محتمل است مشمول ماده ۵۲۶ بوده و در صورت تفاوت در تأثیر، حکم به مسئولیت هر یک از عوامل به میزان درجه تأثیر گردد.

در مورد بحث ممکن است این گونه به نظر برسد که ماده ۵۲۸ حکم خاص در مورد تصادفات است و به لحاظ سابقه فقهی آن، به طور کلی قانون‌گذار برای تصادفات پوشه جداگانه باز کرده و درجه تأثیر را حتی در فرض اجتماع سبب و مباشر در آن، مورد لحاظ و توجه قرار نداده و به صورت کلی حکم به تساوی مسئولیت عوامل ایجاد خسارت در تصادفات نموده است. از طرفی ماده ۵۲۶ که

۱. «هر گاه برخورد دو یا چند وسیله نقلیه منتهی به قتل سرنشین یا سرنشینان آن‌ها گردد، مسئولیت هر یک از رانندگان در صورت تقصیر (به هر میزان که باشد) به نحو تساوی خواهد بود» (شاکری، ۱۳۹۴: ۴۳۹).

سخن از درجه تأثیر دارد، چون برخلاف قواعد نخستین فقهی و حتی سایر مواد قانونی که حکم به تساوی نموده‌اند است، باید تفسیر مضیق شود و فقط درخصوص موضوع این ماده لحاظ و به قدر متیقن در آن اکتفا شود و در موارد مشکوک و اختلافی (از جمله اجتماع سبب و مباشر در تصادفات) به اصل اولیه و نخستین که تساوی در مسئولیت مطابق ماده ۵۲۸ است، عمل گردد. سخن دیگری که در تأیید این نظریه می‌توان گفت این است که هر دو ماده در نقطه اشتراک تعارض نموده و هر دو از اعتبار ساقط می‌شوند و برای حکم اجتماع سبب و مباشر به اصل اولیه مستنبط از قواعد فقهی و سایر مواد قانونی که تساوی در مسئولیت است، مراجعه می‌گردد. این نظریه به برخی از حقوق‌دانان نسبت داده شده و ادله نیز بر تأیید این نظریه و رجوع به اصل تساوی بیان شده است (صفائی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۳). اما به نظر می‌رسد این نظریه صحیح نیست و حکم نقطه اشتراک دو ماده مذکور را باید از ماده ۵۲۶ اخذ نمود و در صورت اجتماع سبب و مباشر در تصادفات و تفاوت در تأثیر عوامل، حکم به توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر داد. زیرا اولاً ظهور ماده ۵۲۶ در نقطه اجتماع قوی‌تر است و درخصوص موضوع، ماده در مقام بیان بوده و حکم آن را بیان می‌نماید و لسان ماده، بیان حکم به صورت عام است؛ برخلاف ماده ۵۲۸ که درخصوص موضوع در مقام بیان نیست تا بتوان تمسک به اطلاق آن در موضوع بحث شود؛ زیرا در حوادث رانندگی عمدتاً تأثیر عوامل به صورت اجتماع مباشرین یا اجتماع اسباب است و ماده حکم مورد غالب را بیان می‌کند و در مورد فرض نادر که اجتماع سبب و مباشر است، بیانی ندارد. لذا ماده ۵۲۸ صرفاً در مقام بیان فرض غالب در تصادفات که همان تعدد عوامل به صورت عرضی است که در مقام نخست پژوهش حاضر بررسی گردید، است. ثانیاً تغییر قانون مجازات در سال ۱۳۹۲ و جایگزین نمودن ماده ۵۲۸ به جای ۳۳۶ قانون سابق و حذف عبارات و الفاظ قانون سابق که دلالت بر عمومیت حکم به تساوی می‌نمود و از طرفی تصویب ماده ۵۲۶، همگی بیانگر تغییر رویکرد قانون‌گذار در این امر و مطابقت دادن بیشتر مقررات مسئولیت، با قاعده استنادی است که توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر را ایجاب می‌کند. ثالثاً با تغییر همین رویکرد است که در ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری سال ۱۳۹۵ صراحتاً قانون‌گذار در حوادث رانندگی در صورت اجتماع سبب و مباشر و دخالت عواملی همچون نقص راه، نبود یا نقص

۱. ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری: «چنانچه به حکم مرجع قضائی اثبات شود عواملی نظیر نقص راه، نبودن یا نقص علائم رانندگی و نقص تجهیزات مربوط یا عیب ذاتی وسیله نقلیه یا ایجاد مانع توسط دستگاه‌های اجرایی یا هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگر در وقوع حادثه موثر بوده است، بیمه‌گر و صندوق پس از پرداخت خسارت زیان‌دیده، می‌تواند برای باز یافت به نسبت درجه تقصیر که درصد آن در حکم دادگاه مشخص می‌گردد، به مسببان ذی ربط مراجعه کند».

علائم رانندگی و نقص یا عیب ذاتی خودرو و... حکم به توزیع مسئولیت به نسبت درجه تقصیر (تأثیر) نموده است و با وجود این ماده و توضیح اراده قانون‌گذار از ماده ۵۲۶ و ۵۲۷، حکم موضوع بحث کاملاً مشخص می‌گردد.

صراحت و عمومیت ماده ۵۲۶ و حکم به توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر به حدی است که برخی از حقوق‌دانان معتقدند که ماده مذکور حکم عام ثانویه‌ای را بیان نموده که در سایر موارد که حکم به تساوی در مسئولیت شده از جمله مواد ۵۲۸، ۵۳۳، ۴۵۳، اگر میزان تأثیر متفاوت باشد، باید حکم به توزیع مسئولیت به میزان تأثیر مطابق ماده ۵۲۶ نمود. به عبارت دیگر معتقدند که موضوع ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی که اجتماع سبب و مباشر است، موضوعیتی نداشته و این حکم را می‌توان به اجتماع مباشرین، اجتماع اسباب عرضی یا طولی نیز تسری داد و موادی که حکم به مسئولیت به نحو تساوی نموده‌اند، ناظر به فرض غالب بوده و اماره قانونی تخلف‌پذیر محسوب می‌گردند (آقائی نیا، ۱۳۹۷: ۱۶۰).

به نظر می‌رسد چنین نظریه و استدلالی صحیح نیست و نمی‌توان ملاک و حکم ماده ۵۲۶ را به عنوان اصل ثانویه در همه موارد پذیرفت و گفت حکم این ماده، حاکم بر بقیه موادی است که حکم به مسئولیت به نحو تساوی نموده‌اند، باشد؛ زیرا اولاً لازمه‌اش تخصیص اکثر است، زیرا لازم می‌آید که قانون‌گذار در اکثر مواد به فرضی که عمدتاً در خارج غالب است (تفاوت در درجه تأثیر است) توجهی ننموده و غالباً فرض را بر تساوی در درجه تأثیر که فرض نادر است، قرار داده است و در ماده ۵۲۶ حکم فرض غالب را بیان کرده که حاکم بر سایر مواد باشد. این امر موجب تخصیص اکثر مصادیق برخی از مواد قانونی شده و امری قبیح و توجیه آن دشوار و با تکلف همراه است. ثانیاً این نظریه صراحتاً مخالف با نظر مشهور فقهای امامیه است و همان طور که گفته شد، مشهور فقها در مواردی که عوامل ایجاد خسارت در عرض یکدیگر باشند، حتی با فرض تفاوت در تأثیر، حکم به ضمان به نحو تساوی نموده‌اند و قانون‌گذار در تصویب مواد قانونی حتماً به نظر مشهور فقها توجه داشته است و مطابق آن وضع قانون نموده است. ثالثاً تفاوت در موضوع ماده ۵۲۶ با سایر مواد منطقی به نظر رسیده و امری واضح است و به همین جهت حکم آن‌ها نیز متفاوت است. موضوع ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی اجتماع سبب و مباشر است، که در آن یک عامل به صورت مستقیم و یک عامل به صورت غیرمستقیم باعث ایجاد خسارت شده، ولی در سایر مواد که موضوع آن‌ها اجتماع مباشرین یا اجتماع اسباب در ایجاد خسارت است، نقش همه عوامل در یک مقام است و همه یا مستقیماً باعث ورود خسارت شده‌اند و یا غیرمستقیم؛ به عبارت دیگر در ماده ۵۲۶ عوامل ورود خسارت در طول یکدیگر قرار دارند، ولی در سایر مواد این عوامل در عرض یکدیگرند و این

تفاوت در نقش باعث تفاوت در وضعیت و حکم قانونی شده است و در ماده ۵۲۶ و اجتماع سبب و مباشر، حکم به توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر و در سایر مواد مطلقاً حکم به توزیع مسئولیت به نحو تساوی شده است. رابعاً همان طور که گفته شد ماده ۵۲۶ در مقابل سایر مواد قانونی در اقلیت و مورد خاص بوده و به نحوی خلاف اصل است و باید در موارد خلاف اصل به قدر متیقن که اجتماع سبب و مباشر است، اکتفا شود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۴۰۶).

نتیجه

با تصویب ماده ۵۲۶ و استفاده از تعبیر «درجه تأثیر» در مورد اجتماع سبب و مباشر و با عبور از نظریه مشهور فقها و ماده ۳۳۲ قانون مدنی، حکم جدیدی مطابق قاعده استناد، برای فرض اجتماع سبب و مباشر مقرر شد. عمومیت این ماده به نحوی است که شامل همه موضوعات شده و همان طور که گفته شد حتی بسیاری از حقوق دانان معتقدند این ماده حاکم بر سایر مواد و به نحوی قاعده ثانوی است که در سایر موارد تعدد عوامل ایجاد خسارت از جمله تعدد مباشرین، تعدد اسباب طولی و تعدد اسباب عرضی، در صورتی که تأثیر عوامل در ایجاد خسارت متفاوت باشد، باید به حکم این ماده عمل نمود. از طرفی در بحث تصادفات، قانون گذار با تصویب ماده ۵۲۸ در عوامل ایجاد خسارت در تصادفات، به صورت مطلق حکم به مسئولیت به نحو تساوی نموده و توجهی به میزان و درجه تأثیر در این ماده نشده است. در قسمت نخست پژوهش، نقطه افتراق ماده ۵۲۸ که تعدد مباشرین یا تعدد اسباب (طولی، عرضی) بررسی و بیان گردید که در این موارد باید به نص ماده ۵۲۸ عمل و حکم به مسئولیت هر یک از عوامل به نحو تساوی نمود. در این فرض به درجه تأثیر توجهی نمی گردد و نمی توان از ظهور ماده به دلایلی همچون اجرای عدالت و عمل به سیره عقلا دست کشید، البته توجه به قاعده استناد در این مورد جای بحث و تأمل دارد، ولی در هر صورت رفع ید از ظهور قوی ماده ۵۲۸ در مورد تساوی در مسئولیت عوامل در عرض یکدیگر در تصادفات بسیار دشوار است و نمی توان حکم ماده ۵۲۶ که خاص و به نحوی خلاف اصل و مخالف سایر مواد قانونی است، به سایر موارد نیز تسری داد؛ بنابراین در ماده ۵۲۶ باید به قدر متیقن آنکه اجتماع سبب و مباشر است، اکتفا شده و نمی توان از آن تنقیح مناط کرد، به خصوص اینکه تساوی در مسئولیت موافق با دیدگاه مشهور فقهای امامیه نیز می باشد و تخطی از نظر فقهای عظام نیازمند قرینه قوی دارد که در فرض بحث این قرینه وجود ندارد. در قسمت دوم پژوهش حاضر به حکم نقطه اجتماع مواد مذکور پرداخته شد که به نظر می رسد در مورد اجتماع سبب و مباشر در تصادفات باید به حکم موجود در ماده ۵۲۶ عمل و حکم به توزیع مسئولیت به میزان درجه تأثیر نمود؛ زیرا ظهور ماده ۵۲۶ در نقطه اجتماع قوی تر است و در خصوص موضوع، ماده در مقام بیان بوده و حکم آن را بیان می نماید و لسان

ماده، بیان حکم به صورت عام است؛ برخلاف ماده ۵۲۸ که در خصوص موضوع در مقام بیان نیست تا بتوان تمسک به اطلاق آن در موضوع بحث شود؛ زیرا در حوادث رانندگی عمدتاً تأثیر عوامل به صورت اجتماع مباشرین است و ماده حکم مورد غالب را بیان می‌کند و در مورد فرض نادر که اجتماع سبب و مباشر است، بیانی ندارد. علت تصویب ماده ۵۲۶ در کنار ماده ۵۲۸، شاید بدین جهت است که گویا مدنظر قانون‌گذار در اجتماع سبب و مباشر در تصافات این بوده است که صراحتاً خلاف نظر مشهور فقها حکم نکند تا منتهی به ایراد خلاف شرع از ناحیه شورای نگهبان گردد. با تغییر همین رویکرد است که در ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری سال ۱۳۹۵ صراحتاً قانون‌گذار در حوادث رانندگی در صورت اجتماع سبب و مباشر و دخالت عواملی همچون نقص راه، نبود یا نقص علائم رانندگی و نقص یا عیب ذاتی خودرو و... حکم به توزیع مسئولیت به نسبت درجه نقصیر (تأثیر) نموده است و با وجود این ماده و توضیح اراده قانون‌گذار از ماده ۵۲۶ و ۵۲۷، حکم موضوع بحث به صورت کامل مشخص می‌گردد.

منابع

فارسی

- آقایی نیا، حسین (۱۳۹۷)، جرایم علیه اشخاص، چاپ هفدهم، تهران: نشر میزان.
- آقائی، مهدی و نسرین مهرا (۱۳۹۹)، «تدابیر پیشگیری وضعی از جرایم و تخلفات رانندگی و آسیب شناسی آنها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۲.
- امامی، سیدحسن (۱۳۹۲)، حقوق مدنی، قم: نشر چاپ اسلامیه.
- بابائی، ایرج (۱۳۹۸)، حقوق مسئولیت مدنی، چاپ دوم، تهران: نشر مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- برهانی، محسن و آرش بادکوبه هزواره (۱۴۰۰)، «جایگاه نظر کارشناسی در احراز رابطه سببیت»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۱)، ضمان قهری مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: نشر دانشگاه امام صادق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشای قانون مدنی، چاپ اول، تهران: نشر گنج دانش.
- حکمت نیا، محمود (۱۳۸۶)، مسئولیت مدنی در فقه امامیه، چاپ اول، قم: نشر دفتر تبلیغات اسلامی.
- شاکری، سیدحسین (۱۳۹۴)، مجموعه آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور، تهران: نشر مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۴۰۰)، حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ نهم، تهران: نشر مجد.
- صادقی، محمدهادی و محمد میرزائی (۱۳۹۸)، «ماهیت رابطه استناد و معیار آن»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۲۱.
- صانعی، یوسف (۱۳۸۵)، استفتائات قضایی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- صفائی، سیدحسین، حسن بادینی، بختیار عباسلو و سعیده صالحی (۱۳۹۷)، «معیار تقسیم مسئولیت در فرض تعدد اسباب و تحول آن در حقوق ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، دوره ۲۴، شماره ۸۴.
- صفایی، سیدحسین و حبیب الله رحیمی (۱۳۹۷)، مسئولیت مدنی تطبیقی، چاپ اول، تهران: نشر شهر دانش.
- قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۷۸)، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۳)، بایسته‌های حقوق جزای اختصاصی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۲)، جرایم علیه اشخاص، چاپ دوازدهم، تهران: نشر میزان.

عربی

- جبعی عاملی، زین الدین (۱۴۱۰ق)، الروضه البهیة، تهران: نشر دار الکتب الاسلامیه.
- حائری طباطبائی، سید علی (۱۴۱۹ق)، ریاض المسائل، چاپ اول، قم: نشر مؤسسه نشر الاسلامی.
- حلّی، ابوالقاسم نجم الدین (بی تا)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، بیروت: نشر دار الاضواء.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، تذکره الفقهاء، چاپ اول، قم: نشر مؤسسه اسماعیلیان.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم: نشر مدینه العلم.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، عروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت: نشر مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط، چاپ سوم، تهران: نشر المکتبه المرتضویه.

- کرکی، علی بن الحسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد، چاپ دوم، قم: نشر مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵)، الفتاوی الجديده، چاپ دوم، قم: نشر مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، چاپ دوم، تهران: نشر مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۷۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ چهارم، تهران: نشر دارالکتب الاسلامیه.

شرایط توجه دعوا به وارث در فقه امامیه و راهکارهای احراز آن در حقوق ایران

احسان بهرامی*، سیدامین پیشناماز**، امیر زارع***

چکیده

دعوا زمانی متوجه خواننده است که دادگاه بتواند با فرض صحیح بودن ادعای خواهان، حکم دعوا را علیه خواننده قلمداد کند. در این معنا، هر گاه ادعای خواهان در ماهیت دعوا، علیه خواننده باشد، دعوا نیز متوجه او خواهد بود. این گزاره در دعوایی که مدعی علیه و خواننده واحدی دارد، کارآمد است. با این حال، کارآمدی آن در دعوا بر متوفی، محل تردید است؛ چراکه در این دعوا، ادعای خواهان در ماهیت، علیه متوفی می‌باشد و خواننده، شخصی غیر از متوفی یعنی وارث او است. از این رو، پرسش این است که چگونه می‌توان در دعوا بر متوفی، توجه دعوا به وارث را احراز کرد؟ در این مقاله، تلاش می‌گردد با روش کتابخانه‌ای و میدانی، پاسخ به این پرسش، ارائه شود. در این راستا، با جست‌وجو در آرای فقهای امامیه، مشخص می‌گردد که ایشان، شرایطی را جهت توجه دعوا به وارث، لازم دانسته‌اند. برخی از فقها، شرایط توجه دعوا به وارث را همان شرایط توجه سوگند به او دانسته‌اند و برخی، رابطه این دو را عموم و خصوص مطلق قلمداد کرده‌اند و عده‌ای نیز، رابطه عموم و خصوص من وجه را برگزیده‌اند. در این مقاله، ضمن مرور این دیدگاه‌ها که ذیل بحث راجع به شرایط توجه سوگند به وارث مطرح شده‌است، این فرضیه تقویت و اثبات می‌گردد که رابطه میان شرایط توجه دعوا به وارث و شرایط توجه سوگند به او، عموم و خصوص من وجه است بدین نحو که با اثبات سه شرط فوت، بقای ترکه و رابطه وراثت میان متوفی و خواننده دعوا، دعوا متوجه وارث

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
e_bahramy@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهشتی، تهران، ایران
s_pishnamaz@sbu.ac.ir

*** کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
amirzare74@outlook.com

می‌گردد. در حقوق ایران نیز علاوه بر پذیرش لزوم اثبات این سه شرط جهت توجه دعوا به وارث، گواهی انحصار وراثت به‌عنوان راهکار احراز فوت و رابطه وراثت میان متوفی و خواننده و مقررات راجع به قبول و عدم رد ترکه به‌عنوان راهکار احراز بقای ترکه، قابل‌شناسایی است.

واژگان کلیدی: توجه دعوا به وارث، ادعا، ترکه، فوت، وارث، متوفی

مقدمه

توجه دعوا به خواننده یکی از شرایط اقامه دعوا است که از مفهوم بند ۴ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی استفاده می‌شود. این شرط، در هیچ‌یک از نصوص قانونی مورد تعریف قرار نگرفته است. با این حال، علمای حقوق با تعبیر گوناگون، اتفاق نظر دارند که اگر پس از اقامه دعوا، دادگاه بتواند با فرض اینکه ادعای خواهان وارد است، حکم را علیه خواننده تلقی کند، دعوا متوجه او است (شمس، ۱/۱۳۸۵: ۴۴۷؛ افتخار جهرمی و السان، ۳/۱۳۹۹: ۶۰ و ۶۱؛ نه‌رینی، ۲/۱۳۹۸: ۳۷۲).

لزوم توجه دعوا به خواننده به‌عنوان یکی از شرایط اقامه دعوا، ریشه در آرای برخی از فقهای امامیه دارد. در این راستا، صاحب جامع المقاصد گفته است که جواب مدعی علیه که ممکن است متضمن انکار ادعای مطرح شده یا اقرار به آن باشد، فرع بر توجه دعوا به او است (محقق ثانی، ۵/۱۴۰۸: ۳۵۳) و مرحوم ضیاء‌الدین عراقی که گویی متوجه نقص در ارائه تعریف از توجه دعوا به طرف دعوا بوده است، در مقام ارائه تعریف، مقرر داشته که دعوا متوجه شخصی است که اولاً، اختلاف و خصومت، به طرفیت او طرح شده باشد و ثانیاً، صدور حکم وضعی یا تکلیفی علیه او از قاضی تقاضا شود (عراقی، بی تا: ۱۱۹).

توضیح بیشتر آنکه به اعتقاد ایشان، زمانی که شخصی به طرفیت دیگری طرح دعوا می‌کند، اگر در نتیجه طرح این دعوا، او از قاضی بخواهد که حکم وضعی یا تکلیفی علیه طرف صادر شود، دعوا متوجه طرف خواهد بود. برای مثال، فرض کنید شخص «الف» به طرفیت شخص «ب» طرح دعوا می‌کند و از دادگاه تقاضا می‌کند که او را به پرداخت مبلغ مشخص، الزام کند (حکم تکلیفی) و یا اینکه رابطه زوجیت او را با طرف دعوا احراز کند (حکم وضعی). در این دو مثال، دعوا متوجه طرف خواهد بود؛ اما اگر تقاضای صدور حکم تکلیفی یا وضعی از جانب مدعی، نسبت به شخصی صورت گیرد که طرف دعوا قرار داده نشده است، دعوا متوجه طرف، نخواهد بود؛ نظیر اینکه مدعی، ثمن معامله مشخصی را از طرف دعوا یعنی شخص «الف» مطالبه کند؛ در حالی که خریدار، شخص «ب» است یا اینکه مدعی، ادعای مالکیت یک مال را به طرفیت شخص «الف» مطرح کند؛ در حالی که شخصی که میان او و مدعی بر سر مالکیت، نزاع وجود دارد، شخص «ب» می‌باشد.

از این رو، چه در تعاریف ارائه شده از سوی علمای حقوق و چه در تعریف فقهی ارائه شده از

جانب صاحب شرح تبصرة المتعلمین، برای این که دعوا متوجه شخص باشد، باید ادعای در ماهیت حق ادعایی، علیه همان شخصی مطرح شود که طرف دعوا قرار گرفته است. این تعبیر که آشکارا از مفهوم مدعی علیه در تشخیص توجه دعوا به خوانده که به آن، در فقه، طرف خصومت گفته می شود (عراقی، بی تا: ۱۱۹)، مدد گرفته اند، در دعوایی که خوانده و مدعی علیه آن یکسان است، سبب تشخیص توجه دعوا به خوانده می گردد. با این حال، توجه دعوا به خوانده به عنوان یکی از قواعد عمومی راجع به شرایط اقامه دعوا که باید پس از اقامه دعوا توسط خواهان و قبل از ورود به ماهیت دعوا از جانب دادگاه، احراز گردد، در دعوا بر متوفایی که وارث یا ورثه ای دارد، با چالش جدی مواجه است.

توضیح بیشتر اینکه در دعوا بر چنین متوفایی، ادعای خواهان در ماهیت، در برابر شخصی مطرح می شود که فوت کرده است و در مقابل، قصد استیفای حق ادعایی، از وارث یا ورثه ای است^۱ که هر چند حق ادعایی علیه آن ها نیست، اما قانون، ایشان را تحت قیود و شرایطی مسئول ادای حق ادعایی گردانیده است^۲ و همین امر، تشخیص توجه دعوا به وارث را در زمان اقامه دعوا مشکل می سازد. برای مثال، فرض کنید شخص «الف» که مدعی است از شخص «ب» طلبکار است، ادعا می کند که شخص «ب» فوت کرده و از این رو، به طرفیت شخص «ج» طرح دعوا می کند و ادعا می کند که او، وارث شخص «ب» است. آیا پس از اقامه دعوا، دادگاه می تواند بر فرض اینکه ادعای طلب خواهان از متوفی وارد است، نتیجه بگیرد که حکم، علیه خوانده یعنی شخص «ج» است؟ پاسخ قطعاً منفی است؛ چراکه اولاً، ممکن است اساساً مدعی علیه فوت نکرده باشد؛ در حالی که بدهتاً می دانیم که صدق عنوان وارث بر شخص «ج»، فرع بر فوت شخص «ب» است. ثانیاً، در صورت فوت شخص «ب»، ممکن است خوانده، اصلاً وارث متوفی نباشد؛ در حالی که خوب می دانیم که رابطه وراثت نیاز به ارائه دلیل دارد و اصل، عدم آن است. ثالثاً، در صورت وجود رابطه وراثت میان شخص «ب» و «ج»، ممکن است ترکه ای از متوفی باقی نباشد تا از طریق آن، طلب خواهان پرداخت شود؛ در حالی که وارث، صرفاً تا میزان ترکه باقی مانده از مورث، مسئول ادای

۱. لازم به ذکر است که بحث از توجه دعوا به وارث زمانی مطرح می شود که متوفی حداقل یک وارث داشته باشد؛ خواه حاضر باشد یا غایب. اما در صورتی که متوفی، اصلاً وارث نداشته باشد یا وارث او معلوم نباشد، مسئله توجه دعوا به وارث، منتفی است؛ زیرا در این حالت، دعوا بر متوفی باید بر اساس مقررات مواد ۳۲۷ الی ۳۳۶ قانون امور حسبی به طرفیت مدیر ترکه یا وصی، مطرح شود.

۲. بر اساس ماده ۲۳۲ قانون امور حسبی: «دعوی بر میت اعم از دین یا عین باید به طرفیت ورثه و نماینده قانونی آنها اقامه شود...»

حقوق ادعایی بر متوفی است (علامه حلی، ۴/۱۴۱۳: ۴۴۶؛ منتظری، ۱۴۲۲: ۵۶۹؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵ [ب]: ۳۸۷). آری جهت نفی این احتمالات، فقها دعوا را زمانی متوجه خواننده یعنی وارث می‌دانند که خواهان، قیود و شرایطی را که سبب می‌شود خواننده، مسئول ادای تعهدات متوفی گردد، اثبات کند و در این صورت است که وصف خواننده صرف از وارث زایل گشته و او مبدل به خواننده‌ای می‌شود که مدعی علیه نیز هست (شیخ طوسی، ۵/۱۴۲۴: ۲۷۵؛ نجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۵۳).

با این همه، در ادبیات حقوقی موجود به واکاوی و پاسخ به این چالش، پرداخته نشده است. برای مثال، برخی با اشاره به اینکه مفهوم خواننده و مدعی علیه لزوماً با یکدیگر یکسان نیستند، وارث را خواننده قانونی یا حکمی دعوا بر متوفی دانسته‌اند، اما در رابطه با شرایط توجه دعوا به او مطلبی را متذکر نشده‌اند (خدابخشی، ۱/۱۳۹۹: ۲۹۲-۲۹۰). به علاوه، برخی پس از بیان شرایط و معیارهای احراز توجه دعوا به خواننده، توجه دعوا به وارث را قطع از نظر از این شرایط و معیارها تلقی نموده و خواننده قرار گرفتن وارث را به اراده قانون‌گذار منسوب نموده‌اند؛ بی آنکه به شرایط توجه دعوا به وی پرداخته باشند (نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۳۸۹-۳۹۰). همچنین، در آثار برخی در بحث ایراد عدم توجه دعوا به خواننده، مثالی از دعوا بر متوفی که در آن، وارث، خواننده قرار گرفته، ذکر شده است، اما صحتی از شرایط توجه دعوا به نامبرده مطرح نشده است (افتخار جهرمی و السان، ۳/۱۳۹۹: ۶۴). نظر به کاستی موجود، مقاله حاضر با روش کتابخانه‌ای و میدانی، فراهم گردید تا با مراجعه به آرای فقهای امامیه، نقصان ادبیات حقوقی را در این زمینه، برطرف نماید؛ چراکه هرچند شرایط توجه دعوا به وارث در فقه امامیه غالباً به‌طور مستقیم و صریح مورد اشاره قرار نگرفته است، اما می‌توان آن را ذیل مباحث مربوط به شرایط توجه سوگند به وارث اصطیاد کرد (برای مثال نک: محقق حلی، ۴/۱۴۰۸: ۸۱؛ نجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۵۰). همچنین، در این نوشته، تلاش می‌شود که مطالعه حقوق ایران در رابطه با موضوع، مد نظر قرار بگیرد. از این رو، مقاله حاضر متشکل از دو قسمت است: در قسمت نخست، تکیه بر واکاوی و شناسایی شرایط توجه دعوا به وارث در فقه امامیه است. در این راستا به جهت طرح بحث شرایط توجه دعوا به وارث ذیل بحث راجع به شرایط توجه سوگند به وارث، ابتدائاً شرایط توجه سوگند به وارث در آرای فقهای امامیه مورد بررسی قرار می‌گیرد و پس از نسبت‌سنجی میان این شرایط و شرایط توجه دعوا به وارث، شرایط توجه دعوا به وارث شناسایی و تبیین می‌گردد. در قسمت دوم نیز، پس از روشن شدن هم‌پوشانی کامل بین شرایط توجه دعوا به وارث در حقوق ایران و دیدگاه برگزیده در فقه امامیه، بنیاد بحث بر این محور قرار می‌گیرد که چه راهکارهایی برای احراز این شرایط در حقوق ایران وجود دارد و چالش‌های مربوط به آن کدام‌اند. در این راستا، ابتدا گواهی انحصار وراثت به عنوان راهکار احراز دو شرط فوت و رابطه وراثت میان متوفی و خواننده مورد مطالعه قرار می‌گیرد و سپس، قبول

و عدم رد ترکه به عنوان راهکار احراز شرط بقای ترکه از جانب متوفی بررسی خواهد شد.

۱. شرایط توجه دعوا به وارث در فقه امامیه

زمانی که شخص، حقی را علیه متوفی ادعا می‌کند، از آنجا که مدعی علیه، شخصی است که فوت نموده و از این رو، وارث او به عنوان طرف دعوا تعیین می‌گردد، شرایطی چند لازم می‌آید تا وصف «طرف دعوی صرف» از وارث زایل گردد و عنوان مدعی علیه در ماهیت حق ادعایی، راجع به او صدق کند. این شرایط که سبب می‌گردد قاضی با فرض اینکه ادعای شخص در ماهیت حق ادعایی، صحیح است، حکم را علیه وارث تلقی کند، شرایط توجه دعوا به وارث نامیده می‌شود. با عطف به اینکه فقها مبحث جداگانه‌ای را برای بحث راجع به توجه دعوا به وارث و شرایط آن، اختصاص نداده‌اند، در جست‌وجوی این مهم برآمدیم و در نتیجه، با استقصا در کلام ایشان، شرایط توجه دعوا به وارث را ذیل مباحث شرایط توجه سوگند به وارث، یافتیم. از این رو، در فرصت حاضر از نوشتار، ابتدا شرایط توجه سوگند به وارث مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد و سپس، به نسبت سنجی میان این شرایط و شرایط توجه دعوا به وارث پرداخته می‌شود.

۱-۱. شرایط توجه سوگند به وارث

در فقه اسلامی، مطابق نبوی مشهور «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر»، وظیفه مدعی در دعوا، ارائه بینه و وظیفه مدعی علیه، ادای سوگند می‌باشد. پس از طرح دعوا، پاسخ مدعی علیه ممکن است اقرار، انکار و یا سکوت باشد. بدیهی است که در صورت انکار و سکوت، اگر قاضی علم به موضوع داشته باشد، مطابق علم خود حکم می‌دهد و آلا از مدعی، طلب بینه می‌نماید. با این حال، اگر مدعی نتواند بینه اقامه کند، در صورتی که از مدعی علیه، درخواست سوگند نماید، قاضی از مدعی علیه می‌خواهد که سوگند ادا نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۲: ۲۴۲). فقها در رابطه با دعوا بر متوفی که به طرفیت وارث مطرح می‌شود، نسبت به قاعده پیشین عدول کرده‌اند و برای اینکه سوگند، متوجه وارث شود، صرف نداشتن بینه و درخواست ایتیان سوگند را کافی نمی‌دانند؛ بلکه جهت تحقق این امر، پدید آمدن شرایطی را نیز لازم دانسته‌اند که ذیلاً به طرح و ارزیابی آن خواهیم پرداخت.

۱-۱-۱. طرح دیدگاه‌های مختلف

شرایط توجه سوگند به وارث در کلام فقها با اختلافاتی همراه شده است. در این راستا، برخی از فقها، سوگند را متوجه وارث نمی‌دانند مگر آنکه مدعی به طور هم‌زمان، علم وارث به فوت مورث، علم وارث به وجود حق بر ذمه مورث و همچنین، بقای ترکه در ید یا ذمه وارث^۱ را ادعا نماید (محقق

۱. منظور از بقای ترکه در ذمه وارث، بدهکار بودن او به متوفی است.

حلی، ۴/۱۴۰۸: ۸۱؛ علامه حلی، ۳/۱۴۱۹: ۴۴۷؛ شهید ثانی، بی/تا/۱۳: ۴۹۲؛ خویی، ۱/۱۴۲۸: ۸۹؛ مروارید، ۱۱/۱۴۱۰: ۳۱۴؛ تبریزی، ۱۴۲۷: ۲۱۸).

به اعتقاد ایشان، در صورت طرح این سه ادعا، وارث در صورت انکار، بر نفی دو ادعای نخست یعنی علم به فوت مورث و علم به وجود حق، سوگند نفی علم ادا می‌کند (محقق حلی، ۴/۱۴۰۸: ۸۱؛ طباطبایی، ۱۳/۱۴۲۲: ۱۳۳)؛ زیرا موضوع این دو سوگند، نفی فعل غیر می‌باشد. به عبارت دیگر، مدعی ادعا می‌کند مورث فوت کرده است و مدیون او بوده است. در این صورت اگر وارث بخواهد سوگند بتی ادا نماید، باید سوگند بخورد که مورث فوت نکرده و مدیون نمی‌باشد. بنابراین چون نمی‌تواند از روی قطع و یقین بر این دو امر سوگند ادا نماید، بر عدم علم خود سوگند می‌خورد. اما ادعای سوم در لسان مشهور فقها، راجع به امری است که متوجه خود وارث است؛ یعنی بقای ترکه در ید یا ذمه او؛ بنابراین او می‌تواند سوگند بتی ادا نماید (محقق حلی، ۴/۱۴۰۸: ۸۱؛ طباطبایی، ۱۳/۱۴۲۲: ۱۳۳). البته برخی در این مورد معتقد هستند که وارث می‌تواند باز هم سوگند بر نفی علم ادا نماید به خصوص اگر جواب او نمی‌دانم باشد (نجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۴۹). در نقطه مقابل یکی از فقهای معاصر بیان داشته که اگر مدعا، علم وارث نسبت به امری ولو ترک فعل غیر باشد و او واقعاً علم نداشته باشد، در این مورد، او سوگند بتی بر نفی ادعای مدعی ادا می‌نماید، اما اگر مدعا، علم نبوده و امری در واقع راجع به ترک فعل غیر باشد، مانند فوت مورث، در این صورت او سوگند نفی علم ادا می‌کند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷: ۲۷۰) صاحب جواهر نیز در فرضی که مدعا علم وارث باشد، امکان الزام وی به سوگند بتی را بعید ندانسته است (نجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۵۲).

در برابر قول نخست، برخی در مقام تحریر شرایط توجه سوگند به وارث گفته‌اند تا زمانی که فوت مورث، بقای ترکه در ید یا ذمه وارث و اشتغال ذمه مورث توسط مدعی، ادعا نشود، سوگند متوجه وارث نمی‌گردد (آشتیانی، ۱/۱۴۰۴: ۲۰۳-۲۰۲). از عبارات شیخ طوسی نیز به‌رغم آنکه مسئله توجه سوگند را به‌طور مستقل مطرح ننموده، عدم اشتراط علم قابل استنباط است؛ به‌خصوص آنجا که در مقام بیان اقسام سوگند به اعتبار موضوع، از سوگند بر نفی علم از سوی وارث نامبرده؛ در حالی که صرف ادعای حق بدون انضمام به علم وارث را برای توجه سوگند کافی دانسته است (شیخ طوسی، ۸/۱۳۸۷: ۲۰۶؛ نجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۵۲).

با دقت نظر در قولین، ملاحظه می‌گردد که جهت توجه سوگند به وارث، راجع به شرطیت ادعای بقای ترکه در ید یا ذمه وارث، اتفاق نظر وجود دارد و اختلاف راجع به این است که برخی ادعای علم وارث نسبت به فوت و حق موضوع نزاع را شرط دانسته‌اند؛ در حالی که برخی ادعای علم در این دو مورد را شرط نمی‌دانند و صرف ادعای فوت و حق موضوع نزاع را کافی می‌دانند. در توجیه ضرورت

ادعای علم در قول نخست گفته شده که در صورتی که ادعای علم مطرح نشود، وارث مدعی علیه نبوده تا سوگند متوجه او گردد؛ چراکه اگر مدعی صرفاً ادعا کند که شخص فوت نموده و حقی نسبت به او دارد، این ادعای نفی علیه وارث محسوب نمی‌شود تا سوگند نیز متوجه او گردد. یکی از فقهای معاصر در این خصوص بیان داشته است: «اگر ادعای علم وارث نشده باشد چیزی (پرداخت) بر او واجب نیست؛ زیرا مدعی چیزی را علیه وارث ادعا نمی‌کند تا سوگند متوجه او گردد» (خویی، ۱/۱۴۲۸: ۸۹). این نظر بدان معناست که در نظر ایشان در صورت عدم ادعای علم، اصلاً وارث مدعی علیه محسوب نمی‌گردد.

با این حال، این دیدگاه خالی از جواب باقی نمانده و در پاسخ به آن و تقویت قول دوم در محل نزاع، گفته‌اند همین که ادعای فوت مورث، حق بر ذمه او و بقای ترکه مطرح گردد و وارث تکذیب نماید، مدعی علیه محسوب می‌شود (آشتیانی، ۱/۱۴۰۴: ۲۰۳). علاوه بر این، فقها آنگاه که علم وارث را در بیان ادعا شرط دانسته‌اند، در صدد بیان شرایط صدق عنوان مدعی علیه بر وارث نبوده‌اند؛ زیرا ممکن است یکی یا همه امور سه‌گانه به وسیله بینه ثابت شود، و در این صورت مسلماً بدون ادعای علم نیز چیزی علیه وارث ادعا شده و او مدعی علیه است (آشتیانی، ۱/۱۴۰۴: ۲۰۴).

۲-۱-۱. ارزیابی دیدگاه‌های مختلف

با ملاحظه این دو قول، به نظر می‌رسد که قول به عدم اشتراط علم، موجه باشد؛ زیرا نخست، فقهای مدعی اشتراط علم، بیان داشته‌اند در صورتی که مدعی اعتراف به عدم علم نماید، سوگند متوجه وارث نمی‌شود (محقق حلی، ۴/۱۴۰۸: ۸۱؛ علامه حلی، ۳/۱۴۱۳: ۴۴۷؛ شهید ثانی، بی‌تا/۱۳: ۴۹۲) که این بیان حاکی از آن است که فقها به جهت احتراز از آنکه با وجود اعتراف مدعی به جهل وارث، سوگند ادا شود، ادعای علم را شرط دانسته‌اند؛ چراکه در صورت اعتراف مدعی به جهل وارث نسبت به فوت یا حق، طلب سوگند از وی در خصوص فوت مورث یا حق لغو خواهد بود. دوم، عموماً بیان‌کننده توجه سوگند به طرف دعوا در فرض فقدان بینه و اخبار خاصی که سوگند بر نفی علم را تجویز می‌نمایند، خالی از قید اشتراط ادعای علم هستند (رشتی، ۱/۱۴۰۱: ۳۱۹، ۳۲۰). سوم، ادعای علم، حتی در لسان فقهایی که آن را به صورت شرط بیان نموده‌اند، شرط نبوده و از این امر که متعاقب آن بیان داشته‌اند در صورت اعتراف به جهل، سوگند متوجه نمی‌گردد، آشکار می‌شود که اقرار به جهل، مانع توجه سوگند به وارث است (آشتیانی، ۱/۴۰۴: ۲۰۶). چهارم، اگرچه عدم اعتراف به جهل نیز در ادله و اخبار ذکر نشده، اما بدیهی است که فرض اعتراف مدعی به جهل وارث از مدلول روایت به سببی که پیش‌تر بیان شد، خارج است.

سؤالی که پس از ارزیابی این دو قول مطرح می‌شود این است که چرا فقها در دعوا بر متوفی که

به طرفیت وارث مطرح می‌شود، از قاعده توجه سوگند که پیش‌تر بیان شد، عدول نمودند و شرایطی را نیز برای احراز آن مقرر نموده‌اند؟ پاسخ به این پرسش از آن جهت اهمیت دارد که ممکن است گفته شود هر ادعایی که شخص در جریان طرح دعوی خویش مطرح می‌کند، می‌تواند مشمول قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» قرار بگیرد و سبب شود که نسبت به هر ادعا، شخص وارث در موضع منکر قرار بگیرد و سوگند متوجه او شود. لذا دلیل اینکه در کلام فقها، توجه سوگند به وارث نیازمند حصول شرایطی قلمداد شده است، چیست؟

در پاسخ می‌گوییم که تا جایی که نویسندگان به جست‌وجو پرداختند، آرای فقها عاری از چنین تعلیلی است؛ مگر یکی از فقهای معاصر که به اعتقاد ایشان، علت اشتراط هم‌زمان این امور این است که اگر مدعی، فوت مورث و بقای ترکه در ید یا ذمه وارث را ادعا کند، اما اشتغال ذمه مورث را ادعا نکند یا اگر این شخص، اشتغال ذمه مورث را ادعا کند ولی بقای ترکه یا وفات را ادعا نکند یا این‌که فوت مورث را ادعا کند ولی بقای ترکه یا اشتغال ذمه را ادعا نکند، دعوی مدعی به‌نحوی که وارث مکلف به واکنش نشان دادن در برابر او (نظیر جواب دادن) باشد، شنیده نمی‌شود (آشتیانی، ۱۴۰۴: ۲۰۲). به نظر می‌رسد که دیدگاه ایشان خالی از ایراد باشد؛ چراکه وارث در صورتی مسئول ادای حقوق ادعایی بر متوفی است که اولاً فوت محرز باشد، ثانیاً، ترکه‌ای از او باقی مانده باشد و ثالثاً، حقی بر عهده او وجود داشته باشد. برای مثال، فرض کنید شخصی که ادعای طلب از متوفی دارد، به طرفیت وارث او اقامه دعوا می‌کند و دو امر فوت و طلب را ادعا می‌کند؛ اما در رابطه با بقای ترکه از متوفی هیچ ادعایی را مطرح نمی‌سازد. در این صورت، طرح این دو ادعا و عدم ابراز ادعا نسبت به بقای ترکه، سبب می‌شود که حتی در رابطه با دو ادعای مطرح شده، سوگند متوجه وارث نگردد؛ چراکه مسئولیت وارث در برابر ادعاهایی که علیه متوفی مطرح می‌شود، شخصی نمی‌باشد و او صرفاً در حدود ترکه به‌جامانده از متوفی، مسئول ادای تعهدات او است (جواهری، بی‌تا/۱: ۱۶۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳/۴: ۴۴۶؛ منتظری، ۱۴۱۵/۳: ۴۵۸) تا جایی که این امر در لسان فقها، اجماعی شناخته می‌شود (خویی، ۱۴۰۹/۱: ۳۰۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳/۹: ۱۰۰).^۱ لذا اگر حداقل یکی

۱. در حقوق ایران نیز شخصی نبودن مسئولیت وارث در برابر تعهدات متوفی و محدودیت آن تا میزان ترکه، امری مسلم تلقی می‌شود و علاوه بر تصریح به آن در مواد ۲۲۵ و ۲۲۶ قانون امور حسبی در آرای علمای حقوق نیز شناسایی شده است. برای مثال، برخی گفته‌اند که وارث، شخصیت حقوقی مورث را ادامه نمی‌دهد و به همین جهت، دیون متوفی بر عهده او قرار نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۵ [الف]: ۲۶۹). به علاوه، عده‌ای بیان کرده‌اند: «دیون متوفی هرگز به ورثه او انتقال پیدا نمی‌کند، مگر به تبع اموال متوفی» (شهیدی، ۱۳۹۴: ۶۰). برخی نیز این چنین نوشته‌اند: «اگر ترکه‌ای نباشد طرح دعوا بر وارث، لغو است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۶۳۶).

از این سه امر در مرحله ادعا مطرح نشود، امکان محکومیت وارث به قیاس اولویت وجود ندارد و از این رو، توجه سوگند به او نیز امر لغوی به حساب می‌آید؛ زیرا یکی از آثار ممکنه توجه سوگند به وارث، صدور حکم محکومیت او است و چون در فرض عدم طرح حداقل یکی از سه ادعا، امکان محکومیت وارث وجود ندارد، امکان توجه سوگند نیز وجود نخواهد داشت.^۱

لازم به ذکر است که اثبات یک یا دو مورد از سه ادعای پیش گفته، مانع از توجه سوگند به وارث نمی‌گردد. به عبارت دیگر، برای توجه سوگند به وارث، لازم نیست که فقط و فقط ادعای بدون دلیل از سوی مدعی مطرح شود؛ بلکه در صورتی که یک یا دو مورد از این سه مدعا به نحوی اثبات گردد نیز سوگند نسبت به مدعای اثبات نشده متوجه وارث می‌گردد. بنابراین، زمانی توجه سوگند مطرح می‌شود که مدعا به طریق دیگری قابل اثبات نباشد (طباطبایی، ۱۳۳: ۱۳/۱۴۲۲؛ طباطبایی مجاهد، بی تا/۱: ۷۴۸). برای مثال اگر بر فوت مورث، بینه اقامه شود، مدعی باید دو امر دیگر را ادعا نماید، همان طور که اگر یکی از امور ثلاثه به وسیله اقرار اثبات گردد. به علاوه، از آنجایی که این سه ادعا مجتمعاً شرط می‌باشد، در صورت ادای یک سوگند از سوی وارث، دعوا ساقط شده و نیازی به دو سوگند دیگر نمی‌باشد؛ زیرا بر فرض اثبات دو مدعای دیگر، باز هم دعوا بی‌ثمر خواهد بود. آری اگر سوگندی که وارث ادا می‌کند، سوگند نفی علم باشد، دعوا ساقط می‌شود، اما اصل مدعا و حق رد نمی‌شود؛ زیرا ملازمه‌ای بین عدم علم وارث و عدم وجود حق وجود ندارد؛ بلکه او می‌تواند بعداً بینه بر حق یا علم اقامه نماید، ولی اگر سوگند بتی ادا نماید، دیگر ادعا با اقامه بینه نیز قابل استماع نمی‌باشد (رشتی، ۱/۱۴۰۱: ۳۰۹؛ آشتیانی، ۱/۱۴۰۴: ۱۹۸).

۲-۱. نسبت سنجی شرایط توجه سوگند به وارث و شرایط توجه دعوا به او

در آرای فقهای امامیه، دو رویکرد عمده در مورد نسبت و ارتباط میان شرایط توجه سوگند و توجه دعوا به وارث وجود دارد. در این قسمت از مقاله، پس از طرح این دو دیدگاه، به شرح و تبیین دیدگاه برگزیده خواهیم پرداخت.

۱. لازم به ذکر است که محدودیت مسئولیت وارث تا میزان ترکه، منافاتی با صدور حکم به محکومیت او در دعوا بر متوفی، ندارد؛ نظیر دعوی طلبکار شخص ورشکسته که بر اساس ماده ۴۱۹ قانون تجارت، به طرفیت مدیر تصفیه مطرح می‌شود و در نتیجه این دعوا، ممکن است مدیر تصفیه محکوم شود؛ در حالی که محکوم به از اموال تاجر ورشکسته پرداخت می‌شود؛ نه مدیر تصفیه. آری در راستای رد این منافات است که در دادنامه شماره ۲۱/۲۷۲ مورخ ۱۳۶۸/۴/۱ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور، حکم به محکومیت ورثه از محل ترکه متوفی صادر شده است (نقل از رودیجانی، ۱۳۹۷: ۵۴۶).

۱-۲-۱. طرح دیدگاه‌های مختلف

شهید ثانی در مسالک در تشریح سخن محقق حلی می‌فرماید که هرگاه که خود مدعی، وارث را تصدیق نماید و یاری دهد در اینکه او عالم به فوت یا حق نیست و یا ترکه‌ای باقی نمانده است، اصلاً دعوا متوجه وارث نمی‌گردد تا سوگندی بر آن مترتب شود. از نظر ایشان که با ظاهر سخن محقق در شرایع و علامه در قواعد منطبق است، اگر هر کدام از شرایط پیش‌گفته برای توجه سوگند محقق نشود، دعوا نیز متوجه وارث نمی‌گردد. (شهید ثانی، بی‌تا/۱۳، ۴۹۲؛ محقق حلی، ۴/۱۴۰۸: ۸۱، علامه حلی، ۳/۱۴۱۳: ۴۴۷). بنابراین از نظر ایشان، شرایط توجه دعوا، همان شرایط توجه سوگند است و اصلاً فرضی را نمی‌توان تصور نمود که دعوا متوجه وارث باشد ولی سوگند متوجه او نگردد (رشتی، ۱/۱۴۰۱: ۳۱۸).

در مقابل، از عبارات برخی از فقها بر می‌آید که آن‌ها، توجه سوگند را فرع بر توجه دعوا می‌پندارند. به اعتقاد ایشان، رابطه بین توجه دعوا و توجه سوگند از نوع اعم و اخص مطلق بوده و هر جا که سوگند متوجه وارث گردد، لاجرم دعوا نیز متوجه او بوده است، ولی بر عکس هر جا که دعوا متوجه باشد، ضرورتاً سوگند متوجه وارث نمی‌باشد. این گروه از فقها معتقدند که ممکن است دعوایی متوجه وارث شود، حال آنکه هرگز نوبت به توجه سوگند نرسد. برای مثال ممکن است ادعای فوت مورث یا وجود حق یا بقای ترکه، به وسیله بینه یا اقرار یا علم قاضی اثبات گردد و در این صورت، دعوایی متوجه وارث شده و چه بسا او محکوم نیز می‌شود بدون آنکه نیاز به ادای سوگند و توجه سوگند به او باشد (رشتی، ۱/۱۴۰۱: ۳۱۸؛ محقق حلی، ۱۴۱۰: ۲۷۵، طباطبایی، ۱۳/۱۴۲۲: ۱۳۳، نجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۵۰؛ آشتیانی، ۱/۱۴۰۴: ۲۰۲؛ گلپایگانی، ۱/۱۴۰۱: ۴۲۰). در صورتی که رابطه توجه دعوا و سوگند به شرح فوق باشد، شرایط توجه دعوا را می‌توان در موارد زیر منحصر نمود: ادعای فوت مورث یا اثبات آن، ادعای وجود حق یا اثبات آن، ادعای بقای ترکه یا اثبات آن. افزون بر این موارد، عدم اقرار وارث و عدم وجود علم قاضی و بینه بر تمامی مدعاها به ضمیمه استخلاف مدعی، از شرایط توجه سوگند است. البته صاحب جواهر ایراد کرده است که ادعای علم یا وجود حق شرط نمی‌باشد؛ زیرا بدون آن نیز عنوان مدعی علیه بر وارث صدق می‌کند (نجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۵۰).

۱-۲-۲. دیدگاه برگزیده

به نظر می‌رسد تقریر سومی از ارتباط میان شرایط توجه دعوا و شرایط توجه سوگند ممکن باشد. توضیح آنکه همان‌طور که دانستیم، توجه دعوا به طرف دعوا در صورتی است که به فرض وارد بودن ادعای خواهان، قاضی بتواند حکم را علیه خوانده تلقی کند. در این معنا در دعوا بر متوفی که به طرفیت وارث اقامه می‌شود، برای اینکه دعوا متوجه وارث باشد، قاضی نیاز به ورود به ماهیت دعوا

یعنی حق ادعایی مدعی نسبت به متوفی ندارد؛ چراکه توجه دعوا از ملزومات شکلی دعوا بوده و در رابطه با احراز آن‌ها، دخالت دادن امور ماهوی صائب نمی‌باشد. آری همین که برای قاضی محرز شود که ادعایی در ماهیت وجود دارد و به طرف شخصی مطرح شده است، کفایت می‌کند و لازم نیست که ادعای در ماهیت را در زمره توجه دعوا و شرایط آن آورد؛ همچنان‌که در نفس «توجه دعوا»، لزوم وجود ادعای در ماهیت، مستتر است؛ یعنی تا ادعایی در ماهیت وجود نداشته باشد، سخن از توجه دعوا و شرایط آن، بی‌معنا است. از این‌رو، با خارج نمودن ادعای حق موضوع نزاع به عنوان ادعایی ماهوی از شرایط توجه سوگند، دو ادعا یعنی ادعای فوت و بقای ترکه، باقی می‌ماند و اکنون، سؤال این است که آیا با صرف این دو ادعا، دعوا متوجه وارث می‌گردد یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا قاضی می‌تواند با فرض اینکه ادعای مدعی در ماهیت وارد است، حکم را علیه طرف دعوا که توسط مدعی، وارث متوفی معرفی شده است، تلقی کند بی‌آنکه احراز شرایطی لازم باشد؟

پاسخ قطعاً منفی است؛ چراکه مادام که این دو ادعا اثبات نشده باشد، ممکن است اساساً مدعی علیه فوت نکرده باشد یا در صورت فوت، ترکه‌ای از متوفی باقی نباشد تا از طریق آن، حق خواهان ادا شود. از این‌رو، لازم است که جهت نفی این احتمالات، ادعای فوت و بقای ترکه، از مرحله ادعای صرف به مقام اثبات برسد تا دعوا متوجه وارث شود. گویی این تفکیک، مد نظر شیخ طوسی نیز بوده است؛ آنجا که بیان می‌دارد که در دعوا بر متوفی، اگر فوت و بقای ترکه اثبات شود، نوبت به ورود به ماهیت حق ادعایی و شنیدن آن از سوی قاضی می‌رسد (شیخ طوسی، ۱۴۲۴/۵: ۲۷۵). صاحب جواهر نیز که گویی تفکیک پیش‌گفته را مدنظر داشته است، شرایط توجه سوگند به وارث را متفاوت از شرایط توجه دعوا به او می‌داند و معتقد است که تنها در صورتی که فوت مورث، بقای ترکه از او و رابطه وراثت میان او و طرف دعوا، اثبات شود، دعوا متوجه وارث خواهد بود (نجفی، ۱۳۶۲/۴۰: ۲۵۳).

با دقت در نظر اخیر، ملاحظه می‌گردد که صاحب جواهر، یک شرط تحت عنوان اثبات رابطه وراثت میان متوفی و طرف دعوا به دو شرط پیش‌گفته یعنی اثبات فوت و بقای ترکه اضافه می‌کند که اکثر فقها از تصریح به آن، غافل بوده‌اند. توضیح بیشتر آنکه زمانی که شخص ادعایی علیه متوفی دارد و به طرف شخص دیگری ادعا می‌کند که به‌زعم خویش، وارث متوفی است، این ادعا را به‌طور ضمنی مطرح می‌کند که طرف دعوا، وارث متوفی است و با توجه به اصل عدم، او است که باید رابطه وراثت میان طرف دعوا و متوفی را اثبات کند. از این‌رو، به نظر ما صاحب جواهر به درستی، این امر را در زمره شرایط توجه دعوا به وارث قلمداد کرده است و چه بسا بتوان گفت که عدم تصریح اکثر فقها به این امر، به معنای عدم شرطیت آن نمی‌باشد؛ بلکه از بابت واضح بودن این امر است. با وجود این، به‌رغم عدم تصریح به این شرط در کلام اکثر فقها، شرطیت آن را می‌توان از عبارت ایشان

اصطیاد نمود. برای مثال، شیخ طوسی پس از اینکه شرط ورود به ماهیت دعوا را اثبات فوت و بقای ترکه اعلام می‌نماید، مقرر می‌کند که پس از احراز این دو شرط، قول «پسر متوفی» مبنی بر نفی علم بر وجود حق ادعایی، مقدم می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۲۴/۵: ۲۷۵). گویی لزوم اثبات رابطه وراثت برای ایشان، امری بدیهی بوده است که به جای لفظ «وارث» از عبارت «پسر متوفی» استفاده نموده است که رابطه وراثت میان او و متوفی آشکار است.

پس در این معنا، توجه دعوا به وارث مستلزم اثبات فوت مورث، اثبات بقای ترکه و اثبات وجود رابطه وراثت بین متوفی و طرف دعواست و از این رو، می‌توان گفت که میان شرایط توجه دعوا و شرایط توجه سوگند، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد؛ یعنی ممکن است دعوا متوجه وارث گردد، در حالی که سوگند نیز متوجه او شود و یا ممکن است دعوا متوجه وارث گردد، در حالی که سوگند متوجه او نگردد. همچنین ممکن است در فرضی تنها سوگند متوجه وارث شود ولی هیچ‌گاه دعوا متوجه او نشود. بدیهی است در فرض چهارم، ممکن است که نه سوگند و نه دعوا متوجه وارث نگردد. توضیح بیشتر آنکه در حالت نخست، ممکن است دعوا متوجه وارث گردد بدون آنکه شرایط توجه سوگند فراهم باشد. در این فرض، شرایط سه‌گانه توجه دعوا یعنی فوت، بقای ترکه و رابطه وراثت به طریقی غیر از ادای سوگند مانند بینه نزد دادگاه به اثبات می‌رسد و مدعی در ماهیت حق مورد ادعا نیز بینه اقامه می‌نماید؛ بنابراین نوبت به توجه سوگند نمی‌رسد. حالت دیگر آنکه شرایط توجه سوگند فراهم است، اما به علت عدم تحقق شرایط توجه دعوا، دعوا متوجه وارث نمی‌گردد. در این فرض، ادعای فوت، بقای ترکه و حق موضوع نزاع، مطرح می‌شود؛ در حالی که حداقل یکی از این ادعاها به هیچ طریقی حتی نکول وارث یا سوگند مدعی نیز اثبات نشود. برای مثال، با ادای یک سوگند از سوی وارث در نفی یکی از سه ادعا، شرایط توجه دعوا محقق نمی‌شود. حالت سوم جایی است که شرایط توجه دعوا و سوگند هر دو فراهم باشد. در این فرض، ادعای فوت، بقای ترکه، رابطه وراثت و حق موضوع نزاع مطرح می‌شود؛ در حالی که تمام این ادعاها اثبات می‌شود و حداقل یکی از ادعاها با سوگند مدعی یا نکول وارث ثابت می‌شود. حالت چهارم نیز آن است که هیچ‌یک از شرایط توجه دعوا و سوگند فراهم نباشد. در این فرض حداقل یکی از سه ادعای فوت، بقای ترکه و رابطه وراثت مطرح نمی‌شود و در نتیجه، نه دعوا متوجه وارث می‌گردد و نه سوگند.

۲. راهکارهای احراز شرایط توجه دعوا به وارث در حقوق ایران

در حقوق ایران، شرایط توجه دعوا به وارث، همان است که پیش‌تر در فقه امامیه مورد شناسایی قرار گرفت؛ یعنی اثبات فوت، اثبات رابطه وراثت میان متوفی و خواننده و اثبات بقای ترکه. دو شرط نخست با دقت نظر در فراز نخست ماده ۲۳۲ قانون امور حسبی آشکار می‌گردد که به موجب آن: «دعوی بر

میت اعم از دین یا عین باید به طرفیت ورثه و یا نماینده قانونی آن‌ها اقامه شود...». بر این بنیاد، زمانی که شخص ادعایی علیه دیگری دارد و وصف میت به او می‌دهد، منطقاً می‌بایست فوت او را اثبات کند؛ چراکه فوت، ادعایی است که خلاف اصل استصحاب حیات مدعی علیه می‌باشد. همچنین، در این ادعا که به طرفیت وارث مطرح می‌شود، اثبات رابطه وراثت میان متوفی و خواننده نیز باید از سوی مدعی، انجام پذیرد؛ زیرا این رابطه، امری وجودی است که به دلیل مخالفت با اصل عدم چنین رابطه‌ای، لاجرم باید اثبات گردد. آری در راستای اثبات این دو شرط است که مقررات راجع به گواهی انحصار وراثت در مواد ۳۶۰ الی ۳۷۴ قانون امور حسبی وضع شده است؛ خاصه آنکه با دقت نظر در ماده ۳۶۰ و ۳۷۲ قانون امور حسبی اثبات فوت و رابطه وراثت از مندرجات اصلی این گواهی است. شرط سوم نیز با دقت نظر در مواد ۲۲۵ و ۲۲۶ قانون امور حسبی قابل ملاحظه است. به موجب ذیل ماده ۲۲۵ این قانون که مقرر می‌دارد: «دیون و حقوقی که به عهده متوفی است، بعد از هزینه کفن و دفن و سایر هزینه‌های ضروری از قبیل هزینه حفظ و اداره ترکه باید از ترکه داده شود.» مسئولیت وارث در برابر مدعی متوفی، مشروط به بقای ترکه از او است که باید توسط مدعی اثبات شود و الا دعوی طرح شده، متوجه وارث نخواهد بود. این امر از صدر ماده ۲۲۶ همان قانون با این بیان که: «ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند...» نیز قابل شناسایی است.

با این توضیح، باید گفت که برخلاف دشواری‌هایی که در فقه امامیه جهت اثبات و احراز سه شرط پیش‌گفته به عنوان شرایط توجه دعوا به وارث وجود دارد و شرح آن گذشت، در حقوق ایران، دو راهکار برای احراز این شرایط در نظر گرفته شده است که در این مجال از مقاله، به بررسی و تحلیل آن‌ها خواهیم پرداخت. از این رو، ابتدا گواهی انحصار وراثت را به عنوان راهکار احراز فوت و رابطه وراثت میان متوفی و خواننده مورد مطالعه قرار می‌دهیم و سپس به قبول و عدم رد ترکه به عنوان راهکار احراز بقای ترکه می‌پردازیم.

۲-۱. گواهی انحصار وراثت

گواهی انحصار وراثت به دلیل این که متضمن تصدیق فوت شخص و رابطه وراثت سایرین با او می‌باشد (ماده ۳۶۰ و ۳۷۲ قانون امور حسبی)، راهکاری است که جهت احراز فوت و رابطه وراثت میان متوفی و خواننده دعوا بر متوفی، مورد استناد قرار می‌گیرد. ذکر این راهکار در قانون امور حسبی و عدم وجود راهکار قانونی دیگری که احراز فوت و رابطه وراثت را از طریق سایر دلایل نیز ممکن بداند، سبب شده است که در رابطه با گواهی انحصار وراثت، دو پرسش مطرح شود: نخست اینکه در دعوا بر متوفی، آیا گواهی انحصار وراثت، تنها دلیلی است که می‌تواند فوت و رابطه وراثت میان متوفی و خواننده را اثبات کند یا اینکه سایر دلایل نظیر شهادت شهود، اقرار خواننده، سوگند و... نیز

می‌توانند این دو شرط را اثبات کند؟ دوم نیز اینکه ضمانت اجرای ارائه گواهی انحصار وراثت هنگام اقامه دعوا بر متوفی چیست؟ در فرصت حاضر از نوشتار، به پاسخ به این دو پرسش خواهیم پرداخت.

۱-۲. طریقت یا موضوعیت

در دیدگاه طریقت محور، گفته می‌شود آنچه در رابطه با گواهی انحصار وراثت از اهمیت برخوردار است، قدرت اثبات کننده فوت و رابطه وارث آن است و نباید با چشم پوشی از این ملاک، برای گواهی انحصار وراثت موضوعیت قائل شویم و آن را تنها دلیلی بدانیم که توان اثبات این دو شرط را دارد. در مقابل، دیدگاه موضوعیت محور قرار دارد که بر بنیاد آن، تنها دلیلی که قادر به اثبات فوت و رابطه وارث است، گواهی انحصار وراثت است.

دیدگاه طریقت محور در رویه قضایی نیز طرفدارانی دارد: برای مثال، در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۰۸۶۹ مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۱۴ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران، این چنین می‌خوانیم: «... صرف عدم ارائه گواهی حصر وراثت مانعی در جهت پذیرش دعوی به خواسته معنونه نمی‌باشد و دعوی مطروحه به لحاظ دلالت و اسناد و مدارک به نام خواهان‌ها قابلیت پذیرش و استماع را دارد بنابر تجویز مواد ۲ و ۳ از قانون آیین دادرسی مدنی محاکم دادگستری مکلف هستند به دعوی که برابر مقررات درخواست شده‌اند رسیدگی کرده و حکم مقتضی را صادر و فصل خصومت نمایند...» (سامانه ملی آرای قضایی پژوهشگاه قوه قضائیه، مشاهده شده در تاریخ ۱۴۰۰/۰۲/۱۲). همچنین، در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۸۳۱۱۱۰۰۴۴۸ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۰۲ شعبه یازدهم دادگاه حقوقی کرمانشاه، فوت و رابطه وراثت از طریق اعلام وکیل خواهان و احدی از خواندگان، شهادت نامه و گواهی فوت، احراز گشته است. به موجب این رأی: «نظر به اینکه به موجب گواهی فوت آقای ... فرزند ... در تاریخ ۹۹/۱/۳ در شهرستان کرمانشاه فوت نموده و حسب اعلام احدی از خواندگان و نیز وکیل منتخب خواهان وراثت حین الفوت مرحوم ... آقایان ... و ... می‌باشد...».

به رغم سکوت رویه قضایی، پذیرش دیدگاه نخست می‌تواند بر این مبانی استوار باشد: نخست، پیشینه فقهی بحث که مباحث حقوقی کنونی بر بنیاد آن وضع شده است، نشان می‌دهد که امکان اثبات این دو شرط با سایر دلایل نظیر بینه و سوگند نیز وجود دارد. دوم، هدف از ارائه گواهی مزبور، احراز فوت و رابطه وراثت است که چنین هدفی با شهادت شهود، تحقیقات محلی، اقرار خوانده و... نیز می‌تواند محقق شود. سوم، هیچ نص قانونی مبنی بر اینکه در دعوا بر متوفی، تنها دلیل اثبات کننده این دو شرط، گواهی پیش گفته باشد، وجود ندارد. در جهت تقویت مبنای اخیر، گفته‌اند که بررسی قوانین موضوعه و به خصوص، قوانین شکلی و مرتبط با اصول محاکمات، نشان می‌دهد که صراحت قانونی در خصوص موضوعیت گواهی انحصار وراثت وجود ندارد (داوودی، ۱۳۸۵: ۱۱۹). چهارم، اگر قائل

به موضوعیت این گواهی باشیم، ممکن است حق خواهان تضییع شود؛ چراکه تنها وارث می‌تواند این گواهی را تحصیل کند و در صورت عدم اقدام او، مدعی به حقوق خویش دست پیدا نخواهد کرد. با وجود این، به نظر می‌رسد که ادله‌ای که می‌توان برای طریقت گواهی انحصار وراثت قائل شد، یارای مقاومت در برابر مبانی دیدگاه موضوعیت‌محور ندارد و پذیرش موضوعیت گواهی انحصار وراثت در احراز فوت و رابطه وراثت، به صواب نزدیک‌تر است؛ زیرا نخست، اختلافات فقهی موجود در رابطه با سوگند به عنوان دلیل اثبات فوت (که برخی ادعای علم به فوت را شرط می‌دانند و برخی، ادعای فوت را)، به خوبی نشان می‌دهد که هدف قانون‌گذار، موضوعیت این گواهی است تا از بروز اختلاف نظرهای فقهی در دادرسی مدنی جلوگیری شود. گویی بدین سبب بوده است که یکی از علمای حقوق، معتقد است که در دعوا بر متوفی، امکان استحضار وراثت وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷: ۱۰۸۵).

دوم، اهمیت گواهی انحصار وراثت به اندازه‌ای است که درخواست صدور گواهی انحصار وراثت، مستلزم رعایت تشریفات قانون امور حسبی بوده و رسیدگی به آن به موجب بند ۹ ماده ۹ قانون شوراهای حل اختلاف در صلاحیت شوراهای حل اختلاف قرار گرفته است. به همین دلیل، اگر این گواهی در نظر قانون‌گذار از اهمیت و موضوعیت برخوردار نبود، هیچ دلیلی وجود نداشت که قسمت قابل توجهی از مقررات موضوعه، به آیین رسیدگی به آن اختصاص یابد.

سوم، این شبهه را باید از ذهن پاک کرد که تنها وارث است که می‌تواند صدور گواهی انحصار وراثت را تقاضا کند؛ زیرا ماده ۳۶۰ قانون امور حسبی صریحاً جواز درخواست گواهی انحصار وراثت را در کنار وارث، به سایر اشخاص ذی‌نفع اعطا کرده است. به موجب این مقرر: «در صورتی که وارث متوفی یا سایر اشخاص ذی‌نفع بخواهند تصدیق انحصار وراثت تحصیل کنند، درخواست‌نامه کتبی مشتمل بر نام و مشخصات درخواست‌کننده و متوفی و ورثه و اقامتگاه آن‌ها و نسبت بین متوفی و وارث تنظیم نموده، به دادگاه تسلیم می‌نماید.» آری نظر به این تجویز قانونی است که گفته‌اند: «از جمله اشخاص ذی‌نفع در ترکه، غیر از وارث، عبارتند از، طلبکار متوفی به‌منظور تشخیص رسمی وارث برای دریافت سهم ایشان از بدهی متوفی که به نسبت سهم الارث بر عهده آنان قرار می‌گیرد.» (شهیدی، ۱۳۹۴: ۲۷۱).

چهارم، قائل شدن به طریقت گواهی انحصار وراثت، در فرضی که دلیل خواهان برای اثبات فوت و رابطه وراثت، شهادت‌نامه یا سوگند طرف مقابل باشد، ممکن است منجر به اطاله دادرسی گردد؛ چراکه در این فرض، خوانده دعوا می‌تواند با ادعای جعل نسبت به شهادت‌نامه یا عدم حضور در جلسه رسیدگی در فرض استحضار، دادرسی را مطول گرداند.

پنجم، پذیرش موضوعیت گواهی انحصار وراثت از تبانی طرفین در دعوا جلوگیری می‌کند. برای مثال، فرض کنید شخص «الف» با شخص «ب» که تنها وارث بالقوه شخص «ج» است، تبانی می‌کند تا با اقامه دعوا به طرفیت او و ادعای فوت شخص «ج»، مالی را که در دارایی شخص «ج» و نزد شخص «ب» می‌باشد، تصاحب کند. در این راستا، خواهان که امکان دریافت گواهی انحصار وراثت را به جهت عدم فوت شخص «ج» ندارد، در جلسه رسیدگی از خواننده دعوا می‌خواهد که اعلام کند که آیا شخص «ج» فوت نموده و او تنها وارث او است یا خیر؟ خواننده نیز اقرار به این دو امر می‌کند. حال اگر اقرار او را برای اثبات فوت و رابطه وراثت بپذیریم، دادگاه وارد ماهیت دعوا می‌شود و حکم به نفع خواهان صادر می‌کند و خواهان می‌تواند از طریق تبانی به راحتی مالی را که در دارایی شخص «ج» و نزد شخص «ب» می‌باشد، تصاحب کند. آری با پذیرش موضوعیت این گواهی، از چنین تالی فاسدی جلوگیری و نظام دادرسی به هدف اصلی آنکه همانا احقاق حق است، نزدیک می‌شود (جهت مطالعه بیشتر در رابطه با هدف اصلی مقررات دادرسی مدنی، نک: صفیان و مقدادی، ۱۴۰۰: ۲۱۲).

گویی نظر به این مبانی است که شعبه بیست و پنجم دادگاه حقوقی تهران در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۸۵۰۰۲۱۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۱۰ این گونه اعلام نظر می‌نماید: «... نظر به اینکه دعوی علیه وراثت بدون تقدیم نمودن گواهی حصر وراثت اقامه شده است که رابطه وراثتی خواندگان با مستأجر متوفی محرز نمی‌باشد لذا دعوی در کیفیت مطروحه قابلیت استماع نداشته...» (سامانه ملی آرای قضایی پژوهشگاه قوه قضائیه، مشاهده شده در تاریخ ۱۴۰۰/۰۲/۱۲). این دیدگاه در دادنامه شماره ۱۴۰۰۵۰۳۹۰۰۰۱۸۹۰۹۹ مورخ ۱۴۰۰/۰۱/۲۶ شعبه نهم دادگاه حقوقی کرمانشاه نیز تبلور یافته است. این دادگاه با بیان اینکه: «... صرف نظر از اظهار نظر ماهوی دعوای مطرح را در موقعیت کنونی متوجه خواندگان به عنوان قائم مقامان (وراثت) بایع نمی‌داند- چراکه... خواهان با معرفی وکیل در ضمن دادخواست تقدیمی و جلسه دادرسی بیان داشته که بایع فوت نموده و خواندگان جملگی وراثت (قائم مقامان) ایشان می‌باشند، این در حالی است که نامبرده دلیلی بر رابطه توارث (گواهی حصر وراثت) بین آن‌ها به دادگاه ارائه ننموده است...» قرار رد دعوای طرح شده را صادر نموده است.

۲-۱-۲. ضمانت اجرا

اکنون که مشخص گردید که گواهی انحصار وراثت جهت احراز فوت و رابطه وراثت، موضوعیت دارد، پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر خواهان دعوا بر متوفی، این گواهی را هنگام اقامه دعوا ارائه نکنند، چه ضمانت اجرایی از سوی دادگاه قابل اعمال است؟ پرسشی که پاسخ به آن، از این حیث اهمیت دارد که در قوانین شکلی، ضمانت اجرای متفاوتی نظیر صدور اخطار رفع نقص، قرار عدم

استماع دعوا، قرار رد دعوا و... برای نواقص شکلی دعوا پیش‌بینی شده است (جهت ملاحظه مفهوم نواقص شکلی و تفاوت آن با نواقص ماهوی دعوا، نک: فرحزادی و میرنژاد، ۱۴۰۰: ۳۱۱-۳۱۰).

احتمال نخست این است که دادگاه باید در چنین وضعیتی، اخطار رفع نقص برای خواهان ارسال کند؛ زیرا بر اساس بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی ذکر وسایلی که خواهان برای اثبات ادعای خود دارد، از شرایط دادخواست است و در دعوا بر متوفی، یکی از وسایل و مقدمات اثبات ادعای خواهان، دلیلی است که بیان‌گر فوت و رابطه وراثت باشد. احتمال دوم این است که دادگاه باید قرار عدم استماع دعوا صادر کند؛ چراکه برابر مفهوم مخالف ماده ۳۷۰ قانون امور حسبی باید در چنین دعوایی گواهی انحصار وراثت هنگام اقامه دعوا، ارائه شود؛ در غیر این صورت، دعوا برابر قانون مطرح نشده و بر بنیاد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قابلیت استماع ندارد. احتمال سوم نیز اینکه دادگاه باید قرار ردّ دعوا صادر کند؛ زیرا اثبات فوت و رابطه وراثت از طریق گواهی انحصار وراثت، از شرایط توجه دعوا به وارث است و در صورت عدم ارائه این گواهی، دعوا متوجه وارث نبوده و باید با استناد به بند ۴ ماده ۸۴ و ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی رد شود.

در مقام بررسی این احتمالات به نظر می‌رسد که ترجیح احتمال نخست با مانع مواجه باشد؛ زیرا اخطار رفع نقص زمانی صادر می‌شود که مندرجات بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی به‌طور کلی ذکر نشده باشد یا در صورت ذکر، ناقص ذکر شده باشد؛ نظیر این که خواهان در رابطه با ادله و وسایلی که برای اثبات ادعای خود دارد، به‌طور کلی سکوت کرده باشد یا اینکه به گواهی انحصار وراثت اشاره کرده باشد ولی مشخصات آن را ذکر یا تصویر مصدق آن را ضمیمه نکرده باشد. از این رو، در فرض سؤال که خواهان، گواهی انحصار وراثت را در زمره وسایل اثبات ادعای خویش قرار نداده و آن را ضمیمه دادخواست نیز نکرده است، صدور اخطار رفع نقص توجیه قانونی ندارد.

احتمال دوم نیز رجحان ندارد؛ زیرا قرار عدم استماع دعوا زمانی صادر می‌شود که ضمانت اجرای قانونی مشخصی برای نقص شکلی در اقامه دعوا وجود نداشته باشد؛ در حالی که همان طور که در احتمال سوم مطرح شده است، نقص شکلی ناشی از عدم ارائه گواهی انحصار وراثت، مشمول ضمانت اجرای ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی یعنی صدور قرار ردّ دعوا می‌باشد. در نهایت اینکه به نظر می‌رسد در ما نحن فیه، صدور قرار ردّ دعوا منطبق با مقررات آیینی موجود باشد و بر صدور اخطار رفع نقص یا قرار عدم استماع دعوا اولویت دارد. گویی شعبه نهم دادگاه حقوقی کرمانشاه نیز هم‌نظر با نویسندگان بوده که در دادنامه شماره ۱۸۹۰۹۹/۱۴۰۰۵۰۳۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۱/۲۶ اشعار می‌دارد: «... وکیل خواهان در ضمن دادخواست تقدیمی نیز به گواهی حصر وراثت اشاره‌ای ننموده که دادگاه در مقام رفع نقص از طریق دفتر برای نامبرده، اخطاریه رفع نقص ارسال نماید

بنابراین و نظر به مطالب بیان شده و مستند به ماده ۸۹، ناظر بر بند ۴ ماده ۸۴ از قانون آیین دادرسی مدنی قرار دعوا صادر و اعلام می‌دارد...».

۲-۲. قبول و عدم ردّ ترکه

احراز بقای ترکه در حقوق موضوعه، با تفاوت‌هایی در مقایسه با فقه امامیه همراه است. در این رابطه، از آنجا که شناسایی اموال به‌جا مانده از متوفی برای خواهان دعوا، مشکل و در مواردی غیرممکن است، قانون امور حسبی قبول و عدم ردّ ترکه را به‌عنوان راهکار احراز بقای ترکه پیش‌بینی نموده است.

در این راستا، بر اساس ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی اگر وارث ترکه را قبول کرده باشد، این‌گونه فرض می‌شود که ترکه متوفی به‌اندازه‌ای است که اگر خواهان در دعوا پیروز شود، موضوع دعوا از محل آن استیفا گردد و همین امر، خواهان را از اثبات بقای ترکه به‌عنوان یکی از شرایط توجه دعوا به وارث، معاف می‌کند. البته که این اماره، نسبی بوده و همان‌طور که در ذیل ماده پیش‌گفته نیز آمده، وارث می‌تواند با ارائه دلیل، اثبات کند که ترکه به میزان خواسته خواهان، باقی نمانده یا اینکه بدون تقصیر او تلف شده است.

به‌علاوه، بر اساس ماده ۲۵۰ قانون امور حسبی اگر وارث ظرف یک ماه از تاریخ اطلاع از فوت مورث، ترکه را بر اساس مقررات قانون امور حسبی قبول یا رد نکند، حکم قضیه نظیر جایی است که وارث ترکه را قبول کرده است. در این صورت، مادام که خواننده دعوا دلیلی مبنی بر رد ترکه بر اساس مقررات قانون امور حسبی به دادگاه ارائه نکند، اماره کفایت ترکه متوفی جاری می‌شود و اثبات خلاف آن، تابع ذیل ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی است. این اماره علاوه بر اینکه از متن ماده پیش‌گفته قابل استنباط است، در ادبیات علمای حقوق نیز مورد تصریح قرار گرفته است. به‌عنوان نمونه، برخی در این خصوص گفته‌اند: «وارثی که ترکه را قبول کرده است و اکنون منکر وجود و کفاف ترکه شده، مدعی است و باید عدم کفاف ترکه یا تلف آن را ثابت کند؛ بر عکس، طلبکاری که اماره «وجود ترکه» را به سود خود دارد، منکر است و نیازی به اثبات کفاف ترکه ندارد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۵: الف): (۲۷۴). همچنین، عده‌ای بر آنند که قبول ترکه نیز باعث نمی‌شود که آنان در هر حال مسئول پرداخت دیون متوفی قرار گیرند؛ بلکه تنها این اماره را ایجاد می‌کند که ترکه به اندازه دیون بوده است (ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی) و وارث با اثبات عدم کفایت ترکه از مسئولیت‌هایی می‌یابد. (صفایی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۷: ۲۰۸).

در رویه قضایی نیز معمولاً جهت احراز بقای ترکه، به مواد پیش‌گفته استناد می‌گردد؛ چراکه کمتر پیش می‌آید وارثی ظرف یک ماه از تاریخ اطلاع از فوت مورث خویش، رد ترکه را به اطلاع دادگاه

برسانند. به عنوان مثال، در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۸۳۱۰۱۰۱۱۱۸ مورخ ۱۳۹۹/۰۹/۰۴ شعبه اول دادگاه حقوقی کرمانشاه، احراز بقای ترکه با تمسک به عدم رد ترکه توسط وارث در مهلت مقرر قانونی، صورت گرفته است. در بخشی از دادنامه موصوف، می خوانیم: «... هر چند که وفق مقررات حاکم اقامه دعوی بر ورثه پذیرفته شده و ورثه مسئول دیون و تعهدات متوفی می باشند و به دلالت ماده ۲۵۰ قانون امور حسبی در صورتی که ورثه از تاریخ اطلاع ظرف مهلت یکماه نسبت به رد ترکه اقدام ننمایند در حکم قبول ترکه می باشد...».

با وجود این، اگر وارث ترکه را بر اساس ماده ۲۴۹ قانون امور حسبی رد کند، خواهان با دو تکلیف مواجه می شود: نخست اینکه اگر وارث متوفی، واحد باشد، خواهان باید دعوای خود را به طرفیت مدیر ترکه طرح کند. اما اگر ورثه متعدد باشند و حداقل یکی از آن ها ترکه را رد کرده باشد، دعوا به موجب اصل مندرج در ماده ۲۳۲ قانون امور حسبی به طرفیت سایر ورثه مطرح می گردد. دوم، خواهان باید بقای ترکه را نیز اثبات کند و دیگر نمی تواند از اماره بقای ترکه استفاده کند؛ زیرا این اماره در فرض قبول یا عدم رد ترکه در مهلت قانونی جاری می شود؛ در غیر این صورت، اصل، عدم بقای ترکه از متوفی بوده و این خواهان است که باید خلاف آن را اثبات کند.

همان طور که ملاحظه شد، احراز قبول، رد یا عدم رد ترکه در مهلت قانونی، در تعیین بار اثبات بقای ترکه نقش مهمی را ایفا می کند. از این رو است که بر اساس مواد ۲۴۲ و ۲۴۹ قانون امور حسبی قبول یا رد ترکه باید به اطلاع دادگاه برسد. این که نحوه اطلاع رسانی در وضعیت کنونی که درخواست های غیرترافعی مراجعین به دادگستری نیز در قالب دادخواست تنظیم می شود، چگونه است، مشخص نیست. رویه قضایی در تکمیل این خلأ مقرر می دارد که این اطلاع، نباید از طریق تقدیم دادخواست انجام پذیرد. به عنوان نمونه، در دادنامه شماره ۱۳۲۳ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۶ شعبه صد و شانزدهم دادگاه حقوقی تهران با اعلام این نظر که: «... اعلام رد ترکه به صراحت ماده ۲۴۹ قانون امور حسبی صرفاً باید به اطلاع دادگاه رسیده و در دفتر مخصوصی که به این منظور موجود است ثبت گردد و نیاز به اقامه دعوی علیه دیان ندارد و دعوی مطروحه مطابقتی با قانون ندارد...» قرار رد دعوای خواهان صادر شده است. این نظر در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۱۸۱ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۹ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان تهران با اشاره به این که: «... اعلام رد ترکه و سپردن ماترک به امین دعوی ترافعی نبوده و صرفاً اعلامی است که وفق ماده ۲۴۹ قانون امور حسبی باید اعلام گردد؛ خواسته مزبور وفق مقررات تنظیم و طرح نگردیده است...» مورد تأیید قرار گرفته است (سامانه ملی آرای قضایی پژوهشگاه قوه قضائیه، مشاهده شده در تاریخ ۱۴۰۰/۰۳/۲۶). با این حال، به نظر می رسد که هر چند تقدیم دادخواست، اصولاً مقدمه رسیدگی به دعوا به عنوان امری

ترافعی است، اما اگر قبول یا ردّ ترکه به عنوان امری غیرترافعی، از طریق دادخواست اعلام شود و به حسب ظاهر نیز در ردیف خوانده، شخص یا اشخاصی درج شده باشند، تلقی این اعلام‌نامه به عنوان امری غیرترافعی، ایرادی نداشته باشد.

نتیجه

توجه دعوا به خوانده به عنوان یکی از شرایط اقامه دعوا، از مفهوم بند ۴ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی استنباط می‌گردد. بر این بنیاد، دعوا زمانی متوجه خوانده است که دادگاه بتواند با فرض صحیح بودن ادعای خواهان، حکم دعوا را علیه خوانده قلمداد کند. در این معنا، توجه دعوا به خوانده، رابطه نزدیکی با ادعا علیه خوانده دارد به نحوی که هر گاه ادعای خواهان در ماهیت دعوا، علیه خوانده باشد، دعوا متوجه او خواهد بود. مسئله‌ای که در مقاله حاضر، مطرح گردید و تلاش شد تا به آن پاسخ داده شود، این بود که در دعوا بر متوفی که در آن، ادعای خواهان در ماهیت دعوا علیه متوفی مطرح می‌شود و وارث به عنوان مسئول ادای حقوق بر عهده متوفی، طرف دعوا قرار می‌گیرد، شرایط توجه دعوا به وارث کدام‌اند؟ در راستای حل این مسئله و یافتن پاسخ، از آنجا که در ادبیات حقوقی موجود، پاسخی برای آن ارائه نشده است، ابتدا به جست‌وجو در آرای فقهای امامیه پرداختیم و پس از آن، با رویکرد به حقوق ایران، نتایج ذیل حاصل گردید:

هرچند فقها بحث مستقلی را پیرامون شرایط توجه دعوا به وارث، مطرح نکرده‌اند، اما دقت نظر در آرای ایشان ذیل بحث راجع به شرایط توجه سوگند به وارث، ما را به احصای مواردی تحت عنوان شرایط توجه دعوا به وارث رهنمون می‌کند. در این راستا، علی‌رغم اختلافاتی که میان فقها در تعیین شرایط توجه سوگند به وارث وجود دارد، مدعی باید سه امر فوت مدعی علیه، بقای ترکه از او و حق موضوع نزاع را مورد ادعا قرار دهد تا سوگند متوجه وارث گردد؛ زیرا وارث در صورتی مسئول ادای حقوق ادعایی بر متوفی است که اولاً فوت محرز باشد، ثانیاً، ترکه‌ای از او باقی مانده باشد و ثالثاً، حقی بر عهده او وجود داشته باشد. لذا اگر حداقل یکی از این سه امر در مرحله ادعا مطرح نشود، امکان محکومیت وارث وجود ندارد و از این رو، توجه سوگند به او نیز امر لغوی به حساب می‌آید؛ زیرا یکی از آثار ممکنه توجه سوگند به وارث، صدور حکم محکومیت او است و چون در فرض عدم طرح حداقل یکی از این سه ادعا، امکان محکومیت وارث وجود ندارد، امکان توجه سوگند به او نیز وجود نخواهد داشت.

پس از تعیین شرایط توجه سوگند به وارث، فقها به نسبت سنجی آن با شرایط توجه دعوا به او پرداخته‌اند. در این راستا، برخی معتقدند که شرایط توجه دعوا، همان شرایط توجه سوگند است و اصلاً فرضی را نمی‌توان تصور نمود که دعوا متوجه وارث باشد ولی سوگند متوجه او نگردد. در

مقابل، از عبارات برخی از فقها استفاده می‌شود که ایشان، توجه سوگند را فرع بر توجه دعوا می‌پندارند و رابطه بین توجه دعوا و توجه سوگند را از نوع اعم و اخص مطلق می‌دانند، به نحوی که هر جا سوگند متوجه وارث گردد، لاجرم دعوا نیز متوجه او بوده است، ولی بر عکس هر جا که دعوا متوجه باشد، ضرورتاً سوگند متوجه وارث نمی‌باشد. با این همه، به نظر می‌رسد تقریر سوئی از ارتباط میان شرایط توجه دعوا و شرایط توجه سوگند صحیح باشد. بر این بنیاد، در دعوا بر متوفی آنگاه که به طرفیت وارث اقامه می‌شود، برای اینکه دعوا متوجه وارث باشد، قاضی نیاز به ورود به ماهیت دعوا یعنی حق ادعایی مدعی نسبت به متوفی ندارد؛ چراکه توجه دعوا از ملزومات شکلی دعوا بوده و در رابطه با احراز آن‌ها، دخالت دادن امور ماهوی صائب نمی‌باشد و همین که برای قاضی محرز شود که ادعایی در ماهیت وجود دارد و به طرف شخصی مطرح شده است، کفایت می‌کند و لازم نیست که ادعای در ماهیت را در زمره توجه دعوا و شرایط آن آورد؛ همچنان‌که در نفس «توجه دعوا»، لزوم وجود ادعای در ماهیت، مستتر است؛ یعنی تا ادعایی در ماهیت وجود نداشته باشد، سخن از توجه دعوا و شرایط آن، بی‌معنا است. از این‌رو، با خارج نمودن ادعای حق موضوع نزاع به عنوان ادعایی ماهوی از شرایط توجه سوگند، دو ادعا یعنی ادعای فوت و بقای ترکه، باقی می‌ماند. با این حال، این دو ادعا به تنهایی نمی‌توانند سبب توجه دعوا به وارث شوند؛ چراکه مادام که این دو ادعا اثبات نشده باشد، ممکن است اساساً مدعی علیه فوت نکرده باشد یا در صورت فوت، ترکه‌ای از متوفی باقی نباشد تا از طریق آن، حق مدعی ادا شود. از این‌رو، همان‌طور که برخی از فقها به درستی اشاره کرده‌اند، لازم است که جهت نفی این احتمالات، ادعای فوت و بقای ترکه، از مرحله ادعای صرف به مقام اثبات برسد تا دعوا متوجه وارث شود و همچنین، رابطه وراثت میان طرف دعوا و متوفی نیز احراز گردد تا دعوا متوجه وارث گردد.

در حقوق ایران، شرایط توجه دعوا به وارث، همان است که در فقه امامیه مورد شناسایی قرار گرفت؛ یعنی اثبات فوت، اثبات رابطه وراثت میان متوفی و خوانده و اثبات بقای ترکه. همچنین، برخلاف دشواری‌هایی که در فقه امامیه جهت اثبات و احراز سه شرط پیش‌گفته به عنوان شرایط توجه دعوا به وارث وجود دارد، در حقوق ایران، دو راهکار برای احراز این شرایط در نظر گرفته شده است. به موجب راهکار نخست که گواهی انحصار وراثت نام دارد، اقامه دعوا بر متوفی به طرفیت وارث، منوط به ارائه گواهی انحصار وراثت است. این گواهی که اثبات فوت و رابطه وراثت میان متوفی و خوانده، از مندرجات آن می‌باشد (مواد ۳۶۰ و ۳۷۲ قانون امور حسبی)، از موضوعیت برخوردار بوده و ضمانت اجرای آن، صدور قرار رد دعوای خواهان است. راهکار دوم نیز که قبول و عدم رد ترکه است، دلالت بر لزوم اثبات بقای ترکه به عنوان دیگر شرط توجه دعوا به وارث دارد (مواد ۲۲۵ و ۲۲۶

قانون امور حسبی) که به موجب آن، اگر وارث ترکه را قبول کرده باشد یا ظرف یک ماه از تاریخ اطلاع از فوت مورث، ترکه را بر اساس مقررات قانون امور حسبی قبول یا رد نکند، به عنوان اماره‌ای نسبی، فرض می‌شود که ترکه متوفی حداقل به میزان خواسته خواهان باقی مانده است (مواد ۲۴۸ و ۲۵۰ قانون امور حسبی). هرچند این قانون، طریقه اعلام قبول ترکه به دادگاه را مشخص نکرده است، به نظر می‌رسد که این امر با تقدیم دادخواست نیز قابل پذیرش باشد؛ زیرا هرچند تقدیم دادخواست، اصولاً مقدمه رسیدگی به دعوا به عنوان امری توافعی است، اما به نظر می‌رسد تلقی این اعلام نامه به عنوان امری غیرتوافعی، ایرادی نداشته باشد.

منابع

فارسی

- افتخار جهرمی، گودرز و مصطفی‌السان (۱۳۹۹)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ اول، تهران: میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸)، دائرة المعارف علوم اسلامی، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷)، مجموعه محشّی قانون مدنی، چاپ ششم، تهران: گنج دانش.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۹)، حقوق دعاوی، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- داوودی، امیر سالار (۱۳۸۷)، «لزوم یا عدم لزوم ارایه گواهی حصر وراثت در هنگام طرح دعوا توسط خواهان به طرفیت وارث متوفی»، مجله کانون وکلا، سال ۱۳۸۷، شماره ۲۰۰ و ۲۰۱.
- رودیجانی، محمد مجتبی (۱۳۹۷)، قانون امور حسبی در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، تهران: کتاب آوا.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، آیین دادرسی مدنی، جلد نخست، چاپ چهاردهم، تهران: دراک.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۴)، ارث، چاپ نهم، تهران: مجد.
- صفایی، سید حسین و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۷)، وصیت، ارث، شفعه، چاپ اول، تهران: سهامی انتشار.
- صفیان، سعید و محمد مهدی مقدادی (۱۴۰۰)، «اصل اختیار خواهان در تعیین عنوان دعوی مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۱۴۰۰، شماره ۱۱۳.
- فرحزادی، علی‌اکبر و سیدرسول میرنژاد (۱۴۰۰)، «اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۱۴۰۰، شماره ۱۱۵.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، شفعه، وصیت، ارث، چاپ بیست و ششم، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، نظریه عمومی تعهدات، چاپ هشتم، تهران: میزان.
- نهرینی، فریدون (۱۳۹۸)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ اول، تهران: گنج دانش.

آرای قضایی

- دادنامه شماره ۱۸۹۰۹۹۰۰۰۳۹۰۰۵۰۳ مورخ ۱۴۰۰/۰۱/۲۶، شعبه ۹ دادگاه حقوقی شهرستان کرمانشاه.
- دادنامه شماره ۱۱۱۸۰۱۱۰۱۱۸۳۱۰۹۹۷۸۳۱۰۹ مورخ ۱۳۹۹/۰۹/۰۴، شعبه ۱ دادگاه حقوقی شهرستان کرمانشاه.
- دادنامه شماره ۴۴۸۰۴۴۸۳۱۱۱۰۹۹۷۸۳۱۰۹ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۰۲، شعبه ۱۱ دادگاه حقوقی شهرستان کرمانشاه.

عربی

- آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۴۰۴ق)، کتاب القضاء، جلد نخست، چاپ دوم، قم: منشورات دار الهجره.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۴۲۷ق)، اسس القضاء و الشهاده، چاپ اول، قم: دفتر مولف.
- جواهری، شیخ حسن (بی‌تا)، بحوث فی الفقه المعاصر، جلد اول، بی‌جا، بیروت: دار الذخائر.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق)، مبانی العروة الوثقی، جلد اول، چاپ اول، قم: مدرسه دار العلم.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۸ق)، القضاء و الشهادت، جلد نخست، بی‌جا، نجف: مؤسسه الخویی الاسلامیه.
- رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱ق)، کتاب القضاء، جلد نخست، بی‌جا، تهران: دار القرآن الکریم.
- شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۴ق)، المعجم الفقهی لکتاب الشیخ الطوسی، جلد پنجم، چاپ اول، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

- شهید ثانی، زید بن علی (۱۴۱۲ق)، *الزّوضه البّهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، جلد نخست، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- شهید ثانی، زید بن علی (بی تا)، *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، جلد سیزدهم، بی جا، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد هشتم، چاپ اول، تهران: المکتبه المرتضویّه لاحیاء الآثار الجعفریّه.
- طباطبائی مجاهد، سید محمد (بی تا)، *المناهل*، بی جا، قم: مؤسس آل البيت علیهم السّلام لاحیاء التراث.
- طباطبائی، سید علی (۱۴۲۲ق)، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، جلد سیزدهم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرّسین.
- عراقی، ضیاء الدین (بی تا)، *شرح تبصره المتعلّمین*، بی جا، قم: مهر.
- علامه حلّی، جمال الدّین حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، *مختلف الشیعه*، جلد چهارم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرّسین.
- علامه حلّی، جمال الدّین حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، جلد سوم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرّسین.
- فاضل لنکرانی، شیخ محمد (۱۴۲۷ق)، *تفصیل الشّریعه - القضاء و الشّهاده*، چاپ دوم، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار.
- گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۰۱ق)، *کتاب القضاء*، جلد نخست، بی جا، قم: چاپ خیام.
- محقق ثانی، شیخ علی بن الحسین (۱۴۰۸ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد پنجم، چاپ اول، قم: مهدیه.
- محقق حلّی، نجم الدّین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد چهارم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق حلّی، نجم الدّین جعفر بن حسن (۱۴۱۰ق)، *المختصر التافع فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران: قسم الدّراسات الاسلامیه فی مؤسسه البعثه.
- مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق)، *البنایع الفقهیّه*، جلد یازدهم، چاپ اول، بیروت: دارالتّراث.
- مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، جلد نهم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- منتظری، شیخ حسین علی (۱۴۱۵ق)، *دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامیّه*، جلد سوم، چاپ دوم، قم: تفکر.
- منتظری، شیخ حسین علی (۱۴۲۲ق)، *نظام الحکم فی الإسلام*، چاپ اول، قم: سراپی.
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۶۲)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد چهلّم، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التّراث العربی.

دعای سهام‌داران بابت خسارات انعکاسی در حقوق شرکت‌ها

محمدعلی بهمنی*، محمدرضا نریمانی زمان‌آبادی**

چکیده

دعای سهام‌داران بابت خسارات انعکاسی که دعای غیرمستقیم نیز خوانده می‌شود، یکی از انواع دعای سهام‌داران در حقوق شرکت‌ها است. مقصود از خسارات انعکاسی، خساراتی است که سهام‌داران در نتیجه ورود زیان به شرکت متحمل می‌شوند و در کاهش ارزش یا سودآوری سهام ایشان «انعکاس» می‌یابد. اینکه آیا سهام‌دار می‌تواند جبران این کاهش ارزش سهام را مستقیماً از شخص زیان‌زننده به شرکت مطالبه کند یا خیر، پرسش اصلی مقاله حاضر است که تلاش شده در پرتو اصول حقوق شرکت‌ها و مسئولیت مدنی به آن پاسخ داده شود. بدین منظور، دعای خسارات انعکاسی پس از بررسی اجمالی سایر دعای سهام‌داران و با مطالعه قوانین و رویه قضایی در نظام‌های حقوقی کامن‌لا و حقوق نوشته مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته و به‌ویژه در نظام حقوقی ایران امکان‌سنجی شده است. صدور رأی دیوان عالی انگلستان در قضیه «سویلیا» به تاریخ ۱۵ جولای ۲۰۲۰ میلادی، آخرین تحول قضایی ناظر بر دعای خسارات انعکاسی است که در مقاله حاضر به آن پرداخته شده است. بررسی‌های مقاله نشان می‌دهد این نوع خسارات در نظام‌های حقوقی بزرگ از جمله نظام حقوقی ایران قابلیت مطالبه ندارند.

واژگان کلیدی: خسارات انعکاسی، دعای مشتق، دعای غیرمستقیم، دعای سهام‌داران، حقوق شرکت‌ها، قاعده خواهان مناسب

* استادیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
bahmaei@hotmail.com

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
mohammadreza_narimani@hotmail.com

مقدمه

بسته به نوع و ساختار سرمایه شرکت، «سهام‌داری»^۱ به معنای تملک بخشی از سرمایه شرکت در قالب سهام یا سهم‌الشرکه است^۲ و حقوق متعددی، از جمله حق بر سود و دارایی شرکت، حق رأی و اطلاع از امور شرکت از آن ناشی می‌گردد. رعایت و محافظت از این حقوق سهام‌داران از جمله وظایف مهم ارکان حاکمیتی شرکت یعنی مجامع عمومی سهام‌داران، هیئت مدیره و مدیران به شمار می‌رود.^۳ این در حالی است که ساختار حقوقی شرکت، متضمن بروز تعارض منافع میان مدیران و سهام‌داران، و همچنین تعارض منافع میان انواع مختلف سهام‌داران^۴ است. بنابراین، «حمایت از سهام‌داران»^۵ به‌ویژه سهام‌داران اقلیت که فاقد کنترل مدیریتی در شرکت هستند، یکی از موضوعات اساسی در حقوق شرکت‌ها است که بر مبنای آن، سهام‌داران باید در مقابل موارد گوناگونی از نقض حقوق خود و ورود زیان به شرکت، مورد حمایت قرار گیرند.^۶ برای نمونه، در نتیجه ارتکاب تقصیر و نقض وظایف مدیریتی از سوی مدیران یا انعقاد معاملات متضمن تعارض منافع ممکن است اموال شرکت در معرض تضییع قرار گرفته یا در نتیجه افزایش سرمایه بدون طی تشریفات قانونی، نسبت سهام‌داری سهام‌دار کاهش یافته یا اصطلاحاً «رقیق»^۷ شود. مطالعه در قوانین و مقررات کشورهای

1. Shareholding

۲. مقصود از سهام‌داری در اینجا، اعم از تملک سهام یا سهم‌الشرکه در شرکت‌های سرمایه است (نک: ماده ۲۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ (از این پس «لایحه اصلاحی قانون تجارت»)) و ماده ۹۴ و ۱۰۲ قانون تجارت ایران مصوب ۱۳۱۱ (از این پس «قانون تجارت»)). در نوشتار حاضر به منظور سهولت در ارجاع، اصطلاح «سهام» در برگرفته هر دو سهام و سهم‌الشرکه در نظر گرفته شده است.

۳. ارکان حاکمیتی شرکت (corporate governance bodies) اصولاً متشکل از مجامع عمومی سهام‌داران (رکن سیاست‌گذار)، هیأت مدیره (رکن اجرایی) و بازرسان یا هیأت نظار (رکن نظارتی) است که البته ممکن است در نظام‌های حقوقی مختلف، متفاوت باشند.

۴. سهام‌داران شرکت را می‌توان از ابعاد گوناگونی مانند میزان تملک سهام (سهام‌داران اکثریت و اقلیت) و نوع سهام (سهام‌داران عادی و ممتاز) دسته‌بندی کرد.

5. Shareholder protection

۶. در این زمینه، به طور کلی، نک:

Study on Minority Shareholders Protection – Final Report, European Commission, Publication Office of the European Union, 2018. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1893f7b8-93a4-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en>, last visited on May 29, 2020; Goo, S H (1994).

برای مطالعه تطبیقی حمایت از سهام‌داران در حقوق ایالات متحده، آلمان و استرالیا، برای نمونه، به ترتیب نک:

Braendle, Udo (2006); Anderson, Helen et al. (2012).

7. Share dilution

مختلف در زمینه حقوق شرکت‌ها نشان می‌دهد سهام‌داران شرکت می‌توانند در موارد نقض این حقوق، علیه شرکت، ارکان حاکمیتی آن و یا اشخاص ثالث متخلف طرح دعوا کنند (Gelster, 2018: 4-6). دعای مزبور سازوکار حقوقی اصلی موجود به منظور دفاع از حقوق ناشی از سهام‌داری، و عملیاتی کردن حمایت از سهام‌داران به شمار می‌روند. بنابراین، نظام‌های حقوقی گوناگون طیف متنوع و گسترده‌ای از دعای را جهت حمایت از سهام‌داران پیش‌بینی کرده‌اند که البته، ارکان، اسباب، محدوده و شرایط اقامه و اثبات هر یک در نظام‌های حقوقی مختلف، متفاوت است.^۱ دعای سهام‌داران بابت خسارات انعکاسی که دعای غیرمستقیم نیز خوانده می‌شود، از جمله دعای سهام‌داران به شمار می‌رود که موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل می‌دهد. چنان‌که در ادامه به تفصیل بررسی خواهد شد، مقصود از خسارات انعکاسی، خساراتی است که در نتیجه ورود زیان به شرکت بر سهام‌داران شرکت تحمیل می‌شود و خود را در قالب عدم تعلق (تفویت) سود سهام یا کاهش ارزش سهام آن‌ها نشان می‌دهد (McLaughlin, Susan, 2013: 322). به بیان دیگر، خسارات انعکاسی به معنای خسارات وارده به سهام‌داران در نتیجه زیان‌های وارده به شرکت است که در کاهش بازدهی یا ارزش سهام ایشان منعکس می‌شود (De Jong, Bas J: 2013: 2). آیا سهام‌داران می‌توانند به منظور جبران این خسارات مستقیماً علیه شخص زیان‌زننده اقامه دعوا کنند؟ این پرسش اصلی است که مقاله حاضر در پی پاسخ به آن است و می‌کوشد چستی، مبانی و قلمرو دعای مطالبه خسارات انعکاسی را در حقوق شرکت‌ها و به‌ویژه در پرتو رویه‌های قضایی مرتبط به دست دهد. صدور رأی دیوان عالی انگلستان در قضیه «سویلیا» به تاریخ ۱۵ جولای ۲۰۲۰ میلادی، آخرین تحول قضایی ناظر بر دعای خسارات انعکاسی است که در مقاله حاضر به آن پرداخته شده است.

از دلایل اهمیت این پژوهش همچنین می‌توان به این نکته اشاره کرد که در منابع نظام حقوقی ایران از جمله قوانین و مقررات مربوطه و همچنین رویه قضایی، به جواز یا ممنوعیت دعای مطالبه خسارت انعکاسی اشاره‌ای مستقیم نشده و از این مفهوم تحت عنوان خسارات انعکاسی در کتب و مقالات پژوهشی فارسی‌زبان نیز نشانی یافت نمی‌شود. با این حال، مقاله حاضر می‌کوشد با توسل به اصول حقوق شرکت‌ها و قواعد مسئولیت مدنی و آیین دادرسی مدنی در ایران، این نوع دعای را در نظام حقوقی ایران نیز امکان‌سنجی کند. بدین منظور نخست انواع دعای سهام‌داران در حقوق شرکت‌ها معرفی شده و سپس دعای خسارات انعکاسی به‌طور خاص در نظام کامن‌لا به‌ویژه

۱. برای نمونه، به منظور مطالعه تطبیقی دعای سهام‌داران در حقوق ایالات متحده و استرالیا، نک:

DeMott, Deborah A. (1986).

انگلستان که می‌توان از آن به‌عنوان زادگاه این بحث یاد کرد و همچنین در نظام حقوق نوشته از جمله ایران مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته است.

۱. انواع دعاوی سهام‌داران در حقوق تطبیقی شرکت‌ها

دعای سهام‌داران را می‌توان از منظر گوناگونی دسته‌بندی کرد.^۱ در یک دسته‌بندی مرسوم و البته مرتبط با این نوشتار، دعاوی سهام‌داران به دعاوی مستقیم (شخصی)، مشتق (نماینده‌گی) و غیرمستقیم (خسارات انعکاسی) تقسیم می‌شوند. مبنای تقسیم دعاوی سهام‌داران به این سه دسته، ذی‌نفع اصلی دعوا، ماهیت حق مورد ادعا و نوع خسارات مورد مطالبه است. توضیح آنکه دعاوی سهام‌داران در برخی موارد به نام و برای احقاق حقوق خود سهام‌داران اقامه می‌شود. در این‌گونه موارد، حقوق سهام‌داران به‌صورت مستقیم مورد تضییع واقع شده و بنابراین، دعوا مستقیم و شخصی است و سهام‌دار در آن نفع شخصی دارد. در مقابل، چنانچه در نتیجه اقدامات متخلفانه یا نقض وظایف از سوی مدیران یا اشخاص ثالث خساراتی متوجه شرکت شود، سهام‌دار می‌تواند از طریق دعاوی مشتق یا نمایندگی اقدام به طرح دعوا از جانب و به نمایندگی از شرکت نماید. چنان‌که ملاحظه می‌شود، ذی‌نفع اصلی این نوع دعوا، نه سهام‌دار، بلکه شخصیت حقوقی شرکت است که سهام‌دار به نمایندگی از آن اقدام می‌کند. تفکیک دعاوی سهام‌داران به دعاوی مستقیم و غیرمستقیم را می‌توان تقریباً در همه نظام‌های حقوقی ملاحظه کرد (Fleischer, Holger, 2018: 875). در این میان، دعاوی غیرمستقیم یا مطالبه خسارات انعکاسی وضعیت ویژه‌ای دارند و از مفاهیم حقوق شرکت‌های انگلستان به شمار می‌روند. در مباحث آتی نشان داده خواهد شد که در دعاوی مذکور حقوق سهام‌داران شرکت به‌طور مستقیم مورد تضییع قرار نمی‌گیرد. بدین معنا که حقوق ناشی از سهام‌داری ایشان به‌صورت شخصی نقض نمی‌شود. حق مورد مطالبه متعلق به شرکت بوده و شخصی که متحمل ضرر و زیان شده نیز شرکت است. با این حال دعوا به نام و حساب سهام‌دار، و نه به نمایندگی از شرکت، اقامه می‌شود و ذی‌نفع دعوا نیز خود سهام‌دار است.

۱-۱. دعاوی مستقیم (شخصی)

دعای مستقیم رأساً توسط سهام‌دار و به نام خود او در جایگاه خواهان اقامه می‌شود و سهام‌دار در آن نفع شخصی دارد. دعاوی مستقیم اصولاً ناظر به حقوق شخصی سهام‌داران است. مقصود از «حقوق شخصی سهام‌داران»^۲ حقوق و امتیازات متعلق به اشخاص حقیقی و حقوقی صاحب سهام

۱. جهت مطالعه بیشتر در این زمینه، نک:

Chen, Wenjing (2017); Erickson, Jessica et al. (eds.) op. cit. p. 4.

2. Personal rights of shareholders.

در شرکت به‌عنوان سهام‌دار است که به‌واسطه تملک سهام به ایشان تعلق می‌گیرد. این حقوق را که گاه حقوق اختصاصی یا انفرادی سهام‌داران نیز نامیده شده، حتی با تصمیم ارکان شرکت نیز نمی‌توان نقض کرد (اسکینی، ۱۳۹۲: ۹۳). با توجه به تفکیک و استقلال شخصیت حقوقی شرکت و شرکا، حقوق شخصی سهام‌داران متفاوت از حقوق متعلق به شرکت به‌عنوان شخص حقوقی می‌باشد.^۱

بنابراین، در یک توصیف مقدماتی از دعاوی مستقیم باید گفت یکی از اهداف نظام‌های حقوقی از پیش‌بینی این نوع دعاوی، فراهم کردن امکانی برای مقابله با نقض حقوقی است که به‌موجب قانون و اساسنامه شرکت، به سهام‌داران اعطا شده است. البته قلمرو دعاوی مستقیم محدود به حقوق اساسنامه‌ای سهام‌دار نیست و نقض حقوق قراردادی وی نیز، مثلاً حقوق ناشی از قرارداد سهام‌داران^۲ می‌تواند مبنای دعاوی مستقیم سهام‌دار قرار گیرد (Dignam, Lowry, 2012: 191). همچنین، قلمرو این نوع دعاوی صرفاً محدود به موارد نقض حقوق ناشی از سهام‌داری نیست و تخلف از تشریفات قانونی در انجام امور و اتخاذ تصمیمات ارکان شرکت نیز می‌تواند مبنای دعاوی مستقیم واقع شود. کما اینکه در بسیاری از نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی (برای نمونه، ماده ۲۴۱ قانون شرکت‌های سهامی آلمان، ماده ۸۰۸ قانون تعهدات سوییس، مواد ۴۱ تا ۴۴ قانون شرکت‌های با مسئولیت محدود اتریش، و ماده L. 235-1 قانون تجارت فرانسه) سهام‌داران اقلیت می‌توانند علیه تصمیمات ارکان شرکت که برخلاف قانون یا اساسنامه شرکت اتخاذ شده باشند، دعاوی ابطال مطرح نمایند (Fleischer, 2018: 874) و بخش عمده‌ای از دعاوی اقامه‌شده توسط سهام‌داران را نیز همین نوع دعاوی مستقیم تشکیل می‌دهد (Fleischer, 2018: 857). به‌موجب ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت ایران نیز «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 یا عملیات یا تصمیمات مذکور به حکم دادگاه اعلام خواهد شد.» همچنین مطابق با ماده ۲۷۳ همین لایحه، «در صورت صدور حکم قطعی بر بطلان شرکت یا بطلان عملیات یا تصمیمات شرکت، کسانی که مسئول بطلان هستند متضامناً مسئول خساراتی خواهند بود که از آن بطلان به صاحبان سهام و اشخاص ثالث متوجه شده است.» بنابراین، دعاوی ابطال تصمیمات مجامع و هیئت مدیره و متعاقب آن، دعاوی مطالبه خسارات ناشی از بطلان از جمله مهم‌ترین دعاوی مستقیم بوده و از نیرومندترین سازوکارهای حقوقی حمایت از سهام‌داران اقلیت به‌شمار می‌رود.

۱. نک: مواد ۵۸۳ و ۵۸۸ قانون تجارت ایران.

2. Shareholders Agreement (SHA).

۲-۱. دعاوی مشتق (نمایندگی)

یکی از پیامدهای دکرترین تفکیک شخصیت حقوقی، برخورداری شرکت از اهلیت عام، و امکان اقامه دعا له و علیه آن است. بنابراین، شرکت می تواند به عنوان شخص حقوقی به منظور استیفای حقوق خود علیه دیگر اشخاص مبادرت به طرح دعا نماید. اصل تفکیک حقوقی شرکت از شرکا و سهام داران متضمن دو پیامد در زمینه دعاوی و اهلیت اقامه آنها است. نخست، سهام داران نمی توانند به جای شرکت طرح دعا کنند و تنها این شرکت است که در دعاوی خود ذی نفع است (پاسبان، ۱۳۹۴: ۳۴). دوم، با توجه به صلاحیت ارکان حاکمیتی شرکت (معمولاً هیئت مدیره) در رابطه با مدیریت دعاوی و امور حقوقی شرکت، سهام داران اصولاً نمی توانند به نمایندگی از شرکت و به حساب آن دعوائی را آغاز نمایند. علت این ممنوعیت، رعایت ساختار حاکمیتی شرکت، و پیشگیری از تعدد و توازی دعاوی است. تصمیم گیری در ارکان شرکت به علت ملاحظات عملی، مبتنی بر قاعده اکثریت است. صاحبان سهام البته می توانند نظر مخالف خود را نسبت به کلیه تصمیمات از طریق رأی منفی به آنها ابراز کنند. چنانچه تصمیم مذکور مورد تأیید اکثریت مقتضی در هریک از مجامع قرار گیرد، برای سهام داران مخالف نیز الزام آور خواهند بود. لذا قاعده اکثریت، اصلی فراگیر در حقوق شرکت ها بوده و مبنای بسیاری از ابعاد عملیات حقوقی شرکت است.

به رغم مراتب و ملاحظات فوق، رعایت بی قید و شرط قاعده اکثریت متضمن دو پیامد نامطلوب برای شرکت و مجموعه سهام داران آن است. نخست، این قاعده زمینه را برای تجمع قابل توجه قدرت توسط کنترل کنندگان هیئت مدیره یا مجامع عمومی فراهم می کند. به ویژه در مواردی که توزیع سهام پراکنده است و سهام داران خرد تمایل یا انگیزه ای برای رأی در مجامع ندارند، سهام داران عمده می توانند حتی بدون در اختیار داشتن اکثریت مطلق سهام، کنترل مجامع را به دست گیرند. این امر به ویژه سهام داران اقلیت را در موقعیت ضعیفی قرار می دهد. دوم و مهم تر، ممکن است در نتیجه اقدامات اشخاص کنترل کننده شرکت یعنی مدیران، ضرر و زیانی به شرکت وارد شود. سرانجام، مدیران ممکن است در این شرایط به علت تعارض منافع خود با شرکت از اقامه دعا علیه اشخاص زیان زننده امتناع نمایند و از این رهگذر، سایر ذی نفعان، به ویژه سهام داران اقلیت را نیز متضرر نمایند. البته در صورت پیش بینی قانونی، سهام داران اکثریت می توانند در قالب مجامع عمومی تصمیم به اقامه دعا علیه مدیران بگیرند. مشکل اصلی اما آنجایی بروز می یابد که مدیران خطاکار، سهام داران اکثریت شرکت نیز باشند (عیسانی تفرشی و همکاران، ۱۳۹۳: ۹۸). از سوی دیگر، تعهدات مدیران در انجام وظایف خود نه در قبال سهام داران، بلکه در مقابل شرکت است (Bourne, 1998: 135). لذا سهام داران به علت فقدان نفع مستقیم، اصولاً نمی توانند در نتیجه نقض تعهدات مذکور رأساً و از

جانب خود علیه مدیران اقامه دعوا نمایند.

نظام‌های حقوقی به‌منظور حمایت از سهام‌داران در مقابل مدیران در چنین شرایطی، سازوکاری تحت عنوان «دعای مشتق»^۱ یا «دعای نمایندگی»^۲ پیش‌بینی کرده‌اند که به سهام‌داران اجازه می‌دهد جهت حمایت از شرکت، علیه مدیران خطاکار دست به اقدام حقوقی بزنند (Hill, 2000: 396; Dine, 1999: 59). هدف از دعای مشتق، کمک به سهام‌داران اقلیتی است که با قرار گرفتن در این وضعیت، می‌خواهند از حقوق شرکت دفاع نمایند (McLaughlin, 2013: 312). به بیان دیگر، ملاحظه و استدلال اصلی که در دفاع از پیش‌بینی دعای مشتق مطرح می‌شود، بهبود چالش‌های ناشی از رابطه اصیل - وکیل میان سهام‌داران و مدیران شرکت بوده و دعای مشتق از ابزارهای مهم حقوقی است که در نظام‌های حقوقی گوناگون در اختیار سهام‌داران قرار گرفته تا به احقاق حقوق شرکت در برابر مدیران متخلف برخیزند (Reisberg, 2009: 20-24). بدین لحاظ، اسباب دعای مشتق ناظر به رفتار متخلفانه مدیران است.

با توجه به مراتب بالا، سهام‌داران در بسیاری از نظام‌های حقوقی مختلف از جمله انگلستان،^۳ ایالات متحده (Wrbka, et al. (eds.) 2012: 97)، آلمان،^۴ فرانسه^۵ و ژاپن^۶ می‌توانند تحت شرایطی علیه مدیران و از جانب شرکت دعای مشتق مطرح نمایند. برای نمونه، در حقوق انگلستان محدوده این دعای ناظر به فعل یا ترک فعل بالفعل یا احتمالی است که از قصور، غفلت، ترک وظایف یا نقض وظایف امانی مدیران نشئت می‌گیرد (پاسبان، جهانیان، ۱۳۹۲: ۱۰۵). در حقوق ایران نیز سهام‌داران می‌توانند بابت «تخلف و تقصیر» مدیران، به نام و از طرف شرکت دست به طرح دعوا علیه مدیران بزنند. این نوع دعوا در نظام حقوقی ایران به‌موجب ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت پیش‌بینی شده است. مطابق این ماده، «شخص یا اشخاصی که مجموع سهام آن‌ها حداقل یک پنجم مجموع سهام شرکت باشد می‌توانند در صورت تخلف یا تقصیر رئیس و اعضای هیئت مدیره و یا مدیرعامل به نام و از طرف شرکت و به هزینه خود، علیه رئیس یا تمام یا بعضی از اعضای هیئت مدیره و مدیرعامل اقامه دعوا نمایند و جبران کلیه خسارات وارده به شرکت را از آن‌ها مطالبه

1. Derivative claims or suits.

2. Representative claims

۳. ماده ۲۶۰ تا ۲۶۹ قانون شرکت‌های انگلستان مصوب ۲۰۰۶.

۴. ماده ۱۴۷ قانون شرکت‌های سهامی آلمان مصوب ۱۹۶۵ با اصلاحات بعدی.

۵. ماده ۲۵۲-۲۲۵ L. قانون تجارت فرانسه.

۶. ماده ۸۴۷ قانون شرکت‌های ژاپن مصوب ۲۰۰۵ (قانون شماره ۸۶/۲۰۰۵).

کنند.» ارکان دعوای مشتق در نظام‌های مختلف اصولاً یکسان است: سهام‌دار بودن خواهان، تخلف مدیران از ایفای تعهدات و انجام وظایفی که در مقابل شرکت تعهد نموده‌اند، و تعلق غرامات حاصله به شرکت و نه سهام‌دار.^۱ برخی حقوق‌دانان ایرانی به درستی ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی را با توجه به موجود بودن سه رکن دعوای مشتق در آن، مطابق با تعریف این‌گونه از دعوای دانسته‌اند^۲ هرچند برخی دیگر آن را مصداق دعوای غیرمستقیم برشمرده‌اند (اسکینی، ۱۳۹۲: ۲۱۴) که با تعاریف ارائه شده در نوشتار حاضر، مطابقت ندارد.

۳-۱. دعوای غیرمستقیم (خسارات انعکاسی)

به موجب اصول کلی حقوق مسئولیت مدنی، در مواردی که دو شخص، «الف» و «ب»، در نتیجه اقدام شخص ثالثی، «ج»، متحمل ضرر و زیان می‌شوند، چنانچه اقدام مزبور ناقض تعهدات قراردادی یا غیرقراردادی «ج» در برابر «الف» بوده باشد، قانون سبب دعوایی را در اختیار «الف» قرار می‌دهد تا با اقامه دعوا علیه «ج»، خسارات وارده به خود را جبران کند. همچنین در صورتی که اقدام نامبرده ناقض تعهد «ج» در برابر «ب» نیز بوده باشد، «ب» نیز هم‌زمان از سبب دعوا علیه «ج» برخوردار خواهد بود. در این وضعیت، هر دوی «الف» و «ب» می‌توانند ضمن رعایت مقررات آیین دادرسی مربوطه، علیه «ج» اقامه دعوا کنند و «ج» معمولاً متعهد خواهد بود زیان‌های وارده به هر دوی ایشان را جبران نماید.^۳ در مواردی ممکن است دعوای «الف» و «ب» به هم پیوسته باشد به این معنا که خسارات وارده به «ب»، فرع بر ورود خسارت به «الف» بوده و پرداخت خسارت توسط «ج» به «الف»، در عمل موجب می‌شود زیان وارده به «ب» نیز جبران شود.^۴ در این‌گونه موارد نیز

۱. برای نمونه، نک: ماده ۲۶۰ قانون شرکت‌های انگلستان مصوب ۲۰۰۶ و ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت.

۲. برای بررسی بیشتر نک: دمرچیلی و همکاران، ۱۳۹۲: ۲۸۰؛ همچنین، پاسبان و جهانیان، ۱۳۹۲: ۱۰۱.

۳. چنانچه «الف» علیه «ج» اقامه دعوا کرده و او را محکوم به پرداخت غرامت کند، و مدتی بعد «ب» نیز به دنبال حکمی مشابه علیه «ج» بوده اما «ج» توانایی پرداخت را از دست داده باشد، «ب» عملاً شانس وصول محکوم‌به را از دست خواهد داد. با این حال چنانچه «ج» در زمان اقامه دعوای نخست، ورشکسته باشد، حقوق ورشکستگی با ایجاد ترتیبات مربوطه (از جمله دعوت از بستانکاران و تشکیل صفوف غرما) از دعوای هر دوی «الف» و «ب» و توزیع منصفانه دارایی‌های «ج» میان ایشان حمایت خواهد کرد.

۴. برای نمونه، در صورتی که شخص ثالث خساراتی را مثلاً از طریق تخریب به یک عین مستأجره وارد کند، هر دوی مؤجر و مستأجر دارای سبب دعوای مستقل علیه وی شده و می‌توانند به منظور جبران خسارات، اقامه دعوا نمایند. با این حال، دعوای مؤجر و مستأجر به هم پیوسته است و در صورت جبران خسارات وارده به هریک، خسارات وارده به دیگری نیز جبران خواهد شد. جهت ملاحظه نمونه‌هایی دیگر از این‌گونه دعوای در حقوق انگلستان، نک:

Liverpool No 2 (1963); Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd (2001).

اصولاً دلیلی وجود ندارد که هر دو شخص «الف» و «ب» از سبب دعوی مستقل علیه «ج» برخوردار نباشند و نتوانند این اسباب دعوا را جدای از یکدیگر و هم‌زمان به جریان بیندازند. علی‌رغم این قواعد کلی، چنانچه «الف» یک شرکت، و «ب» سهام‌دار آن باشد و در نتیجه ورود خسارت به شرکت توسط «ج»، ارزش یا سودآوری سهام متعلق به «ب» کاهش یابد، سهام‌دار دعوی مستقلی از شرکت علیه «ج» نخواهد داشت تا برای جبران این کاهش ارزش یا سودآوری سهام خود، جداگانه اقدام کند. دعوی سهام‌دار در این‌گونه موارد اصطلاحاً دعوی خسارات انعکاسی نامیده شده و محکوم به رد است. سرمایه‌گذاری اشخاص در شرکت‌ها از طریق تملک سهام انجام می‌شود و بنابراین، سوددهی و ارزش سهام نقشی اساسی در میزان موفقیت این سرمایه‌گذاری داراست. با این همه، ارزش سهام در اغلب موارد تابع مستقیمی از موفقیت اقتصادی شرکت به‌طور کلی، و میزان دارایی مثبت (اموال) شرکت است. از همین رو، در موارد ورود ضرر و زیان به شرکت، و به‌ویژه در مواقعی که ضرر و زیان مزبور از ارزش اموال شرکت به‌نحو قابل‌توجهی می‌کاهد، سهام‌داران شرکت نیز هم‌زمان از طریق ناتوانی سهام از سوددهی یا کاهش ارزش آن، متضرر می‌شوند که در واقع «انعکاسی» از خسارات وارده به شرکت است (Dignam; Lowry, 2012: 191). با توجه به ماهیت غیرمستقیم خسارات وارده به سهام‌دار از این بابت، دعوی خسارات انعکاسی را دعوی غیرمستقیم نیز می‌نامند. نظام‌های حقوقی گوناگون نیز تمایزی اساسی میان خسارات مستقیم وارده به شرکت و خسارات انعکاسی سهام‌داران که در ادامه به تفصیل بررسی خواهند شد قائل شده‌اند (Fleischer, 2018: 875).^۱

۲. دعوی خسارات انعکاسی در نظام کامن‌لا

در این بخش دعوی خسارات انعکاسی در حقوق انگلستان و ایالات متحده آمریکا از نمایندگان اصلی نظام کامن‌لا، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. پیش از آغاز لازم به ذکر است که از آنجا که مفهوم دعوی مطالبه خسارات انعکاسی اساساً از ابتکارات نظام حقوقی انگلستان محسوب می‌شود، دعوی مذکور در مقایسه با دیگر نظام‌های حقوقی، نزد حقوق‌دانان و دادگاه‌های انگلستان بیشتر مورد استناد و بررسی واقع شده است.^۲

1. See also: Joffe, Victor et al. (2008), secs. 1.01-1.03.

۲. در این زمینه، به‌طور کلی نک:

Shapira, Gioba (2003); Buckle, Paul (2010); Lowe, Tom (2014); Steinfeld, Alan (2016); Goo, S H (2010); Spotorno, Agustin (2018); Koh, Pearlle, (2011).

۲-۱. انگلستان: اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی

۲-۱-۱. معرفی

دعای غیرمستقیم سهام‌داران به موجب اصل «ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی»^۱ که از قواعد شناخته شده حقوق شرکت‌ها در انگلستان محسوب می‌شود، ممنوع دانسته شده است. علی‌رغم سکوت قوانین موضوعه انگلستان در خصوص جواز یا ممنوعیت این نوع دعای، رویه قضایی این کشور در رابطه با ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی تردید ندارد.^۲ ریشه‌های اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی در حقوق انگلستان را باید در قاعده «خواهان مناسب»^۳ جست‌وجو کرد (Hannigan, Brenda 2012: 440). به موجب این قاعده که در قضیه مشهور و قدیمی «فاس هارباتل»^۴ مورد شناسایی دادگاه‌های انگلستان قرار گرفته است، سهام‌داران نمی‌توانند در خصوص سبب دعوی متعلق به شرکت، اقامه دعوا نمایند. به عبارت دیگر، خواهان مناسب در دعوی مطالبه خسارت علیه شخص متخلف و زیان‌زننده به شرکت، خود شرکت است. این قاعده که به طور گسترده در رویه قضایی انگلستان پذیرفته شده بود،^۵ در قضیه «پرودنشال» سنگ بنای استدلال دادگاه تجدیدنظر برای اعلام ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی قرار گرفت. به باور دادگاه در این قضیه که برای نخستین بار به دعوی یک سهام‌دار برای مطالبه این نوع خسارات می‌پرداخت، «سهام‌دار نمی‌تواند بابت کاهش ارزش سهام خود یا کاهش عواید ناشی از سهام‌داری^۶ که صرفاً در نتیجه ضرر و زیان وارده به شرکت ایجاد شده، علیه شخص متخلف (زیان‌زننده) دست به طرح دعوی مستقل از شرکت بزند حتی چنانچه اقدام طرف زیان‌زننده علاوه بر ایراد زیان به شرکت، تخلف علیه سهام‌دار نیز محسوب شده و حتی چنانچه شرکت خود اقدامی برای مطالبه خسارات نکرده باشد» (Prudential Assurance v Newman (1982), para. 204). تازه‌ترین موضع رویه قضایی انگلستان پیرامون ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی را می‌توان در رأی دیوان عالی این کشور در قضیه «سویلیا» مورخ ۱۵ جولای ۲۰۲۰ مشاهده نمود.^۷ چنان‌که در ذیل توضیح داده خواهد شد، دیوان عالی در این قضیه بخش مهمی از رویه قضایی پیشین در خصوص قلمرو ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی را ابطال کرد، اما علی‌رغم تنقیح مذکور، خود اصل را حفظ نمود.

1. No reflective loss principle.

2. Rushmer v Mervyn Smith (2009); Gaetano Ltd v Obertor Ltd (2009).

3. The proper claimant rule.

4. Foss v Harbottle (1843).

5. Macdougall v Gardiner, (1875); Burland v Earle (1902); Mozley v Alston, (1847); Macaura v Northern Assurance co Ltd. (1925).

6. Distributions

7. Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020).

۲-۱-۲. مبانی

دادگاه تجدیدنظر در قضیه «پرودنشال» استدلال محوری خود در مخالفت با مطالبه خسارات انعکاسی از سوی سهام‌داران را بر ماهیت غیرشخصی خسارات وارده به سهام‌دار و قاعده خواهان مناسب (قضیه فاس هارباتل) بنا نهاد. به باور دادگاه «پرودنشال»، «سهام‌دار در این‌گونه موارد متحمل خسارات شخصی و مستقیم نمی‌شود» (, Prudential Assurance v Newman (1982), para. 210) و «تنها زیان وارده به سهام‌دار از طریق شرکت و در نتیجه کاهش خالص دارایی آن است». گفتنی است با توجه به تفکیک شخصیت حقوقی و دارایی شرکت از سهام‌داران و شرکا،^۱ حق اشخاص اخیر در شرکت حق دینی است (فرحناکیان، ۱۳۹۸: ۷۳۱). بنابراین، سهام‌داران حق مستقیم و عینی نسبت به اموال شرکت ندارند و منافع ایشان در شرکت، به اندازه میزان سهام آن‌ها است.^۲ دادگاه تجدیدنظر در قضیه «پرودنشال» با در نظر داشتن همین تفکیک مقرر نمود «سهام متعلق به خواهان تنها حاکی از حق مشارکت وی در شرکت طبق اساسنامه بوده و حق مذکور در نتیجه اقدام متخلفانه [در موارد دعای خسارت انعکاسی]، مورد تصحیح قرار نمی‌گیرد» (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), para. 223). برخی نویسندگان نیز در همین راستا، ماهیت غیرمستقیم خسارات وارده به سهام‌دار در این موارد را علت اصلی ممنوعیت مطالبه خسارات مذکور دانسته‌اند (, Sealy, Worthington, 2010: 673). البته نمی‌توان گفت در این موارد هیچ‌گونه زیان شخصی به سهام‌دار وارد نشده، چراکه بالاخره ارزش سهام متعلق به وی، که از اموال او محسوب می‌شود، کاهش یافته است. با این حال، قانون این ضرر و زیان را به‌عنوان یک زیان مستقل و جدا از زیان وارده به شرکت شناسایی نمی‌کند و به همین علت، سبب دعای مستقلی نیز برای سهام‌دار در قبال آن ایجاد نمی‌شود (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), para. 28).

دومین مبنای استدلالی پذیرش ممنوعیت خسارات انعکاسی در قضیه «پرودنشال»، قاعده خواهان مناسب و لوازم این قاعده است. چنان‌که در این قضیه و در دیگر قضایا^۳ توضیح داده شده، قاعده خواهان مناسب دارای دو وجه است. نخست آنکه «خواهان مناسب در دعوی مربوط به تخلف علیه شرکت، در وهله اول، خود شرکت است.» یکی از پیامدهای این جنبه از قاعده آن است که سهام‌دار علی‌الاصول نمی‌تواند به‌منظور دریافت خسارات قابل‌پرداخت به شرکت بابت ضرر و

۱. در خصوص دکرین تفکیک شخصیت حقوقی و نتایج آن، نک:

Ireland, et al. (1987), pp. 149-150; see also Davies, Worthington, (2016).

۲. ماده ۲۴ لایحه اصلاحی قانون تجارت.

3. Edwards v Halliwell (1950) 2 All ER 1064.

زیان وارده به شرکت، اقامه دعوا نماید (Prudential Assurance v Newman (1982), para. 210). دومین جنبه از قاعده خواهان مناسب، لزوم رعایت اقتضائات حاکمیت شرکتی است، بدین معنا که مدیریت امور شرکت به ارکان حاکمیتی آن (که به استناد اساسنامه شرکت ایجاد شده‌اند) سپرده شده است. بنابراین، هنگامی که سهامدار مبادرت به سرمایه‌گذاری در شرکت می‌کند، حق تصمیم‌گیری درخصوص شیوه حمایت از سرمایه‌گذاری خود را به شرکت، یعنی اکثریت سهامداران واجد حق رأی در مجمع عمومی آن، واگذار می‌کند. در واقع، سهامدار با سرمایه‌گذاری در شرکت، ریسک کاهش ارزش سهام خود به علت عملیات شرکت را می‌پذیرد و جبران آن را برعهده ارکان حاکمیتی و اقدام خود شرکت علیه اشخاص زیان‌زننده به شرکت می‌سپارد. ازجمله مفاهیم اصلی حاکمیت شرکتی، «پایبندی به فرایندهای تصمیم‌سازی درون شرکت» و «رفتار برابر با سهامداران» است و تجویز دعاوی خسارات انعکاسی با هر دو تناقض آشکار دارد. اینکه هر یک از سهامداران بتوانند بابت ضرر وارده به شرکت اقدام به طرح دعوی مستقل به نام و حساب خود کنند، به منزله نادیده انگاشتن الزام‌آوری و نقض همه فرایندهایی است که نه تنها برای سهامداران، بلکه برای خود ارکان شرکت نیز لازم‌الاجرا است. به علاوه، چنانچه هر یک از سهامداران مستقل از شرکت قادر به طرح دعوا و مطالبه خسارت باشد، غرامات پرداختی بابت خسارت وارده به شخصیت حقوقی شرکت، تنها به سهامدار خواهان دعوا تعلق گرفته و سایر سهامداران متضرر خواهند شد. این در حالی است که رعایت رفتار یکسان با همه سهامداران یکی از مهم‌ترین اصول حاکمیت شرکتی به شمار می‌رود.^۱ پایبندی به اصول حاکمیت شرکتی در دکتترین نیز از مبانی ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی از سوی سهامداران دانسته شده است (Davies, Worthington, 2016: 625).

با این همه می‌توان پرسید اگر شرکت از طرح دعوایی که به نظر سهامداران باید اقامه و تعقیب شود، سر باز زند، یا دعوی خود را به میزانی کمتر از آنچه سهامداران قبول دارند، مصالحه کند، آیا دعوی مستقل سهامداران همچنان ممنوع خواهد بود؟ رویه قضایی انگلستان به این پرسش، پاسخ مثبت داده است: دوم، تصمیم‌سازی راجع به این موارد به استناد اساسنامه و قانون در هر حال به اکثریت سهامداران سپرده شده که صلاحیت خود را از طریق ارکان حاکمیتی شرکت به اجرا می‌گذارند و سهامدار تنها می‌تواند از طریق رأی خود در مجامع عمومی، بر این تصمیم‌سازی تاثیر بگذارد (Prudential Assurance v Newman (1982), p. 224). سهامدار اقلیت نیز می‌تواند در صورت ادعای نقض تعهدات مدیران، از طریق سازوکارهای دعوی مشتق و «رفتار غیر منصفانه»

1. G20/OECD Principles of Corporate Governance, OECD Publishing, Paris, 2015, Principle II.

بهره‌مند شود و ازجمله خواستار انحلال شرکت شود.^۱ اما اگر از اختیارات مدیریتی شرکت سوءاستفاده نشده و اکثریت سهام‌داران تصمیم شرکت مبنی بر عدم طرح یا تعقیب دعوا و یا مصالحه آن را تنفیذ کنند، دعوی سهام‌دار ممنوع خواهد بود.

مجلس اعیان (دیوان عالی) انگلستان پس از قضیه «پروندشال»، توجیهات دیگری را برای رد دعوی سهام‌داران در هر زمان که شرکت دارای دعوی هم‌زمان با سهام‌دار بود مطرح کرد که در قضایای بعدی موجب توسیع قلمرو اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی گردید. مجلس اعیان در قضیه «جانسون»^۲ که در ادامه تأثیر قابل‌توجهی بر رویه قضایی انگلستان گذاشت،^۳ ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی را اساساً مبتنی بر لزوم اجتناب از جبران مضاعف به ضرر طرف دعوا (خوانده) دانست. از نظر لرد میلر^۴ در قضیه مذکور، تجویز مطالبه خسارات انعکاسی برای سهام‌داران منجر به دو پیامد غیرقابل قبول خواهد شد: نخست، در صورت اقامه دعوا و دریافت خسارت توسط شرکت و نیز سهام‌دار آن، طلبکاران شرکت و سایر سهام‌داران از اقدام سهام‌دار متضرر نخواهند شد، اما طرف دعوا (خوانده) ناگزیر خواهد بود بابت یک اقدام متخلفانه، دو بار غرامت بپردازد که از آن به‌عنوان «جبران مضاعف»^۵ یاد می‌شود (Johnson v Gore Wood (2002), para. 62). دوم، چنانچه به‌منظور اجتناب از جبران مضاعف به زیان خوانده، صرفاً سهام‌دار بتواند مطالبه خسارت کند، خود شرکت از دریافت غرامت محروم شده و در نتیجه بستانکاران و سایر سهام‌داران شرکت متضرر خواهند شد. به بیان دیگر، چنانچه سهام‌دار بتواند پیش از شرکت خسارات مربوطه را دریافت کند، عملاً از اموال شرکت استفاده کرده و آن را به زیان سایر سهام‌داران و بستانکاران شرکت، از عداد دارایی شرکت خارج نموده است، درحالی که طلبکاران می‌توانند تنها علیه شرکت، و نه سهام‌داران آن اقامه دعوا نمایند (Davies, Worthington, 2016: 625).

با وجود نیرومندی استدلال مبتنی بر منع جبران مضاعف، دیوان عالی در قضیه «سیولیا» اعلام

۱. در نظام‌های کامن‌لا، علاوه بر پیش‌بینی امکان طرح دعوی مستقیم در نتیجه نقض حقوق سهام‌داران، سازوکار ویژه‌ای برای حمایت از منافع آن‌ها نیز به طور خاص مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است. برای نمونه، در حقوق انگلستان در صورت «تبعیض غیر منصفانه» (unfair prejudice) علیه منافع سهام‌دار اقلیت طی انجام امور شرکت، سهام‌دار می‌تواند نزد دادگاه اقامه دعوا نماید. این نوع دعوی اصطلاحاً به عنوان «دعوی تبعیض ناروا» (unfair prejudice suit) شناخته می‌شوند. در این زمینه نک:

McLaughlin, Susan, 2013: 321.

2. Johnson v Gore Wood (2002).

3. Gardner v Parker (2004).

4. Lord Millett.

5. Double recovery.

کرد مبنای مذکور در مجموع برای توجیه ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی کافی نیست و منجر به پیامدهای غیرقابل قبولی می‌شود. توضیح آنکه رویه قضایی انگلستان دعوای غیرمستقیم سهام‌دار را حتی در مواردی که شرکت از اقامه دعوا علیه شخص متخلف خودداری کرده یا دعوای خود را به میزانی کمتر مصالحه کرده باشد نیز مردود دانسته است. به عقیده لرد بینگهام^۱ در قضیه «جانسون»، «حتی در صورتی که شرکت با اقدام از طریق ارکان حاکمیتی خود از اقامه دعوا امتناع نموده یا در دعوای خود ناکام بوده باشد، سهام‌دار نمی‌تواند بابت خسارات وارده به شرکت دعوایی طرح کند» (Johnson v Gore Wood (2002), para. 35F). چنان‌که ملاحظه می‌شود، در این موارد ریسک جبران مضاعف وجود ندارد، اما دعوای سهام‌دار همچنان مشمول اصل است. زیرا اولاً سبب دعوا اولاً و بالذات متعلق به شرکت، و نه سهام‌دار بوده و استتکاف از اقامه دعوا یا اسقاط آن، موجب ایجاد سبب مستقل دعوا برای سهام‌دار نیست و ثانیاً، خسارات وارده به سهام‌دار در نتیجه کاهش ارزش سهام ماهیتاً غیرمستقیم است و به بیان دیوان عالی در قضیه «سویلیا»، «سهام‌دار متحمل ضرر و زیانی نشده که قانون آن را مستقل از زیان وارده به شرکت، شناسایی کرده باشد.» (Sevilleja v Marex (2020), para. 10). این در حالی است که قاعده منع جبران مضاعف، ورود زیان به سهام‌دار را مفروض می‌گیرد (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), para. 2).

سرانجام، جبران ضرر سهام‌دار از طریق جبران ضرر شرکت با اصل «اقتصاد دادرسی»^۲ هم‌سو است که به اعتقاد برخی نویسندگان، از مبانی موجه ممنوعیت خسارات انعکاسی محسوب می‌شود. اقتصاد دادرسی ایجاب می‌کند دادگاه‌ها از رسیدگی به دعوای تکراری درخصوص موضوع واحد، خودداری نمایند. طرح دعوا از سوی شرکت و نه تک‌تک سهام‌داران به کارآمدی و کارایی فرایند رسیدگی کمک کرده و از طرح دعوای پرهزینه و مشابه که ممکن است منجر به صدور آرای متناقض درخصوص موضوع واحد شود، جلوگیری می‌نماید. در واقع، شرکت می‌تواند با طرح دعوا به نام خود حقوق سهام‌داران را تأمین و موجبات جبران خسارت را فراهم نماید، حال آنکه چنانچه سهام‌داران هر یک دعوای مستقلی اقامه نمایند، نظام قضایی ناچار خواهد بود برای رسیدن به نتیجه یکسان، به صدها یا هزاران دعوا رسیدگی کند. طبق این اصل، دادگاه تنها آن دسته از دعوای را بررسی می‌کند که جهت حل اختلاف ضروری باشد (Bigge, 2017: 17). با توجه به اینکه دعوای طرح شده از سوی شرکت با دعوای مطروحه از سوی سهام‌داران عملاً دارای موضوعات یکسان است، رسیدگی مکرر به این دعوای لزومی ندارد.

1. Lord Bingham.
2. Judicial Economy.

۳-۱-۲. قلمرو

اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی در حقوق انگلستان تا پیش از صدور رأی دیوان عالی در قضیه «سویلیا»، دارای قلمرو نسبتاً گسترده‌ای بود. رأی مذکور به‌ویژه یکی از مهم‌ترین آرای مجلس اعیان در این زمینه یعنی «جانسون» را که با طرح قاعده منع جبران مضاعف به‌عنوان مبنای اصل، تأثیر مهمی در توسیع قلمرو آن طی رویه قضایی بعدی گذارد، ابطال نمود. پس از رأی «جانسون»، قلمرو اصل به یک‌باره موسع شد، به نحوی که علاوه بر سهام‌داران معمولی، دعاوی سهام‌دارانی را که در عین حال از کارکنان و بستانکاران شرکت نیز بودند، در بر گرفت (Johnson v Gore Wood (2002), paras. 66-67). این دیدگاه بعداً در قضیه «گاردنر» باز هم توسعه یافت و دادگاه در پرونده مذکور، ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی را به سایر ذی‌نفعان از جمله بستانکاران شرکت نیز توسعه داد (Gardner v Parker (2004), para. 70). بر این مبنا، چنانچه شرکت در اثر اقدام متخلفانه شخص ثالث متحمل ضرر می‌گردید و در نتیجه آن، بستانکار شرکت نمی‌توانست طلب خود از شرکت را وصول کند، دادگاه‌های انگلستان ضرر وارده به بستانکار را نیز انعکاس ضرر شرکت، و مشمول اصل می‌دانستند.

با این حال به موجب رأی دیوان عالی در قضیه «سویلیا»، دعاوی هم‌زمان بستانکاران شرکت حتی در مواردی که بستانکاران مذکور، سهام‌دار نیز باشند، ممنوع نبوده و این اشخاص می‌توانند بابت جبران زیان وارده به خود در نتیجه ورود زیان به شرکت، اقدام به اقامه دعوا علیه طرف زیان‌زننده کنند. دیوان عالی در این پرونده میان خسارات انعکاسی سهام‌داران و سایر ذی‌نفعان از جمله بستانکاران شرکت قائل به تفکیک شد (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), paras. 61, 62-3). به باور این رأی، استدلال‌هایی که برای ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی سهام‌داران مطرح می‌شود، در موارد اقامه دعوا از سوی بستانکاران قابل دفاع نیست. از جمله، رابطه سهام‌دار با شرکت متفاوت از رابطه بستانکار با شرکت است و لذا زیانی که پس از ورود به شرکت از «ارزش» سهام سهام‌دار می‌کاهد، الزاماً از «ارزش» بستانکاری طلبکار نمی‌کاهد (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), para. 84). در واقع، ایراد ضرر به شرکت تا زمانی که تمکن شرکت برای به پرداخت دیون خود باقی است، بستانکاران آن را متأثر نمی‌سازد (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), para. 85). حتی در مواردی نیز که ضرر و زیان وارده موجب ورشکستگی شرکت شود، نوع زیان تبعی که سهام‌داران از یک‌سو و طلبکاران شرکت از سوی دیگر متحمل می‌شوند، از حیث زمان‌بندی و رابطه سببیت متفاوت است. توضیح آنکه در موارد ورشکستگی، سهام‌داران تنها از دارایی مازاد شرکت پس از تصفیه و آن هم به نسبت سهام‌داری خود بهره‌مند می‌شوند، در حالی که میزان

تأثیر ضرر شرکت بر بستانکاران به عوامل گوناگونی فراتر از صرف اموال شرکت بستگی دارد. این عوامل شامل تضامین طلب بستانکاران، قواعد حاکم بر اولویت دیون و تشکیل صفوف غرما، و نحوه تصفیه اموال شرکت و موفقیت دعاوی مطروحه از سوی مدیر تصفیه است. سرانجام و مهم‌تر آنکه حتی چنانچه ضرر شرکت منجر به ورود زیان به بستانکاران شود نیز موضوع از شمول قاعده خواهان مناسب در «فاس هارباتل» خارج بوده و بستانکار به‌رغم داشتن سبب دعاوی هم‌زمان با شرکت علیه متخلف، می‌تواند علیه شخص اخیر طرح دعوا کند (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), para. 86). در این راستا، قاعده تقسیم دارایی ورشکسته میان غرما^۱ نیز مستلزم ترجیح دعاوی شرکت بر دعاوی بستانکار آن علیه شخص زیان‌زننده نیست. به‌موجب این قاعده، اموال شرکت در زمان تصفیه باید به نسبت طلب غرما میان ایشان تقسیم شود. وجوه مأخوذه از شخص زیان‌زننده بخشی از این اموال را تشکیل می‌دهد که باید پس از تصفیه طلب دیان با وثیقه، میان سایر غرما توزیع شود. نکته‌ای که دیوان عالی در قضیه «سویلیا» بر آن تأکید دارد این است که قاعده منع جبران مضاعف الزاماً در هر مورد که شرکت و بستانکار اسباب دعاوی هم‌زمان و موازی علیه شخص زیان‌زننده دارند، مصداق نمی‌یابد. زیرا ممکن است طلب بستانکار دارای وثیقه یا اولویت باشد (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), para. 86). در مواردی نیز که ریسک جبران مضاعف بروز می‌یابد، اینکه چگونه باید از آن ممانعت کرد به شرایط و اوضاع احوال پرونده بستگی دارد (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), para. 87). با این حال لزوم اجتناب از جبران مضاعف به این معنا نیست که دعاوی شرکت علیه شخص ثالث زیان‌زننده بر دعاوی بستانکار علیه همان شخص اولویت دارد. در واقع وجود ریسک جبران مضاعف نمی‌تواند مانع از اقامه دعوا در مواقعی باشد که بستانکار خود سبب مستقلی برای اقامه دعوا دارد، هرچند این سبب دعوا دارای هم‌پوشانی با سبب دعاوی متعلق به شرکت باشد (Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020), para. 63).

۴-۱-۲. استثنائات

رویه قضایی انگلستان استثنائات مهمی را به اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی سهام‌داران وارد دانسته است (McLeannan, JS (2005), p. 199). نخست، هنگامی که شرکت فاقد سببی برای اقامه دعوا به‌منظور جبران خسارات خود است، و در عین حال سهام‌دار چنین سببی را در اختیار دارد، سهام‌دار مذکور می‌تواند به‌منظور جبران کاهش ارزش سهام خود طرح دعوا نماید. علت جواز دعاوی سهام‌دار در چنین شرایطی، بی‌تأثیر بودن دعاوی سهام‌دار بر اموال شرکت است. چنان‌که

1. pari passu.

اشاره شد، یکی از دلایل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی، جلوگیری از دارا شدن یکی از سهام‌داران به زیان سایر سهام‌داران شرکت است. بر این اساس، در مواردی که شرکت اساساً سببی برای طرح دعوا به‌منظور جبران خسارات ندارد، اقامه دعوا توسط یکی از سهام‌داران نمی‌تواند دارا شدن خواهان به زیان سایر سهام‌داران و طلبکاران شرکت محسوب شود. برای نمونه، در قضیه «فیشر»^۱، خواهان به‌عنوان یک شرکت هلدینگ (مادر)، به‌منظور نصب و راه‌اندازی برخی تجهیزات در محل شرکت‌های زیرمجموعه خود، قراردادی با خوانده منعقد نمود. با این حال، به علت معیوب بودن تجهیزات مذکور، شرکت‌های زیرمجموعه خواهان متحمل زیان ناشی از کاهش فروش و افزایش هزینه‌های عملیاتی شدند. شرکت هلدینگ ضمن اقامه دعوا مدعی ورود خسارات غیرمستقیم به خود شده و از دادگاه خواست خسارات مذکور را با ارجاع به عدم‌النفع شرکت‌های زیرمجموعه، محاسبه نماید. دادگاه از یک سو به علت انعقاد قرارداد میان شرکت هلدینگ و خوانده، و از سوی دیگر به علت فقدان سبب دعوا برای شرکت‌های زیرمجموعه، حق سهام‌دار (شرکت هلدینگ) برای اقامه دعوا را به رسمیت شناخت.

دوم، در مواردی که سهام‌دار زیان مستقلاً از شرکت متحمل می‌شود، هر یک از شرکت و سهام‌دار می‌تواند به‌منظور دریافت خسارت به‌طور جداگانه اقامه دعوا کند. این استثنا البته مطابق با قاعده به نظر می‌رسد. زیرا در این‌گونه موارد سهام‌دار و شرکت نمی‌توانند در رابطه با خسارت وارده به یکدیگر اقدامی انجام دهند. به‌علاوه، حتی در صورتی که سهام‌دار سبب دعوی مستقلاً داشته باشد نمی‌تواند برای دریافت خسارت اقامه دعوا کند، مگر آنکه متحمل خساراتی افزون بر خسارات وارده به شرکت شده باشد (Day v Cook (2001), para. 79). این استثنا در پرونده «شیکر»^۲ مورد تأیید قرار گرفته است. به بیان دادگاه در این قضیه، «اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی دعوایی را که خواهان نه به‌عنوان سهام‌دار، بلکه به‌عنوان ذی‌نفع تراست»^۳ و به‌منظور مطالبه سود اقامه می‌کند، در برنمی‌گیرد مگر آنکه خوانده اثبات کند کل سود مورد مطالبه، انعکاسی از خسارت وارده به شرکت است که به‌منظور دریافت آن، شرکت خود واجد سببی برای طرح ادعا است» (Shaker v Al-Bedrawi (2002), para. 98).

استثنای سوم که در رویه قضایی انگلستان نخستین بار در قضیه «جیلز»^۳ مطرح شده، مربوط به مواردی است که شرکت در نتیجه زیان‌های وارده توسط طرف مقابل، قانوناً از اقامه دعوا ناتوان شده باشد. در این پرونده، خواهان سهام‌دار شرکتی بود که خوانده مدیریت آن را برعهده داشت. با این حال،

1. George Fischer (Great Britain) Ltd v Multi Construction Ltd (1995).

2. Trust.

3. Giles v Rhind (2002).

خواننده با ارجاع مشتریان شرکت به مؤسسه دیگری که تحت مدیریت و کنترل خود بود، تعهدات خود به عنوان مدیر را نقض نمود. از دست رفتن مشتریان و خسارات ناشی از آن شرکت را ناتوان از سپردن تضامین کافی در دعوا علیه خواننده نمود و در نتیجه، دعوایی که شرکت علیه مدیر نامبرده مطرح کرده بود، متوقف گردید. خواهان به عنوان سهامدار ضمن اقامه دعوا علیه خواننده (مدیر) خواستار دریافت غرامت به ارزش سهام خود در شرکت و نیز کلیه حقوق و مزایایی شد که می توانست در صورت ادامه یافتن کسب و کار شرکت، از آن ها بهره مند شود. دادگاه دعوای مذکور را مشمول اصل ممنوعیت خسارات انعکاسی ندانست و در تصمیم خود استدلال نمود که خواهان می تواند برای جبران کاهش ارزش سهام خود در نتیجه ورود خسارت به شرکت طرح دعوا کند، مشروط بر آنکه شرکت در نتیجه اقدامات غیرقانونی طرف مقابل از طرح یا تعقیب دعوای خود ناتوان شده باشد. تصمیم دادگاه در این پرونده در قضایای بعدی نیز مورد متابعت دادگاه ها قرار گرفته است.^۱

۲-۲. ایالات متحده آمریکا

به عنوان یک قاعده کلی در حقوق ایالات متحده، سهامداران از حق مستقلی برای طرح دعوا در خصوص خسارات انعکاسی ناشی از ورود خسارت به شرکت برخوردار نیستند. ممنوعیت مطالبه این نوع خسارات در ایالات متحده، به مانند انگلستان ریشه در رویه قضایی این کشور دارد. در واقع، علی رغم آنکه مفهوم خسارات انعکاسی در تمامی پنجاه ایالت کشور وجود ندارد (Chaisse, 2016: 57)، رویه قضایی به وضوح مطالبه این نوع خسارات را ممنوع اعلام کرده است. برای نمونه، به باور دادگاه تجدیدنظر بخش پنجم ایالات متحده در قضیه «استیونز»،^۲ «هرگونه دعوا به منظور جبران خسارات وارده به یک شرکت باید به نام خود شرکت اقامه شود»، و در صورتی که سهامدار چنین دعوایی را به نام خود مطرح نماید، محکوم به رد خواهد بود. به استدلال دادگاه نامبرده، «حقوق سهامدار در این زمینه تنها مشتق از حقوق شرکت بوده و تنها از طریق آن قابل الزام می باشد». در واقع، «خسارات وارده به خواهان ها تنها ناشی از کاهش ارزش سهام ایشان در شرکت است که خود در نتیجه زیان وارده به شرکت ایجاد شده است». بنابراین، «خسارات ناشی از کاهش ارزش اموال شرکت به اندازه کافی مستقیم نیست که موجب سبب دعوای مستقیمی برای سهامدار شود تا به نام خود اقامه دعوا نماید.»

بررسی آرای دادگاه های ایالات متحده نشان می دهد همانند حقوق انگلستان، اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی در ایالات متحده نیز اصلی موسع است. نخست، به باور دادگاه تجدیدنظر

1. Webster v Sandersons (2009).

2. Stevens v Lowder (1981).

بخش ششم ایالات متحده در قضیه «وارن»^۱، این اصل نه تنها نسبت به دعای سهام‌داران، بلکه در رابطه با خسارات وارده به کارکنان شرکت نیز اعمال می‌شود. به عقیده دادگاه مذکور، از دست رفتن موقعیت شغلی خواهان در این پرونده تنها یکی از «پیامد»های ایراد خسارت به شرکت بوده، و به سختی می‌توان اقدام غیرقانونی علیه شرکت را مستقیماً «باعث» آن دانست. دوم، دادگاه تجدیدنظر بخش هفتم ایالات متحده در پرونده «کارت»^۲ ضمن تأیید اصل ممنوعیت مطالبه خسارات وارده به شرکت توسط سرمایه‌گذاران در آن، قلمرو اعمال اصل مذکور را محدود به حقوق مدنی و تجارت ندانست. به بیان این دادگاه، اصل ممنوعیت اقامه دعوا توسط ذی‌نفعانی که از یک اقدام غیرقانونی تنها به صورت غیرمستقیم آسیب می‌بینند در حقوق اساسی نیز قابل اعمال بوده و به همین علت، تنها دعای کسانی که اقدام غیرقانونی مستقیماً متوجه آن‌ها است، مسموع می‌باشد. در همین راستا، سهام‌داران همچنین نمی‌توانند بابت اقدامات غیرقانونی اتخاذشده علیه شرکت مبادرت به اقامه دعوی حقوق مدنی (شهروندی)^۳ نمایند.^۴ سوم، در صورت مطالبه خساراتی که ماهیتاً انعکاسی باشد، تفاوت در عنوان خواسته نمی‌تواند مانع از اعمال اصل شود. دادگاه تجدیدنظر ایلینویز در قضیه «گشمن»^۵ با همین استدلال، دعوی خواهان نسبت به کاهش ارزش سهام خود را که تحت عنوان «محروم شدن سهام‌داران از اتخاذ تصمیمات آگاهانه سرمایه‌گذاری»^۶ مطرح کرده بود، مشمول اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی، و محکوم به رد اعلام کرد. چهارم، در ایالات متحده نیز همانند انگلستان، استقلال سبب دعوی سهام‌دار از سبب دعوی شرکت تفاوتی در ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی ایجاد نمی‌کند.^۷ به بیان دیوان عالی ایالت دلوور در قضیه «تولی»^۸، «خسارتی که ادعا می‌شود مستقیماً به سهام‌دار وارد شده باید مستقل از هرگونه خسارت ادعایی وارده به شرکت باشد.» بنابراین، حتی در صورتی که یک اقدام واحد هم‌زمان به هر دوی شرکت و سهام‌دار آن خسارت وارد نماید، سهام‌دار معمولاً فاقد سمت لازم به منظور اقامه دعوا خواهد بود.

در مجموع به نظر می‌رسد دادگاه‌های ایالات متحده در پذیرش اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی، رویه‌ای منسجم و واحد داشته‌اند. وجود و استقرار این رویه در آرای مختلف نیز مورد

1. Warren v Manufacturers National Bank of Detroit (1985).

2. Carter v Berger (1985); see also: O'Bannon v Town Court Nursing Center (1980).

3. Civil rights action.

4. Erlich v Glasner (1969).

5. Cashman v Coopers 623 N.E.2d 907 (1993) 251 Ill. App.3d 730 191 Ill.Dec. 317.

6. Loss of an opportunity to make informed investment decisions.

7. Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (2012), op. cit. sec. 7.01.

8. Tooley v Donaldson (2004).

تأکید قرار گرفته است.^۱ با این حال، به نظر می‌رسد دادگاه‌های ایالات متحده چندان به مبانی اصل نپرداخته‌اند، و صرف اشاره به ماهیت خسارت از لحاظ مستقیم یا غیرمستقیم بودن، و نیز تفکیک شخصیت حقوقی شرکت از سهام‌داران را در این زمینه کافی دانسته‌اند. برای نمونه، به بیان دادگاه تجدیدنظر بخش دوم ایالات متحده در قضیه «رَند»،^۲ هرگونه کاهش ارزش سهام خواهان «صرفاً انعکاسی از کاهش ارزش شرکت در نتیجه اقدام غیرقانونی طرف‌های مقابل شرکت» است. بر این اساس، و نیز به این علت که حق اقامه دعوا برای جبران خسارات وارده به شرکت از اموال شرکت و نه سهام‌دار، محسوب می‌شود، خسارات انعکاسی غیرقابل مطالبه و جبران توسط سهام‌دار می‌باشد. البته اعمال این اصل در ایالات متحده نیز با استثنائاتی مواجه است. از جمله، نخست، در صورتی که اقدام غیرقانونی شخص ثالث از یک تعهد مستقیم در قبال سهام‌دار ناشی شده باشد، مورد مشمول اصل نخواهد بود.^۳ دوم، چنانچه خسارات وارده به سهام‌دار مستقل از خسارات وارده به شرکت یا سایر سهام‌داران بوده و با خسارات وارده به شرکت هم‌پوشانی نداشته باشد، سهام‌دار می‌تواند به منظور مطالبه غرامات اقامه دعوا کند.^۴

به بیان اصول حاکمیت شرکتی مؤسسه حقوق آمریکا، «یک عمل متخلفانه که از دارایی‌های شرکت می‌کاهد و بدین وسیله به صورت غیرمستقیم به سهام‌داران لطمه می‌زند، به دلیل ایراد لطمه قبلی به شرکت، ماهیتاً انعکاسی است؛ در مقابل، عمل متخلفانه‌ای که مستقل و مجزا از هرگونه لطمه به شرکت بوده و برای مثال در حقوق قانونی ناشی از سهام مداخله می‌کند یا مانع برقراری آن‌ها می‌شود، [مستقیماً متوجه سهام‌دار است و] منجر به دعاوی مستقیم می‌شود».^۵

۳. دعاوی سهام‌داران بابت خسارات انعکاسی در نظام حقوق نوشته

نظام‌های حقوق نوشته نیز همانند سیستم کامن‌لا، تفاوت اساسی میان ضرر مستقیم به شرکت و زیان غیرمستقیم به سهام‌دار را به رسمیت می‌شناسند (Fleischer, 2018: 875).^۶ بنابراین، اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی در نظام‌های حقوق نوشته نیز مورد شناسایی قرار گرفته است. در اینجا، موضع نظام‌های حقوقی فرانسه، آلمان، هلند و ایران به عنوان نمونه‌هایی از این سیستم حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است.

1. Small v Goldman (1986); Gaubert v United States (1989); Quarles v City of East Cleveland, Quarles v City of East Cleveland (1999).

2. Rand v Anaconda-Ericsson Inc. (1986).

3. Mann v Kemper Fin. Cos. (1993); Zokoych v Spalding (1976).

4. Twohy v First National Bank of Chicago (1985); Varga v McGraw Hill Fin. Inc. (2015).

5. Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Eisenberg, Melvin A. (chief reporter), American Law Institute, 2012, sec. 7.01.

6. See also: Joffe, Victor et al. (2008), secs. 1.01-1.03.

۳-۱. فرانسه

در حقوق فرانسه، یک سهام‌دار عموماً تنها در جایی می‌تواند از جانب شخص خود طرح دعوا کند که متحمل یک خسارت «شخصی» شده باشد، یعنی خسارات سهام‌دار مستقل از خسارت وارده به شرکت باشد (Merle, Philippe (2000), p. 409). به باور دادگاه‌های فرانسه، تنها مطالبه خسارات ناشی از «ضرر خالص اقتصادی»^۱ از سوی سهام‌داران امکان‌پذیر است و نه خساراتی که در نتیجه و انعکاس زیان‌های وارده به شرکت، سهام‌دار را نیز تبعاً متأثر می‌سازد (Chaisse, 2016: 8). بر همین مبنا، شعبه تجاری دیوان تمیز فرانسه^۲ چند مورد از دعاوی خسارات انعکاسی سهام‌داران را با این استدلال که خسارت ادعا شده از سوی ایشان تنها «تابعی» از خسارت وارد آمده به شرکت بوده است، محکوم به رد اعلام کرده است.^۳ شعبه کیفری دیوان تمیز فرانسه نیز در پرونده‌های دیگر ضمن رد دعوی خواهان (سهام‌دار) در همین زمینه، بیان داشته است که: «کاهش ارزش سهام شرکت در نتیجه اقدامات غیرقانونی مدیران شرکت، خساراتی مختص به سهام‌داران آن نبوده، و در واقع خساراتی است که خود شرکت متحمل می‌شود».^۴

با توجه به توضیحات بالا باید گفت مشابه موضع سایر نظام‌های حقوقی، در فرانسه نیز دعاوی مستقیم سهام‌داران مشمول اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی نیست^۵ و بنابراین، سهام‌داران می‌توانند تنها بابت خسارات مستقیمی که مجزا و مستقل از خسارات وارده به شرکت است، اقامه دعوا نمایند.

۳-۲. آلمان

حقوق آلمان اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی را به رسمیت شناخته است. این ممنوعیت هم در قوانین این کشور و هم در رویه قضایی آن به چشم می‌خورد. برای نمونه، به موجب قانون شرکت‌های سهامی آلمان، سهام‌داران شرکت نمی‌توانند به منظور دریافت خسارات ناشی از زیان‌های وارده به شرکت مستقیماً اقامه دعوا نمایند، زیرا بر اساس بند ۱ ماده ۱۱۷ همین قانون، شخص زیان‌زننده به شرکت تنها در صورتی در برابر سهام‌داران مسئول است که خسارات علاوه بر شرکت، مستقلاً سهام‌داران را نیز متضرر کرده و در واقع، ضرر سهام‌داران اضافه بر ضرر شرکت باشد.^۶

1. Pure economic loss.

2. Cour de cassation.

3. Cour de cassation, affaire No. 97-10886 (2002).

4. Cour de cassation, affaire No. 99-80387 (2000); Cour de cassation, affaire No. 97-80664 (2000); Cour de cassation, affaire No. 97-84885 (2000), see also: Cour d'appel de Versailles, affaire No. 04-1262 (2005).

5. Likillimba, Guy-Auguste (2009), sec. 6.

6. مواد ۱۱۷ و ۳۱۷ قانون شرکت‌های سهامی آلمان، مصوب ۱۹۶۵ با اصلاحات بعدی.

به باور رویه قضایی آلمان، مبنای این ممنوعیت را باید در دو اصل حقوق شرکت‌ها، یعنی اصل «اختصاص اموال شرکت به کسب‌وکار خود شرکت»^۱ و «اصل حفظ سرمایه»^۲ جست‌وجو نمود. دیوان عالی فدرال آلمان^۳ در قضیه «گیرمز» بر همین اساس خسارات وارده به سهام‌دار را تنها از طریق پرداخت به شرکت قابل جبران دانست.^۴ همین دیوان همچنین در پرونده «دوبای-فال» مقرر داشته در جایی که شخص ثالثی از روی بی‌مبالاتی به یک شرکت خسارت می‌زند، سهام‌دار نمی‌تواند علیه شخص ثالث طرح دعوا کند. چراکه این امر برخلاف اصل حفظ سرمایه است و جواز دریافت خسارت توسط سهام‌دار در چنین شرایطی، با این اصل که دارایی شرکت باید به کسب‌وکار خود شرکت اختصاص یابد، در تضاد قرار می‌گیرد. دیوان عالی فدرال آلمان در این پرونده متذکر شد که سهام‌دار می‌توانست در قبال هر خسارت جداگانه و مستقیمی طرح دعوا کند، اما نه در قبال خسارت انعکاسی. در همین راستا، به باور یکی از قضات دیوان عالی این کشور، هرگونه غرامت پولی که برای جبران خسارات وارده به شرکت پرداخت می‌شود، جزء اموال و دارایی شرکت است و سهام‌دار نمی‌تواند برای توزیع این غرامت دعوایی علیه شرکت داشته باشد. این اصل که یک سهام‌دار نمی‌تواند مستقیماً برای خسارت انعکاسی طرح دعوا کند، هم بر شرکت‌های سهامی^۵ و هم شرکت‌های با مسئولیت محدود^۶ اعمال می‌شود (Xiaoning Li, 2007: 199-200). نویسندگان حقوقی در آلمان نیز علی‌رغم برخی مخالفت‌ها نسبت به مبانی داخلی این اصل، بر وجود خود اصل توافق دارند (De Jong, Bas J: 2013: 9). استثنای این اصل در حقوق آلمان مربوط به مواقعی است که سهام‌دار سبب دعوای مجزا و مستقلی از شرکت داشته باشد.

۳-۳. هلند

نظام حقوقی کشور هلند از جمله دیگر نظام‌های حقوق نوشته به شمار می‌رود^۷ که دعوای مطالبه خسارات انعکاسی را ممنوع دانسته است. نه تنها دادگاه‌های تالی هلند در موارد متعددی اصل ممنوعیت خسارات انعکاسی را پذیرفته‌اند،^۸ بلکه دیوان عالی این کشور در پرونده معروف «پوت

1. Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens.

2. Principle of capital maintenance (Kapitalerhaltung).

3. Bundesgerichtshof (BGH) or Federal Court of Justice.

4. BGH 20.03.1995, BGHZ 129, 136, 166.

5. Aktiengesellschaft (AG) or public limited company.

6. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) or Limited Liability Company.

۷. برای ملاحظه مقایسه نظام حقوقی هلند با دیگر نظام‌های حقوق نوشته، نک:

<http://www.dutchcivillaw.com/content/legalsystem011.htm>, last visited on December 5, 2020.

8. Ventaz Engineering v Industriebond FNV, HR Dec. 12, 1997, NJ 1998/348; Tuin Beheer v Houthoff Buruma, HR Feb. 16, 2007, JOR 2007/112; Van den Mosselaar v Lagero, HR Jul. 14,

علیه ای. بی. پی.» که از سوی سهام‌دار منفرد یک شرکت تابعه اقامه شد، بر این اصل مهر تأیید گذاشت.^۱ همانند سایر نظام‌های حقوقی، مطالعه رویه قضایی هلند در این زمینه نشان می‌دهد سهام‌داران می‌توانند در صورت ورود ضرر شخصی دست به طرح دعوا بزنند و این‌گونه دعای مضمول اصل ممنوعیت خسارات انعکاسی نیست.^۲

۳-۴. ایران

برای تحقق مسئولیت مدنی در حقوق ایران سه شرط اصلی برشمرده شده است: وجود ضرر، ارتکاب فعل زیان‌بار، و رابطه سببیت میان فعل مذکور و ضرری که وارد شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۳۹). آیا ورود خسارات انعکاسی به سهام‌دار می‌تواند مصداق مسئولیت مدنی زیان‌زننده در برابر سهام‌دار تلقی شود؟ برای پاسخ به این پرسش، خسارات انعکاسی را باید در پرتو این سه شرط مورد تجزیه و تحلیل قرار داد.

به استناد مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، وجود ضرر اعم از مادی و معنوی از جمله شرایط الزامی برای تحقق مسئولیت مدنی است. ضرر می‌تواند در نتیجه از بین رفتن اعیان اموال، کاهش ارزش اموال یا آسیب به حقوق مالکانه اشخاص (از جمله حقوق مالکیت معنوی) ایجاد شود. بنابراین در نگاه نخست به نظر می‌رسد کاهش ارزش سهام یا کاهش سودآوری آن از مصادیق ضرر به شمار رود. با این حال، هر نوع ضرری را نمی‌توان قابل جبران دانست. از جمله شرایط قابل جبران بودن ضرر، «مستقیم بودن» و «شخصی بودن» آن است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۷۸). لزوم این شرط را در قلمرو دادرسی مدنی نیز می‌توان یافت؛ چنان‌که برای اقامه دعوا در حقوق ایران چهار شرط در نظر گرفته شده و ذی‌نفعی خواهان در اعمال حقی که مورد تضییع واقع شده، از جمله این شرایط است (شمس، ۱۳۹۳: ۲۸۰). ذی‌نفعی خواهان بدین معناست که «شخصی که اقامه دعوا می‌نماید باید توجیه کند که اگر دعوای اقامه شده، به صدور حکم علیه خوانده بیانجامد، قابلیت این را دارد که سودی به او برساند» (شمس، ۱۳۹۳: ۲۸۰). نفع خواهان در دعوا از جمله باید «شخصی و مستقیم» باشد. بدین ترتیب، «چنانچه شخصی حقوق اشخاص معینی را اعم از حقیقی و حقوقی تضییع نموده باشد، سایر اشخاص حق ندارند علیه فاعل اقامه دعوا نمایند و تنها شخصی که حق او تضییع شده علیه فاعل دارای چنین حقی می‌شود» (شمس، ۱۳۹۳: ۲۸۲).

2000, NJ 2001/685; Chipshol v Coopers & Lybrand, HR Jun. 15, 2001, JOR 2001/172; Kessock v S.F.T. Bank N.V., HR Nov. 2, 2007, NJ 2008/5.

1 Poot v ABP, HR Dec. 2, 1994, NJ 1995/288.

۲. برای مطالعه بیشتر پیرامون موضع حقوق هلند در این زمینه، نک:

De Jong, Bas J., op. cit. pp. 107-111.

برخی نویسندگان در راستای همین شرط به نوع خاصی از ضرر تحت عنوان «ضررهای جمعی» اشاره کرده‌اند. به بیان دکتر کاتوزیان، «گاه خسارتی به بار می‌آید که به دشواری می‌توان زیان دیده از آن را محدود به اشخاص معین کرد. زیان به جمعی نامحصور وارد آمده است و چنان منتشر است که هیچکس نمی‌تواند خود را زیان دیده اصلی بداند و از این بابت اقامه دعوا کند.» ایشان زیان جمعی سهام‌داران در شرکت‌های تجاری را مصداق این نوع ضرر جمعی دانسته و با فرض گرفتن اینکه «هیچ‌کس [از چنین ضرری] زیان مستقیم و قاطعی ندیده است تا حق طرح دعوا برای جبران زیان مادی یا معنوی را داشته باشد»، می‌پرسد «آیا زیان جمعی را به‌طور جمعی نیز نمی‌توان مطالبه کرد؟» دکتر کاتوزیان در ادامه این پرسش را با ارجاع به قواعد حقوق شرکت‌ها پاسخ می‌دهد: «مدیرعامل شرکت می‌تواند به نام شخصیت حقوقی، زیان جمعی شریکان را بخواهد» (شمس، ۱۳۹۳: ۲۷۴). بنابراین، شخصیت مستقل حقوقی شرکت مانند یک «منشور» عمل می‌کند که زیان وارد به شرکت را «شکسته» و میان سهام‌داران پخش می‌کند. این ضرر در واقع بین سهام‌داران توزیع شده و خود را در قالب کاهش ارزش سهام ایشان نشان می‌دهد و به همین علت نسبت به سهام‌داران شخصی نیست.

چنان‌که ملاحظه می‌شود، ابتدای تحلیل فوق بر وجود «شخصیت حقوقی مستقل» برای شرکت است. این استقلال در قوانین^۱ و همچنین رویه قضایی ایران^۲ امری کاملاً پذیرفته به شمار می‌رود. شناسایی شخصیت مستقل حقوقی برای اشخاص حقوقی واجد آثار مهم حقوقی و مالی، ازجمله

۱. نک: مواد ۲۰ و ۵۸۸ قانون تجارت، ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹.
۲. نک: دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۶۲۱ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۰۸ شعبه ۸ دیوان عدالت اداری در تأیید شخصیت مستقل فرمانداری از فرماندار؛ دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۲۰۰۹۹۹ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۱۲ شعبه ۲۲ دیوان عدالت اداری در تأیید شخصیت مستقل دانشگاه‌های کشور از وزارت علوم، تحقیقات و فناوری به استناد ماده ۱۰ قانون اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم؛ دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۴۳۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۳ شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری در تأیید شخصیت مستقل شرکت مخابرات ایران از وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات؛ دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۷۰۰۵۲۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۱۹ شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تأیید شخصیت حقوقی مستقل موقوفه به استناد ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه. رویه قضایی در برخی موارد در خصوص وجود یا عدم شخصیت مستقل حقوقی دچار اختلاف نظر است. برای نمونه، درحالی که شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مناطق شهرداری تهران را دارای شخصیت حقوقی مستقل از شهرداری تهران دانسته (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۱۲۲۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰)، شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با وجود چنین استقلالی مخالفت کرده است (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۱۰۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۲۱). البته رویه قضایی در خصوص فقدان شخصیت حقوقی مستقل برای شعب بانک‌ها تردیدی ندارد (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۵۱۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

تفکیک دارایی شرکت و سهام‌داران است. بدین ترتیب، دارایی شرکت تضمین انحصاری پرداخت طلب بستانکاران شرکت است: مسئولیت پرداخت بدهی‌های یک شرکت با خود آن شرکت بوده و بدهی شرکت اصولاً از محل اموال و دارایی‌های همان شرکت پرداخت می‌گردد، نه از محل اموال و حساب شخصی سهام‌داران و مدیران آن. همین نتیجه در موارد عکس این مورد نیز صادق است. بدین معنا که چنانچه شرکت از هر شخص ثالث مطالبه‌ای داشته باشد، تنها این خود شرکت است که نسبت به وصول مطالبات خود محق است. بنابراین اولاً طلبکاران شخصی سهام‌داران حق مراجعه به شرکت را ندارند و نمی‌توانند برای مطالبه طلب خود از سهام‌دار، علیه شرکت اقدام دعا کنند. ثانیاً بستانکاران شرکت (به جز در مورد شرکت‌های اشخاص مانند شرکت‌های تضامنی) نمی‌توانند برای وصول مطالبات خود به سهام‌داران مراجعه کنند. سرانجام ممکن است این پرسش باقی بماند که با فرض تفکیک شخصیت و دارایی سهام‌داران از شرکت، ضرر وارده به ارزش سهام سهام‌داران در نهایت چگونه جبران می‌شود؟ در پاسخ باید گفت چنانچه شرکت از طریق ارکان حاکمیتی خود اقدام به طرح دعا کرده و موفق به جبران خسارات خود شود، محکوم به وارد اموال و دارایی شرکت شده، و با فزونی اموال مثبت شرکت، ارزش کاهش‌یافته سهام سهام‌داران نیز جبران می‌شود. با در نظر داشتن ملاحظات فوق باید گفت با توجه به پذیرش اصل استقلال شخصیت حقوقی سهام‌داران از شخصیت حقوقی شرکت و نتیجتاً استقلال دارایی، بدهی، معاملات، بستانکاری و تعهدات آن‌ها از یکدیگر، مطالبه خسارت انعکاسی در حقوق ایران پذیرفته نیست و می‌توان همانند سایر نظام‌های حقوقی، اصلی به نام ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی در حقوق ایران نیز به دست داد.

با استناد به مبانی بررسی شده در اینجا همچنین می‌توان قلمرو تقریبی اصل را نیز به دست داد: بنابراین، اولاً کاهش ارزش و همچنین کاهش سودآوری سهام، هر دو مشمول اصل هستند. ثانیاً ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی فارغ از میزان سهام‌داری اعمال می‌شود و موقعیت اکثریت یا کنترل سهام‌دار مانع آن نیست. ثالثاً، به نظر می‌رسد مگر در صورت تصریح آتی از سوی قانون‌گذار، ممنوعیت دعوی مذکور حتی در موارد فقدان ملاحظات سیاست‌گذاری ناظر بر این ممنوعیت نیز علی‌القاعده جاری باشد چراکه ابتدای این اصل در حقوق ایران عمدتاً ماهیت غیرشخصی خسارات وارده و همچنین اصول و قواعد موجود در حقوق شرکت‌ها و مسئولیت مدنی است، و نه ملاحظات سیاست‌گذاری. رابعاً، اصل مذکور در موارد ورود کلیه خسارات به شرکت اعم از قراردادی و غیرقراردادی قابل اعمال است و تفاوتی از حیث منشأ مسئولیت در این زمینه وجود ندارد.

پرسشی که در اینجا می‌توان طرح کرد این است که اگر شخص زیان‌زننده به شرکت، مدیران شرکت باشند، آیا سهام‌دار می‌تواند بابت کاهش ارزش سهام خود در نتیجه اقدام متخلفانه مدیران،

مستقیماً علیه اشخاص نامبرده دست به طرح دعوای مطالبه خسارات انعکاسی بزنند؟ در پاسخ به نظر می‌رسد دعوای سهام‌دار همچنان مشمول اصل و بنابراین ممنوع خواهد بود. با وجود این سهام‌داران می‌توانند در صورت تحقق شرایط قانونی مندرج در ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت، به نمایندگی از شرکت اقدام به طرح دعوای مشتق علیه مدیران متخلف نمایند. در ادامه همچنین می‌توان پرسید آیا سهام‌داران می‌توانند دعوای خسارات انعکاسی خود را با استناد به ماده ۱۴۲ لایحه طرح و تعقیب نمایند؟ به موجب این ماده، «مدیران و مدیرعامل شرکت در مقابل شرکت و اشخاص ثالث نسبت به تخلف از مقررات قانونی یا اساسنامه شرکت و یا مصوبات مجمع عمومی بر حسب مورد منفرداً یا مشترکاً مسئول می‌باشند و دادگاه حدود مسئولیت هر یک را برای جبران خسارت تعیین خواهد نمود.» به نظر می‌رسد پاسخ این سؤال به دلایل مختلفی منفی باشد. نخست، قانون‌گذار در وضع این مقرر در مقام بیان بوده و مسئولیت مدیران را صراحتاً در مقابل «شرکت» و «اشخاص ثالث» قرار داده که با لحاظ سیاق ماده، منصرف از «سهام‌داران» است. بنابراین در غیاب تصریح مقنن نمی‌توان قلمرو این ماده را به دعوای خسارات انعکاسی به معنای آنچه در این مقاله مطرح گردید، توسعه داد. به‌ویژه با پیش‌بینی دعوای مشتق در ماده ۲۷۶، امکان تعقیب مدیران برای سهام‌داران فراهم شده است. دوم، قلمرو ماده ۱۴۲ محدود به «مقررات قانونی یا اساسنامه شرکت و یا مصوبات مجمع عمومی» شرکت است حال آنکه سهام‌داران ممکن است در نتیجه طیف وسیعی از مسئولیت‌های قراردادی و غیرقراردادی متحمل خسارات انعکاسی شوند. سوم و سرانجام، چنین تفسیری در هر حال با اصول و مبانی نظام حقوقی ما به شرحی که گذشت، سازگار نیست و توالی فاسد متعددی را در بر خواهد داشت.

نتیجه

سهام‌داران شرکت‌ها به‌واسطه تملک سهام دارای حقوق متعدد مالی و غیرمالی بوده و دعوای سهام‌داران ابزار حقوقی اصلی در حمایت و رعایت این حقوق محسوب می‌شود. در همین راستا سهام‌داران ممکن است دست به اقامه سه نوع دعوای اصلی بزنند. دعوای مستقیم ناظر به حقوق شخصی سهام‌داران و همچنین رعایت تشریفات قانونی در تصمیم‌گیری شرکت‌ها است. این دعوای به نام و به حساب سهام‌دار و به‌منظور جبران خساراتی طرح می‌شود که مستقیماً به سهام‌دار وارد شده است. دعوای مشتق اما به نمایندگی از شرکت و به‌منظور حمایت از آن در برابر مدیران متخلف اقامه می‌گردد. اشکال مختلفی از دعوای مستقیم و مشتق (با تفاوت‌های قابل‌اغماض) در همه نظام‌های حقوقی مورد شناسایی قانون‌گذاران قرار گرفته و از ابزارهای مهم حقوقی حمایت از سهام‌داران به شمار می‌روند.

با این حال، نظام‌های حقوقی جهان در برابر نوع سوم دعای سهام‌داران که به دعای خسارات انعکاسی موسوم است، یک‌صدا به مخالفت برخاسته‌اند. موضع نظام‌های حقوقی گوناگون علیه این نوع دعای را می‌توان در «اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی» سراغ گرفت که از مفاهیم حقوق انگلستان به شمار می‌رود اما در بقیه کشورها نیز مورد پذیرش واقع شده است. در این نوع دعای سهام‌دار بابت کاهش ارزش سهام خود در شرکت و یا کاهش قابلیت آن در ایجاد سود سهام، مبادرت به طرح دعوا علیه شخص زیان‌زننده به شرکت می‌کند. با این حال، قوانین و رویه قضایی کشورهای گوناگون (اعم از کامن‌لا و حقوق نوشته) خسارات مزبور را غیرمستقیم و غیرشخصی دانسته، و با استناد به اصول حقوق شرکت‌ها از جمله استقلال شخصیت حقوقی شرکت از سهام‌داران و تفکیک دارایی ایشان، دعای مطالبه خسارات انعکاسی را محکوم به رد اعلام کرده‌اند. مبانی این اصل در رویه قضایی انگلستان به‌ویژه در قضایای «پرودنشال»، «جانسون» و «سیولیا» مورد تحلیل و بررسی، و بعضاً مناقشه قرار گرفته است. قدر متیقن رویه مذکور آن است که ریشه‌های اصل را باید در قاعده خواهان مناسب، لزوم پابندی به اصول حاکمیت شرکتی و ماهیت غیرمستقیم خسارات وارده به سهام‌دار دانست. بنابراین، علی‌رغم متضرر شدن سهام‌داران در موارد خسارات انعکاسی، قانون ضرر و زیانی مستقل از ضرر وارده به شرکت برای سهام‌داران شناسایی نمی‌کند. قلمرو و مفاد اصل مذکور را به شرح زیر می‌توان خلاصه کرد:

- هنگامی که شرکت به علت نقض تعهدی که در قبال آن وجود دارد، متحمل زیان می‌شود، و سهام‌دار بابت نقض تعهدی که مستقلاً در قبال سهام‌دار وجود داشته، متحمل ضرر و زیانی جداگانه و مستقل از ضرر وارده به شرکت می‌گردد، هر دوی شرکت و سهام‌دار می‌توانند به‌منظور جبران خسارات وارده به خود که ناشی از نقض تعهد موجود در قبال خود بوده، دست به اقامه دعوا علیه شخص متخلف بزنند، اما هیچ‌یک نمی‌توانند دعای یکدیگر را به‌جای هم طرح کنند؛
- زمانی که یک شرکت به علت تخلف از تعهدی که در قبال آن وجود داشته متحمل ضرر شود، تنها شرکت است که می‌تواند بابت ضرر مذکور اقامه دعوا کند. در این حالت سهام‌دار جهت اقامه دعای مذکور در قامت سهام‌دار، از هیچ‌گونه سببی برخوردار نیست و سببی نیز جهت اقامه دعوا به‌منظور جبران کاهش ارزش سهام خود که تنها انعکاسی از خسارات وارده به شرکت است، در اختیار ندارد. در واقع، در مواردی شرکت می‌تواند ضرر وارده به خود را رأساً از طریق اقامه دعوا علیه شخص متخلف انجام دهد و به‌تبع ضرر و زیان سهام‌دار را نیز به‌صورت غیرمستقیم جبران کند، سهام‌دار از سبب دعای مستقل از شرکت برخوردار نیست. این امر حتی در صورتی که شرکت از طریق ارکان حاکمیتی خود از طرح یا تعقیب دعوا جهت جبران زیان

وارده به شرکت، خودداری کرده باشد نیز صادق است؛

- در مواردی که شرکت متحمل زیان می‌شود، اما سببی جهت اقامه دعوا به‌منظور جبران زیان مذکور ندارد، سهام‌دار شرکت ممکن است در صورت در اختیار داشتن سبب دعوای لازم، برای جبران خسارات وارده به شرکت، اقامه دعوا نماید، حتی چنانچه ضرر و زیان وارده به سهام‌دار، همان کاهش ارزش سهام وی باشد؛

در مجموع، دعاوی سهام‌داران برای مطالبه این‌گونه خسارات عموماً در نظام‌های پیشرفته حقوق داخلی ممنوع است و «اصل ممنوعیت مطالبه خسارات انعکاسی» در بسیاری از کشورهای جهان از قواعد شناخته‌شده حقوق شرکت‌ها محسوب می‌شود. علی‌رغم سکوت قوانین و رویه قضایی ایران در این زمینه، اصول و قواعد حقوق شرکت‌ها و مسئولیت مدنی از جمله استقلال و تفکیک شخصیت حقوقی شرکت از سهام‌داران و غیرقابل مطالبه بودن خسارات غیرشخصی (غیرمستقیم)، مستلزم پذیرش اصل مذکور در نظام حقوقی ایران است.

منابع

فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۲)، حقوق تجارت؛ شرکت‌های تجاری، جلد دوم، ویراست دوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).
- پاسبان، محمدرضا (۱۳۹۴)، حقوق شرکت‌های تجاری، ویراست دوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).
- پاسبان، محمدرضا و مجتبی جهانیان (۱۳۹۲)، «دعای مشتق و آیین آن: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۴.
- دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی (۱۳۹۲)، قانون تجارت در نظم کنونی حقوقی، چاپ بیستم، تهران: انتشارات دادستان.
- عیسائی تفرشی، محمد، سعیده امیرتیموری، مرتضی نصیری و مرتضی شهبازی‌نیا (۱۳۹۳)، «مفهوم دعای مشتق و ویژگی استثنایی آن (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان، آمریکا، فرانسه و ایران)»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۴.
- فرحناکیان، فرشید (۱۳۹۸)، قانون تجارت در نظم کنونی حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، قواعد عمومی، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۳)، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد نخست، چاپ سی‌ویکم، تهران: دراک.

آرای قضایی

- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۶۲۱ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۰۸ شعبه ۸ دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۲۰۰۹۹۹ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۱۲ شعبه ۲۲ دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۴۳۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۳ شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۷۰۰۵۲۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۱۹ شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
- دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۱۲۲۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۱۰۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۲۱ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
- دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۵۱۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

انگلیسی / فرانسوی

Books

- Bourne, Nicholas, *Principles of Company Law*, 3rd edition, Cavendish Publishing Ltd., 1998.
- Chen, Wenjing, *A Comparative Study of Funding Shareholder Litigation*, Springer, 1st edition, 2017.
- Davies, Paul, Worthington, Sarah, *Gower Principles of Modern Company Law*, 10th edition, Sweet & Maxwell, 2016.
- Dignam, Alan; Lowry, John; *Company Law*, 7th edition, Oxford University Press, 2012.
- Goo, S H, *Minority Shareholders' Protection; A Study of Section 459 of the Companies Act 1985*, 1st edition, Cavendish Publishing Ltd, 1994.

- Hannigan, Brenda, *Company Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2012.
- Dine, Janet, *Company Law*, 2nd edition, Cavendish Publishing Ltd. 1999.
- Joffe, Victor et al., *Minority Shareholders: Law, Practice and Procedures*, 3rd edition, Oxford University Press, 2008.
- McLaughlin, Susan, *Unlocking Company Law*, 2nd edition, Routledge, 2013.
- Merle, Philippe, *Droit Commercial: Sociétés Commerciales*, 7th edition, Dalloz, 2000.
- Reisberg, Arad, *Derivative Actions and Corporate Governance: Theory and Operation*, 1st edition, Oxford University Press, 2009.
- Sealy, Len, Worthington, Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, 9th edition, Oxford University Press, 2010.
- Wrška, Stefan, Van Uytsel, Steven, Siems, Mathias (eds.), *Collective Actions – Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, 1st edition, Cambridge University Press, 2012.

Articles

- Anderson, Helen; Welsh, Michelle; Ramsay, Ian; Gahan, Peter; “The Evolution of Shareholder and Creditor Protection in Australia: An International Comparison”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, Issue 1, 2012.
- Braendle, Udo, “Shareholder Protection in the USA and Germany; Law and Finance Revisited”, *German Law Journal*, Vol. 7, No. 3, 2006.
- Buckle, Paul, “The Rule Against Reflective Loss, Trusts and Freeman v Ansbacher in Jersey”, *Trusts & Trustees*, Vol. 16, No. 9, 2010.
- Chaisse, Julien, “Shareholder Protection Reloaded – The Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 52 Issue 1, 2016.
- Clarke, Malcolm, “Litigation by Shareholders and Reflective Loss”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 60, Part 2, 2001.
- Conway, Gerard, “Ne Bis in Idem in International Law”, *International Criminal Law Review*, 2003.
- De Jong, Bas J. “Shareholders’ Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis”, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, No. 1, 2013.
- DeMott, Deborah A., “Shareholder Litigation in Australia and the United States: Common Problems, Uncommon Solutions”, *Sydney Law Review*, Vol. 11, 1986.
- Fleischer, Holger, “Comparative Corporate Governance in Closely Held Corporations”, in Gordon, Jeffrey N., Ringe, Wolf-Georg (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, 1st edition, Oxford University Press, 2018.
- Gelter, Martin, “Mapping Types of Shareholder Lawsuits across Jurisdiction”, *ECGI Working Paper Series in Law*, Fordham University School of Law, Working Paper No. 363/2017, in Erickson, Jessica; Griffith, Sean; Webber, David; Winship, Verity (eds.), *Research Handbook on Representative Shareholder Litigation*, Edward Elgard Publishing, 1st edition, 2018.
- Gelter, Martin, “Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 37, Issue 3, 2012.
- Goo, S H, “Multiple Derivative Action and Common Law Derivative Action Revisited: A Tale of Two Jurisdictions”, *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 10, No. 1, 2010.
- Ireland, Paddy, Grigg-Spall, Ian, Kelly, Dave, “The Conceptual Foundations of Modern Company Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 14, No. 1, 1987.
- Hill, Jennifer, “Visions and Revisions of the Shareholder”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 48, 2000.

- Koh, Pearlie, "The Shareholder's Personal Claim: Allowing Recovery for Reflective Loss", *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 23, 2011.
- Likillimba, Guy-Auguste, "Le Préjudice Individuel et/ou Collectif en Droit des Groupements", *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, Dalloz, 2009.
- Lowe, Tom, "Mixed and Multiple Derivative Claims to Address Reflective Loss Problems", *Trusts & Trustees*, Vol. 20, No. 9, 2014.
- McLeannan, JS, "Companies, Shareholders and Reflective Losses", *Mercantile Law Journal*, Vol. 17, Issue 2, 2005.
- Shapira, Gioba, "Shareholder Personal Action in Respect of a Loss Suffered by the Company: The Problem of Overlapping Claims and Reflective Loss in English Company Law", *The International Lawyer*, Vol. 37, No. 1, 2003.
- Siems, Mathias, "Private Enforcement of Directors' Duties; Derivative Actions as a Global Phenomenon", in *Wrška, Stefan, Van Uytsel, Steven, Siems, Mathias (eds)*, 2010.
- Spotorno, Agustin, "Why is the Rule in Foss v. Harbottle Such an Important One?", *Business Law Review*, Vol. 39, No. 6, 2018.
- Steinfeld, Alan, "In the Looking Glass: Holding Companies and Reflective Loss", *Trusts & Trustees*, Vol. 22, No. 3, 2016.
- Xiaoning Li, *A Comparative Study of Shareholders' Derivative Actions: England, The United States, Germany and China*, Kluwer, 2007.

Judgements and Awards

England

- Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd [2001] 1 AC
- Bond v Barrow Haematite Steel Co (1902) 1 Ch 353
- Burland v Earle (1902) AC 83
- Day v Cook (2001) EWCA Civ 592
- Foss v Harbottle (1843) 2 Hare 461
- Gaetano Ltd v Obertor Ltd (2009) EWHC 2653 (Ch)
- Gardner v Parker (2004) EWCA Civ 781
- George Fischer (Great Britain) Ltd v Multi Construction Ltd (1995) 1 BCLC 260
- Giles v Rhind (2002) EWCA Civ 1428
- Johnson v Gore Wood (2002) 2 AC 1 per Lord Bingham
- Lee v Sheard (1956) 1956 QB 1 192 – 1956
- Liverpool No 2 [1963];
- Macaura v Northern Assurance co Ltd. (1925) AC 619
- MacDougall v Gardiner (1875) 1 Ch. D. 13 - Supreme Court (1875)
- Mozley v Alston, (1847) 1Ph
- Prudential Assurance v Newman (1982) 1 Ch 204
- Rushmer v Mervyn Smith (2009) EWHC 94 (QB)
- Sevilleja v Marex Financial Ltd (2020)
- Shaker v Al-Bedrawi (2002) EWCA Civ 1452
- Webster v Sandersons (2009) EWCA Civ 830
- Wood v Odessa Waterworks Co (1889) Lr 42 Ch d 636

United States

- Carter v Berger (1985) 777 F.2d 1173
- Cashman v Coopers (1993) 623 N.E.2d 907 251 Ill. App.3d 730 191 Ill. Dec. 317
- Erlich v Glasner (1969) 418 F.2d 226, 227-28 (9th Cir.)
- Gaubert v United States (1989) 855 F.2d 1284 (5th Cir.).

- Mann v Kemper Fin. Cos. (1993) 247 Ill.App.3d 966, 973, 187 Ill. Dec. 726, 618 N.E.2d 317, 322
- O'Bannon v Town Court Nursing Center (1980) 447 U.S. 773, 100 S.Ct. 2467, 65 L.Ed.2d 506
- Quarles v City of East Cleveland, (1999) US App. LEXIS 34061 (6th Cir.)
- Rand v Anaconda-Ericsson Inc. (1986) 794 F.2d 843
- Small v Goldman (1986) 637 F.Supp. 1030, 1031 (D.N.J.)
- Stevens v Lowder (1981) 643 F.2d 1078
- Tooley v Donaldson (2004) Lufkin & Jenrette, Inc., 845 A.2d 1031 (Sup. Ct. Del.)
- Twohy v First National Bank of Chicago (1985) 758 F.2d 1185, 1194 (7th Cir.)
- Varga v McGraw Hill Fin. Inc. (2015) NY Slip Op 31453 (U)
- Warren v Manufacturers National Bank of Detroit (1985) 759 F.2d 542
- Zokoych v Spalding (1976) 36 Ill.App.3d 654, 663, 344 N.E.2d 805

France

- Cour de cassation, affaire No. 97-10886 (2002)
- Cour de cassation, affaire No. 99-80387 (2000)
- Cour de cassation, affaire No. 97-80664 (2000)
- Cour de cassation, affaire No. 97-84885 (2000)
- Cour d'appel de Versailles, affaire No. 04-1262 (2005)

Germany

- BGH 20.03.1995, BGHZ 129, 136, 166

Netherlands

- *Ventax Engineering v Industriebond FNV*, HR Dec. 12, 1997, NJ 1998/348
- *Tuin Bebeer v Houthoff Buruma*, HR Feb. 16, 2007, JOR 2007/112
- *Van den Mosselaar v Lagero*, HR Jul. 14, 2000, NJ 2001/685
- *Chipsbol v Coopers & Lybrand*, HR Jun. 15, 2001, JOR 2001/172
- *Kessock v S.F.T. Bank N.V.*, HR Nov. 2, 2007, NJ 2008/5.
- *Poot v ABP*, HR Dec. 2, 1994, NJ 1995/288

Reports and Guidelines

- *Study on Minority Shareholders Protection – Final Report*, European Commission, Publication Office of the European Union, 2018. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1893f7b8-93a4-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en>, last visited on May 29, 2020.
- *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Eisenberg, Melvin A. (chief reporter), American Law Institute, 2012.
- *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, OECD Publishing, Paris, 2015.

Miscellaneous

- <http://www.dutchcivillaw.com/content/legalsystem011.htm>, last visited on December 5, 2020.
- Bigge, David M., “Judicial Economy in Investor-State Disputes”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2017.

تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی

رضا پورمحمدی*، محمدمهدی یوسفی**

چکیده

قانون، شواهد و اسناد مهم‌ترین پیش‌بینی‌کننده‌ها در تصمیمات قضایی به شمار می‌روند. اما تصمیم‌گیری صرفاً متأثر از این عناصر نبوده و عوامل مداخله‌گر دیگری نیز وجود دارند که می‌توانند اثرگذاری جدی بر تصمیم قضایی داشته باشند. پژوهش حاضر درصدد واکاوی جنسیت قضایی به مثابه یکی از عواملی است که می‌تواند در رأی قضایی منشأ اثر بوده و به تمایز در تصمیمات قضایی بینجامد. این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی کوشیده است با کاوش در مطالعات انجام شده در حوزه اثرگذاری جنسیت بر آرای قضایی، در این زمینه روشن‌گر بوده باشد. بخش دوم پژوهش به ارائه راهکارهایی برای کاستن از این اثرگذاری که بالقوه می‌تواند به انحراف از عدالت قضایی بینجامد، اختصاص یافته است. این راهکارها در دو طبقه راهکارهای ساختاری و راهکارهای شخصی ارائه گردیده‌اند. راهکارهای ساختاری بر ارائه پیشنهاد در راستای بازنگری و بهبود فرایند دادرسی متمرکز بوده و راهکارهای شخصی حول ظرفیت‌های شناختی و مسائل درون‌روانی به ارائه پیشنهاد می‌پردازند.

واژگان کلیدی: تصمیم‌گیری قضایی، روان‌شناسی قضایی، تفسیر حقوقی، فمینیسم حقوقی، واقع‌گرایی حقوقی

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
r_pourmohammadi@sbu.ac.ir
** دانشجوی دکتری روانشناسی بالینی، دانشکده روانشناسی و علوم تربیتی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
mmyousefi@outlook.com

مقدمه

زمانی که از قاضی جین کاین^۱، قاضی دیوان عالی آمریکا پرسیده شد که آیا جنسیت قاضی بر آرای قضایی او تأثیرگذار است، وی پاسخ داد: قاضی خرمند مرد و قاضی خردمند زن [در تصمیم‌گیری قضایی]، هر دو به نتیجه‌ای واحد خواهند رسید (See Margolick & Times, 1991). شاید در زمان پرسش این سؤال، ثمره‌چندانی بر پاسخ آن مترتب نبود، اما امروزه با توجه به حضور پررنگ زنان در بدنه نظام‌های حقوقی، پاسخ به این سؤال، بسیار حائز اهمیت است.

به نظر می‌رسد این واقعیت که قضات اساساً در معرض تأثیرپذیری از عواملی غیر از حقایق پرونده قرار دارند، مورد پذیرش و اتفاق همه حقوق‌دانان است و اگر اختلافی وجود دارد، بیشتر در میزان تأثیرگذاری این عوامل می‌باشد (محقق داماد و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۲۴؛ صالحی مازندرانی و پورمحمدی، ۱۳۹۹: ۱۰۱). در پژوهش‌های متعددی ثابت شده است که گاهی عواملی غیر از شواهد و مدارک پرونده می‌توانند موجب تمایل ناخودآگاه قاضی به نتیجه‌ای مشخص گردند. برای نمونه می‌توان به تأثیرگذاری دین و مذهب قاضی (Idleman, 2009: 443; Bornstein & Miller, 2009: 521; Pinello, 2003: 112; Sisk et al., 2004: 17; Songer & Tabrizi, 1999: 517)، تحصیلات (Mayoral et al., 2014: 1131)، نژاد (Chew & Kelley, 2009: 1119; Cox & Miles, 2008: 13; Gottschall, 1983: 170; M. D. Holmes et al., 1993: 450; McClure et al., 2001: 347; Pfister et al., 1975: 201; Steffensmeier & Britt, 2001: 759; Weinberg & Nielsen, 2011: 327)، سن یا تجربه (Epstein & Martin, 2004: 19; Fox & Van Sickel, 2000: 262; Manning et al., 2004: 7)، سوابق استخدامی (Mayoral et al., 2014: 1131; Nagel, 1962: 463; Tate & Handberg, 1991: 463)، وضعیت مالی (Jamieson & Hennessy, 2007: 900; Neitz, 2013: 149)، و تعلقات سیاسی (Blume & Eisenberg, 1999: 244; Cox & Miles, 2008: 33; Epstein & Knight, 2013: 15; Farhang, 2004: 230; Segal & Spaeth, 2002: 13) اشاره کرد (پورمحمدی و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۸۳).

در هر صورت، برخی حقوق‌دانان تأثیر این عوامل را بسیار ناچیز و جزئی می‌دانند (See: Dworkin, 1978: 200; Fuller, 1978: 91). ازجمله طرفداران دیدگاه واقع‌گرایی در حقوق بر این باورند که عواملی همچون طبقه اجتماعی و موقعیت اقتصادی - اجتماعی و البته جنسیت قاضی، در تعیین رأی نهایی، از شواهد و واقعیت‌های پرونده تأثیرگذارترند. بر اساس این دیدگاه رأی صادرشده توسط قاضی نه محصول استدلال منطقی و

1. Jeanne Coyne.

انطباق راستین قوانین بر پرونده، بلکه برایندهای درونی و ابزارهای تفسیری است که توسط قاضی برای توجیه رأی صادره و انتساب آن به مفاد قانونی و خواست قانون‌گذار به کار گرفته شده است. هومز که از پیش‌گامان مکتب واقع‌گرایی حقوقی است در زمینه چگونگی پدیدآیی رأی دادرس چنین می‌گوید: «رأی دادگاه محصول ناخودآگاه تعصبات غریزی و ارتباطات ذهنی غیرقابل توصیف است و حتی تعصباتی که مشترکاً میان قضات و افراد عادی وجود دارد به مراتب بیش از استدلال منطقی در تعیین اصول و مقرراتی که باید بر سرنوشت مردم حاکم باشد، مؤثر است» (صانعی، ۱۳۸۲: ۴۸۵).

اندیشه رئالیسم حقوقی به صراحت اعلام می‌دارد که آنچه از قاضی در رویارویی با محتوای پرونده سر می‌زند، ماحصل برهم‌کنش عوامل روانی - اجتماعی گوناگونی است که جهان زیست قاضی را شکل می‌دهند. عواملی همچون ایدئولوژی سیاسی، پایگاه اجتماعی، جهت‌گیری‌های مذهبی، دلبستگی‌های قومیتی و نژادی و خصیصه‌های شخصیتی مجموعه‌ای از فاکتورهای اثرگذار بر تصمیمات قضایی به شمار می‌روند (Leiter, 2002: 358). با وجود این، واقع‌گرایان حقوقی گرایش به راه حل منصفانه را به‌عنوان یک انگیزه قوی در قضات برای صدور حکم رد نمی‌کنند، در عین حال بر این باورند که افزون بر گرایش به عدالت، حضور عوامل و عناصر صریح و ضمنی دیگر در این فرایند انکارناپذیر است.

موضوع مورد بحث در حوزه علوم مختلفی از جمله هرمنوتیک فلسفی و شاخه‌های مختلف روان‌شناسی از جمله روان‌شناسی اجتماعی، روان‌شناسی شناختی و روان‌شناسی شخصیت مطرح می‌شود. هدف این پژوهش نیز احصا و استقرار همه عوامل مؤثر و مرتبط با تصمیم‌گیری قضایی نیست، بلکه صرفاً و منحصراً عهده‌دار یکی از این عوامل یعنی جنسیت قاضی و نسبت آن با آرا و احکام صادره در طول فرایند دادرسی است. پس از اندیشگری و کاوش در پژوهش‌های مرتبط، این پژوهش با ارائه راهکارهای عملیاتی برای کاستن از اثرگذاری عاملی مداخله‌گر تحت عنوان جنسیت با هدف پیشینه‌سازی اجرای قانون با اتکا به شواهد و مدارک، پایان خواهد یافت.

۱. ثمرات پژوهش

سه نتیجه برای پژوهش حاضر قابل انتظار است: الف) این مطالعه می‌تواند خوانندگان را به درکی عمیق‌تر نسبت به ماهیت فرایند قضایی رهنمون سازد (Peltason, 1963: 283; See Dahl, 1957: 283). ب) با فرض پذیرفتن تأثیرگذاری جنسیت قضات بر آرای قضایی، می‌توان از راهکارهایی برای کم‌اثرسازی این عامل و عوامل مشابه در دادرسی در محاکم قضایی اهتمام ورزید. برای نمونه چنانچه احکام صادره در پرونده‌هایی خاص متأثر از جنسیت قاضی باشند، می‌توان در این دست پرونده‌ها از قضات با جنسیت دیگر یا شورایی متشکل از قضات زن و مرد بهره برد؛ ج) همچنین

می‌توان از دستاوردهای این پژوهش در گزینش و به‌کارگیری قضات استفاده نمود. برای نمونه، اگر نقش جنسیت در رأی قاضی اثبات شود، می‌توان در محاکم و مجتمع‌های قضایی از قضات جنسیت دیگر بهره برد یا در جرایم مطبوعاتی و سیاسی هیئت منصفه متشکل از زنان و مردان را به کار گمارد.

۲. ابعاد بحث در تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی

فعالیت‌های ذهنی و فکری قضات، صور و اشکال متکثر و متنوعی دارد. این فعالیت‌ها را می‌توان به سه دسته کلی تقسیم کرد: الف) برخی از این فعالیت‌ها وجههٔ زبانی دارند. یعنی فعالیت‌هایی هستند که به تفسیر متن قوانین و چگونگی فهم آن مرتبط می‌شوند؛ ب) برخی از این فعالیت‌ها به چگونگی استدلال حقوقی و کاربرست قواعد حقوقی مرتبط‌اند. برای مثال، اینکه در سناریو «الف» باید قاعدهٔ ید جریان باید و استفاده از قاعدهٔ استحصال عدم مالکیت صحیح نیست، وجههٔ زبانی ندارد؛ ج) برخی از این فعالیت‌ها صرفاً مرتبط به موضوع‌شناسی و تطبیق قوانین بر مصادیق خارجی هستند. غالب فعالیت‌های قضات از همین سنخ است چراکه معنای متن قانون در بسیاری از موارد روشن است، همچنین غالب پرونده‌ها فاقد پیچیدگی خاصی می‌باشند که استدلال حقوقی پیچیده‌ای بطلبند. لذا آنچه قضات بیشتر با آن سر و کار دارند مقولهٔ تطبیق قوانین با مصادیق خارجی است. همهٔ این فعالیت‌ها را در هرمنوتیک حقوقی، «عمل تفسیری» می‌نامند (Marmor, 2011: 143). در بحث حاضر نیز که سخن از تأثیر‌گذاری جنسیت بر تفسیر حقوقی است، همهٔ موارد مذکور مشمول بحث می‌باشند.

۳. پژوهش‌های مرتبط با تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی

بحث از تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی سابقه‌ای طولانی دارد، طبق استقرای نسبتاً تام نگارنده، اولین پژوهش‌ها در این زمینه در سال ۱۹۶۷ میلادی توسط رکلس و کی با محوریت قضات آمریکایی منتشر و در اختیار جامعهٔ علمی قرار گرفت (Reckle & Barbara, 1967)؛ اما کمی بعد، این مطالعات توسط پژوهشگران دیگری به‌صورت جدی‌تر در سایر کشورها نیز دنبال شد (See: Abdelkader, 2014; Bourreau-Dubois et al., 2020; C. L. Boyd, 2016; C. Boyd & Nelson, 2017; Colapietro, 1992; Collins Jr. et al., 2010; Coontz, 2000; Daly, 1989; Dawuni, 2016; Fix & Johnson, 2017; Freiburger, 2010; Gleason et al., 2019; Hunter, 2008; Jeffries, 2002; Johnson et al., 2008; Kenney, 2008; Malleson, 2003; Martin, 1993; Miller, 2015; Nurlaelawati & Salim, 2013; Palmer, 2001; Peresie, 2005; Schubert, 1969; Spohn, 1991; Wei & Xin, 2013).

در هر صورت، بنابر تعریفی که از «تفسیر حقوقی» ارائه کردیم، بحث از تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی، در دو حوزهٔ پیش‌رو مورد بررسی قرار خواهد گرفت: اولاً، تأثیر جنسیت بر آرای قضایی که شامل استدلال حقوقی و تطبیق قانون بر مصادیق خارجی می‌گردد؛ ثانیاً، تأثیر جنسیت بر تفسیر متن قانون.

۳-۱. تأثیر جنسیت بر آرای قضایی

قبل از هر چیز، باید توجه کرد که تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی گاهی مستقیم است و گاهی غیرمستقیم. در نوع اول، جنسیت قاضی موجب تمایل شخص قاضی به نتیجه‌ای خاص در پرونده خواهد شد اما در نوع دوم، جنسیت یکی از قضات موجب گرایش و تمایل سایر قضات به نتیجه‌ای مشخص می‌گردد. در مقاله حاضر، تأثیرپذیری قضات در هر دو حوزه را مورد مطالعه قرار خواهیم داد. این مطالعات که کاملاً جنبه مروری دارند، غالباً با محوریت قضات آمریکایی صورت گرفته‌اند اما با توجه به اینکه حاکی از نوعی نقص در سیستم معرفتی و شناختی انسان‌ها می‌باشند، در این رابطه تفاوتی میان قضات آمریکایی و ایرانی وجود نخواهد داشت.

۳-۱-۱. تأثیر مستقیم جنسیت بر آرای حقوقی

۳-۱-۱-۱. پژوهش‌های مدعی تأثیر گذاری جنسیت بر آرای قضایی

دو مطالعه که با محوریت قضات دیوان عالی آمریکا انجام شد، نشان می‌دهد که قضات زن در پرونده‌های تبعیض جنسیتی، تمایل بیشتری به صدور حکم به نفع مدعی دارند.^۱ در یکی از این تحقیقات، جرارد و گریسکی، ۱۲۶ پرونده مربوط به سال‌های ۱۹۷۱ تا ۱۹۸۱ را مورد بررسی قرار داده و به این جمع‌بندی رسیدند که «بدون شک، قضات زن، تمایل بیشتری به حمایت از مدعی دارند» (Gryski et al., 1986: 146). تحقیقات دیگری که با محوریت قضات دادگاه تجدیدنظر انجام گرفت نیز نشان می‌دهد که قضات زن در پرونده‌های تبعیض جنسیتی، تمایل بیشتری به حمایت از خواهان دارند (Cook, 1979; Davis, 1986: 331-336; Davis et al., 1993: 130-132; Farhang, 1978; Gruhl et al., 1981; Massie et al., 2002: 6-11; Moulds, 1978). این پژوهشگران معتقدند که جنسیت قاضی در پرونده‌هایی که به نوعی به جنسیت ارتباط پیدا می‌کنند، تأثیرگذار است. برخی دیگر علاوه بر مورد مذکور، مواردی که به حقوق زنان نیز مرتبط می‌گردد را اضافه کرده‌اند. این پژوهشگران به‌عنوان مثال، به مسئله سقط جنین یا حضانت اطفال اشاره دارند (Hershey, 1977; Lee, 1976). محققان، والکر و باروز در یکی از تحقیقات خود در سال ۱۹۸۵ ثابت کردند که قضات زن، در مقایسه با قضات مرد، تمایل کمتری به حمایت از خواهان در دعاوی مرتبط با حقوق اقلیت‌ها دارند (Walker & Barrow, 1985).

قابل توجه است که طبق تحقیقات، تأثیر جنسیت صرفاً به محکوم‌کردن یا محکوم‌نکردن خواهان محدود نمی‌شود بلکه گاهی می‌تواند در کمیت و کیفیت حکم نیز تأثیرگذار باشد. برای مثال، دو

1. See David W. Allen & Diane E. Wall, Role Orientations and Women State Supreme Court Justices, 77 JUDICATURE 156, 159-65

پژوهش به این نتیجه رسیدند که قضات زن، در مقایسه با قضات مرد، تمایل بیشتری به بازداشت موقت زنان دارند، در حالی که قضات مرد، به مراتب کمتر حکم به بازداشت موقت زنان می‌دهند (Gruhl et al., 1981; Steffensmeier & Hebert, 1999).

برخی تحقیقات که موضوع پژوهش خود را در مقایسه با سایر تحقیقات محدودتر نموده‌اند - برای مثال صرفاً به پرونده‌های تبعیض جنسیتی پرداخته‌اند - نیز توانسته‌اند تأثیر جنسیت بر آرای قضایی را بهتر نشان دهند (Allen & Wall, 1987; Davis et al., 1993; Gottschall, 1983; Gryski et al., 1986). البته تحقیقی که در همین موضوع بر روی قضات اسرائیلی انجام شد، خلاف این دیدگاه را ادعا دارد (Raday, 1996: 546). همچنین پژوهشی که توسط جنیفر سگال بر روی ۷۹۹ پرونده انجام گرفت، نشان می‌دهد که در واقع قضات مونث در پرونده‌های تبعیض جنسیتی تمایل کمتری به حمایت از خواهان دارند (Segal, 2000: 142-147). تحقیق دیگری نیز نشان می‌دهد که قضات زن در مقایسه با قضات مرد نسبت به اعدام و یا پرونده‌های مرتبط با هرزگی، آرائشان به دیدگاه لیبرال‌های آمریکایی نزدیک‌تر است (Songer & Crews-Meyer, 2000). برخی دیگر با تأیید این نظریه که آرای قضات زن تمایل بیشتری به دیدگاه لیبرال‌ها دارد، به مواردی همچون قانونی کردن مصرف ماری‌جوآنا، عفو عمومی برای فراری‌ها از جنگ ویتنام، مجازات اعدام، آزادی سلاح و سقط جنین اشاره کرده‌اند (Cook, 1979; Diamond, 1977; Erikson & Tedin, 2019; Poole & Zeigler, 1977; Soule & McGrath, 1985).

۳-۱-۱-۲. پژوهش‌های منکر تأثیر گذاری جنسیت بر آرای قضایی

از طرف دیگر، با انبوهی از پژوهش‌ها مواجه هستیم که ادعای تأثیر جنسیت بر آرای قضایی را رد می‌کنند. برای مثال در یکی از پژوهش‌ها که با محوریت آرای دادگاه محلی^۱ صورت گرفت، تفاوت چندان مهمی میان آرای قضات زن و مرد ملاحظه نکردند (Ashenfelter et al., 1995: 257, 265). همچنین برخی تحقیقات دیگر نیز نشان می‌دهند که جنسیت قاضی تأثیر قابل‌توجهی بر آرای قضایی نخواهد داشت (Allen, 1991; Gottschall, 1983; Gruhl et al., 1981; Kritzer & Uhlman, 1978; Laster & Douglas, 1995; Marshall, 1995; Martin, 1993; Steffensmeier & Hebert, 1999). علاوه بر آن، گروهی از پژوهشگران از اساس تأثیر جنسیت بر آرای قضایی را منکر شده‌اند (Gottschall, 1983: 171; Songer et al., 1994: 432, 429-436). پژوهشی که توسط مک کورمیک و جابز در سال ۱۹۹۳ نشان می‌دهد که جنسیت قاضی حتی در پرونده‌های مرتبط با تعرض جنسی نیز تأثیر قابل‌توجهی ندارد (McCormick & Job, 1993).

1. district courts.

در تحقیقی که بر روی پرونده‌های مرتبط با آزار جنسی در بین سال‌های ۱۹۷۶ و ۱۹۸۵ میلادی با محوریت ایالت دیترویت انجام شد، نشان می‌دهد که جنسیت قاضی تأثیر بسیار کمی بر آرای قضایی دارد (Spohn, 1991: 87). همچنین است یکی از پژوهش‌ها که با مقایسه کلیه آرای قضات مرد و زن به این نتیجه می‌رسد که در مجموع، قضات زن تمایل کمتری به محکوم کردن خواننده دارند. در این تحقیق آمده است که قضات زن و مرد در محکوم کردن و تعیین مجازات با یکدیگر رفتار متفاوتی دارند اما این اختلاف در رفتار چندان چشمگیر نیست (Gruhl et al., 1981: 317, 344).

۳-۱-۲. تأثیر غیرمستقیم جنسیت بر تفسیر حقوقی

در رابطه با تأثیر غیرمستقیم جنسیت بر آرای قضایی نیز تحقیقات متعارض‌اند. نانسی کرو در تحقیقی که با محوریت آرای قضات دادگاه تجدیدنظر در بین سال‌های ۱۹۸۱ تا ۱۹۹۶ بر روی پرونده‌های تبعیض در استخدام شغلی انجام داد، به این نتیجه رسید که حضور قاضی زن در میان قضات مرد، تأثیر چشمگیری بر آرای قضات مرد ندارد (Crowe, 1999).

از طرف دیگر، تحقیقات متعددی دلالت بر تأثیر غیرمستقیم جنسیت یکی از قضات بر آرای دیگر قضات دارد. برای مثال در یکی از تحقیقات که آرای دادگاه‌های آمریکا در بین سال‌های ۱۹۷۷ تا ۱۹۹۶ مورد بررسی قرار گرفت، ثابت شد که حضور یک یا بیش از یک زن در میان قضات مرد، موجب گرایش و تمایل قاضی به صدور حکم به نفع خواهان خواهد شد (Massie et al., 2002: 10-11). همچنین در تحقیقی دیگری که آرای تبعیض در استخدام در سال‌های ۱۹۹۸ و ۱۹۹۹ مورد مطالعه قرار گرفت، ثابت شد که وجود یک قاضی مونث در میان قضات موجب تمایل بیشتر قضات مذکر به حمایت از خواهان خواهد شد (Farhang, 2004: 319-320). به نظر می‌رسد توجه به پویایی‌های گروه^۱ در تبیین این تعارض حائز اهمیت است. به بیان دیگر در شرایط مختلف اعضای یک گروه، ممکن است میل به رهبری و تسلط بر سایر اعضا داشته باشند. در مواقع دیگر ممکن است افراد برای تحکیم نقش و جایگاه خود در گروه، بکوشند انتظارات سایر اعضا را برآورده سازند و اقدام به هم‌رنگی بیشتر با گروه کنند (Hewstone et al., 2012: 379) اینکه قاضی زن چه نقشی در گروه دارد، و مواردی همچون میزان تحصیلات یا سابقه حرفه‌ای او می‌تواند عمیقاً بر نتایج این دست پژوهش‌ها اثرگذار باشد.

۳-۱-۳. توجیه تعارض میان پژوهش‌های مرتبط با تأثیر جنسیت بر آرای قضایی

واضح و روشن است که تحقیقات در رابطه با تأثیر مستقیم و غیرمستقیم جنسیت بر آرای قضایی متعارض و یا حداقل غیرمطابق‌اند. با پذیرش این پیش‌فرض که همه پژوهشگران با دید منصفانه

1. Group dynamics.

صرفاً به ارائه داده‌ها پرداخته‌اند، علت وجود این ناسازگاری گسترده در نتایج تحقیقات چیست؟ به نظر می‌رسد در این رابطه چند احتمال وجود دارد:

۱. نخست آنکه گستره مطالعاتی برخی از تحقیقات مذکور - هم از حیث زمان و هم پرونده‌های مورد مطالعه - در مقایسه با گروه دیگری از تحقیقات، بسیار محدود بوده است. برای مثال، یکی از تحقیقات صرفاً آرای ۱۷ قاضی آمریکایی در طول یک سال را مورد مطالعه قرار می‌دهد، حال آنکه تحقیق دیگری آرای کلیه قضات آمریکایی یک از ایالات در فاصله زمانی ۱۹ سال را بررسی می‌کند. محدودیت دامنه تحقیق اول، فارغ از اینکه به اعتبار درونی آن تحقیق آسیب می‌زند، تعارض موجود میان این تحقیقات را نیز توجیه می‌کند.

۲. این واقعیت را نمی‌توان انکار کرد که همواره قضات زن جزو اقلیت‌ها در نظام‌های حقوقی محسوب شده‌اند، از طرف دیگر، این تمایل - هرچند ناخودآگاهانه - در اقلیت‌ها وجود دارد که از اکثریت تبعیت کنند. ممکن است عدم تفاوت آرای قضات مرد و زن در بسیاری از پرونده‌ها در واقع ناشی از تمایل به تبعیت از اکثر بوده باشد (Davis et al., 1993). برخی از پژوهشگران در این رابطه آورده‌اند: در قضاوت‌های شورایی که یک قاضی زن در میان چند قاضی مرد وجود دارد، برای قضات زن این تمایل وجود دارد که رأی خود را مطابق با رأی همکاران مرد خود هماهنگ سازند چراکه به نوعی دنبال مشروعیت بیشتر در این نظام حقوقی هستند (Kanter, 2010: 47-68).

۳. مشکلات روش‌شناختی پژوهش‌ها از جمله نمونه کوچک، بی‌توجهی به شاخص‌های معناداری آماری و ناهمگونی نمونه‌ها، هم اعتبار درونی و هم تعمیم‌پذیری این پژوهش‌ها را به میزان قابل توجهی با مشکل مواجه می‌سازد. از جمله مشکلات در این زمینه یکدست نبودن پژوهش‌ها از نظر موضوع پرونده است. برای نمونه، اولین شرط تعارض، وحدت موضوع است در حالی که موضوع برخی پژوهش‌ها - به ظاهر متعارض - واحد نیست. برای مثال یکی از پژوهش‌ها که ادعای تأثیر جنسیت بر آرای حقوقی را دارد، پرونده‌های مرتبط با تجاوز را مورد مطالعه قرار داده است و پژوهش دیگری که منکر تأثیر جنسیت است صرفاً به مطالعه پرونده‌های قتل پرداخته می‌پردازد.

۴. پژوهش‌ها پیرامون تفاوت‌های زیستی تا حدودی مؤید تفاوت‌های جنسیتی در فرایندهای زیربنایی تصمیم‌گیری بوده‌اند. برای نمونه گریسوم و ریس به این نتیجه رسیدند که در کارکردهای اجرایی - و به‌طور خاص در تصمیم‌گیری - تفاوت معناداری بین زنان و مردان وجود ندارد (Grissom & Reyes, 2019). با این حال مطالعات تطبیقی از این موضوع خبر می‌دهند که جنس مؤنث در تصمیم‌گیری‌های خود، نسبت به جنس مذکر پیامدهای منفی را بیشتر در نظر می‌گیرد و نسبت به آن حساس‌تر است (Heilbronner, 2017). از دیگر سو، تفاوت محسوسی در قضاوت اخلاقی بین دو

جنس مشاهده نشده است. هرچند زنان بیش از مردان تمایل به کنش بر مبنای اصول اخلاقی دارند (Valentine & Rittenburg, 2007). این موضوع می‌تواند به صورت تلویحی تفاوت در صدور رأی قضایی را محتمل سازد. همچنین هورمون‌های جنسی مردانه تأثیری در تصمیم‌گیری نداشته‌اند، اما هورمون‌های زنانه از جمله پروژسترون، رابطه منفی با دوری از خطر و اجتناب از تصمیمات بالقوه خطرناک دارد (Derntl et al., 2014).

۵. در میان پژوهش‌های مورد بررسی در زمینه تفاوت‌های جنسیتی در تصمیم‌گیری قضایی، جای خالی مطالعات عصب‌شناختی کاملاً محسوس است. در واقع عمده این پژوهش‌ها صرفاً به مقایسه آرای صادره توسط قضات زن و مرد پرداخته‌اند، اما به تفاوت‌های بنیادین عصب‌شناختی بی‌توجه بوده‌اند.

۶. یک تبیین احتمالی در ناهم‌خوانی نتایج مطالعات، وجود تفاوت‌های بین‌فرهنگی است. نگرش‌های فرهنگی به صورت جدی می‌تواند تصمیم‌گیری افراد را تحت تأثیر قرار دهد (Roxas & Stoneback, 2004). به‌ویژه با در نظر گرفتن نقش کم‌رنگ تفاوت‌های سیستم درون‌ریز و دستگاه عصبی، نقش فرهنگ در تبیین تفاوت‌های جنسیتی موجود در تصمیم‌گیری شایان توجه خواهد بود. علاوه بر این، در تعمیم نتایج از فرهنگی به فرهنگ دیگر باید با احتیاط عمل کرد. اما آنچه حائز اهمیت است تأثیرپذیری آرای قضایی از فرهنگ است. به این ترتیب بخشی از ناهم‌خوانی‌های موجود در پژوهش‌ها به فرهنگ‌ها و خرده فرهنگ‌های متفاوت بستر پژوهش قابل انتساب است. برای اعلام نظر قطعی پژوهش‌های بین فرهنگی^۱ ضروری است.

۷. مطالعات مربوط به تفاوت‌های جنسیتی از یک همبستگی ساده و خطی حکایت نمی‌کنند. در واقع روابط چندعاملی^۲ بهتر می‌توانند تبیین‌کننده این دست همبستگی‌ها باشند. برای نمونه پژوهش‌های مربوط به رفتار یاری‌رسان^۳ و جنسیت نشان‌دهنده پیچیدگی‌های عدیده در این زمینه است، عواملی همچون موقعیت یاری‌رسانی، جنسیت فرد یاری‌طلب، کیفیت رابطه طرفین دعوا (زن و شوهر یا غریبه)، یاری‌خواهی از سوی نزدیکان یا افراد ناآشنا و... برای نمونه زنان احتمالاً در روابط نزدیک و طولانی بیشتر میل به یاری‌رسانی (عمدتاً عاطفی یا در راستای رساندن فرد مقابل به اهداف خود) دارند، در حالی که مردان در موقعیت‌های مخاطره‌آمیز و پیش‌بینی نشده بیش از زنان، برای نجات فرد در معرض آسیب، اقدام می‌کنند (Hewstone et al., 2012: 309). در نتیجه می‌توان به این

1. Inter-cultural.

2. Multifactorial relationships.

3. Helping behavior.

مسئله پی برد که مطالعات در مورد نقش جنسیت در تصمیم‌گیری قضایی ناکافی و سربسته‌اند و وجوه بسیاری در این رابطه ناپیدا مانده است. فقر ادبیات پژوهشی در بررسی متغیرهای میانجی و مداخله‌گر و بی‌توجهی به متغیرهای مزاحم، منجر به تعارض در نتایج مطالعات در این حوزه شده است.

۸. پیش‌فرض بسیاری از پژوهش‌های موجود مقایسه آرای قضات زن با قضات مرد است. در واقع قضاوت مردان ملاک عمل قرار می‌گیرد و تصمیمات قضایی قضات زن، در مقایسه با قضات مرد مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. به این ترتیب تصور می‌رود که قضات زن، ممکن است سبک خاصی از قضاوت را به کار گیرند. به این ترتیب فرضیه از اینکه زنان به نفع هم‌جنسان خود رأی صادر می‌کنند، به این سؤال تغییر جهت می‌دهد که «آیا افراد هر دو جنس به صدور رأی خفیف‌تر برای افراد جنسیت خود گرایش دارند؟»

۲-۳. تأثیر جنسیت بر تفسیر متن

گادامر بر این باور است که معنای متن همان فهم مخاطب و ظهوری است که برای خوانندگان دست می‌دهد (Gadamer, 2004: 19). بنابر این نظریه، مخاطبان بر اساس دارایی‌های متفاوت علمی و اعتقادی، ویژگی‌های شخصیتی و حتی پیشینه اجتماعی، فهم متفاوتی از متن خواهند داشت. بر این اساس، ممکن است ادعا شود که جنسیت مفسر قانون نیز در کیفیت تفسیر متن قانون تأثیرگذار است.

این دیدگاه شاید در ظاهر، دور از ذهن به نظر برسد، اما نظیر آن پیش‌تر (اوایل قرن بیستم) نسبت به تفاسیر ارائه شده از انجیل (Kassian, 1989; Holmes, 2005: 31; Britto, 2005: 11; ame, 1977: 11) و قرآن (Tribble, 1989; Smith, 1985; 159: 2005)، بارلاس (Barlas, 2002; Beaton, 2007; Hassen, 2011)، و سایر متون مقدس (Ed. Ruether, 1998; Pandey, 2004) ادعا شد. برای نمونه، به عقیده لئی راسل، کتاب مقدس در فرهنگی مردسالارانه نوشته، تفسیر و ترجمه شده است و این وظیفه زنان است که تفسیر کلمات خدا را از تعصبات مردانه آزاد نمایند (Russel, 1985: 32). آمنه ودود نیز در رابطه با تفسیر آیات قرآن می‌نویسد: [تفاسیر قرآن] منحصرأ به دست مردان نوشته شده است. این بدین معناست که مردان و تجربیات آن‌ها مندرج در این نوع تفاسیر است، و زنان و تجربیات آن‌ها یا کنار گذاشته شده و یا دیدگاه‌ها، تمایلات و نیازهای زنان از طریق بینش مردان تفسیر می‌شود ... پیشنهاد می‌کنم قرائتی از قرآن در چهارچوب تجربه زنان و بدون کلیشه‌هایی که قالب بسیاری از تفاسیر مردانه بوده است، صورت بگیرد (Wadud, 1999).

هرچند در رابطه با تأثیر پیشینه اجتماعی، روحیات و خلیات مفسر در تفسیر متن قانون،

پژوهش‌های متعدد و ارزنده‌ای ارائه شده است، اما به نظر می‌رسد جنسیت - بما هو جنسیت - با صرف‌نظر از عوامل مداخله‌گر، تأثیری در تفسیر متون قانونی ندارد، خصوصاً اگر مراد ما از «متون قانونی»، قوانینی باشد که فاصله چندانی با وضع آن‌ها نداریم. به عبارت دیگر، با فرض اینکه تأثیر جنسیت در تفسیر متن فقهی که بیش از ۱۴ قرن از صدور آن می‌گذرد را بپذیریم، پذیرش این نظریه نسبت به متون قانونی که در همین عصر و دوران تصویب شده‌اند، بی‌دلیل و غیرممکن است.

۴. جمع‌بندی تحقیقات مرتبط با تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی

در جمع‌بندی تحقیقات می‌توان چنین گفت که نمی‌توان با قاطعیت در مورد تفاوت‌های جدی و چشمگیر بین آرای قضات زن و مرد اظهارنظر کرد. قابل توجه است که این سطح از آشفتگی و ناسازگاری در تحقیقات مرتبط با تأثیرگذاری سایر زمینه‌های اجتماعی - همچون دین و مذهب، تحصیلات، گرایش‌های سیاسی و مانند آن - بر تفسیر حقوقی وجود ندارد (پورمحمدی و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۸۳). اما آنچه در حل آشفتگی و توجیه تعارض میان تحقیقات نیز گذشت، هرچند تعارض موجود در میان برخی پژوهش‌ها را توجیه می‌کند اما نسبت به غالب پژوهش‌ها تعارض همچنان باقی خواهند ماند و مستلزم انجام پژوهش‌های کمی و کیفی بیشتر، وسیع‌تر و عمیق‌تر است.

بله، این واقعیت که میان مردان و زنان تفاوت‌های بیولوژیک (Savic, 2010: 41-62) و فیزیولوژیک (Lederman & Bartsch, 2001: 306-322) وجود دارد و این‌که این تفاوت‌ها گاهی در قوای شناختی، پذیرش ریسک (Byrnes et al., 1999)، فرایند تصمیم‌گیری (d'Acremont & Van der Linden, 2006) تأثیر می‌گذارد، غیرقابل‌انکار است (J. F. Cross et al., 1971; Goldstein & Chance, 1978; Witryol & Kaess, 1957)، اما این تأثیرگذاری به حدی ناچیز است که به قول گرول «تفاوت خواندن آن بی‌معناست» (Gruhl et al., 1981: 317). البته برخی از اساس منکر تفاوت‌های شناختی میان مردان و زنان هستند (Laughery et al., 1971)^۱.

۱. در رابطه با اینکه آیا میان توانایی‌های شناختی زن و مرد تفاوتی وجود دارد، چند تحقیق انجام شد، که خلاصه آن را در ذیل آورده‌ایم. در مورد توانایی‌های شناختی زن و مرد، روان‌شناسان بعضاً تفاوت‌هایی را قائل شده‌اند. برخی معتقدند که طبق آزمایش‌های انجام شده، حافظه شناختی زنان برای تشخیص چهره، از آقایان اندکی دقیق‌تر می‌باشد. یعنی به طور متوسط، زنان بیشتر از مردان موفق به تشخیص دقیق چهره یک انسان و سپس توصیف آن می‌شوند. محققان دریافتند که میزان موفقیت تشخیص رنگ چهره، در دختران ۸۰٪ به نسبت ۷۶٪ در پسران بوده است. در برخی از تحقیقات نیز، سایر تفاوت‌های شناختی دو جنس مورد بررسی قرار گرفت. و قدرت تشخیص زنان را در مقایسه با مردان دقیق‌تر ارزیابی شد. بر مبنای آزمایش‌های گوناگون، نشان دادند که اگر چه زنان در یادآوری صورت زنان بهتر از مردان عمل می‌کنند. اما در تشخیص چهره‌های غیرهمجنس نیز به مانند مردان عمل می‌کنند.

۵. راهکارهای پیشنهادی جهت کاهش تأثیرگذاری جنسیت

با فرض پذیرش تأثیرگذاری جنسیت بر تفسیر حقوقی، فارغ از اینکه این تأثیرگذاری مستقیم و ناشی از تفاوت‌های ذاتی جنسیتی بوده و یا ثانویه به جنسیت است، می‌توان راهکارهایی جهت کنترل و کاهش این تأثیرگذاری پیشنهاد داد. این راهکارها را می‌توان به دو دسته راهکارهای شخصی و ساختاری تقسیم نمود. در راهکارهای شخصی بیشتر درصدد تقویت قوای معرفتی - شناختی در قضات هستیم، در حالی که در راهکارهای ساختاری تمرکز ما بیشتر بر شکل و فرایند دادرسی می‌باشد و درصدد هستیم تا با اصلاح ساختاری فرایند قضائی، تأثیرگذاری جنسیت قاضی را به حداقل برسانیم.

۵-۱. راهکارهای ساختاری

برخی از تغییرات ساختاری در فرایند دادرسی موجب خواهد شد که تأثیرگذاری عواملی مانند جنسیت بر آرای قضایی کاهش یابد، البته ممکن است برخی از راهکارها با توجه زیرساخت‌های فعلی نظام حقوقی ایران صرفاً راهکارهای فرضی به نظر برسند، اما در صورت رفع موانع بسیار مؤثر خواهند بود.

۵-۱-۱. پرهیز قانون‌گذار از بسط ید قاضی در تطبیق

تحقیقات نشان می‌دهد که تأثیرگذاری جنسیت - با فرض پذیرش آن - بیشتر در تطبیق قانون بر مصادیق خارجی است تا تفسیر قانون (See: Gruhl et al., 1981; Steffensmeier & Hebert, 1999). برای مثال، ماده ۶۴۲ قانون جرایم بر ضد حقوق تکالیف خانوادگی مقرر می‌داشت: «هرکس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد... دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید». معنای ماده مذکور نسبتاً واضح و روشن است اما در عمل اینکه

در تحقیقات جدیدتری که در بین ۳۷ دانشجوی دانشگاه‌های آمریکا انجام شده است، فیلمی به آزمون شونده‌ها نشان داده شد که دو نفر اقدام به دزدی می‌کنند. اگر چه فرضیه اولیه این بود که زنان بهتر از مردان به صحنه‌ها توجه داشته‌اند در نتیجه دزدان را بهتر شناسایی می‌کنند؛ ولی در عمل تفاوت معناداری میان جنس شهود و توانایی‌های شناختی و یادآوری آن‌ها ملاحظه نگردیده است.

Davies, Graham, and Sarah Hine. "Change Blindness and Eyewitness Testimony." The Journal of Psychology 141, no. 4 (July 2007): 423-34.

«لوفتوس و همکاران»، به ۲۲ شرکت کننده ویدئو کلیپ سه دقیقه‌ای نشان دادند، و سپس ۲۷ سوال در خصوص یادآوری بصری و همچنین یادآوری کلامی از آن‌ها پرسیدند. تفاوت میزان یادآوری بصری زنان به میزان (۱۰/۳) به نسبت مردان به میزان (۱۰) اندکی بهتر بود. و میزان یادآوری کلامی زنان (۱۰/۷) نسبت به مردان (۱۰/۵۷) اندکی بدتر بود. ولی از نظر نتیجه نهایی، تفاوت محسوس و مؤثری گزارش نشده است.

Elizabeth F. Loftus, "Eyewitness Testimony: Psychological Research and Legal Thought," Crime and Justice 3 (1981): 105-51.

چه میزان مجازات برای خودداری زوج از پرداخت نفقه تعیین شود، به صلاح دید، فهم و تصمیم قاضی واگذار شده است. تحقیقات نشان می‌دهد که قضات زن در چنین پرونده‌هایی - در مقایسه با قضات مرد - تمایل بیشتری به تشدید مجازات دارند. حال اگر، متن قانون مشخصاً در تطبیق میزان مجازات به قاضی بسط پد نمی‌داد، طبیعتاً موضوع تأثیرگذاری جنسیت بر چنین آرای منتفی می‌شد.

۲-۱-۵. پیروی از روش نص‌گرایی در تفسیر حقوقی

بدون شک تأثیرگذاری پیشینه جنسیت قضات منحصر به فرایند تطبیق قانون بر وقایع خارجی نیست، بلکه فهم و تفسیر قوانین را نیز دربرمی‌گیرد. اما در رابطه با تفسیر قوانین، مکاتب و روش‌های متعددی وجود دارد (8: 1998; Zweigert & Koetz; 17: 2016; See MacCormick & Summers). الماسی و واعظی، (۱۴۰۰؛ فروغی نیک، ۱۳۸۷). برخی از این روش‌ها مانند روش قصدگرایی (Easterbrook, 1988: 69) و مکتب تحقیق علمی آزاد (Stone, 1946: 210) تکیه بیشتری بر فهم و ارتکازات قضات دارند، در حالی که برخی مکاتب دیگر، مانند نص‌گرایی (Scalia & Garner, 2012: 18) - یا صورت جدید آنکه نونص‌گرایی^۱ خوانده می‌شود (Scalia & Garner, 2012: 23) - مخالف واگذاری تفسیر قانون به فهم قضات هستند. نص‌گرایان دیکتاتوری متن قانون را بر دیکتاتوری فهم قاضی ترجیح می‌دهند. حقیقتاً نص‌گرایی در تفسیر حقوقی، دخالت عواملی همچون جنسیت قاضی را به حداقل ممکن می‌رساند، لذا به همین دلیل است که نص‌گرایان در تفسیر قانون غالباً به نتایج مشابهی دست می‌یابند، حال آنکه در مکاتب قصدگرایی و مکتب تحقیق علمی آزاد ممکن است ده‌ها تفسیر کاملاً متفاوت از یک ماده قانون ارائه شود که هر یک دیگری را تکذیب می‌کنند. ناگفته پیداست که با کاهش دخالت فهم قاضی در فرایند تفسیر و فهم قانون، میزان تأثیرگذاری عواملی مانند جنسیت قضات نیز کاهش خواهد یافت (35: 2012; Scalia & Garner).

برای نمونه، ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده مقرر می‌دارد: «در صورتی که زوجین متقاضی طلاق توافقی باشند، دادگاه باید موضوع را به مرکز مشاوره خانواده ارجاع دهد». قاضی نص‌گرا در تفسیر ماده مذکور متعهد است که به مفاد لفظی آن پایبند باشد لذا مجال دخالت دادن فهم و علایق شخصی در تفسیر را پیدا نمی‌کند. اما آن قضاتی که از روش‌های هدف‌گرایی و یا پیامدگرایی پیروی می‌کنند، ممکن است در تفسیر ماده مذکور چنین باور پیدا کنند که هدف از ارجاع زوجین به مشاور صرفاً به سبب احتمال بازگشت آنان به زندگی مشترک است و الا اگر چنین احتمالی نمی‌رود از اساس آن اهداف و یا پیامدهایی که مدنظر قانون‌گذار بوده است، محقق نخواهد شد، لذا ارجاع به مشاور

1. New Textualism.

ضرورتی ندارد. ناگفته پیداست که بسط ید قاضی در روش تفسیر موجب پدید آمدن شرایطی خواهد شد که ممکن است جنسیت قاضی در آن شرایط مجال رخ‌نمایی پیدا کند.

۳-۱-۵. قضاوت شورایی و هیئت منصفه

سازمان‌های دادگستری و مراجع قضایی ممکن است به دو صورت، تعدد قاضی و یا وحدت قاضی تشکیل شوند. در صورت نخست، مرجع قضایی بالاجتماع به موضوع دعوی یا اتهام رسیدگی نموده و حکم صادر می‌نماید و در صورت دوم قاضی واحد مستقلاً به انشای رأی همت می‌گمارد. حقوق‌دانان برای دادرسی‌های با روش تعدد قاضی، اهمیت و اعتبار ویژه‌ای قائلند. واقعیت این است که بهره‌مندی از مکانیزم تعدد قاضی خصوصاً در فرضی که جنسیت قضات متفاوت است، می‌تواند در کاهش تأثیرگذاری جنسیت قاضی بر آرای قضایی مؤثر واقع گردد (Günther, 2020: 104). وجود قضات غیرهم‌جنس در یک دادگاه این امکان را به وجود می‌آورد که آنان با همدیگر مشاوره و تبادل نظر نمایند و از برداشت و استدلال همدیگر آگاهی یابند و مغلوب فکر و پیش‌فرض‌های ناشی از جنسیت خویش نشوند. برای مثال اگر تحقیقات نشان می‌دهد که جنسیت قاضی بر تمایل او بر صدور حکم به قصاص اثرگذار است، می‌توان در پرونده‌های مرتبط با قصاص از شوراهایی متشکل از قضات مرد و زن بهره برد. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، از جمله نظام حقوقی آمریکا، بهره‌مندی از قضاوت شورایی احتمال تأثیرگذاری عواملی همچون جنسیت را تا حد قابل‌توجهی کاهش داده است (F. B. Cross, 2007: 148; Martinek, 2010: 79). برخی نیز استفاده از دو قاضی برای یک پرونده را به‌عنوان راه حلی برای نادیده گرفتن اطلاعات نامتناسب در صدور رأی پیشنهاد داده‌اند (Wistrich et al., 2005: 1259). همچنین است بهره‌مندی از هیئت منصفه در تطبیق مفاهیم قانون بر مصادیق خارجی که می‌توان تا حد نسبتاً زیادی عدم تأثیرگذاری جنسیت را تضمین نماید.

۳-۱-۵. مناسبت جنسیت قاضی با پرونده

امروزه ضرورت تخصصی‌کردن ضابطان دادگستری بر اساس تخصص‌های علمی ایشان امری اجتناب‌ناپذیر است. شاید بتوان با تخصصی‌کردن قضات بر اساس جنسیت نیز تأثیرگذاری پیشینه اجتماعی را کاهش داد. برای مثال اگر تحقیقات به ما نشان می‌دهد که احساسات قضات زن بر آرای قضایی او در حوزه تجاوز و جرایم جنسی تأثیرگذار است ولی این تأثیرپذیری در قضات مرد وجود ندارد، می‌توان در پرونده‌های مرتبط با جرایم جنسی از قضاتی مرد بهره برد. برخی نیز بر این باورند که در راستای برقرار عدالت قضایی باید تعداد قضات زن در نظام حقوقی به تعداد نسبت جمعیت باشد (Pitkin, 1972).

در نظام قضایی ایده‌آل می‌توان با تخصصی‌کردن قضات بر اساس جنسیت، تأثیرگذاری عامل

جنسیت را کاهش داد. این تخصصی کردن می تواند با محویت موضوع دعوی و یا طرفین دعوی صورت بگیرد. در این راستا آلبانی از کشورهایی محسوب می شود که سعی کرده است تا نظام توزیع پرونده های قضایی را متناسب با ویژگی های شخصیتی قضات انجام دهد (Siems, 2006: 343)، اما متأسفانه تاکنون گزارشی در رابطه با شخصی سازی نظام توزیع پرونده بر اساس جنسیت قاضی ارائه نشده است. در واقع در کنار تفاوت بین گروهی در دو جنس، توجه به تفاوت های درون گروهی نیز ضروری است. به عبارت دیگر رفتارها یا ویژگی هایی که به صورت کلیشه ای زنانه یا مردانه تلقی می شوند، در بین اعضای یک جنس، یکسان نیست. ترکیبات متفاوت ویژگی های شخصیتی و جنسیتی در جای گذاری و گماردن قضات بر مناصب گوناگون و سمت های قضایی مختلف حائز اهمیت است. به عنوان نمونه چنان که گفته شد، میزان ریسک پذیری زنان در اتخاذ تصمیم، کمتر و حساسیت آنان نسبت به پیامدهای منفی، بیشتر از مردان برآورد شده است، با این حال به نظر می رسد رگه شخصیتی تجربه پذیری، بیش از جنسیت می تواند بر تصمیم گیری تأثیرگذار باشد (McCrae & Costa, 2008).

۲-۵. راهکارهای شخصی

فارغ از تغییرات ساختاری، قضات نیز باید تلاش کنند تا تأثیرگذاری عواملی همچون جنسیت را به حداقل برسانند. آنچه قضات می توانند در این راستا انجام دهند عبارت است از:

۱-۲-۵. تقویت اخلاق عمومی و تخصصی

ممکن است شخصی چنین باور پیدا کند که جنسیت بنفسه موجب تمایل قاضی به نتیجه ای مشخص نخواهد شد بلکه آن مجموعه کلیشه ها و تعصبات جنسیتی هستند که قاضی را ناخودآگاهانه به نتیجه ای مشخص سوق می دهد.^۱ برای مثال، هرچند زن بودن قاضی تأثیری در آرای قضایی وی ندارد اما این پیش فرض زنانه که غالباً به او و هم جنسانش ظلم شده است، می تواند موجب تمایل او به نتیجه ای مشخص گردد. شاید به همین دلیل است که برخی همچون دکتر کاتوزیان بر این باورند «باید این حقیقت را پذیرفت که وجدان قاضی و عدالتی که در نظر او محترم است، خواه و ناخواه، در چگونگی تفسیر قوانین اثر دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۱۰، ۱۲۶).

بدون شک، ضعف اخلاقی قضات را می توان منشأ پدیدآمدن چنین تعصباتی دانست. جیمز لندیس، حقوق دان آمریکایی و مدیر دانشکده حقوق هاروارد در سال های ۱۹۳۷ تا ۱۹۴۶ میلادی، در رابطه با ضعف عمومی اخلاق قضات می نویسد: «دو نوع کتاب وجود دارد که قضات هرگز علاقه ای به مطالعه آن ندارند: کتاب های اخلاقی و کتاب های تفسیر حقوقی» (Landis, 1930: 829).

۱. برای ملاحظه پژوهش های مرتبط با تأثیرگذاری کلیشه های جنسیتی بر تصمیم گیری نک:

Bauer, 2013, 2019; Frederick J. Nitchie IV, Arcadia University, 2016; Holman et al., 2011

اما اخلاق به دو بخش اخلاق عمومی و تخصصی تقسیم می‌شود. اخلاق عمومی، اخلاقی است که به تبیین ویژگی‌ها و توصیه‌های عام برای همه اقشار و طبقات جامعه می‌پردازد؛ اما اخلاق تخصصی برای اصناف و طبقات و مشاغل خاص ایجاد می‌شود و به تبیین آداب فعالیت در شغل‌ها و جایگاه‌هایی خاص می‌پردازد. برای نمونه، مرحوم بهبهانی در فوائد الحائریه نکات مهمی در رابطه با اخلاق اجتهاد و فقاہت مطرح می‌کنند (بهبهانی، ۱۴۱۵: ۳۴۳). میرزای قمی نیز در بخشی از قوانین نکات قابل توجهی در این باره بیان فرموده‌اند (میرزای قمی، ۱۴۳۰: ۴۸). این بخش از اخلاق در حوزه قضاوت نیز مصداق دارد و تقویت آن - همانند تقویت اخلاق عمومی - می‌تواند تأثیرگذاری عواملی همچون جنسیت بر آرای قضایی را کاهش دهد. انسانی که باور دارد «مردم مانند دانه‌های شانه برابرند» (ابن بابویه، ۱۳۶۳: ۳۷۹) کمتر تحت تأثیر پیش‌فرض‌ها و تعصبات جنسیتی قرار خواهد گرفت. البته در رابطه با اهمیت تقوی و تهذیب نفس نباید اغراق کرد. افزون بر موارد فوق، تدوین و پابندی به اصول اخلاق حرفه‌ای قضایی^۱ می‌تواند قاضی را در برابر اثرپذیری از عوامل اجتماعی فراقانونی مصون بدارد.

۵-۲-۲. آگاهی بخشی نسبت به اثرگذاری جنسیت بر آرای قضایی

بسیاری از قضات اساساً از تأثیرگذاری برخی از عوامل مانند جنسیت بر آرای خود غافل‌اند. آموزش و توجه دادن قضات به این مسئله می‌تواند در کاهش تأثیرگذاری مؤثر باشد. چراکه اگر قاضی التفات پیدا کند که جنسیت او بر آرائش در امور پرونده‌های مرتبط با تجاوز مؤثر است، در این زمینه محتاطانه‌تر و با ارزیابی موشکافانه عمل خواهد کرد.

۵-۲-۳. بهره‌گیری از تکنیک‌های روان‌شناختی

استفاده از تکنیک‌های تنظیم هیجان به‌طور کلی می‌تواند قضات را در سامان‌دهی برانگیختگی‌های هیجانی یاری رساند. برای مثال، برخی پژوهش‌ها که مستقیماً مرتبط با جنسیت قاضی نیستند؛ اما به‌نوعی به جنسیت مربوط می‌شود، نشان می‌دهند که در پرونده‌های آزار و اذیت جنسی، قضاتی که دارای یک یا بیش از یک دختر هستند، مواجهه هیجان‌زده و متفاوتی با پرونده دارند و ۷ درصد بیشتر از قضاتی که هیچ دختری ندارند، حکم به محکومیت متهم داده‌اند (Glynn & Sen, 2015: 37). از این رو بهره‌مندی از تکنیک‌های روان‌شناختی می‌تواند در کنترل این احساسات بسیار مفید واقع شود. راهکارهای ارائه شده در این زمینه عموماً متضمن استفاده از راهبردهای سرکوب، مثل پرهیز از فکرکردن به یک موضوع، هستند که در بسیاری موارد و به‌ویژه در بلندمدت

1. Code of judicial ethics.

نتیجه معکوس دارد (See: Wistrich et al., 2005: 1253). به علاوه که سازوکارهای رایج سرکوب و اجتناب (مثل پرهیز از هم‌نشینی با فمینیست‌های رادیکال) به واسطه فرایندهای قضایی مرسوم، عملاً از دسترس خارج است. در مقابل تکنیک‌هایی نیز در این زمینه قابل طرح است، از جمله استفاده از فن «در نظر گرفتن متضاد»^۱. مثل اینکه قاضی هنگام رأی در مورد متهم زن، چنین بیان‌دیشد که اگر متهم با همین ویژگی‌ها اما با جنسیت مرد بود، چه رأی صادر می‌کرد (Lord et al., 1984: 1239). ناگفته پیداست که اظهار نظر نهایی در مورد اثربخشی این فنون، همچنین تدوین و ارائه تکنیک‌های بومی در ایران مستلزم انجام پژوهش‌های اختصاصی است.

نتیجه

این واقعیت که قضات در معرض تأثیرپذیری از عواملی غیر از حقایق پرونده قرار دارند، مورد پذیرش و اتفاق همه حقوق‌دانان است. در این رابطه می‌توان به تأثیرگذاری عوامل متعددی همچون دین و مذهب قاضی، تحصیلات، نژاد و سن یا تجربه اشاره کرد. برخی پژوهشگران بر این باورند که جنسیت قاضی نیز همچون موارد مذکور می‌تواند بر تفسیر حقوقی تأثیر قابل توجهی داشته باشد. در این رابطه تحقیقات متعددی در تأیید نظریه ارائه شده است. اما در مقاله حاضر روشن شد که تأثیرگذاری جنسیت بر تفسیر حقوقی اساساً ادعایی بی‌پایه و بی‌اساس است. همچنین غالب تحقیقات و پژوهش‌های ارائه شده در این زمینه فاقد اعتبار علمی هستند؛ این بی‌اعتباری یا ناشی از تعارض آن پژوهش‌ها با برخی پژوهش‌های دیگر است و یا اینکه ناشی از بی‌اعتنایی به روش‌های پژوهشی می‌باشد. اما آن دسته از پژوهش‌های معتبر صرفاً حاکی از تفاوت جزئی میان آرای قضات مرد و زن هستند و طبق اذعان محققین این تفاوت چندان قابل اعتناء نیست. همچنین با فرض تأثیرگذاری جنسیت بر تفسیر حقوقی، راهکارهایی جهت کنترل و کاهش این تأثیرگذاری ارائه شد. این راهکارهای را می‌توان به راهکارهای ساختاری و راهکارهای شخصی تقسیم کرد. راهکارهای ساختاری عبارتند از: پرهیز قانون‌گذار از بسط ید قاضی در تطبیق، در جامعه، پیروی از روش نص‌گرایی در تفسیر حقوقی، قضاوت شورایی و هیئت منصفه، مناسبت جنسیت قاضی با پرونده؛ اما راهکارهای شخصی عبارتند از: بهره‌گیری از تکنیک‌های روان‌شناختی، آگاهی‌بخشی نسبت به اثرگذاری جنسیت بر آرای قضایی، تقویت اخلاق عمومی و تخصصی. نگارنده هر چند تأثیرگذاری جنسیت بر تفسیر حقوقی را منکر است اما مدعی است با فرض پذیرش آن می‌توان با بهره‌مندی از راهکارهای پیشنهادی، تأثیرگذاری جنسیت را کاهش داد.

منابع

فارسی

- الماسی، مسعود و احمد واعظی (۱۴۰۰)، «پوزیتویسم حقوقی در نظام قضایی ایران برآیند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص گرایی قانونی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، شماره ۱۱۵.
- پورمحمدی، رضا، محمد مهدی یوسفی و محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی (۱۴۰۰)، «تأثیر پیشینه اجتماعی قضات بر آرای قضائی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۱، شماره ۳.
- صالحی مازندرانی، محمد و رضا پورمحمدی (۱۳۹۹). *نظریه اصول فهم عرفی: شناخت علل وقایع از منظر فقه و حقوق*، ویراست ۲، قم: انتشارات دارالفکر.
- صانعی، پرویز (۱۳۸۱)، *حقوق و اجتماع: رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی*، تهران: طرح نو.
- فروغی نیک، رحیم (۱۳۸۷)، «تفسیر و استدلال حقوقی در حقوق رم»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۲، شماره ۶۳-۶۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، *فلسفه حقوق*، جلد سوم، چاپ ۱، تهران: گنج دانش.
- محقق داماد، سیدمصطفی، رضا پورمحمدی و سیدمصطفی حسینی نسب (۱۴۰۰)، *نظریه اصولی*، چاپ ۱، جلد اول، قم: بوستان کتاب.

عربی

- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۶۳)، *من لا یحضره الفقیه*، جلد چهارم، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية.
- بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل (۱۴۱۵ق)، *الفوائد الحائریة*، چاپ ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۳۰ق)، *القوانين المحکمة فی الأصول*، جلد اول، چاپ ۱، قم: احیاء الکتب الاسلامیة.

انگلیسی

- Abdelkader, E. (2014). "To Judge or Not to Judge: A Comparative Analysis of Islamic Jurisprudential Approaches to Female Judges in the Muslim World (Indonesia, Egypt and Iran)". *Fordham International Law Journal*, 37 (2), 309.
- Allen, D. W. (1991). "Voting Blocs and the Freshman Justice On State Supreme Courts". *Western Political Quarterly*, 44 (3), 727-747.
- Allen, D. W., & Wall, D. E. (1987). "The Behavior of Women State Supreme Court Justices: Are They Tokens or Outsiders?", *The Justice System Journal*, 12 (2), 232-245.
- ame, N. C. of the C. of C. in the U. S. of. (1977). *The Liberating Word: A Guide to Nonsexist Interpretation of the Bible* (L. M. Russell, Ed.). Westminster John Knox Pr.
- Ashenfelter, O., Eisenberg, T., & Schwab, S. (1995). *Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes*. Cornell Law Faculty Publications.
- Barlas, A. (2002). "Believing Women" in Islam: Unreading Patriarchal Interpretations of the Qur'an (1st edition). University of Texas Press.
- Bauer, N. M. (2013). Rethinking stereotype reliance. Understanding the connection

between female candidates and gender stereotypes. **Politics and the Life Sciences: The Journal of the Association for Politics and the Life Sciences**, 32 (1), 22–42.

- Bauer, N. M. (2019). **Gender Stereotyping in Political Decision Making**. In N. M. Bauer, Oxford Research Encyclopedia of Politics. Oxford University Press.
- Beaton, M. (2007). **Interpreted Ideologies in Institutional Discourse: The Case of the European Parliament**. *The Translator*, 13 (2), 271–296.
- Blume, J., & Eisenberg, T. (1999). **Judicial Politics, Death Penalty Appeals, and Case Selection: An Empirical Study**. Cornell Law Faculty Publications.
- Bornstein, B., & Miller, M. (2009). Does a Judge's Religion Influence Decision Making? Court Review: **The Journal of the American Judges Association**.
- Bourreau-Dubois, C., Doriat-Duban, M., Jeandidier, B., & Ray, J.-C. (2020). Does gender diversity in panels of judges matter? Evidence from French child support cases. **International Review of Law and Economics**, 63, 105929.
- Boyd, C. L. (2016). Representation on the Courts? The Effects of Trial Judges' Sex and Race. **Political Research Quarterly**, 69 (4), 788–799.
- Boyd, C., & Nelson, M. (2017). The Effects of Trial Judge Gender and Public Opinion on Criminal Sentencing Decisions. **Vanderbilt Law Review**, 70 (6), 1819.
- Britto, F. (2005). The Gender of God: Judeo-Christian Feminist Debates. In A. Jule (Ed.), *Gender and the Language of Religion* (pp. 25–40). Palgrave Macmillan UK.
- Byrnes, J. P., Miller, D. C., & Schafer, W. D. (1999). Gender differences in risk taking: A meta-analysis. **Psychological Bulletin**, 125 (3), 367–383.
- Chew, P. K., & Kelley, R. E. (2009). Myth of the Color-Blind Judge: An Empirical Analysis of Racial Harassment Cases. **Washington University Law Review**, 86 (5), 1117–1166.
- Colapietro, V. (1992). Charles S. Peirce: Logic and the Classification of the Sciences, Beverley Kent Kingston and Montreal: McGill-Queen's University Press, 1987, selected bibliography, index, xii + 258 p. **Dialogue: Canadian Philosophical Review / Revue Canadienne de Philosophie**, 31 (1), 139–143.
- Collins Jr., P. M., Manning, K. L., & Carp, R. A. (2010). Gender, Critical Mass, and Judicial Decision Making: Gender and Judicial Decision Making. **Law & Policy**, 32 (2), 260–281.
- Cook, B. (1979). **Judicial Attitudes on Women's Rights: Do Women Judges Make a Difference? Paper presented at the International Political Science Association Roundtable**, University of Essex, Essex, England.
- Coontz, P. (2000). Gender and judicial decisions: Do female judges decide cases differently than male judges? **Gender Issues**, 18 (4), 59–73.
- Cox, A. B., & Miles, T. J. (2008). Judging the Voting Rights Act. **Columbia Law Review**, 108 (1), 1–54.
- Cross, F. B. (2007). **Decision Making in the U.S. Courts of Appeals**.
- Cross, J. F., Cross, J., & Daly, J. (1971). Sex, race, age, and beauty as factors in recognition of faces. **Perception & Psychophysics**, 10 (6), 393–396.
- Crowe, N. (1999). The effects of judges' sex and race on judicial decision making on the U.S. courts of appeals, 1981-1996 [Thesis (Ph. D.)]. University of Chicago.
- d'Acremont, M., & Van der Linden, M. (2006). Gender differences in two decision-making tasks in a community sample of adolescents. **International Journal of Behavioral Development**, 30 (4), 352–358.
- Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, 6, 279.

- Daly, K. (1989). Neither Conflict Nor Labeling Nor Paternalism Will Suffice: Intersections of Race, Ethnicity, Gender, and Family in Criminal Court Decisions. **Crime and Delinquency**, 35, 136.
- Davis, S. (1986). President Carter's Selection Reforms and Judicial Policymaking: A Voting Analysis of the United States Courts of Appeals. **American Politics Quarterly**, 14 (4), 328–344.
- Davis, S., Haire, S., & Songer, D. R. (1993). Voting Behavior and Gender on the U.S. Courts of Appeals. **Judicature**, 77, 129.
- Dawuni, J. J. (2016). To “Mother” or not to “Mother”: The Representative Roles of Women Judges in Ghana. **Journal of African Law**, 60 (3), 419–440.
- Derntl, B., Pintzinger, N., Kryspin-Exner, I., & Schöpf, V. (2014). The impact of sex hormone concentrations on decision-making in females and males. **Frontiers in Neuroscience**, 8.
- Diamond, I. (1977). **Sex Roles in the State House**. Yale University Press.
- Dworkin, R. (1978). **Taking rights seriously**. Harvard Univ. Press.
- Easterbrook, F. (1988). The Role of Original Intent in Statutory Construction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, 11, 59.
- Ed. Ruether, R. (1998). Religion and Sexism: Images of Woman in the Jewish and Christian Traditions (R. R. Ruether). Wipf and Stock.
- Epstein, L., & Knight, J. (2013). Reconsidering Judicial Preferences. **Annual Review of Political Science**, 16 (1), 11–31.
- Epstein, L., & Martin, A. D. (2004). Does Age (Really) Matter? A Response to Manning, Carroll, and Carp. **Social Science Quarterly**, 85 (1), 19–30.
- Erikson, R. S., & Tedin, K. L. (2019). **American public opinion: Its origins, content, and impact** (10th edition). Routledge, Taylor & Francis Group.
- Farhang, S. (2004). Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: Minority Representation Under Panel Decision Making. **Journal of Law, Economics, and Organization**, 20 (2), 299–330.
- Fix, M., & Johnson, G. (2017). Public Perceptions of Gender Bias in the Decisions of Female State Court Judges. **Vanderbilt Law Review**, 70 (6), 1845.
- Fox, R., & Van Sickel, R. (2000). Gender Dynamics and Judicial Behavior in Criminal Trial Courts: An Exploratory Study. **The Justice System Journal**, 21 (3), 261–280.
- Frederick J. Nitchie IV, Arcadia University. (2016). The Effect of Gender Stereotypes on Perceived Decision Making Abilities. *The Compass*, 1 (3).
- Freiburger, T. L. (2010). The effects of gender, family status, and race on sentencing decisions. **Behavioral Sciences & the Law**, 28 (3), 378–395.
- Fuller, L. L. (1978). *The morality of law* (Rev. ed., 15. print). Yale Univ. Press.
- Gadamer, H.-G. (2004). **Truth and Method**.
- Gleason, S. A., Jones, J. J., & McBean, J. R. (2019). The Role of Gender Norms in Judicial Decision-Making at the U.S. Supreme Court: The Case of Male and Female Justices. **American Politics Research**, 47 (3), 494–529.
- Glynn, A. N., & Sen, M. (2015). Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues?: Identifying Judicial Empathy. **American Journal of Political Science**, 59 (1), 37–54.
- Goldstein, A. G., & Chance, J. (1978). Judging Face Similarity in Own and Other Races. **The Journal of Psychology**, 98 (2), 185–193.
- Gottschall, J. (1983). Carter's Judicial Appointments: The Influence of Affirmative Action and Merit Selection on Voting on the U.S. Courts of Appeals. **Judicature**, 67,

165.

- Grissom, N. M., & Reyes, T. M. (2019). Let's call the whole thing off: Evaluating gender and sex differences in executive function. **Neuropsychopharmacology**, 44 (1), 86–96.
- Gruhl, J., Spohn, C., & Welch, S. (1981). Women as Policymakers: The Case of Trial Judges. **American Journal of Political Science**, 25 (2), 308–322.
- Gryski, G. S., Main, E. C., & Dixon, W. J. (1986). Models of State High Court Decision Making in Sex Discrimination Cases. **The Journal of Politics**, 48 (1), 143–155.
- Günther, P. (2020). Groupthink Bias in International Adjudication. **Journal of International Dispute Settlement**, 11 (1), 91–126.
- Hassen, R. (2011). **English Translation of the Quran by Women: The Challenges of “Gender Balance” in and through Language**.
- Heilbronner, S. R. (2017). Modeling risky decision-making in nonhuman animals: Shared core features. **Current Opinion in Behavioral Sciences**, 16, 23–29.
- Hershey, M. R. (1977). The Politics of Androgyny?: Sex Roles and Attitudes Toward Women in Politics. **American Politics Quarterly**, 5 (3), 261–287.
- Hewstone, M., Stroebe, W., & Jonas, K. (Eds.). (2012). *An introduction to social psychology* (Fifth edition). BPS Blackwell.
- Holman, M. R., Merolla, J. L., & Zechmeister, E. J. (2011). Sex, Stereotypes, and Security: A Study of the Effects of Terrorist Threat on Assessments of Female Leadership. **Journal of Women, Politics & Policy**, 32 (3), 173–192.
- Holmes, J. (1989). Bent Preisler, Linguistic sex roles in conversation: Social variation in the expression of tentativeness in English. Berlin: Mouton de Gruyter, 1986. Pp. xviii + 347. **Language in Society**, 18 (2), 293–299.
- Holmes, M. D., Hosch, H. M., Daudistel, H. C., Perez, D. A., & et al. (1993). Judges' ethnicity and minority sentencing: Evidence concerning Hispanics. **Social Science Quarterly**, 74 (3), 496–506.
- Hunter, R. (2008). Can feminist judges make a difference? **International Journal of the Legal Profession**, 15 (1–2), 7–36.
- Idleman, S. (2005). The Concealment of Religious Values in Judicial Decisionmaking. **91 Virginia Law Review** 515 (2005).
- Jamieson, K., & Hennessy, M. (2007). Public Understanding of and Support for the Courts: Survey Results. **The Georgetown Law Journal**, 95 (4), 899–902.
- Jeffries, S. (2002). **Does gender really matter? Criminal court decision making in New Zealand**. Undefined.
- Johnson, S. W., Stidham, R., Carp, R. A., & Manning, K. L. (2008). The Gender Influence on US District Court Decisions: Updating the Traditional Judge Attribute Model. **Journal of Women, Politics & Policy**, 29 (4), 497–526.
- Kanter, R. M. (2010). **Men and women of the corporation** (Nachdr.). Basic Books.
- Kassian, M. A. (2005). **The Feminist Mistake: The Radical Impact of Feminism on Church and Culture**. Crossway.
- Kenney, S. J. (2008). Thinking about gender and judging. **International Journal of the Legal Profession**, 15 (1–2), 87–110.
- Kritzer, H. M., & Uhlman, T. M. (1978). **Sisterhood in the Courtroom: Sex of Judge and Defendant as Factors in Criminal Case Disposition: An Interdisciplinary Collection**. Women's Studies: An Interdisciplinary Collection, 75–86.

تسهیل در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی؛ نقش سازنده رویه قضایی ایران و فرانسه^۱

عباس کریمی*، محمدهادی جواهرکلام**

چکیده

در این مقاله، تسهیل در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی به صورت تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه با تأکید بر رویه قضایی دو کشور مورد مطالعه قرار گرفته است. هدف از انجام تحقیق، نمایاندن نقش سازنده رویه قضایی فرانسه در تحول نظام حقوقی این کشور و ارائه راهکارهای سازنده جهت سهولت در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی و استفاده از راه حل های ارائه شده برای نظام حقوقی و قضایی ایران بود. با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و با مطالعه در رویه قضایی دو کشور، این نتیجه حاصل شد که دادگاه های فرانسوی با استفاده از فرض انتساب خسارت یا سببیت مفروض، نفی سایر اسباب، برابری اسباب و شرایط و نظریه از دست دادن فرصت، به تسهیل در احراز رابطه سببیت روی آورده اند. دادگاه های ما نیز از برخی از این راه حل ها، به ویژه برهان نفی سایر اسباب، هر چند به صورت محدودتر و عمدتاً در پرونده خون های آلوده، استفاده کرده است؛ ولی استفاده گسترده تر از این ابزارهای حقوقی برای احراز رابطه سببیت در در حوزه های مختلف حوادث پزشکی و جبران خسارت بدنی زیان دیدگان، در کشور ما نیز ضرورت دارد و از این رو، کاربست این راهکارها به عنوان اماره قضایی به دادگاه ها پیشنهاد می شود.

واژگان کلیدی: از دست دادن فرصت، برابری اسباب و شرایط، حوادث پزشکی، خسارت بدنی، رابطه سببیت، سببیت مفروض، نفی سایر اسباب

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «مبانی جبران خسارت های بدنی» با راهنمایی آقای دکتر عباس کریمی و مشاوره آقای دکتر حسن بادینی و آقای دکتر مرتضی عادل در دانشگاه تهران است.

* استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Abkarimi@ut.ac.ir

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده

dr.javaherkalam@yahoo.com

مسئول)

مقدمه

در اینکه مسئولیت مدنی پزشک مبتنی بر تقصیر بوده یا مسئولیتی بدون تقصیر و مبتنی بر استناد است، همواره بحث و اختلاف وجود داشته است (نک: صفایی، ۱۳۹۱: ۱۴۹-۱۴۸؛ جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۶۸۷-۶۷۸؛ بادینی و جواهرکلام، ۱۳۹۷: ۸ به بعد؛ جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۴۴۹-۴۴۷؛ صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۴: ۵۴ به بعد؛ مهتاب‌پور، ۱۴۰۰: ۲۹۳ به بعد). ولی در هر حال، برای مطالبه خسارت از پزشک باید بین فعل او و ورود خسارت به بیمار رابطه سبب برقرار باشد. با وجود این، احراز رابطه سببیت بین تقصیر پزشکی و ورود خسارت غالباً دشوار می‌نماید (نک: رستمی و جواهرکلام، ۱۳۹۵: ۱۶۷-۱۵۰؛ برهانی و بادکوبه، ۱۴۰۰: ۷۲ به بعد)، چرا که پزشک با انسانی سروکار دارد که طبیعت ویژه خود را دارد؛ چه بسا پزشک درست عمل کرده و خسارت به دلیل سیستم بدن بیمار و عملکرد فیزیولوژیک آن واقع شده باشد. به ویژه آنکه انسان همواره مقهور مرگ و بیماری بوده و تضمین حیات و سلامتی وی ممکن نیست. بنابراین، تمام بحث در این است که آیا خسارت وارد بر بیمار تنها به دلیل طبیعت ویژه بیمار واقع شده، یا پزشک سبب آن بوده است و این زبان ناروا باید جبران شود؟ از طرف دیگر، گاه در نتیجه اقدام پزشکی خسارت‌هایی واقع می‌شود که یافتن عامل آن و در نتیجه، استناد آن به پزشک یا اقدام درمانی به غایت دشوار خواهد بود؛ مثل اینکه پزشک دارویی را برای بیمار تجویز کند و پس از مدتی وی مبتلا به بیماری خاصی شود. در این فرض، نه تنها در استناد خسارت به تولیدکننده دارو یا داروساز تردید و ابهام وجود دارد (چرا که ممکن است او در تولید دارو هیچ تقصیری نداشته و بر اساس اصول فنی و پزشکی اقدام به تولید چنین دارویی کرده باشد)، بلکه مسئول شناختن پزشک در این فرض با اشکال بیشتری روبه‌روست، چرا که در غالب موارد نمی‌توان تقصیری را به او نسبت داد. مسئله دشوارتر در فرضی رخ می‌نماید که بیمار در اثر استعمال داروی خاصی به بیماری مبتلا می‌شود، ولی راه‌های انتقال آن بیماری منحصر به استعمال داروی یادشده نیست، بلکه ممکن است در اثر عامل دیگری به بیماری مزبور دچار شده باشد. در این فرض، استناد خسارت (بیماری) به آن داروی خاص با تکیه بر قواعد عمومی مسئولیت مدنی، در نهایت دشواری و گاه تقریباً غیرممکن است. در تمام این موارد، پرسش قابل طرح این است که چگونه می‌توان به نحوی مطمئن رابطه سببیت بین حادثه پزشکی و ورود خسارت را احراز کرد؟ آیا در صورت عدم احراز رابطه سببیت به نحو قطعی، باید خسارت بدنی قربانیان بی‌گناه را بدون جبران رها نمود و بر درد و رنج آن‌ها افزود یا می‌توان با استفاده از فرض‌های حقوقی و اماره‌های قضایی و به شیوه‌های اطمینان‌بخشی، به اثبات رابطه سببیت پرداخت؟

دشواری‌های فراوان در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی در حقوق فرانسه سبب شده است

که رویه قضایی این کشور با هدف تسهیل در اثبات انتساب خسارت و کمک به جبران خسارت بدنی قربانیان حوادث پزشکی، با استفاده از نظریه «سببیت مفروض یا فرض انتساب خسارت»، برهان «نفی سایر اسباب»، نظریه «برابری اسباب و شرایط»، تئوری «از دست دادن فرصت» و امثال آن‌ها،^۱ به احراز رابطه سببیت مبادرت ورزد. در حقوق ما نیز دادگاه‌ها به صورت محدودتر و عمدتاً در پرونده موسوم به خون‌های آلوده، پاره‌ای راهکارهای مشابه را به کار برده‌اند. با این حال، ضرورت جبران خسارت بدنی زیان‌دیدگان اعمال پزشکی از یک سو و دشواری‌های فنی و پیچیدگی‌های فراوان و گاه حل‌نشدنی احراز رابطه سببیت در این حوزه از سوی دیگر، اقتضا دارد که رویه قضایی ما نیز در حوادث پزشکی گوناگون از راهکارهای محاکم فرانسوی به نحو گسترده استفاده و به اثبات سببیت اطمینان‌بخش کمک نماید. برای این منظور، راهکارهای پیش‌گفته برای احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی به صورت تطبیقی با حقوق فرانسه مورد مطالعه قرار می‌گیرد تا ضمن آنکه نقش سازنده رویه قضایی در ایجاد قواعد حقوقی و ایجاد نظام حقوقی منسجم و پویا نمایش داده شود و برای هدایت رویه قضایی به کار آید، بتوان از تجربیات رویه قضایی این کشور به عنوان الگویی برای دادگاه‌های ما در بحث خسارت‌های پزشکی استفاده نمود.

۱. نظریه سببیت مفروض (فرض انتساب خسارت یا فرض وجود رابطه سببیت)

در حقوق فرانسه در بسیاری از قوانین و در آرای متعدد قضایی، برای احراز رابطه سببیت در خسارت‌های بدنی، از «رابطه سببیت مفروض» یا «فرض استناد خسارت»^۲ استفاده شده است. قدیمی‌ترین نمونه در این باره، قانون ۱۸۹۸ مربوط به حوادث کار و بیماری‌های حرفه‌ای است. همچنین، قانون تأمین اجتماعی در ماده ال-۴۱۱-۱ اعلام می‌کند: هرگونه صدمه‌ای که در زمان و در محل کار به وجود آید، حادثه ناشی از کار محسوب می‌شود، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. به علاوه، شعبه اجتماعی دیوان عالی کشور در برخی از آرا از «فرض استناد خسارت» استفاده کرده^۳ (Cass. ch. réunies, 7 avr. 1921: S. 1922, 1, p. 81, note Sachet; CA Lyon, 11 mars 2003:) RJS 2003, n° 938, 2e esp; Saint-Jours, 2001: 380; Millet, 2004: 308-312 و برخی از استادان بر اساس آن گفته‌اند: نزدیک به یک قرن است که رویه قضایی، نظریه عمومی فرض انتساب خسارت را در حوادث کار اعمال نموده است (Saint-Jours, 1995: 13; voir aussi: Le Borgne, 2013-2014:)

۱. از راهکارهای دیگر می‌توان به تسهیل در احراز رابطه سببیت در فرض معلول متولد شدن کودک اشاره کرد (جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۴۸۸-۴۸۷).

2. Présomptions de causalité entre le fait dommageable et l'auteur du dommage - présomptions d'imputabilité.

3. "présomptions d'imputabilité" ou "Présomptions d'imputation".

14 et ss). افزون بر آن، در مورد قربانیان حوادث هسته‌ای موضوع قانون ۱۹۶۸ و عفونت‌های بیمارستانی موضوع قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ نیز از چنین فرضی استفاده شده است. قانون ۳۱ دسامبر ۱۹۹۱ هم در مورد انتقال ویروس ایدز از طریق انتقال خون، اماره انتساب خسارت (بیماری) به خون تزریق‌شده را پذیرفته است. همچنین، ماده ۱۰۲ قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ برای تسهیل مسئولیت تهیه‌کننده خون، فرض می‌کند که انتقال خون، منشأ آلودگی بوده است. قانون مذکور در این باره اصطلاح «استناد» را به کار می‌برد و بسیاری از آرا نیز به «استناد آلودگی به انتقال خون» یا اینکه «آلودگی مستند به انتقال خون است» اشاره می‌کنند. استفاده از این رابطه سببیت مفروض در حوزه‌های مختلف، تغییر نگرش نسبت به عدم اطمینان از خطرات جدید را نشان می‌دهد که خطرهای بالقوه و عمده‌ای را به همراه دارند و وجه مشترک همه حوادث مذکور (حوادث پزشکی، کار، هسته‌ای و...)، خطرات نوظهور و عدم اطمینان در مورد ایمنی آن‌ها و احتمال وقوع حوادث در آن‌هاست (Mazeau, 2014: n°21-25).

علاوه بر آن، رویه قضایی نیز «فرض استناد» را در زمینه «فعالیت‌های خطرناک پزشکی» و حتی به طور قابل توجهی در مواردی که باید رابطه‌ای بین دارو و تولیدکننده آن برقرار شود، به کار می‌بندد. فرض وجود رابطه سببیت ممکن است یک «اماره موضوعی ساده»^۲ باشد، مانند دعوای مربوط به تزریق واکسن ضد هپاتیت ب، یا یک «فرض حقوقی»^۳ را تشکیل دهد، مانند دعوای مربوط به داروی «دیسستیلین»^۴ (Mazeau, 2014: n° 26; Quézel-Ambrunaz, 2010: 1162). در حقیقت، مجموعه آرای در تاریخ ۲۲ مه ۲۰۰۸ (Cass. 1re civ., 22 mai 2008, n° 06-10.967, 06-14.952, 05-) ۲۰۰۸، 20.317, 05-10.593, 06-18.848; Julien, 2008: 8; Julien, Pas de date, P. 26; Hacene, 2017: 1 et ss) در خصوص استفاده از اماره موضوعی در زمینه «فعالیت‌های خطرناک پزشکی»، به ویژه در مورد دعوای مربوط به واکسن‌های ضد هپاتیت ب، به منظور اثبات عیب موجود در واکسن، بر مبنای ماده ۱۳۵۳ قانون مدنی فرانسه (اماره قضایی)، به رسمیت شناخته شد (Cass. 2e civ., 26 sept. 2012, n°11-17.738, JCPG 2013, doct. 484, n°8; Cass. 1re civ., 29 mai 2013, n°12-20.903, D.2013, p.1408, obs. I. Gallmeister; D.2013, p.1717, J.S. Borghetti; Cass. 1re civ., 10 juill. 2013, JCPG 2013, 1012, B. Parance; JCPE 2013, 1480, S.Le Gac-Pech; D.2013, p.2306, avis C. Mellottée). در چارچوب ماده ۱۳۸۶-۴ قانون مدنی (در مورد مسئولیت ناشی از

1. La Loi n° 68-943 du 30 octobre 1968, relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire.

2. La simple présomption d'imputation de fait.

3. La fiction juridique.

۴. درباره DISTILBÈNE و عوارض آن، نک: Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n°897؛ جواهرکلام،

فرآورده‌های معیوب) نیز بسیاری از دادگاه‌ها، اثبات عیب محصول و استناد آن به تولیدکننده را می‌پذیرند (Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, n°08-11.073: JCPG 2009, note 308, P. SARGOS; Bull. civ. I, 2009, n°176)؛ هرچند نظر مخالف نیز وجود دارد (Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 2012, n°10-28.195, inédit). وضعیت سلامتی قبلی قربانی، فقدان سابقه خانوادگی و رابطه زمانی بین واکسیناسیون و ظهور بیماری ممکن است اماره جدی، دقیق و مداوم برای اثبات ماهیت ناقص واکسن ضد هپاتیت ب را تشکیل دهد (Mazeau, 2014: n°27). در مقابل، در مورد «دستیلبن» که مسئولیت تضامنی بین تولیدکنندگان برقرار شده، رویه قضایی از فرض حقوقی به جای اماره (اماره موضوعی) استفاده می‌کند. بنابراین، دادرسان یک رابطه علت و معلولی را به رسمیت می‌شناسند (فرض قانونی یا اماره قانونی مطلق)؛ جایی که در واقعیت چنین چیزی وجود ندارد. برای نمونه، در پرونده‌ای که دو شرکت در حال توزیع دستیلبن در بازار بودند، به طوری که یکی از آن‌ها حدود ۸۰ تا ۹۰ درصد و دیگری حدود ۱۰ تا ۲۰ درصد از بازار را در اختیار داشتند، دیوان عالی مسئولیت تضامنی آن‌ها را در اثر ورود خسارت ناشی از این دارو پذیرفت. به نظر می‌رسد برقراری رابطه سببیت در این فرض مکانیزمی برای تأمین نیازهای سیاسی، اخلاقی، بازدارندگی و یا حتی عدالت توزیعی است و معلوم نیست که این راه‌حل در مقیاس بزرگ‌تر نیز قابل استفاده باشد. در هر حال، راهکار پیش‌گفته (فرض انتساب خسارت) و تسهیل در اثبات رابطه سببیت با هدف تضمین جبران خسارت‌های وارده و به طور خاص، جبران خسارت‌های بدنی در فعالیت‌های خطرناک پزشکی صورت گرفته است (Mazeau, 2014: n°28-29).

این تحولات رویه قضایی فرانسه سبب شده است که به ویژه در حوزه محصولات معیوب و خطرناک مانند فرآورده‌های خونی، واکسن‌ها و داروها، «رابطه سببیت حقوقی»^۱ در مقابل «رابطه سببیت علمی»^۲ شکل بگیرد. این تحول به دنبال آن شکل گرفت که اثبات رابطه سببیت قطعی و مسلم (سببیت علمی) در بسیاری از حوزه‌های خطرناک و پدیده‌های نوظهور امکان ندارد و تأکید بر سببیت واقعی، موجب پذیرفته نشدن دعوای مسئولیت مدنی خواهد شد. از این رو، رویه قضایی برای حل مشکل احراز رابطه سببیت بین فعل پزشکی و خسارت وارده، به «رابطه سببیت مفروض» که یک رابطه انتزاعی و غیرقطعی و مبتنی بر قرائن و امارات است، روی آورد (Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, JCP, 2008, II, 10131, note Grunbaum, et I, 186, n°6, obs. Ph. Stoffel-Munck, RDC, 2008, 1186, obs. J.S. Borghetti, RTD Civ., 2008, 492, note P. Jourdain; Civ. 1^{re}, 25 juin 2009, n° 08-12. 781, Bull. civ. I, n° 141; D. 2009. 1895; RTD civ. 2009. 723, obs. P. Jourdain;

1. La causalité juridique.

2. La causalité scientifique.

Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, Bull. civ. I, n°187; D., 2009, RTD com. 2010. 181, obs. B. Bouloc; AJ 2342, obs. Gallmeister, JCP, 2009. 381, note Hocquet-Berg; RTD civ. 2010, 111, obs. P. Jourdain; Civ. 1^{re}, 17 juin 2010, Bull. civ. I, n°137, RTD Civ., 2010, p. 567, obs. P. Jourdain, RDC, 2010, p.1247, note G. Viney; Borghetti, 2012: 2853; ۱۳۹۳: خشنودی،

۵۳). این قاعده به ویژه در حالتی که علت خسارت (بیماری) مشخص نیست، تأثیر بسزایی در احراز انتساب خسارت دارد.

مطالعه تاریخیچه پیدایش قاعده مزبور و استفاده از آن در رویه قضایی نیز مفید می‌نماید. تا قبل از سال ۲۰۰۸، در دعاوی مربوط به مطالبه خسارت وارده به بیمارانی که پس از انجام واکسیناسیون اجباری به بیماری «اسکلروز»^۱ مبتلا شده بودند، بین دادگاه‌های نخستین اتفاق نظر وجود نداشت؛ به نحوی که در موارد مشابه احکام متفاوتی صادر می‌گردید. از طرف دیگر، دیوان عالی کشور نیز که به فرجام‌خواهی مؤسسه تولیدکننده و بیمارستان مربوط رسیدگی می‌نمود، در بیشتر موارد به جهت عدم احراز رابطه سببیت، آرای صادره در محکومیت خواننده به جبران خسارت را نقض می‌کرد؛ تا اینکه در سال ۲۰۰۸ شعبه اول دیوان در آرای مهمی که صادر کرد، از رویه سابق خود عدول نمود و اینگونه استدلال کرد که عدم امکان اثبات رابطه سببیت علمی مانع از احراز رابطه سببیت حقوقی در صورت وجود قرائن اطمینان‌بخش نخواهد بود. به این ترتیب، دیوان عالی رابطه سببیت را محرز دانسته و حکم به جبران خسارت زیان‌دیدگان داد (Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n°06-10.967, 05-20.317, 05-10.593, 06-14.952, 06-18.848, D. 2008. 1544, obs. I. Gallmeister; Civ. 1^{re}, 25 juin 2009, n°08-12.781, Bull. civ. I, n°141; D.2009. 1895; RTD civ. 2009. 723, obs. P. Jourdain; RTD com. 2010. 181, obs. B. Bouloc، خشنودی، ۱۳۹۳: ۵۹-۵۵).

افزون بر آن، در مورد بیمارانی که بعد از واکسیناسیون هپاتیت ب مبتلا به بیماری وحشتناک سفت‌شدگی مضاعف بافت‌ها شدند که احتمال می‌رفت ناشی از تزریق واکسن مزبور باشد، تردیدهای «علمی» و «حقوقی» در خصوص احراز رابطه سببیت وجود داشت. اما بسیاری از دادگاه و حتی دیوان عالی کشور در برخی از آرای خود، الزام «اثبات نقص ایمنی محصول» و انتساب بیماری قربانی به آن را مفروض دانستند؛ یعنی عیب محصول و رابطه سببیت آن با خسارت را فرض کردند (Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n°917).

افزون بر آنچه گفته شد، استناد به رابطه سببیت مفروض در جایی مورد پیدا می‌کند که احراز رابطه سببیت علمی و واقعی امکان نداشته باشد؛ وگرنه نوبت به سببیت مفروض نمی‌رسد. همچنین، استناد به سببیت مفروض، منحصر به خون و فرآورده‌های خونی آلوده نیست، بلکه می‌توان این قاعده

1. Sclerose en plaques.

را در تمام مواردی که خسارتی در اثر عیب محصول پدید آمده، به کار برد. در این صورت، با پذیرش انتساب خسارت وارده به محصول معیوب، خواهان از اثبات عیب محصول معاف می‌شود. به علاوه، اعتبار سببیت مفروض همانند اماره، نسبی است و اثبات خلاف آن توسط خوانده همواره امکان‌پذیر است. برای نمونه، در زمینه فرآورده خونی، خوانده می‌تواند با اثبات اینکه محصول مورد استفاده، آلوده نبوده و یا خواهان پیشینه ابتلا به بیماری مورد نظر قبل از دریافت خون را داشته است، از مسئولیت‌رهایی یابد (خشنودی، ۱۳۹۳: ۵۸-۵۷؛ جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۷۲۸-۷۲۷؛ و برای مقایسه این نظریه با مبنای عمومی مسئولیت پزشکی در فقه اسلام، به عنوان یکی از مصادیق ضمان اجیر یا عامل مشترک، نک: جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۴۴۵-۴۳۵). وانگهی، خوانده می‌تواند ثابت نماید که فرآورده زیان‌بار از جانب او عرضه نشده یا محصول متعلق به عرضه‌کننده دیگری بوده است؛ که در این صورت، مسئولیتی متوجه او نخواهد بود.

۲. استفاده از برهان «نفی سایر اسباب» (اثبات از طریق حذف)

هرگاه پس از تزریق خون به شخصی که نیازمند انتقال خون است، علائم ایدز یا هپاتیت (یا سایر بیماری‌هایی که از طریق انتقال خون قابل انتقال هستند) در او مشاهده شود، با قطع و یقین نمی‌توان گفت که خون تزریق شده آلوده بوده و سبب انتقال بیماری به مصرف‌کننده شده است، زیرا خون تزریق شده پس از انتقال به بدن متقاضی (مصرف‌کننده)، در خون او حل می‌شود و در زمانی که دعوا طرح می‌شود (پس از انتقال خون)، آنچه به بیمار تزریق شده، در دسترس نیست تا بتوان با انجام آزمایش‌های پزشکی روی آن، سالم یا معیوب بودن آن خون را آشکار نمود. هیچ راه دیگری نیز برای احراز آلوده بودن خون وجود ندارد. حتی استفاده از برهان نفی سایر اسباب، یعنی «اثبات یکی از اسباب» (انتقال بیماری ایدز یا هپاتیت از راه انتقال خون) «از طریق نفی سایر اسباب» (انتقال ایدز یا هپاتیت از راه رابطه جنسی، استفاده از سرنگ مشترک برای تزریق مواد مخدر، تماس با وسایل آلوده و استفاده از وسایل مشترک مانند تیغ، وجود بیماری ژنتیکی و انتقال از مادر به کودک یا وجود قبلی بیماری در او و...) هیچ‌گاه به قطع و یقین نمی‌رسد. حال، چه باید کرد؟ آیا بدین دلیل که زیان‌دیده نتوانسته وجود ویروس ایدز یا هپاتیت را در خون ثابت کند، باید از جبران خسارت محروم بماند؟ اگر بخواهیم قواعد عمومی مسئولیت مدنی را در اینجا پیاده کنیم، چه بسا دعوای زیان‌دیده به نتیجه نرسد، زیرا اعم از اینکه تقصیر عامل زیان را شرط مسئولیت بدانیم یا خیر، زیان‌دیده باید ثابت کند که اولاً خونی به او تزریق شده و ثانیاً آن خون آلوده به ویروس (انواع هپاتیت یا ایدز و...) بوده است. هرچند اثبات دریافت خون از بیمارستان یا سازمان انتقال خون آسان است، ولی آلوده بودن خونی که به متقاضی تزریق شده، به هیچ روی امکان ندارد. حتی اگر شمار کسانی

که از مرکز مورد نظر خون دریافت کرده‌اند و به بیماری ایدز یا هپاتیت مبتلا شده‌اند، بسیار زیاد باشد، باز هم ثابت نمی‌شود که بیماری ایدز یا هپاتیت «خواهان دعا» ناشی از آلودگی خون تزریق شده بوده است. با وجود این، حتی اگر اجرای خشک قواعد حقوقی، به دلیل عدم احراز رابطه سببیت، جبران خسارت زیان‌دیدگان را نفی کند، عدالت و انصاف، ظلم بر دریافت‌کنندگان خون را بر نمی‌تابد و خواهان حمایت از آن‌هاست. بر همین اساس، رویه قضایی فرانسه و ایران با تلقی برهان نفی سایر اسباب به عنوان یک اماره قضایی قابل اطمینان، درصدد احراز رابطه سببیت برآمده است.

۲-۱. استفاده از برهان نفی سایر اسباب در رویه قضایی فرانسه

دادگاه‌های فرانسوی برای احراز رابطه سببیت به ویژه در مورد انتقال خون آلوده، از «برهان نفی سایر اسباب» یا «اثبات از طریق حذف»^۱ بسیار استفاده کرده و به تسهیل شرایط دعوای جبران خسارت زیان‌دیدگان پرداخته‌اند. بر مبنای این نظریه، هرگاه بعد از انتقال خون و مشاهده علائم بیماری ایدز یا هپاتیت در انتقال‌گیرنده خون، مسلم نباشد که چه عاملی سبب بیماری زیان‌دیده شده و سببیت انتقال خون یا سایر عوامل، در ابتلای زیان‌دیده به بیماری هپاتیت یا ایدز به طور قطع معلوم نشود، بلکه سببیت هر یک از این عوامل ظنی و محتمل باشد، در صورتی که سببیت سایر عوامل در انتقال بیماری به زیان‌دیده با قطع و یقین به اثبات نرسد، چنین فرض می‌شود که خون انتقال‌یافته به مصرف‌کننده حاوی ویروس ایدز یا هپاتیت بوده و ابتلای او به این بیماری از راه انتقال خون بوده است، مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد؛ یعنی اثبات شود که عامل دیگری غیر از انتقال خون سبب بیماری بوده است (Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n°949-950; Jourdain, 2001: 556-557). در حقیقت، با نفی سایر اسبابی که احتمال انتساب خسارت به آن‌ها وجود داشته، استناد خسارت به عامل باقی‌مانده قوت می‌گیرد، هرچند که این استناد قطعی نیست و از اوضاع و احوال حاکم بر موضوع استنباط می‌شود. بر همین اساس، استفاده از برهان نفی سایر اسباب در مواردی امکان‌پذیر است که وجود رابطه سببیت بین عامل مفروض (خون آلوده) و ورود خسارت (ابتلا به بیماری)، از نظر عقلی و علمی ممکن باشد. برای نمونه، اگر از نظر علمی امکان انتقال بیماری مورد نظر از طریق خون وجود نداشته باشد، هرچند سبب دیگری نیز برای انتقال بیماری نباشد، نمی‌توان آن را معلول انتقال خون دانست (Lambert-Faivre, 1993: 2). در هر حال، تمایل رویه قضایی و دکترین فرانسوی بر جبران خسارت زیان‌دیدگان حوادث پزشکی سبب شده است که برهان نفی سایر اسباب که قطعی نیست و

1. Preuve par exclusion; l'antériorité de la transfusion et l'abstention de tout autre facteur de contamination.

رابطه سببیت را به طور مسلم اثبات نمی کند، بلکه تنها مفید ظن قوی بر استناد خسارت به عامل یاد شده است، مورد استقبال قرار گیرد (Viney et Jourdain, 1998 : n°382 ; Flour et Aubert, 2009: n°163).

گفتنی است که رویه قضایی فرانسه تا سال ۲۰۰۱، از اماره قضایی یا «اماره موضوعی» برای احراز رابطه سببیت بین خون آلوده و بیماری ناشی از آن استفاده می کرد. با وجود این، اعمال رویه مذکور که بین دادگاه های نخستین وجود داشت، برای قضات الزامی نبود؛ تا اینکه دیوان عالی کشور در رأی مورخ ۹ مه ۲۰۰۱ و رأی مورخ ۱۷ ژوئیه ۲۰۰۱ اقدام به تأسیس «اماره قانونی» نمود، که در صورت وجود شرایط مورد نظر دیوان، ارزش اثباتی این اماره در اختیار قضات ماهوی قرار ندارد؛ بلکه آن ها باید در صورت وجود دو شرط زیر، رابطه سببیت بین خون تزریق شده و بیماری مصرف کننده را محرز دانسته و حکم به مسئولیت مرکز انتقال خون دهند. به موجب آرای فوق، در مورد آلودگی های خونی، هرگاه زیان دیده ثابت کند که بیماری او بعد از انتقال خون آشکار شده است و هیچ سبب دیگری که عامل بیماری او باشد وجود نداشته باشد، فرض می شود که علت بیماری، انتقال خون آلوده بوده است، مگر اینکه مرکز انتقال خون که آن را تهیه و ارائه کرده، ثابت نماید که خون تزریق شده هیچ آلودگی نداشته است (Jourdain, 2001: 890; Viney et Jourdain, 1998: n°382; کاظمی، ۱۳۸۶: ۲۲۹-۲۲۷).^۱ ذکر این نکته هم لازم است که رویه قضایی فرانسه از این روش اثباتی (نفی سایر اسباب) برای اثبات رابطه سببیت بین نقص تجهیزات و فرآورده های بهداشتی و زیان های ناشی از آن یا احراز سببیت میان عیب تولید و خسارت هایی که در اثر آن پدید می آید نیز استفاده کرده است (کاظمی، ۱۳۸۶: ۲۳۰-۲۲۹؛ جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۷۳۱).

از آنچه در خصوص «رابطه سببیت مفروض» و «برهان نفی سایر اسباب» گفته شد، تفاوت بین آن ها معلوم می شود: برهان نفی سایر اسباب به دنبال شناسایی عامل زیان (مسئول)، در میان مجموعه عواملی است که استناد خسارت به هر یک از آن ها محتمل است. اما رابطه سببیت مفروض، از این مرحله گذشته و به دنبال تحمیل خسارت به عامل مشخص است. تفاوت این دو راهکار در مسئله انتقال ایدز از طریق تزریق خون روشن می شود: برهان نفی سایر اسباب، با حذف سایر عوامل،

۱. گفتنی است که در قانون شماره ۹۱-۱۴۰۶ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۹۱ این اماره قانونی صرفاً برای بیماران مبتلا به ایدز که در اثر مصرف خون آلوده به آن دچار شده بودند، به کار می رفت؛ ولی در رأی دیوان تفاوتی بین مبتلایان به ایدز و هپاتیت و دیگران وجود ندارد: اماره قانونی در خصوص رابطه سببیت بین بیماری همه آن ها و انتقال خون آلوده قابل استفاده است (Le Tourneau et Cadirt, 2002: 1459; Lambert-Faivre 1998: 556; Jourdain, 2001: 890).

هپاتیت را به انتقال خون مربوط می‌کند. پس از آن، سببیت مفروض دخالت کرده و بیماری ایدز را ناشی از انتقال خون و منتسب به آن می‌داند. به همین دلیل، ماده ۱۰۲ قانون ۴ مارس ۲۰۲ در زمینه بیماری‌هایی که از طریق تزریق خون منتقل می‌شوند، می‌گوید: هر گاه خواهان ثابت کند که منشأ بیماری او آلودگی خونی است، رابطه سببیت بین بیماری و فرآورده‌های خونی تزریق شده مفروض است؛ به این معنا که ابتدا باید ثابت شود که بیماری مربوط به انتقال خون بوده و به عبارت دیگر، وی قبلاً مبتلا به بیماری نبوده و پس از دریافت خون به آن مبتلا شده (که برای اثبات آن می‌توان از برهان نفی سایر اسباب استفاده کرد)؛ آن گاه نوبت به سببیت مفروض می‌رسد و فرض می‌شود که خون آلوده سبب بیماری خواهان شده است.

۲-۲. استفاده از برهان نفی سایر اسباب در رویه قضایی ایران

در حقوق ایران نیز رویه قضایی در پرونده خون‌های آلوده از همین شیوه اثباتی جهت احراز رابطه سببیت بین انتقال خون و بیماری هپاتیت یا ایدز در مصرف‌کننده استفاده کرده است. برای نمونه، در دادنامه شماره ۰۸۲۹-۱۳۸۸/۹/۲۸-۱ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی تهران، به‌رغم دفاع خوانده (وزارت بهداشت و سازمان انتقال خون) مبنی بر اینکه «اولاً رابطه علیت و سببیت فی مابین عمل واردکننده و ضرر می‌بایستی حتماً و قطعاً اثبات شود؛ در ثانی می‌بایستی مشخص شود که علت ابتلا خواهان به بیماری، ناشی از اقدامات کارکنان و اشخاص حقیقی که در مرحله انتقال خون اقدام نموده بوده، یا منوط به نقص وسایل بوده است، لذا با توجه به احتمالی و ظنی بودن ادعا دعوا قابلیت رسیدگی ندارد... در پرونده کیفری هیچ‌گونه دلیل و مدرکی مبنی بر نقص دستگاه‌ها و ناسالم بودن داروها ابراز و ارائه نگردیده...»، و در اعتراض آن‌ها به نظریه کارشناسی مبنی بر اینکه «اعلام ابتلا خواهان به ویروس هپاتیت C از طریق خون و فرآورده‌های خونی فاقد قطعیت و جزمیت بوده و ظنی و احتمالی است»، دادگاه دفاعیات خواندگان را نپذیرفته و اعلام داشته است: «دلیلی بر اینکه خواهان از راه دیگری آلوده به ویروس هپاتیت C شده بوده ارائه نگردیده و محتویات پرونده‌های استنادی و گزارش سازمان بازرسی به‌اندازه‌ای در آلوده بودن خون‌های دریافتی از سوی خواهان اقناع‌کننده می‌باشد که جایگاهی برای استفاده از متخصص خون برای بررسی این امر که خون دریافتی، آلوده بوده یا خیر باقی نمی‌ماند صرف‌نظر از اینکه از زمان ابتلا به بیماری‌ها، سالیان متمادی می‌گذرد و بررسی خونی که به خواهان تزریق شده و در تزریق شدن آن جای تردیدی نیست از حیث آلوده بودن یا نبودن در حال حاضر امکان‌پذیر نمی‌باشد... هرچند یکی از راه‌های انتقال ویروس از طریق تزریق خون و یا فرآورده‌های خونی می‌باشد و راه‌های دیگری برای ابتلا به ویروس هپاتیت C و ایدز و ... وجود دارد، اما در اینجا از بین راه‌های ممکن آنچه وقوع ایجاد علت آن محرز است و قطعاً خواندگان

نسبت به آن ایرادی نداشته دریافت خون توسط خواهان از خوانده ردیف دوم است چرا که (الف) ادامه حیات خواهان منوط به اخذ خون بوده (ب) تنها متولی تأمین خون و فراورده‌های خونی سازمان انتقال خون می‌باشد و دلیلی بر وقوع راه‌های دیگر در انتقال ویروس ارائه نگردیده لذا با استفاده از برهان نفی سایر اسباب به لحاظ عدم امکان عقلی و عملی اثبات رابطه سببیت و علتیت بین یکی از راه‌های ابتلا با عنایت به قطعیت تزریق خون با نفی سایر راه‌های امکان ابتلا و قرار دادن آن به عنوان گزینه قابل اعتنا، نظریه کارشناسی واصله عاری از ایراد به نظر می‌رسد» (برای دیدن متن کامل رأی و استدلال‌های دادگاه، نک: جواهرکلام: ۱۴۰۰: ۷۳۳).

شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۲۱۰۰۰-۱۳۹۲/۹/۳۰ در مقام تأیید رأی فوق اظهار می‌دارد: «هرچند راه‌های انتقال ویروس هیپاتیت C مختلف است، چون طریق متعارف انتقال بیماری مذکور، تزریق خون و فرآورده‌های خونی است و انتقال ویروس از طریق سایر روش‌ها محل تردید است، از طرفی در استفاده تجدیدنظر خوانده از فرآورده‌های خونی تردیدی وجود ندارد، در نتیجه وجود رابطه سببیت میان انتقال خون و ابتلای تجدیدنظر خوانده به ویروس هیپاتیت C مفروض است و در مانحن‌فیه دلیل و مدرکی که مثبت تحقق روش دیگر انتقال ویروس و مؤید عدم وجود عیب در فرآورده‌های خونی باشد اقامه نگردیده است».

مفاد آرای فوق عیناً در دادنامه شماره ۰۷۵۷-۱۳۸۹/۹/۳۰ و دادنامه شماره ۸۸۱۰۹۱-۱۳۸۹/۹/۳۰ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه شماره ۹۱۰۷۹۹-۱۳۹۱/۶/۲۱، دادنامه شماره ۳۰-۱۳۹۱/۷/۹۱۱۰۱۰، دادنامه شماره ۹۳۰۸۰۹-۱۳۹۳/۶/۳۱، دادنامه شماره ۹۳۰۹۰۹-۱۳۹۳/۳/۲۸ و دادنامه شماره ۹۳۱۱۷۵-۱۳۹۳/۱۰/۲۱-۱۳۹۳ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تکرار شده است. افزون بر آن، در آرای دیگری که علی‌رغم ایراد وزارت بهداشت و سازمان انتقال خون مبنی بر فقدان رابطه سببیت، دادگاه به آن توجه نکرده و حکم بر محکومیت خواندگان صادر نموده (مانند دادنامه شماره ۹۳۱۳۵۹-۱۳۹۳/۱۱/۲۶، دادنامه شماره ۹۳۱۴۹۸-۱۳۹۳/۱۲/۱۲، دادنامه شماره ۹۳۱۱۷۵-۱۳۹۳/۱۰/۲۱-۱۳۹۳ و دادنامه شماره ۹۳۰۸۱۱-۱۳۹۳/۶/۳۱-۱۳۹۳ همگی صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، و دادنامه شماره ۱۲۱۲-۹۲/۱۰/۲۱، دادنامه شماره ۹۲۱۲۲۵-۹۲/۱۰/۲۵، دادنامه شماره ۹۲۱۳۳۰-۹۲/۱۱/۱۵، دادنامه شماره ۱۱۶۰-۹۲/۱۰/۸ و دادنامه شماره ۱۵۶۷-۹۲/۱۲/۲۷-۹۲ همگی صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی تهران)، بر اساس همین شیوه اثباتی، رابطه سببیت را محرز دانسته است.

مبنای قانونی این شیوه از استدلال و اتخاذ روش اثباتی «نفی سایر اسباب» به منظور احراز رابطه سببیت، اماره قضایی است که مطابق ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی دادگاه‌ها مجاز به استفاده از آن هستند.

مبنای تحلیلی این رویکرد نیز آن است که هرگاه مسلم باشد که بیماری از فرآورده خونی استفاده کرده و پس از انتقال خون، علائم ابتلا به ویروس هپاتیت یا ایدز در بدن او ظاهر شود و هیچ منشأ دیگری برای انتقال عامل بیماری شناخته نشود، این اطمینان عرفی ایجاد می‌شود که در این مسئله (همانند همه مصادیق اماره قضایی که مفید علم قطعی نیست)، انتقال خون عامل پیدایش ابتلا به بیماری بوده است. افزون بر آن، وارد کردن خون از سوی سازمان انتقال خون ایران از شرکت فرانسوی «مریو»، با توجه به اینکه وجود آلودگی در خون‌های توزیع شده از سوی این شرکت مسلم گردید و شهرت جهانی یافت و ابتلا به بیماری هپاتیت و ایدز در مصرف‌کنندگان ایرانی با فاصله زمانی محدودی پس از وارد کردن خون‌های مزبور آشکار گردید، و همچنین، متعدد بودن زیان‌دیدگان که جزء بیماران هموفیلی و تالاسمی بوده و از سازمان انتقال خون مبادرت به دریافت خون کرده بودند، در تشکیل این اماره قضایی سهم بسزایی داشتند.^۱

۳. استفاده از نظریه «برابری اسباب و شرایط»

۳-۱. استفاده از نظریه «برابری اسباب و شرایط» در رویه قضایی فرانسه

در حقوق فرانسه برای احراز رابطه سببیت، غالباً از نظریه سبب متعارف و اصلی (یا سبب مناسب) استفاده می‌گردد و این معیار، بر سایر نظریه‌های ارائه شده برای اثبات رابطه سببیت برتری دارد. بر این مبنا، عاملی سبب شناخته می‌شود که خسارت به طور متعارف قابل انتساب به او باشد (Viney et Jourdain, 1998: n°246, 334 et s.; Terré; Simler et Lequette, 1999: n°817). با وجود این، رویه قضایی این کشور برای تسهیل اثبات رابطه سببیت، گاه از نظریه برابری اسباب و شرایط استفاده می‌کند.

برای نمونه، در زمینه انتقال خون آلوده، در فرضی که تقصیر راننده حادثه‌ای به بار آورده و در نتیجه آن زیان‌دیده نیاز به دریافت خون پیدا کرده و در بیمارستان به او خون تزریق می‌گردد، ولی به دلیل آلوده بودن خون، زیان‌دیده مبتلا به ایدز یا هپاتیت می‌شود، طبق نظریه سبب متعارف، راننده مقصر، سبب این خسارت (ابتلا به ایدز یا هپاتیت) نیست و از این رو، مسئولیتی ندارد؛ بلکه سازمان انتقال خون یا بیمارستان به عنوان سبب اصلی انتقال خون آلوده به زیان‌دیده شناخته می‌شود و از این بابت مسئول است. اما رویه قضایی در این فرض، برای مسئول شناختن عاملی که حادثه منجر به مصدوم شدن زیان‌دیده و نیاز او به انتقال خون را پدید آورده، از نظریه برابری اسباب و شرایط استفاده می‌کند و افزون

۱. بدیهی است که مسئولیت سازمان انتقال خون در برابر زیان‌دیدگان، نافی حق مراجعه این سازمان به شرکت تولیدکننده فرآورده خونی آلوده نیست.

بر بیمارستان یا مرکز انتقال خون، راننده مقصر را سبب به شمار می آورد؛ گرچه او صرفاً جزء شرایط ایجاد زیان بوده است. در ابتدا، دادگاه استیناف پاریس در رأی مشهور کورتلمن^۱ مورخ ۷ ژوئیه ۱۹۸۹ این راه حل را به کار برد و پس از آن، تبدیل به رویه قضایی هماهنگ و مسلم شد. بر این اساس، دیوان عالی کشور در رأی مورخ ۴ دسامبر ۲۰۰۱ در قضیه فوق، عامل حادثه (که نیاز زیان دیده به دریافت خون در اثر فعل او پدید آمده) را نیز مسئول جبران خسارت ناشی از انتقال خون آلوده شناخته است، زیرا حادثه رانندگی موجب شده است که مصدوم نیاز به خون آلوده پیدا کند و خون به او تزریق شود و در نتیجه به بیماری هپاتیت مبتلا گردد (Civ. 1^{er}, 4 déc. 2001, n°99-19197).

در آرای دیگری (مانند رأی ۷ ژوئیه ۱۹۹۷ صادره از دادگاه تجدیدنظر پاریس، رأی ۱۷ فوریه ۱۹۹۷ صادره از شعبه اول مدنی و رأی ۲۷ ژانویه ۲۰۰۰ صادره از شعبه دوم مدنی دیوان) نیز عامل حادثه رانندگی و سازمان انتقال خون متضامناً مسئول جبران خسارت ناشی از ابتلای زیان دیده به ویروس ایدز در اثر انتقال خون دانسته شده اند. همچنین، در سال ۱۹۹۳، در فرضی که زیان دیده در اثر حادثه رانندگی مصدوم شده و پس از انتقال به بیمارستان، در اثر اعمال پزشکی متحمل خسارت گردیده، با هدف تسهیل در جبران خسارت وارده و بر اساس نظریه برابری اسباب و شرایط، راننده نیز مسئول جبران خسارت ناشی از اعمال پزشکی قرار گرفته است. البته در این حالت ها، راننده یا بیمه گر پس از جبران خسارت وارده حق مراجعه به سبب متعارف (مرکز انتقال خون یا پزشک و مرکز درمانی)

را دارد (Viney et Jourdain, 1998: n°245; Salem, 2015: 128; Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n°947; Lambert-Faivre, 1998: 555-556; Terré; Simler et Lequette, 1999: n°817; Lefeuvre-Darnajou, 2003: 390; Paris, 7 juill. 1989, arrêt Courtellemont, Gaz. Pal., 1989.2.752, concl. PICHOT; Rennes, 23 oct. 1990, Gaz. Pal., 1991.1.232, p.9; T.G.I. Bobigny, 19 déc. 1990, Gaz. Pal., 1991. 1. 233; T.G.I. Bordeaux, 17 févr. 992, A.C.A. 1992, n°198; T.G.I. Bordeaux, 24 avr. 1992, R.C.A. 1992, n°177; Dijon, 16 mai 1991, D. 1993. 242, note KERCKHOVE; Civ. lère, 17 févr. 1993, J.C.P. 1994. 11. 22226, RTD civ. 1993. 589, n°607, obs. Jourdain; Gaz. Pal., 2-3 févr. 1994, p.15, note MEMMI; Paris, 27 janv. 1993, n°93 416; Paris, 27 oct. 1995, Gaz. Pal., 20-21 mars 1996, p.15, note J.G.M.; (T.G.I. Civ. 2^e, 27 Janv. 2000, n°97-20889).

نظریه برابری اسباب و شرایط به نفع زیان دیدگان است، زیرا به نحو مؤثری اثبات رابطه سببیت را تسهیل می بخشد. به ویژه آنکه در این فرض مسئولیت تضامنی عاملان زیان به نفع زیان دیده قابل اجراست (Lefeuvre-Darnajou, 2003: 410; Viney et Jourdain, 1998: n°245 et 399).

با اعمال این معیار، تمام اشخاصی که به نوعی در ورود خسارت دخالت داشته اند ولو به صورت «شرط» ایجاد حادثه، «سبب» ورود خسارت محسوب می شوند و طبق نظریه «مسئولیت تضامنی» که

1. Courtellemont.

در حقوق این کشور در فرض ایراد خسارت از سوی عاملان متعدد اجرا می‌شود، زیان‌دیده فرصت می‌یابد تمام خسارت خود را از هر یک از آنان که بخواهد مطالبه کند و از این طریق، جبران خسارت او تضمین می‌شود. صدور آرای فوق از دیوان عالی نشان از اهمیت خسارت‌های بدنی و تسهیل در جبران آن‌ها دارد و به ویژه نمایانگر آن است که رویه قضایی از هر وسیله‌ای برای لزوم جبران خسارت زیان‌دیدگان استفاده می‌کند: آنچه اهمیت دارد، ضرورت جبران خسارت است و تئوری‌ها و نظریه‌های حقوقی به عنوان وسیله‌ای در خدمت تأمین این هدف قرار می‌گیرند. چنان‌که رأی دیوان عالی حتی لزوم قابل پیش‌بینی ضرر (مبتلا شدن زیان‌دیده به هپاتیت متعاقب حادثه رانندگی) را کنار می‌نهد.

۲-۳. استفاده از نظریه «برابری اسباب و شرایط» در رویه قضایی ایران

در حقوق ایران نیز گاه رویه قضایی از نظریه برابری اسباب و شرایط استفاده کرده است. برای نمونه، در پرونده موسوم به «سرم‌های حیوانی»، به دنبال بستری شدن بیمار در اورژانس، پزشک اورژانس سرمی تجویز می‌کند، پدر بیمار به داروخانه مراجعه کرده، سرم را تهیه نموده، آن را به پزشک نشان داده و با تأیید پزشک و دستور به پرستار مسئول، سرم توسط پرستار تزریق می‌شود؛ در حالی که داروخانه به اشتباه به جای سرم انسانی، سرم حیوانی تحویل پدر بیمار داده بود و پزشک و پرستار هم به آن توجه نکرد بودند و بیمار صدمه می‌بیند. افزون بر نامبردگان، پزشک آنکال نیز با تأخیر در مرکز درمانی حاضر می‌شود و شیفت پزشکان و پرستاران نیز در همین حین عوض می‌شود و چند پرستار و پزشک مرتکب کاهلی شدند و توزیع‌کننده دارو نیز دچار تقصیر شده و نوع حیوانی و انسانی سرم را از هم جدا نکرده بود و شرکت دارویی هم به لحاظ عدم رعایت استانداردها و ضوابط خاص در ساخت سرم حیوانی مرتکب تقصیر شده بود. بنابراین، در این پرونده دخالت عاملان متعدد به صورت طولی بوده و جز پرستار که با تزریق سرم مباشرت در ورود خسارت داشته، سایرین به نحو سبب در وقوع خسارت دخالت داشتند. گرچه در نظریه‌های کارشناسی، هر یک از نامبردگان مرتکب درصدی از تقصیر شناخته شدند، دادگاه با عدول از نظریه سبب مقدم در تأثیر و استناد خسارت به مباشر در زمان حکومت قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، با استفاده از نظریه برابری اسباب و شرایط، خسارت را به همه نامبردگان مستند دانست و به موجب دادنامه شماره ۱۳۸۲/۱۰/۱۳-۱۴۷۳ همه آن‌ها را به جبران خسارت به صورت تساوی محکوم کرد. این رأی توسط شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان و شعبه پانزدهم تشخیص دیوان عالی تأیید شد (نک: جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۴۸۵-۴۸۴).

هر چند انگیزه دادگاه در صدور این رأی و سرشکن کردن خسارت بین همه مقصران، به جای تحمیل آن صرفاً بر داروخانه یا پرستار، قابل تحسین است، ولی پذیرفتن آن به عنوان قاعده عمومی قابل تأیید نیست؛ چنانکه قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز آن را به عنوان قاعده کلی نپذیرفته است.

(برای مشاهده تفصیل بحث، نک: رستمی و جواهرکلام، ۱۳۹۵: ۱۷۵ به بعد).

اما در زمینه مسئول شناخته شدن عامل حادثه رانندگی نسبت به بیماری هپاتیت یا ایدز که در اثر انتقال خون پدید آمده، رأی در رویه قضایی ما مشاهده نشده است. از حیث نظری نیز مسئول شناختن دارنده یا راننده در این فرض دشوار است، زیرا انتساب خسارت به آنها منتفی است (برای ملاحظه نظر مخالف، نک: کاظمی، ۱۳۸۶: ۲۳۶-۲۳۵). از حیث عملی نیز نیازی به مسئول شناختن دارنده یا راننده در این فرض نیست و استناد به آن هم دردی از زیان دیده دوا نمی کند، زیرا مراجعه او به دولت (وزارت بهداشت و سازمان انتقال خون) بهتر می تواند خسارت او را جبران نماید. حتی مسئول شناختن بیمه گر او هم در این فرض محل تردید است؛ هرچند الزام بیمه گر به جبران خسارت بدنی ناشی از انتقال خون آلوده بعید نیست (برای بحث مفصل، نک: جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۷۳۹ و ۵۱۷-۵۱۳).

۴. تسهیل در اثبات رابطه سببیت از طریق نظریه از دست دادن فرصت

رویه قضایی فرانسه تلاش کره است با استفاده از نظریه از دست دادن فرصت، رابطه سببیت را بین فعل پزشکی و خسارت وارده برقرار کرده و خسارت را قابل مطالبه بداند. برای نمونه، هرگاه پزشک به موقع بیماری را تشخیص ندهد و فرصت درمان را از بیمار سلب کند، با قطعیت نمی توان گفت که اگر پزشک به موقع آن بیماری را تشخیص می داد، حتماً بیمار شفا می یافت. همچنین، در صورتی که پزشک اطلاعات لازم را به بیمار ارائه ندهد، نمی توان قاطعانه اظهار نظر کرد که در صورت ارائه اطلاعات از سوی پزشک، بیمار از انجام عمل پزشکی منصرف می شد و در نتیجه خسارتی به او وارد نمی آمد. بنابراین، در این موارد، به دلیل آنکه حصول نتیجه (بهبودی بیمار یا انصراف از درمان) قطعی نیست، بین عمل پزشکی و خسارت وارده، رابطه سببیت واقعی و قطعی برقرار نمی شود. با وجود این، رویه قضایی گاه با استفاده از علت فرضی، به احراز رابطه سببیت می پردازد و پزشک را مسئول می شمارد، هرچند میزان خسارت وارده را کاهش می دهد. به عبارت دیگر، دادگاه ها با استفاده از نظریه «از دست دادن فرصت»، به جبران موقتی ابهام رابطه سببیت می پردازند.^۲

۱. ایشان معتقدند که رویه قضایی ما نیز می تواند از راه حل رویه قضایی فرانسه استفاده نموده و از نتایج نظریه برابری اسباب و شرایط جهت حمایت از زیان دیده و جبران هر چه بیشتر زیان وارد بر او بهره ببرد.

۲. از همین رو، برخی از نویسندگان فرانسوی گفته اند: در صورتی که در یک پرونده مسئولیت پزشکی، فعل مولد زیان (تقصیر پزشکی) و خسارت (معلولیت یا فوت) اطلاعات شناخته شده باشند، این عنصر «رابطه سببیت» است که اغلب مبهم باقی می ماند. گاهی مرتبط کردن عوارض پیش آمده، به تحول عادی بیماری یا اقدام پزشکی (اعم از اینکه

این رویه در رأی «سلمن»^۱ پایه‌گذاری شد، که تردیدهای قاضی را در مورد سببیت نشان می‌داد: «قاضی سببیت را استنباط می‌کند، اما خسارت را کاهش می‌دهد». افزون بر آن، برخلاف انتقادهای دکترین، «خسارت نسبی، سببیت نسبی» در نظریه «از دست رفتن فرصت درمان یا بقا» به شکل بسیار وسیعی توسط رویه قضایی مورد استفاده قرار می‌گیرد. در حالی که مطابق قواعد عمومی، چنانچه رابطه سببیت برقرار باشد، مسئول باید کل خسارت را جبران کند و در صورت نبود رابطه سببیت، مسئولیت به کلی منتفی می‌شود. البته دیوان عالی کشور رأی مورخ ۱۷ نوامبر ۱۹۸۲، از این دیدگاه طرفداری می‌کرد که از دست رفتن فرصت نمی‌تواند چاره موقتی برای عدم قطعیت رابطه سببیت باشد (Civ. 1^{re}, 17 nov. 1982, JCP 1983, II, 20056, D. 1984. 305; Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n°850). ولی، در آرای بعدی، از تئوری از دست دادن فرصت، برای جبران از دست رفتن فرصت درمان یا بقا بسیار استمداد گرفته شده است. همچنین، مسئولیت پزشکی که معلولیت جنین را تشخیص نداده و از تولد او جلوگیری نکرده، از باب از دست دادن فرصت جلوگیری از ضرر، قابل پذیرش است. در حقیقت، چنانچه تصمیم والدین بر سقط جنین با توجه به اوضاع و احوال مربوطه مسلم باشد، اقدام پزشک سبب «از دست دادن فرصت سقط جنین» شده است و از این منظر قابل جبران است (ژوردن، ۱۳۸۶: ۲۰۹).

در خصوص میزان خسارت قابل جبران نیز در این فرض، به میزان درصدی که بیمار در صورت از دست ندادن فرصت تشخیص و درمان بیماری، از شانس بهبودی برخوردار بود یا به میزان درصدی که بیمار در صورت اطلاع یافتن از خطرات معالجه، از درمان خودداری می‌کرده، پزشک یا مرکز درمانی مسئول است (Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n°850). دیوان عالی کشور نیز در رأی ۱۱ مارس ۲۰۱۰ با توجه به نتایج حاصل از تقصیر و اتفاق، ۸۰٪ خسارت وارده را ناشی از «از دست دادن شانس» دانست (Civ. 1^{re}, 11 mars 2010, n°09-11270).

حقوق دانان ایران نیز، به تبع حقوق دانان فرانسوی، در نظریه از دست دادن فرصت، رابطه سببیت را محرز دانسته و به جبران جزئی خسارت نظر داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ش ۱۲۶-۱۲۴؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ش ۶۴؛ کاظمی، ۱۳۸۰: ۲۰۶-۱۹۷).

تقصیرآمیز باشد یا خیر، دشوار است. در چنین حالتی، مطابق قواعد عمومی، تنها خسارت‌هایی که قابل انتساب به پزشک هستند، جبران خواهند شد. ولی گاهی قضات به شکل مبهمی از نظریه «از دست رفتن فرصت» درمان یا ادامه حیات، برای جبران موقتی ابهام رابطه سببیت استفاده می‌کنند (Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n°850).

1. Salomon.

ذکر این نکته هم لازم است که اهمیت خسارت بدنی و لزوم جبران خسارت زیان دیدگان حوادث پزشکی، سبب شده است که در حقوق ما برخلاف قاعده عمومی، در فرض مداخله عوامل متعدد در ورود خسارت، نظریه مسئولیت تضامنی آنان مطرح شود؛ هرچند که مداخله آنان و سببیت آنها در ورود خسارت به یک اندازه نباشد (نک: دادنامه شماره ۹۱۰۱۶۴-۹۱۰۳/۲۲-۱۳۹۱ از شعبه ۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه شماره ۹۱۱۰۱۵-۱۳۹۱/۸/۲۹ صادره از شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۷۴۰) برخی از حقوق دانان نیز گفته اند: در فرضی که تجهیزات پزشکی معیوب بوده و بتوان بر اساس قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» مسئولیت بدون تقصیر آنها را پذیرفت و از طرف دیگر، پزشک نیز بی احتیاطی کرده باشد و از این طریق خسارتی به بیمار وارد شود، مسئولیت تضامنی آنها قابل دفاع است (جوادی و کریمی، ۱۳۹۷: ۵۶-۵۵). همچنین، در صورتی که رابطه پزشک و بیمارستان خصوصی تابع قانون کار باشد و خسارت وارد بر بیمار منحصراً ناشی از تقصیر پزشک باشد، برخی از مؤلفان در این فرض قائل به مسئولیت تضامنی بیمارستان و پزشک در برابر زیان دیده شده اند (کاظمی، ۱۳۸۴: ۷۸-۷۷).^۱ افزون بر آن، هرگاه آزمایشگاه، کادر درمانی آزمایشگاه و پزشک نتوانند بیماری قبل از تولد کودک را تشخیص دهند و او معلول متولد شود، برخی از نویسندگان از مسئولیت تضامنی همه آنها در جبران خسارت وارده دفاع کرده اند (پارسا و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۱۷-۲۱۶؛ و برای ملاحظه تفصیل بحث در این حوزه، نک: جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۶۹۹-۶۹۳، ۷۲۰-۷۱۵ و ۷۴۳-۷۴۱).^۲ تمام این تلاش ها برای ضرورت جبران خسارت بدنی زیان دیدگان حوادث پزشکی صورت گرفته و گرچه ممکن است با قواعد عمومی سازگار نباشد، انگیزه حمایت از قربانیان صدمات جسمانی و کمک به احراز رابطه سببیت را به خوبی نشان می دهد.

نتیجه

لزوم اثبات رابطه سببیت در حوادث پزشکی و اجرای قواعد عمومی در این زمینه برای مسئول

۱. البته در این مثال، اگرچه پزشک و بیمارستان هر دو برابر زیان دیده مسئولیت دارند، ولی مبنای مسئولیت آنها متفاوت است: بیمارستان به عنوان کارفرما و طبق ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی و پزشک به عنوان عامل خسارت و مطابق قواعد عمومی در برابر زیان دیده مسئول است. در حالی که مسئولیت تضامنی ناظر به فرضی است که مسئولیت متضامنان دارای مبنای واحد باشد.

۲. در حقوق فرانسه نیز افزون بر مواردی که خسارت به چند عامل مستند است و همه در برابر زیان دیده مسئولیت تضامنی دارند، در موردی که عامل خسارت بین چند سبب مجمل قرار داشته باشد (مانند اینکه دارویی به مصرف کنندگان خسارت بزند و معلوم نباشد که تولیدکننده آن کیست)، همه تولیدکنندگان آن دارو در برابر زیان دیده مسئولیت تضامنی دارند.

شناختن پزشک یا کادر درمان یا بیمارستان و تولیدکننده فرآورده‌های دارویی، با توجه به اینکه در بسیاری از موارد دلیلی بر انتساب خسارت به نامبردگان وجود ندارد و رابطه سببیت به اثبات نمی‌رسد، در عمل منتهی به محرومیت زیان‌دیدگان از جبران خسارت خواهد شد. بر همین اساس، رویه قضایی فرانسه از دیرباز برای احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی و با هدف حمایت از زیان‌دیدگان، سببیت علمی و قطعی را کنار گذاشته و سببیت حقوقی را که غالباً متکی بر قرائن و امارات است، کافی دانسته و راهکارهای مؤثر و متعددی را برای اثبات آن ارائه داده است.

یکی از مهم‌ترین راه‌حل‌ها، استفاده از سببیت مفروض یا فرض انتساب خسارت است که در مواردی که اثبات رابطه سببیت علمی و واقعی امکان ندارد، در صورت وجود قرائن اطمینان‌بخش، در این کشور، در حوزه‌های گوناگون پزشکی، مانند مسئولیت ناشی از عفونت‌های بیمارستانی، انتقال ایدز از طریق انتقال خون، فرآورده‌های دارویی معیوب و فعالیت‌های خطرناک پزشکی مانند تزریق واکسن‌های ضد هپاتیت برای اثبات عیب موجود در واکسن، به دو صورت «اماره موضوعی ساده» و «فرض حقوقی» پذیرفته شده است. از راهکارهای دیگر، می‌توان به اثبات رابطه سببیت از طریق حذف سایر عوامل یا نظریه نفی سایر اسباب اشاره کرد که برای احراز رابطه سببیت بین خون تزریق‌شده و ابتلا به ایدز یا هپاتیت و سایر بیماری‌های قابل انتقال از طریق خون، بسیار مورد استفاده قرار گرفته و از طریق رأی دیوان کشور تبدیل به «اماره قانونی» شده است. این راه‌حل در مواردی به کار می‌رود که امکان عقلی و علمی و یا ظن قوی برای انتساب بیماری به خون وجود داشته باشد. در مورد مسئولیت ناشی از نقص تجهیزات پزشکی و خسارت‌های ناشی از عیب تولید نیز استفاده از این راهکار معمول است. همچنین، رویه قضایی این کشور با «سبب» شناختن عاملی که «شرط» وقوع خسارت بوده و نیز از طریق تئوری از دست دادن فرصت درمان یا بقا برای احراز انتساب بخشی از خسارت به فعل پزشکی، درصدد احراز انتساب خسارت برآمده است و بسیاری از صاحب‌نظران، انتساب «معلول متولد شدن کودک» به پزشک را نیز بر همین مبنا حل کرده‌اند.

در مقابل، دادگاه‌های ما برای اثبات رابطه سببیت بین فعل پزشکی و ورود خسارت، طبق قاعده، قواعد عمومی احراز رابطه سببیت در قانون مجازات اسلامی را به کار برده‌اند. با این حال، در پرونده خون‌های آلوده، دادگاه‌ها برای انتساب بیماری هپاتیت و ایدز به خون‌های تزریق‌شده و وجود آلودگی در خون، از نظریه نفی سایر اسباب استفاده کرده‌اند. این اقدام، رویکردی مطلوب و مورد نیاز است که در سایر حوادث پزشکی نیز باید مورد استفاده قرار گیرد، زیرا لزوم جبران خسارت بدنی از قربانیان حوادث پزشکی با اجرای قواعد عمومی احراز رابطه سببیت تأمین نمی‌شود؛ بلکه اعمال این قواعد منتهی به جبران نشدن صدمات جسمانی می‌گردد. از این رو، پیشنهاد می‌شود رویه قضایی ما نیز

همانند دادگاه‌های فرانسوی، بدون آنکه منتظر اصلاح و تصویب قوانین بمانند، خود پیشگام شده و با استفاده گسترده از اماره‌های قضایی و قراین اطمینان‌بخش، به احراز رابطه سببیت و انتساب خسارت به فعل پزشکی مبادرت ورزند تا از این طریق، نقش سازنده دادگاه‌ها در ایجاد قواعد حقوقی را نمایان ساخته و رسالت و آرمان خود را که تحقق عدالت و لزوم جبران ضرر نارواست، ایفا نمایند.

منابع

فارسی

- بادینی، حسن و محمدهادی جواهرکلام (۱۳۹۷)، «مطالعه تطبیقی مبنای مسئولیت مدنی عرضه کنندگان خدمات در حقوق اسلام، ایران و فرانسه»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۱۱۰.
- برهانی، محسن و آرش بادکوبه (۱۴۰۰)، «جایگاه نظر کارشناس در احراز رابطه سببیت»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- پارسا، الهه و دیگران (۱۳۹۷)، «تأملی پیرامون ماهیت حقوقی ضمان ناشی از تشخیص قبل از تولد به نگاهی به حقوق انگلستان»، حقوق پزشکی، شماره ۴۷.
- جوادی، سهیلا و عباس کریمی (۱۳۹۷)، «تجمع اسباب در خسارات پزشکی»، حقوق پزشکی، شماره ۴۷.
- جواهرکلام، محمدهادی (۱۳۹۸)، مبانی جبران خسارت‌های بدنی، رساله دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۰)، مبانی و اصول جبران خسارت بدنی، تهران: شرکت انتشار.
- خشنودی، رضا (۱۳۹۳)، «بهره‌گیری از رهیافت‌های نظام حقوقی فرانسه به منظور تسهیل اثبات مسئولیت پزشکی»، حقوق پزشکی، شماره ۳۱.
- رستمی، هادی و محمدهادی جواهرکلام (۱۳۹۵)، «احراز رابطه سببیت در فرض مداخله عوامل گوناگون در جنایات و خسارات...»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۵.
- ژوردن، پاتریس (۱۳۸۶)، تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی، ترجمه محمد ادیب، تهران: میزان.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۱)، «مبانی مسئولیت پزشک با نگاهی به قانون جدید مجازات اسلامی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸.
- صفایی، سیدحسین و محمدهادی جواهرکلام (۱۳۹۴)، «مبنای مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات...»، پژوهش‌های تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۲.
- صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۷)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ ۱۱، تهران: سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاظمی، محمود (۱۳۸۰)، «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۳.
- کاظمی، محمود (۱۳۸۴)، مسئولیت مدنی ناشی از اعمال پزشکی (با مطالعه تطبیقی)، رساله دکترای دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، با راهنمایی دکتر سیدحسین صفایی.
- کاظمی، محمود (۱۳۸۶)، «مسئولیت ناشی از انتقال خون آلوده»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۷، شماره ۳.
- مهتاب‌پور، محمدکاظم (۱۴۰۰)، «مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای...»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.

فرانسوی

- Borghetti, Jean-Sébastien (2012), "Qu'est-ce qu'un vaccin défectueux?", Recueil

Dalloz, p. 2853.

- Flour, Jacques; et Aubert, Jean-Luc (2009), *Les obligations*, t.2, par: Eric Savaux, 13e éd., Paris: Sirey.
- Hacene, A. (2017), “**Vaccin contre l’hépatite B: présomptions de défectuosité et de causalité conditionnées**”, Dalloz.
- Jourdain, Patrice (2001), “**Imputabilité d’une contamination virale à une transfusion sanguine**”, RTD civ., p. 889.
- Julien, J. (2008), “**De la responsabilité des fabricants de vaccins (ou du réveil de la causalité)**”, ART. PRÉC., P. 8-11.
- Julien, J. (Pas de date), “**Vaccination et produit défectueux, preuve et présomption**”, RLDC, Actualités, N° 3058.
- Lambert-Faivre, Yvonne (1998), “**L’indemnisation des victimes de préjudices non économiques**”, Les Cahiers de droit, Vol.39, No2-3.
- Lambert-Faivre, Yvonne (1993), “**L’indemnisation des victimes post-transfusionnelles du Sida: hier, aujourd’hui et demain...**”, Revue trimestrielle de droit civil, 92 (1).
- Lambert-Faivre, Yvonne; et Porchy-Simon, Stéphonie (2016), *Droit du dommage corporel, Systèmes d’indemnisation*, 8e éd., Paris: Dalloz.
- Le Borgne, Marine (2013/2014), *La présomption d’imputabilité en droit de la Sécurité Sociale, sous la direction de Augustin Emane*, Année universitaire.
- Le Tourneau, Philippe; et Cadirt, Lois (2002), *Droit de la responsabilité et des contrats*, paris: Dalloz.
- Lefeuvre-Darnajou, Karine (2003), “**Le lien de causalité ou la résurgence d’une certaine rationalité au sein de la responsabilité**”, Revue Juridique de l’Ouest, No4.
- Mazeau, Laurène (2014), “**L’imputation de la responsabilité civile en contexte d’incertitude scientifique et technologique**”, Statistiques et norms, No 4, p. 145-158.
- Millet, Laurent (2004), “**La prédominance de la présomption d’imputabilité dans la jurisprudence récente en matière d’accident du travail**”, Montreuil Confédération Générale du Travail.
- Quézel-Ambrunaz, C. (2010), “**La fiction de la causalité alternative fondement et perspectives de la jurisprudence ‘distilbéne’**”, Dalloz, P. 1162.
- Saint-Jours, Y. (1995), “**Accident du travail: l’enjeu de la présomption d’imputabilité**”, Dalloz.
- Saint-Jours, Yves (2001), “**Accidents du travail: Cour de Cassation (Ch. Soc.), 4 mai 2001**”, Droit Ouvrier.
- Salem, Géraldine (2015), *Contribution à l’étude de la responsabilité médicale pour faute en droits français et américain*, Thèse de doctorat: Droit médical, sous la direction de Cyril Clément, Université Paris VIII.
- Terré, François; Simler, Philippe; et Lequette, Yves (1999), *Droit civil: Les obligations*, 7e éd., Paris: Dalloz.
- Viney, Geneviève; et Jourdain, Patrice (1998), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Sous la direction Jacques Ghestin, 2e éd, Paris, L.G.D.J.

دیالکتیک پایایی و پویایی حقوق در رهیافت نظریه اصول حقوقی؛ با نگاهی به رویه قضایی^۱

مرتضی جمالی*، قاسم محمدی**

چکیده

یکی از اصلی‌ترین اهداف هر سیستم حقوقی، انتظام بخشی به زیست اجتماعی اشخاص حقیقی و حقوقی و در عین حال، هم‌گامی با تحولات روزافزون زندگی مدرن است. تحقق چنین کارکردی که از یک‌سو، مستلزم ثبات در احکام و وضعیت‌های حقوقی (به‌عنوان قابل‌پیش‌بینی بودن حقوق و تکالیف مخاطبان هر نظام حقوقی) و از دیگر سو، وابسته به هم‌گامی با نیازهای جدید است، در گرو تنوع منابع هر سیستم حقوقی می‌باشد. بررسی این منابع، حکایت از آن دارد که اصول کلی حقوقی، بیشترین ظرفیت را برای جامه عمل پوشاندن به این دو هدف اساسی داراست. به واقع، اگر قانون نوشته - آن گونه که از منظر اثبات‌گرایان - یگانه منبع حقوق سنتی بوده و هر آنچه را که از حقوق انتظار می‌رفت را، به تنهایی به دوش می‌کشید، ظهور شاخه‌ها و گرایش‌های نوین حقوقی ابهامات، تناقضات و خلأهای قانونی را بیش از پیش نمایان ساخته، ضرورت توجه به اصول کلی حقوقی را به‌عنوان منبعی پویایی‌بخش، که متعرض ثبات سیستم حقوقی نیز نبوده و حتی مقوم این پایایی به‌نظر می‌رسید، آشکار ساخت. بنابراین، پژوهش حاضر، این منبع نادیده انگاشته شده در حقوق کشورمان را، عاملی برای پویایی حقوق، ضمن حفظ استحکام و ثبات آن می‌داند. به دیگر سخن، پایایی و

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «نحوه استناد معتبر به اصول حقوقی در رویه قضایی (مطالعه تطبیقی در رویه قضایی ایران و کامن‌لا)» با راهنمایی آقای دکتر قاسم محمدی و مشاوره دکتر سیدمحمد قاری سیدفاطمی و دکتر منصور امینی در دانشگاه شهید بهشتی است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
(نویسنده مسئول) morteza.jamali69@gmail.com

** استادیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
gh.mohammadi@sbu.ac.ir

پویایی نظام حقوقی در رهیافت نظریه اصول حقوقی قابل تحقق است. روش تحقیق کتابخانه‌ای و با مطالعه رویه قضایی ایران بوده است.

واژگان کلیدی: اصول کلی حقوقی، انسجام حقوق، اثبات‌گرایی، پویایی حقوق

مقدمه

حقوق به‌طور ذاتی ثبات‌پذیر است و این وصف، لازمه دستیابی به اهداف آن است. این وصف حقوق به‌معنای تحول‌ناپذیری آن نیست؛ حقوق در عین حال که بر نظم موجود تکیه می‌کند، نیازها و نظم نوین را نیز اداره می‌کند. بدین ترتیب حقوق هم به‌طور طبیعی، ثبات‌پذیر است و هم پویا. مقصود ما از دیالکتیک در پژوهش حاضر، گنشی خردگرایانه است که در قالب یک نظریه جدید، دو دیدگاه حقوقی متضاد را جمع کند. به باور ما، وجود تضاد و تناقض، شرط تکامل فکر و دانش حقوق است و در این مسیر، دیالکتیک هگلی مبنای طرح بوده است. از دیدگاه این اندیشمند شهیر دیالکتیک، سازش تناقض‌ها و تضاد در وجود اشیاء، ذهن و طبیعت و در نتیجه، سیر از وحدت به کثرت و از وحدت به کثرت است (توماس، ۱۳۷۹: ۱۲۳). و چون این منطق خطایی را برای پیشبرد استدلال‌های پژوهش برگزیده‌ایم، لاجرم اصول حقوقی مبنای دقیق‌تری برای اثبات مدعا به‌نظر می‌رسد. چندان که یکی از محققان خوش ذوق معاصر، با ابداع عنوان توپیک‌های حقوقی و توصیف آن به دیدگاه‌هایی کلی که قوه انصاف مخاطب نمی‌تواند آن‌ها را نپذیرد، اصول کلی حقوق را بارزترین نمونه این توپیک‌های حقوقی و ابزار اصلی در فن دیالکتیک دانسته و با الهام از اصطلاحات ادبی، به موتیف‌های حقوقی^۱ یا توپوس‌های^۲ حقوقی تعبیر کرده‌اند که در تمام نظام‌های حقوقی نقل زبان حقوق‌دانان هستند (جعفری‌تبار، ۱۳۹۸: ۸۵ و ۹۰). به نظر می‌رسد مقصود ایشان از موتیف‌های حقوقی، نگاه به اصول حقوقی از منظر تکرارشدگی یا برانگیزندگی اصول حقوقی و توپوس‌های حقوقی، تعیین حدود و صغور فضایی است که در آن، گنش (در شکلی دیالکتیکی) رخ می‌دهد.

اصول کلی حقوقی، به‌عنوان یکی از منابع علم حقوق در روزگار کنونی، از جمله گزاره‌هایی است که به‌لحاظ مفهوم‌شناسی، به‌شدت اختلافی بوده و از این‌رو، ارائه تعریفی از آن، که جامع تمام مصادیق احتمالی و مانع از ورود مفاهیم مشابه - اما متفاوت - باشد را دشوار می‌نماید^۳. از جمله

1. Motif

2. Topos, Topoa

۳. این دشواری در بیان مفهوم اصول حقوقی تا بدانجا بوده است که برخی گفته‌اند اصول حقوقی در زمره مفاهیم القاء شده حقوقی هستند؛ به نحوی که با شنیدن آن، می‌توان بطور کلی و اجمالی به مقصود گوینده پی برد چرا که معنای

عواملی که بر ابهام در مفهوم اصول کلی حقوقی افزوده‌اند می‌توان به نانوشته بودن اکثر اصول حقوقی و عدم احصای مصادیق آن در حقوق موضوعه، پراکندگی اصول حقوقی در شاخه‌های متنوع این علم و عدم ارائه هیچ‌گونه تعریفی از آن در قوانین موضوعه، اشاره نمود. لذا به نظر می‌رسد برای رسیدن به تعبیری قابل اتکا از این نهاد حقوقی، لاجرم باید نظرات دانشمندان حقوق را مورد نظر قرار داد. برخی از اساتید حقوقی، با نگاهی جامعه‌شناختی، اصول کلی حقوقی را قواعدی نانوشته در یک جامعه معین دانسته‌اند که مورد پذیرش وجدان عمومی به‌عنوان قانون، قرار گرفته‌اند (Bekaert, 1963: 172) و برخی دیگر نیز، از اصول حقوقی به قواعد کلی که در تمام نظام‌های حقوقی پذیرفته شده‌اند و شامل اساسی‌ترین احکام حقوقی و حاکم بر تمام احکام جزئی می‌باشند تعبیر کرده‌اند (جعفری‌تبار، ۱۳۸۳: ۱۹۸). این تعبیر، با آنکه یک‌سره به بی‌راهه نرفته‌اند، لکن تنها بر یکی از جنبه‌های اصول کلی حقوقی یعنی پذیرفتگی اجتماعی آن، توجه داشته‌اند؛ وانگهی، انحصار اصول کلی حقوقی به یکی از اقسام آن یعنی اصول حقوقی نانوشته، گویای آن است که از منظر ایشان، توجه مقنن به اصول حقوقی و نفوذ آن در قوانین مصوب، موجب تغییر ماهیت اصول حقوقی می‌گردد، حال آنکه نگاه مقنن به اصول حقوقی، صرفاً می‌تواند کاشف از وجود چنین اصولی در سیستم حقوقی متبوع بوده و بدون فرایند تقنینی نیز، هر اصل کلی حقوقی معتبری، نافذ خواهد بود. ضمن آنکه تعریف اخیر صرفاً ناظر بر اصول کلی حقوقی مشترک در تمام نظام‌های حقوقی بوده و اصول حقوقی خاص هر نظام حقوقی را در بر نمی‌گیرد. از طرفی اصول حقوقی لزوماً مرتبط با حقوق اساسی نبوده و در مواردی، حقوق قابل اسقاط و قابل توافق خصوصی نیز موضوع یک اصل حقوقی می‌تواند باشد. لذا به نظر می‌رسد باید راه میانه را برگزید و نقش تمامی عوامل را در خلق اصول حقوقی در نظر گرفت. فلذا اصول حقوقی، «هنجارهایی کلی»^۱ دائمی (بدون تاریخ انقضای معین) هستند که حامل «هنجارهای حقوقی»^۲ تکلیفی یا وضعی بوده و مجهولات نظام حقوقی را بر مبنای متغیرهای دخیل و وضعیت‌های خاص وابسته به هر پرونده، آشکار ساخته یا «هست»‌های آن را به آنچه «باید» باشند رهنمون می‌سازند.

با توجه به وابستگی معنای متون هنجاری به رویه‌های زبان‌شناختی، گاه فقدان یا اختلاف نظر پیرامون قواعد یا عرف‌های ثابت در یک موضوع خاص، موجب می‌شود محتوای قانون در مرحله

این مفاهیم، هرچند به صورت مبهم، بر ذهن مخاطب می‌نشیند و کاشف از غرض گوینده است (Béchillon, 1998: 36 et 37).

1. Norme générale
2. Norme juridique

ثبوت حکم، متعین نباشد. تعین به رابطه توجیهی میان دلایل حقوقی و نتیجه دعوا مربوط می‌شود. عدم تعین قانون در اشکال اجمال، تعارض، نقص و سکوت قانون خود را نشان می‌دهد و همه این‌ها در شرایطی است که رفع تمامی آن‌ها بر عهده نظام قضایی است. از این‌رو، در سطوح مختلف فرایندهای قضایی، دادرسان ناچار به اتخاذ تصمیماتی درخصوص مؤلفه‌های ذهنی و قضاوت هنجاری-ارزشی^۱ هستند. از همین روست که اعطای آزادی عمل قضایی، راهکاری برای فائق آمدن بر محدودیت‌های حقوق موضوعه است. راجع به حاکمیت قانون و شیوه تفسیر آن دو دیدگاه کلی وجود دارد که متناسب با هر یک، جایگاه و نقش مقنن و محاکم، نیازمند باز تعریف هستند. دیدگاه منشأگرا یا انعطاف‌ناپذیر که تحت تأثیر هرمنوتیک عینیت‌گرا است و مطابق آن، حاکمیت اصول قانون موضوعه و شکل دستوری آن‌ها، مدنظر است. به فراخور چنین قرائتی، در تفسیر و تأویل قانون، به شیوه‌های ادبی یا تحت‌اللفظی و تنگ‌دامنه، بدون توجه به جنبه‌های هرمنوتیک، عمل می‌شود (آقایی، ۱۳۸۸: ۱۲۸). از این منظر، صلاحیت تفسیری قاضی از اراده قانون‌گذار نشئت گرفته است و اصل حاکمیت و برتری پارلمانی ایجاب می‌کند تا قضات در موضع مجری بی‌چون و چرای قانون باشند و تفاسیر آن‌ها به الفاظ و عبارات ظاهری مقید شود. صلاحیت قضایی اعطا شده توسط قانون‌گذار همچون دایره‌ای است که بخش‌های زائد و معیوب آن پیش‌تر توسط مقنن زدوده شده است، پس قاضی حق تصرف اضافی در آن ندارد (Elliot, 2001: 39). از دیدگاه خشک و انعطاف‌ناپذیر یا دکتترین خروج از صلاحیت، از آنجا که صلاحیت قضایی پیش‌تر از فیلتر قانون‌گذار گذشته است، پس معیار تصمیم‌گیری قضات، صرفاً قانون خواهد بود (فنازاد، ۱۳۹۱: ۶۲).

دیدگاه دوم، دیدگاه پویا یا در حال شکوفایی است. تفسیر مبتنی بر روش‌های پویا، مستلزم لحاظ تحولات حقوقی و همچنین زمینه‌های اجتماعی مربوط به متن و سوابق تاریخی و اجتماعی آن است. مطابق این نظر، الفاظ مکتوب قانون‌گذار غایت امور نیستند، بلکه حقوق دارای روح و عمقی ورای الفاظ صوری و ظاهری‌اند. قضات اختیارات تفسیری خود را در حالتی منسجم اعمال می‌کنند به نحوی که مجموعه واحدی از رویه‌های قضایی قابل پیش‌بینی خلق شود تا قضات را به آن‌ها متعهد و ملتزم نمایند. در این پژوهش، ابتدا پایایی (ثبات) حقوق، مبانی و نتیجه آن بر شناسایی اصول حقوقی بررسی گردیده سپس، ضمن ارائه دیدگاهی نزدیک به صواب از پویایی حقوق و زمینه‌های آن، امکان جمع میان این دو رویکرد (پایایی و پویایی حقوق) با استفاده از اصول حقوقی،

اثبات می‌گردد.

۱. پایایی حقوق؛ زمینه‌ها و آثار

همان طور که پیش‌تر بیان شد، ثبات‌پذیری از ویژگی‌های اصلی حقوق است. مفهوم این ثبات، زمینه‌ها و آثار آن بر اصول کلی حقوقی، موضوع بحث حاضر است.

۱-۱. مفهوم پایایی حقوق

حقوق به‌طور ذاتی پایدار است. اما این وصف را نباید به معنای رکود و انعطاف‌ناپذیری مطلق قواعد حقوقی دانست. چراکه اساساً ایستایی حقوق به مفهوم راکد و بی‌جان بودن آن نیست. پدید آوردن نظم اجتماعی، در وهله نخست با ثبات و استمرار قواعد حقوقی میسر می‌گردد. دو خطر همواره نظم اجتماعی را تهدید می‌کند: نظم و بی‌نظمی؛ نظم که موجبات دستیابی به عدالت و پیشرفت جامعه را فراهم نیاورد، خود بی‌نظمی است. در نقطه مقابل، با وجود بی‌نظمی و از مسیر آن، نمی‌توان به جامعه‌ای سعادتمند و بالنده دست یافت. تغییر پی در پی قواعد حقوقی، هرچند با انگیزه قواعد بهتر باشد، خود نوعی بی‌نظمی است. حقوق دنباله‌رو تحولات اجتماعی، فرهنگی و فن‌آورانه نیست، بلکه این تحولات را در راستای رسیدن به اهداف خود، رصد نموده و به نوعی مدیریت می‌نماید. حقوق باید پیش‌آمدها و حوادث را دسته‌بندی نماید، با عادات و رسوم زیان‌بار مبارزه کرده، حقوق و تکالیف را برپاسازد و از این رهگذر، تکامل و پیشرفت جامعه را محقق کند. انجام این وظیفه و رسیدن به آن هدف با ثبات قواعد حقوقی ملازمه دارد؛ دگرگونی مداوم آن نه تنها مانع دستیابی حقوق به اهداف اصلی آن می‌گردد، بلکه جز بی‌نظمی و آشفتگی، ثمره دیگری نخواهد داشت (ریپر، ۱۳۹۶: ۲ به بعد).

از سوی دیگر، اعتبار حقوق به ثبات آن بستگی دارد؛ زمانی که قاعده حقوقی ویژه‌ای برای یک مدت طولانی بر روابط شهروندان یک جامعه حاکم باشد، به‌گونه‌ای آن را عادلانه تلقی می‌کنند (Atiyah and Summers, 1987: 37) و چنان‌که حاکمیت در پی تغییر آن برآید، افکار عمومی نسبت به آن واکنش نشان می‌دهد. وانگهی، ثبات ذاتی حقوق تا جایی است که حتی در انقلاب‌های سیاسی و اجتماعی نیز از قواعد حقوقی نظام گذشته، بهره گرفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۴۹)، منطق چنین امری در این است که استقرار حکومت نوین با تکیه بر چهارچوب‌های حکومت پیشین ملازمه دارد (Ripert, 1955: 5). بدین ترتیب، تکیه انقلاب‌های سیاسی و اجتماعی بر نظم پیشین، ناشی از این واقعیت است که حقوق به‌صورت ذاتی ثبات‌پذیر است.

۱-۲. زمینه‌های پایایی حقوق

بیان شد که حقوق به‌صورت ذاتی ایستا است و لازمه تحقق هدف آن، اتصاف به این وصف

می‌باشد. بر این اساس، ایستایی ذاتی حقوق بر چند دلیل می‌تواند استوار باشد:

الف) ایجاد نظم و امنیت: نظم یکی از قدیمی‌ترین و جاودانه‌ترین ارزش و قانون جهان هستی است. رعایت نظم را باید برای مردم و از مردم خواست. غالب نظام‌های حقوقی پیشرفته بر یک اصل اخلاقی استوار هستند و این اصل اخلاقی، «نفع متقابل» است و قدر مسلم این است که این اصل اخلاقی، دست‌کم دربردارنده نظم اجتماعی است. در نگاه نخست، ایستایی ذاتی حقوق، مانع هرگونه تحول و پیشرفت به‌نظر می‌رسد لکن باید دانست، ثبات حقوق که از لوازم دستیابی به نظم اجتماعی و امنیت حقوقی است، از لوازم نیل به پیشرفت است: هرگاه نظم پایدار موجود نباشد و در پی آن امنیت مردم نیز فراهم نشود، خلاقیت و ابتکار نیز راه بروز و ظهور نمی‌یابد؛ بنابراین برای پدید آوردن شور و جنبش زندگی، جامعه به آرامش و امنیت نیاز دارد و این نیاز زمانی برآورده می‌گردد که قواعد حقوقی ثابت باشد. چنان‌که تجربه نشان می‌دهد حتی با تقدیم لایحه‌ای به مجلس نیز ممکن است معاملات در بازارهای مختلف مالی یا سرمایه، وارد فاز رونق یا رکود گردند. ازاین‌رو ثبات‌پذیری حقوق، شرط توسعه پایدار جامعه است.

ب) سهولت در پذیرش و اجرای قانون: پایایی قانون، اجرای آن را ساده‌تر می‌نماید زیرا، با گذشت زمان قواعد حقوقی به نوعی قواعد زندگی روزمره تبدیل شده و مردم با پذیرش و اجرای آن خو می‌گیرند. قاعده حقوقی نوینی که پا به عرصه حقوق می‌گذرد برای جاری شدن نیاز به مجرا دارد؛ لازمه یافتن این مجرا، گذشت زمان است چراکه سرشت آن اقتضای چنین چیزی را دارد. هرچه از عمر قانون بگذرد، روش دادگاه‌ها در اجرای آن روشن‌تر خواهد شد، با گذشت زمان از خشکی قانون کاسته شده و به عدالت نزدیک‌تر خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۴۹). حقوق در اثر برخورد نیروهای گوناگون به‌وجود می‌آید و چه بسا در این بین، برخوردهایی نیز صورت بگیرد و قاعده حقوقی نوین، ثمره تلاش برخی جریان‌های سیاسی، اجتماعی یا فرهنگی باشد، لکن بعد از رسمیت، با مرور زمان، رنگ جامعه را به خود می‌گیرد و مقبول آن واقع می‌شود؛ ازاین‌رو شرط اجرای آسان قواعد حقوقی، ثبات و پایایی آن است؛ رسیدن به هدف اصلی حقوق یعنی عدالت، زمان زیادی را می‌طلبد و بر این اساس حقوق به‌صورت ذاتی ثبات‌پذیر است.

۳-۱. انکار اصول کلی حقوقی برای نیل به ثبات حقوقی با رویکرد حاکمیت قانون

اندیشه اصالت فرد، دولت حداقلی، اعتقاد به حاکمیت قانون در مفهوم شکلی و افراطی آن، وفاداری شدید به تفکیک قوا و ناسازگاری با صلاحیت‌های اختیاری از برجسته‌ترین ویژگی‌های تئوری‌های حقوقی مخالف استناد به اصول حقوقی است. در ادامه به‌طور تفصیلی این مبانی و آثار آن بر نظریه اصول حقوقی مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۱-۳-۱. متن‌گرایی

رویکرد متن‌گرا، قضات را ملزم می‌سازد تا قانون را در پرتو معنای متن قانون با در نظر گرفتن خواست و نظر واضعان آن، تفسیر کنند. در چنین دیدگاهی، مراجع غیرمنتخب همچون قضات، به تفسیر و تغییر متن مجاز نیستند و اگر به تحول در قانون نیازی احساس شود، خود قانون‌گذار روش‌های بازنگری در آن را پیش‌بینی کرده است (Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2001: 8). این نگاه شدیداً شکل‌گرا، حقوق را صرفاً مجموعه‌ای از قواعد حقوقی مندرج در متن قانون مصوب دانسته که نتیجه نهایی تمام تصمیمات قضایی را از پیش مشخص می‌سازند. در این برداشت مضیق و شکلی از قانون، حاکمیت قانون به مثابه مجموعه‌ای از قواعد تعیین‌کننده نتیجه، تلقی می‌شود. در واقع بر اساس این نظریه، برای کشف اراده مقنن باید قانون را ملاحظه کرد و در صورت ابهام در قانون و مقصود مقنن، می‌توان آن را تفسیر کرد و تفسیر نیز چیزی جز کشف مراد قانون‌گذار از طریق بررسی متن قانون نخواهد بود. در این صورت، روش متن‌گرا می‌تواند به برداشتی کاملاً سطحی از قانون منجر شود و قاضی را از کوشش برای رسیدن به برداشتی عمیق و پویا از قانون بازدارد. اما مهم‌ترین توجیه مدافعان این مکتب، صیانت از استقلال قوا و حاکمیت پارلمان است. یعنی چنانچه قوه قضائیه امکان تفسیر موسع و پویا را از قانون داشته باشد، در واقع وارد حوزه صلاحیت مقنن شده و حاکمیت قانون را به چالش کشیده است و اراده مقامات انتصابی را جایگزین اراده مقامات انتخابی خواهد کرد. تأکید بر «حاکمیت قانون» در مقابل «حکومت قضات» از نتایج این رویکرد است (یاوری و حسنوند، ۱۳۹۸: ۲۴۸ و ۲۴۹).

۱-۳-۲. تقدس قانون؛ ره‌آورد نظریه قرارداد اجتماعی

در اواخر قرن هفده و اوایل قرن هجدهم، نظریه سیاسی لیبرالیسم به وجود آمد. مانند هر نظریه سیاسی دیگر، از لیبرالیسم قرائت‌های مختلفی وجود دارد. اما صرف‌نظر از این پیچیدگی و تنوع قرائت‌ها، هر قرائت از لیبرالیسم جایگاهی بنیادی برای حکومت قانون نگاه می‌دارد. حکومت قانون و لیبرالیسم پیوندی ناگسستنی دارند به نحوی که به یقین می‌توان گفت نظریه حکومت قانون به نحوی که امروزه مطرح است، ریشه در افکار نظریه‌پردازان لیبرال دارد. البته باید متذکر شد که خود قانون، قدمتی بیشتر از نظریه حاکمیت قانون دارد و در نوشته‌های ارسطو و افلاطون، پابند بودن به قانون مطلوب دانسته شده، اما نظریه حکومت قانون به نحوی که امروزه مطرح است، حاصل نظریه لیبرالیسم سیاسی می‌باشد (Tamanaha, 2004: 32).

به نظر لیبرال‌ها منشأ قانون و جامعه، قراردادی است اجتماعی که میان انسان‌های آزاد منعقد گشته است. پیش‌فرض اصلی قرارداد اجتماعی پذیرش آزادی انسان‌هاست. به بیان جان لاک، افراد

بشر در وضعیت طبیعی زندگی می‌کردند. در این وضعیت، آن‌ها قبل از انعقاد آزاد بودند اما زندگی بدون قانون در وضع طبیعی متزلزل و مستعد درگیری است. حفظ صلح، نیازمند وجود قوانین، مجریان و قضات بی‌طرف است. به همین دلیل اشخاص مستقل و آزاد برمی‌گزینند که مقداری از آزادی خود در وضع طبیعی را، فدای آزادی در پناه قانون نمایند. لذا قراردادی به نام قرارداد اجتماعی منعقد می‌کنند که مفاد آن این است که حکومتی با اختیار وضع و اجرای قانون تشکیل گردد (Tamanaha, 2004: 55). گذشته از آزادی افراد، نظریه قرارداد اجتماعی پیش‌فرض دیگری هم دارد و آن برابری افراد است. برابری در لیبرالیسم، توأمان با آزادی است. به دلیل برابری افراد است که همه می‌توانند در قرارداد اجتماعی مداخله کنند. چون انسان‌های برابر، شأن و منزلت برابر دارند؛ در مقابل قانون برابر هستند و حقوق سیاسی برابر دارند. ایراد اساسی نظریه قانون به عنوان منبع منحصر حقوق در این است که قانون‌گذار قادر به پیش‌بینی همه حوادث و مسائل آینده نیست و در نتیجه انتظار تصویب قاعده حقوقی توسط آن برای پاسخ‌گویی، معقول نیست (عابدی فیروزجانی، ۱۳۹۷: ۱۴۶).

۳-۱-۳. حقوق به عنوان امری فطری

حقوق فطری یا طبیعی بر این اندیشه توماس آکویناس استوار است که: «کنش انسان از هستی تبعیت می‌کند». به عبارتی، در حقوق موضوعه از آنچه هست سخن رانده می‌شود و در حقوق طبیعی، از آنچه باید باشد. از سوی دیگر، حقوق فطری در معنای مرسوم خود، ناشی از اراده خداوند و هدف آن اجرای این اراده است. از این رو، حقوق فطری دگرگونی‌ناپذیر و ایستا محسوب می‌گردد و تغییرات زمانی و مکانی، خدشه‌ای به اعتبار آن وارد نمی‌سازد. چنان‌که هوریو معتقد است: مفهوم «حقوق فطری» با «تغییر پذیری» در تعارض است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰۱).

۴-۳-۱. قصدگرایی

مکتب قصدگرایی یا نظریه توافق، هم‌سو با مدل دموکراسی اکثریتی است. مطابق این دیدگاه، تابعان (مردم) با نمایندگان خویش قراردادی بسته‌اند تا قانون اساسی کشور وضع شود و برای هرگونه تفسیر، محتاج کشف مقاصد مورد نظر واضعان هستیم. در توجیه این نظر گفته شده که قانون اساسی به مثابه قانون برتر و زیرساخت جامعه است که هم‌گام با مقتضیات اجتماعی و سیاسی، جز با رفراندوم عمومی، دستخوش تغییر نخواهد شد. در نتیجه، قضات هیچ نقشی در مقام ابداع یا توسیع و تضییق نصوص این قانون ندارند. طبق این رویکرد اگر اصلاحیه پنجم قانون اساسی آمریکا گفته است: «حق حیات هیچ‌کس را نمی‌توان سلب کرد مگر با تجویز قانون و رعایت فرایند منصفانه آن»، پس امروزه باید این اصل را با قصد و اراده وقت قانون‌گذار وقت، تأویل کرد و

نمی‌توان نظر طرفداران امروزی جرم‌زدایی از سقط جنین را توجیه کرد (Beaty, 2004: 55). برای فهم یک متن باید حداقل فهم دو امر موجود باشد؛ هم قصد فهمیده شدن و هم قصدی که این قصد فهم شود: «متن به مثابه عمل ارتباطی قصدشده». قصدگرایی مانند متن‌محوری یکی از شقوق دیدگاه خشک و انعطاف‌ناپذیر نسبت به قانون است؛ اما تفاوت در آن است که در اولی واژگان و معانی ممکن است دچار تحول معنایی شوند یا با چند تفسیر مواجه شوند. ولی در روش قصدگرایی، کشف اراده قانون‌گذار وقت، محوریت دارد.

۲. گذار از ایستایی به پویایی حقوق از مسیر اصول کلی حقوقی

تکلیف قانون بر حل و فصل دعاوی هم‌زمان با عدم تعیین قانون موضوعه در موارد متعدد، نظام‌های حقوقی را به تکاپو انداخت تا ضمن یافتن راه‌حلی برای برون رفت از چنین بن‌بستی، انسجام سیستم حقوقی را نیز حفظ نمایند. تبیین مبانی فلسفی این مهم، موضوع بحث حاضر است. در این مبحث، همراه با نقد ضمنی دلایل طرفداران ایستایی حقوق، با اتخاذ روش هنجاری از واقعیت کنش قضایی، بهترین مسیر برای ایجاد تعادل میان اصل حاکمیت قانون و آزادی عمل قضایی از رهیافت استفاده از اصول حقوقی شناسایی می‌شود تا روشن‌گر مرزهای مشروع آزادی عمل قضایی در سپهر حاکمیت قانون باشد.

۲-۱. مفهوم پویایی حقوق

پاره‌ای از نویسندگان، دگرگون‌پذیری را جزء و در شمار ویژگی‌های ذاتی حقوق دانسته و برآنند که این ویژگی ذاتی در حقوق موضوعه، بنا به دلایل مختلف رو به افزایش است. قانون، دیگر یک قاعده حقوقی مسلم و تغییرناپذیر نیست. همین که یک قاعده حقوقی به عنوان یک قانون بشری ساخته شده است، تغییرپذیر تلقی می‌شود و دیگر، سنتی مقدس به شمار نمی‌رود (Aryan civilization, 1871: 127). چون زائیده اراده کسانی است که آن را پدید آورده‌اند به همین جهت، به‌سان همین اراده، تغییرپذیر است (لوی برول، هانری و دیگران، ۱۳۷۱: ۵) قانونی که تصویب می‌شود، بیش از آنکه ارائه یک راهکار حقوقی باشد، بیان‌گر تحول و پویایی است^۱. مقصود از پویایی در این جا آن است که در قواعد حقوقی انعطاف‌پذیری ایجاد گردد که در اثر گذشت زمان، کارایی خود را از دست ندهد و با تحولات اجتماعی هم‌گام شود. مصالح و نیازهای هر جامعه، با سپری شدن زمان تغییر می‌یابد و قانون نیز باید با این تغییرات، سازگار باشد در غیر این صورت، همچون وصله‌ای ناهمگون بر پیکره نظام حقوقی جامعه خواهد بود. از سوی دیگر، «این نکته که حقوق تحول‌پذیر است، به‌نوعی

1. La loi qui set fait aujourd'hui, traduit plutôt un dynamisme qu'une technique (Ripert, 1955: 58)

بیانگر ثبات ذاتی آن است» (Ripert, 1955: 28). تحول یک پدیده هنگامی معنا پیدا می‌کند که اساس آن حفظ و زنگار کهنگی از چهره آن زدوده شود.

۲-۲. زمینه‌های پویایی حقوق

علم حقوق، جنبش و دگرگونی‌پذیری دیگر علوم را ندارد. با این حال، حقوق دگرگون‌ناپذیر هم نیست و توانایی پیشرفت و پویایی برحسب نظام ویژه خود را دارد. زمینه‌های پویایی حقوق ذیلا بررسی می‌گردد.

الف) نیازهای نوین اجتماعی؛ نظم حقوقی ناشی از تولید انبوه: رشد روزافزون فناوری و تحولات صنعتی، نیازهای نوینی را پدید می‌آورد و حقوق ناگزیر است هم‌گام با این دگرگونی‌ها، آن را اداره کند. به همین جهت نیاز به قواعد حقوقی، متناسب با نیازهای نوین است. دگرگونی‌های ناشی از تولید انبوه، اوج دگرگونی‌های اساسی در نظم اجتماعی است که از زمان انقلاب صنعتی شروع شده و ادامه دارد و «اصول و قواعد اساسی صنعت‌گرایی»^۱ در اوج بالندگی قرار دارد. با پایدار شدن تولید انبوه، مشکل تنها اداره نظم اجتماعی سنتی پیشین نیست؛ یک اصل نوین سازماندهی اجتماعی نیز مطرح است (Druker, 1992: 20). از این رو، برای اداره نظم حقوقی موجود و نیز پیدایش نظم نوین، نیاز به قواعد حقوقی متناسب است. چنان‌که پیدایش مسئولیت سازمانی و نظریه تقصیر اقتصادی، نتیجه دگرگونی‌های ناشی از تولید انبوه است.

ب) نظم پویا: در علم جامعه‌شناسی، نظم را به سه دسته تقسیم‌بندی می‌کنند: نظم ایستا، نظم در حال زوال و نظم پویا. حقوق نیز از نظام اجتماعی بوده و می‌توان این دسته‌بندی را در آن نیز لحاظ کرد:

۱. حقوق به‌طور ذاتی ثبات‌پذیر است اما تحول‌ناپذیر نیست؛ از سوی دیگر دنباله‌رو تحولات نبوده بلکه آن را مدیریت می‌نماید. در این فرض تنها انعطافی که حقوق می‌تواند از خود نشان دهد، محدود به حفظ و باز تولید خود خواهد بود. این نظم را می‌توان نظم ایستا نامید که در آن، عوامل پایایی حقوق بر عوامل پویایی آن چیره می‌گردد.

۲. دگرگونی حقوق در پی هر تحول و پیشرفتی، به بی‌نظمی و بی‌عدالتی منجر می‌شود. این در حالی است که اعتبار علوم می‌مانند زیست‌شناسی و پزشکی در گرو پویایی و پیشرفت علمی است. اگر چنین تحلیلی را در حقوق نیز بپذیریم، پیامدی جز هرج و مرج اجتماعی نخواهد داشت و نظم موجود را نیز باید نظم در حال زوال خواهد بود.

1. The basic principles of industrialism

۳. نوع دیگری از نظم حقوقی، نظم پویاست: در پی تحولات مختلف سیاسی، اجتماعی، علمی، فرهنگی و...، حقوق در راستای رسیدن به اهداف خود، باید با آن‌ها هم‌گام شود. از این جهت، امکان تغییر نظم حقوقی موجود نیز فراهم خواهد شد. چنین نظامی را می‌توان نظم پویا نامید. در واقع مقنن در رویارویی نیروهای بازدارنده و محرک حقوق، به انتخاب شایسته دست می‌زند و بین دو ارزش مطلوب حقوق یعنی نظم و عدالت، دست به انتخاب می‌زند. به هر روی، بالندگی حقوق در این است که در راه رسیدن به اهداف خود، چشم بر واقعیات و تحولات موجود نبندد (شیخ الاسلامی کندلوس، ۱۳۹۳: ۱۷۸). برای نمونه، با آنکه هیچ مقررۀ قانونی‌ای تصریح بر اصل استقلال امضاها در اسناد تجاری نکرده است، دکترین و رویه قضایی، ضمن شناسایی این اصل حقوقی، خلاف آن را نیازمند تصریح قانونی دانسته‌اند تا ضمن حفظ نظم حقوقی، با مقتضیات اسناد تجاری که نسبت به اسناد مدنی نوین و متفاوت محسوب می‌شود، هم‌گام عمل شود؛ معمولاً امضاکنندگان متعددی در سند تجاری مداخله نموده و تحت شرایطی مسئولیت پرداخت را بر عهده می‌گیرند. بر مبنای اصل استقلال امضاها، هر امضایی باید مستقل و بی‌ارتباط با امضاها، دیگر در نظر گرفته شود. صحت یا بطلان هر یک از امضاها، مندرج در سند نباید به امضاها، دیگر تسری پیدا کند و آثار و وضعیت حقوقی آن را تغییر دهد. هر امضا بیان‌گر تعهد مستقل نسبت به امضاها، دیگر و حاکی از تعهد امضاکننده آن است مگر در مواردی که به موجب قانون بطلان و بی‌اعتباری آن احراز گردد (اسکینی، ۱۳۷۴: ۸۳). در حکم شماره ۵۳۷/۷۱ شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور بر اساس همین اصل آمده است: «اعتراض تجدیدنظر خواه به رأی تجدیدنظر خواسته، نتیجتاً وارد است چه سفته مستند دعوا از ناحیه آقای... و به حواله کرد بنیاد... صادر و با ظهرونیسی به بانک تجدیدنظر خواه منتقل کرده است، بانک مذکور در حین دریافت سفته‌های مدرکیه وظیفه‌ای از نظر بررسی در این خصوص که تنظیم آن‌ها بین نامبردگان صوری بوده است یا خیر، نداشته و اصولاً مواد ۲۴۹ و ۳۰۹ قانون تجارت به دارنده سفته اختیار داده است تا علیه متعهد و ظهرونیس یا ظهرونیسان یا برخی از آن‌ها طرح دعوا نماید و وجود هرگونه رابطه یا تعهد یا مدرکی بین مشارالیه نمی‌تواند سد راه اقدامات دارنده سفته به حساب آید... فلذا رأی شماره... مخدوش است...» (علل نقض آرای حقوقی در دیوان عالی کشور، ۱۳۷۶: ۱۸۹).

ج) عدالت: مقنن برای دستیابی به نظم اجتماعی و عدالت، اقدام به قانون‌گذاری می‌کند. عدالت، در هر شرایط مکانی و زمانی، با توجه به وضعیت اقتصادی، سیاسی و اجتماعی مشخص شود و نباید آن را مفهومی ثابت پنداشت. آرمان عدالت و مصداق‌های آن ثابت نیست و باید به جای عدالت جاودانه، در پی عدالت زمانه گشت (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۴). لذا چنانچه نظم حقوقی موجود

عادلانه نباشد، قانون‌گذار ناچار به تغییر وضع موجود خواهد بود.

۲-۳. اصول حقوقی در مکاتب حقوقی پویا

تکلیف قانون بر حل و فصل دعاوی هم‌زمان با عدم تعیین قانون موضوعه دست‌کم در موارد عدیده، نظام‌های حقوقی را به تکاپو انداخت تا ضمن یافتن راه‌حلی برای برون رفت از چنین بن‌بستی، انسجام سیستم حقوقی را نیز حفظ نمایند. در این مبحث، مکاتب مربوطه و دلایل جمع میان پایایی با پویایی حقوق از طریق اصول حقوقی بررسی می‌گردد.

۲-۳-۱. شناسایی اصول حقوقی، نتیجه فلسفه اخلاقی دورکینی

اگر به عملکرد قضات و حقوق‌دانان نگاه کنیم ملاحظه می‌شود که گذشته از استناد به قواعد حقوقی به اصول حقوقی هم استناد می‌کنند. سؤالی که بین فیلسوفان حقوق مطرح است این است که آیا حقوق‌دانان در مواردی که قانون متعین نیست تکلیف به رعایت اصول حقوقی دارند یا نه؟ دورکین عقیده دارد که چنین تکلیفی وجود دارد. وی در نقد قاعده شناسایی مورد نظر هارت، می‌نویسد: «قاعده شناسایی مورد نظر هارت اصول حقوقی را شامل نمی‌شود» (Dworkin, 1972: 867). به نظر دورکین، پذیرش این ادعا که در هر نظام حقوقی معیاری وجود دارد که به‌طور عام پذیرفته شده و بر اساس این معیار، قاعده حقوقی از سایر قواعد تمیز داده می‌شود، تنها در صورتی درست است که فقط قواعد حقوقی ساده که در مجموعه قوانین یافت می‌شود مورد نظر باشند؛ اما قضات، وکلا و اساتید حقوق در مقام استدلال نه تنها به قواعد حقوقی استناد می‌کنند بلکه برای اصول حقوقی نیز جایگاه شایسته‌ای قائل هستند^۱. به نظر دورکین، مکتب تحقیقی حقوقی برای اینکه نشان دهد نظریه قاعده شناسایی اجتماعی درست است، باید دست به انتخاب بین دو گزینه بزند. گزینه اول آن است که اثبات کند وقتی به اصول حقوقی استناد می‌شود بحث بر سر اینکه حکم قانون در مورد مسئله مورد رسیدگی چه می‌باشد نیست بلکه بحث بر سر این است که حکم مسئله چه باید باشد. به بیان دیگر باید اثبات کنند که وقتی قانون حکمی در مورد مسئله‌ای ندارد، دست قاضی باز و دارای اختیار است تا بر حسب صلاح‌دید خود عمل نماید. گزینه دوم آن است که مکتب مذکور اثبات کند که برخلاف نظر دورکین، قاعده اجتماعی شناسایی در مورد اصول حقوقی

۱. به‌عنوان مثال ماده ۸۸۰ قانون مدنی ایران، قاتل را از ارث مورث محروم می‌کند؛ اما در مورد کسی که حاجب خود را به قتل برساند تا وارث بالفعل باشد حکمی مقرر نشده است. در مورد این مسئله برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۷: ۲۱۵) با استناد به اصل قانونی بودن مجازات‌ها قاتل را از ارث محروم ندانسته‌اند؛ اما برخی دیگر با استناد به اصل «هیچ کس نمی‌تواند از خطای خود بهره‌مند شود»، او را شایسته ارث بردن ندانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۳).

نیز اعمال می شود و اصول حقوقی را از اصول غیرحقوقی جدا می سازد. به نظر دورکین انتخاب هر یک از دو گزینه توسط مکتب تحقیقی حقوقی نمی تواند موفق باشد (Dworkin, 1972: 874).

طرفداران مکتب تحقیقی حقوقی در پاسخ به این نظر دورکین که قاعده شناسایی اصول حقوقی را در بر نمی گیرد، بیان داشته اند که درست است که هارت از اصول حقوقی سخن نمی گوید و موضوع سخنش قواعد حقوقی است اما او مفهوم موسع قاعده را مورد نظر دارد و دورکین مفهومی کاملاً مضیق از قاعده حقوقی ارائه می کند. بنابراین وقتی هارت از قواعد حقوقی سخن می گوید باید سخنش را به نحوی فهمید که اصول حقوقی را هم شامل گردد. نتیجه این انتقاد از دورکین آن است که گفته شده اختلاف میان دورکین و هارت آن قدر وسیع نیست که دورکین ادعا می کند. دورکین تنها معتقد است که قاعده شناسایی باید پیچیده تر از آن چیزی باشد که هارت می گوید (Leiter, 2005: 11). بدین سان دورکین هم معتقد به قاعده شناسایی است اما قاعده شناسایی ای که پیچیده تر است و اصول حقوقی را هم شامل می شود. از آن جایی که هارت هرگز نمی گوید که معیار اساسی تمیزبخش میان قواعد حقوقی و قواعد اخلاقی یک معیار ساده است لذا اختلافی واقعی میان دورکین و هارت وجود ندارد. خصوصاً اینکه دورکین معتقد است همه اصول، اصول حقوقی نیستند. دورکین برای تشخیص اصول حقوقی از اصول دیگر، معیاری ارائه می کند و آن را معیار «حمایت نهادی»^۱ نام می نهد. اعتقاد به این معیار نشان می دهد که دورکین نیز معتقد به معیاری برای تمیز اصول حقوقی از سایر اصول است (Dworkin, 1972: 875).

در پاسخ به این ایراد، دورکین سه نظریه مختلف را بیان می کند که هر سه به معیار تمیز قواعد حقوقی از قواعد غیرحقوقی ارتباط دارد. در بیان این سه نظریه، دورکین از تفکیک مهمی استفاده می کند: میان این که بگوییم رفتار یکسان اعضای جامعه، تشکیل دهنده قاعده اجتماعی است و این که بگوییم رفتار یکسان اجتماعی دلیل و بهانه لازم را برای بیان یک قاعده هنجاری فراهم می کند تفاوت وجود دارد. به نظر طرفداران مکتب تحقیقی، رفتار یکسان قضات در استناد به قواعد مصوب دولت، یک قاعده اجتماعی را می سازد که بر اساس آن قضات باید برای تعیین حقوق و تکالیف مردم به قواعد مصوب حکومت استناد نمایند. اما به نظر تفسیرگرایان، رفتار یکسان قضات دلیل به دست می دهد تا حقوق دان این رفتار را تفسیر کنند. حاصل تفسیر یک قاعده هنجاری است و تکلیف به رعایت قانون از این قاعده هنجاری نشئت می گیرد (Dworkin, 1972: 875).

بر طبق نظریه اول در هر کشوری قاعده ای اجتماعی یا مجموعه ای از قواعد اجتماعی در بین

جامعه قضات وجود دارد که مشخص می‌سازد قضات آن جامعه چه قواعد یا اصولی را باید جزو حقوق دانسته و رعایت کنند. بر طبق نظریه دوم در هر نظام حقوقی قاعده‌ای هنجاری، معیار تشخیص قواعد و اصول حقوقی است. به عنوان مثال کسی که نظریه دوم را می‌پذیرد عقیده دارد که در انگلیس قضات مکلف هستند فقط قوانین و سوابق قضایی را جزو قواعد حقوقی بدانند خواه در واقع امر جامعه قضات به این قواعد استناد می‌کند یا استناد نمی‌کند. در نظریه دوم رفتار جامعه قضات مهم نیست. قاعده هنجاری ثمره تفسیر است نه ثمره توافق؛ مفسر با دخالت دادن ارزش‌ها منابع حقوق را مشخص می‌کند. بر طبق نظریه سوم در هر نظام حقوقی اکثر جامعه قضات پذیرای قاعده‌ای هنجاری هستند که این قاعده هنجاری مشخص می‌کند کدام قواعد و اصول، حقوقی هستند و قضات باید به هنگام صدور حکم، آن‌ها را رعایت کنند. به عنوان مثال، اگر احکام قضات انگلیس بررسی شود معلوم می‌گردد که هر قاضی‌ای در این نظام، تابع قاعده هنجاری خاصی است که منابع حقوق را مشخص می‌کند. اختلاف میان دورکین و هارت در مورد نظریه اول است. هارت آن را می‌پذیرد ولی دورکین با آن مخالف است. پذیرش یا رد این نظریه بسیار مهم است چون اعتقاد به جدایی یا آمیختگی حقوق و اخلاق مبتنی بر پذیرش یا رد این نظریه است. اگر نظریه اول درست باشد در هر نظام حقوقی معیاری وجود دارد که عموماً از طرف اعضای جامعه پذیرفته شده و به شکل قاعده‌ای اجتماعی، قواعد و اصول حقوقی را از قواعد و اصول اخلاقی جدا می‌سازد. اما اگر نظریه اول نادرست باشد چنین معیاری وجود ندارد.

پذیرش نظریه دوم یا سوم به معنای پابندی به وجود قاعده اجتماعی شناسایی نیست. اگر کسی معتقد باشد که قضات مکلف هستند برخی اصول را به عنوان اصولی حقوقی به رسمیت بشناسند و تکلیف ندارند که برخی دیگر را اجرا نمایند، این اعتقاد به معنی پذیرش قاعده شناسایی اجتماعی نیست؛ چون معتقد به چنین نظری ممکن است به نظریه دوم ملتزم باشد (Dworkin, 1972: 868-874).

در میان نظریه پردازان مکتب تحقیقی، ژوزف راز^۱ معتقد است که قاعده شناسایی پیچیده‌تری نسبت به آنچه هارت بیان می‌دارد اصول حقوقی را هم شامل می‌شود. به نظر او اصول مورد استناد قضات را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد. قضات مکلف هستند اصول دسته نخست را رعایت کنند ولی نسبت به اعمال یا عدم اعمال اصول دیگر صلاح دید دارند. معیار جدایی این دو دسته به نظر راز، عرف قضایی^۲ است. اگر یک اصل خاصی به وسیله قضات در یک دوره زمانی نسبتاً طولانی

1. Joseph Raz

2. Judicial Custom

مورد استناد قرار گیرد به نحوی که قضات خود را مکلف به رعایت آن اصل بدانند، اصل مذکور اصلی حقوقی است. به عقیده وی، عرف قضایی در کنار قاعده شناسایی مورد نظر هارت قرار می‌گیرد و مجموعاً قاعده شناسایی را تشکیل می‌دهند. اگر عرف قضایی مؤید اصلی نباشد آن اصل حقوقی نیست و قضات در مورد اجرای آن دارای صلاح دید هستند (Raz, 1972: 852).

از دید دورکین، نظر راز یک ایراد بزرگ دارد: بسیاری از اصولی که قضات به آن‌ها استناد می‌کنند محل اختلاف هستند و اصولی که در مورد وجودشان اختلاف نیست، ارزش‌شان مورد اختلاف است. وجود این اختلاف‌ها نشان می‌دهد که عرفی درخصوص آن‌ها میان حقوق‌دانان وجود ندارد (Dworkin, 1972: 875).

از دیگر نویسندگانی که تلاش نموده قاعده اجتماعی مورد نظر هارت را تکمیل کرده و آن را به نحوی ترتیب دهد که اصول حقوقی را هم شامل شود سارتریس^۱ است. او برخلاف راز به «صلاح دید» اعتقاد ندارد و در رد آن با دورکین موافق است؛ بنابراین قصد دارد معیاری برای شناسایی پیدا کند که اصول را شامل گردد. او از استدلال‌های دورکین، علیه خودش بهره می‌جوید و متن زیر را از نوشته‌های او مورد استناد قرار می‌دهد: «... اگر به ما ایراد بگیرند که از ادعای خود مبنی بر اینکه برخی اصول، اصولی حقوقی هستند ما باز گردیم به پرونده‌های گذشته که در آن‌ها به این اصول استناد شده اشاره می‌کنیم. همچنین ما به قوانینی استناد می‌کنیم که به نظر می‌رسد این اصول را متجلی می‌سازند... اگر ما نتوانیم چنین حمایت‌های نهادی را بیابیم ما از ادعای خود دست بر خواهیم داشت؛ هر چه حمایت نهادی بیشتری بیابیم می‌توانیم ارزش بیشتری به اصل بدهیم». سارتریس با نقل این متن بر معیار «حمایت نهادی» دست می‌گذارد. به نظر او معیاری که وجود دارد معیار حمایت نهادی است. منظور از حمایت نهادی آن است که بتوان گفت اصل، توجیه کننده مقررات حکومتی است. بر طبق معیار نهادی، آن اصلی اصل حقوقی است و قاعده اجتماعی شناسایی شامل آن می‌شود که مبنای وضع مقررات حکومتی است. بر طبق این معیار اگر قصد داشته باشیم معلوم سازیم که اصل «هیچ کس نمی‌تواند از خطای خود بهره‌برد» یک اصل حقوقی است یا نه باید بدانیم که آیا این اصل هدایت‌گر قانون‌گذار در وضع قوانین بوده است؟ پاسخ به این سؤال مستلزم آن است که به تصمیمات گذشته قانون‌گذار توجه کنیم و اصول مطلوب او را استخراج نماییم (Sartorius, 1972: 891-897).

به عقیده دورکین حمایت نهادی نمی‌تواند قاعده‌ای اجتماعی برای تعیین اصول حقوقی فراهم

1. Rolf, E, Sartorius

کند. علت این ناتوانی اختلافی است که حقوق دانان در مورد اصول حقوقی دارند. فرض کنیم حقوق دانان کشوری قصد دارند همه قواعدی را که در کشور آنها حقوقی هستند جمع آوری کنند. بعد از مشخص کردن این قواعد، اکنون فرض کنیم حقوق دانان مذکور بخواهند اصول حقوقی توجیه کننده این قواعد را مشخص سازند. مطمئناً هر حقوق دانی یک نظریه حقوقی بیان می کند و در آن نظریه اصول حقوقی توجیه کننده پذیرش قواعد را بیان خواهد کرد. در هر نظریه، گذشته از بیان اصول، ارزش هر یک هم مشخص می شود. هر حقوق دانی اصولی را که خود قبول دارد، اصولی می داند که توجیه کننده قواعد نظام حقوقی است. به یقین همه نظریه ها را نمی توان درست دانست؛ پس چاره آن است که یکی از آنها را از همه بهتر بدانیم و قاعده شناسایی را به این شکل بیان کنیم: «اصولی جزو اصول حقوقی است که در قالب بهترین نظریه حقوقی که می تواند توجیه کننده قواعد حقوقی باشد، بیان گردیده باشد». مطمئناً سارتریس نمی تواند بگوید هر یک از نظریه های حقوق دانان یک قاعده اجتماعی را تشکیل می دهد. هر یک از نظریه های حقوق دانان قاعده ای هنجاری را بیان می کند نه قاعده ای اجتماعی. همان طور که در اول این بحث آمد در مورد معیار تشخیص مقررات حقوقی سه نظریه می توان بیان کرد. اولین نظریه، معیار تشخیص مقررات حقوقی را قاعده اجتماعی می داند و نظریه های دوم و سوم، معیار را قاعده هنجاری. در اینجا نیز هر یک از نظریه های که حقوق دانان بیان می کنند یک نظریه هنجاری برای تشخیص قواعد حقوقی به دست می دهد. زیرا اصولی که هر حقوق دان مهم می پندارد با اصولی که دیگران مطلوب می شمارند متفاوت است. در صورتی هم که بر اصولی اشتراک نظر وجود داشته باشد هر حقوق دانی ارزش متفاوتی برای اصول مورد احترام خود قائل خواهد شد؛ در نتیجه هیچ یک از نظریه های ارائه شده، قاعده اجتماعی نیست.

بدین سان به عنوان خلاصه بحث می توان گفت که اگر به مانند مکتب تحقیقی قاعده شناسایی را جداکننده حقوق از اخلاق و مبنای تکلیف به رعایت قانون بدانیم به این نتیجه می رسیم که در موارد عدم تعین قانون، قاضی تکلیفی به رعایت اصول حقوقی ندارد؛ زیرا این قاعده اصول حقوقی را در بر نمی گیرد. همچنین اگر بخواهیم قاعده شناسایی را توسعه بدهیم تا اصول حقوقی را هم در بر بگیرد دیگر قاعده شناسایی، قاعده ای اجتماعی نیست و مجبور می شویم برخلاف اصل پایه ای پوزیتیوسم، ارزش ها را در حقوق مداخله دهیم. اما نظریه تفسیری با شناسایی ارزش انسجام و رد کردن قاعده شناسایی اجتماعی، قاضی را مکلف می کند در موارد عدم تعین قانون حکم خود را مستند به اصول حقوقی صادر نماید.

۲-۳-۲. وصف توزیعی حق؛ مقتضی انسجام احکام با استناد به اصول کلی حقوقی

اگر در پرونده‌های دشوار، حقی از قبل وجود داشته باشد و قاضی ملزم باشد که حق فرد را مشخص سازد، به ناچار باید استدلال‌هایی را فراهم کند که با وصف توزیعی حق متناسب باشد. تکلیف به حق‌گزاری، تکلیف به رعایت انسجام احکام است در حالی که تکلیف به مصلحت‌طلبی این‌گونه نیست. به‌عنوان مثال اگر در حقوق کشوری پذیرفته شده باشد که متضرر می‌تواند خسارت خود را از مسئول حادثه دریافت کند، حق دریافت خسارت برای هر فرد متضرری وجود خواهد داشت هرچند که دریافت خسارت توسط او، به مصلحت عمومی نباشد. بنابراین اگر پذیرفته شد که زیان‌دیده می‌تواند جبران کامل زیان‌های خود را از مسئول حادثه بخواهد، این حق به تمام زیان‌دیدگان تسری می‌یابد. پذیرش دادخواست برخی زیان‌دیدگان و رد دادخواست برخی دیگر، سازگار و منسجم نیست. مثلاً در حقوق ایران نمی‌توان ملتزم بود که هیچ خسارتی نباید جبران نشده باقی بماند و در عین حال پذیرفت که خسارت‌های مازاد بر دیه قابل مطالبه نیست. نمی‌توان قاعده‌لاضرر و ماده‌یک قانون مسئولیت مدنی را پذیرفت و عقیده داشت که عدم‌النفع قابل مطالبه نیست یا عدم‌النفع تنها در پرونده‌های کیفری قابل مطالبه است. وصف توزیعی حق با خود، التزام به منسجم بودن احکام را به همراه می‌آورد. در برابر، اعتقاد به قانون‌گذاری قضات و مصلحت‌بینی، چندان ضرورت انسجام احکام را تکلیف نمی‌کند. می‌توان پذیرفت که برخی دعاوی جبران خسارت با مصلحت عمومی منافات ندارد و در نتیجه باید پذیرفته شوند اما برخی دیگر به مصلحت نیستند؛ زیرا سبب می‌گردند دادگاه‌ها به این‌گونه دعاوی مشغول شوند و هزینه‌های سنگینی بر عهده مردم گذارده شود و دادگاه‌ها فرصت نیابند به دعاوی مهم‌تر بپردازند.

با توجه به وصف توزیعی حق، استدلال بر مبنای مصالح نادرست است و قاضی مکلف است بر مبنای اصول حقوقی استدلال کند. اصول حقوقی موجه‌کننده تصمیمات بر مبنای حق افراد است و منتهی به انسجام احکام می‌گردد. قاضی مکلف است تصمیماتی بگیرد که با تصمیمات دیگر منسجم باشد؛ به این معنی که مکلف است تنها احکامی را صادر کند که بتواند در چهارچوب نظریه‌ای که تصمیمات قبلی نهادهای قانونی را موجه می‌سازد، آن‌ها را توجیه نماید. به بیان دیگر، قاضی در پرونده‌های دشوار باید اصلی را که زیربنای احکام قانون‌گذار است و آن‌ها را موجه می‌سازد استخراج نماید و از همان منظر حکم دعاوی مطرح در دادگاه را مشخص سازد.

نظریه انسجام، جز نفی صدور حکم بر مبنای مصالح، صدور حکم بر مبنای احساس عدالت را نیز نفی می‌کند. اگر تصمیم قاضی کاملاً عادلانه باشد ولی نتوان آن را با اصول زیربنای قوانین منسجم دانست، این تصمیم نادرست و پایمال‌کننده حق است. به‌عنوان مثال در حقوق ما تولد از

زنا از موانع ارث است. بدون شک محروم ماندن طفل متولد از زنا از ارث ناعادلانه است. می‌توان پرسید که این طفل معصوم چه گناهی را مرتکب شده که باید از حقوق کودکان مشروع محروم بماند؟ پدر و مادر طبیعی او گناهی را مرتکب شده‌اند، چرا آثار این گناه گریبان طفل را بگیرد؟ از طرف دیگر، وارث به حساب آوردن این طفل از سهم وراثت دیگر می‌کاهد. اگر قاضی، مفهوم مضیقی از متولد شدن از زنا در نظر بگیرد و طفل متولد از تفخیز را جزو وارثان قلمداد کند، تصمیمی عادلانه گرفته است ولی این تصمیم با اصول مبنایی حقوق ما انسجام ندارد. این تصمیم، تصمیمی است که اگر جدای از تصمیمات دیگر قانون‌گذار در نظر گرفته شود، درست است.

۳-۲. خودایجادگری^۱ نظام حقوقی، راهکاری جامعه‌شناسانه برای انعطاف حقوق

نظریه «خودایجادگری» از علم زیست‌شناسی به علوم اجتماعی و از آنجا به علم حقوق به‌عنوان یک نظریه علمی وارد شده است. نظریه خودایجادگر به تبیین برخی جنبه‌های ظاهری نظام حقوقی از جمله استقلال و خودگردانی و حتی «خودارجاعی» نظام‌های حقوقی - که توأم با ماهیت پویا و دگرگون‌پذیر پیش‌ازپیش نظام حقوقی - می‌پردازد. نیکلاس لومان (بنیان‌گذار این نظریه در علم حقوق)، «حقوق» را توقع‌ها و انتظارات رفتاری و هنجارین تعمیم‌یافته، یعنی هنجارهای مشترک در کل جامعه می‌داند. وی، توقعات و رفتارها را دو نوع می‌داند؛ نخست انتظارات هنجارین و نوع دوم، انتظارات معرفت‌شناختی. نوع اول در قالب مقررات ارائه می‌شود و مربوط به قلمرو «بایدها» است. این دسته از توقعات و انتظارات، کلی بوده و چنانچه برای مثال به‌سبب تخطی تابعان قانون، برآورده نشوند، سبب تغییر در وضعیت و دگرگونی آن‌ها نمی‌شود بلکه با نقض این قواعد، در بستر گذر زمان، قلمرو آن‌ها به‌صورت دقیق‌تر مشخص شده و با پیدا کردن جایگاه خود در نظام حقوقی از ثبات بیشتری برخوردار می‌گردند (Mingers, 1994: 151).

در نقطه مقابل، توقعات و انتظارات معرفت‌شناختی مربوط به قلمرو «هست‌ها» بوده با گذشت زمان و دگرگونی آگاهی‌های تابعان نظام حقوقی، تغییر می‌یابند. تمایز میان توقعات هنجارین و توقعات معرفتی، جنبه معناساختی نداشته و ناشی از واکنش مردم به برآورده نشدن قواعد هنجاری است. از دیدگاه این جامعه‌شناس حقوقی، حقوق از نظر هنجاری یک نظام بسته است و از نظر معرفت‌شناختی، یک نظام باز؛ فلذا این تنها خود نظام حقوقی است که می‌تواند عامل تغییر و پویایی خود باشد. نظام حقوقی به‌عنوان یک نظام خود مرجع، با محیط درون خود ارتباط برقرار می‌کند. از آنجا که ارتباط‌های موجود در قلمرو نظام حقوقی، دایره‌ای و بسته است، نظام حقوقی، نظامی بسته

1. Autopoises

است: عناصر و قواعد موجود در نظام حقوقی، تنها با ارجاع به عناصر موجود در داخل همان نظام، خود را باز تولید می‌کنند. از طرفی، به لحاظ معرفتی، نظام حقوقی، نظامی باز است، بدین معنا که با توجه به پیشرفت‌های روزافزون فناورانه، از جمله در حوزه‌های اقتصادی و فرهنگی، نظام حقوقی می‌تواند خود را با محیط‌های دگرگون‌پذیر، هماهنگ سازد و در صورت لزوم به تفسیر و تکمیل خود بر اساس نیازها، اقدام و با نیازهای جدید هماهنگ باشد. بنابراین یکی از ویژگی‌های حقوق به عنوان یک پدیده اجتماعی، از منظر جامعه‌شناسی حقوق، این است که خودبه‌خود کامل می‌شود هرچند قانون با آن هم‌گام نباشد (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۴۰). از این رو، یکی از جنبه‌های خود ایجادگری حقوق، «انعطاف‌پذیری» آن است. یکی از اصول پذیرفته‌شده جامعه‌شناسی حقوق این است که هیچ چیز در قلمرو حقوق ثابت نیست و همه چیز در معرض دگرگونی است. قانون اساسی هر کشور ساختار و نظام حقوقی آن را تعیین کرده است. هنگامی که خود قانون اساسی دربردارنده اصولی باشد که دگرگونی و تکمیل قواعد حقوقی این قانون را پیش‌بینی کرده^۱، در واقع این قابلیت را دارد که همواره با پذیرش متمم‌های مناسب به زندگی خود ادامه دهد و متناسب با نیازهای زمان گردد (شیخ‌الاسلامی کندلوس، ۱۳۹۳: ۲۵۴). بدین ترتیب نظریه «حقوق خودساخته» یا «حقوق خودایجادگر»، هم ثبات مطلوب حقوق را تأمین می‌کند و هم آن را از تحرک باز نمی‌دارد؛ جمع بین دو مطلوب، ثبات و پویایی حقوق، می‌شود: آنچه هست و آنچه باید باشد. برای مثال با ملاحظه و وحدت ملاک برخی از قوانین دادرسی می‌توان قاعده‌ای عمومی را در حقوق دادرسی مدنی ایران مورد پذیرش قرار داد و از این طریق زمینه را برای اجرای اصل ترمیم دادرسی فراهم کرد (فرحزادی و میرنژاد، ۱۴۰۰: ۳۲۱) یا در قانون مدنی نمونه‌هایی مانند مواد ۳۳ درباره زراعت با حبه غیر، ۱۷۲ در مورد هزینه‌های نگهداری حیوان گم شده، ۳۰۱ تا ۳۰۵ در مورد ایفای ناروا، ۳۰۶ درباره اداره مال غیر و ۳۶ و ۳۳۷ در خصوص استیفای از عمل یا مال غیر وجود دارد که می‌توان آن‌ها را به معنای پذیرش اصل منع دارا شدن بلاجهت در حقوق مدنی و حتی در نظام حقوقی ایران دانست، چون این موارد تحت پوشش قواعد دیگر نیست و تنها بر مبنای اصل مذکور قابل توجیه است (مقدم، ۱۴۰۰: ۲۷۰).

۴-۳-۲. مطابقت استناد به اصول حقوقی با مبانی دموکراسی

همان طور که بیان شد به نظر برخی از طرفداران مکتب تحقیقی، چون قاعده شناسایی اصول

۱. مانند پذیرش تلویحی استناد به اصول حقوقی در اصل ۱۶۶ و منابع و فتاوی معتبر فقهی در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

حقوقی را شامل نمی‌شود، اصول حقوقی الزام‌آور نیستند. حاصل این عقیده آن است که در پرونده‌های دشوار نه حقی برای طرفین دعوا وجود دارد و نه متقابلاً تکلیفی برای قاضی. برخی دیگر نیز که سعی کرده‌اند اصول را نیز در کنار قواعد قرار دهند و نتیجه بگیرند که قاعده‌شناسایی اجتماعی هر دو را شامل می‌شود به تکلف افتاده‌اند. اگر آزادی قضات را در پرونده‌های دشوار بپذیریم، باید بگوییم که قاضی قانون‌گذار دعواست و باید به‌نحوی حکم صادر کند که اگر قانون‌گذار با مسئله مطروحه روبه‌رو می‌شد به همان نحو قانون‌گذاری می‌کرد. بدین‌سان برای فهم عمل قضات در پرونده‌های دشوار باید قانون‌گذاری مجلس را درک نمود. مجلس در حدود قانون اساسی بر مبنای مصالح جامعه قانون‌گذاری می‌کند. مصلحت‌طلبی وصف بارز تصمیمات مجلس است؛ بنابراین اگر قاضی قانون‌گذار پرونده باشد می‌تواند همچون همه قانون‌گذاران مصلحت‌طلب باشد.

در پرونده‌های دشوار، قاضی می‌تواند عملاً یا اصول را در نظر بگیرد و یا مصالح را. به‌عنوان مثال فرض کنیم فردی در اثر بی‌احتیاطی سبب شود که کابل‌های ورودی نیروی برق به کارخانه‌ای قطع شود و مدتی تولید کارخانه متوقف گردد. در این صورت آیا مالک کارخانه می‌تواند از مقصر خسارت عدم‌النفع بخواهد؟ دادگاه می‌تواند بر مبنای اصول بررسی کند که آیا خواهان حق دارد مطالبه خسارت کند؟ همچنین می‌تواند بر حسب مصالح سؤال کند که آیا از لحاظ اقتصادی به مصلحت است که خسارت را بر عهده خواننده بگذاریم؟ این دو سؤال متفاوت مقتضی تحقیقات متفاوت هستند. برای پاسخ دادن به سؤال اول قاضی باید به اصول حقوقی استناد کند و بر مبنای اصول، حق و تکلیف خواهان و خواننده را مشخص سازد. اما برای پاسخ دادن به سؤال دوم قاضی باید دست به دامان علم اقتصاد و مصلحت‌سنجی شود و بر مبنای مصالح، قانون‌گذاری کند. اما این اختیار با دموکراسی ناسازگار است؛ یکی از اصول دموکراسی آن است که قانون‌گذاران، منتخب مردم و پاسخ‌گوی آن‌ها باشند؛ اما قضات قانون‌گذار نه منتخب مردم هستند و نه پاسخ‌گوی به مردم. به‌علاوه یکی از اصول دموکراسی آن است که قانون عطف به ماسبق نشود؛ حال آنکه اگر قاضی را قانون‌گذار بدانیم، به‌ناچار قوانین ساخته شده به دست او عطف به ماسبق می‌گردد.

این دو ایراد به عمل قاضی‌ای که بر مبنای مصالح رأی می‌دهد وارد است. برای اینکه تصمیمی بر مبنای مصالح اخذ شود، تصمیم‌گیرنده باید امکاناتی داشته باشد که بتواند با مردم ارتباط نزدیک‌تری داشته باشد و شرایط و خواست‌های آن‌ها را دریابد، زیرا تصمیمی به مصلحت است که اهداف و مقاصد افراد را به‌نحوی جمع کند که مصلحت عمومی تأمین شود. به‌یقین نمایندگان مجلس امکانات بیشتری برای تشخیص مصلحت دارند تا قاضی دادگستری. در مورد ایراد دوم نیز

می‌توان گفت هر فردی نادرست بودن عطف به ماسبق شدن قوانین را تأیید می‌کند. چگونه می‌توان بر حسب مصالح حق را ایجاد کرد و آن را عطف به ماسبق نمود؟ چگونه می‌توان پذیرفت که قاضی می‌تواند بر حسب مصلحتی عمومی، مال فردی را گرفته و به دیگری عطا نماید؟ اما این دو ایراد به قاضی‌ای که بر حسب اصول رأی می‌دهد وارد نیست. ایراد اول وارد نیست چون استدلال از طریق اصول مبتنی بر این نیست که فرد بتواند از تنوع و تفاوت درخواست‌ها و موقعیت‌هایی که در سراسر جامعه وجود دارد آگاه باشد. ایراد دوم نیز به کار این قاضی وارد نیست؛ اگر خواهان حق علیه خواننده داشته باشد در نتیجه چون حق و تکلیف ملازم هم هستند خواننده تکلیف دارد که حرمت این حق را پاس دارد و این همان تکلیف است نه تکلیف جدیدی که صدور حکم به نفع خواهان را موجه می‌سازد (نصیران نجف‌آبادی، ۱۳۸۸: ۲۲۷ و ۲۲۸).

۵-۳-۲. پویایی حقوق در پرتو ویژگی بهینه‌سازی اصول حقوقی

اصل حقوقی، هنجاری است که دارای قابلیت بازبینی نظم حقوقی در جهت کارآیی بهتر و تعالی آن می‌باشد. اصول حقوقی به غایتی خاص تعلق یافته‌اند و از این رو، به احکام کمال‌گرایانه‌ای مبدل شده‌اند که خصیصه بهینه‌سازی در کارکرد آن‌ها ثبوت یافته است (Alexy, 2000: 294-304). تمسک به اصول حقوقی برای بهینه‌سازی نظم هنجاری، تا سر حد نوسازی پایه‌ها و مفاد حق‌ها و آزادی‌های بنیادین و حقوق اساسی نیز می‌تواند پیش برود. این‌گونه کاریست مبنایی اصول حقوقی، عموماً برخاسته از ابهامات و خلأهای مفهومی دستورات قانون اساسی یا قوانین بنیادین است که مرزهای تحدید الزامات هنجاری خود را محرز نکرده باشد^۱. این خصیصه اصول حقوقی، پویایی نظام حقوقی را رقم می‌زند. این کارویژه اصل، به دلیل ارتباط انفکاک‌ناپذیر آن با واقعیت‌های حقوقی است (Borowski, 2007: 197-240).

پویایی نظام حقوقی به نحو شایانی، محصول کشمکش و تأثیر و تأثر «قانونیت»^۲ و «عقلانیت»^۳ در لایه عینی حقوق و به طرز قابل توجهی، رویه قضایی است که عامل اشتراک و برقراری این برهم‌کنش را هنجارهای ارزش‌شناختی و به میزان بسیار مؤثری، اصول حقوقی تشکیل می‌دهند. در واقع یک‌سوی وجه تعاملی اصل حقوقی را دستورات حقوق موضوعه و ثبات رویه پیشین، و سوی دیگر آن را فراهنجارهای مشروع جامعه و عوامل دخیل در هر واقعیت حقوقی تشکیل می‌دهد

۱. برای نمونه وجود عباراتی همانند «قانون تجویز کند»، «مخل به مبانی اسلام با حقوق عمومی» و «حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند» به ترتیب در اصول ۲۳، ۲۴ و ۳۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

2. Legality
3. Rationality

(Bustamante, 2010: 63-67). به اعتقاد هابرماس، تنش ساختاری میان «اعتبارمندی» و «واقع‌مداری» یا در حقیقت، «اطمینان حقوقی» و «درستی حقوقی» دلیل وجود حقوق امروز است. وی معتقد است که رویه قضایی، قسمتی از روند انتزاعی عقلانی کردن حیات جوامع مدرن است. مسلماً مهم‌ترین ابزار قضات در این امر، اصول حقوقی هستند که خصیصه بهینه‌ساز آن‌ها، عملاً فضای چنین پیامدی را فراهم می‌کند (به نقل از پتفت و مرکز مالگیری، ۱۳۹۷: ۷۱). بنابراین، منطق خطابی، پیوندی وثیق با دموکراسی و پذیرش حقوق توسط مردم دارد. به تعبیر کارل لولین، پشت تصمیمات قضایی، مردم واقع شدند که به‌طور مستقیم و غیرمستقیم، آثار آن را لمس می‌کنند (عابدی فیروزجائی، ۱۳۹۷: ۲۴۵). به یک معنی، مخاطبان استدلال برای استدلال‌کننده خطابی بر محتوای استدلال نیز ترجیح دارند و از این منظر می‌توان به دموکراسی خطابی در مقابل دیکتاتوری جدلی یاد کرد (جعفری‌تبار، ۱۳۹۸: ۸۴).

۶-۳-۲. انعکاس اصول شناسایی شده در رویه قضایی در مصوبات قوه مقننه

تأثیری که اصول بر قانون می‌گذارد، با توجه به منشائی که اصول از آن سر برآورده‌اند، ممکن است متفاوت باشد؛ برای مثال اصول حقوقی برخاسته از خرد و منطق، عقلانیت حقوق را از طریق قوانین خردمندانه تضمین می‌نماید. اصول حقوقی ناشی از اخلاق، مقنن را به خلق قوانینی رهنمون می‌سازد که محل آشتی اخلاق و حقوق باشند و اصول سر برآورده از تحولات اجتماعی و سیاسی، قانون‌گذار را مکلف می‌سازد با وضع قوانینی، از آن تحولات پاسداری کند (صادقی، ۱۳۹۴: ۱۲۴). در تأیید این نظر و به‌عنوان مصداقی از اصول نوع اخیر، می‌توان به تصویب ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری و انعکاس اصل تفوق آرای کیفری بر آرای مدنی در حقوق ایران اشاره نمود. بر اساس این اصل که به قاعده «نفاذ» نیز در میان حقوق‌دانان شهرت دارد، اگر وقایع مؤثر در حل و فصل دعاوی حقوقی، پیش‌تر در جریان دادرسی کیفری مورد رسیدگی قرار گرفته باشد و مفاد رأی قطعی کیفری، دلالت بر اثبات یا نفی آن وقایع نماید، دادگاه حقوقی باید از رأی کیفری در این خصوص تبعیت نماید. پیش‌تر ماده قانونی صریحی این اصل را در نظام حقوقی ما پیش‌بینی نکرده بود و همین امر موجب نظرات مختلفی پیرامون شناسائی یا عدم پذیرش چنین اصلی میان حقوق‌دانان شده بود.

طرف‌داران این اصل ضمن آنکه، آن را جزو اصول مسلم و بدیهی حقوقی می‌دانند (اکبری، ۱۳۹۶: ۷۳)، معتقدند اولاً این اصل موجب جلوگیری از تجدید دعاوی متعدد می‌شود؛ به عبارتی، برای هر دعوایی باید پایانی باشد و نزاع طرفین هرچه زودتر خاتمه یابد. هدف اصلی دادرسی، فصل خصومت و یافتن راه‌حل قانونی در مسائل مورد اختلاف است و این مهم، هرگز با امکان برپایی

دعاوی متعدد، محقق نخواهد شد. حجت بودن آرای کیفری در دعاوی حقوقی به نوعی بیانگر اعتبار امر مختوم کیفری در فرایند دادرسی مدنی از بدو رسیدگی تا زمان اجرای حکم است که سبب می‌شود نتوان همان دعوا را مجدداً به شکل دعوی حقوقی مطرح کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۴). ثانیاً، چنانچه دادگاه حقوقی، الزامی به تبعیت از رأی مرجع کیفری نداشته باشد، به لحاظ ارتباط و همبستگی موضوع مورد رسیدگی، زمینه برای صدور آرای متعارض فراهم و اعتبار دستگاه قضایی مخدوش خواهد شد (زراعت، ۱۳۹۴: ۳۱۷). در واقع، رأی مرجع قضایی ایجاد قاعده می‌کند و خود در حکم قانون است و نباید معارض با آن، رأی دیگری صادر گردد چراکه غایت دادرسی، ایجاد ثبات و دوام در وضع حقوقی اشخاص است و اگر اجازه داده شود که اشخاص به تحصیل آرای متعارض پردازند، در مقام اجرای رأی چنان افتضاحی به بار می‌آید که هیچ عقل سلیمی بی‌اعتنا از آن نمی‌گذرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۴). بنابراین، اگر لازمه احتراز از صدور دو حکم متعارض کیفری و حقوقی، حکومت یکی بر دیگری باشد، این حکومت به حکم کیفری می‌رسد و بر همین پایه، این اتفاق از دیرباز حاصل شده است که دادگاه مدنی باید از رأی مرجع کیفری تبعیت نموده و آن را محترم شمارد. ثالثاً، گستره ادله در رسیدگی کیفری نسبت به دادگاه مدنی، به نحوی است که اقتضای تبعیت مرجع حقوقی از تصمیم مرجع کیفری را می‌رساند. آزادی تحصیل دلیل برای قاضی کیفری در مقابل لزوم ارزیابی ادله برای دادرس مدنی، سهولت و انعطاف گردش دلیل در مرجع کیفری نسبت به دادگاه حقوقی که قاضی کیفری را محصور در شیوه‌ای که طرفین برای وی ترسیم کرده‌اند نمی‌کند و همو می‌بایست بر اساس ندای وجدان خود در جست‌وجوی کشف حقیقت برآید در حالی که در دعاوی مدنی نمی‌توان بدون درخواست اشخاص ذی‌نفع پیش‌برد (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۴۵۱). رابعاً مسائل کیفری به نظم عمومی مربوط می‌شوند و زمانی که دادگاه حقوقی، رأی مرجع کیفری را نقض نماید، به منافع عمومی آسیب می‌رسد. در نتیجه نظم عمومی، دادرس مدنی را مجبور به قبول رأی کیفری می‌کند تا از صدور آرای متناقض از دو مرجع کیفری و حقوقی جلوگیری کند؛ چراکه احکام کیفری در راستای منافع عمومی صادر می‌شوند و باید بر آرای مدنی تفوق داشته باشند (مقبول و مسعودان، ۲۰۱۴: ۶۶ و ۶۷).

سرانجام مقنن با تصویب ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲، بر این اصل صحه گذاشت. اصلی که به‌طور ضمنی و با بیان صرفاً یک مصداق، پیش‌تر در ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ پیش‌بینی کرده بود. در این زمینه، دادنامه شماره ۱۱۶۱ مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، با توجه به این نکته که در زمان قبل از تصویب ماده ۱۸ مذکور صادر گردیده بود حائز اهمیت است:

«در خصوص تجدیدنظر خواهی بانک... به طرفیت... با دقت در محتویات پرونده نظر به اینکه دادنامه تجدیدنظر خواسته معطوف به رأی قطعی کیفری... بوده و از جمله آثار دادنامه مزبور رد مال موضوع کلاهبرداری توسط فروشنده آپارتمان به تجدیدنظر خوانده بوده و از سویی مراجع حقوقی بر اساس قاعده تفوق آرای کیفری بر آرای حقوقی ملزم به متابعت از آرای قطعی کیفری می‌باشند و اگرچه مستند انتقال آپارتمان به تجدیدنظر خوانده مبیعه‌نامه عادی مورخ ۱۳۸۳/۸/۳ بوده اما این ایراد بانک مؤثر در مقام نیست چراکه مبیعه‌نامه مزبور در زمانی که فروشنده ملک اختیار قانونی در انتقال آپارتمان به دلالت محتوای قرارداد مشارکت در ساخت داشته تنظیم شده و انگهی مستند مزبور مورد حمایت محاکم حقوقی و کیفری از جمله به دلالت رأی قطعی مزبور قرار گرفته است لهذا... دادنامه تجدیدنظر خواسته را تأیید می‌نماید».

نتیجه

به نظر می‌رسد آنچه در رابطه با آزادی عمل قضایی (به عنوان پایه تکنیکال استناد به اصول حقوقی) با حاکمیت قانون نقش اصلی را ایفا می‌کند، نوع برداشتی است که از قانون و قدرت اجبارکنندگی آن می‌توانیم داشته باشیم؛ بدین معنا که آیا قانون، ارائه‌کننده دلایل حصری برای نیل به نتایج قطعی و مشخص است یا برای قانون همین اندازه بسنده است که دلایلی برای سنجش و ارزیابی در اختیار دادرس قرار دهد؟ به عبارتی قانون، صرفاً تعیین کننده نتایج حقوقی است یا ارائه‌کننده دلایلی است که در فرایند قضایی باید در عرض سایر دلایل احتمالی دیگر، مورد سنجش واقع شوند؟ لذا زمانی که حاکمیت قانون را بدین معنا می‌دانیم که قانون، در ارائه دلایلی که برای کنش‌های قضایی به کار می‌رود، حاکمیت دارد، و قانون ارائه‌کننده دلایل معتبر حقوقی برای توجیه تصمیمات قضایی اعم از قواعد و اصول حقوقی است و نه نتایج قطعی و مسلم در تمام موارد؛ و آزادی عمل قضایی را نیز در همین چهارچوب، قابل پذیرش به نظر می‌رسد. از این رو قاضی در مقام به کارگیری آزادی عمل قضایی، تنها مجاز به اقدام در چهارچوب دلایل حقوقی خواهد بود؛ یعنی یا دلایلی که به وسیله قانون ایجاد شده یا دلایل مستقلی که قانون اجازه استناد به آن‌ها را به قضات می‌دهد. این شیوه از پیوند میان آزادی عمل قضایی و حاکمیت قانون، شیوه کمابیش دورکنی حل تعارض است که از یک طرف مستلزم گسترش دامنه معیارهای حقوقی از قواعد به اصول حقوقی و از طرف دیگر به رسمیت شناختن آزادی عمل قضایی به مثابه تصمیم‌هایی در چهارچوب اصول حقوقی است.

تئوری انسجام، لازمه تحقق ارزش‌های سیاسی مشترک دیگر چون آزادی سیاسی، فردی، حقوقی و... و حرکت در راستای آن‌هاست. به عبارت دیگر، تحقق ارزش‌های مذکور در گرو آن است که حکومت رفتار منسجمی داشته باشد. این انسجام در فرایند قضایی مستلزم آن است که تصمیمات

قضات در موارد عدم تعین قانون (ابهام یا سکوت یا تعارض قانون)، بیشترین همبستگی را با تصمیمات قبلی دستگاه قضایی داشته باشد. رسیدن به چنین هدفی مستلزم تبعیت قضات از الگویی است که گستره مشخصی از اختیار و قدرت تشخیص را در اختیارشان قرار دهد. این الگو، کاربست اصول حقوقی است. اصولی که کاربست آن‌ها می‌تواند به انسجام رویه قضایی، اجتناب از عدالت فردنگر، خاص‌نگری و فراتر از آن، توجیه منطقی تصمیمات اتخاذ شده در موقعیت عدم تعین قانون بینجامد. لذا اصول حقوقی به‌عنوان بخش دیگری از منابع حقوقی، راه‌حل موضوع است و قاضی جهت تحقق انسجام توأم با پویایی حقوق، در موارد عدم تعین قانون، با استناد به اصول حقوقی، ضمن هم‌گامی با نیازهای جدید و البته انجام تکلیف دادرسی در موارد عدم تعین قانونی، شالوده اصلی نظام حقوقی را نیز حفظ و تصمیمات قابل‌پیش‌بینی را به منصه ظهور می‌رساند.

منابع

فارسی

- آقایی، کامران (۱۳۸۸)، مکتب‌های تفسیری در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی، تهران: نشر میزان.
- اکبری، بهنام (۱۳۹۶)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، انتشارات مجد.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۷۴)، حقوق تجارت؛ برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک، تهران: انتشارات سمت.
- امامی، حسن (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ چهاردهم، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- توماس، هنری (۱۳۷۹)، بزرگان فلسفه، ترجمه فریدون بدره‌ای، چاپ سوم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- پتفت، آرین و احمد مرکز مال‌میری (۱۳۹۷)، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری، امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، چاپ دوم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- جنیدی، لعلیا (۱۳۷۸)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- جوان، موسی (بی‌تا)، مبانی حقوق، جلد نخست، بی‌جا.
- جعفری‌تبار، حسن (۱۳۹۸)، منطق حیرانی، تهران: انتشارات فرهنگ نشر نو.
- جعفری‌تبار، حسن (۱۳۸۳)، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۳)، حقوق اموال، تهران، انتشارات گنج دانش.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۹)، تمایز بنیادین حقوق مدنی و کیفری، تهران: انتشارات شهر دانش.
- دل‌وکیو، ژرژ (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، تهران: انتشارات میزان.
- دورکین، رونالد (۱۳۸۱)، نافرمانی مدنی، ترجمه: محمد راسخ، مندرج در کتاب حق و مصلحت، تهران: نشر طرح نو.
- رنجبر، حسین (۱۳۷۷)، تفسیر قوانین کیفری، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
- رویه، پل (۱۳۷۵)، «نظم حقوقی و نظریه منابع حقوق»، ترجمه حسین خزاعی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۵.
- زراعت، عباس (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد سوم، تهران: انتشارات میزان.
- شیخ‌الاسلامی کندلوس، جهانسوز (۱۳۹۳)، تاثیر عوامل روانی و اجتماعی در ایستایی و پویایی حقوق، رساله جهت دریافت درجه دکتری حقوق خصوصی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
- صادقی، محسن (۱۳۹۴)، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران: انتشارات میزان.
- صانعی، پرویز (۱۳۸۱)، حقوق و اجتماع، تهران: انتشارات طرح نو.
- عابدی فیروزجانی، ابراهیم (۱۳۹۷)، روش‌شناسی حقوقی دکتر کاتوزیان، تهران: انتشارات حقوق یار.
- علل نقض آرای حقوقی در دیوان عالی کشور (۱۳۷۶)، چاپ اول، تهران: انتشارات ققنوس.
- علومی، رضا (۱۳۴۸)، کلیات حقوق، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
- فنازاد، رضا (۱۳۹۱)، صلاحیت اختیاری و حاکمیت قانون، رساله جهت دریافت درجه دکتری حقوق

- خصوصی، تهران، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.
- فرحزادی، علی اکبر و سیدرسول میرنژاد (۱۴۰۰)، «اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
 - کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، *اعتبار امر قضاوت شده در امور مدنی*، تهران: نشر دادگستر.
 - کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *فلسفه حقوق*، جلد ۱ و ۲، چاپ دهم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
 - کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *حقوق مدنی، درسهایی از شفعه، وصیت، ارث*، تهران: نشر میزان.
 - مقدم، عیسی (۱۴۰۰)، «جایگاه قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در حقوق تجارت با تأکید بر رویه قضایی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
 - نصیران نجف آبادی، داود (۱۳۸۸)، *حکومت حقوق یا حکومت قاضی*، رساله جهت دریافت دکتری حقوق خصوصی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
 - یآوری، اسدالله و محمد حسنونند (۱۳۹۸)، «امکان سنجی نظارت بر صلاحیت تفسیری قضات با الگو از رویکردهای نوین نظارت در حقوق اداری»، *فصل نامه حقوق اداری*، سال ششم، شماره ۱۸.

عربی

- مقبول، فتیحه و فهیمه مسعودان (۲۰۱۴)، *ممارسه الدعوی المدنیة التبعية*، مذکره لنیل شهادة الماستر فی الحقوق (تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائية)، الجزائر، جامعه بجایه.

لاتین

- Alexy, Robert (2002), **A theory of Constitutional Rights**, Julian Rivers (trans.), Oxford University Press.
- Reymand, A. Virieux (1975), **La logique Formelle**, paris: P.U.F.
- Beaty, David M, **the ultimate Rule of Law**, London, Oxford, First Published, 2004.
- Béchillon, Marielle de (1998), **La notion de principe général en droit privé**; Paris: U.P.d'Aix-Marseille.
- Bekaert, Herman (1963), **Introduction à l'étude du droit**, Bruxelles: Emile. Bruylant.
- Borowski, Martin, "On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52 (2) Charter of Fundamental Rights of The European Union", **Legisprudence**, Vol. 1, No. 2, 2007.
- Bustamante, Thomas, "Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies between Cases", Martin Borowski (ed.) **On the Nature of Legal Principales**, Stuttgart, Nomos, 2010.
- Elliotte, Chatherine and Frances Quinn (2000), **English Legal System**, 3rd ed, London, Longman.
- Dworkin, Ronald (1978), **Taking Rights Seriously**, Cambrige, Massachusetts, Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (1986), **Laws Empire**, Cambrige, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (1972), **Social rules and legal theory**, Vol81, Yale L.J.
- Elliot, Mark (2001), **The Constitutional Foundation of Judicial Review**, First Published, Hart Publishing Oxford, Portland.
- Gobert, V.M. (1992), "Réflexion sur les sources du Droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes", **R.T.D.C.**, (N.2).

- Hégel; G.F (1940), **Principes de la Philosophie du droit**, Traduit par: Kaan, Paris: Gallimard.
- Rawls, John (1973), **A Theoeoy of Justice**, Cambrige, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard U.P.
- Leiter, Brian (2005), "Beyound the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudencd", **University of Texas Public Law & Legal Theory**, Research Paper Series, N0. 35.
- Mingers, John (1994), **Self-production systems: Implications and applicatios of Autopoises**, U.S.A, New York, springer. Molfessis, Nicolas (2001), "La notion de principe dans la jurisprudence de la cur de cassation", **RTD civ**, (N.3).
- Raz, Joseph (1972), "legal principles and the limits of law", **Yale law journal**, vol 81
- Sartorius, Rolf (1972), "the enforcements of morality", **Yale law journal**, vol 81.
- Stanford Encyclopedia of Philosophy (2001), "Constitutionalism".
- Tamanaha, Brian (2004), **On the rule of law, History, Politics, Theory**, Cambrige, Massachusetts, Cambridge University Press.

ضرورت شناسایی احقاق شخصی حق؛ با تأکید بر حق فکری^۱

عبداله رجبی^{*}، سیدحسین حسینی^{**}

چکیده

هرگاه اشخاص برای اجرا یا تضمین حق خود، دست به اقدام شخصی بزنند، با مفهومی با نام احقاق شخصی حق روبه‌رو هستیم. چراکه به باور ما، امروز و در عرصه‌های جدید حقوق، حمایت‌های عمومی و رسمی از حق، به‌ویژه در دنیای رقومی و درباره حق فکری، توانایی اجرای کامل حق و تضمین آن را ندارد. پس، اگرچه اقدامات شخصی در گذشته مشروعیت داشته، در دنیای مدرن از این مشروعیت کاسته شده و امروزه که عصر بازخوانی ارزش‌های این دوران است، احقاق شخصی حق، شیوه‌ای است که قادر است کاستی‌های نظام‌های رسمی را رفع کند و بدون اینکه عیوب سنتی را داشته باشد، نقش مکمل حق را، در کنار نهادهای رسمی، برعهده گیرد. در این راه، البته افراط مجاز نیست. مشروعیت به کارگیری اقدامات شخصی، محدود به آن است که زمینه‌ای را برای اجرای حق ایجاد کند. از این رو، هرگونه اقدام متقابل و تلافی جویانه، به علت فقدان زمینه اجرای حق، می‌تواند نامشروع تلقی شود. همچنین، نبود محدودیت در اجرای اقدامات شخصی می‌تواند آن را وسیله‌ای برای سوءاستفاده دارندگان حق قرار دهد و منافع عمومی و صلح و حتی حقوق بنیادین طرف را در مخاطره اندازد. بنابراین، لازم است نظام‌های حقوقی، در مشروعیت بخشیدن به این اقدامات، همواره توازن میان منافع عمومی و منافع دارندگان حق را مورد توجه قرار داده و با هدفمند

۱. این مقاله برگرفته از پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد نویسنده دوم تحت عنوان «احقاق شخصی حق فکری» با راهنمایی نویسنده مسئول در دانشگاه تهران است.

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران (نویسنده مسئول)
rajabya@ut.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران
h.ho3eyni@gmail.com

کردن اقدامات شخصی، آن را ابزاری در راستای احترام حق‌ها قرار دهند. البته که این خطر در دنیای امروزه و به واسطه پیشرفت فناوری بسیار کمتر از گذشته است.

واژگان کلیدی: احقاق شخصی حق، حقوق مالکیت فکری، فضای مجازی، توجیه حقوقی، حمایت رسمی

مقدمه

در حقوق خصوصی، اشخاص برای رسیدن به حق خویش اصولاً باید از راه‌های رسمی حمایت از حق اقدام کنند. استثنائاً و بنابر شرایطی، اقدام شخصی، چه در گذشته و در نظام حقوقی اسلام و چه اکنون و در نظام غربی، به رسمیت شناخته شده است. امروزه، اهمیت این قبیل اقدامات، در زمینه حقوق مالکیت فکری دوچندان شده است. برای همین، دولت و نهادهای پاسدار حقوق فردی، کمتر توان و فرصت نفوذ به این عرصه‌ها را می‌یابند یا از حیث هزینه، نظارت بر این قبیل موضوعات برای آنان مقرون به صرفه نیست و لذا اقدامات شخصی در این عرصه‌ها تبدیل به امری رایج می‌شود. ازجمله موضوعات مشمول این‌گونه حمایت، مصداق‌هایی است که محصول فکری هنوز برای عموم افشا نشده یا محصول به دلیل فقدان برخی شرایط قانونی خاص، مشمول حمایت رسمی حقوقی قرار نگرفته یا حمایت‌های رسمی مالکیت فکری، در عمل، کاملاً تضمین‌کننده حق انحصاری دارندگان آثار فکری نباشد.

امروزه، زندگی در برخی عرصه‌های اجتماعی به گونه‌ای است که مؤثرترین راه احقاق حق، اقدامات شخصی است. به دلیل ساختارهای پیچیده اجتماعی و نیازمندی به تشریفات خاص برای احقاق حق، اگر در مواردی از اقدامات شخصی استفاده نکنیم، مشکل بتوان بی‌دردسر و بدون کم‌وکاست به حق رسید. بنابراین، موانع حصول عدالت از طریق رسمی هم مربوط به ساختار این شیوه‌های رسمی است و هم مربوط به جامعه ایرانی است که شیوه رسمی معمول چندان منطبق با آن نیست و حق را به آغوش صاحب آن نمی‌رساند. دست‌کم در برخی از موارد، ازجمله عرصه فضای مجازی که دولت حضور کمتری دارد و نیز برای رسیدن به حقوق فکری، احقاق شخصی حق راه حلی عادلانه و کارآست.

از سوی دیگر، اگرچه در عرصه‌های جدید روابط بشری، مشکلات کمتری درباره اقدامات شخصی وجود دارد، شناسایی مطلق و بی‌حساب اقدامات شخصی می‌تواند توازن موجود نظام‌های رسمی میان منافع دارندگان حق و منافع عمومی و حقوق خصوصی دیگران را برهم زند. بدین نحو که اقدامات شخصی ابزاری در دست اقدام‌کنندگان برای به مخاطره انداختن منافع عمومی و وسیله آسیب به حقوق اشخاص خصوصی شود. در این مقاله، تلاش شده تا ضمن تبیین مفهوم احقاق

شخصی حق، به مسائل کنونی و جدید این نهاد با بررسی نظرات موافقان و مخالفان پرداخته و در آخر پیشنهادهایی با توجه به ابعاد شناسایی چنین نهادی در کنار نهادهای رسمی دیگر، داده شود. پس از ورود به بحث، سؤال آنجاست که جدای از مشروعیت اقدام شخصی برای رسیدن به حق، مفهوم این اقدامات چیست و چه تشریفات دارد.

۱. مفهوم احقاق شخصی حق^۱

خوددادگری، سه مصداق عمده دارد که عبارتند از دفاع مشروع، اقدام از روی اضطرار و احقاق شخصی حق. اولی، اقدام دفاعی است که در قالب علل موجهه و در برابر حمله رخ می‌نماید؛ دومی، اقدام زیان‌بار برای دفع خطر از حق شخصی است و آخری، اختیاری است که فرد برای وصول حق و تحقق ادعا دارد (رجیبی، ۱۳۹۳: ۳۳). بر همین اساس، احقاق شخصی حق یکی از مصادیق خوددادگری است که در فقه از آن تحت عنوان تقاص یا مقاصه یاد می‌شود. با این تفاوت که گستردگی موضوع احقاق شخصی حق در ارجاع به دعوا و تنگی دایره تقاص در استناد به حق (عینی و دینی) است (رجیبی، ۱۳۹۳: ۴۰). احقاق شخصی حق، واجد ویژگی تأمین و اجرای حق موجود است؛ حقی که شکل دعوا به خویش گرفته است و تبدیل به خواسته از دیگری شده است؛ برای همین آن را می‌توان «شیوة وصول به حق» نیز نامید (رجیبی، ۱۳۹۳: ۳۹). به عبارت دیگر، احقاق شخصی حق، راهکاری است به منظور تأمین یا جبران خسارت اشخاص که مانع توسل به راهکارهای قانونی نیست. در مالکیت فکری، در بیشتر موارد، به علت غیرمادی بودن قالب حق، شیوة اجرای حق از راه اقدامات شخصی متفاوت است. در مواردی که حق در شیء مادی ظهور پیدا می‌کند، دارنده به دنبال بازپس‌گیری و تسلط فیزیکی بر شیء است؛ در حالی که در مصادیق مورد نظر ما، دارندگان حقوق اصولاً به علت ماهیت متفاوت حق خویش، امکان اجرای حق از راه تسلط بر اموال مادی را ندارند. برای مثال، شرکت‌های نرم‌افزاری، در صورت عدم ایفای تعهدات قراردادی خریداران، در پی جلوگیری از ادامه استفاده آنان از نرم‌افزار هستند، نه آنکه نرم‌افزار را مجدداً به نحو فیزیکی تصرف کنند. در واقع، تصرف نرم‌افزار، از این توان برخوردار نیست که مشتری را از بهره‌برداری منع کند. چراکه، در تصاحب اموال فکری، برخلاف اموال فیزیکی محدودیتی نیست و افراد متعددی می‌توانند هم‌زمان آن را در تصاحب داشته و از مزایای آن استفاده کنند. بنابراین، احقاق شخصی حق فکری را می‌توان حصول حق فکری بدون توسل به نهادهای رسمی در شرایط خاص دانست و منظور از حق فکری نیز، حق خصوصی شخص است که منشأ و موضوع آن خلاقیت فکری صاحب محصول

1. Self-Help

فکری باشد؛ چه این حق را قانون با احتساب کلیه شرایط حقوقی اعطا کرده باشد یا ناشی از تلاش فکری شخص باشد و به صورت قراردادی به رسمیت شناخته شده باشد.

به طور کلی، احقاق شخصی حق در زمینه مالکیت فکری و یا غیر آن از دو نوع سخت و نرم تشکیل می شود. منتها در مالکیت فکری، به دلیل ارتباط موضوعی با فناوری های نو، این نهاد بیشتر با نوع نرم مرتبط است که ممکن است بیشتر، در جهت حمایت از حق های رقومی مثل حق ناشی از نرم افزار، پایگاه داده و سایر داده های موضوع مالکیت فکری باشد.

۱-۱. تفاوت اعمال حق با احقاق حق

پیش از ورود به بحث، همچنین باید بین اعمال حق و احقاق حق تفاوت گذاشت. فرض اخیر شامل وضعیتی است که حقی انکار شده یا مورد تجاوز قرار گرفته باشد و اعمال حق به اختلاف می انجامد. این فرض، باید از طریق مراجع رسمی صورت گیرد؛ چراکه نیاز به استفاده از قدرت دارد و اعمال زور در جامعه در انحصار دولت است.

در تفاوت اعمال و احقاق حق باید گفت که اولی اصولاً و طبق سیر متعارف امور با حق دیگران تزاخم ندارد و تنها ممکن است در عمل مزاحمت ایجاد شود. اما در احقاق حق، تزاخم حتمی است؛ مثل ادعای مشترک دو طرف بر یک موضوع یا تزاخم حق عامل با حق بر ملک و جان و حریم خصوصی طرف مقابل.

۱-۲. تعارض احقاق حق با حق دیگران و مصالح عموم

در روابط اجتماعی، هرگاه کسی حقی داشته باشد، نمی تواند آن را به همان گونه که هست، اعمال کند. یعنی، در اعمال حق قانونی لزوماً نمی توان از همه ظرفیت های حق استفاده کرد. پس، همه حقوق بالقوه قانونی و ایستا لزوماً پویا و بالفعل نمی شود.

برخی موانع اعمال حق، فراحقوقی و ناظر به ضرورت های دنیای مادی است. برای مثال، نبود خریدار در بازار مانع اعمال لوازم حق مالکیت (فروش) مال است یا به دلیل فساد مال و... حق و لوازم آن از بین می رود. اما گاهی حق و لوازم آن، با امور اعتباری و حقوقی و نه مادی، معارض است. آنگاه، احکام مزاحم اعمال حق به دو دسته تقسیم می شود: گاه ناظر به حق شخصی و یا سیاست هاست:

گاه اعمال حق با حق شخصی دیگر یا اعمال آن حق معارض است. در اینجا تعارض (یا تزاخم) حق ها ایجاد می شود؛ مثل فروش مال به قصد فرار از ادای دین ثالث که فروش مال حق فروشنده است (امتیاز)؛ اما با حق طلبکار (ادعا) در معارضه است. در صورت خودداری از اعمال حق، زیان به حق اولی، حتمی و در صورت اعمال، زیان به دومی احتمالی است. در حقیقت، هرگاه امارات

نشان دهد که مالک صرفاً در حال اعمال حق خود نیست و از حق خود سوءاستفاده می‌کند و از طرف دیگر، احتمال مخالفت با حق ثالث به گونه‌ای زیاد باشد که موجبات زیان حاصل شود، اعمال حق فروشنده منع می‌شود.

گاه در مرحله تراحم حق (امتیاز) با سیاست‌های کلی نظام حقوقی هستیم؛ مثل مواردی که اعمال حق سبب آثار مخرب اقتصادی شود. در اینجا، نتایج سیاست‌های کلی شبیه سیل و زلزله ویرانگر، حق را، تا جایی که مانع اهداف آن شود، محدود می‌کند. مثل اثر مخرب اعمال برخی از جنبه‌های حق مالکیت (اختیار درباره تصمیم راجع به فروش یا عدم فروش مال) بر سیاست‌های نظام حقوقی، که در این تراحم از بین می‌رود و حق مالکیت مطلق نخواهد بود. بر این اساس لازم است که به ارزیابی احقاق شخصی حق پردازیم:

۲. ارزیابی احقاق شخصی حق

احقاق شخصی حق ایرادات و توجیهاتی را در خود دارد که ممکن است ناظر به مسائل مادی و موضوعی باشد یا قانونی و اعتباری و نیز ممکن است ناظر به افراد انسانی باشد یا مصالح اجتماعی. در زیر، به ترتیب هریک از ایرادات و توجیهات آن را بررسی می‌کنیم.

۲-۱. ایرادات احقاق شخصی حق

احقاق شخصی حق همانند دیگر نهادهای حقوقی از ایراد مصون نیست. به نحو کلی، عمده‌ترین هدف حقوق، در کنار رعایت حقوق شخصی، برقراری نظم و امنیت در جوامع است. این هدف اخیر، با جواز مطلق و بدون قید و شرط اقدامات شخصی مخدوش می‌شود. به علاوه، مهم‌ترین هدف نظام مالکیت فکری، ایجاد رفاه برای عموم است؛ طبیعتاً، در صورتی که حقوق صرفاً، بدون توجه به این منافع عمومی به شناسایی آن دسته از اقداماتی پردازد که در جهت منافع دارندگان آثار فکری باشد، هدف حمایت از مالکیت فکری و نظام آن، امری بی‌هوده خواهد بود. چون که چنین اقدامی در تعارض با منافع و مصالح عمومی خواهد بود. در این گفتار، به جز مسائلی که در فوق گفتیم، به علل مخالفت برخی از حقوق‌دانان با جواز اقدامات شخصی در مالکیت فکری می‌پردازیم.

۲-۱-۱. کاهش احترام به قانون

مخالفان می‌گویند که اقدامات شخصی باعث ترویج رویه‌های خلاف قانون در جوامع می‌شود. به عقیده آن‌ها، اعمال خشونت‌آمیز و دیگر رویه‌های فاقد اصول اخلاقی، نمی‌تواند توجیه مناسبی برای تجویز اقدامات شخصی باشد؛ به دلیل اینکه این اقدامات، احترام عمومی به قانون را کاهش می‌دهد (Gitter, 1993: 416). به طور کلی، هدف قانون جلوگیری از مداخلات خودسرانه افراد، طبقات، دولت‌ها و حفظ نظم اجتماعی است (صالح، ۱۳۴۸: ۹). فلذا، جواز هر امری که باعث

ایجاد هرج و مرج و اقدامات خودسرانه در اجتماع شود، کاهش احترام به قانون را به دنبال دارد. نباید به مانند طرفداران حقوق طبیعی، دفاع از خود را ذاتی بدانیم؛ چون هدف غایی آن است که با تدوین قوانین و مقررات شفاف و کارآمد بتوان از حریم خصوصی و داده‌های شخصی صیانت کرد و حتی دولت نیز نتواند جز در موارد مصرح قانونی متعرض آن شود (رئیزی دزکی و قاسم‌زاده لیاسی، ۱۳۹۹: ۱۲۶). بنابراین، هرگاه اقدامات شخصی در قوانین با شرایط معین مورد شناسایی قرار گیرد، چنین امری نه تنها باعث ایجاد هرج و مرج و کاهش احترام به قانون نمی‌شود که میزان احترام به آن را نیز افزایش می‌دهد. به دلیل اینکه، ناقضان از بیم اعمال اقدامات شخصی از جانب دارندگان حقوق کمتر به دنبال تعدی به حقوق دیگران خواهند بود و آنگاه رعایت قانون محدود به عرصه‌هایی نخواهد شد که قدرت و ضمانت اجرای آن حاضر باشد (ایرادی که بسیاری از حقوق دانان طبیعی به طرفداران حقوق تحقیقی می‌گیرند).

۲-۱-۲. محدود کردن حوزه عمومی

احقاق شخصی حق، به دارندگان آثار فکری توانایی می‌دهد که با توسل به اقدامات شخصی قادر به نظارت بیشتری بر محتوا در مقایسه با نظام رسمی حق باشند (Smith, 2005: 101-102). برای نمونه، تحت نظام اقدامات شخصی پدیدآورندگان آثار فکری می‌توانند در کنار بهره‌مندی از حمایت‌های نظام حق مؤلف، از مزایای مازاد بر آن نظام نیز برخوردار شوند.

به عقیده مخالفان احقاق شخصی حق، امکان حمایت مازاد بر نظام مالکیت ادبی و هنری، منجر به انقباض حوزه عمومی می‌شود (Rothchild, 2007: 1199). نظام مالکیت ادبی و هنری، طبق توافق میان پدیدآورندگان و عموم مردم، به پدیدآورندگان آثار فکری حقوق انحصاری اعطا می‌کند. لیکن، این حقوق انحصاری دارای استثنائاتی به نفع عموم است. نظیر اینکه، تحت این نظام، آثار ادبی و هنری پس از انقضای مدت حمایت، به نحو آزاد در دسترس عموم قرار می‌گیرد. همچنین، برخی، تملک آثاری را که مدت حمایت آن‌ها منقضی شده است و از شمول حمایت حقوق خارج شده‌اند و به حوزه عمومی تعلق دارند را «تقلب در حق تألیف»^۱ نامیده‌اند. چراکه، عموم باید بتوانند با منقضی شدن مدت حمایت به نحو رایگان، اقدام به بازتولید آثار کرده، بدون آنکه چنین اقدامی مستلزم گرفتن مجوز از مالک اثر باشد (Mazzone, 2006: 1028). پس، شخصی که مانع دسترسی عموم، به آثار وارد شده به حوزه عمومی می‌شود، مرتکب تقلب و سوءاستفاده از حق تألیف شده است.

در پاسخ می‌توان گفت که مقدمه احقاق شخصی وجود دعوای مشروع است؛ در فرض ایراد،

1. Copyfraud

حق مالی و دعوای ناشی از آن وجود ندارد، اما با عنایت به عدم محدودیت حقوق معنوی به زمان، می‌توان عناصر حقوق معنوی را از این شیوه حمایت کرد؛ مگر اینکه قائل به سوءاستفاده از حق باشیم که در ماهیت همه اقدامات شخصی نهفته است.

در نتیجه، تحت نظام احقاق شخصی حق، پدیدآورنده اثر فکری می‌تواند علاوه بر جلوگیری از دستیابی دیگران به ایده اثر خود، از دسترسی عمومی به اثر خود، حتی پس از انقضای مدت حمایت نظام مالکیت ادبی و هنری نیز جلوگیری به عمل آورد.

۳-۱-۲. از بین رفتن بازارهای ثانویه و حق دسترسی به دانش

تحت نظام احقاق شخصی حق، دسترسی به آثار فکری به علت از بین رفتن بازارهای ثانویه کاهش پیدا می‌کند. برای نمونه، استفاده از فناوری‌های محدودکننده موجب از بین رفتن امکان بازفروش آثار فکری می‌شود (Rothchild, 2007: 1200).

هدف از ایجاد بازارهای ثانویه آن است که از یک‌سو امکان فروش مجدد را برای خریداران آثار فکری فراهم آورد که با فروش آثاری که دیگر، قصد بهره‌برداری از آنان را ندارند، هزینه مؤثر خود را کاهش دهند و از سوی دیگر، برای اشخاصی که استطاعت مالی برای تهیه آثار جدید را ندارند، این امکان را فراهم کند که آثار استفاده شده به دست دیگران را با بهای کمتری خریداری نمایند.

به‌علاوه، حق فکری در تراحم با حق دسترسی به دانش مقید می‌شود. در ماده ۸ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان نیز برای کتابخانه‌های عمومی و مؤسسات جمع‌آوری نشریات و مؤسسات علمی و آموزشی که به‌صورت غیرانتفاعی اداره می‌شوند، چنین حقی شناسایی شده است. در واقع، چنین مؤسسه‌ای از این حق برخوردارند که آثار ادبی و هنری را به‌صورت موقت و بدون هزینه، به‌صورت قرض در دسترس عموم قرار بدهند؛ در حالیکه، چنین امری تحت نظام خوددادگری ممکن است توسط دارندگان آثار فکری منع شود.

۳-۱-۴. تهدید حریم خصوصی

به باور برخی از حقوق‌دانان، نظام‌های متکی بر حاکمیت اراده اشخاص نظیر حقوق قراردادها یا اقدامات شخصی، تعدی بر حریم خصوصی است. ازجمله، با اقدامات شخصی شامل جمع‌آوری و افشای اطلاعات فعالیت‌های خصوصی مجوزگیرنده، حریم خصوصی اشخاص تهدید می‌شود (Cohen, 1998: 19). برای نمونه، پدیدآورنده نرم‌افزار می‌تواند با نظارت بر نحوه استفاده از نرم‌افزار خود اطلاعات کاربران را به‌دست آورد.

این ادعا موجه است. لیکن، باید توجه داشت که در راهکارهای دیگر نیز امکان افشای اطلاعات خصوصی اشخاص وجود دارد و این امر اختصاص به راهکارهای خصوصی ندارد. هرچند کوهن بر

این باور است که حریم خصوصی صرفاً شامل حمایت از رفتارهای اشخاص از مشاهده دیگران نیست؛ بلکه حریم خصوصی شامل حفاظت از استقلال اشخاص در برابر دیگران نیز است (Cohen, 1998: 20). به عقیده او هنگامی که شخص مجوزدهنده، مجاز به اقدامات خاصی نظیر نظارت و دسترسی به اطلاعات خریداران، در منزل و محل کار است، در حالی که سایر افراد از چنین حقی برخوردار نیستند، به حریم خصوصی خریدار تعدی شده است (Cohen, 1998: 21). در جواب می توان گفت که در سازوکارهای خصوصی، شخص خریدار در پذیرفتن شرایط و محصول و ترک آن مختار است. در نتیجه، هنگامی که شخص با طیب خاطر اقدام به پذیرفتن محصول می کند، گویی لوازم آن را نیز پذیرفته است. فلذا، نمی توان ادعا کرد که به حریم خصوصی افراد تعدی شده است.

همچنین، بنا بر نظر برخی از حقوق دانان، غیرفعال کردن نرم افزار نمی تواند تهدیدی برای حریم خصوصی قلمداد شود. نرم افزاری که به نحو خودکار به منظور اجرای شروط قراردادی، استفاده از خود را کنترل می کند، دارای تهدید کمتری برای حریم خصوصی نسبت به هر سازوکار جایگزین دیگری است. زیرا این روش از کنترل، نیازی به مداخله انسان برای نظارت بر استفاده ندارد (Friedman, 1998: 1164). بر این اساس، اگرچه تهدید تجاوز به حریم خصوصی ناقض مالکیت فکری هم چنان باقیست، همان طور که گذشت، از آنجا که در مالکیت فکری در بیشتر موارد، موضوع حق بر اشیای غیرمادی بروز می یابد، رویارویی و مواجهه در قیاس با مواردی که موضوع حق بر اشیای مادی تجلی پیدا می کند، کمتر است و خطر نقض حریم خصوصی به خصوص در مواردی که اقدامات شخصی بدون دخالت انسان و به نحو خودکار اعمال می شود، کاهش پیدا می کند.

۵-۱-۲. ایجاد انحصار و از بین بردن بازار رقابت

شناسایی بی قید و شرط احقاق شخصی حق در نظام مالکیت فکری باعث ایجاد انحصار از جانب دارندگان آثار فکری شود. برای نمونه، در نظام حق مؤلف نسخه برداری از ایده آثار بدون مجوز دارنده آثار مجاز است. چنانچه در بند ۲ ماده ۹ موافقت نامه تریپس و ماده ۲ معاهده حق مؤلف سازمان جهانی مالکیت فکری بیان شده است که حمایت حق مؤلف شامل بیان و نه ایده ها، رویه ها، روش های اجرایی یا مفاهیم ریاضی است. این رویکرد را می توان در راستای جلوگیری از انحصار شرکت های مسلط در بازار رقابت دانست. اما از آنجا که، دامنه حمایت از آثار فکری تحت نظام اقدامات شخصی در مقایسه با نظام های دیگر حامی مالکیت فکری وسیع تر است، دارندگان آثار فکری با اعمال اقدامات شخصی حتی می توانند مانع نسخه برداری از ایده آثار خود شوند.

به طور کلی، در تعارض میان مالکیت فکری و حقوق رقابت، اولویت با حقوق رقابت است. بدین علت که در حقوق رقابت منافع عمومی بیشتر از منافع اشخاص در نظر گرفته می شود (نک:

ماده ۵۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی). چنانچه در پرونده‌ای،^۱ خواهان به علت ارائه ندادن اطلاعات سازگاری (که مشمول ایده اثر بود) ملزم به اعطای مجوز در این خصوص شد. دادگاه ندادن چنین اطلاعاتی را سوءاستفاده از وضعیت غالب تشخیص داد و استناد خواننده به حقوق مالکیت فکری خود را موجه ندانست.

۲-۲. توجیهات احقاق شخصی حق

احقاق شخصی حق در کنار ایرادات وارده، دارای مزایایی است که می‌تواند نظام مالکیت فکری را در وصول به اهداف خود یاری رساند. در این مبحث تلاش شده است که به بیان برخی از این مزایا بپردازیم.

۲-۲-۱. مقرون به صرفه بودن

طرف‌داران حمایت از احقاق شخصی حق معتقدند که تحت این نظام، کارآمدی قضایی به واسطه کاهش حجم کاری محاکم، افزایش می‌یابد (Gitter, 1993: 415). چنانچه به عقیده برخی از حقوق‌دانان، تحت نظام احقاق شخصی حق، طرفین درگیر، خود مکلف به پرداخت هزینه‌های حل و فصل اختلافات می‌شوند، به جای آنکه عموم به آنان یارانه بدهند (Chandler, 2010: 45). پس، جواز احقاق شخصی حق این امکان را برای محاکم ایجاد می‌کند که از رسیدگی به طیف وسیعی از پرونده‌ها معاف شود. در نتیجه، شناسایی اقدامات شخصی در برخی از موارد می‌تواند جایگزین مناسبی برای مراجع رسمی و نهادی برای به انجام رساندن اهداف مشابه مقررات حکومتی باشد؛ با این تفاوت که از ویژگی مقرون به صرفه بودن برخوردار است.

می‌دانیم رسیدگی قضایی یا تأمین بازدارندگی عمومی، یعنی اگر دولت دنبال پیشگیری باشد، هزینه بسیاری دارد. بر این پایه، عده‌ای گفته‌اند بهتر است نظام پلیس و غیره را تعطیل کنیم و به افراد اجازه دهیم که خود دنبال تأمین منافع خویش، مثل استخدام متخصصین و سرمایه‌گذاری برای تعقیب و... باشند. اما مسئله آن است که تعقیب خصوصی یا سرمایه‌گذاری برای اقدام شخصی هزینه‌ها را کاهش می‌دهد؟

اقدامات شخصی سه اثر دارد (Cooter, & Ulen, 2012: 480): اول اینکه، برای اقدام‌کننده فایده دارد. او پول می‌دهد و امنیت می‌خرد؛ مثل خرید درب ضد سرقت. دوم اینکه، برای اجتماع هم فایده دارد؛ متجاوزین کمتر به فکر تعدی می‌افتند و این گونه بازدارندگی اجتماعی هم دارد. سوم اینکه، اعمال خلاف در جامعه توزیع می‌شود؛ یعنی بالاخره آمار تقصیر در جامعه ماندگار است و توزیع

1. Microsoft Crop v. Commission (2007)

می‌شود؛ مثلاً اگر متجاوز نتواند با وجود درب ضد سرقت وارد شود، عمل دیگری را برای رسیدن به هدف خود انجام می‌دهد یا به اموال کس دیگر تعدی می‌کند. بنابراین، همچنان وجود نظام قضایی و اجرای آرا از نظر تحلیل اقتصادی حقوق صحیح و منطقی تلقی می‌شود. برای نمونه، وقتی وضعیت ساختار اجتماعی، از جمله به دلیل بیکاری یا آموزش فرهنگی به گونه‌ای باشد که مردمان ممکن است به حقوق مالی هم تجاوز کنند، بستن یک راه کفایت نمی‌کند و باید چاره بزرگ‌تری اندیشید. احقاق شخصی حق نیز در این دایره می‌گنجد.

در آمریکا، محاکم در موارد بسیاری، اقدامات شخصی را در موضوع آزادی بیان، جایگزین مناسبی در برابر محدودیت‌های دولتی قلمداد کرده‌اند. چنانچه در پرونده‌ای، شخص معترض به جنگ، به خاطر نوشتن الفاظ نامناسب بر روی پیراهن خود بازداشت شد؛ لیکن دادگاه، برخلاف دیوان عالی، چنین اقدامی را خلاف قانون اساسی آمریکا قلمداد نکرد و در استدلال خود بیان کرد که بینندگان، راه جبران مناسبی از طریق اقدام شخصی داشته‌اند، بدین صورت که به سادگی می‌توانستند نگاه خود را از صحنه برگردانند (Lichtman, 2004: 4-5).

همچنین، در صورت شناسایی اقدامات شخصی در ارتباط با آزادی بیان، این امکان فراهم می‌شود که اشخاص آزادانه قادر به ارائه نظرات خود به عموم باشند. این امر، افزایش گردش اطلاعات را به دنبال خواهد داشت و به طور هم‌زمان این اختیار را نیز به مخاطبان می‌دهد که با هزینه کمی از این رابطه انصراف دهند (Lichtman, 2004: 7). بنابراین، نظام اقدامات شخصی می‌تواند موجب افزایش آگاهی عمومی نسبت به مسائل روز شود.

۲-۲-۲. ترویج حمایت از حقوق اخلاقی

از فواید شناسایی احقاق شخصی حق، کمک به اخلاق علمی^۱ جهت رعایت حق اخلاقی پدیدآورنده است؛ و این حمایت محدود به زمان خاصی نیست. بدین نحو که، پدیدآورنده اثر فکری به استفاده‌کننده از اثر خود، در صورتی اجازه نسخه‌برداری را اعطا می‌کند که اگر آن شخص در اثر آینده خود، از اثر مورد نظر استفاده کند، باید نام آن اثر را نیز ذکر کند (Dam, 1999: 22-23). در واقع، این شرط به نوعی، رعایت حقوق اخلاقی پدیدآورنده است که نیازی به شرط آن در ذیل قراردادهای خصوصی نیز نیست. زیرا از اقتضائات ذات بیان، رعایت حقوق اخلاقی پدیدآورنده است.

منتقدان احقاق شخصی حق، اغلب تلاش‌های ارائه‌دهندگان محتوا برای درآمد و سود بیشتر را معارض ارزش منافع عمومی مندرج در مفهوم استفاده منصفانه می‌دانند. اما از این غافل‌اند که

1. academic ethic

احقاق شخصی حق می‌تواند با مقاصد اخلاقی نیز به کار گرفته شود. بدین نحو که، احقاق شخصی حق از طرفی این اطمینان را در پدیدآورنده نسبت به حق نام خود به وجود می‌آورد و از طرف دیگر، اطمینان نسبت به تمامیت و یکپارچگی اثر خود (Dam, 1999: 15). همچنین، احقاق شخصی حق، حمایت از شهرت و اعتبار نویسنده، هنرمند یا آهنگ‌ساز را نیز تضمین می‌نماید (Dam, 1999: 16). در واقع، می‌توان نتیجه گرفت که با شناسایی و اجرای احقاق شخصی حق هم حق تمامیت پدیدآورنده و هم حق تمامیت اثر تضمین می‌شود.

۲-۲-۳. توسعه دانش و خلاقیت

به‌طور کلی، تکیه‌گاه اصلی نظام حقوق مالکیت فکری و دیگر نظام‌های اعطاکننده حق انحصاری، سیاست ابتکار و نوآوری است و اهداف این نظام‌ها ارائه انگیزه در اشخاص برای تولید محصولات خلاقانه و مبتکرانه به نفع عموم با اعطای حقوق انحصاری است؛ به‌گونه‌ای که با تشویق اشخاص به تولید آثار مبتکرانه موجبات رفاه اجتماعی نیز حاصل شود.

اعطای حقوق انحصاری موقت به پدیدآورندگان، آنان را قادر می‌سازد که در این دوره، سرمایه‌گذاری‌ها برای خلق آثار فکری را مجدداً تصاحب کنند. این امر یا با فروش آثار به مبلغ بالاتر از هزینه نهایی صورت می‌گیرد یا با صدور مجوز بهره‌برداری به اشخاصی که حاضرند آثاری را با مبلغ بالاتر از هزینه نهایی خریداری کنند (Burk, 2004: 2).

با توجه به پیشرفت علم و فناوری و آسیب‌های موجود در فضای مجازی، شناسایی احقاق شخصی حق می‌تواند پدیدآورندگان آثار فکری را ترغیب کند که آثار بیشتری را در فضای مجازی و با هزینه کمتری ارائه دهند (Dam, 1999: 22). بدین ترتیب، شناسایی این نهاد، توسعه آثار فکری را هم از لحاظ کیفی و هم کمی به دنبال خواهد داشت که خود از یک‌سو، موجب افزایش تقاضا خواهد شد و از سوی دیگر، این امر را در عموم نهادینه خواهد کرد که به‌منظور بهره‌برداری از آثار دیگران، اقدام به کسب مجوز کنند.

۲-۲-۴. قدرت بازدارندگی

از شاخصه‌های مهم نظام احقاق شخصی حق، قدرت بازدارندگی آن است. نظام‌های حامی اقدامات شخصی معمولاً نظام‌های حمایت‌کننده از ارائه‌دهندگان محتوا شناخته می‌شود؛ لیکن در بعضی از موارد (برای مثال، در آثار ادبی و هنری) این نظام‌ها می‌توانند حتی حمایت از پدیدآورندگانی را به دنبال داشته باشد که از فناوری‌های محدودکننده در آثارشان استفاده نکرده‌اند (Dam, 1999: 16).

به بیان دیگر، شناسایی اقدامات شخصی در نظام‌های حقوقی می‌تواند حریم امنی برای تمامی آثار

فکری ایجاد کند؛ خواه در آن آثار از فناوری‌های محدودکننده استفاده شده باشد یا خیر؛ برای مثال، از مصادیق اقدامات شخصی در دنیای رقومی، درج نشان رقومی^۱ بر روی آثار است. استفاده از چنین اقدامی، ردیابی اثر در صورت نقض از طریق تهیه نسخه غیرمجاز را تسهیل می‌کند. به همین دلیل، ناقضان حق ترجیح می‌دهند که آن دسته از آثاری را مورد سرقت قرار دهند که دربردارنده چنین نشانی نباشد. اما اگر، دارندگان آثار فکری، این نشان‌ها را به صورت نامرئی بر روی آثار خویش حک نمایند، در آن صورت، سارقان مجبور به صرف نظر کردن از تمامی آثار هنری در دنیای رقومی می‌شوند و نه صرفاً از آثاری که نشان رقومی بر روی آنان درج شده است (Dam, 1999: 16). در واقع، عدم آگاهی سارقان نسبت به درج یا عدم درج چنین نشان‌هایی بر روی آثار فکری موجب می‌شود که آنان از بیم تعقیب، از نسخه‌برداری به طور کلی صرف نظر کنند. بنابراین، شناسایی اقدامات شخصی می‌تواند باعث کاهش نقض مالکیت فکری شود؛ خواه دارندگان آثار فکری از آن بهره‌برداری کنند یا خیر.

۳. توجیه ضرورت شناسایی نهاد احقاق شخصی حق

به طور کلی، نظام‌های حقوقی مختلف، استفاده آزاد از اقدامات شخصی را منع کرده‌اند. به دلیل اینکه اقدامات شخصی باعث نفی روش‌های متعارف احقاق حق، ایجاد مشکل برای نظم عمومی و نظام حقوقی و همچنین مقدم داشتن قدرت بر حقوق است (رجبی، ۱۳۹۳: ۱۴۱). پذیرش اقدامات شخصی به نحو نامحدود باعث از بین رفتن خطوط میان قواعد حقوقی و وضع طبیعی است. چون که هدف اصلی ایجاد قرارداد اجتماعی از بین بردن هرج و مرج و بلا تکلیفی، در جامعه فاقد سیستم رسمی برای حل و فصل اختلافات بود (Cohen, 1998: 27). همچنین، استفاده بی‌قید و شرط از اقدامات شخصی موجب هدر رفتن منابع به دست قربانیان در جهت دفاع از خویش خواهد شد (Chandler, 2010: 44). لیکن، این بدان معنا نیست که چنین حقی باید مطلقاً رد شود، بلکه اعمال این حق باید تعدیل شود.

همچنان‌که به اشخاص نمی‌توان اجازه داد تا برای دیگران حکم صادر کنند، به طریق اولی نمی‌توان اجازه داد تا به اجرای حکم بپردازند. و نیز مهم‌تر از آن، وقتی منافع ایشان درگیر باشد، تجویز اجرای احکام قانونی بسیار دشوارتر از موارد فوق است. پس، از نظر مبنایی، با موانع بسیاری روبه‌رو هستیم تا خوددادگری را توجیه کنیم. مگر بتوان این موانع را در فرض ضرورت، موردی و موقت (به گونه‌ای که امر حداقلی باشد) نادیده انگاشت.

افراد نباید به احقاق حق بپردازند؛ چراکه اعمال قدرت در انحصار دولتی است که نماینده مردم

1. Digital Watermarks

است. اما گاه ضرورتی برای احقاق شخصی وجود دارد که در آن صورت، باید حدود ضرورت، یعنی مواردی مثل تناسب رعایت شود. پس، محل احقاق حق، فرض ضرورت است. نتیجه اینکه، مشروعیت احقاق شخصی حق ناشی از حکم ثانوی است؛ یعنی حکم ثانوی ضرورت ما را بر این می‌دارد تا حکم اولی احقاق حق از طریق مراجع رسمی و در نتیجه مصونیت حق بدهکار، نادیده گرفته شود.

احقاق شخصی حق مقدمات و لوازم حق را ندارد و نوعی حکم است. اختیاری است که قانون اعطا کرده و نباید از حدود این اختیار تجاوز کرد و اصل بر احتیاط است، نه اباحه و در صورت زیان به اشخاص، اصل بر عدم اختیار است. در حقیقت، در اینجا شخص جانشین مأمور رسمی است و خود مقررات را اعمال می‌کند. پس، همچنان که اصل بر عدم صلاحیت مأموران است، در اینجا نیز چنین است و مضاف بر این، استثنائاً این ولایت به او اعطا شده و اختیارات او تنها در فرض ضرورت و تناسب برابر مأموران است و الا از اختیار مأموران رسمی هم کمتر است.

برای نمونه، با پیشرفت و توسعه فناوری، اجرای طرح‌های حقوق سنتی به منظور مقابله با خطرات موجود در دنیای رقومی غیرممکن یا بیش از حد پرهزینه شده است. به علاوه، فرایند قضایی در رسیدگی به تخلفات رایانه‌ای به علت کند بودن یا عدم ارائه راه‌حل‌های مناسب، ناکارآمد است (Chandler, 2010: 45). به دلیل اینکه حملاتی که موجب آسیب به وبسایت‌های تجارت الکترونیک می‌شود از سرعت بالایی برخوردار است و نفوذکنندگان نیز معمولاً حملات خود را از حوزه‌های قضایی گوناگون و با قوانین جرایم سایبری متفاوت انجام می‌دهند، که این به خودی خود روند پیگیری جرایم اینترنتی را دشوار می‌سازد (Kesan, 2010: 834). پس، از آنجا که تعلل در احقاق حق می‌تواند منجر به نقض حقوق اشخاص شود، شناسایی سازوکاری مناسب به منظور مقابله با این قبیل حملات، ضروری به نظر می‌رسد.

از دیدگاه نظام‌های مبتنی بر حاکمیت اراده اشخاص و فناوری‌های مبتنی بر اقدامات شخصی، حقوق قراردادهای نسبت به نظام مالکیت ادبی و هنری ارجح است (Cohen, 1998: 2). چراکه، می‌توان تحت ساختار حقوق قراردادهای محدودیت‌های اجباری تحت این نظام را مبدل به محدودیت‌های اختیاری کرد. بنابراین، تحت ساختار حقوق قراردادهای اشخاص از آزادی بیشتری برخوردارند و می‌توانند در خصوص حدود و ثغور اجرای قرارداد، تصمیم‌گیری نمایند.

۳-۱. مکمل حق شخصی

پیشرفت و توسعه فناوری باعث افزایش قابلیت اشخاص در آسیب رساندن به حقوق یکدیگر و همچنین دفاع از خود در برابر آسیب‌ها شده است. بنابراین، حقوق باید در این خصوص تصمیم‌گیرد

که آیا اشخاص قادر به واکنش در برابر این آسیب‌های فراقانونی از طریق اقدامات شخصی هستند یا صرفاً باید به سازوکارهای قانونی متوسل شوند.

به‌طور کلی، قواعد حقوقی از طریق ترکیب سازوکارهای دولتی و خصوصی اجرا می‌شوند. برای نمونه، منع یا خودداری سارقان از ورود به منزل دیگران، برگرفته از دخالت پلیس و تهدید به زندان از یک‌سو و همچنین از طریق آگاهی سارقان از مجهز بودن صاحبان خانه به اسلحه، سیستم‌های امنیتی و سایر وسایل شخصی به‌منظور دفاع از مالکیت است. به همین صورت، در مالکیت فکری نیز دارندگان آثار فکری به‌منظور حمایت از حقوق خود به‌طور معمول اطلاعات اختصاصی مرتبط به آثارشان را در انحصار خود نگاه می‌دارند؛ برای مثال، اطلاعات حساس را میان تمام کارکنان تقسیم می‌کنند، به‌گونه‌ای که کارمندی به تنهایی نتواند تمام اطلاعات شرکت را افشا کند (Lichtman, 2004: 2). بنابراین، در هر حوزه از حقوق می‌توان با تأکید بر دو معیار فردی‌سازی و کاهش دخالت دولت، موارد بیشتری از آن دسته از اقدامات شخصی را که جایگزین مناسب برای اقدامات دولتی است، شناسایی کرد (Lichtman, 2010: 10).

بررسی اقدامات شخصی در فضای مجازی از اهمیت بسزایی برخوردار است. زیرا نظارت بر اجرای حقوق در مقابله با انواع آسیب‌های موجود در فضای مجازی ازجمله موضوعات چالش‌برانگیز دولت‌ها است. به عقیده برخی از حقوق‌دانان، نظارت بر اجرای حقوق در فضای مجازی امری غیرممکن است. چون که لازمه نظارت بر اجرای حقوق از طرف نهادهای ناظر در چنین محیطی، داشتن درجه بالایی از مهارت‌های فنی پلیسی است و همچنین، ممکن است در این امر با حوزه‌های قضایی متعدد درگیر شوند. فلذا، فضای مجازی کمتر استحقاق سرمایه‌گذاری منابع نظارت بر اجرای حقوق را دارد (Chandler, 2010: 60). نتیجه اینکه به‌دلیل پرهزینه بودن و محدود نبودن موضوع در قلمرو سرزمینی کشورها، نظارت بر اجرای حقوق در فضای مجازی مبدل به امری بیهوده شده است و ناگزیر از پذیرش حداقلی از اختیار اشخاص برای حفظ و حمایت از حقوق خود هستیم.

در آمریکا، بنابر گزارش «سازمان بررسی جرایم رایانه‌ای و امنیتی»^۱ در سال ۲۰۰۸، صرفاً ۲۷ درصد از اشخاص، حملات سایبری را به نهادهای ناظر گزارش کرده‌اند (Richardson, 2008: 22). همچنین، طبق این آمار، چهل و هفت درصد از اشخاص بیان کرده‌اند که «اعتقادی ندارند که نهادهای ناظر بر اجرای حقوق بتواند در این مسئله به آنان کمک کند» (Richardson, 2008: 23). نتیجه این گزارش، حاکی از آن است که اشخاص در مواجهه با حملات سایبری، استفاده از سازوکارهای

1. CSI Computer Crime & Security Survey (CSI)

خصوصی نظیر اقدامات شخصی را بر اقدامات دولتی ترجیح می‌دهند.

در مواردی که دارندگان آثار فکری احساس کنند که انطباق قوانین با توسعه‌های فنی بسیار آهسته یا ناکافی در جهت حمایت از آن‌ها است، آن‌ها معمولاً ترجیح می‌دهند که امور را در دستان خود گیرند. بنابراین، عدم اطمینان و تأخیر در اعمال حمایت، اعمال اقدامات شخصی را به‌نحو یکسان هم در استفاده‌کنندگان و هم در دارندگان حق مالکیت ادبی و هنری افزایش خواهد داد (Depoorter, 1854: 2009). چون که امروزه اشخاص در فضای مجازی به دنبال اقتصادی کردن هزینه‌های امنیت سایبری هستند و این اقدام را از طریق منع یکدیگر و استخدام کارشناسان به‌منظور ارائه حمایت از آن‌ها انجام می‌دهند (Epstein, 2005: 31).

به‌طور کلی، دارندگان حقوق می‌توانند در موارد خلأ قانونی، اقدام به استقرار سازوکارهای خصوصی کنند؛ بدین نحو که با بهره‌بردن از نظام حقوق قراردادها یا فناوری‌های نظارتی، سطوح دارای نقص یا غفلت موجود در قوانین را رفع یا کاهش دهند (De Filippi, 2012: 4). در نتیجه، دارندگان آثار فکری می‌توانند در کنار اعمال سازوکارهای دولتی نظیر نظام حق مؤلف، در موارد نقص قانون یا فقدان راهکارهای مناسب از سوی دولت‌ها، از سازوکارهای خصوصی به‌منظور حمایت از حقوق مالکیت فکری خویش بهره‌مند شوند.

همچنین، وظیفه حقوق آن است که از حق انحصاری دارندگان آثار فکری حمایت به عمل آورد. در صورتی که این حمایت، در نظام‌های عمومی مثل نظام حق مؤلف میسر نشود، چاره‌ای جز توسل به اقدامات شخصی نیست. به همین دلیل است که برخی از حقوق‌دانان استدلال کرده‌اند، نظامی که اقدامات شخصی را ممنوع می‌داند و حمایت کافی از حقوق قانونی نیز ارائه نمی‌دهد، این نظام خواهان نقض حقوق افراد است؛ چراکه عامل بازدارنده معتبری برای قربانیان وجود ندارد (Chandler, 2010: 45-46). پس، در صورت عدم حمایت حقوق از حقوق انحصاری پدیدآورندگان آثار فکری و ممنوع دانستن اقدامات شخصی می‌توان به این نتیجه رسید که چنین نظامی خواهان نقض حقوق مالکیت فکری پدیدآورندگان آثار فکری است یا به عبارت دیگر به دنبال عدم حمایت از مالکیت فکری است.

۴. مصادیق خاص احقاق شخصی حق

مالکیت فکری و فضای مجازی دو عرصه جدیدی است که ضرورت احقاق شخصی حق را نشان می‌دهد:

۴-۱. احقاق شخصی حق در مالکیت فکری

این مسئله از اهمیت بسزایی برخوردار است که دارنده اثر فکری به‌منظور اجرای حق خویش،

مجاز به اعمال چه نوع از اقدامات شخصی است. آیا اقدامات مادی یا سخت درخصوص آثار فکری از مشروعیت برخوردار است یا آنکه احقاق شخصی حق اساساً منحصر به اقدامات به اصطلاح نرم است و اقدامات سنتی در آن فاقد کاربرد و مشروعیت است؟

در حقوق مالکیت فکری برخلاف مالکیت بر اموال فیزیکی، دارنده اثر فکری، حق هر تصرفی در مال خود را ندارد. در مالکیت فیزیکی، طبق ماده ۳۰ قانون مدنی، «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد». علت این امر آن است که اصولاً مالکیت فکری، به دلیل ارتباط با مصالح عمومی جامعه، بیشتر دارای جنبه عمومی است؛ فلذا استفاده از مال فکری، باید تحت شرایط خاصی باشد که توسط قانون‌گذار معین می‌شود. قانون‌گذار ایرانی نیز به درستی در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ۱۳۸۶ در عوض بیان حقوق دارنده به نحو کلی، اقدام به برشمردن حقوق دارندگان علائم تجاری (ماده ۴۰)، طرح‌های صنعتی (ماده ۲۸) و اختراع (ماده ۱۵) کرده است. استفاده از حقوق بیان شده در این موارد، نیازمند کسب مجوزهای مربوطه دارد.

سیستم قانون‌گذار ایرانی همانند دیگر نظام‌های حقوقی در بیان حقوق دارندگان اموال فکری، سلبی است. بدین معنا که دارنده حق، در بهره‌برداری از حقوق خویش، نیاز به کسب مجوزهای مربوطه دارد؛ لیکن قادر است از هرگونه بهره‌برداری دیگران از اموال فکری خویش جلوگیری به عمل آورد. به عبارت دیگر، رویکرد نظام‌های حقوقی در بیان حقوق دارندگان اموال فیزیکی و فکری متفاوت است. بدین صورت که در اموال فیزیکی مالک، حق هرگونه تصرف در ملک خود را دارا است؛ فلذا قانون‌گذار از برشمردن حقوق مالک معاف است. اما در اموال فکری، قانون‌گذار بیان می‌دارد که بهره‌برداری از اموال فکری توسط دیگران، مشروط به موافقت مالک آن است (حکمت‌نیا، ۱۳۹۳: ۹۴). پس، اگرچه هر گونه تصرف دیگران متوقف به اذن دارنده اثر فکری است، اما خود دارنده، مجاز به هر گونه تصرفی در مال خویش نیست.^۱ قانون‌گذار با استفاده از این بیان، خود را مکلف به برشمردن حقوق دارنده حق می‌کند. نتیجه آن که، دارندگان آثار فکری صرفاً مجاز به اعمال آن دسته از حقوقی هستند که توسط قانون‌گذار شناسایی شده باشند.

هنگامی که سیستم بیان حقوق دارنده اثر فکری به نحو سلبی باشد، این مسئله می‌تواند متبادر به ذهن شود که دارنده حق نیز در حمایت از حقوق انحصاری خود بهتر است که از رویکردهای پیشگیرانه بهره جوید. بدین ترتیب که دارنده اثر فکری اصولاً باید به منظور حمایت از حقوق خویش، آن دسته از اقدامات شخصی را اعمال کند که جنبه پیشگیرانه و سلبی دارد. اگر در معاهدات

۱. البته در ارتباط با اموال غیرمنقول نظیر ملک، محدودیت‌هایی به مانند مالکیت فکری وجود دارد.

بین‌المللی حمایت از اقدامات فنی نیز مذاقه شود، مبنای حمایت از اقدامات حمایتی فنی مؤثر، جلوگیری از دسترسی و بهره‌برداری از آثار به‌نحو غیرمجاز است. در واقع، رویکرد اعمال شده در معاهدات نیز یک رویکرد پیشگیرانه و تدافعی است تا تهاجمی.

در نظام مالکیت فکری، قاعدتاً آن دسته از اقدامات شخصی که با هدف پیشگیری از دسترسی دیگران به‌نحو غیرمجاز باشد، جاز تلقی می‌شود؛ خواه این اقدامات نرم باشد یا مادی. برای روشن‌تر کردن مسئله به ذکر دو نمونه از اقدامات شخصی پیشگیرانه نرم و مادی می‌پردازیم.

در ارتباط با اقدامات شخصی پیشگیرانه مادی، فرض کنید که یک صاحب گالری نقاشی، به‌منظور حمایت از حقوق مادی خود، اقدام به تدابیر امنیتی می‌کند. مانند آنکه، بازدیدکنندگان را از آوردن هر گونه وسیلهٔ عکسبرداری منع می‌کند تا بدین صورت از هر گونه اقدام ناقض حقوق خود، جلوگیری به عمل آورد. بنابراین، اگرچه این اقدامات فیزیکی و مادی است، ولی به علت داشتن جنبهٔ پیشگیرانه، مجاز تلقی می‌شود.

به همین صورت، در اقدامات شخصی پیشگیرانه نرم، شما می‌توانید دارندهٔ نرم‌افزاری را در نظر بگیرید که با تعبیهٔ سیستمی در نرم‌افزار خود، خریدار نرم‌افزار را ملکف کند که بعد از سپری شدن زمان معینی، به‌منظور استفادهٔ مجدد از نرم‌افزار، مبلغی را بپردازد، در غیر این صورت نرم‌افزار به‌نحو خودکار غیرفعال می‌گردد. در این شیوه نیز از آنجا که دارندهٔ حق، با تعبیه کردن سیستمی که هدفش جلوگیری کردن از هر گونه امکان نقض بعدی است، این قبیل اقدامات مجاز تلقی می‌شود. در مادهٔ ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی، در فصل جرایم رایانه‌ای، به‌طور ضمنی چنین اقداماتی، مشروع تلقی شده است. بدین نحو که در قسمت اول این ماده بیان شده است که «هرکس به‌طور غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است، دسترسی یابد...». قید «به وسیله تدابیر امنیتی» دلالت بر مشروعیت آن دسته از اقدامات شخصی نرمی دارد که دارندگان داده در جهت حمایت از حقوق خویش اعمال می‌کنند، که نقض آنان از جانب دیگران دارای ضمانت اجرا است.

اما اگر اقدامات شخصی، جنبهٔ تهاجمی داشته باشد، می‌توان میان اقدامات شخصی نرم و مادی تفکیک قائل شد. درخصوص اقدامات فیزیکی تهاجمی، فرض کنید، دارندهٔ نرم‌افزاری به‌منظور از بین بردن کد منبع نرم‌افزار خود، به محل کار یا منزل کاربر مورد نظر، مراجعه کند؛ با هدف سرقت قالب مادی نرم‌افزار یا حتی سیستمی که نرم‌افزار بر روی آن نصب شده است. در این قبیل موارد، به علت نقض حریم خصوصی افراد و ایجاد خشونت باید چنین اقداماتی را ممنوع اعلام کرد. در واقع، در چنین مواردی دیگر تفکیک میان اقدامات شخصی در ارتباط با اموال فکری و اموال فیزیکی موضوعیت ندارد.

البته باید به این مسئله توجه کرد که امروزه، در دنیای رقومی، دیگر اقدامات مادی تهاجمی، محلی از اعراب ندارد. و علت این امر، عدم محدودیت دنیای رقومی در قالب سرزمین‌ها و افزایش سرعت انتقال داده است. در دنیای رقومی، سرعت عمل افراد، نقش بسزایی در احقاق حق یا تضییع حق دارد. مبنای جواز اقدامات شخصی، تسریع در وصول به حق است؛ لیکن این امر در دنیای رقومی با توسل به اقدامات شخصی مادی میسر نیست. زیرا از طرفی در این فضا، امکان نقض آثار به نحو گسترده، در کمترین زمان ممکن، میسر است و از طرف دیگر نیز در بسیاری از موارد امکان شناسایی شخص ناقض وجود ندارد و بر فرض شناسایی نیز این امکان وجود دارد که ناقض از جهت موقعیت جغرافیایی، خارج از محل سکونت دارنده حق باشد. در نتیجه، در دنیای مجازی، استفاده از اقدامات تهاجمی مادی دارای توجیه منطقی و عقلی نیست.

در اقدامات نرم تهاجمی، در صورتی که دارنده حق، اقدام به ایجاد ممنوعیت یا محدودیت در دسترسی به اثر خویش، در صورت نقض حق خویش بنماید، چنین اقدامی مجاز است. برای نمونه، حمله دارنده نرم افزار به کاربر با هدف از بین بردن نرم افزار مورد نظر، بلامانع است؛ در صورتی که صرفاً در حدود موضوع نقض - غیرفعال کردن نرم افزار - باشد. علت جواز چنین اقداماتی، آن است که در حملات نرم برخلاف حملات مادی، احتمال ایجاد خشونت و نقض حریم خصوصی به مراتب کمتر است. همچنین، این فرضیه را نیز مطرح کرد که از آنجا که قالب حق در اقدامات نرم، غیرمادی است، استرداد اثر از طریق مادی بیهوده است و بر همین اساس معقول‌ترین راه به منظور جلوگیری از بهره‌برداری ناقضان از آثار فکری، در صورت عدم موفقیت روش‌های پیشگیرانه و تدافعی، اعمال روش‌های تهاجمی است.

در نتیجه، احقاق شخصی حق به صورت پیشگیرانه (تدافعی) و تهاجمی است. در ارتباط با اقدامات پیشگیرانه حکم به جواز مطلق داده می‌شود؛ خواه مادی باشد یا نرم. اما در خصوص اقدامات تهاجمی باید میان حالت مادی یا نرم، تمایز قائل شد. بدین نحو که اقدامات مادی نامشروع است؛ زیرا ماهیت عمل به نحوی است که نقض حریم خصوصی و صلح در آن مفروض است. در صورتی که در اقدامات تهاجمی نرم این امر متفاوت است.

۴-۲. احقاق شخصی حق در فضای مجازی

خوددادگری چه در قالب دفاع مشروع، اقدام از روی اضطرار یا احقاق شخصی حق باشد، وابسته به اراده فردی و در قالب اقدام شخصی تحقق می‌یابد (رجبی، ۱۳۹۳: ۳۴۷)؛ برای همین، به دلیل تأثیری که بر حق دیگران دارد، نشانه‌هایی از استبداد و خواست صاحبان فنون و قدرت نیز در آن وجود دارد و سبب می‌شود که زور و اقتدار فنی حاکم باشد.

علاوه بر این، به دلیل اینکه فضای اینترنتی سروسامان مناسب ندارد و دولت‌ها کمتر توان مداخله در آن فضا را دارند و نیز اختلافات حاصل از آن کمتر در صلاحیت دادگاه‌ها قرار می‌گیرد، اعمال شخصی در این فضا با دشواری‌ها و مشکلات حقوقی بسیاری روبه‌روست (رجیبی و ترازوی، ۱۳۹۶: ۳۰۵). برای نمونه، گسترش استفاده از فضای مجازی، حمایت از حقوق مؤلف را با دشواری‌هایی روبه‌رو کرده است؛ زیرا از یک‌سو دامنه نقض حق مؤلف از مرز کشورها فراتر رفته و از سوی دیگر ویژگی خاص اینترنت، از جمله امکان دسترسی گسترده به محتوای آن و جابه‌جایی حجم زیادی از اطلاعات در چند ثانیه، تفاوت‌های فنی و حقوقی چشمگیری میان حمایت از این حقوق در فضای مجازی با محیط فیزیکی ایجاد کرده است (کاویانی و الماسی، ۱۳۹۹: ۱۲۶)؛ مثلاً در فضای مجازی هرگاه بتوان به رایانه‌ای اختیار حمله داد، ممکن است در شناسایی هدف اشتباه کند یا اینکه تخریب مزبور عمدی نباشد؛ بلکه تخریب‌گر، خود حامل ویروس باشد؛ حتی با نبود این مسائل، برای برقراری تناسب میان حمله و دفاع نیازمند نهاد قضای هستیم (Epstein, 2005: 31). در نتیجه، توسل به اقدامات شخصی رایانه‌ای با خطراتی همراه است که به دلیل احتراز از این دشواری‌ها، پیشنهاد شده که بهتر است قواعد حقوق بین‌الملل مستقیماً بر آن حکومت کند و برای قواعد حقوق بین‌الملل نقش حاکمیتی متصور شد (Segura-Serranto, 2006: 271).

با این همه، اقدام دفاعی در فضای مجازی نه تنها نامناسب نیست، که گاهی رسماً کارشناسانی را برای آن استخدام می‌کنند (Epstein, 2005: 30). بر این اساس، درباره وجود اقدام شخصی صاحب محصول در حمایت از آن در نبود حمایت‌های دولتی، تردیدی نیست. زمینه کاربرد اقدام شخصی در عرصه حقوق فکری و اینترنت، بسیار بیشتر از حقوق عینی و هم بیشتر از مواردی است که در آن از قدرت رسمی صالح یاری می‌جوییم. با این همه، توسل به اقدامات شخصی مقدم بر استفاده از حمایت‌های رسمی حقوقی نیست. علت این مسئله را می‌توان در فهم عنصر «ضرورت» در اتخاذ اقدامات شخصی یافت؛ موارد ضرورت به کار گرفتن اقدام شخصی در اختلافات و دعاوی فضای مجازی بسیار است؛ ولی هرگاه چنین ضرورتی نباشد، اقدام شخصی منتفی است.

ممکن است بگوییم که چه تفاوتی میان فضای مجازی و مادی (سنتی) وجود دارد؟ در پاسخ باید گفت که به دلیل سرعت رخنه در برابر نفوذ غیرمجاز رایانه‌ای و مشخص نبودن صلاحیت قضایی در رسیدگی به امر، روش‌های سنتی محافظت از اموال را نمی‌توان به کار بست؛ بنابراین در صورتی که فرد موضوع حمله، خود نفوذگر رایانه‌ای باشد، در بهترین موقعیت برای شناسایی مؤثر و انتقام از حمله‌کننده است. همچنین، نفوذ در برابر نفوذ غیرمجاز رایانه‌ای به قربانی امکان شناسایی درست نفوذگر غیرمجاز و اخراج سریع و مؤثر او را از راه تلافی می‌دهد (Kesan & Majuca, 2010: 834).

از این رو، با احقاق شخصی حق در حقوق سنتی و مادی متفاوت است و این تفاوت تنها محدود به اوصاف نیست و به ذات و ماهیت آن دو باز می‌گردد. برای نمونه، می‌توان نحوه اقدام شخصی شرکت نرم‌افزاری را با شرکت خودروسازی مقایسه کرد. شرکت نرم‌افزار دنبال تصرف دوباره محصول خود نیست، در حالی که هدف نخست شرکت خودروسازی بازپس گرفتن محصول است؛ یعنی، شرکت نرم‌افزاری تنها می‌خواهد پس از خودداری مشتری از پرداخت بها، آن را از استفاده خارج نماید (Dolly, 2000: 666).

با این همه، ایرادات اصلی وارد بر اقدام شخصی در فضای مجازی را می‌توان به‌طور خلاصه چنین ذکر کرد: امکان ناشناخته بودن طرف مقابل از جانب اقدام‌کننده و تخریب یا نفوذ رایانه‌ای علیه دیگران؛ خطر از دست دادن مهار برنامه در صورت به‌کار گرفتن برنامه‌های خودکار از جانب اقدام‌کننده؛ امکان شروع حملات سلسله‌وار میان اقدام‌کننده و تخریب‌گر؛ امکان حمله به تخریب‌گران کلاه‌سفید تولیدکننده کرم رایانه‌ای در جهت مشروع و منتج شدن اقدامات به نتایج بد (Kesan & Majuca, 2010: 833). توضیح اینکه، نفوذگران غیرمجاز رایانه‌ای دو دسته هستند: گروهی فقط در نظر دارند تا ضربه‌پذیری رایانه را به ما یادآوری کنند و گروهی قصد وارد کردن زیان دارند (Kesan & Majuca, 2010: 835). برای همین، ضروری است برای کاهش این عیوب، مقرراتی فراهم ساخت و آن را محدود به شرایطی کرد.

به‌رغم تمام ایراداتی که در مورد اقدامات شخصی برشمردیم، وقتی می‌توان گفت این اقدامات مفید است که واجد شرایط ذیل باشد: حمایت از حقوق فردی طرف مقابل و حمایت از حق عمومی؛ برای نمونه، در صورت پیش‌بینی وجود خطر آسیب بدنی یا خسارات مادی مهم به اطلاعات یا اموالی جز اطلاعات مجاز، خودداری ممنوع است (Dolly, 2000: 682). نتیجه اینکه، اقدامات شخصی در عرصه مجازی بی‌حد و حصر نیست و محدود به ملاحظات است.

حال، لازم است بدانیم در صورتی که برنامه مدافع، هدف را اشتباه انتخاب کند و رایانه‌های بی‌گناه را تخریب کند، چه باید کرد؟ به نظر می‌رسد که قواعد مسئولیت ناشی از اقدام شخصی بر آن حاکم است؛ همانند سایر اقدامات شخصی متعارف، ممکن است اقدام‌کننده به سوءاستفاده از حق خویش روی آورد. بنابراین، باید اعمال او را نظم بخشید؛ به همین دلیل گفته شده که اقدام‌کننده نباید به زور اضافی متوسل شود؛ او تنها باید برای دفاع از اموال خویش و نه ضرورتاً نابودی اموال مجازی طرف مقابل از قدرت متناسب استفاده نماید (Kesan & Majuca, 2010: 838). در غیر این صورت، او دارای مسئولیت بر اساس قواعد مسئولیت مدنی ناشی از خودداری است.

نتیجه

امروزه و در عرصه‌های جدید حقوق، حمایت‌های عمومی و رسمی از حق، به‌ویژه در دنیای رقومی و درباره حق فکری، توانایی اجرای کامل حق و تضمین آن را ندارد. اقدامات شخصی، اما چنین توانی را دارد. منتها برخلاف آنکه در گذشته‌های دور مشروعیت بسیاری داشته، در دنیای مدرن پیوسته قربانی نظم بوده و از این مشروعیت کاسته شده است. امروزه که عصر بازخوانی ارزش‌های دوران مدرن است، احقاق شخصی حق، شیوه‌ای است که قادر است کاستی‌های نظام‌های رسمی را رفع کند و بدون اینکه عیوب سنتی را داشته باشد، نقش مکمل حق را، در کنار نهادهای رسمی، برعهده گیرد؛ به‌ویژه اینکه توان احقاق عادلانه و بی‌سروصدای حق را در فضای مجازی و برای حقوق فکری دارد.

با عنایت به اینکه در عصر جدید، با پیشرفت فناوری و اطلاعات، نظام‌های رسمی یا دولتی حامی مالکیت فکری به علت پرهزینه بودن نظارت بر اجرای حقوق در این عرصه، کمتر قادر به حمایت از حقوق انحصاری دارندگان حق است، به نظر می‌رسد، پیش‌بینی قانونی نهادی جدا از نهادهای رسمی به‌منظور حمایت از حقوق فکری به‌خصوص در عرصه دنیای رقومی ضروری است. امروزه، کمتر دارنده اثر فکری است که از خطر نسخه‌برداری، توزیع یا نشر اثر خود در دنیای رقومی در امان باشد. در مالکیت فکری، به علت غیرمادی بودن قالب حق در بیشتر موارد، شیوه اجرای حق در موارد محدودی منجر به نقض حریم خصوصی اشخاص و رویارویی آنان با یکدیگر می‌شود. بر همین اساس، نظام‌های حقوقی به ناچار باید در کنار پذیرش حمایت‌های رسمی دیگر نظام‌ها از مالکیت فکری، اقدامات فردی را نیز به رسمیت بشناسند و این امکان برای پدیدآورندگان آثار فکری فراهم آورند که از اقدامات شخصی تحت عنوان راهکار ثانوی برای اجرای حقوق خویش بهره‌مند شوند. در واقع، شاید بتوان در کنار حقوق برشمرده شده در قوانین مرتبط با مالکیت فکری مانند حق نشر، عرضه و...، حق دیگری تحت عنوان احقاق شخصی حق نیز شناسایی کرد و سپس قانون‌گذار شرایط اجرای این حق را متذکر شود.

مشروعیت به کارگیری اقدامات شخصی، البته محدود به آن است که زمینه‌ای را برای اجرای حق ایجاد کند. از این رو، هرگونه اقدام متقابل و تلافی جویانه، به علت فقدان زمینه اجرای حق، می‌تواند نامشروع تلقی شود. همچنین، نبود محدودیت در اجرای اقدامات شخصی می‌تواند آن را وسیله‌ای برای سوءاستفاده دارندگان حق قرار دهد و منافع عمومی و صلح و حتی حقوق بنیادین طرف را در مخاطره اندازد. بنابراین، لازم است نظام‌های حقوقی، در مشروعیت بخشیدن به این اقدامات، همواره توازن میان منافع عمومی و منافع دارندگان حق را مورد توجه قرار داده و با هدفمند کردن اقدامات شخصی، آن را ابزاری در راستای احترام حق‌ها قرار دهند.

منابع

فارسی

- حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۳)، *تقریرات درس مالکیت ادبی و هنری ۲*، گرایش حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران، نیم سال اول سال تحصیلی ۹۴-۱۳۹۳.
- حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۷)، *مبانی مالکیت فکری*، چاپ دوم، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- رجبی، عبدالله (۱۳۹۳)، *احقاق شخصی حق (خوددادگری)*، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- رجبی، عبدالله و نسرین ترازوی (۱۳۹۶)، «بررسی انتقادی حاکمیت حقوقی ساختار فنی اینترنت بر فضای مجازی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۰، شماره ۸۰.
- رئیسی دزکی، لیلا و فلور قاسم زاده لیاسی (۱۴۰۰)، «چالش‌های نظام حقوقی ایران در نقض داده‌های شخصی و حریم خصوصی در فضای سایبر»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.
- صالح، علی پاشا (۱۳۴۸)، *مباحثی از تاریخ حقوق*، چاپ نخست، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاویانی، مینا و نجادعلی الماسی (۱۴۰۰)، «تعیین قانون حاکم بر دعاوی حقوقی نقض حق مؤلف در فضای مجازی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.

انگلیسی

- Burk, Dan L. (2004), "Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology", **74 Fordham L. Rev.** 537, pp. 1-58.
- Chandler, Jennifer A. (2010), "Technological Self-Help and Equality in Cyberspace", **Mcgill Law Journal ~ Revue De Droit De Mcgill**, pp. 39-75.
- Cohen, Julie E. (1998), "Copyright and the Jurisprudence of Self-Help", **13 Berkeley Tech. L.J.**, pp. 1089-1143.
- Cooter, Robert & Thomas Ulen (2012), *Law & Economics*, Pearson, 6th ed.
- Dam, Kenneth W. (1999), "Self-Help in the Digital Jungle", **Journal of Legal Studies**, Vol. 2, pp. 1-24.
- De Filippi, Primavera (2012), **Private Ordering and the Regulation of Digital Works**, Lambert Academic publishing.
- Depoorter, Ben (2009), "Technology and Uncertainty the Shaping Effect on Copyright Law", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 157, pp. 1831-1868.
- Dolly, Cralig, (2000), 'the electronic self-help provisions of UCITA: a virtual repo man?', **23 J. Marshal L. Rev.**, pp. 663-687.
- Epstein, Richard (2005), "Theory and Practice of Self-Help", **Journal of Law, Economics and Policy**, Vol. 1, pp. 1-31.
- Friedman, David (1998), "In Defense of Private Orderings: Comments on Julie Cohens Copyright and the Jurisprudence of Self-Help", **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 13, pp. 1151-1172.
- Gitter, Henry (1993), "Self-Help Remedies for Software Vendors", **Computer & High Technology Law Journal**, Vol. 9, pp. 413-429.
- Kesan, Jay P., & Ruperto Majuca (2010), "Optimal Hackback", **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 84, pp. 831-839.
- Lichtman, Douglas Gary (2004), "How the Law Responds to Self-Help", **John M.**

Olin Program in Law and Economics Working Paper, No. 232, pp. 1-71.

- Mazzone, Jason (2006), 'Copyfraud', **New York University Law Review**, Vol. 81, pp. 1026-1100.
- Richardson, Robert (2008), **CSI Computer Crime & Security Survey** (The Latest Results From the Longest-Running Project of Its Kind).
- Rothchild, John A. (2007), "The Social Costs of Technological Protection Measures", **Florida State University Law Review**, Vol. 34, pp. 1181-1220.
- Segura- Serranto, Antonia, (2006), 'Internet regulation and the role of international law', **Max Planck Yearbook of United nations law**, volume 10, p. 191-272.
- Smith, Henry E. (2005), "Self-Help and the Nature of Property", **Journal of Law, Economics and Policy**, Vol. 1, pp. 69-107.

اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار در نظام قضایی ایران

مرتضی رستمی*، محمد رستمی**

چکیده

در نظام حقوقی ایران به موجب ماده ۱۶۶ قانون کار (مصوب ۱۳۶۹)، آرای مراجع حل اختلاف کار باید در سازمان دادگستری توسط واحد اجرای احکام مدنی به اجرا در آیند. اگرچه فرایند کلی اجرای این آرا در قوانین از جمله قانون اجرای احکام مدنی و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، تعیین شده است، اما اجرای آرای این مراجع در برخی موارد با ابهامات و چالش‌هایی همراه است؛ به‌طوری که کارگران را در دستیابی به حقوق خود با مشکلاتی مواجه می‌نماید. مقاله کنونی که با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی به بررسی این ابهامات و چالش‌ها پرداخته است دلالت بر این دارد که ابهامات موجود در فرایند اجرای مهم‌ترین آرای مراجع حل اختلاف کار اعم از آرای با موضوع محکومیت مالی (شامل حق بیمه کارگر و حقوق و مزایای وی) و آرای با موضوع محکومیت غیرمالی (مانند رأی بازگشت به کار کارگر) موجب پیدایش رویه‌های مختلف در واحدهای اجرای احکام مدنی دادگستری شده است. همچنین، اجرای این آرا در عمل نیز با چالش‌هایی همراه است که برخی از آن‌ها عبارتند از: ابهام در آرا، عدم استطاعت مالی کارفرما (اعم از اعسار یا ورشکستگی)، امتناع کارفرما از اجرای رأی و امتناع سازمان تأمین اجتماعی از اجرای آرای مربوط به حق بیمه. **واژگان کلیدی:** کارگر، کارفرما، رأی قطعی، حقوق و مزایا، بازگشت به کار، اجرای احکام مدنی

* دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

rostami300@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده

rostami205@yahoo.com

مسئول)

مقدمه

امروزه در بسیاری از کشورها برای رسیدگی به اختلافات ناشی از کار، مراجع خاصی ایجاد شده است. در ایران نیز مراجع حل اختلاف کار شامل هیئت‌های تشخیص (به‌عنوان مرجع بدوی) و هیئت‌های حل اختلاف کار (به‌عنوان مرجع تجدیدنظر)، به‌موجب ماده ۱۵۷ قانون کار (۱۳۶۹)، عهده‌دار رسیدگی به اختلافات فردی ناشی از کار میان کارگر و کارفرما هستند.

یکی از مسائل مهم در مورد این مراجع شبه‌قضایی، سازوکارهای اجرای آرای آن‌هاست. ماده ۱۶۶ قانون کار در این خصوص مقرر می‌دارد: «آرای قطعی صادره از طرف مراجع حل اختلاف کار، لازم‌الاجرا بوده و به وسیله اجرای احکام دادگستری به مورد اجرا گذارده خواهد شد.» در راستای این ماده، «آیین‌نامه طرز اجرای آرای قطعی هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف موضوع ماده ۱۶۶ قانون کار» (مصوب ۱۳۷۰) بیان می‌دارد: ترتیب اجرای آرای قطعی هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف، تابع احکام و مقررات اجرای احکام مربوط به محاکم دادگستری بوده و به‌وسیله واحد اجرای احکام حوزه قضایی محل وقوع کارگاه به اجرا گذاشته می‌شود.^۱

اگرچه فرایند اجرای آرا در واحدهای اجرای احکام مدنی دادگستری در قوانینی چون قانون اجرای احکام مدنی (۱۳۵۶) و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴)، تبیین شده است با این حال اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار در برخی موارد با ابهامات و چالش‌هایی همراه است؛ به‌طوری که این موضوع تاکنون موجب بروز اختلاف‌نظرهای فراوان میان حقوق‌دانان و پیدایش رویه‌های مختلف، میان قضات شده است. از آنجایی که ابهامات و چالش‌های موجود ممکن است کارگر (به‌عنوان محکوم‌له بیشتر آرای مراجع حل اختلاف کار) را در دستیابی به حقوق خود با دشواری مواجه نماید بررسی این موضوع در قالب اثر پژوهشی مستقل، ضروری به نظر می‌رسد. با توجه به این موضوع، مقاله کنونی با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و بر اساس مطالعات کتابخانه‌ای به بررسی فرایندها و چالش‌های اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار در نظام قضایی ایران می‌پردازد. در این راستا ابتدا فرایندهای اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار بررسی و پس از آن، چالش‌های اجرای این آراء توضیح داده خواهد شد.

۱. این آرا اعم است از آرای که پس از صدور از سوی مراجع حل اختلاف کار جهت اجرا به دادگستری ارسال می‌شود یا به دنبال اعتراض و طی نمودن فرایند مقرر در ماده ۶۳ قانون دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲) از سوی شعب دیوان صادر شده باشد. در فرض اخیر نیز رای ماهوی دیوان، ابتدا به اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی مربوطه ارسال می‌شود تا از آن طریق جهت اجرا به دادگستری ارسال شود.

۱. فرایند اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار

آرای مراجع حل اختلاف کار در یک تقسیم‌بندی کلی به آرای با موضوع محکومیت‌های مالی و غیرمالی تقسیم می‌شوند که (در فرض استتکاف کارفرما از اجرای رأی و ارسال آن از سوی اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی به دادگستری)، فرایند اجرای هر یک از آنها به شرح زیر است.

۱-۱. آرای با موضوع محکومیت‌های مالی

بررسی آرای مورد اعتراض مراجع حل اختلاف کار (نزد شعب دیوان عدالت اداری) دلالت بر آن دارد در میان آرای صادره از سوی این مراجع، آرای با موضوع پرداخت حق بیمه و مزایای کارگر بیشترین آرای با موضوع محکومیت‌های مالی هستند (نک: پایگاه اطلاع‌رسانی دیوان عدالت اداری). به همین جهت در این قسمت به بررسی فرایند اجرای این آرا پرداخته می‌شود.

۱-۱-۱. حق بیمه کارگر

در مواردی که موضوع رأی مراجع حل اختلاف کار، پرداخت حق بیمه کارگر است^۱ در خصوص فرایند اجرای این آرا دو دیدگاه وجود دارد؛ دیدگاه نخست، قائل بر آن است: میزان حق بیمه قابل پرداخت از سوی کارفرما و مدت آن باید در رأی مرجع حل اختلاف کار به طور دقیق، مشخص شود (نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۵۹۰، مورخ ۱۳۹۴/۳/۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه) و پس از ارسال پرونده جهت اجرا به دادگستری، واحد اجرای احکام مدنی باید مراتب را به سازمان تأمین اجتماعی، اعلام نماید تا سازمان نسبت به دریافت حق بیمه (تعیین شده از سوی مراجع حل اختلاف کار) از کارفرما اقدام کند. از نظر این گروه، مرجع صلاحیت‌دار برای وصول حق بیمه از کارفرما، سازمان تأمین اجتماعی خواهد بود نه واحد اجرای احکام مدنی دادگستری.

اما دیدگاه دوم، معتقد است: مراجع حل اختلاف کار، تنها صلاحیت تعیین بازه زمانی که کارفرما مکلف به پرداخت حق بیمه می‌باشد را دارند و مجاز به تعیین میزان حق بیمه قابل پرداخت از سوی کارفرما نمی‌باشند و این امر در صلاحیت انحصاری سازمان تأمین اجتماعی است (جلالی و قبادی، ۱۳۹۵: ۳۲۴-۳۲۳)؛ زیرا تعیین و محاسبه حق بیمه باید بر اساس قانون تأمین اجتماعی، صورت پذیرد و سازمان تأمین اجتماعی نیز به عنوان تنها مجری قانون مذکور دارای اختیارات قانونی در این زمینه است؛ بنابراین رأی مراجع حل اختلاف کار باید از سوی اجرای احکام دادگستری به سازمان تأمین اجتماعی ارسال شود و سازمان با اختیارات قانونی که به وی داده شده است نسبت به محاسبه

۱. ماده ۱۴۸ قانون کار مقرر می‌دارد: «کارفرمایان کارگاه‌های مشمول این قانون مکلفند بر اساس قانون تأمین اجتماعی، نسبت به بیمه نمودن کارگران واحد خود اقدام نمایند.»

حق بیمه و دریافت آن اقدام نماید (جوان جعفری و دیگران، ۱۳۹۱: ۳۱). بیشتر قضات حاضر در برخی از نشست‌های قضایی نیز تعیین حق بیمه را از وظایف اداری سازمان تأمین اجتماعی دانسته‌اند (سامانه نشست‌های قضایی، صورتجلسه نشست‌های قضایی دادگستری شهرستان تبریز، مورخ ۱۳۸۴/۴/۶ و شهرستان نوشهر مورخ ۱۳۹۸/۵/۱۰). به موجب برخی از آرای صادره از شعب دیوان عدالت اداری، «مراجع حل اختلاف کار در خصوص حق بیمه صرفاً بر اساس ماده ۱۴۸ قانون کار، حق الزام کارفرما به پرداخت حق بیمه را دارند و تعیین میزان و نحوه پرداخت حق بیمه و کیفیت موضوع بر عهده مراجع حل اختلاف کار نیست» (نک: آرای شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۰۰۰۴۰۵، مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۳، شعبه ۲۰ بدوی دیوان عدالت اداری و شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۸۰۳۳۶۹، مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۹، شعبه ۱۸ بدوی دیوان عدالت اداری، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی بانک آرای قوه قضائیه).

به نظر می‌رسد این نظر با موازین حقوقی سازگارتر است؛ زیرا صرف نظر از استدلال‌های طرف‌داران این نظر، کارفرما باید علاوه بر حق بیمه، متفرعات حق بیمه که شامل جرایم عدم پرداخت حق بیمه و دیرکرد پرداخت آن است را نیز به سازمان تأمین اجتماعی پرداخت نماید و هیچ مرجعی به جز این سازمان (یا شعبه اداره تأمین اجتماعی وصول‌کننده حق بیمه)، صلاحیت تعیین مبالغ مزبور را ندارد. این گروه، در خصوص فرایند اجرای رأی به پرداخت حق بیمه، بیان داشته‌اند: چنانچه کارفرما (محکوم‌علیه)، خود حاضر به پرداخت حق بیمه باشد هر یک از کارگر یا کارفرما می‌توانند با مراجعه به اداره تأمین اجتماعی و با ارائه رأی مرجع حل اختلاف کار از آن اداره درخواست نمایند تا حق بیمه را محاسبه و از کارفرما وصول کند. اما در صورتی که کارفرما از پرداخت حق بیمه خودداری کند یا اداره تأمین اجتماعی از ترتیب اثر دادن به رأی خودداری نماید در این صورت، با اعلام کارگر به اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی، رأی جهت اجرا به دادگستری ارسال می‌شود (جلالی و قبادی، ۱۳۹۵: ۳۲۸). پس از آن، دادگاه، مبادرت به صدور اجراییه علیه کارفرما می‌نماید و رونوشتی از اجراییه را به اداره تأمین اجتماعی ارسال می‌کند. اداره مذکور نیز مکلف است بر اساس اجراییه مزبور عمل نموده و حق بیمه را «محاسبه» و از کارفرما «دریافت» کند.

از نظر وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی، در این فرض، سازمان تأمین اجتماعی باید به دستور واحد اجرای احکام دادگستری میزان حق بیمه و متفرعات آن را تعیین نماید و به واحد اجرای احکام دادگستری اعلام نماید تا حق بیمه و متفرعات آن توسط واحد اجرای احکام دادگستری از کارفرما دریافت و به حساب سازمان تأمین اجتماعی واریز شود (بخشنامه شماره ۹۷۵۹۷، مورخ ۱۳۹۵/۵/۳۱ مدیرکل روابط کار و جبران خدمت وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی). بنابراین برخلاف نظر نویسندگانی که «محاسبه» و «وصول» حق بیمه را از تکالیف سازمان تأمین اجتماعی

می‌دانند، این وزارتخانه معتقد است: مرجع صلاحیت‌دار برای «وصول» حق بیمه، واحد اجرای احکام مدنی دادگستری است، نه سازمان تأمین اجتماعی.

در حال حاضر در نظام قضایی ایران نیز در این خصوص، اختلاف رویه وجود دارد؛ به‌طوری که برخی از واحدهای اجرای احکام مدنی، تنها «محاسبه» حق بیمه را به سازمان تأمین اجتماعی واگذار کرده و پس از محاسبه و اعلام این سازمان، خود مبادرت به وصول آن از کارفرما و واریز آن به حساب سازمان تأمین اجتماعی می‌نمایند. اما برخی دیگر از واحدهای اجرای احکام مدنی، محاسبه و وصول حق بیمه را به کلی به سازمان تأمین اجتماعی واگذار می‌نمایند (سامانه نشست‌های قضایی، صورتجلسه نشست قضایی شهرستان اصفهان، مورخ ۱۳۹۸/۸/۱۴). البته رویهٔ سومی نیز در این خصوص مشاهده شده است؛ بدین صورت که دوایر اجرای احکام مدنی، کارفرما را مکلف به پرداخت حق بیمه به حساب شخص کارگر نموده‌اند تا کارگر این مبلغ را به حساب سازمان تأمین اجتماعی واریز نماید؛ از آن جهت که کارگر، محکوم‌له رأی مرجع حل اختلاف کار محسوب و طبق قواعد اجرای احکام مدنی، محکوم‌به باید به محکوم‌له داده شود.

به نظر می‌رسد در میان رویه‌های موجود، رویهٔ نخست، صحیح‌تر بوده و به‌نحو بهتری می‌تواند حقوق کارگر (محکوم‌له) را تضمین نماید؛ زیرا سازمان دادگستری ضمن برخورداری از اقتدار حاکمیتی، در مقایسه با سازمان تأمین اجتماعی ابزارهای قانونی مؤثرتر و بیشتری برای وصول حق بیمه (به‌عنوان مصداقی از محکوم‌به مالی) در اختیار دارد؛^۱ در نتیجه احتمال دستیابی کارگر به حقوق خود، بیشتر از فرضی است که «وصول» حق بیمه به سازمان تأمین اجتماعی واگذار گردد.

علاوه بر این واگذاری «وصول» حق بیمه به سازمان تأمین اجتماعی، ممکن است موجب نادیده گرفتن مادهٔ ۱۶۶ قانون کار و آیین‌نامهٔ اجرایی آن باشد؛ زیرا به‌موجب این قانون و مقرره، اجرای احکام مراجع حل اختلاف کار در صلاحیت اجرای احکام دادگستری است و وصول حق بیمه به‌عنوان مهم‌ترین مرحلهٔ اجرای رأی مراجع حل اختلاف کار (در زمینه حق بیمه) محسوب می‌شود که در واقع با انجام آن، اجرای رأی، تحقق یافته است؛ حال آنکه با پذیرش صلاحیت سازمان تأمین اجتماعی برای هر دو اقدام «محاسبه» و «وصول»، اجرای احکام مدنی سهم و نقشی در اجرای این آرا نخواهد داشت و بدین جهت چنین رویه‌ای برخلاف تکلیف قانونی واحد اجرای احکام مدنی است.

انتقاد دیگری که به رویهٔ دوم می‌توان وارد نمود آن است که در صورتی که سازمان تأمین اجتماعی

۱. مانند اختیارات قانونی‌ای که در قانون اجرای احکام مدنی (مصوب ۱۳۵۶) و قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۹۴) برای وصول محکوم‌به به مقام قضایی، داده شده است.

به هر علت (از جمله به دلیل اعتقاد به تبانی کارگر و کارفرما جهت طرح دعوا در مراجع حل اختلاف کار) از وصول حق بیمه امتناع و یا تعلل عمدی نماید کارگر را در دستیابی به حق خود با دشواری مواجه می‌نماید.

به رویه سوم نیز انتقادات جدی‌تری وارد است؛ زیرا ممکن است کارفرما، حق بیمه تعیین شده (به عنوان محکوم به) را به حساب کارگر، واریز نماید اما کارگر از واریز آن به حساب سازمان تأمین اجتماعی، امتناع نماید. این مسئله علاوه بر اینکه به معنای عدم اجرای رأی مرجع حل اختلاف کار است (زیرا رأی مرجع حل اختلاف کار در مورد پرداخت حق بیمه زمانی اجرا شده محسوب است که حق بیمه در نهایت به حساب سازمان تأمین اجتماعی واریز شود)، از یک سو، موجب اشتغال مجدد دایره اجرای احکام مدنی جهت اجرای این رأی و از دیگر سو، چالشی برای سازمان تأمین اجتماعی در وصول این حق بیمه از کارگر تبدیل می‌شود.

۲-۱-۱. حقوق و مزایای کارگر

در مواردی که موضوع رأی مراجع حل اختلاف کار، حقوق و مزایای کارگر باشد، فرایند اجرای این آرا بر اساس قانون اجرای احکام مدنی و نیز قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی خواهد بود.^۱ با این حال، در خصوص اجرای این قبیل محکومیت‌های مالی در برخی موارد ابهام وجود دارد؛ از جمله این ابهامات، زمانی پیش می‌آید که کارگر برای پیمانکار کار می‌کند و رأی (به هر دلیل) نسبت به پیمانکار قابل اجرا نیست. در این موارد، این سؤال مطرح می‌شود در صورت عدم امکان اجرای رأی نسبت به پیمانکار آیا می‌توان آن را نسبت به صاحب کار اجرا نمود؟

در این خصوص برخی از قضات بر این باورند بر اساس تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۱۳ قانون کار^۲ در صورتی که صاحب کار، مرتکب تخلف شود، می‌توان رأی مرجع حل اختلاف کار را نسبت به وی اجرا نمود. در این موارد، کارگر (محکوم له) می‌تواند پس از صدور اجراییه به استناد ماده ۱۳ قانون کار از واحد اجرای احکام دادگستری، تقاضای اجرای رأی و توقیف اموال مقاطعه‌دهنده (مطالبات

۱. نک: ماده ۲۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۹۴)

۲. تبصره ۱ ماده ۱۳ قانون کار بیان می‌دارد: «مطالبات کارگر جزو دیون ممتازه بوده و کارفرمایان موظف می‌باشند بدهی پیمانکاران به کارگران را برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمانکار، من جمله ضمانت حسن انجام کار، پرداخت نمایند.»

ضمانت اجرای این تبصره در تبصره ۲ ماده ۱۳ قانون کار بیان شده است که مقرر می‌دارد: «چنانچه مقاطعه دهنده برخلاف ترتیب فوق به انعقاد قرارداد با مقاطعه کار پردازد و یا قبل از ۴۵ روز از تحویل موقت، تسویه حساب نمایند، مکلف به پرداخت دیون مقاطعه کار در قبال کارگران خواهد بود.»

مقاطعه کار از مقاطعه دهنده) را بنماید؛ زیرا ماده ۱۳ قانون کار و تبصره‌های ذیل آن، مقاطعه دهنده را در قبال دیونی که مقاطعه کار به کارگران خود دارد، قائم مقام می‌شناسند و در مورد پرداخت دیون مقاطعه کار به کارگران از محل ضمانت حسن انجام کار، مسئولیت مقاطعه دهنده و تکلیف وی به پرداخت بدهی به لحاظ عدم رعایت شرایط مقرر در تبصره را پذیرفته‌اند؛ بنابراین، چنانچه آرای قطعی مراجع حل اختلاف کار به طرفیت مقاطعه کار قابل اعمال نباشد؛ اجرای رأی علیه مقاطعه دهنده (از محل مطالبات پیمانکار از صاحب کار)، فاقد منع قانونی است (سامانه نشست‌های قضایی، صورتجلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان داراب، مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۵).

اگرچه پذیرش این رویکرد، دستیابی کارگران به حقوقشان را تسهیل می‌نماید اما با موازین حقوقی چندان سازگار به نظر نمی‌رسد؛ زیرا با وجود آنکه مقاطعه دهنده در صورت تخلف، مکلف به پرداخت دیون مقاطعه کار به کارگر است اما این بدین معنا نیست که در فرض تخلف وی (از ماده ۱۳ قانون کار)، بتوان رأی مرجع حل اختلاف کار را در مورد وی اجرا نمود؛ به دلیل آنکه وی محکوم علیه رأی مرجع حل اختلاف کار نبوده است تا رأی نسبت به وی قابل اجرا باشد؛ بلکه شخص ثالث، محسوب می‌شود. در این موارد کارگر باید به طور مستقل دعوای خود را علیه مقاطعه دهنده در محاکم عمومی دادگستری مطرح نماید. تبصره ۱ ماده ۱۳ پرداخت دیون پیمانکار به کارگر (از محل مطالبات مقاطعه دهنده از مقاطعه کار از جمله ضمانت حسن انجام کار) را منوط به «رأی مراجع قانونی»، نموده است و منظور از مراجع قانونی در اینجا، همان مراجع قضایی دادگستری است؛ از آن جهت که مراجع حل اختلاف کار صلاحیت رسیدگی به دعوای کارگر علیه مقاطعه دهنده را ندارند. این موضوع در یکی از مقرره‌های مصوب وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. به موجب این دستورالعمل، در صورتی که مقاطعه دهنده به وظایف مقرر در ماده ۱۳ قانون کار عمل ننماید، در برابر کارگر ضامن بوده و مرجع صالح برای اجرای تبصره ۲ ماده ۱۳ قانون کار، محاکم دادگستری هستند. بنابراین در صورتی که رأی صادره از سوی مراجع حل اختلاف کار علیه پیمانکار، قابل اجرا نباشد و پیمان دهنده نیز مقررات ماده ۱۳ را رعایت نکرده باشد کارگر باید برای اعمال ماده مذکور به محاکم دادگستری مراجعه کند (دستورالعمل شماره ۵، مورخ ۱۳۸۷/۴/۱۲ اداره کل تنظیم و نظارت بر روابط کار وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی) و رأی مرجع حل اختلاف کار در هیچ صورت (حتی در فرض تخلف) نسبت به صاحب کار، قابل اجرا نیست.

در نظام حقوقی ایران، فرایند اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار با موضوع محکومیت‌های مالی در مواردی که محکوم علیه رأی، دولت یا مؤسسات عمومی غیردولتی (همچون شهرداری‌ها) باشند، تا حدی متفاوت است. در این موارد پس از ابلاغ اجراییه به وزارتخانه، سازمان دولتی یا شهرداری مربوطه،

چنانچه برای واحد مزبور امکان پرداخت محکوم‌به مالی از محل اعتبارات بودجه همان سال وجود داشته باشد، لازم است نسبت به پرداخت آن اقدام نماید؛ در غیر اینصورت، یعنی عدم امکان تأدیه محکوم‌به، عملیات اجرایی موقتاً متوقف می‌شود (موحدیان، ۱۳۹۴: ۲۳۲). در چنین حالتی، واحد دولتی و یا شهرداری باید محکوم‌به مندرج در رأی مرجع حل اختلاف کار را در بودجه سال بعد خود، پیش‌بینی نماید؛ از این‌رو عملیات اجرایی مزبور در مورد شهرداری‌ها تا پایان سال بعد از زمان صدور رأی قطعی و در مورد واحدهای دولتی تا یک‌سال و نیم پس از زمان صدور رأی قطعی، متوقف می‌شود (نظریه مشورتی شماره ۷/۵۱۳، مورخ ۱۳۸۱/۱/۲۵ اداره کل حقوقی قوه قضائیه).

۲-۱. آرای با موضوع محکومیت‌های غیرمالی

در میان آرای مراجع حل اختلاف کار، آرای با موضوع بازگشت به کار کارگر مهم‌ترین آرای با موضوع محکومیت‌های غیرمالی هستند. با صدور رأی مراجع حل اختلاف کار مبنی بر بازگشت به کار کارگر (در فرض اخراج یا اعمال در حکم اخراج)، درخصوص اجرای آن چند فرض متصور است؛ در فرض نخست، کارفرما، پس از ابلاغ رأی، کارگر را به همان کار سابق خود بازگشت می‌دهد یا ابقا می‌نماید. در این صورت با بازگشت به کار کارگر، رأی اجراشده محسوب می‌گردد. در فرض دوم، با وجود اعلام آمادگی کارفرما برای اجرای رأی، کارگر تمایلی برای بازگشت به کار ندارد. در این فرض، وی باید بلافاصله بعد از ابلاغ رأی، مراتب عدم تمایل بازگشت به کار را کتباً به کارفرما اعلام و رونوشت آن را نیز به اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی، تسلیم نماید (دستورالعمل شماره ۲۱ روابط کار، مورخ ۱۳۹۰/۹/۱۶ معاون روابط کار وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی). در این صورت کارگر بر اساس تبصره ماده ۱۶۵ قانون کار، تنها مستحق دریافت مزایای پایان کار (سنوات خدمت) برای هر سال ۴۵ روز آخرین مزد و حقوق خواهد بود^۱ و بدین منظور باید نسبت به تقدیم دادخواست به هیئت تشخیص اقدام نماید (بخشنامه شماره ۲۶۷۸۶، مورخ ۱۳۹۴/۲/۲۰ مدیرکل روابط کار و جبران خدمت وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی). اما در فرض سوم، کارفرما از اجرای رأی امتناع می‌نماید. در این صورت به صرف اعلام کارگر به اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی و درخواست اجرای رأی، رأی از طریق این اداره جهت اجرا به دادگستری مربوطه ارسال خواهد شد. در خصوص شیوه اجرای رأی در فرض سوم، اختلاف نظر وجود دارد که این اختلاف تا حد زیادی به ماهیت این نوع محکومیت غیرمالی مربوط می‌شود. برخی از قضات بر این عقیده‌اند: آرای مراجع

۱. اما در فرض نخست، یعنی زمانی که کارگر بازگشت به کار را قبول می‌نماید به موجب ماده ۱۶۵ قانون کار، کارفرما مکلف به پرداخت حق‌السعی ایام تعلیق وی (از تاریخ اخراج تا تاریخ بازگشت به کار) است.

حل اختلاف کار در مورد الزام کارفرما به بازگشت به کار کارگر جنبه اعلامی دارد؛ در نتیجه اجرای آن نیازی به صدور اجرائیه ندارد و دادگاه از طریق اعلام کتبی به کارفرما، رأی را به موقع اجرا می‌گذارد (سامانه نشست‌های قضایی، صورتجلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان یزد، مورخ ۱۳۸۱/۵/۷). در مقابل برخی دیگر بر این نظرند: بازگشت به کار کارگر جزو مصادیق محکومیت به انجام عمل معین است؛ در نتیجه، لازم است بر اساس رأی صادره، اجرائیه صادر شود و کارفرما ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه فرصت دارد کارگر را مشغول به کار کند. از نظر این گروه، این عمل از نوع مواردی است که انجام محکوم به توسط اشخاص دیگری امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ چراکه این اقدام باید صرفاً از سوی کارفرما صورت گیرد و نمی‌توان تصور کرد که کارگر توسط اشخاص ثالث به کارگیری شود (مرادی، ۱۳۸۸: ۸۰).

یکی از سؤالاتی که در اینجا مطرح می‌شود آن است چنانچه کارفرما از اجرای رأی امتناع نماید، تکلیف چیست؟

برخی از طرف‌داران نظری که بازگشت به کار را محکومیت به انجام عمل معین می‌دانند، در پاسخ به این سؤال بیان داشته‌اند: در این صورت، کارگر در معیت مأمور اجرا به کارگاه مورد نظر اعزام و به کار گمارده می‌شود و مراتب صورتجلسه می‌شود (موحدیان، ۱۳۹۴: ۲۲۹). اما برخی از قضات معتقدند: تنها طریق الزام کارفرما در این موارد، تمسک به ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹)^۱ می‌باشد که مطابق آن و در اجرای قاعده فقهی تسبیب، خسارت ناشی از تأخیر انجام تعهد، قابل مطالبه می‌باشد (سامانه نشست‌های قضایی، صورتجلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان تهران، مورخ ۱۳۸۱/۷/۴).

در میان نظرات راجع به ماهیت بازگشت به کار، به نظر می‌رسد نظر گروه دوم (که ماهیت بازگشت به کار را انجام عمل معین می‌داند) با قوانین موجود سازگارتر باشد؛ زیرا به موجب ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی، «در مواردی که حکم دادگاه جنبه اعلامی داشته و مستلزم انجام عملی از طرف محکوم علیه نیست... اجرائیه صادر نمی‌شود...» مفهوم مخالف این عبارت آن است در مواردی که حکم دادگاه مستلزم انجام عملی از طرف محکوم علیه باشد باید اجرائیه صادر شود؛ فرض بازگشت

۱. به موجب ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، «خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنا دادرسی و یا به طور مستقل جبران خسارات ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خوانده نسبت به ادای حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، همچنین اجرت‌المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خوانده مطالبه نماید.»

به کار کارگر نیز مستلزم انجام اقدام از طرف کارفرما است و آن را نباید یک حکم اعلامی دانست؛ زیرا «در حکم اعلامی، صرفاً وضعیت خاصی اعلام می‌گردد و رأی دادگاه از مفاد الزامی و اجرایی برخوردار نیست و در بیشتر موارد، صرف صدور حکم اعلامی، ذی‌حق را به حق خود می‌رساند (مانند اعلام اصالت و بطلان سند). اما حکم اجرایی حکمی است که مدلول آن بیانگر الزام محکوم‌علیه بر انجام عملی می‌باشد» (مهاجری، ۱۳۹۲: ۱۱) در فرض محکومیت کارفرما به بازگشت به کار، مدلول و منطوق رأی مرجع حل اختلاف کار، جنبه اجرایی دارد نه اعلامی؛ به دلیل آنکه کارگری که اخراج شده است در وضعیت عدم اشتغال و بیکاری به سر می‌برد و رأی مرجع حل اختلاف کار مبنی بر بازگشت وی به کار، موجب وضعیت حقوقی جدید، یعنی وضعیت اشتغال خواهد شد؛ در نتیجه رأیی که ایجادکننده وضعیت حقوقی جدیدی است را نمی‌توان یک رأی اعلامی صرف دانست. علاوه بر این، صرف صدور رأی بازگشت به کار (بدون اقدام کارفرما در اجرای رأی)، کارگر را به حق خود نمی‌رساند.

۲. چالش‌های اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار

مهم‌ترین چالش‌های اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار در ایران را می‌توان ابهام در آرای مراجع حل اختلاف کار، عدم استطاعت مالی کارفرما، امتناع کارفرما، امتناع سازمان تأمین اجتماعی از اجرای رأی دانست که در این بخش به تفکیک در مورد هر یک توضیح داده خواهد شد.

۲-۱. ابهام در آرای مراجع حل اختلاف کار

ازجمله مشکلاتی که قاضی اجرای احکام مدنی ممکن است با آن مواجه شود ابهام در رأی مرجع حل اختلاف کار است که عمدتاً مانع از اجرای آن می‌شود (خدابخشی، ۱۳۹۸: ۸۶). مهم‌ترین مصادیق ابهام در آرای مراجع حل اختلاف کار، عبارتند از: ۱. عدم تعیین مدت زمان پرداخت حق بیمه (یعنی، محکومیت کارفرما به پرداخت حق بیمه، بدون تعیین مدت زمانی که باید حق بیمه پرداخت می‌شده است)؛ ۲. تعارض در مدت زمان پرداخت حق بیمه (به عنوان مثال، در رأی صادره بیان شود: کارفرما مکلف به پرداخت حق بیمه کارگر از تاریخ ۱۳۹۰/۶/۱ تا تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۱ به مدت سه ماه است)؛ ۳. ابهام در محکوم‌علیه رأی، مانند مواردی که کارگر نزد یک شرکت تجاری یا پیمانکار مشغول به کار است و درخصوص رابطه کارگری - کارفرمایی، تشخیص کارگر از پیمانکار و تعیین کارفرمای واقعی، ابهام به وجود آید.

در فروض بیان شده، این سؤال مطرح می‌شود: چنانچه در رأی مراجع حل اختلاف کار، ابهام یا اجمال وجود داشته باشد به طوری که اجرای آن را دشوار یا ناممکن سازد، تکلیف چیست؟ در پاسخ باید گفت: در مورد ابهام آرای صادره از سوی دادگاه‌ها، ماده ۲۷ قانون اجرای احکام

مدنی (۱۳۵۶)، مقرر می‌دارد: «اختلافات راجع به مفاد حکم همچنین اختلافات مربوط به اجرای احکام که از اجمال یا ابهام حکم یا محکوم‌به حادث شود در دادگاهی که حکم را صادر کرده رسیدگی می‌شود.» با توجه به این ماده که از یک سو، در زمینه رفع ابهام توسط «دادگاه» سخن گفته و از دیگر سو، مراجع حل اختلاف کار، «دادگاه»، محسوب نمی‌شوند، ممکن است این سؤال پیش آید اگر قاضی اجرای احکام مدنی با ابهام در رأی مراجع حل اختلاف کار مواجه شود آیا از دادگاهی که حکم زیر نظر آن اجرا می‌شود باید رفع ابهام از رأی را بخواهد یا از مرجع حل اختلاف کار (به عنوان مرجع صادرکننده رأی)؟

اداره کل حقوقی قوه قضائیه در این زمینه بیان داشته است: «در فرضی که رأی مبهم باشد، رفع ابهام از رأی مذکور به عهده مرجع صادر کننده رأی یعنی مراجع حل اختلاف کار است و اجرای احکام دادگستری پس از صدور اجراییه از ناحیه دادگاه می‌تواند از مرجع مذکور تقاضای رفع ابهام نماید و اگر از دادگاه صادرکننده اجراییه رفع ابهام بخواهد، دادگاه تکلیفی در این خصوص ندارد» (نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۵۹۰، مورخ ۱۳۹۴/۳/۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه). همچنین این نهاد در نظریه مشورتی دیگر چنین اظهار نظر نموده است: «چنانچه رأی مرجع حل اختلاف کار در مورد حق بیمه کارگر، مبهم و ناقص باشد، اجرای دادگستری باید پرونده را جهت رفع ابهام به مرجع صادرکننده رأی اعاده نماید» (نظریه مشورتی شماره ۷/۵۴۴۳، مورخ ۱۳۸۳/۷/۲۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه).

این نظر از سوی بسیاری از قضات اجرای احکام مدنی نیز پذیرفته شده است؛ با این حال، رویه عملی واحدهای اجرای احکام مدنی در خصوص موضوع، تا حدی متفاوت است؛ زیرا در حال حاضر (برخلاف آنچه در نظریه مشورتی مقرر شده است)، پرونده اجرایی جهت رفع ابهام به مرجع حل اختلاف کار صادرکننده رأی، ارسال نمی‌شود؛ بلکه قاضی اجرای احکام مدنی، موارد مبهم را از مرجع حل اختلاف صادرکننده رأی قطعی، استعلام می‌نماید (سامانه نشست‌های قضایی، صورتجلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان یزد، مورخ ۱۳۸۱/۵/۷). همچنین در مواردی که طبق ماده ۶۳ قانون دیوان عدالت اداری، شعب دیوان خود در ماهیت دعوا ورود کرده و رأی خود را جایگزین رأی مرجع حل اختلاف کار می‌کنند، در فرض ابهام در رأی، بر اساس ماده ۱۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، رفع ابهام باید از دیوان عدالت اداری (شعبه صادرکننده رأی قطعی)، درخواست شود.

۲-۲. عدم استطاعت مالی کارفرما

عدم استطاعت مالی کارفرما، شامل: اعسار و ورشکستگی کارفرما است که در این قسمت به عنوان چالش بررسی می‌شود.

۱-۲-۲. اعسار کارفرما

در مواردی که موضوع رأی مرجع حل اختلاف کار، محکومیت مالی است کارفرما به عنوان محکوم علیه ممکن است ادعای اعسار از پرداخت محکوم به را بنماید. از نظر بیشتر حقوق دانان، با توجه به ماده ۱۳ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی^۱ مرجع صالح برای رسیدگی به دعوای اعسار از محکوم به آرای مراجع حل اختلاف کار، دادگاه صادرکننده اجراییه می باشد و کارفرما باید دادخواست اعسار خود را به طرفیت کارگر در این مرجع مطرح نماید (شمس، ۱۳۹۸: ۳۶۷؛ کاظم پور و مهاجری، ۱۳۹۷: ۴۲).

با این حال در مواردی که موضوع رأی مرجع حل اختلاف کار، حق بیمه کارگر است درخصوص این مسئله که کارفرما باید دادخواست اعسار خود را به طرفیت چه کسی تقدیم نماید، ابهام وجود دارد؛ زیرا از یک سو، بر اساس قواعد آیین دادرسی مدنی، دعوای اعسار باید علیه شخصی که به موجب رأی دادگاه، محکوم به باید به او داده شود، مطرح گردد و از دیگر سو، در این موارد، کارفرما باید حق بیمه را به سازمان تأمین اجتماعی پرداخت نماید. به همین جهت، این سؤال مطرح شده است در این موارد، دعوای اعسار باید به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی مطرح شود یا به طرفیت کارگر؟

در پاسخ باید گفت: حتی در فرضی که محکوم به رأی مرجع حل اختلاف کار، پرداخت حق بیمه باشد، کارفرما مکلف به طرح دعوای اعسار از پرداخت حق بیمه به طرفیت کارگر است؛ زیرا اگرچه کارفرما باید حق بیمه را به سازمان تأمین اجتماعی پرداخت نماید اما سازمان تنها نقش یک واسطه یا عامل را در وصول حق بیمه داشته و مالک یا منتفع نهایی وصول حق بیمه، شخص کارگر است؛ به دلیل آنکه حق بیمه دریافتی به حساب سازمان تأمین اجتماعی به عنوان صندوق بیمه ای که کارگر عضو آن است واریز می شود تا در نهایت وی از مزایای آن برخوردار گردد.

۲-۲-۲. ورشکستگی کارفرما

یکی دیگر از موارد عدم استطاعت مالی کارفرمایان، ورشکستگی آنهاست که عمدتاً در مورد شخص حقیقی تاجر یا شرکت های تجاری، مطرح می شود.^۲ بدون تردید، صرف تقدیم دادخواست ورشکستگی، تأثیری در اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار ندارد و تا زمان صدور حکم

۱. ماده ۱۳ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی (مصوب ۱۳۹۴) بیان می دارد: «دعوای اعسار در مورد محکوم به در دادگاه نخستین رسیدگی کننده به دعوای اصلی یا دادگاه صادرکننده اجراییه و به طرفیت محکوم له اقامه می شود».

۲. به موجب ماده ۱۵ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی (مصوب ۱۳۹۴)، «دادخواست اعسار از تجار و اشخاص حقوقی پذیرفته نمی شود. این اشخاص در صورتی که مدعی اعسار باشند باید رسیدگی به امر ورشکستگی خود را درخواست کنند».

ورشکستگی، تمام فرایند لازم برای اجرای رأی انجام می‌شود. اما زمانی که در مرحله اجرای رأی این مراجع، حکم ورشکستگی، صادر شده باشد اجرای رأی با محدودیت‌ها و موانعی همراه خواهد بود. در این موارد باید میان دو حالت تفکیک قائل شد؛ نخست، چنانچه به موجب حکم ورشکستگی، مشخص شود تاریخ توقف، پیش از صدور اجراییه بوده است، در این صورت، بر اساس رأی وحدت‌رویه شماره ۵۶۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (مورخ ۱۳۷۰/۳/۲۸) عملیات اجرایی بعد از توقف، باطل و بلااثر خواهد بود؛ در نتیجه کارگر برای وصول مطالبات خود باید منتظر تصمیم مدیر تصفیه بماند.

اما چنانچه تاریخ توقف، پس از صدور اجراییه باشد، در این صورت، اجرای حکم به صورت جمعی خواهد بود و بستانکار در این حکم در جمعی از غرما قرار گرفته و می‌بایست منتظر تصفیه اموال از سوی مدیر تصفیه باشد (مقدادی و نکوجوی، ۱۳۹۶: ۱۳۱). در این فرض، این سؤال مطرح می‌شود: با توجه به اینکه دیون کارفرما به کارگر جزو دیون ممتاز است آیا برای کارگر، حق تقدم در وصول طلب وجود دارد؟

از نظر برخی از نویسندگان، دیون تاجر ورشکسته فقط بر اساس مقررات راجع به ورشکستگی باید پرداخت شود و مقدم داشتن طلبکاری بر طلبکاران دیگر و شناسایی طلبی به عنوان طلب ممتاز باید مبتنی بر آن مقررات باشد؛ در نتیجه اگر در مقرراتی به نحو عام برای بستانکاران اولویت‌هایی در نظر گرفته شده باشد، در مقام تصفیه امور تاجر ورشکسته قابل اجرا نمی‌باشد؛ زیرا تصفیه جمعی موضوعی متفاوت از تصفیه فردی است (ایزائلو و میرشکاری، ۱۳۹۱: ۵۴). علاوه بر این، صرف تأکید بر «ممتاز» بودن طلب، بی‌آنکه ترتیب اعمال امتیاز تصریح شود، ناقض حق تقدم‌های مصرح قانونی نیست (شمس، ۱۳۹۸: ۶۱۶) برخی از قضات موافق با این نظر نیز بیان داشته‌اند: با توجه به آرای وحدت‌رویه شماره ۳۲۷۱ و ۲۱۲ دیوان عالی کشور^۱ از آنجایی که قانون تأمین اجتماعی، قانون کار و قانون

۱. رأی وحدت‌رویه شماره ۳۲۷۱، مورخ ۱۳۳۹/۱۰/۱۹ دیوان عالی کشور بیان می‌دارد: «چون موافق ماده ۵۸ قانون امور تصفیه امور ورشکستگی استفاده از اموال متوقف برای دیان ترتیبی خاص مقرر داشته که به همان نحو باید خاتمه یابد و موافق مدلول همین ماده حق تقدم هر طبقه بر طبقه دیگر تصریح و تعیین شده و از بستانکارانی که از اموال متوقف طلب خود را به وسیله دادگاه تأمین کرده‌اند قیدی دیده نمی‌شود بنابراین کلیه دیان به جز کسانی که قانون صریحاً استثناء نموده از اموال متوقف حق استفاده دارند و منطوق ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به مورد مذکور در فوق نبوده و در این مورد که حکم خاصی موجود است قابل اعمال نمی‌باشد...»

همچنین به موجب رأی وحدت‌رویه شماره ۲۱۲، مورخ ۱۳۵۰/۸/۶: «قانون تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸

مالیات‌های مستقیم، قوانین عام و مربوط به مدیون‌های عادی است، نمی‌توانند ناقض قانون اداره تصفیه که قانون خاص است، باشد. از نظر آنان، قائل شدن حق ممتاز و امتیاز برای بعضی از طلبکاران ورشکسته، امری استثنایی و خلاف اصل تساوی بستانکاران است؛ در نتیجه تا زمانی که قید صریح قانون نباشد باید از تسری آن به غیر طلبکاران مذکور در قانون اداره تصفیه خودداری شود. علاوه بر این موارد، طلبکاران موضوع قانون تأمین اجتماعی و قانون کار، خصوصیت دیگری ندارند تا آن‌ها را مشمول قاعده مندرج در رأی وحدت‌رویه شماره ۲۱۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (قرار گرفتن در طبقه پنجم و در ردیف سایر بستانکاران) ندانیم؛ بنابراین، در حال حاضر، بستانکاران با حق رجحان همان کسانی هستند که در ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه^۱ ذکر شده است (سامانه نشست‌های قضایی، صورتجلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان تبریز، مورخ ۱۳/۹/۱۳۸۰).

این رویکرد که کارگران را در دستیابی به حقوق خود با دشواری مواجه می‌نماید از چند جهت، قابل انتقاد است؛ نخست آنکه، به نظر می‌رسد استناد به آرای وحدت‌رویه شماره ۳۲۷۱ و ۲۱۲ دیوان عالی کشور و تسری مفاد آن به دیون ممتاز چندان صحیح نباشد؛ زیرا از یک‌سو، موضوع رأی وحدت‌رویه شماره ۳۲۷۱ فقدان حق تقدم برای «بستانکارانی که از اموال متوقف طلب خود را به وسیله

ترتیب خاصی برای پرداخت دیون ورشکسته مقرر داشته و بستانکاران از ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم و حق تقدم هر طبقه را بر طبقه دیگر تصریح نموده و ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۵ راجع به وصول مالیات و جرایم آن از اموال و دارایی عموم مودیان ناظر به اشخاص ورشکسته که وضع مالی آنها تابع قانون خاصی می‌باشد نبوده و آرای شعب پنجم و دهم دیوان عالی کشور که وزارت دارایی را در مورد وصول مالیات و جرایم متعلق به آن از بازرگان ورشکسته در طبقه پنجم و در ردیف سایر بستانکاران عادی شناخته صحیحاً صادر گردیده و به اکثریت آرا تایید می‌شود».

۱. ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی (۱۳۱۸) مقرر می‌دارد: «بستانکارانی که دارای وثیقه‌اند نسبت به حاصل فروش مال مورد وثیقه در برگ تقسیم حاصل فروش مقدم بر سایر بستانکاران قرار داده می‌شوند. طلب‌هایی که دارای وثیقه نیست و همچنین باقی‌مانده طلب‌هایی که دارای وثیقه بوده و تمام آن از فروش وثیقه پرداخت نشده به ترتیب طبقات زیر بر یکدیگر مقدمند و در تقسیم‌نامه حاصل فروش اموال متوقف این تقدم رعایت و قید می‌شود. طبقه اول: الف- حقوق خدمه خانه برای مدت سال آخر قبل از توقف؛ ب- حقوق خدمتگزاران بنگاه ورشکسته برای مدت شش ماه قبل از توقف؛ ج- دستمزد کارگرانی که روزانه یا هفتگی مزد می‌گیرند برای مدت سه ماه قبل از توقف. طبقه دوم: طلب اشخاصی که مال آنها به‌عنوان ولایت یا قیمومت تحت اداره ورشکسته بوده نسبت به میزانی که ورشکسته از جهت ولایت و یا قیمومت مدیون شده است... طبقه سوم: طلب پزشک و دارو فروش و مطالباتی که به مصرف مداوی مدیون و خانواده‌اش در ظرف سال قبل از توقف رسیده است؛ طبقه چهارم: الف- نفقه زن مطابق ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی؛ ب- مهریه زن تا میزان ده هزار ریال به شرط آنکه ازدواج اقل پنج سال قبل از توقف واقع شده باشد و نسبت به مازاد جزء سایر دیون محسوب می‌شود؛ طبقه پنجم: سایر بستانکاران».

دادگاه تأمین کرده‌اند» بوده و در مورد فقدان تقدم دیون ممتاز طلبکاران چیزی نگفته است. از دیگر سو، موضوع رأی وحدت‌رویه شماره ۲۱۲ که ناظر بر ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد (۱۳۳۵)^۱ بوده و حکمی مشابه با ماده ۱۶۰ قانون مالیات‌های مستقیم^۲ دارد نیز صرفاً بحث حق تقدم است؛ به عبارت دیگر در این رأی، دیوان ضمن رد ادعای وزارت دارایی مبنی بر ممتاز بودن مطالبات مالیاتی، حق تقدم آن را نپذیرفته است و «وزارت دارایی را در مورد وصول مالیات و جرایم متعلق به آن از بازرگان ورشکسته در طبقه پنجم و در ردیف سایر بستانکاران عادی شناخته» و برای این نهاد نسبت به سایر اشخاص، حق تقدمی قائل نشده است. بدون تردید طلبکار دارای حق تقدم و طلبکاری که دین وی جزو دیون ممتاز است همواره به یک معنی نیستند؛ زیرا اگرچه دیون ممتاز موجب پیدایش حق تقدم می‌شوند اما داشتن هر حق تقدمی به معنای ممتاز بودن دین نیست؛ در واقع، قانون‌گذار بر اساس اهداف خاصی به‌طور صریح، برخی دیون را به‌عنوان دیون ممتاز محسوب نموده و برای آن‌ها حق تقدم قائل شده است؛ اما به هر حق تقدمی، به‌طور صریح وصف «ممتاز بودن» نداده است. در نتیجه نمی‌توان از مفاد آرای وحدت‌رویه مذکور برای قرار دادن کارگر در ردیف بستانکاران عادی بهره گرفت.

دوم آنکه، در کنار هم قرار دادن یا قیاس حق تقدم ناشی از ممتاز بودن مطالبات کارگر با حق تقدم موضوع قانون مالیات‌های مستقیم، چندان صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا صرف‌نظر از اینکه در قانون مالیات‌های مستقیم منشأ این حق تقدم، به‌صراحت «ممتاز بودن» دین دانسته نشده است، فلسفه حق تقدم ناشی از ممتاز بودن مطالبات کارگر با حق تقدم موضوع قانون مالیات‌های مستقیم، متفاوت است؛ چراکه حق تقدم ناشی از ممتاز بودن مطالبات کارگر، جنبه حمایتی داشته و بر مبنای حمایت از کارگر وضع شده است؛ حال آنکه حق تقدم موضوع قانون مالیات‌های مستقیم، چنین مبنایی ندارد؛ یعنی قانون‌گذار با چنین حق تقدمی که برای وزارت اقتصاد (دارایی) قائل شده است نسبت به دولت، رویکرد حمایتی نداشته است. در واقع، قانون‌گذار با ممتاز شمردن طلب برخی اشخاص به‌عنوان گروه آسیب‌پذیر جامعه (مانند طلب کارگر از کارفرما، طلب زن از شوهر بابت نفقه و طلب محجور از ولی یا قیم خود)، خواسته است آن‌ها را در جریان رقابت میان طلبکاران قرار

۱. ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد و املاک مزروعی و مستغلات و حق تمیر (۱۳۳۵) که در حال حاضر (بصراحت قانون تنقیح قوانین مالیاتی کشور، مصوب ۱۳۹۶)، نسخ شده است، بیان می‌داشت: «در موقع وصول مالیات و جرایم آن از درآمد و اموال مودیان یا ضامن آنها وزارت دارایی نسبت به سایر طلبکاران حق تقدم خواهد داشت».

۲. به موجب ماده ۱۶۰ قانون مالیات‌های مستقیم (مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات بعدی)، «سازمان امور مالیاتی کشور برای وصول مالیات و جرایم متعلق از مودیان و مسوولان پرداخت مالیات نسبت به سایر طلبکاران به‌استثنای صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه و مالیات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت، حق تقدم خواهد داشت».

نداده و بدین ترتیب، وصول طلب آن‌ها را تضمین نماید. بنابراین حمایت از طلبکار که مهم‌ترین مبنای توجیه طلب ممتاز است (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۹۱: ۴۲-۴۱) در حق تقدم مقرر در قانون مالیات‌های مستقیم وجود ندارد؛ بر این اساس، باید حق تقدم کارگر را فراتر از حق تقدم مقرر در قانون مالیات‌های مستقیم دانست. برای تقویت این نظر می‌توان از برخی از قوانین سابق نیز بهره گرفت؛ به‌عنوان مثال، ماده ۲۴ قانون کار (۱۳۳۷) در این زمینه بیان می‌داشت: «مزد کارگران در عداد دیون ممتازه کارفرما بوده و باید قبل از سایر قروض حتی دیون مالیاتی تأمین و پرداخت شود».

از مجموع آنچه در مورد عدم استطاعت مالی کارفرما بیان شده است، می‌توان گفت: در فرض اعسار یا ورشکستگی کارفرما در نظام حقوقی ایران قوانین موجود از جمله قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به کارگران همانند سایر محکوم‌لهم می‌نگرد و سازوکارهای قانونی خاص و مؤثری در جهت حمایت از آنان به‌عنوان گروه آسیب‌پذیر جامعه وجود ندارد.^۱ حال آنکه امروزه چنین سازوکارهایی در نظام حقوق بین‌الملل در راستای حمایت از کارگران مورد توجه قرار گرفته و عدم استطاعت مالی کارفرما به‌عنوان یکی از موجبات به خطر افتادن مطالبات کارگران دانسته شده است. در این زمینه، مقاله‌نامه شماره ۱۷۳ سازمان بین‌المللی کار (مقاله‌نامه راجع به حمایت از مطالبات کارگران در صورت ناتوانی مالی کارفرما)، دو سازوکار در حمایت از مطالبات کارگران تعیین نموده است؛ یکی، قائل شدن حق تقدم برای مطالبات کارگر و دیگری، تضمین مطالبات توسط یک مؤسسه ثالث. درخصوص مورد نخست (حق تقدم برای مطالبات کارگر)، ماده ۵ مقاله‌نامه مقرر می‌دارد: «در صورت اعسار کارفرما مطالبات کارگران ناشی از کار باید به وسیله داشتن امتیاز (حق تقدم) مورد حمایت قرار گیرد». همچنین درخصوص مورد دوم (تضمین پرداخت مطالبات کارگر به وسیله یک مؤسسه)، ماده ۹ مقاله‌نامه بیان می‌دارد: «پرداخت مطالبات ناشی از کار کارگران باید به وسیله یک مؤسسه تضمین‌کننده^۲ تضمین شود، در صورتی که به لحاظ اعسار کارفرما، امکان پرداخت آن، مطالبات وجود نداشته باشد» (ILO, 1992: art. 5 & 9) این مؤسسه تضمین‌کننده می‌تواند یک مؤسسه بیمه‌ای باشد؛ بنابراین در نظام حقوقی ایران، لازم است با اصلاح قوانین و مقررات، تضمین

۱. علاوه بر این در فرض ورشکستگی شرکت‌های تجاری، استیفای بدهی شرکت از بابت حقوق و مزایای کارگران از اموال مدیران یا سهام‌داران شرکت وجود ندارد؛ زیرا از یک سو، طبق مقررات قانون تجارت، شخصیت اشخاص حقوقی، مستقل از شخصیت سهام‌داران و اموال آن‌ها نیز جدای از یکدیگر است و از دیگر سو، کارفرمای کارگران، شرکت است نه سهام‌داران یا اعضای هیأت مدیره شرکت (نظریه مشورتی شماره ۷/۸۴۲۰، مورخ ۱۳۸۰/۸/۳۰ اداره کل حقوقی قوه قضاییه).

2. Guarantee institution

دیون کارفرمای معسر یا ورشکسته نیز تحت پوشش بیمه قرار گیرد.

۲-۳. امتناع کارفرما از اجرای رأی

در برخی موارد، کارفرمایان به دلایل متعدد عمداً از اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار، امتناع می‌نمایند؛ به طوری که این موضوع، کارگر را دستیابی به حقوق خود با چالش مواجه می‌نماید. در این صورت، چنانچه موضوع رأی، محکومیت مالی باشد مهم‌ترین ضمانت اجرای حقوقی، ضمانت اجرای مقرر در مواد ۱ و ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (یعنی توقیف اموال و حبس محکوم علیه) و نیز محکومیت به خسارت تأخیر تأدیه محکوم به رأی مرجع حل اختلاف کار از جانب دادگاه‌های عمومی دادگستری می‌تواند باشد (رای وحدت رویه شماره ۷۵۷، مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور). در محکومیت غیرمالی (مانند بازگشت به کار کارگر) نیز مطالبه خسارت از باب تأخیر یا عدم اجرای تعهد، مهم‌ترین ضمانت اجرا می‌باشد. در نظام حقوقی ایران، امتناع کارفرما علاوه بر ضمانت اجرای مدنی، به موجب ماده ۱۸۰ قانون کار، دارای ضمانت اجرای کیفری (یعنی پرداخت جریمه نقدی) نیز می‌باشد.

امتناع از اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار، علاوه بر کارفرمایان خصوصی در مورد کارفرمای دولتی و مؤسسات عمومی غیردولتی (مانند شهرداری‌ها) نیز می‌تواند مطرح باشد؛ بر این اساس، چنانچه مسئول دولتی یا شهردار که موظف بوده است در صورت وجود اعتبار بودجه‌ای (اعم از اعتبار بودجه همان سال یا پس از تأمین اعتبار در سال‌های بعد از صدور رأی قطعی) نسبت به تأدیه محکوم به اقدام نماید بدون جهت از اجرای آن استتکاف نماید، در صورت اثبات موضوع در دادگاه صالح به انفصال موقت از خدمات دولتی به مدت یک سال، محکوم می‌شود (قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی، مصوب ۱۳۶۵ و قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۶۱).

اگرچه در نظام حقوقی ایران، اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار توسط سازمان دادگستری (با توجه به ابزارهای قانونی که این نهاد در اختیار دارد) مناسب‌ترین شیوه است و کارگر می‌تواند در راستای دستیابی به حقوق خود از ضمانت اجرای فوق به عنوان ضمانت اجرای عام استفاده نماید؛ اما واقعیت‌های موجود بیانگر آن است که اعمال ضمانت اجرای مدنی در بسیاری موارد فاقد کارایی مناسب بوده و در عمل کارگر را در دستیابی به حقوق خود با دشواری‌هایی مواجه می‌نماید. بر همین اساس، وضعیت خاص کارگران، مستلزم پیش‌بینی سازوکارهای حمایتی مؤثر به موجب قوانین خاص می‌باشد (بادینی و اسعدی، ۱۳۹۸: ۳۲۷).

سازوکارهای خاص به‌ویژه در مواردی که محکومیت از نوع مالی است امروزه در برخی از

نظام‌های حقوقی مورد توجه قرار گرفته است. در انگلستان چنانچه کارفرما از اجرای آرای دربردارنده محکومیت‌های مالی (پرداخت محکوم‌به) امتناع نماید یک نظام مسیر سریع^۱ وجود دارد که کارگر می‌تواند از آن استفاده نماید. بر اساس این نظام، کارگر می‌تواند از مأمور اجرای دیوان عالی^۲ درخواست نماید تا برای دریافت محکوم‌به اقدام نماید (After the employment tribunal hearing, 2020). علاوه بر این کارگر می‌تواند درخواست نماید تا کارفرمایش به دلیل این رفتار جرمه شود و نام او برای عموم منتشر شود. در این صورت خواننده یک اخطار دریافت خواهد کرد تا ظرف مدت ۲۸ روز محکوم‌به را پرداخت کند. اگر کارفرما همچنان در پرداخت قصور نماید، یک اخطار مجازات^۳ صادر خواهد شد که بر اساس آن کارفرما باید مبلغی را به‌عنوان جرمه به دولت پرداخت نماید (Employment Tribunals Act 1996). همچنین ممکن است نام وی توسط دولت برای اطلاع عموم در یکی از روزنامه‌ها منتشر شود. هدف از اعلام نام^۴ افزایش میزان پرداخت‌های به‌موقع محکوم‌به آرای دادگاه‌های کار از طریق ایجاد یک بازدارنده جدید برای کارفرمایی که پرداخت نمی‌کند، می‌باشد (UK Department for business, energy & industrial strategy, 2018: 1-2).

۲-۴. امتناع سازمان تأمین اجتماعی از اجرای رأی

یکی دیگر از چالش‌های اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار، امتناع سازمان تأمین اجتماعی از اجرای برخی از آرای مربوط به حق بیمه (اعم از محاسبه یا وصول) می‌باشد. مهم‌ترین مصادیق مورد ادعای این سازمان که تاکنون موجب اجتناب از اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار شده است، عبارتند از:

الف) عدم صلاحیت هیئت حل اختلاف کار در تعیین خلأهای بیمه‌ای: از نظر سازمان تأمین اجتماعی، با توجه به مواد ۳۹ و ۱۰۱ قانون تأمین اجتماعی و آیین‌نامه طرز تنظیم لیست و دستمزد (مصوب ۱۳۵۴ شورای عالی تأمین اجتماعی)، احراز مدت خلأ بیمه‌ای، خارج از صلاحیت مراجع حل اختلاف کار بوده و تنها در صلاحیت سازمان تأمین اجتماعی است (بخشنامه ۲۹۱۳۳، مورخ ۱۳۸۸/۴/۳۰ مدیر کل تنظیم و نظارت بر روابط کار و وزارت کار و امور اجتماعی)؛

ب) محکوم‌علیه رأی، کارفرمای واقعی نباشد؛ یعنی زمانی که کارگر برای پیمانکار (یا مقاطعه‌کار) کار می‌کند، در رأی، صاحب کار به‌عنوان کارفرما تلقی و به پرداخت حق بیمه محکوم شده باشد که این امر سازمان تأمین اجتماعی را در مطالبه حق بیمه دچار مشکل می‌نماید؛

1. Fast track system
2. High Court Enforcement Officer
3. Penalty notice
4. Naming

ج) نادیده گرفته شدن معافیت‌های بیمه‌ای برخی کارفرمایان نسبت به پرداخت حق بیمه سهم کارفرمایی؛ مانند محکومیت مالک خودرو به پرداخت حق بیمه سهم کارفرمایی (در فرض طرح دعوای راننده خودرو): از نظر سازمان تأمین اجتماعی، این اشخاص به استناد «قانون بیمه اجتماعی رانندگان حمل و نقل بار و مسافر بین شهری» (۱۳۷۹)، مشمول مقررات تأمین اجتماعی با پرداخت بخشی از حق بیمه از طرف دولت هستند؛ به همین جهت، صدور حکم به پرداخت حق بیمه توسط این کارفرمایان مبنای قانونی ندارد (رای شماره ۴۳۷-۴۳۸ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری)؛

د) تبانی محکوم علیه و محکوم له رای مرجع حل اختلاف کار که علی‌رغم فقدان رابطه کارگری و کارفرمایی، آن مرجع بر اساس ادله غیر معتبر رأیی مبنی بر الزام محکوم علیه به پرداخت حق بیمه صادر نموده است (رای شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۸۰۳۶۶۳، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۹، شعبه ۱۸ بدوی دیوان عدالت اداری)؛

هـ) متعارض بودن رأی مرجع حل اختلاف کار: مانند مواردی که مرجع حل اختلاف کار، با فرض اشتغال شخص در کارگاه معین، رأی به پرداخت حق بیمه از سوی کارفرما برای یک بازه زمانی مشخص داده باشد؛ حال آنکه حق بیمه سهم کارفرمایی به دلیل حضور وی در آن بازه زمانی در کارگاه دیگر، قبلاً پرداخت شده باشد (رای شماره ۴۳۷-۴۳۸، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری).

در خصوص موارد فوق، برخی از نویسندگان بیان داشته‌اند: چنانچه سازمان تأمین اجتماعی، از اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار امتناع نماید، مراجع حل اختلاف کار یا دادگاه‌های کیفری نمی‌توانند این سازمان را مکلف به پذیرش حق بیمه و احتساب سوابق بیمه‌ای نماید؛ زیرا صرف‌نظر از سکوت قانون‌گذار در این زمینه، اصل نسبی بودن اثر رأی مانع از آن است که بتوان سازمان تأمین اجتماعی را ملزم به پذیرش سوابق بیمه‌ای نمود (نعیمی و پرتو، ۱۳۹۴: ۲۳۷).

در عمل نیز سازمان تأمین اجتماعی همواره بر این عقیده بوده است با توجه به اینکه اجرای این‌گونه آرا تأثیر مستقیم بر منابع مالی سازمان دارد (به‌ویژه از جهت ایجاد سابقه و تحقق شرایط برخورداری از حمایت‌های بلندمدت)، بار مالی گزافی را به ناحق بر سازمان تأمین اجتماعی که اموال آن متعلق به جامعه بیمه‌شدگان است تحمیل نموده و موجب کسب درآمد ناعادلانه و بهره‌برداری ناروا از منابع این صندوق بیمه‌ای می‌شود. به همین جهت سازمان در موارد متعدد بیان داشته است: از آنجایی که در دعوای کارگر و کارفرما در مراجع حل اختلاف کار، حضور ندارد آرای مراجع حل اختلاف کار در حد رابطه فردی میان کارگر و کارفرما مؤثر بوده و بر سازمان تأمین

اجتماعی که اساساً طرف دعوا نبوده است تکلیفی بار نمی‌نماید؛ در نتیجه سازمان باید به‌عنوان امین و حافظ اموال عمومی، رسیدگی خاص خود را در جهت احراز شرایط مقرر در قانون تأمین اجتماعی انجام دهد (به نقل از: پایگاه اطلاع رسانی سازمان تأمین اجتماعی، ۱۴۰۰/۶/۶).^۱

اتخاذ چنین رویکردی از سوی سازمان تأمین اجتماعی که کارگران را در دسترسی به حقوق خود دچار چالش می‌نماید، در نظام قضایی ایران پذیرفته نشده است؛ به‌طوری که هیئت عمومی و شعب دیوان تاکنون بارها امتناع سازمان را برخلاف قانون دانسته‌اند (رأی وحدت‌رویه شماره ۸۵۳، مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۱ دیوان عدالت اداری و رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۵۰۲۲۹۸، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۸، شعبه ۱۵ بدوی دیوان عدالت اداری و شماره‌های ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۱۳۴۰، مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۵، و ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۱۴۵۹، مورخ ۱۳۹۳/۹/۱۵، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری). در همین راستا هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در برخی از آرا مقرر نموده است: «مطابق ماده ۱۶۶ قانون کار، رأی قطعی مراجع حل اختلاف کار لازم‌الاجرا می‌باشد؛ کمیته‌های تأمین اجتماعی فقط از حیث نحوه اجرای رأی مراجع حل اختلاف کار صلاحیت بررسی رأی مزبور را دارند و حق رسیدگی شکلی یا ماهوی درخصوص رأی مزبور را ندارند و مکلف به اجرای رأی مزبور هستند و نمی‌توانند به بهانه عدم احراز اشتغال از اجرای رأی مراجع حل اختلاف کار خودداری کنند؛ زیرا رأی مراجع حل اختلاف لازم‌الاجرا بوده و غیر از دیوان عدالت اداری در صورت طرح شکایت و دعوا، مرجع دیگری صلاحیت ورود به آن و رسیدگی و بررسی را ندارد» (آرای شماره ۴۳۷-۴۳۸، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۹ و شماره ۲۹-۳۰ مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری).

چنانچه سازمان تأمین اجتماعی نسبت به اجرای رأی مراجع حل اختلاف کار تمکین ننماید و به‌دلیل مخالفت با رأی، گواهی «عدم امکان احتساب سوابق بیمه‌ای» صادر کند، کارگر می‌تواند دعوای خود را نسبت به این سازمان در دیوان عدالت اداری مطرح نماید (رأی وحدت‌رویه شماره ۵۶۳، مورخ ۱۳۹۵/۸/۲۵ دیوان عدالت اداری)؛ در واقع در این موارد کارگر باید دعوای الزام به پذیرش و احتساب سوابق بیمه‌ای تعیین شده در رأی هیئت حل اختلاف کار را به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی مطرح کند (رستمی و اکبری، ۱۳۹۹: ۸۹).

۱. لازم به ذکر است سازمان تأمین اجتماعی، جهت تطبیق رأی مراجع حل اختلاف کار با قوانین تأمین اجتماعی اقدام به تشکیل کمیته‌ای با عنوان «کمیته بررسی و احتساب سوابق معاونت فنی و درآمد تأمین اجتماعی»، نموده است. به‌طوری که به دنبال بررسی‌های این کمیته، سازمان خود را ملزم به تبعیت از بسیاری از آرای مراجع حل اختلاف کار ندانسته است.

مسئله‌ای که در اینجا مبهم می‌ماند آن است که در صورتی که ادعای سازمان تأمین اجتماعی منطبق با واقعیت بوده و رأی مرجع حل اختلاف کار در زمینه حق بیمه با یکی از موارد پنج‌گانه فوق منطبق باشد، راه حل قانونی برای دستیابی این سازمان به حقوق خود چیست؟

بدون تردید در این موارد با توجه به اینکه به موجب رأی وحدت‌رویه شماره ۳۷ مورخ ۱۳۶۷/۷/۱۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که لفظ «مردم» در اصل ۱۷۳ قانون اساسی را تنها ناظر به اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی دانسته، برای سازمان تأمین اجتماعی امکان اعتراض نسبت به آرای مراجع حل اختلاف کار در دیوان عدالت اداری وجود ندارد. به همین جهت برخی از نویسندگان، تقدیم دادخواست ابطال رأی مرجع حل اختلاف کار را مطرح نموده‌اند؛ بدین صورت که سازمان تأمین اجتماعی می‌تواند با استنای صلاحیت عام مراجع قضایی دادگستری در دادگاه حقوقی، دادخواست ابطال رأی مرجع حل اختلاف کار را بدهد و یا در مواردی که موضوع وصف کیفری دارد، شکایت کیفری خود مبنی بر جعلی بودن مستندات را مطرح و ابطال رأی را درخواست نماید (کاویانی، ۱۳۸۶: ۱۸۹). با این حال در عمل سازمان تأمین اجتماعی، در برخی موارد رویه دیگری را اتخاذ کرده است؛ یعنی از دادگاه‌های عمومی دادگستری درخواست توقف و ابطال اجراییه صادره (مبنی بر الزام به پرداخت مبلغ مشخص به عنوان حق بیمه) را نموده است (سوادکوهی‌فر، ۱۳۸۱: ۲۰۹-۲۰۸).

در میان راه‌حل‌های فوق، پذیرش راه حل نخست با موازین حقوقی سازگاری بیشتری دارد؛ اما راه حل دوم (دعوی ابطال اجراییه)، قابل انتقاد می‌باشد؛ زیرا نه تنها درخواست توقف و ابطال اجراییه باید مسبوق به طرح دعوا نسبت به رأی مبنای آن باشد، بلکه ابطال اجراییه، خاص مواردی باشد که اجراییه از اجرای ثبت اسناد در خصوص اسناد لازم‌الاجرا صادر شده باشد و در خصوص اجراییه‌های صادره از سوی اجرای احکام دادگستری نتوان ادعای ابطال مطرح نمود. این نظر از سوی بیشتر مراجع قضایی نیز پذیرفته شده است؛ به طوری که در عمل در نظام قضایی ایران، در مواردی که در فرایند اجرا، ابطال اجراییه صادرشده از سوی دادگاه عمومی حقوقی درخواست شده است (حتی در مواردی که محکوم‌علیه رأی مراجع حل اختلاف کار چنین درخواستی نموده است) در بسیاری موارد، دادگاه‌های حقوقی در مواجهه با چنین درخواستی، قرار عدم استماع دعوا را صادر کرده‌اند (دادنامه شماره ۰۰۱۳۸، مورخ ۹۱/۲/۱۶ شعبه ۱۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۱۲۳۵، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹، شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

نتیجه

در نظام حقوقی ایران به موجب ماده ۱۶۶ قانون کار، آرای قطعی مراجع حل اختلاف کار باید از

طریق واحد اجرای احکام مدنی دادگستری به اجرا در آیند. مقاله کنونی که با هدف بررسی این موضوع نگارش یافته است به بررسی و تحلیل مهم ترین ابهامات و چالش های موجود در این زمینه پرداخته است. بررسی فرایند اجرای این آرا بیانگر آن است که قوانین و مقررات حاکم بر فرایند اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار در اجرای احکام دادگستری، نه تنها سازوکارهای خاص و متفاوتی برای تضمین حقوق کارگر (به عنوان محکوم له رأی مراجع حل اختلاف کار) ندارد بلکه در این زمینه دارای ابهامات و نارسایی هایی هستند که بر نظام قضایی ایران نیز تاثیر گذاشته و زمینه را برای تفاسیر متفاوت از اجرای این آرا فراهم ساخته است. در کنار ابهامات موجود، اجرای این آرا با چالش های متعددی چون ابهام در آرا، عدم استطاعت مالی کارفرما، امتناع کارفرما یا سازمان تأمین اجتماعی از اجرای رأی مواجهه است. مجموعه عوامل بیان شده، موجب شده است کارگران با وجود در دست داشتن رأیی که به نفع آنهاست در مرحله اجرای آن با مشکلاتی مواجه شوند؛ به طوری که دستیابی آنان به حقوق قانونی خود به تأخیر افتاده و یا در برخی موارد بسیار دشوار گردد. به همین جهت با توجه به ابهامات و چالش های موجود، اصلاح قوانین و مقررات فعلی ضرورت دارد؛ زیرا قانون کار تنها یک ماده را به اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار در اجرای احکام دادگستری اختصاص داده است و کیفیت اجرا را به آیین نامه این ماده واگذار نموده است؛ حال آنکه آیین نامه این ماده بسیار مختصر بوده و پاسخ گوی بسیاری از مسائل مستحدث در زمینه اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار نیست؛ به طوری که این امر از یک سو، موجب استنباط های متفاوت از قوانین از جانب مراجع حل اختلاف کار، دوائر اجرای احکام مدنی و نیز سازمان تأمین اجتماعی و از دیگر سو، سبب طرح شکایت های متعدد نسبت به آرای مراجع حل اختلاف کار و اقدامات و تصمیمات سازمان تأمین اجتماعی در دیوان عدالت اداری شده است. بنابراین در این راستا لازم است هیئت وزیران به عنوان مرجع تصویب کننده آیین نامه اجرایی ماده ۱۶۶ قانون کار (با عنوان آیین نامه طرز اجرای آرای قطعی هیئت های تشخیص و حل اختلاف کار، مصوب ۱۳۷۰) نسبت به اصلاح، تکمیل و به روز رسانی آیین نامه مذکور اقدام نماید تا بسیاری از خلأ های قانونی در زمینه اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار، بر طرف شود. علاوه بر این، با توجه به صلاحیت رئیس قوه قضائیه در تصویب مقرر، بسیاری از خلأ های قانونی مذکور در زمینه اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار از طریق تصویب دستورالعمل مصوب رئیس قوه قضائیه قابل برطرف شدن بوده و می تواند به ایجاد رویه واحد در دوائر اجرای احکام مدنی در زمینه اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار کمک مؤثر نماید.

منابع

فارسی

- ایزانلو، محسن و عباس میرشکاری (۱۳۹۱)، «طلب ممتاز»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۶۰.
- بادینی، حسن و حسین اسعدی (۱۳۹۸)، «مطالعه تطبیقی تضمینات خاص وصول مزد کارگر»، فصلنامه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۵۰، شماره ۲.
- بادینی، حسن و بهنام شکوهی مشهدی (۱۳۹۹)، «تأمیلی پیرامون ثبوت و اثبات در قرارداد کار با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۱.
- جلالی، محمد و حسین قبادی (۱۳۹۵)، «مرجع صالح و چگونگی رسیدگی، صدور و اجرای رأی در دعاوی موضوع ماده ۱۴۸ قانون کار»، حقوق جانمایه بقاع اجتماع (گفتارهای حقوقی در نکوداشت استاد دکتر سیدعزت‌اله عراقی)، چاپ نخست، تهران: سمت.
- جوان جعفری، محمدرضا و دیگران (۱۳۹۲)، «بررسی حقوقی نحوه رسیدگی به ادعای سابقه بیمه شدگان و اجرای آرای هیئت‌های حل اختلاف اداره کار»، فصلنامه تأمین اجتماعی، شماره ۳۸ و ۳۹.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، «موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۵.
- رستمی، ولی و احسان اکبری (۱۳۹۹)، «جستاری در آسیب‌شناسی حقوقی نظام دادرسی کار در ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۱.
- سوادکوهی فر، سام (۱۳۸۱)، «بحثی تطبیقی پیرامون رابطه مراجع قضایی با مراجع شبه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۶۶، شماره ۴۱.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۸)، اجرای احکام مدنی، ج ۱: قواعد عمومی، چاپ سوم، تهران: دراک.
- کاظم‌پور، سیدجعفر و علی مهاجری (۱۳۹۷)، آیین دادرسی اعسار از محکوم‌به، چاپ نخست، تهران: فکرسازان.
- کاویانی، کوروش (۱۳۸۶)، «ضمانت‌اجراهای عدم پرداخت حق بیمه در سازمان تأمین اجتماعی و راهکارهای اصلاحی»، فصلنامه تأمین اجتماعی، شماره ۳۰.
- مرادی، بهزاد (۱۳۸۸)، «آیین دادرسی در مراجع حل اختلاف قانون کار و دیوان عدالت اداری»، فصلنامه کار و جامعه، شماره ۱۱۶ و ۱۱۷.
- مقدادی، محمدمهدی و نسرین نکوجوی (۱۳۹۶)، «راهکارهای مؤثر اجرای احکام مدنی در ایران و فرانسه»، فصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱۰۸.
- موحدیان، غلامرضا (۱۳۹۴)، حقوق کار (علمی و کاربردی)، چاپ هفتم، تهران: فکرسازان.
- مهاجری، علی (۱۳۹۲)، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران: فکرسازان.
- نعیمی، عمران و حمیدرضا پرتو (۱۳۹۴)، حقوق تأمین اجتماعی در قراردادهای پیمانکاری، چاپ دوم، تهران: دادگستر.

آرای قضایی

- دادنامه شماره ۹۱۰۳۳۶۹۰۱۸۰۳۳۶۹۰۹۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۹، شعبه ۱۸ بدوی دیوان عدالت اداری.

- دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۱۲۳۵، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹، شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
- دادنامه شماره ۰۰۱۳۸، مورخ ۹۱/۲/۱۶ شعبه ۱۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
- دادنامه شماره ۲۹-۳۰، مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۴۳۷-۴۳۸، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۵۰۲۲۹۸، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۸، شعبه ۱۵ بدوی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۸۰۳۶۶۳، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۹، شعبه ۱۸ بدوی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۰۰۰۴۰۵، مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۳، شعبه ۲۰ بدوی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۱۳۴۰، مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۵، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۱۴۵۹، مورخ ۱۳۹۳/۹/۱۵، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
- رأی وحدت رویه شماره ۵۶۱، مورخ ۱۳۷۰/۳/۲۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.
- رأی وحدت رویه شماره ۷۵۷، مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.
- رأی وحدت رویه شماره ۸۵۳، مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- رأی وحدت رویه شماره ۵۶۳، مورخ ۱۳۹۵/۸/۲۵ دیوان عدالت اداری.

نظریه‌های مشورتی

- نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۵۹۰، مورخ ۱۳۹۴/۳/۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.
- نظریه مشورتی شماره ۷/۸۴۲۰، مورخ ۱۳۸۰/۸/۳۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.
- نظریه مشورتی شماره ۷/۵۱۳، مورخ ۱۳۸۱/۱/۲۵ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.
- نظریه مشورتی شماره ۷/۵۴۴۳، مورخ ۱۳۸۳/۷/۲۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

انگلیسی

- “After the employment tribunal hearing”, 2020. Available at: <https://www.citizensadvice.org.uk/work/problems-at-work/employment-tribunals/after-the-employment-tribunal-hearing/>
- UK Department for business, energy & industrial strategy (2018). Guidance Employment Tribunal naming scheme guidance, First. Published 17 December 2018.
- ILO (1992) Convention no. 173; Protection of Workers' Claims (Employer's Insolvency) Convention.
- UK Employment Tribunals Act, 1996.

چالش‌های قضایی و اجرایی زندان‌زدایی در سیاست جنایی ایران^۱

اسحاق رسولی امیرحاجلو*، شهرام ابراهیمی**، فضل‌الله فروغی***

چکیده

جرم‌شناسان و کیفرشناسان، مدت‌هاست، به هر مناسبت، پیامدهای ناگوار زندان در زمینه بهداشتی، جرم‌شناختی، اخلاقی و اجتماعی را به متولیان سیاست جنایی گوشزد می‌کنند. در کشور ما نیز اگرچه، با توجه به همین هزینه‌ها و آثار نامطلوب زندان، سیاست حبس‌زدایی به‌ویژه برای جرایم سبک و بزه‌کاران فاقد سابقه کیفری، در اولویت قرار گرفته است، لیکن اجرای آن در عمل، با چالش‌های قضایی و اجرایی متعددی روبه‌روست. در این مقاله، بر اساس روش تحلیلی-توصیفی، چالش‌های قضایی و اجرایی زندان‌زدایی در پرتو آرای محاکم، بررسی شده است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد فراوانی پرونده‌های کیفری، پایداری فرهنگ حبس‌محوری در بین قضات از یک‌سو و فقدان زیرساخت‌های مناسب، ناآمادگی نهادهای پذیرنده و فرهنگ عمومی حبس‌پذیر جامعه، به ترتیب مهم‌ترین چالش‌های قضایی و اجرایی در این زمینه است. لذا، تغییر فرهنگ حبس‌گرایی قضات با استفاده از ضمانت‌اجرای متناسب، افزایش توجه مراجع عالی قضایی به لوازم اعمال این سیاست، به‌گونه‌ای که رویه آمارمحوری دستگاه قضایی، سیاست حبس‌زدایی را خنثی ننماید؛

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «سیاست حبس‌زدایی: مبانی و چالش‌ها، مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلستان» با راهنمایی آقای دکتر شهرام ابراهیمی و مشاوره آقای دکتر فضل‌الله فروغی و آقای دکتر محمدهادی صادقی در دانشگاه شیراز است.

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)
eshaghrasuli@yahoo.com

** دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
shahram.ebrahimi@gmail.com

*** دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
forughi@yahoo.com

نظارت بر عملکرد قضات از حیث پابندی به سیاست‌های کلان قضایی در زمینه کیفرهای اجتماع‌محور، نظارت واقعی و مستمر بر چگونگی تشکیل پرونده شخصیت، ارتقای سطح دانش حبس‌زدایی قضات با برگزاری دوره‌های آموزشی مستمر، ارتقاء سطح امکانات اعمال مجازات‌های غیرسالب آزادی از حیث سخت‌افزاری و نرم‌افزاری و ارتقای آگاهی نهادهای مرتبط نسبت به حقوق و تکالیف خود و اصلاح فرهنگ حبس‌گرای عامه از جمله مهم‌ترین راه کارهای برون رفت از وضعیت کنونی به شمار می‌روند.

واژگان کلیدی: سیاست جنایی، حبس‌زدایی، زندان‌زدایی، حبس، زندان

مقدمه

اصلاح، درمان، ارباب و بازدارندگی از اهداف اساسی کیفر زندان به شمار می‌رود و سزادهی اولین توجیه کیفر حبس می‌باشد؛ یعنی بزه‌کار مابه‌ازای عملی که با داشتن اراده آزاد باعث ورود ضرر شده، به کیفر محکوم می‌شود. توجیه مهم دیگر که برای کیفر ذکر شده، بازدارندگی است. بازدارندگی نیز دارای دو جنبه است، جنبه شخصی (نسبت به شخص بزه‌کار) و جنبه اجتماعی (نسبت به بزه‌کاران بالقوه). زمانی می‌توان ادعا نمود که حبس به اهداف اساسی ایجاد آن نائل شده که درصد قابل توجهی از مجرمین زندانی پس از تحمل محکومیت، با تغییر رویکرد و احترام به ارزش‌های اجتماع، درمان شده و به‌عنوان یک انسان قانونمند، به زندگی اجتماعی بازگردند و به‌صورت غیرمستقیم و از طریق ارباب و بازدارندگی، سایر اشخاص در معرض ارتکاب رفتار خلاف قانون نیز از بروز رفتارهای ناهنجار اجتناب نمایند. نظریه سزادهی «هدفی جز حفظ ارزش‌های اخلاقی برای حقوق کیفری قائل نبوده و معتقد است که حقوق کیفری باید منعکس‌کننده ارزش‌های اخلاقی باشد.^۱ کانت^۲ معتقد است که عدالت و اخلاق ایجاب می‌کند که بزه‌کار کیفر ببیند. ضرورت اعمال مجازات، به‌لحاظ تجاوز به حریم اخلاق و عدالت است، حتی اگر از اجرای آن هیچ فایده‌ای برای جامعه متصور نباشد» (داوودی، ۱۳۸۵: ۱۰۱). اما نظریه بازدارندگی جنبه پیشگیری داشته و بر آینده و شخص مرتکب و حتی جامعه توجه دارد نه جرم ارتكابی. در این نظریه، هدف و غایت نهایی کیفر، اصلاح و بازپروری مجرم است.^۳

تفکر حقوق‌دانان تا قرن ۱۹ در حوزه کیفرشناسی، متمرکز بر مجازات زندان به‌عنوان مهم‌ترین

۱. جهت مطالعه در مورد تأثیر اخلاق در نظام کیفری ایران نک: ورورایی و دیگران، ۱۳۹۳.

2. Kant

۳. برای مطالعه در مورد رویکرد مکاتب مختلف به جرم و واکنش نسبت به آن نک: پردل، ۱۴۰۰.

روش و محل اعمال مجازات بزه‌کاران بود. اما از دهه ۱۹۶۰ به بعد، مشکلات زندان از جمله کمبود فضا، هزینه‌های اقتصادی، آثار زیان‌بار اجتماعی و تناقض کیفر زندان با اصول حاکم بر مجازات‌ها نمایان گردید؛ متعاقباً تأکید بر مجازات حبس کم‌رنگ شد و مفاهیمی چون مجازات‌های اجتماعی^۱، جایگزین‌های حبس^۲ و حبس‌زدایی^۳ شتاب فزاینده‌ای گرفت.

امروزه بیشتر نظام‌های قضایی پذیرفته‌اند که استفاده از کیفر زندان اهداف کیفر را محقق نساخته؛ «زندان‌ها به جای ایفای رسالتی که به آن‌ها محول شده است، یعنی پیشگیری از تکرار جرم، خود از فراهم‌کنندگان و خادمان حقیقی بزه‌کاران مکرر محسوب می‌شوند. نه تنها از زندان‌ها نمی‌توان سازگار ساختن اجتماعی محکومان را انتظار داشت بلکه حتی رسالت خنثی کردن را که وظیفه نخستین مجازات سالب آزادی است، ایفا نمی‌کنند» (گسن، ۱۳۷۱: ۳۰۱ و ۳۰۲). بنابراین حبس در تحقق اهداف مورد انتظار، چه در جنبه سزادهی و چه در جنبه اصلاح و درمان، با شکست مواجه شده است لذا اکثر نظام‌های کیفری به سمت حبس‌زدایی در حال حرکت می‌باشند. «جنبش سیاست جنایی امروزی (مدرن) یا بهتر بگوییم جنبش دفاع اجتماعی در مسیر عادی توسعه‌اش، سعی بر آن دارد که از مجازات سالب آزادی اجتناب ورزد و یا آن را به‌طور کلی کنار گذارد» (آنسل، ۱۳۹۵: ۹۷).

آغاز مباحث زندان‌زدایی در حوزه جرم‌شناسی، به جرم‌شناسی انتقادی باز می‌گردد؛ «در اعتراض به کارنامه جرم‌شناسی بالینی، برخی جرم‌شناسان و جامعه‌شناسان انتقادی (عمدتاً در آمریکا و انگلستان) اندیشه‌ها و نظریه‌های انتقادی را نسبت به قانون‌گذاری، عدالت کیفری و قوانین کیفری مطرح نمودند که به دنبال آن، بحث‌های قضازدایی^۴، جرم‌زدایی^۵، کیفرزدایی^۶ و به‌ویژه زندان‌زدایی وارد حوزه سیاست جنایی شد» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۴).

جنبش حبس‌زدایی در پی آن است که با پیش‌بینی مجازات‌هایی غیر از زندان، اولاً تناسب و تعادل بین جرم و کیفر برقرار نماید، (فلسفه اول کیفر) ثانیاً زمینه اصلاح و بازپروری مجرم را به روش‌هایی که کمترین ضرر را برای شخص و جامعه داشته باشد فراهم کند. (فلسفه نهایی کیفر) بنابراین سیاست حبس‌زدایی به معنای «سیاست دولتی تعطیل تیمارستان‌ها، زندان‌ها و دارالتأدیب‌ها است. تدوین چنین سیاست‌هایی، ناشی از پذیرش نهاد مراقبت اجتماعی در آمریکا و انگلستان و برچیده شدن تخت‌های ویژه نگهداری بلندمدت در بیمارستان‌های روانی است» (نجفی ابرندآبادی

1. Community sentences
2. Alternatives to imprisonment
3. Decarceration
4. Diversion
5. Decriminalisation
6. Depenalization

و هاشم بیکی، ۱۳۹۷: ۱۲۴ و ۱۲۵).

در مباحث نظری، «مفهوم کیفرهای جایگزین حبس و سپس کیفرهای اجتماعی، از آغاز دهه هفتاد خورشیدی در ایران مورد توجه بعضی از استادان حقوق کیفری و جرم‌شناسی قرار گرفت و وارد ادبیات حقوقی فارسی گردید»؛ اما در حوزه قضایی «از ماه‌های پایانی سال ۱۳۷۸، بعضی از شعبه‌های ویژه اطفال دادگاه‌های عمومی، برای بعضی از اطفال بزه‌کار زیر ۱۸ سال، اقدام‌هایی از قبیل فراگیری کار با رایانه، آموزش رایانه، آموختن حرفه شرافتمندانه یا انجام خدمات در کانون، ارائه خدمات در بیمارستان‌ها، شرکت در کارآموزی خاص و...، به‌جای کیفر حبس پیش‌بینی شده، صادر کردند» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۷: ۴۳).

در حوزه تقنین، این سیاست از سال ۱۳۶۸ و به‌موجب قانون برنامه ۵ ساله اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی شروع شد و در قوانین بعدی توسعه و سیاست‌های کلی نظام، بارها بر آن تأکید گردید و نهایتاً قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ گام‌های اساسی و جدی در این زمینه برداشتند؛ اوج اقدامات مقنن نیز در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ متجلی گردیده است. همچنین بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های متعددی در قوه قضائیه در راستای تحقق این سیاست صادر گردیده از جمله سند تحول قضایی که در تاریخ ۱۳۹۹/۹/۳۰ به تصویب رئیس قوه قضائیه رسید نیز بر اجرای سیاست‌های حبس‌زدا تأکید نمود. در نتیجه سیاست مذکور با توجه به مبانی مختلفی که برای آن وجود دارد، به‌عنوان یک سیاست کلان و کلی در نظام قضایی کشورمان پذیرفته شده است؛ لیکن اعمال آن با موانع قضایی و اجرایی متعددی روبه‌رو است. رویه قضایی در بسیاری از موارد علی‌رغم وجود شرایط قانونی اعمال زندان‌زدایی، از این سیاست پیروی نکرده و مبادرت به صدور حکم حبس می‌نماید. مضافاً اینکه درخصوص برخی از نهادهای حبس‌زدا نیز مشکلات اجرایی فراوانی وجود دارد. بنابراین شایسته است نواقص موجود شناسایی و راهکارهایی برای اصلاح آن ارائه گردد. نوشتار حاضر درصدد است تا موانع قضایی و اجرایی اعمال این سیاست را در دو بخش بررسی و در هر مورد پیشنهاد‌های اصلاحی نیز ارائه نماید.

۱. چالش‌های قضایی زندان‌زدایی

علی‌رغم وجود مقررات متعدد حبس‌زدا که در قوانین ماهوی و شکلی پیش‌بینی گردیده، قضات به علل مختلف در تصمیمات خود از آن استفاده نمی‌کنند و در صورت استفاده نیز به‌صورت کاملاً

محدود نسبت به جرایم سبک اعمال می‌نمایند. چنانچه رویه قضایی^۱ با سیاست کلان زندان‌زدایی هم‌سو نباشد و به عبارتی اگر قضاات نهادهای عدالت کیفری، تمایلی به اعمال این سیاست نداشته باشند، عملاً حبس‌زدایی با شکست مواجه خواهد شد، خصوصاً اینکه در اکثریت قریب به اتفاق مقرره‌های حبس‌زدا، به مقام قضایی اختیار داده شده که در صورت وجود شرایط مربوط، از آن تأسیس خاص استفاده نماید. به عبارتی سیاست جنایی قضایی هم‌سو با سیاست جنایی تقنینی نیست. «سیاست جنایی قضایی به معنای مضیق آن، شامل سیاست جنایی ای می‌شود که در تصمیم‌ها و رویه‌های دادگاه‌های دادگستری منعکس است» (لازرژ، ۱۴۰۰: ۱۵۳). با مطالعات و بررسی‌های صورت گرفته چند علت اصلی برای عدم توجه رویه قضایی، به سیاست حبس‌زدایی قابل استخراج است که در ادامه به آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱-۱. حجم کار قضایی و انتظار از قضاات

علت اصلی عدم توجه قضاات به سیاست حبس‌زدایی را می‌توان آمار ورودی پرونده‌ها به دستگاه قضایی دانست. «ناگفته پیداست که عدالت کیفری‌ای که دچار تراکم شدید پرونده باشد، به‌طور ناقص و به‌گونه‌ای به انتظار شهروندان پاسخ می‌دهد که غالباً تصویر عدالتی دور از دسترس، کند و نیز ناسازگار با شیوه کار خود و مجازات‌های صادره ارائه می‌دهد» (لازرژ، ۱۴۰۰: ۱۷۸). در بسیاری از حوزه‌های قضایی، قضاات بیش از ۲ برابر استاندارد در حال رسیدگی به پرونده‌ها می‌باشند.^۲ حجم بسیار زیاد پرونده‌ها باعث می‌شود مقام قضایی فرصت کافی برای پرداختن به اصل تفرید مجازات‌ها نداشته باشد چراکه بررسی وضعیت و شخصیت مرتکب، اوضاع و احوالی که باعث ارتکاب بزه شده، نقش بزه‌دیده و سایر عوامل دخیل در وقوع جرم، زمان‌بر می‌باشد و در شرایطی که عملاً پرونده شخصیت برای متهمین تشکیل نمی‌شود و در موارد اجباری نیز به‌صورت کارشناسانه تهیه و تنظیم نمی‌گردد، قضاات فرصتی برای پرداختن به این امور ندارند در نتیجه به سهل‌ترین شیوه یعنی مجازات زندان متوسل می‌شوند. «وقتی هجوم پرونده‌ها و تراکم کار را در شعب دادگاه می‌بینیم، دیگر

۱. «قواعدی که از تصمیمات محاکم به دست می‌آید رویه قضایی نامیده می‌شود. تصمیم هر دادگاه به صورت رأی اعلام می‌شود، بنابراین، آرای صادره از محاکم، رویه قضایی نامیده می‌شود» (اسلامی پناه، ۱۳۹۷: ۲۴۳).
 ۲. شایان ذکر است بموجب بند ۴ دستورالعمل آزمایشی استاندارد زمان رسیدگی به پرونده‌های قضایی مصوب ۱۳۸۷/۱۰/۱ رییس قوه قضاییه، ضابطه رسیدگی در هر یک از شعب جزایی، ۱۲۰ پرونده تعیین شده است. اما به موجب ماده ۱۰ دستورالعمل ساماندهی تعیین اوقات رسیدگی به پرونده‌های قضایی در دادگستری مصوب ۱۳۹۹/۳/۲۵ رییس قوه قضاییه، برخلاف مقرره فوق، قاضی متصدی شعبه را مکلف نموده از افزایش موجودی شعبه خودداری کند.

نمی‌توانیم از قاضی انتظار داشته باشیم کار کارشناسی علمی انجام دهد» (بختیاری و دیگران، ۱۳۸۱: ۵۹). آمارهای ورودی بسیاری از شعب دادسرا و محاکم کیفری بیش از ۲۰۰ پرونده در ماه می‌باشد. (به‌عنوان مثال، بر اساس آمار ارائه شده توسط مدیریت آمار دادگستری کل استان فارس، میانگین ورودی هریک از شعب دادسرای شهرستان‌های مرودشت، سپیدان، لامرد، خنج و برخی دیگر از حوزه‌های قضایی، در آبان ماه ۱۴۰۰، بیش از ۲۰۰ پرونده بوده؛ همچنین ورودی هریک از شعب کیفری دو شهرستان‌های آباد، خنج، نی ریز، استهبان، لامرد، کوار، کوه چنار، سپیدان و تعدادی دیگر از شعب، بیش از ۲۰۰ پرونده در آبان ماه ۱۴۰۰ بوده است) چنانچه روزهای اداری ماه ۲۵ روز باشد، هر قاضی باید هر روز ۸ پرونده را به سرانجام برساند تا با آمار منفی مواجه نشود. با شرایط مذکور قضات تنها می‌توانند به اصل موضوع یعنی احراز یا عدم احراز مجرمیت متهم پردازند و پرداختن به سایر موارد و توجه به اصل فردی کردن مجازات عملاً با محدودیت شدید مواجه است، بنابراین اعمال سیاست زندان‌زدایی به‌صورت جدی با خدشه و مانع مواجه می‌گردد. به نظر می‌رسد نظام عدالت کیفری ایران جهت رفع مشکل، رویکردی مدیریت‌گرا اتخاذ نموده است^۱ چراکه «رویکرد مدیریت‌گرایی، رویکردهای کم‌هزینه و زودبازده را جایگزین رویکردهای هزینه‌بر و زمان‌بر و دیربازده می‌نماید و به همین روی، نظام عدالت کیفری، کارآیی و اثربخشی اقدامات خود را در طرح‌های ضربتی، آمار بالای پرونده‌های کیفری و سرعت در دادرسی و افزایش شمار مجرمان به دام افتاده، خلاصه می‌کند تا از طریق کمیت و آمار، عملکرد خود را مطلوب و مناسب جلوه دهد... در ایران ... پیش‌بینی و صدور تصویب‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها در دستگاه قضایی مبنی بر تعیین کف و حداقل تعداد پرونده‌های رسیدگی شده ماهانه برای شعبه‌های کیفری اعم از دادسرا و دادگاه کیفری و تعیین بهره‌وری برای قضاتی که مازاد بر این کف در ماه، پرونده‌هایی را به نتیجه و سرانجام رسانده‌اند، همه در راستای رویکرد مدیریت‌گرایی و اهمیت نگرش کمی به عوض کیفیت رسیدگی است. حاکمیت چنین گفتمانی در فرایند دادرسی کیفری، تنها عامل موفقیت خود را در داشتن درصد بالایی از بزه‌کاران می‌بیند و هدف آن، مدیریت کمی بزه‌کاران است تا از طریق سرعت بخشی به فرایند دادرسی، به این مهم دست یابد. بدین شیوه از به‌کارگیری آموزه‌های کارشناسی و علمی در دادرسی کیفری چشم‌پوشی می‌شود» (قماش و احمدی، ۱۳۹۷: ۳۰ و ۳۱).

۱. برای مثال تصویب‌نامه شماره ۱۰۷۲۱ ت ۲۶۰۸۷ ه مورخ ۱۳۸۱/۴/۴ فوق‌العاده بهره‌وری قضایی و نیز دستورالعمل پرداخت فوق‌العاده بهره‌وری قضات و اضافه کار کارمندان مصوب ۱۳۹۶/۳/۱۰ رییس قوه قضاییه توجه ویژه‌ای به آمار پرونده‌ها در پرداخت‌ها داشته است.

در حال حاضر، حداکثری برای تعداد پرونده‌هایی که به شعب ارجاع می‌گردد، وجود ندارد؛ جهت برطرف نمودن این مانع پیشنهاد می‌گردد یک استاندارد مشخصی برای رسیدگی هر یک از واحدهای قضایی تعریف شود، به گونه‌ای که قضات نه تنها مکلف نباشند بیش از آن در هر ماه اتخاذ تصمیم نهایی نمایند، بلکه مجاز به صدور آرای بیش از آن نیز نباشند. به عبارت دیگر، کمیسیونی متشکل از چند نفر از اساتید دانشگاه در رشته‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی و نیز جامعه‌شناسی، به صورت مستقل از قوه قضائیه، استانداردهایی برای رسیدگی هر یک از واحدهای قضایی تعریف نمایند و قوه قضائیه مکلف به اجرای آن باشد. در تعیین استاندارد مذکور، عواملی مانند وضعیت اجتماعی کشور، نوع پرونده‌ها، وضعیت و دانش متعارف مقامات قضایی، انتظارات از دستگاه قضایی (از جمله سیاست تکریم ارباب رجوع) مورد توجه قرار گیرد. چنانچه همه جوانب در نظر گرفته شود و ماهیانه آماری متناسب از قضات طلب گردد، بخشی از مشکلات حوزه حبس‌زدایی که متوجه قضات است مرتفع خواهد شد. فرضاً هر شعبه دادسرا و دادگاه کیفری ۲ موظف باشد حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۲۰ پرونده در ماه به سرانجام برساند. هرچند این پیشنهاد باعث طولانی‌تر شدن روند رسیدگی پرونده‌ها و به اصطلاح اطاله دادرسی خواهد شد ولی به نظر می‌رسد کمیت فدای کیفیت شود با اهداف حقوق کیفری هم‌خوانی بیشتری دارد تا اینکه کیفیت فدای کمیت گردد. ایرادی که ممکن است بر این پیشنهاد وارد شود این است که طولانی‌تر شدن پروسه رسیدگی منجر به افزایش موارد بازداشت‌های پیش از محکومیت خواهد شد اما این ایراد نیز به این شکل پاسخ داده می‌شود که اولاً «با وجود ارتباط متقابل قوی بین میزان حبس پیش از محاکمه و تورم جمعیت زندان، چنین رابطه متقابلی نمایانگر وجود یک رابطه سببیت نیست. هرگاه رویه‌های موجود درباره حبس پیش از محاکمه منجر به تبدیل وضعیت سریع‌تر زندانی تحت قرار به زندانی محکوم شده باشد، این رویه‌ها تأثیری بر تورم جمعیت زندان‌ها نخواهند داشت. تنها در صورتی می‌توان انتظار تأثیرگذاری حبس پیش از محاکمه بر میزان جمعیت زندان را داشت که تقلیل پذیرش زندانی یا تقلیل مدت حبس متهمان تحت قرار بر آن دسته از بازداشت‌شدگان پیش از محاکمه که نهایتاً مجازات حبس بر ایشان تعیین نمی‌شود اثر گذارد» (یورگ آلبرشت، ۱۳۹۵: ۹۷ و ۹۸)؛ ثانیاً با صدور قرار تأمین مناسب، امکان دسترسی به متهم فراهم می‌گردد و نیازی به بازداشت بودن متهم تا مرحله نهایی رسیدگی نمی‌باشد.

۱-۲. نگرش و فرهنگ حاکم بر قضات

بسیاری از مقامات قضایی با توجه به رویکرد سنتی، کیفر حبس را مجازات اصلی تلقی می‌کنند و به عبارتی فرهنگ حاکم بر قضات، فرهنگ حبس‌گرایی می‌باشد. «در دیدگاه حبس‌گرایی، قضات با اینکه بر مضرات حبس واقفند ولی از آنجایی که بر این باورند که حبس از یک‌سو نه تنها فاقد شدت

مجازات‌های بدنی بوده بلکه از اعمال آن‌ها جلوگیری خواهد کرد و از سوی دیگر به علت سلب و محروم‌سازی فرد از آزادیش می‌تواند بهترین بازدارنده افراد از ارتکاب جرم و تشفی خاطر بزه‌دیدگان جرم و مردم جامعه باشد چراکه در مدتی هرچند کم آن‌ها و جامعه را از خطر حضور فرد حفظ کرده، آن را بر مجازات‌های جدید برتری می‌دهند» (اسدی، ۱۳۹۶: ۵۱).

برای موفقیت سیاست حبس‌زدایی، لازم است سیاست جنایی قضایی با سیاست جنایی تقنینی، هم‌سو و هماهنگ گردد، به عبارت دیگر «برای اجرای موفق یک سیاست در یک نهاد یا سازمان، همراهی و هم‌سویی عناصر فعال (کنشگران) آن نقشی کلیدی را ایفا می‌کند؛ زیرا آنان مجریان واقعی و اصلی اجزای آن سیاست هستند. اجرای کامل و درست سیاست سازمانی به عوامل مختلفی از جمله توجیه فعالان و آشنایی علمی و عملی آنان به راهبردها، اقدامات و چشم‌انداز مورد نظر بستگی دارد» (صادقی، ۱۳۹۸: ۱۲).

در مورد جایگزین‌های حبس که بدو تحت عنوان لایحه قانون مجازات‌های اجتماعی مطرح بود «بر پایه برآورد کمیته تنظیم و تدوین این لایحه، حدود ۴۶ درصد از جرم‌هایی که در قانون برای آن‌ها کیفر زندان پیش‌بینی شده است، مشمول این لایحه قرار می‌گیرند» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۶: ۱۲۱). اما در پرونده‌های قضایی، «بر اساس برخی تحقیقات صورت گرفته حدود ۱۵ درصد از کل پرونده‌های مطروحه قابلیت دریافت یکی از عنوان‌های جایگزین (اعم سنتی و نوین) را دارند، در صورتی که بر اساس آمار موجود تنها یک درصد از تمام پرونده‌های موجود با چنین احکامی مواجه می‌شوند» (خاکسار و غلامی، ۱۳۹۷: ۱۴۰ و ۱۴۱).

یکی از راهکارهای تغییر دیدگاه قضات، استفاده از تشویق و تنبیه است. ماده ۲۶ دستورالعمل سازماندهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها مصوب ۱۳۹۸ رئیس قوه قضائیه، به این موضوع پرداخته است. چنانچه تشویق و تنبیه ضابطه‌مند باشد، قطعاً در تحقق سیاست حبس‌زدایی اثربخش خواهد بود. شایان ذکر است که قضات مکلفند طبق ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اصل فردی کردن مجازات‌ها را رعایت نمایند؛ بنابراین توسل بی‌رویه یک مقام قضایی به حبس محکومان و بازداشت متهمین، به معنای عدم رعایت این اصل خواهد بود، نتیجتاً تنبیه این قاضی را نمی‌توان در تعارض با استقلال قضایی دانست.

همچنین مراجع عالی قضایی در موفقیت جنبش حبس‌زدایی، نقشی اساسی دارند، به عنوان مثال بند پ ماده ۷ دستورالعمل فوق، محاکم تجدیدنظر را مکلف به اعمال سیاست حبس‌زدایی نموده است. دیوان عالی کشور نیز بر اساس تکلیف مقرر در اصل ۱۶۱ قانون اساسی می‌تواند نقش نظارتی مؤثری در پیشبرد حبس‌زدایی ایفا نماید. نقش قاضی اجرای احکام کیفری نیز در اعمال سیاست

حبس‌زدایی چشمگیر است چراکه در مقررات مختلف، وظایف و اختیارات متعددی برای وی در راستای احراز شرایط زندان‌زدایی و پیشنهاد به محکمه، پیش‌بینی گردیده است.^۱ هرچند «دادرس اجرای مجازات‌ها در مقررات فعلی ایران کارشناس مجازات‌ها است که در معیت دادرس دادگاه انجام وظیفه می‌کند و با پیشنهادهایی که به وی ارائه می‌کند در مقام اخذ تأییدیه از او است و خود استقلال رأی ندارد» (صادقی، ۱۳۹۸: ۳۲)؛ اما در صورت انجام دقیق وظایف و تکالیف مقرر در قانون و استفاده از اختیارات اعطایی، قطعاً نقش مهمی در تحقق زندان‌زدایی و تحدید کیفر حبس ایفا خواهد نمود. دادستان کل و دادرها نیز به‌موجب ماده ۲۷ دستورالعمل ۱۳۹۸ در اعمال سیاست مذکور نقش دارند. ماده ۲ آیین‌نامه نحوه اجرای قرار تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، قرار تعویق صدور حکم، نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی و جایگزین‌های حبس ابلاغی ۱۳۹۸ رئیس قوه قضائیه نیز برخی دیگر از سمت‌های قضایی از جمله رئیس کل دادگستری استان و رئیس سازمان قضایی نیروهای مسلح را مکلف نموده بستر لازم برای استفاده از تأسیسات حقوقی را فراهم نمایند.

چنانچه فرهنگ زندان‌زدایی در بین مقامات قضایی ایجاد نشود و قضات دادرها، دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر، دادرسان اجرای احکام و دیوان عالی کشور به وظایف و اختیارات خود در راستای اعمال سیاست حبس‌زدایی، اهتمام کافی نداشته باشند، عملاً این سیاست به شکست خواهد انجامید. در شکل‌گیری فرهنگ حبس‌گرا در بین قضات، دیدگاه جامعه نیز تأثیر بسزایی دارد. در مباحث بعدی به تأثیر فرهنگ عمومی جامعه در شکل‌گیری فرهنگ حبس‌گرایی قضات پرداخته خواهد شد.

مشکل دیگر اینکه قضات استفاده‌کننده از تأسیسات حبس زدا ممکن است در مظان اتهام اخذ رشوه قرار بنابرین فرهنگ سازی بین عموم مردم و توجیه مسئولین مربوطه، پیش نیاز اصلاح فرهنگ

۱. از جمله این وظایف و اختیارات به موجب قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری، عبارتند از: تقاضای تعلیق مجازات، تقاضای آزادی مشروط، پیشنهاد اجرای نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه الکترونیکی. همچنین ماده ۱۰ آیین‌نامه نحوه اجرای قرار تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، قرار تعویق صدور حکم، نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی و جایگزین‌های حبس، مصوب ۱۳۹۸ رئیس قوه قضائیه، آیین‌نامه اجرایی شیوه استقرار و اجرای وظایف معاونت اجرای احکام کیفری یا واحدی از آن در زندان‌ها و مؤسسات کیفری، ماده ۱۷ دستورالعمل ساماندهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها مصوب ۱۳۹۸ رئیس قوه قضائیه و مواد ۸ و ۴۱ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۴۰۰/۲/۲۰ رئیس قوه قضائیه نیز در راستای وظایف و اختیارات قاضی اجرای احکام می‌باشد.

و دیدگاه قضات می‌باشد.

در این زمینه سند تحول یکی از راهبردهای اصلاح مجرمان را ترغیب قضات به صدور تصمیمات قضایی مؤثر بر اصلاح مجرمان دانسته و در راستای اصلاح فرهنگ قضایی، یکی از شاخص‌های ارزیابی عملکرد قضات را توجه به رویکرد حبس‌زدایی اعلام داشته است.^۱ با توجه به آنچه بیان شد، به بررسی چند رأی صادره از محاکم کیفری می‌پردازیم تا موضوع روشن‌تر گردد.

در سال ۱۳۹۴ حکمی از محاکم کیفری در مورد سرقت ۸ عدد نارنج صادر شد و منجر به اظهار دیدگاه‌های مختلفی گردید و بسیاری آن را غیرعادلانه و نامتناسب دانستند؛ به موجب دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۱۵۱۱۴۰۰۴۸۶ صادره از شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان ساری، در مورد متهمی که متاهل، باسواد و بازنشسته بود، به دلیل سرقت ۸ عدد نارنج، دادگاه حکم بر محکومیت متهم به تحمل یک سال حبس صادر نمود؛ به دلیل متاهل و باسواد بودن متهم و ناچیز بودن اقلام سرقت شده، این حکم مورد اعتراض افکار عمومی و حقوق‌دانان قرار گرفت. اکنون با گذشت ۶ سال و پس از تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و تکلیف قضات به توجه به حبس بیش از حداقل، کماکان آرای مشابه رأی فوق و با استدلال کلی مشاهده می‌گردد؛ از جمله در پرونده معروف به سرقت بادام هندی که در فضای مجازی و جامعه به رأی جنجالی مشهور گردید و بسیاری از مردم و حقوق‌دانان آن را غیرعادلانه دانستند، دادگاه با استناد به ماده ۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ناظر بر ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی به لحاظ تأثیر تعزیر بر متهم و جهت اصلاح و تنبیه متهم، وی را به دلیل سرقت سه بسته بادام هندی، به تحمل ۱۰ ماه حبس تعزیری محکوم نموده است. با ملاحظه مفاد دادنامه، به مواد قانونی مربوط به تکرار استناد نگردیده است و حتی اثری از سابقه کیفری متهم (صرف نظر از اینکه مشمول تکرار باشد یا خیر) ملاحظه نمی‌شود.

همچنین در حوزه جرایم مرتبط با مواد مخدر، در اکثر موارد، اشد مجازات با رعایت تناسب بین میزان مواد مخدر، مورد حکم قرار می‌گیرد؛ حتی برخی از محاکم علی‌رغم تصریح قانون، تناسب بین میزان مواد مخدر و میزان مجازات را در نظر نمی‌گیرند و در هر صورت حداکثر مجازات مقرر در هریک از بندهای مواد قانونی مربوطه را مورد حکم قرار می‌دهند. در راستای اثبات این فرهنگ قضایی، به صورت تصادفی ۲۷ رأی از آرای مرتبط با جرایم مواد مخدر، صادره از دادگاه انقلاب شهرستان داراب انتخاب گردید و مورد بررسی قرار گرفت. در ۲۲ مورد از پرونده‌های مذکور از هیچ

۱. راهبرد ۲: راهکارها: ۱- افزودن شاخص‌های نشانگر اصلاح مجرمان توأم با رویکردهای حبس‌زدایی به عنوان یکی از شاخص‌های ارزیابی عملکرد قضات در سامانه جامع عملکرد قضات.

تأسیس ارفاقی استفاده نگردیده و متناسب با میزان مواد مخدر، حکم به محکومیت متهم به مجازات از جمله حبس قانونی صادر گردیده است و تنها در پنج مورد از تعلیق اجرای مجازات^۱ استفاده شده است. در پنج مورد مذکور نیز سه مورد به دلیل معیل بودن، از تعلیق مجازات برخوردار شده‌اند؛ مواردی که شاید در صورت اعزام به حبس دچار مشکلات جسمی و بهداشتی در آن مکان می‌گردیدند. این پرونده‌ها فرهنگ حبس‌گرای حاکم بر رویه قضایی را به صورت واضح به نمایش می‌گذارد.

۳-۱. انتخاب نامتناسب نهاد حبس‌زدا

سومین چالش و مانع را می‌توان انتخاب نامتناسب نهاد حبس‌زدا معرفی کرد. شایسته است در راستای انتخاب بهترین شیوه حبس‌زدایی، برای بزهکار پرونده شخصیت به نحو صحیح و قانونی تشکیل و در صدور حکم، با توجه به وضعیت و شخصیت مرتکب و اوضاع و احوالی که منجر به بزهکاری شده، بهترین و کارآمدترین شیوه حبس‌زدایی مورد انتخاب قرار گیرد. «در کشورهای پیشرفته بیش از نیم قرن است که برای شناخت دلایل ارتکاب جرم، پرونده شخصیتی برای مرتکب آن تشکیل می‌شود. قاضی دادگاه نیز با مطالعه پرونده مزبور و ملاحظه پرونده کنونی، رأی مناسبی جهت اصلاح و تربیت مجرم صادر می‌نماید. طبعاً یک چنین حکمی با عدالت و انصاف سازگار بوده و در بازسازی شخصیت مجرمین کاملاً مؤثر واقع می‌شود. متأسفانه هنوز در بسیاری از کشورهای سنتی و در حال پیشرفت، به این مسئله مهم یعنی شناخت شخصیت مجرم هیچ گونه توجهی مبذول نمی‌گردد. بدین جهت آرای کیفری صادره در این کشورها تأثیر مثبتی در اصلاح مجرمین و تقلیل جرایم نخواهد داشت» (صلاحی، ۱۳۹۲: ۸۵).^۲ در حال حاضر، بنا به گفته قضات محاکم کیفری حتی در موارد اجباری بودن تشکیل پرونده شخصیت نیز هیچ تحقیقی توسط مددکار اجتماعی در رابطه با شخصیت مرتکب، وضعیت خانوادگی و اجتماعی وی و سایر عوامل مرتبط در ارتکاب جرم انجام نمی‌شود و صرفاً یک فرم با استفاده از اطلاعاتی که در پرونده درج شده و یا از خود متهم سؤال می‌گردد، به صورت صوری تنظیم و در پرونده قضایی ثبت و ضبط می‌شود.^۳ «تشکیل پرونده شخصیت بزهکار، یعنی در گذشتن از جنبه‌های صرف حقوقی بزه برای لحاظ

1. Suspended Sentence

۲. برای مطالعه راجع به نحوه تشکیل پرونده شخصیت و تأثیر آن در فرایند دادرسی و اجرای حکم نک: طالع زاری و ایزد، ۱۳۹۶.

۳. این در حالیست که مواد ۲۰۳ و ۲۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری موارد الزامی بودن تشکیل پرونده شخصیت را تعیین نموده، همچنین دستورالعمل تشکیل پرونده شخصیت متهم در تاریخ ۱۳۹۸/۶/۲۴ به تصویب رئیس قوه قضاییه رسیده است.

جنبه‌های انسانی جرم با مطالعه گذشته خانوادگی، تحصیلی، حرفه‌ای، روانی، جسمانی مرتکب آن، انگیزه ارتکاب جرم، رابطه بزه‌کار با بزه‌دیده، شرکا یا معاونان احتمالی، اقدام‌های مجرم پس از ارتکاب جرم نسبت به بزه‌دیده، حالت عمومی بزه‌کار پس از وقوع جرم. بدین‌سان، اگر در پرونده کیفری، عمده توجه عدالت کیفری به مجرمیت (یعنی احراز میزان بزه‌کار بودن) و تقصیر اخلاقی مجرم معطوف است، در پرونده شخصیت، شاخص‌های آسیبی روانی، زیستی و اجتماعی او قبل، در آستانه و پس از ارتکاب جرم، یعنی در واقع حالت خطرناک بزه‌کار مورد توجه واقع می‌شود. حالت خطرناک بزه‌کار با فنون و روش‌های مختلف مانند برق نگاری مغزی (الکتروانسفالوگرافی)^۱، تست‌های (آزمون‌های) فرافکنی، پیمایش‌های خانوادگی، تحصیلی، فرهنگی و اجتماعی و... برآورد می‌شود و خصوصیات موردی آن در قالب نظریات مشورتی متخصصان بالینی خطاب به: ۱. قضات دادگاه به منظور فردی کردن قضایی کیفر یا اقدام تأمینی، ۲. زندانبان - در صورتی که واکنش از نوع سالب آزادی باشد - جهت فردی کردن اجرایی کیفر سالب آزادی، در پرونده شخصیت مرتکب جرم گردآوری و ثبت می‌گردد» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۷: ۱۰-۸).

جهت انتخاب مناسب‌ترین شیوه، لازم است مقام قضایی علاوه بر برخورداری از علم و دانش کافی و اطلاع از سیاست‌های کلان نظام قضایی کشور^۲، از اوضاع و احوال و شرایط اجتماع و شهری که در آن قضاوت می‌نماید نیز آگاهی کافی داشته باشد، سپس با در نظر گرفتن اصل تفرد، بهترین عکس‌العمل به جرم ارتكابی را انتخاب و اعمال نماید. ممکن است در یک پرونده، متهم شرایط برخورداری از تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات و یا اعمال جایگزین‌های حبس را داشته باشد، اینجاست که نقش قاضی پررنگ می‌گردد. با توجه به اختیاری بودن اعمال نهادهای حبس‌زدا، قاضی می‌تواند به مجازات قانونی حکم دهد یا اینکه با به‌کارگیری علم و دانش و اشرافیت بر سیاست کلان و شرایط جامعه، بهترین تصمیم در راستای تحدید کیفر حبس را اتخاذ نماید. مطلب دیگری که در این مورد مطرح می‌گردد، مسئله موجه بودن رأی است. مطابق ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری رأی دادگاه باید مستدل، مستند و موجه باشد. «استدلال و استناد در رأی ناظر به عادلانه و قانونی بودن آن و توجیه رأی ناظر به منصفانه بودن حکم رأی است» (صادقی، ۱۳۹۸: ۲۱). بنابراین انتخاب کیفر متناسب می‌تواند جلوه‌ای از موجه بودن رأی باشد و این تکلیفی است که بر عهده محاکم قرار داده شده است.

1. Electroencephalography

۲. برای مطالعه در مورد شیوه‌های ارتقاء دانش قضایی نک: سرگلزایی شریفی، ۱۳۷۹.

در مورد انتخاب نامتناسب نهاد حبس‌زدا یا انتخاب ناموجه آن و توجه بیشتر بر تعلیق اجرای مجازات نیز آرای از محاکم کیفری مشاهده می‌شود. در پرونده کلاسه ۹۸۰۰۵۱ شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو داراب، شخصی متهم به سرقت تعزیری بوده و دادگاه ضمن صدور حکم محکومیت، قرار تعلیق مراقبتی یک سال از ایام حبس را برای مدت دو سال صادر و مقرر می‌دارد که مرتکب جرم می‌بایست ظرف شش ماه از تاریخ قطعیت حکم و ابلاغ رأی، نسبت به یادگیری حرفه برق‌کشی ساختمان اقدام کند. در رأی مذکور مشخص نگردیده دادگاه بر چه اساسی مرتکب را به یادگیری حرفه برق‌کشی مکلف نموده است و آیا اساساً بزه‌کار استعداد یادگیری این حرفه را دارد یا خیر. موجه بودن رأی ایجاب می‌کند که دلیل انتخاب این حرفه در رأی قید گردد. در پرونده کلاسه ۹۹۰۰۲۵۷ شعبه ۱۰۳ کیفری دو داراب نیز متهم به دلیل کلاهبرداری به یک سال حبس محکوم می‌گردد و نهایتاً قرار تعلیق مراقبتی کل مجازات برای دو سال صادر شده است. در پرونده کلاسه ۹۹۰۰۱۸۱ شعبه ۱۰۳ دادگاه کیفری ۲ شخصی متهم به نشر اکاذیب به رایانه‌ای و افتراء بوده، دادگاه وی را به تحمل ۹۱ روز حبس تعزیری محکوم می‌نماید و النهایه قرار تعلیق مراقبتی کل مجازات مورد حکم را برای مدت یک سال صادر می‌نماید. در پرونده کلاسه ۰۰۰۰۱۹۹ و ۰۰۰۰۲۰۰ شعبه ۱۰۱ کیفری دو داراب، متهمین به اتهام غیبت از خدمت نظام وظیفه عمومی به شش ماه حبس محکوم شده‌اند و در هر ۲ پرونده متهمین از نهاد تعلیق اجرای مجازات بهره‌مند شده‌اند. در چهار فقره پرونده دیگر به کلاسه‌های ۰۰۰۰۱۹۱، ۰۰۰۰۱۹۴، شعبه ۱۰۲ و ۰۰۰۰۱۸۱ و ۰۰۰۰۱۸۹ شعبه ۱۰۳، متهمین به دلیل تغییر در ارقام پلاک خودرو، محکوم و در هر ۴ پرونده، قرار تعلیق اجرای کل مجازات صادر شده است. دادنامه‌های متعدد دیگری نیز بررسی گردیده و ملاحظه می‌شود در اکثریت آن‌ها تنها از تعلیق مجازات استفاده شده و به سایر نهادهای حبس‌زدا توجهی نگردیده است. از مجموع آرای بررسی شده تنها یک مورد از جایگزین حبس استفاده گردیده که آن هم مطابق ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی به دلیل نوجوان بودن متهمین، دادگاه مکلف بوده مطابق بند (ت) ماده مذکور از جایگزین‌های حبس استفاده نمایند.^۱

جهت رفع این چالش، پیشنهاد می‌گردد تشکیل پرونده شخصیت در تمامی جرایم اجباری شود و با تخصیص مددکار متخصص و به تعداد لازم، در هر مورد تمامی شاخص‌های مرتبط با تعیین

۱. به‌رغم پیش‌بینی نهادهای حبس‌زدا توسط مقنن در مورد اطفال و نوجوانان، تحقیقات حاکی از وجود رویکردهای مختلف در اعمال واکنش نسبت به این گروه می‌باشد. جهت مطالعه در این مورد نک: ناظرزاده کرمانی و امامی غفاری، ۱۳۹۳.

کیفر مناسب بررسی و حتی نهادهای حبس‌زدای مناسب با شخصیت مرتکب، شناسایی و در پرونده مذکور درج شود و کارشناسان امر با شناسایی استعداد های بزه‌کار و نهادهای آماده همکاری به عنوان نهاد پذیرنده، نقش اساسی در رعایت اصل فردی کردن مجازات اعمال نمایند. وجود چنین پرونده‌ای زمانی که توسط کارشناسان متخصص و متعهد تنظیم شود، باعث تحقق هر چه بیشتر سیاست حبس‌زدایی خواهد گردید. قاضی در چنین شرایطی ضمن بررسی ادله و اصل وقوع یا عدم وقوع جرم، با مطالعه پرونده شخصیت به راحتی می‌تواند واکنش مناسب با شخصیت مرتکب در عین رعایت اصل تحدید کیفر حبس انتخاب و اعمال نماید.

پیشنهاد دیگر این است که برای قضات محاکم کیفری و دادسرا به صورت دوره‌ای و منظم، کلاس‌های آموزشی و توجیهی برگزار شود و در کلاس‌های مذکور آخرین سیاست‌های کلان در مورد کیفر، خصوصاً کیفر حبس، تبیین، ابهامات قوانین برای ایشان برطرف و سعی شود دانش قضایی ایشان ارتقا یابد. چراکه علت عدم استفاده از نهادهای حبس‌زدا در برخی موارد، عدم اطلاع مقامات قضایی از موازین قانونی و کافی نبودن دانش قضایی می‌باشد. از طرفی بسیاری از قضات دارای مدرک کارشناسی ارشد یا دکتری می‌باشند، شایسته است در انتخاب قضات کیفری به رشته تحصیلی مقطع تحصیلات تکمیلی قضات توجه ویژه‌ای شود؛ بدیهی است شخصی که در رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی دارای مدرک کارشناسی ارشد یا دکتری می‌باشد، متکی بر آموزه‌های وی در دانشگاه، دیدگاه وی نیز نسبت به مفاهیم بزه، بزه‌کار و کیفر تغییر می‌کند؛ نتیجتاً از نظر علمی و بینش نسبت به دیگران متفاوت خواهد بود و می‌تواند رویه‌ساز باشد و نه رویه‌پذیر.^۱ شایان ذکر است مأموریت ششم مقرر در سند تحول، اصلاح مجرمان تعیین شده و اولین چالش پیش رو صدور برخی تصمیمات قضایی غیرمؤثر بر اصلاح مجرمان بیان گردیده است و یکی از راهکارهای اصلاحی در این زمینه تکمیل پرونده شخصیت متهمان دانسته شده است. راهکار دیگری که در این خصوص بیان گردیده، استفاده اثربخش از نهادهای ارفاقی است.

۲. چالش‌های اجرایی زندان‌زدایی

اگر زیرساخت‌های فنی و اجرایی اعمال برخی از نهادهای پیش‌بینی شده، وجود نداشته باشد،

۱. در این خصوص آیین‌نامه شیوه تشکیل شعب تخصصی مراجع قضایی در مورخ ۱۳۹۸/۲/۲۸ به تصویب رییس قوه قضاییه رسید. مواد ۵ و ۶ مقرر داشته: «قضات شعب تخصصی باید ... ترجیحاً دارای مدرک تحصیلی کارشناسی ارشد یا دکترای حقوق یا معادل حوزوی آن در رشته مربوط باشند و آموزش تخصصی لازم را سپری نموده باشند»؛ با این حال، در بسیاری از حوزه‌های قضایی شعب تخصصی تشکیل نگردیده است.

عملاً آن نهاد متروک می‌گردد و جز در قوانین، اثری از آن دیده نخواهد شد. جهت اجرای نهادهای مرتبط با سیاست حبس‌زدا نیاز به امکانات و فناوری‌های نوین، زیرساخت‌های مناسب، نیروی انسانی، آمادگی مؤسسات و ادارات مربوطه جهت همکاری و فرهنگ‌سازی می‌باشد. آیا در حال حاضر جهت اجرای تعویق مراقبتی، تعلیق مراقبتی (دوره مراقبت)^۱، حبس خانگی^۲، نظارت الکترونیکی^۳، خدمات عمومی رایگان^۴، شرایط و امکانات فراهم است؟ «اصلاح قوانین و مقررات به‌طور کلی، به‌ویژه وقتی با نگاهی کارشناسانه انجام شده باشد، تحول‌آور است، لیکن آنچه فصل جدیدی را در هر رشته حقوق نوید می‌دهد، اعتقاد عملی و عزم راسخ و نیز آموزش نیروی انسانی و فراهم کردن امکانات اجرای واقعی قوانین و مقررات کارشناسی شده است. در این صورت است که می‌توان از تحول عملی نیز سخن به میان آورد» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۷: ۱۶). در ادامه به مهم‌ترین چالش‌های اجرایی می‌پردازیم.

۲-۱. فقدان زیر ساخت مناسب

اولین و اساسی‌ترین مانع اجرایی اعمال سیاست حبس‌زدایی، نبود زیرساخت مناسب می‌باشد. به‌عنوان مثال سامانه‌های نظارت الکترونیک به انواع منفعل و فعال قابل تقسیم‌بندی می‌باشند. نوع منفعل خود دارای انواعی است از جمله سامانه تماس برنامه‌ای، سامانه گزارش‌گیری خودکار و سامانه سنجش الکل خون. در سامانه‌های منفعل «مچ‌بند الکترونیکی علامتی را به یک شماره‌گیر متصل و به تلفن منزل بزهکار می‌فرستند که به محض خروج بزهکار از محدوده مقرر، علامت قطع شده و شماره‌گیری به‌طور خودکار با مرکز مراقبت برقرار می‌گردد. این سامانه... بیشتر برای محکومین به حبس خانگی مورد استفاده قرار می‌گیرند. در این سامانه برای کنترل حرکات و اطاعت‌پذیری افراد از نظر زمانی و مکانی، فردی که مچ‌بندی به دست او بسته شده باید به‌طور متناوب با تلفن تماس برقرار کند یا درخصوص یک موضوع با افسر ناظر صحبت کند و یا فرستنده‌ای را برای تشخیص حضور خود در منزل نصب کند تا اطمینان حاصل شود که در مکان مقرر حضور دارد. در این سامانه هویت افراد ممکن است از طریق دادن رمز عبور به وسیله‌ای که به مجرم متصل شده یا به وسیله ابزار زیست‌سنجی و دادن اثر انگشت تأیید شود» (خضریان، ۱۳۹۴: ۴۵ و ۴۶). اما سامانه‌های نظارت الکترونیکی فعال شامل سامانه سیگنال مداوم، سامانه کنترل گروهی، سامانه کنترل صحنه‌ای، سامانه توجه و هشدار به قربانیان، سامانه ردیابی موقعیت و سامانه هیبرید می‌باشد. «در سامانه فعال،

1. Probation
2. house arrest
3. Electronic Supervision
4. Community service orders

دستگاهی که سیگنال مداوم به مرکز کنترل ارسال می‌کند به مجرم متصل می‌شود و در صورت خروج مجرم از محدوده تعیین شده، هشدار را به مرکز می‌فرستد. نظارت فعال یک واحد قابل برنامه‌ریزی برای اعضای یک منطقه است که در آن محدوده به عنوان اماکن ممنوعه تعیین می‌شود و این بدین معناست که مجرمین در زمان‌های معینی حق خارج شدن از آن محدوده را ندارند، در سامانه نظارت فعال علاوه بر فرستنده که به مجرم وصل می‌شود، ابزاری همراه مجرم حمل می‌شود که کاربردش محافظت از فرستنده می‌باشد. اگر مجرم مسافت زیادی از خانه دور شود یا آن ابزار را از خود جدا کند، هشدار به مرکز فرستاده می‌شود. همچنین برای امنیت بیشتر، دستگاه‌هایی در کنار دستگاه اصلی سامانه‌های نظارت در منزل مجرم نصب می‌شود یا در بعضی موارد مأمور اصلاح و درمان یا افسر ناظر برای اطمینان از حضور مجرم به اقامتگاه سر می‌زند» (خضریان، ۱۳۹۴: ۴۵ و ۴۶ به نقل از: محمد نسل، ۱۳۸۴: ۲۴).

مشکلات زیادی در اجرای نهاد نظارت الکترونیکی وجود دارد که بارزترین آن‌ها عبارتند از:

۱. ممکن است در طول اجرای این نهاد، مشکلات فنی باعث قطع ارتباط محکوم با مرکز مربوطه شود. قطع شدن سیستم و مشکلات فنی در تمامی اموری که در کشور ایران به صورت سیستمی انجام می‌شود، امری معمول است که بسیار اتفاق می‌افتد. در جهت رفع این مانع، باید نسبت به ارتقای نرم‌افزاری سیستم‌های مربوط اقدام شود. ۲. مسئله دیگر اینکه ممکن است مجرم در محدوده مشخص شده حضور داشته باشد لیکن در همان محدوده به ارتکاب جرایم به خصوص اقدام کند، فرضاً با استفاده از رایانه اقدام به ارتکاب جرایم مرتبط با رایانه نماید. بنابراین از حیث بازدارندگی، باید به پیشگیری فنی توجه داشت و دانش کنشگران دخیل در موضوع را متناسب با علم روز، ارتقا داد. ۳. نیروی انسانی به تعداد کافی و متخصص و نیز دارای وجدان کاری نیز از ضروریات اعمال این تأسیس حبس‌زدا می‌باشد. شخصی که تخلفات محکوم را رصد و نسبت به وظیفه قانونی خود اقدام لازم را به عمل آورد و مبادرت به تبانی با بزه‌کار ننماید. ۴. تهیه دستگاه‌های مربوطه که عمدتاً باید از کشورهای دیگر خریداری گردد نیز علاوه بر اینکه هزینه زیادی بر دوش دولت قرار می‌دهد؛ با مشکل تحریم و بلوکه شدن منابع ارزی روبه‌روست؛ در این راستا می‌توان با استفاده از مهندسی معکوس و بومی‌سازی دستگاه‌ها و تجهیزات لازم و استفاده از ظرفیت داخلی و نیز استخدام نیروی انسانی متخصص و متعهد، تا حد زیادی موانع مذکور را رفع نمود. ۵. چالش دیگری که وجود دارد

۱. با پیشرفت علم و تکنولوژی، جرایم نیز فنی و پیچیده شده و پیشگیری از جرم نیز بایستی به سمت فنی شدن حرکت نماید. برای مطالعه در این خصوص نک: خانعلی پور، ۱۳۹۰.

و از اهمیت اساسی برخوردار است، نقض حریم خصوصی محکوم و در مواردی اطرافیان وی می‌باشد. اعمال نظارت‌ها در اکثر موارد باعث ورود به حریم خصوصی اشخاص می‌گردد.^۱ در این مورد نیز نحوه به‌کارگیری دستگاه‌های کنترل و نیز نظارت‌های فیزیکی، باید به‌نحوی باشد که حریم خصوصی نقض نگردد.

ایجاد زیرساخت مناسب جهت اعمال نهادهای حبس‌زدا در سند تحول نیز مورد توجه قرار گرفته (مأموریت ۶) و امید است در عمل نیز با سرعت بیشتری امکانات لازم در این زمینه فراهم و بستر اجرای سیاست حبس‌زدایی بیش از پیش فراهم گردد.

۲-۲. موانع مربوط به نهادهای مرتبط

دومین مانع اجرایی، مربوط به نهادهای مرتبط با اعمال و اجرای سیاست حبس‌زدایی می‌باشد. یکی از جلوه‌های این مانع، عدم اطلاع نهادهای مرتبط، از مقررات و نحوه اجرای حکم می‌باشد. ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۷۹ قانون مجازات اسلامی نهادهای پذیرنده را مکلف به اعلام ظرفیت نموده است. یکی از مقامات قضایی در این خصوص بیان داشته: «ما در استان اعلام کردیم که ظرفیت خدمات را اعلام کنید. آن‌ها به ما نوشتند که این قانون را برای ما بفرستید ما ببینیم چه هست» (محمدکوره‌پز، ۱۴۰۰: ۱۱۰). عدم آگاهی نهادها باعث بی‌اعتمادی آنان نیز می‌گردد، یکی دیگر از مقامات قضایی بیان داشته: «نهادهای پذیرنده بی‌اعتماد هستند. خیلی‌ها می‌ترسند محکوم بعداً بیاید بیمه و پاداش بخواند» (محمدکوره‌پز، ۱۴۰۰: ۱۱۱)؛ این در حالی است که اجرای مجازات در دستگاه‌ها و نهادها، محکوم را مشمول مزایای قانون کار قرار نمی‌دهد. لازم است در راستای رفع این مانع، نسبت به آموزش کافی به تمامی مراجع مرتبط با اجرای سیاست حبس‌زدایی اقدام گردد و آگاهی لازم راجع به نحوه اجرای مجازات و حقوق و تکالیف بزهکار حاصل از اجرای کیفر، داده شود. البته مسئله دیگری که مطرح می‌شود این است که «فردی که محکوم به خدمت عمومی رایگان شده و در نهاد پذیرنده مشغول به کار می‌شود، مانند سایر کارکنان و کارمندان، در معرض آسیب‌های احتمالی ناشی از کار قرار داشته و ممکن است دچار سانحه و آسیب گردد» (مؤذن زادگان و متین پارسا، ۱۴۰۰: ۳۶۵). بنابراین مشکلات ناشی از آسیب احتمالی بزهکار در هنگام اجرای کیفر، منجر به مقاومت بیشتر نهاد پذیرنده خواهد شد.

یکی دیگر از جلوه‌های این مانع، مقاومت نهادهای پذیرنده است. فرضاً یک بزهکار مکلف

۱. برای مطالعه درمورد جایگاه حریم خصوصی در نظام کیفری ایران و اسناد فراملی و دین اسلام نک: نوریان و محمدی، ۱۳۹۶؛ همچنین: آقابابایی، ۱۳۹۶.

می‌شود در نهادی مثل شهرداری به خدمات عام‌المنفعه بپردازد. آیا شهرداری به راحتی با این بزهکار همکاری می‌کند؟ عدم اعتماد به شخص مجرم و ترس از ایجاد نارضایتی ارباب رجوع، در شرایطی که نرخ بیکاری در کشور بالاست و دولت نمی‌تواند برای افراد دارای تحصیلات عالی و فاقد هرگونه سابقه کیفری نیز شغل مهیا نماید، مانع از همکاری بسیاری از نهادهای پذیرنده می‌گردد. بنابراین وجود سازوکارهایی برای اعمال نظارت به محکومان توسط مددکاران، می‌تواند اعتماد دستگاه‌های پذیرنده را جلب نماید.^۱

جلوه دیگر این مانع، مربوط به شوراهای و نهادهای مرتبط با زندان است. شورای طبقه‌بندی زندانیان که مطابق ماده ۱۳ دستورالعمل مصوب ۱۳۹۸ به ریاست قاضی اجرای احکام کیفری تشکیل جلسه می‌دهد، در مورد نهادهای حبس‌زدا تصمیم لازم را اتخاذ می‌نماید. بر اساس ماده ۲۴ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۴۰۰/۲/۲۰ رئیس قوه قضائیه نیز شورای طبقه‌بندی دارای وظایفی در راستای اعمال سیاست حبس‌زدایی می‌باشد. همچنین ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری در مورد پیشنهاد اجرای نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی توسط شورای طبقه‌بندی است. با عنایت به وظایف و اختیارات متعددی که برای شورای مذکور در نظر گرفته شده است، تشکیل جلسات منظم و مستمر و دقت در انتخاب و پیشنهاد نهاد متناسب برای هر یک از بزهکاران، می‌تواند مسیر اجرای سیاست حبس‌زدایی را هموار نماید؛ از طرفی بی‌توجهی به وظایف و اختیارات و عدم ارائه پیشنهاد اعمال نهادهای ارفاقی بر مبنای کار کارشناسی، اعمال سیاست زندان‌زدایی را با مانع روبه‌رو می‌نماید. یکی دیگر از نهادهای مرتبط با زندان، شورای حل اختلاف ویژه امور زندانیان می‌باشد که مطابق تبصره ۲ ماده ۱ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ و ماده ۲۰ دستورالعمل ۱۳۹۸ تشکیل گردیده است. چنانچه این شوراهای در ایجاد سازش بین طرفین موفق عمل نمایند، نقش بسیار پررنگی در راستای اعمال سیاست حبس‌زدایی ایفا خواهند نمود چراکه اعمال اکثر نهادهای زندان‌زدا منوط به اخذ رضایت شاکی خصوصی یا جبران ضرر و زیان وارده یا برقراری ترتیبات جبران می‌باشد؛ بنابراین سرمایه‌گذاری در این بخش و انتصاب نیروهای متخصص و باسواد و دارای نفوذ کلام در شوراهای حل اختلاف ویژه امور

۱. جهت ایجاد رقابت و به وجود آمدن ایده‌های نو، اجرای کیفر در بستر نهادهای خصوصی نیز پیشنهاد می‌گردد؛ با این حال، این دیدگاه مخالفانی دارد؛ برای مطالعه در این خصوص نک: نجفی ابرندآبادی و زارع مهرجردی، ۱۳۹۱: ۲۰۹.

زندانیان و عدم درخواست آمار پایان ماه از این نهاد، پیشبرد سیاست حبس‌زدایی را تسهیل خواهد نمود. نهاد دیگری که در اعمال سیاست حبس‌زدایی دخیل می‌باشد، ستاد مردمی رسیدگی به امور دیه و کمک به زندانیان نیازمند است که طبق اساسنامه آن، می‌تواند در زندان‌زدایی از محکومان جرایم غیر عمدی نقش پررنگی داشته باشد. همچنین بنگاه تعاون و حرفه‌آموزی صنایع زندانیان کشور نیز در پیشبرد سیاست مذکور می‌تواند مؤثر واقع گردد؛ چراکه مطابق ماده ۱ اساسنامه آن، «تحصیل درآمد برای پرداخت دیه و محکومیت‌های مالی»، یکی از اهداف بنگاه مذکور تعیین شده است.

۲-۳. فرهنگ عمومی جامعه

امروزه فرهنگ حاکم بر جامعه به گونه‌ای است که مردم به غیر از زندان، کیفر دیگری را مؤثر نمی‌دانند. در همین راستا، «گزارش‌های واصله از بسیاری از کشورها طی دهه‌های گذشته نشان می‌دهد که مردم تنبیه‌گراتر شده، کم‌تر از برنامه‌های اصلاحی حمایت می‌کنند و خواستار پاسخ‌های شدیدتر به جرم می‌باشند. مطالبه مجازات در افزایش حبس‌های بلند مدت منعکس شده است» (یورگ آلبرشت، ۱۳۹۵: ۸۹ و ۹۰). به عبارتی، فرهنگ عمومی جامعه، عدم اجرای حبس را به معنای عدم مجازات بزهکار تلقی می‌کند و این فرهنگ، مسئولین و قضات را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ «مقبولیت اجتماعی کیفر در بستر جامعه، در تمایل یا رویگردانی قضات در انتخاب نوع پاسخ‌های کیفری مؤثر است» (محمدکوره‌پز، ۱۴۰۰: ۱۱۳).

علت اصلی این چالش، توجه ویژه نظام‌های کیفری بر سزادهی می‌باشد. این رویکرد، دیدگاه جامعه را نیز به سمت سزادهی سوق داده و در نتیجه قضات که جزئی از جامعه هستند، متمایل به سخت‌گیری و سزادهی می‌شوند. به عبارت دیگر «از آنجایی که رویکرد سزادهی در میان نظام‌های کیفری سابقه بسیار طولانی داشته، این بقا و استمرار در استفاده از این رویکرد سخت‌گیرانه کیفری، منجر به رخنه کردن و نفوذ اهداف و اصول آن در نگرش و دیدگاه قضات و مردم شده است» (اسدی، ۱۳۹۶: ۵۲). متغیرهای گوناگونی از جمله «مصلحت‌سنجی، مشکلات اجتماعی، افکار عمومی و گروه‌های فشار همه بر نحوه رسیدگی و تصمیم‌گیری محاکم قضایی تأثیرگذار هستند» (قماش و احمدی، ۱۳۹۷: ۳۷). به همین دلیل قضات از این مسئله بیم دارند که در صورت توسل زیاد به نهادهای حبس‌زدا «افکار عمومی ایشان را سهل‌انگار بخوانند و بیم دارند که مبادا نه فقط در پیشگاه افکار عمومی بلکه نزد بزهکاران نیز از اعتبار بیفتند و مورد استهزاء قرار گیرند» (پیناتل، ۱۳۶۵: ۱۸۶).

آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷ در ماده ۱۱ مقام قضایی را مکلف نموده بود یک نسخه از رأی را در موارد مذکور در ماده، به ستاد مبارزه با مواد مخدر ارسال کنند. هرچند فلسفه ارسال دادنامه، اقدامات بعدی جهت جری تشریفات ضبط اموال است لیکن در عمل

تمام مفاد حکم در دسترس ستاد و احیاناً عموم مردم قرار می‌گیرد و ممکن است منجر به برخی مصلحت‌اندیشی‌ها در صدور حکم می‌شود. نهایتاً بسیاری از مقامات قضایی، خواسته یا ناخواسته متمایل به رویکرد سزادهی و سختگیری می‌گردند.

بدیهی است تا زمانی که بین عموم مردم فرهنگ حبس‌زدایی تبیین و توجیه نشود، نمی‌توان انتظار داشت که مقامات قضایی برخلاف خواسته جامعه، به طور گسترده از نهادهای حبس‌زدا استفاده نمایند. چنانچه در استفاده از تعویق یا تعلیق مراقبتی یا خدمات عمومی رایگان و دیگر نهادهای حبس‌زدا که نیاز به همکاری یک نهاد خارج از دستگاه قضایی است، از مشارکت مردمی و سازمان‌های مردم‌نهاد و مؤسسات غیردولتی استفاده گردد، منجر به فرهنگ‌سازی در جامعه خواهد شد و این اقدام، جلوه‌ای از سیاست جنایی مشارکتی به شمار می‌رود؛ چراکه «پیشنهاد سیاست جنایی مشارکتی یا سیاست جنایی با مشارکت وسیع جامعه مدنی، یعنی در نظر گرفتن آثار حیاتی وجود اهرم‌های تقویتی و نهادهای واسط دیگری به غیر از نهاد پلیس یا قوه قضائیه، از یک سو، به منظور اعتبار بخشیدن به طرح سیاست جنایی که قوه مجریه و قوه مقننه تهیه و تنظیم کند و از سوی دیگر و به‌ویژه، برای فراهم کردن زمینه اجرای آن، استفاده از قدرت رسانه‌ها، انجمن‌ها و شهروندان در ایجاد اجماع حول یک سیاست جنایی، ضروری است» (لازرژ، ۱۴۰۰: ۱۶۷). بنابراین «شناسانیدن توان نهادهای جامعوی به جامعه، فرهنگ‌سازی و ایجاد باور در میان همه شهروندان در زمینه سطح ظرفیت نهادهای جامعوی در اثربخش شدن تدابیر پیشگیرانه و کیفری از برجسته‌ترین بایسته‌هاست» (نیازپور، ۱۴۰۰: ۳۸۵).

در این راستا شایسته است از طریق رسانه‌های پرطرفدار^۱ نسبت به فرهنگ‌سازی در مورد سیاست حبس‌زدایی اقدام شود و عموم مردم توجیه شوند که زندانی نشدن مجرم به معنای عدم مجازات وی نیست بلکه راهکارهای متعدد دیگری اندیشیده شده که کارکردهای کیفر را بسیار مطلوب‌تر از مجازات حبس تأمین می‌کند و معایب و کاستی‌های زندان را نیز به دنبال ندارد. اقدام مؤثری که می‌توان انجام داد، ساختن فیلم‌های تلویزیونی و سینمایی متضمن سیاست‌های حبس‌زدایی می‌باشد. در حال حاضر اکثر فیلم‌هایی که ساخته می‌شود و در آن یکی از اشخاص

۱. برای رسانه‌ها کارکردهای متفاوت و گوناگونی بیان شده است، از جمله: کارکردهای نظارتی، همگن‌سازی، راهنمایی و رهبری، بحران‌زدایی، آموزش و انتقال فرهنگ، سرگرم‌سازی و پر کردن اوقات فراغت، آگاه‌سازی. برای مطالعه در این مورد و نیز در خصوص نقش رسانه‌ها در فشار بر مراجع قضایی و تأثیر بر احکام قضایی، نک: رزمی‌نژاد و جمشیدی، ۱۳۹۳.

مرتکب جرم می‌گردد، به زندان محکوم شده، در حالی که می‌توان این بخش از فیلم را به‌نحوی ساخت که به‌جای حبس، متناسب با شخصیت مرتکب فرضی، از سازوکار دیگری برای مجازات وی استفاده شود. بسیاری از مردم فیلم‌ها و سریال‌های تلویزیون را به دقت دنبال می‌کنند. اگر در برنامه‌های متعدد و در بستر داستان فیلم، به‌جای حبس به نهادهای حبس‌زدا پرداخته شود، پس از مدتی ناخودآگاه جامعه این سیاست را می‌پذیرد و فرهنگ لازم بین عموم مردم ایجاد می‌شود. زمانی که فرهنگ اجتماعی در این زمینه شکل گرفت، توقع جامعه از حکومت در مسئله واکنش به جرم تغییر می‌کند و متعاقباً قضات نیز به تأسی از فرهنگ عامه، تغییر نگرش خواهند داد و در به‌کارگیری نهادها و تأسیسات حبس‌زدا شک و تردید کمتری خواهند نمود. خصوصاً اینکه «رسانه‌ها در مورد هسته فرهنگ شامل باورها، ارزش‌ها و هنجارها از توان تعلیمی و تثبیتی در فرهنگ‌سازی برخوردارند در حالی که در مورد پوسته فرهنگ شامل نمادها، آیین‌ها و فناوری‌ها، دارای توان تغییر رفتار اجتماعی و تحول الگوهای اجتماعی هستند و می‌توانند بر احساس‌ها و شیوه‌های نگرستن به مسائل نوین فرهنگی تأثیر بگذارند. در واقع، رسانه‌های جمعی به‌عنوان نیروی تأثیرگذار در فرایند آموزشی می‌توانند ضمن تثبیت افکار، اعتقادات، اصول، معانی، ارزش‌ها، هنجارها و اخلاقیات، موجبات اصلاح در نگرش‌های عمومی نسبت به سنت‌ها، آداب و رسوم اجتماعی، روندها و رویه‌ها، تفریح و کار، رفتارها، ابداعات، دانش‌ها، ابزارها، فناوری‌ها، مهارت‌ها، سبک‌های زندگی، زبان، هنر، قوانین، نمادها و نهادهای اجتماعی را فراهم آورند» (دهشیری، ۱۳۸۸: ۲۰۱ و ۲۰۲). برخی رسانه‌ها را دارای توان مهندسی فرهنگی دانسته‌اند، «کارلسون و همکاران معتقدند، رسانه‌های جمعی از طریق تغییر ایستارها، الگوهای رفتاری، اصلاح تفاسیر شناختی، جامعه‌پذیری ارزش‌ها، تهییج احساسات، جهت‌دهی به افکار عمومی و شکل‌دهی به باورها، تصاویر و ذهنیات اجتماعی، از توان مهندسی فرهنگی برخوردارند و می‌توانند با اطلاع‌رسانی مناسب همانند مایع میان بافتی در بین اجزای مختلف نظام اجتماعی به فرهنگ‌سازی بپردازند و ضمن ایفای نقش خود به‌عنوان میراث‌داران و نگهبانان فرهنگ و اهتمام به ترویج و رونق فرهنگ جامعه از طریق تبلیغ و معرفی محصولات فرهنگی، توانایی خود را در اصلاح ذهنیت جامعه، شکل‌دهی بر افکار و عادات عمومی و انتشار قوانین، آداب و رسوم اجتماعی و به‌طور کلی رشد اجتماعی و مهندسی فرهنگی به منصفه ظهور برسانند»^۱ (دهشیری، ۱۳۸۸: ۲۰۱ و ۲۰۲ به نقل از: کارلسون و همکاران، ۲۰۰۸: ۲۲۵ و ۲۲۶).

۱. برای مطالعه در خصوص تأثیر رسانه‌ها در شکل‌دهی افکار عمومی در تحولات سیاسی، اجتماعی و فرهنگی نک:

عیوضی، ۱۳۸۸: ۲۷۰-۲۵۱.

اقدام دیگری که می‌توان در راستای فرهنگ‌سازی انجام داد این است که در سطح کلان، ادارات آموزش و پرورش مکلف شوند در مدارس و از طریق دعوت اولیای دانش‌آموزان، جلسات متعددی تحت عنوان انجمن اولیاء و معلمان تشکیل و از این طریق به اولیاء آموزش داده شود در زمان انجام فعل خلاف هنجار توسط کودکان، به جای مجبور کردن آن‌ها به خانه ماندن و محرومیت از خروج از خانه، اطفال را مجبور به کمک در کارهای خانه نمایند و یا آن‌ها را مکلف کنند در یک درس به خصوص که توانایی بالایی دارند یکی از دوستان خود را یاری دهند یا اینکه چنانچه در زمان بازی با دوستان، با آن‌ها درگیر شده و عمل خلاف هنجاری انجام داده باشند تا مدت مشخصی از آن بازی به خصوص محروم شوند. اینچنین اقداماتی می‌تواند در آینده نزدیک، فرهنگ جامعه را تغییر داده و حرکت مؤثری در پذیرش سیاست حبس‌زدایی در بین عموم مردم ایجاد کند.

مقررات معیارهای کمیته سازمان ملل متحد در مورد اقدامات غیر حبس (قواعد توکیو) مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد، طی قطعنامه شماره ۴۵/۱۱۰ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ که هدف اساسی آن ارائه اصول اساسی برای ارتقای استفاده از قرارهای غیر حبسی و راه حل‌های جانشین در مقابل زندانی شدن، می‌باشد؛ به دلیل تأثیر و نفوذ فراوان رسانه‌ها در اجتماع، در بندهای ۱۸-۱ تا ۴-۱۸ به موارد زیر پرداخته:

حمایت از سازمان‌های داوطلب مروج قرارهای غیر حبسی؛ برگزاری کنفرانس‌ها، سمینارها، کارگاه‌ها و سایر فعالیت‌ها جهت آگاهی در مورد نیاز به مشارکت عامه در کاربرد قرارهای غیر حبسی؛ استفاده از کلیه رسانه‌های همگانی جهت ایجاد نگرش سازنده عامه و فعالیت‌های نافع برای کاربرد وسیع‌تر رفتار غیر حبسی.

سند تحول قضایی نیز در فصل سوم و در مبحث گفتمان‌سازی، تأثیر رسانه در فرهنگ‌سازی را پذیرفته و مقراتی در این زمینه پیش‌بینی نموده است.

نتیجه

بررسی جهت‌گیری‌های تقنینی و قضایی کشورمان نشان می‌دهد، ایران نیز مانند بیشتر کشورهای جهان، با توجه به تورم روزافزون جمعیت کیفری زندان‌ها و مشکلات ناشی از آن و شکست زندان در دستیابی به اهداف مورد نظر، به صورت جدی به سمت تحدید کیفر حبس در حال حرکت می‌باشد؛ اما این حرکت، در دو حوزه قضایی و اجرایی با موانع و چالش‌هایی روبه‌روست. نظر به آنچه در موانع قضایی حبس‌زدایی بیان گردید، حجم بالای کار قضات و آمارگرایی ناشی از آن، نگرش و فرهنگ حبس‌گرای حاکم بر قضات ناشی از فرهنگ حاکم بر جامعه و مسئولان عالی قضایی، و انتخاب نامتناسب نهادهای حبس‌زدا ناشی از دانش قضایی قضات و فقدان پرونده

شخصیت متهمین، مهم‌ترین چالش‌های قضایی اعمال سیاست حبس‌زدایی به شمار می‌رود که جهت رفع آن‌ها پیشنهاد می‌گردد: اولاً با تشکیل کارگروهی مستقل از قوه قضائیه و با استفاده از دانش کارشناسان مختلف، استانداردهایی برای رسیدگی هر یک از واحدهای قضایی تعریف گردد و قوه قضائیه مکلف به اجرای آن باشد، ثانیاً با استفاده از مکانیسم تنبیه و تشویق در مورد قضات، تغییر رویکرد جامعه نسبت به نهادهای حبس‌زدا، و نظارت بر حسن اجرای سیاست کلی زندان‌زدایی توسط مقامات مختلف قضایی، فرهنگ حبس‌گرای قضات اصلاح شود، ثالثاً با تخصیصی کردن انتخاب قضات کیفری و برگزاری مستمر کلاس‌های آموزشی، سطح دانش قضایی قضات ارتقا یابد و با اجباری کردن تشکیل پرونده شخصیت برای تمامی متهمین و در تمامی جرایم، گام مؤثری برای اعمال اصل فردی کردن مجازات و انتخاب نهادهای مناسب حبس‌زدا برداشته شود. همچنین مهم‌ترین چالش‌های اجرایی اعمال سیاست حبس‌زدایی، فقدان زیر ساخت مناسب، موانع مربوط به نهادهای مرتبط و فرهنگ حاکم بر جامعه می‌باشد که جهت رفع آن‌ها پیشنهاد می‌گردد اولاً بستر و امکانات اجرای هر چه بهتر مجازات‌های نوین و نهادهای تحدیدکننده زندان، از طریق ارتقای سیستم‌های مربوطه از لحاظ نرم‌افزاری و تهیه دستگاه‌های لازم با استفاده از ظرفیت داخلی و مهندسی معکوس، به‌منظور کم‌اثر کردن تحریم‌ها، از لحاظ سخت‌افزاری، فراهم شود و نیروی انسانی کافی، متخصص و متعهد برای اعمال و اجرای نهادهای حبس‌زدا، استخدام گردد تا قوانین مصوب متروک نگردند، ثانیاً در مورد نهادهای پذیرنده، آموزش و آگاهی لازم در مورد نحوه اجرای مجازات و تکالیف آن‌ها، داده شود و سازوکارهایی برای نظارت بر نهادهای مذکور و نیز بزه‌کاران پیش‌بینی شود تا نگرانی موجود در این زمینه برطرف گردد، ضمن اینکه به نهادهایی مانند ستاد دپه و بنگاه تعاون نیز توجه شود و جایگاه آنان ارتقا یابد، ثالثاً رسانه‌ها نیز با عنایت به برخورداری از نقش پررنگ در راستای فرهنگ‌سازی، از ظرفیت خود از طریق ساخت فیلم‌ها و سریال‌های متناسب و تبلیغات لازم، جهت آگاهی عمومی و فرهنگ‌سازی در زمینه حبس‌زدایی، بهره گیرند و ادارات آموزش و پرورش نیز با آموزش والدین و دانش آموزان، نسبت به اصلاح فرهنگ حبس‌گرای جامعه، اقدام نمایند.

منابع

- آقابابایی، حسین (۱۳۹۶)، *حريم خصوصى در حقوق كيفرى اسلام*، چاپ اول، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامى.
- اسدى، لادن (۱۳۹۶)، *آسيب شناسى اجراى مجازات‌هاى جايگزين حبس در حقوق ايران*، پايان نامه براى دريافت درجه كارشناسى ارشد، كرمان: دانشكده حقوق و الهيات دانشگاه شهيد باهنر.
- اسلامى پناه، على (۱۳۹۷)، «رويه قضايى به منزله منبع حقوق»، *فصلنامه تحقيقات حقوقى*، دوره ۲۱، شماره ۸۴.
- آشورى، داريوش (۱۳۶۶)، *دانشنامه سياسى*، تهران: سهروردى، مرواريد.
- آنسل، مارک (۱۳۸۸)، «از زندان تا كيفرزدايى»، ترجمه محمد آشورى، *مجله دادنامه*، شماره ۲.
- آنسل، مارک (۱۳۹۵)، *دفاع اجتماعى*، ترجمه محمد آشورى و على حسين نجفى ابرند آبادى، چاپ پنجم، ويراست پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- بختيارى، سيدمرتضى، غلامرضا شهرى، احمد مظفرى و حسن حميديان (۱۳۸۱)، «وارسى جايگزين‌هاى مجازات زندان»، *مجله حقوقى دادگستري*، شماره ۳۸.
- بولک، برنار (۱۳۸۷)، ترجمه على حسين نجفى ابرندآبادى، *كيفرشناسى*، چاپ هشتم، ويراست پنجم، تهران: انتشارات مجد.
- پرادل، ژان (۱۴۰۰)، *تاريخ اندیشه‌هاى كيفرى*، ترجمه على حسين نجفى ابرند آبادى، چاپ دوازدهم، ويراست دوم، تهران: سمت.
- پيناتل، ژان (۱۳۶۵)، «كيفرهاى جانشين و جرم‌شناسى»، *فصلنامه حق*، ترجمه على حسين نجفى ابرندآبادى، شماره ۶.
- ترزى نژاد، وحيده و شهرام جمشيدى (۱۳۹۳)، «نقش رسانه و مطبوعات در تصميمات كيفرى قضات و اجراى احكام مبتنى بر عدالت»، *فصلنامه مطالعات رسانه اى*، سال نهم، شماره ۲۶.
- تليكانى، زهرا (۱۳۹۵)، *بررسى تأثير مجازات‌هاى جايگزين حبس در پيشگيرى از تکرار جرم*، پايان نامه براى دريافت درجه كارشناسى ارشد، تهران: دانشگاه آزاد اسلامى واحد تهران مركزى.
- جعفرى لنگرودى، محمدجعفر (۱۳۷۸)، *ترمينولوژى حقوق*، تهران: گنج دانش.
- خاکسار، داوود و حسين غلامى (۱۳۹۷)، «سياست جنايى قضايى ايران در رابطه با مجازات‌هاى جايگزين حبس»، *نشریه پژوهش‌هاى حقوق جزا و جرم‌شناسى*، شماره ۱۱.
- خانعلی پور، سکینه (۱۳۹۰)، *پيشگيرى فنى از جرم*، چاپ اول، تهران: نشر ميزان.
- خضريان، الهام (۱۳۹۴)، *مطالعه حقوقى - كيفرشناختى نظام نظارت الكترونيكى در ايران*، پايان نامه براى دريافت درجه كارشناسى ارشد، تهران: دانشكده حقوق و علوم سياسى دانشگاه علامه طباطبايى.
- داوودى گرمارودى، هما (۱۳۸۵)، «گستره آزادى در تقابل با حقوق كيفرى»، *ندای صادق*، سال يازدهم، شماره ۴۳.
- دهشيرى، محمدرضا (۱۳۸۸)، «رسانه و فرهنگ سازى»، *فصلنامه تحقيقات فرهنگى*، دوره دوم، شماره ۸.
- سرگلزاى شريفى، عبدالله (۱۳۷۹)، «قوه قضائيه، لزوم و راهكارهاى تعالى كيفيت علمى قضات»، *نشریه*

دادرسی، شماره ۲۴.

- صادقی، ولی الله (۱۳۹۸)، «فرایند کیفر زدایی در نظام عدالت کیفری ایران»، پژوهش حقوق کیفری، سال هشتم، شماره بیست و هشتم.
- صلاحی، جاوید (۱۳۹۲)، کیفرشناسی، چاپ سوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- طالع زاری، علی و حسینعلی ایزد (۱۳۹۶)، پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران، فرانسه و انگلستان، چاپ اول، تهران: انتشارات کتاب آوا.
- عیوضی، محمدرحیم (۱۳۸۸)، «مدیریت رسانه‌ای و مهندسی افکار عمومی»، پژوهش نامه مبانی تعلیم و تربیت، سال دهم، شماره ۲.
- قماش، سعید و انور احمدی (۱۳۹۷)، «بسترهای پیدایش عوام‌گرایی در دادرسی کیفری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی معاهده، دوره ۲، شماره ۴.
- گسن، رمون (۱۳۷۰)، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی‌نیا، چاپ اول، تهران: انتشارات مترجم.
- گسن، رمون (۱۳۷۱)، «بحران سیاست‌های جنایی کشورهای غربی»، مجله تحقیقات حقوقی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، شماره ۱۰.
- لازرژ، کریستین (۱۴۰۰)، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ نهم، ویراست پنجم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- محمد کوره‌پز، حسین (۱۴۰۰)، موانع کاربرست مجازات خدمات عمومی رایگان در نظام حقوقی ایران، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- مؤذن زادگان، حسنعلی و محمد متین‌پارسا (۱۴۰۰)، «چالش‌های تقنینی اجرای خدمات عمومی رایگان از منظر قضات»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۴.
- مهرا، نسرين (۱۳۷۶ و ۱۳۷۷)، «درآمدی بر جرم‌زدایی، کیفرزدایی، قضازدایی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲.
- ناظرزاده کرمانی، فرناز و زینب امامی غفاری (۱۳۹۳)، «بررسی رویه و نگرش قضات دادگاه‌های اطفال تهران به جایگزین‌های مجازات حبس»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۵.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم بیکی (۱۳۹۷)، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۶)، «مجازات‌های جامعه‌مدار در لایحه قانون مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان: راهکاری برای کاهش جمعیت زندان»، مجموعه مقالات همایش راهکارهای جمعیت کیفری زندان، به کوشش: مانده میرشمس شهشانی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و علی زارع مهرجردی (۱۳۹۱)، «خصوصی سازی عدالت کیفری: چرایی و چالش‌ها»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه نامه شماره ۱۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۵-۱۳۹۶)، «جامعه شناسی زندان»، تقریرات جامعه شناسی کیفری دوره دکتری، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- نوریان، ایوب و همت محمدی (۱۳۹۶)، «حریم خصوصی در پرتو حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی»،

کنگره بین‌المللی حقوق شهروندی، تهران.

- نیازپور، امیرحسن (۱۳۸۹)، «پاسخ‌های عدالت کیفری ایران به بزهکاری اطفال»، نشریه مطالعات پیشگیری از جرم، سال پنجم، شماره ۱۴.
- نیازپور، امیرحسن (۱۴۰۰)، «گفتمان سیاست جنایی قوه قضائیه در دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۶.
- وروایی، اکبر، رضا سعادت‌ی و حمید هاشمی (۱۳۹۳)، «تأثیر اخلاق در جرم‌انگاری و جرم‌زدایی در نظام حقوق کیفری اسلامی ایران»، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره هشتم.
- یورگ آلبرشت، هانس (۱۳۹۵)، تورم جمعیت زندان‌ها در جست‌وجوی کارآمدترین راه‌حل‌ها، راهبردها و برترین اقدامات برای رویارویی با ازدحام در نهادهای اصلاح و تربیت، ترجمه محمد علی اردبیلی و دیگران، چاپ نخست، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک.

اثر سنجی سوگیری‌های شناختی بر کیفیت عدالت در تصمیم‌گیری قضات دادگاه‌های کیفری

زهرا ساکیانی*، سیدعباس واعظی**

چکیده

مشخص است که بخش عمده‌ای از کیفیت یک نظام قضایی، وابسته به کیفیت تصمیم‌هایی است که قضات آن اتخاذ می‌کنند. حتی قضاتی با تجربه و دانش بالا نیز ممکن است مرتکب اشتباهاتی بشوند لیکن حداقل انتظار این است که قضات مرتکب خطاهای نظام‌مند نشوند. این در حالی است که بر اساس نتایج برخی مطالعات در حوزه اقتصاد رفتاری می‌توان گفت در قسمت‌های مختلف تصمیم‌گیری قضایی اعم از کشف وقایع پرونده، انتساب مسئولیت کیفری و به‌ویژه تعیین مجازات برای مجرم‌ان ممکن است عواملی بر تصمیم‌گیری قضات مؤثر باشند که به لحاظ هنجاری و منطقی نباید اثرگذار باشند. اقتصاد رفتاری شاخه‌ای از اقتصاد است که با استفاده از علوم نظیر روان‌شناسی و جامعه‌شناسی، سعی در واقع‌بینانه‌تر کردن فرض‌های اقتصادی دارد. لذا توصیف تصمیم‌های قضایی با استفاده از سوگیری‌های شناختی، آن را به حوزه جامعه‌شناسی کیفری و روان‌شناسی قضایی نزدیک می‌سازد. با پذیرش این مسئله که عواملی فراتر از مسائل قانونی می‌توانند بر تصمیم‌های قضایی و نیز رفتار قضات تأثیرگذار باشند، زمینه برای ورود رویکردهای میان‌رشته‌ای برای توضیح تصمیم‌های قضایی و رفتارهای قضات فراهم می‌شود. این مقاله که با روش توصیفی-تحلیلی انجام شده، به دنبال آن است که عوامل فوق‌الذکر را تبیین و راهکارهای احتمالی برای مواجهه با آن‌ها را شناسایی نماید تا از این طریق بتوان در جهت بهبود تصمیم‌گیری‌ها و افزایش عدالت قضایی گام برداشت. راهکارهای پیشنهادی را می‌توان در دو قالب آموزش‌های ضمن خدمت قضات و معماری

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
z.sakiani@jri.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
vaeziseyyedabbas@gmail.com

مناسب‌تر ساختارهای تصمیم‌گیری خلاصه نمود.

واژگان کلیدی: اقتصاد رفتاری، سوگیری‌های شناختی، تصمیم‌گیری قضایی، عدالت کیفری

مقدمه

قضات چگونه درخصوص پرونده‌ها تصمیم می‌گیرند و قضاوت می‌کنند؟ تلاش حقوق‌دانان به معنای عام کلمه اعم از قضات، وکلا و اساتید حقوقی همواره بر این بوده است که برای اثبات نظر خود در هر مقام، استدلالی منطقی و موجه ارائه کنند. این امر به شکل‌گیری حوزه‌ای از مباحث انجامیده که عموماً تحت عنوان منطق حقوق یا استدلال حقوقی دسته‌بندی می‌شود. منطق یا استدلال حقوقی به معنای موسع، همه تلاش‌های تحلیلی قابل‌تصور را در فرایند اعمال و اجرای قانون - مانند آرای قضات، لوایح وکلا و دکترین‌های حقوق‌دانان - در برمی‌گیرد (راسخ و پورسیدآقایی، ۱۳۹۵: ۷۰).

ازجمله مهم‌ترین دیدگاه‌های ارائه‌شده درخصوص منطق و استدلال حقوقی به‌لحاظ تاریخی در مناقشه‌های طرف‌داران شکل‌گرایی و واقع‌گرایی حقوقی^۱ تجلی یافته است. نظریه‌های شکل‌گرایی حقوقی که از دهه ۱۸۷۰ تا ۱۹۲۰ میلادی در ایالات متحده در اوج بودند ادعا می‌کردند که قانون «به‌لحاظ عقلانی» متعین^۲ است یعنی استدلال‌های حقوقی در دسترس قاضی برای تصمیم‌گیری تنها یک نتیجه را توجیه می‌کنند و قاضی بدون توجه به ملاحظات هنجاری غیرحقوقی می‌تواند تصمیم مقتضی را اتخاذ کند. در این معنا، تصمیم‌گیری قضایی چیزی بیش از قیاس منطقی مکانیکی نیست و قضات به‌صورت عقلانی، مکانیکی و آگاهانه درخصوص وقایع یک پرونده استدلال می‌کنند (Danziger & Avnaim-Pesso, 2011: 6889) و هیچ‌گونه اختیاری برای اعمال صلاح‌دید خود در تصمیم‌گیری ندارند.

در مقابل شکل‌گرایان، واقع‌گرایان اعتقاد دارند که قوانین، شکاف‌های بسیاری دارند و نامتعین هستند و بسیاری از قواعد و اصول حقوقی، استثنائاتی دارند و اصول و رویه‌های حقوقی می‌توانند نتایج مختلفی را به دنبال داشته باشند (Leiter, 2010: 117). لذا حتی با پذیرش این فرض غیرواقع‌بینانه که یافتن وقایع پرونده بدون مشکل و به‌صورت مکانیکی صورت می‌گیرد اما ممکن است قاضی در برخی موارد در یافتن حکم یک قضیه یا تطبیق قوانین بر وقایع پرونده با گزینه‌های متعدد مواجه باشد. تصمیم‌های قضایی در مواردی که به‌لحاظ وقایع پرونده یا قوانین موجود با عدم

1. Legal formalism and legal realism

2. "rationally" determinant

قطعیت مواجه هستند به شدت تحت تأثیر مفاهیم قبلی هستند که در ذهن قاضی وجود دارند. این مفاهیم ممکن است تحت تأثیر عوامل زمینه‌ای مانند ویژگی‌های هویتی - شخصیتی از جمله نژاد و جنس^۱، تجربیات زندگی و حرفه‌ای قبلی، آموزش، تأثیرات والدین و در نتیجه ویژگی‌های فوق، اصول اخلاقی یا مذهبی و ایدئولوژی سیاسی قاضی قرار داشته باشند (Epstein et.al., 2013: 44). هرچند از قضات توقع می‌رود که در زمان تصمیم‌گیری درخصوص پرونده، این عوامل غیرمرتبط را کنار بگذارند و تنها بر اساس قانون تصمیم‌گیری کنند اما این موارد می‌توانند بدون اینکه قاضی متوجه باشد در تفسیر و تطبیق قوانین با موضوعات اثرگذار باشند. به این ترتیب، به دلیل وجود سوگیری تأیید، قاضی شواهد را به گونه‌ای تفسیر می‌کند که در جهت پذیرش تفسیری باشد که وی از قبل درخصوص یک موضوع پذیرفته است. برای مثال، عقاید مذهبی قاضی می‌تواند بر این که چه رفتاری را مصداق توهین به مقدسات موضوع ماده ۵۱۳ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی تلقی کند یا عقاید سیاسی قاضی بر اینکه چه رفتاری را مصداق توهین به رهبری موضوع ماده ۵۱۴ بخش تعزیرات یا مصداق تبلیغ علیه نظام موضوع ماده ۵۰۰ به حساب آورد یا تجربیات زندگی و آموزش‌هایی که دیده است بر اینکه چه رفتاری را مصداق روابط نامشروع موضوع ماده ۶۳۷ تعزیرات بداند تأثیرگذار هستند. لذا اینکه یک پرونده به کدام قاضی ارجاع شود در نتیجه آن اثرگذار خواهد بود و نمی‌توان گفت چنان‌که شکل‌گرایان اعتقاد دارند وجود قوانین و مقررات، منتهی به صدور حکم یکسان توسط همه قضات خواهد شد. از نظر واقع‌گرایان، صرف به کار بردن عقلانی استدلال‌های حقوقی، به صورت کامل، تصمیم‌های قضایی را توصیف و تبیین نمی‌کند و عوامل غیرحقوقی مانند عوامل روان‌شناختی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی نیز بر تصمیم‌گیری مؤثر هستند. علاوه بر موارد فوق که بیشتر اموری شخصی و از یک قاضی به قاضی دیگر متفاوت هستند، بعضی موارد نیز وجود دارند که به دلیل ارتباط آن‌ها با ساختارهای پردازش اطلاعات مورد استفاده توسط انسان‌ها، در میان بسیاری از انسان‌ها و از جمله قضات، مشترک می‌باشند و به آن‌ها سوگیری‌های شناختی اطلاق می‌گردد. سوگیری‌های شناختی، بخشی از کارکرد سیستم شهودی و خودکار در مدل‌های دوگانه

۱. برای مثال نتایج برخی پژوهش‌ها نشان داده است که در قضاوت درباره تجاوز به عنف، مردان بیشتر از زنان احتمال دارد نتیجه بگیرند که رابطه جنسی توافقی بوده است. برای مثال شوت و هاش نتایج سی و شش تحقیق روی موارد شبیه‌سازی شده تجاوز به عنف و سوءاستفاده از کودکان را تحلیل کردند. نتایج نشان داد که در واکنش به متهمانی که مرتکب هریک از این جرایم شده بودند، زنان بیشتر از مردان احتمال داشت رأی به محکومیت دهند. نک: بارون، رابرت، بیرن، دان، برنسکامب، نایلا، ۱۳۹۹: ۷۶۴.

پردازش اطلاعات هستند که به کارگیری آن‌ها منجر به انحراف‌های نظام‌مند و قابل‌پیش‌بینی از اصول تصمیم‌گیری عقلانی می‌شود (Lockton, 2012: 3).^۱ این سوگیری‌ها، خطاهایی هستند که در نتیجه به کارگیری میان‌برهای ذهنی ایجاد می‌شوند که به انسان‌ها کمک می‌کنند به سرعت و بدون نیاز به صرف زمان طولانی برای جمع‌آوری و تحلیل اطلاعات، تصمیم‌گیری و قضاوت کنند (بهره‌مند و ساکیانی، ۱۴۰۰: ۲۳). در واقع می‌توان گفت سوگیری‌های شناختی در قضاوت، بعضی اثرات قابل‌پیش‌بینی در دادرسی‌های کیفری دارند که با شناسایی آن‌ها می‌توان تصمیم‌های قضاوت دادگاه‌های کیفری را به‌نحو دقیق‌تری توصیف و تبیین کرد.

با پذیرش این مسئله که عواملی فراتر از مسائل قانونی می‌توانند بر تصمیم‌های قضایی تأثیرگذار باشند، زمینه برای ورود رویکردهای میان‌رشته‌ای برای توصیف تصمیم‌های قضایی فراهم می‌شود که در این مقاله به برخی از این عوامل اشاره می‌گردد و بعضی از مهم‌ترین سوگیری‌های شناختی که قضاوت در فرایند رسیدگی ممکن است تحت تأثیر آن‌ها قرار گیرند بیان می‌شوند.

۱. مدل تصمیم‌گیری قضایی و سوگیری تأیید

مدل تصمیم‌گیری قضایی که در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد به چگونگی فرایندهای شناختی تصمیم‌گیری می‌پردازد که قضاوت از طریق آن‌ها اطلاعات پیچیده را پردازش می‌کنند. بر اساس این مدل که مدل داستانی^۲ نامیده می‌شود، ساختن داستان، فرایند شناختی مرکزی در تعیین وقایع است و از آن‌جا که کشف حقایق پرونده، اولین گام در تصمیم‌گیری‌های قضایی است در ابتدا توضیح داده می‌شود.

۱-۱. مدل داستانی در تصمیم‌گیری قضایی

ساختن داستان یعنی ایجاد روایتی که شواهد مختلفی را که به نظر قابل‌اعتماد و مرتبط هستند توضیح می‌دهد. قضاوت در یافتن حقایق پرونده، شواهد را به‌گونه‌ای کنار هم می‌گذارند که یک داستان ایجاد شود. این داستان متشکل از سه دسته اطلاعات است:

الف - شواهدی که در محاکمه ارائه شده‌اند؛ یعنی شواهدی که مستقیماً به پرونده مطروحه در دادگاه مرتبط هستند.

ب - اطلاعاتی درباره وقایع پرونده‌های مشابه پرونده مورد رسیدگی؛ معمولاً داستان‌های پیچیده

۱. لازم به ذکر است که سوگیری‌های شناختی در صورتی اثرگذار خواهند بود که سیستم منطقی در پردازش اطلاعات مداخله نکند و نتایج سیستم شهودی را اصلاح نکند. جهت آشنایی با ویژگی‌های این دو سیستم نک: بهره‌مند و ساکیانی ۱۴۰۰: ۲۳.

2. Story model

از بخش‌های مختلفی ایجاد می‌شوند و ممکن است درخصوص هریک از این بخش‌ها یا جزئی از آن‌ها شواهد مستقیمی وجود نداشته و لازم باشد که قاضی برای ربط دادن وقایع، استنباط‌هایی داشته باشد. در این موارد ممکن است تجارب پیشینی قاضی به‌صورت ناخودآگاه بر فهم وی از وقایع پرونده تأثیر بگذارند و وی را به‌سوی شکل دادن به یک کل منسجم سوق دهند. توضیح اینکه با توجه به تکرار بعضی شواهد در پرونده‌های مختلف، نوعی طرح ذهنی برای یافتن حقایق برای قاضی شکل می‌گیرد که ممکن است در پرونده‌های مشابه نیز مورد استفاده قرار گیرد. استفاده از این طرح ذهنی هرچند در بسیاری از مواقع ممکن است به کشف حقایق کمک کند اما این امکان وجود دارد که قاضی در موارد نادرست و با استفاده از تشابه موجود میان وقایع دو پرونده، ابهام شواهد را مرتفع کند.

پ- ملاحظات کلی درخصوص اینکه چه چیزهایی یک داستان کامل را تشکیل می‌دهند؛ ایجاد داستان یک فرایند فعالانه است. با استفاده از اطلاعات در دسترس، قاضی ممکن است به یک یا چند تفسیر از شواهد موجود دست یابد. قاضی در مواجهه با این تفاسیر، تفسیری را اتخاذ می‌کند که به بهترین شکل شواهد موجود را توضیح دهد یعنی منسجم‌تر باشد. انسجام مستلزم این است که داستان هیچ‌گونه تعارض درونی یا عنصر مفقوده‌ای نداشته باشد. هرچه داستان پیچیده‌تر و منسجم‌تر باشد و شواهد موجود را بیشتر پوشش دهد، یابندگان حقیقت به‌دقت آن داستان بیشتر اطمینان دارند. این اطمینان با منحصر به فرد بودن داستان بیشتر نیز می‌شود یعنی زمانی که داستان‌های جایگزین دیگری که بتوانند شواهد را تشریح کنند وجود نداشته باشد (Zamir & Teichman, 2014: 668).

بدیهی است که این مدل تصمیم‌گیری، فی‌نفسه نامطلوب نیست اما در پرونده‌های پیچیده می‌تواند مشکل‌ساز باشد. به نظر می‌رسد بتوان گفت همین ساختن داستان است که می‌تواند قاضی را به علم برساند. بر اساس ماده ۱۶۱ قانون مجازات اسلامی، حتی در مواردی که دعوای کیفری با ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارند اثبات می‌شود چنانچه قاضی علم به خلاف اقرار یا شهادت داشته باشد نباید بر اساس آن‌ها رأی صادر کند و بر اساس ماده ۱۶۲، هرگاه ادله‌ای که موضوعیت دارند فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشند می‌توانند به‌عنوان اماره قضایی مورد استناد قرار گیرند مشروط بر اینکه همراه با قرائن و امارات دیگر، موجب علم قاضی شوند. مقصود از علم در اینجا «علم عادی» است که در مقابل «علم فلسفی» قرار دارد و تولید ظن غالب و اطمینانی می‌نماید به‌گونه‌ای که ظن حاصله، متأخم به یقین است (کلانتری و سلمان‌پور، ۱۳۹۸: ۱۷۴). اما مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد. به نظر می‌رسد وظیفه قاضی برای قید قرائن و امارات بین مستند علم خود در حکم به‌طور صریح نیز از این حیث قابل توجیه باشد که نشان دهد آیا ارائه این قرائن به مراجع بالاتر می‌تواند برای آن‌ها نیز علم

ایجاد کند یا صرفاً یکی از داستان‌هایی است که می‌توانست با استنباط‌های قاضی از وقایع پرونده و با توجه به مستندات موجود ساخته شود و داستان می‌توانست به شکل‌های دیگری نیز روایت شود. بر اساس مدل داستانی، فرایندهای شناختی مانند استنباط، تغییر نگرش‌ها و اعتقادات، تصمیم‌گیری و ارزیابی توضیحات مختلف را کمتر می‌توان به صورت یک قیاس منطقی توصیف کرد که صرفاً از مقدمات به نتیجه می‌رسند بلکه این موارد، بیشتر شبیه حل کردن یک پازل پیچیده هستند که در آن باید قطعات را شناسایی کرد و کنار هم گذاشت تا به یک کل منسجم رسید (Holyoak & Simon, 1999: 48). این مدل در پرونده‌های دارای داستان‌های پیچیده و به‌ویژه در کنار سوگیری تأیید ممکن است ایجاد مشکل کند. اگر قاضی، اولین داستانی را که می‌تواند با توجه به شواهد موجود بسازد، بپذیرد و به دلیل وجود سوگیری تأیید، تمام ادله موجود و حتی شواهد جدید را در راستای تأیید داستان اولیه تفسیر کند، ممکن است این مدل، وی را از یافتن حقیقت دور کند. لذا ضروری است که درخصوص این نحوه پردازش ذهنی، اطلاعات و آموزش‌های لازم به قضات ارائه گردد و از آن‌ها خواسته شود که در روایت‌های پیچیده، اولین فرض داستانی را نپذیرند بلکه فروض مختلف و داستان‌های گوناگونی را که می‌توان روایت کرد در نظر بگیرند تا شواهد مختلف را نیز با داستان‌های مختلف تطبیق داده و به نزدیک‌ترین نتیجه به واقعیت دست یابند.

۲-۱. سوگیری تأیید

اصل اساسی مدل داستانی و نظریات مبتنی بر انسجام در تصمیم‌گیری قضایی بیان می‌کند که فرایند تصمیم‌گیری دوسویه^۱ است (Holyoak & Simon, 1999: 48). به این معنا که نه تنها قوت شواهد و ادعاها تعیین می‌کند که تصمیم‌گیرنده کدام داستان را خواهد پذیرفت و چه تصمیمی خواهد گرفت بلکه داستان موردپذیرش و تصمیم اتخاذشده نیز در ارزیابی اهمیت، ارتباط و قابلیت اطمینان به شواهد مختلف تعیین‌کننده خواهد بود. تأثیر سوگیری تأیید^۲ در تصمیم‌گیری قضایی در همین مرحله قابل‌شناسایی است. سوگیری تأیید به این معنا است که افراد غالباً تمایل دارند شواهدی را جست‌وجو کنند که نظرات، باورها و اعتقادهای آن‌ها را تأیید می‌کنند و همچنین شواهد مخالف با باورهای خود را نادیده بگیرند یا حداقل وزن کمتری به این شواهد بدهند و شواهد موجود را به شکلی تفسیر کنند که نگرش‌های آن‌ها را تأیید کنند. زمانی که افراد با مطالبی مواجه شوند که با باورهای آن‌ها ناهماهنگ است به صورت خودکار، زمان بیشتری را برای بررسی آن‌ها اختصاص می‌دهند و نسبت به آن‌ها بیشتر انتقاد می‌کنند و درنهایت نیز این‌گونه قضاوت می‌کنند که این مطالب به اندازه

1. bidirectional

2. Confirmation bias

مطالب هماهنگ با باورهای آن‌ها قوت ندارند (Zamir & teichman, 2018:59). لذا قضات همواره باورهای خود را بر اساس شواهدی که در دسترس آن‌ها قرار می‌گیرد، به‌درستی اصلاح نمی‌کنند و این مسئله ممکن است قاضی را از یافتن حقیقت دور کند.

بر این اساس، زمانی که قاضی یک داستان منسجم و قابل قبول را بر مبنای شواهد و ادله موجود پذیرفت، هم در جست‌وجو و هم در تفسیر شواهد و اطلاعات جدید به دنبال شواهد و تفسیرهای هم‌سو با داستان پذیرفته‌شده خود خواهد بود و وزن بیشتری به آن شواهد و تفاسیر می‌دهد و موارد مخالف با آن را نادیده گرفته یا وزن کمتری به آن‌ها می‌دهد. به‌عنوان مثال، اگر بر اساس شواهد موجود، ورود یک شخص غریبه به پارکینگ منزل غیر محرز باشد و در همان زمان، وقوع سرقت از منزل یکی از همسایه‌ها گزارش شود، ممکن است قاضی به همراه قراین دیگر به این نتیجه برسد که ارتکاب سرقت توسط همان شخص انجام شده است. در مثال فوق، می‌توان فرض کرد یک کودک ۸ ساله (شخص فاقد شرایط شرعی ادای شهادت)، ورود شخص به منزل همسایه را گزارش داده است. در این مثال، هیچ‌کدام از موارد ذکرشده، به تنهایی وقوع سرقت را اثبات نمی‌کنند اما مجموع این موارد ممکن است قاضی را به این داستان منسجم برساند که شخص واردشده از درب پارکینگ، مرتکب سرقت شده است. فرایند دوسویه تصمیم‌گیری سبب می‌شود قاضی با رسیدن به این نتیجه به دنبال شواهدی باشد که نتیجه‌گیری وی را تقویت می‌کنند. برای مثال اینکه متهم یک سابقه محکومیت به کیفرزنی داشته یا به دلیل شرایط مالی بد، انگیزه قوی برای ارتکاب جرم داشته است یا شباهت زیادی به سارقانی دارد که وی قبلاً به پرونده‌های آن‌ها رسیدگی کرده است.^۱ لذا حتی اگر

۱. اینکه شباهت ظاهری یا رفتاری متهم به سارقانی که قاضی قبلاً به پرونده‌های آن‌ها رسیدگی کرده است می‌تواند در تصمیم‌گیری قاضی برای محکوم کردن فرد مؤثر باشد را می‌توان بر اساس قاعده اکتشافی نمایندگی (representative heuristic) تبیین کرد. اگر اشخاص بر اساس شباهت یک واقعه یا شخص با وقایع یا اشخاص دیگر به قضاوت درباره احتمالات بپردازند گفته می‌شود از قاعده اکتشافی نمایندگی استفاده کرده‌اند. این قضاوت‌ها در بسیاری از موارد صحیح است زیرا تعلق داشتن به گروه‌های مشخص، رفتار و سبک عمل اعضای آن گروه‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد و افراد دارای برخی صفات معین، جذب گروه‌های خاصی می‌شوند اما گاهی نیز این قضاوت‌ها نادرست هستند؛ عمدتاً به این دلیل که چنین قضاوت‌هایی، نرخ پایه (base rate) یعنی فراوانی را که یک رویداد یا الگو در کل یک جمعیت روی می‌دهد نادیده می‌گیرند (بارون و همکاران، ۱۳۹۹: ۶۹). در خصوص قضاوت درباره مجرم بودن متهم نیز هرچند تعداد افراد غیر مجرم نسبت به افراد مجرم بسیار بیشتر است و توجه به نرخ پایه، احتمال مجرم بودن شخص را کاهش می‌دهد اما شباهت اخلاقی، رفتاری و ظاهری متهم با الگوهای افراد مجرم می‌تواند قاضی سابقاً به پرونده‌های آن‌ها رسیدگی کرده است می‌تواند احتمال مجرم بودن شخص را در ذهن قاضی تقویت کند.

شواهد و ادعاها در ابتدا گیج کننده و پراکنده بوده اند فرایند دوسویه تصمیم گیری عموماً سبب می شود که تصمیم گیرندگان صادقانه احساس کنند شواهد روشن و قانع کننده هستند و تصمیم گیرندگان معمولاً از این تغییر آگاه نیستند زیرا ارزیابی اولیه خود از شواهد و ادعاها را به دقت به یاد نمی آورند. سوگیری تأیید در تعیین مجازات ها نیز می تواند مؤثر باشد. برای مثال اکتشاف عاطفه^۱ در اقتصاد رفتاری بیان می کند که انسان ها قضاوت های خود از یک فعالیت را نه تنها بر تفکر و منطق، بلکه همچنین بر عواطف خود نسبت به آن فعالیت بنا می کنند. عاطفه به معنای خوش آمدن یا بد آمدن از چیزی است که به صورت یک حالت احساسی و به شکل ناخود آگاه و سریع تجربه می شود (Slovic et.al., 2005: 35). حالات عاطفی فرد می توانند بر ارزیابی وی از خطرات موضوع مورد قضاوت اثرگذار باشند. لذا نگرش احساسی و عاطفی قاضی نسبت به متهمی که به جرم وی رسیدگی می کند، برای مثال می تواند سبب شود قاضی، احتمال تکرار جرم توسط وی را کمتر یا بیشتر تخمین بزند که در جای خود، در تعیین مجازات اثرگذار است. سپس قاضی با توجه به سوگیری تأیید، درصدد جست و جوی شواهدی بر خواهد آمد که نتیجه گیری وی را تأیید کنند. برای مثال اگر نسبت به متهم دارای عاطفه مثبت باشد این مسئله می تواند سبب شود جهات تحفیف (بندهای ب، پ، ت، ث، ج، چ ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی) را به گونه ای تفسیر کند که شامل حال متهم بشوند.

به این ترتیب، اگرچه در ابتدای فرایند تصمیم گیری، برخی استدلال ها پشتیبان یک تصمیم و برخی دیگر مؤید خروجی دیگری هستند اما در طول تصمیم گیری درخصوص پرونده، مدل دعوا در ذهن قاضی به سوی انسجام یابی بیشتر حرکت می کند؛ وقایع، قواعد و گزاره های مطرح شده به لحاظ شناختی تغییر می یابند و منجر به یک توجیه کاملاً سازگار برای نتیجه نهایی می شوند. به عبارت دیگر، تصمیم گیران فعالانه به ساختن مدل های ذهنی از موقعیت می پردازند، و ادراکات آن ها از شواهد به صورت ناخود آگاه، در طول بررسی موقعیت تغییر می کند. فرایند استدلال ورزی در هر دو جهت پیش می رود، به این معنا که قاضی نه تنها بر مبنای شواهد تصمیم می گیرد، بلکه به صورت معکوس نیز استدلال می کند، یعنی از انتخاب ها به شواهد می رسد. فرد اطلاعاتی که تفسیر مورد پسند وی را حمایت می کنند برجسته و اهمیت یا اعتبار اطلاعاتی که خلاف تفسیرش باشد را تضعیف می کند (Berger, 2013: 14).

۲. تصمیم گیری های اتفاقی دارای انسجام

تصمیم گیری های اتفاقی دارای انسجام^۲ به این مسئله اشاره دارد که وقتی اشخاص، یک مقدار را

1. Affect heuristic
2. Coherent Arbitrariness

ولو به صورت تصادفی انتخاب می‌کنند، موارد بعدی به صورت منسجمی مطابق با انتخاب اولیه مرتب می‌شوند. در واقع، انتخاب یا پاسخ اول به عنوان یک لنگر برای سایر ارزیابی‌ها عمل می‌کند. به این الگوی پاسخ‌ها، تصمیم‌گیری‌های اتفاقی دارای انسجام گفته می‌شود زیرا اگرچه ارزیابی اولیه دلبخواهی است اما پاسخ‌های بعدی با توجه به تغییرات و تفاوت‌های میان این موارد با ارزیابی اولیه به صورت منسجم و سازگار تعیین می‌شوند. این ارزیابی و انسجام دلبخواهی در تصمیم‌گیری‌های قضایی نیز تأثیرگذار است و می‌توان آن را به عنوان نمونه بارزی از تأثیر محیط و بستر تصمیم‌گیری بر تصمیم‌های اتخاذی دانست. به این ترتیب، مجازاتی که قاضی برای یک پرونده تعیین می‌کند می‌تواند به عنوان یک لنگر برای تعیین مجازات در پرونده‌های دیگر عمل کند. برای مثال اگر اولین پرونده‌ای که قاضی در یک روز برای آن مجازات تعیین می‌کند، جرم سرقت مسلحانه موضوع ماده ۶۵۲ قانون مجازات اسلامی باشد که مجازات آن حبس از سه ماه تا ده سال و شلاق تا ۷۴ ضربه است و جرم بعدی جعل موضوع ماده ۵۳۴ باشد که مجازات قانونی آن حبس از یک تا پنج سال یا شش تا سی میلیون ریال جزای نقدی است و قاضی در پرونده اول، حکم به ۵ سال حبس داده باشد، با فرض شدیدتر بودن سرقت موضوع ماده ۶۵۲ نسبت به جعل از نظر قاضی، وی در تعیین مجازات جعل به این تفاوت توجه می‌کند و مجازات جعل را کمتر از ۵ سال تعیین می‌کند. اما برای مثال چنانچه تعیین مجازات جرم جعل پس از رسیدگی و تعیین مجازات جرم افترای عملی موضوع ماده ۶۹۹ انجام شود که مجازات شش ماه تا سه سال حبس و یا تا ۷۴ ضربه شلاق دارد و قاضی در پرونده افترای عملی حکم به یک سال حبس داده باشد، در این صورت نیز با فرض شدیدتر بودن جعل نسبت به افترای عملی، وی مجازات جعل را بیشتر از افترای عملی تعیین می‌کند اما به نظر می‌رسد شدت مجازاتی که قاضی برای جرم جعل تعیین می‌کند چنانچه تعیین مجازات پس از افترای عملی باشد نسبت به زمانی که پس از سرقت مسلحانه باشد کمتر باشد. زیرا در فرض اول، لنگر اولیه یک سال حبس بوده و در فرض دوم پنج سال. یک سال و پنج سال به عنوان لنگر برای تعیین مجازات جعل عمل می‌کنند و مجازات‌های تعیینی بعدی با این مجازات‌ها سنجیده می‌شوند.^۱ به این ترتیب، مجازات تعیین شده برای دو جرم ارتکاب یافته در شرایط مشابه توسط دو شخص ممکن است به دلیل تفاوت در سایر پرونده‌هایی که قضات برای آن‌ها مجازات تعیین کرده‌اند متفاوت شود

۱. به نظر می‌رسد بتوان با بررسی عملی مجازات‌های تعیین شده برای پرونده‌های مختلف در شعب دادگاه‌ها و با توجه به ترتیب زمانی رسیدگی و تقدم و تأخر میان آن‌ها، این امر را احراز کرد که آیا ترتیب رسیدگی به ترتیبی که اشاره شد در تعیین مجازات برای پرونده‌های مختلف مؤثر بوده است یا خیر.

که در این صورت می‌تواند امری ناعادلانه تلقی گردد.

در صورت وجود این سوگیری و مؤثر بودن آن در تعیین مجازات جرایم مختلف که نیازمند بررسی آرای قضایی است به نظر می‌رسد ترتیب چینش پرونده‌ها برای تعیین مجازات به‌نحوی که مجازات قانونی پرونده‌هایی که قرار است برای آن‌ها حکم صادر شود نزدیک به یکدیگر باشند را می‌توان به‌عنوان یک راهکار احتمالی برای معماری انتخاب و به‌منظور مقابله با نتایج ناعادلانه حاصل از تصمیم‌گیری‌های اتفاقی دارای انسجام مطرح کرد. برای مثال می‌توان ترتیبی اتخاذ کرد که در صورت امکان، پرونده‌های با موضوع‌های اتهامی یکسان در روز خاصی از هفته یا ماه مورد رسیدگی قرار گیرند.

۲-۱. تصمیم‌گیری‌های اتفاقی دارای انسجام و تخصصی شدن دادگاه‌ها

یکی از مواضع تأثیرگذاری موضوع تصمیم‌گیری‌های اتفاقی دارای انسجام در تخصصی شدن دادگاه‌ها است. دادگاه‌های تخصصی به شعبی از دادگاه‌ها اطلاق می‌شود که بر اساس نوعی تقسیم کار داخلی با ماهیت اداری، وظیفه رسیدگی به جرایم خاص را بر عهده دارند و از لحاظ ترکیب قضات و شیوه رسیدگی تابع مقررات عمومی هستند. این شعب در واقع به‌منظور رسیدگی تخصصی به جرایم که سرعت و دقت بیشتر در رسیدگی‌ها را به دنبال دارد، تشکیل می‌شوند.

در ماده ۲۵ قانون آیین دادرسی کیفری، تشکیل شعب تخصصی در دادسرا و دادگاه به تشخیص رئیس قوه قضائیه محول شده است. همچنین به‌موجب ماده ۵۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری، تمام مراجع قضایی مکلفند با توجه به نوع دعاوی به تخصیص شعبه یا شعبی از مراجع قضایی برای رسیدگی تخصصی اقدام کنند. هرچند در حال حاضر، عملاً در دادسراها به‌ویژه در مرکز کشور و برخی از شهرهای بزرگ، شعب تخصصی ایجاد گردیده است اما درخصوص محاکم، اقدام جدی صورت نگرفته است و پس از تصویب آیین‌نامه تبصره ماده ۵۶۶ با عنوان آیین‌نامه شیوه تشکیل شعب تخصصی مراجع قضایی در تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲۸، رسیدگی به جرایم مقرر با رعایت صلاحیت ذاتی، متوجه شعب تخصصی شده است و هر جا که شعب تخصصی ایجاد و فعالیت خود را شروع کرده باشند، مقام ارجاع مکلف به ارجاع تخصصی بوده و تخلف از این امر مجازات انتظامی را در پی دارد (امیری، طهماسبی و پاکزاد، ۱۳۹۹: ۳۳).

تصمیم‌گیری‌های اتفاقی دارای انسجام می‌تواند یک دلالت مهم درخصوص تخصصی شدن دادگاه‌ها داشته باشد. با توجه به وجود این پدیده در مواردی که پرونده‌های مورد رسیدگی توسط قضات، دربردارنده مجازات‌های متفاوتی به‌لحاظ شدت و ضعف هستند، ارزیابی شدت جرم ارتكابی و در نتیجه میزان مجازات تعیین‌شده توسط قاضی تحت تأثیر سایر جرایم رسیدگی‌شده قرار

می‌گیرد. در نتیجه این مقایسه ذهنی، یک رفتار مجرمانه خاص زمانی که با جرایم شدیدتر مقایسه شود سبک‌تر و زمانی که با جرایم سبک‌تر مقایسه شود شدیدتر به نظر می‌رسد. لذا می‌توان گفت زمانی که پرونده‌های ارجاعی به قضات از انواع مختلف و با میزان مجازات‌های متفاوت باشند قاضی می‌تواند شدت مجازات‌ها را با مقایسه هر پرونده با پرونده‌های دیگر تعیین کند که این امر می‌تواند با ایجاد دید کلی‌تر و نگاهی همه‌جانبه‌تر در تعیین مجازات عادلانه‌تر برای جرایم مختلف مؤثر باشد؛ چراکه این مقایسه فوری در درازمدت، نوعی الگوی تعیین مجازات برای جرایم مختلف در ذهن قاضی ایجاد می‌کند. نتایج برخی تحقیقات نیز نشان داده است دادگاه‌هایی که تنها به جرایم سبک رسیدگی می‌کنند نسبت به دادگاه‌هایی که پرونده‌های دربردارنده جرایم و مجازات‌های خفیف و شدید به‌صورت هم‌زمان به آن‌ها ارجاع می‌شوند رویه‌های تعیین مجازات شدیدتری دارند و دادگاه‌هایی که به جرایم شدیدتر رسیدگی می‌کنند مجازات‌های خفیف‌تری را تعیین می‌کنند (Leibovitch, 2016a: 321). اما رسیدگی به طیف گوناگونی از شدت و ضعف مجازات‌ها به قاضی در ایجاد انسجام بیشتر و متناسب‌سازی مجازات‌ها با جرایم کمک می‌کند.

به‌عنوان یک مثال جالب در این خصوص می‌توان به پژوهشی اشاره کرد که در سال ۲۰۱۰ و درخصوص جرایم مرتبط با خشونت خانگی در شهرستان کوک در ایالت ایلینویز انجام شد که نتایج قابل توجهی داشت. توضیح اینکه دادگاه‌های شهرستان کوک، بخش‌های تخصصی برای رسیدگی به پرونده‌های خشونت خانگی ایجاد کردند که این بخش‌ها در مکانی مستقل از دادگاه کیفری، مستقر و ده قاضی برای آن‌ها منصوب شده بود. در اوایل سال ۲۰۱۰ این بخش‌ها به تمامی جنحه‌های خشونت خانگی^۱ رسیدگی می‌کردند اما رسیدگی به جنایات خشونت خانگی^۲ در صلاحیت بخش محاکمات جنایی در دادگاه کیفری قرار داشت. در ژانویه ۲۰۱۰، ایلینویز، قوانین مرتبط با خشونت خانگی را اصلاح کرد تا مجازات این جرم را برای تکرارکنندگان جرم افزایش دهد و به دادستان‌ها اجازه داد که با افرادی که سابقه ارتکاب خشونت خانگی را داشتند به‌جای جنحه درجه یک به‌عنوان جنایت درجه چهار مقابله کنند. با توجه به اینکه در آن زمان، بخش خشونت خانگی در شیکاگو تنها صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های خشونت خانگی جنحه‌ای را داشت لذا تکرارکنندگان این جرم که اتهام آن‌ها جنایت درجه چهار بود باید در دادگاه کیفری محاکمه می‌شدند. نکته جالب توجه رسیدگی به پرونده‌های تکرارکنندگان خشونت خانگی در دادگاه کیفری این بود که اصلاح قوانین سبب شد تکرارکنندگان خشونت که به‌عنوان جنایت درجه چهار به جرم آن‌ها رسیدگی می‌شد نسبت

1. domestic violence misdemeanors

2. Felony domestic violence offenses

به افرادی که همان جرم را مرتکب و به عنوان جنبه درجه یک در بخش های خشونت خانگی به جرم آن ها رسیدگی می شد مجازات های کمتری را دریافت می کردند که برخلاف هدف از اصلاح قانون یعنی تشدید مجازات برای تکرارکنندگان جرم بود. این مشکل، یک سال بعد با یک تغییر ساختاری رفع شد. این تغییر ساختاری عبارت بود از اینکه صلاحیت رسیدگی به جنایات درجه چهار از دادگاه کیفری به بخش خشونت خانگی انتقال یافت (Leibovitch, 2016b: 1230). در واقع این مسئله که رسیدگی به جنایت خشونت خانگی از جمله سبک ترین جرایمی بود که در دادگاه کیفری مورد رسیدگی قرار می گرفت سبب می شد دادگاه کیفری، مجازات خفیف تری را برای این جرم تعیین کند اما با توجه به اینکه رسیدگی به خشونت های خانگی در بخش های تخصصی از جمله جنبه های شدید تلقی می شد، این بخش ها مجازات های شدیدتری تعیین می کردند و با تغییر مرجع صالح برای رسیدگی، نوعی توازن در تعیین مجازات ها ایجاد شد.

با توجه به آنچه ذکر شد می توان گفت تخصیص شعب دادگاه ها برای رسیدگی به پرونده های با موضوع های اتهامی خاص بر اساس تقسیم کارهای داخلی و ارجاع پرونده هایی که مجازات های آن ها چندان به لحاظ شدت و ضعف، متفاوت نیستند، هرچند می تواند با انجام رسیدگی ها توسط قضات دارای دانش و تخصص بالاتر سبب بالاتر رفتن کیفیت احکام صادره شود، اما صرفاً یک تقسیم کار اداری نیست و می تواند سبب تفاوت ماهوی در مجازات های تعیینی شود؛ چراکه ممکن است مجازات تعیین شده در یک پرونده نه به خاطر وقایع موجود در خود پرونده بلکه به خاطر نوع سایر پرونده هایی که قاضی به آن ها رسیدگی می کند با مجازات تعیین شده در پرونده مشابه آن توسط قاضی دیگر متفاوت باشد. لذا یکی از هزینه های تخصصی کردن رسیدگی ها در دادگاه ها، تأثیر آن بر رویه های تعیین مجازات است که باید این هزینه در کنار منافع تخصصی کردن دادگاه ها در نظر گرفته شود. اگر تخصصی کردن دادگاه ها بر اساس ضرورت های قابل توجه مانند افزایش کارایی شعب به دلیل تخصص و دانش بیشتر قضات باشد قابل توجیه است، اما ارجاع پرونده ها باید به گونه ای باشد که قضات به طیفی از جرایمی که در آن ها دارای تخصص هستند و با مجازات های دارای شدت و ضعف گوناگون رسیدگی کنند نه تنها به یک نوع جرم یا جرایمی که مجازات آن ها تفاوت چندانی ندارد.

۲-۲. تصمیم گیری های اتفاقی دارای انسجام و تفاوت در حوزه های قضایی

مسئله ای که در بالا توضیح داده شد درخصوص حوزه های قضایی مختلف، اعم از شهرستان مرکز استان، سایر شهرستان ها و بخش های مختلف، نیز می تواند اثرگذار باشد. تفاوت در رویه های تعیین مجازات در حوزه های قضایی مختلف می تواند به عوامل مختلفی بستگی داشته باشد. برای

مثال مجازاتی که برای یک جرم خاص در دادگاه‌های شهرستان قم تعیین می‌شود احتمالاً با مجازاتی که برای همان جرم در دادگاه بندرانزلی تعیین می‌شود متفاوت است. این تفاوت می‌تواند به دلیل تفاوت در هنجارها، نگرش‌ها و نیازهای مردم در این دو حوزه قضایی و به تبع آن، نوع نگاه قضات باشد. اما احتمالاً یک عامل دیگر نیز در این رویه‌های تعیین مجازات اثرگذار باشد. اگر طیف جرایمی که در حوزه‌های قضایی کوچک مثلاً در حوزه قضایی بخش یا شهرستان‌های کوچک واقع می‌شوند چندان گسترده نباشند، می‌توان پیش‌بینی کرد که مجازات‌ها به صورت سخت‌گیرانه‌تری تعیین شوند. بر عکس چنانچه جرایم واقع شده در حوزه‌های قضایی کوچک مانند بخش‌های کوچک دارای تنوع زیادی باشند با توجه به اینکه رسیدگی به جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری دو در حوزه قضایی بخش صورت می‌گیرد و بر اساس ماده ۳۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری یک نیز رئیس دادگاه بخش به جانشینی بازپرس انجام وظیفه می‌نماید می‌توان گفت در این موارد، دادگاه‌های بخش، رویه‌های تعیین مجازات سهل‌گیرانه‌تری دارند زیرا قاضی دادگاه بخش، مسئول رسیدگی به تنوع گسترده‌ای از جرایم با شدت و ضعف‌های متفاوت خواهد بود.

به همین ترتیب اگر بتوان گفت که در حوزه‌های قضایی بزرگ‌تر، قضات به طیف وسیع‌تری از جرایم و در حوزه‌های قضایی کوچک‌تر به انواع کمتری از جرایم رسیدگی می‌کنند، این نتیجه قابل پیش‌بینی است که مجازات‌های تعیین شده در حوزه‌های قضایی بزرگ‌تر، سبک‌تر از حوزه‌های کوچک‌تر باشند. در برخی تحقیقات نیز این نتیجه به دست آمده است که در شهرهای بزرگ‌تر، شدت مجازات‌ها کمتر است. برای مثال مجازات‌های حبس در حوزه‌های قضایی بزرگ‌تر، کمتر از حوزه‌های کوچک‌تر و متوسط متداول هستند و طول مدت حبس نیز در این حوزه‌ها کمتر است (Ulmer & Johnson, 2004: 166).

در خصوص نحوه مواجهه با اثرات ناعادلانه تصمیم‌گیری‌های اتفاقی دارای انسجام در تعیین مجازات به نظر می‌رسد یکی از راهکارهای احتمالی، به کارگیری رهنمودهای کیفی جهت سامان‌دهی اختیارات قضایی باشد.^۱

۳. پس‌نگری

سوگیری پس‌نگری^۲، یک سوگیری رایج است که تخمین احتمالات را با توجه به موقعیت زمانی شخص نسبت به یک واقعه خاص دچار ناهماهنگی می‌کند. سوگیری پس‌نگری بیان می‌کند که

۱. در خصوص این رهنمودها نک: محمودی جانکی و طاهری، ۱۳۹۹.

2. Hindsight bias

اشخاص، وقایعی را که اتفاق می‌افتند پس از اطلاع از وقوع آن‌ها بیش از آنچه قبل از اتفاق افتادن آن‌ها تصور می‌کنند، قابل‌پیش‌بینی می‌دانند. اشخاص، زمانی که پس از رخداد یک واقعه به عقب برگشته و احتمال وقوع آن را برآورد می‌کنند، معمولاً احتمال وقوع آن را بیشتر تخمین می‌زنند. یعنی اگر احتمال وقوع رخداد الف $p(E)$ باشد، شخصی که دچار سوگیری پس‌نگری باشد این احتمال را به صورت $q(E)$ تخمین می‌زند و $q(E) > p(E)$ است. دانستن اینکه یک واقعه اتفاق افتاده است، تخمین‌های اشخاص درباره احتمال اینکه آن واقعه اتفاق می‌افتاد را بالا می‌برد. لذا اگر یک واقعه اتفاق افتاده باشد، شخصی که از یک نقطه زمانی در آینده به آن توجه می‌کند معمولاً احتمال وقوع آن حادثه را بیشتر تخمین می‌زند (Pi, et.al., 2014: 154). این در حالی است که افراد از تأثیری که دانستن نتیجه می‌تواند بر ادراک‌های آن‌ها داشته باشد مطلع نیستند (Fischhoff, 2003: 310).

در خصوص چگونگی تأثیر سوگیری پس‌نگری بر تصمیم‌گیری قضایی باید گفت از آنجا که قضات، جرایم را پس از وقوع آن‌ها ارزیابی می‌کنند در معرض سوگیری پس‌نگری هستند. در ادامه تأثیرات سوگیری پس‌نگری بر احراز جرایم ناشی از تقصیر و جرایم مقید به نتیجه توضیح داده می‌شود.

۳-۱. تأثیر پس‌نگری بر احراز جرایم ناشی از تقصیر

مقامات قضایی که پس از حدوث یک واقعه باید درباره آن تصمیم‌گیری کنند به دلیل سوگیری پس‌نگری، احتمال وقوع آن واقعه خاص را بیش از احتمالی ارزیابی می‌کنند که یک شخص معمولی قبل از وقوع حادثه، پیش‌بینی می‌کند. این سوگیری می‌تواند بر تصمیم‌هایی که دادگاه باید مشخص کند آیا یک نتیجه خاص به صورت معقولی قابل‌پیش‌بینی و احیاناً قابل‌پیشگیری بوده است یا خیر یعنی در جرایم ناشی از تقصیر مؤثر باشد. ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد تحقق جرایم غیرعمدی منوط به احراز تقصیر مرتکب است. ماهیت تقصیر در پیش‌بینی نتایج احتمالی حاصل از یک رفتار نهفته است و چنانچه شخص باوجود قابل‌پیش‌بینی بودن نتیجه، اقدام به رفتار زیان‌بار نماید مرتکب تقصیر شده است. همچنین معیار تقصیر، عرفی است و برای تشخیص آن باید کار انجام‌شده را با رفتار انسانی متعارف و عادی با توجه به اوضاع و احوال مقایسه کرد (سبزواری‌نژاد، ۱۳۹۵: ۵۲۱) و این همان جایی است که سوگیری پس‌نگری می‌تواند اثرگذار باشد.

توضیح اینکه برای تصمیم‌گیری درخصوص این امر که آیا شخص متهم، مرتکب تقصیر شده است یا خیر علی‌القاعده باید بر اطلاعاتی تمرکز کرد که وی در زمان تصمیم‌گیری برای انجام یک رفتار در اختیار داشته است؛ درحالی‌که وقوع نتیجه زیان‌بار به دلیل وجود سوگیری پس‌نگری می‌تواند سبب شود که قاضی تصور کند نتیجه حاصله قابل‌پیش‌بینی و احتمال وقوع آن زیاد بوده است زیرا همان طور که اشاره شد دانستن پایان داستان سبب می‌شود نتایج واقع‌شده قابل‌پیش‌بینی‌تر تلقی شوند. لذا وجود این

سوگیری می‌تواند منجر به گسترش و توسعه محدودۀ شناسایی تقصیر از نظر قاضی شود. تأثیر سوگیری پس‌نگری در تشخیص تقصیر در یک پژوهش مورد ارزیابی قرار گرفت. در این پژوهش از شرکت‌کنندگان خواسته شد تصمیمات شهرداری را درخصوص اقدامات احتیاطی مناسب برای مقابله با خطر سیل ارزیابی کنند. در این پژوهش به تمام شرکت‌کنندگان، اطلاعات یکسانی درباره هزینه‌ها و کارایی این اقدامات داده شد. تنها تفاوت این بود که سؤالات برای شرکت‌کنندگان گروه اول به‌صورت یک گزارش اداری شبیه‌سازی شده بود که قبل از وقوع آسیب درخصوص اقدامات احتیاطی نظرسنجی می‌کرد اما برای گروه دوم به‌صورت یک محاکمه شبیه‌سازی شده بود که پس از وقوع آسیب صورت می‌گرفت. نتایج، تفاوت قابل‌توجهی را میان دو گروه نشان داد. درحالی‌که تنها ۲۴ درصد از شرکت‌کنندگان گروه اول اعتقاد داشتند انجام اقدامات احتیاطی برای جلوگیری از وقوع سیل ضرورت داشت، به اعتقاد ۵۷ درصد از شرکت‌کنندگان گروه دوم، وقوع سیل بسیار محتمل بوده و انجام ندادن اقدامات احتیاطی، تقصیر در انجام وظیفه بوده است (Guthrie, et.al., 2001: 800).

۲-۳. تأثیر پس‌نگری بر احراز علم به وقوع نتیجه در جرایم مقید به نتیجه

این سوگیری را می‌توان در مورد جرایم مقید به نتیجه که علم به وقوع نتیجه در کنار قصد نتیجه برای اثبات عنصر معنوی کافی دانسته شده است، مؤثر دانست. برای مثال ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است در جرایمی که وقوع آن‌ها بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا «علم به وقوع آن» نیز باید احراز گردد. تبصره ماده ۲۸۶ درخصوص افساد فی الارض بیان می‌دارد هرگاه دادگاه از مجموع ادله و شواهد، قصد اخلال گسترده در نظم عمومی، ایجاد ناامنی، ایراد خسارت عمده و یا اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع و یا علم به مؤثر بودن اقدامات انجام‌شده را احراز نکند و جرم ارتكابی مشمول مجازات قانونی دیگری نباشد، با توجه به میزان نتایج زیان‌بار جرم، مرتکب به حبس تعزیری درجه پنج یا شش محکوم می‌شود. ماده ۲ قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی نیز مقرر داشته هر یک از اعمال مذکور در بندهای ماده ۱ چنانچه به قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی ایران و یا به قصد مقابله با آن و یا با علم به مؤثر بودن اقدام در مقابله با نظام مزبور چنانچه در حد فساد فی الارض باشد مرتکب به اعدام و در غیر این صورت به حبس از پنج سال تا بیست سال محکوم می‌شود ... چنان‌که مشخص است قانون‌گذار در این موارد، علم به وقوع نتیجه را در کنار قصد نتیجه برای تحقق جرم کافی دانسته است. احراز علم به وقوع نتیجه که می‌توان آن را با احتمال بالای وقوع نتایج تعریف نمود، ازجمله مواردی است که می‌تواند قاضی را در معرض سوگیری پس‌نگری قرار دهد. در این موارد، ممکن است شخص در زمان انجام اقدامات خود، حتی احتمال وقوع نتایج مذکور در قانون را نمی‌داده است چه برسد به این‌که بخواهد به وقوع

آن نتایج علم داشته باشد اما در زمان احراز وقوع جرم، با توجه به اینکه جرم واقع شده است، مقامات عدالت کیفری، علم به وقوع نتیجه توسط مرتکب را مفروض بدانند. فلذا سوگیری پس‌نگری می‌تواند محدوده علم به وقوع نتیجه از نظر قاضی را گسترش دهد زیرا پس از وقوع نتیجه، قاضی احتمال تحقق نتیجه را بیشتر از میزانی تخمین می‌زند که مرتکب در زمان انجام رفتار، تخمین می‌زده است. نکته قابل توجه این است که بر اساس نتایج برخی تحقیقات اگرچه تجربه می‌تواند تأثیر سوگیری پس‌نگری را تا حدودی کاهش دهد اما قادر به حذف کردن آن نیست (Guthrie et.al, 2001: 801). همچنین تحقیقات در این خصوص که آیا صرف آگاهی دادن به افراد درباره این سوگیری یا دادن انگیزه‌های مالی به آن‌ها می‌تواند آثار آن را کاهش دهد یا خیر به نتایج منفی دست یافته‌اند. برای مثال در یک فراتحلیل از حدود ۱۰۰ مطالعه درخصوص سوگیری پس‌نگری این نتیجه به دست آمد که مداخلات برای کاهش سوگیری پس‌نگری منجر به کاهش چندانی در آثار این سوگیری نمی‌شوند (Guilbault, et.al., 2004: 110). اما برخلاف این تصویر کلی، یک رویکرد نسبتاً مؤثر برای مقابله با این سوگیری بر اساس برخی مطالعات، در نظر گرفتن نتایج دیگری غیر از نتیجه‌ای است که به دست آمده است (Lord, et.al, 1984: 1239, Nario & Branscombe, 1995: 1252). بر این اساس، دادن آموزش‌های لازم به قضات درخصوص وجود این سوگیری و خواستن از آن‌ها برای اینکه درخصوص موضوع با توجه به جزئیاتی تصمیم‌گیری کنند که فرد در زمان تصمیم‌گیری داشته است و نه بر اساس نتایج ایجادشده و نیز توجه دادن قضات به در نظر گرفتن نتایج دیگری که ممکن بود از اقدامات مرتکب حاصل شوند ممکن است بتوانند میزان سوگیری را کاهش دهند.

۴. تبعیت

رفتار اطرافیان، تأثیر قدرتمندی بر کردار انسان‌ها دارد. تقریباً محال است انسان‌ها به چیزی که مردم به آن زل زده‌اند نگاه نکنند. انسان‌ها وقتی با دیگران به تماشای یک نمایش طنز می‌نشینند خنده‌هایشان دو برابر می‌شود و هرچه دوستان بیشتری دور میز باشند، غذای بیشتری می‌خورند (هالپرن، ۱۳۹۸: ۱۶۹). یکی از پیامدهای این واقعیت که انسان، حیوانی اجتماعی است این است که او همواره در بین ارزش‌های مربوط به فردیت و ارزش‌های مربوط به هم‌رنگی با جماعت در حالتی پر از تنش به سر می‌برد. تبعیت^۱ از جمع (یا هم‌نوایی یا هم‌رنگی) را می‌توان تغییر در رفتار یا عقاید شخص در نتیجه اعمال فشار واقعی یا خیالی از طرف فردی دیگر یا گروهی از مردم تعریف کرد. مجموعه‌ای از آزمایش‌ها برای نشان دادن این واقعیت توسط سولومن اش^۲ انجام شد که بر اساس

1. conformity

2. Solomon Asch

آن‌ها آزمودنی‌ها باید مشخص می‌کردند کدام یک از سه خط مقایسه‌ای از نظر طول با خط معیار برابر است. چند فرد دیگر نیز در این جلسات حضور داشتند و بدون آنکه آزمودنی بداند همکاران آزمایشگر بودند. همکاران آزمایشگر به این سؤالات پاسخ‌هایی می‌دادند که آشکارا غلط بود و این پاسخ را قبل از آزمودنی‌های واقعی ارائه می‌کردند.



نتایج نشان داد که اکثریت بزرگی از افراد تحقیق‌اش، هم‌رنگی را انتخاب کردند (بارون و همکاران، ۱۳۹۹: ۵۰۳). یافته‌های اش مسئله‌ای جهان‌شمول را توصیف می‌کنند. آزمایش‌های هم‌نوابی بیش از ۱۳۰ مرتبه در هفده کشور از جمله زئیر، آلمان، فرانسه، ژاپن، نروژ، لبنان و کویت تکرار شده‌اند. الگوی کلی این خطاها که در آن افراد در حدود ۲۰ تا ۴۰ درصد اوقات هم‌نوابی می‌کنند، تفاوت فاحشی در میان ملت‌ها ندارد. شاید ۲۰ تا ۴۰ درصد، عدد خیلی بزرگی به حساب نیاید اما این مسئله را باید به خاطر داشت که پرسش در این آزمون بسیار ساده و مانند این بوده است که افراد تصویر یک سگ را به جای گربه شناسایی کنند چون دیگران قبل از آن‌ها این‌گونه تشخیص داده‌اند (تالر و سانس‌تین، ۱۳۹۷: ۱۰۷). درخصوص علت تبعیت از جمع دو امکان متصور است. اول این‌که اتفاق نظر اکثریت سبب می‌شود که افراد متقاعد شوند قضاوت‌های آنان نادرست است. دوم این‌که اگرچه افراد می‌دانند قضاوت‌شان صحیح است اما از جمع تبعیت می‌کنند تا موردعلاقه اکثریت باشند و مورد نفرت یا دشمنی قرار نگیرند.

چنان‌که گفته شد هم‌رنگی را می‌توان تغییر در رفتار یا عقاید شخص در نتیجه اعمال فشار واقعی یا خیالی از طرف فردی دیگر یا گروهی از مردم تعریف کرد. این هم‌رنگی را در قضاوت نیز می‌توان شناسایی کرد. به لحاظ نظری، این مسئله را می‌توان در مواضع مختلف تصمیم‌گیری‌های قضایی مشاهده کرد که به دو مورد اشاره می‌شود.

۴-۱. تبعیت در رسیدگی با تعدد قضات

در تصمیم‌گیری جمعی و مواردی که با تعدد قضات نسبت به یک موضوع رسیدگی می‌شود، برای مثال در رسیدگی توسط دادگاه‌های کیفری یک و نیز در رسیدگی به جرایم مستوجب مجازات‌های مندرج در بندهای الف، ب، پ، ت ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری در دادگاه انقلاب که با یک رئیس و دو مستشار انجام می‌شود و نیز رسیدگی‌های فرجامی دیوان عالی کشور

(مواد ۲۹۶، ۲۹۷ و ۴۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری)، فرد ممکن است تحت تأثیر نظر اکثریت در خصوص انتساب مسئولیت به شخص و تعیین مجازات قرار گیرد هر چند نظر واقعی او در خصوص واقعیات پرونده و مجازات عادلانه با سایر افراد متفاوت باشد. زمانی که نظر قاضی با نظر اکثریت قضات متفاوت باشد ممکن است این تفاوت را تهدیدی نسبت به اعتبار خود تلقی کند و نظر خود را اظهار نکند.^۱

آزمایش‌های مربوط به هم‌نوایی نشان داده‌اند که تمایل افراد به تبعیت از قضاوت نادرست اکثریت حتی زمانی که یک نظر مخالف با نظر اکثریت وجود داشته باشد تا حد زیادی کاهش می‌یابد. به عبارت دیگر، حضور یک عضو مخالف با نظر اکثریت به شکل چشمگیری فشار اکثریت را برای هم‌رنگی کاهش می‌دهد (ارونسون، ۱۳۸۵: ۵۱). لذا در صورتی که سه عضو دادگاه، نظرات متفاوتی داشته باشند مسئله هم‌نوایی مشکل‌ساز نخواهد بود هر چند در این موارد، عوامل دیگری نیز تأثیرگذار هستند که در ادامه بیان می‌شوند. اما در صورت متفاوت بودن نظر یکی از اعضا با دو عضو دیگر، یک نفری که در اقلیت است احتمال بیشتری دارد که اساساً نظر خود را ابراز نکند هر چند در صورت اظهار نظر ممکن بود می‌توانست سایر اعضا را با خود همراه کند.

توجه به این نکته لازم است که میزان هم‌نوایی فرد با گروه به عوامل مختلفی بستگی دارد. برای مثال افرادی که عزت نفس کمتری دارند خیلی بیشتر به فشار گروه تن می‌دهند تا آن‌هایی که عزت نفس بیشتری دارند. همچنین اگر فردی اعتقاد داشته باشد که برای وظیفه مورد نظر، استعداد و قابلیت ندارد تمایل او به هم‌رنگی افزایش می‌یابد. برخی تفاوت‌های فرهنگی نیز تأثیرگذار هستند. برای مثال در یک پژوهش با تحلیل ۱۳۳ مطالعه‌ای که با روش‌اش در ۱۷ کشور مختلف انجام شد این نتیجه به دست آمد که هم‌رنگی در جوامع جمع‌گرا (مانند نروژ، چین و ژاپن) بیشتر از جوامع فردگرا (مانند ایالات متحده و فرانسه) است. همچنین به نظر می‌رسد زنان بیش از مردان، هم‌رنگی نشان می‌دهند. عامل تأثیرگذار دیگر مربوط به ترکیب گروهی است که اعمال فشار می‌کند؛ اگر شخص احساس کند سایر افراد گروه نسبت به وی تخصص بیشتری دارند یا سایر اعضای گروه برای وی اهمیت داشته باشند بیشتر از نظر گروه تبعیت می‌کند. در نهایت نیز اینکه تخلف از هنجارهای گروه برای فردی که از موقعیت مستحکمی در گروه برخوردار است نسبت به افرادی که احساس می‌کنند تنها به میزان متوسط مقبولیت دارند آسان‌تر است (ارونسون، ۱۳۸۵: ۵۳). تمام موارد فوق در خصوص قضات

۱. پرهزینه بودن تفکر و بررسی دقیق موضوع از جمله دیگر عواملی است که سبب می‌شود قاضی نظر سایر قضات را بپذیرد و هزینه زحمت و تفکر دقیق را متحمل نشود.

نیز قابل تسری هستند. برای مثال قضاتی که از عزت نفس پایینی برخوردار هستند یا به نظر آن‌ها سایر اعضا تخصص بیشتری دارند بیشتر احتمال دارد که نظر سایرین را بپذیرند و نظر خود را ابراز نکنند. به‌منظور کاهش تأثیر هم‌نوایی در تعیین مجازات در پرونده‌های مورد رسیدگی با قضات متعدد به نظر می‌رسد بهتر باشد به این صورت عمل شود که پس از مشورت‌های لازم، هر یک از قضات به‌صورت پنهان، نظر خود در خصوص مجرم بودن یا نبودن فرد و همچنین میزان مجازات اعلام کنند و میانگین این موارد برای صدور حکم موردتوجه قرار گیرد. جهت مقابله با مجازات‌های بسیار شدید یا بسیار خفیف در اثر به‌کارگیری این شیوه می‌توان صدور حکم بر اساس میانگین موارد اعلامی اولیه را الزامی ندانست و امکان مشورت‌های بعدی را نیز فراهم کرد. فایده اعلام نظر اولیه باوجود امکان بازنگری در مجازات تعیینی آن است که چون هر یک از قضات در ابتدا نظر خود را اعلام کرده‌اند این نظر به‌عنوان لنگر عمل می‌کند و سبب می‌شود که قضات نسبت به موضع اعلامی اولیه خود توجه داشته باشند و می‌تواند اثرات احتمالی تبعیت و هم‌نوایی با اعضای گروه حتی باوجود مشورت‌های بعدی را نیز کاهش دهد.

۴-۲. تبعیت از فشارهای اجتماعی و مطالبات مردمی

در سطح جامعه نیز آگاه شدن عموم مردم از یک پرونده و مطالبات افراد در یک قضیه خاص می‌تواند فضایی را ایجاد کند که قاضی پرونده تحت تأثیر این فشار و مطالبه عمومی به شکلی خاص در یک پرونده تصمیم‌گیری کند. اطلاعات مردم از وقایع پرونده و شخصیت مجرم با توجه به بازنمایی‌هایی که از جرم و مجرم در رسانه‌ها صورت می‌گیرد به دست می‌آید. رسانه‌ها از یک‌سو می‌توانند با روایت یک موضوع به‌صورت خاص به افکار عمومی شکل دهند و از سوی دیگر به‌عنوان یک منبع اطلاعاتی درخصوص اینکه افراد جامعه درخصوص یک پرونده چگونه فکر می‌کنند به کار می‌آیند. لذا افزایش مطالبات عموم مردم برای مجازات شدید برخی مجرمان که در رسانه‌ها نمایش داده می‌شود، می‌تواند بر تصمیم قضات اثرگذار باشد. زیرا قضات نیز ممکن است تحت تأثیر روایت‌های رسانه‌ها درخصوص مطالبات مردم قرار گیرند و هرچند با توجه به اطلاعی که از جزئیات موضوع دارند تمایل به صدور حکمی خاص داشته باشند اما تحت تأثیر فشارهای واقعی یا خیالی از سوی عموم مردم قرار گیرند و به‌گونه‌ای دیگر حکم دهند تا از انتقادات بعدی در امان باشند. برای مثال ممکن است قاضی نسبت به متهمی که به هر دلیلی حساسیت عمومی زیادی نسبت به رفتار وی ایجاد شده است، حکمی نامتناسب و شدید صادر کند درحالی‌که در صورت رسانه‌ای نشدن موضوع و عدم ایجاد حساسیت در فضای عمومی جامعه، حکم دیگری صادر می‌کرد. نکته قابل توجه این است که اگر رسانه‌ها وقایع پرونده را به‌درستی گزارش کنند ممکن است این مطالبه از سوی مردم

شکل نگیرد اما مشکل از آنجا آغاز می‌شود که روایت‌های داستانی رسانه‌ها، امور خاصی را برجسته می‌کنند و برخی امور را نادیده می‌گیرند. برای مثال یک مطالعه قدیمی انجام شده در کانادا، پاسخ افراد دو گروه راجع به نحوه تعیین کیفر را مورد مقایسه قرار داد. یک گروه، گزارشی روزنامه‌ای راجع به یک پرونده ضرب و جرح را خواندند و گروه دوم، خلاصه‌ای از اسناد و مدارک موجود در دادگاه را مطالعه کردند. بعد از خواندن مطالب از هر دو گروه سؤال شد که نظرشان راجع به مجازات تعیین شده چیست؟ نتایج به دست آمده قابل توجه بود. ۶۳ درصد از افراد گروهی که روزنامه را مطالعه کرده بودند اعتقاد داشتند که مجازات تعیین شده بسیار خفیف و ملایم بوده است و در مقابل بیش از نیمی از افرادی که اسناد دادگاه را خوانده بودند باور داشتند که مجازات تعیین شده بسیار سخت‌گیرانه و شدید بوده است (رابرتز و همکاران، ۱۳۹۲: ۶۱). بر این اساس به نظر می‌رسد دادن اطلاعات صحیح به مردم بتواند بر مطالبات آن‌ها در خصوص تعیین مجازات اثرگذار باشد.

با توجه به آنچه ذکر شد مشخص می‌شود تهیه گزارش‌هایی در رسانه‌های عمومی که در آن‌ها مردم در خصوص جرمی خاص، اشد مجازات را مطالبه می‌کنند و متأسفانه بعضاً در رسانه ملی پخش می‌شود می‌تواند در رأی قاضی اثرگذار باشد و این نتیجه را به دنبال داشته باشد که اگر قاضی از نظر اکثریت جامعه که رسانه‌ها آن را منعکس می‌کنند، تبعیت نکند و مجازات خفیف‌تری تعیین کند محکوم به بی‌عدالتی شود و اعتماد مردم نسبت به دستگاه قضایی نیز کاهش یابد. بر این اساس به نظر می‌رسد محدود کردن گزارش‌های رسانه‌ها از جرایم، حداقل در مواردی که کنترل بر آن‌ها امکان‌پذیر است و عدم نمایش گزارش‌هایی که در آن‌ها مردم خواهان صدور حکم به اشد مجازات برای متهمان هستند یا تهیه متن گزارش‌های رسانه‌ای با نظارت مقامات قضایی مطلع به گونه‌ای که گزارشی از تمام وقایع پرونده باشد و نه فقط برجسته‌سازی بخش‌های خاص می‌تواند به عنوان راهکارهای احتمالی در این زمینه مطرح شوند.

۵. اثر تقدم و تأخر (ترتیب عرضه مطالب)

برای توضیح بهتر مطالب این بخش، ذکر یک مثال مفید به نظر می‌رسد. اگر در یک انتخابات به نامزدهای انتخابات، فرصت ایراد یک سخنرانی داده شود و به آن‌ها این فرصت نیز داده شود که زمان ارائه سخنان خود را انتخاب نمایند، آن‌ها چگونه تصمیم‌گیری می‌کنند؟ شخص ممکن است با خود بیاندیشد که در ابتدا سخنرانی کند؛ زیرا اول صحبت کردن ممکن است مزیتی داشته باشد و آن این است که تأثیرات اولیه، پایدار هستند. وی فکر می‌کند اگر بتواند در ابتدا مخاطبان را با خود همراه کند، رقیب وی نه تنها باید خود را در دل آن‌ها جای دهد، بلکه باید او را هم از نظر آن‌ها ببیند. از سوی دیگر، اگر دوم صحبت کند باز هم ممکن است مزیتی داشته باشد. چراکه وقتی مردم سالن

خطابه را ترک می‌کنند ممکن است چیزهایی را که در انتها شنیده‌اند بهتر به خاطر آورند. هر دوی این استدلال‌ها منطقی به نظر می‌رسند. با توجه به اثر یادگیری به نظر می‌رسد که در شرایط یکسان، استدلال اول مؤثرتر خواهد بود. به این اثر، اثر تقدم اطلاق می‌گردد. اما با توجه به اثر نگهداری^۱ (مطالب در حافظه) به نظر می‌رسد که در شرایط یکسان، استدلال دوم مؤثرتر باشد که به آن، اثر تأخر گفته می‌شود. آنچه در غلبه یکی از دو اثر تقدم و تأخر، نقش تعیین‌کننده دارد، عنصر زمان است. یعنی مدت زمانی که رویدادها را از یکدیگر جدا می‌کند: ۱. مدت زمان بین پیام اول و پیام دوم. ۲. مدت زمان بین پایان پیام دوم و لحظه‌ای که شنوندگان باید تصمیم‌گیری کنند. نکات اساسی در ترتیب عرضه مطالب و تأثیر آن در یادگیری و نگهداری مطالب را می‌توان به شرح ذیل بیان کرد:

اگر فاصله میان دو پیام، اندک باشد، بازداری^۲ بیشترین مقدار را دارد و پیام اول، حداکثر بازداری را در یادگیری پیام دوم دارد، یعنی مطالب نفر اول مانع از یادگیری مطالب نفر دوم می‌شود و به دلیل وجود اثر تقدم، سخنران اول برتری خواهد داشت. لذا در مثالی که ذکر شد در صورتی که سخنرانان بلافاصله صحبت کنند و تا تاریخ انتخابات هنوز چند روز فاصله وجود داشته باشد، تقدم گفتار سخنران اول در توانایی شنوندگان برای یادگیری مطالب رقیب، حداکثر مانع را ایجاد می‌کند و با توجه به وجود فاصله تا روز انتخابات، تفاوت اثرهای ناشی از حافظه ناچیز است لذا صحبت‌های سخنران اول بیشتر در ذهن شنونده باقی می‌ماند.

اما اگر شنونده باید بلافاصله پس از شنیدن پیام دوم تصمیم بگیرد، نگهداری به بیشترین میزان صورت می‌گیرد و بنابراین اثر تأخر ظاهر خواهد شد. لذا اگر انتخابات بلافاصله پس از سخنرانی دوم برگزار می‌شود و بین دو سخنرانی، فرصتی طولانی مثلاً برای صرف قهوه وجود دارد، فرصت نوشیدن قهوه، مداخله سخنرانی اول در یادگیری سخنرانی دوم را به حداقل خواهد رساند و چون شنونده پس از سخنرانی دوم باید بلافاصله تصمیم بگیرد، نگهداری به نفع سخنران دوم خواهد بود و مطالب سخنران دوم بهتر در حافظه وی نگاه داشته می‌شوند (ارونسون، ۱۳۸۵: ۱۱۹).

بر این اساس، ترتیب اظهار مطالب در دادگاه نیز می‌تواند بر تصمیم قاضی اثرگذار باشد. به موجب ماده ۳۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری، رسیدگی به ترتیب، با قرائت کیفرخواست یا استماع عقیده دادستان یا نماینده وی، استماع اظهارات و دلایل دادستان برای اثبات اتهام انتسابی، استماع اظهارات شاکی یا مدعی خصوصی، و پرسش از متهم و استماع دفاعیات وی انجام می‌شود. بر اساس ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز دادگاه پس از اعلام ختم دادرسی، در همان جلسه و

1. retention
2. inhibition

در صورت عدم امکان در اولین فرصت و حداکثر ظرف یک هفته به انشای رأی مبادرت می‌کند. با توجه به توضیحاتی که ارائه شد مشخص می‌شود چنانچه اظهارات دادستان یا شاکی خصوصی با اظهارات متهم، فاصله زمانی اندکی داشته باشد اما انشای رأی با فاصله انجام شود، اثر تقدم غلبه می‌یابد و لذا اظهارات دادستان و شاکی خصوصی که در ابتدا بیان می‌شوند تأثیر بیشتری بر قاضی خواهند داشت و احتمال صدور حکم به محکومیت متهم افزایش می‌یابد. اما در صورتی که فاصله زمانی میان اظهارات دادستان و شاکی خصوصی با اظهارات متهم زیاد باشد و در یک جلسه انجام نشود و فاصله اخذ اظهارات متهم تا انشای رأی اندک باشد، سخنان دادستان و شاکی خصوصی در فهم دفاعیات متهم خللی ایجاد نمی‌کند و به دلیل فاصله زمانی اندک میان استماع دفاعیات متهم و انشای رأی، دفاعیات متهم بهتر و بیشتر در ذهن قاضی باقی می‌ماند که این امر می‌تواند احتمال صدور رأی به نفع متهم را افزایش دهد. همچنین در مواردی که ارائه ادله توسط دادستان یا شاکی خصوصی و متهم و نیز صدور حکم بدون فاصله انجام شود به نظر می‌رسد که باز هم اثر تقدم غلبه خواهد داشت زیرا مطالب دادستان یا شاکی در یادگیری مطالب متهم اختلال ایجاد کرده و تأثیرات حافظه نیز محدود هستند.

با توجه به آنچه ذکر شد به نظر می‌رسد بهترین ساختار برای از بین بردن تأثیرات تقدم و تأخر، ایجاد فاصله میان استماع اظهارات و دلایل دادستان و شاکی خصوصی، و استماع اظهارات و دلایل متهم، و نیز صدور حکم باشد. به این ترتیب، با توجه به فاصله‌های زمانی ایجاد شده، احتمالاً رجوع قاضی به نوشته‌ها و صورت‌مجلس‌های جلسات دادرسی نیز بیشتر خواهد بود که به نوبه خود می‌تواند تأثیرات یادگیری و حافظه را کاهش دهد.

نتیجه

تصمیم‌هایی که قضات در بخش‌های مختلف رسیدگی اعم از تعیین وقایع پرونده مورد نزاع، انتساب مسئولیت به شخص متهم و نیز تعیین مجازات مجرمان اتخاذ می‌کنند، مسئله بسیار مهمی در نظام عدالت کیفری است که به رغم این اهمیت، فرایند و چگونگی آن کمتر مورد توجه نویسندگان حقوقی و غیرحقوقی قرار گرفته است. عموماً انتظار بر این است که قضات بر اساس وقایع پرونده و قوانین و مقررات موجود در خصوص پرونده‌ها تصمیم‌گیری کنند اما این مسئله را نمی‌توان انکار کرد که تفاوت‌های فردی قضات ممکن است سبب تفاوت در آرای صادره توسط آن‌ها شود. علاوه بر این تفاوت‌های فردی که سبب تفاوت در تصمیم‌ها می‌شوند برخی سوگیری‌های شناختی نیز می‌توانند در تصمیم‌گیری‌های قضایی مؤثر باشند که برخلاف مورد قبل، آثار یکسانی را در میان بیشتر قضات ایجاد می‌کنند. در حقیقت، وجود این سوگیری‌ها سبب می‌شود که برخی رفتارهای قضات در

تصمیم‌گیری‌ها قابل‌پیش‌بینی باشند. نکته قابل‌توجه آن است که این سوگیری‌ها با توجه به اینکه از ساختارهای پردازش اطلاعات در انسان‌ها ناشی می‌شوند در میان قضات نظام‌های حقوقی مختلف، مشترک هستند؛ هرچند برخی تفاوت‌ها میان نظام‌های مختلف می‌تواند اثربخشی سوگیری‌ها را کم‌تر یا بیشتر کند. برای مثال شاید بتوان گفت تأثیرات سوگیری تأیید در نظام‌های حقوق مدون که استدلال قضات باید مبتنی بر قوانین نوشته باشد کمتر است؛ یا برای مثال، تأثیرات تصمیم‌گیری‌های اتفاقی دارای انسجام در نظام‌های قضایی دارای رهنمودهای اجباری کیفردهی کمتر است.

در این مقاله به ۵ مورد از این سوگیری‌ها و راهکارهای احتمالی برای مواجهه با آن‌ها اشاره شد که به نظر می‌رسد انجام تحقیقات تجربی برای ارزیابی میزان صحت و اعتبار آن‌ها در نظام قضایی ضروری باشد.

در خصوص نحوه مواجهه با سوگیری‌های پیش‌گفته می‌توان راهکارهایی را پیشنهاد داد که در طیفی از آموزش به قضات تا معماری انتخاب‌های قضات قابل طرح هستند. به‌منظور اطلاع قضات از وجود این سوگیری‌ها و اثرات احتمالی آن‌ها بر تصمیم‌های قضات مثلاً در سوگیری تأیید و پس‌نگری و آشنایی با راهکارهای احتمالی برای مواجهه با آن‌ها برای مثال از طریق اندیشیدن به گزینه‌های دیگری غیر از آنچه مدنظر قاضی است، می‌توان آموزش‌های لازم را در قالب آموزش‌های ضمن خدمت به قضات ارائه داد. همچنین درخصوص مواردی مانند تصمیم‌گیری‌های اتفاقی دارای انسجام، تبعیت و اثرات تقدم و تأخر، ضروری است بسترهایی که قضات در آن‌ها اقدام به صدور رأی می‌نمایند و نیز سازوکارهای رسیدگی به‌نحوی در ساختار اجرایی نظام قضایی طراحی شوند که اثرات سوگیری‌های مذکور به حداقل برسند.

منابع

فارسی

- ارونسون، الیوت (۱۳۸۵)، روان‌شناسی اجتماعی، ترجمه: حسین شکرکن، چاپ هجدهم، ویرایش هشتم، تهران: انتشارات رشد.
- امیری، علی، جواد طهماسبی و بتول پاکزاد (۱۳۹۹)، «کاربرد مدیریت ارجاع در تضمین دادرسی بی‌طرفانه کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- بارون، رابرت، دان بیرن و نایلا برنسکامب (۱۳۹۹)، روانشناسی اجتماعی، ترجمه دکتر یوسف کریمی، چاپ چهاردهم، تهران: نشر روان.
- بهره‌مند، حمید و زهرا ساکیانی (۱۴۰۰)، «تصمیم‌گیری مجرمان از منظر اقتصاد رفتاری و دلالت‌های آن در سیاست‌گذاری کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- نالر، ریچارد و کاس سانستین (۱۳۹۷)، سقلمه بهبود تصمیمات درباره تندرستی، ثروت و خوشبختی، ترجمه مهری مدآبادی، تهران: نشر هورمزد.
- رابرتز، جولیان، لورتا استالانتز، دیوید ایندرمار و مایک هاف (۱۳۹۲)، عوام‌گرایی کیفری و افکار عمومی، درس‌هایی از پنج کشور، ترجمه زینب باقری‌نژاد، سودابه رضوانی، مهدی کاظمی جویباری و هانیه هژبرالساداتی، تهران: نشر میزان.
- راسخ، محمد و سیدحمید پورسید آقایی (۱۳۹۵)، «نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۴.
- سبزواری‌نژاد، حجت و مهدی سبزواری‌نژاد (۱۳۹۵)، دوره کامل حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات مجد.
- کلانتری، کیومرث و عباس سلمان‌پور (۱۳۹۸)، «جایگاه علم قاضی در اثبات امر کیفری در حقوق ایران»، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۰، شماره ۲.
- هالپرن، دیوید (۱۳۹۸)، تلنگرچی در واحد تلنگر، ترجمه بهنام شهنائی، تهران: مؤسسه کتاب مهربان نشر.

انگلیسی

- Berger, L. L. (2013). A revised view of the judicial hunch. **Legal Comm. & Rhetoric: JAWLD**, 10, 1.
- Danziger, S., Levav, J., & Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions, **Proceedings of the National Academy of Sciences**, 108 (17).
- Epstein, L., Landes, W., Posner, R. (2013), *The Behavior of Federal Judges_ A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, harvard university press.
- Fischhoff, B. (2003). Hindsight≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty. **BMJ Quality & Safety**, 12 (4).
- Guilbault, R. L., Bryant, F. B., Brockway, J. H., & Posavac, E. J. (2004). A meta-analysis of research on hindsight bias. **Basic and applied social psychology**, 26 (2-3).
- Pi, D., Parisi, F., & Luppi, B. (2014). Biasing, debiasing, and the law., in the **oxford handbook of behavioral economics and the law**, edited by Eyal Zamir and Doron Teichman.
- Guthrie, C., Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J. (2000). Inside the judicial mind.

Cornell L. Rev., 86.

- Holyoak, K. J., & Simon, D. (1999). Bidirectional reasoning in decision making by constraint satisfaction. **Journal of Experimental Psychology: General**, 128 (1).
- Leibovitch, A. (2016a), Relative Judgment, **The Journal of Legal Studies**, 45 (2).
- Leibovitch, A. (2016b). Punishing on a Curve. **Nw. UL Rev.**, 111.
- Leiter, B. (2010). Legal formalism and legal realism: what is the issue. **Legal theory**, 16 (2).
- Lockton, D. (2012), cognitive biases, heuristics and decision-making in design for behavior changes, **SSRN electronic journal**. 10.2139/ssrn.2124557.
- Lord, C. G., Lepper, M. R., & Preston, E. (1984). Considering the opposite: a corrective strategy for social judgment. **Journal of personality and social psychology**, 47 (6).
- Nario, M. R., & Branscombe, N. R. (1995). Comparison processes in hindsight and causal attribution. **Personality and Social Psychology Bulletin**, 21 (12).
- Slovic, P., Peters, E., Finucane, M. L., & MacGregor, D. G. (2005), Affect, risk, and decision making, **Health psychology**, 24 (4S), 35-40.
- Teichman, D., Zamir, E. (2014), judicial decision-making a behavioral perspective, in **the oxford handbook of behavioral economics and the law**, edited by Eyal Zamir and Doron Teichman.
- Ulmer, J. T., & Johnson, B. (2004). Sentencing in context: A multilevel analysis, **Criminology**, 42 (1).
- Zamir, E., Teichman, D. (2018), **Behavioral Law and Economics**, Oxford University Press.

قاعده‌گزینی جهت پذیرش ادله الکترونیک در نظام حقوقی ایران و آمریکا

ناصر علی‌دوستی شهرکی*، علی کشاورز**، علیرضا صادقی اصل***

چکیده

توسعه فناوری الکترونیک سبب رشد روابط اقتصادی و اجتماعی در بستر مبادلات الکترونیک شده است. به موازات این پیشرفت‌ها، مسئله استناددهی و اعتبارسنجی اسناد و دلایل الکترونیک نیز پیچیده‌تر شده است؛ از این‌رو شاید نتوان در هر مورد از ظهور یک مدل فناورانه، قوانین را به‌روز نمود. بنابراین قاعده‌گزینی جهت احراز انتساب و صحت دلایل الکترونیک می‌تواند انعطاف روزآوری آن‌ها را تأمین نماید. این مسئله نیازمند احراز ضابطه در اعتبارسنجی اسناد الکترونیک می‌باشد. در حقوق ایران قانون تجارت الکترونیک و قانون جرایم رایانه‌ای به‌صورت غیرمنسجم به بعضی از این ضوابط حول محور رویه ایمن که روش‌های مطمئن نیز جزء آن‌ها می‌باشند اشاره نموده است. اما آنچه مغفول مانده است ناظر بر دو مسئله است: تفکیک احراز اصالت توسط مقام قضایی به‌عنوان رویه‌های عمومی ایمنی اثبات و احراز اصالت توسط متخصص فناوری اطلاعات به‌عنوان رویه‌های تخصصی. لازم به یادآوری است که سنجش رویه‌های تخصصی اثبات به‌واسطه الگوهای سنجش روش می‌تواند توسط مقام قضایی با آموزش و احراز ضابطه گامی جهت ارتقای علم قاضی باشد. جهت نیل به پاسخ مسائل ذکر شده، تحلیل تطبیقی مسئله با کشور ایالات متحده به‌عنوان پیشرو دادرسی الکترونیک تا حدی راهگشای مسئله خواهد بود. در این جستار، استفاده از استاندارد لورین و مصادیق ماده ۹۰۱

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
N.alidoosti@gmail.com

** کارشناس ارشد حقوق اسناد و قراردادهای تجاری، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
ali.keshavarzghaza26@gmail.com

*** کارشناس ارشد حقوق اسناد و قراردادهای تجاری، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
alireza.sadeghiasl1374@gmail.com

قانون شواهد فدرال جهت سنجش روش‌های عمومی اثبات و استفاده از استاندارد داوریت و مصادیق ماده ۹۰۲ قانون مزبور جهت سنجش روش‌های کارشناسی و خودیاری معرفی می‌گردد. از طرفی با توجه به عدم تفکیک معیارهای عمومی و تخصصی در قانون تجارت الکترونیک ایران، جهت ارتقای علم قضایی به نقص بند ط ماده ۲ ناظر بر مورد ۴ از بند ح ماده مذکور اشاره و لزوم تفکیک آن به عنوان دستوراد نوآورانه پژوهش اشاره شده است.

واژگان کلیدی: ادله الکترونیک، اعتبارسنجی، داده‌پیام مطمئن، آنسیترال، کارشناس فناوری اطلاعات

مقدمه

تحولات اساسی در زمینه فناوری اطلاعات طی دو دهه گذشته باعث گردآوری و تجزیه و تحلیل شواهد دیجیتالی به ابزاری فزاینده برای حل جرایم و تهیه پرونده‌های دادرسی شده است. به موازات رشد فزاینده‌ای که مدارک و شواهد دیجیتال در روابط میان اشخاص ایجاد کرده است، ایجاد، بارگذاری و ذخیره آن‌ها نیز به عنوان مدارک و شواهد دیجیتال نیز بسیار بیشتر از گذشته شده است. طبعاً ذخیره این اسناد و مدارک نیازمند فضای مختص خود است که قابل مقایسه با فضای فیزیکی عالم ماده نمی‌باشد. همین مسئله باعث شده تا در دهه‌های اخیر، تنظیم و کنترل و اعتبارسنجی مدارک مورد نیاز در این فضا، تحت قواعد گزینشی و حمایت قضایی قرار گیرد. اگرچه اقداماتی در سطح جهانی و حقوق داخلی کشورها در جهت قاعده‌مندی و اعتبارسنجی و اعتباردهی این مدارک صورت گرفته است، ولی به جهات نوظهور بودن و یکسان نبودن بهره‌مندی کشورها از امکانات پیشرفته، قاعده‌مندی این مهم، جز با مطالعه رویه و قواعد کشورهای پیشرفته در صنعت دیجیتال میسر نیست. از این رو، رویکرد این پژوهش را تطبیق میان نظام حقوقی ایران در فضای حقوق داخلی و مطالعه نظام حقوقی ایالات متحده و پرونده‌های مرتبط با آن برگزیدیم تا بتوان علاوه بر معرفی بازدهی نظام حقوقی ایران به رفع چالش‌ها و احیاناً معرفی دستاوردهای فایده‌گرایانه‌تر از نظام حقوقی ایالات متحده به عنوان قطب صنعت دیجیتال دنیا نیز بهره برد. با توجه به اینکه پذیرش شواهد الکترونیکی نیازمند احراز ضابطه می‌باشد و از طرفی هم اصول پذیرش شواهد سنتی تا حد کمی در این زمینه مؤثر است، نیاز است تا اصول و قواعدی جهت احراز صحت دلایل الکترونیکی مد نظر قرار گیرد. در این راستا کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (UNCITRAL) با درک این نیاز اصول راهنمای خاصی را در انتقال اسناد الکترونیک تحت ماده ۱۲ قانون مذکور مصوب ۲۰۱۷ با معرفی ملاک‌های عمومی و اختصاصی پذیرش این ادله معرفی می‌نماید. از طرفی حقوق ایالات متحده در این زمینه با تفصیل بیشتری در قانون اثبات فدرال به آن پرداخته است. به جهت

ویژگی خاص نظام این کشور مبتنی بر رویه‌ای بودن رسیدگی در دادگاه‌های ایالات دو رویکرد در این زمینه مورد اشاره می‌باشد. ابتدا استفاده از ملاک‌های عمومی دادگاه‌های عالی فدرال و دیگری تکیه بر قواعد سنتی رویه‌های دادگاه‌ها. از این‌رو مطابق جستارهای صورت گرفته، استفاده از ملاک‌های دو استاندارد پرونده‌های داویرت و لورین در دادگاه‌های عالی ایالات متحده هم‌سو با قواعد عمومی پذیرش شواهد فدرال در این پژوهش معرفی می‌گردد. بخشی از این اعتبارسنجی ادله الکترونیک، در قانون تجارت الکترونیک ایران مورد اشاره قرار گرفته است. اما به جهت اینکه ملاک‌های ارائه شده تمام نیست، ضروری است تا دستاوردهای جدید در زمینه شیوه‌های اعتبارسنجی که در دو بخش تخصصی یعنی اعانه کارشناسان و در بخش عمومی آن یعنی اعانه قضات در بررسی نظرات کارشناس فناوری اطلاعات می‌باشد، معرفی گردد.

در پژوهش‌هایی که در حقوق داخلی صورت گرفته هیچ‌کدام به تطبیق حقوق ایران و آمریکا نپرداخته‌اند ولی در بعضی از آن‌ها (ابهری، ۱۳۹۶) به ایرادات قانون تجارت الکترونیک در تطبیق با حقوق فرانسه اشاره شده که شامل دوگانگی در مفهوم ارائه سند مطابق قانون شرط پذیرش ادله الکترونیک که قابل‌خداشه است و یا اعتبار اسناد الکترونیکی که واجد امضای الکترونیک باشند اشاره شده (السان، ۱۳۹۶) و لزوم اصلاح قوانین به استفاده از ملاک‌های قواعد بین‌المللی در این زمینه احاله شده است. همچنین ایشان در مقاله فوق به قانون اثبات فدرال که ناظر بر تکلیف استنادکننده به اسناد الکترونیک در ماده ۹۰۱ قانون مذکور و قواعد خود تأیید اعتبار شواهد الکترونیک در ماده ۹۰۲ اشاره نموده، ولی ملاک‌های وارده دسته‌بندی نشده و به چند پرونده با رویکرد قواعد آنسیتال پرداخته شده است. یکی دیگر از نویسندگان (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۹) در تشریح اینکه دلایل الکترونیک با استفاده از ملاک‌های وارده بر قانون تجارت الکترونیک مورد پذیرش قرار گرفته است، وجهه اصلی رویکرد خود را بر تمایز دلایل الکترونیک مطمئن و غیرمطمئن که در اولی قابلیت انکار و تردید وجود ندارد قرار داده است. همچنین با توجه به اعتبار دلایل الکترونیک مطمئن، ضرورت معرفی روش‌های فنی اطمینان بخش احراز دلایل الکترونیک را پیشنهاد می‌دهد.

۱. مفهوم اسناد و دلایل الکترونیک

«ادله الکترونیکی»^۱ به معنای هر مدرکی است که از داده‌های موجود در وسایل الکترونیکی، مغناطیسی و الکترومغناطیسی ارسال، تولید و ذخیره شده باشد. مطابق ماده ۳۴ آیین دادرسی مدنی فدرال، بخش a از بند (۱) «اسناد الکترونیکی» به معنای هر سندی است که به صورت الکترونیکی

1. Electronic evidence

نگهداری شود. از این رو اطلاق اسناد الکترونیکی شامل اسنادی که در سرورها و سیستم‌های پشتیبان و اسنادی که حذف شده‌اند نیز می‌شوند (Allison stanfield, 2016: 5). اسناد و دلایل الکترونیک در حقوق ایران از جمله قانون تجارت الکترونیک و قانون جرایم رایانه‌ای مورد اشاره قرار گرفته است. همچنین در مورد دلیل تعریف ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی تعریف عامی برای آن ارائه کرده که شامل هر مدرک قابل استنادی برای اثبات دعوا یا دفاع از آن می‌شود. دلایل الکترونیک شامل داده‌پیام، پیام‌های الکترونیک، اسناد تولید و ذخیره شده در فایل‌های الکترونیک و داده‌های وبسایت‌ها و اتاق‌های گفت‌وگو موسوم به چت‌روم می‌باشند. البته در تفسیر موسع‌تر شاید بتوان آن‌ها را شامل شهادت از راه دور^۱ نیز دانست؛ ولی به جهت ماهیتی که دارد، خصیصه‌ای مجزا از سایر دلایل الکترونیک را نشان می‌دهد که در این پژوهش به دلیل گستردگی موضوع و اختلاف مبانی آن با سایر ادله، از آن صرف‌نظر شده است. بنابراین مطابق ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک و ویژگی‌های ذکر شده در آن می‌توان دلیل الکترونیک را «هر داده یا اطلاعات از یک رویداد، موضوع و یا ماهیت دانست که با وسایل ارتباطات الکترونیکی و فناوری‌های روز، اطلاعات مورد نیاز را تولید، ارسال، ذخیره و یا پردازش (اولیه و یا ثانویه) می‌کند که می‌تواند مورد استناد طرفین یا یکی از آن‌ها باشد» (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۹۴). با ملاک‌هایی که از فصول اول و دوم مبحث سوم قانون تجارت الکترونیک در مورد داده‌پیام، ارائه شده است، اگرچه نویسندگان حقوقی، دلایل و اسناد الکترونیک را به مطمئن و غیرمطمئن تقسیم نموده‌اند (فیجان، ۱۳۹۶: ۱۵۳؛ شهبازی‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۹۷؛ اسدی‌نژاد، ۱۳۹۷: ۱۳۲؛ السان، ۱۳۹۷: ۴۱) اما عام‌الشمول بودن دلایل نسبت به داده‌پیام و همچنین تفکیک ذکر شده در قانون شواهد فدرال ایالات متحده (Federal Rules of Evidence, 2020) و همچنین تفکیکی که در ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی که اسناد را یکی از دلایل اثبات دعوا معرفی می‌نماید و داده‌پیام به حکم قانون می‌تواند جایگزین نوشته به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا، باشد^۲؛ بررسی ضوابط و معیارهای اعتبارسنجی آن‌ها بیش از پیش ضرورت می‌یابد. اگرچه قید ماده ۱۱ قانون

1. Remote testimony

۲. به موجب ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، «داده پیام» در حکم نوشته است مگر در موارد زیر:

الف - اسناد مالکیت اموال غیر منقول. ب - فروش مواد دارویی به مصرف کنندگان نهایی. ج - اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالاصادر می‌کند و یا از بکارگیری روش‌های خاصی به صورت فعل یا ترک فعل منع می‌کند.»

تجارت الکترونیک^۱ موهوم انحصار ادله الکترونیک به داده‌پیام است ولی به جهت مبادی که با سایر ادله مصرح ذکر شده دارد، باید از مفهوم این ماده چشم پوشید و البته با ارائه طریق از انحصار سابقه الکترونیک مطمئن ذکر شده در ماده مذکور نیز گذر کرد و سوابقی که شاید غیرقابل دسترس باشند را نیز با روش‌های دیگر از جمله قرائن و سوابق فیزیکی اسناد و مدارک بتوان، به‌عنوان سابقه مطمئن نیز اثبات و معرفی نمود. مگر آنکه قائل شویم که بیان مقنن در ماده ۱۱ ناظر بر ویژگی اثباتی آن یعنی عدم جواز اظهار انکار و تردید در برابر آن است (ابهری و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۴).

۲. ضوابط احراز اعتبار ادله الکترونیک در حقوق ایران

با پذیرش ارتباطات الکترونیک در روابط افراد، استفاده از آن جهت اثبات ادعای طرفین در قالب دلیل و مدرک انکارناپذیر است. با توجه به این مسئله، نظام‌های حقوقی به شناسایی دلایل الکترونیک و معرفی ضابطه جهت اعتباردهی به آنان برآمدند. با آنکه ماهیت دلیل الکترونیک متفاوت از دلیل سنتی است، می‌توان با به‌کارگیری روش‌های فنی، عناصر قانونی اعتبار دلایل را به‌واسطه احراز الکترونیکی نیز تأمین کرد. به همین جهت، قانون تجارت الکترونیک، ضمن برابر شمردن داده‌پیام و امضای الکترونیکی با نوشته و امضای سنتی، دلایل الکترونیک را به‌عنوان نوعی جدید از دلیل معتبر تلقی کرده و واجد ارزش اثباتی می‌داند. در ادامه این موضوع بررسی می‌گردد.

قواعد اعتبارسنجی ادله الکترونیک را می‌توان از معیارهایی که قانون تجارت الکترونیک و قانون جرایم رایانه‌ای ارائه می‌دهند، استظهار نمود. مهم‌ترین ضوابط اعتبارسنجی در حقوق ایران استفاده از معیارهایی اطمینان‌بخش در قانون تجارت الکترونیک برای اطلاعات ذخیره شده و داده‌پیام مطمئن می‌باشند. در حقوق آمریکا نیز این ضریب اعتماد تحت عنوان خدمات اعتماد^۲ مسبق به سابقه است. دلایل الکترونیک مطمئن را می‌توان متناظر با معیارهای قابلیت اطمینان^۳ که برای سیستم اطلاعاتی مطمئن در بند ح ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک، ماده ۱۰ و ۱۱ همان قانون معرفی شده، در نظر گرفت. مطابق ماده ۱۵ قانون مذکور، همانند اسناد رسمی تنها می‌توان در برابر این دلایل اظهار جعل را مطرح نمود و قابلیت انکار و تردید ندارند. اما برخلاف این بیان صریح مقنن که منطبق با موازین عقلی نیز هست، یکی از نویسندگان (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۹۷) آن را حتی غیرقابل جعل معرفی می‌کند. شایان ذکر است که هر قدر هم اصول و روش‌های ایمنی ایجاد، پردازش و ذخیره

۱. ماده ۱۱ قانون تجارت الکترونیک: «سابقه الکترونیکی مطمئن عبارت از «داده‌پیام»ی است که با رعایت شرایط یک سیستم اطلاعاتی مطمئن ذخیره شده و به هنگام لزوم در دسترس و قابل درک است».

2. Trust service

3. reliability

اسناد الکترونیک فراهم باشد، باز هم قابلیت جعل را دارند چراکه صدور از اصل ساز^۱ به محض ایجاد، با کدهای اولیه سند را صادر می‌کند که در یک سیستم رایانه‌ای، آن کدها با خاموش شدن سیستم از بین می‌روند و با کدهای ثانویه در سیستم مبدأ و مقصد قابل دسترسی می‌باشند (فیجان، ۱۳۹۶: ۱۴۶). در حقیقت اصالت در اسناد الکترونیکی در یک بررسی فنی پیشرفته، اصالت ظاهری است نه باطنی. بنابراین شرایط ذکر شده می‌تواند ضوابط تأمین وثوق به اصالت ادله الکترونیک را تأمین نماید که در یافته‌های نویسندگان مغفول مانده و شامل موارد زیر است:

۲-۱. قابلیت ارائه اصل سند

ارائه اصل مدرک الکترونیک در ماده ۸ قانون تجارت الکترونیک یکی از رهیافت‌های اصالت دلایل ابرازی است. فایده تفکیک آن با ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی در موارد لزوم به حکم قانون است؛ در حالی که در مقررۀ اخیر، الزام مطلق است ولی در قانون تجارت الکترونیک تنها به موارد منصوص اکتفا می‌شود. مطابق ماده ۸ قانون تجارت الکترونیک هرگاه قانون نگهداری یا ارائه اصل مدارک را لازم بداند، با رعایت وحدت اصل ساز تولید، ارسال، پردازش سند، تواریخ ارسال و ایصال و شرایط خاص دیگری که در سایر قوانین برای ارائه یا نگهداری لازم است، با معیاری اطمینان‌بخش، می‌تواند مورد استناد قرار گیرد. اما آیا بیان ماده ۸ بدین معنی است که چنانچه اصل در اسناد الکترونیک در دسترس نباشد، نمی‌توان به سند ارائه شده و یا پردازش شده با فرمت دیگر اعتبار بخشید؟ به نظر می‌رسد، این موارد ضابطۀ تشخیص مدعی و منکر در ادله الکترونیک است؛ یعنی به‌رغم آنکه با انکار و تردید دفع می‌شوند، با موارد اثباتی دیگر همچون تشخیص کارشناس فناوری اطلاعات یا خبرۀ ادله الکترونیک^۲ و همچنین در جایی که الزامی به ارائه اصل سند در قوانین نتوان یافت، چنانچه مغایرتی با شیوۀ ذخیره‌سازی مرسوم و روش‌های اعتبارسنجی متداول در بررسی کارشناسان نداشته باشد بتوان به آن دلایل در صورتی که موجب اطمینان قاضی شود، اعتبار بخشید. (موزن‌زادگان و شایگان، ۱۳۸۸: ۸۵) در تأیید این نظر می‌توان به بندهای ح و ط ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک که رویۀ ایمن را موجب اعتبار سند می‌داند استناد جست. البته یک ابهام در ماده ۸ قانون مزبور وجود دارد و آن این است آیا مطابق مفهوم ابتدای ماده چنانچه قانون لازم نداند که اصل یک سند نگهداری شود، در این صورت اصل دلایل الکترونیک نیز در آن مورد جایگاه معتبری ندارد؟

۱. مطابق بند ب ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک: «ب - «اصل ساز» (Originator) «منشأ اصلی» «داده پیام» است که «داده پیام» به وسیله او یا از طرف او تولید یا ارسال می‌شود اما شامل شخصی که در خصوص «داده پیام» به عنوان واسطه عمل می‌کند نخواهد شد.»

2. digital forensic science

همچنین است وضعیت انحصار ادله الکترونیک در مواردی که به صورت سنتی مورد شناسایی مقنن باشد؟ باید دانست که مقنن در اینجا مفهومی را اراده نکرده است. بلکه ظهور بیان خود را در جهت ضوابط اطمینان‌بخش ادله الکترونیک معرفی می‌نماید. با چنین وصفی مقنن یک قاعده اطمینان‌بخش را معرفی می‌کند که قابلیت اظهار انکار و تردید در مقابل آن مسموع نیست. اوصاف ذکر شده شامل موارد ذیل است: اول، چنانچه مقام قضایی بخواهد به آن اسناد مراجعه نماید، اصل داده پیام (صادر شده از اصل ساز) در دسترس باشد. دوم، اسناد با همان فرمت و قالبی که صادر یا پردازش و یا ذخیره شده، نگهداری یا ارائه شود. سوم، حتی‌الامکان تاریخ صدور یا ارسال و دریافت داده پیام ذخیره شده باشد. چهارم، چنانچه قاعده خاصی برای ذخیره‌سازی و صدور اسناد به صورت الکترونیک توسط یک سازمان یا نهاد در نظر گرفته شده باشد و اسناد مربوط به همان سازمان یا نهاد و یا تحت حاکمیت آن‌ها باشند، مقرر ذکر شده رعایت شده باشد. ملاحظه می‌شود که اگر موارد فوق رعایت شود، ضوابط اطمینان‌بخش و وثوق به ادله ذکر شده نوعی از اطمینان خاطر را ایجاد می‌نمایند که اولین و مهم‌ترین اثر آن، غیرقابل انکار و تردید بودن چنین داده‌پیام‌هایی است. اما یک قید استثنا دارد و آن اینکه مطابق ماده ۵ قانون تجارت الکترونیک «هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره و یا پردازش داده پیام با توافق و قرارداد خاص طرفین معتبر است.» بنابراین توافق افراد می‌تواند پوششی بر ضوابط ذکر شده قرار گیرد و طریقی جهت قابل اطمینان بودن داده‌پیام معرفی گردد. منتها به دلیل استثنایی که بر مقرر اخیر توسط بند چهارم ماده ۸ قانون تجارت الکترونیک یعنی رعایت مقررات خاص سازمان‌ها و نهادها در نوع ذخیره‌سازی فایل‌ها وجود دارد، توافق افراد در این خصوص معتبر نیست و اظهار انکار و تردید هم در جایی که توافق باشد مسموع نمی‌باشد.

۲-۲. احراز اطمینان مبتنی بر دادرسی مختصر^۱

در نظام حقوقی ایران، علم قاضی و استناد به سیره عقلا می‌تواند موبداتی بر این ضابطه قرار گیرد. در حالی که در ایالات متحده، این قواعد به جهت وثوقی که در قاضی ایجاد می‌نمایند، ناشی از صحت نوعی ادله و استناددهی صحیح آن است که با احراز توافق طرفین در مسائل اساسی همانند ایراد خسارت، به دادگاه‌های محلی جهت قضاوت مختصر مراجعه می‌نمایند. در این شیوه قاضی بدون ورود به دادرسی کامل مطابق ماده ۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی فدرال با دو شرط قضاوت مختصر شروع

۱. دادرسی مختصر (Summary judgment) حکمی است که دادگاه محلی با توجه به روشن بودن ادله و اسناد ارائه شده و توافق طرفین در اصل و صحت دعوا، برای یک طرف و علیه طرف دیگر بدون تشریفات دادرسی کامل صادر می‌کند.

خواهد شد: اول، طرفین اختلافی بر واقعیت‌های مادی پرونده نداشته باشند، دوم، خواهان با ادله ذکر شده مجاز به اختصار و اجمالاً بتواند دعوا را ثابت کند. چنین وضعیتی در پرونده لورین مبتنی بر توافق زیان‌دیدگان قایق از خسارت ناشی از صاعقه و شرکت بیمه آمریکایی موسوم به مارکل بر اصل ایراد خسارت بر قایق توسط صاعقه، که نشان از عدم اختلاف بر سر مسائل اساسی مادی بود، قاضی را بر قضاوت مختصر هدایت نمود (Lorraine v. Markel, 2007: 534-536). در حقوق ایران به پیوست دلایل الکترونیک، شاید بتوان ضوابط ذکر شده در بند ح ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک را رهیافتی بر دعاوی اختصاری تلقی نمود. چه اینکه در احراز اطمینان از سیستم‌هایی که حاوی اطلاعات به صورت الکترونیک هستند، رویه منطقی و معقول و ایمن جهت ایجاد، ذخیره‌سازی، پردازش و ارسال اطلاعات را ملازم با اصالت و فرض صحت دلایل الکترونیک قرار داده است. در اینجا سؤالی پیش می‌آید، این رویه ایمن که باید به صورت منطقی و معقول احراز شود، توسط چه کسی سنجیده می‌شود؟ آیا نظر مقنن بر احراز ضوابط ذکر شده توسط متخصص امور رایانه است یا اینکه در جهت هم‌سویی با قواعد بین‌المللی می‌توان بر امور قضاوت مختصر حمل نمود؟ باور بر اینست که اگر قرار بر ارجاع امر به کارشناس بود یا آنکه همانند دادرسی کامل قرار بر سنجش تخصصی در احراز اصالت بود، انتزاع روش‌های اطمینان‌بخش در جای جای قانون مذکور فایده‌ای در بر نداشت. از طرفی، مقنن در بند «ط» از ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک رویه ایمن را در دو طریق اعتبارسنجی متفاوت بیان کرده است. اما برای تشریح آن‌ها لازم است سه بخش بند ط مشخص و شیوه‌های عمومی و اختصاصی احراز اصالت سنجیده شود. بخش اول مقرر می‌دارد: «رویه ایمن^۱، رویه‌ای است برای تطبیق صحت ثبت «داده‌پیام»، منشأ و مقصد آن با تعیین تاریخ». ملاحظه می‌شود ثبت داده پیام با وحدت تاریخ مبدأ و مقصد در وهله اول حمل بر صحت شده است. در ادامه آمده: «... و برای یافتن هرگونه خطا یا تغییر در مبادله، محتوا و یا ذخیره‌سازی «داده پیام» از یک زمان خاص». در این بخش ضوابط خدشه به داده پیام اعم از مبادله یعنی ارسال پیام به واسطه الگوریتم‌ها یا کدهایی خاص که به هنگام ارسال از یک وسیله الکترونیک متفاوت از وسیله دیگر و پیام‌های دیگر از همان وسیله است؛ محتوا به واسطه کلمات یا ارقام قابل‌شناسایی یا رمزنگاری شده در داده پیام و ذخیره‌سازی داده پیام به واسطه روش‌های تصدیق یا پاسخ برگشت که همان معاینه متقابل داده پیام است و سایر روش‌های ایمنی دیگر معرفی شده است. ملاحظه می‌شود که این بخش از رویه ایمن شامل روش‌های عمومی و اختصاصی مرسوم است که توسط مقام قضایی و کارشناس فناوری اطلاعات قابل احراز است. بررسی صحت انتساب و صحت

ثبت داده‌پیام به‌واسطه روش‌های عمومی صحت‌سنجی توسط مقام قضایی قابل احراز است که در حقوق ایالات متحده نیز مسبوق به سابقه است. اما تغییر در مبادله، محتوا و بعضی از شیوه‌های ذخیره‌سازی داده‌پیام‌ها در صلاحیت مرجع تخصصی یعنی کارشناس فناوری اطلاعات نیز می‌باشد که طبعاً در توافقی با قضاوت مختصر است. همچنین «پاسخ برگشت» در کنار سایر روش‌های تخصصی تصدیق که ظاهراً به‌عنوان ضابطه صحت ذخیره‌سازی داده‌پیام در بند ط معرفی شده است، اشتباه و ازجمله دلایل صحت انتساب به فرد مقابل یا کاشف از ارسال به مبدأ صدور آن است، درحالی که در ایالات متحده ازجمله ضوابط عمومی وثوق به صحت و انتساب دلایل است به فرد مقابل ذکر می‌شود. از طرفی مطابق ماده ۱۰ پیش‌نویس قانون تعیین دادگاه صالح و قانون حاکم در تعهدات ناشی از قراردادهای الکترونیکی، طرفین می‌توانند کتباً بر قانون حاکم بر قرارداد الکترونیکی فی مابین توافق کنند (کاویانی و الماسی، ۱۳۹۹: ۱۲۹). توافق بر قانون حاکم بر قرارداد الکترونیک توسط طرفین اختلاف را می‌توان مؤیدی بر دادرسی مختصر دانست. بنابراین مقنن ایرانی در زمینه دادرسی مختصر با دو ضابطه ذکر شده یعنی توافق طرفین بر ماهیت مادی اختلاف و دیگری با پیش‌بینی شیوه‌های عمومی اعتبارسنجی توسط مقام قضایی در بند مذکور ناظر بر ضوابط ذکر شده در بند ح جوازی بر دادرسی مختصر را ارائه می‌دهد که نیازمند است تا سایر ضوابط چنین رسیدگی در دستور تقنین داخلی با ارائه بخشنامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و قانون دادرسی مدنی قرار گیرد. اما پیچیدگی بیان مقنن در بند مذکور و عدم تفکیک شیوه‌های عمومی اعتبارسنجی نسبت به شیوه‌های تخصصی، غالباً مقام قضایی را در این زمینه منفعل نموده و به نظریه کارشناسی بسنده می‌شود که در مقابل رسیدگی‌های مختصر و به‌دور از تشریفات کامل دادرسی است. ذکر این مسئله ضروری است اگرچه مقنن در ماده ۱۱ قانون مذکور سابقه الکترونیک مطمئن را داده‌پیمای می‌داند که مطابق با یک سیستم اطلاعاتی مطمئن ذخیره شده و به هنگام ضرورت در دسترس باشد؛ اما سیستم اطلاعاتی مطمئن نیز خود از رویه منطقی و معقول و ایمن که ضوابط عمومی اعتبارسنجی نیز از آن جمله است، بهره می‌برد. (ساوری، ۱۴۰۰: ۱۸۱) در کنار دو معیار ذکر شده، ضابطه سوم را می‌توان به مورد فوق افزود و آن ضوابط ذکر شده در امضای الکترونیکی مطمئن است که در ذیل آورده می‌شود.

۳-۲. تصدیق ناشی از امضای الکترونیک

موارد ذکر شده در ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک ازجمله ضوابط اطمینان‌بخش صدور سند الکترونیک است که نشان از هویت امضاکننده، انحصاری بودن صدور از جانب امضاکننده و اطمینان از صدور به‌وسیله یا تحت اراده او دارد. در بند د ماده مذکور اطمینان از صحت اتصال امضای الکترونیک به‌نحوی است که هرگونه تغییری در داده‌پیام را مشخص نماید اگرچه همانند

ضوابط ذکر شده در بند ط ماده ۲ ظاهراً تکراری است ولی یک تفاوت دارد و آن اینکه ضوابط ذکر شده در مواد قبل ناظر بر احراز اطمینان از صحت صدور و عدم تغییر و ساختگی بودن دلایل الکترونیک باشد در حالی که در مقررۀ اخیر، اطمینان حاصله به واسطه اتصال ایمن امضای الکترونیک حاصل می‌شود. چه اینکه احراز اطمینان قبل و بعد از امضای الکترونیک واجد آثار متفاوتی است. گر چه مقنن در ماده ۱۵ قانون مذکور نسبت به داده پیام، سابقه الکترونیک و امضای الکترونیکی مطمئن، انکار و تردید را غیرقابل استماع و تنها ادعای جعلیت را مسموع می‌داند، اما این نوع بیان و توجه به ضوابط اطمینان بخش ذکر شده مبنی بر صحت صدور، قیدی احترازی در رسمیت بخشیدن به اسناد الکترونیک ذکر شده است (ابهری و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۳) چه اینکه این غیرقابل انکار و تردید بودن تنها ناظر بر صحت صدور از جانب صادرکننده و متعهد داده پیام ذکر شده است و هیچ مفهومی را در ارتباط با غیرقابل امکان دستکاری اسناد ذکر شده حتی قبل از الحاق امضای الکترونیک متبادر نمی‌نماید. از این رو ضوابط امضای الکترونیک مطمئن نشان از صحت انتساب دارد ولی صراحتاً مفهومی را در صحت و تمامیت اسناد الکترونیک ارائه نمی‌دهد (رحیمی، ۱۳۹۶: ۱۰). بلکه قرینه‌ای است بر اینکه با امضای الکترونیکی اسناد و احراز آن توسط دفاتر خدمات امضای الکترونیک، تغییری در اسناد صورت نپذیرفته است و یا ضوابط و رویه عمومی ایمنی صدور، ذخیره و پردازش در مورد آن رعایت شده است که از ماده ۴ آیین‌نامه ارائه خدمات الکترونیک قضایی نیز مستفاد می‌گردد (آقایاری و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۱۲). اما ممکن است با روش‌های پیشرفته، از جمله شناسایی تغییر، محو و یا کدهای ارقام و رمزگذاری‌های داده پیام‌ها در جهت تغییر مفاد اسناد ذکر شده بتوان به ساختگی بودن یا غیرقابل استناد بودن آن‌ها نظر داد. بنابراین مقرون به صحت بودن انتساب سند به منتسب‌الیه در اسناد الکترونیکی مطمئن ذکر شده در ماده ۱۶ نشان از رسمیت آن‌ها ندارد؛ بلکه نشان از صحت انتساب دارد (ابهری و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۶).

۲-۴. احراز اطمینان ناشی از صحت انتساب

یکی از نویسندگان (شهبازی، ۱۳۸۹) در قبال دلایل الکترونیک عادی، تفسیر موسع‌تری اتخاذ نموده و اصل را بر عادی بودن اسناد گذاشته در حالی که شخص مدعی اسناد مطمئن باید آن‌ها را اثبات نماید. (شهبازی، ۱۳۸۹: ۲۰۳-۱۹۵) منظور آن است که قابلیت انکار و تردید دارند ولی با احراز شیوه‌های اطمینان بخش صحت انتساب تنها می‌توان با ذکر دلیل ادعای جعل را مطرح نمود (موذن زادگان، ۱۳۸۸: ۸۵) بنابراین عدم احراز معیارهای اطمینان بخش نیز منافاتی با اثبات دلایل ذکر شده ندارد (صادقی‌نشاط، ۱۳۹۳: ۷۹)؛ بلکه تنها ضابطه مدعی و منکر را منقلب می‌کند. برداشت فوق با بیانی که در ماده ۱۲ قانون مذکور آمده تقویت می‌شود: «اسناد و ادله اثبات دعوی

ممکن است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی توان بر اساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی داده پیام را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد». در حقیقت نمی توان قواعد ذکر شده در قانون تجارت الکترونیک را طوری تفسیر نمود که برخلاف قواعد عمومی ادله اثبات باشد؛ بلکه با رعایت قاعده جمع باید هم سو و هم تراز تلقی گردد (السان، ۱۳۹۷: ۴۷). مطابق ماده ۴۰ قانون جرایم رایانه‌ای چنانچه به تشخیص مقام رسیدگی کننده، ادله الکترونیک علاوه بر حفاظت ذکر شده در ماده ۳۴ همان قانون، نیازمند توقیف باشند، با رعایت تناسب، نوع، اهمیت و نقش داده‌ها در ارتکاب جرم، به روش‌هایی از قبیل چاپ داده‌ها، کپی برداری یا تصویربرداری از تمام یا بخشی از داده‌ها، غیرقابل دسترس کردن داده‌ها با روش‌هایی از قبیل تغییر گذرواژه یا رمزنگاری و ضبط حامل‌های داده عمل می شود. مطابق ماده ۴۱ قانون مذکور این رویه شامل داده‌های از پیش رمزگذاری شده هم با مجوز مقام قضایی می شود (انصاری، ۱۳۹۹: ۷۴). در این فروض هم ادله الکترونیک اصالت اولیه خود را با تغییر رمز عبور و موقعیت کاداستری خود از دست می دهند، ولی مقنن با این تجویز راه را برای اثبات ادله الکترونیک غیر مطمئن به روش‌های ذکر شده نیز باز گذاشته است. چراکه رویه ایمن در ارتباط حداقلی با صحت انتساب داده و تصدیق داده پیام است و می تواند اخص از روش مطمئن باشد به این تعبیر که هر رویه ایمنی الزاماً مطمئن نیست ولی هر روش مطمئنی، از معیارهای ایمن بهره می برد (ساوری، ۱۴۰۰: ۱۸۷). اما ممکن است داده‌های رمزگذاری شده در رایانش ابری^۱ در اینترنت بدون دخالت یا تعدی به آن‌ها در زمان معینی از بین بروند چنان‌که این عدم اطمینان حتی در رمازرها^۲ نیز سبب عدم اعتماد دولت‌ها در استفاده از آن به عنوان ذخایر ارزی نیز شده است (صادقی و ناصر، ۱۳۹۹: ۲۸۲). از مویادات نظریه عدم حصر روش‌های اثبات به وسیله دلایل الکترونیک، استفاده از ملاک‌های ذکر شده در قانون اخیرالتصویب (۲۰۱۷) آنسیترال در زمینه سوابق قابل انتقال الکترونیک^۳ نیز می باشد.

در ماده ۱۲ قانون نمونه ضوابطی برای قابل اطمینان بودن ادله الکترونیک ذکر شده است که با عنوان استاندارد قابلیت اطمینان عمومی و اعتبارسنجی به وسیله خود شخص و ارائه شواهد مکمل دیگر می باشد (Uncitral Model Law on Electronic Transferable Records, 2018: 46). تشخیص موارد عمومی اعتبارسنجی عمدتاً با مقام قضایی است.

1. Cloud computing

2. Cryptocurrency

3. Unsitral Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR)

۳. ضوابط اعتبار اسناد الکترونیکی در حقوق آمریکا

در حقوق ایالات متحده اصالت ادله الکترونیک با استفاده از معیارهای ماده ۹۰۱ قانون اثبات فدرال احراز می‌شود، مطابق بند الف ماده مذکور فرد ملزم می‌شود برای اثبات صحت یک ادعا، مدارک قابل قبولی برای اثبات ادله خود را ارائه نماید. اما بند (ب) ماده ۹۰۱ نمونه‌ای از استانداردهای احراز صحیح مدارک از جمله شهادت فردی با دانش تخصصی، قرائن موجود در تشریح یک فرایند سیستمی که نشان می‌دهد نتیجه مطابق قاعده علمی آن فرایند تولید شده است را ارائه می‌دهد. قواعد احراز ادله و اعتبارسنجی آن‌ها در ایالات متحده با دورویکرد مهم نسبت به قانون شواهد فدرال تشریح و تبیین شده است. این رویکردها علاوه بر قواعد عمومی اعتبارسنجی ادله، تحت دو عنوان استاندارد داوبرت^۱ و استاندارد لورین^۲ با عنوان استنادهای تشریح‌کننده قواعد احراز شواهد فدرال شناخته شده است. البته یادآوری می‌شود که ضوابط ارائه شده در این بخش مطلق نیست و در حقوق ایالات متحده هم اعتقاد بر این است که این موارد تمثیلی ولی طریق غالب احراز و اعتبارسنجی ادله الکترونیک است (Jonathan D. Frieden, 2011: 10). خلاصه وضعیت پرونده لورین به شرح ذیل است:

فردی به نام لورین قایق بادبانی داشت که در اثر صاعقه آسیب دید. در حالی که شرکت بیمه آمریکایی مارکل قبلاً هزینه‌های تعمیر را پرداخت کرده بود، لورین در مرحله بعدی با برداشتن قایق بادبانی از آب، متوجه خسارت بیشتری شد. به منظور ارزیابی خسارات اضافی، هر دو طرف قرارداد داوری (به عنوان یکی از مجاری دادرسی مختصر) را امضا کردند تا ارزیابی کنند که آیا این خسارات نیز به دلیل صاعقه بوده است یا خیر. در جایی که لورین (شاکی) درخواست مبلغ ۳۶۰۰۰ دلار بابت خسارت را داشت، مارکل (مشتکی عنه) اصل خسارت را قبول داشت، اما فقط تا سقف ۱۴۰۰۰ دلار همان طور که داور در نظر گرفته بود. چراکه دو طرف برای قضاوت مختصر^۳، در قالب توافق نامه داوری، رأی، و کپی نامه الکترونیکی مکاتبات بین مشاوران اقدام کردند. رئیس دادگاه، قاضی پل دبلیو گریم اظهار داشت زبان توافق نامه داوری به اندازه کافی مبهم است و هیچ یک از طرفین به دلایل زیر شواهد قابل قبول برای تجویز قضاوت مختصر مطابق ماده ۵۶ آیین دادرسی مدنی فدرال ارائه نکرده است: هیچ یک از ادله ارائه شده با معیارهای مواد ۹۰۱ و ۹۰۲ قانون شواهد فدرال احراز هویت نشده‌اند. همچنین هیچ تلاشی برای حل مسائل ملاک پذیرش شهادت بر مسموعات^۴ با استفاده از ملاک ماده

1. Daubert
2. Lorraine
3. Summary judgment
4. Hearsay evidence

۸۰۱ قانون شواهد فدرال صورت نگرفته است. در مورد ارتباط میان قواعد پذیرش قانون اثبات فدرال و پذیرش دلایل و مدارک الکترونیک و ارتباط میان آن‌ها مؤلفه‌هایی معرفی شده است. (Grimm, Hon. Paul W.; Ziccardi, Michael V. Esq, 2009: 361) که اهم آن‌ها به شرح ذیل بیان می‌گردد.

۳-۱. اعتبار ظاهری ادله

در این ضابطه با فرض صحت ظاهری اسناد و مدارک ارائه شده، معرفی طرفین ارتباط و شناسایی آن‌ها با دور روش مشخص بودن سرویس پردازنده مبدأ انتقال و معاینه و بازرسی سرویس، صورت می‌پذیرد. مطابق نظریه نوشته‌های معتبر^۱ عنصر اساسی در این ضابطه، طرفینی هستند که در یک زمان خاص یک سری اطلاعات خاص را رد و بدل نموده‌اند که نوعی صحت انتساب محسوب می‌شود. بازرسی متقابل^۲ سیستم پردازشگر نیز می‌تواند تا حد زیادی استناد ادله و مدارک را به طرف مقابل مشخص نماید. مگر آنکه دلیلی بر عدم انجام این معاینه همانند ممنوعیت امنیتی برخی سایت‌ها و مدارک مرتبط با اسناد سری در میان باشد که با ارائه دلیل و تشخیص قاضی می‌تواند فصل ممیز این اعتبارسنجی باشد. بنابراین جهت شناسایی و صحت انتساب آدرس ایمیل ادعایی معیارهای زیر می‌توانند مؤثر باشند: پاسخ به ایمیل فرستنده جهت شناسایی صحیح آدرس فرستاده شده؛ رفتار بعدی طرف مقابل نشان‌دهنده دانش وی از محتوای ایمیل ارسالی باشد؛ ایمیل در دستگاهی که در اختیار و کنترل گیرنده مدعی است، دریافت و قابل دسترسی باشد.

البته قواعد حقوق ایالات متحده مبتنی بر این است که قوانین فعلی دلایل اثبات فدرال^۳، قابلیت انطباق با معیارهای اعتبارسنجی اطلاعات ذخیره شده الکترونیک^۴ را دارد (Jonathan D. Frieden, 5: 2011)؛ پیام‌های الکترونیکی و اشکال مشابه به درستی می‌توانند در چهارچوب موجود تأیید شوند. این مفهوم از ماده ۱۰۲ قانون ادله اثبات فدرال که عنصر اساسی رسیدگی به ادله را رعایت انصاف و استمرار تا کشف واقعیت می‌داند نیز، بر می‌آید. این مسئله با فرایند شناسایی استدلال حقوقی هماهنگ است چه اینکه با امعان نظر در ادله اثبات موضوع و ادله اثبات حکم در می‌یابیم که اثبات حکم متضمن کشف حقایق به واسطه وقایع خارجی است؛ حال این وقایع یا دلیل اثبات موضوع هستند یا قرینه ظن به حقیقت موضوع (دیلمی، ۱۳۹۹: ۵۰۲).

1. Authentic writings

۲. بازرسی متقابل (Cross-examination) در اینجا، جامع بررسی سیستم‌های رایانه‌ای و پردازنده داده‌پیام و بازرایی از اشخاصی که توسط آن‌ها دلایل جریان یافته است، می‌شود. بنابراین بازرسی پیام به آدرس فرستاده شده جهت صحت انتساب، نوعی بازرسی متقابل محسوب می‌شود.

3. Federal Rules of Evidence

4. Electronically stored informations

۲-۳. استفاده از ملاک‌های عمومی اثبات در قانون شواهد فدرال

نظریه‌های عمومی اثبات که تحت عنوان استاندارد لورین^۱ (Lorraine v. Markel American Ins. Co, 2007) شناخته می‌شوند؛ در یک دسته‌بندی پنج‌گانه توسط رئیس دادگاه عالی به نام قاضی گریم^۲ با توجه به مصادیق ماده ۹۰۱ قانون اثبات فدرال ذکر شده است. ملاک‌های ذکر شده شامل موارد ذیل است:

اول؛ مطابق بند ۱ ماده ۴۰۱ قانون مذکور، ادله ارائه‌شده باید به‌نحوی در ایجاد نتیجه حاصله دخالت داشته باشند که وجود و فقدان آن‌ها، در اثبات ادعا مؤثر قرار گیرد.

دوم، بر فرض ارتباط مورد نظر مطابق ماده ۴۰۱، آیا مطابق قواعد اعتبارسنجی و انطباق آن با ضوابط ماده ۹۰۱ قانون اثبات فدرال نتیجه مذکور تثبیت می‌شود؟ رعایت این بند مستلزم بررسی موردی مصادیق ماده ۹۰۱ است. اجمالاً مصادیق ماده ۹۰۱ شامل موارد ذیل است: ۱. قابلیت اثبات موضوع خواسته به‌واسطه ادله ذکر شده. ۲. شهادت یک شاهد متخصص نسبت به فرایند تخصصی پردازش، تولید و ذخیره اطلاعات و یا شاهد عادی نسبت به خط و بیان ذکر شده منوط به آشنایی قبلی. ۳. مقایسه مورد پرونده با یک مورد مشابه توسط یک متخصص. ۴. توجه به خصوصیات متمایزکننده ادله و موضوعات پرونده. ۵. نظر اختصاصی در مورد تشخیص یک صدا در مورد فایل‌های صوتی. ۶. شواهدی در مورد مکالمات تلفنی در موارد شناسایی صدای مشخص و شناخته شده یا ارتباط با شماره مشاغل خاص که قرائن دلالت بر فرد مورد نظر دارند. ۷. قرائنی مبنی بر اینکه نشان از سوابق عمومی یک دلیل باشد مثل ثبت سابقه سند در یک دفتر عمومی و یا دفتر خاصی که اقلام و موارد خاصی در آن نگهداری می‌شود. ۸. شرایطی که با توصیف یک فرایند سیستمی، نشان از ایجاد یک نتیجه دقیق باشد. ۹. استفاده از روش‌های خاص ارائه شده توسط یک اساسنامه یا قانون که با مورد ارائه شده منطبق باشد.

سوم، مطابق قواعد شهادت بر مسموعات اگر دلایل ارائه شده با معیارهای ذکر شده در استثنائات ماده ۸۰۱ قانون شواهد فدرال مطابقت نماید، پذیرفته می‌شود، چه اینکه در حقوق ایالات متحده اصل بر عدم پذیرش شهادت بر شهادت است؛ مگر آنکه استثنائات ذکر شده آن را تجویز نمایند. (میرداداشی و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۸۳). منتها باید توجه نمود که این مورد از استثنائات جهت تجویز شهادت از راه دور به‌عنوان یک دلیل الکترونیک است (Stephen Mason, 2017: 201) که مطابق آنچه پیش‌تر بیان شد، از این پژوهش مستثنا شده است.

1. Lorraine

2. Grimm

چهارم، با انطباق مدرک اصلی یا المثنی و کپی تحت قواعد ماده ۱۰۰۱ شواهد فدرال صحت آن‌ها احراز و ضابطه چاپ یا خروجی صحیحی از مدارک یاد شده که بتوان به صورت منظم و دقیق مورد مطالعه قرار داد؛ در مورد آن‌ها رعایت شده باشد^۱.

پنجم، به رغم مرتبط بودن ادله ارائه شده، چنانچه مطابق ماده ۴۰۳ قانون اثبات فدرال، نشانه سوءنیت ارائه‌دهنده جهت سردرگمی هیئت منصفه یا اتلاف وقت یا تأخیر در دادرسی باشد، علی‌رغم ارتباط داشتن، باید از آن چشم‌پوشی نمود. منتها موارد ذکر شده باید به نحوی در نظر دادرس غالب باشند که وجهه اثباتی مدارک ارائه شده را خدشه‌دار نماید.

با این حال علاوه بر موارد ذکر شده، به نظر می‌رسد که مطابق موازین بندهای الف و ب ماده ۱۰۴ قانون مذکور، رعایت صلاحیت شاهدان یا ادله ارائه‌شده و میزان و نوع مجاز ارائه دلایل و مفهوم شرط بودن ارائه دلایل برای احراز و پشتیبانی از واقعیت، قبل از ورود ماهوی به دعوا، مورد توجه قاضی قرار گیرد (United States v. O'Keefe, 2008: 537؛ Lorraine v. Markel Am. 2007: 538). اما آنچه فصل ممیز بند الف و ب ماده ۱۰۴ است این است که در بند الف به وظیفه اولیه مقام قضایی یعنی قابل‌پذیرش بودن مدارک یا موارد مجاز اشاره شده و نیازی به قرائن و شواهد دیگری نیست بلکه بررسی اولیه است؛ ولی در مورد بند ب که اثبات واقعی را متذکر می‌شود، در صلاحیت هیئت منصفه و نحوه اثباتی ادله به عنوان واقعیت صحبت می‌کند که رعایت ضوابط پذیرش ذخیره داده‌های الکترونیک در اینجا ضروری است (Lorraine v. Markel Am. 2007: 540).

۳-۳. استفاده از نظر کارشناس متخصص

مورد بعدی از ضوابط ارائه شده این است که دلایل و مدارک بررسی شده توسط متخصص اعم از کارشناس و خبره مطابق روش‌های صحیح و علمی منطبق با آن دانش مورد ارزیابی قرار گرفته است. همچنین در اعتباردهی به ادله مذکور توسط خبره، از روش‌های مرسوم با قید صحت و دانش شخصی نظریه‌پرداز، استفاده شود.

دو بورت یک معیار استاندارد جهت اعتبارسنجی دلایل از جمله نظریه متخصص و سایر شواهد

۱. تعاریف اصلی و المثنی در ماده ۱۰۰۱ قانون شواهد فدرال به صورت زیر تعریف شده است: «اصلی» به معنای هر گونه چاپ - یا خروجی دیگری است که قابل خواندن است - اگر به درستی اطلاعات را منعکس کند. عکس اصلی شامل عکس چاپ شده از آن است؛ «المثنی» به معنای همتای تولید شده توسط یک فرآیند یا تکنیک مکانیکی، عکاسی، شیمیایی، الکترونیکی یا معادل آن است که نسخه اصلی را با دقت تولید می‌کند.

مثبت ادعا در محکمه است.^۱ در حقیقت این قاعده‌گزینی به قاضی اختیار سنجش روش‌های مورد تأیید توسط خبرگان در سنجش قانونی^۲ را می‌دهد. در پرونده داوبرت در مقابل شرکت مرل داو فارم، دیوان عالی ایالات متحده دستورالعمل‌هایی را برای تصمیم‌گیری قاضی محکمه در نظر گرفته است: اول اینکه آیا قاضی باید تصمیم بگیرد که «استدلال یا متدولوژی پایه بررسی از نظر علمی معتبر است یا خیر؟». اینکه آیا تئوری‌ها و تکنیک‌های به کار رفته توسط متخصص یا خبره آزمایش شده‌اند؛ اینکه آیا آن‌ها مورد بررسی و انتشار هم‌تا قرار گرفته‌اند؛ تکنیک‌های به کار رفته توسط متخصص چه میزان خطای شناخته شده دارند؛ آیا آن‌ها مطابق با استانداردهای حاکم بر رسیدگی به نوع ادله است یا خیر. تئوری و تکنیک‌ها از پذیرش گسترده‌ای برخوردار هستند یا خیر (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 1993: 579) لیست فوق نه فراگیر است و نه قطعی، و اگر یک یا چند مورد از ضوابط فوق راضی‌کننده نباشد، ممکن است شهادت هنوز هم قابل قبول باشد. ذکر این نکته ضروری است که «موارد پذیرش جرح» باید صرفاً بر اصول و روش کارشناسی و نه بر نتیجه‌گیری‌هایی که ایجاد می‌کند باید متمرکز شود. بنابراین، شواهد قانونی دیجیتال پیشنهاد شده برای پذیرش در دادگاه باید دو شرط اولیه را برآورده کند: باید (۱) با هم مرتبط باشند، و (۲) باید از روش علمی گرفته شده و با تأیید اعتبار مناسب روش شناسی پشتیبانی شود (K. Nance and D. J. Ryan, 2011: 5). درخصوص بررسی هم‌تا لزوم انتشار روش و در معرض عموم بودن آن مورد تأکید قرار گرفته است (Harlan Watkins, 1994: 263).

این مدل از قاعده‌گزینی، هم اکنون در دادگاه‌های فدرال ایالات متحده و بعضی دادگاه‌های ایالتی مبنای قرار گرفته است. قابل توجه است که این استاندارد در مراجع بالاتر مثل دادگاه عالی تجدیدنظر جهت سنجش اعتبار مستندات مستمسک دادگاه بدوی نیز، مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۳-۴. تصدیق ادله ارائه شده به وسیله خود ادله

ضوابطی که نیاز به احراز شخصی ندارند به عنوان خوداظهاریکننده^۳ شناسایی می‌شوند. با اصلاح قانون اثبات فدرال در ماده ۹۰۲، انواع خاصی از داده‌های تولید شده توسط مدارک الکترونیکی قانونی هم‌اکنون به عنوان خود احراز هویت تلقی می‌شوند. این تغییر بدان معنی است که دادخواهان دیگر نیازی به شاهد زنده برای اهداف صحت انتساب تحت حمایت قانون ۹۰۱ ندارند.

۱. سابقه این مفهوم را در پرونده موسوم به (Daubert v. Merrell) که در دادگاه عالی ایالات متحده (۱۹۹۳) مطرح شده می‌توان یافت.

2. Forensic Science

3. Self-Authenticate

۳-۴-۱. انتشار به وسیله مقام‌های رسمی و دولتی و مشهور

فایل‌های الکترونیک زمانی که توسط یک مقام دولتی یا عمومی منتشر شود و انتساب این انتشار به فرد یا سازمان مزبور روشن شود، خود قرینه‌ای بر صحت انتساب و پذیرش این مدل از شواهد الکترونیک است. یادآوری این نکته ضروری است که نشر عمومی الزاماً با استفاده از بند ۵ ماده ۹۰۲ به معنای این نیست که در دسترس عموم قرار گیرد بلکه همین که در دسترس عده‌ای خاص هم قرار گیرد، می‌تواند مورد استناد باشد (Schaghticoke Tribal Nation v. Kempthorne, No.2008) و مورد تصدیق قرار گیرد (Wolf Lake. V.Mutual Marine, 2005: 934-940).

۳-۴-۲. ثبت‌های تجاری^۱

مورد دیگری که نیاز به احراز هویت تحت قواعد اعتبارسنجی شواهد فدرال ندارد، ثبت‌های تجاری است. در این مورد نوشتار، ثبت و علامت تجاری و الصاق آن در حین عمل تجاری، باید به نحوی باشد که نشان از مالکیت آن به فرد مزبور، در حیطه وظایف کنترلی او یا نشان از صدور از مدعی علیه به عنوان منشأ اولیه صدور آن علامت است. در این طریق مطابق تفسیر لورین ممکن است در یک نامه الکترونیکی یک علامت تجاری خاص در ارتباط میان تجار و یا دیگران انحصاری باشد که منشأ انتقال و ایجاد اسناد را نشان می‌دهد (Lorraine, 241 f.r.d: 551-552). داشتن سوابق داخلی از تجارت و اعمال تجاری اشخاص و شرکت‌ها به صورتی که نشان از نظم یکنواخت ذخیره منشأ یا نسخه‌برداری دلیل مورد ارائه، صرف‌نظر از محوریت اظهارکننده آن از موارد صحت انتساب محسوب می‌شود (White v. City of Birmingham, 2015: 1260-1274). این مدل اثبات با لحاظ قواعد ماده ۸۰۳^۲ نسبت به موارد اخود اظهارکننده در ماده ۹۰۲ استقرار یافته است (Lorraine, 241 f.r.d: 571-572). بنابراین از لحاظ هدف قواعد اعتبارسنجی، ملاک ماده ۹۰۲ با معیارهای عدم پذیرش شهادت بر مسموعات که قواعد پذیرش را تخصیصاً متذکر می‌شود، هم‌سو و هم‌تراز قلمداد شده است (Ziccardi, Michael V. Esq Grimm, Hon. Paul W. 2009: 391).

بنابراین به نظر می‌رسد، مطابق قواعد خودیاری^۳ اگر ادله ارائه شده توسط فردی با دانش عمومی قابل قبول ولو آنکه متخصص هم نباشد، نگهداری شده باشد یا آنکه مطابق عرف منظم تجاری

1. Trade Inscriptions

۲. مطابق ماده ۸۰۳ موارد زیر حتی اگر شاهد و اظهار کننده در دسترس نباشند، تجویزی بر شهادت بر مسموعات نخواهد بود: ... از جمله آنکه مدارک ارائه شده در یک فعالیت منظم تجاری و مطابق زمان‌بندی و توسط افرادی که به طور منظم در جریان این فعالیت‌ها هستند نگهداری، ذخیره و تولید می‌شوند.

3. Self help

نسخه‌برداری از مدارک صورت گرفته باشد و همچنین در موردی که ارائه‌دهنده یا فرد دیگری با ادله و قرائن و شهادت بتواند صحت آن‌ها و انتساب اسناد را اثبات و یا گواهی صحت اسناد صادر شود (United States v. Barlow, 2009: 568)، می‌توان به ادله الکترونیک اعتبار بخشید و در اثبات موضوع از آن‌ها بهره جست. (Rambus, Inc. V. Infineon Technologies, 2004: 106).

۳-۴-۳. فرایند شناسایی دیجیتال

امروزه داده‌های کپی شده از دستگاه‌های الکترونیکی، رسانه‌های ذخیره‌سازی و پرونده‌های الکترونیکی معمولاً توسط «مقدار هش»^۱ تأیید می‌شوند. مقدار هش یک عدد است که غالباً توسط دنباله‌ای از کاراکترها ارائه می‌شود که توسط یک الگوریتم مبتنی بر محتویات دیجیتالی یک درایو، متوسط یا پرونده تولید می‌شود. اگر مقادیر هش برای نسخه اصلی و کپی متفاوت باشد، پس نسخه آن با نسخه اصلی یکسان نیست. اگر مقادیر هش برای نسخه اصلی و کپی یکسان باشد، تقریباً غیرممکن است که نسخه اصلی و کپی یکسان نباشند. مگر آنکه در مقام حفظ اسناد و مدارک و با مجوز مقام قضایی به واسطه رمزگذاری جدید ایمن گردند.

۴. ارزیابی یک رأی و تحلیل معیارهای اعتبارسنجی ادله الکترونیک

نمونه رأی ذکر شده مربوط به رأی شماره ۱۷۱۵/۲۲۳۸۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۰ صادره از شعبه ۳۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

عنوان اتهامی تحصیل غیرمجاز اسرار تجاری مربوط به نقشه‌های رایانه‌ای ساخت دستگاه ویژه تولید بتن متعلق به شرکت تجدیدنظرخوانده (محکوم‌له رسیدگی بدوی) توسط تجدیدنظرخواه (محکوم‌علیه رسیدگی بدوی) به استناد اقرار تلویحی خواهان بر ارتباط طولانی مدت کاری با خوانده تجدیدنظر و اظهارات مطلعین بر استفاده از نقشه‌های ذکر شده در سیستم شرکت که متعلق به خوانده تجدیدنظر می‌باشد، ولی اظهار بی‌اطلاعی از چگونگی و نحوه ورود به سیستم شرکت را می‌نماید و

۱. هش (hash) تابعی است که ورودی از حروف و اعداد را به یک خروجی رمزگذاری شده با طولی ثابت تبدیل می‌کند. این توابع در سرتاسر اینترنت به منظور ذخیره ایمن کلمه عبور، یافتن سوابق تکراری، ذخیره سریع و بازایی اطلاعات و موارد این چنین به کار برده می‌شوند. به زبان ساده، هشینگ با استفاده از یک تابع ریاضی مقداری را به مقدار دیگر تبدیل می‌کند. هشینگ یکی از راه‌های ایجاد امنیت در هنگام انتقال پیام است (زمانی که می‌خواهیم پیام فقط برای یک گیرنده خاص قابل شناسایی باشد). متداول‌ترین الگوریتم‌ها، معروف به MD5 و SHA، آنقدر مقادیر عددی متمایز تولید می‌کنند که احتمال اینکه هر دو مجموعه داده دارای یک مقدار هش یکسان باشند، هر چقدر هم که به نظر برسند، از یک در میلیارد کمتر است. هشینگ برای تضمین صحت مجموعه داده‌های اصلی استفاده می‌شود و می‌تواند به عنوان معادل دیجیتال تمپریتس در تولید سند کاغذ مورد استفاده قرار گیرد (Lindsay Kemp, 2007: 22).

اینکه جرحی بر نظر کارشناس وارد نشده حکم بر شش ماه حبس تعلیقی تجدیدنظرخواه صادر شده است. اما در تجدیدنظر رأی نقض گردیده که خلاصه استدلال دادگاه تجدیدنظر از قرار ذیل است:

نظر به اینکه وفق ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی، اسرار تجاری الکترونیکی باید دارای ارزش اقتصادی بوده و به صورت عاقلانه‌ای از آن محافظت شده باشد و همچنین با توجه به اینکه طبق نظر هیئت کارشناسی سه نفره مدارک مکشوفه از سیستم رایانه‌ای تجدیدنظرخواه فاقد ارزش اقتصادی است و ایرادی بر نظر کارشناس وارد نشده است و همچنین اینکه اظهار یکی از مطلعین مبنی بر داشتن خصوصیت با تجدیدنظرخواه و محتویات پرونده از جمله استناد خواهان بدوی بر ارتباط دستگاه تولید بتن مربوط به شرکت تجدیدنظرخوانده با نقشه‌های مکشوفه از سیستم شرکت ذکر شده، توسط هیئت کارشناسی رد شده است، رأی تجدیدنظرخواسته فسخ شده و رأی بر برائت محکوم‌علیه صادر شده است. در میان استدلال‌های ارائه شده می‌بینیم که دادگاه بدوی به چند مطلب استناد نموده است. اول اینکه دفاع موجهی توسط خوانده صورت نپذیرفته و اظهارات یکی از مطلعین که کارمند شرکت خوانده می‌باشد قرینه‌ای بر توجه اتهام به خوانده محسوب شده است. همچنین اقرار تلویحی خوانده بر استخراج و ذخیره فایل‌های مربوط به خواهان در سیستم شرکت خوانده از دیگر مستندات دادگاه بدوی محسوب شده است. اگرچه نظر هیئت سه نفره کارشناسی بر عدم ارتباط نقشه‌ها و مدارک ارائه شده در مناقصه می‌باشد ولی صرف استفاده شخصی و نگهداری برای خود به استناد ماده ۶۴ قانون تجارت الکترونیک می‌تواند مشمول اسرار تجاری شود. از این‌رو توجهی به داشتن ارزش مستقل اقتصادی اسناد و مدارک مکشوفه نشده است. اما مشخص نیست که آیا اطلاعات فنی مرتبط با نقشه‌های ذکر شده توسط خواهان که بتواند ارزش مستقل اقتصادی آن‌ها را اثبات نماید ارائه شده یا اصلاً توسط دادگاه مطالبه و مورد بررسی قرار گرفته است یا خیر! از این‌رو نقطه ابهام رأی دادگاه بدوی همین نکته است.

از طرفی دادگاه تجدیدنظر در مورد این مسئله مستقلاً عمل نموده و این به جهت درخواست ارجاع امر به کارشناس توسط خواهان بدوی است که هیئت کارشناسی ارزشی را برای مدارک استخراج شده از سیستم‌های رایانه‌ای خوانده قائل نشده است. در این قسمت دادگاه بدوی تنها به استناد اظهارات مطلعین و کشف نقشه‌های مربوط به خواهان بدوی در سیستم‌های رایانه‌ای خوانده رأی بر محکومیت صادر نموده است در حالی که مشخص نشده نقشه‌ها و اطلاعات فنی ارائه شده توسط خواهان در سیستم خود خواهان نیز واجد همین خصیصه غیرمعتبر است یا آنکه به این مورد توجهی نشده است. چنانچه در مورد دوم ارزش اقتصادی نقشه محرز گردد، با توجه به اینکه اصل انتقال و اقرار تلویحی خوانده مبنی بر انتقال نقشه بدون مجوز قانونی دلالت بر مجرمیت دارد. همچنین اصالت و شیوه‌های اطمینان‌بخش انتقال ادله ذکر شده مورد خدشه قرار نگرفته است. چراکه با فرض اطمینان‌بخش بودن و

توجه به طرق صحیح انتقال ادله بار اثبات منقلب می‌شود و اگرچه اصل تفسیر مضیق قوانین در امور کیفری باید رعایت گردد ولی سوءنیت خواننده بدوی محرز شده و حداقل بار اثبات بی‌ارزش بودن ادله ارائه شده با توجه به اینکه خواننده، به‌عنوان نیروی متخصص و در ظاهر قوی‌تر از خواهان که در مناقصه برنده شده که حداقل می‌تواند به ادله ارائه شده توسط خواهان و بی‌اعتباری آن خدشه وارد نماید. از طرف دیگر عدم بررسی و سنجش روش کارشناسی که در استاندارد داورت ذکر آن گذشت ازجمله اعتبار روش کارشناسی در سنجش ارزش اقتصادی نقشه‌ها، استفاده از روش مرسوم در پرونده‌های مشابه و سنجش معیارهای آن در روش کارشناسی که به آزمون همتایان معروف است و اینکه تکنیک‌های سنجش روش کارشناسان از مقبولیت عمومی در سیره کارشناسان برخوردار است یا خیر می‌توانست رویه اثباتی موضوع را تسهیل نماید. از طرفی چنانچه از قواعد عمومی اثبات که در ماده ۹۰۱ قانون شواهد فدرال آمده و مؤیداتی از آن در بند ح ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک ازجمله رویه معقول عدم نفوذ و تغییر داده‌ها و بندهای ۸ و ۹ ماده ۹۰۱ قانون شواهد فدرال می‌توانست روشنگر باشد. ملاحظه می‌شود که در این رأی نقش اصلی را کارشناس ایفا می‌کند در حالی که عمده مطالبی که در قانون تجارت الکترونیک به‌عنوان معیارهای اطمینان‌بخش ذکر شده به‌جهت عدم تخصص و آموزش مقام قضایی که می‌بایست به معیارهای اطمینان‌بخش علم قاضی مبدل شوند، در بوتۀ فراموشی مغفول مانده است. از این‌رو ضوابط ذکر شده در این پژوهش می‌تواند هدایتگر تقنین احتمالی آینده قرار گیرد. که شامل معیارهای اطمینان‌بخش عمومی صحت انتساب و اثبات، ظهور قرائن مبتنی بر دادرسی مختصر و بدون تشریفات رسیدگی در دعاوی حقوقی، و معیارها و ضوابط سنجش طریق کارشناس به‌عنوان اموری مجزا مورد توجه قرار گیرند.

نتیجه

در تطبیقی که میان حقوق ایران و آمریکا در مورد قواعد احراز اصالت ادله الکترونیک صورت پذیرفت، هر کدام ضوابطی را به‌عنوان معیار اطمینان‌بخش وثوق به ادله یاد شده، ارائه داده‌اند. در حقوق ایران معیارهای اطمینان‌بخش از رویه ایمن و با وحدت تاریخ ارسال و دریافت و الگوی ثابت ذخیره، پردازش و ارسال نشئت گرفته می‌شود. اما قاعده‌ای در مورد معیارهای عمومی و اختصاصی اطمینان‌بخش که بیانگر حوزه اختیارات مقام قضایی و سنجش نظریه متخصص یا کارشناس فناوری اطلاعات باشد ارائه نشده است. همچنین در بند «ط» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک در انتهای ماده مذکور، بیان کلمه بازارسال داده‌پیام در قبال صحت ذخیره‌سازی، شبهه صرفاً تخصصی بودن آن به‌وجود آمده که راه را برای طرق سنجش عمومی ادله و احراز اولیه اصالت آن بسته است. در حالی که مطابق آنچه در حقوق ایالات متحده ناظر بر اعتبار ظاهری ادله آمده، بازارسال از طرق عمومی

اعتبارسنجی و در اختیار مقام قضایی قلمداد شده است. حداقل اینکه موارد مجاز استفاده مقام قضایی از شیوه‌های اعتبارسنجی ادله الکترونیک مشخص می‌شود و انفعال قاضی در این زمینه به حداقل می‌رسد. بنابراین تفکیک میان مباحث تخصصی و عمومی اعتبارسنجی ادله دارای آثار فراوانی است. ازجمله آنکه اگر در سنجش ابتدایی ادله الکترونیک توسط مقام قضایی اصالت و صحت انتساب آن‌ها مشخص شود؛ بابت جهت دادرسی مختصر که فارغ از تشریفات رسیدگی قضایی است باز می‌شود. حتی اگر دادرسی مختصر تنها به داوری در اختلاف مطروحه تعبیر شود بازهم معیاری جهت موارد مجاز و غیرمجاز ارجاع به داوری به دست می‌دهد؛ چه اینکه اگر صحت انتساب با روش‌های اطمینان‌بخش محرز نشود در اصل دعوا اختلاف است و ازاین‌رو ابتدا باید صحت و سقم ادله طرفین سنجیده شود. در اینجا مراجعه به استانداردهای عمومی لورین در حقوق ایالات متحده تا حدی روشنگری می‌نماید. همچنین است معیارهای خودیاری ادله الکترونیک که قبل از ورود در ماهیت دعوا نیازمند رسیدگی است. تعیین مرزبندی موارد مجاز رجوع مقام قضایی جهت سنجش صحت ادله الکترونیک به صورت مستقل و سنجش شیوه‌ها و روش‌های اعتبارسنجی به کار گرفته شده توسط متخصص، با ارائه آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های آموزشی برای مقام قضایی، گامی بزرگ در تقویت علم قاضی منطبق با موازین عدالت می‌باشد. در این زمینه استفاده از استاندارد داوبرت تا حدی جهت الگوگیری مناسب خواهد بود. همچنین رویه ایمن ذکر شده در بند ح ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک با تعریف بند ط شامل هر دو روش عمومی و اختصاصی اعتبارسنجی می‌شود ولی منظور از طرق منطقی و معمول در بند ح ذکر نشده و نوعی ابهام در معیارهای صحت انتساب و اصالت اسناد و مدارک الکترونیک وجود دارد که توصیه می‌گردد مقنن در این زمینه به تفکیک هر کدام را مشخص نماید. با وجود این در وضعیت فعلی، ضابطه مدعی و منکر در قانون تجارت الکترونیک متفاوت است بدین تعبیر که ارائه‌دهنده اسناد و مدارک الکترونیک مدعی اولیه اثبات است که به واسطه روش‌های مورد تصدیق سنجیده می‌شود و طرف مقابل می‌تواند قبل از صحت انتساب، نسبت به اسناد اظهار انکار و تردید نماید؛ اما پس از روش‌های عمومی وثوق به ادله یاد شده تنها می‌تواند نسبت به جعل آن‌ها مدعی شود و بار اثباتی را به دوش کشد تا بتواند انتساب سند به خودش را خدشه‌دار نماید. این مورد از پیش‌بینی‌های منطقی قانون‌گذار است و به خوبی ضوابط مدعی و منکر را معرفی نموده است.

منابع

فارسی

- آقایاری، محمد، عباس کریمی و مصطفی السان (۱۳۹۹)، «دادرسی مدنی الکترونیکی: فرایند اجرایی و رویه عملی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۰، شماره ۲.
- انصاری، باقر (۱۳۹۹)، «حق دسترسی به اینترنت؛ مبانی و محتوا»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۲.
- ابهری، حمید و همکاران (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی قواعد حاکم بر حقوق اسناد الکترونیکی از منظر قوانین ایران، مقررات آنسیتال و حقوق فرانسه»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد*، دوره ۱۰، شماره ۳۷.
- السان، مصطفی و محمدرضا منوچهری (۱۳۹۷)، «ارزیابی اصالت ادله الکترونیکی و ارزش اثباتی آن‌ها». *مطالعات حقوقی*، دوره ۱۰، شماره ۲.
- اسدی نژاد، سیدمحمد و اصغر نوشفر (۱۳۹۷)، «اسناد در تجارت الکترونیکی ایران و مقررات آنسیتال»، *دانش حقوق و مالیه*، دوره ۲، شماره ۵.
- دیلمی، احمد (۱۳۹۹)، «منطق استدلال حقوقی و قضائی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۰، شماره ۳.
- رحیمی، فتح‌الله و حسین میخچی زهره (۱۳۹۶)، «مروری کوتاه به اصالت اسناد و ادله الکترونیک در نظام حقوقی ایران»، *دانش حقوق و مالیه*، دوره ۱، شماره ۱.
- ساورایی، پرویز (۱۴۰۰)، «تحلیل حقوقی جنبه‌های ثبوتی و اثباتی انتساب داده پیام در قانون تجارت الکترونیک ایران»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۴، شماره ۹۳.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۸)، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۳، چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات دراک.
- شهبازی‌نیا، مرتضی و محبوبه عبداللهی (۱۳۸۹)، «دلیل الکترونیک در نظام ادله اثبات دعوا»، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران*، دوره ۴۰، شماره ۴.
- شهبازی‌نیا، مرتضی و محبوبه عبداللهی (۱۳۸۸)، «احراز اصالت در اسناد الکترونیکی»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۶۳، شماره ۴.
- صادقی، محسن و مهدی ناصر (۱۴۰۰)، «مطالعه تطبیقی چالش‌ها و راهکارهای بکارگیری ارزش‌های رمزنگاری‌شده دیجیتال در نظام حقوقی ایران و آمریکا»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۱، شماره ۲.
- صادقی نشاط، امیر (۱۳۹۳)، «اعتبارسنجی اسناد الکترونیک»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال سوم، شماره هشتم.
- فیجان، محمدباقر و محبوبه حسینی (۱۳۹۶)، «بررسی حقوقی دفاعیات شکلی در برابر اسناد الکترونیکی در حقوق ایران و فرانسه و آمریکا»، *فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی*، دوره ۳، شماره ۳.
- 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.
- مؤذن زادگان، حسنعلی و محمدرسلول شایگان (۱۳۸۸)، «استناد پذیری و تحصیل ادله الکترونیکی در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۴۸.
- میرداداشی کاری، سیدمهدی، علیرضا عسگری و علی کشاورز (۱۳۹۹)، «اقسام شهادت بر شهادت، رهیافتی بر

ضوابط صحیح تحمل و ادای آندر نظام حقوقی ایران با رویکردی بر فقه امامیه». مطالعات حقوقی معاصر، دوره ۱۱، شماره ۲۱.

غیرفارسی

- Allison Rebecca, (2016), **Authentication of Electronic Evidence**, Submitted in fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, Queensland, Faculty of Law Queensland University of Technology.
- Federal Rules of Evidence, amended to December 1, 2020.
- Federal Rules of Civil Procedure, amended to December 1, 2020.
- Grimm, Hon. Paul W.; Ziccardi, Michael V. Esq.; and Major, Alexander W. Esq. (2009) "Back to the Future: Lorraine v. Markel American Insurance Co. and New Findings on the Admissibility of Electronically Stored Information", **Akron Law Review**: Vol. 42: Iss. 2, Article 2.
- Harlan Watkins, Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. (1994). "General Acceptance Rejected", **Santa Clara High Tech. L.J.** vol 10, 259, 1.
- Jonathan D. Frieden & Leigh M. Murray, (2011). "The Admissibility of Electronic Evidence under the Federal Rules of Evidence", **Rich. J.L. & Tech**, vol 17, 2.
- K. Nance and D. J. Ryan, (2011) "Legal Aspects of Digital Forensics: A Research Agenda," **Hawaii International Conference on System Sciences**, pp. 1-6.
- Lindsay Kemp, Lorraine v. Markel, (2007). "An Authoritative Opinion Sets the Bar for Admissibility of Electronic Evidence, **N.C. J.L. & Tech**. vol 9, 16.2.
- Stephen Mason and Allison Stanfield, (2017), Authenticating electronic evidence, **University of London Press; Institute of Advanced Legal Studies**.
- Unsitral Model Law on Electronic Transferable Records, United Nation Commission on international trade, United Nation publication, New York, 2018, available at: Internet: www.uncitral.org.

Case

- United States v. Barlow, United States Court of Appeals, Fifth Circuit. 568 F.3d 215 2009.
- United States v. Fults, United States Court of Appeals, sixth circuit, 639 F. App'x 366 (6th Cir. 2016).
- United States v. O'keefe, SR., Sunil Agrawal. 537 F. Supp. 2d 14 (D.D.C. 2008).
- Wolf Lake Terminals, Inc. v. Mutual Marine Ins. United States District Court, N.D. Indiana. Hammond Division, 433 F. Supp. 2d 933 (N.D. Ind. 2005).
- Schaghticoke Tribal Nation v. Kempthorne, No. 08-4735 (2d Cir. 2009).
- White v. City of Birmingham, United States District Court, N.D. Alabama, Southern Division. 96 F. Supp. 3d 1260 (N.D. Ala. 2015)
- Rambus, Inc. v. Infineon Technologies AG, United States District Court, E.D. Virginia, Richmond Division, 326 F. Supp. 2d 721 (E.D. Va. 2004).
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 US 579, 1993.
- Lorraine v. Markel Am. Ins. Co., 241 F.R.D. 534, 546 (D. Md. 2007).

افتراقی شدن دادرسی کیفری جرایم اشخاص حقوقی؛ مبانی، ضرورت و ضوابط

سیدياسر ضیائی چاهگاهی*، علیرضا جمشیدی**، محمد آشوری***

چکیده

افتراقی شدن دادرسی کیفری اشخاص حقوقی دارای اهداف مختلفی است. این مدل از دادرسی، افزون بر تکمیل مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری و رفع نارسایی‌ها در مورد شخص حقوقی به لحاظ تفاوت ساختاری، اهداف دیگری از قبیل امنیت‌مداری و تشدید مجازات‌ها در برخی جرایم خاص، حمایت از شخص حقوقی و اعضای آن به عنوان بزه‌دیده و مقابله مؤثر با اشکال و شیوه‌های نوین ارتکاب جرم را دنبال می‌کند. موضوع این مقاله، تحلیل مبانی و جلوه‌های خاص دادرسی افتراقی اشخاص حقوقی با روش تحلیلی - توصیفی است. از جمله مبانی این افتراقی‌سازی، می‌توان به اصل برائت، تضمین حقوق اصحاب دعوا، پیش‌بینی لوازم متناسب برای فرایند کیفری به لحاظ تفاوت‌های ساختاری شخص حقوقی در مقایسه با شخص حقیقی اشاره نمود. بینش صحیح کنشگران عدالت کیفری از این مبانی، نقش مؤثری در تفسیر صحیح قانون، تحقق دادرسی عادلانه و صیانت از حقوق اشخاص و جامعه دارد. کارآمدی جلوه‌های آیین دادرسی کیفری افتراقی اشخاص حقوقی مستلزم تفکیک و اعمال هم‌زمان اصول مشترک از یک سو و ضوابط خاص دادرسی میان شخص حقوقی و نماینده قانونی از سوی دیگر است.

واژگان کلیدی: شخص حقوقی، نماینده قانونی، مسئولیت کیفری اشتقاقی، آیین دادرسی افتراقی

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
yaserziyaei@gmail.com

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
jamshydy@gmail.com

*** استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
ashouri_mohammad@yahoo.com

مقدمه

آموزه‌های جرم‌شناسی، بر ایجاد سیاست افتراقی در مبارزه با بزهکاری تأکید می‌کند. اشخاص حقوقی به‌عنوان مجرمین نوظهور، مثالی از این سیاست و رویکردند که در مقررات ماهوی و آیین دادرسی کیفری آن‌ها، شاهد نوآوری‌های تقنینی هستیم. سیاست‌گزاران کیفری، مسئولیت کیفری شخص حقوقی را به‌عنوان یک ضرورت اجتماعی به رسمیت شناختند تا هم امنیت سرمایه‌گذاری و مبادلات اقتصادی و نیازهای اجتماعی شهروندان تأمین گردد و هم اینکه، فعالیت‌های مجرمانه شرکت‌ها و اشخاص حقوقی، کنترل و از توسعه آن‌ها پیشگیری شود. اصول ۳۶، ۳۷، ۱۵۹ و ۱۶۶ قانون اساسی در مقام بیان ابعاد اصل قانونی بودن جرم، مجازات و آیین دادرسی کیفری است. قانون‌گذار با پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی از رویکرد فردمدار به شخص‌مدار در حقوق کیفری گرایش پیدا نموده که این موضوع افزایش تابعان حقوق کیفری را به دنبال داشته است.

استاد گسن در مورد اهداف آیین دادرسی کیفری چهار برداشت را از هم تفکیک نموده است. الف) برداشت عینی کلاسیک که کانون توجه آن جرم و قابلیت انتساب بود و به شخصیت مجرم توجه زیادی نمی‌شد. ب) برداشت ذهنی میراث مکتب تحقیقی که برای دستیابی به اهداف آیین دادرسی کیفری به دادرس اجازه داد تا با توجه به شخصیت بزهکار و حالت خطرناک او مجازات متناسب تعیین نماید و کیفر را اقدامی برای اصلاح و بازاجتماعی کردن بزهکار می‌دانستند. ج) مفهوم الهام‌گرفته از جرم‌شناسی واکنش اجتماعی و جرم‌شناختی بزه‌دیده شناختی. که معتقد به جرم‌زدایی از رفتارهای جرم‌انگاری شده یا دست‌کم اتخاذ سیاست عدم مداخله نهاد عدالت جنایی و برخورد مدنی و اداری با برخی از جرایم جرم‌زدایی شده است. در کنار این هدف، ترمیم رابطه میان بزه‌دیده و بزهکار منجر به ظهور عدالت ترمیمی با محوریت بزه‌دیده شد. د) برداشت نامتجانس کنونی، توجه به حقوق بشر، دغدغه آیین دادرسی کیفری است که به همراه اشکال و تهدیدهای نوین بزهکاری یعنی تروریسم، جرم‌های سازمان‌یافته و جرم‌های بین‌المللی موجب شد تا آیین دادرسی‌های اختصاصی به‌عنوان یک ضرورت مطرح شود و شاهد چندبخشی و تکه تکه شدن آیین دادرسی کیفری باشیم. دغدغه آیین دادرسی‌های نامتجانس و اختصاصی این است که در یک فرایند کیفری خاص، آیا حقوق بشر و حق‌های دفاعی متهم رعایت می‌شود یا خیر و آیا مصادیق عدالت کیفری توافقی و مذاکره‌ای در آیین دادرسی اختصاصی جایگاهی دارد یا خیر (گسن، ۱۳۸۵: ۳۴۸-۳۳۳).

ساختار اداری و اجرایی شخص حقوقی نسبت به شخص حقیقی متفاوت است. افتراقی شدن از ریشه فرق، در فرهنگ لغت دهخدا به معنی از یکدیگر جدا شدن و پراکنده گردیدن است. این تعریف لغوی به مفهوم مضیق از افتراقی شدن آیین دادرسی کیفری نزدیک است که همانا توجه به تفاوت در ساختار

ماهیتی و تشکیلات اداری و اجرایی شخص حقوقی نسبت به شخص حقیقی و پیش‌بینی مقرراتی برای پوشش این تفاوت‌ها است. اما آنچه در این تحقیق مد نظر است افزون بر توجه به مفهوم مضیق این‌گونه از دادرسی اختصاصی، ارائه تعریف و برداشتی موسع از مفهوم افتراقی شدن آیین دادرسی کیفری اشخاص حقوقی با توجه به اهداف و اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری که تأمین عدالت کیفری و تضمین حقوق اصحاب دعوا است، می‌باشد به بیان دیگر، افتراقی شدن دادرسی اشخاص حقوقی اگرچه این تفاوت‌ها را در کانون مطالعه قرار می‌دهد اما منحصر به تبیین و تشریح ابعاد تفاوت ساختاری شخص حقوقی نیست بلکه باید در جمع با اصول و اهداف حاکم بر آیین دادرسی کیفری آن گونه که استاد گسن اشاره نمودند، تفسیر شود؛ زیرا مدل‌های اختصاصی آیین دادرسی کیفری، مکمل مقررات عمومی است و در اصول و مبانی تابع آن است. با مذاقه در متن مواد قانونی مربوط به آیین دادرسی کیفری اشخاص حقوقی می‌توان به این تعریف و مفهوم موسع دست یافت.

اعمال تمام نهادهای قانونی فردمدار برای شخص حقوقی مقدور نیست زیرا مسئولیت کیفری، کمیت، کیفیت و نوع مجازات‌هایی که برای شخص حقوقی پیش‌بینی شده است تا حد زیادی متفاوت از اشخاص حقیقی است. از این‌رو، پیش‌بینی ضوابط و مقررات خاص برای مدیریت دادرسی کیفری اشخاص حقوقی ضرورت دارد. تضمین حقوق و امتیازات اشخاص در برابر محدودیت‌های کیفری تنها از مسیر قانون و با رعایت اصل قانونی بودن دادرسی محقق می‌شود. بنا بر اهمیت این موضوع، قانون‌مند بودن دادرسی در ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری به‌عنوان یک اصل راهبردی مورد تأکید قرار گرفته است. افتراقی شدن دادرسی در برخی حوزه‌ها، راهبردی در راستای ارتقای مفهومی و کارکردی آیین دادرسی کیفری است که هم‌زمان و در کنار مقررات عمومی آیین دادرسی اجرا می‌شوند. قانون‌گذار با بهره‌گیری از نظام ارجاع‌دهی در آیین دادرسی اختصاصی جرایم نیروهای مسلح (ماده ۶۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری)، آیین دادرسی جرایم رایانه‌ای (ماده ۶۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری) و آیین دادرسی جرایم اشخاص حقوقی (ماده ۶۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری) به‌صراحت مقرر نموده است: «مواردی که مقررات ویژه‌ای برای این‌گونه از دادرسی‌ها مقرر نگردیده، تابع مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری است».

منابع حقوقی و رویه قضایی منسجمی در آیین دادرسی کیفری اشخاص حقوقی وجود ندارد و بعضاً شاهد رویه‌های متناقض و غیر هم‌سو با قانون هستیم. افزون بر این، بیشتر پژوهش‌های موجود

معطوف به موضوع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی است.^۱ برای تحلیل آیین دادرسی کیفری مربوط به این مجرمین نوظهور، توجه به مبانی و شناخت جلوه‌های این گونه از دادرسی ضرورت دارد؛ زیرا منجر به ارتقای درک واقع‌بینانه متولیان عدالت کیفری و رویه قضایی در تفسیر مواد قانونی مربوطه و کارآمدی عدالت کیفری می‌شود. در این راستا؛ نگارنده پس از تبیین مبانی افتراقی شدن آیین دادرسی کیفری اشخاص حقوقی با تأکید بر اصول راهبردی قانون‌گذار در تدوین مقررات افتراقی این اشخاص، جلوه‌های دادرسی کیفری اشخاص حقوقی و نمایندگی قانونی را با نگاهی ویژه به اصول و ضوابط حاکم بر آیین دادرسی را مورد بررسی قرار خواهد داد.

۱. مبانی دادرسی کیفری افتراقی اشخاص حقوقی

آیین دادرسی کیفری افتراقی اشخاص حقوقی همچون سایر نهادهای حقوقی بر مبانی گوناگونی استوار است. مقابله کیفری با جرایم سازمان‌یافته اشخاص حقوقی، تضمین حقوق اصحاب دعوا، تفاوت در ساختار، استقلال در شخصیت و تضییق دامنه مداخله عدالت کیفری ازجمله مهم‌ترین مبانی نهاد مذکور محسوب می‌شوند. در برداشت مضیق، افتراقی شدن به دنبال تکمیل و رفع نقایص از مقررات عمومی است. اما مفهوم و برداشت موسع از افتراقی شدن این مدل از دادرسی، تأمین اهداف ترمیمی در جبران خسارت از بزه‌دیده، اصلاح شخص حقوقی بزهکار و امنیت‌مداری را در راستای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری دنبال می‌نماید.

۱-۱. تضمین حقوق اصحاب دعوا

چگونگی تضمین حقوق اصحاب دعوا از طریق آیین دادرسی کیفری افتراقی می‌تواند به‌عنوان یک بحث مبنایی، تحلیل شود. یکی از اصول راهبردی حاکم بر دادرسی کیفری این است که حقوق طرفین دعوی تضمین شود. آیین‌های دادرسی افتراقی همچون مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری، تابع اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری هستند. ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری که در بخش کلیات و تحت عنوان تعریف آیین دادرسی کیفری و اصول حاکم بر آن قرار دارد، مقرر می‌کند: «دادرسی کیفری باید حقوق طرفین دعوی را تضمین کند». بند ۳ ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز بر این موضوع تأکید نموده است. تضمین حقوق اصحاب دعوا با اصل برابری سلاح‌ها و اصل هم‌ترازی حقوق اصحاب دعوا ارتباط نزدیکی دارد. هر دو طرف دادرسی (شاکی و متهم) باید از حقوق و امتیازات مساوی برخوردار باشند چراکه بر هم خوردن این توازن، می‌تواند

۱. برای مطالعه و اطلاع از نوآوری‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی که اخیراً به رشته تحریر درآمده است، نک: شریفی، ۱۳۹۴؛ حبیب‌زاده، محمدجعفر و دیگران، ۱۳۹۶؛ فرح‌بخش، ۱۳۹۵؛ نیکومنظری و محسنی، ۱۳۹۶.

دادرسی را ناعادلانه و نتیجه آن را غیرقابل پذیرش نماید (تدین، ۱۳۹۵: ۵۹). آیین دادرسی اشخاص حقوقی هم در راستای تضمین حقوق اصحاب دعوا است و هم اینکه از حقوق سایر اشخاصی که به صورت غیرمستقیم با دعوا ارتباط دارند همچون اعضا یا سهام داران شخص حقوقی، حمایت می کند. در برخی مواقع به واسطه ارتکاب جرم توسط نماینده قانونی، حقوق و منافع اعضا و سهام داران در معرض تهدید و خطر قرار می گیرد از این رو ضرورت دارد که این اشخاص نیز از طریق آیین دادرسی افتراقی مورد حمایت های قانونی قرار گیرند. افتراقی شدن با تأمین نظم و امنیت جامعه نیز مرتبط است؛ خطرات ناشی از جرایم اشخاص حقوقی با توجه به حجم خسارات وارده به جامعه می تواند بحران زا باشد. برای مدیریت و کنترل جرایم اشخاص حقوقی، اتخاذ برخی دستورهای و تدابیر قضایی با رعایت ضوابط قانونی می تواند دامنه این خسارات را کنترل و محدود نماید. افتراقی شدن دادرسی اشخاص حقوقی برای تأمین این هدف، با پیش بینی برخی از محدودیت های قانونی نسبت به اشخاص حقوقی بزهکار، جهت گیری امنیتی پیدا می کند.

۱-۱-۱. تضمین حقوق بزه دیدگان

دادرسی افتراقی اشخاص حقوقی در مفهوم موسع، علاوه بر جهت گیری سزاگرایانه و اصلاح شخص حقوقی بزهکار از طریق عدالت کیفری و نیز تأمین امنیت جامعه، با تأسی از آموزه های عدالت ترمیمی، دارای رویکرد حمایتی از بزه دیده نیز است. بعد از وقوع جرم و تعقیب متهم تمهیداتی مقرر شده که حمایت از بزه دیده را محقق می کند، از قبیل صدور قرار تأمین خواسته و لزوم پرداخت دیه و خسارات ناشی از جرم به عنوان پیش شرط اعمال نهادهای ارفاقی مانند تعویق صدور حکم، تعلیق و تخفیف مجازات و... در برخی کشورها از جمله آمریکا و انگلستان، ضمانت اجرای کیفری در زمینه حمایت از بزه دیدگان جرایم اشخاص حقوقی پیش بینی شده است از قبیل قرار جبران خسارت^۱، قرار خدمت اجتماعی و قرار اصلاح وضعیت جرم زا. قرار جبران خسارت، بزهکار را ملزم به جبران خسارت بزه دیده می نماید (حسنی، ۱۳۹۰: ۳۹۱). با الهام از این ضمانت اجراها می توان برای تسریع در دسترسی به اهداف مورد نظر آیین دادرسی کیفری، آن ها را در قالب قرارهای تأمین

۱. قرار جبران خسارت در حقوق کیفری انگلستان به عنوان ضمانت اجرای جرم شخص حقوقی پیش بینی شده است. در انگلستان، بند ۱ ماده ۹ قانون قتل غیر عمد و آدم کشی شرکت ها مصوب ۲۰۰۷ مقرر نموده؛ دادگاه قبل از صدور حکم محکومیت شرکت یا سازمان که طبق بند ۶ از ماده ۱ این قانون مستوجب جریمه است؛ می تواند قرار جبران خسارت remedial orders را نسبت به شرکت و سازمان در مواردی که طبق بند ۱ از ماده ۱ شیوه مدیریت یا سازماندهی فعالیت آن ها منجر به مرگ انسان ها شود و این مرگ به علت تخلف از وظیفه مربوط به مراقبت بر فعالیت کارکنان، ساخت و ساز، تأمین کالا و خدمات و... به شرح ماده ۲ این قانون باشد، صادر کند.

خاص، بومی‌سازی نمود که این امر، از رهگذر اعمال اصل تفرید و عدالت کیفری توافقی محقق می‌شود. با پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی، اصل تفرید به اصل تشخیص و شخصی کردن مجازات‌ها ارتقا یافته است. جایگاه اصل تشخیص در مرحله دادرسی و محاکمه است. زمانی که قاضی قصد کیفرگزینی برای اصلاح و بازسازگاری اجتماعی شخص حقوقی بزهکار را دارد یکی از پارادایم‌هایی که می‌تواند در این موضوع مؤثر باشد توجه به آثار جرم شخص حقوقی نسبت به بزه‌دیده و جبران آن است. با جبران خسارات بزه‌دیده و ترمیم خسارات وارده به جامعه، شخص حقوقی بزهکار می‌تواند مشمول نهادهای ارفاقی شود و این موضوع، زمینه اصلاح شخص حقوقی و کیفرزدایی را می‌تواند فراهم نماید. اعمال کیفر نسبت به شخص حقوقی هم موجب پیشگیری از تکرار جرم می‌شود و هم اینکه از بزه‌دیده شدن اشخاص حقیقی و حقوقی در آینده، پیشگیری می‌نماید و به نوعی مانع آسیب به حقوق و منافع بزه‌دیدگان احتمالی در آینده است.

ماهیت برخی دستورهای قضایی یا تدابیری که در آیین دادرسی کیفری اشخاص حقوقی پیش‌بینی شده است، از توسعه دامنه جرم، تکرار آن و نیز از افزایش تعداد قربانیان بالقوه پیشگیری می‌نماید. در آمریکا صدور قرار اصلاح وضعیت جرم‌زا به منظور رفع آلاینده‌ها در جرایم زیست‌محیطی نمونه‌ای از این اقدامات پیشگیرانه از توسعه دامنه و خسارت جرم اشخاص حقوقی است (USSG, SS, 1.2). ماده ۴۵-۷۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه نیز الزاماتی را در تضمین حقوق بزه‌دیده و استقرار ناظر قضایی در دادرسی کیفری اشخاص حقوقی مقرر نموده است. به موجب این ماده: «... ۲- ایجاد تدابیر و اقدامات احتیاطی شخصی یا واقعی برای تضمین حقوق بزه‌دیده در یک مدت و برای یک دوره و با یک مبلغ معین شده توسط هیئت تحقیقاتی بازپرسی؛... ۴- استقرار تحت نظارت نماینده دادگستری که توسط هیئت تحقیقاتی بازپرسی انتخاب می‌شود برای یک دوره شش ماه قابل تمدید، برای فعالیتی که در اجرا یا به مناسبت آن، جرم ارتکاب یافته است». (تدین، ۱۳۹۱: ۴۲۳) برخی تدابیر نظارتی و کنترلی که در مرحله دادرسی یا دادگاه تعیین می‌گردد، می‌تواند در پیشگیری از تکرار جرایم شخص حقوقی مؤثر باشد. در این باره دادگاه می‌تواند با گماردن ناظر یا قیم برگزیده که قدرت بر هدایت رفتار اشخاص حقوقی متخلف را داشته باشد و در هیئت مدیره یا مجمع عمومی رأی و تصمیم صائب را تأیید نماید، فعالیت اشخاص حقوقی را نظم دهد (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۵۷). پیش‌بینی این اختیار قضایی در مقررات افتراقی اشخاص حقوقی می‌تواند دامنه نظارت و کنترل ارکان مدیریتی و اجرایی آن را نسبت به اقدامات نماینده قانونی و مدیریت، ارتقا و مسئولیت‌پذیری آن‌ها را تقویت نماید. در فرضی که مدیر یا نماینده قانونی شخص حقوقی برخلاف تصمیمات هیئت مدیره و رأساً مرتکب جرم شود یا اینکه اعضای هیئت مدیره نیز

دخیل در ارتکاب جرم باشند، بدون اینکه جرم مذکور در راستای منافع شخص حقوقی باشد، ضرورت دارد که از منافع شخص حقوقی، اعضا و سهام‌داران به‌عنوان بزه‌دیده حمایت شود. اصولاً اختیارات قانونی، حق امضا و تصمیم‌گیری برای اعمال حقوق و تکالیف شخص حقوقی با اعضای هیئت مدیره و مدیرعامل است. این اشخاص، نماینده شخص حقوقی محسوب می‌شوند و سایر اعضا و سهام‌داران به دلیل ساختار اداری و اجرایی شخص حقوقی فاقد چنین اختیاراتی هستند. افتراقی شدن دادرسی اشخاص حقوقی می‌تواند از طریق شناسایی قانونی حق طرح شکایت از سوی هر یک از اعضا و سهام‌داران علیه نماینده قانونی و اعضای هیئت مدیره متخلف، حقوق اعضا، سهام‌داران و نیز شخص حقوقی را تضمین نماید.^۱

۱-۱-۲. تضمین حق دفاع در پرتو اصل تساوی سلاح‌ها و اصلاح شخص حقوقی

ماده ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر^۲ و ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۳، اصل تساوی اشخاص در برابر قانون را به رسمیت شناخته‌اند و تأکید دارند که کلیه اشخاص در مقابل قانون مساوی هستند و بدون هیچ گونه تبعیض، استحقاق حمایت بالسویه قانون را دارند. ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری در مقام بیان اصل تساوی سلاح‌ها مقرر می‌کند: «قواعد دادرسی کیفری نسبت به اشخاصی که در شرایط مساوی به سبب ارتکاب جرایم مشابه تحت تعقیب قرار می‌گیرند، به‌صورت یکسان اعمال شود». اصل برابری سلاح‌ها با اصل رعایت حقوق دفاعی دارای نقاط مشترکی است. در واقع عدم رعایت یکی از حقوق دفاعی می‌تواند نقض برابری سلاح‌ها را در پی داشته باشد. قلمرو و دامنه اجرایی اصل برابری سلاح‌ها شامل تمام مراحل دادرسی بوده و نه تنها در تحقیقات مقدماتی بلکه در مرحله دادرسی و اجرای احکام کیفری نیز جاری است. از سوی دیگر اصل تساوی سلاح‌ها به کلیه طرف‌های دعوا اعم از دادسرا، بزه‌دیده و متهم قابل تسری است (ساقیان، ۱۳۸۵: ۸۸-۸۵). اصل رعایت حقوق دفاعی و تساوی سلاح‌ها، ایجاب می‌کند که تمهیدات قانونی برای تضمین مؤلفه‌های دادرسی منصفانه در مورد اشخاص حقوقی همچون نماینده قانونی در جایی که متهم به ارتکاب جرم است پیش‌بینی شود زیرا این دو شخص آن گونه که ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر داشته در بهره‌مندی از حقوق و امتیازهای قانونی جایگاه یکسانی دارند و نباید هیچ گونه تبعیضی ولو به‌جهت

۱. در برخی موارد، رویه قضایی، شکایت اعضا و سهام‌داران را به دلیل تردید در سمت شاکی، قبول نمی‌کنند و در جرایم غیرقابل گذشت، در قالب اعلام جرم مورد تعقیب قرار می‌دهند.

2. Universal declaration of Human Rights(UDHR), adopted by the United Nations General Assembly on 10 December 1948.

3. International Covenant on Civil and political rights. Adopted by the General Assembly of the united nations on 19 December 1966

نقص یا خلأ قانونی میان آن‌ها باشد. از این رو، ماده ۶۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری در راستای ماده ۲ قانون مذکور از عبارت مقررات قابل اعمال و قابل اجرا برای اشخاص حقوقی استفاده نموده است.

قانون‌گذار با ملاحظه اصل تساوی سلاح‌ها، بر این عقیده است که شخص حقوقی به دلیل ماهیت انتزاعی و غیرعینی مانند شخص حقیقی به صورت فیزیکی قادر به دفاع از خویش نیست، در حالی که باید از کلیه امتیازات و ظرفیت‌های قانونی برای دفاع در تمام مراحل فرایند کیفری برخوردار باشد. قبل از تصویب مقررات افتراقی اشخاص حقوقی، مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری در چگونگی رعایت حقوق دفاعی و کیفیت تفهیم اتهام و آثار مترتب بر آن دارای خلأ و نقص بود. استقلال در شخصیت حقوقی و مسئولیت کیفری، مانع از پذیرش اظهارات و دفاعیات نماینده قانونی از باب اقرار علیه شخص حقوقی متهم به جرم است. مهم‌تر اینکه، دفاعیات و اقرار نماینده قانونی به جای شخص حقوقی، می‌تواند به صورت مغرضانه و به ضرر شخص حقوقی ارائه شود و حقوق دفاعی آن را مخدوش نماید. به همین دلیل قانون‌گذار ماده ۶۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری را تصویب کرده و ضرورت تبیین اتهام برای نماینده جدید شخص حقوقی به منظور دفاع را تصریح نموده است تا شخص حقوقی با بهره‌گیری از فرصت دفاع و بهره‌مندی از ظرفیت‌های قانونی، قادر باشد در برابر اتهام تبیین شده از خویش دفاع نماید. این مهم ثمره اصل تساوی سلاح‌ها می‌باشد. به بیان دیگر، پیش‌بینی مقررات افتراقی به شرح مواد ۶۸۸ و ۶۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری ناشی از تدبیر قانون‌گذار در تضمین حق دفاع مستقل برای شخص حقوقی از رهگذر اصل تساوی سلاح‌ها است. ماده ۶۸۸ در این زمینه مقرر می‌دارد: «...علاوه بر احضار شخص حقیقی که اتهام متوجه او می‌باشد، با رعایت مقررات مربوط به احضار، به شخص حقوقی اخطار می‌شود تا مطابق مقررات، نماینده قانونی یا وکیل خود را معرفی نماید...» در تحقیق از نماینده قانونی باید به این نکته توجه داشت که اگرچه شخص حقوقی ارکان جرم را از نماینده قانونی عاریه می‌گیرد ولی اقرار بر ارتکاب جرم از سوی نماینده قانونی، عاریه‌ای نیست که به شخص حقوقی تسری یابد. اقرار نماینده قانونی بنابر قاعده اقرار العقلاء علی انفسهم جایز، صرفاً علیه خودش دلیل محسوب می‌شود و علیه شخص حقوقی به عنوان اقرار قابل استناد نیست اما اگر روند تحقیقات مقدماتی هم‌سو با اقرار نماینده قانونی قرار گرفت و ثابت شد که جرم به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی است، این امر از باب اماره و علم قاضی، می‌تواند منجر به احراز بزهکاری شخص حقوقی شود. به همین دلیل ماده ۶۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری هم‌سو با مواد ۱۶۴ و ۱۶۵ همان قانون مقرر می‌کند: «اظهارات نماینده قانونی شخص حقوقی علیه شخص حقوقی اقرار محسوب نمی‌شود».

افتراقی شدن دادرسی اشخاص حقوقی با توجه به اصول راهبردی حاکم بر آیین دادرسی کیفری

دارای رسالت اصلاحی نسبت به شخص حقوقی بزهکار نیز است. پیش‌بینی برخی از قرارهای تأمین خاص که در قسمت قبل به آن‌ها اشاره شده از قبیل قرار اصلاح وضعیت جرم‌زا، قرار جبران خسارت می‌تواند زمینه عدالت کیفری توافقی و مقدمات اصلاح و بازسازی اجتماعی شخص حقوقی را فراهم نماید. ضرورت توجه به اصلاح و بازسازی اجتماعی شخص حقوقی در مقررات افتراقی اشخاص حقوقی نیز پیش‌بینی شده است. ماده ۶۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «در مواردی که مقررات ویژه‌ای برای دادرسی جرایم اشخاص حقوقی مقرر نشده است، مطابق مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری که در مورد این اشخاص قابل اجرا است، اقدام می‌شود». این ماده دارای دو پیام مهم در مورد افتراقی شدن آیین دادرسی کیفری اشخاص حقوقی است. اول اینکه مدیریت دادرسی کیفری این اشخاص منحصرراً از طریق مقررات ویژه محقق نمی‌شود زیرا ماده مذکور صراحتاً بر امکان اعمال مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری تأکید نموده است. این عبارت، به این معنی است که افتراقی شدن دادرسی اشخاص حقوقی، فراتر از مفهوم مضیق آن، به معنی پوشش دادن خلأهای ناشی از تفاوت ساختاری و تشکیلاتی شخص حقوقی است بلکه با تبعیت از اصول راهبردی حاکم بر آیین دادرسی کیفری، تضمین حقوق اصحاب دعوا را نیز دنبال می‌نماید. به بیان دیگر، این آیین دادرسی خاص، تک بعدی نیست که صرفاً ناظر به شخص حقوقی بزهکار باشد بلکه چندبعدی است و به تأمین اهداف مرتبط با بزه‌دیده و جامعه نیز می‌پردازد. دومین پیام ماده مذکور این است که قانون‌گذار از عبارت «مقررات قابل اجرا» استفاده نموده است با این هدف که اعلام نماید، این مقررات قابل اعمال، شامل نهادهای عدالت کیفری توافقی و ارفاقی در حق شخص حقوقی می‌شود. نهادهای ارفاقی علاوه بر تأمین منافع بزه‌دیده و جبران خسارت آن‌ها، اصلاح شخص حقوقی بزهکار را نیز دنبال می‌نمایند.

۳-۱-۱. صیانت از نظم و امنیت جامعه

اشخاص حقوقی و شرکت‌ها به واسطه تعدد اعضا و سهام‌داران، وسیع بودن گستره فعالیت آن‌ها حتی در سطح ملی و بین‌المللی، معمولاً از اعتماد عمومی برخوردار بوده و به واسطه این اعتماد، اشخاص و شهروندان غالب حقوق، منافع، اعتبار و اهداف خویش را از طریق ارتباط با این اشخاص پیگیری و اجرا می‌نمایند. این موضوع می‌تواند خطرات و زیان‌هایی را هم به واسطه ارتکاب جرم به خصوص در فرضی که دامنه جرم گسترده باشد به شهروندان و جامعه تحمیل نماید و موجبات اختلال در نظم اقتصادی و اجتماعی شود. صیانت از نظم و امنیت اجتماعی موجب شد تا قانون‌گذار، دستور قضایی و تدبیر تأمینی پیش‌بینی نماید با این هدف که تمام یا بخشی از اقدامات و فعالیت‌های خطرناک و جرم‌زای شخص حقوقی، به حال تعلیق درآید و حتی در موارد حاد، مکان فعالیت

اشخاص حقوقی، پلمپ گردد. تصمیم بر توقف فعالیت یا جلوگیری از ادامه اشتغال متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه شخص حقوقی به دلیل متفاوت بودن ساختار و ماهیت آن‌ها نسبت به شخص حقیقی نیست. افتراقی شدن دادرسی در این مورد، دارای جهت‌گیری امنیت‌مدار است تا نظم عمومی، امنیت و سلامت جامعه را تأمین نماید. ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری در این زمینه مقرر می‌کند: «جلوگیری از فعالیت تمام یا بخشی از امور خدماتی یا تولیدی از قبیل امور تجاری، کشاورزی، فعالیت کارگاه‌ها، کارخانه‌ها و شرکت‌های تجاری و تعاونی‌ها و مانند آن ممنوع است مگر در مواردی که حسب قرائن معقول و ادله مثبت، ادامه این فعالیت متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای باشد که مضر به سلامت، مخل امنیت جامعه و یا نظم عمومی باشد که در این صورت بازپرس مکلف است با اطلاع دادستان، حسب مورد از آن بخش از فعالیت مذکور جلوگیری و ادله یاد شده را در تصمیم خود قید کند. این تصمیم ظرف پنج روز پس از ابلاغ، قابل اعتراض در دادگاه کیفری است». این تصمیم قضایی ماهیت قرارگونه دارد که در خصوص اشخاص حقوقی مرتکب جرم به‌عنوان یک اقدام تأمینی قانونی اعمال می‌شود. به نظر می‌رسد اگر توقف بخشی از فعالیت جرم‌زا مستلزم توقف و تعطیلی کل فعالیت شخص حقوقی باشد، با توجه به مصالح مندرج در ماده، این امر بلامانع است. در مرحله تحقیقات مقدماتی و محاکمه، مطابق با بند پ ماده ۲۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری بازپرس و قاضی دادگاه می‌توانند متناسب با جرم ارتكابی، علاوه بر صدور قرار تأمین کیفری، قرار نظارت قضایی را که شامل دستور منع اشتغال به فعالیت‌های مرتبط با جرم ارتكابی است برای مدت معین صادر کنند. در جمع ذیل ماده ۱۱۴ با بند پ ماده ۲۴۷ این قانون، درخصوص قرار نظارت قضایی و ارتباط آن با افتراقی شدن دادرسی کیفری اشخاص حقوقی باید توجه داشت که اگر فعالیت شخص حقوقی متضمن ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای باشد که مضر به سلامت، مخل امنیت جامعه و یا نظم عمومی باشد، جلوگیری از ادامه فعالیت شخص حقوقی با اطلاع دادستان، به‌عنوان یک تکلیف قانونی برای بازپرس مقرر شده است در حالی که معیار اعمال بند پ ماده ۲۴۷ قانون مذکور، مستند به ماده ۲۵۰ این قانون، تناسب با نوع و اهمیت جرم، شدت مجازات، ادله و اسباب اتهام، احتمال فرار یا مخفی شدن متهم و از بین رفتن آثار جرم، سابقه متهم، وضعیت روحی و جسمی، سن، جنس، شخصیت و حیثیت متهم می‌باشد. افزون بر این، صدور قرار نظارت برای بازپرس، اختیاری است. اگرچه بند پ ماده ۲۴۷ و ماده ۱۱۴ به‌صورت هم‌زمان قابلیت اعمال نسبت به شخص حقیقی و حقوقی را دارد اما به نظر می‌رسد مصلحت مندرج در بخش اخیر ماده ۱۱۴ قانون مذکور، دارای جهت‌گیری امنیت‌مدار و به دنبال تأمین نظم عمومی، امنیت و سلامت جامعه است. ماده مذکور یکی از نوآوری‌های قانون‌گذار است که هم‌سو با مواد ۱ و ۲ قانون آیین دادرسی

کیفری با هدف رعایت و تضمین حقوق جامعه به عنوان یکی از طرفین دعوی مقرر شده است. در ماده مذکور، غالباً کارگاه‌ها، کارخانه‌ها، شرکت‌های تجاری، تعاونی‌ها و مانند آن به عنوان شخص حقوقی، مخاطب قانون‌گذار قرار گرفتند. بعد از وقوع جرایم مورد نظر در ماده ۱۱۴ قانون مذکور، فرایند تعقیب و اعمال عدالت کیفری افتراقی نسبت به اشخاص حقوقی با رعایت مواد ۶۸۸ تا ۶۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری انجام می‌گیرد. بنابراین می‌توان ملاحظات امنیت‌مداری را در آیین دادرسی کیفری افتراقی اشخاص حقوقی مشاهده نمود. اگر سیاست‌های اجرایی و ساختار شخص حقوقی جرم‌زا باشد و این موضوع تهدیدی علیه نظم عمومی، سلامت و امنیت جامعه باشد، پیش‌بینی قرار اصلاح وضعیت جرم‌زا به عنوان یک قرار تأمین کیفری خاص و مستقل که دارای رویکرد امنیت‌مداری است، ضرورت دارد هرچند صدور دستور جلوگیری از فعالیت موضوع ذیل ماده ۱۱۴، می‌تواند متضمن این هدف باشد ولی تمام جرایم اشخاص حقوقی را پوشش نمی‌دهد.

۱-۲. تفاوت در ساختار و استقلال در شخصیت

یکی از مواردی که ضرورت ایجاد آیین دادرسی کیفری افتراقی را بیش‌ازپیش برجسته نموده است، تفاوت ساختاری شخص حقوقی و استقلال در اداره آن نسبت به نماینده قانونی و اشخاص حقیقی است. شخص حقوقی، یک موجود اعتباری و غیرعینی است و مستقلاً به صورت فیزیکی دارای جسم و روح نیست تا بتواند در مرجع قضایی حاضر و از خود دفاع کند. مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری در برخی از موارد مانند مقررات احضار، تفهیم اتهام و کیفیت دفاع از آن، قرارهای تأمین کیفری ناکافی بود و در این زمینه با خلأ قانونی مواجه بودیم. توجه به ضرورت مذکور، قانون‌گذار بر آن داشت تا مقررات خاصی را در قالب آیین دادرسی کیفری افتراقی پیش‌بینی نماید.

۱-۳. مقابله کیفری با جرایم سازمان‌یافته اشخاص حقوقی

ارتکاب جرایم سازمان‌یافته و فراملی توسط سازمان‌های مجرمانه و اشخاص حقوقی و شرکت‌های بین‌المللی موجب شد تا دولت‌ها و قانون‌گذاران در سیاست‌های مبارزه با بزهکاری به مرتکبین این جرایم و ابعاد و نتایج بین‌المللی جرایم آن‌ها توجه بیشتری نمایند. تصویب برخی از اسناد بین‌المللی این پیام را برای دولت‌ها داشت که ضرورت دارد مقررات داخلی خود را متناسب با مقتضیات زمانی و مکانی ارتقا داده و همکاری‌های بین‌المللی در زمینه مبارزه با اشکال جدید بزهکاری از جمله تعقیب کیفری اشخاص حقوقی را توسعه دهند.^۱ از جمله مواد ۱۰ و ۱۱ کنوانسیون

۱. ملاحظه اساسنامه دادگاه‌های اختصاصی بین‌المللی، نشان می‌دهد که این محاکم، صلاحیت رسیدگی به جرایم اشخاص حقوقی را نداشته و تنها به جرایم اشخاص حقیقی رسیدگی می‌نمایند. سازمان‌یافتگی جرایم و پدیداری

سازمان ملل متحد برای مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فراملی در سال ۲۰۰۰ میلادی^۱ قاچاق انواع اسلحه، سوخت، انسان، مواد مخدر، فلزات گران‌بها و مواد هسته‌ای، بهره‌کشی جنسی، پولشویی، رشوه، مزدور شدن برای به قتل رساندن اشخاص در سایر کشورها، قمار و شرط بندی، جعل اسکناس و اسناد تجاری، تجارت نشریات مبتذل نمونه‌ای از جرایم فراملی است که توسط گروه‌ها و شرکت‌های سازمان‌یافته تبهکار در نقاط مختلف جهان انجام می‌شود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۲۲۸-۱۹۱). سازمان‌یافته شدن جرم، موجب تزلزل و عدم ثبات در امور سیاسی، اقتصادی و اجتماعی کشورها شده و تهدیدی اساسی علیه امنیت ملی و نظم جهانی محسوب می‌شود (بسیونی، ۱۳۸۰: ۱۲۵-۱۲۴). ارتکاب این جرایم در سالیان اخیر توسط شرکت‌ها، گروه‌ها و اشخاص حقوقی بین‌المللی به‌خصوص در زمینه فساد اداری و جرایم اقتصادی در سطح داخلی و بین‌المللی رو به فزونی بوده است.^۲ در حوزه کسب‌وکار، حقوق کیفری و جرم‌شناسی، امروزه بیش از پیش با ساختارها و اشخاص حقوقی یعنی بنگاه‌ها و مؤسسات، شرکت‌های ملی و بین‌المللی بزرگ که گاه از نظر قدرت اقتصادی و سیاسی با دولت‌ها رقابت می‌کنند و حتی مانند آن‌ها مرتکب نقض حقوق بشر می‌شوند، روبه‌روست (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۱۱).

مجرمان یقه‌سفید به دلیل حفظ منافع مالی فراوان خویش از یک‌سو و پنهان نمودن رد و نشان خود و از بین بردن ادله و آثار جرم، فرایند کشف و تعقیب جرم را با چالش‌های اساسی مواجه می‌نمایند که حتی در برخی موارد منجر به حاکمیت اماره مجرمیت در رسیدگی به جرایم اقتصادی و صنفی شده است. به همین دلیل برخی بر این باورند که وجود شرکت‌ها و مؤسسات و اشخاص

شرکت‌های چندملیتی، بازنگری در مقررات بین‌المللی برای رسیدگی به جرایم اشخاص حقوقی و تدوین مقررات خاص آیین دادرسی کیفری افتراقی بین‌المللی را به عنوان یک ضرورت مطرح می‌نماید. این آیین دادرسی می‌تواند متضمن همکاری و معاضدت‌های قضایی بین‌المللی، انتقال و استرداد مجرمان و محکومان و توقیف اموال ناشی از جرم، انتقال دادرسی اشخاص حقوقی و... باشد.

۲. بند ۱ ماده ۱۰ کنوانسیون مذکور مقرر می‌دارد: «به منظور تعیین مسوولیت اشخاص حقوقی در ارتباط با مشارکت در ارتکاب جرائم شدید مربوط به گروه مجرمانه سازمان یافته و در ارتباط با جرائم موضوع مواد ۵، ۶، ۸ و ۲۳ این کنوانسیون، تمامی کشورهای عضو، منطبق با اصول حقوقی خود، تدابیر لازم را اتخاذ خواهند کرد». واضح است که این هدف از رهگذر تعیین مسوولیت کیفری اشخاص حقوقی در جرایم موضوع مواد مذکور، با پیش‌بینی مقررات ماهوی و آیین دادرسی کیفری افتراقی ملی و بین‌المللی محقق می‌شود (www.unodc.org).

۲. در سال‌های ۱۹۹۸ تا ۱۹۹۹ حدود ۵۰۰ هزار شرکت در یک روز کشف شدند که کارشناسان پلیس روسیه معتقدند حدود ۸۰٪ این مؤسسات تجاری تحت کنترل سازمان‌های جنایی‌اند و منجر به بزه‌کارانه شدن اقتصاد و تبدیل ۶۰ تا ۷۰٪ اقتصاد روسیه در سال ۲۰۰۰ میلادی به اقتصاد سایه می‌شوند (حاجیانی، ۱۳۸۴: ۴۹۷).

حقوقی به مثابه ابزاری برای ارتکاب جرم توسط مجرمان اقتصادی و یقه سفید است و معتقدند اشخاص حقیقی خود را در پس ساختارهای حقوقی به نوعی پنهان می نمایند. بدین سان است که حقوق کیفری و جرم شناسی اشخاص حقوقی در آغاز سده بیست و یکم موضوعیت خیلی بیشتری پیدا کرده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۸: ۲۱). سازمان های مجرمانه از رهگذر رشوه و تطمیع کارمندان و مدیران ادارات و ایجاد رابطه با مدیران عالی رتبه حکومتی و سوق دادن آن ها به ارتکاب جرایم یقه سفیدان، در دستگاه های قضایی و اجرایی نفوذ می کنند و موجب فساد شدید اداری می گردند (Rose –ackerman, 1999: 23-24). سازمان یافتگی یکی از اوصاف و شیوه های ارتکاب جرم است و اختصاص به شخص حقیقی یا حقوقی ندارد. ظهور جرایم سازمان یافته، فراملی و خطرات ناشی از آن ها برای نظام اقتصادی، نظم عمومی و امنیت جامعه به عنوان یک تهدید اساسی موجب شد تا قانون گذار برای مقابله مؤثر با این گونه از جرایم، نارسایی ها و خلأ قانون را برطرف نماید به گونه ای که عدم پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی و عدم تدارک نظام شکلی برای رسیدگی به جرایم اشخاص حقوقی، در تأمین اهداف عدالت کیفری، اختلال ایجاد و این نقیصه علاوه بر ایجاد بحران ملی می توانست زمینه سوء استفاده اشخاص حقیقی و کیفرگریزی شخص حقوقی را موجب شود. ضرورت افتراقی شدن در این خصوص با هدف تضمین حقوق جامعه توجیه و از طریق تکمیل مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری، لحاظ تدابیر مبتنی بر مدیریت ریسک جرم و پیش بینی برخی از قرارهای تأمین کیفری افتراقی برای اشخاص حقوقی همچون قرار اصلاح وضعیت جرم زا محقق می شود. برای جمع آوری اطلاعات و مستندات مربوط به جرایم و تخلفات شرکت ها و اشخاص حقوقی در جرایم سازمان یافته و حتی جرایم مربوط به حوزه کار و سوانح و تصادفات غیر عمدی، محیط زیست، بخش تولید و اقتصاد، با همکاری جامعه محلی و شهروندان، ایجاد سامانه ای در قوه قضائیه برای برخورد سریع با جرایم آن ها و جمع آوری ادله جرم، ضرورت دارد. با ورود به موقع متولیان عدالت کیفری، نظارت ها افزایش می یابد و ادله توجه اتهام به اشخاص حقوقی مستند می گردد که این موضوع به صورت تبعی باعث پیشگیری و کاهش دامنه خسارات ناشی از جرم در جامعه نیز می شود. ایجاد این سامانه نه از باب تفاوت ساختاری شخص حقوقی نسبت به شخص حقیقی بلکه از باب مدیریت ریسک جرم است که به افتراقی شدن دادرسی اشخاص حقوقی با رویکرد موسع، جهت گیری امنیت مدار می دهد.

۴-۱. تضییق دامنه مداخله عدالت کیفری (عدالت کیفری حداقلی و کمیته ای)

توجه به اصول بنیادین و راهبردی آیین دادرسی کیفری به شرح مواد ۲ تا ۷ این قانون و نیز پذیرش

قاعده‌مند مسئولیت کیفری شخص حقوقی به صورت مشروط^۱ و نه به عنوان یک استثنا در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، دلالت بر این دارد که فرایند کیفری اشخاص حقوقی بر اصل برائت استوار است. اگر رفتار ارتكابی جرم باشد ولی قابل استناد به شخص حقوقی نباشد، تنها شخص حقیقی دارای مسئولیت کیفری است. ماده ۶۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری احضار شخص حقوقی را منوط به این دانسته که، ادله کافی در انتساب اتهام به شخص حقوقی ارائه شود نه اینکه با وقوع جرم توسط نماینده قانونی، مجرمیت این اشخاص پیش فرض شروع تعقیب و تحقیق باشد. رویکرد قانون‌گذار در تعقیب کیفری شخص حقوقی به عنوان یک قاعده ولی به صورت مشروط است و این امر ناشی از غلبه نگاه فردگرایانه در مسئولیت کیفری است. فرض بی گناهی یا اصل برائت به عنوان یکی از اصول راهبردی و بنیادین در ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده است. این اصل بر کل فرایند کیفری حاکم بوده تا از حقوق متهم در برابر هرگونه اقدام خلاف قانون صیانت شود. در دادرسی کیفری اشخاص حقوقی باید به اصل برائت و نتایج آن توجه نمود. به همین دلیل قانون‌گذار در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی اصل را بر مسئولیت شخص حقیقی قرار داده است. پیش‌بینی مقررات افتراقی برای شخص حقوقی و عملی نمودن تعقیب کیفری آن‌ها موجب شد تا شخص حقوقی از آثار و نتایج اصل برائت از قبیل ضرورت تفسیر مضیق قوانین ماهوی و محدود نمودن مداخله کیفری و تعقیب اشخاص؛ حق تبیین اتهام در کنار نماینده قانونی برای دفاع، آگاهی و برخورداری از کلیه حقوق دفاعی، لزوم ارائه دلیل توسط شاکی و... بهره‌مند شود. علاوه بر دو شرط به نام یا در راستای منافع بودن جرم انتسابی به شخص حقوقی، معیارهایی هرچند ماهوی در قانون مجازات اسلامی بیان شده که تبیین آن‌ها بر آیین دادرسی کیفری افتراقی اشخاص حقوقی مؤثر است. محل اجرای این مؤلفه و معیارها در فرایند کیفری اشخاص حقوقی بوده و ضرورت دارد که مفهوم، مصداق و دامنه آن‌ها تحلیل، تبیین و مورد توجه کنشگران عدالت کیفری قرار گیرد. تفسیر صحیح از این معیارها موجب تضمین حقوق اصحاب دعوا و عدم تشتت آرا در رویه قضایی خواهد شد و برداشت اشتباه از این معیارها می‌تواند نقض اصل برائت را به دنبال داشته باشد.

۱-۴-۱. نوع جرم قابل انتساب

نوع جرم ارتكابی به عنوان یک مبنا و معیار، در تعقیب یا عدم امکان تعقیب شخص حقوقی مؤثر

۱. مسئولیت کیفری شخص حقوقی به صورت پراکنده و استثنایی در برخی قوانین خاص مورد شناسایی قرار گرفته بود و مقررات افتراقی آیین دادرسی کیفری نیز در این زمینه وجود نداشت اما با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، شمول و دامنه تعقیب کیفری شخص حقوقی به صورت یک قاعده توسعه یافت.

است. از نوع مجازات‌های هفت‌گانه‌ای که در ذیل ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده و با توجه به ماده ۱۹ همان قانون چنین به نظر می‌رسد که شخص حقوقی را فقط برای ارتکاب جرم موجب تعزیر می‌توان مسئول کیفری قلمداد کرد (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۶۵). لذا ارتکاب هرگونه جرمی نمی‌تواند مبنایی برای طرح شکایت یا تعقیب کیفری شخص حقوقی باشد. اصولاً جرایم مستوجب حد و قصاص که اشخاص حقوقی قابلیت ارتکاب آن‌ها را ندارند، نسبت به شخص حقوقی قابل تعقیب نیست. جرایم مستوجب مجازات دیه هم تابع شرایط مندرج در تبصره ماده ۱۴ است و با برقرار بودن رابطه علیت، امکان تعقیب کیفری آن‌ها وجود دارد.^۱

۱. یکی از چالش‌های رویه قضایی برای محاکمه شخص حقوقی، می‌تواند تعیین میزان مسئولیت شخص حقوقی و نماینده قانونی در جرایم مستوجب دیه موضوع تبصره ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی در جرایم غیر عمدی باشد. شفاف نبودن قانون نیز بر ابهام رویه قضایی در این مورد افزوده است. ملاک غالب قضات برای تعیین میزان و درصد مسئولیت کیفری شخص حقوقی در جرایم مستوجب دیه، ارجاع امر به کارشناس رسمی دادگستری است اما برخی از مقام‌های تحقیق پس از وصول نظر کارشناس و توجه درصد خاصی از تقصیر به شخص حقوقی از صدور قرار تأمین کیفری مستقل و هم‌زمان نسبت به نماینده قانونی و شخص حقوقی امتناع می‌نمایند. در جرایم موضوع تبصره مذکور، با توجه به اصول و مبانی مسئولیت کیفری، می‌توان چند ضابطه در این خصوص ارائه نمود تا رویه واحدی در فرآیند کیفری ایجاد و اعمال شود. اول اینکه مستند به مواد ۱۴۱ و ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی اصل بر مسئولیت کیفری شخص حقیقی است. دوم اینکه مبنای مسئولیت نماینده قانونی و شخص حقوقی در پرداخت دیه بر پایه مسئولیت کیفری مستقل و اصل شخصی بودن مسئولیت است. سوم اینکه اگر میزان و درصد مسئولیت هر کدام مشخص نباشد، شخص حقوقی و نماینده قانونی به صورت مساوی مسئول پرداخت دیه هستند و لازم است که برای هر کدام قرار تأمین کیفری متناسب از جمله قرار وثیقه مستقل صادر شود. در پرونده‌ای که بعد از پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی و تصویب تبصره ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی تشکیل شده است، با تکیه بر مبانی مسئولیت مدنی و قواعد ضمان، به درستی حکم به تساوی در پرداخت دیه صادر شده است. در پرونده کلاسه بایگانی شماره ۹۴۰۰۲۷ شرکت آب و فاضلاب شهرستان شهریار در خیابان اصلی مبادرت به حفر چاله برای آب‌رسانی به منطقه فردوسیة می‌کند ولی بعد از حفر، بدون گذاشتن علائم هشدار دهنده و پوشاندن چاله آن را رها می‌کند. در نتیجه راکب موتورسیکلت در شب، داخل گودال سقوط کرده و آسیب می‌بیند. دادگاه با توجه به قصور نماینده قانونی (رئیس اداره آبفا) و سوء مدیریت وی و نیز از آنجایی که اقدام مذکور به نام و در راستای منافع شخص حقوقی و وظایف و اختیارات قانونی آن محقق شده است، نماینده قانونی و شرکت مذکور را مسئول دانسته و مشترکاً به پرداخت دیه محکوم می‌نماید (به نقل از نیکو منظری، و محسنی، ۱۳۹۸: ۲۴۸). با توجه به اینکه نماینده قانونی و شخص حقوقی با احراز رابطه علیت، مسئولیت دارند لاجرم باید دیه و مجازات تعزیری مستقل برای آن‌ها تعیین شود. این رویه که بعد از پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی در سال ۱۳۹۲ در مرحله تحقیقات مقدماتی برای نماینده قانونی قرار تأمین کیفری صادر نمی‌شود یا در مرحله محاکمه فقط شخص حقوقی به پرداخت دیه محکوم شود؛ بدون اینکه نماینده قانونی سهمی در پرداخت دیه داشته

باشد، مخالف قانون و مبانی مسئولیت کیفری است. در غیر این صورت تالی فاسد ایجاد می‌شود. زیرا اگر شخص حقوقی محکوم شود و نماینده قانونی را معاف از پرداخت دیه بدانیم موجب بی‌کیفری و کیفرگریزی نماینده قانونی می‌شود که مسلماً این تفسیر، مورد نظر قانون‌گذار نیست و با ظاهر مواد قانونی مطابقت ندارد. ارکان جرم توسط نماینده قانونی به منصفه ظهور می‌رسد و به صورت عاریه‌ای به شخص حقوقی منتسب می‌شود؛ بنابراین معافیت نماینده قانونی از پرداخت دیه با فرض احراز رابطه سببیت، منطقی و توجیه قانونی ندارد. قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رویکرد محاکم، بر محکوم نمودن شخص حقیقی استوار بوده لذا با پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی در سال ۱۳۹۲ اینکه نماینده قانونی را به میزان مشخص و به صورت هم‌زمان با شخص حقوقی مسئول پرداخت دیه بدانیم، خلاف اصل و مبانی نیست. قبل از قانون جدید، دادگاه‌ها با توجه به عدم پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، نسبت به درصد تقصیر، فقط نماینده قانونی شخص حقوقی را به پرداخت دیه محکوم می‌نمودند و در مرحله اجرای حکم قطعی کیفری نیز بعضاً به صورت غیرقانونی دیه و خسارات را از محل بودجه و اموال شخص حقوقی پرداخت می‌کردند بدون اینکه در مانحن فیه شخص حقوقی به پرداخت دیه محکوم شده باشد. با پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی در سال ۱۳۹۲ اصل بر این است که مسئولیت میان نماینده قانونی و شخص حقوقی در پرداخت دیه به صورت مساوی تقسیم می‌شود مگر اینکه درصد تقصیر آن‌ها متفاوت باشد که به همان میزان مسئول می‌شوند. در پرونده بایگانی شماره ۹۰۱۳۴۴ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی شهرستان میامی، هیات پنج‌نفره کارشناسان رسمی دادگستری در مورد تصادفی که در تاریخ ۱۳۹۰/۹/۱۳ میان دو خودروی پژو ۲۰۶ با یک تریلر بنز که منجر به ۲ نفر فوتی مرد و یک نفر مصدومیت خانم که همگی سرنشین سواری ۲۰۶ بودند، راننده تریلر را به دلیل بی‌احتیاطی و عدم توجه به جلو ناشی از خواب آلودگی و اداره راه و ترابری را به دلیل عدم نصب حفاظ ایمنی مناسب بین دو لاین، هریک را به میزان پنجاه درصد مقصر اعلام نموده است. در مرحله صدور حکم، دادگاه در مورد نماینده قانونی و رییس اداره راه و ترابری با عنایت به وقوع جرم در زمان حاکمیت قانون سابق، در دادنامه مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ استدلال نموده؛ با توجه به اینکه وفق مواد ۱۴۱، ۱۴۲، ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی اصل بر مسئولیت کیفری شخص حقیقی است و مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نمی‌شود، نماینده قانونی اداره راه و ترابری را به اتهام عدم رعایت نظامات و نکات ایمنی منتهی به تسبیب در دو فقره قتل غیرعمدی و ایراد صدمه بدنی غیرعمدی به میزان پنجاه درصد تقصیر از جهت جنبه عمومی جرم به مبلغ پنج میلیون ریال جزای نقدی در حق دولت و از جهت جنبه خصوصی جرم، به میزان پنجاه درصد از دو فقره دیه در قتل غیرعمد و پنجاه درصد نصف دیه بابت صدمات بدنی شاکیه محکوم نمود. طبق قواعد ضمان و اصول مسئولیت مدنی، اصل بر تساوی است. هرکس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم مستند به رفتار همه آن‌ها باشد، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است. شخصیت حقوقی بودن یکی از شرکا به دلیل انتساب هم زمان پدیده مجرمانه به شخص حقوقی و نماینده قانونی موجب دگرگونی در قواعد حاکم بر شرکت در جرم نمی‌شود و نماینده قانونی، دارای مسئولیت کیفری مستقل است. در این راستا بخش اخیر ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی تصریح نموده است که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست. با جمع مواد مذکور، می‌توان این نظر را مطرح نمود که میزان مسئولیت کیفری شخص حقوقی و نماینده قانونی مقصر در پرداخت

۲-۴-۱. نوع شخص حقوقی

اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، از نظر کیفری قابل تعقیب نیستند. مواد ۲، ۳ و ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، مصادیق این نوع اشخاص را به عنوان معیار تشخیص تابعان جدید حقوق کیفری برای متولیان عدالت کیفری در رویه قضایی مشخص نموده است (عبداللهی، ۱۳۹۸: ۲۷۷-۲۶۴). توجه به نوع شخص حقوقی در مرزبندی‌ها و امکان یا عدم امکان تعقیب کیفری شخص حقوقی مؤثر است. مقام تعقیب و تحقیق قبل از هر گونه اقدامی با تشخیص نوع شخص حقوقی، امکان قانونی در توجه یا عدم توجه جرم به آن را مشخص می‌نماید. اگر از شخص حقوقی دولتی یا عمومی غیردولتی که عمل حاکمیتی انجام می‌دهد طرح شکایت شود، دعوی در این خصوص منتهی به قرار منع تعقیب می‌شود.

۳-۴-۱. شیوه و هدف فعالیت

معیار دیگر در معافیت شخص حقوقی از تعقیب کیفری، اشتغال به عمل حاکمیتی است. تشخیص مصادیق این معیار بر عهده مقامات تعقیب، تحقیق و قضات دادگاه‌ها می‌باشند. نسبت به اشخاص حقوقی دولتی یا عمومی غیردولتی که عمل حاکمیتی انجام می‌دهند، به دلیل عدم امکان قانونی در انتساب جرم، در هر مرحله از تحقیقات مقدماتی یا محاکمه، قرار منع تعقیب و یا حکم برائت صادر می‌شود. اعمال دولت در حقوق اداری، با معیار شیوه عمل، به دو نوع عمل تصدی و عمل حاکمیت تقسیم شده است (واعظی، ۱۳۹۴: ۲۰۰). «عمل حاکمیت، عملی است که به وسیله آن، ارگان‌های دولت، متوسل به شیوه دستور، منع و قاعده‌گذاری یک‌جانبه می‌شوند و یک اراده آمرانه را آشکار می‌سازد... اما دولت همواره از قدرت فرماندهی خود بهره نمی‌برد و گاهی همانند یک

دیه با رعایت شرایط مندرج در تبصره ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی و احراز تقصیر، از باب شرکت در جرم به صورت مساوی است مگر اینکه کارشناس، درصد تقصیر آن‌ها را متفاوت اعلام کند. عدم پذیرش این نظر، موجب تجری و کیفرگریزی نماینده قانونی می‌شود. در مورد تبصره مذکور، رویه قضایی متهافت است و برخی شعب دادگاه حکم به تساوی صادر می‌کنند. تبصره مذکور اگرچه فی نفسه مربوط به حقوق کیفری ماهوی است ولی پیامدهای آن، بر فرآیند دادرسی کیفری اشخاص حقوقی به ویژه در مراحل تحقیقات مقدماتی، صدور قرار تأمین کیفری برای نماینده قانونی و شخص حقوقی، توزیع مسئولیت در پرداخت دیه و تضمین حقوق مدعی خصوصی مؤثر و غیرقابل انکار است. در جرایم موضوع تبصره مذکور پیشنهاد می‌شود با اصلاح و رفع ابهام از این مقرر قانونی، مسئولیت مساوی شخص حقوقی و نماینده قانونی در پرداخت میزان دیه بعد از احراز رابطه سببیت و انتساب، به عنوان یک اصل ابتدایی تصریح شود مگر اینکه درصد تقصیر آن‌ها متفاوت باشد که در این فرض، به میزان تقصیر، مسئولیت پرداخت دیه میان شخص حقوقی و نماینده قانونی توزیع و تسهیم شود.

شخص خصوصی به اداره اموال خود می‌پردازد و به‌نحو برابر با اداره شوندگان برخورد می‌کند، امری که غالباً در قراردادها اتفاق می‌افتد» (Gaudemet, 2001: 3). امور تصدی به اعمالی گفته می‌شود که سه قوه، مانند مردم عمل می‌کنند، همچون اعمال بازرگانی ولی امور حاکمیتی فقط در انحصار قدرت عمومی است؛ مانند اعمال قضایی، برقراری رابطه سیاسی با دیگر کشورها و داشتن نیروهای مسلح (ابوالحمد، ۱۳۸۸: ۵۱) اعمال تصدی برخلاف اعمال حاکمیتی، قابل واگذاری به بخش خصوصی است (شریفی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۳۳). توجه به تعاریف و مصادیق عمل حاکمیتی و تصدی می‌تواند معیاری برای تمیز این دو عمل در تعقیب کیفری شخص حقوقی باشد. تعریف به مفهوم و مصداق از عمل حاکمیتی در ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه بیان شده است. ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری^۱ نیز با اندک اضافاتی نسبت به ماده مذکور، با توسعه برخی مصادیق به شرح بند م، اعمال حاکمیتی را به‌طور تمثیلی بیان کرده است که معیار تمیز عمل حاکمیتی از عمل تصدی در دادسرا و دادگاه‌ها می‌باشد. اگر اشخاص حقوقی حقوق عمومی یکی از مصادیق ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری را انجام دهند، چنین اعمالی در هر صورت، عمل حاکمیتی خواهند بود و اگر در حین انجام آن‌ها جرمی صورت بگیرد، شخص حقوقی، ناقض قانون مجازات نخواهد بود (عبداللهی، ۱۳۹۸: ۲۵۶). با بررسی مقررات، می‌توان معیارهایی را برای تمیز عمل حاکمیتی از عمل تصدی ارائه نمود تا از اشتباه و تشبیه آرا و تصمیم‌های قضایی در تعقیب کیفری شخص حقوقی تا حد امکان اجتناب شود. ازجمله: الف) تشخیص نوع مقررات مالی و محاسباتی و

۱. «امور حاکمیتی دولت که تحقق آن موجب اقتدار حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود. از قبیل: الف) سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و نظارت در بخش‌های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی؛ ب) برقراری عدالت و تامین اجتماعی و باز تولید درآمد؛ ج) ایجاد فضای سالم برای رقابت و جلوگیری از انحصار و تضییع حقوق مردم؛ د) فراهم نمودن زمینه‌ها و مزیت‌های لازم برای رشد و توسعه کشور و رفع فقر و بیکاری؛ ه) قانون‌گذاری، امور ثبتی، استقرار نظم و امنیت و اداره امور قضایی؛ و) حفظ تمامیت ارضی کشور و ایجاد آمادگی دفاعی و دفاع ملی؛ ز) ترویج اخلاق، فرهنگ و مبانی اسلامی و صیانت از هویت ایرانی، اسلامی؛ ح) اداره امور داخلی، مالیه عمومی، تنظیم روابط کار و روابط خارجی؛ ط) حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی و میراث فرهنگی؛ ی) تحقیقات بنیادی، آمار و اطلاعات ملی و مدیریت کشور؛ ک) ارتقای بهداشت و آموزش عمومی، کنترل و پیشگیری از بیماری‌ها و آفت‌های واگیردار، مقابله و کاهش اثرات حوادث طبیعی و بحران‌های عمومی؛ ل) بخشی از امور مندرج در مواد ۹، ۱۰ و ۱۱ این قانون نظیر موارد مذکور در اصول ۲۹ و ۳۰ قانون اساسی که انجام آن توسط بخش خصوصی و تعاونی و نهادها و موسسات عمومی غیردولتی با تایید هیات وزیران امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ م) سایر مواردی که با رعایت سیاست‌های کلی مصوب مقام معظم رهبری به موجب قانون اساسی در قوانین عادی جزء این امور قرار می‌گیرد».

برخورداری از برخی معافیت‌ها در توقیف اموال که شامل نهادهایی می‌شود که عمل حاکمیتی انجام می‌دهند؛ ب) قابلیت واگذاری عمل و فعالیت به بخش خصوصی و کوچک سازی دولت؛ ج) مستند به ذیل ماده ۶ قانون مدیریت خدمات کشوری: «پست‌های ثابت صرفاً برای مشاغل حاکمیتی که جنبه استمرار دارد ایجاد خواهد شد» (واعظی، ۱۳۹۴: ۲۱۵-۲۱۰؛ د) ارتباط عمل شخص حقوقی با اقتدار و نظم عمومی و حاکمیت کشور؛ ه) داشتن نفع عمومی برای جامعه؛ و) عام‌الشمول بودن دامنه انتفاع فعالیت و عدم محدودیت در بهره‌مندی نسبت به دیگران یا به بیانی دیگر، خاص و انحصاری نبودن منفعت؛ ز) استفاده از بودجه عمومی کشور و وابستگی به دولت به عنوان اوصاف اعمال حاکمیتی، می‌تواند به عنوان معیار، مورد توجه مقام قضایی قرار گیرد. هرچند مرجع خاصی مثل سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور یا نهاد دیگری می‌تواند به استعلامات قضایی در این خصوص پاسخ بدهد ولی، وضع مقرر اصلاحی توسط قانون‌گذار و ارائه معیار تفکیک اعمال تصدی از اعمال حاکمیتی برای قضات با ذکر مصادیق تمثیلی ضروری است. یکی از چالش‌های رویه قضایی زمانی است که شخص حقوقی به صورت هم‌زمان، عمل حاکمیتی و عمل تصدی (دوگانه تصدی - حاکمیت) را با هم انجام دهد؛ مانند برخی نهادهای نظامی که فعالیت اقتصادی نیز انجام می‌دهند. به نظر می‌رسد صرف اقدام به اعمال تصدی در نهادهایی که ماهیت دوگانه حاکمیتی - تصدی دارند موجب توجه مسئولیت کیفری به شخص حقوقی نمی‌شود و باید به جهت مصلحت مورد نظر قانون‌گذار در ملاحظه مصونیت و معافیت برای اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی که عمل حاکمیتی انجام می‌دهند، با جاری نمودن اصل برائت و لزوم تفسیر مضیق قوانین کیفری، چنین اشخاصی را مشمول معافیت مندرج در ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی و مستثنا از تعقیب کیفری دانست.

۴-۱- تجاوز از حدود اذن و اختیارات

معیار دیگری که می‌تواند بر پایه اصل برائت، تعقیب کیفری شخص حقوقی را تا حدودی محدود نماید، عدم رعایت اختیارات توسط نماینده قانونی یا تجاوز از حدود اذن است. جایگاه و محل احراز این شرط از نظر عملی در فرایند کیفری افتراقی مربوط به اشخاص حقوقی و نماینده قانونی است. برخی حقوق‌دانان به درستی بیان داشتند که محکومیت شخص حقوقی با این شرط صحیح است که در مراحل دادرسی ثابت شود که هیئت مدیره یا ارکان تصمیم‌گیرنده شخص حقوقی در حدود مقررات خاص ناظر بر فعالیت اشخاص مذکور عمل کرده‌اند. اگر در ضمن رسیدگی معلوم شود که تصمیم یا تصمیم‌های شخص حقوقی بدون رعایت حد نصاب اعضای هیئت مدیره یا مجمع عمومی گرفته شده و یا هیئت مذکور به صورت غیرقانونی انتخاب گردیده است این تصمیم‌ها بی‌اعتبار تلقی می‌شود و هیچ مسئولیتی متوجه شخص حقوقی نیست (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۷۴-۷۳).

اگر هیئت مدیره شخص حقوقی به صورت غیرقانونی انتخاب شده باشد یا اگر دلیل و مجوز امضا و اقدام نماینده قانونی جعلی باشد یا اکثریت لازم طبق اساسنامه و آخرین آگهی تغییرات به شرح روزنامه رسمی، آن را امضا نموده باشند یا اینکه دارنده امضای مجاز، به نماینده قانونی، اختیار انجام کار را نداده باشد، نماینده مذکور فاقد اختیار قانونی بوده و رفتار وی از جانب شخص حقوقی محسوب نمی‌شود. ماده ۱۷۱ قانون شرکت‌های انگلستان مصوب ۲۰۰۶ تصریح نموده که: «مدیر و نماینده قانونی تابع اختیارات و وظایفی است که طبق قانون یا قرارداد به وی تکلیف یا تفویض شده است و مدیر شرکت باید مطابق با اساسنامه شرکت عمل کند و فقط در مواردی که برای آن‌ها اعطا شده است، اختیارات خود را اعمال کند».^۱ این دو معیار، یعنی عمل طبق اساسنامه و حدود اختیارات می‌تواند مورد توجه کنشگران عدالت کیفری در تشخیص شخص مسئول قرار گیرد. یکی از چالش‌های رویه قضایی در فرایند کیفری افتراقی، تشخیص نماینده قانونی شخص حقوقی برای احضار و دفاع از اتهام است. مفهوم نماینده قانونی نیز در توسعه و تضییق دامنه تعقیب کیفری شخص حقوقی مؤثر است. نماینده قانونی الزاماً به معنی مدیر شخص حقوقی نیست^۲ بلکه می‌تواند شامل کارمند یا نیروی تحت قرارداد شخص حقوقی باشد که از طرف آن با رعایت اختیارات، به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرم می‌شود. به بیان دیگر نماینده قانونی اعم از مدیر شخص حقوقی است و میان مفهوم نماینده قانونی با مدیر شخص حقوقی رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است.

۵-۴-۱. ارتکاب جرم به نام یا در راستای منفعت شخص حقوقی

مؤلفه دیگر که می‌تواند دامنه تعقیب کیفری شخص حقوقی را محدودتر نماید، تفسیر منطقی از دو شرط در راستای منفعت بودن جرم و نیز ارتکاب جرم به نام شخص حقوقی توسط نماینده قانونی است. در قانون جرایم رایانه‌ای مسئولیت کیفری شخص حقوقی از این حیث محدودتر است زیرا انتساب جرم به شخص حقوقی، منوط به وجود هر دو شرط مذکور و نه یکی از آن‌ها است. از این رو برخی حقوق‌دانان بیان داشتند که اگر مدیر شخص حقوقی از اختیارات خود در جهت منفعت شخصی سوءاستفاده کند و یا به نفع شخص ثالث اقدام کند، شخص حقوقی هیچ مسئولیتی نخواهد داشت (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۶۷). باید توجه داشت که اگر مدیر یا نماینده قانونی عمل را در راستای منافع شخص حقوقی انجام دهد ولی در عمل موجب ضرر شخص حقوقی گردد، این ضرر موجبی

1. A Director of a Company must— (a) act in accordance with the company's constitution, and (b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred. (Companies Act, 2006, Article. 171.)

۲. تبصره ۱ ماده ۷۴۷ قانون جرایم رایانه‌ای مقرر می‌دارد: «منظور از مدیر کسی است که اختیار نمایندگی یا تصمیم‌گیری یا نظارت بر شخص حقوقی را دارد».

برای سلب مسئولیت کیفری یا معافیت شخص حقوقی از تعقیب نمی‌شود. در قوانین ایران، نسبت به مفهوم و مصداق اینکه چه عملی در راستای منافع شخص حقوقی است با ابهام و نقص قانون مواجه هستیم ولی می‌توان از معیارهایی که ماده ۱۷۲ قانون شرکت‌های انگلستان در مورد شرکت‌های تجاری ارائه کرده، استفاده نمود. ضروری است قانون‌گذار ایران با تکمیل مقررات موجود، این قید مهم را تعریف و مصادیق و معیاری برای تشخیص آن ارائه دهد. طبق ماده مذکور عملی در راستای منافع شرکت است که مدیر شرکت بر اساس حسن‌نیت انجام دهد، در راستای موفقیت و اعتبار شرکت و سود اعضا باشد به گونه‌ای که عواقب احتمالی این تصمیمات در درازمدت نسبت به جامعه و محیط‌زیست در نظر گرفته شود و منجر به تقویت روابط تجاری با مشتریان و تأمین‌کنندگان کالا شود.^۱ اگر نماینده قانونی، جرم را به نام شخص حقوقی ولی در راستای منافع خویش انجام دهد بنابر ظاهر ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی شخص حقوقی قابل تعقیب کیفری است. در مواردی که نسبت به جرم شخص حقوقی مقررات خاصی مثل قانون جرایم رایانه‌ای، وجود دارد باید طبق همان قانون خاص عمل شود، در غیر این صورت، مقام قضایی باید به مقررات قانون مجازات اسلامی به عنوان قانون عام استناد نماید و نمی‌توان معتقد به نسخ قوانین خاص سابق توسط مواد ۲۰ و ۱۴۳ بود. به نظر می‌رسد در مورد شرط در راستای منافع و مفهوم منافع احتمالی، باید قائل به این نظر بود که در صورت تردید در تحقق و تحصیل آن منفعت به نفع شخص حقوقی بتوان با تمسک به قاعده درء و ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی معتقد به معافیت شخص حقوقی از تعقیب کیفری بود و صرفاً منافع احتمالی و ممکن‌الحصول که عرفاً و با توجه به شرایط مربوطه مطابق ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، وقوع آن در آینده قطعی است، موجب تعقیب کیفری شخص حقوقی شود.

۲. جلوه‌های افتراقی شدن دادرسی اشخاص حقوقی در پرتو ضوابط آیین دادرسی

استقلال شخصیت و مسئولیت کیفری موجب تدوین آیین دادرسی کیفری خاص برای این اشخاص شد تا در یک فرایند کیفری ضابطه‌مند، واکنش کیفری متناسب با توجه به ساختار متفاوت آن‌ها تعیین و اعمال شود. با توجه به اینکه رکن مادی و معنوی جرایم ارتكابی توسط اشخاص حقوقی عاریه‌ای بوده و جرم توسط نماینده قانونی انجام و به شخص حقوقی با رعایت شرایط قانونی منتسب می‌گردد، به نوعی شاهد حقوق جزا و آیین دادرسی کیفری وابسته و درهم تنیده خواهیم بود، بدین معنی که فرایند دادرسی نماینده قانونی به صورت توأمان از نظر زمانی و مکانی و سایر شرایط در کنار شخص حقوقی اعمال می‌گردد. این دادرسی هم‌زمان موجب پدیدار شدن ضوابط و اصول مشترک

1. Companies Act, 2006, Article. 172

میان شخص حقوقی و نماینده قانونی در فرایند کیفری می‌شود. ماهیت و ساختار خاص شخص حقوقی موجب شده تا ضوابط و جلوه‌های خاصی در مواجهه با شخص حقوقی متهم به جرم نمود پیدا کند از قبیل تبیین اتهام، قرارهای تأمین کیفری خاص که این جلوه‌ها می‌توانند در پرتو اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری توسعه یابند و به‌عنوان یک قاعده، مبنای عمل در رویه قضایی قرار گیرند. شاید بتوان با تسامح نماینده قانونی و شخص حقوقی را به مجرمین در هم تنیده تشبیه نمود. اصولاً در اغلب موارد، تصور انتساب اتهام به شخص حقوقی بدون اثبات اتهام نماینده قانونی و فقدان علل رافع مسئولیت کیفری وی، غیرممکن است. به بیان دیگر، مجرمیت شخص حقوقی فرع بر احراز مجرمیت نماینده قانونی است که از آن تعبیر به مسئولیت کیفری اشتقاقی می‌شود ولی عکس این قضیه الزاماً صادق نیست؛ می‌توان فرضی را مطرح کرد که نماینده قانونی شخص حقوقی، مرتکب جرم شود بدون اینکه شخص حقوقی مسئول باشد. به همین دلیل تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون جرایم رایانه‌ای مقرر داشته: «مسئولیت کیفری شخص حقوقی مانع مجازات مرتکب نخواهد بود و در صورت نبود شرایط صدر ماده و عدم انتساب جرم به شخص حقوقی، فقط شخص حقیقی مسئول خواهد بود». دادرسی این‌گونه از مجرمین نوظهور به دلیل اشتراک در منافع حاصل از جرم و عاریه‌ای بودن ارکان جرم، دارای ملاحظات خاص است و استقلال مسئولیت، مانع استناد و اعمال آیین دادرسی کیفری عاریه‌ای نسبت به شخص حقوقی در تمام فروض می‌شود، از این‌رو پیش‌بینی برخی ابزارهای شکلی در فرایند کیفری برای مدیریت دادرسی اشخاص حقوقی ضرورت دارد. ذیل ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌کند: «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی نیست». در فرایند کیفری اشخاص حقوقی؛ می‌توان قواعد و ضوابطی مشترک با نماینده قانونی مرتکب جرم از یک‌سو و ضوابطی مستقل و خاص برای اشخاص حقوقی را از مجموع مواد قانونی لازم‌الاجرا استنباط نمود. مبنای این اصول عبارتند از عاریه‌ای بودن ارکان مادی و معنوی جرم شخص حقوقی از نماینده قانونی، مکمل بودن دادرسی افتراقی برای مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری.

۲-۱. ضوابط مشترک دادرسی افتراقی میان شخص حقوقی و نماینده قانونی

وحدت زمانی و مکانی وقوع جرم انتسابی به شخص حقوقی و نماینده قانونی، مرجع و مقام قضایی واحد برای رسیدگی، یکسان بودن موضوع اتهام، هم‌سانی در تشریفات صدور رأی و مواعد اعتراض به آرا و تصمیمات قضایی و... برخی از ضوابط مشترک است که به‌عنوان یک ضابطه کلی نسبت به شخص حقوقی و نماینده قانونی، هم‌زمان اعمال می‌گردند که باید مورد توجه کنشگران عدالت کیفری قرار گیرد.

۲-۱-۱. وحدت مکانی و زمانی جرم

زمانی که نماینده قانونی به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی، مرتکب جرم می‌شود، ضابطه این است که از نظر رکن مادی، محل وقوع جرم نسبت به این دو مجرم، واحد و مشترک است. اگر نماینده قانونی؛ شخصاً مرتکب جرایم دیگری شود به آن جرم، در مرجع صالح بر حسب گونه‌های صلاحیت ذاتی و محلی رسیدگی خواهد شد. علت واحد بودن محل وقوع جرایم این دو شخص؛ عاریه‌ای بودن عنصر مادی و معنوی است. عاریه‌ای بودن جرم شخص حقوقی الزاماً شامل رکن قانونی نمی‌گردد، زیرا از نظر عنصر قانونی، شخص حقوقی قابلیت و اهلیت جنایی برای ارتکاب تمام جرایم را ندارد مثل شرب خمر و... که قابل انتساب به شخص حقوقی نیست.

از نظر زمانی نیز به لحاظ عاریه‌ای بودن ارکان جرم انتسابی به شخص حقوقی، در مواقعی که نماینده قانونی، به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی، جرم را به صورت مادی انجام می‌دهد، همین تاریخ به عنوان زمان وقوع جرم از سوی نماینده قانونی و شخص حقوقی محسوب می‌شود. آثار زمان وقوع جرم از جمله مرور زمان و تعیین مقررات حاکم بر فرایند کیفری افتراقی از تاریخ مذکور، منظور و واجد اثر است.

۲-۱-۲. وحدت موضوع و عنوان اتهام

همان اتهامی که به نماینده قانونی تفهیم می‌شود به شخص حقوقی تبیین می‌شود. ولی عکس این قضیه صادق نیست زیرا ممکن است نماینده قانونی جرم مستقلی را در راستای منافع خویش و یا به نام خویش انجام دهد که از این باب مسئولیتی متوجه شخص حقوقی نخواهد شد. ثبوت ارکان قانونی، مادی و معنوی جرم در شخص حقوقی، بر پایه نظام عاریه‌ای یا نظریه مجرمیت اکتسابی است که در مسئولیت کیفری معاون جرم نیز مطرح می‌شود. برخلاف نظام معاونت در جرم که معاون، تنها رفتار فیزیکی و رکن مادی جرم را از مباشر، عاریه می‌گیرد، در جرایم شخص حقوقی، رکن روانی نیز عاریه‌ای است که با وجود شرایط لازم برای استقرار مسئولیت کیفری شخص حقوقی، هر اتهامی که به نماینده قانونی تفهیم شود، الزاماً به شخص حقوقی نیز تبیین می‌گردد.

۲-۱-۳. وحدت مرجع و مقام قضایی رسیدگی کننده

در رسیدگی به جرایم شخص حقوقی و نماینده قانونی، بنا بر اصل و قاعده وحدت مقام و مرجع قضایی رسیدگی کننده، با توجه به مواد ۲۹۴ تا ۳۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری محکمه واحد و مشترکی به جرایم ارتكابی رسیدگی می‌کند، به استثنای مواردی که در صلاحیت مراجع قضایی خاص از قبیل محاکم ویژه روحانیت، نظامی و... است.

در برخی فروض ممکن است به اتهام شخص حقوقی در محکمه‌ای غیر از مرجع قضایی محل

وقوع جرم رسیدگی شود که این موضوع نیز تأثیری در قاعده صدور حکم از مرجع قضایی واحد نسبت به اتهام مشترک شخص حقوقی و نماینده قانونی ندارد. برای مثال اگر نماینده قانونی در اصفهان به نام یا در راستای منافع شرکت، خیانت در امانت و یک فقره قتل عمدی در شیراز مرتکب شود، به استناد تبصره ۱ ماده ۳۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه کیفری یک شیراز، از باب قتل عمد و خیانت در امانت ارتكابی از ناحیه نماینده قانونی و شخص حقوقی به صورت توأمان حکم واحد صادر می‌کند.^۱ شایان ذکر است که با تعیین شعبه صالح، قاضی یا هیئت قضایی واحد در جرایمی که با نظام تعدد قاضی اداره می‌شوند باید به اتهام شخص حقوقی، رسیدگی و حکم مقتضی را صادر کنند. با این حال چنانچه اگر میان قاضی یا هیئت قضایی در فرض رسیدگی دادگاه کیفری یک (ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری) یا انقلاب (ماده ۲۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری) یا اطفال (ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری) که با نظام تعدد قاضی رسیدگی می‌شود، درخصوص نماینده قانونی، جهات رد دادرس به شرح ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مطرح شود یا احدی از قضات از سهام‌داران شخص حقوقی متهم به جرم باشد، قاضی مذکور از رسیدگی خارج می‌شود و قاضی یا هیئت قضایی واحد که مشمول جهات رد دادرس نسبت به شخص حقوقی و نماینده قانونی نباشند، مبادرت به رسیدگی و صدور حکم می‌نمایند.

۲-۲. جلوه‌های اختصاصی دادرسی شخص حقوقی

منظور از ضوابط اختصاصی، مقرراتی است که صرفاً در مورد شخص حقوقی مرتکب جرم اعمال می‌گردد و بیشتر ناظر به ابعاد شخصیتی شخص حقوقی و ساختار خاص اداری آن است. این ضوابط خاص منجر به نمود برخی از جلوه‌های اختصاصی در آیین دادرسی کیفری افتراقی اشخاص حقوقی شده است از قبیل تبیین اتهام، قرارهای تأمین خاص.

۲-۲-۱. تبیین اتهام

تفهیم اتهام؛ اعلام رسمی عمل یا اعمال مجرمانه به متهم از سوی قاضی تحقیق به زبان و شیوه‌ای است که با توجه به وضعیت خاص هر متهم برای او قابل درک باشد (آشوری، ۱۳۸۴: ۸۷). به‌زعم برخی از نویسندگان، تبصره ماده ۶۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری با وجود شرط اصلی برای انتساب مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی که همانا ارتكاب جرم توسط نماینده قانونی است در

۱. تبصره ۱ ماده ۳۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «هر گاه شخصی متهم به ارتكاب جرایم متعددی باشد که رسیدگی به بعضی از آن‌ها در صلاحیت دادگاه کیفری یک و رسیدگی به بعضی دیگر در صلاحیت دادگاه کیفری دو و یا اطفال و نوجوانان است، به تمام جرایم او در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌شود».

تناقض می‌باشد. زیرا تبصره ماده مذکور فردی را که موجب توجه اتهام به شخص حقوقی شده، به‌عنوان نماینده شناسایی نکرده است. در حالیکه فرد پاسخ‌گو کسی جز نماینده قانونی نمی‌تواند باشد. پیشنهاد دادند که شخص نماینده باید پاسخ‌گوی اتهام انتسابی به شخص حقوقی و خود باشد. اتهام انتسابی باید به نماینده قانونی به‌عنوان متهم اصلی تفهیم و سپس به‌عنوان نماینده قانونی شخص حقوقی برای وی تبیین شود (نیکومنظری و محسنی، ۱۳۹۸: ۲۴۴) برداشت و پیشنهاد ارائه شده با مبانی و هدف قانون‌گذار در افتراقی‌سازی آیین دادرسی اشخاص حقوقی، استقلال در شخصیت و مسئولیت کیفری و نیز نص ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی و تبصره ماده ۶۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری مغایرت دارد. پیام قانون‌گذار در این مواد روشن است، زیرا اصل بر دوگانگی دفاع (تفهیم به نماینده قانونی و تبیین اتهام به شخص حقوقی) است. ماده مذکور تصریح نموده که اتهام به نماینده قانونی که ارکان جرم را مرتکب شده است تفهیم می‌شود و بعد از اخطار به شخص حقوقی، شخصی که به‌عنوان وکیل یا نماینده قانونی جدید معرفی می‌شود تبیین می‌گردد. این نماینده قانونی جدید که معرفی می‌شود با نماینده قانونی که مرتکب جرم شده و شخصیت و مسئولیت کیفری مستقل دارد، متفاوت است. مراد قانون‌گذار از نماینده قانونی جدید که معرفی می‌شود، شخصی است که سمت و اختیار قانونی برای دفاع از اتهام تبیین شده را دارد.

در مرحله تحقیقات مقدماتی، این شائبه وجود دارد که نماینده قانونی که اتهام را متوجه شخص حقوقی نموده است، اصولاً به نفع خویش دفاع می‌کند و با این استدلال که مجری تصمیمات و مصوبات هیئت مدیره است^۱ سعی در انتساب جرم به شخص حقوقی یا اعضای هیئت مدیره دارد، بنابراین با توجه به ضرورت حفظ حق‌های دفاعی شخص حقوقی و استقلال در شخصیت و مسئولیت کیفری، اکتفا به اظهارات نماینده قانونی می‌تواند به ضرر شخص حقوقی تمام شود. از این‌رو رعایت مؤلفه‌های دادرسی منصفانه و تضمین حق‌ها و منافع شخص حقوقی ایجاب می‌کند که شخص حقوقی، از رهگذر وکیل یا نماینده قانونی دیگری که مرجع قضایی انتخاب یا خود معرفی می‌نماید، به دفاع بپردازد. ماده ۶۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری عبارت تبیین اتهام را برای اخذ دفاعیات از شخص حقوقی، مورد استفاده قرار داده است. نماینده قانونی جدید که معرفی می‌شود می‌تواند شخص حقیقی یا حقوقی باشد. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «پس از حضور نماینده شخص حقوقی، اتهام وفق مقررات برای وی تبیین می‌شود. حضور نماینده شخص حقوقی تنها جهت انجام

۱. در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخصی است و اعضای هیات مدیره اصولاً مسئولیت کیفری ندارند مگر اینکه در ارتکاب جرم توسط نماینده قانونی دخیل باشند که از باب شرکت یا معاونت در جرم قابل تعقیب هستند.

تحقیق و یا دفاع از اتهام انتسابی به شخص حقوقی است و هیچ‌یک از الزامات و محدودیت‌های مقرر در قانون برای متهم، در مورد وی اعمال نمی‌شود». اتخاذ این نظر، می‌تواند باعث ایجاد اصل و قاعده‌ای تحت عنوان استقلال و دوگانگی تحقیق و دفاع از اتهام گردد که آثار خاصی را در فرایند کیفری و تصمیمات قضایی از جمله قرارهای تأمین کیفری، حق اعتراض مستقل به تصمیم و آرای قضایی و... به دنبال دارد. با تفهیم اتهام، مشتکی‌عنه به متهم تبدیل و از حقوق دفاعی برخوردار می‌شود (آشوری، ۱۳۸۹: ۱۳۶). نقش نماینده مذکور در حکم وکیل دادگستری بوده و مسئولیت کیفری شخصی ندارد. قانون‌گذار در مقام دفاع از شخص حقوقی که از نظر مادی و عینی، وجود خارجی ندارد، دفاع را بر عهده نماینده آن قرار داده و از واژه تبیین به جای تفهیم استفاده نموده تا مدافع و نماینده مذکور مشمول هیچ‌یک از الزامات و محدودیت‌های مقرر در قانون برای متهم نشود. زیرا این نماینده نسبت به جرمی که به شخص حقوقی منتسب می‌شود، مسئولیت کیفری ندارد و جرمی مرتکب نشده است. طبق نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۲۱۲۹ مورخ ۹۲/۱۱/۸ اداره کل حقوقی قوه قضائیه، نماینده جدید، فقط وظیفه دفاع از شخص حقوقی متهم را دارد. به موجب این نظریه «در صورتی که دلایل کافی برای توجه اتهام به شخص حقوقی وجود داشته باشد، نماینده قانونی شخص حقوقی که حسب قانون وظیفه دفاع از منافع شخص حقوقی را عهده دار است، می‌باید در مرجع قضایی حاضر و از اتهام تفهیم شده به وی دفاع نماید، در این خصوص تفاوتی بین دفاع از دعوای حقوقی و کیفری نمی‌باشد».

۲-۲-۲. قرارهای تأمین کیفری خاص

تأمین کیفری یکی از قرارهای تمهیدی است که برای تضمین حضور و دسترسی به متهم در تمام مراحل تحقیقات مقدماتی، رسیدگی و اجرای حکم، صادر می‌گردد (خالقی، ۱۳۸۸: ۱۹۰-۱۸۹). به لحاظ فلسفه و آثار قرار تأمین و با توجه به ساختار و ویژگی‌های خاص اشخاص حقوقی و آیین دادرسی افتراقی مربوط به آن، مقررات خاصی در مورد نوع و کیفیت قرارهای تأمین پیش‌بینی شده است. بنابراین فردی‌سازی قرارهای تأمین کیفری همچون فردی‌سازی مجازات به معنی اعمال و اجرای قرارهای تأمین کیفری متناسب با ماهیت جرم ارتكابی یا خصوصیت مجرم و مجنی‌علیه است که ضمن پیش‌بینی در اسناد عام و خاص حقوق بشری در عرصه بین‌المللی در مقررات داخلی ایران نیز منعکس شده است (زراعت، ۱۳۹۸: ۱۸۷).

برای پیشگیری از تکرار و کاهش دامنه جرم و خسارات ناشی از آن، در موارد ضروری، فعالیت خاصی از شخص حقوقی که در مسیر جرم است، قابل توقف و کنترل می‌باشد. در برخی موارد و بعد از وقوع جرم، مدیران شرکت مبادرت به تغییر اعضا یا تغییر نام یا تبدیل نوع یا انحلال شرکت و

شخص حقوقی می‌نماید تا از پاسخ‌گویی در مقابل جرایم ارتكابی فرار کنند یا در کشف جرم و جمع‌آوری ادله، تأخیر یا اخلال ایجاد نمایند، از این‌رو پیش‌بینی قرارهای تأمین برای انتفاء زمینه تقلب و سوءاستفاده ضروری دانسته شد. در این راستا ماده ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌کند: «در صورت وجود دلیل کافی دایر بر توجه اتهام به شخص حقوقی و در صورت اقتضاء، منحصراً صدور قرارهای تأمینی زیر امکان پذیر است. این قرارها ظرف ده روز پس از ابلاغ، قابل اعتراض در دادگاه صالح است. الف) قرار ممنوعیت انجام بعضی از فعالیت‌های شغلی که زمینه ارتكاب مجدد جرم را فراهم می‌کند. ب) قرار منع تغییر ارادی در وضعیت شخص حقوقی از قبیل انحلال، ادغام^۱ و تبدیل که باعث دگرگونی یا از دست دادن شخصیت حقوقی آن شود ...».

شرکت‌های تجاری در حال تصفیه، با توجه به اطلاق ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی و اعتقاد قانون‌گذار به بقای شخصیت حقوقی شرکت‌های در حال تصفیه پس از انحلال، می‌توانند مورد تعقیب کیفری قرار گیرند (شریفی، ۱۳۹۶: ۱۶۶). ماده ۶۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری نیز به منظور صیانت از حقوق و منافع بزه‌دیده خصوصی و ترمیم خسارات وارده به جامعه، صدور قرار تأمین خواسته جهت توقیف اموال بلامعارض شخص حقوقی را جایز دانسته تا شائبه عدم امکان توقیف اموال شخص حقوقی برطرف شود، هرچند عدم ذکر این ماده، مانعی در امکان استناد به مقررات عمومی آیین دادرسی ایجاد نمی‌نمود اما تصریح به این موضوع، با توجه به برداشت موسع از مفهوم افتراقی شدن دادرسی اشخاص حقوقی نشان از هدف و جهت‌گیری ترمیمی آن دارد. درخصوص اشخاص حقوقی نیز امکان صدور برخی از قرارهای نظارت قضایی وجود دارد از جمله قرار منع اشتغال به فعالیت‌های مرتبط با جرم ارتكابی. با استفاده از مبنای مقرر در ماده ۳۰ قانون مجازات اسلامی این امر مستلزم لغو جواز کار یا پروانه کسب، حرفه یا کار است (خالقی، ۱۳۹۴: ۲۷۶). بر صدور قرارهای نظارت قضایی آثاری مترتب است از جمله امکان تخفیف مجازات برای شخص حقوقی با رعایت شرایط ماده ۲۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری و دیگر اینکه تخلف شخص حقوقی تحت قرار نظارت، می‌تواند لغو قرار و تشدید تأمین را به دنبال داشته باشد (ضیائی، ۱۳۹۶: ۵۷).

۱. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی فرع بر شخصیت حقوقی آن‌هاست و اینکه اشخاص حقوقی از چه زمانی مخاطب حقوق کیفری اند منوط به احراز زمان شکل‌گیری و پیدایی شخصیت حقوقی آن‌هاست که متفاوت از یکدیگرند و از معیار واحدی تبعیت نمی‌کنند (شریفی، ۱۳۹۶: ۱۴۶). به منظور ایجاد رویه‌ای واحد در بین محکمه‌ها، شفاف‌سازی مقرره‌های تجاری و ایجاد معیاری یکتا برای شخصیت حقوقی یافتن کلیه شرکت‌های تجاری ضروری می‌نماید (شریفی، ۱۳۹۳: ۱۱۹). مسئولیت شرکت‌ها به قبل از تاریخ ثبت آن‌ها مغایر با اصول کلی حقوق کیفری و ناسازگار با تفسیر مضیق قوانین کیفری به سود متهم است (شریفی، ۱۳۹۶: ۱۵۱).

۲-۲-۳. استقلال در مرحله کیفرگزینی و اجرای مجازات‌ها

اهداف آیین دادرسی کیفری در تأمین حقوق اصحاب دعوا در مرحله محاکمه و تعیین کیفر برای شخص حقوقی و نماینده قانونی متجلی می‌شود. قانون‌گذار به دلیل ماهیت و ساختار خاص اشخاص حقوقی، مجازات‌های خاصی را برای آن‌ها تعیین نموده است زیرا برخی از مجازات‌های ناظر به شخص حقیقی، در مورد اشخاص حقوقی قابل اجرا نیست از قبیل حبس، شلاق، تبعید و... پس ضرورت داشت تا با توجه به ساختار شخص حقوقی، مجازات‌های خاصی پیش‌بینی شود. این مجازات‌ها به شرح ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی شامل انحلال، مصادره اموال، ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی، ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه، ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری و انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها می‌باشد. اعمال و اجرای برخی از این مجازات‌ها و ممنوعیت‌ها، مستلزم پیش‌بینی برخی امکانات و سامانه‌ها و تعامل اداره کل ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری با برخی نهادها و سازمان‌ها از جمله بانک مرکزی می‌باشد. علاوه بر انواع مجازات‌های قابل اعمال بر شخص حقوقی و نماینده قانونی، محدودیت‌ها و معیارهای متفاوتی در این زمینه وجود دارد. از جمله معافیت اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند (مفهوم مخالف تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی)، دو تا چهار برابر بودن میزان جزای نقدی قانونی قابل اعمال در مورد شخص حقوقی در مقایسه با شخص حقیقی (ماده ۲۱ قانون مجازات اسلامی)، تنوع مجازات‌های قابل اعمال به شخص حقیقی در مقایسه با شخص حقوقی (مواد ۱۹ و ۲۰ قانون مجازات اسلامی)، توجه به فلسفه تشکیل شخص حقوقی و انحراف یا عدم انحراف آن نسبت به اهداف مشروع نخستین و تاثیر آن‌ها در صدور حکم مصادره و انحلال (ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی) که این موارد از نوآوری‌های کیفرگذاری در مورد اشخاص حقوقی محسوب می‌شود.

۲-۲-۴. استقلال در حق اعتراض به آرا و تصمیم‌های قضایی

تصمیم‌های قضایی اعم از رأی و قرار نسبت به شخص حقوقی و نماینده قانونی واجد آثار متفاوتی است و هر شخصی در اعتراض یا عدم اعتراض، مختار و به صورت مستقل عمل می‌نماید. اعتراض نماینده قانونی نسبت به تصمیم یا حکم یا قرار به منزله اعتراض شخص حقوقی متهم به جرم نیست و برعکس. با توجه به استقلال شخصیت و شخصی بودن مسئولیت کیفری، هرگونه تصمیم قضایی در خصوص نماینده قانونی و شخص حقوقی متهم به جرم، آثار حقوقی مستقل را به دنبال دارد.

نتیجه

مقررات آیین دادرسی کیفری اشخاص حقوقی با الهام ناقص از قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه تدوین شده است ولی در راستای اهداف و اصول راهبردی آیین دادرسی، ظرفیت تکمیل مقررات

عمومی و رفع نارسایی‌های موجود را دارد. کنشگران عدالت کیفری با درک صحیح مبانی آیین دادرسی افتراقی اشخاص حقوقی می‌توانند اهداف مجازات‌ها را تأمین، حق‌های اشخاص حقوقی و جامعه را تضمین و به تبع آن، از عدالت کیفری سلیقه‌ای اجتناب نمایند. تعقیب کیفری شخص حقوقی بنا بر نوع جرم، مرتکب و ماهیت فعالیت آن، امری مشروط است که مقام تعقیب و تحقیق باید آن‌ها را مورد توجه قرار دهند؛ ارکان مادی و معنوی جرم شخص حقوقی عاریه‌ای و مسئولیت کیفری آن، اشتقاقی است. رویارویی مؤثر با جرم نماینده قانونی و شخص حقوقی، ایجاب می‌نماید که اصول و ضوابط مشترک همچون وحدت مکانی و زمانی جرم، وحدت در موضوع و عنوان اتهام، اشتراک در مرجع و مقام رسیدگی کننده و ضوابط و جلوه‌های اختصاصی از قبیل استقلال در دفاع از اتهام تبیینی، قرارهای تأمین کیفری خاص و استقلال در اعتراض به تصمیمات و آرای قضایی برای شخص حقوقی که تضمین‌کننده حقوق آن‌ها در راستای تحقق اهداف دادرسی عادلانه است، هم‌زمان و هماهنگ اعمال گردد.

برای ایجاد رویه قضایی منسجم در جهت برداشت صحیح از قوانین مرتبط، برگزاری آموزش‌های ضمن خدمت برای کنشگران عدالت کیفری با موضوع مسئولیت کیفری و آیین دادرسی کیفری افتراقی اشخاص حقوقی توسط نهادهای ذی‌ربط ضرورت دارد. برای تضمین منافع و اعتبار شخص حقوقی و بزه‌دیدگان، باید حق طرح شکایت از سوی اعضا و سهام‌داران علیه مدیران و نماینده قانونی مرتکب جرم در قالب یک مقررۀ قانونی به تصویب قانونی برسد. چراکه در رویه قضایی و در برخی موارد، بدون وجود مهر و امضای نماینده قانونی، توجهی به اظهارات له یا علیه شخص حقوقی نمی‌شود و عدم لحاظ این موضوع منجر به تحمیل پیامدهای منفی و خسارات فراوان به اعضا و صاحبان سهام و اعتبار شخص حقوقی شود. به‌منظور حمایت از منافع بزه‌دیدگان متعدد و حفظ اعتبار و حیات اجتماعی و اقتصادی شخص حقوقی پیشنهاد می‌شود با شروع تعقیب کیفری شخص حقوقی، اگر شخصی به جز نماینده قانونی مرتکب جرم برای دفاع از شخص حقوقی وجود نداشت، مقام قضایی این اختیار را داشته باشد تا نماینده‌ای را به‌عنوان قیم یا سرپرست قانونی برای نظارت بر مجموعه شخص حقوقی با اختیارات معین تعیین نماید که به‌صورت موقت، شخص حقوقی را اداره کند تا مدیریت جدید تعیین شود.

آیین دادرسی کیفری افتراقی اشخاص حقوقی، با بومی‌سازی برخی از نهادهای کیفری که در سایر کشورها نسبت به اشخاص حقوقی جاری است، ظرفیت تکمیل و پیش‌بینی برخی از قرارهای قانونی ازجمله قرار اصلاح وضعیت جرم‌زا یا کنترل و نظارت فعالیت اشخاص حقوقی با جرم ارتكابی یا قرار انجام خدمات عمومی را دارد. در برخی موارد، آیین دادرسی کیفری افتراقی اشخاص

حقوقی دارای ابهام و خلأ قانونی است که این موضوع منجر به ایجاد چالش‌هایی در رویه قضایی و فرایند کیفری خواهد شد. برای نمونه درخصوص ماده ۶۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری ارائه معیاری مانند استقلال مالی و تصمیم‌گیری مستقل در اداره امور شخص حقوقی برای تمییز شعبه فرعی از شعبه اصلی توسط قانون‌گذار ضروری است. تشخیص عمل تصدی از عمل حاکمیتی و دوگانه عمل تصدی - حاکمیتی که در توسعه و تضییق دامنه تعقیب کیفری اشخاص حقوقی مؤثر است، مستلزم رفع ابهام یا اصلاح ماده قانونی مربوطه می‌باشد.

منابع

- ضیائی، سید یاسر (۱۳۹۶)، *قرارهای تأمین کیفری و نظارت قضایی*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

مقاله‌ها:

- ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۸)، *حقوق اداری ایران*، چاپ هشتم، تهران: انتشارات توس.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۵)، *حقوق جزای عمومی*، جلد دوم، چاپ چهل و پنجم، تهران: نشر میزان.
- آشوری، محمد (۱۳۸۹ و ۱۳۸۴)، *آیین دادرسی کیفری*، جلد دوم، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات سمت.
- بسیونی، محمدشریف و ادواردوتر (۱۳۸۰)، «درآمدی بر درک جرم سازمان یافته»، ترجمه: محمد ابراهیم شمس ناتری، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۳۴.
- تدین، عباس (۱۳۹۱)، *قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه*، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
- خالقی، علی (۱۳۹۴)، *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*، چاپ اول، تهران: انتشارات شهر دانش.
- خالقی، علی (۱۳۸۸)، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ سوم، تهران: انتشارات شهر دانش.
- دارابی، شهرداد (۱۳۹۸)، *بزهکاری یقه سرخ‌ها؛ «تحولات جرم‌شناسی بزهکاری یقه سفیدها»*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- شریفی، محسن (۱۳۹۴)، *مسئولیت کیفری اشخاص حقوق در حقوق ایران و انگلستان*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- شریفی، محسن، محمدجعفر حبیبزاده، محمد عیسایی تفرشی و محمد فرجیها (۱۳۹۲)، «دگرگونی‌های مسوولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۸۲.
- حاجیانی، ابراهیم (۱۳۸۴)، «جرایم سازمان یافته؛ مفهوم، مدل‌ها و تأثیرات آن بر ثبات سیاسی»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، شماره ۲۹.
- حسنی، محمد حسن (۱۳۹۰)، «فلسفه مجازات اشخاص حقوقی بزهکار: فایده‌گرایی - سزاگرایی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۶.
- تدین، عباس و محمدرضا خانجانی (۱۳۹۵)، «اصل هم‌ترازی حقوق اصحاب دعوا در فرآیند دادرسی‌های کیفری»، *مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، شماره ۳۲.
- عبداللهی، افشین و جواد فرازمهر (۱۳۹۸)، «امکان اعمال ضمانت اجرای کیفری در مورد اشخاص حقوقی حقوق عمومی»، *مجله پژوهش حقوق کیفری*، شماره ۲۶.
- زراعت، عباس و سیدعلی موسوی بایگی (۱۳۹۸)، «مبانی و معیارهای فردی سازی قرارهای تأمین کیفری در سنجه قواعد معیار سازمان ملل متحد برای قرارهای غیر سالب آزادی (قواعد توکیو ۱۹۹۰)»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۷.
- ساقیان، محمد مهدی (۱۳۸۵)، «اصل برابری سلاح‌ها در فرآیند کیفری با تکیه بر حقوق فرانسه و ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۵۶ و ۵۷.
- شریفی، محسن و همکاران (۱۳۹۲)، «انتساب مسوولیت کیفری به اشخاص حقوقی»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۶.
- شریفی، محسن (۱۳۹۳)، *مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران و انگلستان*، رساله دکتری،

تهران: دانشگاه تربیت مدرس.

- شریفی، محسن (۱۳۹۶)، «مسئولیت کیفری شرکت های تجاری در وضعیت های خاص (قبل از ثبت، پس از ادغام و در حال تصفیه)»، *مجله پژوهش حقوق کیفری*، شماره ۲۰.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۳)، *حقوق جزای بین الملل*، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- نیکومنظری، امین و فرید محسنی (۱۳۹۸)، «چالش های نظری و عملی فرآیند تعقیب، رسیدگی و اجرای مجازات اشخاص حقوقی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، شماره ۲۰.
- واعظی، مجتبی (۱۳۹۴)، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، شماره ۲.

غیرفارسی

- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789.
- Gaudement, Y. (2000) Traite de Droit Administratif. Tome 1, 16 editions, Paris: L.G.D.J.
- International covenant on civil and political rights. Adopted by the general assembly of the United Nations on 19 December 1966.
- Rose - Ackerman, Susan, corruption and government, Cambridge university press, New York, 1999, pp23-24.
- The United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by General Assembly November 2000
- Universal declaration of human rights (UDHR), adopted by the United Nations General assembly on 10 December 1948.
- USSG, SS, 1.2

اسناد الکترونیک:

- UNTOC available: <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro>
- Company's act.uk. 2006. available: <https://www.Legislation.gov.uk>.

مالیات بر حق واگذاری محل و ابعاد حقوقی آن

حسین عبداللهی *

چکیده

مالیات بر حق واگذاری محل از جمله مباحث حقوق مالیاتی است که مذاقه کمتری پیرامون ابعاد حقوقی آن انجام پذیرفته است. تعریف قانونی موجود از «حق واگذاری محل و مصادیق آن» با دو اشکال «ابهام» و «نقص» مواجه است و در این نوشتار تلاش شده تعریفی جامع از این موارد ارائه شود. همچنین با تتبع در منابع حقوق مالیاتی، شروط چهارگانه‌ای جهت «تحقق انتقال حق واگذاری» استخراج شده است که احراز آن‌ها جهت شمول این نوع مالیات، ضروری است. در مورد «روش انتقال حق واگذاری» نیز این امر منحصر به انتقال از طریق اسناد رسمی نیست و با اسناد عادی نیز انتقال، تحقق می‌یابد. همچنین جهت تشخیص «زمان تعلق مالیات» می‌بایست «توافق طرفین جهت انتقال حق» را ملاک دانست و در «تشخیص درآمد مشمول مالیات» نیز عموماً «قیمت عرفی حق واگذاری محل» ملاک کار مأموران مالیاتی قرار گیرد؛ روشی که نه تنها عامل بی‌انضباطی مالی است، بلکه می‌تواند جرم‌خیز و فسادزا باشد، لذا راه‌حل‌های جایگزینی در این مورد پیشنهاد شده است. روش پژوهش از نوع توصیفی - تحلیلی است و جدیدترین «مقررات مالیاتی» به‌علاوه آرای صادره از شورای عالی مالیاتی، هیئت عمومی، هیئت‌های تخصصی و شعب دیوان عدالت اداری مورد توجه این پژوهش بوده است.

واژگان کلیدی: حقوق اقتصادی، حقوق مالیاتی، مالیات‌های مستقیم، مالیات بر درآمد، حق واگذاری محل

مقدمه

مالیات بر حق واگذاری محل از جمله بخش‌های اصلی مالیات بر دارایی است. در قوانین بودجه سال‌های ۱۳۹۹ و ۱۴۰۰ کل کشور به ترتیب ۱۵٪ و ۲۳٪ از کل درآمدهای حاصله از مالیات بر دارایی کشور، به این نوع مالیات تعلق یافته بود که طبق جدیدترین گزارشات منتشره از مراجع رسمی، عملکرد هشت‌ماهه نخست سال ۱۳۹۹ نشان از تحقق ۱۱۲ درصدی این مالیات؛ معادل ۱۱۷۸۰ میلیارد ریال دارد.^۱ این سهم از تأمین درآمدهای مالیاتی، اهمیت و جایگاه مالیات بر حق واگذاری محل را منعکس می‌کند و بررسی بیشتر ابعاد این پایه مالیاتی را ضروری می‌سازد.^۲

در این راستا نیز مسئله اصلی مقاله، لزوم تبیین ابعاد حقوقی مالیات بر حق واگذاری محل در نظام حقوقی ایران است و لذا سؤال اصلی پژوهش این است که «ابعاد حقوقی مالیات بر حق واگذاری محل»؛ اعم از ماهیت و مصادیق، شروط شمول مالیات، شیوه‌های انتقال حق و... کدام است؟ علی‌رغم پژوهش‌های ارزشمندی که در حوزه حقوق مالیاتی؛ به‌ویژه مالیات بر درآمد املاک انجام پذیرفته است،^۳ اما مبحث مالیات بر حق واگذاری محل، مورد اهتمام ویژه و کافی قرار نگرفته است. البته دو نوع از پژوهش‌های موجود به‌نحوی با این موضوع مرتبط هستند: اول آن بخش از منابع حقوقی که حسب مورد به تبیین مصادیق آشکار حق واگذاری محل؛ به‌ویژه حق کسب و پیشه پرداخته‌اند. از آنجا که این بررسی‌ها فارغ از رویکردهای مالیاتی انجام پذیرفته است، لذا وافی به مقصود نیست. از جمله این منابع، کاتوزیان (۱۳۷۱) و کشاورز (۱۳۷۴) است که به بررسی ماهیت سرقتی و تفاوت آن با حق کسب و پیشه پرداخته‌اند. بخش دوم نیز پژوهش‌هایی است که علی‌رغم داشتن رویکرد مالیاتی؛ اما به مباحث عام و فراگیر مالیاتی مانند تعهدات مالیاتی، فرار مالیاتی و جرایم مالیاتی پرداخته‌اند. از جمله این منابع را می‌توان به ترتیب رستمی و عبادی (۱۳۹۶)، چراغی و دیگران (۱۳۹۹) و تاجمیر ریاحی، حسین (۱۳۹۰) نام برد. دو دسته از منابع یادشده، ارزشمند بوده و در این نوشتار نیز مورد بهره‌برداری قرار گرفته‌اند، اما ورود اختصاصی به مالیات بر حق واگذاری محل نداشته‌اند. طبق بررسی‌های نویسنده تنها منبعی که به موضوع مقاله ورود بیشتری داشته است سنجایی (۱۳۹۶) بوده که تلاش کرده برخی از مصادیق این حق و مشکلات اجرایی

۱. نک: گزارش با عنوان «بررسی لایحه بودجه سال ۱۴۰۰ کل کشور ۸. درآمدهای مالیاتی». (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۹: ۸)

۲. در نگاه کلی‌تر، واگذاری حقوق نسبت به املاک ممکن است به صورت واگذاری حقوق مربوط به عین (نقل و انتقال ملک)، یا منافع (اجاره ملک)، یا حق کسب و پیشه یا رهن باشد (رستمی، ۱۳۹۹: ۱۰۰-۱۰۵).

۳. نک: توکل، ۱۳۸۶: ۱۷-۵؛ محمدی و اسدیان، ۱۳۹۵: ۲۴۶-۲۱۵ و نصر اصفهانی، ۱۳۹۰: ۲۰۲-۱۸۳.

وصول آن را بررسی نماید و در این مقاله نیز حسب مورد از یافته‌های وی استفاده شده است. اولین بخش از مقاله درصدد ماهیت‌شناسی موضوع است و درصدد اثبات این فرضیه خواهد بود که مالیات برحق واگذاری محل نوعی مالیات مقطوع است که هرگونه انتقال حقوق ملکی اشخاص که مشمول سایر مالیات‌ها قرار نگرفته باشد را دربر می‌گیرد. بخش دوم مقاله نیز درصدد تبیین و تشریح «مصادیق» مختلف این حق بر خواهد آمد. این هدف، بعضاً با کمک تعاریف قانونی و غالباً با استنباط از آرای قضایی انجام می‌پذیرد؛ چراکه نقص تعاریف قانونی در این مسئله، بسیار مشهود است. همچنین تتبع در منابع حقوق مالیاتی نشان می‌دهد شمول مالیات بر حق واگذاری محل، مشروط به تحقق شروطی پنج‌گانه است که تبیین این شروط در بخش مستقلی تحت عنوان شروط تحقق انتقال حق واگذاری محل انجام می‌پذیرد. فرضیه این مقاله در باب شیوه انتقال حق واگذاری این است که انتقال حق می‌تواند به موجب اسناد رسمی و همچنین اسناد عادی صورت پذیرد که بررسی و نقد آن، بخش دیگری از مقاله را به خود اختصاص خواهد داد. به‌علاوه در مبحث زمان تعلق مالیات این موضوع را بررسی خواهیم کرد که زمان تعلق همان تاریخ انتقال حق است که ناظر بر هریک از اسناد رسمی و عادی قابل بحث و تفصیل خواهد بود. نهایتاً در قسمت تشخیص مؤدی مالیاتی درصدد اثبات این موضوع هستیم که تعهد منتقل‌الیه، به هیچ شکل نافی حق مراجعه سازمان به مؤدی اصلی نیست. تمامی اجزای این مقاله به کمک رویکرد توصیفی - تحلیلی انجام خواهد پذیرفت و حسب مورد از مقررات مالیاتی، آرای صادره از شورای عالی مالیات^۱ و دادنامه‌های هیئت عمومی، هیئت‌های تخصصی و شعب دیوان عدالت اداری نیز استفاده می‌شود.

۱. ماهیت‌شناسی مالیات بر حق واگذاری محل

شناخت ماهیت حق واگذاری محل، مقدمه‌ای است بر فهم سایر ابعاد حقوقی؛ چراکه تعیین دقیق مصادیق و سپس آثار حقوقی متعددی که بر این نوع مالیات بار می‌شود، منوط به شناخت صحیح ماهیت آن است.^۱ در این قسمت، ابتدا تعاریف موجود بررسی می‌شود، سپس تلاش می‌گردد با نگاهی وسیع‌تر به مجموع احکام قانونی، این پایه مالیاتی بازتعریف شود.

۱. اساساً در نگاه کلی نیز تعیین اینکه «ماهیت مالیات» را چه چیزی بدانیم در تشخیص «ابعاد و آثار حقوقی مالیات» نقش مهمی دارد. به‌عنوان نمونه در تعریف زیر از مالیات می‌توان ابعاد آن را درک کرد: «مالیات بخشی از درآمد و با دارایی است که به‌موجب یک قرارداد اجتماعی ضمنی، هر شخص بر پایه مسئولیت اجتماعی و اصل تعاون ملی و برابر مقررات قانونی به گونه بلاشروط و اجباری، ملزم است برای تأمین هزینه‌های عمومی و حفظ منافع اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی کشور به میزان توانایی مالی خود به خزانه دولت بپردازد» (طاهری تاری، ۱۳۹۴: ۴۱).

قانون مالیات‌های مستقیم در تبصره ۲ ماده ۵۹ حق واگذاری محل را مشتمل بر حق کسب یا پیشه یا حق تصرف محل یا حقوق ناشی از موقعیت تجاری محل دانسته است. هرچند در ادامه مقاله، مصادیق یادشده تشریح می‌شوند، اما اکنون که به دنبال ارائه تعریف کلی از این نوع مالیات هستیم؛ بنظر می‌رسد تعریف قانونی مذکور با دو اشکال مواجه است: اول ابهام در مصادیق و دوم نقص در مصادیق. مصادیقی که در تبصره ۲ این ماده ذکر شده است مبهم‌اند و اولین اثر منفی این مشکل، سردرگمی و اشتباه مخاطبان یک قانون است (Corkery, 2003: 2). قانون‌گذار تاکنون عناوینی مانند «حق تصرف محل» و یا «حقوق ناشی از موقعیت تجاری محل» را تعریف نموده است و همین امر منجر به ارائه تعاریفی از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شده است که محل نقد و تامل به نظر می‌رسد. به عنوان نمونه مطابق با رأی شماره ۸۷/۳۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۵/۱۳ «حق واگذاری محل» صرفاً شامل «کاربری‌های تجاری» تلقی شده و بر این اساس، نقل و انتقال زمینی که در منطقه تجاری واقع شده، از آنجا که فاقد بنای تجاری و فاقد فعالیت و کسب و کار تجاری است، مشمول حق واگذاری محل قرار نمی‌گیرد. به علاوه مستفاد از نظر این هیئت در رأی شماره ۱۶۹-۱۷۲ مورخ ۱۳۹۹/۲/۱۶ از شروط لازم جهت شمول مالیات بر نقل و انتقال، «کاربری (کاربرد) تجاری» محل است و اگر محلی قابلیت استفاده تجاری نداشته باشد، مشمول این مالیات قرار نخواهد گرفت.^۱ ضمناً از آنجا که مقررات مالیاتی از جمله منابع مهم نظام حقوق مالیاتی (TACIS, 1996: 13) و نشان‌دهنده تفسیر مجریان از قوانین مالیاتی است، لذا برداشت سازمان امور مالیاتی کشور در این مورد نیز درخور توجه است. تفسیر سازمان از این مفهوم چنین بوده که هر نوع از اراضی با هر شکل از کاربری و فارغ از سوابق مربوط به وجود یا عدم وجود مستحدثات در محل، در صورت احراز وجود مازاد ارزش نسبت به قیمت روز عرصه با کاربری مسکونی، مشمول مالیات حق واگذاری محل است.^۲

مشکل دوم به «نقص در مصادیق» باز می‌گردد. استناد به تبصره ۲ ماده ۵۹ قانون، جهت ماهیت‌شناسی مالیات بر حق واگذاری محل کافی نیست، چراکه آنچه مشمول مالیات بر حق واگذاری محل می‌شود محدود و محصور به مصادیق این تبصره نبوده و با توجه به ماده ۷۸ قانون مالیات‌های مستقیم، واگذاری برخی حقوق دیگر نیز مشمول نرخ مالیات بر حق واگذاری محل قرار می‌گیرد و لذا به نوعی می‌توان این حقوق را در حکم حق واگذاری محل تلقی کرد.

۱. در ادامه مقاله، به تحلیل این رأی خواهیم پرداخت.

۲. بخشنامه شماره ۱۳۹۷/۱۰/۲۴-ص/۲۰۰/۹۷/۱۴۶ سازمان امور مالیاتی کشور. این مقرر به موجب رأی شماره ۱۶۹ الی ۱۷۲ مورخ ۱۳۹۹/۲/۱۶ هیئت عمومی دیوان ابطال شده است.

به جز تعریف قانونی یادشده برخی نویسندگان، حق واگذاری محل را مجموعه‌ای از حقوق دائمی و تبعی وابسته به ملک می‌دانند که مستقیماً مورد استفاده منتفع قرار نمی‌گیرد (سنجایی، ۱۳۹۶: ۵۶-۵۷)، اما باید توجه داشت بسیاری از مصادیق حتمی برای حق واگذاری محل مانند «حق کسب و پیشه، سرقفلی و...» را نمی‌توان به عنوان حق دائمی تصور نمود که این مصادیق در بخش بعدی مقاله، بررسی خواهند شد.

بنابر آنچه بیان شد حق واگذاری محل، مصادیق اصلی و همچنین مصادیقی که صرفاً در حکم حق واگذاری محل هستند را در بر می‌گیرد و از آنجا که تمامی این مصادیق، مشمول مالیات بر حق واگذاری محل خواهند بود، لذا جهت بازتعریف این نوع مالیات می‌توان گفت: «نوعی مالیات مقطوع است که به هرگونه انتقال حقوق ملکی اشخاص؛ چنانچه مشمول سایر مالیات‌ها قرار نگرفته باشد، تعلق می‌گیرد». همان گونه که در صدر این تعریف بیان شده است مالیات مذکور از نوع مالیات مقطوع^۱ است. هرچند مالیات بر درآمد املاک، داری اقسام مختلفی مانند مالیات بر نقل و انتقال قطعی املاک، مالیات بر درآمد اجاره، مالیات بر انتقال حق واگذاری محل است، اما باید توجه داشت که نمی‌توان تمامی این اقسام را نوعی مالیات بر درآمد املاک دانست. هرچند در برخی مصادیق مانند مالیات بر اجاره تعبیر درآمد صحیح است، اما مواردی چون مالیات بر انتقال حق واگذاری محل و یا مالیات بر نقل و انتقال قطعی املاک به صورت مقطوع محاسبه می‌شود و ارتباطی با میزان درآمد شخص ندارد. لذا می‌توان گفت استفاده از تعبیر درآمد املاک در این موارد، نوعی مسامحه در تعبیر است و تعبیر دقیق‌تر، مالیات بر املاک است.

دومین بخش از تعریف یادشده به این نکته باز می‌گردد که ماده ۵۲ قانون، کلیه درآمد شخص حقیقی یا حقوقی ناشی از واگذاری حقوق خود نسبت به املاک واقع در ایران را مشمول مالیات بر درآمد املاک اعلام نموده است. حال طبق ماده ۷۸ این قانون، واگذاری هریک از حقوق ملکی مذکور در ماده ۵۲ از طرف مالک عین؛ چنانچه مشمول سایر عناوین فصل مالیات بر درآمد املاک قرار نگیرد، مشمول نرخ مالیات بر حق واگذاری محل خواهد بود. همچنین مراد از سایر عناوین، همان مالیات بر نقل و انتقال قطعی، درآمد اجاره و مالیات بر ساخت و فروش (موضوع مواد ۵۳ الی ۷۷ قانون) است.

۲. مصادیق حق واگذاری محل

با ملاک قراردادن تعریفی که از مالیات بر حق واگذاری محل ارائه شد در ادامه بخشی از مصادیق پرکاربرد حق واگذاری محل؛ اعم از مصادیق مذکور در ماده ۵۲ قانون - به عنوان مصادیق اصلی - و

همچنین موارد موضوع ماده ۷۸ قانون - به عنوان مصادیقی که در حکم حق واگذاری محل هستند - بررسی خواهند شد.

۲-۱. حق کسب و پیشه و حق سرقتی

ماهیت «حق کسب و پیشه» و «حق سرقتی» به صورت شفاف در نظام حقوقی ما مشخص نشده است. برخی حق سرقتی را وجهی می دانند که مالک در ابتدای اجاره و جدای از مال الاجاره از مستأجر می گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد (کشاوری، ۱۳۷۴: ۱۸). برخی دیگر از حقوق دانان، پولی را که مستأجر اول به مالک می دهد و یا مستأجر ثانی به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره می دهد سرقتی نامیده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۳۵۶). در تعریف دیگر، سرقتی امتیازی دانسته شده است که به موجب آن مستأجر متصرف به دلیل حقی که در نتیجه فعالیت خود در جلب مشتری پیدا کرده است در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم شناخته می شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۵۱۷). به موجب تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی، سرقتی را به مستأجر منتقل نماید هنگام تخلیه، مستأجر حق مطالبه سرقتی به قیمت عادلانه روز را دارد.

همچنین حق کسب و پیشه در واقع جبران زیان ناشی از تخلیه کار و فعالیت انتفاعی مستأجر و از بین رفتن موقعیت شغلی اوست که طی سالیان متمادی فراهم شده است (نوبخت، ۱۳۷۰: ۲۶۶) و می توان آن را حق بر جذب مشتری نیز نامید. حق کسب و پیشه در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ دیگر وجود ندارد لذا برای اجاره هایی که پس از این تاریخ بوده امکان دریافت آن نیست.

جهت مقایسه دو مفهوم حق کسب و پیشه و حق سرقتی می توان گفت از منظر قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ آثار و احکام این دو اصطلاح یکسان هستند؛ حتی اگر مفهوم آن ها هم متفاوت باشد. از جمله تشابهات این است که هر دو «حقوق مالی» هستند که قابل نقل و انتقال است. اما از منظر قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ حق سرقتی با حق کسب و پیشه، متفاوت است. به موجب این قانون منشأ ایجاد حق سرقتی، عقد اجاره است، زیرا حق سرقتی برای اماکن تجاری به دو صورت ایجاد می شود: اول اینکه مالک با دریافت عوض و مبلغی به عنوان سرقتی، حق سرقتی را به مستأجر منتقل نموده باشد. صورت دوم آن است که ضمن عقد اجاره، شرطی به نفع مستأجر و علیه مالک گنجانده شود که به موجب آن مالک حق افزایش بها و یا حق تخلیه را قبل از اتمام موعد اجاره نداشته باشد و یا بعد از اتمام موعد نیز مالک، عین مستأجره را به غیر مستأجر اجاره ندهد (مواد ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶). همچنین طبق تبصره ۲ ماده ۶ قانون مذکور، مستأجر حق مطالبه سرقتی به قیمت عادلانه روز را دارد. این در حالی است که منشأ

ایجاد حق کسب و پیشه (حق بر جذب مشتری) «قانون» بوده است و پس انعقاد قرارداد، اندک اندک حق مستأجر نسبت به مشتری‌های خود به وجود می‌آمد. باتوجه به قانون سال ۱۳۵۶ حق کسب و پیشه در حقیقت حق مستأجر نسبت به جذب مشتری است و به موجب آن، قانون برای مستأجر نسبت به دیگران حق تقدم قائل شده است (عبدی پور فرد، ۱۳۸۴: ۱۱۴-۸۹).

۲-۲. حق تصرف محل

مفهوم «حق تصرف محل» مبهم است و نه تنها در قانون بلکه در مقررات نیز تعریف مشخصی از این اصطلاح ارائه نشده است. حقوق دانان نیز هنگام بررسی ابعاد حق واگذاری محل صرفاً به ذکر آن اکتفا نموده‌اند. شاید هدف مقنن از درج اصطلاح «حق تصرف محل» این بوده که هرگونه اجازه‌ای از سوی مالک به دیگری را که منجر به تصرف ملک توسط وی شده است را مشمول حق واگذاری محل نماید؛ اعم از اینکه این اجازه در قالب عقد اجاره یا سایر اقسام عقود، محقق شده باشد. به هر ترتیب ضروری بود قانون‌گذار به صورت شفاف، مراد خود را از درج این اصطلاح در قانون ذکر می‌کرد تا مانع هرگونه برداشت ناصحیح توسط مفسران اجرایی و قضایی گردد.

۲-۳. حقوق ناشی از موقعیت تجاری محل

برداشت اولیه که از اصطلاح «موقعیت تجاری محل» به ذهن متبادر می‌شود، اعم است از اینکه ملک، مورد استفاده تجاری باشد (کاربری تجاری) و یا اینکه صرفاً در یک موقعیت جغرافیایی واقع شود که آن موقعیت، تجاری باشد؛ هرچند خود ملک نیز فاقد کاربری تجاری باشد. علی‌رغم این برداشت، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب رأی شماره ۸۷/۳۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۵/۱۳ حق واگذاری محل را صرفاً شامل کاربری‌های تجاری دانسته و بر این اساس، نقل و انتقال زمینی که در منطقه تجاری واقع شده، از آنجا که فاقد بنای تجاری و فاقد فعالیت و کسب و کار تجاری است، مشمول حق واگذاری محل تلقی ننموده است. به علاوه هیئت عمومی به موجب رأی شماره ۱۶۹-۱۷۲ مورخ

۱. به موجب این رأی با موضوع ابطال بند ۲ و جزء (ب) بند ۵ و جزء (ح) بند ۱۰ بخشنامه شماره ۱۳۵۳۰ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۷ سازمان امور مالیاتی: «... وقوع زمین ساده در منطقه تجاری فی حد ذاته [دارای] حق سرقتی نیست و اطلاق واحد تجاری به زمین ساده فاقد بنای تجاری و فاقد فعالیت و کسب و کار تجاری موردی ندارد و طبعاً به نقل و انتقال زمین تجاری با اوصاف مزبور حق سرقتی تعلق نمی‌گیرد بنابراین جزء (ب) بند ۵ بخشنامه خلاف قانون نیست. نظر به مراتب فوق‌الذکر و عدم مغایرت موارد اعتراض شاکی نسبت به بخشنامه شماره ۱۳۵۳۰ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۷ سازمان امور مالیاتی موردی برای ابطال هیچ یک از شقوق مذکور در اجرای ماده ۴۲ قانون دیوان وجود ندارد.»

۱۳۹۹/۲/۱۶ از شروط لازم جهت شمول مالیات بر نقل و انتقال را کاربری (کاربرد) تجاری محل دانسته است و اگر محلی قابلیت استفاده تجاری نداشته باشد، آن را مشمول این مالیات نمی‌داند. با صدور این رأی، مفهوم موقعیت تجاری محل عملاً به مفهوم کاربری تجاری تقلیل و تنزل پیدا کرده است. این درحالی است که به نظر می‌رسد استنباط هیئت عمومی دیوان با نص عبارت «حقوق ناشی از موقعیت تجاری محل» مطابقت ندارد، چراکه حسب اعتبار دلالت ظاهری الفاظ، واژه موقعیت ظهور در تجاری بودن محل قرارگیری ملک دارد و نمی‌توان آن را صرفاً به تجاری بودن کاربری ملک محدود کرد.

۴-۲. مایه تجاری

«مایه تجاری» دربردارنده مجموع عناصر «مادی» و «غیرمادی» سرمایه تاجر است و شامل موقعیت محل تجارت، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، حق اختراع، حق تقدم، اثاثیه تجاری و... خواهد شد. بدین ترتیب مواردی مانند حق تقدم در اجاره و سرقتی نیز ازجمله اجزای مایه تجاری است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۴: ۷۸). به بیان دیگر مایه تجاری شامل مجموعه عوامل منقول مادی مانند: اثاثیه، مواد اولیه، ابزارآلاتی که برای بهره‌برداری به کار می‌رود، کالاهای تجارتي، پول نقد و غیره است. همچنین عوامل منقول غیرمادی از قبیل: حق اختراع، حقوق راجع به نام و شهرت و علائم تجارتي، حق تجدید اجاره بنگاه تجارتي، حقوق راجع به مشتریان، پروانه‌های تجارتي، حق مالکیت صنعتی، حق مالکیت ادبی یا هنری مرتبط با موارد بالا را در بر می‌گیرد (عرفانی، ۱۳۸۰: ۶۳).

لازم به ذکر است برخی نویسندگان به نقد رویه سازمان امور مالیاتی پرداخته‌اند که به موجب آن،

۱. مطابق با این رأی: «براساس ماده ۵۹ ق.م.م: «نقل و انتقال قطعی املاک به مأخذ ارزش معاملاتی و به نرخ پنج درصد و همچنین انتقال حق واگذاری محل به مأخذ وجوه دریافتی مالک یا صاحب حق و به نرخ دو درصد در تاریخ انتقال از طرف مالکان عین یا صاحبان حق مشمول مالیات می‌باشد.» و طبق تبصره ۲ همین ماده: «حق واگذاری محل از نظر این قانون عبارت است از حق کسب یا پیشه یا حق تصرف محل یا حقوق ناشی از موقعیت تجاری محل» با توجه به اینکه براساس حکم مقرر در تبصره فوق، حق واگذاری محل صرفاً شامل کاربری‌های تجاری می‌باشد، بخشنامه مورد شکایت که بر اساس آن، سایر اراضی دارای کاربری‌های مختلف نیز با تأیید مراجع ذی صلاح قانونی فارغ از سوابق مربوط به وجود یا عدم وجود مستحقات در محل، در صورت احراز وجود مازاد ارزش نسبت به قیمت روز عرصه با کاربری مسکونی، مشمول مالیات حق واگذاری محل اعلام شده‌اند، مغایر با تبصره ۲ ماده ۵۹ ق.م.م است و مستند به حکم بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.»

انتقال برخی از مصادیق مایه تجاری مانند پروانه کسبی به عنوان یکی از مصادیق مالیات بر درآمد مشاغل در نظر گرفته شده است و لذا پیشنهاد شده با توجه به اینکه پروانه های تجاری از مصادیق مایه تجاری تلقی می شود لذا انتقال آن ذیل مالیات بر انتقال حق واگذاری محل محاسبه گردد (سنجایی، ۱۳۹۶: ۶۳-۶۱).

۵-۲. حق رضایت مالکانه

عبارت «حق رضایت مالکانه» در کتب حقوقی کمتر به چشم می خورد و می توان گفت این اصطلاح بیشتر نزد عموم مردم و سازمان امور مالیاتی رایج است. با ملاک قراردادن بخشنامه شماره ۴-۱۷۴۹-۸۱۳۸/۳۰ مورخ ۱۳۷۹/۲/۲۷ صادره از وزارت امور اقتصادی و دارایی و رأی شماره ۸۴/۶۱۶ مورخ ۱۳۸۴/۱۱/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، می توان اصطلاح «حق رضایت مالکانه» را چنین تعریف کرد: «دریافتی موجر (مالک عین تجاری) جهت انتقال برخی منافع ملک تجاری توسط مستأجر به ثالث»^۱.

در بررسی مصادیق فوق ملاحظه شد مقنن تنها از طریق ذکر برخی مصادیق، حق واگذاری محل را تعریف نموده است. در این شیوه از تعریف اولاً ملاک و معیار ملموسی به مخاطب ارائه نشده است، ثانیاً مصادیق ذکر شده نیز خود واجد ابهام بودند. این در حالی است که در سایر نظام های حقوقی، تدوین اسناد توضیحی به شفافیت تقنینی کمک فراوانی می کنند. به عنوان نمونه در نظام تقنینی انگلستان «یادداشت های توضیحی»^۲ می تواند کمک مؤثری در حل این مشکل داشته باشد. تهیه این یادداشت ها که در پی پیشنهاد «کمیته مدرنیزه کردن» در سال ۱۹۹۸ به وجود آمد^۳ برای هر

۱ به موجب رأی یاد شده: «مطابق ماده ۷۸ قانون مالیات های مستقیم: در مورد واگذاری هر یک از حقوق مذکور در ماده ۵۲ این قانون از طرف مالک عین غیر از مواردی که ضمن مواد ۵۳ تا ۷۷ این قانون ذکر شده است دریافتی مالک به نرخ های مذکور در ماده ۵۹ مأخذ محاسبه مالیات قرار خواهد گرفت.» نظر به اینکه رضایت مالک عین ملک تجاری در خصوص انتقال حق کسب و پیشه و تجارت از طرف مستأجر به شخص ثالث با وجود سلب حق انتقال عین مستأجره به غیر در واقع و نفس الامر مفید اعمال حق انتقال منافع ملک تجاری به مستأجر جدید است و در نتیجه درآمد ناشی از آن مشمول پرداخت مالیات می باشد. بنابراین بخشنامه شماره ۴-۱۷۴۹-۸۱۳۸-۳۰ مورخ ۱۳۷۹/۲/۲۷ معاون درآمدهای مالیاتی وزارت امور اقتصادی و دارایی مغایرتی با قانون ندارد.» به عقیده برخی نویسندگان «ماهیت حق رضایت مالکانه را می توان نوعی حق کسب و پیشه و تجارت دانست.» (سنجایی، ۱۳۹۶: ۷۱-۷۲). با توجه به تعاریفی که در مباحث قبل از حق کسب و پیشه ارائه شد این برداشت صحیح نظر می رسد.

2. Explanatory Notes (ENs)

3. Explanatory Material for Bills, second report from the Modernization Committee. Available online at:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199798/cmselect/cmmodern/389ii/md0203.htm>

دو مجلس انگلستان اجباری است. در نظام قانون‌گذاری استرالیا نیز فارغ از «یادداشت کلی»^۱ که دربردارنده دلایل و اموری است که منجر به تنظیم لایحه شده و نمای کلی لایحه را نشان می‌دهد؛ یادداشت توضیحی باید دارای شرح «هر یک» از مواد لایحه (شرح مواد)^۲ من جمله «معنا و مفهوم مواد» باشد (Bayne, 2011: 2-10). از آنجا که تدوین این اسناد در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی نشده است، لذا ضرورت ارائه تعاریف دقیق از واژگان تقنینی مانند حق واگذاری محل و مصادیق آن، درون متن قوانین دوچندان احساس می‌شود.

۳. شروط تحقق انتقال حق واگذاری محل

تحقق انتقال حق واگذاری محل، منوط به شروطی است که بدون آن‌ها نمی‌توان اقدام به اخذ مالیات بر انتقال حق واگذاری محل نمود. با تتبع در منابع حقوق مالیاتی به‌ویژه مقررات جاری و رویه قضایی می‌توان سخن از چهار شرط اساسی به میان آورد که در ادامه تشریح می‌شود:

۱) وجود کاربری تجاری: همان گونه که پیش از این نیز بیان شد دیدگاه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری من جمله در دادنامه شماره ۱۶۹-۱۷۲ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۱۵ دلالت بر این دارد که تحقق حق واگذاری محل الزاماً مشروط به وجود «کاربری تجاری» برای محل است و لذا انتقال اراضی که فاقد بنای تجاری و فاقد فعالیت و کسب‌وکار تجاری است، مشمول حق واگذاری محل نخواهد بود.^۳ البته پس از صدور رأی فوق، شورای عالی مالیاتی به‌موجب صورتجلسه شماره ۱۸-۲۰۱ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۸ از رأی فوق چنین برداشت کرد که صرفاً «اراضی مسکونی» مشمول مالیات نیستند و لذا می‌بایست از «اراضی با کاربری تجاری، املاک تجاری و غیرتجاری» مالیات اخذ کرد. به‌نظر می‌رسد برداشت اخیر، مغایر مفاد رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری باشد، چراکه مطابق دیدگاه این مرجع قضایی، وجود بنای تجاری شرط حتمی جهت ایجاد حق واگذاری است.

۲) مازاد ارزش نسبت به قیمت روز عرصه و اعیان از لحاظ عرفی: هر نوع انتقال قطعی املاک و یا واگذاری سایر حقوق مانند واگذاری در قالب عقد اجاره لزوماً متضمن انتقال حق واگذاری محل نیست، بلکه می‌بایست مازاد ارزش این واگذاری، نسبت به قیمت روز عرصه و اعیان از لحاظ عرفی احراز گردد. همان گونه که در قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵ نیز اشاره شده ممکن است واگذارنده به‌موجب سند رسمی، حق واگذاری دریافت

1. General Note

2. Clause Note

۳. تحلیل رأی صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در قسمت «مصادیق حق واگذاری محل» انجام شد.

نماید و یا به هر حال به صورت مستند، حق واگذاری را برای خود محفوظ دارد،^۱ لذا اراضی دارای کاربری تجاری در صورت عدم احراز مازاد ارزش نسبت به قیمت روز عرصه با کاربری مسکونی، موجد حق واگذاری نیست.^۲

۳) به رسمیت شناخته شدن حق واگذاری محل از سوی مراجع ذیصلاح قانونی و یا عدم وجود منع قانونی برای واگذاری: مستنبط از مقررات موجود، به صرف وقوع یک ملک در مناطق تجاری و یا صنعتی نمی‌توان برای آن حق واگذاری محل متصور بود، بلکه این حق باید در قالب کاربری تجاری و به موجب مجوزهای قانونی به رسمیت شناخته شده باشند.^۳ براین اساس هیچ‌یک از فعالیت‌های فاقد مجوز قانونی، مشمول مالیات نخواهد بود و تنها استثنای این موضوع حالتی است که به موجب احکام صادره از دادگاه‌ها مالک مکلف به پرداخت حقی بابت تخلیه ملک شده باشد که در این صورت مستأجر طبق مقررات مشمول مالیات خواهد بود. به عنوان نمونه چنانچه در زمینی بدون کسب مجوز، اقدام به اموری از قبیل پارکینگ‌داری، فروش مصالح ساختمانی، گل و گلدان و نظایر آن‌ها شود این‌گونه فعالیت‌ها موجد حق واگذاری نیست؛ هر چند مشمول سایر پایه‌های مالیاتی مانند مالیات بر درآمد مشاغل متصور است. اما چنانچه زمین محصور و مشخصی به صورت رسمی و یا بدون منع قانونی مورد استفاده برای فعالیت‌های یادشده یا انواع دیگر مانند انبارداری بوده و

۱. به موجب بخشنامه شماره ۴۹۹۲۸ مورخ ۱۳۷۱/۱۰/۹ «ممکن است تصور شود هرنوع واگذاری یا تصرف محل کسب و تجارت متضمن انتقال حق واگذاری محل و به تبع آن لزوم وصول مالیات حق واگذاری است، بلکه همان‌گونه که در قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵/۸/۵ نیز اشاره شده ممکن است واگذارنده بموجب سند رسمی، حق واگذاری دریافت نماید و یا بصورت مستند، حق واگذاری را برای خود محفوظ دارد.» لازم به ذکر است هر چند این بخشنامه در مورد تبصره ۵ ماده ۵۹ قانون مالیات‌های مستقیم است، علی‌رغم حذف تبصره مذکور اما مفاد آن به عینه در تبصره همان ماده ذکر شده و همچنین این بخشنامه مورد تأیید رأی شورای عالی مالیاتی به شماره ۳۸۱۴/۴/۳۰ مورخ ۱۳۷۹/۰۴/۲۶ نیز قرار گرفته است.

۲. نک: قسمت‌های (الف)، (ب) و (ج) بند ۵ بخشنامه شماره ۱۳۵۳۰ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۷ و رأی شماره ۳۸۱۴/۴/۳۰ مورخ ۱۳۹۷/۴/۲۶ شورای عالی مالیاتی و همچنین صورتجلسه شماره ۲۰۱-۶ مورخ ۱۳۹۵/۸/۱۲ شورای عالی مالیاتی و بخشنامه شماره ۱۴۶/۹۷/۲۰۰ ص مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۴.

۳. رأی شورای عالی مالیاتی به شماره ۳۸۱۴ مورخ ۱۳۷۹/۴/۲۶: «منظور از حقوق ناشی از موقعیت تجاری محل موضوع تبصره ۵ ماده ۵۹ قانون مذکور، حقوق به رسمیت شناخته شده توسط مراجع ذیصلاح برای واحدهای تجاری می باشد، بنابراین در مورد نقل و انتقال اراضی به طور کلی وساختمان‌های دارای کاربری مسکونی به صرف وقوع این گونه املاک در مناطق تجاری و یا صنعتی فرض تعلق حق واگذاری محل موجه نمی باشد و در هر حال مفاد دستورالعمل شماره ۴۹۹۲۸/۶۶-۳۰ مورخ ۱۳۷۱/۸/۰۹ مورد تأیید بوده و اجرای آن تأکید می گردد.»

به طور واضح و مسلم حق واگذاری محل - مانند کسب و پیشه - در آن ایجاد شده باشد، انتقال دهنده مشمول مالیات حق واگذاری محل خواهد بود.^۱

۴) وجود خارجی حق واگذاری محل در زمان انتقال: اساساً موجود بودن مورد معامله، از جمله شروط تحقق معامله است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۳۰۸).^۲ از این رو چنانچه در زمان انتقال حق واگذاری، این حق وجود خارجی نداشته باشد در حقیقت نوعی «تعهد به انتقال حق» تلقی شده و مستتب از ماده ۳۶۱ قانون مدنی^۳ انتقال حق واگذاری محقق نگردیده است. به عنوان مثال اگر اسناد انتقال صرفاً دلالت بر توافق طرفین معامله جهت انتقال حق واگذاری ملک پس از اتمام ساخت ملک در آینده نمایند، نمی توان این مورد را مشمول مالیات بر حق واگذاری محل دانست.^۴ همچنین باتوجه به این شرط، مالکین املاکی که حق واگذاری آن متعلق به مستأجر بوده و اکنون با حفظ حقوق مستأجر، به دیگری یا به همان مستأجر به صورت قطعی منتقل می شود، مشمول مالیات حق واگذاری محل نمی باشند.^۵ در پایان این موضوع، سؤال قابل طرح اینکه آیا برای تحقق مالیات بر انتقال حق واگذاری محل، لزوماً دریافت وجه توسط واگذارنده ضروری است و یا چنانچه در مواردی که به جای دریافت وجه، امتیازاتی نیز تحصیل شود مشمول این نوع مالیات خواهد شد؟

مطابق با دیدگاه اول: به موجب تبصره ۲ ماده ۷۳ قانون مالیات های مستقیم سابق «حق واگذاری محل از نظر این قانون عبارتست از وجوهی که مالک یا مستأجر از بابت حق کسب و پیشه و یا حق تصرف محل و یا به لحاظ موقعیت تجاری ملک تحصیل می نماید. در مواردی که به جای دریافت

۱. نک: بخشنامه شماره ۴۹۹۲۸ مورخ ۱۳۷۱/۱۰/۹ صادره از سازمان امور مالیاتی. البته برخلاف بخشنامه مذکور، به نظر می رسد «توجه به قالب کاربری» با تعریفی که از «حق واگذاری محل» ارائه شد منطبق نباشد. حتی مطابق تعریف تبصره ۲ ماده ۵۹ ق.م.م نیز حق واگذاری محل عبارت است از «حق کسب یا پیشه یا حق تصرف محل یا حقوق ناشی از موقعیت تجاری محل»؛ که باتوجه به عبارت پردازی مقنن که علی الاطلاق «کلیه حقوق ناشی از موقعیت تجاری و یا تصرف محل» را مورد توجه قرار داده می بایست به صرف تحقق مازاد ارزش یک ملک نسبت به قیمت روز عرصه و اعیان که ناشی از موقعیت تجاری، کاربری یا... باشد انتقال حق واگذاری محل را مسلم دانست. به بیان دیگر حتی اگر آن اراضی با کاربری مسکونی باشد چنانچه درآمد مازاد بر عرصه و اعیان ایجاد گردد باید مشمول مالیات تلقی شود.

۲. همچنین دکتر جعفری لنگرودی در کتاب حقوق اموال عناصر مال را شامل مواردی از جمله: وجود چیزی در خارج هر چند که مالیت نداشته باشد... می داند. نک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۳۷-۳۴.

۳. به موجب این ماده «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.»

۴. مستبیط از رأی شورای عالی مالیاتی به شماره ۲۰۸۹/۴/۳۰ مورخ ۱۳۷۴/۰۳/۲۴.

۵. متخذ از بخشنامه شماره ۴۹۹۲۸ مورخ ۱۳۷۱/۱۰/۹ سازمان.

پول امتیازاتی تحصیل شود درآمد مشمول مالیات از طریق برآورد ارزش حق واگذاری محل تشخیص داده خواهد شد.» باتوجه به حذف این تبصره، اعطای امتیازات در قبال دریافت حق واگذاری محل مانند تقبل پرداخت مالیات متعلقه نمی‌تواند پرداخت وجه به شمار آید و لذا این حالت، مشمول مالیات نخواهد بود.^۱ برخلاف رویکرد فوق به نظر می‌رسد علی‌رغم حذف تبصره یادشده اما با استناد به اطلاق ماده ۵۲ قانون مالیات‌های مستقیم و سایر نکاتی که ذیل تعریف حق واگذاری ذکر شد، دریافت هرگونه مابه‌ازا (درآمد)؛ اعم از وجوه و یا امتیازات مالی، مورد را مشمول مالیات قرار خواهد داد. بنابراین نمی‌توان دریافت «وجه» توسط واگذارنده را از جمله شروط تحقق انتقال حق واگذاری محل تلقی نمود.^۲

۴. شیوه انتقال

در اینجا منظور از «شیوه انتقال»، انتقال حق واگذاری محل از طریق اسناد عادی و یا رسمی است. سؤالی که در این قسمت طرح می‌شود پیرامون شیوه معتبر قانونی جهت انتقال حق واگذاری است. سابقاً قانون‌گذار به موجب ماده ۵۹ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ انتقال حق واگذاری محل را بدون سند رسمی ممکن نمی‌دانست^۳ و تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ که انتقال حق کسب و پیشه یا تجارت به مستأجر جدید را صرفاً به موجب تنظیم سند رسمی معتبر می‌دانست مؤیدی بر این موضوع تلقی می‌شد. به موجب اصلاحات بعدی، در حال حاضر شیوه معتبر جهت انتقال حق واگذاری محل، محدود به انتقال رسمی نیست، چراکه مستفاد از مواد مختلف قانونی، انتقال حق واگذاری محل به موجب اسناد عادی نیز معتبر اعلام شده است. به عنوان نمونه بر اساس تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ «در

۱. در نظر اقلیت در رأی شورای عالی مالیاتی به شماره ۱۱۸۰۴/۴/۳۰ مورخ ۱۳۷۱/۱۰/۰۹ نیز به مفاد این تبصره اشاره شده است.

۲. همان گونه که ذکر شد، شروط مذکور، به عنوان شروط اساسی انتقال حق در نظر گرفته می‌شوند و لذا در کنار این موارد می‌توان به شروط دیگر از جمله شرط «در ایران» بودن اشاره کرد. چراکه بند اول ماده ۱ قانون مالیات‌های مستقیم مشمولین این قانون را کلیه مالکین؛ اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی نسبت به اموال یا املاک خود که «در ایران» واقع است دانسته بود و ماده ۵۲ قانون مالیات‌های مستقیم نیز درآمد شخص حقیقی یا حقوقی ناشی از واگذاری حقوق خود نسبت به املاک «واقع در ایران» را مشمول مالیات بر درآمد املاک دانسته است.

۳. به موجب این ماده: «انتقال حق واگذاری محل به ماخذ وجوه دریافتی مالک یا صاحب حق به نرخ ۲ درصد در تاریخ انتقال از طرف مالکان دین یا صاحبان حق مشمول مالیات می باشد و بدون سند رسمی انتقالی صورت نمی‌پذیرد.»

صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادله روز را دارد.» همچنین به موجب ماده ۱۴ آیین نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۸ «دفتر اسناد رسمی علاوه بر رعایت شرایط عمومی تنظیم اسناد اجاره مکلفند در سند اجاره اماکن با کاربری تجاری و اماکنی که با رعایت قوانین و مقررات مربوط به منظور استفاده تجاری واگذار می شوند، تصریح کنند که عقد اجاره با سرقفلی یا بدون سرقفلی واقع شده است و در قراردادهای عادی اجاره نیز طرفین مکلفند سند اجاره را با قید همین مطلب تنظیم نمایند.» لذا بر مبنای موازین قانونی جاری، شیوه انتقال حق واگذاری محل صرفاً محدود به تنظیم سند رسمی نمی باشد.

در برابر دیدگاه فوق، نظر مخالف نیز قابل طرح است که بر اساس آن می بایست قائل به عدم اعتبار انتقال حق واگذاری محل به موجب اسناد عادی شد، چراکه به موجب ماده ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک^۱ ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقول و همچنین تنظیم صلح نامه - من جمله معاملات مربوط به حق واگذاری محل - در دفاتر اسناد رسمی ضروری است و اساساً هدف مقنن از ماده مذکور، نظم بخشی به اسناد حقوقی بوده است. به عقیده برخی صاحب نظران از استقرا در مواد مختلف از قانون مالیات ها این نتیجه حاصل می شود که تا زمانی که سند رسمی تنظیم نشده باشد، نقل و انتقال املاکی که سابقه ثبتی دارند، تحقق پیدا نمی کند. مثلاً تبصره ۱۰ ماده ۵۳ قانون مالیات های مستقیم صرفاً به دلیل وسعت کار شرکت های سازنده مسکن به این شرکت ها اجازه داده است که اگر مالیات نقل و انتقال قطعی خود را بپردازند، حتی اگر واحدهای خود را با قرارداد عادی واگذار کنند، خریدار مالک شناخته شده و مالیات پرداخت نشود و این اجازه برای سایر اشخاص وجود ندارد (عباسی، ۱۳۹۰: ۳۷).

در جمع بندی به نظر می رسد همان گونه که ذیل رویکرد اول ذکر شد انتقال عادی حق واگذاری محل از مواد مختلف قانونی قابل استنباط است که این مواد به نوعی مفاد ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک را تخصیص خواهند زد. همچنین در این موضوع رأی صادره از هیئت تخصصی اقتصادی

۱. «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱- کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیر منقوله که در دفتر املاک ثبت نشده. ۲- صلحنامه و هبه نامه و شرکتنامه.»

به موجب ماده ۴۸: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.»

- مالی دیوان عدالت اداری به شماره ۱۰۰۹۹ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۸ فصل الخطاب تلقی می شود، زیرا به موجب این رأی، شیوه انتقال حق واگذاری محل صرفاً محدود به تنظیم سند رسمی نیست. درعین حال اهمیت اسناد رسمی و مشکلات ناشی از اعتبار اسناد عادی مانند ایجاد معاملات معارض^۲ در نظم حقوقی کشور بر کسی پوشیده نیست و می بایست اعتبار اسناد رسمی را بازایی کرد. اساساً سیستم مالیاتی یک کشور باید به گونه ای طراحی شود که تشخیص مالیات برای دستگاه مالیاتی به راحتی انجام شود (Gaisbauer, 2015: 15). این قبیل ملاحظات؛ که تحت عنوان فرایندهای «ساده سازی مالیاتی»^۳ شناخته می شود (James, 2015: 280) به طور شایسته ای مورد توجه نظام حقوقی ما قرار نگرفته است.^۴ ملاک قراردادن انتقال رسمی حق واگذاری محل به نوبه خود در ساده سازی تشخیص مالیات مؤثر خواهد بود و عدم توجه به این موضوع حتی منجر به طرح دعاوی مالیاتی متعددی نیز شده است که نمونه آن را در پرونده کلاسه ۱۹۲۶ نزد شعبه بدوی دیوان عدالت اداری با موضوع «اعتراض نسبت به اخذ مالیات بر حق واگذاری محل» می توان مشاهده کرد.^۵

۱. به موجب این رأی: «براساس تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ و ماده ۱۴ آیین نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۸ و باتوجه به اینکه بر مبنای تبصره ۲ ماده ۵۹ ق.م.م و بند «ز» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۹۵ کل کشور، حق واگذاری محل در برگیرنده حق تصرف محل نیز بوده و بر مبنای موازین قانونی فوق الذکر، شیوه انتقال حق واگذاری محل صرفاً محدود به تنظیم سند رسمی نمی باشد. بنابراین مقرره مورد شکایت که تاریخ مقدم از بین تاریخ تحویل یا تصرف مغازه یا تنظیم سند رسمی اجاره را به عنوان تاریخ انتقال حق واگذاری محل مغازه ها تعیین کرده، مغایرتی با قوانین ندارد.»

۲. نک: انجم شعاع، ۱۳۹۷: ۶۷-۸۴ و همچنین گزارش نشست نقد رأی، ۱۳۹۵: ۱۲۵-۱۴۴.

3. Tax simplification

۴. البته در کنار اصل ساده سازی مالیات، اصول دیگری نیز مرتبط با این موضوع هستند. به عنوان نمونه «اصل بهره وری» به لزوم تناسب هزینه های مصروفه جهت تشخیص مالیات و عواید حاصل از آن اشاره دارد. توجه به این اصل باعث می شود چنانچه تشخیص مالیات بر اساس اسناد غیر متقن عادی صورت پذیرد به نحوی که منجر به بروز دعاوی متعدد مالیاتی گردد، این تشخیص به صرفه و اقتصادی نباشد. جهت مطالعه بیشتر در این اصل نک: (AICPA, 2001). جهت مطالعه بیشتر پیرامون سایر اصول حاکم بر حقوق مالیاتی نک: رستمی، ۱۳۹۹: ۱۰۵-۱۰۰؛ شاحیدر، ۱۳۸۰: ۱۷۲. لازم به ذکر است تدقیق پیرامون این اصول هنگامی ممکن است که اساساً اصول حقوق اقتصادی و اکاوی بشتی شود. بعنوان نمونه نک: عبدی پور فرد و بیدار، ۱۴۰۰.

۵. در این پرونده، شاکی به عنوان یک شرکت پیمانکاری اقدام به فروش زمین به خریدار از طریق اسناد عادی می نماید و سپس اقدام به نظارت بر ساخت سوله صنعتی در زمین مزبور نموده است. نهایتاً حوزه مالیاتی اقدام به اخذ مالیات بر انتقال قطعی و حق واگذاری محل بر اساس مستحقات بنا شده نموده است. از جمله دلایل اصلی این دعوا، به نظر می رسد انتقال زمین از طریق سند عادی توسط پیمانکار باشد.

۵. زمان تعلق مالیات

عنصر «زمان» نقش مهمی در تعیین ابعاد حقوقی این موضوع دارد. به صراحت ماده ۵۹ قانون مالیات‌های مستقیم، تاریخ تعلق مالیات بر حق واگذاری محل، تاریخ انتقال حق اعلام شده است. همچنین تعیین صحیح زمان انتقال این اثر حقوقی مهم را به دنبال دارد که قانون مالیاتی معتبر را نیز مشخص خواهد کرد. قانون حاکم بر انتقالات، همان قانون حاکم در زمان «واگذاری» است و بنابراین مواردی چون محاسبه درآمد مشمول مالیات املاک و تعیین ارزش معاملاتی بر اساس تاریخ واگذاری انجام خواهد پذیرفت.

در این مورد باید گفت چنانچه واگذاری به موجب سند عادی انجام شود تاریخ آن همان تاریخ مندرج در سند عادی خواهد بود، چراکه به عنوان مثال در موضوع انتقال منافع ملک، به موجب ماده ۴۶۹ قانون مدنی، «مدت اجاره از روزی شروع می شود که بین طرفین مقرر شده است و اگر در عقد اجاره ابتدای مدت ذکر نشده باشد از وقت عقد محسوب است.» بر این اساس جهت تشخیص تاریخ شروع رابطه استیجاری، دو فرض پیش‌بینی شده است: فرض اول هنگامی است که طرفین در حین انعقاد قرارداد اجاره، تاریخ شروع عقد را قید می‌نمایند که همین تاریخ، ملاک شروع قرارداد است. فرض دوم در صورت عدم تعیین تاریخ شروع اجاره است که قانون‌گذار شروع اجاره را همان تاریخ وقوع عقد تلقی نموده است.

از سوی دیگر، چنانچه انتقال به موجب سند رسمی انجام شود و تاریخ تنظیم سند رسمی با تاریخ انعقاد قرارداد (تاریخ انتقال) یکسان باشد طبعاً در تشخیص تاریخ انتقال، اختلافی مطرح نخواهد شد. اما در صورتی که تاریخ انعقاد قرارداد به موجب سند عادی، مقدم بر تاریخ تنظیم سند رسمی باشد، مطابق ماده ۷۰ قانون ثبت اسناد و املاک کشور سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود؛ مگر آنکه معیولیت آن ثابت شود (شمس، ۱۳۸۹: ۸۶-۸۱). بنابراین در حالت یادشده نیز تاریخ انتقال به موجب سند عادی که از جمله «محتویات» سند رسمی است معتبر و ملاک تعیین زمان انتقال، خواهد بود.

لازم به ذکر است هرچند ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد که در اسناد رسمی، «تاریخ تنظیم» معتبر است،^۱ اما با استناد به این ماده نمی‌توان تاریخ انعقاد قرارداد مندرج در سند رسمی را به عنوان ملاک تشخیص زمان واگذاری دانست. چراکه ماده یادشده در صدد اثبات قابلیت استناد و

۱. ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی: «در اسناد رسمی تاریخ تنظیم معتبر است حتی بر علیه اشخاص ثالث ولی در اسناد عادی تاریخ فقط درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آنها داشته و ورثه آنان و کسی که به نفع او وصیت شده معتبر است.»

خداشه‌ناپذیری مفاد اسناد رسمی؛ من جمله تاریخ تنظیم آن درمقایسه با اسناد عادی است و در راستای همان مفاد ماده ۷۰ قانون ثبت اسناد و املاک کشور تلقی می‌شود.^۱

همچنین مطابق رأی شماره ۲۰۸۹/۴/۳۰ مورخ ۷۴/۳/۲۴ هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی که مورد تأیید هیئت تخصصی اقتصادی، مالی و اصناف دیوان عدالت اداری نیز قرار گرفته است در مورد تاریخ انتقال حق واگذاری محل، تاریخ تحویل یا تصرف مغازه یا تنظیم سند رسمی اجاره، هر کدام که مقدم باشد، به‌عنوان تاریخ انتقال حق تعیین شده است. به‌نظر می‌رسد از آنجا که ملاک تاریخ واگذاری، زمان توافق طرفین جهت انتقال حق واگذاری محل است، لذا چنانچه تاریخ تحویل یا تصرف ملک، مقدم بر تاریخ تنظیم سند رسمی باشد به‌عنوان اماره‌ای بر توافق طرفین نسبت به انتقال حق (انعقاد قرارداد) تلقی می‌شود که این موضوع با مفاد ماده ۳۳۹ قانون مدنی در عقد بیع و ماده ۴۶۹ قانون مدنی در عقد اجاره مبنی بر ملاک بودن توافق طرفین نیز مطابق است.^۲

۱. این نکته از رای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۸۶/۳ مورخ ۱۳۸۶/۱/۱۹ قابل استنباط است که به موجب این رأی: «به صراحت صدر ماده ۴۶۸ قانون مدنی، مدت اجاره از روزی شروع می‌شود که بین طرفین مقرر شده است و مطابق ماده ۷۰ قانون ثبت اسناد و املاک کشور سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر آنکه مجعولیت آن ثابت شود. بنابه مراتب فوق‌الذکر و اینکه اعتبار تاریخ تنظیم سند به شرح ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی نافی اعتبار آثار مترتب بر سایر مندرجات سند رسمی از جمله تاریخ شروع مدت اجاره مقرر بین طرفین نیست، بنابراین اطلاق بخشنامه شماره ۳۰۴/۷۵۹۸ مورخ ۱۳۷۷/۸/۱۶ رئیس شورای عالی مالیاتی که منحصراً مفهم تأکید بر اعتبار تاریخ تنظیم سند رسمی حتی در صورت تفاوت آن با تاریخ شروع مدت اجاره است، خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و مستنداً به بند یک ماده ۴۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ ابطال می‌شود.»

۲. لازم به ذکر است در رای هیئت تخصصی اقتصادی، مالی و اصناف دیوان عدالت اداری به شماره ۱۰۰۹۹ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۸ با استدلال و استناداتی متفاوت با آنچه ذکر شد مفاد رأی یادشده را مورد تأیید قرار داده است. به موجب این رأی: «براساس تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶: در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادله روز را دارد. همچنین به موجب ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۸: دفاتر اسناد رسمی علاوه بر رعایت شرایط عمومی تنظیم اسناد اجاره مکلفند در سند اجاره اماکن با کاربری تجاری و اماکنی که با رعایت قوانین و مقررات مربوط به منظور استفاده تجاری واگذار می‌شوند، تصریح کنند که عقد اجاره با سرقفلی یا بدون سرقفلی واقع شده است و در قراردادهای عادی اجاره نیز طرفین مکلفند سند اجاره را با قید همین مطلب تنظیم نمایند. به علاوه، بر مبنای تبصره ۲ ماده ۵۹ ق.م.و.بند «ز» تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۹۵ کل کشور، حق واگذاری محل دربرگیرنده حق تصرف محل نیز بوده و بر مبنای موازین قانونی فوق‌الذکر، شیوه انتقال حق واگذاری محل صرفاً محدود به تنظیم

۶. تشخیص مؤدی مالیاتی

قانون‌گذار در ماده ۵۹ قانون مالیات‌های مستقیم از مالک یا صاحب حق نام برده است و مواد ۱ و ۵۲ همان قانون نیز بر درآمد تمرکز کرده و لذا اصل بر این است که مالک یا صاحب حق به‌عنوان «صاحبان درآمد» به‌عنوان مؤدی مالیاتی در نظر گرفته می‌شوند. بنابراین چنانچه برخلاف این قاعده و به‌موجب قرارداد فی مابین، طرف مقابل (منتقل‌الیه حق واگذاری محل) که صاحب درآمد به شمار نمی‌رود، متعهد به پرداخت مالیات شود، صاحب درآمد نمی‌تواند با استناد به این امر از پرداخت مالیات استنکاف نماید و حق مراجعه سازمان به صاحب درآمد، زائل نمی‌شود. نکته قابل توجه اینکه چنانچه قرارداد یادشده به‌صورت رسمی تنظیم شده باشد سازمان حق مراجعه به هر دو طرف قرارداد را به‌صورت تضامنی دارا خواهد شد. چراکه به‌موجب ماده ۱۸۲ قانون مالیات‌های مستقیم کسانی که پرداخت مالیات دیگری را تعهد کرده باشند در حکم مؤدی محسوب و از نظر وصول بدهی طبق مقررات قانونی اجرای وصول مالیات‌ها با آنان رفتار خواهد شد و پاسخ اداره کل فنی سازمان به شماره ۴۷۵۷-۱۱ مورخ ۸۵/۱۲/۲۴ نیز مؤید این نکته است.

این موضوع در بند ج ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۵ نیز ذکر شده است^۱ و هرچند در سال ۱۳۹۴ به‌موجب ماده ۲۸۲ قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی، استثنای مذکور در این بند لغو شد اما لغو آن اصل امکان تعهد طرف مقابل به پرداخت مالیات به‌موجب سند رسمی را مخدوش نمی‌کند و تنها اثر آن، تسری صدر بند به تمامی حالات است. به بیان دیگر حتی در صورتی که انتقال‌گیرنده ضمن سند تنظیمی، متعهد به پرداخت بدهی احتمالی گردد نیز دفاتر اسناد رسمی مکلفند هنگام نقل و انتقال عین املاک، مفاصاحساب مالیاتی و بدهی موضوع ماده (۳۷) قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ را از انتقال‌دهنده مطالبه و شماره آن را در سند تنظیمی قید نمایند.

سند رسمی نمی‌باشد. بنابراین مقرره مورد شکایت که تاریخ مقدم از بین تاریخ تحویل یا تصرف مغازه یا تنظیم سند رسمی اجاره را به عنوان تاریخ انتقال حق واگذاری محل مغازه‌ها تعیین کرده، مغایرتی با قوانین نداشته و خارج از اختیار نیز نمی‌باشد؛ لذا به استناد بند «ب» ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ رأی به رد شکایت صادر و اعلام می‌کند....»

۱. «ج- دفاتر اسناد رسمی مکلفند هنگام نقل و انتقال عین املاک، مفاصاحساب مالیاتی و بدهی موضوع ماده (۳۷) قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ را از انتقال‌دهنده مطالبه و شماره آن را در سند تنظیمی قید نمایند مگر این‌که انتقال‌گیرنده ضمن سند تنظیمی، متعهد به پرداخت بدهی احتمالی گردد که در این صورت متعاملین نسبت به پرداخت آن مسئولیت تضامنی خواهند داشت.»

از سوی دیگر، چنانچه قرارداد یادشده به صورت عادی تنظیم شده باشد، اگر مفاد این اسناد به نحوی مورد تأیید طرف معامله قرار گیرد - مثل ثبت در اسناد و دفاتر قانونی مؤدی و... که می تواند به منزله اقرار وی به شمار آید (امامی، ۱۳۹۰: ۲۳) - و یا اینکه اسناد و مدارک دال بر وقوع معامله و تبادل وجه ارائه و احراز شود، سازمان می تواند بر اساس این گونه اسناد عادی نیز اقدام به اخذ مالیات از منتقل الیه نماید، چراکه طبق ماده ۲۲۹ قانون مالیات های مستقیم سازمان مجاز به مراجعه و رسیدگی به هرگونه اسناد و مدارک جهت تشخیص درآمد مشمول مالیات مؤدیان شناخته شده است. لازم به ذکر است حتی چنانچه سازمان نتواند به موجب اسناد عادی، اقدام به اخذ مالیات نماید، این امر نافی امکان مراجعه بعدی سازمان و همچنین مؤدی اصلی (ناقل حق واگذاری محل) به مراجع قضایی جهت اثبات قرارداد و الزام طرف مقابل به اجرای مفاد آن - من جمله پرداخت مالیات توسط وی - نخواهد بود. نکته ای که باید مدنظر داشت اینکه در هر یک از انواع انتقالات فوق، اگر هدف توافق این باشد که دین مالیاتی از ذمه مؤدی خارج و بر ذمه شخص ثالث قرار گیرد این امر به علت مغایرت با قوانین آمره مالیاتی، معتبر نیست. ولی اگر هدف توافق آن باشد که دین در ذمه خود مؤدی باقی بماند و درعین حال شخص ثالث نیز موظف به پرداخت آن باشد این توافق صحیح به نظر می رسد (رستمی و عبادی بشیر، ۱۳۹۶: ۵۳۱).

۷. درآمد مشمول مالیات و نرخ مالیاتی

طبق نص ماده ۵۹ قانون مالیات های مستقیم وجوه دریافتی مالک یا صاحب حق به عنوان مأخذ مالیات بر حق واگذاری محل و نرخ مالیاتی آن نیز به میزان دو درصد در تاریخ انتقال تعیین شده است. بر این اساس، ملاک مأموران مالیاتی در تشخیص مالیات می بایست وجوه اخذشده باشد و چنانچه در موارد استثنائی، اخذ وجوه منتفی باشد و بابت انتقال حق واگذاری محل، وجهی (مابه ازایی) دریافت نشود، امکان دریافت این نوع مالیات وجود ندارد^۲ و این انتقال، شمول مالیات

۱. همچنین طبق ماده ۱۲۸۱ قانون مدنی «قید دین در دفتر تاجر به منزله اقرار کتبی است».

۲. به نظر می رسد مورد الف از بند ۵ بخشنامه شماره ۱۳۵۳۰ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۷ نیز درصدد بیان این موضوع است، اما عبارات آن به گونه ای است که امکان برداشت های متفاوت را نیز ممکن می سازد. به موجب این مقرر: «طبق نص صریح ماده ۵۹ ق.م.د دریافتی مالک یا صاحب حق بابت حق واگذاری محل مشمول مالیات می باشد، بنابراین در مواردی که بابت واگذاری محل کسب و کار یا تجارت وجهی دریافت نمی شود، باید موضوع واگذاری دقیقاً مورد بررسی واقع و با توجه به وضعیت خاص عقد فی مابین اقدام لازم معمول گردد. اگر فی المثل بنا به جهات مربوط به عرف محل یا عقاید مذهبی متعاملین دریافت حق واگذاری محل موضوعیت نداشته باشد، و یا از آنجا که میزان مال الاجاره با مبلغ حق واگذاری محل دریافتی نسبت معکوس دارد، چنانچه در مقابل عدم دریافت حق واگذاری محل،

بر درآمد اتفاقی برای منتقل الیه خواهد بود.

نکته آخر اینکه چنانچه قیمت اعلامی توسط مؤدی، منعکس‌کننده قیمت واقعی برای وجوه دریافتی وی نباشد، مأموران مالیاتی اقدام به کارشناسی قیمت عرفی حق واگذاری محل خواهند نمود. از آنجا که رویه واحدی جهت تعیین قیمت حق واگذاری محل وجود ندارد، لذا امکان اینکه مأموران مالیاتی با دیدگاه‌های متفاوت با آن برخورد نمایند وجود دارد که خود به‌عنوان منشأ بی‌نظمی در تشخیص مالیات و بروز جرم^۱ نیز قابل‌بررسی است. باهدف ایجاد انضباط مالی و ایجاد وحدت‌رویه، شایسته بود قانون به‌نحوی تنظیم می‌شد که ضمن پیش‌بینی ارزش معاملاتی ناظر بر حق واگذاری محل (مشابه ارزش جاری و معاملاتی موضوع ماده ۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم) در صورت کم‌تر بودن وجوه اخذشده بابت حق واگذاری محل از میزان مشخص، ارزش مذکور به‌عنوان ملاک تعیین درآمد مشمول مالیات تعیین می‌شد و یا حداقل در رویه عملی حوزه‌های مالیاتی جهت کاهش اختلافات مالیاتی، اخذ نظر کارشناس رسمی دادگستری الزامی شود. لازم به یادآوری است ملاک قرارگرفتن ارزش معاملاتی جهت تعیین درآمد یادشده در ماده ۵۹ اصلاحی مصوب ۱۳۷۱/۲/۷ نیز مسبوق به سابقه بوده است.^۲ به‌علاوه بند ۶ تبصره ۶ قانون بودجه سال ۱۳۹۵ نیز مالیات نقل و انتقال حق واگذاری محل را به مأخذ ده برابر ارزش معاملاتی ملک و به نرخ ۳۰٪ تعیین نموده بود.

نتیجه

پرهیز از ابهامات تقنینی، لزوم بازیابی اعتبار اسناد رسمی، اهمیت ایجاد انضباط و وحدت‌رویه در تعیین مأخذ این مالیات و لزوم توسعه مصادیق حق واگذاری در رویه عملی سازمان امور مالیاتی بخشی از نکاتی است که در نتیجه بررسی ابعاد حقوقی مالیات بر حق واگذاری محل به دست می‌آید. در این میان به‌نظر می‌رسد ابهامات قانونی بیشترین اهمیت را به خود اختصاص می‌دهد. هرچند در این نوشتار

مال الاجاره بیشتری نسبت به املاک مشابه بین طرفین تعیین شده باشد، در اینصورت نیز مطالبه مالیات منتفی خواهد بود.»

۱. موضوع «تعیین حق واگذاری محل توسط مأموران مالیاتی» به عنوان یکی از عوامل بروز فساد و جرم در میان مأموران مالیاتی است که باتوجه به عدم وجود ضابطه و بسط ید این مأموران، نیازمند بررسی مستقلی است. نک: تاجمیر ریاحی، ۱۳۹۰: ۵۸.

۲. به موجب این ماده: «نقل و انتقال قطعی املاک به مأخذ ارزش معاملاتی و همچنین انتقال حق واگذاری محل به مأخذ ارزش معاملاتی حق واگذاری محل در تاریخ انتقال از طرف مالکین عین یا صاحبان حق به طور مجزا یا توأماً به شرح زیر مشمول مالیات می‌باشد...»

تلاش شد ابتدا تعریف مشخصی از مالیات بر حق واگذاری محل و مصادیق آن ارائه شود، اما نکته اصلی لزوم ارائه تعاریف روشن توسط قانون‌گذار به‌عنوان اولین و ساده‌ترین راهکار جهت عبور از ابهامات قانونی است. تعیین مصادیق حق واگذاری محل؛ مندرج در تبصره ۲ ماده ۵۹ قانون مالیات‌های مستقیم، بدون هرگونه تعریف صریح از سوی قانون‌گذار صورت گرفته است و همین امر ما را از شفافیت به دور خواهد کرد. هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی، هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری نیز هریک به‌نوبه خود جهت رفع این مشکل تلاش کرده‌اند، اما به‌عنوان مثال، هیئت عمومی دیوان در آرای سال ۱۳۸۷ و ۱۳۹۹ عملاً «موقعیت تجاری محل» را به مفهوم کاربری تجاری تقلیل داده است که این برداشت، محل تأمل و نقد قرار گرفت.

نکته دیگر، تأثیر افزایش اعتبار اسناد رسمی بر شفافیت انتقال حق واگذاری محل و تسهیل در وصول این نوع مالیات است. خوشبختانه این موضوع در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ و اخیراً در سند تحول قضایی مصوب ۱۳۹۹ ریاست قوه قضائیه نیز مورد اهتمام قرار گرفته و موضوع تبدیل معاملات عادی به اسناد رسمی به‌عنوان یکی از راهبردهای این سند تعریف شده است، اما آنچه مهم است اجرایی کردن این‌گونه الزامات است تا شاهد تأثیرات آن در نظام حقوقی باشیم.

نکته بعدی اینکه باهدف ایجاد وحدت‌رویه و ساده‌سازی در تشخیص مأخذ مالیات بر حق واگذاری محل دو راهکار قابل‌پیشنهاد است: اول تعیین ارزش معاملاتی ناظر بر حق واگذاری محل (مشابه ارزش اجاری و معاملاتی موضوع ماده ۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم) به‌نحوی که در صورت کم‌تر بودن وجوه اخذشده بابت حق واگذاری محل از میزان مشخص، ارزش مذکور به‌عنوان ملاک تعیین درآمد مشمول مالیات تعیین شود. راهکار دوم نیز الزامی شدن اخذ نظر کارشناس رسمی دادگستری جهت تعیین مأخذ این مالیات جهت کاهش اختلافات در مراجع دادرسی است.

نکته پایانی لزوم توسعه مصادیق حق واگذاری در رویه عملی سازمان امور مالیاتی است. از آنجاکه تعیین پایه مالیاتی صحیح جهت اخذ مالیات، از مصادیق حاکمیت قانون است، لذا به‌نظر می‌رسد سازمان امور مالیاتی می‌بایست باتوجه به ماده ۸۷ قانون، انتقال کلیه حقوق ملکی که مشمول مالیات‌های دیگر قرار نگرفته است؛ مانند پروانه کسب تجاری را نیز تحت شمول مالیات بر حق واگذاری محل به شمار آورد.

منابع

فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۹۰)، حقوق مدنی، جلد ششم، تهران: انتشارات اسلامیه.
- انجم‌شعاع، محمد مهدی (۱۳۹۷)، «اعتبار اسناد عادی در مقابل اسناد رسمی»، دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۱.
- تاجمیر ریاحی، حسین (۱۳۹۰)، بررسی عوامل ارتکاب جرم در نظام مالیاتی و راه‌های پیشگیری از آن در حقوق کیفری ایران، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه قم.
- توکل، محمد (۱۳۸۶)، «مقررات مربوط مالیات املاک و قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی»، پژوهشنامه مالیات، شماره ۴۴.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰)، حقوق اموال، تهران: گنج دانش.
- چراغی، رضا، منصور امینی و ولی رستمی (۱۳۹۹)، «قواعد عمومی قراردادها و قواعد ضد خودداری و فرار از پرداخت مالیات»، پژوهشنامه مالیات، شماره ۴۵.
- رستمی، ولی و مقصود عبادی بشیر (۱۳۹۶) «سقوط دین مالیاتی»، مجموعه مقالات هشتمین همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران.
- رستمی، ولی (۱۳۹۹)، مالیه عمومی، تهران: میزان.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۴)، حقوق تجارت، تهران: دادگستر.
- سنجابی، سمانه (۱۳۹۶)، ارتباط و تعارض قانون مالیات‌های مستقیم با قواعد حقوق خصوصی، تهران: استاد شهریار.
- شا حیدر، عبدالکریم (۱۳۸۰)، «اصول حاکم بر حقوق مالیاتی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، جلد اول: تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ هشتم، تهران: مجد.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۹)، ادله اثبات دعوا، تهران: دراک.
- طاهری تازی، میرمحسن (۱۳۹۴)، آیین دادرسی مالیاتی، جلد ۱، تهران: شهردانش.
- عباسی، محمدرضا (۱۳۹۰) حقوق مالیات‌ها از منظر حقوق خصوصی، تهران: نگاه بینه.
- عبدی‌پورفرد، ابراهیم (۱۳۸۴)، «رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی»، فقه و حقوق، شماره ۶.
- عبدی‌پور فرد، ابراهیم و زهرا بیدار (۱۴۰۰)، «تأملی بر قلمرو و اهداف اصول حقوق عمومی اقتصادی در پرتو آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۵.
- عرفانی، محمود (۱۳۸۰)، حقوق تجارت، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، عقود دینی، تهران: شرکت انتشار.
- کشاورز، بهمن (۱۳۷۴)، سرقفلی و حق کسب و پیشه در تجارت، تهران: مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی.
- مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۹)، بررسی لایحه بودجه سال ۱۴۰۰ کل کشور، ۸. درآمد‌های مالیاتی، گزارش شماره ۳۰۰.

- گزارش نشست نقد رأی (۱۳۹۵)، «ابطال سند رسمی مالکیت به استناد سند عادی بیع با تاریخ مقدم (نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران)، فصلنامه رأی، شماره ۱۴.
- محمدی، سام و سودابه اسدیان (۱۳۹۵)، «ماهیت و آثار حق دستداری»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۴.
- نصر اصفهانی، رضا، آمنه شهیدی و الهام مومنی (۱۳۹۰)، «مالیات بر املاک منبع مناسب برای تأمین مالی بخش عمومی شهری در ایران (مطالعه موردی: شهرداری اصفهان)»، ویژه نامه علمی-پژوهشی (وزارت علوم).
- نوبخت، یوسف (۱۳۷۰)، اندیشه اقتصادی، تهران: انتشارات کیهان.

انگلیسی

- AICPA. (2001), **Guiding Principles of Good Tax Policy: A Framework for Evaluating Tax Proposals**, New York, American Institute of Certified Public Accountants, Inc. NY 10036-8775
- Bayne, Peter (2011), **Guide to writing an explanatory statement**, Available at: http://www.parliament.act.gov.au/__data/assets/pdf_file/0006/434346/Guide-to-writing-anexplanatory-statement.pdf. The green book appraisal and evaluation in central government. (last visited on 2021/5/3).
- Corkery, Jim (2003), "On Literalism of law and Due Process", **Revenue law Journal**, Vol.13: Iss.1, Article 1.
- Dictionary of taxation terms (1996), **TACIS (Program)**, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.
- Gaisbauer, Helmut P. (2015), **Philosophical Explorations of Justice and Taxation**.
- James, Simon and Sawyer, Adrian and Ian Wallschutzky (2015), **Tax Simplification: A Review of Initiatives in Australia, New Zealand and the United Kingdom**, Ejournal of Tax Research, vol. 13.
- Second report from the Modernization Committee, Explanatory Material for Bills, Available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199798/cmselect/cmmodern/389ii/md0203.htm> (last visited on 2021/5/3).

صلاحیت دیوان عالی کشور در رسیدگی به تخلف رئیس‌جمهور از انجام وظایف قانونی

مهدی مرادی برلیان*، محمدقاسم تنگستانی**

چکیده

از بایسته‌های تضمین اجرای اصل حاکمیت قانون در سطح نهادهای سیاسی، پیش‌بینی ضمانت اجرا برای نقض قوانین از سوی مقامات سیاسی است. قانون اساسی ایران نیز با پیش‌بینی سازوکارهای مختلفی برای مسئولیت رئیس‌جمهور کوشیده است تا ضرورت پیش‌گفته را اجابت کند. با وجود پیش‌بینی امکان محاکمه رئیس‌جمهور در پیشگاه دیوان‌عالی کشور به دلیل تخلف وی از وظایف قانونی‌اش در بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، نظام حقوق اساسی ایران هم از نظر آموزه‌ای و هم از جنبه رویه‌ای در این باره فقیر است. بر این اساس، پژوهش حاضر می‌کوشد با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و از طریق تبارشناسی تاریخی حقوقی، توجه به رهیافت‌های حقوق اساسی تطبیقی، شناسایی چالش‌های موجود و ارائه راهکارهایی برای حل آن‌ها، گامی در راستای غنای آموزه‌های حقوق اساسی در ارتباط با مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر دیوان‌عالی کشور برداشته و زمینه را برای ایجاد و تقویت رویه در این خصوص فراهم کند. پژوهش حاضر درصدد پاسخگویی به پرسش‌های زیر است: شناسایی و کاربست صلاحیت دیوان‌عالی در رسیدگی به تخلف رئیس‌جمهور از انجام وظایف قانونی وی، در نظام حقوقی فعلی با چه ابهامات و چالش‌هایی مواجه است و آیا صلاحیت مزبور از توجیه و مطلوبیت حقوقی و سیاسی برخوردار است؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد عدم تصویب قوانین کافی برای اجرایی کردن مسئولیت مزبور، اطلاق حکم قانون اساسی درخصوص تخلف رئیس‌جمهور، ابهام در نسبت صلاحیت دیوان‌عالی و دادگاه‌های عمومی دادگستری در اجرای

* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول)
moradiberelian@gmail.com

** استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران
m.tangestani@khu.ac.ir

مسئولیت مذکور و متروک ماندن اجرای قسمت نخست بند پیش گفته از جمله چالش های قابل اشاره در این مورد هستند که تعدیل مسئولیت رئیس جمهور در برابر دیوان عالی، تصویب قوانین لازم برای اجرایی کردن آن و اصلاح قانون اساسی (متعاقب انجام مطالعات تکمیلی) می تواند به عنوان راهکار، مدنظر سیاست گذاران نظام حقوقی ایران قرار گیرند.

واژگان کلیدی: مسئولیت قانونی، عدم کفایت، عزل رئیس جمهور، نظارت قضایی، قانون اساسی

مقدمه

یکی از ویژگی های مشترک نظام های مبتنی بر اصل حاکمیت قانون، شناسایی مسئولیت سیاسی و قانونی مقامات عالی سیاسی است؛ موضوعی که بنا به اهمیت و حساسیت آن، دارای جایگاه مبتنی بر قانون اساسی بوده و به تبع آن، نظام حقوقی مشخصی نیز برای اجرای مسئولیت های فوق تدارک دیده شده است. نظام حقوقی - سیاسی کنونی ایران نیز با شناسایی صریح مسئولیت رئیس جمهور در برابر ملت، رهبر و مجلس شورای اسلامی و نیز سایر مراجع ذی صلاح مربوط (از جمله قوه قضائیه)، سعی در کنترل اقتدارات قانونی مقام مزبور داشته است.

بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مقام بیان وظایف و اختیارات مقام رهبری، صلاحیت مهمی را برای دیوان عالی کشور شناسایی کرده است؛ به موجب بند مذکور از جمله وظایف مقام رهبری «عزل رئیس جمهور با در نظر گرفتن مصالح کشور پس از حکم دیوان عالی کشور به تخلف وی از [انجام] وظایف قانونی، یا رأی مجلس شورای اسلامی به عدم کفایت وی بر اساس اصل هشتاد و نهم» است.

در حالی که بررسی صلاحیت مجلس در استیضاح رئیس جمهور (و هم چنین وزیران) موضوع پژوهش های گوناگونی بوده و نظام حقوقی مشخصی نیز برای طرح، رسیدگی و تصمیم گیری در خصوص آن در قالب مواد متعددی از قانون آیین نامه داخلی مجلس (از جمله مواد ۲۲۸ تا ۲۳۳) شکل گرفته است، واکاوی تحلیلی صلاحیت دیوان عالی در رسیدگی به تخلفات رئیس جمهور از انجام وظایف قانونی وی نه تنها چندان مورد توجه پژوهشگران قرار نگرفته، بلکه در قوانین و مقررات کنونی نیز مقررات لازم و مناسب برای اجرایی کردن آن پیش بینی نشده است. البته در لابه لای برخی از منابع علمی موجود، به صورت گذرا و بدون وارد شدن به سویه های تحلیلی موضوع، اشاراتی صورت گرفته که در نوشتار پیش رو حسب مورد به آن ها ارجاع خواهد شد. از میان آثار موجود، بخشی از گزارش پژوهشی «شرح بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی» (درویش وند، ۱۳۹۴: ۲۱-۱۲) تا اندازه ای ناظر بر برخی از پرسش های نوشتار پیش رو است. نوآوری این مقاله نسبت به اثر پیشین، بررسی تفصیلی تر موضوع در نظام های حقوقی پیشرو، تحلیل فراقانون اساسی موضوع و کوشش در

ارائه راهکارهای مشخص در مواجهه با چالش‌های کنونی راجع به موضوع فوق است. بدین ترتیب، این پژوهش با برگرفتن روش توصیفی تحلیلی درصدد پاسخگویی به پرسش‌های زیر است: شناسایی و کاربست صلاحیت دیوان‌عالی در رسیدگی به تخلف رئیس‌جمهور از انجام وظایف قانونی وی، در نظام حقوقی فعلی با چه ابهامات و چالش‌هایی مواجه است و آیا صلاحیت مزبور از توجیه و مطلوبیت حقوقی و سیاسی برخوردار است؟ رهیافت بررسی نظام‌های حقوقی پیشرو در این زمینه چیست؟ و در هر حال، چه راهکارهایی را می‌توان به منظور ارتقای نظام حقوقی در دو سطح فوق ارائه کرد؟ فرضیه‌های پژوهش حاضر مبتنی بر وجود چالش‌ها و ابهاماتی^۱ همچون فقدان قوانین کافی برای تحقق مسئولیت رئیس‌جمهور، اطلاق حکم قانون اساسی درخصوص تخلف مقام مذکور، ابهام صلاحیت دیوان‌عالی در اجرای مسئولیت پیش‌گفته و متروک‌ماندن اجرای قانون اساسی در این زمینه و به این ترتیب عدم مطلوبیت حقوقی و سیاسی صلاحیت موردبررسی با شرایط کنونی است. متناظر با فرضیه‌های گفته‌شده، تصویب قوانین و مقررات اجرایی لازم درخصوص موضوع صلاحیت دیوان در کوتاه‌مدت و اصلاح قانون اساسی در جهت تعدیل مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر دیوان عالی در بلندمدت برای تحقق توجیه وجودی چنین مسئولیتی قابل بررسی به نظر می‌رسد.

بر این اساس، مقاله پیش‌رو در چهار بند، ابتدا به تبارشناسی و بررسی تطبیقی موضوع پرداخته و سپس با بررسی و ریشه‌یابی چالش‌های پیش‌رو، سعی در ارائه راهکارهای مناسب به منظور تکمیل و ارتقای نظام حقوقی کنونی ایران در ارتباط با صلاحیت دیوان‌عالی در بررسی تخلفات رئیس‌جمهور از انجام وظایف قانونی وی دارد.

۱. تبارشناسی قوانین و مقررات کنونی

پیشینه‌کاوی قوانین و مقررات فعلی از طریق مراجعه به مذاکرات مربوط به تصویب آن‌ها ممکن است بتواند راهگشای افقی جهت برطرف ساختن ابهامات و چالش‌های پیش‌رو باشد؛ هرچند باید توجه داشت که لازم است قصد قانون‌گذار (اگر کشف آن ممکن باشد) در کنار توجه به مقتضیات و شرایط حقوقی و سیاسی کنونی دستاویز ارائه راهکارهای حل ابهامات قرار گیرد.

اصل ۴۴ متمم قانون اساسی مشروطه ضمن تصریح به مبری بودن پادشاه از مسئولیت، وزرای دولت را در «هرگونه امور، مسئول مجلسین» دانسته بود. البته این عدم مسئولیت راجع به امور

۱. فرای چالش‌های حقوقی، فقدان رویکرد تاریخی، ساختاری، فرآیندی و بدون توجه به توسعه‌نیافتگی تاریخی حقوق عمومی را می‌توان از موانع و چالش‌های عدم تحقق نظارت بر اعمال و مقامات حکومت در نظر گرفت (جاوید و یزدان‌پناه، ۱۴۰۰: ۳۹۰-۳۸۹).

مملکتی بوده و درخصوص جنحه یا جنایتی که ممکن بود از پادشاه در خارج از امور مملکتی سر بزند، قانون اساسی حکم مشخصی را وضع نکرده بود (عدل، ۱۳۸۹: ۱۹۸). افزون بر امکان عزل وزیران توسط مجلس شورای ملی یا مجلس سنا (اصل ۶۷ متمم فوق)، به موجب اصل ۶۹ متمم مذکور مقرر شده بود: «مجلس شورای ملی یا مجلس سنا تقصیر وزرا را در محضر دیوان‌خانه تمیز عنوان خواهند نمود. دیوان‌خانه مزبوره با حضور تمام اعضای مجلس محاکمات دایره خود محاکمه خواهد کرد مگر وقتی که به موجب قانون اتهام و اقامه دعوی از دایره ادارات دولتی مرجوعه به شخص وزیر خارج و مربوط به خود وزیر باشد». همچنین در تنبیه (تبصره) این اصل، مقرر شده بود تا زمان تشکیل محکمه تمیز، هیئتی مرکب از اعضای مجلسین، نایب‌مناب محکمه تمیز خواهد بود. بلافاصله به موجب اصل ۷۰ تعیین تقصیر و مجازات وارده بر وزرا در مواردی که مورد اتهام مجلسین یا سایر اشخاص (در امور اداره خود) قرار می‌گیرند «منوط به قانون مخصوص» شده بود. از احکام فوق، لزوماً صلاحیت دیوان‌خانه تمیز (دیوان‌عالی) مبنی بر عزل وزیران استنباط نمی‌شود؛ به خصوص با توجه به اینکه در اصل ۷۰ سخن از «مجازات» رفته است؛ بر این اساس، عزل وزیران مطابق متمم قانون اساسی مشروطه در صلاح‌دید مجلسین بوده است.

با پیروزی انقلاب اسلامی، به موجب اصل ۱۰۲ پیش‌نویس قانون اساسی مقرر شده بود «هرگاه رئیس‌جمهور به خیانت یا توطئه علیه امنیت کشور متهم شود، مجلس شورای ملی باید به اتهام او رسیدگی کند و اگر سه‌چهارم همه نمایندگان مجلس رأی به تعقیب او دادند هیئت عمومی دیوان‌عالی کشور به اتهام رسیدگی و بر طبق قوانین عمومی مجازات او را معین می‌کند. پس از رأی مجلس به تعقیب تا صدور رأی نهائی دیوان‌عالی کشور رئیس‌جمهور از مقام خود معلق است و وظایف او را شورای موقت ریاست‌جمهوری انجام می‌دهد». به نظر می‌رسد اصل مذکور با اقتباس از اصل ۶۸ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ فرانسه که در آن امکان عزل رئیس‌جمهور به اتهام خیانت بزرگ به کشور پیش‌بینی شده و مجلسین فرانسه نقش کلیدی در این زمینه داشتند، نگاشته شده بود. در هر شکل، متن موردبررسی در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، به شرح مذکور در بند ۵ اصل ۸۷ به ترتیب زیر موردبررسی قرار گرفت: «اتخاذ تصمیم درباره عزل رئیس‌جمهور به ترتیب زیر: هرگاه رئیس‌جمهور به خیانت و تخلف از وظایف قانونی خود متهم شود یا در مظان ضعف و ناتوانی در ایفاء وظایف خود قرار گیرد، موضوع برای رسیدگی به مجلس شورای ملی ارجاع می‌شود. مجلس به موضوع رسیدگی می‌کند و در صورتی که اکثریت رأی دادند، پرونده را برای محاکمه به شورای عالی قضایی می‌فرستند. در صورت رأی شورای عالی قضایی به ثبوت اتهام، رهبری با در نظر گرفتن مصالح کشور تصمیم لازم را اتخاذ و اجرا می‌کند». (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون

اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۱۱۰۸). ملاحظه می‌شود که در متن اخیر در مقایسه با پیش‌نویس قانون اساسی، به جای توطئه علیه امنیت کشور، تخلف از وظایف قانونی و ضعف و ناتوانی در ایفای وظایف در کنار اتهام خیانت موردپیش‌بینی قرار گرفته است. هم‌چنین رسیدگی به اتهامات رئیس‌جمهور برعهده شورای عالی قضایی گرفته و تصمیم نهایی در این زمینه نیز به مقام رهبری واگذار شده است.

با بررسی مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ذیل اصل مذکور، نکات زیر که از سوی نمایندگان مطرح شده، قابل ذکر است: نخست آنکه عبارت «ضعف و ناتوانی» مبهم است و امکان رسیدگی قضایی به آن وجود ندارد؛ دوم آنکه رسیدگی به تخلفات باید برعهده دیوان عالی باشد؛ شورای عالی قضایی، محکمه نیست. مجلس شورا صرفاً پرونده تشکیل می‌دهد، حتی اشخاص عادی هم باید بتوانند اگر مدرکی دارند رئیس‌جمهور را مورد تعقیب قرار دهند. در صورتی که محکمه قضایی حکم به تخلف یا اثبات جرم داد، دیگر نیازی به عزل از سوی رهبری نیست. پیشنهاد برخی نیز این بوده که شورایی مرکب از نمایندگان مجلس، نمایندگان شورای عالی قضایی و نماینده‌ای از طرف رهبری اصل اتهام را تشخیص دهند، آنگاه دستگاه قضایی رسیدگی کند؛ سوم آنکه یکی از دو عبارت خیانت و تخلف زائد است؛ چهارم آنکه قائل شدن به امتیاز ویژه برای رئیس‌جمهور و ارجاع پرونده تخلف به مجلس برخلاف آموزه‌های اسلام است. در پاسخ به ایراد فوق، گفته شده که مقصود از جرایم در این اصل از قانون اساسی، جرم سیاسی و اداری و تخلف از وظایف قانونی است نه جرایم عادی؛ هم‌چنین پیش‌بینی شرایط ویژه برای رسیدگی به تخلفات رئیس‌جمهور جهت جلوگیری از ایجاد اختلال در انجام وظایف رئیس‌جمهور به دلیل ورود اتهامات بی‌پایه و درواقع جلوگیری از لوث شدن مسئولیت‌های این مقام است؛ پنجم آنکه به تصمیم‌گیری رهبری درباره عزل رئیس‌جمهور به دلیل زیر سؤال رفتن اصل استقلال قضایی، ایراد وارد شده است. از این منظر، عدم عزل رئیس‌جمهور توسط رهبری پس از حکم دیوان مبنی بر تخلف وی، درواقع تحمیل یک مجرم و خائن بر مردم است. البته در پاسخ به ایراد فوق بیان شده نقش مقام قضایی تشخیص موضوع و رأی به این امر است که جرم واقع شده است یا خیر؛ اما اجرای حکم باید بر طبق مصالح عمومی جامعه به تشخیص رهبری واگذار شود؛ نهاد قضایی نمی‌تواند مصالح سیاسی را تشخیص دهد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۱۱۴۱-۱۱۵۳).

در جلسه چهل و چهارم در بند پیشنهادی مذکور تغییراتی به شرح زیر صورت گرفت: «عزل رئیس‌جمهور با در نظر گرفتن مصالح کشور پس از حکم دیوان عالی کشور به تخلف وی از وظایف قانونی یا رأی مجلس شورای ملی به عدم کفایت سیاسی او». بر این اساس مرجع رسیدگی همچون

پیش‌نویس قانون اساسی، به دیوان‌عالی تغییر یافت و موضوع رسیدگی دیوان نیز به تخلف از وظایف قانونی توسط رئیس‌جمهور محدود شد. در این خصوص نیز در مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نکاتی بیان شده است: نخست آنکه لازم نیست قانون اساسی همه جزئیات را مشخص کند و این برعهده قانون‌گذار عادی است؛ دوم آنکه عبارت «تخلف از وظایف قانونی» مبهم است. هم‌چنین در مورد جرایم عادی نیز باید تعیین تکلیف شود. در صورت اثبات جرم عادی، آیا رهبری باید رئیس‌جمهور را عزل کند؟ دوم آنکه از نظر برخی نمایندگان، اگر دیوان حکم به تخلف داد، یعنی رئیس‌جمهور صلاحیت ندارد. در این صورت موجبی برای عزل باقی نمی‌ماند. در پاسخ از نظر شماری دیگر، دیوان‌عالی موضوع را احراز می‌کند و تطبیق حکم با موضوع برعهده رهبری است. در نهایت بند مذکور به ترتیب پیش، به تصویب رسید (صورت‌مشرح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۱۱۹۵-۱۱۹۹).

بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی کنونی تا حدود زیادی تکرار بند ۵ اصل مزبور (مصوب ۱۳۵۸) است که مقرر داشته بود: «عزل رئیس‌جمهور با در نظر گرفتن مصالح کشور، پس از حکم دیوان‌عالی کشور به تخلف وی از وظایف قانونی یا رأی مجلس شورای ملی به عدم کفایت سیاسی او». بر این اساس، در جریان اصلاحات قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ حکم فوق تغییر خاصی نکرده است. در هر روی، باوجود اشاره به برخی ابهامات و نکات قابل توجه از سوی خبرگان قانون اساسی، به نظر نمی‌رسد بتوان ابهاماتی همچون گستره مفهومی و مصداقی «تخلف از وظایف قانونی»، سازوکار و چگونگی رسیدگی دیوان و حدود صلاحیت این مرجع را از طریق قصد قانون‌گذار اساسی حل و فصل کرد.

در سطح قوانین عادی، در جلسه ۱۴ اردیبهشت‌ماه ۱۳۶۵ دوره دوم مجلس شورای اسلامی و در ادامه بررسی طرح تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست‌جمهوری اسلامی ایران، ماده ۳۲ طرح با مفاد زیر به بحث گذاشته شد: «رسیدگی به اتهامات مربوط به تخلفات و جرایم در رابطه با وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور در صلاحیت دیوان‌عالی کشور است و در سایر اتهامات از طریق دادگاه‌های عمومی دادگستری تهران و با اطلاع مجلس صورت می‌گیرد» (اصل ۱۴۰) (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره دوم، جلسه دویست و شصت و هفتم ۱۳۶۵: ۳۲). ملاحظه می‌گردد که ماده پیشنهادی مذکور فراتر از قانون اساسی رسیدگی به جرایم ارتكابی از سوی رئیس‌جمهور را نیز در صلاحیت دیوان‌عالی قرار داده است؛ احتمالاً با در نظر داشتن تفاوت میان تخلف و جرم، پیشنهادکنندگان فرض ارتكاب جرم در راستای انجام وظایف قانونی و البته تفاوت آن با جرایم عمومی را متصور بوده‌اند؛ هرچند مشخص نیست در عمل تاچه‌اندازه می‌توان مصداقی برای این دست جرایم یافت.

با بررسی مباحث مطروحه میان نمایندگان مجلس و نماینده دولت درباره حکم فوق، ابتدا ایراد مربوط به رسیدگی شکلی در دیوان عالی کشور و عدم امکان ورود این نهاد به رسیدگی ماهوی مطرح می‌شود که با این پاسخ مواجه می‌گردد که قانون اساسی، دیوان را مرجع این امر قرار داده و لذا در اینجا دیوان همانند دادگاه عمل خواهد کرد. سپس بیان شده چنانچه مقصود از تخلفات و جرایم در رابطه با وظایف و اختیارات، تخلفاتی است که در قانون رسیدگی به تخلفات اداری ذکر شده است، این قانون شامل همه مقامات اداری است، جرایم عادی هم طبق قانون رسیدگی می‌شود فلذا پیش‌بینی این ماده ضرورتی ندارد. البته به دلیل آنکه قانون اساسی در این زمینه حکم دارد. با حذف ماده مخالفت شده است (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره دوم، جلسه دویست و شصت و هفتم، ۱۳۶۵: ۳۴-۳۲).

به نظر برخی دیگر مقصود از تخلف، تخلف از وظایف مندرج در قانون اساسی است (شعبانی، ۱۳۷۳: ۱۴۲) که حکم آن هم در قانون اساسی مشخص شده و دیوان عالی رسیدگی می‌کند و لذا نیازی به این ماده و تبصره هم نیست. نهایتاً با اندک تغییراتی، صدر ماده بدین ترتیب انشا شد: «رسیدگی به اتهامات مربوط به تخلفات در رابطه با وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور در صلاحیت دیوان عالی کشور است و در جرایم عادی از طریق دادگاه‌های عمومی دادگستری تهران و با اطلاع مجلس صورت می‌گیرد» (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره دوم، جلسه دویست و شصت و هشتم، ۱۳۶۵: ۲۶-۲۰).

۲. رهیافت مطالعه تطبیقی

بی‌تردید مقررات دیگر نظام‌های حقوقی در شکل‌گیری قانون اساسی کشور ما مؤثر بوده است؛ به خصوص آن دسته از احکامی که فاقد پیشینه فقهی است. دلیل انتخاب نظام‌های حقوقی فرانسه، آلمان و آمریکا، پیشرو بودن آن‌ها و اقتباس سایر کشورها از مقررات کشورهای مذکور و هم‌چنین شاخص بودن آن‌ها در هر یک از الگوهای حکومتی (نیمه‌ریاستی، پارلمانی و ریاستی) است. البته در بحث‌های تطبیقی، در نظر داشتن تفاوت‌های نظام سیاسی ایران با الگوهای پذیرفته‌شده نظام‌های حکومتی معاصر ضروری است. گرچه بیشتر نظام‌های حکومتی کنونی در قالب الگوی پارلمانی، ریاستی و نیمه‌ریاستی سازمان‌بندی شده‌اند (نک: وکیلان، ۱۳۹۲: ۳۵-۲۱ و هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۶۰-۲۴۵)، اما الگوی ساختار حکومت در جمهوری اسلامی ایران با وجود نزدیکی به نظام نیمه‌ریاستی (ترکیبی)، به صورت کامل با هیچ‌یک از الگوهای پیش‌گفته انطباق ندارد؛ همین امر تفاوت جایگاه رئیس‌جمهور در نظام حقوقی و سیاسی ایران را به دلیل وجود مقام مافوق (رهبری) با نظام‌های ریاستی و نیمه‌ریاستی رقم زده است؛ هم‌چنین جایگاه رئیس‌جمهور در نظام‌های ریاستی

و ترکیبی تفاوت معناداری با نظام پارلمانی (از نوع جمهوری) دارد (نک: رستمی و رنجبر، ۱۳۹۱: ۲۴-۳)؛ امری که تبعاً موضوع مسئولیت این مقام را متفاوت می‌سازد.

در فرانسه صلاحیت شورای قانون اساسی مبنی بر مداخله در روابط قوای حاکم صراحتاً شناسایی نشده است (فاورو، ۱۳۸۸: ۱۱۹). رئیس‌جمهور اصولاً تا پایان دوره ریاست‌جمهوری به کار خود ادامه می‌دهد؛ زیرا فاقد مسئولیت سیاسی است فلذا امکان استیضاح و عزل وی توسط پارلمان وجود ندارد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۲۹۳) لکن به موجب ماده ۶۸ اصلاحی قانون اساسی این کشور (مصوب ۲۰۰۷) «رئیس‌جمهور در طول دوره ریاست‌جمهوری جز به دلیل نقض وظایفش که آشکارا با ادامه ریاست‌جمهوری وی سازگاری ندارد، از سمت خود برکنار نمی‌شود. این برکناری از سمت، توسط پارلمان به عنوان دادگاه عالی اعلام می‌شود. پیشنهاد تشکیل دادگاه عالی که توسط یکی از مجالس پارلمان تصویب شده است، فوراً به مجلس دیگر ارسال می‌شود که تصمیم خود را ظرف پانزده روز پس از دریافت آن اعلام می‌کند. ریاست محکمه را رئیس شورای ملی بر عهده دارد. دادگاه عالی حکم خود را در مورد عزل رئیس‌جمهور با رأی مخفی ظرف یک ماه صادر می‌کند. تصمیم دادگاه فوراً تأثیر خواهد داشت. احکام صادره به موجب این قانون مستلزم اکثریت دوسوم اعضای مجلس مربوطه یا دادگاه عالی است. ... یک قانون نهادی باید شرایط اعمال این ماده را تعیین کند» (France 1958, rev. 2008).

پیش‌بینی مقرر فوق در قانون اساسی فرانسه تا اندازه بسیاری مشابه با آئین استیضاح^۱ به شیوه‌ای است که در نظام ایالات متحده آمریکا مورد پیش‌بینی قرار گرفته است (9: Halder, 2007)؛ به گونه‌ای که در اصطلاح از مقرر مندرج در اصل ۶۸ قانون اساسی فرانسه با عنوان «استیضاح به سبک فرانسوی»^۲ نام برده می‌شود (101: Baranger, 2019). در ارتباط با مسئولیت رئیس‌جمهور در نظام حقوقی فرانسه باید به این نکات توجه داشت: نخست، به موجب ماده ۶۷ قانون اساسی فرانسه، رئیس‌جمهور در طول دوران ریاست‌جمهوری خود از مصونیت قضایی کامل برخوردار است؛ این مصونیت، یک ماه پس از پایان دوران ریاست‌جمهوری به پایان می‌رسد؛ در حالی که رئیس‌جمهور در نظام حقوقی ایران فاقد چنین مصونیتی است؛ دوم، به نظر می‌رسد بخشی از ابهامی که در زمینه مفهوم و مصادیق تخلف از وظایف قانونی در قانون اساسی ایران وجود دارد، در خصوص عبارت مندرج در قانون اساسی فرانسه نیز صادق باشد؛ نقض وظایفی که آشکارا مغایر با ادامه سمت ریاست‌جمهوری است، گرچه نسبت به عبارت به کاررفته در قانون اساسی ایران، مشخص‌تر و مقید است، لکن

1. Impeachment

2. Impeachment Procedure à la Française

تا اندازه‌ای کلی و مبهم به نظر می‌رسد. هرچند عبارت اخیر در قانون اساسی فرانسه نسبت به عبارت «خیانت بزرگ» که در قانون اساسی ۱۹۵۸ (پیش از اصلاحات) ذکر شده بود، از ابهام کمتری برخوردار است (Troper, 2008: 23). اساساً یکی از دلایل حذف عبارت اخیر از قانون اساسی فرانسه، ماهیت بیش‌ازحد نامشخص و حتی گمراه‌کننده آن بوده است. حسب بررسی صورت‌گرفته در قانون ارگانیک شماره ۲۰۱۴-۱۳۹۲ مورخ ۲۴ نوامبر ۲۰۱۴ در اجرای اصل ۶۸ قانون اساسی نیز ابهام فوق برطرف نشده و این قانون بیشتر به آئین استیضاح و محاکمه رئیس‌جمهور پرداخته است. هرچند، بر اساس برخی تفاسیر، آنچه در اصل ۶۸ قانون اساسی واجد اهمیت است، لزوماً نه شدت و ضعف تخلف ارتكابی بلکه نسبت آن با شأن و جایگاه ریاست‌جمهوری است؛ از جمله مواردی که می‌توان به عنوان مصداق تخلفاتی که آشکارا با ادامه تصدی سمت ریاست‌جمهوری در فرانسه مغایرت دارد نام برد، اعمال محدودیت‌های اضطراری توسط رئیس‌جمهور مطابق اصل ۱۶ قانون اساسی بدون فراهم‌بودن شروط آن است (Dyzenhaus, 2012: 445)؛ سوم، قید «به‌طور آشکار» مبتنی بر این دلیل است که تشخیص ناسازگاری پیش‌گفته باید از شکاف‌ها و اختلافات حزبی معمول فراتر رفته و عملاً خود را به عنوان مدرک عینی و نه همچون یک ارزیابی صرفاً سیاسی نشان دهد؛ چهارم، همان گونه که در پیش‌نویس اصلاح این بخش از قانون اساسی فرانسه منعکس شده است، پارلمان (در نقش دادگاه عالی) درباره ماهیت کیفری تخلفات ارتكابی رئیس‌جمهور اظهارنظر نخواهد کرد و در صورتی که تخلفات مربوطه واجد جنبه مجرمانه باشند، پس از عزل رئیس‌جمهور، رسیدگی به آن‌ها از طریق دادگاه‌های دادگستری امکان‌پذیر است (HYEST, 2007: 34-38). به همین دلیل برخی ماهیت عمل دیوان‌عالی در رسیدگی به اتهامات رئیس‌جمهور را گونه‌ای «قضاوت سیاسی» دانسته‌اند (قاضی، ۱۳۸۳: ۵۲۲). در هر شکل، همان گونه که شماری از نویسندگان استدلال کرده‌اند، برخلاف «خیانت بزرگ» که واجد جنبه سیاسی و هم کیفری بود، «ناسازگاری آشکار با سمت ریاست‌جمهوری» بیشتر واجد جنبه سیاسی است (Cazals, 2007: 460).

ماده ۶۱ قانون بنیادین (اساسی) آلمان در این زمینه مقرر کرده است: «مجلس بوندستاگ یا بوندسرات می‌تواند رئیس‌جمهور را برای نقض عمده قانون اساسی یا هر قانون فدرال دیگری در پیشگاه دادگاه قانون اساسی فدرال متهم سازد. طرح رسیدگی به اتهام یا استیضاح باید حداقل از طرف یک‌چهارم اعضای مجلس بوندستاگ یا یک‌چهارم آرای مجلس بوندسرات مورد حمایت قرار گیرد. تصمیم استیضاح نیز نیازمند موافقت اکثریت دوسوم اعضای مجلس بوندستاگ و یا دوسوم آرای مجلس بوندسرات است. در این صورت، پرونده استیضاح باید توسط شخصی که از طرف نهاد استیضاح‌کننده تعیین می‌شود، به دادگاه قانون اساسی فدرال ارائه گردد. اگر دادگاه قانون اساسی فدرال

تشخیص دهد که رئیس جمهور فدرال مرتکب نقض عمدی قانون اساسی یا هر قانون فدرال دیگری شده است، می تواند او را از مقامش عزل نماید. دادگاه قانون اساسی فدرال می تواند پس از اقامه دعوا با صدور دستور موقت وی را از انجام تکالیف ریاست جمهوری منع کند» (Tomuschat and Others, 2020: 51). آئین مربوط به استیضاح رئیس جمهور در قانون دادگاه قانون اساسی آلمان (مواد ۴۹ تا ۵۷) به تفصیل تعیین شده است (Federal Constitutional Court Act, 1993). به موجب ماده ۴۹ قانون مذکور، طرح استیضاح باید فعل یا ترک فعلی را که برای آن رسیدگی به استیضاح شروع می شود، شواهد و حکم قانون اساسی یا قانونی که ادعا می شود نقض شده است مشخص کند. ظاهراً تاکنون استیضاح رئیس جمهور در آلمان در عمل رخ نداده است.

در ایالات متحده آمریکا، کنگره می تواند رئیس جمهور، معاون وی، مقامات عالی رتبه فدرال و قضات را به اتهام خیانت، فساد ارتشا یا دیگر جرایم مهم مورد تعقیب قرار داده و محاکمه نماید (Kaplan, 2015: 33). بخش چهارم از اصل دوم قانون اساسی در این زمینه مقرر کرده است: «رئیس جمهور، معاون رئیس جمهور و کلیه مقامات کشوری پس از اعلام جرم علیه آنان و محکومیت به خاطر ارتکاب (جرم) خیانت، ارتشاء و سایر جرایم شدید و جنحه از کار برکنار می شوند». مجلس نمایندگان بر اساس توصیه کمیسیون قضایی خود با اکثریت آرا هر کدام از مقامات مذکور را متهم نماید. مجلس سنا پس از رسیدگی در جلسه غیر علنی و در صورتی که متهم رئیس جمهور باشد، تحت ریاست رئیس دیوان عالی، رسیدگی و حکم مقتضی صادر می کند. رأی به محکومیت مقام مذکور با اکثریت دوسوم آرا صادر می شود. حداکثر مجازات قابل صدور، عزل از سمت مربوطه و احیاناً محرومیت از مشاغل دولتی است. دادگاه های عمومی نیز پس از عزل محکوم علیه می توانند او را به لحاظ کیفری مورد تعقیب و محاکمه قرار دهند (هریسی نژاد، ۱۳۸۷: ۱۶۱).

۳. چالش ها و ابهامات

با عنایت به مباحث پیش گفته، در این بند به مهم ترین چالش ها و ابهامات پیش رو درخصوص مسئولیت رئیس جمهور در برابر دیوان عالی اشاره خواهد شد.

۳-۱. عدم تصویب قوانین کافی برای اجرایی نمودن مسئولیت رئیس جمهور در برابر دیوان عالی

فصل چهارم قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت های ریاست جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۶۵) تحت عنوان «نحوه رسیدگی به اتهامات و شکایات مربوط به رئیس جمهور» صرفاً دربردارنده یک ماده (ماده ۱۹) است که مقرر کرده: «رسیدگی به اتهامات مربوط به تخلفات در رابطه با وظایف و اختیارات رئیس جمهور در صلاحیت دیوان عالی کشور است و در جرایم عادی

از طریق دادگاه‌های عمومی دادگستری تهران و با اطلاع مجلس صورت می‌گیرد». همچنین به موجب تبصره ماده مذکور، در هرکدام از اتهامات نامبرده رسیدگی مستقیماً به وسیله دادگاه انجام گرفته و دادرسی حق دخالت ندارد.

با عنایت به نواقص نظام حقوقی درخصوص موضوع اصلی این نوشتار، در مواد ۴۰ تا ۴۳ آیین‌نامه وظایف و اختیارات دیوان عالی کشور (مصوب ۱۳۹۹/۷/۲۰ رئیس قوه قضائیه) مقرراتی در ارتباط با نحوه رسیدگی به تخلف رئیس‌جمهور از انجام وظایف قانونی وی پیش‌بینی شده است. به موجب ماده ۴۰ آیین‌نامه فوق، «چنانچه رئیس قوه قضائیه یا هر یک از مراجع نظارتی مذکور در قانون اساسی دلایلی بر وقوع تخلف رئیس‌جمهور از وظایف قانونی داشته باشند، مراتب را در اجرای بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و ماده ۱۹ قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری اسلامی ایران جهت رسیدگی به رئیس دیوان اعلام می‌کنند. رئیس دیوان مراتب را جهت انجام تحقیقات مقدماتی و اعلام نتیجه به دادستان کل کشور اعلام می‌کند. پس از اعلام نتیجه توسط دادستان کل کشور، در صورتی که رئیس دیوان دلایل ارائه شده را کافی بداند، پرونده را جهت رسیدگی در هیئت عمومی وحدت رویه مطرح می‌نماید». شایان ذکر است حق برخورداری از وکیل و تدارک دفاع، نحوه احضار، جمع‌آوری دلایل، اخذ اظهارات شهود و مطلعان، جلب نظر کارشناس در فرایند تحقیقات مطابق مقررات آیین دادرسی است. در مواردی که تحقیقات دادرسی دیوان کامل نباشد، حسب مورد رئیس هیئت مربوط با ذکر دقیق موارد نقص، تکمیل تحقیقات را از دادرسی دیوان می‌خواهد. تحقیقات انجام شده با حضور دادستان کل و دعوت از فردی که تخلف به وی منتسب می‌باشد، در هیئت مربوط که حسب مورد با حضور تعداد اعضای مقرر در قانون نظارت بر رفتار قضات و قانون آیین دادرسی کیفری رسمیت می‌یابد، طرح می‌شود. ابتدا گزارش توسط دادستان کل کشور قرائت و پس از مذاکرات لازم و اخذ دفاعیات مقام مربوط و اعلام ختم رسیدگی، رأی حاضرین هیئت مربوط اخذ می‌گردد. رأی اکثریت حاضر منوط اعتبار است. چنانچه رأی هیئت عمومی مبنی بر تخلف رئیس‌جمهور از وظایف و اختیارات قانونی باشد، رئیس دیوان رأی صادره را برابر بند ۱۰ اصل یک‌صد و دهم قانون اساسی جهت اتخاذ تصمیم مقام معظم رهبری به دفتر معظم‌له ارسال می‌کند (مواد ۴۱ تا ۴۳ آیین‌نامه فوق).

گرچه سعی شده در قالب «آیین‌نامه» مصوب رئیس قوه قضائیه، سازوکار طرح، بررسی و تصمیم‌گیری درخصوص تخلف رئیس‌جمهور از انجام وظایف قانونی وی تا حدودی مشخص شود، لکن به لحاظ حقوقی، احکام مذکور در مواد فوق ماهیت تقنینی داشته و طبعاً در صلاحیت مجلس

است.^۱ البته در صورت صلاحدید مجلس، امکان تصویب آیین نامه اجرایی قانون مربوط توسط رئیس قوه قضائیه منتفی نیست. به نظر می‌رسد دلیل وضع مقررات فوق در قالب آیین نامه، فقدان قوانین اجرایی مناسب درخصوص قسمت نخست بند ۱۰ اصل ۱۱۰ بوده است. باری، درخصوص موازین مقرر در آیین نامه مذکور برخی نکات قابل ذکر است: نخست، هم چنان که از مطالعه تطبیقی نظام های بزرگ حقوقی برمی آید، اساساً مقام یا نهادی که پیشنهادکننده و به نوعی طراح آغاز فرایند رسیدگی به اتهامات رئیس جمهور است، مجلس یا پارلمان به عنوان نمایندگان مردم است؛ این مسئله در پیش نویس قانون اساسی ایران نیز پیش بینی شده بود. درحالی که در آیین نامه موردنظر، دیگر مراجع نیز علاوه بر مجلس واجد چنین اختیاری شده اند. دوم، به نظر می‌رسد پیش بینی آیین دادرسی مشابه با جرایم عادی برای رسیدگی به تخلفات رئیس جمهور هم به دلیل دست کم تفاوت تخلفات با جرایم و هم چنین ماهیت جایگاه و وظایف رئیس جمهور جندان توجیه پذیر نباشد؛ سوم اینکه اشاره به حکم ماده ۲۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری لازم به نظر می‌رسد که به موجب آن، در مواردی که مطابق قانون، تعقیب و رسیدگی به تخلفات مقامات و مسئولان کشوری برعهده دیوان عالی است، اقدامات مقدماتی و انجام تحقیقات لازم توسط دادرای دیوان صورت می‌گیرد.

در قانون آیین نامه داخلی مجلس (در مواد پیش بینی شده برای استیضاح یا سؤال از رئیس جمهور)، امکان ارجاع پرونده تخلف این مقام به قوه قضائیه در نظر گرفته شده است. به موجب بخشی از تبصره ماده ۲۱۱ قانون فوق (اصلاحی ۱۳۹۱/۱۲/۱۹): «چنانچه اکثریت نمایندگان حاضر در جلسه از پاسخ رئیس جمهور به سؤالی قانع نشده باشند و موضوع مورد سؤال، نقض قانون و یا استنکاف از قانون محسوب شود، آن سؤال به قوه قضائیه ارسال می‌شود». هم چنین به موجب ماده ۲۳۴ همان قانون «هرگاه حداقل ده نفر از نمایندگان و یا هرکدام از کمیسیون ها، عدم رعایت شئون و نقض یا استنکاف از اجرای قانون یا اجرای ناقص قانون توسط رئیس جمهور و یا وزیر و یا مسئولین دستگاه های زیر مجموعه آنان را اعلام نمایند، موضوع بلافاصله از طریق هیئت رئیسه جهت رسیدگی به کمیسیون ذی ربط ارجاع می‌گردد. کمیسیون حداکثر ظرف مدت ده روز موضوع را رسیدگی و در صورت وارد بودن با اظهارنظر صریح، گزارش خود را از طریق هیئت رئیسه به مجلس ارائه می‌دهد». به نظر می‌رسد گستره مفهومی عبارت «نقض یا استنکاف از اجرای قانون» می‌تواند شامل تخلف از اجرای وظایف قانونی نیز گردد. در هر شکل هیچ یک از مقررات فوق نتوانستند به پرسش ها و ابهامات

۱. به دلیل مسئولیت رئیس قوه قضائیه در کلیه امور قضایی و اداری قوه، مبادرت به وضع آیین نامه در این خصوص می‌تواند از لوازم عقلی چنین مسئولیتی تلقی شود (تنگستانی: ۱۳۹۹: ۱۳).

مطرح در این زمینه ازجمله ابهام در مفهوم و گستره مصداقی «تخلف از اجرای وظایف قانونی» پاسخ مناسب بدهند.

۲-۳. اطلاق حکم قانون اساسی درخصوص تخلف رئیس‌جمهور از انجام وظایف قانونی و گستردگی مصادیق آن

با توجه به اصلاحاتی که در جریان تصویب قانون اساسی بر متن پیش‌نویس آن اعمال شده، در وضعیت فعلی ظاهراً هرگونه تخلف رئیس‌جمهور از انجام وظایف قانونی وی، قابل‌رسیدگی در دیوان‌عالی است. در این زمینه ذکر نکاتی لازم به‌نظر می‌رسد: نخست آنکه اطلاق تخلف ظاهراً شامل هرگونه نقض، عدم رعایت و عدم اجرای کامل، به‌موقع و مؤثر وظایف رئیس‌جمهور است و همان‌طور که برخی نویسندگان نیز تأکید کرده‌اند (درویش‌وند، ۱۳۹۴: ۱۸)، ملازمتی با وقوع جرم ندارد (مهرپور، ۱۳۸۷: ۳۰۴)؛ دوم آنکه اطلاق وظایف قانونی شامل هر تکلیفی که قانون‌گذار اساسی یا سایر مراجع ذیصلاح همچون مجلس، انجام آن را برعهده رئیس‌جمهور گذاشته‌اند. فلذا محدود به وظایف مذکور در قانون اساسی نمی‌شود؛ سوم آنکه سبک یا سنگین بودن تخلف، عمدی یا سهوی بودن و نیز تعدد در ارتکاب آن، برای رسیدگی به موضوع در دیوان‌عالی، شرط نیست؛ چهارم آنکه شامل هر تخلفی که توسط رئیس‌جمهور ارتکاب می‌یابد، نمی‌شود. بلکه باید ناظر بر یکی از وظایف قانونی رئیس‌جمهور بر اساس موقعیت سیاسی وی^۱ باشد؛ پنجم آنکه طرح مسئولیت فوق لزوماً نباید مستند به احراز تخلف رئیس‌جمهور توسط سایر مراجع ذیصلاح باشد.

۳-۳. ابهام در حدود صلاحیت دیوان‌عالی و سایر مراجع قضایی در اجرای مسئولیت فوق

در نظام حقوقی فعلی، حدود صلاحیت دیوان‌عالی و دادگاه‌های عمومی دادگستری و نیز دادگاه ویژه روحانیت در صورت روحانی‌بودن رئیس‌جمهور در بررسی تخلفات یا جرایم وی چندان مشخص نیست؛ چه آنکه متصور است که تخلف رئیس‌جمهور از وظایف قانونی‌اش مصداق یکی از جرایم عادی نیز باشد. هرچند شورای نگهبان در نظریه تفسیری ۱۰۸۷۰ مورخ ۱۳۶۵/۱۲/۲۹ در پاسخ به استفساریه شورای عالی قضایی درخصوص اصل ۱۴۰ قانون اساسی^۲ (پیش از بازنگری) و در پاسخ به این پرسش که «از نظر حد و حدود جرایم عادی مذکور در اصل مزبور با تصریح به این‌که جرایم ارتكابی وزرا حین انجام‌وظیفه یا به سبب آن‌هم عنوان جرایم عادی را دارد یا خیر؟» بیان

۱. برخی نویسندگان تخلف رئیس‌جمهور (مذکور در بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی) را ماهیتاً سیاسی دانسته و لزوم تشکیل هیئت‌منصفه در هیئت‌عمومی دیوان‌عالی را یادآور شده‌اند (عمید زنجانی، ۱۳۹۷: ۳۰۹).

۲. رسیدگی به اتهام رئیس‌جمهور و نخست‌وزیر و وزیران در مورد جرائم عادی با اطلاع مجلس شورای ملی در دادگاه‌های عمومی دادگستری انجام می‌شود.

داشته است: «مفاد اصل یک‌صد و چهل و یکم قانون اساسی روشن است و نیازی به تفسیر ندارد و ارتکاب جرم در حین یا به سبب انجام وظیفه، وصف عادی بودن آن را از میان نمی‌برد و همان طور که در نظر مشورتی اداره حقوقی دادگستری آمده، رسیدگی به جرایم عادی (نه سیاسی، نظامی، مطبوعاتی...) ارتكابی رئیس‌جمهور، نخست‌وزیر و وزرا چه در حین یا به سبب انجام وظیفه باشد یا نباشد، با اطلاع مجلس شورای اسلامی در دادگاه‌های عمومی دادگستری انجام می‌شود» (صالحی، ۱۳۹۶: ۵). به نظر می‌رسد نظریه تفسیری مذکور می‌تواند تا اندازه‌ای برای رفع ابهام از عبارت «تخلف از وظایف قانونی» راهگشا باشد. در واقع مستنبط از نظر شورای نگهبان، بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی محدود به تخطی از وظایف قانونی به نحوی است که واجد عنوان مجرمانه نباشد.

پاسخ این پرسش که آیا نتیجه رسیدگی دیوان‌عالی، صرفاً احراز تخلف است یا اعمال ضمانت اجرای قانونی مربوط نیز در صلاحیت دیوان است، به نحو روشنی ارائه نشده است. همچنین در فرضی که رسیدگی دیوان‌عالی متعاقب رسیدگی و صدور حکم توسط دادگاه‌های عمومی دادگستری باشد؛ به نحوی که دادنامه قطعی دادگاه عمومی به لحاظ موضوعی، مرتبط یا مؤثر در نحوه و نتیجه رسیدگی دیوان‌عالی باشد، تکلیف موضوع مشخص نیست. همچنین قانون اساسی حکمی در مورد رکن رسیدگی‌کننده به پرونده فوق پیش‌بینی نکرده است (رسیدگی توسط رئیس دیوان، یکی از شعب، هیئت عمومی یا...). گرچه آیین‌نامه وظایف و اختیارات دیوان‌عالی، انجام این مهم را در صلاحیت هیئت عمومی گذاشته است؛ صرف‌نظر از نکات حقوقی مربوط به صلاحیت واضح آیین‌نامه فوق، تناسب رسیدگی فوق با هیئت عمومی چندان روشن نیست. در هر شکل بر مبنای قوانین و مقررات موجود، رسیدگی به جرایم و تخلفات رئیس‌جمهور از چهارچوبی روشن و منسجم تبعیت نمی‌کند؛ بر این مبنای به نظر می‌رسد رسیدگی به تخلفات فاقد وصف مجرمانه با هر شدت و ضعفی در صلاحیت دیوان‌عالی است؛ تخلفات واجد وصف مجرمانه و هرگونه جرایم عادی (در حین انجام وظیفه و به سبب آن و یا غیر از آن) در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است و به جرایم سیاسی و امنیتی وی مطابق الزامات اصل ۱۶۸ قانون اساسی و قانون جرم سیاسی و قانون آیین دادرسی کیفری رسیدگی می‌شود؛ اما در عمل تشخیص مصادیق هریک از موارد فوق و تعیین محکمه صالح با دشواری روبه‌روست. برای مثال، در سال ۱۳۹۲ شعبه ۷۶ دادگاه کیفری استان تهران رئیس‌جمهور وقت را بر اساس اصل ۱۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۹ قانون تعیین وظایف، اختیارات و مسئولیت‌های رئیس‌جمهور و بر مبنای شکایت مجلس (کمیسیون اصل ۹۰) و هم‌چنین شکایت شخصی حقیقی به دادگاه احضار کرد. با وجود آنکه ظاهراً برخی اتهامات وی ناشی از تخلف از وظایف قانونی بوده است (گزارش شکایت از محمود احمدی‌نژاد، پایگاه خبری اختبار، ۱۳۹۲/۰۳/۲۷)؛ اما بنابر

اظهارات سخنگوی وقت قوه قضائیه «این پرونده در دادگستری مطرح شد و اختلاف نظر بین مواد قانونی اصل ۱۴۰ قانون اساسی بود که پرونده بعد از کش و قوس‌ها که کدام یک از اتهام‌ها جرم عادی است و باید در دادگستری رسیدگی شود و کدام یک تخلف از وظایف است که باید در دیوان عالی کشور رسیدگی شود، مورد بررسی قرار گرفت» (روایتی از احضار «محمود احمدی‌نژاد» به دادگاه، پایگاه خبری ایسنا، ۱۳۹۲/۰۹/۲). پایگاه اطلاع‌رسانی دولت نیز با انتقاد از این احضار به معتقد بوده است «بر اساس بند ده اصل ۱۱۰ قانون اساسی تصریح شده است که رسیدگی به تخلف رئیس‌جمهور از وظایف قانونی به عهده دیوان عالی کشور است. شایان ذکر است دادگاه‌های کیفری وظیفه و صلاحیت رسیدگی به شکایاتی که موضوع و ماهیت آن‌ها حقوقی است را ندارند» (پایگاه خبری قدس آنلاین، ۱۳۹۲/۰۳/۲۷). نمونه مذکور حاکی از گونه‌ای ابهام و آشفتگی در نظام حقوقی ایران در تشخیص مصادیق تخلفات قابل رسیدگی در دیوان عالی است.

۴-۳. متروک بودن اجرای قسمت نخست بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی

حسب اطلاعات موجود، تاکنون رویه چندانی درخصوص مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر دیوان عالی به علت تخلف وی از انجام وظایف قانونی وی که منتهی به صدور رأی محکومیت شده باشد، ملاحظه نگردید. با عنایت به سپری شدن بیش از چهار دهه از تصویب قانون اساسی، به نظر نمی‌رسد پاسخ پرسش مربوط به چرایی فقدان رویه در این زمینه، عدم تخلف رؤسای جمهور از انجام وظایف قانونی مربوط بوده باشد. متروک بودن اجرای حکم فوق پیامد منفی چالش‌هایی است که پیش‌تر بدان اشاره شد و بدین ترتیب در عرض سایر چالش‌ها نیست لکن به جهت اهمیت به صورت مستقل تبیین می‌شود.

حسب اطلاعات موجود، در فروردین ماه سال ۱۴۰۰ گروهی از پیروان اهل سنت^۱ شکایتی را از رئیس‌جمهور وقت به دلیل عدم پایبندی به اجرای بیانیه حقوق اقوام، ادیان و مذاهب که به عنوان یکی از برنامه‌های این مقام وعده داده شده بود، مستند به اصول ۳، ۱۲، ۱۳، ۱۵، ۱۹ و ۲۲ قانون اساسی در دیوان عالی ثبت کردند. ظاهراً دیوان عالی با استناد به ماده ۴۰ آیین‌نامه وظایف و اختیارات دیوان، با اعلام این که رسیدگی به پرونده‌های مرتبط به تخلفات رؤسای جمهور منوط به ارائه دلایل وقوع تخلف از وظایف قانونی است، شکایت مذکور را رد کرده است (سرگذشت یک شکوائیه، ۱۴۰۰/۰۲/۳۰).

۱. برخی، امکان شکایت از رئیس‌جمهور در دیوان عالی را از باب مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر ملت (موضوع اصل ۱۲۲ قانون اساسی) و یکی از راهکارهای اجرایی آن قلمداد کرده‌اند (نجفی اسفاد و محسنی، ۱۳۸۴: ۳۲۸).

۴. راهکارها

متناظر با مبانی ایرادهای حقوقی و فراحقوقی موجود دربارهٔ صلاحیت دیوان عالی در رسیدگی به تخلفات رئیس جمهور، راهکارهای پیش رو نیز در دو سطح قانون اساسی موجود و فراتر از آن قابل ارائه است.

۴-۱. اصلاح قانون اساسی و تعدیل مسئولیت رئیس جمهور در برابر دیوان عالی

بررسی سیر تصویب قانون اساسی و مقررات مشابه در نظام‌های حقوقی مورد اقتباس، در کنار واکاوی تحلیلی چالش‌های موجود در اجرای قسمت نخست بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، بر لزوم اصلاح بند مذکور تأکید دارد. گرچه اجرایی کردن این بند، با توجه به فرایند پیش‌بینی شده برای اصلاح قانون اساسی، در کوتاه مدت و حتی میان مدت نیز چندان واقع بینانه به نظر نمی‌رسد، لکن با نگاهی کلان و بلندمدت، اقتضا دارد معایب و کاستی‌های قانون اساسی موجود، شناسایی و پیشنهاد‌های مشخصی برای احکام جایگزین آن‌ها ارائه گردد.

درخصوص موضوع این نوشتار، نکات زیر قابل ذکر است: نخست آنکه بند ۱۰ اصل ۱۱۰ با اعمال تغییراتی نسبت به مقررات مشابه در سایر نظام‌های حقوقی به گونه‌ای به تصویب رسیده که اجرای آن را به خصوص به دلیل اطلاق آن با مشکل مواجه کرده است. گرچه باید اذعان داشت در وضعیت کنونی، شرایط به نحوی نیست که اساساً امکان اجرای بند مزبور وجود نداشته باشد. با بررسی مقررات نظام‌های حقوقی پیشرو، حکمی مشابه قسمت نخست بند ۱۰ اصل ۱۱۰ ملاحظه نگردید. در موارد مشابه، مرجع قضایی یا سیاسی مربوط، نوعاً در صورت ارتکاب تخلفات یا جرایم سنگین مرتبط با انجام وظایف رئیس جمهور، صلاحیت رسیدگی به آن را دارند؛ دوم آنکه در نظام حقوقی فعلی مطابق صلاحیت معمول در سایر نظام‌های حقوقی - سیاسی، مجلس صلاحیت استیضاح رئیس جمهور را از جمله به دلیل تخلف از انجام وظایف قانونی (به صورت کلی) دارد. به ویژه آنکه در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، قید سیاسی از اصطلاح عدم کفایت حذف شد و به این ترتیب عدم کفایت واجد اطلاق مفهومی و مصداقی گشت (مقدسین و گرجی ازندریانی، ۱۳۹۹: ۲۲). تشخیص عدم کفایت رئیس جمهور در این موارد، با مجلس است. با وجود این و با عنایت به امکان تأثیرگذاری مناسبات سیاسی در عدم استیضاح رئیس جمهور، قانون‌گذار اساسی به درستی صلاحیت دیوان عالی برای رسیدگی به تخلفات مقام مذکور را شناسایی کرده است، اما اطلاق صلاحیت مزبور، در عمل موجب نیت‌خوانی‌های متعدد از سوی صاحب نظران و نویسندگان شده است؛ به گونه‌ای که جملگی در صدد مقید نمودن تخلفات مذکور به برخی وظایف رئیس جمهور و کاستن از اطلاق آن هستند. اصلح آن است که قانون‌گذار مؤسس با اصلاح بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون

اساسی و با عنایت به ملاحظات فوق، مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر دیوان‌عالی را محدود به ارتکاب برخی از تخلفات نماید؛ نظیر تخلفاتی که ارتکاب آن با تداوم فعالیت رئیس‌جمهور در این منصب خطیر منافات داشته باشد. هرچند ممکن است این استدلال نیز قابل توجه به نظر برسد که با حذف قید «سیاسی» از «عدم‌کفایت» در بازنگری قانون اساسی و بسط حوزه نظارت مجلس بر عملکرد رئیس‌جمهور، اساساً ابقای صلاحیت دیوان عالی در نظارت بر عملکرد این مقام محل تردید واقع شود؛ چه آنکه در نمونه‌های موردبررسی و خاصه فرانسه نیز سازوکار نظارت بر رئیس‌جمهور به‌طورکلی از یک مجرا (اصل ۶۸ قانون اساسی) اعمال می‌شود و چنین امری برای تأمین شرایط امنیت لازم جهت کاربست وظایف و اختیارات رئیس‌جمهوری ضروری قلمداد شده است؛ بنابراین در صورتی که جهات استیضاح رئیس‌جمهور از جمله شامل تخلف قانونی و یا نقض قوانین و مقررات باشد، پس از رأی به عدم‌کفایت از سوی مجلس و تأیید رهبری، اتهامات مربوطه قابل پیگرد در دادگستری خواهند بود. باوجوداین، حکمرانی مبتنی بر حاکمیت واقعی قانون بایسته آن است که در عین پیش‌بینی ابزارهای لازم برای اعمال صلاحیت از سوی مقامات عالی سیاسی و اداری، مجاری نظارت‌پذیری اقدامات آنان نیز به‌صورت اصولی بسط یافته تا اطمینان‌خاطر از حکومت قانون بر شئون مختلف حکمرانی حاصل شود؛ چنین ضرورتی در کنار فرهنگ قانون‌گرایی در کشورمان، توجیه‌گر ابقای صلاحیت دیوان عالی در این زمینه با انجام اصلاحات مقتضی است.

بر مبنای گزاره‌های پیش‌گفته بند مذکور می‌تواند به ترتیب زیر اصلاح شود:

بند ۱۰- عزل رئیس‌جمهور با در نظر گرفتن مصالح کشور پس از: الف - حکم دیوان‌عالی کشور مبنی بر نقض قوانین و مقررات از سوی رئیس‌جمهور به‌گونه‌ای که مانع ادامه تصدی سمت ریاست‌جمهوری توسط وی گردد؛ ب - رأی مجلس شورای اسلامی به عدم‌کفایت وی بر اساس اصل ۸۹. نحوه اجرای این بند توسط قانون مشخص می‌شود.

۲-۴. تصویب قوانین لازم به‌منظور اجرایی کردن مسئولیت فوق

به‌رغم تصویب آیین‌نامه وظایف و اختیارات دیوان‌عالی، با عنایت به ماهیت تقنینی احکام مربوط به نحوه رسیدگی به تخلفات رئیس‌جمهور در دیوان مزبور، اقتضا دارد تا زمان تحقق اصلاح قانون اساسی، احکام مناسب برای اجرای قسمت نخست بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی با تفصیل لازم در انتهای قانون تعیین حدود وظایف، اختیارات و مسئولیت‌های ریاست‌جمهوری اسلامی ایران اضافه شود. ضروری است در قانون موردنظر به‌روشنی معیار(های) تخلفات قابل رسیدگی از سوی دیوان عالی با توجه به آنکه نتیجه رسیدگی می‌تواند منتهی به عزل رئیس‌جمهور شود، سازوکار ارجاع تخلفات به دیوان عالی کشور و نحوه رسیدگی به تخلف و صدور حکم روشن گردد. ازجمله در

تدوین قانون موردنظر می‌توان پیشنهادهای زیر را مدنظر قرار داد:

الف) طرح اتهام بر مبنای تخلفات فوق در دیوان عالی کشور در صورتی امکان‌پذیر است که از سوی مراجع زیر ارائه گردد: ۱- مجلس شورای اسلامی (با تصویب اکثریت مطلق اعضای آن)؛ ۲- مجمع تشخیص مصلحت نظام (با تصویب اکثریت دوسوم اعضای آن)؛ ۳- رئیس قوه قضائیه (بنا به پیشنهاد دادستان کل کشور).

ب) پس از وصول درخواست بررسی اتهام به دیوان عالی، به دستور رئیس دیوان هیئت عمومی ویژه رسیدگی به تخلفات رئیس جمهور تشکیل می‌شود؛ هیئت مذکور به ریاست رئیس دیوان و با حضور معاون اول قضایی دیوان، دادستان کل کشور و تمامی رؤسای شعب دیوان تشکیل می‌گردد. رئیس جمهور در صورتی به تخلف از وظایف قانونی محکوم می‌شود که اکثریت مطلق اعضای هیئت ویژه رأی به محکومیت وی دهند. در این صورت مراتب جهت اجرای بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی به رهبری اعلام خواهد شد. نحوه تشکیل جلسات هیئت مذکور، نحوه انجام تحقیقات درخصوص تخلفات انتسابی و دیگر موارد مربوط در آیین‌نامه مصوب رئیس قوه قضائیه تعیین تکلیف می‌شود. گرچه رسیدگی دادگاه‌های عمومی دادگستری، محدود به جرایم عادی رئیس جمهور شده است، لکن به نظر می‌رسد لازم باشد حدود صلاحیت دو مرجع فوق به‌نحو روشن مشخص گردد. توضیح آنکه در مقابل جرایم عادی، معمولاً جرایم سیاسی مطرح می‌شود (فخر، ۱۴۰۰: ۱۰۲) و نه لزوماً جرایمی که رئیس جمهور در اجرای وظایف قانونی وی مرتکب می‌شود. ای‌بسا برخی از جرایم عادی رئیس جمهور، به‌عنوان تخلف نیز قابل پیگیری در دیوان عالی کشور باشد.

نتیجه

اجرای کامل و مؤثر مفاد اصول قانون اساسی مستلزم ایجاد و تکمیل نظام حقوقی مقتضی، ایجاد ساختارهای نهادی لازم و تکوین رویه‌های قانونی مربوط است. به‌رغم سپری شدن بیش از چهار دهه از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۵۸، اصلاحی ۱۳۶۸)، تاکنون نظام حقوقی کاملی برای اجرای مسئولیت رئیس جمهور در برابر دیوان عالی کشور (موضوع قسمت نخست بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی) طراحی و اجرا نشده است؛ هم‌چنین تاکنون مطالعات پژوهشی جامعی درخصوص حکم فوق انجام نشده است.

در وضعیت کنونی، چالش‌های متعددی در زمینه مسئولیت رئیس جمهور در برابر دیوان عالی وجود دارد که ازجمله می‌توان به عدم تصویب مقررات قانونی جامع در اجرای مسئولیت مزبور، اطلاق حکم قسمت نخست بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و گستردگی مصادیق آن، ابهام در حدود صلاحیت دیوان عالی کشور و سایر مراجع ذی‌صلاح درخصوص موضوع فوق و متروک‌بودن اجرای

حکم مزبور اشاره کرد. گرچه مقرراتی در آیین‌نامه وظایف و اختیارات دیوان‌عالی کشور (مصوب ۱۳۹۹/۷/۲۰ رئیس‌قوة قضائیه) به‌منظور تبیین نظام حقوقی حاکم بر نحوه اجرای بند ۱۰ اصل ۱۱۰ وضع شده است، لکن صرف‌نظر از ایرادهای ماهوی، به‌دلیل ماهیت تقنینی احکام مزبور، اقدام اخیر در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است.

ضمن اذعان به بومی‌بودن نظام حقوق اساسی هر کشور، بهره‌گیری از تجربیات دیگر نظام‌های حقوقی (به‌ویژه کشورهای دارای نظام حقوقی پیشرو) در ارزیابی نظام حقوقی کنونی، نقش بی‌بدیلی دارد. گرچه باید تأکید کرد آموزه‌های مطرح‌شده درخصوص سازمان‌دهی نهادهای حکومتی غالباً برگرفته از مقررات سایر کشورها بوده و جز در مورد برخی قوا و نهادهای حکومتی، شاکله اصلی آن با توجه به الگوهای کلی نظام‌های حقوقی سیاسی پیشرو تنظیم می‌شود. ملاحظه بسیار مهم در این زمینه، حفظ انسجام مقررات نظام حقوقی در کل می‌باشد؛ موضوعی که در جریان تهیه و تدوین قانون سازمان‌دهنده (ارگانیکی) مربوط باید به‌نحو مقتضی موردتوجه قرار گیرد.

با عنایت به یافته‌های پژوهش حاضر، در پاسخ به چالش‌های پیش‌روی مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر دیوان‌عالی، راهکارهای کوتاه‌مدت و بلندمدتی قابل‌ارائه است که به‌ترتیب شامل تصویب احکام قانونی لازم برای اجرای مسئولیت مزبور (الحاق به انتهای قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست‌جمهوری اسلامی ایران) و اصلاح قانون اساسی می‌شود. درخصوص مورد نخست، اقتضا دارد مقامات و مراجع ذیصلاح برای طرح دعوا در دیوان‌عالی، رکن ذیصلاح در رسیدگی، آیین رسیدگی، سازوکار انجام تحقیقات، نسبت صلاحیت دیوان‌عالی با سایر مراجع ذیصلاح قضایی و تأثیر و تأثر نتیجه رسیدگی آن‌ها بر یکدیگر، به‌نحو مشخص تعیین تکلیف شود. درخصوص راهکار بلندمدت ضمن تأکید بر لزوم حفظ مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر دیوان‌عالی ازجمله به دلیل لزوم رفع ایراد ناشی از امکان تأثیرگذاری روابط و ملاحظات سیاسی در طرح استیضاح مقام مذکور در مجلس شورای اسلامی، با عنایت به تجارب اخیر سایر کشورهای موردبررسی در این پژوهش، تعدیل اطلاق حکم قسمت نخست بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی ضروری به‌نظر می‌رسد؛ به‌نحوی که مقام مذکور صرفاً درخصوص آن دسته از تخلفاتی (به‌معنای عام) در برابر دیوان‌عالی کشور مسئولیت داشته باشد که ادامه تصدی منصب خطیر مذکور را با چالش جدی مواجه کند. مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر هرگونه تخلف از انجام هر یک از وظایف قانونی وی، موجه و قابل دفاع نیست؛ موضوعی که در پیش‌نویس قانون اساسی نیز موردتوجه قرار گرفته بود. درهرحال، اقتضا دارد به‌موجب قانون عادی، موارد مذکور در بند فوق (نحوه طرح دعوا، مراجع و مقامات ذیصلاح برای طرح دعوا و ...) به‌صورت صریح تعیین تکلیف شود.

منابع

فارسی

- تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۹)، «تأملی بر ابعاد حقوقی و سیاستی لوایح قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- جاوید، محمدجواد و زین العابدین یزدان‌پناه (۱۴۰۰)، «عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران به مثابه نوعی هستی اجتماعی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶.
- درویش‌وند، ابوالفضل (۱۳۹۴)، «شرح بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۴۰۰۸۲.
- رستمی، ولی و احمد رنجبر (۱۳۹۱)، «جایگاه و نقش رئیس‌جمهور در نظام‌های مختلف جمهوری»، حقوق تطبیقی، دوره ۹ (۱۹)، شماره ۱ (۹۷).
- روایتی از احضار محمود احمدی‌نژاد به دادگاه، (۱۳۹۲/۰۹/۲)، پایگاه خبری ایسنا، تاریخ مراجعه (۱۴۰۰/۱۱/۱۳) <https://www.isna.ir/news/92090201021>
- سرگذشت یک شکوائیه، تاریخ مراجعه (۱۴۰۰/۱۱/۱۰) قابل دسترسی در: <https://www.etemadonline.com/fa/tiny/news-487737>
- شعبانی، قاسم (۱۳۷۳)، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران: اطلاعات.
- صالحی، محمد (۱۳۹۶)، «اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان اصل یک‌صد و چهلم»، گزارش پژوهشی پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۶۰۰۷۱.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه سی‌ودوم تا پنجاهم، (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰)، حقوق اساسی، چاپ چهاردهم، تهران: میزان.
- عدل، مصطفی (منصورالسلطنه) (۱۳۸۹)، حقوق اساسی یا اصول مشروطیت، به اهتمام علی اصغر حق‌دار، چاپ اول، تهران: چشمه.
- عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۹۷)، حقوق اساسی: شامل حقوق اساسی یک (مبانی)، حقوق اساسی دو (ساختار حکومت و نهادهای اساسی و حقوق اساسی سه (مردم و حکومت)، چاپ اول، تهران: خرسندی.
- فاوورو، لویی (۱۳۸۸)، دادگاه‌های قانون اساسی، برگردان علی اکبر گرجی‌ازندریانی، چاپ اول، تهران: میزان.
- فخر، حسین (۱۴۰۰)، «جستاری انتقادی در رسیدگی به اتهامات مقامات عالی اجرایی در ایران»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست‌وهشتم، شماره ۱۰۸.
- قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ دوازدهم، تهران: میزان.
- گزارش شکایت از محمود احمدی‌نژاد (۱۳۹۲/۰۳/۲۷)، پایگاه خبری اختیاب، تاریخ مراجعه (۱۴۰۰/۱۱/۱۳) قابل دسترسی در: <https://www.ekhtabar.com/?p=3861>

- مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره دوم، اجلاسیه دوم، جلسه دویست و شصت و هفتم، ۱۳۶۵/۰۲/۱۴، شماره روزنامه رسمی ۱۲۰۱۹.
- مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره دوم، اجلاسیه دوم، جلسه دویست و شصت و هشتم، ۱۳۶۵/۰۲/۱۶، شماره روزنامه رسمی ۱۲۰۲۰.
- مقدسین، حمیدرضا و علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی (۱۳۹۹)، «مفهوم‌شناسی عدم‌کفایت رئیس‌جمهور و چگونگی احراز آن در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره بیست و دوم، شماره ۶۸.
- مهرپور، حسین (۱۳۸۷)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران: دادگستر.
- نجفی‌اسفاد، مرتضی و فرید محسنی (۱۳۸۴)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، تهران: انتشارات بین‌المللی الهدی.
- وکیلان، حسن (۱۳۹۲)، «ویژگی‌ها و معیارهای ارزیابی نظام‌های حکومتی (مطالعه تطبیقی نظام‌های پارلمانی، ریاستی و مختلط)» گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۳۲۱۴.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۰)، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، چاپ اول، تهران: میزان.
- هریسی‌نژاد، کمال‌الدین (۱۳۸۷)، حقوق اساسی تطبیقی، چاپ اول، تبریز: آیدین.

انگلیسی

- Baranger, Denis (2019), French Constitutional Law. In R. Masterman, Roger & Robert Schütze (Eds.), **The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law** (pp. 92-112). Cambridge: Cambridge University Press.
- Dyzenhaus, David (2012), States of Emergency, In Rosenfeld, Michel & András Sajó (Eds.), **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law** (pp.442-466). Oxford: Oxford University Press.
- **Federal Constitutional Court Act** in the version of 11 August 1993 (Federal Law Gazette I p. 1473), last amended by Article 2 of the Act of 8 October 2017 (Federal Law Gazette I p. 3546), available at: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (last visited on 02/02/ 2022).
- **France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008**, available at: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en (last visited on 01/30/ 2022).
- Halder, Debarati (2007), Impeachment Provisions (2007) in the French Constitution: Cutting the Wings of the most powerful President? **Murdoch University Electronic Journal of Law**, Vol. 14, No. 2
- Kaplan, Diane (2015), **An Introduction to the American Legal System, Government, and Constitution**, New York: New York
- Tomuschat, Christian and Others (Translator) (2020), **Basic Law for the Federal Republic of Germany**, Available at: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (last visited on 02/04/ 2022).
- Trope, Michel (2021), Constitutional Law, In Bermann, George & Etienne Picard (Eds.), **Introduction to French Law** (pp.1-34). Netherlands: Kluwer Law International

فرانسه

- Cazals, Marie (2007), La Ve République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958, **Revue française de Droit constitutionnel**, 71. Article disponible en ligne à l'adresse:
<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2007-3-page-451.htm>
- HYEST, Jean-Jacques (2007), Projet de loi constitutionnelle portant modification du titre IX de la Constitution, RAPPORT: au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi constitutionnelle, ADOPTE PAR L'ASSEMBLEENATIONALE, portant modification du titre IX de la Constitution, disponible en ligne à l'adresse:
<https://www.senat.fr/rap/106-194/106-1941.pdf> (dernière visite le 02/05/2022)
- LOI organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution, disponible en ligne à l'adresse:
<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000029796562/> (dernière visite le 01/29/2022).

تحلیل مبانی و چالش‌های تأمین مالی دعوا و تبیین رهیافت‌هایی نوین برای حقوق ایران

محمدحسین وکیل‌ی مقدم*

چکیده

فرض رایج بر این است که هزینه طرح دعوا و دادرسی از سوی طرفین فراهم می‌شود. اما افزایش هزینه‌های دادرسی، لزوم مدیریت ریسک طرح دعاوی در کنار منفعت طلبی و کسب سود موجب بروز و رواج سرمایه‌گذاری در دادرسی نیز شده است. به موجب این فرایند که «تأمین مالی دعوا» نامیده می‌شود، بدون واگذاری حق یا انتقال دعوا، شخص ثالث هزینه‌های دادرسی را پرداخت می‌کند تا در صورت پیروزی تأمین شده در دعوا، سود مقرر را از او دریافت نماید. علی‌رغم وجود مزایایی برای این روش، نگرانی‌هایی نیز در مورد تبعات نامطلوب آن بر دادرسی مطرح شده است. این مقاله با مطالعه‌ای تطبیقی ماهیت این نهاد حقوقی را مورد بررسی قرار داده و با تحلیل در مورد مبانی توجیهی و آثار تأمین مالی دعوا در پی پاسخ به این سؤال است که منطبق با قوانین آیین دادرسی ایران، آیا ماهیت این نهاد حقوقی معتبر است یا خیر؟ و چگونه می‌توان از مزایای آن بهره‌مند شد و تبعات منفی آن را کاهش داد؟ آنچه می‌توان پذیرفت اینکه تأمین مالی دعوا معتبر است و استفاده از آن مزایایی برای نظام حقوقی ایران در پی خواهد داشت اما در راستای مدیریت صحیح آن ضروری است قانون‌گذار تا قبل از رواج گسترده این نهاد حقوقی در ایران، با استفاده از تجربیات سایر نظام‌های حقوقی، اقدام به تنظیم‌گری و ضابطه‌مند کردن آن کند.

واژگان کلیدی: هزینه دادرسی، سرمایه‌گذاری در دعوا، قرارداد تأمین مالی، مدیریت ریسک دعوا

مقدمه

پرداخت هزینه‌های دادرسی در زمان طرح دعوا با خواهان است. همچنان‌که خواننده نیز باید هزینه‌های بهره‌مندی از خدمات قضایی را پرداخت نماید. به شکل معمول چنین فرض می‌شود که طرفین دعوا خود هزینه دعوا را فراهم می‌آورند.^۱ به همین علت در قانون و مباحث حقوق آیین دادرسی در ایران احتمال اینکه خواهان و خوانده اقدام به تأمین مالی دعوا نموده و با استفاده از توان مالی شخصی دیگر یا شرکت تجاری هزینه لازم برای طرح دعوا را فراهم آورند، مورد توجه قرار نگرفته است. این در حالی است که سودآوری و ایجاد مزایای حقوقی موجب شده این شیوه به‌عنوان یک روش مرسوم در سایر کشورها، به‌ویژه در نظام حقوقی کامن‌لا مورد ارزیابی و تحلیل واقع شود. «تأمین مالی»^۲ به معنی فرایند مدیریت سرمایه یا اعتبار است که به شکل فراهم کردن هزینه مالی اقداماتی خاص به قصد تحصیل سود و منفعت مالی صورت می‌گیرد (Garner, 2009: 706). استفاده از این ابزار در دادرسی و طرح دعوا نیز رو به فزونی است. توجه بهنگام قانون‌گذاران و ارائه تحلیل‌های همه‌جانبه از این مفهوم می‌تواند از ابهامات آن کاسته و زمینه بهره‌مندی متناسب از آن را فراهم آورد.

ابهامات و چالش‌های حاصل از تأمین مالی دعوا که ممکن است دادرسی عادلانه را مخدوش نموده یا منجر به طولانی شدن غیرموجه روند رسیدگی شود، بررسی تفصیلی ماهیت و ضوابط احتمالی آن را ضروری می‌نماید. به‌ویژه به‌واسطه فقدان اطلاعات لازم مشخص نیست در نظام حقوقی ایران آیا از این نهاد حقوقی استفاده می‌شود؟ و در صورت استفاده از آن دادگاه چه موضعی در قبال آن خواهد داشت؟

در حقوق ایران تأمین مالی دعوا به شکل مستقل چندان مورد بررسی قرار نگرفته است. نمونه‌های محدود در این زمینه به بحث تأمین هزینه‌های داوری اختصاص یافته‌اند (نژندی‌منش و بذار، ۱۴۰۰: ۱۲۹) و بدون ارائه تحلیل جامع از ماهیت به تبیین مزایا، ایرادات و یا تنها جنبه‌هایی خاص از این نهاد حقوقی، مانند بررسی الزام طرفین دعوا به افشای تأمین هزینه‌ها از سوی ثالث پرداخته‌اند (شیروی و انصاری، ۱۳۹۸: ۲۲۳). در برخی از مطالعات هم به چالش‌های استفاده از تأمین مالی برای نظام قضایی تمرکز شده است (شمس و دواشی، ۱۴۰۰: ۶۴). افزون بر این، در هیچ‌یک از مطالعات صورت‌گرفته تأمین مالی به‌عنوان یک ابزار مدیریت ریسک مورد توجه قرار نگرفته در نتیجه الگوها و متغیرهای اقتصادی مرتبط به آن ارزیابی نشده است.

این مقاله تلاش می‌نماید با مطالعه ضوابط قانونی و تحلیل‌های حقوقی، ابتدا ماهیت تأمین مالی

1. Self-Funding
2. Finance

دعا مورد ارزیابی قرار گیرد سپس با تبیین مزایا و چالش‌های آن مبانی و توجهیات استفاده از آن مشخص شود. در پایان ضمن انطباق‌سنجی استفاده از تأمین مالی دعا با مبانی و ضوابط نظام حقوقی ایران، اعتبار این روش طبق قانون آیین دادرسی مدنی و اصول حقوقی ارزیابی شده و پیشنهادات قابل اعمال در ایران نیز ارائه می‌گردد.

۱. مفهوم تأمین مالی دعا و علل استفاده از آن

«تأمین مالی دعا»^۱ نوع خاصی از اقسام تأمین مالی است که بر اساس آن شخص ثالث به قصد کسب سود، اقدام به سرمایه‌گذاری از طریق فراهم آوردن منابع مالی لازم جهت طرح دعا یا ارائه دفاع در آن می‌نماید. اعم از اینکه به شکل کامل یا جزئی، یا به صورت یک‌باره یا به دفعات هزینه‌های دادرسی تأمین شود تا در ازای آن در صورت پیروزی متقاضی تأمین در دعا، اجرت و سود مورد توافق را دریافت نماید (Veljanovski, 2012: 402). در این روش بازپرداخت، نه به میزان سرمایه اصلی، بلکه بر مبنای حکم صادره و به صورت درصدی از آن است^۲ و همین عامل موجب تبدیل تأمین مالی دعا به یک فرایند سودآور با گردش مالی قابل توجه شده است^۳ (Richey, 2013: 497). همانند «تأمین مالی پروژه»^۴ که پرداخت اجرت در آن منوط به نتیجه‌بخش بودن پروژه مورد نظر است، در تأمین مالی نیز تصفیه و پرداخت اجرت تأمین‌کننده تنها در صورتی محقق خواهد شد که دعوای متقاضی به نتیجه مطلوب منجر شود.

موضوع بحث این مقاله رایج‌ترین و البته پر چالش‌ترین شیوه تأمین مالی دعا است که بر اساس آن یکی از طرفین مستقیماً متقاضی دریافت و بهره‌مندی از تأمین می‌شود و بدون اینکه تمام یا جزئی از حق موضوع دعا به ثالث تأمین‌کننده^۵ منتقل شود، دعا با طرفیت و مشارکت شخص تأمین‌شده^۶ جریان خواهد یافت. به شکل معمول تأمین‌کننده نقش و جایگاهی در دعا ندارد و حتی ممکن است در اغلب موارد رابطه او با متقاضی تأمین، آشکار نگردد و پنهان بماند (Wendel, 2017: 53; Cummings, 2017: 8). ممکن است تقاضای تأمین از سوی خواهان یا خوانده مطرح شود

1. Litigation Funding

2. Contingency Fee

۳. طبق مطالعات صورت گرفته تنها در امریکا گردش سرمایه تأمین مالی دعا سالانه پنج میلیارد دلار است و بازار بالقوه آن تا ۳۲ میلیارد دلار تخمین زده می‌شود. بر همین اساس از سال ۲۰۰۴ انجمن صنفی مستقل فعالان این عرصه (American Legal Finance Association) در نیویورک آغاز به فعالیت نموده است (Harrington, 2020: 55; Lysaught, Hazelgrove, 2012: 645; Schacknow, 2017: 1464).

4. Project Finance

5. Funding Third party

6. Funded Party

همچنان‌که این امکان وجود دارد که انعقاد قرارداد تأمین قبل از طرح دعوا یا در اثنای آن صورت پذیرد (Shannon, 2014: 16). استفاده از این روش در دعاوی داخلی و بین‌المللی نیز اصولاً تابع ضوابط یکسان است (Petrus, 2009: 17; Shannon, 2015: 863).

با توجه به موضوع و حجم سرمایه‌گذاری، تأمین مالی دعوا به دو نوع «تأمین مالی غیر تجاری (مصرف‌کننده)»^۱ و «تأمین مالی تجاری»^۲ تقسیم می‌شود؛ نوع اول اغلب مربوط به دعاوی خرد و کوچک و یا دعاوی با آسیب‌های جسمی است که به علت فقدان توازن در قدرت معاملاتی طرفین، و برخورداری از ماهیت الحاقی در بسیاری از کشورها مشمول ضوابط حقوقی حمایت از مصرف‌کننده به‌عنوان طرف ضعیف قرارداد است (Clickman, 2016: 1046; Shannon, 2014: 22). اما در نوع دوم که شامل دعاوی مالکیت، تجارت و اعمال و رفتارهای ضد رقابت تجاری است به شکل معمول قدرت معاملاتی هر دو طرف دارای توازن بوده و طی انجام مذاکرات مستقیم بین آن‌ها، شروط و قیود توافق تعیین می‌شود. اگرچه در نوع اخیر نمی‌توان متقاضی تأمین را طرف ضعیف قرارداد محسوب کرد اما به‌واسطه فزونی سرمایه و در نتیجه بالا بودن منافع حاصل از آن، چالش‌ها و ابهامات این روش بیش از نوع اول است (Stroble, Welikson, 2020: 8).

مانند هر فعالیت اقتصادی و تجاری دیگر، کسب سود و منافع مالی مهم‌ترین انگیزه فعالان اقتصادی از تأمین کردن هزینه‌های حقوقی است. از جانب متقاضی تأمین نیز، این روش ابزاری مؤثر در مدیریت ریسک حقوقی است؛ ابتدا باید دانست امکان طرح ضوابط اعسار مانع استفاده از تأمین مالی دعوا و یا بی‌فایده بودن آن نخواهد شد زیرا اثبات شرایط اعسار چندان آسان نبوده و نیازمند طی تشریفات قانونی است.^۳ افزون بر این، ممکن است متقاضی طرح دعوا از مکنت مالی برخوردار بوده و معسر محسوب نشود اما به‌واسطه ماهیت خاص ادعا، طرح و پیگیری قضایی آن دارای ریسک فراوانی باشد به‌نحوی که بالا بودن هزینه‌های دادرسی در کنار احتمال زیاد به نتیجه نرسیدن دادرسی، رغبت شخص به طرح دعوا را کاهش دهد. در چنین شرایطی است که استفاده از تأمین مالی دعوا ابزاری مؤثر جهت کاهش و مدیریت متناسب این ریسک قلمداد می‌شود که بر اساس توافق، ریسک مالی طرح دعوا به تأمین‌کننده منتقل خواهد شد و به او تخصیص می‌یابد.^۴ (Wendel, 2017: 52).

1. Consumer Litigation Funding

2. Commercial Litigation Funding

۳. در ایران تعریف و شرایط احراز اعسار در محاکم بر اساس قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مواد ۶ تا ۱۸) صورت می‌گیرد.

۴. در فرایند مدیریت ریسک (Risk Management) ابتدا ریسک مورد نظر شناسایی می‌شود (Risk Identification)

گفتنی است اگرچه نظام‌های حقوقی به طرق گوناگون از اشخاص ناتوان از پرداخت هزینه‌های دادرسی حمایت می‌نمایند اما نمی‌توان تفاوت در کیفیت خدمات قضایی ارائه‌شده به اشخاص معسر را نادیده گرفت. به‌ویژه استفاده از مشاورین حقوقی و یا وکلای کارآمد، نوعاً هزینه‌بر محسوب شده که بدون برخورداری از توان مالی متناسب امکان بهره‌مندی از آن‌ها فراهم نیست (De Mot, Faure, 2016: 759; Burch, 2016: 890). مجموع این عوامل موجب تمایل به استفاده از تأمین مالی در دادرسی هم از سوی طرفین دعا و هم از جانب فعالان تجاری شده است.

۲. ماهیت تأمین مالی دعا و اعتبار آن

تبیین صحیح ماهیت تأمین دعا هم در اعتبارسنجی آن و هم در تعیین آثار و تحلیل چگونگی رابطه طرفین دارای اثر قطعی است؛ از آنجا که تأمین مالی مبتنی بر پرداخت وجه نقد به متقاضی در ازای دریافت سود مشخص و مورد توافق است، در بادی امر چنین به نظر می‌رسد که ماهیت این نهاد حقوقی مبتنی بر استقراض است. در این صورت هم در حقوق غرب و هم در نظام حقوقی اسلام ممنوعیت ربا، اعتبار این توافق را با محدودیت مواجه می‌نماید با این تفاوت که در حقوق غرب ربا^۱ بر اساس میزان، تعیین می‌شود به این معنی که اگر در عقد قرض بهره‌مورد توافق بیش از حد مجاز قانونی باشد^۲ ربا محقق شده است.^۳ اما در حقوق اسلام ربا بر اساس قالب تعیین می‌شود یعنی اگر رابطه طرفین مبتنی بر قرض باشد هر نوع شرط و توافق در مورد پرداخت هر میزان سود در بازپرداخت، مصداق ربا و حرام است فارغ از اینکه سود تعیین‌شده چه میزان باشد.

قرض^۴ عقدی است زمان‌دار و موقت که بر اساس آن مقرض متعهد به استرداد معادل آنچه قرض گرفته است در زمان مقرر یا بعد از مطالبه خواهد بود (Garner, 2009: 1019). اما طبق آنچه بیان شد تعهد شخص تأمین‌شده در بازپرداخت مبلغ و سود مورد توافق امری احتمالی و کاملاً وابسته به

سپس با تحلیل آن تلاش می‌شود پاسخی متناسب ارایه گردد (Risk Response). تخصیص ریسک (Risk Allocation) به معنی انتقال و واگذاری ریسک به شخصی است که به موجب توافق مسئولیت آن را برعهده گرفته و متناسب با ماهیت ریسک، توان مدیریت صحیح آن را خواهد داشت. با تحقق تأمین مالی، ریسک به نتیجه نرسیدن دعا به تأمین‌کننده تخصیص خواهد یافت (Avraham, 2014: 240).

1. Usury

2. Excessive Interest Rate

۳. تا قرن شانزدهم هر میزان سود در عقد قرض در حقوق امریکا ربا محسوب می‌شد اما بعد از آن به تدریج این روند تغییر کرد و متناسب با نوع توافق و در ایالات مختلف سود ۶ تا ۲۰ درصد به عنوان سود قانونی تعیین شد (Popp, 2019: 733).

4. Loan

نتیجه دادرسی است. به دیگر سخن، تصفیه در تأمین مالی دعوا تعهدی جزئی و قطعی نیست^۱ بنابراین در صورتی که دعوا به شکست منجر شود تأمین‌کننده قادر به مطالبه هیچ درصدی از وجه پرداختی نخواهد بود. در واقع در قرض بازپرداخت صرفاً منوط به سپری شدن زمانی خاص یا مطالبه مقرض است در حالی که در تأمین مالی دعوا، بازپرداخت منوط به تحقق امری احتمالی یعنی پیروزی در دعوا است (Harrington, 2020: 57). در نتیجه ریسک آمیخته با تأمین مالی کاملاً متفاوت از رابطه‌ای است که بر مبنای قرض شکل می‌گیرد.

نکته دیگر اینکه بازپرداخت در قرض به‌عنوان دین بر ذمه مقترض استقرار می‌یابد. بنابراین اگر در موعد مقرر امتناع از پرداخت صورت گیرد مقرض قادر است از هریک از اموال مدیون، استیفای حق نماید. اما در تأمین مالی دعوا، حق رجوع به تمام اموال شخص تأمین‌شده وجود ندارد و تأمین‌کننده صرفاً قادر است از محل محکوم‌به مطالبه خود را استیفاء نماید.

در نظام حقوقی آمریکا تأمین مالی دعوا یک قرارداد معوض و مشتمل بر تعهدات متقابل است که بر اساس آن رابطه حقوقی مستمر بین طرفین ایجاد می‌شود که در آن شخص تأمین‌کننده اقداماتی جهت حفظ سرمایه خود نیز انجام خواهد داد. برخلاف قرض که رابطه طرفین صرفاً به پرداخت وجه در زمان مقرر محدود می‌گردد (Shannon, 2015: 893). بر همین اساس در بسیاری از پرونده‌ها بر متفاوت بودن ماهیت این دو تصریح شده است (Harrington, 2020: 57) و برخی نیز با تلقی تأمین مالی دعوا به‌عنوان یکی از مصادیق اعمال تجاری از آن با عنوان «توافق سرمایه‌گذاری دعوا»^۲ یاد می‌نمایند (Hylton, 2014: 326; Cord, 2017: 183).

تحلیل‌های فوق را می‌توان با مبانی فقه اسلامی و حقوق ایران منطبق دانست؛ در منابع فقهی تأکید شده است که قرض مستلزم بازپرداخت مال در موعد مقرر و یا به‌صورت عندالمطالبه است بنابراین در همان زمان انعقاد عقد این تعهد بر ذمه وام‌گیرنده مستقر شده و رد عوض، جزء ماهیت و ذات قرض قلمداد می‌شود (طوسی، ۱۴۰۸: ۲۷۲؛ حلی، ۱۴۰۸: ۶۳). بنابراین نمی‌توان ماهیت تأمین مالی دعوا را که در آن بازپرداخت منوط به تحقق امری احتمالی (پیروزی در دادرسی) است با قرض یکسان دانست. همین تفاوت در ماهیت، به تفاوت در آثار و احکام نیز منجر شده است.

مشهور فقها قرض را عقدی جایز می‌دانند و بر همین اساس شرط اجل ضمن آن را الزام‌آور قلمداد نمی‌کنند (عاملی، ۱۴۰۹: ۳۹۰؛ عاملی، ۱۴۱۳: ۴۵۵؛ کرکی، ۱۴۰۹: ۱۸۷؛ کرکی، ۱۳۸۳: ۱۰۷). با وجود نظر مخالف در تحلیل ماهیت قرض هم در فقه (نجفی، ۱۴۱۶: ۵؛ مصطفوی،

1. Non-Recourse

2. Litigation Investment Agreement

۱۴۲۳: ۵۶۶) و هم در حقوق (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۳۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۶۱۲) مستند به ظاهر ماده ۶۵۱ به نظر می‌رسد قانون مدنی نیز به پیروی از نظر مشهور فقهی درج شرط اجل ضمن قرض را موجب التزام ندانسته و اتکای شرط به قالب یک عقد لازم را ضروری دانسته است. این در حالی است که فارغ از تردیدهای مربوط به جایز بودن قرض، لازم بودن عقد تأمین مالی دعوا، با هیچ تردیدی مواجه نیست.

از نظر ارتکاز عرفی هم ماهیت این دو عقد متفاوت است؛ زیرا تأمین مالی عقدی مغایره‌ای است که به قصد کسب سود مورد استفاده قرار می‌گیرد و چنان‌که خواهد آمد بر اساس الگوهای اقتصادی متنوع، هر یک از طرفین در مقام کسب سود بیشتر برای خود است و تنها زمانی از آن استفاده می‌کند که منفعتی عقلایی در پی داشته باشد در حالی که در قرض اگرچه تملیک، مضمون به غرامت است و وام‌گیرنده باید بدل آنچه تلف کرده را باز پس دهد، اما هر نوع کسب سود به موجب آنکه بر اساس توافق محقق شود با هر نوع شرط و در قرض هر نوع مال، مستند به حدیث، ربا و موجب فساد عقد است.^۱ بر این امر در تمام فرق اسلامی ادعای اجماع شده است (الجزیری، ۱۴۳۱: ۵۹۸؛ حلی، ۱۴۱۲: ۳۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۱۷؛ نجفی، ۱۴۱۶: ۵). در واقع سازوکارهای مورد استفاده در تأمین مالی، به‌ویژه از سوی تأمین‌کننده به وضوح نشان می‌دهد این نهاد حقوقی برخلاف قرض، به قصد کسب منافع و سود مورد استفاده قرار می‌گیرد.

بنابراین باید پذیرفت در نظام حقوق ایران و فقه اسلامی نیز تأمین مالی دعوا ماهیتی مستقل از قرض داشته و شرط بازپرداخت آن، حتی بیش از میزان مبلغ تأمین‌شده ماهیت ربوی ندارد. در صورتی که تأمین هزینه‌های دعوا در قالب تصدی‌گری^۲ صورت گیرد، یعنی انجام آن با استفاده از تشکیلاتی سازمان‌یافته، ابزارها و نیروهایی باشد که این اقدام را به شکل مکرر انجام می‌دهند می‌توان با استناد به بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت، چنین اعمالی را تجاری قلمداد نمود. کما اینکه امروزه نیز یکی از خدمات رایج مؤسسات حقوقی، تأمین مالی دعوا است که ارائه خدمتی حقوقی در مقام تسهیل طرح دعوا محسوب می‌شود.

افزون بر این، نباید انعقاد قرارداد برای تأمین مالی دعوا را مصداقی از عقود احتمالی و یا غرری

۱. «كُلُّ قَرْضٍ جَرٌّ مُنْفَعَةٌ فَهُوَ رِبَا» (نوری، ۱۳/۱۴۰۸: ۴۰۹). این نوع از احادیث خطاب به مقرض و در فرضی است که نفع و فایده در قرض شرط شده است. در مقابل احادیثی مانند «خیر القرض الذی یجر المنفعه» خطاب به مقترض و شامل قرضی است که وام‌گیرنده با میل خود و بدون شرط، در مقام بازپرداخت سودی به مقرض پرداخت می‌نماید (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۸۹).

دانست و بر این اساس حکم به بطلان آن نمود؛ زیرا عقد احتمالی به معنی عقدی است که ارکان و جنبه‌های اساسی آن محتمل و غیر قطعی است در حالی که قانون‌گذار به تبعیت از ارتکاز عرفی، علم تفصیلی و قطعیت در آن‌ها را ضروری دانسته است. به دیگر سخن، اگر ارکان اساسی عقود مغایره‌ای مجهول و غیر قطعی باشند، عقد احتمالی و باطل است. اما در صورتی که عرف و سیره عقلا یک قالب حقوقی خاص را برای مدیریت خطرات و ریسک‌پذیری ابداع نماید، آنچه واقع شده است «عقد مخاطره» نامیده می‌شود که در آن طرفین با علم و آگاهی به استقبال خطراتی می‌روند که انعقاد این قرارداد در واقع ابزاری مؤثر برای مقابله با آن‌ها است. چنین عقود را نباید بی‌اعتبار دانست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۲۹). بر همین اساس جهلی که در مورد نتیجه دادرسی و استحقاق تأمین‌کننده نسبت به اجرت وجود دارد، مصداق غرر نیست؛ زیرا منظور از غرر، جهل نسبت به ارکان اساسی در عقود مغایره است به نحوی که قابل‌رفع نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۴۹)، در حالی که در عقد تأمین مالی دعوا هیچ‌یک از این اوصاف وجود ندارد.

گفتنی است تأمین مالی دعوا متفاوت از «بیمه هزینه‌های دادرسی»^۱ است؛ زیرا بیمه به شکل معمول قبل از بروز حادثه مورد نظر انجام می‌شود در حالی که تأمین مالی از این منظر اعم بوده و ممکن است در اثنای طرح دعوا نیز مورد استفاده قرار گیرد (حبیبی درگاه، ۱۳۹۹: ۷۱). افزون بر این، بیمه‌گذار در همان زمان انعقاد بیمه حق بیمه را پرداخت می‌نماید و اگر زیان موردنظر محقق نشود او حق مطالبه آنچه پرداخت کرده را نخواهد داشت. اما متقاضی تأمین مالی، در زمان انعقاد قرارداد وجهی پرداخت نمی‌کند و همه چیز منوط به مشخص شدن نتیجه دعوا است. در این فرض اگر دعوا به نتیجه مطلوب متقاضی منجر نشود، تأمین‌کننده است که حق مطالبه اجرت را نخواهد داشت. بنابراین نمی‌توان عقد مزبور را بیمه و تأمین‌کننده را به‌عنوان بیمه‌گر قلمداد نمود (Faure & Mot, 2012: 744).

بنابراین می‌توان پذیرفت ماهیت تأمین مالی دعوا، عقدی مستقل است که نوعی سرمایه‌گذاری خاص محسوب می‌شود. بازپرداخت سرمایه و سود منوط به پیروزی در دعوا است و در نتیجه از مصادیق عقود مخاطره یا ریسکی قلمداد می‌شود. با توجه به انطباق با اصول و قواعد کلی حاکم بر قراردادها، می‌توان مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی تأمین مالی دعوا را عقدی معتبر و صحیح قلمداد نمود.

۳. ایرادات، مزایا و مبانی توجیهی تأمین مالی دعوا

گسترش استفاده از تأمین مالی دعوا طرح مخالفت‌هایی را با آن موجب شد. غیر از ایراداتی که در مورد ماهیت و ربوی بودن این نهاد حقوقی طرح شده است، قسمت عمده اشکالات در مورد آثار

1. Legal Expenses Insurance.

استفاده از آن در فرایند دادرسی است. ضمن پاسخ به این ایرادات مبانی توجیهی تأمین مالی تبیین شده است که در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرد.

بر اساس سنت تاریخی کامن‌لا، مداخله شخص ثالث در دادرسی و بهره‌مند شدن از دعوی که محکوم به به نفع دیگری است ممنوع شده است.^۱ در ابتدا تمام کشورهای تابع این سنت حقوقی، تأمین مالی دعا را به عنوان مصداقی از این ممنوعیت قلمداد نمودند اما به تدریج با تغییر موضع قضایی بیان شد، دکتین مزبور به علت جلوگیری از سوءاستفاده‌های صاحبان سرمایه و زمین‌داران در نظام ارباب رعیتی بوده است تا چنین اشخاصی از قدرت نفوذ خود جهت برهم زدن جریان دادرسی عادلانه استفاده نکنند و در دوران معاصر چنین نگرانی موضوعیت ندارد^۲ (Cord, 2017: 188; Veljanovski, 2012: 407). به همین علت در اغلب کشورها ممنوعیت مطلق با استناد به این تئوری حذف شده است و نمی‌توان بر اساس آن، تأمین دعا را بی اعتبار اعلام کرد^۳ (Hylton, 2014: 530).

همچنین بیان شده است برخوردار شدن از منابع مالی جهت طرح دعا، می‌تواند به افزایش دعاوی بلاوجه^۴ منجر شود. زیرا تأمین دعا موجب انتقال ریسک هزینه‌های دادرسی به تأمین‌کننده می‌شود و در صورت طرح دعا حتی بدون مبنا زیان مالی متوجه طرف دعا نخواهد شد (Popp, 2019: 741; Lysaught & Hazelgrove, 2012: 662; Lyon, 2010: 593; Shamir, 2016: 154). اگرچه در برخی منابع، افزایش میزان طرح دعا به عنوان یکی از ایرادات تأمین مالی دعا مطرح شده است (Wendel, 2017: 53)، اما به نظر می‌رسد باید نگرانی اصلی را در افزایش دعاوی نادرست دانست؛ زیرا اگر تأمین دعا به افزایش میزان طرح دعاوی صحیح بیانجامد، آنچه واقع می‌شود از مزایای این نهاد حقوقی است. چراکه در غیر این صورت یا فرد ذی حق از طرق شخصی و خودسرانه حق خود را پیگیری می‌نماید و یا ناامید و سرخورده، از پیگیری حق خود به شکل مطلق منصرف می‌شود.

1. Champerty & Maintenance Theory

۲. برخی Champerty را به معنای شرخری دانسته‌اند (شمس، دواشی، ۱۴۰۰: ۶۵). اگرچه این معنا نیز برای آن وضع شده است اما معنای اول آن شرکت در دعا از سوی ثالث است. افزون بر این، استفاده از این واژه در مباحث دادرسی همین معنا را افاده می‌کند و ترجمه آن به شرخری که از نظر حقوقی انتقال چک بعد از صدور گواهی عدم پرداخت را به ذهن متبادر می‌سازد قابل تامل به نظر می‌رسد. گفتنی است Champerty نوع خاصی از Maintenance محسوب می‌شود که در آن ضرورتاً بخشی از محکوم به به ثالث تعلق خواهد گرفت (Hylton, 2011: 702).

۳. در آمریکا ۲۷ ایالت مداخله ثالث در دعا را به شکل محدود پذیرفته‌اند، ۱۶ ایالت تأمین مالی را گونه‌ای مجاز از مداخله ثالث می‌دانند و مابقی ایالات بدون موضع مشخص قانونی عملاً تأمین مالی را با محدودیت‌هایی می‌پذیرند (Shepherd, 2012: 594).

4. Frivolous Claims

بدیهی است هر دو فرض تبعات منفی بلندمدتی را به جامعه تحمیل می‌نماید. بنابراین اگر تأمین دعوا موجب افزایش طرح دعاوی صحیح می‌شود به معنی افزایش دسترسی به عدالت^۱ و تحقق بازدارندگی نظام قضایی - حقوقی به شکل مطلوب است (Cord, 2017: 187).

نگرانی از افزودن بر دعاوی بلاوجه نیز بی‌مورد است؛ تأمین‌کنندگان به‌عنوان فعالان اقتصادی در مقام کسب سود و منافع ملی حاصل از سرمایه‌گذاری‌اند و همان‌گونه که بیان شد، تحقق سود منوط به نتیجه‌بخش بودن دعوا است. بنابراین به شکل طبیعی تأمین‌کننده، ماهیت ادعای موردنظر، احتمال پیروزی و ادله متقاضی تأمین دعوا را به دقت بررسی می‌نماید. اگرچه این فرایند همراه با ریسک و درصدی از خطا همراه است اما منفعت طلبی و انگیزه حفظ سرمایه موجب می‌شود مراقبت و اهتمام متناسب^۲ در سطحی بالاتر از فرضی که دعوا بدون تأمین دعوا است، اعمال شود. افزون این‌که، در طرح این ایراد فراموش شده است که تأمین دعوا ممکن است در اثنا دادرسی و یا به تقاضای خوانده نیز صورت گیرد. همچنین باید دانست بسیاری از ایرادات طرح‌شده با رواج و گسترش تأمین مالی دعوا مرتفع خواهد شد. زیرا در این صورت رقابت بین تأمین‌کنندگان، مرحله مطلوب کارآمدی^۳ را در عمل محقق می‌نماید و در نتیجه زمینه سوءاستفاده از نیاز متقاضیان تأمین کاهش خواهد یافت (Cord, 2017: 204).

از دیگر ایرادات، افزایش احتمال نفوذ ناروا و خارج کردن دادرسی از جریان اصلی توسط ثالث است. به‌عنوان مثال این امر بسیار محتمل دانسته شده است که تأمین‌کننده، مانع از تحقق سازش شود و برای کسب سود بیشتر پیگیری روند طولانی دادرسی را ترجیح دهد در حالی که از نظر طرفین تحقق سازش دارای مزیت باشد (Popp, 2019: 743; Beisner, Miller & Rubin, 2009: 12). به نظر می‌رسد این ایراد را نیز می‌توان با استفاده از شرط ضمن عقد و یا از طریق تنظیم‌گری^۴ متناسب از سوی قانون‌گذار برطرف نمود. توضیح اینکه تأمین مالی دعوا به دو نوع فعال^۵ و منفعل^۶ تقسیم می‌شود. نگرانی‌های طرح‌شده در مورد نوع اول تأمین مالی است که به‌موجب آن تأمین‌کننده قدرت تصمیم‌گیری و اعمال نفوذ در جریان دادرسی را دارد. در این روش هر نوع اقدام یا اقدامات تعیین‌شده از سوی متقاضی تأمین باید به تأیید تأمین‌کننده برسد. بدیهی است در چنین فرضی امکان تأثیرگذاری ثالث بر دعوا وجود دارد. بر همین اساس در نظام‌های حقوقی مبتنی بر پذیرش اعتبار تأمین مالی دعوا، تصریح شده است نقش تأمین‌کننده محدود به فراهم آوردن منابع مالی است و هر نوع تخطی

1. Access to Justice
2. Due Diligence
3. Optimal Level of Efficiency
4. Regulating
5. Active
6. Passive

از این امر، تخلف قانونی محسوب می‌شود (Veljanovski, 2012: 407).

همین روش در مورد ایراد تعارض منافع موکل و ثالث و لزوم مراعات آن از سوی وکیل هم قابل استفاده است؛ در راستای جلوگیری از بروز موقعیتی که مستلزم تعارض منافع باشد ضروری است هیچ نوع رابطه استخدامی بین وکیل و تأمین‌کننده وجود نداشته باشد (Petrus, 2009: 17). افزون بر این، وکیل منطبق با قاعده کلی ملزم به رعایت مصلحت موکل است و باید در هر حال منافع او - و نه تأمین‌کننده را - مدنظر قرار دهد (Richey, 2013: 500; Lyon, 2010: 601).

نکته دیگر اینکه در اغلب کشورها ارائه اطلاعات از سوی متقاضی به تأمین‌کننده، نقض‌کننده امتیاز رابطه وکیل و موکل نیست. به موجب این امتیاز^۱ تبادل و افشای اطلاعات محرمانه از سوی موکل به وکیل، ماهیت محرمانه اطلاعات را از بین نخواهد برد زیرا در راستای آگاهی بخشی کامل به وکیل ارائه اطلاعات ولو محرمانه به او ضروری است و این اقدام موکل به معنی رضایت او به افشای گسترده اطلاعات نیست. همین تحلیل در مورد افشای اطلاعات برای تأمین‌کننده نیز به کار می‌رود (Schacknow, 2017: 1467; Cummings, 2017: 8).

با توجه به تحلیل‌های فوق و نظر به مزایای حاصل از تأمین مالی دعوا، این نهاد در اغلب نظام‌های حقوقی مجاز و معتبر قلمداد شده است. اما در راستای جلوگیری از بروز اشکالات فوق، قانون‌گذار اقدام به تنظیم ضوابط قانونی درباره آن نموده است. مانند الزام به افشای وجود تأمین مالی (شیروی و انصاری، ۱۳۹۸: ۲۳۰). نمی‌توان نادیده گرفت که طرفین دعوا با استفاده از تأمین مالی، محدودیت‌هایی برای خود در مورد تعیین استراتژی‌های کلان دفاع ایجاد می‌نمایند. اما این محدودیت‌ها مبتنی بر خواست و اراده خود ایشان ایجاد شده و مادامی که اصول بنیادین دادرسی را مخدوش ننماید معتبر و قانونی است (Shannon, 2015: 903).

۴. الگوها و مدل‌های اقتصادی استفاده از تأمین مالی دعوا

بیان شد تأمین مالی دعوا فرایندی در راستای تحصیل فایده و نفع است که هم از جانب متقاضی و هم از جانب تأمین‌کننده مستلزم بررسی تمام مؤلفه‌ها و متغیرهایی است که در تعیین ارزش مورد انتظار دارای اثر قطعی است. استفاده از این نهاد در صورتی توجیه‌پذیر است که ارزش و نفع مورد انتظار بیش از هزینه‌های حاصل از آن باشد. بنابراین ضروری است تأمین مالی از نظر اقتصادی به درستی بررسی شود تا مشخص گردد از منظر تحلیل اقتصادی در چه شرایطی مطلوب است. فهم صحیح الگوی اقتصادی بر پیش فرض‌های زیر استوار است:

1. Attorney-Client Privilege

- هریک از طرفین توافق به شکل منطقی و متعارف رفتار کرده و در پی کاهش ریسک‌های مرتبط به فعالیت خود و افزایش منافع هستند.
- اگر خواهان، متقاضی تأمین است، طرح دعوا صورت می‌گیرد و قبل از اقامه دعوا سازش واقع نخواهد شد.
- دو زمان در فرض تأمین مالی وجود دارد؛ زمان (۱) به معنی زمان انعقاد قرارداد تأمین مالی و زمان (۲) به معنی زمان صدور حکم.
- حق الوکاله جزء هزینه‌های دادرسی است.
- جز آنچه بیان خواهد شد انعقاد قرارداد تأمین مالی دعوا هیچ نوع هزینه معاملاتی^۱ نخواهد داشت.

۴-۱. الگوی اقتصادی تأمین دعوا طبق قاعده آمریکایی

در این رویکرد^۲ هر یک از طرفین دعوا باید هزینه دادرسی از جانب خود را پرداخت نماید (Morpurgo, 2011: 370).

۴-۱-۱. تحلیل از منظر تأمین‌کننده

اگر درآمد و «منافع مالی مورد انتظار»^۳ بیش از «هزینه‌های مورد انتظار»^۴ باشد، تأمین مالی از سوی شخص ثالث توجیه‌پذیر خواهد بود. در این فرایند ابتدا ماهیت ادعای متقاضی مورد بررسی قرار می‌گیرد، میزان محکوم‌به تخمین زده می‌شود (R)، و احتمال پیروزی متقاضی در دعوا نیز ارزیابی می‌شود (λ). میزان اجرت و سهم تأمین‌کننده از محکوم‌به نیز مشخص می‌شود (σ). درآمد مورد انتظار برای ثالث عبارت است از میزان سود حاصل از محکوم‌به برای متقاضی ضرب در احتمال صدور حکم به نفع او یعنی:

$$E(R) = \sigma (\lambda R)$$

به‌عنوان مثال اگر موضوع دعوا به ارزش صد هزار دلار بوده و طبق محاسبات ثالث، ۷۰ درصد احتمال صدور حکم به نفع متقاضی تأمین باشد و بر اساس توافق مقرر گردد ۳۰ درصد از محکوم‌به به‌عنوان اجرت به تأمین‌کننده داده شود، با فرض اینکه هزینه‌های لازم بیست هزار دلار باشد در این صورت:

$$R = 100000 \quad \lambda = 70\% \\ \sigma = 30\% \quad E(C) = 20000$$

1. Transaction Cost.
2. Non Cost Shifting.
3. Expected Revenue, E(R).
4. Expected Cost, E(C).

در نتیجه طبق فرمول فوق درآمد مورد انتظار به شرح زیر محاسبه می‌شود:

$$E(R) = (100000) \cdot (0.7) + (25000) \cdot (0.3) = 21000$$

از آنجا که در فرض فوق ۲۱۰۰۰ بیش از ۲۰۰۰۰ است در نتیجه $E(R) > E(C)$ یعنی درآمد مورد انتظار بیش از هزینه مورد انتظار بوده و از منظر تأمین‌کننده، تأمین مالی توجیه‌پذیر است. (Morpurgo, 2011: 371).

۴-۲. تحلیل از منظر متقاضی

متقاضی نیز با استفاده از تأمین مالی در مقام کسب منفعت است. بنابراین اقدام او در استفاده از تأمین در فرضی است که بهره‌گیری از این نهاد منافع بیشتری در قیاس با عدم استفاده از آن ایجاد نماید. ضروری است میان دو نوع متقاضی اقدام به تفکیک نمود؛ در نوع اول شخص دارای محدودیت‌های مالی است به نحوی که در صورت عدم استفاده از تأمین قادر به طرح دعوا نخواهد بود. در این فرض همواره منافع مورد انتظار حاصل از تأمین مالی بیش از عدم استفاده از آن است زیرا بدون استفاده از تأمین اصولاً طرح دعوا منتفی است.

اما در نوع دوم، شخص در راستای مدیریت ریسک و به‌عنوان اقدامی در راستای تعیین استراتژی دفاعی خود از تأمین مالی استفاده می‌نماید. در این فرض اگر منافع حاصل از عدم تأمین مالی را E و منافع از استفاده از آن را $E(\pi_r)$ بدانیم، متقاضی زمانی از تأمین استفاده می‌نماید که:

$$E(\pi_r) < E(\pi_c) \text{ و یا } \lambda R - E(C) < \lambda R (1-\sigma)$$

در این وضعیت اگر مقادیر زیر فرض شود:

$$R = 100000 \quad \lambda = 70\%$$

$$\sigma = 30\% \quad E(C) = 25000$$

در مقام اعمال فرمول فوق:

$$\{ (100000) \cdot (0.7) - (25000) \} < \{ (100000) \cdot (0.7) \}$$

$$45000 < 49000$$

در این صورت متقاضی می‌تواند از تأمین مالی استفاده نماید و از این طریق در ازای پرداخت ۳۰ درصد از محکوم‌به سایر هزینه‌های طرح دعوا و ریسک‌های آن را پوشش دهد نه اینکه با تمام سرمایه خود ریسک نماید به این امید که محکوم‌به از آن او شود. تنها با چنین شرایطی است که استفاده از تأمین مالی برای متقاضی، توجیه‌پذیر می‌نماید.

۴-۲. الگوی اقتصادی تأمین دعوا طبق قاعده انگلیسی

طبق این رویکرد که منطبق با ضوابط قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز محسوب می‌شود اگرچه

در ابتدای طرح دعوا، هزینه‌های دادرسی با شخص مدعی است اما بعد از صدور حکم می‌توان کل هزینه‌ها را به‌عنوان خسارت و هزینه دادرسی از محکوم‌علیه مطالبه نمود^۱. (Morpurgo, 2011: 378).

۴-۲-۱. تحلیل از منظر تأمین‌کننده

در این وضعیت، بر پیچیدگی تحلیل افزوده خواهد شد؛ زیرا در صورت شکست متقاضی، علاوه بر غیرقابل جبران بودن هزینه‌های او (C_p) تأمین‌کننده باید خسارات و هزینه‌های طرف مقابل (C_d) به‌عنوان محکوم‌له را نیز پرداخت نماید. بنابراین برای تأمین‌کننده درآمد حاصل از سرمایه‌گذاری عبارت است از:

$$E(R) = \lambda (\sigma R)$$

هزینه‌های این اقدام عبارت است از:

$$(1 - \lambda) (C_p + C_d)$$

و در نتیجه مجموع منافع حاصل از تأمین مالی دعوا عبارت است از:

$$E(\pi_r) = \lambda (\sigma R) - (1 - \lambda) (C_p - C_d)$$

با فرض مقادیر زیر:

$$R = ۱۰۰۰۰۰$$

$$\lambda = ۶۰\%$$

$$\sigma = ۳۰\%$$

$$C_p = C_d = ۲۵۰۰۰$$

و در مقام اعمال فرمول فوق:

$$E(\pi_r) = (۰.۶) (۰.۳) (100000) - (۰.۴) (40000)$$

$$E(\pi_r) = 18000 - 16000$$

$$E(\pi_r) = 2000$$

۴-۲-۲. تحلیل از منظر متقاضی

از منظر متقاضی، در صورتی دعوا تأمین مالی می‌شود که با استفاده از آن منافع بیشتری در قیاس با فرض عدم تأمین دعوا به دست آید. در صورتی که شخص خود هزینه دعوا را تأمین نماید منافع به شرح زیر محاسبه خواهد شد:

$$E(\pi_r) = \lambda R - (1 - \lambda)(C_p + C_d)$$

و در صورت تصمیم به استفاده از تأمین مالی توسط ثالث منافع عبارت است از:

$$E(\pi_r)' = \lambda R (1 - \sigma)$$

با محاسبه و مقایسه مجموع منافع حاصل از این دو فرض، متقاضی زمانی از تأمین مالی دعوا استفاده می‌نماید که منافع حاصل از آن بیش از منافع حاصل از عدم استفاده از این نهاد باشد یعنی:

$$\lambda R - (1 - \lambda) (C_p + C_d) < \lambda R (1 - \sigma)$$

با فرض مقادیر زیر:

$$R = 100000$$

$$\lambda = 60\%$$

$$\sigma = 30\%$$

$$C_p = 20000 \quad C_d = 30000$$

مقاضی در صورتی از تأمین مالی استفاده می‌نماید که:

$$100000(0.6) < 50000(0.4) - 100000(0.6)$$

$$40000 < 42000$$

در صورت اعمال قاعده انگلیسی اگر مقاضی توان پرداخت هزینه‌های دادرسی از جانب خود را داشته باشد اما جبران خسارات و هزینه‌های طرف مقابل از توان او خارج باشد، استفاده از تأمین مالی توجیه‌پذیر است زیرا از این طریق ریسک اجرای حکم به زیان خود و جبران خسارت طرف مقابل را حذف می‌نماید (Hylton, 2012: 702). نباید از نظر دور داشت آنچه بیان شد، روش محاسبه و تبیین توجیه و منطق حاکم بر تأمین مالی دعا است اما در بسیاری از موارد تخمین مقادیر فوق به راحتی ممکن نیست. به‌عنوان مثال محاسبه هزینه‌های طرف مقابل، از متغیرهایی است که تعیین آن همواره سطحی از ابهام را خواهد داشت (Chen, 2019: 37).

بر اساس الگوهای اقتصادی فوق، می‌توان گفت تأمین مالی در صورتی مورد استفاده قرار می‌گیرد که برای هر دو طرف سود و مزیت به همراه داشته باشد و احراز تحقق نفع یا زیان حاصل از آن نیازمند بررسی و تبیین تمام متغیرهای مؤثر خواهد بود.

آنچه بیان شد، تحلیل آثار تأمین مالی از منظر شخصی و نسبت به افرادی است که مستقیماً به آن مرتبط‌اند. بازدارندگی تأمین مالی نسبت به اعمال زیان‌بار و مطلوبیت اجتماعی آن نیز از منظر اقتصادی تحلیل شده است؛ اگر فرض شود زیان‌دیده برای جبران خسارات خود اقدام به طرح دعا نماید، عامل زیان احتمالی، مراقبت لازم را جهت عدم ایراد خسارت به او مدنظر قرار می‌دهد. این امر در صورتی است که هزینه‌های مراقبت کمتر از هزینه‌های طرفیت در دعوی است که علیه شخص طرح خواهد شد. بنابراین احتمال اضرار به دیگری در صورت عدم مراقبت (P)، احتمال اضرار به دیگری در صورت مراقبت متناسب (q)، میزان خسارت به دیگران در صورت عدم مراقبت عامل زیان (v)، هزینه مراقبت عامل زیان (x)، هزینه طرح دعا برای زیان‌دیده به‌عنوان خواهان (Cp) و هزینه دعا برای عامل زیان به‌عنوان خوانده (Cd) به‌عنوان متغیرهای مؤثر بر مطلوبیت اجتماعی تأمین مالی شناخته می‌شود. آنچه مسلم است اینکه مراقبت شهروندان نسبت به رفتار خود، دارای مطلوبیت اجتماعی است و در واقع در این فرض است که قانون به هدف غایی خود یعنی بازدارندگی

عام رسیده است. در نتیجه اگر هزینه طرح دعوا کاهش یافته و زیان دیدگان برای جبران خسارات خود طرح دعوا نمایند، بازدارندگی قوانین افزایش خواهد یافت. با توجه به متغیرهای ذکر شده می‌توان گفت طرح دعوا در جایی دارای مطلوبیت اجتماعی است که:

$$qv + q Cd + q Cp + x < pv$$

چنان‌که بیان شد، تأمین مالی در دادرسی ابزاری مؤثر در راستای مدیریت ریسک به شکل متناسب است که می‌تواند زمینه طرح دعاوی را افزایش دهد. در نتیجه استفاده از آن به‌عنوان عاملی مؤثر در کاهش هزینه‌های طرح دعوا و تحقق بازدارندگی مطلوب قوانین محسوب می‌شود (Hylton, 2012: 702). به دیگر سخن در جایی که تأمین مالی دعوا، انگیزه‌ها و منافع شخصی افراد را هم‌سو و هم‌راستا با منافع اجتماعی نماید، دارای مطلوبیت قطعی اجتماعی نیز قلمداد می‌شود (Chen, 2019: 41).

۵. تحلیل تأمین مالی دعوا در حقوق ایران

بر مبنای تحلیل صورت‌گرفته، قرارداد تأمین مالی دعوا عقدی مستقل است که در راستای سرمایه‌گذاری و کسب سود منعقد می‌شود. انعقاد این قرارداد در مقام انطباق با شرایط صحت عقد مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی و سایر الزامات فقهی و حقوقی معتبر است و نمی‌توان از این منظر علتی برای بی‌اعتباری آن طرح نمود. اما ممکن است استفاده از این نهاد حقوقی به علت نقض اصول بنیادین دادرسی ممنوع باشد. ممکن است در بادی امر به ذهن متبادر شود تأمین مالی می‌تواند در برخی فروض خاص به دخالت شخص ثالث در فرایند دادرسی بیانجامد. بنابراین آنچه مهم است تحلیل و ارزیابی این امر است که آیا چنین دخالتی از جانب فردی غیر از طرفین به‌موجب ضوابط قانونی ایران منع شده است؟ نظر به سکوت قانون‌گذار ایران در این زمینه برخی ماده ۱۰ «قانون صدور چک»، و ماده ۲ «قانون مجازات اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌کنند» را با تأمین مالی دعوا قابل مقایسه دانسته‌اند (شمس و دواشی، ۱۴۰۰: ۷۵). در حالی که به نظر می‌رسد از هیچ‌یک از موارد فوق نمی‌توان ممنوعیت مداخله ثالث در دعوا و در نتیجه بی‌اعتباری تأمین مالی را استنباط نمود.

ماده ۸۰ نظام‌نامه قانون وکالت (مصوب ۱۳۱۸) و ماده ۳۹ قانون وکالت (مصوب ۱۳۱۵)، نیز اگرچه ممنوعیت مشارکت وکیل در دعوا را مطرح می‌نمایند اما مفاد آن‌ها ممنوعیتی صنفی و در راستای تبیین مسئولیت حرفه‌ای است (مهتاب‌پور، ۱۴۰۰: ۲۹۰) که به علت جایگاه خاص وکیل دعاوی برای او تعیین شده است و چندان نمی‌توان از دلالت آن حکم و ممنوعیتی کلی را برای هر نوع تأثیرگذاری در دعوا استنباط نمود. افزون بر این، ممکن است بیان شود ممنوعیت دخالت ثالث در دادرسی در جایی است که شخصی غیر از طرفین دعوا بدون داشتن نفع و بی‌خواست و اراده

آن‌ها به مداخله در جریان دادرسی اقدام می‌کند. بنابراین اگر یکی از طرفین با خواست و رضایت خود، منطبق با راهنمایی و مشاوره ثالث اقدام نماید، بر چه اساسی باید اثرگذاری ثالث بر جریان دادرسی را ممنوع دانست؟ آن هم در نظام حقوقی ایران که به‌صورت صریح ممنوعیتی در این زمینه وجود ندارد.

نکته دیگر اینکه تأمین مالی دعا از مقولاتی است که نادیده گرفتن و حتی بی‌اعتبار اعلام کردن آن، به معنی عدم استفاده از آن نیست بلکه به معنی رواج آن به‌صورت مخفیانه و پنهانی است. در واقع با ضوابط فعلی نظام دادرسی در ایران تأمین مالی دعا با چالش‌های زیر برای مرجع رسیدگی‌کننده همراه خواهد بود:

الف) چگونگی احراز وجود رابطه: در هیچ‌یک از ضوابط قانونی ایران، طرفین دعا یا تأمین‌کنندگان به افشای وجود رابطه حقوقی الزام نشده‌اند و این الزام نیازمند تصریح قانونی است. بنابراین در حال حاضر آگاهی دادگاه از وجود این رابطه در واقع امری اتفاقی و برحسب وقایع پیش‌بینی نشده خواهد بود.

ب) ضمانت اجرای تأمین مالی: استفاده از منابع مالی دیگران اعم از شخص حقیقی و یا حقوقی برای طرح و پیگیری دعا، ضمانت اجرای قانونی ندارد. بنابراین با فرض اثبات این موضوع هیچ‌یک از تأمین‌کننده و تأمین‌شده تخلفی از قانون مرتکب نشده‌اند و ضمانت اجرایی خاصی در مورد آن‌ها وجود ندارد.

ج) تحلیل آثار تأمین مالی: مستند به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه صرفاً به موضوعاتی رسیدگی می‌نماید که یکی از طرفین دعا مطالبه کرده باشد. این مطالبه نیز دارای تشریفات قانونی خاصی است. به‌عنوان مثال افزایش خواسته، تغییر آن و یا تغییر نحوه دعا تنها در صورتی از خواهان پذیرفته می‌شود که منطبق با ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی باشد. بر این اساس، رسیدگی به درخواست‌ها و یا ادعاها در فرایند قضایی باید منطبق با قالب و تشریفات قانونی باشد و این موضوع که در پس پرده طرفین دعا با استقلال نظر خود اتخاذ تصمیم کرده‌اند و یا به ترغیب و تشویق شخصی دیگر مانند تأمین‌کننده چنین کرده‌اند تأثیری از نظر بررسی حقوقی و اعتبار موضوع نخواهد داشت. به دیگر سخن، نباید پنداشت اقدامات قضایی که صرفاً از طرفین دعا و با تشریفات قانونی قابل طرح است اگر بدون دخالت شخص ثالث انجام شده باشد، معتبر و در غیر این صورت بی‌اعتبار است. چنین تحلیلی نه با ضوابط قانونی سازگار است و نه در عمل شرایط تحقق خواهد داشت. زیرا پذیرفتن این معیار، وارد کردن انگیزه‌های شخصی در تحلیل اعتبار درخواست‌های طرفین در دادرسی است که با اصول حقوق دادرسی ناسازگاری تام دارد.

به عنوان مثال مستند به ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی هریک از طرفین می توانند در هر مرحله از دادرسی درخواست سازش نمایند. آنچه مسلم است اینکه تحقق سازش نیازمند موافقت طرفین است. حال اگر با ضوابط موجود یکی از طرفین رضایت به سازش نداشته باشد، حتی اگر اثبات شود این عدم رضایت بنا به مشورت طرف دعوا با تأمین کننده مالی دعوا است، آیا می توان به واسطه اینکه یکی از طرفین تحت تأثیر شخصی خارج از دعوا با سازش مخالف است، او را به سازش اجبار نمود؟ آیا عملاً بررسی انگیزه های شخصی افراد برای تصمیماتی که در فرایند دادرسی اتخاذ می نمایند، امکان پذیر است؟

به عنوان نمونه دیگر می توان طرح دعوی واهی را ذکر کرد؛ مستند به ماده ۱۰۹ طرح دعوی واهی این حق را به خواننده می دهد که از دادگاه تقاضای صدور قرار تأمین دعوی واهی نماید. دادگاه نیز با توجه به نوع، وضع دعوا و یا سایر جهات اگر چنین تقاضایی را موجه بداند اقدام به صدور قرار خواهد نمود. در این وضعیت نیز صرف وجود تأمین مالی و اثبات آن، الزاماً به معنی واهی بودن دعوا نیست. زیرا ملاک واهی بودن یا نبودن دعوا وجود علل توجیه گر قانونی و مدلل بودن دادخواست است اعم از اینکه هزینه دادرسی را خود شخص فراهم کرده باشد و یا از تأمین مالی بهره مند شده باشد. بر اساس مراتب فوق، به نظر می رسد اگر قانون گذار در مورد آثار بهره مندی از تأمین مالی دعوا، آن هم در زمینه بروز تعارض منافع در دادرسی دارای نگرانی است چاره ای جز تصریح به معتبر بودن این نهاد حقوقی و سامان دادن فعالان این عرصه، به ویژه در صورتی که در قالب مؤسسات حقوقی و یا شرکت های تجاری فعالیت می نمایند ندارد (وکیلان و درخشان، ۱۳۹۹: ۲۷۳). هر نوع اعلام بی اعتباری و یا خلأ قانونی در این موضوع، علاوه بر محروم ماندن از مزایای استفاده از این قالب حقوقی، به افشا نشدن رابطه و عدم امکان مدیریت صحیح آن منجر خواهد شد که در آینده تبعاتی غیر قابل پیش بینی برای نظام حقوقی ایران در پی خواهد داشت. تنها از این طریق است که تأمین مالی دعوا، به عنوان ابزاری در راستای ارتقا و توسعه خدمات قضایی قلمداد می شود (حبیبی درگاه، ۱۳۹۹: ۶۰) و در عین حال زمینه سوء استفاده از آن مسدود خواهد شد.

نتیجه

تأمین مالی دعوا مصداقی از سرمایه گذاری در تسهیل استفاده از خدمات حقوقی است که به نظر می رسد با توجه به سودآوری و کسب منافع قابل توجه، مورد استقبال فعالان اقتصادی در تمام نظام های حقوقی واقع خواهد شد. در اغلب کشورها در راستای استفاده از مزایای این روش، مدیریت و کاهش تبعات منفی آن، قانون گذاران با پذیرش برخی محدودیت ها، اعتبار آن را پذیرفته اند. پیشنهاد می شود در قانون آیین دادرسی مدنی بر این امر تصریح گردد که دخالت اشخاص ثالث

در دادرسی غیرقانونی است و هر نوع مداخله تأمین‌کننده در فرایند دادرسی ممنوع بوده و مصداق نقض قانون خواهد بود. بر این اساس تنها آن نوع تأمین مالی دعا معتبر محسوب می‌شود که به‌صورت غیرفعال و با تصریح به عدم امکان دخالت ثالث در دعا منعقد شده است.

بر اساس تحلیل‌های ارائه‌شده در این مقاله به نظر می‌رسد ماهیت قرارداد تأمین مالی دعا مستقل است و اگر در قالب تصدی‌گری تأمین‌کننده منعقد شود، مصداقی از اعمال تجاری قلمداد می‌شود. قانون‌گذار از نظر دادرسی و در راستای جلوگیری از بروز تعارض منافع می‌تواند هریک از طرفین دعا را به افشای اطلاعات در مورد استفاده از تأمین مالی و تعیین منبع فراهم کردن هزینه‌های دادرسی الزام نماید. ضمانت‌اجرای عدم افشا که می‌تواند در قالب یکی از ایرادات دادرسی هم صورت‌بندی شود، نیازمند تصریح قانونی است.

همچنین پیشنهاد می‌شود تمام مؤسسات حقوقی و یا هر نوع شرکت تجاری ارائه‌کننده خدمات متناسب در صورت سرمایه‌گذاری در دادرسی ضرورتاً مراتب را اعلام نماید. این امر از یک‌سو می‌تواند زمینه متناسب شفافیت قضایی را فراهم آورد و از سوی دیگر اطلاعاتی مناسب جهت دریافت مالیات از فعالان اقتصادی در این عرصه را در اختیار مراجع ذی‌صلاح قرار دهد. وجود هر نوع زمینه تعارض منافع احتمالی که زمینه‌ساز بروز موانعی جهت دادرسی عادلانه می‌شود نیازمند تدبیر حقوقی قانون‌گذار است. به‌عنوان مثال اگر قاضی از سهام‌داران و شرکای شرکتی باشد که در دعا اقدام به تأمین مالی کرده است، موضوع باید از مصادیق رد دادرس محسوب شود. همین تکلیف باید در مورد وکلای نیز تصریح گردد. افزایش تعداد فعالین در این موضوع می‌تواند با تحقق رقابت بین آن‌ها برخی از آثار منفی و تبعات احتمالی آن را کاهش دهد. به‌ویژه در مورد تحمیل شرایط ناعادلانه به متقاضی تأمین مالی در فرضی که توازن قدرت معاملاتی وجود ندارد.

ضوابط طرح دعوای واهی و ایدائی در قانون دادرسی مدنی ایران ضعیف و ناکارآمد است. ضروری است علاوه بر اصلاح وضع موجود، در صورتی که تأمین‌کننده هزینه چنین دعوای را فراهم آورد با ضمانت‌اجرای متناسب قانونی مانند لغو مجوز همراه با جریمه نقدی مواجه شود.

پذیرش اعتبار و رواج تأمین مالی دعا، نگرانی مربوط به هزینه‌های دادرسی را مرتفع می‌سازد. اما سایر علل توجیهی استفاده از روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف مانند سرعت و یا تخصصی بودن رسیدگی همچنان زمینه استفاده از این شیوه‌ها را فراهم می‌آورد. بنابراین تأمین مالی دعا به حذف یا متروک شدن روش‌های جایگزین منجر نخواهد شد.

منابع

فارسی

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصرشناسی، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، الفارق، جلد چهارم، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۹)، «مفهوم اصل دسترسی آسان به دادگستری و جلوه‌های آن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- شمس، عبدالله و زیور دواشی (۱۴۰۰)، «چالش‌های ناشی از تأمین مالی هزینه‌های دادخواهی توسط ثالث در سیستم قضایی، آمریکا، انگلستان و ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، شماره ۹۳.
- شیروی، عبدالحسین و اعظم انصاری (۱۳۹۸)، «چالش تعهد بر افشاء در تأمین مالی و هزینه‌های داوری تجاری بین‌المللی توسط ثالث»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۱، شماره ۴.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، عقود معین، جلد اول، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مهتاب‌پور، محمد کاظم (۱۴۰۰)، «مبانی مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در فقه اسلامی و حقوق ایران با مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- نژندی‌منش، ۱۴۰۰ هیبت الله و وحید بذار (۱۴۰۰)، «تأمین هزینه‌های داوری از سوی شخص ثالث»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۱، شماره ۱.
- وکیلان، حسن و داوود درخشان (۱۳۹۹)، «راهکارهای پیشگیری و مدیریت تعارض منافع در نظام قضایی با رویکرد تطبیقی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.

عربی

- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۳۱)، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، چاپ اول، بیروت: دار ابن حزم.
- بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، جلد پنجم، چاپ اول، قم: الهادی.
- بحرانی، یوسف ابن احمد (۱۴۰۵)، حقائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد بیستم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلّی، حسن ابن یوسف (۱۴۱۲)، تذکره الفقهاء، جلد سیزدهم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت.
- حلّی، نجم الدین جعفر (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد دوم، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
- طوسی، ابن حمزه (۱۴۰۸)، الوسیله الی نیل الفضیله، چاپ اول، قم: مکتب آیت الله مرعشی نجفی.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۰۹)، حاشیه شرایع الاسلام، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد سوم، چاپ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- کرکی، علی ابن الحسین (۱۴۰۹)، رسائل، جلد اول، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مصطفوی، سید محمدکاظم (۱۴۲۳)، فقه المعاملات، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۱۶)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد بیست و پنجم، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

انگلیسی

- Avraham, Ronen (2014), "Third-Party Litigation Funding - A Signaling Model", **DePaul Law Review**, Vol. 63 (2).
- Beisner, John, Miller Jessica & Rubin, Gary (2009), "Selling Lawsuits, Buying Trouble, Third-Party Litigation Funding in the United States", **U.S Chamber Institute of Legal Reforms Work paper**, No. 009.
- Burch, Elizabeth (2016), "Financing Issue Classes: Benefits and Barriers to Third-Party Funding", **New York University Journal of Law and Business**, Vol. 12 (3).
- Chen, Wenjing (2019), "An Economy Analysis of Third-Party Litigation Funding" **U.S –China Law Review**, Vol. 16.
- Clickman, David (2016), "Embracing Third Party Litigation Finance", **Florida State Law Journal**, Vol. 43.
- Cord, Stephen (2017), "Getting Trust Fund Lawyers under Control: Using Third-Party Litigation Financing and the Litigation Budget to Maximize Litigation Trust Funds", **Business & Bankruptcy Law Journal**, Vol. 4:2.
- Cummings, Daniel (2017), "Third-Party Litigation Financing: Legal and Ethical Issues & Proposals for Mandatory Disclosure", **Nebraska Lawyer**, Vol. 20 (5).
- De Mot, Jef, Faure, Michael (2016), "Third Party Financing and Litigation Expenditures", **Journal of Law & Business**, Vol 13.
- Faure Michael & Mot Jef (2012), "Comparing Third-Party Financing of Litigation and Legal Expenses Insurance", **Journal of Law, Economics & Policy**, Vol. 8 (3).
- Garner, Bryan (2009), **Black's Law Dictionary**, Thomson Reuters, First Edition.
- Harrington, Stroble (2020), "Champerty, Usury and Third Party Funding Litigation", **the Brief Law Journal**, Vol. 49.
- Hylton, Keith (2011), "Economics of Third Party Financed Litigation", **Journal of Law, Economics & Policy**, Vol. 8:3.
- Hylton, Keith (2014), "Toward a Regulatory Framework for Third-Party Funding of Litigation", **DePaul Law Review**, Vol. 63, No.2.
- Lyon, Jason (2010), "Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation", **UCLA Law Journal**, Vol 58.
- Lysaught, Geoffrey, Hazelgrove, Scott (2012), "Economic Implications of Third-Party Litigation Financing on the U.S. Civil Justice System", **Journal of Law, Economics & Policy**, Vol. 8, No. 3.
- Morpurgo, Marco (2011), "a Comparative Legal and Economic Approach To Third-Party Litigation Funding", **Cardozo International & Comparative Law Review**, Vol. 19.
- Petrus, Jonathan (2009), "Legal and Ethical Issues Regarding Third Party Litigation Funding", **Los Angeles Lawyer**, Vol. 32.
- Popp, Austin (2019), "Federal Regulation of Third-Party Litigation Finance", **Vanderbilt Law Review**, Vol. 72: 2.
- Richey, Joshua (2013), Tilted Scales of Justice - The Consequences of Third-Party Financing of American Litigation, **Emory Law Journal**, Vol. 63 (2).
- Schacknow, Jeffrey (2017), "Applying the Common Interest Doctrine to Third Party Litigation funding", **Emory Law Journal**, Vol. 66.
- Shamir, Julia (2016), "Saving Third-Party Litigation Financing", **Northwestern Interdisciplinary Law Review**, Vol. IX.
- Shannon, Jeffrey (2014), "Applying the Common Interest Doctrine to third Party Litigation Funding", **Emory Law Journal**, Vol. 66.

- Shannon, Victoria (2014), "Third-Party Litigation Funding and the Dodd-Frank Act, 16 Transactions", **The Tennessee Journal of Business Law**, Vol. 16 (1).
- Shannon, Victoria (2015), "Harmonizing Third-Party Litigation Funding Regulation", **Cardozo Law Review**, Vol. 36 (6).
- Shepherd, Joanna (2012), "Ideal versus Reality in Third-Party Litigation Financing", **Journal of Law, Economics & Policy**, Vol. 8 (3).
- Stroble, Joseph & Welikson, Laura (2020), "Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments", **Defense Counsel Journal**, Vol. 87 (1).
- Veljanovski, Cento (2012), "Third Party Litigation Funding in Europe", **Journal of Law, Economics & Policy**, Vol. 8.
- Wendel, Bradley (2017), "Are There Ethical Pitfalls in the Use of Third-Party Litigation Financing", **ADVOCATE**, Vol. 80.

**A Study on The Principles & Challenges of Litigation
Financing
With an Explanation for The New Approaches to The Iranian
Law**

Mohammad Hosein Vakili Moghadam*

Assistant Professor, Department of Law, Hazrat Masoumeh University, Qom, Iran

Abstract

It is commonly assumed that the costs of litigation are provided by the parties. However, the increase in litigation costs, and the need to manage the risk of litigation along with self-interest and earning profit, has also led to the emergence and spread of investment in litigation. Under a process called "litigation financing", a third party pays costs to receive a profit in the event of successful litigation, without relinquishing the right or transferring the litigation. Despite the advantages of this method, concerns have been raised about its adverse consequences on litigation. This article, through an analytical study of the nature and effects of litigation financing, seeks to answer the question of whether the nature of this legal entity is valid or not. And how can we take advantage of it and reduce its negative consequences? What can be accepted is that the financing of litigation is valid and its use will bring benefits to the Iranian legal system, but in order to manage it properly, it is necessary for the legislator to use the experiences of other systems before the popularization of this legal institution. The article brings up the main issues that should be considered in the legal regulation of litigation financing.

Keywords

Cost of Litigation, Investment in Litigation, The Contract of Litigation Financing, Risk Management of Litigation

* Email: mh_vakili@yahoo.com

The Jurisdiction of The Supreme Court in Prosecuting The President for His/Her Violation of Legal Duties; Challenges & Solutions

Mahdi Moradi Berelian*

*Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Sciences,
Mazandaran University, Babolsar, Iran*

Mohammadhasem Tanghestani

*Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law and
Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran*

Abstract

One of the necessities of the rule of law at the level of political institutions is to provide enforcement guarantees for violations of laws by political authorities. The Iranian constitution has tried to meet the aforementioned necessity by providing various mechanisms for the responsibility of the president. Despite the possibility of the president being tried before the Supreme Court for violating his legal duties under Article 110 (10) of the Constitution, Iran's constitutional system is both doctrinaire and procedurally poor. Based on this, the current research tries to pay attention to the comparative constitutional law approaches, identify the existing challenges and provide solutions to solve them, using the descriptive and analytical method and through legal historical genealogy, a step in the direction of enriching the doctrines of the constitutional rights in relation to the president's responsibility before the court. The Supreme Court of the country should take it and provide the ground for creating and strengthening the procedure in this regard. This study seeks to answer the following questions: In the current legal system, what are the ambiguities and challenges of identifying and applying the jurisdiction of the Supreme Court? And has the jurisdiction any legal and political justification and desirability? Research findings show that not enough laws have been passed to implement this responsibility, the generality of the constitutional provision on the violation of the president, ambiguity in the competence of the Supreme Court and the General Courts of Justice in exercising this responsibility and the abandonment of the implementation of the first part of the aforesaid paragraph in the Constitution are among the notable challenges in this regard. Amending the constitution and adjusting the president's responsibility to the Supreme Court and passing the necessary laws to put in place should be considered as a solution by the Iranian legal system policymakers.

Keywords

Legal Responsibility, Judiciary Incompetency, Dismissal of President, Judicial control, Constitution

* Email: moradiberelian@gmail.com (Corresponding Author)

Taxation of The Right to Assign a State & Its Legal Aspects

Hossein Abdollahi*

*Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Shahid University,
Tehran, Iran*

Abstract

Taxation of the right to assign a place is one of the topics of tax law that has received less attention on its legal aspects. The existing legal definition of the "right to assign the place and its instances" is faced with the two problems "ambiguity and imperfection" and therefore, in this article, an attempt has been made to provide a comprehensive definition of these examples. Also by following the sources of tax law, five conditions were extracted for the "realization of the transfer of the right to assignment", which must be met in order to include this type of tax. Regarding the "method of transfer of the right to assignment", this is not limited to transfer through official documents and the transfer is also realized with ordinary documents. Also, in order to determine the "time of taxation", the "agreement of the parties to transfer the right" should be considered as a criterion, and in "determining the taxable income", the "customary price of the right to assign the place" is generally used as a criterion for tax officials; a method that is not only a cause of financial indiscipline, but can also be criminal and corrupting, so alternative solutions have been proposed in this case. The method used in this research is descriptive-analytical and attention to the latest "tax regulations" in addition to the votes issued by the "supreme tax council", "general assembly, specialized committees and branches of the court of administrative justice" has been considered in this study.

Keywords

Economic Law, Tax Law, Direct Taxes, Income Tax, The Right to Assign a State

* Email: h.a8314@yahoo.com

Differentialisation of Legal Persons Criminal Procedure; Necessity, Principles & Conditions

Sayyedyaser Ziyaei Chahgahi*

*PhD in Criminal Law and Criminology, School of Judicial Law, University of
Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran*

Alirezaziyaei Jamshidi

*Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of
Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran,
Iran*

Mohammad Ashouri

*Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and
Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran*

Abstract

Differential proceeding has different aspects and objectives. Despite completing the general rules of criminal procedure and eliminating the insufficiencies, this model of criminal procedure may have some other objectives such as orbital security, increased punishment in some special cases, the consideration of legal persons, the protection of human personality in the criminal process and effective confrontation with new forms and methods of committing a crime. The subject of this study is to analyze the necessities and principles in this field and to present specific criteria for investigating a legal person's crimes in accordance with the analytical-descriptive method. Some of the necessities of this differentiation include the guarantee of rights of the parties of the case, the consideration of changes in committing crime practices, the prediction of appropriate tools for the criminal process, the structural differences of a legal person compared to a natural person, and the principle of equal weapons. considering the innocence principle and exceptional acceptance of the criminal responsibility of legal persons forms the important legislative basis for regulation in this type of procedure. A correct insight from criminal justice practitioners and other active practitioners of these principles plays an effective role in the interpretation of the law, fair trial achievement and the protection of the rights of individuals and society. The temporal and spatial unity of crime, a commonality in the charge between the legal representatives and the legal person and the similarity between the reference and the judicial authority is the common rules of this kind of proceeding. However, predicting the explanation of charges, particular criminal guarantee votes, derivative and exceptional criminal responsibility for legal persons, a different punishment regimen and the right to protest and an independent defence against judicial decisions and opinions are considered specific rules of a legal person's proceedings.

Keywords

Legal Person, Legal Representative, Derivative Criminal Responsibility, Differential Criminal Procedure

* Email: yaserziyaei@gmail.com (Corresponding Author)

A Study on Regulating the Acceptance of Electronic Evidence; Focusing on The Iranian & American Legal Systems

Naser Alidoosti Shahraki

*Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Judicial Law,
University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran*

Ali Keshavarz*

*Senior expert in the law of documents and commercial contracts, Faculty of
Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran,
Iran*

Alireza Sadegh Asl

*Senior expert in the law of documents and commercial contracts, Faculty of
Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran,
Iran*

Abstract

The development of electronic technology has led to the growth of economic and social relations in the context of electronic exchanges. Along with these Developments, the issue of ownership and validation of electronic documents and evidence has become more complex; therefore, it may not be possible to update the rules in each case of the advent of technology. Therefore, standardization for the attribution and accuracy of electronic evidence can provide the flexibility to update it. This issue needs to be met to assess the validity of electronic evidence. In Iranian law, the e-commerce law and the cybercrime law sporadically refer to some of these criteria, which include secure methods and safe methods as part of them. But what has been neglected is two issues: The separation of the authenticity of the document by the judiciary as a general procedure for proving security and authentication by an IT specialist as a specialized procedure. It is noteworthy that Assessing specialized procedures of proof by methods of assessing the method can be a step to improve the knowledge of the judge by the judicial authority by training and qualifying. With the research that was done, the use of the Lorraine standard and the examples of Article 901 of the Federal Evidence Law for the validity of general methods of proof and the use of the Daubert standard and the examples of Article 902 of the said law for measuring expert and self-help methods are introduced. On the other hand, due to the lack of separation of general and specific criteria in the Iranian Electronic Commerce Law, the defect of paragraph 2 of Article 2 governing paragraph 4 of paragraph H of the said Article and the need to separate it as an innovative research achievement to advance the knowledge of the judge is effective.

Keywords

Electronic Evidence, Authentication, Secured Data-message, Uncitral, IT Expert

* Email: ali.keshavarzghaza26@gmail.com (Corresponding Author)

The Effect of Cognitive Biases on The Quality of Justice In The Decision-making of Criminal Courts Judges

Zahra Sakiani*

*PhD student of Criminal Law and Criminology, School of Law and Political
Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

Seyyedabbas Vaezi

*PhD student of Criminal Law and Criminology, School of Law and Political
Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

Abstract

It is obvious that a large part of the quality of a judicial system depends on the quality of the decisions that judges make. Even judges with high experience and knowledge may make some mistakes, but it is expected that judges do not make systematic mistakes. However, despite the fact that, based on the results of some studies in the field of behavioural economics, in various parts of judicial decision-making, including discovering the facts of the case, assigning criminal responsibility, and especially determining the punishment for criminals, there may be factors that influence the decision-making of judges, which from a normative and logical point of view should not be. Behavioural economics is a branch of economics that tries to make economic assumptions more realistic by using sciences such as psychology and sociology. So describing judicial decisions by using cognitive biases make it closer to the field of criminal sociology and judicial psychology. Recognizing that factors beyond legal issues can influence judicial decisions and judges' behaviours provides the basis for interdisciplinary approaches to explaining judicial decisions and judges' behaviour. This descriptive-analytical article seeks to explain the above factors and identify possible solutions to improve judicial decisions and increase judicial justice. The proposed solutions can be summarized in the form of in-service training of judges and a more appropriate architecture of decision-making structures.

Keywords

behavioural Economics, Cognitive Biases, Judicial Decision-making, Criminal Justice

* Email: z.sakiani@jri.ac.ir (Corresponding Author)

The Operational & Judicial Challenges of Decarceration in Iranian Criminal Policy

Eshagh Rasuli Amirhajlu*

PhD student of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran

Shahram Ebrahimi

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, School of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran

fazlallah Forughi

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, School of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran

Abstract

Criminologists have long used every opportunity to warn criminal policymakers about the adverse health, criminological, moral and social consequences of incarceration. However, considering the abovementioned costs and adverse effects in Iran's judicial system, decarceration has been given priority, especially for minor crimes and criminals without a criminal record; but its implementation in practice faces several judicial and operational challenges. In this paper, the judicial and operational challenges of decarceration are examined in light of court rulings, using an analytical-descriptive method. The obtained findings indicate that the most important identified challenges are the frequency of criminal cases, sustainable incarceration-oriented culture among judges, lack of proper infrastructure, unprepared accepting bodies and the society incarceration-centred public culture, respectively. Some of the proposed solutions to cope with the current situation are: Changing the culture of incarceration among judges by providing a proportionate execution guarantee; increasing the supreme judicial authority's attention to the equipment needed to implement this policy in such a way that the statistics-oriented procedure of the judiciary does not distort the decarceration policy; monitoring the performance of judges in terms of adherence to macro-judicial policies in the field of community-based punishments; real and continuous monitoring of how to file Personality Record; improving the level of knowledge of judges by holding continuous training courses; upgrading the level of hardware and software facilities for applying non-custodial sentences and increasing the awareness of relevant institutions, regarding their rights and duties and reforming the culture of public punishment.

Keywords

Criminal Policy, Decarceration, Incarceration, Prison

* Email: eshaghrasuli@yahoo.com (Corresponding Author)

Processes & Challenges of Implementing The verdicts of Labor Dispute Resolution Authorities In the Iranian Judicial System

Morteza Rostami

PhD in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Mohammad Rostami*

PhD student of private law, School of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran

Abstract

In Iran's legal system, according to Article 166 of the Labour act (enacted 1990), the verdicts of labour dispute resolution authorities must be implemented in the Judiciary by the Civil Judgments Enforcement Unit. Although the general process of enforcing these verdicts is set out in acts, including the Civil Judgments Enforcement Act (enacted 1977) and the Enforcement of Financial Sentences Act (enacted 2015), the implementation of the verdicts of these authorities is sometimes accompanied by ambiguities and challenges; so those workers face difficulties in achieving their rights. The present article examines these ambiguities and challenges on the basis of descriptive and analytical methods. Its findings indicate the ambiguities in the process of implementing the most important rulings of labour dispute resolution authorities, including rulings on financial condemnations (including labourers' premiums and their salaries and benefits) and verdicts on non-financial condemnations (including verdicts to return to work) has led to the emergence of various procedures in the enforcement units of civil judgments of the judiciary. In addition, the implementation of these verdicts in practice is associated with several challenges, some of which are: Ambiguity in verdicts, the employer's financial inability (whether insolvency or bankruptcy), the employer's refusal to implement the verdict and the Social Security Organization's refusal to implement the verdicts on premium.

Keywords

Worker, Employer, Final Decision, Salary & Benefits, Return to Work, Implementation of Civil Orders

* Email: rostami205@yahoo.com (Corresponding Author)

The Need to Recognize Self-help in Modern Law, Focusing on Intellectual Rights

Abdollah Rajabi*

Assistant Professor, Department of Private Law, School of Law, Farabi School, University of Tehran, Qom, Iran

SeyyedHosseyn Hosseyni

Master of Intellectual Property Law, School of Law, Farabi School of Tehran University, Qom, Iran

Abstract

In some cases of intellectual property law (especially in the digital world), public and formal protections arising from intellectual property rights are not able to fully guarantee the exclusive rights of rights holders. Self-help is a way that is well able to cover the shortcomings of formal systems that protect intellectual property and play a complementary role alongside formal institutions. The legitimacy of personal actions is limited to cases where there are grounds for exercising the right; therefore, any reciprocal and retaliatory action is illegitimate due to the lack of grounds for exercising the right. Of course, protecting the right through personal action is not immune. Lack of restraint in the implementation of personal actions can make it a means for the right holders to abuse their rights and endanger the public interest and peace. Therefore, it is necessary for legal systems to always consider the balance between the public interest and the interests of right holders and to make it a tool in order to respect rights by targeting personal actions.

Keywords

Self-help, Intellectual Property Rights, Cyberspace, Legal Justification, Formal Protection of Rights

* Email: rajabya@ut.ac.ir (Corresponding Author)

The Dialectic of The Reliability & Dynamics of Law in The Approach of The Theory of Legal Principles (With a Look at The Jurisprudence)

Morteza Jamali*

Judge, private law doctoral student, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Ghasem Mohammadi

Assistant Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

One of the main goals of any legal system is to regulate the social life of individuals and legal persons and, at the same time, to keep pace with the ever-changing developments of modern life. The realization of such a function, which on one hand requires stability in legal provisions and situations (as the predictability of the rights and duties of the subject of any legal system) and on the other hand, depends on keeping pace with new needs. It depends on the diversity of resources of each legal system. Examination of these sources indicates that the general legal principles have the greatest capacity to implement these two basic objectives. In fact, if the written law - as from the point of view of the positivists - is the only source of traditional law and bears all that is expected from law alone, the emergence of new legal branches and trends will increase legal ambiguities, contradictions and gaps more than The past revealed the necessity of paying attention to the general legal principles as a source of dynamism, which did not undermine the stability of the legal system and even seemed to be the basis of this stability. Therefore, the present study considers this neglected source in our country's law as a factor for the dynamics of law, while maintaining its strength and stability. In other words, cohesion and dynamics of the legal system can be realized in the approach of the theory of legal principles. The research method has been library with the study of Iranian judicial procedure.

Keywords

General Legal Principles, Law Cohesion, Positivism, Law Dynamics

* Email: morteza.jamali69@gmail.com (Corresponding Author)

Facilitate Causation in Medical Accidents; The Constructive Role of Iranian & French Judicial Proceedings

Abbas Karimi

*Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political
Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

Mohammad Hadi Javaherkalam*

*Assistant Professor, Department of Private Law, School of Law and Political
Sciences, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran*

Abstract

In this article, the facilitation of causation in medical accidents has been studied comparatively in Iranian and French law with an emphasis on the jurisprudence of the two countries. The purpose of this study was to show the constructive role of French judicial procedure in the evolution of the legal system of this country and to provide constructive solutions to facilitate causation in medical accidents and to use the solutions provided for the Iranian legal and judicial system. By descriptive-analytical research method and by studying jurisprudence, it was concluded that French courts have facilitated the causal relationship by using the presumption of attribution of damages or causality, the negation of other causes, equality of causes and conditions and the theory of loss of opportunity. The jurisprudence of our country has also used some of these solutions, although in a more limited way and mainly in the case of infected blood. However, further use of these legal solutions is necessary in our country to establish a causal relationship in various areas of medical accidents and compensation of victims. Therefore, the use of these solutions as a judicial authority is proposed to the courts.

Keywords

Loss of Opportunity, Equality of Conditions, Medical Accidents, Bodily Injury, Causation Relationship, Presumed Causation, Proof Theory by Elimination of Other Causes

* Email: dr.javaherkalam@yahoo.com (Corresponding Author)

Gender & Legal Interpretation

Reza Pourmohammadi*

PhD student of private law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Mohammad Mahdi Yousefi

PhD student of clinical psychology, Faculty of Psychology and Educational Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

Although the focus of judicial decisions is on laws and evidence, other factors also play crucial roles. Judges' gender is one such factor hypothetically influencing judicial decision-making. The present study seeks to determine whether, based on statistical and empirical evidence, a correspondence can be detected between the judges' gender and their judicial decision-making. Using the descriptive-analytical method, the present study tries, first, to achieve a coherent understanding of this issue by analyzing the research already carried out on the judges' gender and, in the next step, to provide solutions to control –or at least minimize– the unconscious impact of gender on decision-making. The solutions presented in this research fall into two categories: personal strategies and structural strategies. In the first category, we try to provide recommendations to strengthen cognitive powers, while in the second, we will suggest ways to minimize the impact of judges' gender by structurally reforming the judiciary system.

Keywords

Judicial Decision-making, Judicial Psychology, Legal Interpretation, Legal Feminism, Legal Realism

* Email: r_pourmohammadi@sbu.ac.ir (Corresponding Author)

Shareholders' Claims for Reflective Loss in Corporate Law

Mohammad Ali Bahmaei*

*Assistant Professor, Department of International Trade Law, School of Law,
Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Mohammad Reza Narimani Zamanabadi

Master of Private Law, School of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

Shareholders' claims for reflective loss, also called indirect claims, are a certain type of shareholder lawsuit in corporate law. Reflective losses are those damages incurred by shareholders of a company in the form of devaluation of their shares resulting from losses sustained by the corporate entity. Whether a shareholder is allowed to seek compensation for such devaluation by bringing direct action against the wrongdoer is the main question this paper addresses. The article attempts to answer the question in light of corporate law and civil liability principles. In doing so, reflective loss claims are analyzed after a brief review of other types of shareholders' claims and by reference to common law and civil law jurisprudence. The article also examines the feasibility of such claims under Iranian law. The article also reviews the UK Supreme Court's decision in *Sevilleja* dated 15 July 2020 as the latest judicial development concerning reflective loss. The article concludes that these damages are barred under major legal systems and also under Iranian law.

Keywords

Reflective Loss, Shareholders' Claims, Corporate Law, Derivative Claims, Indirect Claims, Proper Claimant Rule

* Email: bahmaei@hotmail.com (Corresponding Author)

The Conditions of Being the Claim Against The Heir in Shia'h Jurisprudence And Their Identification Solutions in Iranian Law

Ehsan Bahrami*

PhD student in private law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Sayyed Amin Pishnamaz

PhD student in private law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Amir Zare

Master of Private law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Abstract

The claim is considered against the defendant when the court can consider the judgment against the defendant, assuming that the plaintiff's claim is true. This statement is effective in a lawsuit with the same respondent and defendant. However, its effectiveness in the claim against the deceased is questionable; because in this claim, the plaintiff's claim is against the deceased and the defendant is a person other than the deceased, ie his heir. Hence, the question is «how can we identify the claim against the heir in such a lawsuit?» In this article, an attempt is made to provide an answer to this question by the library and field methods. In this regard, by searching the opinions of Shia'h Jurisprudents, it is observed that they have considered some conditions necessary for the claim against the heir. In this article, while reviewing these views, which have been discussed below regarding the conditions for taking the oath to the heir, the hypothesis is strengthened and proved that the relationship between the conditions for being the claim against the heir and the conditions for taking the oath to him is general and peculiar in some respects meaning that by proving three conditions including death, remaining the estate, and the inheritance relationship between the decedent and the defendant, the claim is against the heir. In Iranian law, in addition to accepting the need to prove the foregoing conditions to be the claim against the heir, an inheritance certificate as a way to detect the death and the relationship of inheritance between the deceased and the defendant and the rules on acceptance and non-repudiation of inheritance as a way to detect remaining of the estate is identifiable.

Keywords

Attention of The Claim Against The Heir, Claim, Estate, Death, Heir, Decedent

* Email: e_bahramy@sbu.ac.ir (Corresponding Author)

Distribution of Civil Liability According to The Degree of Impact in Traffic Accidents Based on Articles 526 & 528 of The Islamic Penal Code

Alireza Omidian*

*Judge, private law doctoral student, Razavi University of Islamic Sciences,
Mashhad, Iran*

Hassan Vahdati Shobeiri

*Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of
Qom, Qom, Iran*

Mohammad Ali Saeidi

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

Abstract

Noticing that the traditional view of responsibility for compensation in traffic accidents has not met the current needs of society, the legislator in 2014 by approving the Islamic Penal Code and placing the rule of citation as the basis of legislation, made provisions in line with the implementation of justice and in accordance with the global legal systems. One of the rules ratified in this law is article 526 in which the decree of liability distribution in terms of impact degree has been issued by passing the general opinion of jurists and article 332 of civil law in cases of equality of accessory and perpetrator. On the other hand, in Article 528 of the same law, in the discussion of accidents, it is decided to divide the responsibility equally, ignoring the degree of impact. It seems that there is a partial relationship between these two and the meeting point is the assumption of attendance of the accessory and perpetrator of the accident at the same time, which is included in both articles. The question that comes to mind is which of these two is dominant? This study with a descriptive-analytical library method concluded that if there is equality of accessory and perpetrator in accidents, article 526 is dominant and liability distribution should be issued between them in terms of impact degree. But the application of article 528 cannot be ignored in other ratios according to the juridical tradition of the issue.

Keywords

Cause & Control Unity, Traffic Accidents, Distribution of Responsibilities, Degree of Impact

* Email: alirezaomidian1993@gmail.com (Corresponding Author)

A Legal Approach to The Concept & Nature of Taxes Approved by Local Councils

Vali Rostami

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

Seyyed Mohammad Mehdi Ghamami

*Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Islamic Studies and
Law, Imam Sadegh (AS) University, Tehran, Iran*

Amirhossein Aslezaeim*

*PhD Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadegh (AS)
University, Tehran, Iran*

Abstract

The nature of local council taxes is not explained in any of the relevant laws and regulations, despite the precedent of Approval, the amounts paid to the government and its direct connection with public rights. As a result, various inferences have been made from this concept, and many tensions have been created between legislators and taxpayers, and a major capacity and power of regulatory bodies have been engaged in this issue. Also, the requirements explained in the lawsuits of the Judicial Oversight Body of the Administrative Court of Justice have not been sufficiently deterrent in reforming this process. Therefore, in line with the answer to the question of what is the concept and the nature of taxes approved by local councils in Iran's legal system, with a descriptive-analytical method and by analyzing similar concepts and trends in legal documents and decisions of the Administrative Court, the nature of local taxes as a concept corresponding to the presentation Direct service to the same source of collection of taxes at the same time or in the context of time before receiving and after receiving taxes, and we found that the element of service is an inherent basis of this nature that the approval of taxes, its sources and place of expenditure is linked to it and in case of non-compliance with the elements of the definition, basically, the imposition of taxes is distorted.

Keywords

Nature of Taxes, Mutual Service, Court of Administrative Justice, Local Taxes

* Email: amirhossein.zacim@gmail.com (Corresponding Author)

Taxation of The Right to Assign a State & Its Legal Aspects	N
Hossein Abdollahi	
The Jurisdiction of The Supreme Court in Prosecuting The President for His/Her Violation of Legal Duties; Challenges & Solutions	O
Mahdi Moradi Berelian, Mohammadghasem Tanghestani	
A Study on The Principles & Challenges of Litigation Financing With an Explanation for The New Approaches to The Iranian Law	P
Mohammad Hosein Vakili Moghadam	

Contents

A Legal Approach to The Concept & Nature of Taxes Approved by Local Councils	A
Vali Rostami, Seyyed Mohammad Mehdi Ghamami, Amirhossein Aslezaeim	
Distribution of Civil Liability According to The Degree of Impact in Traffic Accidents Based on Articles 526 & 528 of The Islamic Penal Code	B
Alireza Omidian, Hassan Vahdati Shobeiri, Mohammad Ali Saeidi	
The Conditions of Being the Claim Against The Heir in Shia'h Jurisprudence And Their Identification Solutions in Iranian Law	C
Ehsan Bahrami, Sayyed Amin Pishnamaz, Amir Zare	
Shareholders' Claims for Reflective Loss in Corporate Law	D
Mohammad Ali Bahmaei, Mohammad Reza Narimani Zamanabadi	
Gender & Legal Interpretation	E
Reza Pourmohammadi, Mohammad Mahdi Yousefi	
Facilitate Causation in Medical Accidents; The Constructive Role of Iranian & French Judicial Proceedings	F
Abbas Karimi, Mohammad Hadi Javaherkalam	
The Dialectic of The Reliability & Dynamics of Law in The Approach of The Theory of Legal Principles (With a Look at The Jurisprudence)	G
Morteza Jamali, Ghasem Mohammadi	
The Need to Recognize Self-help in Modern Law, Focusing on Intellectual Rights	H
Abdollah Rajabi, SeyyedHosseyn Hosseyni	
Processes & Challenges of Implementing The verdicts of Labor Dispute Resolution Authorities In the Iranian Judicial System	I
Morteza Rostami, Mohammad Rostami	
The Operational & Judicial Challenges of Decarceration in Iranian Criminal Policy	J
Eshagh Rasuli Amirhajlu, Shahram Ebrahimi, fazlallah Forughi	
The Effect of Cognitive Biases on The Quality of Justice In The Decision-making of Criminal Courts Judges	K
Zahra Sakiani, Seyyedabbas Vaezi	
A Study on Regulating the Acceptance of Electronic Evidence; Focusing on The Iranian & American Legal Systems	L
Naser Alidoosti Shahraki, Ali Keshavarz, Alireza Sadegh Asl	
Differentialisation of Legal Persons Criminal Procedure; Necessity, Principles & Conditions	M
Sayyedyasir Ziyaci Chahgahi, Alirezaziyaci Jamshidi, Mohammad Ashouri	



The Judiciary's Law Journal

Volume 86 / Issue 119 / 2022 Fall
(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, MohammadHasan Sadeghi
Moghadam, Abbas Ali Kadkhodae, Fazlolah Mousavi, Hossein
MirmohammadSadeghi

Senior Editor: Zahra Mashayekhi

English Text Editor: Mahdi Ebrahimi

Price: 2.000.000 Rials

Print ISSN: 1735-4358

Online ISSN: 2676-7198

Tel-Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: Law.journal1316@gmail.com