بسم الله الرحمن الرحیم

مجله حقوقی دادگستری

سال هفتاد و هشتم / شماره هشتاد و پنجم / بهار ۱۳۹۳

به موجب مجوز شمارهٔ ۳/۱۱۱۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲٤ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن‌آوری، مجلهٔ حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می‌باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیرمسئول: علیرضا امینی

سردبیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری‌پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری / محمدعلی اردبیلی / ربیعا اسکینی / نجادعلی الماسی / محمدجواد جاوید / سام سوادکوهی‌فر / جعفر کوشا / علی‌حسین نجفی ابرندآبادی

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام (ره)، بعداز خروجی اوین درکه، پژوهشگاه قوه‌قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۳۵۱۵- ۱۱۱۵۵

تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹- ۰۲۱

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

وب سایت: WWW.JLJ.IR

مطالب مندرج در مقالات صرفاً مبین نظریات نویسندگان آنها است .

راهنمای تدوین مقالات

ـ مقاله نباید بیش از سی صفحه یا کمتر از ده صفحه باشد.

ـ مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:

- ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیدهٔ انگلیسی در انتهای مقاله.
- ❖ کلید واژگان.
- ❖ نام و نام‌خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک.

ـ ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خارجی در پانویس هر صفحه.

ـ ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.

- ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع بلافاصله پس از ذکر اولیهٔ آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام‌خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ ـ در منابع لاتین، ذکر نام نام‌خانوادگی، نام کتاب، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار بلافاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام‌خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op .cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

ـ ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.

ـ مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.

ـ مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی‌شود.

ـ مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.

– مجله در ویرایش مقالات، آزاد است، مقاله، بازگردانده نمی‌شود.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه

◈**دفاع دام‌گستری، از مفهوم‌شناسی تا آثار** **۷**

عباس حسنی / حسنعلی مؤذن‌زادگان

◈**تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان** **۴۵**

سیدمحمدصادق طباطبائی / عباس کیانی

◈**قابلیت دادرسی حق بر تأمین اجتماعی؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلستان در پرتو اسناد بین‌المللی حقوق بشر** **۸۳**

زینب عصمتی / حسن کولیوند

◈**حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه در جمهوری اسلامی ایران** **۱۱۳**

علی‌اکبر گرجی اَزَندَریانی / مرتضی رضایی

◈**قانون و اعتبار زمانی آن با تأکید بر مفهوم و اوصاف قانون موقت** **۱۴۵**

اقبالعلی میرزایی

◈**مسئولیت‌مدنی اشخاص مراقب نسبت به اعمال افراد تحت مراقبت و لزوم توسعه آن با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه** **۱۷۳**

علیرضا یزدانیان

دفاع دام‌گستری، از مفهوم‌شناسی تا آثار

عباس حسنی*

حسنعلی مؤذن‌زادگان**

چکیده

عملیات دام‌گستری به معنای پهن‌کردن دام توسط مقامات قضایی، برای ارتکاب جرم یا تحصیل دلیل علیه اشخاصی است که موردنظر آنان هستند. این روش بیشتر در مورد مظنونان و تکرارکنندگان جرمی به کار می‌رود که به علت فقد ادله مناسب در جهت محکوم‌نمودن، امکان تعقیب کیفری آنان وجود ندارد و مأمورین اجرای قانون، با توسل به این عملیات، در صدد کشف یا اثبات جرم ارتکابی آنان هستند؛ هرچند استفاده از این روش درمورد سایر اشخاص غیرمظنون هم، واقعیتی غیرقابل‌اجتناب است.

حمایت از حقوق دفاعی متهمین از یک طرف و لزوم حمایت از حقوق اجتماع به‌صورت حفظ شأن و منزلت مقام قضا و دادگستری از طرف دیگر، موجب تحدید اختیارات مقامات قضایی درمورد توسل به این روش‌ها در کشف یا اثبات جرایم می‌شود. در همین راستا، دفاع دام‌گستری در حقوق کیفری به‌عنوان عاملی به نفع متهم مطرح می‌شود و مانع توسل مقامات قضایی به تحریک و خدعه در مسیر کشف و اثبات جرم می‌شود. ازآنجاکه این دفاع هنوز در برخی از نظام‌های کیفری من‌جمله حقوق کیفری ایران، جایگاهی پیدا نکرده است، اهمیت و ضرورت این مسئله اقتضا می‌کند که به بررسی، تشریح و تحلیل مفهوم، مبانی، قلمرو و آثار این دفاع در نظام‌هایی که به آن توجه شایسته مبذول داشته‌اند، پرداخته شود تا از این طریق، تجربه و آزمون و خطاهایی که این نظام‌ها در این مسیر به دست آورده‌اند، مورد استفاده قانونگذاران داخلی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: دام‌گستری، پرونده‌سازی، رفتار قانون‌شکنانه دولت، تحریک به جرم، زوال مسئولیت، بطلان دلیل.

---

* کارشناس‌ارشد حقوق‌جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامهٔ طباطبایی(نویسنده مسئول)

Amirabbas.hasani88@yahoo.com

** دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامهٔ طباطبایی

Moazenzadegan@gmail.com

مقدمه

دادرسی کیفری از مراحل مختلفی تشکیل شده است. وقوع جرم، نقطه آغاز این فرایند و اثبات جرم و بالتبع، محکوم‌نمودن فرد، نقطه پایان آن است. قدرت عمومی جامعه که منتخب مردم آن جامعه است، این فرایند رسیدگی و دادرسی را به مقامات دستگاه عدالت کیفری خود که متشکل از ضابطان دادگستری یا پلیس، قضات دادسرا و قضات دادگاه هستند، سپرده‌اند و از آنان انتظار دارند وظایف خود را به نحو احسن انجام دهند.

اما با عنایت به پیچیده‌ترشدن جرایم و بالارفتن هوش و درایت مرتکبان جرم، مخصوصاً مجرمین سابقه‌دار و تکرارکنندگان بزه، مقامات قضایی و انتظامی در اجرای وظایف خود با سختی و مشکل روبه‌رو می‌شوند چرا که ادله سنتی و متداولی که آنان می‌توانند مورد استفاده قرار دهند، توانایی رویارویی با این‌گونه جرایم و مجرمان را نخواهد داشت. توسل به عملیات دام‌گستری در مرحله وقوع یا اثبات جرم، یکی از شیوه‌هایی است که مقامات قضایی با دست‌یازیدن به آن، به یکی از مهم‌ترین اهداف خود می‌رسند یعنی کشف یا اثبات جرایمی که حتی خرد و کوچک‌ترین آن‌ها هم، درهرصورت موجب برهم‌زدن نظم عمومی جامعه می‌شود. لیکن استفاده از این روش، نه‌تنها با مهم‌ترین وظیفه مقامات قضایی، یعنی پیشگیری از جرم در تعارض قرار می‌گیرد، بلکه موجب تنزل شأن و منزلت آن‌ها نزد مردم جامعه هم می‌شود. حال آیا می‌توان با نادیده‌گرفتن حقوق فردی و دفاعی افراد جامعه، به مأمورین اجرای قانون، اجازه توسل به چنین اقداماتی را در مسیر کشف یا اثبات جرم داد؟ آیا ادله‌ای که از طریق تحریک، فریب و خدعه توسط مقامات قضایی به دست می‌آید، قابلیت استنادپذیری دارد؟ آیا مجازات شخصی که بر اثر تحریک و فریب مأمور اجرای قانون مرتکب جرم شده، مطابق با انصاف و عدالت قضایی است؟

با سیری در تاریخ کهن فعالیت‌های پلیسی مشاهده می‌شود که کشف جرم به روش دام‌گستری از دیرباز رایج بوده است. برخی از حقوق‌دانان اروپایی مصادیقی مبنی بر استفاده از این روش را در زمان شوالیه‌ها بیان کرده‌اند.[1] ابهام و تردید نسبت به جواز یا منع توسل به عملیات دام‌گستری در مرحله وقوع جرم یا تحصیل ادله ادامه داشت تا اینکه در سال ۱۸۸۸ در حقوق فرانسه، صراحتاً دام‌گستری مقامات قضایی در تحصیل ادله مورد توجه قرار گرفته و این عملیات، نامشروع و غیرقانونی قلمداد شد. در حقوق

۱. لارگیه، ژان؛ آیین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه: حسن کاشفی اسماعیل‌زاده، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۷۹.

کیفری این کشور به مسئله دام‌گستری به‌عنوان وضعیتی که منجر به ایجاد چالش در اصول و ضوابط نحوه کسب و تحصیل دلیل توسط مقامات قضایی و ضابطین دادگستری می‌شود، توجه می‌شود چرا که اخلاق قضایی حاکم بر دادرسی کیفری از تعقیب تا محکومیت، مانع از توسل مقامات قضایی به طرق متقلبانه، تحریک‌آمیز و محیلانه در تحصیل دلیل له و علیه متهم می‌شود. بعد از حقوق کیفری فرانسه، در سال ۱۹۳۲ در حقوق آمریکا، توسل به عملیات دام‌گستری در مرحله وقوع جرم توسط مأمورین اجرای قانون، به‌عنوان یک دفاع به نفع متهم مطرح شد که در نتیجه آن، مسئولیت کیفری متهم، ازاله و وی از تعقیب کیفری معاف می‌شود.

در حقوق موضوعه کشورهای مختلف، نسبت به دفاع دام‌گستری، رویکرد واحد و تثبیت‌شده‌ای وجود ندارد. علت این امر مربوط به وجود تعارض در مبنای مطرح‌شدن این دفاع به‌عنوان عاملی به نفع متهم است. توضیح اینکه اگر دفاع دام‌گستری را بپذیریم، طیف وسیعی از متهمان، مخصوصاً در جرایم سازمان‌یافته که باهوش‌ترین و زیرک‌ترین متهمان هستند، خواهند توانست با توسل به آن، از تعقیب کیفری رها شوند. لذا اقدامات و اعمال مقامات قضایی در کشف این‌گونه جرایم، به نتیجه‌ای نخواهد رسید. لیکن اگر دفاع دام‌گستری را نپذیریم و اجازه این عمل را به مقامات قضایی در کشف کلیه جرایم بدهیم، حقوق دفاعی متهمین پایمال شده و در چنین نظام قضایی، هیچ‌کس احساس امنیت و مصون‌ماندن از خطرات محتمل قضایی نخواهد داشت.

از طرف دیگر، جواز توسل به طرق دام‌گستری و استفاده از تحریک و فریب و اغفال در کشف جرم، موجب ایجاد نوعی تعارض در ماهیت وظایف مقامات قضایی هم می‌شود، چرا که مهم‌ترین وظیفه مقامات قضایی و پلیس، پیشگیری از جرم و نهی افراد از ارتکاب بزه است درصورتی‌که تحریک به جرم توسط آنان در تناقض آشکار با این وظیفه قرار می‌گیرد.« تحریک و فریب مأمورین اجرای قانون در کشف جرم، تعارضی را در دادرسی کیفری ایجاد می‌کند که تنها با خارج‌نمودن متهم از تعقیب کیفری حل می‌شود»[1].

به علت وجود این تعارضات، اکثر نظام‌های کیفری، اصلاً وارد ماهیت این موضوع نشده و به چالش‌های فراروی جواز یا عدم جواز عملیات دام‌گستری، هیچ‌گونه توجهی نکرده‌اند. نظام کیفری ایران ازجملهٔ این کشورهاست که هم قوانین و هم رویه قضایی و دکترین نسبت به این موضوع، ساکت هستند.

1 . Ashworth, Andrew; Principles of Criminal Law, Oxford University Press, 1991, p.231.

بالعکس در برخی دیگر از نظام‌های کیفری، به این مسئله توجه ویژه نموده و حدود و ثغور جواز یا منع توسل به عملیات دام‌گستری را در وقوع جرم و تحصیل ادله مشخص نموده‌اند. البته در این نظام‌های حقوقی هم به دام‌گستری از یک منظر واحد نگریسته‌اند.

در بین سازمان‌های بین‌المللی هم، مهم‌ترین سازمان بین‌المللی کیفری که در آرای خود به مسئله دام‌گستری در مرحله وقوع جرم یا تحصیل ادله، توجه شایسته مبذول داشته، دیوان اروپایی حقوق بشر است. در آرای متعددی که این دیوان درمورد نقض حقوق بشر علیه کشورهای اروپایی صادر نموده، توسل به عملیات دام‌گستری در مرحله وقوع جرم یا همان تحریک به جرم توسط مقامات قضایی ممنوع اعلام شده است. به‌عنوان مثال، دیوان در رأی ۹ ژوئن ۱۹۸۸ که علیه پرتغال صادر نموده، چنین اظهار عقیده کرده است: «به‌محض اینکه پلیس در ترغیب و تشویق متهم به ارتکاب جرم، مؤثر باشد و خود را فقط به بررسی منفعلانه فعالیت‌های بزهکارانه متهم محدود نکند، اصل دادرسی منصفانه را که در همه دادرسی‌ها و در همه جرایم از ساده‌ترین تا پیچیده‌ترین آن‌ها باید رعایت شود، نقض می‌کند».[۱]

با توجه به مندرجات رأی فوق و سایر آرای صادره در مورد این موضوع، مشخص می‌شود که رویه دیوان اروپایی حقوق بشر، در مرحله وقوع جرم، به مأمورین اجرای قانون، اجازه توسل به دام‌گستری نمی‌دهد و هرگونه ادله اکتسابی از روش‌های دام‌گستری را رد می‌نماید، چرا که این امر در تعارض مستقیم با دادرسی منصفانهٔ مذکور در ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی است.[۲]

البته شایان ذکر است که دیوان اروپایی حقوق بشر، در فرضی که ماهیت جرم ارتکابی، توسل به عملیات دام‌گستری در تحصیل ادله را توجیه نماید، مثل جرایم سازمان‌یافته، اجازه توسل به طرق دام‌گستری را به مأمورین اجرای قانون می‌دهد، منتها مشروط بر اینکه«مأمور ارتکاب جرم را تحریک نکند و متهم در حالت خاص ارتکاب جرم وجود داشته باشد و قطعاً دادرسی منصفانه تضمین گردد».[۳]

۱. آشوری، محمد و دیگران؛ حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، صص.۳۵۰ و ۳۵۱.

۲. برای مطالعه بیشتر در این مورد، ن.ک: امیر ارجمند، اردشیر و دیگران؛ مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، جلد دوم، جنگل، ۱۳۸۵، صص. ۱۴ و ۱۶.

۳ . آشوری و دیگران؛ پیشین، ص.۳۵۱.

در این پژوهش در پی آن هستیم تا ضمن تبیین مفهوم دفاع دام‌گستری و سایر دفاعیات مشابه آن، به ترتیب به بررسی و پایش مبانی، قلمرو وآثار این دفاع نوین کیفری بپردازیم.

۱. تبیین مفاهیم

در ابتدای ورود به این پژوهش، باید ابتدائاً مفاهیمی که نقش مهمی در ترسیم طرح موضوع این پژوهش در ذهن مخاطب ایفا می‌نماید، مورد اشارت قرار گیرد تا چالش‌های موجود در ذهن نگارنده نسبت به این موضوع، به ذهن مخاطب هم منتقل شود. لذا در این مبحث ذیلاً به تعریف، تبیین و تشریح مفهوم دام‌گستری، مفاهیم مرتبط با آن و دو مفهوم مشابه با دفاع دام‌گستری، یعنی پرونده‌سازی و رفتار قانون‌شکنانه دولت، که جملگی مستنبط از حقوق کیفری آمریکاست، پرداخته می‌شود تا از طریق روشن‌نمودن این مفاهیم، فهم و درک دقیق و صحیح سایر مطالب آتی‌الذکر، تسهیل و میسر شود.

۱-۱. عملیات دام‌گستری

دام‌گستری در لغت به‌معنای گستردن دام و تله برای شکار چیزی است. بر اساس آنچه در معنی لغوی این اصطلاح نهفته است، عملی است که همواره متضمن نوعی فریب و مکر است. به دیگر سخن، این عملیات متضمن ایجاد دام و تله و پهن‌کردن آن برای چیزی است که مدنظر شخص است؛ مثل آنکه یک ماهیگیر مبادرت به پهن‌کردن دام در آب، برای شکار ماهی نماید، یا اینکه صیادی برای گرفتارکردن صید خود، مبادرت به ایجاد تله بر سر راه آن صید موردنظر نماید.

آنچه موضوع این پژوهش است، پهن‌کردن دام و تله توسط مقامات قضایی برای ارتکاب جرم یا تحصیل دلیل علیه اشخاصی است که مورد نظر آنان هستند. اگر مقامات قضایی را ماهیگیر یا صیاد تصور کنیم که برای به‌دام‌انداختن صید خود مبادرت به پهن‌کردن دام و تله بر سر راه صید خود می‌نمایند، این سؤال مطرح می‌شود که آیا اینان مجاز به توسل به چنین عملیاتی هستند یا خیر ؟

در حقوق آمریکا، دکترین کیفری، دقیقاً با قیاس بین مأمورین اجرای قانون و ماهیگیران، این سؤال را مطرح می‌کنند که «آیا پلیس می‌تواند دام‌های خود را در آب‌های مجاز پهن کند؟»[1]

این سؤال معروف را قاضی *فرانکفورتر* در پرونده *سورلز* که منشأ پیدایش دفاع دام‌گستری در حقوق آمریکاست، مطرح می‌نماید. «پاسخی که دکترین به این سؤال

1 . "determing whether police have cast their nets in permissible waters."

می‌دهد «نه» است»؛[1] بدین‌معنا که پلیس مجاز نیست برای به دام‌انداختن و محکوم‌نمودن افراد بی‌گناه جامعه، بر سر راه آن‌ها در مسیر ارتکاب جرم، تله و دامی پهن کند که آنان را به سمت ارتکاب جرم سوق دهد.

فرض کنیم مأمور پلیسی، خود را به شکل شخصی کاملاً مست و بی‌اختیار جلوه می‌دهد و به همراه مقداری پول که کنار خودش گذاشته، در مسیر پیاده‌رویی می‌نشیند تا از این طریق هرکس که از این پیاده‌رو گذشت و پول را برداشت، دستگیر و محکوم به سرقت نماید. در همین حال هم شخصی عابر، با مشاهده وضعیت شخص مست و پول‌های کنارش، تحریک شده و اقدام به برداشتن این وجوه می‌نماید.[2] آیا چنین شخصی را می‌توان به سرقت محکوم کرد؟

اگر مأمور، چنین دامی پهن نمی‌کرد، آیا اصلاً جرمی از ناحیه این مرتکب به وقوع می‌پیوست ؟ دلیلی که از این طریق علیه شخص تحصیل شده، آیا مشروعیت و ارزش اثباتی دارد ؟

تعریف کلاسیک دام‌گستری توسط قاضی *روبرتز* این‌گونه بیان شده است:«دام‌گستری، ترسیم و طرح جرم توسط مأمور و تدارک آن برای شخصی است که تنها به علت حیله، فریب و اغوای مأمور، تمایل به ارتکاب آن پیداکرده است».[3] تعریف دیگر:«دام‌گستری عبارت است از تحریک از طریق اغفال یا اغفال بیش از حد شخصی به ارتکاب جرم از سوی مأمور اجرای قانون، جهت تعقیب کیفری همان شخص.[4]

نتیجتاً اینکه عملیات دام‌گستری، وضعیتی است که، چنان ذهن شخصِ موضوع آن را درگیر خود می‌کند که با اراده آزاد و اختیار و قدرت تصمیم‌گیری وی، در تعارض قرار می‌گیرد و این تعارض سبب می‌شود که شخص موردنظر به قول معروف، «دم به تله پهن‌شده برایش بدهد». بنابراین دام‌گستری زمانی واقع می‌شود که مأموران، « فردی را که به هیچ طریقی تمایل به ارتکاب جرم نداشته، به نحوی تحریک و ترغیب کنند که او قانون را نقض نماید».[5]

1 . Gardner, Thomas, and Terry M. Anderson; Criminal Law,Wadsworth, 7th edition, 2000, p. 159.

2 . see: Washoe County Sheriff v. Hawkins, 43 crl 2053(1998), and Shrader v. State, 38 crl 2069 (1958).

۳. یزدیان، جعفر؛ «دام‌گستری، مفهوم و مبانی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران»، مجله فقه و حقوق، سال دوم، ۱۳۸۴، شماره ۶، ص. ۱۱۸.

4 . Black, Brayan; Black's Law Dictionary, 8th ed, USA ,West Publishing Company, 2005, p. 573.

5 . Perkins, M. Rollin, and Ronald N.Boyce; Criminal Law, 3rd ed ,USA, 1982, p. 1161.

ازآنجاکه در عملیات دام‌گستری و در مصادیق آن، اکثر افعال و اقدامات به‌کاررفته، در غالب موارد، حول محور عنوان تحریک، فریب و نیرنگ است، تبیین مفهوم این سه عنوان هم، از اهمیت فراوانی در درک مطالب برخوردار خواهد بود.

تحریک در لغت به معنای جنبانیدن، به‌حرکت‌درآوردن، واداشتن و برانگیختن دیگران آمده است. تحریک در معنای عام خود، شامل ترغیب، تهدید یا تطمیع هم می‌شود.«به این معنا هر فعل دیگری نظیر پند و اندرز، توصیه و تجویز که مباشر را به ارتکاب جرم مصمم کند، به‌نوعی تحریک محسوب می‌شود».[1] فریب و نیرنگ، مترادف و «به معنی مکر و حیله و خدعه است و چنانچه مکر و حیله به‌صورت پنهانی صورت گیرد، آن را دسیسه می‌گویند».[2]

اصولاً مسئولیت کیفری مبتنی بر آزادی اراده و قوه تشخیص و تعقل انسان است و هر وضعیتی که موجب محدود یا خدشه‌دارشدن اراده یا قوه تمییز فرد شود، بر مسئولیت وی تأثیر می‌گذارد. انسان در شرایط عادی افعال خود را بر اساس انتخاب آگاهانه و آزادانه انجام می‌دهد یعنی حداقل، فرض بر این است که فرد ابتدا تفکر کرده، آن‌گاه با آزادی اراده، انجام یا ترک عمل را برمی‌گزینند. اما گاهی بر اثر تحریکات واردشده، وضعیتی در فرد پدید می‌آید که قدرت کنترل اعمال و رفتارش را به‌صورت مطلق یا نسبی از دست می‌دهد و اعمالی را انجام می‌دهد که اگر در شرایط عادی قرار داشت هرگز مرتکب نمی‌شد.[3]

تحریک و فریب و نیرنگی که غالباً در عملیات دام‌گستری به‌کار می‌رود، باید واجد شرایطی باشد. اولاً که این تحریک و دسیسه یا پهن‌کردن دام، باید به نحو مؤثری صورت گرفته و موجب ارتکاب جرم شود. بدین ترتیب، صرف نظارت در ارتکاب جرم یا سایر اقدامات تحریک‌آمیز که تأثیر در ارتکاب جرم یا تحصیل دلیل علیه متهم ندارند، تحت عنوان عملیات دام‌گستری قرار نمی‌گیرند. ثانیاً اینکه تحریک، فریب و دسیسهٔ به‌کارگرفته‌شده توسط پلیس در مرحله وقوع جرم یا تحصیل دلیل، به اندازه‌ای باشد که اراده و قدرت تصمیم‌گیری فرد را مخدوش نماید. به دیگر سخن، این تحریک و فریب و دسیسه به نحوی کافی و معقول باشد که علاوه‌بر تأثیر بر متهم، «بر هر انسان متعارف

۱. اردبیلی، محمدعلی؛ حقوق جزای عمومی، جلد دوم، میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵، ص. ۴۲.

۲. صانعی، پرویز؛ حقوق جزای عمومی، طرح نو، ۱۳۸۲، ص. ۵۷۵.

۳. پاک‌نهاد، امیر؛ «عذر تحریک، مبانی و آثار، مطالعه‌ای در حقوق ایران و انگلستان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۴، سال ۱۳۸۵، ص. ۱۰۱.

دیگر در این شرایط تأثیر بگذارد».[1] بر اساس این تحریک باید «وضعیتی در فرد پدید آید که قدرت کنترل اعمال و رفتارش را به‌صورت مطلق یا نسبی از دست دهد و اعمالی را انجام دهد که اگر در شرایط عادی قرار داشت، هرگز مرتکب نمی‌شد».[2] آنچه دام‌گستری مأمورین اجرای قانون را در مرحله وقوع جرم، به‌عنوان یک دفاع به نفع متهم مطرح می‌سازد، توجه و تأکید بر نوع عمل یعنی تحریک به جرم نیست بلکه چون «عامل این تحریک، مأمور حکومت است، وضعیت تغییر می‌کند و موجب زوال مسئولیت متهم می‌شود».[3]

به دیگر سخن، فلسفه و ماهیت مطرح‌شدن دام‌گستری مأمورین در وقوع جرم، به‌عنوان یک دفاع به نفع متهم، علاوه‌بر عنصر تحریک، سوءرفتار مأمورین حکومت است که به شکل افعالی چون تحریک، اغفال و فریب متصور می‌شود. به همین علت است که اگر عامل این تحریک، فردی معمولی و غیر از مأمور اجرای قانون باشد، نه‌تنها مرتکب جرم، مسئولیت تام کیفری دارد، بلکه شخص تحریک‌کننده هم معاون جرم ارتکابی محسوب می‌شود مگر اینکه شدت تحریک به نحوی باشد که موجب زوال اراده آزاد و قدرت اختیار و انتخاب شخص شود.

نقش سوءرفتار مأمورین اجرای قانون در دفاع دام‌گستری تا حدی است که برای اثبات دفاع دام‌گستری لازم نیست تأثیر این تحریکات و افعال توأم با اغفال و فریب، موجب سلب اراده آزاد واختیار مرتکبین به جرم شود و این موضوع همیشه مفروض دانسته می‌شود. این امر، یکی از وجوه افتراق دفاع دام‌گستری با عذر تحریک است که به‌عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری در کامن‌لا شناخته شده است.

درهرصورت، اثبات دفاع دام‌گستری دارای سه ضلع اساسی است. اول اینکه طرف اصلی آن باید مأمور اجرای قانون یا نماینده آن باشد. لذا اگر یک شخص عادی اقدام به تحریک و دسیسه برای ارتکاب جرم نماید، بحث معاونت در جرم مطرح خواهد شد و دفاع دام‌گستری منتفی خواهد بود.

ضلع دوم این است که مأمور اجرای قانون باید دست به اقدامی بزند که با اراده آزاد و قدرت اختیار و انتخاب مرتکب، منافات داشته باشد، مثلاً وی را تحریک و تشویق به ارتکاب جرم نماید یا با دسیسه و فریب مرتکب، ارتکاب جرم را تسهیل بخشد.

1 . Martin, Elizabeth, Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press, 4th ed, 1997, p. 367.

۲ . رحیمی‌نژاد، اسماعیل؛ کرامت انسانی در حقوق کیفری، میزان، ۱۳۸۷، ص. ۲۵۴.

3 . Ashworth, op.cit, p. 213.

ضلع سوم که تنها برخی در اثبات دفاع دام‌گستری آن را لازم دانسته‌اند این است که تمایل و قصد ارتکاب جرم باید از ذهن مأمور سرچشمه بگیرد نه از ذهن متهم. یعنی نباید خود مرتکب، علی‌رغم اقدامات مأمور، قصد ارتکاب جرم را داشته باشد.

۱-۲. عملیات پرونده‌سازی[1]

درحقوق آمریکا و در کنار دفاع دام‌گستری، دکترین به دو دفاع مشابه دیگر اشاره می‌کند که اگرچه از جهاتی با مفهوم دفاع دام‌گستری از منظر مسئولیت متهم و ارکان تحقق آن متفاوت هستند، اما از حیث نتیجه و اثر، همان پیامد دفاع دام‌گستری را برای متهم در بر دارند.

به دیگر سخن، گاهی در برخی ایالات آمریکا متهمین به علت فقدان برخی شرایط دام‌گستری، نمی‌توانند از مزایای این دفاع استفاده نمایند، درحالی‌که شرایط جرم ارتکابی آن‌ها هم به نحوی است که مسئول‌دانستن آن‌ها هم به‌طور تام، خلاف انصاف و منطق حقوقی است. لذا رویه قضایی برخی ایالات برای رفع این ایراد، متوسل به دفاعیات مشابه دیگری می‌شوند. یکی از این دفاعیات، پرونده‌سازی است.

متهمی که از دفاع دام‌گستری استفاده می‌نماید، اغلب اوقات اعتراف می‌کند که مرتکب جرم شده است اما از طرف دیگر دلیل می‌آورد که مأمور اجرای قانون یا نماینده آن از روش‌های نامناسب استفاده کرده تا وی را وادار به انجام جرم نماید، درحالی‌که اگر این روش‌های نامناسب، مثل ایجاد انگیزه و تشویق از سوی مأمور نمی‌بود، وی هرگز مرتکب جرمی نمی‌شد. از این جهت است که دفاع دام‌گستری را از عوامل رافع مسئولیت کیفری می‌دانیم.

اما ادعایی که بسیار شبیه به دام‌گستری است و دارای همان اثر دفاع دام‌گستری است، دفاع پرونده‌سازی است. در این دفاع برخلاف دام‌گستری«متهم ادعا می‌کند اصلاً مرتکب جرمی نشده است و کاملاً بی‌گناه است و دلیلی هم که نشان‌دهنده مجرمیت وی است، توسط خود مأمورین اجرای قانون ایجاد شده است. چنانچه ثابت شود که متهم فریب خورده و مورد دسیسه واقع شده است، نتیجه دفاع کامل است و اتهام ساقط می‌شود».[2] به دیگر سخن در این دفاع، مأمورین پا را فراتر از تحریک و اغفال مأمورین در مرحله وقوع جرم گذاشته، از قبل با تمهیدات لازم، سعی در مجرم قلمداد کردن شخص مظنون می‌نمایند.

1 . frame up.
2 . Gardner and Anderson, op.cit, p. 161.

در پرونده‌ای که در سال ۱۹۹۱ تحت عنوان *مک نات*[1] در ایالات متحده مطرح شد، متهم ادعا کرد که مأمور پلیس، مقدار یک کیلوگرم کوکائین را در کامیون وی جاسازی نموده است. در حکم محکومیت متهم، دادگاه اظهار داشت: «واضح است راهبرد متهم در جریان محاکمه این است که مأمور پلیس را برای اقدامش به دادگاه بکشاند. چنین راهبردی اغلب توسط متهمان استفاده می‌شود و در بیشتر موارد هم موفقیت آمیز است».

در ژوئیه ۱۹۹۵ در روزنامه *نیویورک‌تایمز*[2] مقاله‌ای تحت عنوان «مرد بی‌گناه پس از دو سال آزاد شد» به چاپ رسید. این مقاله درمورد مردی فیلادلفیایی که به علت اتهام مواد مخدر به دو سال حبس محکوم شده بود، صحبت می‌کرد.

وقتی که در مورد این مرد شواهد و دلایل جدیدی به دست آمد که نشان داد افسران پلیس برای محکوم‌کردن وی، دلایل مجرمانه را در اشیا یا مکان‌های متعلق به این شخصِ آزادشده از زندان و حتی مردم بی‌گناه دیگر قرار داده‌اند، اتهام شخص، نقض و از زندان آزاد شد. افسران پلیس هم به اتهام مهم و جدی اغفال مردم با دلایل و شواهد کاذب و اظهارات دروغین محکوم شدند.[3]

در اغلب پرونده‌هایی که ادعای پرونده‌سازی در آن مطرح می‌شود متهم دلیل می‌آورد که وی از وجود اشیاء غیرقانونی مثل مواد مخدر یا اسلحه در جیب خود آگاهی نداشته است.

در پرونده‌ای در سال ۱۹۸۳ به نام مور،[4] متهم مدعی شد که بازرسی وی به شکل غیرقانونی بوده است و افسر پلیس، هنگامی که او را در خیابانی در واشنگتن متوقف کرده و بازرسی بدنی نموده است، اسلحه‌ای را در جیب او قرار داده است.

باوجود این، در این پرونده، دادگاه به این مسئله اشاره کرد که این پرونده‌ای نیست که در آن متهم نتواند برای اینکه بازرسی از وی توسط پلیس، غیرقانونی بوده است، اقامه دلیل نماید. بنابراین دادگاه اظهار داشت متهم در این پرونده، مجاز به مطرح‌کردن موضوع بازرسی غیرقانونی و ایجاد دفاع پرونده‌سازی پلیس است.

هنگامی که متهم در پرونده‌های کیفری دلیل می‌آورد که وی علم به کالاهای قاچاق مثل مواد مخدر و اسلحه غیرمجاز در جیب خود یا در وسیله نقلیه خود نداشته است،

1 . mc natt , 931,f.2d.251, (1991).
2 . NewYork Times , July 22, (1995).
3 . Gardner and Anderson, op.cit, p. 161.
4 . Moor v. United States, (1983).

نهاد تعقیب بر این استدلال قوی که «ما همگی به آنچه در جیب خود ما یا در وسیله نقلیه خودمان است علم داریم، تکیه می‌کند».[1]

در دفاع پرونده‌سازی، متهم ادعا می‌کند که شخص دیگری یا مأمور اجرای قانون، کالاهای قاچاق را در جیب وی قرار داده است. اثبات این ادعا به‌طور معمول نیاز به این دارد که متهم برای دفاع خود، شهود بیاورد.

ادعای دیگری که شباهت با پرونده‌سازی دارد این ادعا است که «من در شرایط انجام جرم قرار گرفتم».[2] مثالی که برای این ادعا آورده‌اند این است که دوست‌دختر مردی، وی را متقاعد به ارتکاب سرقت می‌کند. درحالی‌که سرقت توسط وی در حال وقوع است دوست‌دختر او پلیس را باخبر نموده و سپس مرد سارق از ماجرا گاهی می‌یابد.

مرد در شرایط ارتکاب جرم قرار داده شده است یا به‌عبارت‌دیگر، جرم برای وی تأسیس شده است. اما « ازآنجایی‌که وی عالمانه و داوطلبانه دست به ارتکاب سرقت زده است و عامل تحریک هم شخصی عادی بوده است، او نمی‌تواند استفاده موفقیت‌آمیزی از دفاع دام‌گستری یا پرونده‌سازی داشته باشد. بنابراین نه‌تنها خود مرد به سرقت محکوم می‌شود، بلکه دوست‌دختر وی هم ممکن است به اتهام مشارکت در جرم پایه، که به علت تحریک و تشویق وی انجام یافته است، محکوم شود».[3]

ملاحظه می‌کنید در اثبات دفاع پرونده‌سازی، متهم اولاً باید اثبات کند که دلیلی که مثبت مجرمیت وی است، ازقبل توسط مأموران اجرای قانون علیه وی تمهید شده و ثانیاً وی هیچ اطلاعی از این دلیل نداشته است. اثبات این امر، کار سختی است. معمولاً در این‌گونه پرونده‌ها شهادت شهود، نقش بسزایی در اثبات دفاع پرونده‌سازی دارد.

شایان ذکر است که در قوانین کیفری ایران، مفهومی مشابه با دفاع پرونده‌سازی دیده می‌شود و آن مقررات مربوط به جرم افترای عملی در حقوق کیفری است. توضیح اینکه بر اساس ماده ۶۹۹ قانون مجازات اسلامی «هرکس عالماً، عامداً به‌قصد متهم‌نمودن دیگری، آلات و ادوات جرم یا اشیایی را که یافت‌شدن آن در تصرف یک نفر موجب اتهام او می‌گردد، بدون اطلاع آن شخص در منزل یا محل کسب یا جیب یا اشیایی که متعلق به اوست بگذارد، یا مخفی کند یا به نحوی متعلق به او قلمداد نماید و در اثر این

1 . Ibid, p. 162.
2 . set up.
3 . Ibid, p. 171.

عمل، شخص مزبور تعقیب گردد، پس ازصدور قرار منع تعقیب و یا اعلام برائت قطعی آن شخص، مرتکب به حبس از ۶ ماه تا ۳ سال و یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود». قانونگذار با آوردن کلمه «هرکس» در صدر ماده، تفاوتی میان اشخاص عادی و مأمورین اجرای قانون نمی‌داند. ضمن اینکه در اینکه شخص بزه‌دیده، یک شخص عادی یا مجرم سابقه‌دار خطرناک هم باشد، تفاوت ایجاد نکرده است. در همین راستا در قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر مصوب سال ۷۶، در ماده ۲۶ مقرر شده «هر کس به قصد متهم کردن دیگری، مواد مخدر یا آلات و ادوات استعمال آن را در محلی قرار دهد، به حداکثر مجازات مقرر همان جرم محکوم خواهد شد». لذا طبق این مقرره، تفاوت در ماهیت جرم ارتکابی هم جز در میزان مجازات عامل پرونده‌سازی، تأثیر دیگری نخواهد داشت.

۱-۳. رفتار قانون‌شکنانه دولت:[1]

متهمی که به علت عدم حصول شرایط نمی‌تواند دفاع دام‌گستری را ایراد نماید، ممکن است هنوز قادر باشد تا دفاعی تحت عنوان رفتار قانون‌شکنانه یا ظالمانه دولت را اقامه کند.

برای نخستین بار، دادگاه عالی آمریکا مفهوم رفتار قانون‌شکنانه یا ظالمانه پلیس را در پرونده *راسلز* در سال ۱۹۷۳ مطرح نمود. جریان پرونده از این قرار بود که مأمور مخفی مواد مخدر با دادن پیشنهاد تهیه‌کردن عناصر و مواد اولیه ضروری برای مواد مخدر، که به‌دست‌آوردن آن امری مشکل ولی وجود آن ضروری است، با گروه تولیدی مواد مخدر speed وارد همکاری می‌شود.

بعد از مشاهده آزمایشگاه مواد مخدر، مأمور مخفی با فراهم‌کردن مواد اولیه کمیاب، به متهم پیشنهاد می‌کند تا برای هفت ماه به تولید غیرقانونی مواد مخدر بپردازد. بعد از اینکه مأمور مخفی، مواد اولیه ضروری را تهیه می‌کند، دستمزد خود را دریافت می‌کند. وقتی که نیمی از محصولات آزمایشگاه، ساخته و به پایان می‌رسد، مأمور مخفی دستور انجام تحقیقات را از مقام قضایی دریافت و شروع به جمع‌آوری ادله می‌نماید. تنها دفاع متهم در این پرونده، دام‌گستری بود اما دادگاه، صرف مشارکت مأمور مخفی را در تولید مواد مخدر، دام‌گستری ندانست.

به دیگر سخن، دادگاه به استناد اینکه در فرض مزبور، تمایل به ارتکاب جرم از ذهن خود متهم سرچشمه گرفته، نه از ذهن مأمور اجرای قانون، و متهم آمادگی ارتکاب جرم را داشته است، استناد به دفاع دام‌گستری را موجه و منطقی ندانست.

1 . the outrageus government couduct.

اگرچه دادگاه در این پرونده، دفاع دام‌گستری را نپذیرفت، بیان کرد که «ما ممکن است روزی در موقعیتی حاضر باشیم که رفتار مأمور اجرای قانون یا نمایندگان آن‌ها آن‌قدر ظالمانه است که با توجه به اصول و حقوق متهم در فرایند دادرسی، دولت به‌طور مطلق از ادامه رسیدگی برای صدور حکم محکومیت منع می‌شود».[1]

همچنین در سال ۱۹۷۶ در پرونده *هامپتون*[2] قاضی *پاول*، این‌گونه اظهار داشت که «دخالت بیش از حد پلیس در جرم ممکن است به سطح آن‌چنان ملموسی از ظلم برسدکه این امر مانع محکومیت شخص شود».

این استدلالات، مبنای پیدایش دفاعی جدید در کنار دفاع دام‌گستری شد. پیدایش این دفاع در راستای ایرادات مطرح‌شده به استفاده از نظریه ذهنی، به‌عنوان عامل تشخیص دفاع دام‌گستری است. توجه صرف به تمایل و آمادگی متهم به ارتکاب جرم، سبب می‌شود که مأمورین اجرای قانون در پهن‌کردن هر نوع دامی برای افراد جامعه مجاز باشند. این امر سبب نقض حقوق دفاعی متهم در فرایند دادرسی شده و با حفظ شأن و منزلت مقام دادگستری در تعارض است. لذا سوءرفتار مأمور اجرای قانون در مرحله وقوع جرم، سبب طرح دفاع قانون‌شکنانه دولت می‌شود و مقام قضایی را از ادامه رسیدگی برای صدور حکم محکومیت، منع می‌نماید.

رفتارهای ظالمانه دولت که حقوق متهم را در فرایند دادرسی نقض می‌کنند استثنائاً سبب ازبین‌رفتن اتهام کیفری می‌شوند. رفتارهای زیر در مقوله رفتار ظالمانه دولت قرار می‌گیرند:[3]

۱) استفاده از وکیل مدافع متهم برای جمع‌آوری اطلاعات علیه او که نه‌تنها مجموعه حقوق متهم در فرایند دادرسی را نقض می‌کند، بلکه مغایر قوانین مربوط به رابطه موکل و وکیل هم هست.[4]

۲) اظهارات کاذب و دروغین که توسط مأمور اجرای قانون در دعوای قتل تنظیم و مرتب شده است، می‌تواند مصداقی از رفتار قانون‌شکنانه دولت باشد، اما ازآنجایی‌که قدرت دولت در این‌گونه پرونده‌ها بیشتر است، اتهام ممکن است از بین نرود.[5]

۳) تولید ماده کراک یا کوکائین توسط پلیس و فروش آن‌ها به مردم در عملیات "Reverse sting"سبب ازبین‌رفتن اتهام به دستور دادگاه عالی *فلوریدا* شده است.[1]

1 . Ibid, p. 162.
2 . Hampton v. United States, (1976).
3 . Ibid, p. 162.
4 . United States , v. Marshank , 50 crl1205, N. P. call.1991.
5 . People v. Montgomery ,1994 (N. Y. A. D 1994.

« عملیات "Reverse sting" بدین نحو است که دولت به‌جای اینکه مواد مخدر غیرقانونی را از اشخاص بخرد، در صدد است تا آن‌ها را تولید و به اشخاص بفروشد یا تحریک به فروش آن‌ها نماید».[۲] رفتار پلیس در این عملیات سبب می‌شود تا وکیل مدافع متهم بتواند از دفاع دام‌گستری یا دفاع رفتار ظالمانه دولت استفاده نماید.

۴) متهمی که به اتهام ارائه کوکائین به مأمور مخفی پلیس، بعد از اینکه مأمور وی را با اسلحه تهدید کرده، دستگیر شده است، می‌تواند از دفاع رفتار ظالمانه یا قانون‌شکنانه دولت استفاده نماید.[۳]

۵) هنگامی که دولت برای استفاده غیرقانونی از رسیدهای کارت‌های اعتباری، یک میلیون دلار برای تحریک و تشویق افراد به انجام این کار پیشنهاد می‌کند، احتمال دارد که اقدامش واجد شرایط دفاع رفتار ظالمانه دولت شود.[۴]

۶) دخالت وسیع و بیش از حد پلیس در تولید مواد مخدر غیرقانونی.[۵]

لذا با توجه به آنچه گفته شد، در هر فرضی که شرایط تحقق دفاع دام‌گستری وجود نداشته باشد، اما از طرف دیگر رفتار و اقدامات مأمور، آن‌چنان خشونت‌آمیز و ظالمانه باشد که با حقوق متهمین در فرایند دادرسی در تعارض باشد، متهم خواهد توانست از دفاع رفتار خشونت‌آمیز مأمورین دولت استفاده و از تعقیب کیفری معاف شود.

ضمن اینکه اگر در ارائه معیار جهت تشخیص دام‌گستری، معیار عینی را بپذیریم، با توجه به اشتراک فلسفه و هدف دفاع دام‌گستری در این معیار و فلسفه دفاع رفتار خشونت‌آمیز دولت که هر دو جلوگیری و اجتناب از سوءرفتار مأمورین است، این دو دفاع بر هم منطبق است و دیگر لزومی به تفکیک میان آن‌ها نیست.

۱-۴. وجوه افتراق و اشتراک دفاع دام‌گستری با سایر دفاعیات مشابه

اثبات دفاع دام‌گستری نیازمند تحقق شرایطی است. این شرایط هم به نحو مطلق پذیرفته نشده است، بدین‌معنا که در بخشی از ایالات آمریکا در اثبات دفاع دام‌گستری از منظر مسئولیت متهم، تمرکز بر روی سوءرفتار مأمور اجرای قانون است. لذا اینکه متهم تمایل و آمادگی برای ارتکاب جرم داشته است، تأثیری در تحقق و اثبات دفاع دام‌گستری ندارد. لیکن در برخی از ایالت دیگر، توجه و تمرکز بر روی آمادگی و تمایل متهم به ارتکاب جرم است. از این جهت اگر میل به ارتکاب جرم از ذهن خود متهم

1 . Metcalf v. States ,635 so. 2d 11 (fla. 1994).
2 . Ibid, p.173.
3 . People v. Shine, 52 crl (N. y 1992).
4 . States v. Took (1985).
5 . United States v. Twigg. 588 t2d 373 (3 rd 1978).

سرچشمه بگیرد، دست‌یازیدن به دفاع دام‌گستری منتفی است. ایالت کالیفرنیای آمریکا ازجمله این ایالات است که در اثبات دفاع دام‌گستری، لزوم عدم تمایل متهم به ارتکاب جرم را ضروری می‌داند.

در این ایالات، گاهی سوءرفتار مأموران اجرای قانون تا حدی است که هرگز نمی‌توان از آن چشم‌پوشی کرد. لیکن چون شرایط تحقق دفاع دام‌گستری، وجود ندارد، متهم در این شرایط نمی‌تواند از مزایای دفاع دام‌گستری سود ببرد. لذا رویه قضایی در این ایالات، متوسل به دفاعیات مشابهی شده‌اند تا این نقصان را جبران نمایند.

پرونده‌سازی و رفتار قانون‌شکنانه دولت، دو دفاعی است که در مواردی که اثبات ارکان دفاع دام‌گستری، منتفی باشد، متهم می‌تواند از آن استفاده نماید. اگرچه این دو دفاع با دام‌گستری ممکن است در شرایطی منطبق شوند، بین آن‌ها وجوه افتراقی هست که شناخت این وجوه، در تشخیص دفاعیات مبحوث‌عنه، بسیار راه‌گشاست. ابتدا به بررسی وجوه افتراق و اشتراک دام‌گستری با پرونده‌سازی پرداخته، سپس نقاط مشترک و متفاوت دام‌گستری با رفتار قانون‌شکنانه دولت تبیین می‌شود.

۱) تفاوت و اشتراک دفاع دام‌گستری با پرونده‌سازی

در مبحث پیشین گفته شد که در پرونده‌سازی ، شخص متهم مدعی است که اصلاً مرتکب هیچ جرمی نشده و از دلایل به‌دست‌آمده علیه او هم، هیچ اطلاعی ندارد. ارتکاب نوعی اعمال و اقداماتی که فریب‌کارانه و محیلانه هستند، و زوال مسئولیت کیفری در هر دو، از وجوه اشتراک دو دفاع دام‌گستری و پرونده‌سازی است .

اما بین این دو دفاع، وجوه افتراقی هم وجود دارد. اولاً در دفاع دام‌گستری، متهم در هر صورت، در ارتکاب جرم نقش دارد، منتها این نقش با اقدامات فاعلانه یا منفعلانه مأمورین اجرای قانون، کم‌رنگ می‌شود. این در حالی است که در پرونده‌سازی، متهم هیچ نقش و تأثیری در ارتکاب جرم نداشته است. به دیگر سخن، در این دفاع اخیر، جرم برای متهم ساخته شده است. پس اگرچه در دفاع دام‌گستری، اراده متهم در جرم ارتکابی مؤثر است (هرچند ضعیف) اما در دفاع پرونده‌سازی، این اراده منتفی است.

ثانیاً متهم در دفاع دام‌گستری باید ثابت نماید که تحریک مأمور اجرای قانون، سبب وقوع جرم شده و وی هیچ تمایل و آمادگی به ارتکاب این جرم نداشته است. درحالی‌که در دفاع پرونده‌سازی، متهم باید عدم اطلاع خود را از دلایل به‌دست‌آمده و بالتبع جرم ارتکابی به اثبات برساند. به دیگر سخن، در دفاع پرونده‌سازی، جهل یا علم به وقوع جرم است که در تحقق دفاع مؤثر است.

ثالثاً چون اثبات جهل یا علم به وقوع جرم، امری کاملاً درونی است، اثبات دفاع پرونده‌سازی، دشوارتر از دفاع دام‌گستری است. بدین جهت، شهادت شهود در دفاع پرونده‌سازی نقش بیشتری نسبت به دفاع دام‌گستری ایفا می‌نماید.

رابعاً متهم وقتی می‌تواند از دفاع دام‌گستری از منظر تحصیل دلیل استفاده نماید که مرتکب تحریک و دام‌گستری، حتماً مأمور اجرای قانون باشد، درحالی‌که در دفاع پرونده‌سازی، لزوم مأموربودن مرتکب عملیات پرونده‌سازی، در تحقق دفاع، ضروری نیست.

۲) وجوه اشتراک و افتراق دفاع دام‌گستری با رفتار قانون‌شکنانه دولت

تشابه دفاع دام‌گستری با رفتار قانون‌شکنانه دولت در این است که اولاً در هر دو، مرتکبین عملیات باید مأمورین اجرای قانون باشند و ثانیاً در هر دو، فرایند تعقیب کیفری متوقف می‌شود. به دیگر سخن، در هر دو دفاع، فلسفه و ماهیت ایجاد، جلوگیری از سوءرفتار مأمورین اجرای قانون نسبت به متهمین است. اما بین این دو دفاع، تفاوت‌هایی هم وجود دارد. تفاوت اول در معیار تشخیص این دو دفاع است. «در دام‌گستری، هیئت منصفه با این سؤال مواجه است که آیا متهم به دام افتاده است یاخیر؟ درحالی‌که در رفتار قانون‌شکنانه دولت، دادگاه با این سؤال روبه‌روست که آیا رفتار مأمور اجرای قانون، از سطح معمولی و قانونی خود تجاوز کرده است یا خیر؟»

به دیگر سخن، در هر دو دفاع، سطح رفتارهای مأمورین اجرای قانون تا حدی است که ادعا می‌شود این رفتارها نامناسب و نامشروع است، با این تفاوت که در دفاع دام‌گستری، «رفتار مأمورین اجرای قانون، متضمن تشویق، ترغیب و هر عملی است که نزدیک به فریب‌کاری باشد، درحالی‌که رفتار مأمورین در دفاع رفتار قانون‌شکنانه، متضمن اعمال بسیار شدیدی است که نه‌تنها متهم را وادار به ارتکاب جرم می‌نمایند، بلکه آن‌قدر غیرمعقول و غیرمنصفانه است که موجب نقض حقوق اساسی افراد می‌شود». معیارهای استاندارد در مورد حقوق اساسی افراد هم، آن‌قدر سخت‌گیری می‌کنند، تا دادگاه‌ها هیچ تمایلی برای تعقیب کیفری چنین موارد و اتهاماتی نداشته باشند.

کانون توجه در دفاع رفتار قانون‌شکنانه دولت، همان‌طور که از اسمش هم مشخص است، بر سوءرفتار و اقدامات نامتعارف و قانون‌شکنانه مأمورین دولت است. حال جرم ارتکابی هرچه می‌خواهد باشد و متهم هم، چه تمایل به ارتکاب جرم داشته باشد و چه نداشته باشد. به همین دلیل است که این دفاع، پیرو طرفداران نظریه عینی در تشخیص دفاع دام‌گستری است.

۲. مبانی، قلمرو و آثار دفاع دام‌گستری

۲-۱. مبانی مطرح‌شدن عملیات دام‌گستری به‌عنوان یک دفاع

منظور از مبانی در این بند، نیروهای سازنده دفاع دام‌گستری و دلیل الزامی‌بودن منع توسل به عملیات دام‌گستری است. به دیگر سخن می‌خواهیم ببینیم که چرا توسل به عملیات دام‌گستری موجب مطرح‌شدن یک دفاع به نفع متهم می‌شود؟

دفاع دام‌گستری، یک قاعده حقوقی است و همانند سایر قواعد حقوقی با این سؤال مطرح می‌شود که آیا غرض اصلی از مطرح‌شدن چنین دفاعی به نفع متهم، تأمین آزادی متهم (فرد) و احترام به شخصیت و حقوق طبیعی اوست یا اینکه مبنای وضع چنین دفاعی، تأمین نیازهای اجتماع است که فرد یا متهم هم به‌عنوان جزئی از آن مورد توجه قرار می‌گیرد ؟

دیدگاه اول موجب پیدایش نظریه اصالت فرد در عالم حقوق شده است. مطابق این دیدگاه، «حکومت و دولت در حقیقت فرمانروای افراد نیست، بلکه ابزار و واسطه‌ای است که زیستن افراد را بهتر تأمین می‌کند و خدمتگزار افراد است».[۱] نتیجه این دیدگاه از لحاظ حقوقی این است که « اراده فرد، روح قواعد حقوقی است و قرارداد، مبنای اصلی تمام سازمان‌ها و راه‌حل‌های حقوقی به شمار می‌رود».[۲]

بر همین اساس، مبنای مطرح‌شدن دفاع دام‌گستری به‌عنوان یک دفاع به نفع متهم، حمایت از حقوق فردی و دفاعی افراد جامعه است چرا که طبق نظریه اصالت فرد، غرض اصلی در وضع قواعد حقوقی به‌طور عام و وضع این دفاع به‌طور خاص، حمایت از افراد، احترام به حیثیت و کرامت ذاتی آن‌هاست.

علم حقوق، مجموعه قواعد الزام‌آوری است که بر روابط افراد از این جهت که در اجتماع زندگی می‌کنند حاکم است و اجرای آن از طرف دولت تضمین شده است. برای تنظیم روابط اجتماعی و حفظ نظم در جامعه، حقوق در این تعریف برای افراد، امتیازاتی در برابر دیگران می‌شناسد. افرادی که در اجتماع زندگی می‌کنند این امتیازات را حق خود می‌دانند چرا که نسبت به آن، سلطه و اختیار دارند و «سایر افراد جامعه می‌بایست آن را محترم بشمارند و به آن تعدی و تجاوز ننمایند مانند حق

۱ . جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر؛ مقدمه عمومی علم حقوق، گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۸۳، ص. ۲۲.

۲ . کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهلم، ۱۳۸۳، ص. ۳۹.

مالکیت، حق آزادی، حق زوجیت و. . . ».[1] به مجموعه این امتیازات، حقوق فردی گفته می‌شود.

به‌منظور حفظ کرامت ذاتی انسان‌ها، حمایت از این حقوق فردی ضروری است چرا که لازمه حفظ کرامت ذاتی انسان، پایبندی و صیانت از این حقوق است. این امر در اعلامیه جهانی حقوق بشر هم صراحتاً ذکر شده است. کرامت انسانی «مجموعه‌ای از اوصاف و عناصری است که موجب تمییز انسان از سایر موجودات می‌شود مثل تفکر، احساس و خواست».[2]

حقوق دفاعی متهمین هم در متن قوانین نظام‌های حقوقی مختلف پیش‌بینی شده و مورد حمایت اصل قانونی‌بودن است. لذا عدم رعایت این حقوق در مرحله تحصیل دلیل، نه‌تنها از منظر اصل مشروعیت تحصیل دلیل، بلکه به علت عدول از اصل قانونمندی، دلایل تحصیل‌شده را فاقد ارزش و بی‌اعتبار می‌نماید.

بر همین اساس اگر دلایل تحصیل‌شده به شکل مشروع به دست آمده باشد اما طبق اصل ترافعی‌بودن رسیدگی که از حقوق دفاعی متهمین محسوب می‌شود، مورد بحث و بررسی آزاد طرفین قرار نگیرد، ارزش اثباتی نداشته و قابلیت استناد نخواهد داشت زیرا ترافعی‌بودن رسیدگی، «راه را برای رسیدن به عدالت کیفری و حقیقت باز می‌کند و درها را برای قضاوت یک‌جانبه که در آن متهم جایگاه دفاعی ندارد، می‌بندد».[3]

به‌طور کلی حقوق دفاعی متهم را می‌توان مجموع حقوقی دانست که در یک رسیدگی و فرایند دادرسی منصفانه، متهم باید از آن برخوردار باشد تا بتواند به نحو کامل و بدون محدودیت از خود دفاع نماید، مثل حق ترافعی‌بودن رسیدگی، حق برخورداری از حمایت اصل برائت، حق داشتن وکیل، حق سکوت، حق منع تلقین و اغفال وی و. . .

نتیجتاً اینکه مبنای دفاع دام‌گستری از منظر نظریه اصالت فرد، اولاً حمایت از حقوق فردی و ثانیاً حمایت از حقوق دفاعی متهمین است. اما دیدگاه معارض نظریه فوق‌الاشعار، نظریه اصالت اجتماع در وضع قواعد حقوقی است. مطابق این دیدگاه، فرد هیچ حق مطلقی در برابر منافع عمومی ندارد. غرض اصلی از وضع قواعد حقوقی چون

۱. حیاتی، علی‌عباس؛ مقدمه علم حقوق، میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۶، ص. ۸.

۲. جعفری، عباس؛ «بررسی حق حریم خصوصی»، ماهنامه تعالی حقوق، سال اول، شماره اول، ۱۳۸۵، ص. ۴۴.

۳. امیرارجمند، اردشیر و دیگران؛ مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، جلد دوم، جنگل، ۱۳۸۵، ص. ۱۰۰.

دفاع دام‌گستری، تأمین سعادت اجتماع و ایجاد نظم در روابط زندگی مشترک اشخاص است.

به دیگر سخن، مطابق این دیدگاه، علت مطرح‌شدن دام‌گستری به‌عنوان یک دفاع به نفع متهم، به نحو عمیقی با حمایت از منافع اجتماعی گره خورده است چرا که اگر ما اجازه توسل به عملیات دام‌گستری را به مقامات قضایی بدهیم، این امر موجب تنزل شأن و منزلت مقام دادگستری نزد مردم می‌شود. قضاوت و دادگستری هم یکی از ابزارهای قدرت عمومی است که جهت حمایت از منافع اجتماع در اختیار حکومت قرار گرفته است. لذا تنزل شأن و منزلت آن به معنی خدشه به مصالح و منافع عمومی است. «اقتضای عدل و داد آن است که اجرای آن توأم با جلب اعتماد و احترام عمومی باشد. بنابراین از مجریان عدالت، بعید است که به نام عدالت، برای آنکه بزهکاران را در تنگنا قرار دهند، به طرقی توسل جویند که استفاده از آن را برای دیگران ممنوع می‌شمارند».[1]

توضیح اینکه سیستم قضایی و دادگستری هر نظام، نماینده دولت و مردم جهت اجرای عدالت و انصاف در میان آن‌هاست؛ آن هم با تأسی به قوانین و رویه‌های موجود در آن نظام. کشور و جامعه‌ای به سمت پیشرفت گام برمی‌دارد که در وهله نخست، سیستم قضایی و دادگستری آن مترقی باشد. اینجاست که مردمی که در آن اجتماع زندگی می‌کنند به این دادگستری اطمینان کامل دارند و این اطمینان، منتهی به ایجاد امنیت در کل اجتماع می‌شود.

دادگستری و مجریان عدالت جهت تأمین این امنیت باید با جرایم و بزهکاری مبارزه کنند و این مبارزه به دو شکل متجلی می‌شود. اول، پیشگیری از ارتکاب جرم که منتهی به برهم‌زدن نظم جامعه می‌شود و دوم، کشف حقیقت و به‌مجازات‌رساندن عادلانه مجرم پس از ارتکاب جرم. اما مجریان عدالت در مقام انجام وظایف خود جهت اجرای این دو بعد، نباید دست به اقداماتی بزنند که آن اطمینان موجود مردم به خودشان را خدشه‌دار نمایند، چرا که همان طورکه گفته شد، این حس اطمینان، با امنیت و نظم اجتماع گره خورده است.

فرض کنید دستگاه قضا برای کشف حقیقت، به اقدامات محیلانه و توأم با اغفال و فریب جهت کسب دلیل متوسل می‌شود یا برای شخصی که ظن به ارتکاب جرم توسط آن می‌رود، نقشه جرم ترسیم و اجرا می‌کند. به نظر شما به چنین دستگاهی که برای مبارزه با بزهکاری، خود متوسل به ارتکاب بزه و اغفال و فریب شده است، می‌توان

[1] . گلدوزیان، ایرج؛ حقوق کیفری تطبیقی، نشر جهاد دانشگاهی، جلد اول ،۱۳۷۴، ص. ۲۱.

اطمینان کرد؟ آیا مردمی که در این اجتماع زندگی می‌کنند، نسبت به مصون‌ماندن از ایراد اتهامات این دستگاه قضایی، آرامش خاطر خواهند داشت؟ اگر حقی از آن‌ها پایمال شود، آیا مردم تمایل مراجعه به چنین سیستم قضایی را خواهند داشت یا خود دست‌به‌کار شده و برای احقاق حقوق ازدست‌رفته خود اقدام خواهند نمود؟

دستگاه قضا که وظیفه اصلی آن مبارزه با بزهکاری است، نباید خود متوسل به ارتکاب بزه شود حتی اگر هدف، کشف حقیقت و شناسایی متهمین باشد؛ چون این امر مانند آن است که مجریان عدالت، مردم را از ارتکاب جرم نهی کنند ولی خود مرتکب بزه شوند. مسلم است که نتیجه این فرایند، چیزی جز تنزل شأن و مقام و اعتبار دستگاه قضا در بین مردم نخواهد بود و این نتیجه آثار جبران‌ناپذیری نسبت به منافع اجتماعی خواهد داشت.«برای مقابله با بزهکاری، نباید از روش‌های بزهکاری و طرقی که به‌کاربستن آن‌ها شایسته مقام عدالت نیست، بهره جست که این نقض‌غرض است».[1]

حفظ شأن و مقام و منزلت دستگاه قضا از این جهت به‌عنوان مبنای دفاع دام‌گستری مطرح می‌شود که مجریان عدالت را از توسل به مکر و حیله و فریب در فرایند دادرسی کیفری و مخصوصاً در مرحله تحصیل دلیل، منع می‌نماید.

به نظر می‌رسد درمبنای مطرح‌شدن دفاع دام‌گستری به‌عنوان عاملی به نفع متهم، هر دو دیدگاه اصالت فرد و اصالت اجتماع، دخیل هستند چراکه از یک طرف در وضع این دفاع، حمایت از حقوق دفاعی متهمین، نقش بسیار مهمی ایفا می‌نماید و از طرف دیگر، لزوم حمایت از حقوق اجتماع به‌صورت حفظ شأن و منزلت مقام قضا و دادگستری، واقعیتی غیرقابل‌انکار است.

به دیگر سخن، اصالت فرد و اصالت اجتماع در وضع دفاع دام‌گستری به‌مثابه کفه ترازویی است که باید به‌صورت متعادل و متوازن وجود داشته باشد. اما گاهی ممکن است این تعادل و توازن بر هم بخورد و آن وقتی است که بین حمایت از منافع فرد و منافع اجتماع در جواز یا منع توسل به عملیات دام‌گستری، تعارضی لاینحل بروز نماید. به‌عنوان مثال در جرمی مثل تروریسم، اگر طبق نظریه حمایت از حقوق دفاعی افراد، اجازه توسل به عملیات دام‌گستری را در کشف جرم به مأمورین اجرای قانون ندهیم، به علت ناکارآمدی روش‌های سنتی در کشف این‌گونه جرایم و هوش و درایت بالای مرتکبان، این جرم کشف نخواهد شد. مسلم و بدیهی است که عدم کشف چنین جرمی موجب لطمه به مصالح و منافع اجتماع و برهم‌خوردن نظم و امنیت عمومی است. لذا

[1]. پورزند مقدم، پژمان؛ «ژرف ساختن دلیل کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۴، ۱۳۸۰، ص. ۲۹.

حمایت از مصلحت عمومی و منافع اجتماع می‌طلبد که دست‌یازیدن به عملیات دام‌گستری در کشف چنین جرایمی مجاز باشد. منتها توسل به دام‌گستری در کشف این جرم، با حقوق فرد متهم در تعارض قرار خواهد گرفت.

در مثال فوق‌الاشعار، وجود تعارض لاینحل بین حمایت از حقوق دفاعی افراد و منافع اجتماع، کاملاً ملموس و روشن است. در این فرض نظرات مختلفی ارائه شده است و برخی معتقدند در فرض بروز تعارض میان منافع فردی و اجتماعی، این منافع فردی است که باید مقدم دانسته شود. برخی دیگر با اعتقاد به اینکه فرد بالاخره در اجتماع وجود دارد و با حمایت از اجتماع، نیازها و کمال و خوشبختی افراد هم تأمین می‌شود، منافع اجتماع را مقدم می‌دانند.[1]

نگارنده معتقد است، جایی که در مورد دفاع دام‌گستری بین منافع فردی و اجتماعی تعارض پیش می‌آید، مانند مثال فوق، این منافع اجتماع و مصلحت عمومی است که باید مقدم دانسته و درنتیجه اجازه توسل به عملیات دام‌گستری در کشف جرم و تحصیل ادله به مقامات قضایی داده شود چرا که پایمال‌نشدن منافع اجتماع به معنی صیانت از حقوق اکثریت در برابر اقلیت است. مضاف بر اینکه فردفرد این اجتماع هم از قدرت عمومی خود انتظار دارند که در برابر جرائمی که نظم و امنیت عمومی را نشانه رفته، مثل تروریسم، پول‌شویی، قاچاق مواد مخدر و. . . شدت عمل به خرج داده و حتی مجاز به توسل به طرق دام‌گستری در تحصیل ادله علیه آنان باشند. البته شایان ذکر است که این جواز نباید موجب تحریک به جرم توسط مقامات قضایی شود.

۲-۲. قلمرو دفاع دام‌گستری

همان طور که گفته شد، دفاع دام‌گستری، به معنی منع توسل به تحریک، خدعه و فریب در مسیر کشف یا اثبات جرم است. اما آیا از این دفاع در همه اتهامات و جرایم می‌توان استفاده نمود؟ ممکن است جرایمی وجود داشته باشد که اساساً به علت نوع اتهام، امکان تحقق دفاع دام‌گستری در آن منتفی باشد، ضمن اینکه نحوه اقدام مأمور اجرای قانون هم در تعیین قلمرو این دفاع، اهمیت فراوانی دارد. النهایه این هم که آیا دفاع دام‌گستری منحصر به قلمرو کیفری است یا خیر، باید بررسی شود. بر همین اساس، تحلیل قلمرو این دفاع از اهمیت بسیاری برخوردار و بر سه قسم است:

[1]. برای مطالعه بیشتر در این مورد، ن.ک: حیاتی، علی‌عباس؛ مقدمه علم حقوق، میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۹، صص. ۲۶-۲۳.

الف. بر اساس نوع اتهام

دفاع دام‌گستری در جرایم متنوعی از قبیل سرقت، فحشاء، جرایم مربوط به مشروبات الکلی، جعل، ارتشاء و. . . مطرح شده است. اما با توجه به ماهیت جرایم مربوط به مواد مخدر، و دشواربودن مسیر کشف اتهامات افراد سابقه‌دار در این‌گونه جرایم، اکثر پرونده‌هایی که از عملیات دام‌گستری در آن‌ها استفاده شده است، مربوط به جرایم مواد مخدراست؛ با این توضیح که تحریک به جرم مطلقاً سبب تحقق دفاع می‌شود و در این میان تفاوتی بین جرایم ساده و معمولی از یک طرف و جرایم مهم و سازمان‌یافته از طرف دیگر وجود ندارد.

اما این بدان معنا نیست که در مرحله وقوع جرم، دام‌گستری در هر اتهامی قابل طرح باشد و در مطرح‌کردن این دفاع در برخی اتهامات باید بسیار احتیاط نمود.

به‌عنوان مثال، تحقق دفاع دام‌گستری در مرحله وقوع جرم، در جرمی که عدم رضایت مجنی‌علیه، شرط تحقق بزه است و مأمور، خود را طعمه جرم قرار می‌دهد، قابل کاربرد نیست. به‌عنوان مثال در جرم آدم‌ربایی، شرط تحقق جرم در کنار سایر شرایط و ارکان دیگر این است که شخص ربوده‌شده، خود راضی به انجام عمل ربوده‌شدن نباشد. در غیر این صورت اگر عنصر جابه‌جایی توسط مرتکب، توأم با رضایت مجنی‌علیه باشد، جرم تحقق پیدا نخواهد کرد. مأمور اجرای قانون که خود را طعمه ارتکاب جرم آدم‌ربایی قرار داده است، چون رضایت آن با توجه به آگاهی و اطلاعش از بزه، مفروض است. لذا برای رفع مسئولیت، مرتکب جرم، دیگر نیازی به استفاده از دفاع دام‌گستری ندارد، چرا که با توجه به فقدان شرط عدم رضایت مجنی‌علیه در تحقق بزه آدم‌ربایی، تحقق این جرم منتفی است. هرچند که ممکن است مأمورین اجرای قانون در مرحله اثبات جرم از اقدامات و رفتارهای توأم با اغفال و فریب و تحریک و تشویق و. . . جهت تحصیل دلیل علیه شخص متهم به آدم‌ربایی یا سایر جرایمی که عنصر فقدان رضایت مجنی‌علیه، شرط تحقق بزه است، استفاده نمایند. در دعوای *فیلیپس*[1] رأی بر این صادر شد که در اتهام آدم‌ربایی، وقتی که مأمور، خود را طعمه جرم قرار دهد، نمی‌توان دفاع دام‌گستری را طرح کرد.

محدودیت دیگر که در قانون جزای نمونه آمریکا صراحتاً پیش‌بینی شده است، «مواردی است که اتهام، ایراد صدمه عمدی بدنی یا تهدید به آن است و تعقیب به خاطر صدمه

1 . Philips v. State.

به شخصی است که نقشی در ایجاد تحریک نداشته است. در این فرض هم دام‌گستری قابل اعمال نیست».[1]

علت این امر این است که، اولاً عامل تحریک در این فرض، مجنی‌علیه نیست، بلکه وی شخص متهم را تحریک نموده تا ثالثی را تهدید یا مصدوم نماید. لذا متهم در ارتکاب جرم، کاملاً مختار و آزاد بوده است و شاید تحریک مأمور اجرای قانون، صرفاً سبب تخفیف مجازات وی شود. اگرچه در این فرض، تعقیب کیفری مأمور به‌عنوان معاونت در جرم هم، منطقی وموجه است.

ثانیاً عامل چنین صدمه‌ای، خطری ایجاد کرده است که جامعه نمی‌تواند به آن بی‌اعتنا باشد. البته نوع اتهام هم (ایراد صدمه عمدی و تهدید)به نحوی است که در اعمال این محدودیت بی‌تأثیر نیست. به دیگر سخن، در این نوع اتهامات که ضرر ناشی از جرم، مستقیماً متوجه اشخاص می‌شود، وقتی دفاع دام‌گستری توسط متهم به ارتکاب جرم قابل طرح است که شخص زیاندیده، همان شخص تحریک‌کننده و اغفال‌کننده باشد.[2]

در هر صورت، دفاع دام‌گستری در جرایمی که شرط تحقق آن‌ها عدم رضایت مجنی‌علیه است، فاقد اثر است. همین طور که اگر ضرر ناشی از جرم، مستقیماً متوجه اشخاص شود، وقتی دفاع دام‌گستری قابلیت اعمال خواهد داشت که عامل تحریک، همان متضرر از جرم یعنی مجنی‌علیه باشد.

ب. بر اساس نوع رفتار مأمور اجرای قانون

یکی از ارکان تحقق دفاع دام‌گستری این است که مرتکب عملیات دام‌گستری، حتماً باید مأمور اجرای قانون باشد. اما آیا در مقابل هر نوع رفتار، تحریک و تشویقی که مأمور انجام می‌دهد می‌توان ادعای دام‌گستری را مطرح کرد؟

توضیح اینکه مرتکب عملیات دام‌گستری ممکن است خود مأمور اجرای قانون یا یک فرد معمولی باشد که توسط مأمورین حکومت تعلیم داده شده است. درمورد اول که بحثی نیست و صرف توسل مأمور اجرای قانون به تحریک به جرم، سبب تحقق دفاع دام‌گستری است. اما بحث جایی است که یک مأمور مخفی یا یک فرد معمولی، تحت نظارت مأمور اجرای قانون، اقدام به تحریک به جرم می‌کند. آیا صرف درخواست اقدامات تحریک‌آمیز از اشخاص عادی، توسط مأمورین در تحقق دفاع دام‌گستری کفایت می‌کند؟

1 . Lafave,Wayne. R; Criminal Law, West Group, 3rd ed, 2000, p. 453.
2 . See : Philips v. State.

در دعوای *شرمن*، دادگاه عالی معروض می‌دارد که وجود یک نوع رابطه نمایندگی بین مأمور و عامل تحریک، جهت تحقق دفاع دام‌گستری نیاز است، اما «صرف عدم اطلاع از شیوه تحریک به‌کارگرفته‌شده، نمی‌تواند بهانه‌ای برای عدم همکاری مخبر یا اشخاص عادی با مأمور اجرای قانون باشد».[1]

به دیگر سخن، مهم آن رابطه نمایندگی است که باید بین این افراد و مأمورین اجرای قانون وجود داشته باشد. حتی اگر مأمورین به‌صراحت روش‌های تحریک خاصی را از فرد درخواست نکرده باشند و این روش‌ها به ذهن خود فرد خطور کرده باشد، باز ایرادی در تحقق دفاع دام‌گستری مطرح نخواهد شد.

این امر بدان معناست که هرنوع رابطه‌ای بین شهروندان و پلیس کفایت نمی‌کند و فرضا اگر مأمور اجرای قانون به‌صورت غیررسمی از شخصی عادی درخواست اطلاعات و مشارکت در اقدامات تحریک‌آمیز نموده باشد، این نوع رابطه برای تحقق دفاع دام‌گستری کافی نخواهد بود چون در این فرض، رابطه نمایندگیِ مدنظر، منتفی است.

موضوع مورد چالش دیگر این است که آیا دفاع دام‌گستری می‌تواند از طریق فرد ثالثی که خود موضوع اقدامات تحریک‌آمیز مأمورین اجرای قانون بوده و بدون اطلاع، به تله‌گذاری و پیشبرد طرح مأمورین علیه شخص دیگر مقصود مأمورین، کمک می‌کند، محقق شود؟

به دیگر سخن، اگر فردی معمولی که خود توسط مأمور اجرای قانون تحریک شده و ناآگاهانه این تحریک را به شخص ثالثی برای پیوستن به صحنه ارتکاب جرم منتقل کند، آیا در مورد این شخص ثالث، دام‌گستری تحقق می‌یابد؟

در یکی از ایالات، دعوایی با این مضمون ارائه شد تحت عنوان دعوای *والنسیا*. در این دعوا دادگاه اجازه مطرح‌کردن دفاع دام‌گستری را در فرض مسئله فوق به متهم می‌دهد، با این توصیف که: «اگر فردی پس از اطلاع از رفتار و گفتار تحریک‌آمیز مأمور اجرای قانون، وارد صحنه ارتکاب جرم شود، می‌تواند شخصاً از دفاع دام‌گستری استفاده کند؛ درست همانند شخصی که مستقیماً مورد تحریک قرار گرفته است».[2]

در برخی ایالات حتی پا را از این هم فراتر نهاده و گفته‌اند: حتی اگر مأمور اجرای قانون، انتظار انتقال تحریک به شخص ثالث را هم نداشته باشد و ثابت شود که شخصی که هدف اصلی بوده به دام ارتکاب جرم افتاده است، باز دفاع دام‌گستری توسط وی قابل طرح است.

1 . Ibid, p. 456.
2 . Ibid, p. 457.

در مقابل، محاکم برخی ایالات با استناد به آنچه در دعوای *لاینی*[1] اتفاق افتاده است اعتقاد دارند که اگر شخص در وهله نخست، هدف اولیه مأمورین نباشد، نمی‌تواند از دفاع دام‌گستری استفاده نماید.

ناآگاهی فرد واسطه اهمیتی ندارد زیرا هدف اصلی از ایجاد چنین دفاعی بازداشتن حکومت از تقلب در قانون است. باوجود این«در دعوای واشنگتن، دادگاه محدودیتی را برای اعمال دام‌گستری تبعی مقرر داشته که طبق آن، وقتی دفاع قابل اعمال است که تحریکِ ادعاشده، همان تحریکی باشد که نماینده حکومت، واسطه‌ای را برای انتقال آن به‌کار گرفته و به‌علاوه به همان شخص موردنظر منتقل شده باشد».[2]

ب. بر اساس نوع تعقیب

اگرچه موضوع تحقیق پیش رو، دفاع دام‌گستری در حقوق کیفری است، بررسی این موضوع در سایر رسیدگی‌های اختصاصی نیز ضروری است. به نظر می‌رسد مطرح‌شدن دفاع دام‌گستری در مرحله وقوع جرم در فرضی متصور است که تحقق جرمی موجب مسئولیت شخص شده باشد. اگر در رسیدگی‌های مدنی، ورود خسارت و آسیب به اموال یا حقوق دیگران را، اعتباراً جرم تلقی کنیم که موجب مسئولیت مدنی عامل حادثه می‌شود، باز بحث دام‌گستری به‌عنوان عاملی جهت زوال مسئولیت مدنی، موضوعاً منتفی است چرا که در مسئولیت مدنی، صِرف اثبات رابطه سببیت جهت مسئول‌شناختن عامل، کفایت می‌کند. ضمن اینکه فلسفه و هدف استفاده از طرق دام‌گستری که در دادرسی کیفری مطرح می‌شود، کلاً در موضوعات مدنی منتفی است. دام‌گستری برای کشف جرم و جلوگیری از حالت خطرناک مجرمین و النهایه حفظ امنیت و منافع اجتماع انجام می‌شود؛ درصورتی‌که این مسائل در ایراد ضرر مدنی، که صرفاً با منافع اشخاص، گره خورده است، موضوعیت ندارد. از این جهت است که در حقوق مدنی این بحث تا کنون مطرح نشده است.

اما در رسیدگی‌های اداری و در فرضی که جرم اداری با تحریک و اغفال مأمورین ارتکاب می‌یابد، بحث دفاع دام‌گستری قابلیت اعمال دارد. به دیگر سخن، اگرچه دفاع دام‌گستری غالباً در زمینه تعقیب‌های کیفری مطرح می‌شود. باوجود این، در رسیدگی‌های اداری هم، مثل لغو یا توقیف پروانه فعالیت‌های شغلی و تجاری نیز قابل‌پذیرش است. البته کاربرد دفاع دام‌گستری در رسیدگی اداری، به‌ندرت اتفاق می‌افتد. علت این امر شاید به ماهیت این نوع رسیدگی‌ها در قیاس با رسیدگی و تعقیب

1 . United State v. Layeni.
2 . Ibid.

کیفری است. درهرصورت، «فرض ضمنی این است که دفاع دام‌گستری در دادرسی‌های اداری نیز قابل اعمال است زیرا خط‌مشی اساسی اعمال آن با پرونده‌های کیفری یکسان است».[1]

۲-۳. آثار دفاع دام‌گستری

بررسی و تشریح آثار دفاع دام‌گستری، مستلزم تحلیل و تبیین انواع رویکردهای حاکم بر آن است. از دام‌گستری و مصادیق و طرق مختلف آن، تقسیم‌بندی‌های گوناگونی ارائه شده است. برخی از نویسندگان با قیاس عملیات دام‌گستری و عملیات‌های پلیس مخفی، این نوع عملیات را از نظر نحوه عملکرد پلیس و نقش آنان در انجام عملیات، به دو قسم، تقسیم‌بندی می‌کنند. «صورت اول مانند شنود مخفیانه مکالمات تلفنی فرد موردنظر، با مداخله منفعلانه پلیس انجام می‌شود. اما صورت دوم مانند ترغیب و تحریک فرد موردنظر به انجام معامله صوری با پلیس، با مداخله فاعلی او صورت می‌گیرد».[2]

این تقسیم‌بندی در مورد عملیات دام‌گستری، چندان صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چرا که اطلاق عنوان دام‌گستری بر عملی چون شنود مخفیانه تلفن که پلیس در آن نقش انفعالی دارد، مشکل به نظر می‌رسد. دفاع دام‌گستری برای تحقق خود، نیازمند یک‌سری شرایط و ارکان است که با مثال مزبور در تناقض قرار می‌گیرد.

برخی دیگر از نویسندگان، با دقت در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر و با قیاس عملیات دام‌گستری با پنهان‌کاری در تحصیل ادله، دام‌گستری یا پنهان‌کاری را به دو قسم موضوعی و شخصی تقسیم‌بندی می‌کنند. «در پنهان‌کاری موضوعی، انگیزه اصلی، ایجاد شبهه موضوعی در شخص مخاطب عملکرد مقامات عمومی است. شخص بر اثر تشویق در موضوع به دام مقامات عمومی می‌افتد. معامله صوری در جرایم خاص، مانند جرایم مواد مخدر از این قبیل است».[3] این شیوه که غالباً در مبارزه با جرایم سازمان‌یافته و مهم به کار می‌رود، باید محدودیت‌هایی داشته باشد. این محدودیت‌ها نیز از تصمیمات دیوان اروپایی حقوق بشر، علیه کشورهای اروپایی به دست آمده است؛ بدین شرح که

---

۱. یزدیان؛ پیشین، ص. ۱۲۰.

۲. مقیمی، مهدی؛ «دام‌گستری در کشف جرم»، فصلنامه دانش انتظامی، سال نهم، شماره سوم، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۰.

۳. قربانی، علی؛ بررسی رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر در زمینه حق آزادی و امنیت و حق بر دادرسی منصفانه، رساله دکتری در حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص. ۱۹۰.

«اعمال پلیس تنها باید آشکارکننده جرایم در حال ارتکاب باشد، نه آنکه کسی را به ارتکاب جرم تحریک نماید و خود پدیدآورنده یک مسئله کیفری باشد. اعمال پلیس ضرورتاً باید تحت نظارت قضایی صورت پذیرد».[1]

نوع دیگر از عملیات دام‌گستری یا پنهان‌کاری، پنهان‌کاری شخصی است. «در این نوع از پنهان‌کاری، هدف و انگیزه اصلی، ایجاد شبهه در موضوع نیست، بلکه مقامات عمومی، با اقتباس یک شخصیت مجازی و ایجاد تماس با شخص بدون اطلاع وی، نسبت به جمع‌آوری دلایل جرم اقدام می‌نمایند ... در پنهان‌کاری شخصی معمولاً از خدمات مخبر و خبرچین استفاده می‌شود».[2]

به نظر می‌رسد که این تقسیم‌بندی هم چندان کامل و شفاف به نظر نمی‌رسد چرا که اولاً این تقسیم‌بندی بیشتر ناظر به تحریک در ارائه دلیل است یعنی تحریک به جرم را در بر نمی‌گیرد، درحالی‌که عملیات دام‌گستری، هم شامل تحریک به جرم و هم تحریک به ارائه دلیل می‌شود. ثانیاً تفکیک پنهان‌کاری موضوعی و شخصی، مشکل به نظر می‌رسد، چرا که در عمل و اجرا، معمولاً این دو بر یکدیگر منطبق می‌شوند. به‌عنوان مثال، مخبرین و مأمورین مخفی نه‌تنها باید هویت واقعی خود را کتمان کنند (پنهان‌کاری شخصی)، بلکه باید در شخص مخاطب عملکرد دام‌گستری، ایجاد شبهه موضوعی نیز بنمایند و بر فرض، اقدام به معامله صوری با وی نمایند. (پنهان‌کاری موضوعی)

درهرصورت با مداقه در رویه‌قضایی کشورهایی که دفاع دام‌گستری را به‌عنوان عاملی به نفع متهم پذیرفته‌اند، مخصوصاً نظام کیفری آمریکا، فرانسه و دیوان اروپایی حقوق بشر، نگارنده معتقد است که از دو منظر می‌توان به عملیات دام‌گستری توجه نمود. یکی از منظر مسئولیت متهم و در مرحله وقوع جرم و دیگری از منظر ارزش اثباتی ادله تحصیلی ناشی از عملیات دام‌گستری و در مرحله کشف و اثبات جرم.

منظر و بُعد اول از دفاع دام‌گستری، ناظر به قبل از وقوع جرم است یعنی فرضی که هنوز دادرسی کیفری علیه شخص آغاز نشده است، بدین معنا که مقامات قضایی برای شخصی که هنوز مرتکب جرم نشده است، اقدام به ترسیم و طرح نقشه جرم علیه او نموده و وی را ترغیب و تحریک به ارتکاب بزه می‌نمایند به‌نحوی‌که اگر این اقدامات مقامات قضایی نمی‌بود، شخص هرگز مرتکب جرم نمی‌شد. آنچه در این فرض مورد چالش قرار می‌گیرد این است که آیا مرتکب جرم در چنین وضعیتی، مسئولیت تام

[1]. همان، ص. ۱۹۰.

[2]. همان، ص. ۱۹۱.

کیفری دارد؟ آیا مجازات چنین شخصی مطابق با انصاف و عدالت است؟ سوءرفتار مقامات قضایی در این فرض، تا حدی است که دفاع دام‌گستری وارد عمل شده و مسئولیت کیفری چنین متهمی را ازاله می‌نماید.

هنگامی که مأمور اجرای قانون، مبادرت به ایجاد تله و دام بر سر راه شخص مظنون به جرمی می‌نماید و اثر این عمل تا حدی است که شخص مشارالیه را به ارتکاب جرم وادار می‌نماید، ارتکاب جرم در این شرایط، مثبت دفاعی برای متهم است، تحت عنوان دام‌گستری. اثر این دفاع، مسئولیت کیفری متهم را نشانه گرفته و موجب زوال آن خواهد شد. بر همین اساس در آمریکا دام‌گستری مأموران در کشف جرم به‌عنوان یک دفاع قابل طرح است و در قانون جزای نمونه این کشور، دفاع دام‌گستری پیش‌بینی شده است. ماده ۳۱ این قانون در بخش علل رافع مسئولیت، این‌گونه مقرر می‌دارد: «هرکس مرتکب فعل مجرمانه‌ای شود چنانچه قصد مجرمانه‌اش ناشی از فریب و اغواگری از سوی صاحب‌منصبی دولتی یا شخصی باشد که با مأمور مزبور همکاری می‌کند، چنین شخصی مسئول نخواهد بود».[1]

شایان ذکر است که با توجه به نظام حقوقی حاکم بر آمریکا، هرکدام از ایالات این کشور، تفاسیر متعددی درمورد دفاع دام‌گستری در مرحله وقوع جرم ارائه نموده‌اند، به‌نحوی‌که هر ایالتی از یک نظریه تبعیت کرده و در این مورد اتفاق‌نظر بین آن‌ها وجود ندارد. اگر بر این بُعد از دفاع دام‌گستری تمرکز نماییم، چون در همان مرحله وقوع جرم، با رفع مسئولیت تام از متهم، روند رسیدگی متوقف و شخص متهم از فرایند کیفری خارج می‌شود، به نظر می‌رسد بحث در مورد اینکه آیا دلایل تحصیل‌شده بدین نحو مشروعیت دارد یا خیر، دیگر خالی از فایده خواهد بود. به همین علت است که در حقوق آمریکا و در تفسیر از دفاع دام‌گستری، کمتر به بحث ارزش اثباتی دلایل تحصیل‌شده از طریق دام‌گستری توجه شده است.

اما سؤالی که ممکن است در اینجا پیش آید این است که دفاع دام‌گستری از این منظر از عوامل رافع مسئولیت کیفری است یا از عوامل موجه جرم؟ پاسخ به این سؤال تأثیر مهمی در روند رسیدگی به این دفاع دارد، چرا که اگر دفاع دام‌گستری را از عوامل موجه جرم بدانیم، چون این عوامل، «عموماً کیفیاتی عینی و خارجی هستند، علاوه‌بر متهم تحریک‌شده، در حق سایر شرکاء و معاونان وی هم قابل اعمال هستند».[2]

1 . Model Penal Code of USA , June, 18, 2004.

۲. اردبیلی؛ پیشین، ص. ۷۷.

در واقع قلمدادکردن دفاع دام‌گستری به‌عنوان عوامل موجه، کلاً سبب اباحه فعل و زوال عنصر قانونی شده و باعث می‌شود که جرم اساساً منتفی باشد. اما اگر دفاع دام‌گستری را از عوامل رافع مسئولیت بدانیم، متهم تحریک‌شده توسط مأمور اجرای قانون، مرتکب جرم شده، منتها شرایط تحقق مسئولیت درمورد وی منتفی است. ازآنجاکه عوامل رافع مسئولیت، کیفیاتی شخصی و درونی هستند، در حق معاونان و شرکاء متهم تحریک‌شده، تأثیری نخواهند داشت.

به نظر می‌رسد با توجه به اثر دفاع دام‌گستری، یعنی زوال مسئولیت کیفری، این دفاع را باید از عوامل رافع مسئولیت کیفری قلمداد نماییم. به دیگر سخن، متهم تحریک‌شده توسط مأمور اجرای قانون، مرتکب جرم شده، منتها تأثیر تحریک و دسیسه مأمور در وقوع جرم از یک طرف، و سوءرفتار مجریان عدالت که شأن خود را تا حد بزهکار تنزل بخشیده‌اند، از طرف دیگر، مانع مسئولیت تام کیفری وی می‌شود.

اثر تحریک به‌تنهایی نمی‌تواند عامل موجهی برای زوال مسئولیت کیفری متهم در دفاع دام‌گستری باشد، چرا که اگر یک فرد معمولی اقدام به تحریک به جرم کند، نه‌تنها مرتکب جرم مسئولیت تمام کیفری دارد، بلکه خود شخص هم تحت عنوان معاون جرم ارتکابی، قابل پیگیرد است.

آنچه سبب توجیه زوال مسئولیت کیفری در دفاع دام‌گستری می‌شود، درکنار عنصر تحریک، سوءرفتار مأمورین اجرای قانون در وقوع جرم است، چرا که این عمل، سبب بی‌اطمینانی مردم نسبت به سیستم قضایی کشور شده، النهایه نظم موجود در جامعه را بر هم می‌زند. به‌عبارت‌دیگر، وقتی عامل تحریک، مأمور اجرای قانون است، به علت شأن و منزلت مقام او، سلب اراده آزاد و اختیار مرتکب در وقوع جرم، مفروض دانسته شده و وی از مسئولیت کیفری مبرا است؛ درحالی‌که وقتی عامل این تحریک، اشخاص عادی باشند، هنگامی می‌توانند از مسئولیت کیفری تبرئه شوند که ثابت نمایند تحریکِ به‌وجودآمده در مسیر ارتکاب جرم، موجب زوال ارده و اختیار آن‌ها شده و مجبور به ارتکاب جرم بوده‌اند.

چون دفاع دام‌گستری از عوامل رافع مسئولیت کیفری شناخته شد، پس شرکاء و معاونین متهم تحریک‌شده نمی‌توانند از آثار این دفاع، سود ببرند مگر اینکه اینان ثابت کنند که مأمور اجرای قانون، اقدام به تحریک و اغفال آنان هم نموده است. به دیگرسخن، چنانچه شرکاء و معاونین هم اثبات نمایند، مقصود مأمور اجرای قانون جهت عملیات دام‌گستری بوده‌اند، دفاع دام‌گستری درمورد آن‌ها نیز محقق خواهد بود.

اما دفاع دام‌گستری از منظر دوم، ناظر به مرحله بعد از وقوع جرم و در مقام تحصیل دلایل له و علیه متهم است؛ بدین معنا که جرمی اتفاق افتاده و مقامات قضایی برای تحصیل دلیل علیه این مرتکب جرم، اقدام به توسل به روش‌ها و طرق محیلانه، فریب‌کارانه و توأم با خدعه و نیرنگ می‌نمایند. در این فرض عملیات دام‌گستری، ناظر به مرحله اثبات جرم است. لذا آنچه اینجا مورد چالش قرار می‌گیرد این است که آیا دلایلی که از طریق عملیات دام‌گستری مقامات قضایی تحصیل می‌شود، در محضر دادگاه از ارزش اثباتی برخوردار است؟ آیا محکوم‌نمودن متهم با چنین دلایلی منصفانه است؟ اینجاست که دفاع دام‌گستری به داد متهم رسیده و دلایلی را که از این طریق تحصیل شده است، باطل می‌نماید. به‌عبارت‌دیگر، کانون توجه دفاع دام‌گستری از منظر تحصیل ادله، معطوف به نفس دلیل اکتسابی است و بحث زوال یا عدم زوال مسئولیت در این شرایط، امری تبعی و فرعی محسوب می‌شود.

در حقوق کیفری کشور فرانسه، دام‌گستری دفاع محسوب می‌شود، اما نه از این جهت که متهم تحریک‌شده به ارتکاب جرم، مسئولیت کیفری ندارد، بلکه از این منظر که به‌خاطر اصول حاکم بر دادرسی کیفری و نحوه تحصیل ادله، دلایلی که از طرق دام‌گستری برای محکوم‌نمودن شخص متهم به دست می‌آید، دلیل مشروع و قانونی محسوب نمی‌شود. لذا اگر دلیل دیگری غیر از دلیل فوق در پرونده موجود نباشد، امکان محکومیت شخص، منتفی است.

درماده ۸۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری این کشور، پیش‌بینی شده که در سایر مواردی که در ماده ۱۷۱ به آن‌ها اشاره نشده، اعلام بطلان فقط در صورتی امکان‌پذیر است که، تجاوز به ضوابط مندرج از سوی قانون یا عدم رعایت مقررات اساسی شکلی موجب ایراد خسارت به ذی‌نفع شده باشد. رویه قضایی یکی از این موارد را که مشمول ماده فوق است، توسل به تحریک و خدعه و فریب در تحصیل ادله می‌داند.[1] از این‌گونه موارد به موارد «بطلان بالقوه» تعبیر می‌شود.[2]

توضیح اینکه بطلان در حقوق فرانسه، یا مربوط به منافع خصوصی است یا مربوط به موارد نظم عمومی.[3] دسته اول از موارد بطلان که تنها با اعتراض ذی‌نفع قابل بررسی هستند خود به دو قسم‌اند: اول بطلان منصوص یعنی مواردی که مقنن صراحتاً در قوانین، ضمانت اجرا را بطلان دانسته است، که عمدتاً این موارد در ماده ۱۷۱ قانون

۱. ن.ک: تدین، عباس؛ تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، میزان، ۱۳۸۸، ص. ۲۳۶.
۲. آشوری، محمد؛ آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، سمت، چاپ هشتم، ۱۳۸۶، ص. ۲۶۶.
۳. همان، ص. ۲۳۸.

آیین دادرسی کیفری فرانسه ذکر شده‌اند و دوم، بطلان قضایی یا بالقوه یعنی مواردی که قانون، صراحتی در آن ندارد اما رویه قضایی حدود و قلمرو آن را مشخص کرده است. عمدتاً «نقض تشریفات اساسی دادرسی و منافع اساسی اصحاب دعوا مانند حقوق دفاعی متهم و تضمینات مربوط به تحت نظر»[1] سبب بطلان قضایی ادله تحصیلی می‌شود. توسل به تحریک در ارائه دلیل توسط مقامات قضایی و پلیس، از مواردی است که تحت شمول بطلان بالقوه قرار می‌گیرد.

پس ملاحظه شد که درمورد ضمانت اجرای دفاع دام‌گستری از منظر دوم یعنی بطلان ادلهٔ تحصیل‌شده از این طریق اتفاق‌نظر وجود دارد. منتها در مورد اثر این بطلان در فرایند دادرسی، رسیدن به وحدت معیار و ارائه یک رویه تثبیت‌شده، امری مشکل و دشوار به نظر می‌رسد. آیا بطلان دلیل تحصیل‌شده، فرایند دادرسی و سایر ادله را هم تحت تأثیر قرار داده و آن‌ها را کلاً از درجه اعتبار ساقط می‌سازد ؟ یا تنها اثر این بطلان به خود دلیلِ فی‌نفسه نامشروع، محدود می‌شود؟

در آیین دادرسی کیفری فرانسه با توجه به اصل آزادی دادرس درمورد ارزیابی ادلهٔ تحصیل‌شده، اثر جزیی یا نسبی‌بودن یا مطلق‌بودن بطلان و سلب اعتبار از دلایل، به شعبه تحقیق واگذار شده است. بر اساس بند دوم ماده ۱۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری این کشور، «شعبه تحقیق تصمیم می‌گیرد آیا بطلان باید به تمام یا قسمتی از اعمال یا اسناد دادرسی باطل‌شده محدود شود، یا به تمام یا قسمتی از دادرسی بعدی نیز گسترش یابد». رویه قضایی این کشور در ارائه معیارهای اساسی جهت کمک‌نمودن به شعب تشخیص در خصوص تعیین قلمرو موارد بطلان، نقش فراوانی داشته است. به‌عنوان مثال، شعبه جنایی دیوان عالی کشور در یکی از آرای خود «بر این عقیده است که فقط درصورتی باید اعمال دادرسی باطل شود که این اعمال، ریشه و بقای خود را بر مبنای اعمال باطل‌شده قرار داده باشند».[2]

درهرصورت، این محرز و مسلم است که اثر توسل به تحریک در ارائه دلیل، حداقل، نفس دلیل تحصیل‌شده از این طریق را از درجه اعتبار ساقط می‌سازد. اگر دلیل باطل‌شده، تنها دلیل موجود در پرونده باشد، مقام قضایی طبق اصل برائت، ملزم به صدور حکم بی‌گناهی متهم است، چرا که دلیل باطل مثل آن است که اصلاً در ابتدا هیچ دلیلی وجود نداشته است. اما اگر دلیل باطل‌شده، تنها دلیل موجود در پرونده نباشد، این در اختیار مقام قضایی است که اثر بطلان این دلیل را به سایر ادله و فرایند

[1]. تدین؛ همان، ص. ۲۳۶.

[2]. همان، ص. ۲۶۱.

دادرسی تسری دهد یا خیر؟ این امر مبنای اصل آزادی اختیار دادرسی کیفری در ارزشیابی ادله است.

توسل به تحریک، خدعه و فریب در تحصیل دلیل، نه‌تنها ارزش اثباتی دلیل تحصیل‌شده از این طریق را ساقط می‌کند، بلکه ممکن است، منجر به مجازات کیفری یا انتظامی شخص مرتکب هم بشود. این امر در دادرسی کیفری وقتی موجودیت می‌یابد که قانونگذار صراحتاً عمل غیرمشروع در تحصیل دلیل را جرم‌انگاری نموده باشد. به‌عنوان مثال در حقوق کیفری فرانسه، «هرگونه خطای قاضی در جریان انجام وظایف شغلی، نسبت به حیثیت، نزاکت یا منزلت امر قضا، تخلف انضباطی محسوب می‌شود».[1] لذا توسل به تحریک در ارائه دلیل که منافی با منزلت امر قضاست، از مصادیق بارز تخلف انتظامی و قابل مجازات است.

اما در پایان این بند، آنچه باید مورد رسیدگی واقع شود، این است که اثبات دفاع دام‌گستری بر عهده چه کسی است؟ آیا شخص متهم باید ثابت کند که مأمور اجرای قانون در وقوع جرم از روش‌های محیلانه و تحریک‌آمیز استفاده کرده است؟ یا صرف ادعای متهم در این مورد کفایت می‌کند و وظیفه اثبات با دادگاه است؟ در حقوق کیفری، در مورد اثبات شرایط مساعد به حال متهم، بین علمای حقوق و بالتبع رویه قضایی، همیشه اختلاف‌نظر وجود داشته است. شرایط مساعد به حال متهم، «هر امری است که بتواند در تخفیف یا عدم مجازات متهم مؤثر واقع شود».[2] دفاع دام‌گستری، یکی از این شرایط است.

برخی از نویسندگان معتقدند که اصل بر برائت متهم است و هرگاه وی در جستجوی این اصل به شرایط و اوضاع‌واحوال مساعد به حال خود، توسل بجوید، باید خودش آن را به اثبات برساند. هرکس که ادعایی می‌کند، خود موظف به اثبات آن است و«اجبار دادستان یا شاکی به اثبات آنچه متهم مدعی آن است، با سنت دیرینه قضایی و نیز با موازین عقلانی سازگار نیست و در این زمینه هیچ‌گونه تفاوتی بین معاذیر قانونی، علل رافع مسئولیت و امثال آن وجود ندارد و متهم و وکیل مدافع او باید همانند خوانده دعوای حقوقی، در همه موارد، بار اثبات مدعای خود را عهده‌دار شوند».[3] اما برخی دیگر

---

۱. گلدوزیان، ایرج؛ ادله اثبات دعوی، میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص. ۲۹۴.

۲. منصورآبادی، عباس؛ بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم، علوم جنایی (مجموعه مقالات)، سمت،۱۳۸۳، ص. ۳۴۲.

۳. آشوری؛ پیشین، ص. ۲۴۶.

از حقوق‌دانان،[1] دیدگاهی متفاوت از دیدگاه فوق دارند. اینان معتقدند در امور کیفری، اصل بر برائت متهم است و حرکت جهت خلاف این اصل، چه به‌عنوان اثبات مجرمیت متهم و چه اثبات عوامل رافع این مجرمیت، بر عهده مقام قضایی است، چرا که مقامات قضایی به خاطر امکانات و وسایلی که در مسیر کشف حقیقت دارند، راحت‌تر و آسان‌تر خواهند توانست به اثبات مجرمیت یا بی‌گناهی متهم اقدام نمایند. ضمن اینکه در اکثر نظام‌های کیفری هم، دادسرا موظف به جمع‌آوری دلایل، هم له و هم علیه متهم است. از این جهت تشخیص و اثبات مواردی چون عوامل رافع مسئولیت کیفری بر دوش آن‌هاست.

جدای از اختلاف‌نظرهای موجود درمورد موضوع بحث، نگارنده معتقد است که با بررسی رویه قضایی محاکم ایالتی آمریکا و فرانسه درمورد دفاع دام‌گستری، مشخص می‌شود که محاکم، اثبات این امر را منحصراً بر دوش متهم یا مقام قضایی نگذاشته‌اند. از یک طرف این متهم است که ادعا می‌کند جرم ارتکابی وی تحت تأثیر نامشروع تحریک مأمور اجرای قانون بوده و از طرف دیگر، این دادگاه است که با معیارهایی که در دست دارد، تشخیص می‌دهد که آیا دفاع دام‌گستری در مورد وی محقق است یا خیر؟ به دیگر سخن، طرح دفاع دام‌گستری با تمام جزئیات بر دوش متهم است اما تشخیص اینکه این ادعا، دام‌گستری است یا خیر، بر عهده قاضی خواهد بود.

[1]. استفانی، ویدال، پاترین، و مگنول در حقوق فرانسه؛ به نقل از تدین؛ پیشین، ص.۴۰.

نتیجه

دام‌گستری به معنی پهن‌کردن دام و تله توسط مقامات قضایی برای ارتکاب جرم یا تحصیل دلیل علیه اشخاص مورد نظرشان است. به‌عبارت‌دیگر، عملیات دام‌گستری، وضعیتی است که، چنان ذهن شخص موضوع آن را درگیر خود می‌کند که با اراده آزاد و اختیار و قدرت تصمیم‌گیری وی، در تعارض قرار می‌گیرد. این وضعیت در هر جرمی، چه جرایم ساده و معمولی و چه جرایم مهم و سازمان‌یافته موجب تحقق دفاع و رفع مسئولیت متهم می‌شود. توجیه این امر، بیشتر از انکه معطوف به عنصر تحریک و فریب مأمور دولت باشد، متوجه سوءرفتار این مقامات است که منتهی به تنزل شأن و منزلت دادگستری نزد مردم می‌شود.

توجه و تأکید به عدم سوءرفتار مأموران اجرای قانون، تا جایی است که حتی در کنار دفاع دام‌گستری، از دفاعیات دیگری تحت عنوان رفتار قانون‌شکنانه دولت و پرونده‌سازی نام برده‌اند، تا این دفاعیات، که همان اثر دفاع دام‌گستری را دارند، مواردی را که به علت فقد شرایط، نمی‌توان از دفاع دام‌گستری سود برد نیز در برگیرند.

در دفاع دام‌گستری در مرحله تعیین مسئولیت متهم، نمی‌توان تفاوتی میان جرایم ارتکابی توسط مأمورین گذاشت. تحریک به هر جرمی توسط مأمورین پلیس حتی برای مجرمین سابقه‌دار و خطرناک، باید منع شود، چرا که سوءرفتار مأموران در این مصداق تا حدی است که دادگاه را در تعقیب‌نمودن متهمین بی‌میل می‌سازد. مجرمی که سابقه‌دار است هم در حمایت چتر قانون قرار می‌گیرد، لذا مأمورین نمی‌توانند برای محکوم‌نمودن وی به علت جرایم ارتکابی قبلی، دام و تله پهن نموده و وی را به ارتکاب جرم جدید تحریک نمایند.

اما در نظام حقوقی برخی دیگر از کشورها مثل فرانسه به دفاع دام‌گستری نه از منظر مسئولیت متهم بلکه از منظر ارزش اثباتی دلایل تحصیل‌شده از این طریق توجه می‌شود. این منظر از دفاع دام‌گستری معمولاً بعد از وقوع جرم و در مرحله تحصیل ادله اتفاق می‌افتد یعنی هنگامی که مأمورین اجرای قانون یا مقامات قضایی برای به‌دست‌آوردن دلایل علیه متهم، مبادرت به تحریک، دسیسه، خدعه و نیرنگ نموده، تا از دلیل تحصیلی از این طریق، وی را محکوم نمایند. در این فرض، دفاع دام‌گستری در مرحله تحصیل ادله مطرح شده و مانع توسل مقامات قضایی به طرق محیلانه و فریبکارانه در فرایند تحصیل دلیل می‌شود.

اگرچه دام‌گستری در تحصیل دلیل به‌عنوان یک اصل، ممنوع اعلام شده است، استثنائاً در جرایم مهم و سازمان‌یافته نظیر تروریسم، پول‌شویی، قاچاق مواد مخدر و ... توسل به

طرق محیلانه و فریب‌کارانه توسط مقامات قضایی با شرط عدم تحریک به جرم، مجاز است. توجیه این استثنا در فرایند تحصیل دلیل، به خطرات ناشی از این جرایم که مستقیماً نظم و منافع اکثریت اجتماع را نشانه می‌گیرد، مربوط می‌شود.

دفاع دام‌گستری ازجمله مباحثی است که علاوه بر دکترین و رویه قضایی، قانون هم نسبت به آن ساکت است. این سکوت سبب شده تا مقامات قضایی در طیف وسیعی از جرایم، مجاز به ترسیم و طرح نقشه جرم برای مظنونان باشند؛ امری که علاوه‌بر نقض حقوق دفاعی افراد، موجب تنزل شأن و منزلت این مقامات نزد مردم هم می‌شود.

این امر نه‌تنها با حقوق دفاعی متهمان در تعارض است بلکه از اعتماد عمومی به دادگستری و سیستم قضایی کشور هم می‌کاهد. لذا منطقی است قانونگذاران با وضع قوانین جدید یا اصلاح قوانین قبلی، به پیش‌بینی تضمیناتی درمورد این موضوع مبادرت نمایند. نگارنده بر اساس جمیع اظهارات فوق پیشنهاد می‌کند:

۱- دام‌گستری مؤثر مأمورین اجرای قانون در مرحله وقوع جرم، در مقرره‌ای به‌عنوان یک دفاع که منتهی به زوال مسئولیت متهم می‌شود، مطرح شود.

۲ - ارکان لازم جهت تحقق این دفاع، یعنی لزوم مأموربودن مرتکب عملیات دام‌گستری و لزوم توسل مأمور به تحریک و ترغیب مؤثر در وقوع جرم، کاملاً و دقیقاً مشخص شود تا متهمین بدانند در چه شرایطی خواهند توانست از مزایای این دفاع بهرمند شوند. بهتر است که تمایل یا عدم تمایل متهم به ارتکاب جرم، تأثیری در تحقق این منظر از دفاع دام‌گستری نداشته باشد، چرا که فلسفه و ماهیت ایجاد چنین دفاعی به‌منظور جلوگیری از سوءرفتار مأموران نیروی انتظامی است.

۳- تشخیص وجود یا عدم چنین دفاعی بر عهده مقام قضایی باشد، چرا که دادگاه با معیارهایی که در دست دارد، راحت‌تر و ساده‌تر می‌تواند تشخیص دهد که آیا دفاع دام‌گستری درمورد متهم وجود دارد یا خیر؟

۴- برای مأمورین اجرای قانون یا مقامات مافوق آن‌ها، در صورت تحریک به جرم، مجازات انتظامی و اداری وضع شود تا آنان بدانند که اگر از حدود اختیارات خود در مرحله وقوع جرم تجاوز نمودند، چه عواقبی در انتظارشان است. درحالی‌که در رویه فعلی با توجه به سکوت قانون و رویه قضایی و چون دام‌گستری در مرحله وقوع جرم، عملی مشروع محسوب می‌شود، قاعدتاً مأمور به سبب انجام تحریک، هیچ مسئولیتی ندارد و تعقیبی علیه آنان صورت نمی‌گیرد.

۵- در تحقق این منظر از دفاع دام‌گستری، نوع جرم ارتکابی توسط متهم تأثیری در روند اثبات آن نداشته باشد.

توضیح اینکه در دفاع دام‌گستری از منظر مسئولیت متهم، نمی‌توان تفاوتی میان جرایم ارتکابی توسط مأمورین گذاشت. تحریک به هر جرمی توسط مأمورین پلیس حتی برای مجرمین سابقه‌دار و خطرناک، باید منع شود، چرا که سوءرفتار مأموران در این مصداق تا حدی است که دادگاه را در تعقیب‌نمودن متهمین بی‌میل می‌سازد. مجرمی که سابقه‌دار است، هم در حمایت چتر قانون قرار می‌گیرد، لذا مأمورین نمی‌توانند برای محکوم‌نمودن وی به علت جرایم ارتکابی قبلی، دام و تله پهن نموده و وی را به ارتکاب جرم جدید تحریک نمایند.

۶- با وضع مقرره‌ای عام، مقامات قضایی اعم دادستان، بازپرس و دادرس و ضابطین دادگستری و حتی اشخاص عادی، از توسل به تحریک، خدعه، فریب و نیرنگ در تحصیل ادله له و علیه افراد ممنوع باشند. به دیگر سخن، دفاع دام‌گستری در مرحله تحصیل ادله، به‌عنوان یک اصل عام در فرایند دادرسی کیفری پذیرفته شود.

۸- ضمانت اجرای عدم رعایت قاعده فوق توسط هریک از مقامات مزبور، به نحوی کاملاً دقیق و حقوقی مشخص شود تا مقامات قضایی مطلع باشند که در صورت توسل به عملیات دام‌گستری در تحصیل دلیل، نه‌تنها دلایل و اقدامات آن‌ها در طی این فرایند باطل می‌شود، بلکه ضمانت اجرای انتظامی یا اداری هم در کمین آن‌ها خواهد بود. به دیگر سخن، قاعده بطلان باید به‌طور عام در فرایند دادرسی و به‌طور خاص درمورد موضوع دام‌گستری مشخص شود.

۹- استثنائاً و با تعیین قانونی ضوابط و شرایط، در جرایم مهم و خطرناک مثل جرایم سازمان‌یافته نظیر پول‌شویی، تروریسم، قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان و... به علت ناکارآمدی اقدامات مقامات قضایی در توسل به ادله سنتی، اجازه کشف جرم به طرق دام‌گستری به مأمورین اجرای قانون داده شود. منتها اولاً جرایم مذکور در قانون احصا شود تا این وسعت اختیارات به سایر جرایم تسری نیابد. ثانیاً در نحوه اعمال و اقدامات آن‌ها نوعی کنترل قضایی صورت پذیرد تا مانع از اعمال سلیقه و خودکامگی مقامات قضایی در توسل به چنین شیوه‌هایی شود. ثالثاً حدود اختیارات مقامات قضایی و نحوه اعمال آن‌ها کاملاً تصریح شده و مشخص باشد.

منابع

- آشوری، محمد؛ **آیین دادرسی کیفری**، سمت، دوجلدی، جلد دوم، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.

- آشوری، محمد و دیگران؛ **حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت**، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.

- اردبیلی، محمدعلی؛ **حقوق جزای عمومی**، میزان، دو جلدی، جلد دوم، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵ .

- امیرارجمند، اردشیر؛ **مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، اسناد جهانی**، انتشارات شهید بهشتی، ۱۳۸۱.

- امیرارجمند، اردشیر و دیگران؛ **مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر**، جلد دوم، جنگل، ۱۳۸۵.

- پاک‌نهاد، امیر؛ «**عذر تحریک، مبانی وآثار، مطالعه‌ای در حقوق ایران و انگلستان**» ، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۴، سال ۱۳۸۵.

- پورزند مقدم، پژمان؛ «**ژرف ساختن دلیل کیفری**»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۳۴،۱۳۸۰.

- تدین، عباس؛ **تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری**، میزان، ۱۳۸۸.

- تدین، عباس و غلامحسین کوشکی (مترجمان)؛ **قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه**، پلی‌کپی، معاونت حقوقی و توسعه قضایی، ۱۳۸۶.

- جعفری، عباس؛ «**بررسی حق حریم خصوصی**»، ماهنامهٔ تعالی حقوق، سال اول، شماره اول، ۱۳۸۵.

- حیاتی، علی‌عباس؛ **مقدمه علم حقوق**، میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۶ .

- رحیمی‌نژاد، اسماعیل؛ **کرامت انسانی در حقوق کیفری**، میزان، ۱۳۸۷.

- صانعی، پرویز؛ **حقوق جزای عمومی**، طرح نو، ۱۳۸۲.

- کاتوزیان، ناصر؛ **مقدمه علم حقوق**، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهلم، ۱۳۸۳ .

- گلدوزیان، ایرج؛ **ادله اثبات دعوی**، میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۴.

- _____؛ **حقوق کیفری تطبیقی**، جلد اول، نشر جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۴ .

- قربانی، علی؛ «**بررسی رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر در زمینه حق آزادی و امنیت و حق بر دادرسی منصفانه**»، رساله دکتری در حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.

- لارگیه، ژان؛ **آیین دادرسی کیفری فرانسه**، ترجمه: حسن کاشفی اسماعیل‌زاده، گنج دانش، ۱۳۷۸.

- لنگرودی، محمدجعفر؛ **مقدمه عمومی علم حقوق**، گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۸۳.

- مقیمی، مهدی؛ «**دام‌گستری در کشف جرم**»، فصلنامه دانش انتظامی، سال نهم، شماره سوم، ۱۳۸۶.

- منصورآبادی، عباس؛ «**بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم**»، **علوم جنایی** (مجموعه مقالات)، سمت، ۱۳۸۳.

- یزدیان، جعفر؛ «**دام‌گستری، مفهوم و مبانی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران**»، مجله فقه و حقوق، سال دوم، شماره ۶، ۱۳۸۴.

- Ashworth, Andrew; **Principies of Criminal Law**, Oxford University Press, 1991.

- Black, Brayana.Garner; **Blacks Law Dictionary**, 8th ed, USA, West publishing company, 2005.

- Lafave, Wayne. R; **Criminal Law**, West group, 3rd ed, 2000.

- Martin. A, Elizabeth; **Oxford Dictionary of Law**, Oxford University Press, 4th ed, 1997.

- Perkins, Rollin and Ronald. N.Boyce; **Criminal Law**, 3rd ed , USA, 1982.

- Gardner, Thomas J, and Terry M. Anderson; **Criminal Law**, Wadsworth, 7th ed, 2000.

تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان

سیدمحمدصادق طباطبائی*
عباس کیانی**

چکیده

این مقاله در صدد یافتن ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان بوده و به جهت اینکه در قانون مربوط، صحبت از مالکیت به عمل آمده، پس از طرح مسئله، در مباحث مقدماتی، بالضروره به تبیین مفهوم مالکیت و تعریف بیع در قانون مدنی ایران و فقه امامیه پرداخته شده است.

در ادامه مباحث، دکترین حقوق درمورد قرارداد پیش‌فروش ساختمان و مطابقت آن با هریک از نهادهای حقوقی تعهد به بیع، بیع مشروط، بیع معدوم به تبع موجود، بیع معلّق، عقد صلح و قرارداد خصوصی تملیکی ارائه شده است و درنهایت، ضمن خدشه در لزوم شرطیت قبض تمامی ثمن در بیع سلم، این نتیجه به عمل آمد که قرارداد مزبور با بیع سلم قابل تحلیل و توجیه است. البته با ذکر اینکه واحد ساختمانی حسب انشاء طرفین با سه حالت مختلف «از ابتدا»، «در حین احداث و تکمیل» و «پس از اتمام عملیات ساختمانی» (مندرج در ماده ۱) به مالکیت پیش‌خریدار درآید: در حالت اول به‌صورت منجّز، در حالت دوم به‌صورت معلّق (همراه با شرط تملیک تدریجی) و به نسبت اقساط پرداختی و در حالت سوم نیز به‌صورت معلق و به‌محض پرداخت آخرین قسط ثمن.

واژگان کلیدی: پیش‌فروش، قرارداد، بیع، بیع سلم، بیع معلّق، تعهد به بیع.

---

* استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول) tabatabaei@ase.ui.ac.ir
** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان kiani_abbas@ymail.com

مقدمه

مسکن ازجمله نیازهای اولیه و ضروری انسان است. در طول تاریخ، انسان توانست از بدویت خارج و تبدیل به انسان ابزارساز شود. ابزارسازی انسان موجب دگرگونی و پیشرفت در ساخت مسکن شد. نوع مصالح و مواد تشکیل‌دهنده ساختمان‌ها از حالت اولیه خارج و تبدیل به مصالح پیچیده امروزی شد و به تبع، تحول و بهبود مصالح باعث گزافه‌شدن هزینه تمام‌شده ساختمان شد. لذا جامعه با بحرانی جدی مواجه شد، چه اینکه از یک طرف خریدارانی وجود داشتند که توانایی خرید ساختمان به‌صورت نقدی را نداشتند و از طرف دیگر، سازندگانی وجود داشتند که سرمایۀشان برای ساخت ساختمان‌های استاندارد کافی نبود. به این ترتیب، قرارداد پیش‌فروش ساختمان در عرف معاملات پا به عرصه وجود نهاد؛ قراردادی که مشکلات پیش‌گفته را مرتفع کرد. پیش‌خریداران در این نوع قراردادها توانستند بهای قراردادی ساختمان را به‌طور اقساط بپردازند و از طرف دیگر سازندگان (پیش فروشندگان) نیز توانستند بخشی از عوض قراردادی را قبل از مبادرت به احداث ساختمان و در ابتدای قرارداد و مابقی آن را به‌موازات پیشرفت کار (تکمیل ساختمان) دریافت کنند. بدین ترتیب نه به پیش‌خریداران بابت پرداخت یک‌باره ثمن، فشاری وارد می‌شد و نه سازندگان با کمبود سرمایه و مشکل نقدینگی مواجه می‌شدند. سالیان سال از وجود قرارداد مذکور در عرف معاملات گذشت. با توجه به خلأ قانونی در این زمینه، دعاوی ناشی از پیش‌فروش ساختمان رو به فزونی گذاشت. به دلیل آرای متشتت و استدلال‌های گوناگون محاکم، رویه قضایی نظر جامعی در رابطه با این قراردادها نداشت. در دکترین حقوقی نیز به‌جز چند سال اخیر، کمتر در رابطه با ماهیت این قراردادها سخنی پیدا می‌شد و در سال‌های اخیر نیز حقوق‌دانان عموماً سعی در تحلیل قراردادهای پیش‌فروش ساختمان در قالب عقود مختلف و نهادهای حقوقی متفاوتی ازجمله تعهد به بیع (قولنامه)، عقد استصناع، عقد بیع عین معیّن آینده، عقد شرکت، عقد جعاله، چهره‌ای مرکب از بیع و اجاره و ماده ۱۰ ق.م. نمودند.

نکته شایان ذکر اینکه کمتر موضوعی را می‌توان یافت که از جهت حقوقی تا این حد مشکل‌زا بوده باشد؛ هم حجم تخلف از انجام تعهدات قراردادی و هم تنوع تخلفات در این نوع قرارداد حیرت‌آور است. برخی از شایع‌ترین مشکلات این‌گونه قراردادها عبارت‌اند از: کلاهبرداری پیش‌فروشندگان، فروش واحد مشترک به چندین شخص (معاملات معارض)، دریافت مبالغی بیشتر از مبلغ پیش‌بینی‌شده در قرارداد اولیه، عدم پیش‌بینی دقیق اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله (مانند مساحت اعیانی)

و همچنین مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌شود و همچنین تأخیر فراوان در انجام به‌موقع تعهدات قراردادی که در اکثر موارد منتهی به ضرر پیش‌خریدار می‌شود.

تشتّت در نظام حقوقی ایران در رابطه با قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و مشکلات پیش‌گفته، قانونگذار را بر آن داشت تا قانونی با عنوان «قانون پیش‌فروش ساختمان»، به‌عنوان فصل الخطاب آرا و نظرات پراکنده و متهافت محاکم و دکترین حقوقی تصویب نماید.

قانون پیش‌فروش ساختمان که در واقع قانونی حمایتی از پیش‌خریداران است ، در دی‌ماه ۱۳۸۹ به تصویب مجلس رسید و تا حد زیادی مشکلات پیشین را رفع و رجوع نموده است. هدف اصلی این مقاله که با عنوان «تبیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش ساختمان» به رشته تحریر درآمده، این است که مقصود قانونگذار را نسبت به ماهیت این‌گونه قراردادها منقّح و روشن سازد، چه اینکه از یک‌سو عبارات و اصطلاحات مندرج در قانون مذکور ازجمله «پیش‌فروش» و «پیش‌خرید»، ظهور در بیع سلم و اصطلاحات « پیش‌فروشنده» و «پیش‌خریدار»، ظهور در طرفین این قرارداد دارد و از سوی دیگر، قانون مدنی ایران در رابطه با لزوم قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) ساکت است و بنابر نظر مشهور فقهای امامیه، ازجمله شرایط صحت بیع سلم، قبض ثمن در مجلس عقد است. مضافاً اینکه طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین‌دادرسی مدنی، در موارد سکوت قانون باید به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر رجوع نمود. حال آنکه در چندین ماده (ازجمله مواد ۲، ۱۱ و ۱۳) از قانون پیش‌فروش ساختمان، قانونگذار، صحبت از اقساط بهای قراردادی نموده که صراحتاً با نظر مشهور فقها متعارض است. بنا به مراتب فوق، این سؤال را باید مطرح نمود که آیا هدف قانونگذار از تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان، همان بیع سلم است یا اینکه قراردادی است غیر از «بیع سلم»؟

بی‌شک توصیف دقیق قرارداد پیش‌فروش ساختمان و تبیین ماهیت حقوقی آن، بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادها را برطرف نموده، آثار حقوقی آن را روشن می‌سازد. لذا در این نوشتار برای تحلیل درست و ارائه یک نتیجه منطقی، پس از بیان دو مقدمه ضروری مفهوم مالکیت و تعریف بیع در قانون مدنی ایران و فقه امامیه ، نظرات مختلف تحلیل و سپس نظر مختار ارائه می‌شود.

۱. مفهوم مالکیت

ماده۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر می‌دارد:«هر قراردادی با هر عنوان که به‌موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون،«قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود». ازاین‌رو لازم است پیش از بررسی ماهیت قراردادهای مذکور، ابتدا مفهوم مالکیت به اختصار آورده شود.

در فقه، مالکیت (به معنای اعم) در چهار مرتبه تصور شده است:

۱- ملکیت حقیقی که در واقع سلطنت تامّه است که از آن خداوند است.

۲- ملکیت انسان بر نفس و اعضا و افعال و ذمّه خود.

۳- ملکیت مقولیه خارجیه که عبارت است از هیئت حاصله از احاطه جسمی به جسم دیگر که مقوله جده نامیده می‌شود و از اعراض خارجی قائم به موجود خارجی است.

۴- ملکیت اعتباریه به اعتبار عقلا که از اعراض نیست تا محتاج محل یا محتاج وجود موضوع در خارج باشد مانند زکات و خمس که به طبیعت فقیر و سید تملیک می‌شود و تملیک کلی فی‌الذمّه در بیع سلف و مانند آن. آنچه در فقه و حقوق، محل بحث است همین مرتبه چهارم از ملکیت است که قائم به اعتبار است و نیازی به محل در اصل ندارد.[۱]

پس ملکیت یک مفهوم اعتباری محض است و جعل و اعتبار آن به نفس ملکیت است و احکام امور اعتباری بر آن مترتب می‌شود. به همین جهت گفته شده است که ملکیت غیر از سلطنت است زیرا ملکیت متوقف بر مملوک‌علیه نیست ولی سلطنت، متوقف بر مسلط‌علیه است از آن جهت که انسان می‌تواند مالک مافی‌الذّمه خود شود، که نتیجه آن تملیک و سقوط ذمّه است ولی سلطه انسان بر نفس خود صحیح نیست زیرا تعقل سلطه منوط به وجود دو طرف است و نمی‌شود که به شخص واحد منوط شود (مثل حق شفعه و حق خیار)، به خلاف ملک که نسبت بین مالک و مملوک است و نیازی به من‌یملک ندارد تا اتحاد مالک و مملوک‌علیه محال باشد.[۲]

۱ . خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد۲، بی‌تا، صص. ۲۱-۲۰.

۲ . انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، جلد۳، ۱۴۱۵ق، ص. ۹.

محقق خویی در خصوص این بیان شیخ انصاری گفته است که این معنا هرچند نسبت به اعیان خارجی صحیح است درمورد ملکیت منتسب به ذمّه صحیح نیست زیرا کلی مادامی که به ذمّه شخص معینی انتساب پیدا نکند به‌ازای آن، چیزی قرار نمی‌گیرد و عقلا هم بر آن رغبت پیدا نمی‌کنند.[1]

در ترمینولوژی حقوق آمده است که ملک عبارت است از:

الف) اختیار قانونی شخص بر اشیاء یا اموال یا اشخاص دیگر.

ب) رابطه بین مالک و مملوک.[2]

و در خصوص مفهوم مالکیت می‌گوید: حق استعمال و بهره‌برداری و انتقال یک چیز به‌هرصورت است مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد (ماده ۳۰ و ۳۱ ق.م.) و در قانون مدنی بنابر ماده ۲۹، مالکیت فقط درمورد عین استعمال نشده است بلکه اعم از عین و منفعت است.[3]

عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان در تعریف مفهوم مالکیت بیان داشته‌اند که مالکیت رابطه‌ای است بین شخص و شیء که به وی، حق همه گونه تصرف و انتفاع را می‌دهد و مطلق و انحصاری است.[4] یا اینکه مالکیت حقی است دائمی که به‌موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند.[5] کند.[5]

بنا به مراتب فوق، هرچند در قانون مدنی تعریف مصرحی از مالکیت نشده است، آنچه از مواد قانون مستفاد است، آن است که مفهوم مالکیت نسبت مالک با مایملک است و با توضیحاتی که ارائه شد صرفاً اعتباری از اعتبارات عقلایی است.

نتیجه اینکه عبارت مندرج در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹ که بیان می‌کند «واحد ساختمانی مذکور «از ابتدا» یا «در حین احداث و تکمیل» یا «پس از اتمام عملیات ساختمانی»، به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید ....»، ناظر بر «سه» حالت مختلف برای انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف،

---

۱ . خویی؛ همان، ص. ۴۰.

۲ . جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق، بنیاد راستاد، ۱۳۶۳، ص. ۶۴۸.

۳ . همان، ص. ۵۹۹.

۴. صفایی، سیدحسین؛ دوره مقدماتی‌حقوق مدنی (اشخاص و خانواده و اموال)، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۰، ص.۲۵۰.

۵ . کاتوزیان، ناصر؛ اموال و مالکیت، میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۴، ص. ۱۰۶.

امکان انتقال مالکیت به پیش خریدار، حتی از ابتدای عملیات ساختمانی و قبل از تشخّص آن پذیرفته شده است.

۲. تعریف بیع در قانون مدنی ایران و فقه امامیه

ماده ۳۳۸ ق.م. با تأسی از نظر فقها در تعریف بیع مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». در ماده ۳۶۲ ق.م. نیز آمده است: «آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است:

۱- به‌مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود ...»

در حقوق ایران مبیع باید عین باشد و عین ممکن است عین معین یا در حکم آن (کلی در معین) یا کلی فی‌الذمه بوده و عین نیز ممکن است مفروز یا مشاع باشد (مواد ۳۵۰ و ۴۰۲ ق.م.)

بنابراین بیع در همه اقسام آن در زمره عقود معوض و تملیکی است و در آن تقابل عوضین صورت می‌گیرد. منظور از تملیکی‌بودن عقد بیع همان طور که حقوق‌دانان تعریف نموده‌اند این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب و قبول واقع می‌شود. همین که خریدار و فروشنده درباره مبادله دو کالا و شرایط آن توافق کردند، مبیع و ثمن خود به خود مبادله می‌شود و نیاز به کار دیگری ندارد.[۱]

حکم مذکور نه‌تنها در عین معین، بلکه در سایر موارد نیز جریان دارد و منظور فقیهانی که در آثار خود عقد بیع را عقدی عهدی تلقی کرده‌اند این بوده که در تقسیم‌بندی عقود به عهدی و اذنی، بیع، عقدی است عهدی در مقابل عقود اذنی. بر این اساس عقد بیع سبب انتقال مالکیت می‌شود و درعین‌حال در زمره عقود عهدی در مقابل عقود اذنی نیز هست و هیچ‌گونه منافاتی بین عهدی‌بودن و تملیکی‌بودن در عقودی همچون بیع وجود ندارد.

علی‌رغم صراحت قانون مدنی ایران، برخی از حقوق‌دانان[۲] در تفسیر بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. این بخش از ماده را مختص به عین معین دانسته و بر این باورند که معنی تملیکی‌بودن مبیع در موردی که موضوع عقد بیع کلی است (ماده ۳۵۰ ق.م.) با مشکل مواجه می‌شود، چرا که در زمان انعقاد عقد بیع، عینی نیست تا مبادله شود و بالطبع تملیکی هم حاصل نمی‌شود بلکه نتیجه عقد بیعی که موضوع آن کلی است، صرفاً

۱ . کاتوزیان، ناصر؛ معاملات معوض ـ عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، ص. ۲۹.

۲ . امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، جلد۱، انتشارات الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۷۱، صص. ۴۴۸ و ۴۵۱؛ شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی ۶، مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵، ص. ۱۴.

پیدایش تعهد است نه تملیک و درنتیجه انتقال مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار پس از تعیین فرد معین از افراد کلی صورت خواهد گرفت. حال آنکه ماده ۳۸۰ ق.م. همان ایجاب و قبول عقد بیع را موجب تملیک عین به عوض معلوم دانسته است.

دکتر کاتوزیان معتقد است: «عقد بیع درهرحال اقتضای تملیک را به وجود می‌آورد. اگر موضوع آن مالی باشد که قابل اختصاص‌یافتن به دیگری است (مانند عین معیّن)، سبب و اقتضای تملیک بی‌درنگ کارگزار می‌شود و نیاز به هیچ شرط اضافی ندارد. ولی هرگاه تملیک به دلیل مانع قراردادی یا مادّی مستلزم تحقق شرط دیگر باشد (مانند بیع کلّی که نیاز به تعیین مصداق دارد)، اثر عقد، منوط به تحقق شرط است. پس می‌توان عقد بیع را به اعتبار ایجاد زمینه و اقتضای تملیک، عقد تملیکی نامید.[۱]

دکتر لنگرودی به نظریه حقوق‌دانانی که قائل به عهدی‌بودن بیع کلی هستند چنین خدشه وارد نموده است: «آنان که بیع کلی در ذمّه را بیع عهدی شمرده‌اند اشتباهاً بر این باورند که در زمان عقد بیع، مالی وجود ندارد تا انتقال مالکیت صورت گیرد. اساس این فکر در معنی تملیک، خطاست. تملیک در فقه به معنای تسلیط است. بنابراین بیع عین کلی در ذمّه و عین موجود در خارج، هر دو، بیع تملیکی است و مشمول تعریف ماده ۳۳۸ ق.م. است».[۲]

در فقه امامیه در تعریف بیع گفته شده، بیع انشای تملیک عین در مقابل عوض معلوم است. بنابراین مبیع باید از اعیان باشد و عرف هم مفهوم بیع را تملیک اعیان دانسته و بر تملیک منافع، عنوان بیع را صادق نمی‌داند.[۳] *صاحب جواهر* می‌گوید: «لاخلاف و لا اشکال فی اعتبار کون المبیع عیناً».[۴]

در واقع از دیدگاه فقها ملکیت از اعراض خارجی که مستلزم مصداقی موجود باشد نیست، بلکه اعتباری است عقلایی و بیع کلی فی الذمّه به همین خاطر، معدوم مطلق محسوب نمی‌شود، بلکه در عالم اعتبار موجود است. به‌عبارت‌دیگر، گاهی مورد اعتبار در ذمّه است و گاهی در خارج از ذمّه و عالم عین، و عقلا هر دو مورد را اعتبار کرده و لحاظ ملک و مملوک برای آن می‌نمایند.[۵]

---

۱ . کاتوزیان، ناصر؛ درس‌هایی از عقود معین، جلد ۱، گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۸۵، ص. ۹.

۲ . جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد۲، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص.۹۶۲.

۳ . انصاری؛ همان، صص. ۱۱-۱۰؛ خویی، همان، ص. ۱۰.

۴ . نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۲، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی‌تا، ص. ۲۰۸.

۵ . موسوی‌خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب البیع، جلد ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام‌خمینی قدس‌سره، بی‌تا، ص. ۳۴.

البته برخلاف نظر مشهور فقها، محقق نراقی معتقد است: آنچه در بیع لازم است تحقق نقل در زمان بیع است نه تحقق ملک. اگر به‌وجودآمدن معدوم در عالم خارج غیرممکن باشد، فروش آن صحیح نیست. همچنین اگر به‌وجودآمدن معدوم، ممکن باشد ولی موجب غرر شود نیز اصل، عدم صحت آن است. حتی اگر موجب غرر نشود نیز اصل، عدم جواز فروش آن است چه اینکه به مقتضای روایات، مبیع در زمان فروش باید مملوک باشد و چیزی که وجود خارجی ندارد ملک محسوب نمی‌شود مگر مواردی که به‌واسطه دلیل از اصل خارج شده، همچون بیع سلم، بیع معدوم با ضمیمه در برخی موارد و همچنین بیع کلی در ذمّه به‌صورت حال (نقد بر ذمّه).[1]

نتیجه اینکه آنچه مسلم است همه کسانی (اعم از فقها و حقوق‌دانان) که بر این باورند عقد بیع در همه انواع مبیع (اعم از عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمّه) تملیکی است و با عقد تملیک صورت می‌گیرد این واقعیت را قبول دارند که با عقد، حق عینی برای خریدار مال کلی فی‌الذمّه به وجود نمی‌آید، بلکه در بیع کلی فی‌الذمّه، مالکیت در ساحت اعتبار یک سلطه و استیلا و یک دین ثابت بر ذمّه دیگری است. ازاین‌رو به نظر می‌رسد علی‌رغم وضوح مسئله مالکیت در فقه، اختلاف‌نظر فقها و حقوق‌دانان، صرفاً در مفهوم اعمّ و اخصّ مالکیت است و این مسئله، ریشه در اختلاف مفهوم مالکیت در فقه از یک‌سو و حقوق فرانسه از سوی دیگر دارد؛ با این توضیح که مالکیت در فقه به معنای سلطه اعتباری (نه فیزیکی) مطلق بر مال است لیکن مالکیت در حقوق فرانسه، سلطه مطلق شخص با مال موجود در خارج عنوان شده است. بنا به مراتب فوق، حق مالی عینی مطلق (سلطه مطلق شخص با مال موجود در خارج) و حق مالی دینی (البته در پاره‌ای از موارد آن همچون فروش عین کلی) در حقوق فرانسه به ترتیب منطبق با مالکیت عین خارجی و مالکیت عین کلی در فقه است.

۳. ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان

قرارداد پیش‌فروش ساختمان از لحاظ ماهیت حقوقی یکی از پیچیده‌ترین قراردادهای جاری در عرف معاملات و جامعه حقوقی ایران است. به همین دلیل تا پیش از تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب دی ۱۳۸۹، رویه قضایی و دکترین حقوق هرکدام نظرات متفاوت و جداگانه‌ای در رابطه با ماهیت حقوقی این‌گونه قراردادها ابراز کرده‌اند. حال با توجه به تصویب قانون فوق‌الذکر این سؤال قابل طرح است که قرارداد

۱. نراقی، مولی‌احمد؛ عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، انتشارت دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷، صص. ۱۱۲-۱۱۱.

پیش‌فروش قابل توصیف با کدام عنوان از عناوین عقود معین یا غیرمعین (ماده ۱۰ ق.م.) است؟

بی‌شک توصیف دقیق قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و تبیین ماهیت حقوقی آن، بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادها را برطرف نموده، آثار حقوقی آن را روشن می‌سازد.

۳-۱. تعهد به بیع (قرارداد تشکیل بیع)

قراردادهای خصوصی (ماده ۱۰ ق.م.) در عمل بسیار متنوع و گوناگون هستند اما در میان آن‌ها تعهد به بیع یا وعده به بیع، از مصادیقی است که در عرف معاملات، رواج فراوانی دارد. تعهد به بیع در عرف معاملات و روابط حقوقی و در محاکم دادگستری اکثراً تحت عنوان «قولنامه» شناخته می‌شود.

منظور از تعهد به بیع یا قولنامه، پیمان مقدماتی یا پیش‌قراردادی است که طرفین برای التزام به قرارداد نهایی منعقد می‌کنند. به‌عبارت‌دیگر، موضوع قرارداد تعهد به بیع، عمل حقوقی بیع نیست بلکه تعهدی است که طرفین برای انعقاد و انشاء آن در آینده عهده‌دار می‌شوند. در واقع در مواردی که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی هنوز مقدمات لازم را فراهم نکرده‌اند، قراردادی می‌بندند که در آن، دو طرف تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند.[۱]

مطابق با فرض مذکور، یک طرف تحت عنوان «متعهد» ملتزم می‌شود که ساختمانی را با مشخصات معلوم بسازد و پس از ساخت، آن را به ملکیت «متعهدله» دربیاورد. به‌عبارت‌دیگر، در این نوع نگرش به قرارداد پیش‌فروش ساختمان، «متعهدله» در زمان عقد مالک ساختمان(عین) نمی‌شود و صرفاً دارای یک حق دینی بر دوش متعهد است که طبق آن، متعهد باید ساختمانی را در مکانی معین با مشخصات معلوم ساخته و به‌وسیله عقد بیع در آینده به متعهدله انتقال دهد.

حال با توجه به مراتب فوق، آیا می‌توان اظهار داشت که قرارداد پیش‌فروش ساختمان، مصداقی از تعهد به بیع است و پیش‌خریدار صرفاً دارای یک حق دینی نسبت به پیش‌فروشنده است؟

مرحوم دکتر شهیدی معتقد است هرگاه معماری، یک باب خانه را که در زمین مشخصی بعداً ساخته خواهد شد، هم‌اکنون به دیگری بفروشد، معامله باطل خواهد بود زیرا مورد معامله، عین معینی است که هنوز به وجود نیامده. (ماده ۳۶۱ ق.م.)، وی

۱ . کاتوزیان؛ معاملات معوض ـ عقود تملیکی، همان، ص.۵۶.

می‌گوید در این‌گونه موارد طرفین صرفاً می‌توانند قرارداد تشکیل بیع منعقد نمایند؛ بدین صورت که در قراردادی یکی از دو طرف تعهد کند که ساختمانی را که در آینده خواهد ساخت به طرف دیگر بفروشد و این طرف قبول کند. چنین قراردادی بیع نیست بلکه تعهد بر بیع است که هرچند مورد عقد بیع آینده فعلاً موجود نیست، ایجاد قرارداد صحیح است چه اینکه مورد معامله در این قرارداد ساختمان نیست بلکه تعهد بر بیع ساختمان است.[1]

با امعان‌نظر نسبت به ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ که مقرر می‌دارد: «... واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید» نمی‌توان قراردادهای پیش‌فروش ساختمان را صرفاً تعهد به بیع دانست چه اینکه به تعبیر مرحوم دکتر شهیدی، در تعهد بر بیع، ایجاد بالفعل بیع، مورد اراده طرفین نیست بلکه پیدایش تعهد مشترک بر ایجاد آن در آینده مورد نظر ایشان است.[2] به‌عبارت‌دیگر در تعهد به تملیک، انتقال، نتیجه عقد دیگری است که مالک انشاء آن را بر عهده گرفته است و عقد نخستین که در آن تعهد به تملیک شده است (مانند قولنامه) به‌عنوان پیش‌قرارداد عقد اصلی (تملیکی) مورد توافق قرار می‌گیرد؛[3] حال آنکه در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، طرفین قرارداد در زمان انعقاد عقد، قصد انجام عمل حقوقی دیگری در آینده مبنی بر بیع را نداشته و الزام طرفین مبنی بر انتقال قطعی واحد پیش‌فروش‌شده در دفاتر اسناد رسمی (موضوع ماده ۱۹ قانون پیش‌فروش ساختمان) را نباید عمل حقوقی بیع دانست زیرا همان طور که برخی از حقوق‌دانان متذکر شده‌اند: ارکان بیع پس از توافق و تراضی که صورت می‌گیرد با ایجاب و قبول واقع می‌شود، ثبت مال غیرمنقول در دفاتر اسناد رسمی از الزامات قانونی است و فرع بر عقد مذکور (بیع) است و مسئله منافاتی با مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت ندارد.[4] همچنین اصل، صحت معاملات و اصل، عدم دخالت امر دیگری غیر از قصد و رضای طرفین و شرایط مقرر قانونی است.[5]

---

۱ . شهیدی؛ همان، ص. ۲۰.

۲ . شهیدی، مهدی؛ «اندیشه‌های‌حقوقی»، در: مجموعه مقالات حقوقی، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص. ۲۶.

۳ . کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص. ۴۹.

۴ . لطفیان، حسین؛ قولنامه، ماهیت و آثار، انتشارات روزنامهٔ رسمی، چاپ دوم، ۱۳۷۱، ص. ۲۲.

۵ . شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۸.

۳-۲. بیع مشروط

عقد را از نظر آثاری که بر روابط دو طرف می‌گذارد به عقد مطلق و عقد مشروط تقسیم کرده‌اند.[۱] عقد مطلق، عقدی است که ماهیت عقد به‌تنهایی و بدون ارتباط با شرط، انشاء می‌شود مانند فروش یک دستگاه اتومبیل به مبلغ معین بین طرفین. عقد مشروط، عقدی است که ماهیت آن همراه با شرط، انشاء می‌شود مانند فروش خانه‌ای به شرط اینکه خریدار در زمین فروشنده، خانه‌ای برای او بسازد. در عقد مشروط، یکی از شروط سه‌گانه، فعل، صفت و نتیجه درج می‌شود.(ماده ۲۲۹ ق.م.).[۲]

در رابطه با فروش کالای نیمه‌ساز و تکمیل آن، فقها نکات حائز اهمیتی ارائه نموده‌اند. ایشان این مسئله را عموماً با این مثال طرح نموده‌اند که مقداری از لباس بافته‌شده باشد و فردی آن مقدار بافته‌شده را بخرد، مشروط بر اینکه بقیه این لباس نیز مانند مقداری که بافته شده است بافته شود. در رابطه با صحت یا عدم نفوذ چنین معامله‌ای، عده‌ای از فقها قائل به بطلان شده و دلایلی ارائه نموده‌اند.[۳]

دلیل اول: شیخ طوسی دلیل بطلان چنین معامله‌ای را این‌گونه عنوان می‌نماید که آن مقدار از لباس بافته‌شده که مشاهده شده لازم است (خیار رؤیت در آن نیست) و آن مقدار از مبیع که مشاهده نمی‌شود (آن مقداری که در آینده باید بافته شود)، متوقف بر خیار رؤیت است. بنابراین در شیئ واحد، خیار رؤیت و عدم آن جمع می‌شود که البته چنین امری متناقض است.

منظور ایشان از استدلال مذکور این است که بیع مذکور مستلزم محال است و آنچه مستلزم امر محالی است محال است. لذا نفوذ چنین بیعی که مستلزم اجتماع متناقضین است، صحیح نیست چه اینکه نفوذ یا عدم نفوذ چنین بیعی متصف‌بودن آن به یکی از

---

۱. قنواتی، جلیل؛ و دیگران؛ زیر نظر سیدمصطفی محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، سمت، ۱۳۷۹، ص. ۱۶۱.

۲ . شهیدی؛ همان، ص. ۸۷.

۳. شیخ طوسی، ابوجعفر؛ المبسوط فی فقه الامامیه، جلد۲، المکتبه المرتضویه لاحیاء الاثارالجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص. ۷۷؛ ابن براج ، قاضی؛ المهذب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶، جلد۱، ص. ۳۵۲؛ علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، جلد ۲، ص. ۶۸: همو، تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰، جلد ۲، ص. ۲۹۱: همو، تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البیت علیه السلام، بی‌تا، جلد ۱۱، ص. ۷۸؛ شهید ثانی، زین الدین؛ فوائد القواعد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹، ص. ۶۱۵؛ و محقق کرکی، علی؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴، ص. ۳۰۲.

دو حکم متناقض است و عدم وجود هر دو حکم متناقض (ارتفاع نقیضین) نیز همچون اجتماع نقیضین، امری محال است.

بر این استدلال این خدشه وارد است که ثبوت خیار در مقدار بافته‌نشده، مبتنی بر تخلف فروشنده است. لذا بیع مذکور در زمان انعقاد معامله، غیرخیاری محسوب می‌شود و خیار رؤیت، صرفاً بنا به فرض وجود تخلف فروشنده برای خریدار، ثابت خواهد شد. لذا وجهی برای دعوای استلزام محال وجود ندارد و حکم به بطلان معامله در زمان انعقاد، معنایی ندارد.[1]

علاوه‌بر این، علامه حلّی نیز به استدلال شیخ، این خدشه را وارد نموده که اولاً: در مقداری که بعداً بافته خواهد شد تخلف از وصف باعث ثبوت خیار در کل مبیع می‌شود نه صرفاً در قسمتی از آن. ثانیاً: عقد به‌واسطه تعدد متعلَق آن، به عقود متعدد منجر می‌شود چرا که موضوع لزوم، مقدار بافته‌شده لباس است و موضوع جواز (خیار) امر دیگری است. لذا با توجه به مختلف‌بودن متعلق (موضوع) لزوم و جواز، تناقضی متصور نیست.[2]

آنچه قابل ذکر است اینکه در مثال مذکور، هر گاه فروشنده مقدار بافته‌شده را بفروشد مشروط بر اینکه مقدار باقی‌مانده نیز مانند مقداری که بافته شده، بافته شود، لیکن فروشنده به تعهد خویش عمل ننماید و مابقی لباس را به همان صورت نبافد، خریدار، خیار تخلف از شرط پیدا می‌کند نه خیار رؤیت و تخلف وصف، چه اینکه در معامله مذکور، آن مقدار از لباس که بافته شده به‌صورت عین معین و مقدار باقی‌مانده که بافته نشده است در قالب شرط و به‌صورت عین کلّی و در ذمّه معامله می‌شود نه به‌صورت عین معیّن؛ و مطابق با ماده ۴۱۴ ق.م : «در بیع کلّی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرره بین طرفین باشد».

دلیل دوم: دلیل دوم بطلان این است که بیع مذکور در مورد شیئ معینی است که معدوم است که چنین بیعی در شریعت ثابت نیست، چه اینکه صرفاً صحت بیع عین معین موجود و همچنین بیع معدوم غیرمعین (بیع کلّی) مسلم است، لیکن بیع معدوم معیّن در شریعت ثابت نیست.[3]

---

۱. اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین؛ حاشیه کتاب المکاسب، انوار الهدی، جلد ۴، ۱۴۱۸، ص. ۴۲۷.

۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ مختلف الشیعه فی الحکام الشریعه، جلد۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳، صص. ۷۴-۷۳.

۳. همان، ص. ۷۴.

استدلال فوق نیز تضعیف می‌شود زیرا معدوم معیّن فی‌نفسه مستحیل و غیرممکن است، چرا که تعیّن به‌صرف وجود ماده و صورت، حاصل است و صورت با وجود خارجی تشخّص و تعیّن می‌یابد. این در حالی است که در مانحن‌فیه، مبیع، معدوم غیرمعیّن است نه معدوم معیّن که در شریعت، نظیری برای آن نیست.[1]

دلیل سوم: دیگر اینکه قسمتی از مبیع، عین حاضر و موجود است و مابقی به‌صورت مجهول بر ذمّه است.[2]

منظور علامه از این استدلال که مابقی مجهول بر ذمه است این است که قسمت بافته‌شده به‌صورت شخصی موجود (عین معیّن) و مابقی (قسمت بافته‌نشده) نیز به‌صورت شخصی معامله می‌شود، لیکن به دلیل عدم وجود و تشخّص آن در آینده، در ذمّه است و مقصود ایشان این نیست که مابقی به‌صورت کلی معامله شود زیرا مسلم است که هیچ مانعی ندارد که قسمتی از مبیع به‌صورت معین و قسمت دیگر (مقدار بافته‌نشده) به‌صورت کلی در ذمه باشد. و منظور ایشان از جهالت به مبیع، معلوم‌نبودن خصوصیات آن به‌خاطر عدم تشخّص و تعیّن آن در آینده است و ذکر اوصاف صرفاً رافع جهالت از مبیع معیّن و کلی در ذمّه است نه فرد غیرموجود.[3]

به‌عبارت‌دیگر، ضبط اوصاف مبیع در فرض مذکور به حسب عادت امکان‌پذیر نیست زیرا بیع عین شخصی به‌صورت بیع مضمون در ذمّه و به‌صورت مجهول معامله می‌شود. لذا انعقاد چنین معامله‌ای به‌صورت وصف صحیح نیست.[4]

بنا به مراتب فوق، آنچه مفروض است اینکه مبیع در مانحن‌فیه همچون عین حاضر (موجود) است، به همین خاطر برخی از فقها سعی نموده‌اند که لباس مذکور را قیمی تأویل نمایند و مدار قیمی مبتنی بر عدم مماثلت است. لذا توصیف مال قیمی بر مثل، معامله مزبور را از غرری‌بودن خارج نمی‌کند.

دلیل سوم نیز قابل‌پذیرش نیست زیرا اولاً: در معامله مذکور، آن مقدار از لباس که بافته شده به‌صورت عین معیّن و مقدار باقی‌مانده که بافته نشده است در قالب شرط و به‌صورت عین کلّی در ذمّه معامله می‌شود نه به‌صورت عین معین. ثانیاً: همان طور که برخی از فقها متذکر شده‌اند قیمت لباس، عرفاً و شرعاً از این جهت لحاظ می‌شود که

---

۱ . اصفهانی(کمپانی)؛ پیشین.

۲ . علامه حلّی؛ تذکره الفقهاء، مؤسسه آل‌البیت علیه‌السلام، جلد ۱۱، بی‌تا، ص. ۷۹.

۳ . یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیه المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ، جلد۲، ص. ۶۵.

۴ . محقق‌کرکی؛ پیشین، شهید ثانی؛ پیشین.

فرد مماثلی از جمیع جهات برای آن به وجود نمی‌آید، نه اینکه برای آن، مماثلی به مقداری که در مرحله توصیف موجب رفع غرر شود اصلاً به وجود نیاید.[1]

بنابراین درصورتی‌که در فرض مذکور با ذکر اوصاف مبیع، رفع غرر و جهالت شود معامله صحیح است.[2]

بنا به مراتب فوق‌الذکر می‌توان گفت پیش‌فروشندگان ابتدا «زمینی» را که می‌خواهند بر روی آن ساختمانی احداث نمایند به مالکیت پیش‌خریداران درآورده و آن‌گاه تعهدی در ضمن این عقد مبنی بر ساخت واحد ساختمانی مشخص با اوصاف و خصوصیات معلوم در آن زمین به‌صورت «شرط»گنجانده می‌شود.

با توجه به اینکه شرط در معنای اعم، یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند: ۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. ۲- توافقی که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است[3] و اینکه مفهوم دوم، مفهوم تخصصی شرط است و با توجه به اینکه شرط به‌عنوان ماهیت اعتباری وابسته به عقد، جزء عقد یعنی منشأ یا جزء موضوع عقد نیست زیرا اگر جزء عقد یا موضوع عقد بود، در صورت بطلان شرط در حقیقت باید عقد تجزیه می‌شد و جزء مربوط به شرط باطل و عوض مربوط به این جزء در صورت ایفاء قابل استرداد بود، در حالی‌که با بطلان شرط، هیچ جزیی از عقد باطل نیست و هیچ قسمتی از موضوع مسترد نمی‌شود و تنها حق فسخ برای مشروطله به وجود می‌آید و اینکه شرط را نمی‌توان قید مُنشأ یا موضوع عقد معرفی کرد به‌طوری که در صورت بطلان شرط، قید مزبور منتفی و مُنشأ مقید یا موضوع مقید مُنشأ هم به‌طور ملازمه، منتفی گردد. (اذا نتفی القید انتفی المقیّد) چه اینکه درهرحال با منتفی‌بودن شرط، ماهیت عقد منتفی نیست و همچنان در عالم اعتبار باقی خواهد ماند.[4]

لذا نمی‌توان پذیرفت که قرارداد پیش‌فروش ساختمان، بیع مشروط است زیرا در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، قانونگذار صحبت از تملیک «واحد ساختمانی مشخص» نموده، نه تملیک «زمین»؛ در واقع مورد معامله «واحد ساختمانی

۱ . اصفهانی(کمپانی)؛ پیشین، ص. ۴۲۸.

۲ . کاشف‌الغطاء، محمدحسین؛ وجیزه الاحکام، مؤسسه کاشف‌الغطاء، جلد۳، چاپ دوم، ۱۳۶۶، ص. ۱۸.

۳ . کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، صص. ۱۱۲-۱۱۴.

۴ . شهیدی، مهدی؛ حقوق‌مدنی، شروط ضمن عقد، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص. ۲۵.

مشخص» است نه اینکه مورد معامله «زمین» بوده و «احداث ساختمان» به‌صورت شرط در ضمن عقد مذکور از سوی طرفین قرارداد درج شده باشد.

۳-۳. بیع معدوم به تبع موجود

عده‌ای بر این باورند که در بیع آپارتمان‌های ساخته‌نشده، فروشنده هستهٔ اولیه مبیع (زمین آپارتمان یا درصورتی‌که عرصه، مثلاً موقوفه باشد و مالکیت نسبت به ایجاد اعیانی وجود دارد، حداقل فضای آپارتمان) را مالک است، بیع به‌صورت معدوم ممکن‌الوجود به تبع سلطه یا مالکیت موجود صورت می‌گیرد و امکان ایجاد آن عرفاً از تعهدات منجّزی است که (انجام آن تعهد) قطعی و یقینی است. در چنین معامله‌ای خریدار بلافاصله با عقد به میزان متراژ اختصاصی ابتیاعی خود بر زمین (همچنین بر فضایی که واحد مورد معامله در آن ایجاد خواهد شد) سلطه و مالکیت می‌یابد. افزون بر آن، در خصوص قسمت معدوم، قابل ذکر است که مصالح ساختمانی ساخت بنا نیز ممکن است مال معین یا کلی در ذمّه باشد که پس از تهیه و نصب آن (به‌عنوان تعهدی منجّز) تعیّن می‌یابد.

همچنین با توجه به مباحث فقهی مربوط به بیع مال آینده می‌توان به‌طریق‌اولی نیز قائل به صحت این معامله شد؛ با این توضیح که وقتی در فقه امامیه، بیع ثمره قبل از بدو صلاح برای بیش از یک سال جایز دانسته شده است،[1] بر این اساس، در آن صرفاً محل ایجاد مبیع مشخص است اما بخشی از خود مبیع به خود خریدار منتقل نمی‌شود و ایجاد ثمره در آینده، بنا به احتمالی عقلایی و حسب متعارف برای صحت بیع، کافی تلقی شده است و ایجاد مبیع به عوامل خارجی مانند شرایط جوی و بروز آفات نیز مرتبط است و مثل ایجاد بنا، عرفاً از تعهدات قابل انجام به‌صورت قطعی نیست و ایجاد ثمره به‌طور صددرصد در توان متعهد نیست. بنابراین، به‌طریق‌اولی بیع آپارتمانی که محل ساخت آن، قسمتی از مبیع است ـ که ایجاد حق عینی، حداقل بر بخش موجود برای خریدار متصور است ـ و در ساخت آن با رعایت مقررات حاکم کاملاً در توان متعهد است و عوامل خارجی در ساخت آن یا دخیل نیست یا در حدّ صفر یا نزدیک به صفر است، صحیح و معتبر خواهد بود.[2]

۱ . موسوی‌خمینی، سیدروح الله؛ تحریرالوسیله، جلد۱، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا، ص. ۵۴۹.
۲ . پیرهادی، محمدرضا؛ انتقال مالکیت در عقد بیع، انتشارات شالیزه، ۱۳۸۶، صص. ۱۳۳-۱۳۰.

از مصادیق بیع با ضمیمه، فروش میوه و محصول یک سال و حتی دو سال قبل از ظهور و بروز آن بر درخت با ضمیمه چیز دیگری است که فروختن آن به‌تنهایی صحیح باشد[1] و قاعده «یغتفر فی الثوانی ما لا یغتفر فی الاوائل» و قاعده «یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها»، بیانگر توجیه و صحت این عقود (بیع با ضمیمه) است. بر اساس مضمون این دو قاعده، فروش مال معلومِ ضمیمهٔ مجهول صحیح انگاشته شده است.[2]

بااین‌حال قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع معدوم به تبع موجود (به‌عنوان یکی از مصادیق فروش مال معلومِ ضمیمه مجهول) نیز قابل انطباق نیست زیرا **اولاً**: موارد کاربرد این نوع از بیع (بیع معدوم به تبع موجود) در مواقعی است که قسمتی از مبیع مجهول باشد، درحالی‌که به‌موجب ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، طرفین ملزم به تصریح تمام اوصاف و مشخصات واحد ساختمانی مورد معامله بوده و رفع ابهام صورت گرفته است.

ثانیاً: در تفسیر هر قراردادی باید به قصد مشترک طرفین قرارداد توجه کرد. در قرارداد پیش‌فروش ساختمان، آنچه مورد معامله و قصد طرفین قرار می‌گیرد «زمینِ» واحد پیش‌فروش‌شده نیست، بلکه «واحد ساختمانی مشخص» به‌عنوان مبیع تجزیه‌ناپذیر، مورد قصد طرفین قرار می‌گیرد نه زمین و به تبع آن، ساختمان ساخته‌نشده؛ حال آنکه در بیع معدوم به تبع موجود، مثل فروش یک چین از سبزیجات موجود در باغ معین (به‌عنوان مبیع موجود) به همراه دوچین دیگر از سبزیجات آینده همان باغ، اگرچه به‌صورت یک‌جا در قصد مشترک طرفین معامله قرار می‌گیرد، مبیع در این فرض به‌صورت تجزیه‌پذیر (مبیع موجود، یک چین از سبزیجات موجود در باغ معین ـ و مبیع معدوم، دو چین دیگر از سبزیجات آینده همان باغ) مورد معامله قرار می‌گیرد. مؤید این امر اینکه غرض از ضمیمه این است که در صورت تعذر تحصیل ثمن و مثمن، ضمیمه به‌جای آن‌ها واقع شود و از این جهت، بیع واجد شرایط صحت که ازجمله آن‌ها، امکان تسلیم عوضین است، بشود.[3] لذا در مانحن‌فیه اگر در زمان آینده به علت شرایط جوّی و بروز آفات تحصیل دو چین دیگر از سبزیجات باغ (به‌عنوان مبیع معدوم) متعذّر شود، نه کل عقد بیع منفسخ می‌شود (بطلان العقد بتعذّر الوفاء بمضونه) و نه به استناد قاعده «انحلال عقد به عقود متعدد» می‌توان گفت بیع مذکور به همان اندازه مبیع موجود در

۱ . موسوی‌خمینی؛ پیشین. کاشف الغطاء، جلد۱، قسم۱، ۱۳۵۹، صص. ۱۷۷-۱۷۶.

۲ . همان، ص. ۱۷۸؛ جعفری‌لنگرودی؛ پیشین، ص.۷۹۰.

۳. شهیدثانی، زین‌الدین؛ الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی ـ کلانتر)، جلد ۳، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰، ص. ۲۵۲.

زمان عقد «یک چین از سبزیجات موجود» صحیح بوده و در مابقی «معدوم تحصیل‌نشده»، محکوم به بطلان است، بلکه عوض نیز نسبت به عدم تحصیل دو چین دیگر سبزی، تجزیه نمی‌شود زیرا مبیع معدوم که تحصیل آن متعذّر شده است، در زمان انعقاد معامله با فرض اینکه به وجود خواهد آمد جزء معوّض قرار می‌گیرد نه اینکه قطعاً و یقیناً اعتماد به تحقق و تحصیل آن وجود داشته باشد. به‌عبارت‌دیگر، جزیی از عوض، صرفاً با فرض تحصیل معدوم (دوچین سبزی) در مقابل آن قرار گرفته است نه با فرض اینکه وجود ندارد. نتیجه اینکه با عدم تجزیه و تقسیط عوض، جمع عوض و معوض حاصل نمی‌آید، درحالی‌که ماده ۷ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر می‌دارد: «درصورتی‌که مساحت بناء بر اساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص‌شده در قرارداد باشد، مابه‌التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت ...».

ثالثاً: کاربرد بیع معدوم به تبع موجود، محدود به مواردی است که بین مال معدوم و موجود، رابطه تابع و متبوعی وجود داشته باشد و افراد مبیع به‌صورت پی‌درپی و الحاقی (شیئاً بعد شیء) به وجود می‌آیند نه به‌صورت دفعی و یک‌باره (دفعه واحده)، مانند میوه‌ها، گل‌ها، برگ گیاهان و سبزیجات.[1] حال آنکه چنین رابطه‌ای (تابع و متبوعی) در قرارداد پیش‌فروش ساختمان متصور نیست.

۳-۴. بیع معلق (همراه با شرط تملیک تدریجی)

در عقد معلّق، انشاء دو طرف، سببی می‌سازد که اثر آن منوط به وقوع امری خارج از شرایط درستی عقد و عارضی است. بدین ترتیب، عقد معلق در واقع سببی است معلق که به انشایی منجز آفریده شده است.[2] لیکن با توجه به احتمالی‌بودن معلق‌علیه در عقد معلق، باید از اختلاط این عقد با عقد معلق بر زمان (که نباید آن را در حقیقت عقد معلق نامید) و عقد مؤجّل پرهیز نمود زیرا در عقد معلق بر زمان، هرچند در زمان انشاء، عقدی به وجود نمی‌آید، تشکیل آن پس از انقضای مدت مذکور، قطعی است و احتمال خلافی در آن راه ندارد و عقد مؤجّل در اصطلاح حقوقی نیز عقدی است که ماهیت اعتباری آن در زمان انشاء تحقق پیدا می‌کند، لکن اجرای مفاد عقد، موکول به انقضای اجل مقرر است.[3]

۱ . کاشف‌الغطاء؛ پیشین، ص. ۱۷۸؛ موسوی‌خمینی؛ پیشین، ص. ۵۵۱.
۲ . کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۲.
۳ . شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، صص. ۱۰۰- ۹۹.

دکتر کاتوزیان در کتاب عقود معین، زیر عنوان فروش آپارتمانی که در آینده ساخته می‌شود آورده‌اند که اگر مقصود دو طرف این باشد که پیمانی درباره فروش آینده ساختمان موردنظر ببندند، بی‌گمان پاسخ (تعهد به فروش) منطقی است زیرا بر مبنای خواست مشترک تحلیل شده است. ولی در فرضی که دو طرف می‌خواهند بدین وسیله بیع را واقع سازند، تحلیل قرارداد به تعهد به فروش، تفسیری است دلبخواه که بر دو طرف تحمیل می‌شود. پس یا باید قرارداد بیع را نافذ شناخت یا آن را به دلیل موجودنبودن مبیع، باطل دانست. در این دوراهی باید نفوذ عقد را برگزید. تأمل بیشتر در مفاد ماده ۳۶۱ ق.م و مبنای بطلان بیع مال معدوم، تحلیل دیگری را به ذهن می‌آورد و منطق حقوقی، آن را می‌پذیرد. این تحلیل، تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم‌اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می‌سازد:

۱- در مورد نخست: چون حق، قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی دو طرف درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می‌ماند زیرا بنا به فرض، حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ ق.م نیز ناظر به همین فرض است. برای مثال، اگر مالکی پیشنهاد کند که گندم موجود در انبار یا اسبی را که در اصطبل دارد بفروشد و خریداری که گندم یا اسب را دیده است پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم، سوخته و اسب مُرده است، باید بیع را باطل دانست.

۲- در فرض دوم که دو طرف سبب را به‌گونه‌ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه‌رو نمی‌شود زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچ‌گاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود است.[۱]

تنها اشکالی که تصور می‌شود امکان جدایی سبب از اثر است، بدین بیان که ذات سبب (عقد بیع) اقتضا دارد که بی‌درنگ مؤثر افتد و مسبّب را به وجود آورد و تراضی نمی‌تواند بین این دو ملازمِ منطقی فاصله اندازد. ولی این اشکال نیز قابل‌دفع است زیرا در امور اعتباری، چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب در اختیار سازنده آن (معتبر) است. دو طرف می‌توانند سببی بر پا سازند که مقتضای آن تملیک بی‌درنگ و

۱. کاتوزیان، ناصر؛ معاملات معوض ـ عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، صص. ۲۷۴-۲۷۵.

بی‌قیدوشرط مبیع باشد، و نیز می‌توانند تأثیر سبب را معلق به وجود مبیع در آینده کنند. هرکدام از این دو بر طبق مفاد خود اثر می‌گذارد و در فرض دوم نیز سبب از حرکت و سازندگی فرو نمی‌ماند. به‌ویژه، درستی و نفوذ عقد معلّق در حقوق ایران، بهترین دلیل امکان تعلیق تأثیر سبب است.[1]

تأمل بیشتر در موضوع ماده ۳۶۱ ق.م نشان می‌دهد که حکم، ناظر به فرض نخست است. در فرض دوم، مبیع، عین معین نیست زیرا نه‌تنها هنوز وجود محسوس و خارجی ندارد، ابتکار و انتخاب فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن، نقش مؤثر دارد. پس نمی‌توان مبیع را در حکم عین معیّن دانست. مبیع چیزی میانهٔ عین معین و کلی است و در تقسیم بندی مبیع به کلی شباهت بیشتری دارد. منتها در این فرض با ساخته‌شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سببی که فراهم آمده است در تملیک آن مؤثر می‌افتد و خودبه‌خود به خریدار تعلق می‌یابد.[2]

ایشان در ادامه افزوده‌اند: تملک آپارتمان پس از پایان ساختمان، با اینکه از سوءاستفاده‌های ارادی فروشنده می‌کاهد، برای تأمین حقوق خریداران کافی نیست. احتمال دارد فروشنده در خلال کار متوقف شود یا از فعالیت بازایستد. در این صورت، آنچه ساخته شده، از آن او و طلبکاران است و مصرف‌کننده (خریدار) تنها می‌تواند اقساطی را که به‌عنوان بهای مبیع پرداخته است پس بگیرد. برای جلوگیری از این وضع، آیا می‌توان در قرارداد شرط کرد که مبیعِ درحال‌ساخت به‌تدریج به ملکیت خریدار درآید؟ رویه قضایی در فرانسه و حقوق انگلیس، نفوذ این شرط را پذیرفت و در قرارداد ساخت کشتی‌ها شایع است.[3] به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز نافذ باشد زیرا اگر تطبیق تملیک به ساخته‌شدهٔ کامل آپارتمان پذیرفته شود، ساخته‌شدن جزیی از مبیع نیز همان گونه است. به‌موجب این شرط، خریدار بی‌درنگ مالک سهم مشاع خود از زمین می‌شود زیرا مبیع موجود و قابل تملیک است. درمورد ساختمان نیز، هر اندازه که ساخته شود، خودبه‌خود به ملکیت خریدار درمی‌آید. درنتیجه مبیع دور از دسترس طلبکاران باقی می‌ماند و فروشنده نیز پس از پایان کار نمی‌تواند ساخته خود را به دیگران بفروشد.[4]

---

۱ . همان، صص. ۲۷۶-۲۷۵.

۲ . همان، صص. ۲۷۸-۲۷۷.

۳ . مازو؛ دروس حقوق مدنی، جلد۳، ش ۹۲۵ ؛ چیتی؛ قراردادها، جلد۲ (قراردادهای خاص)، ش. ۴۲۰۱؛ به نقل از کاتوزیان، پیشین.

۴ . همان، ص. ۲۷۹.

این نظریه یعنی تطبیق قراردادهای پیش‌فروش ساختمان با بیع معلق (همراه با شرط تملیک تدریجی) از سوی حقوق‌دانان دیگر نیز پذیرفته شده است.[1]

این استدلال قابل پذیرش است لیکن در رابطه با مطابقت قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع معلق باید قائل به تفکیک شد زیرا عبارت مندرج در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان که مقرر می‌دارد: «... واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری «از ابتدا» یا «در حین احداث و تکمیل» یا «پس از اتمام عملیات ساختمانی»، به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید....»، ناظر بر «سه» حالت مختلف برای انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف، امکان انتقال مالکیت به پیش‌خریدار، حتی از ابتدای عملیات ساختمانی نیز پذیرفته شده است. لذا درصورتی‌که طرفین، سببی را انشاء نمایند که واحد ساختمانی (به‌عنوان مبیع کلّی)، «از همان ابتدا» به مالکیت پیش‌خریدار درآید، نمی‌توان چنین بیعی را معلّق دانست زیرا پیش‌خریدار به‌طور منجّز، مالک مافی‌الذمّهٔ پیش‌فروشنده خواهد شد. ولی در فرضی که از قصد مشترک ایشان چنین برمی‌آید که خواسته‌اند واحد ساختمانی، «در حین احداث و تکمیل» (به‌موازات پیشرفت کار) و به نسبت اقساط پرداختی (به‌عنوان معلق علیه) به مالکیت خریدار درآید و همچنین در فرضی که انشاء طرفین به‌گونه‌ای است که واحد ساختمانی «پس از اتمام عملیات ساختمانی» و به‌محض پرداخت آخرین قسط ثمن (به‌عنوان معلق علیه) به مالکیت طرف دیگر قرارداد درآید، باید قائل به معلّق‌بودن بیع (در دو فرض اخیر) شد.

آنچه این تفسیر منطقی از قانون را ایجاب می‌نماید اینکه برای تشخیص و مُنشأ در هریک از عقود، باید دید دو طرف چه خواستند و سببی را که خواسته‌اند چه اقتضا دارد. در عقد منجّز، قصد مشترک آنان ایجاد فوری اثر عقد است یعنی از ابتدا نقل ملکیت یا ایجاد تعهد را انشاء می‌کنند و این آثار حقوقی نیز با انشاء به وجود می‌آید. ولی در عقد معلّق، با آنکه مقصود نهایی تفاوتی با عقد منجّز ندارد، طرفین نمی‌خواهند

۱. ولویون، رضا؛ «فروش آپارتمان‌های ساخته‌نشده»، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، برگزیده از مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال‌سوم، شماره ۴، بهار و تابستان۱۳۸۰، ص. ۵۳؛ ممی‌زاده، مهدی؛ «ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان»، ماهنامه کانون، شماره ۹۲، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۵؛ ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ و حسین کاویار؛ «بررسی فقهی ـ حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان»، مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۸، پاییز ۱۳۸۷، ص. ۱۰۸.

به‌طور مستقیم اثر عادی عقد را انشاء کنند بلکه مایل‌اند رابطه‌ای بین خود ایجاد کنند که در صورت وقوع شرط، تبدیل به نقل ملکیت یا ایجاد تعهد شود.[1]

۳-۵. عقد صلح

عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که: «قرارداد پیش‌فروش ساختمان، علاوه‌بر قالب بیع، در قالب عقد صلح نیز قابل تحلیل و توجیه است زیرا علاوه‌بر اینکه عقد صلح، منحصر به حالت وجود مخاصمه و اختلاف نیست، اطلاق حدیث نبوی «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحاً احلَّ حراماً او حرّم حلالاً» (**وسائل الشیعه**، کتاب صلح، باب ۳، حدیث ۲) دربرگیرنده قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان نیز هست. به‌علاوه از نظر فقها «صلح بر هر چیزی اعم از عین و منفعت در مقابل همانند و هم جنس آن صحیح است زیرا صلح درصورتی‌که بر عین واقع شود، مفید بیع بوده و صحیح است و درصورتی‌که بر منفعت واقع شود مفید اجاره بوده و صحیح است ... و اصل و عموم، مقتضی صحت جمیع انواع صلح است.» (شهیدثانی، **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه**، ۲۷۳،۱) لذا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را می‌توان در قالب عقد صلح تنظیم نمود.[2] در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، پیش‌فروش‌کننده به احداث بنا با مشخصات و خصوصیات مندرج در قرارداد و تحویل آپارتمان در موعد مقرر و انتقال رسمی آن به پیش‌خریدار، متعهد می‌شود و پیش‌خریدار، متعهد به پرداخت وجوه مورد توافق بر اساس قرارداد و در مواعد پیش‌بینی‌شده در قرارداد می‌شود.[3]

آنچه ابتدائاً در تحلیل نظر فوق قابل ذکر است اینکه اگر منظور این دسته از حقوق‌دانان این بوده که طرفین قرارداد صلح در مقام معامله می‌توانند نتیجه قرارداد پیش‌فروش ساختمان را بدون شرایط و احکام خاصه آن واقع سازند این نظر صحیح و قابل پذیرش است. درنتیجه قرارداد مزبور اگرچه متضمن نتیجه قرارداد پیش‌فروش است منتها با عنوان صلح در مقام معامله قابل توصیف و پذیرش است. ولی اگر منظور ایشان این بوده که قرارداد پیش‌فروش، عنوانی عام است که یکی از مصادیق آن، صلح در مقام معامله است، این نظر مخدوش بوده و قابل پذیرش نیست زیرا عناوین «پیش‌فروش» و

۱. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص. ۵۶.

۲. غریبه، علی؛ و ناصر مسعودی؛ «بررسی امکان تبیین قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار۱۳۹۰، ص. ۱۴۳.

۳ . همان، صص. ۱۴۷-۱۴۶.

«پیش‌خرید»، ظهور در بیع دارد و صلح در مقام معامله را باید تحت عنوان «صلح» به‌عنوان یکی از عقود معین تحلیل و تبیین نمود. دلیل این مدعا ماده ۷۵۸ ق.م. است که مقرر می‌دارد: «صلح در مقام معاملات، هرچند نتیجه معامله را که به‌جای آن واقع شده است می‌دهد، شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقام عوض، نتیجه آن، همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری باشد». منتها این نکته را باید مدنظر داشت که جوهر صلح و وجه امتیاز آن بر معامله‌ای که همان نتیجه را می‌دهد تسالم و جلوگیری از تنازع است نه نام صلح. به بیان دیگر، در مفهوم و جوهر صلح، نوعی «تسالم» و گذشت‌های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز می‌کند و به‌صورت معامله‌ای مستقل درمی‌آورد.[۱]

بنا به مراتب فوق در موردی که صلح در مقام معامله است، نمی‌توان به تناسب ماهیت عمل حقوقی انجام‌شده، قواعد یکی از عقود معین را درباره طرفین اجرا کرد. انتخاب عنوان «صلح»، معامله موردنظر را مصون از تحمل قوانین مربوط به آن معامله می‌کند (ماده ۷۵۸ ق.م.). پس، ناچار باید آن را تابع قواعد عمومی قراردادها دانست. باوجود این، برای جلوگیری از سوءاستفاده اشخاص از عنوان صلح، گاه قانونگذار به‌منظور آنان و ماهیت عملی که انجام می‌دهند بیش از عنوان معامله اهمیت می‌دهد و احکام معامله‌ای را که صلح در مقام آن واقع شده است مجری می‌داند. ازجمله این موارد است:

۱- به‌موجب ماده یک قانون روابط موجر و مستأجر، درصورتی‌که تصرف در ملکی به‌عنوان «صلح منافع» و به‌منظور اجاره باشد، رابطه مالک با چنین متصرفی تابع قواعد اجاره است.

۲- در ماده ۳۳ قانون ثبت، در موردی که به‌عنوان صلح با حق استرداد منتقل شده باشد، تابع قواعد بیع شرط و سایر احکام مربوط به «معاملات با حق استرداد» است.

۳- به‌موجب ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، قرارداد مربوط به پرداخت خسارت تأدیه بیش از صدی دوازده نامشروع است، هرچند به‌صورت صلح باشد.[۲]

شاید بتوان ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ را نیز از همین قبیل دانست. به‌موجب این ماده: «هر قراردادی با هر عنوان که به‌موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا

۱. کاتوزیان، ناصر؛ مشارکت‌ها و صلح، گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص. ۳۰۲.
۲. همان، صص. ۳۰۴-۳۰۳.

پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون، «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود».
نتیجه اینکه قانون پیش‌فروش ساختمان که در واقع، قانونی حمایتی از پیش‌خریداران است برای جلوگیری از سوءاستفاده پیش‌فروشندگان و تخلف از انجام تعهدات قراردادی، هر قراردادی را با عنوان پیش‌فروش ساختمان یا صلح ساختمان ساخته‌نشده یا هر عنوان دیگری را که بر حسب تراضی، مالک رسمی زمین یا نماینده قانونی او متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور به‌واسطه همان انشاء به مالکیت طرف دیگر قرارداد درآید، مشمول مقررات این قانون دانسته است. لذا صلح در مقام معامله نسبت به واحد یا واحدهای ساختمانی ساخته‌نشده، هم نتیجه معامله‌ای را که به‌جای آن واقع شده است (پیش‌فروش) می‌دهد و هم برخلاف قسمت دوم ماده ۷۵۸ ق.م. شرایط و احکام خاصه آن معامله (پیش‌فروش) را دارد.

۳-۶. قرارداد خصوصی تملیکی

مطابق با این تحلیل، قرارداد پیش‌فروش ساختمان، طبق اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ ق.م.)، یک قرارداد خصوصی تملیکی بوده و پیش‌خریدار مطابق با ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، حسب مورد از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی، مالک واحد ساختمانی توافق‌شده خواهد شد. به‌عبارت‌دیگر، پیش‌خریدار، مبالغ مورد تعهد را به‌صورت یک‌جا یا به‌طور اقساطی و به‌نحوی‌که مورد توافق طرفین قرار گرفته است، به پیش‌فروشنده پرداخت می‌کند تا بدین وسیله مالک واحد ساختمانی مورد توافق شود.
در تأیید این نظریه همین بس که عقود از مؤسسات شرع مبین نیست، بلکه از اعتبارات عقلایی است که بر حسب نیازهای اجتماعی نزد عقلا دائر و معتبر شده است و شرع مبین با یک جمله اوفوا بالعقود[1] همه آن‌ها را امضا کرده است. بلکه امضا هم لازم نیست؛ همان عدم ردع و منع شارع کافی است و نسبت به معاملات ربوی یا غرری با ردع و منع شارع، حکم به بطلان آن‌ها می‌کنیم.[2] قانون مدنی ایران نیز برخلاف نظر مشهور فقها که قائل به توقیفی‌بودن عقود (انحصار عقود معین) هستند، با توجه به نظر

۱. سوره مائده، آیه ۱.
۲. منتظری، حسینعلی؛ رساله استفتائات، جلد ۲، بی‌تا، ص. ۲۹۴.

فقیهانی همچون *صاحب تحریرالمجلّه*[1] و *صاحب عروه*[2] اصل غیرتوقیفی‌بودن عقود (اصل آزادی قراردادها) را پذیرفته است. بنابراین قراردادپیش‌فروش ساختمان ازجمله قراردادهای عقلایی است که در دایره عقود و قراردادهای مصرّح فقهی قرار نمی‌گیرد و نوع جدیدی از قرارداد است که قانونگذار طبق ماده ۱۰ ق.م. چنین قراردادی را وضع نموده است.

این نظریه نیز قابل‌پذیرش نیست زیرا آن‌گونه که برخی گفته‌اند: اگرچه اصل آزادی قراردادها به لحاظ ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی به‌عنوان یک وسیله اجتماعی مفید در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است، این اصل تا جایی محترم است که با نظام اجتماعی و حقوقی معارض نباشد. ماده ۱۰ ق.م. نفوذ قراردادهای خصوصی را منوط به عدم مخالفت صریح با قانون دانسته است.[3]

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که مرز بین ماده ۱۰ ق.م. و عقود معین چیست؟ مرحوم دکتر شهیدی در رابطه با تفاوت ماده ۱۰ ق.م. و عقود معین می‌گویند: «مؤدّی و مفاد عقود معین، چارچوب و اسکلت خاصی است با احکام خاص آن که قانونگذار معین کرده است. بعضی از این احکام از قواعد آمره و بعضی ارشادی است. مثلاً نقدبودن ثمن، یک حکم ارشادی است که ممکن است برخلاف آن، ثمن مدت‌دار باشد. اما اینکه مبیع باید عین باشد از قواعد آمره است. این قواعد برانگیخته از نظم عمومی قضایی است. پس طرفین هنگام انعقاد عقود معین باید اسکلت و قواعد اصلی آن را رعایت کنند. اگر چنین نبود، صرفاً وجود ماده ۱۰ ق.م. کفایت می‌کرد و قانونگذار، عقود معین را حذف می‌کرد.[4]

در واقع، ضابطه شناسایی عقد معین از عقد غیرمعین، آثار ذاتی و غیرقابل‌تغییری است که قانون به‌طور خاص برای عقد معین مقرر ساخته است. مثلاً اگر مقصود طرفین، مبادله مال معین در برابر مال معین دیگری باشد، باید پذیرفت که طرفین در حقیقت،

---

۱. کاشف‌الغطاء، پیشین، جلد۲، قسم ۱، ص. ۲۹۸.

۲. یزدی، سید محمدکاظم؛ العروه الوثقی فی ما تعم به البلوی، جلد۲، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹، ص. ۷۵۷.

۳. حائری، مسعود؛ تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی«اصل‌آزادی قراردادها»، انتشارات‌کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳، ص. ۷۹؛ ذاکر صالحی، غلامرضا؛ مبانی‌قراردادهای نامعین، میزان، ۱۳۸۸، ص. ۹۵.

۴. شهیدی، مهدی؛ «اندیشه‌های‌حقوقی»، در: مجموعه مقالات حقوقی، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، صص. ۳۵۴-۳۵۵.

ماهیتی را منعقد ساخته‌اند که اثر ذاتی آن، انتقال مالی در برابر مال دیگر است که این ماهیت، عقد بیع است.[1]

برای عدم پذیرش انطباق قرارداد پیش‌فروش ساختمان با اصل آزادی قراردادها، همین بس که هدف از وضع ماده ۱۰ ق.م. در نظر قانونگذار این است که منبع تصحیح انشائیاتی باشد که در هیچ‌یک از قالب عقود معین نمی‌گنجد و قانونگذار آن ماهیت را پیش‌بینی نکرده است زیرا ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف بیع که مأخوذ از نظر فقها است مقرر داشته: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». *صاحب مکاسب* در این باره می‌نویسد: «ان لفظ البیع لیس له حقیقه شرعیه و لا متشرعیه، بل هو باق علی معناه العرفی ... و ان حقیقه تملیک العین بالعوض لیست الا البیع».[2] نتیجه اینکه در قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز، تملیک عین «واحد ساختمانی مشخص» در برابر عوض معلوم «بها یا عوض قراردادی» صورت می‌گیرد. به بیان دیگر، از زبان برخی از نویسندگان: «تملیک عین در برابر عوض معلوم، جز در قالب بیع نمی‌تواند منعقد شود و طرفین نمی‌توانند برای فرار از آثار عقدی، مفاد آن را در ضمن عقد دیگر اراده نمایند. حتی در نظر کسانی هم که اصل آزادی قراردادها را پذیرفته‌اند، قراردادهای خصوصی در مرتبه مؤخّر از عقود معیّن قرار دارند نه در عرض آن‌ها.[3]

۳-۷. بیع سَلَم

در رابطه با استصناع (سفارش ساخت کالا) که صورت اول از صورت‌های سه‌گانه آن بی‌ارتباط با بحث پیش‌فروش ساختمان نیست، عده‌ای از فقها و حقوق‌دانان، نظرات قابل‌توجهی ارائه نموده‌اند که ابتدا این نظرات بررسی و سپس به نتیجه‌گیری از آن‌ها در رابطه با قرارداد پیش‌فروش ساختمان خواهیم پرداخت.

یکی از فقیهان معاصر، ضمن بررسی مصادیق مختلف سفارش ساخت کالا، در قالب تملیک و تملک قطعی (بیع)، در قالب قرارداد قطعی میان طرفین (تعهد به بیع) و در قالب یک مواعده غیرقطعی می‌گوید: در صورت اول یعنی در قالب تملیک و تملک قطعی، استصناع گاه درباره یک شیئ معیّن است و گاه درباره یک شیئ کلی. اگر مورد سفارش، یک کالای مشخص باشد، نظیر اینکه شخص، ساختن یک کشتی بزرگ را

۱ . شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۸.

۲ . انصاری؛ پیشین، جلد۳، صص. ۱۴ و ۱۰.

۳. سیفی، غلامعلی؛ و منصوره حسن‌زاده؛ «استصناع در فقه و حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۰، زمستان ۱۳۸۸، ص. ۱۷.

سفارش دهد که سازنده، بخشی از آن را ساخته است، ازآنجاکه هنوز کار ساخت این کشتی به اتمام نرسیده، سازنده آن را بدین شرط در مقابل قیمت به سفارش‌دهنده تملیک می‌کند که ساخت آن را تکمیل کند. به‌عبارت‌دیگر، سفارش‌دهنده، همین کشتی نیمه‌ساخته را می‌خرد و شرط می‌کند که سازنده، کار ساخت باقی‌مانده را هم تکمیل کند. اگر مورد سفارش، امری کلی باشد، ازآنجاکه فرض بر این است که این قرارداد مشروط به ساختن کالاست و ساختن هم نیاز به گذشت مدت دارد، به‌ناچار تحویل کالا در زمان آینده خواهد بود. از سوی دیگر، بیعی که کالای فروشی در آن کلّی است و تحویل این کالا در زمان آینده انجام می‌شود، تنها همان بیع سلف است، نه بیع دیگر. بر این اساس، صحت این صورت از سفارش ساخت، مشروط به جمیع شرایط بیع سلم است از قبیل تحویل‌دادن تمام یا مقداری از قیمت در مجلس عقد.[1]

فقها عقد بیع را از جهت پرداخت معجّل (حال‌بودن) ثمن و مثمن یا مؤجّل‌بودن (تأخیر) یکی از آن دو یا هر دوی آن‌ها، به بیع نقد، نسیه، سلف (سلم) و کالی‌به‌کالی تقسیم‌کرده‌اند. بیع نقد آن است که ثمن و مثمن هر دو معجّل باشند. بیع نسیه آن است که مثمن معجّل باشد و ثمن مؤجّل. بیع سلف آن است که ثمن معجّل باشد و مثمن مؤجّل و بیع کالی‌به‌کالی که هر دو مؤجّل باشند.[2]

بیع سلف(سلم)، بیع مال کلی (مضمون) در ذمّه و مضبوط، در ازای ثمن معلومی است که در همان مجلس عقد قبض شده و مدت تحویل مبیع (مسلم فیه) معلوم و مشخص شد است.[3]

آنچه قابل ذکر است اینکه مشهور فقهای امامیه بر لزوم قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) حکم داده‌اند.[4] حتی *صاحب جواهر*، نسبت به آن، از کتاب غنیه، مسالک و تذکره، نقل اجماع کرده است.[5]

---

۱ . مؤمن قمی، محمد؛ «استصناع»، مجله فقه‌اهل‌بیت، سال سوم، ۱۳۷۶، صص. ۲۱۵-۲۱۳.

۲. میرزای قمی، ابوالقاسم؛ جامع‌الشتات فی‌اجوبه‌السؤالات، جلد۲، مؤسسه‌کیهان، ۱۴۱۳، صص. ۱۴۷-۱۴۳؛ شهید صدر، سیدمحمد؛ ماوراءالفقه، جلد۳، دارالاضواء للطباعه و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰، صص. ۳۶۷-۳۶۶.

۳ . شهید ثانی؛ پیشین، جلد۳، ص. ۴۰۲؛ مشکینی، میرزاعلی؛ مصطلحات الفقه، بی‌تا، ص. ۱۱۴.

۴.علامه حلّی؛ پیشین، جلد۱۱، ص. ۳۳۵؛ محقق حلّی، نجم‌الدین؛ شرایع الاسلام فی‌مسائل‌الحلال و الحرام، جلد۲، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸، ص. ۵۷؛ شهید اول، محمد بن مکی؛ اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، دارالتراث الاسلامیه، ۱۴۱۰، ص. ۱۱۶.

۵. نجفی؛ پیشین، جلد۲۴، ص. ۲۸۹.

با توجه به لزوم قبض ثمن در بیع سلم، فقها معتقدند که اگر مقداری از ثمن قبض شود، معامله نسبت به مقداری که قبض نشده، باطل و نسبت به مقدار مقبوض صحیح است (قاعده انحلال عقد به عقود متعدد) و فروشنده می‌تواند معامله همان مقدار صحیح را نیز به جهت تبعض صفقه، فسخ نماید، مگر اینکه عدم اقباض آن مقدار از ثمن به‌واسطه تفریط او باشد.[1] لکن در فرضی که قسمتی از ثمن به‌صورت معجّل (حال)، پرداخت و مابقی به‌صورت مؤجّل اشتراط می‌شود، اکثر ایشان کل معامله را محکوم به بطلان می‌دانند.[2]

با این استدلال: معامله نسبت به مقدار غیرمقبوض باطل است زیرا قبض ثمن به‌عنوان شرط صحت چنین بیعی حاصل نشده است. معامله نسبت به مابقی (مقبوض) نیز باطل است زیرا علی‌رغم اینکه فقها اجل را به‌عنوان یکی از مصادیق شرط، قسمتی از ثمن دانسته‌اند (للأجل قسط من الثمن)، و اینکه در مانحن‌فیه نیز معامله نسبت به مقدار مقبوض، زیادتر از معامله نسبت به مقدار مؤجّل تلقی می‌شود. لذا مقدار ثمنی که در مقابل آن مقدار از معامله (مقدار مقبوض) قرار می‌گیرد باید بیشتر از مقدار ثمنی باشد که برای مابقی معامله (غیرمقبوض) قرار می‌گیرد، حال آنکه آن زیاده ثمن، مجهول است. (طبق قاعده الشرط لایقسط علیه الثمن)

برخی در رابطه با تعلیل لزوم شرطیت قبض ثمن در بیع سلم استدلال کرده‌اند که: «در این مورد سیره متشرّعان، بلکه سیره عملی تمام مسلمانان بر این بوده است و ارتکاز عملی آنان چنین بوده که خرید هر چیزی به‌عنوان سلف در ذمّه دیگری تا در همان مجلس عقد بهای آن را نپرداخته باشد، صحیح نیست»، «بلکه شاید بتوان گفت هرگاه عوضین هر دو در ذمّه و به‌صورت مؤجّل باشند، سیره عقلا نیز وقوع بیع و معاوضه را نمی‌پذیرد. چنین قراردادی شبیه نوعی وعده‌گذاری و توافق بر انجام بیعی است که در آینده و پس از تحقق یکی از عوضین و تحویل آن، صورت خواهد گرفت، اما در بیع که در آینده و پس از تحقق یکی از عوضین و تحویل آن، صورت خواهد گرفت، اما در بیع فعلی نزد عرف، حتماً یکی از عوضین، خواه ثمن یا مثمن، باید فعلیت داشته باشد».[3]

---

۱. همان، ۲۹۱؛ طباطبایی، سید علی؛ ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، جلد۹، مؤسسه آل البیت علیهم السلام ، ۱۴۱۸، ص. ۱۲۱؛ موسوی خمینی؛ پیشین، جلد۱، ص. ۵۴۴.

۲.علامه حلی؛ پیشین، جلد ۱۱، ص۳۴۱؛ محقق حلّی؛ پیشین، خامنه‌ای، سید علی؛ رساله اجوبه الاستفتائات، شرکت چاپ و نشر بین الملل، تهران، چاپ هفتاد و یکم، ۱۳۹۰، ص. ۳۶۴.

۳ . هاشمی شاهرودی، سیدمحمود؛ «استصناع»، مجله فقه اهل بیت، سال پنجم، ۱۳۷۸، صص. ۱۶- ۱۵.

در خصوص شرایط قبض ثمن در مجلس عقد و نقدبودن آن، در قانون مدنی تصریحی وجود ندارد ولی پاره‌ای از حقوق‌دانان به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه و با استناد به این قرینه که در ماده ۳۶۴ ق.م. بیع صرف به‌عنوان مثال «بیعی که قبض شرط صحت آن است» آورده شده، معتقدند که در قانون مدنی نیز قبض ثمن، شرط صحت بیع سلم است و باید در مجلس عقد، قبض محقق شود.[۱]

در مقابل، برخی از حقوق‌دانان با این دلیل که مطالعه کتاب‌های فقه نشان می‌دهد که شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد و بطلان بیع مال کلی به نسیه، بیشتر به اجتهاد و به احتمال مصلحت‌اندیشی فقیهان اتکا دارد تا به منع صریح اخبار، قائل به این بوده که سکوت قانون مدنی در این خصوص به معنای اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است و به‌دشواری می‌توان ادعا کرد که چون حکمی در قانون مدنی وجود ندارد نظر فقیهان باید این نقص را جبران کند.[۲]

آنچه پذیرش این نتیجه را ظاهراً دشوار می‌نماید، اینکه طبق ماده ۳ ق.آ.د.م : قضات دادگاه‌ها موظف‌اند... درصورتی‌که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند...». این امر در اصل ۱۶۷ ق.ا. نیز لحاظ شده است.

به‌هرحال، امروزه در تجارت داخلی و بین‌المللی راه‌های گوناگونی برای پرداخت بهای کالای سفارش‌شده بر اساس توافق طرفین وجود دارد. گاه تمامی بهای کالا از ابتدا به فروشنده تحویل می‌شود، گاه قسمتی از بها در ابتدای قرارداد و بقیه هنگام تحویل کالا پرداخت می‌شود و گاهی به‌موازات پیشرفت کار، خریدار، پول در اختیار سازنده قرار می‌دهد. این روش‌های پرداخت تا آنجا که متعارف و عقلایی باشد از نظر اسلام که عرف‌های عقلایی را مورد تأیید و امضا قرار می‌دهد، صحیح و مشروع است.[۳]

بیع نسیه مال کلی، نه‌تنها با نظم عمومی و اخلاق حسنه تعارض ندارد، در روابط بازرگانی و بین‌المللی به‌شدت مورد نیاز است. امروزه تمام سفارش‌هایی که به کارخانه‌های صنعتی داده می‌شود تا فرآورده‌های خود را به‌تدریج درآینده تحویل دهند و همه خریدهایی که برای رفع نیازهای غذایی و صنعتی و نظامی کشور انجام می‌شود،

۱ . شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی ۶، مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵، ص. ۳۸.

۲ . کاتوزیان، ناصر؛ معاملات معوض-عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۵.

۳. جعفرپور، جمشید؛ «بیع استصناع»، پژوهشنامه متین، شماره ۳ و ۴، تابستان و پاییز ۱۳۷۸، ص. ۱۸۳.

نوعی بیع سلم و سلف است. پس، این الزام که ثمن همه این معاملات به نقد و در مجلس عقد داده شود، نظم همه روابط بازرگانی را برهم می‌ریزد و تعذّری است سخت که باید از آن پرهیز شود. این الزام باعث می‌شود که دو طرف قرارداد، یا ناچار شوند که آن را تابع قانون خارجی قرار دهند یا به نیرنگ دست زنند و برای مثال، بیع مال کلّی را به‌صورت تعهد به بیع درآورند.[1]

به موارد پیش‌گفته باید این مطلب را افزود که قانون پیش‌فروش ساختمان، مصوب دی ۱۳۸۹، به‌عنوان مصداقی از بیع سلم، هیچ اشاره‌ای به لزوم قبض ثمن در مجلس عقد نداشته است بلکه برعکس، قانونگذار در چندین ماده آن (ازجمله مواد ۲ ، ۱۱ و ۱۳ قانون مذکور) صحبت از اقساط بهای قراردادی به میان آورده است.

آنچه این تحلیل (تطبیق قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع سلم) را تقویت و تثبیت می‌کند اینکه **اولاً**: با توجه به مفهوم «دین» که در لغت، عرف و شرع عبارت است از مال کلی که به‌موجب هریک از اسباب ضمان، در ذمّه یک شخص برای شخص دیگر ثابت می‌شود[2] و همچنین با توجه به مفهوم مبیع کلّی (به‌عنوان یکی از مصادیق مال کلی)، که عبارت است از عین کلی‌ای که اوصاف و مشخصات آن در نزد طرفین معامله، معین بوده و در عقد نیز ذکر شود (ماده ۳۵۱) و بر ذمّه تعلق گرفته است، اعم از اینکه در عالم خارج بر افراد متعدد صدق کند یا اینکه در آینده بتواند برای آن، یک فرد خارجی به وجود آید لیکن عرفاً و شرعاً بتوان فرد مماثلی به مقداری که در مرحله توصیف موجب رفع غرر شود (نه از جمیع جهات) برای آن فرض نمود، می‌توان گفت واحد ساختمانی مشخص(مورد معامله)، عین معین و موجود نیست بلکه دین ثابت در ذمّه است و صِرف اینکه قرارداد پیش‌فروش ساختمان، در خصوص یک زمین مشخص است، این قرارداد را از شمول بیع سلم خارج نمی‌کند، چه آنکه معنای حقیقی بیع سلم آن است که فروشنده، چیزی را که در حال حاضر اصلاً موجود نیست به تملیک خریدار درآورد،[3] که این تعریف دقیقاً منطبق با قرارداد پیش‌فروش ساختمان است.[4]

---

۱. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص. ۲۲۴.

۲. کاشف‌الغطاء؛ پیشین، جلد۱، قسم۱، ص. ۱۳۹؛ بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیه، جلد۷، نشر الهادی، ۱۴۱۹، ص. ۱۸۶؛ موسوی خمینی؛ پیشین، جلد۱، ص. ۵۶۳.

۳. کاشف‌الغطاء؛ پیشین، ص. ۱۶۸؛ با این عبارت: «بیع السلم و هو بیع ما لیس بموجود فعلاً».

۴. برای دیدن نظر مخالف که فروش ساختمان ساخته‌نشده را در قالب بیع کلّی صحیح نمی‌داند؛ ن.ک. به: شهیدی، پیشین، ص.۲۰؛ ایزدی‌فرد و کاویار، پیشین، ص. ۱۰۳؛ و برای دیدن نظر موافق که چنین معامله‌ای را به‌صورت کلّی و در قالب بیع سلم صحیح می‌داند؛ ن.ک: موسوی‌خمینی، سیدروح الله؛ توضیح‌المسائل، جلد۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسیه حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ق، ص.

ثانیاً: عبارات و اصطلاحات (مندرج در قانون مذکور) ازجمله «پیش فروش» و «پیش خرید»، ظهور در بیع سلم، و اصطلاحات «پیش‌فروشنده» و «پیش خریدار»، ظهور در طرفین این قرارداد دارد.[1]

ثالثاً: دلایل ارائه‌شده بر لزوم شرطیت قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) نیز عموماً قابل استناد نیست چه اینکه گفته شده است که در صورت عدم لزوم چنین شرطی، معامله تبدیل به بیع کالی‌به‌کالی(بیع مؤجّلین) خواهد شد.[2] ولی اصطلاح «کالی‌به‌کالی» در منابع حدیث شیعی وجود ندارد و آنچه هست «دین به دین» است که آن هم تنها یک حدیث درموردش آمده که باز در سلسله سند آن «طلحه‌بن‌زید» هست که از اهل سنت است.[3] بنابراین اصل تحریم بیع کالی‌به‌کالی یا دین به دین، بر اساس تعدادی از احادیث نبوی (ص) است که از غیر طریق اهل بیت (ع) نقل شده‌اند و علمای شیعه هم پیام آن‌ها را در قالب کلی پذیرفته‌اند و بدان عمل کرده‌اند.[4] مضافاً اینکه مقصود از «بیع دین‌به‌دین» در بین اقوال فقها نیز محل اختلاف است چه اینکه بنابر نظر مشهور فقها، بیع دین‌به‌دین هم شامل دو دین ثابت بر ذمّه پیش از عقد و هم شامل دو دین ثابت بر ذمّه به‌وسیله عقد فعلی می‌شود[5] ولی برخی از فقها همچون میرزای قمی معتقدند که آنچه متبادر از لفظ حدیث می‌شود که فرموده‌اند: «لایباع الدین بالدین» این است که ثمن و مثمن هردو در حال بیع، دین باشند، نه اینکه به سبب بیع دین بشوند.[6] حتی عده‌ای از فقها همچون *صاحب مفتاح الکرامه* و *صاحب ریاض*، فراتر از آن رفته و اشتغال

۲۷۶؛ خامنه‌ای؛ پیشین؛ لنکرانی، محمدفاضل؛ جامع المسائل، جلد۲، انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم، بی‌تا، ص. ۲۸۲؛ و منتظری؛ جلد۲، پیشین، ص. ۲۹۴.

۱. انصاری، مرتضی؛ صیغ العقود و الایقاعات، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۱، ص. ۳۶؛ جعفری لنگرودی؛ جلد۲، پیشین، ص. ۹۷۸؛ طاهری، حبیب‌الله؛ حقوق مدنی، جلد۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸، صص. ۴۳-۴۲؛ و جمعی از پژوهشگران، زیر نظر هاشمی شاهرودی، محمود؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد۲، مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶، ص. ۲۰۴.

۲. علامه حلّی؛ پیشین، جلد۱۱، صص. ۳۳۶-۳۳۵؛ ایشان می‌نویسد: «و لأن المسلم فیه دین فی الذمه فلو اخّر تسلیم رأس‌المال عن المجلس، لکان ذلک فی معنی بیع الکالی بالکالی».

۳. حرّ عاملی، محمدبن‌حسن؛ وسائل الشیعه، جلد۱۳، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹، ابواب الدین، باب ۱۵، ح ۱.

۴ . میرزای قمی؛ پیشین، جلد۲، ص. ۱۴۶.

۵ . نجفی؛ پیشین، جلد۲۴، صص. ۳۴۶-۳۴۵.

۶ . میرزای قمی؛ پیشین، ص. ۱۴۵.

ذمّه به‌واسطه عقد فعلی را «مضمون» می‌نامند و معتقدند «دین»، صرفاً در مورد اشتغال ذمّه پیش از عقد معنا پیدا می‌کند نه به سبب عقد فعلی.[1]

دلیل دوم بر شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) را که صرفاً نشأت‌گرفته از مصلحت‌اندیشی فقها است نیز علامه در کتاب تذکره چنین بیان می‌کند که غرر و خطر احتمالی مثمن (مسلم فیه) در زمان سررسید، باید به‌وسیله معجّل‌قراردادن عوض دیگر (ثمن) تدارک شود و الا معامله، هم از جهت مثمن و هم از جهت ثمن، سبب خطر و غرر فراوانی خواهد شد.[2]

دلیل سوم، استناد به اصل عدم نقل و استصحاب بقای ملکیت مالک (بائع) در صورت فقدان شرط مزبور (لزوم قبض ثمن در مجلس عقد) است.[3] این دلیل نیز تمام نیست زیرا اطلاق«احلّ الله البیع»[4]و عموم«اوفوا بالعقود» بیع مؤجّلین فعلیین را نیز دربرمی‌گیرد و در صورت وجود دلائل اطلاق و عموم، دیگر مجالی برای جریان اصل عملی نیست. (الاصل دلیل حیث لا دلیل)

دلیل چهارم که به تعبیر *صاحب جواهر*، دلیل عمده این شرط (قبض ثمن) است، دلیل اجماع است[5] که البته آن هم قابل پذیرش نیست چه اینکه صرف‌نظر از اینکه محتمل است، اجماع مذکور (به‌واسطه حدیث لا یباع الدین بالدین) اجماع مدرکی باشد و به تبع دلیل مستقلی محسوب نشود. ابن‌جنید تأخیر قبض ثمن به مدت ۳ روز را جایز شمرده است (البته فقها مخالفت ابن‌جنید را مضر نمی‌دانند زیرا او را مخالف شناخته‌شده و به اصطلاح «معلوم‌النسب» می‌دانند). عده‌ای همچون *صاحب بشری* و *صاحب حدائق* نیز چون دلیلی برای لزوم قبض ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) نمی‌بینند در این مسئله توقف نموده‌اند. مضافاً اینکه با توجه به عرف‌های عقلایی موجود درمورد روش‌های پرداخت بهای کالا در زمان حاضر، هستند فقیهانی که پرداخت قسمتی از ثمن قراردادی را نیز در تحقق بیع سلم کافی می‌دانند. بنا به مراتب فوق می‌توان گفت آنچه به‌عنوان اجمال بر شرطیت قبض ثمن در مجلس عقد (بیع

---

۱. عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹، صص. ۹۴-۹۳؛ طباطبایی، پیشین، جلد۹، صص. ۱۳۷-۱۳۶.

۲. علامه حلّی؛ پیشین، جلد۱۱، ص. ۳۳۶؛ با این عبارت: «و لأن الغرر فی المسلم فیه احتمل للحاجه، فجبر ذلک بتاکید العوض الثانی بالتعجیل لئلّا یعظم الغرر فی الطرفین».

۳. نجفی، پیشین، ص. ۲۸۹؛ ایشان می‌نویسد: «مع احتمال القول بان اصاله عدم النقل و الملک قبله محققه و لو للشک فی تسبیب العقد هنا للمک...».

۴. سوره بقره، آیه ۲۷۵.

۵. نجفی؛ پیشین.

سلم) وارد شده، بیشتر به شهرت می‌ماند تا اجماع و اتفاق مجتهدین به معنی اخص که کاشف از رأی معصوم(ع) است؛ شهرتی که از به‌کارگرفتن حدیث «لایباع الدین بالدین» در مقام فتوا دادن حاصل گشته است.

نتیجه

قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قالب بیع سلم (اعم از اینکه به‌طور منجّز واقع شود یا به‌طور معلّق)، قابل تحلیل و توجیه است چه اینکه ۱: وفق ماده ۳۳۸ ق.م. که مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم»، در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نیز تملیک عین «واحد ساختمانی مشخص»(ماده۱) در برابر عوض معلوم «بها یا عوض قراردادی» (بند ۵ ماده ۲) صورت می‌گیرد.

۲: با توجه به مفهوم مبیع کلّی، واحد ساختمانی (مورد معامله)، عین معیّن و موجود نیست بلکه دین ثابت در ذمّه است. مؤیّد این امر، اینکه طبق ماده ۳۶۱ ق.م. اگر در بیع عین معیّن معلوم شود که مبیع وجود نداشته است بیع باطل است». مؤیّد دیگر اینکه وفق ماده ۳۵۱ ق.م، در زمینه پیش‌فروش ساختمان، قانونگذار (در بند ۲، ۳ و ۴ ماده ۲)، تصریح به پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک، اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله و همچنین مشخصات فنی و معماری ساختمانی را که واحد در آن احداث می‌شود در قرارداد لازم دانسته است، حال آنکه نسبت به عین معیّن، ذکر اوصاف و مشخصات در عقد، لازم نیست.

۳: صِرف اینکه قرارداد پیش‌فروش ساختمان، در خصوص یک زمین مشخص است، این قرارداد را از شمول بیع سلم خارج نمی‌کند، چه آنکه معنای حقیقی بیع سلم آن است که فروشنده، چیزی را که در حال حاضر اصلاً موجود نیست به تملیک خریدار درآورد، که این تعریف دقیقاً منطبق با تعریف مندرج در ماده ۱ قانون پیش‌فروش است.

۴: عبارات و اصطلاحات «پیش‌فروش» و «پیش‌خرید»، ظهور در بیع سلم، و اصطلاحات «پیش‌فروشنده» و «پیش‌خریدار»، ظهور در طرفین این قرارداد دارد.

۵: دلایل ارائه‌شده بر لزوم شرطیت قبض تمامی ثمن در مجلس عقد (بیع سلم) نیز با توجه به خدشه در مفهوم دین به دین و دلیل اجماع، عموماً قابل استناد نیست. لیکن برای صدق عرفی قرارداد پیش‌فروش ساختمان با بیع سلم و تمایز آن از بیع مؤجّلین فعلیین (کالی‌به‌کالی)، قانونگذار (در ماده ۱۱)، پرداخت حداقل ده درصد (۱۰٪) از بها و عوض قراردادی را در مجلس عقد لازم دانسته و مقرر داشته که طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند.

۶: اثر هر عقد بیعی، ملکیت منجّز نیست بلکه اثر بیع، مطلق ملکیت است. اگر بیع معلّق نباشد، اثر شرعی آن ملکیت غیرمعلّق، و اگر بیع معلّق باشد، اثر آن ملکیت معلّق

خواهد بود[1] و عبارت مندرج در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان که مقرر می‌دارد: «... واحد ساختمانی مذکور با هرنوع کاربری «از ابتدا» یا «در حین احداث و تکمیل» یا «پس از اتمام عملیات ساختمانی»، به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید ...»، ناظر بر «سه» حالت مختلف برای انتقال مالکیت است که بر اساس این تعریف، طرفین قرارداد، حسب انشاء خویش (قصد مشترک) می‌توانند واحد ساختمانی را به‌طور منجّز (حالت اول) یا به‌طور معلّق (حالت دوم و سوم) به مالکیت پیش‌خریدار در آورند.

به‌هرحال، با توجه به اینکه قرارداد پیش‌فروش ساختمان به‌عنوان یکی از مصادیق عقد معاوضی بیع محسوب می‌شود، لازم می‌نمود که قانونگذار، پرداخت بها یا عوض قراردادی را نیز در تعریف قرارداد پیش‌فروش ساختمان لحاظ می‌نمود. همچنین، این انتظار می‌رود که قانونگذار مدنی، با توجه به اشکالات وارد بر مفهوم دین به دین و همچنین با توجه به عرف‌های عقلایی موجود در روش‌های پرداخت بهای قراردادی، ضمن اصلاحات بعدی، با حکم به صحت بیع مؤجّلین فعلیین (کالی‌به‌کالی)، قبض مقداری از ثمن را نیز در تحقق عرفی بیع سلم کافی بداند تا ضمن برقراری نظم در روابط بازرگانی، هم توجیه قانونی برخی از معاملات را میسّر سازد و هم بر غنای قانون مدنی افزوده شود.

۱. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، جلد۳، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵، ص. ۱۷۱.

منابع:

- ابن براج، قاضی؛ **المهذب**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۶ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد۲، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حائری، مسعود؛ **تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی«اصل آزادی قراردادها»**، انتشارات کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳ .
- خامنه‌ای، سید علی؛ **رساله اجوبه الاستفتائات**، شرکت چاپ و نشر بین الملل، تهران، چاپ هفتاد و یکم،۱۳۹۰.
- شهید اول، محمد بن مکی؛ **اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه**، دارالتراث ـ الدار الاسلامیه، بیروت، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین؛ **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه** (المحشی ـ کلانتر)، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ ق.
- شیخ طوسی، ابوجعفر؛ **المبسوط فی فقه الامامیه**، المکتبه المرتضویه لاحیاء الاثارالجعفریه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- صفایی، سید حسین **دوره مقدماتی‌حقوق مدنی** (اشخاص و خانواده و اموال)، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۰ .
- طباطبائی، سید علی، **ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل**، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- غریبه، علی؛ مسعودی، ناصر؛ «**بررسی امکان تبیین قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب عقد صلح و بیع سلم**»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره بیست‌وسوم، بهار ۱۳۹۰.
- یزدی، سیدمحمدکاظم؛ **العروه الوثقی‌فیما تعم به البلوی**، مؤسسه الاعلمی‌للمطبوعات، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین؛ **حاشیه کتاب المکاسب**، انوارالهدی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، سیدحسن؛ **حقوق مدنی**، جلد۱، انتشارات الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۷۱.
- انصاری، مرتضی؛ **صیغ العقود و الایقاعات**، مجمع اندیشه اسلامی، قم، ۱۴۲۱ ق.

- انصاری، مرتضی؛ **مکاسب**، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
- ایزدی‌فر، علی‌اکبر؛ کاویار، حسین؛ «**بررسی فقهی ـ حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان**»، مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۸، پاییز ۱۳۸۷ .
- بجنوردی، سیدحسن؛ **القواعد الفقهیه**، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- بحرانی، یوسف؛ **حدائق‌الناظره فی احکام العتره الطاهره**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۵ ق.
- پیرهادی، محمدرضا؛ **انتقال مالکیت در عقد بیع**، انتشارات شالیزه، ۱۳۸۶.
- جعفرپور، جمشید؛ «**بیع استصناع**»، پژوهشنامه متین، شماره ۳ و ۴، تابستان و پاییز ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ **ترمینولوژی حقوق**، بنیاد راستاد، ۱۳۶۳.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سیدمحمود؛ **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام**، مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، ۱۴۲۶ ق.
- حرّ عاملی، محمدبن‌حسن؛ **وسائل الشیعه**، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۹ ق.
- خوانساری، سیداحمد؛ **جامع المدارک فی شرح مختصرالنافع**، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- خویی، سیدابوالقاسم؛ **مصباح الفقاهه فی المعاملات**، دوره ۷ جلدی، بی‌تا.
- ذاکرصالحی، غلامرضا؛ **مبانی‌قراردادهای نامعین**، میزان، ۱۳۸۸.
- سیفی، غلامعلی؛ حسن‌زاده، منصوره؛ «**استصناع در فقه و حقوق ایران**»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۰، زمستان ۱۳۸۸.
- شهید ثانی، زین الدین؛ **فوائد القواعد**، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ق.
- شهید صدر، سیدمحمد؛ **ماوراءالفقه**، دارالاضواء للطباعه و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۲۰ ق.
- شهیدی، مهدی؛ **اندیشه‌های‌حقوقی**، مجموعه مقالات حقوقی، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- ـــــــــــ؛ **تشکیل قراردادها**، مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸.
- ـــــــــــ؛ **حقوق مدنی ۶**، مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵.

- ـــــــــــــ؛ **حقوق‌مدنی، شروط ضمن عقد**، مجد، چاپ دوم،۱۳۸۷.
- ـــــــــــــ؛ **سقوط تعهدات**، چاپ ششم (چاپ دوم مجد)، ۱۳۸۳.
- طاهری، حبیب‌الله؛**حقوق مدنی**، جلد۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸ ق.
- عاملی، سیدجواد؛ **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ **تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه**، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، ۱۴۲۰ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ **تذکره الفقهاء**، مؤسسه آل البیت علیه السلام، قم، بی‌تا.
- ـــــــــــــ؛ **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۳ ق.
- ـــــــــــــ؛ **مختلف الشیعه فی الحکام الشریعه**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- قنواتی، جلیل؛ حسن وحدتی‌شبیری و ابراهیم عبدی‌پور؛ زیر نظر سیدمصطفی محقق‌داماد، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد اول، سمت، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر ؛ **قواعد عمومی قراردادها**، جلد۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
- ـــــــــــــ؛ **اموال و مالکیت**، میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۴ .
- ـــــــــــــ؛ **درس‌هایی از عقود معین**، جلد۱، گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۸۵.
- ـــــــــــــ ؛ **قواعد عمومی قراردادها**، جلد۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
- ـــــــــــــ ؛ **قواعد عمومی قراردادها**، جلد۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- ـــــــــــــ؛ **مشارکت‌ها و صلح**، گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۸۸.
- ـــــــــــــ؛ **معاملات معوض ـ عقود تملیکی**، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷.
- ـــــــــــــ؛ **نظریه عمومی تعهدات**، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹.
- کاشف‌الغطاء، محمدحسین؛ **تحریر المجله**، الکتبه المرتضویه، نجف اشرف، ۱۳۵۹ ق.
- ـــــــــــــ؛ **وجیزه الاحکام**، مؤسسه کاشف‌الغطاء، چاپ دوم، نجف اشرف، ۱۳۶۶ ق.

- لطفیان، حسین؛ **قولنامه، ماهیت و آثار**، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ دوم، ۱۳۷۱.
- لنکرانی، محمد فاضل؛ **جامع المسائل**، انتشارات امیر قلم، قم، چاپ یازدهم، بی‌تا.
- محقق‌حلّی، نجم‌الدین؛ **شرایع الاسلام فی‌مسائل‌الحلال و الحرام**، مؤسسه‌اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق‌کرکی، علی؛ **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.
- مشکینی، میرزاعلی؛ **مصطلحات الفقه**، ۱ جلدی، بی‌تا.
- ممی‌زاده، مهدی؛ «**ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان**»، ماهنامه کانون، شماره ۹۲، ۱۳۷۶.
- منتظری، حسینعلی؛ **رساله استفتائات**، ۳ جلدی، قم، بی‌تا.
- موسوی‌خمینی، سیدروح الله؛ **تحریرالوسیله**، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم، بی‌تا.
- ـــــــــــــــــــ؛ **توضیح المسائل**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسیه حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۴ ق.
- ـــــــــــــــــــ؛ **کتاب البیع**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام‌خمینی قدس‌سره، بی‌تا.
- مؤمن‌قمی، محمد؛ «**استصناع**»، مجله فقه‌اهل‌بیت، سال سوم، قم، ۱۳۷۶.
- میرزای قمی، ابوالقاسم؛ **جامع‌الشتات فی‌اجوبه‌السوالات**، مؤسسه‌کیهان، ۱۴۱۳ ق.
- نجفی، محمدحسن؛ **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم، بی‌تا.
- نراقی، مولی احمد؛ **عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام**، انتشارت دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
- ولویون، رضا؛ «**فروش آپارتمان‌های ساخته‌نشده**»، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، برگزیده از مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال‌سوم، شماره ۴، بهار و تابستان ۱۳۸۰.
- هاشمی شاهرودی، سیدمحمود؛ «**استصناع**»، مجله فقه اهل بیت، سال پنجم، قم، ۱۳۷۸.
- یزدی، سیدمحمدکاظم؛ **حاشیه المکاسب**، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰ ق.

قابلیت دادرسی حق بر تأمین اجتماعی؛
مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلستان در پرتو اسناد بین‌المللی حقوق بشر

زینب عصمتی*
حسن کولیوند**

چکیده

در گذار از مرحله «شناسایی حق» به دوران «اجرایی‌شدن حقوق» که در مورد مفاهیم مرتبط با حقوق بشر در قرن بیستم به نکته کمال خود رسید حقوق تأمین اجتماعی نیز از مقوله‌هایی بوده که همواره در این فرایند، نقش مهمی ایفا کرده است. تأمین اجتماعی از اصول بنیادین حقوق بشر است که انسان به دلیل انسان‌بودن، حق دارد از مزایای آن برخوردار شود. بنابراین باید در این راستا به‌منظور احقاق حقوق افراد، سازوکارهای لازم پیش‌بینی شود. این پژوهش، ضمن بررسی مفهوم حق بر تأمین اجتماعی و اینکه تأمین اجتماعی، هم حق بشری وهم جزء حقوق شهروندی است، در پرتو اسناد بین‌المللی حقوق بشری از جمله معاهده اروپایی حقوق بشر و دیوان حقوق بشر اتحادیه اروپا که سهم عمده‌ای در تحول حقوق بشر و تضمین اعطای این حقوق دارند به بررسی قابلیت دادرسی حق بر تأمین اجتماعی می‌پردازد. نتایج مطالعه تطبیقی حاصل از این پژوهش در خصوص حق بر تأمین اجتماعی در ایران و انگلستان نشان می‌دهد که دادرسی حق بر تأمین اجتماعی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، دارای نارسایی‌هایی بوده ازجمله اینکه مرجع تخصصی برای رسیدگی به دعاوی تأمین اجتماعی وجود ندارد. به همین دلیل بیمه‌شدگان سازمان تأمین اجتماعی و سایر سازمان‌ها و صندوق‌ها در خصوص مرجع صالح برای رسیدگی به شکایاتشان در امور بیمه‌ای و حمایتی دچار سردرگمی هستند و امروزه بسیاری از کشورها شاهد تغییر

---

* دکترای حقوق عمومی از دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) esmati_tehranbar@yahoo.com
** مدرس دانشگاه پدافند هوایی خاتم‌الانبیاء(ص) koolivandhasan@yahoo.com

ماهیت حق بر مساعدت اجتماعی، از یک حق انعکاسی یا ادعای مشروع به یک حق شخصی یا حق قانونی هستند. در کشور ما مساعدت اجتماعی هنوز حق قانونی تلقی نمی‌شود. اصل۲۹ قانون اساسی که همچون دیگر اسناد مهم حقوق بشری، «برخورداری از تأمین اجتماعی» را «حق همگان» دانسته، تا حد بسیار زیادی محقق نشده است لذا نیازمند بازنگری جدی در قوانین و مقررات مربوط به آن است.

واژگان کلیدی: حق، تأمین اجتماعی، دادرسی، حقوق بشر، اسناد بین‌المللی.

مقدمه

از گذشته تاکنون برای نیل به حق بر تأمین اجتماعی، تلاش‌های بسیاری شده است. آنچه امروز از تأمین اجتماعی شناخته می‌شود ثمره تلاش و مبارزات پیگیر انسان‌هایی بوده که در طول قرن‌های متمادی به ضرورت وجود این حق برای تک‌تک انسان‌ها پی برده بودند. پس بی‌دلیل نیست که یکی از مباحث‌کلیدی که از دیرباز تاکنون، ذهن برنامه‌ریزان، اقتصاددانان، سیاست‌مداران و دیگران را به خود معطوف داشته، حق بر تأمین اجتماعی است. نخستین انقلاب‌ها، طغیان‌ها، نافرمانی‌ها و شورش‌ها، به هر اسمی که خوانده شوند، خواسته‌هایی را مطرح می‌کردند که ناظر بر حق تأمین اجتماعی بود. اعلامیه فیلادلفیا در سال ۱۹۴۴ اولین سند بین‌المللی است که تأمین اجتماعی را به‌منزله حق بشری می‌نگرد. اما فارغ از توجه خاص دولت‌ها به ضرورت دستیابی به حداقل‌هایی از تأمین اجتماعی، پس از تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ حق بر تأمین اجتماعی به‌منزله حقی که لازمه کرامت انسانی است و متعلق به همه‌بشریت، قلمداد شد.

تأمین اجتماعی از دنیای سنت تا دنیای مدرن برای «حق‌شدن»، راه پر پیچ‌وخمی را پیموده است.[1] به‌رسمیت‌شناختن حقوق تأمین اجتماعی به مفهوم اجرای کامل و فعلیت این حقوق نیست و آنچه در اسناد بین‌المللی به‌عنوان حق افراد و تکلیف دولت آمده است زمانی در عمل قابل تحقق خواهد بود که وارد حقوق داخلی کشورها شده و تضمین‌های قضایی لازم برای آن اتخاذ شود. به‌عنوان مثال، زمانی که نهاد تأمین اجتماعی، تقاضای افراد را بر مبنی بر دریافت مزایا رد کند یا زمانی که مزایای ارائه‌شده، پاسخ‌گوی نیاز افراد نباشد در این خصوص با امعان‌نظر به اصل حاکمیت قانون، باید سازوکارهای لازم به‌منظور احقاق حقوق افراد در مقابل تصمیمات و اقدامات نهاد تأمین اجتماعی پیش‌بینی شود. به‌عبارت‌دیگر ، افراد باید از حمایت قضایی لازم برخوردار شوند. سخن‌گفتن از حقوق تأمین اجتماعی بدون بررسی این تضمین‌ها نیز همانند گفتگو از حقوق طبیعی است که اعطای آن، بیش از آنکه تکلیف قانونی باشد، تعهد وجدانی است و از سوی دیگر، تداوم حیات یک جامعه مدنی پیشرفته، مستلزم نگرش اجتماعی و مسئولانهٔ کلیه اقشار جامعه به ضرورت برقراری امنیت، ایجاد آرامش، امید

۱ . مالجو، محمد؛ «حقوق شهروندی و تأمین اجتماعی»، فصلنامه تأمین اجتماعی، سال اول، شماره اول، تابستان، ۱۳۷۸، ص. ۲۹.

به آینده و تأمین معاش مادی کافی برای همه افراد است و دولت یا حاکمیت سیاسی به این سه ضرورت، مأخوذ، مسئول و مبعوث است.

همواره این امکان وجود دارد که تصمیمات نهاد تأمین اجتماعی مورد اعتراض ذی‌نفعان قرار گیرد. بنابراین با توجه به اصل حاکمیت قانون و اصل مسئولیت و پاسخ‌گویی، متصدیان امور باید سازوکارهای لازم به‌منظور احقاق حقوق افراد در مقابل تصمیمات و اقدامات نهاد تأمین اجتماعی را پیش‌بینی کنند زیرا حاکمیت قانون وقتی محقق می‌شود که افراد بتوانند زمانی که دستگاه‌ها برخلاف قانون عمل می‌کنند به مراجع بی‌طرف رجوع و احقاق حق کنند. لذا ملازمه حاکمیت قانون، وجود مراجع و دادگاه‌هایی است که بتوانند به دعاوی مردم در زمینه اداری رسیدگی کنند. تأمین اجتماعی از مسائل مربوط به حوزه عمومی است. لاجرم شیوه‌های دادرسی و قواعد شکلی رسیدگی به دعاوی و حل اختلاف در حوزه حقوق عمومی، متناسب با ماهیت حوزه حقوق عمومی نیز به نحوه ویژه‌ای تدوین شده است. اصولاً بدون حق مراجعه به دادگاه برای برآورده‌ساختن حقوق تأمین اجتماعی، حق بر تأمین اجتماعی معنا و مفهوم نخواهد داشت. بسیاری از نویسندگان بر این باورند که حقوق اقتصادی و اجتماعی(حقوق نسل دوم) ازجمله تأمین اجتماعی به دلیل ماهیت خود، قابل دادخواهی نیستند یعنی قابلیت مورد استناد قرارگرفتن در دادگاه‌های حقوقی و قابلیت اعمال به وسیله قضات را ندارند. برخی نویسندگان، موضع عدم قابلیت شکایت از این حقوق را به ویژگی سیاسی مبتنی بر معاهدات موجود در حوزه حقوق اقتصادی و اجتماعی نسبت داده‌اند. برخی نیز اعتقاد دارند که حق تأمین اجتماعی خصوصاً در حوزه حمایتی آن، قابل دادخوهی نیست و هنوز فرهنگ طرح دعوا در این حوزه ایجاد نشده است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حقوق رفاهی به‌صورت حق‌های قوی شناخته شده است و از طرفی از درآمدهای غیرمالیاتی نیز بهره‌مند است لذا می‌توان برا ی حقوق رفاهی ازجمله حق بر تأمین اجتماعی، سازوکار دادرسی قائل شد. بنابراین برای استیفای حق بر تأمین اجتماعی، دادرسی مربوط به آن نیز باید مشخص باشد. ازاین‌رو این پژوهش، تحت عنوان «قابلیت دادرسی حق بر تأمین اجتماعی»، دادرسی حوزه حقوق عمومی یا به تعبیر دیگر، دادرسی‌های اداری را مطالعه تطبیقی می‌نماید.

ازآنجاکه در انگلستان مانند ایران، دادگاه‌های دادگستری و دیوان عدالت اداری که مهم‌ترین مرجع رسیدگی به دعاوی تأمین اجتماعی محسوب می‌شود، زیر نظر رئیس قوه قضائیه بوده و این کشور، جزو کشورهای کامن-لا محسوب شده که اهمیت رویه

قضایی و آرای محاکم در این کشورها بیش از کشورهای حقوق نوشته است، از طرفی نظام کنونی تأمین اجتماعی انگلستان در حد وسیعی افراد جامعه را اعم از شاغلین، کارگران و کارفرمایان و غیرشاغلین، بیوه‌گان، زنان خانه‌دار و معلولین را تحت پوشش قرارمی دهد و همچنین در انگلستان برنامه‌های تأمین اجتماعی شامل همه آحاد جامعه است و صرف‌نظر از یک مستمری نسبتاً کم که به همگان تعلق می‌گیرد، در هر مورد خاص نیز مزایایی دیگر به افراد تعلق می‌گیرد و حتی ممکن است شخص به جهت تطبیق وضعیت بتواند از چندین امتیاز بهره بگیرد، در این کشور، اصل الزام قانونی دولت در برآوردن نیازهای رفاهی مردم پذیرفته شده است و نسبت به آن، کمتر ابراز تردید می‌شود. ازاین‌رو در این مقاله، نظام دادرسی حقوق تأمین اجتماعی ایران که کاستی‌هایی دارد با نظام دادرسی انگلستان تطبیق داده شده است تا کاستی‌های نظام حقوقی ایران مشخص و نحوه رسیدگی عملی به دعاوی تأمین اجتماعی نیز آسیب‌شناسی شود. مطالعه رویه قضایی در ایران به آرای صادره از سوی دیوان عدالت اداری ایران(مهم‌ترین مرجع دادرسی در زمینه تأمین اجتماعی)، نشانگر آن است که دیوان، کمتر به اصول حقوقی به‌ویژه اصول حاکم بر تأمین اجتماعی ازجمله برابری، فراگیری و جامعیت توجه نموده است باعث صدور آرای نادرست از سوی دیوان شده است و بسیاری از تفاسیری که در آرای دیوان صادر شده با اصول حقوقی سازگار نیست. این اصول در تفسیر شماره ۱۹ که کمیته از ماده ۹ میثاق نموده است مورد تأکید قرار گرفته است. علی‌رغم پذیرش ماده ۹ میثاق توسط ایران، به دلایل ذیل، آنچه این سند حقوق بشری در پی آن است، در ایران مصداق ندارد؛الف- سیاست‌های تعدیل ساختاری نباید مانع این حق شود. این در حالی است که برنامه‌های توسعه ایران در جهت عکس این قضیه است. ب- عناصر اساسی حق بر تأمین اجتماعی عبارت‌اند از: قابلیت استفاده، کفایت و قابلیت دسترسی(دربرگیری- فراگیری، قابلیت تأمین، اطلاعات و مشارکت)، اما نتایج پژوهش‌ها، عدم دستیابی کامل به این اصول را در ایران نشان می‌دهد.ج- نظام تأمین اجتماعی مبتنی بر دو راهبرد است؛ مشارکتی(نظام بیمه‌ای) و غیر مشارکتی (نظام حمایتی). این در حالی است که هیچ قانونی در ایران به‌صورت دقیق و شفاف، نحوه قرارگرفتن در پوشش‌های حمایتی و میزان و نوع کمک‌ها را مشخص نکرده است.د- در هر کشوری دسترسی به سازوکارهای جبران خسارت باید میسر باشد. متأسفانه راه‌های جبران خسارت در مورد مساعدت‌های اجتماعی در ایران وجود ندارد. ازاین‌رو نظام دادرسی حقوق تأمین اجتماعی ایران که دارای کاستی‌هایی است با نظام دادرسی انگلستان تطبیق داده شده است تا کاستی‌های نظام حقوقی

ایران، مشخص و نحوه رسیدگی عملی به دعاوی تأمین اجتماعی نیز آسیب‌شناسی شود.

۱. مفهوم تأمین اجتماعی

اتحادیه بین‌المللی تأمین اجتماعی را این‌چنین تعریف کرده است. «تأمین اجتماعی عبارت است از مجموعه کوشش‌ها و فعالیت‌های برخی از سازمان‌ها و مؤسسات اجتماعی به‌منظور رسیدن به رفاه اجتماعی». در مقاوله‌نامه شماره ۱۰۲ دفتر بین‌المللی کار آمده است: «تأمین اجتماعی به‌منزله حمایتی است که جامعه در قبال پریشانی‌های اجتماعی و اقتصادی ناشی از قطع یا کاهش شدید درآمد افراد به علت بیماری، بارداری، حوادث و بیماری ناشی از کار، بیکاری، ازکارافتادگی، سالمندی، فوت و همچنین ناشی از افزایش هزینه‌های درمان و نگهداری خانواده به اعضای خود ارائه می دهد».

تأمین اجتماعی حوزه‌ای از خدمات رفاه اجتماعی است که با حمایت اجتماعی در مقابل شرایط مشخص اجتماعی شامل فقر، سن پیری، ناتوانی، بیکاری، خانواده‌های دارای فرزند و نظایر آن مرتبط است. از بُعد تطبیقی تعریف مضیق‌تری از واژه تأمین اجتماعی در انگلستان به عمل آمده است و برای مثال در مجموعه مقررات شماره ۱۴۰۸ مصوب ۱۹۷۱ راجع به کارگران مهاجر، تنها به شاخه‌های کلاسیکی از تأمین اجتماعی که بیشتر جنبه تأمین بیمه‌ای دارند محدود شده است.[۱]

تأمین اجتماعی با رفاه اجتماعی نیز در ارتباط است. نظریه رفاه اجتماعی در واقع بیانگر جزئی از ساختار دولت است که خط‌مشی خاصی را در زمینه رفاه اجتماعی دنبال می‌کند.[۲]

تأمین اجتماعی به معنای برقراری نظامی پایدار و فراگیر است که در متن اقتصاد جامعه و سیاست، سازوکارهای خود را می‌یابد تا به‌موجب آن، به هیچ عذر و بهانه‌ای بتواند به یک حق انسانی پاسخ دهد و آن نیز حق برخورداری همگانی از امکانات معیشتی و سکونتی و فرهنگی متناسب با شأن انسانی است. این حق، نه لطف است از طرف دولت و نه می‌تواند در چارچوب درخواست‌های فردی برای بیشترین امکانات و تعریف نیازهای خودخواهانه تضمین شود.[۳]

---

1 . Harris, Nevill; Social Security Law in Context, Oxford University Press, 1999, p. 4.

2 . Ibid. , p. 15.

۳. فیض‌زاده، علی و سعید مدنی قهفرخی؛ بررسی مفهوم رفاه و تأمین اجتماعی در ایران و جهان، مؤسسه پژوهشی تأمین اجتماعی، ۱۳۷۹، ص. ۶۴.

۲. ماهیت حق تأمین اجتماعی: حق بر یا حق از

حق برخورداری انسان از امکانات زندگی بر این مبناست که با وجود تأکید بر استقلال فردی و حق آزادی افراد در حاکمیت بر امور خویش، نیازهای انسان بسیار فراوان است و هیچ‌کس به‌تنهایی نمی‌تواند آن را برآورده کند. حکومت‌ها در واقع مقام مسئول تأمین این نیازها هستند. استحقاق افراد به تأمین این نیازها، اصطلاحاً «حق-مطالبات» نامیده می‌شود. با این فرض، مداخله حکومت، به نمایندگی از طرف جامعه، ضروری است. حق بر تأمین معاش، حق بر سلامت، حق بر آموزش، حق بر امکانات آموزشی و حق بر تأمین اجتماعی ازجمله این حقوق به شمار می‌رود. حق بر تأمین اجتماعی، در واقع زیرمجموعه «حق- مطالبات» است اما نمی‌توان برای دستیابی هرچه بیشتر به این حقوق، از حق بر حیات، حق بر دادخواهی، حق بر اجتماعات و دیگر حقوق زیرمجموعه حقوق موصوف به «آزادی- استقلال» صرف‌نظر کرد.

حق‌های رفاهی که حق بر تأمین اجتماعی را نیز شامل می‌شود، گاه با مداخله حمایتی دولت محقق می‌شود و گاه با عدم مداخله تحدیدی دولت تضمین می‌شود. البته باید اذعان کرد که وجه غالب در حق‌های رفاهی همانا وجه مطلوبیت مداخله حمایتی دولت است. ازاین‌رو حق بر تأمین اجتماعی به‌عنوان مصادیق بارز حق‌های مثبت ارزیابی می‌شود. البته واضح است که تحلیل حق‌های رفاهی به‌عنوان مصادیق حق‌های مثبت، تنها در چارچوب نظری حق – ادعا قابل تفسیر است. نتیجه چنین تحلیلی این خواهد بود که حق‌های رفاهی مانند حق بر تأمین اجتماعی، مطالبات و ادعاهای حقوقی تضمین‌شده‌ای بر ضد دولت خواهد بود زیرا متعهد اصلی در تمام حق‌های بشری، دولت است.[۱]

کمیته بررسی می‌کند که آیا دول عضو، به وظایفشان در رابطه با حق بر تأمین اجتماعی، شامل الزام و تعهد به رعایت، حمایت، اجرای حداقل استانداردهای ضروری عمل نموده‌اند و آیا دولت عضو، ظرفیت و توانایی لازم برای اقدام در راستای تحقق کامل حق بر تأمین اجتماعی را دارد یا خیر؟

باید اشاره شود که در هر ارزیابی درباره اینکه آیا یک دولت به تعهدات عمده خود عمل نموده یا نه، محدودیت منابع در کشور نیز باید مدنظر قرارگیرد. ماده ۲ (۱) هر دولت را به اتخاذ اقدام با حداکثر منابع در دسترس فرامی‌خواند. هر دولت باید نشان دهد که

۱. قاری سید فاطمی، سید محمد؛ حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر دوم، جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها، نشر شهر دانش، ۱۳۸۸، صص. ۲۵۶-۲۵۴.

همه تلاش‌ها را برای به‌کارگیری همه منابع در اختیارش به‌کارگرفته است. ضمناً درتفسیری که میثاق حقوق اقتصادی اجتماعی از «حق بر تأمین اجتماعی» ارایه کرده است نکات ذیل مشهود است:

۲-۱. الزامات دولت‌های عضو

الف. الزام عام حقوقی

دول عضو، الزام فوری در ارتباط با حق بر تأمین اجتماعی دارند. کمیته تصریح می‌کند که تحقق حق بر تأمین اجتماعی به‌طور معمول، پیامدهای مالی مهمی را برای دول عضو در بردارد، اما توجه می‌کند که اهمیت محوری تأمین اجتماعی برای کرامت انسانی و به‌رسمیت‌شناختن این حق توسط دولت‌های عضو، به این معناست که به این حق باید اولویتی عمده در قانون و سیاست داده شود. مثلاً در تخصیص مالیاتی و دیگر منابع یا همکاری بین‌المللی و فنی.

ب. الزام خاص حقوقی

الزام به رعایت: دولت‌های عضو را ملزم به منع دخالت مستقیم و غیرمستقیم در حق بر تأمین اجتماعی می‌کند. این الزام به‌ویژه شامل منع دخالت در رویه یا فعالیتی است که دسترسی برابر به تأمین اجتماعی کافی را منع یا محدود می‌کند.

الزام به حمایت: دولت‌های عضو را ملزم به جلوگیری و منع طرف‌های سوم از هرگونه دخالت در استفاده از این حق می‌کند. طرف‌های سوم شامل افراد، گروه‌ها و شرکت‌ها و سایر موجودیت‌ها و نیز نهادهای تحت اختیار دولت‌هاست. این الزام به‌ویژه شامل اتخاذ اقدامات قانونی، مؤثر و ضروری برای جلوگیری از انکار حق بر تأمین اجتماعی توسط دیگر گروه‌ها است.

تعهد و الزام به انجام: کمیته دول عضو را ملزم به اتخاذ اقداماتی ضروری می‌کند، مانند تحقق و اجرای برنامه‌های تأمین اجتماعی که مستقیماً در راستای تحقق حق بر تأمین اجتماعی است.

۲-۲. تعهدات اصلی دولت‌ها

الف: تضمین دسترسی به حداقل سطح ضروری تأمین اجتماعی که همان به‌دست‌آوردن آب، بهداشت، غذا و مراقبت‌های بهداشتی و سرپناه و مسکن و اولیه‌ترین اشکال آموزش است.

ب: تضمین دسترسی به نظام تأمین اجتماعی بر مبنای غیرتبعیض‌آمیز، خصوصاً برای اقشار محروم و حاشیه‌ای.

ج: اتخاذ و اجرای راهبرد تأمین اجتماعی ملی و برنامه اقدام، که باید شاخص‌های اساسی حق بر تأمین اجتماعی در آن درج شود.

۲-۳. نقض حق بر تأمین اجتماعی

الف: دولتی که تمایلی به استفاده از حداکثر منابع برای تحقق این حق ندارد.

ب: قوانین و راهبردهایی که در هر کشور تصویب می‌شود مطابق با تعهدات مربوط به این حق نباشد.

ج: در هر کشوری باید دسترسی به سازوکارهای جبران خسارت، میسر باشد.

د: جایی‌که برنامه‌های تأمین اجتماعی مشارکتی یا عدم مشارکتی، توسط گروه‌های سومی کنترل یا عمل می‌شود، دول عضو، مسئولیت اداره نظام تأمین اجتماعی ملی و تضمین این مسئله را دارند که بازیگران خصوصی از تأمین اجتماعی برابر، کافی، قابل تأمین و دسترس جلوگیری نکنند. برای جلوگیری از این سوءاستفاده‌ها باید نظامی قاعده‌مند و مؤثر ایجاد شود که شامل نظارت مؤثر، مشارکت عضوی حقیقی و وضع مجازات برای عدم اطاعت باشد.

۲-۴. سیاست‌های تعدیل ساختاری نباید مانع این حق شود

با توجه به اینکه کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ملزم به کنترل دولت‌های متعهد به میثاق است، بررسی‌های انجام‌شده نشان می‌دهد که کمیته به نکات ذیل که بسیار مهم است توجه شایانی نداشته است:

الف- فقدان هرگونه سنجش مرتب و قاعده‌مند برای تعیین میزان خط فقر، مقایسه بین دولت‌ها را نامناسب و نادرست کرده و به‌طور مشخص، عملاً به دلیل اینکه انتخاب روش سنجش خط فقر به‌طور آزادانه توسط دولت‌ها انتخاب می‌شود، نهادی همانند کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را که موظف به بررسی مطلوبیت تأمین اجتماعی در کشورهای متعهد به میثاق است، دچار چالش می‌کند.

ب- معمولاً نهادهای قضایی داخلی همکاری بسیار کمی با کمیته دارند. فقدان همکاری سبب شده است که کمیته برای سنجش منابع اختصاص‌یافته از طرف دولت برای بهبود حق بر تأمین اجتماعی، دچار سردرگمی شود.

ج- کمیته معمولاً دولت‌ها را بابت هدایت منابع به سمت آن‌هایی که زندگی‌شان درست روی خط فقر است، تشویق می‌کند. این درحالی است که کمیته به‌ندرت دولت‌ها را به سوق‌دادن منابع به سمت آن‌هایی که زیر خط فقر هستند تشویق می‌کند.
د-کمیته لازم است تأکید کند که سطح مزایا در بیمه‌های اجتماعی باید به‌گونه‌ای باشد که افراد برای تأمین نیازهای اولیه خود، مجبور به استفاده از مساعدت‌های اجتماعی نشوند. بدین منظور،کمیته باید درخواست سطح مزایای تأمین اجتماعی(بیمه‌های اجتماعی) به‌عنوان درصدی از درآمد حداقلی را مدنظر بگیرد.

۳. حق بر تأمین اجتماعی؛ حق بشری یا حق شهروندی

برای افرادی که طرفدار حقوق رفاهی ازجمله تأمین اجتماعی هستند دو راه گزینش وجود دارد. یکی اینکه ایده حق بر تأمین اجتماعی، به‌عنوان حقی بشری را کنار بگذارند و بر این اصرار ورزند که حق بر تأمین اجتماعی، حقی است که افراد به‌عنوان شهروندان جوامع خاص دارند. روش دیگر این است که فوراً حقوق رفاهی بشر را مطرح کرده، حق بر تأمین اجتماعی را حقی بشری بدانند و این مفهومِ عموماً پذیرفته‌شده را به چالش بکشند که جوامع، حق مالکیت انحصاری بر منابعی را دارند که درون سرزمین آن‌ها قرار دارد. البته لزومی ندارد که حق بر تأمین اجتماعی، منحصراً یک حق بشری یا حقوق شهروندی دانسته شود. به نظر می‌رسد همه انسان‌ها بما هوانسان، حق بر حداقل معینی از رفاه مادی را دارند اما به‌عنوان شهروند خاص، می‌توانند حق بر تأمین اجتماعی بیشتری را که فراتر از آن حداقل جهان‌شمول است داشته باشند. طرفداران حقوق رفاهی بشری به‌طور کلی این را پذیرفته‌اند که درست است که مرزها برخی ملاحظات و ضرورت‌ها را دارد اما معتقدند که هنوز حداقلی از رفاه مادی وجود داردکه همه انسان‌ها بدون ارجاع به آن مرزها بر آن محق هستند.[۱]

۴. دادرسی حق بر تأمین اجتماعی

همواره این امکان وجود دارد که تصمیمات نهاد تأمین اجتماعی مورد اعتراض ذی-نفعان قرار گیرد. بنابراین با توجه به اصل حاکمیت قانون و اصل مسئولیت و پاسخ‌گویی، متصدیان امور باید سازوکارهای لازم به‌منظور احقاق حقوق افراد در مقابل تصمیمات و اقدامات نهاد تأمین اجتماعی را پیش‌بینی کنند زیرا حاکمیت قانون وقتی محقق می‌شود که افراد بتوانند زمانی که دستگاه‌ها برخلاف قانون عمل می‌کنند به

۱ . امیرارجمند، اردشیر و مجتبی همتی؛ «حقوق رفاه اجتماعی و اشکال کنترل قضایی»، راهبرد، شماره ۵۰، سال هجدهم، بهار ۱۳۸۸، ص. ۷۰.

مراجع بی‌طرف رجوع و احقاق‌حق کنند. لذا ملازم حاکمیت قانون، وجود مراجع و دادگاه‌هایی است که بتوانند به دعاوی مردم در زمینه اداری رسیدگی کنند. آگاهی فزاینده‌ای در نظام قانون اساسی کل جهان پدید آمده که دیگر برای یک دولت، خودداری از دخالت در حقوق فردی کفایت نمی‌کند. دولت‌ها با توجه به افزایش قدرت واقعی‌شان در حیات اجتماعی، به میزان قابل‌ملاحظه‌ای مسئولیت تأمین و تضمین رفاه شهروندانشان را عهده‌دار شدند. از منظر حقوقی، این گرایش در دکترین ناظر بر اهمیت بالسویه حقوق مدنی و سیاسی از یک طرف و حقوق اقتصادی و اجتماعی از طرف دیگر منعکس شده است. با وجود این، هیچ موافقت‌نامه‌ای که در پرتو آن، راهکارها و ابزارهایی برای تضمین و تحقق حقوق اقتصادی و اجتماعی مقرر شده باشد وجود ندارد و هیچ‌کس نمی‌تواند منکر شود که حقوق نسل دوم در مقایسه با حقوق سنتی نسل اول، غیرمنسجم‌تر و ناهماهنگ‌تر است. به همین دلیل برخی از دولت‌ها از تضمین آن‌ها در سطح قانون اساسی خودداری ورزیده‌اند. شاید ایالات متحده آمریکا تنها دولتی باشد که قاطعانه حقوق اقتصادی و اجتماعی را به‌عنوان حقوق ملحوظ در قانون اساسی رد کرده، درحالی‌که چنین امتیازاتی را بدون هیچ گونه تردیدی در سطح قوانین عادی مورد توجه قرار داده است.[1]

اعتقاد بر این است که قوانین اساسی نباید به شناسایی حقوق اجتماعی و رفاهی بپردازد به این دلیل که دادگاه‌ها باید آن‌ها را اعمال کنند و این امر به دلیل داشتن هزینه‌های بیشتر نسبت به حقوق نسل اول مستلزم تحمیل بودجه‌های هنگفت به دولت است. بنابراین قابلیت استناد در دادگاه‌ها وجود ندارد. تضمین مؤثر این حقوق مصرح در قانون اساسی مستلزم افزایش مالیات‌بندی و هدایت آنان به سمت اقشار آسیب‌پذیر جامعه است اما دادگاه‌ها که فاقد قدرت قانونگذاری هستند و الزام آن‌ها به اعمال این حقوق باعث می‌شود که تضمینات قوه مقننه را به مقیاس وسیع تغییر دهند و اصل تفکیک قوا را مخدوش سازند.[2]

دولت‌ها در راستای اعمال حقوق مقرر در قانون اساسی و اسناد حقوق بشر بین‌الملل باید به تصویب قوانین و مقررات مناسب بپردازند. سه راه عمده برای شناسایی این حقوق در قوانین اساسی ذکر می‌شود: نخست شمارش آنان بدون قابلیت اعمال از سوی دادگاه‌ها که معمولاً در مقدمه و اعلامیه قانون اساسی ذکر می‌شود و به حقوق اعلامی

۱ . تاموشات، کریستیان؛ حقوق بشر، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، میزان، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۸.

2 . Tushnet, Mark; Social Welfare Rights and Forms of Judicial Review, Texas Law Review, 2004, p. 1895.

معروف هستند. این حقوق غیرقضایی را می‌توان برای تفسیر قوانین مبهم یا تفاسیری که منطق بر اصول پذیرفته‌شده استوار نیستند به کار بست. دوم حقوق ماهوی ضعیف هستند که بنابر آن دادگاه‌ها اجازه مداخله را در صورت نقض آشکار قانون اساسی و فاصله‌گرفتن قوه مقننه از اصول آن را دارند. پس این حقوق برخلاف حقوق غیرقضایی از اعمال توسط دادگاه‌ها مصون نیستند و سرانجام راه دیگر شناسایی این حقوق در قوانین اساسی و قابل‌اجرادانستن آن‌ها به اندازه حقوق مدنی و سیاسی است که با عنوان حقوق ماهوی قوی یاد می‌شوند. دادگاه‌ها به‌طور کامل این حقوق را اعمال می‌کنند حتی در صورت قصور قوه مقننه در تصویب قوانین ارگانیک مرتبط با قانون اساسی. اشکالی که می‌توان به این تقسیم‌بندی وارد دانست این است که چگونه می‌توان حقوقی را تصور کرد که قابلیت اجرا نداشته باشد و آیا قابلیت اجرا همان جبران خسارت وارده از عدم اعمال این حقوق است؟ به نظر می‌رسد که جبران خسارت، هر چندآنی نباشد باز هم می‌تواند به تکمیل فرایند دموکراسی و برابری شهروندی کمک کند. در این راستا در ذیل قابلیت دادرسی حق بر تأمین اجتماعی را در اسناد حقوق بشری و دو نظام حقوقی ایران و انگلیس بررسی می‌کنیم.

۴-۱. دادرسی حق بر تأمین اجتماعی در اسناد حقوق بشری

الف.کنوانسیون اروپایی حقوق بشر

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، مربوط به حقوق مدنی وسیاسی، یعنی حقوقی از نوع حق آزادی‌ها است. در ذیل، تجربه موفق کاربرد این کنوانسیون در ارتقای هرچه بیشتر مطالبات تأمین اجتماعی، در دیوان اروپایی حقوق بشر بررسی می‌شود.

در پاسخ به کشتارها و فجایع انسانی جنگ جهانی دوم، دولت‌های اروپایی لزوم ایجاد یک سامانه منطقه‌ای برای حمایت از حقوق بشر را مورد تأیید قرار دادند و پس از تأسیس شورای اروپا در ۱۹۴۹، اعضای این شورا از دولت‌ها خواستند که در حفظ و توسعه حقوق بشر بکوشند. در این راستا شورای اروپا، کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی معروف به «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» را تنظیم کردند. این سند در سپتامبر ۱۹۵۳ قدرت اجرایی پیدا کرد. در مقاوله‌نامه اروپایی حقوق بشر، سه نهاد، مسئولیت نظارت بر اجرای تعهدات دولت‌های متعاهد را دارند: کمیسیون اروپایی حقوق بشر، کمیته وزیران شورای اروپا، دیوان اروپایی حقوق بشر.

از زمان تصویب، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۳ پروتکل به آن اضافه شده است. کنوانسیون و پروتکل‌های الحاقی به آن، مرکب از حقوق مدنی و سیاسی است و شامل

حق بر تأمین اجتماعی نمی‌شود. اما بعدها کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، به حق بیمه(عواید نقدی) تحت بیمه‌های اجتماعی مقرر و برنامه‌های همیاری اجتماعی، توجه خاصی مبذول داشته است. در حال حاضر، بیش از ۲۰ سال است که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر برای حل منازعات و اختلافات در زمینه تأمین اجتماعی مورد استفاده قرار گرفته است.[1]

با وجود اینکه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در مورد حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین مربوط به آن است و شامل حق بر تأمین اجتماعی نیست، به دلیل تأثیر فراگیر کنوانسیون بر دولت‌های عضو و سازوکارهای اجرایی قوی آن، از ابتدا افراد در مقابل کمیسیون اروپایی حقوق بشر و دیوان اروپایی حقوق بشر، اقامه دعوا می‌کردند. با وجود اینکه ماده خاصی به مقوله تأمین اجتماعی اختصاص داده نشده بود، زمانی که شکایات در مورد موضوعات تأمین اجتماعی مطرح می‌شود به حقوق مختلفی که توسط کنوانسیون تصریح شده، استناد می‌کنند. اغلب آن‌ها، ماده ۲ (حق حیات) ماده ۳ (منع شکنجه) ماد ۴ (منع برده‌داری و کار اجباری) ماده ۶ (حق بر محاکمه منصفانه) ماده ۸ (حق بر احترام به زندگی خصوصی و خانواده‌گی) ماده ۹ (آزادی اندیشه، عقیده و مذهب) را مورد استناد قرار می‌دهند. ماده ۱ اولین پروتکل کنوانسیون در مورد حفاظت اموال ماده ۴ همین پروتکل (حق بر عدم محاکمه و مجازات در رویه‌های کیفری که برای آن جرم، قبلاً فرد دیگری محاکمه و تبرئه شده است) همه این مواد به‌تنهایی یا به همراه ماده ۱۴ (منع تبعیض) مورد استفاده قرار گرفته است.[2] از میان این مواد، دو مادهٔ حق بر دادگاه منصفانه (ماده ۶(۱)) و حمایت از اموال (ماده ۱ اولین پروتکل کنوانسیون) به‌عنوان قواعد کلی و قابل کاربرد در حوزه مبحث تأمین اجتماعی یاد می‌شود و برعکس، حمایت از حیات خانوادگی (ماده ۸) در حوزه مبحث تأمین اجتماعی، تنها در زمینه‌های خاصی از موضوعات تأمین اجتماعی قابل کاربرد است یا تنها در ارتباط با اقشار ذی‌نفع قابل طرح است.

در ادامه چند ماده که در رویه‌های قضایی بسیار مورد استفاده قرار گرفته است بررسی می‌شود.

1 . Kapuy, Klaus; Social Security and European Convention on Human Rights, European Journal of Social Security, Vol. 9, No. 3, 2007 , p. 221.
2 . Ibid, p. 22.

۱) حق بر محاکمه منصفانه

ماده ۶ کنوانسیون می‌گوید: «در تعیین حقوق و تکالیف یا هر مسئولیت کیفری در مقابل فرد، هر فرد، حق دادرسی علنی و منصفانه را در چارچوب زمان معقول توسط یک دادگاه بی‌طرف و مستقل که توسط قانون مقرر شده دارد. رأی باید به‌طور عمومی منتشر شود اما نشریات و رسانه‌ها به دلیل اخلاقیات، نظم عمومی یا امنیت ملی در جامعه دموکراتیک یا جایی که مصلحت یا حمایت از زندگی خصوصی افراد بسیار ضروری است، می‌توانند از همه یا بخشی از روند محاکمه مستثنی شوند».[1]

در اوائل دهه۱۹۹۰، زمانی که قضات استراسبورگ قرار بود پیرامون کاربرد ماده ۶ در دادرسی‌های مرتبط با عواید مساعدت‌های اجتماعی تصمیم بگیرند، پرونده‌ای مطرح شد که در آن، شخصی علیه دولت ایتالیا به دلیل عدم پرداخت فوق‌العاده ماهیانه ناشی از ناتوانی که باید از سوی دپارتمان رفاه اجتماعی به وی اعطا می‌شد، شکایت کرده بود. زمان صدور رأی نهایی دادگاه ۶ سال طول کشید. هم کمیسیون و هم دیوان معتقد بودند که ماده ۶ (۱) در پرونده وی قابل کارکرد است. دیوان تا بدانجا پیش رفت که اظهار داشت گرچه تفاوت‌هایی میان همیاری (مساعدت) اجتماعی و بیمه اجتماعی وجود دارد، این تفاوت‌ها نمی‌تواند در مرحله کنونی توسعه حق بر تأمین اجتماعی، حیاتی و بنیادین تلقی شود. در اواسط دهه ۹۰ دیوان این مسئله را که ماده ۶ (۱) در زمینه بیمه و همیاری اجتماعی نیز به کار گرفته شود به‌عنوان قاعده عام تلقی کرد.[2]

۲) حق مالکیت

ماده ۱ اولین پروتکل کنوانسیون اظهار می‌دارد: «هر فرد حقیقی یا حقوقی حق بهره‌مندی صلح‌آمیز از اموالش را دارد. هیچ‌کس نباید او را از اموالش محروم کند، به‌جز در موارد منافع عمومی و شرایط که توسط قانون و همچنین اصول کلی حقوق بین‌الملل مقرر شده است».

از ابتدای دهه ۱۹۶۰ این سؤال جدی مطرح شد که پرداخت اجباری حق بیمه به برنامه‌های تأمین اجتماعی، محاسبه نادرست عواید تأمین اجتماعی ازدست‌دادن یا کاهش عواید به دلیل تغییرات در شرایط برخورداری و ... چگونه قابل پیگیری است. در موضوعات تأمین اجتماعی، به دو شیوه به مفهوم مالکیت پرداخته می‌شود:

1 . Ibid, p. 21.
2 . Ibid, p. 22.

۱- با ملاحظه الزام به پرداخت حق بیمه به برنامه‌های تأمین اجتماعی به‌مثابه مداخله در حق بهره‌مندی صلح‌آمیز از مالکیت.

۲- با رعایت موقعیت حقوقی افراد در قوانین تأمین اجتماعی به‌مثابه مالکیت و مداخله‌ای به‌عنوان نقض حق مالکیت.

با توجه به قسمت دوم ماده ذکرشده، به‌صراحت حق یک دولت در اجرای قانونی که برای تأمین پرداخت مالیات و حق بیمه ضروری است، محفوظ است. ازاین‌رو وضع حق بیمه تأمین اجتماعی، اساساً مطابق با ماده ذکرشده است، به شرط آنکه اقدام بر مبنای قانون و متناسب باشد، یعنی میزان حق بیمه متناسب با سطح درآمد باشد.

۳) حق احترام به زندگی شخصی و خانوادگی

ماده ۸ می‌گوید: «هر فرد، حق احترام به زندگی خانوادگی و شخصی، خانه و مکاتباتش را دارد. هیچ دخالتی توسط مراجع دولتی در اجرای این حق نباید وجود داشته باشد به‌جز موارد مطابق با قانون و در مواردی که در راستای امنیت ملی، امنیت عمومی یا رفاه اقتصادی جامعه دموکراتیک، حمایت و حفاظت از سلامت و اخلاقیات یا حفاظت از حقوق و آزادی‌های دیگران ضروری باشد.[1] زمانی که افراد با کاهش درآمد یا ازدست‌دادن عواید تأمین اجتماعی روبه‌رو می‌شوند، در مقابل نهادهای نظارتی در استراسبورگ با توجه به اینکه حق بر محاکمه منصفانه دارند و با توجه به همین ماده، به نقض حقوق خود در مورد احترام به زنگ شخصی و خانوادگی متوسل می‌شوند. به‌عنوان نمونه در سال ۱۹۸۶در کشور سوئد، دولت از ارایه نقدی عواید همکاری اجتماعی به زن و شوهری که دارای ۲ فرزند بودند خودداری کرد و در عوض، مرکزی برای نگهداری کودکانشان به آن‌ها معرفی شد تا مادر آن‌ها بتواند به اشتغال خود توجه کند. والدین این پیشنهاد را نپذیرفتند زیرا معتقد بودند که مادر دو فرزند مایل است در خانه بماند و خود از ۲ فرزندش مراقبت کند. کمیسیون پس از دریافت شکایت این والدین، به این مسئله توجه کرد که حق بر همکاری دولتی را به‌طور نقدی تضمین کرده است. در نتیجه دادگاه اعلام کرد که ارایه کمک‌های مالی به افراد (ازجمله شاکیان این پرونده) باید در راستای توانمندسازی والدین برای ماندن در خانه و نگهداری از فرزندان باشد.[2]

1 . Ibid.
2 . Ibid, p. 21.

۴) منع تبعیض: در ماده ۱۴ کنوانسیون آمده است: «بهره‌مندی از حقوق و آزادی‌های مندرج در این کنوانسیون باید بدون تبعیض جنسیتی، نژادی، رنگ، زبان، مذهب، دیدگاه‌های سیاسی، ملیت یا اصالت اجتماعی اعمال شود».[1]

ماده ۱۴ کنوانسیون در دادرسی‌ها به‌تنهایی مورد استناد قرار نمی‌گیرد. در واقع کاربرد این ماده زمانی است که واقعیات مورد مسئله در چارچوب حوزه یک یا مواد بیشتری از کنوانسیون قرار بگیرد. دیوان اروپایی حقوق بشر، در رویه قضایی خود مقرر نموده است که ماده ۱۴ زمانی مورد نقض قرار می‌گیرد که هیچ توجیه مستدل و عقلانی برای این نقض وجود نداشته باشد. یعنی اینکه اقدام صورت‌گرفته، هیچ هدف مشروعی نداشته یا اینکه ارتباط معقولی از جهت تناسب میان ابزارهای به‌کاررفته و هدف دنبال‌شده وجود نداشته باشد. به‌عنوان نمونه می‌توان به پرونده‌ای اشاره کرد که در آن نقض ماده ۱۴، با ماده ۸ که حمایت از زندگی خانوادگی است ترکیب می‌شود. در سال ۲۰۰۵ دولت آلمان، با خارجیانی که انواع مختلف اجازه اقامت‌های قانونی را داشتند در پرداخت عواید ویژه فرزندان به‌گونه‌ای متفاوت برخورد می‌کرد. بعد از شکایت‌هایی که در دیوان مطرح شد، دیوان اعلام کرد اجازه اقامت‌های مختلف که هرکدام به دلیل خاص صادر شده است نباید سبب توجیه تفاوت‌های رفتاری در زمینه عواید اجتماعی شود.[2]

۴-۲. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، یکی از اسناد مهم و تأثیرگذار بر مقوله حق بر تأمین اجتماعی است. این میثاق که بحث بر سر ضرورت یا عدم ضرورت شکل‌گیری آن (که ناشی از جدل‌های ایدئولوژیک و جنگ سرد میان دو قدرت بزرگ شوروی و آمریکا بود) بسیار بالا بود، در تعریف و برشمردن آنچه می‌توان آن را حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نامید، نقش تعیین‌کننده‌ای دارد. این میثاق ازاین‌رو که دولت‌ها را در برپایی این حقوق ملزم می‌داند، بسیار مهم است.

بند یک از ماده۲ میثاق مقرر می‌دارد که: «دولت های عضو میثاق باید به طرق مناسب از جمله تصویب قوانین لازم به‌طور انفرادی یا با کمک و همراهی بین‌المللی مخصوصا کمک‌های فنی و اقتصادی در جهت استفاده از حداکثر منابع قابل حصول خود برای دستیابی تدریجی به تحقق کامل حقوق مندرج در میثاق گام بردارند» زیرا اجرای حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی اغلب نیاز به تأمین منابع و امکانات و گاه همکاری

1 . Ibid, p. 22.
2 . Ibid, p. 227.

بین‌المللی و تصویب قانون دارد. لذا پیش‌بینی شده که به‌تدریج کوشش برای اجرای آن‌ها باید صورت گیرد ولی دو چیز باید فوراً اجرا شود: یکی تضمین این امر که حقوق مندرج در این میثاق بدون تبعیض اجرا خواهد شد و دیگری تعهد به برداشتن گام‌هایی برای اجرای این حقوق. در بعضی موارد، خود میثاق رهنمود داده است که چگونه دولت‌های عضو، گام‌های تدریجی در اجرای مواد میثاق بردارند.[1]

میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اعلام می‌دارد که کشورهای طرف این میثاق، حق هر شخص به تأمین اجتماعی را ازجمله بیمه‌های اجتماعی به رسمیت می‌شناسند. کمیته‌ای با عنوان کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تشکیل شده است که به‌منظور هرچه بیشتر روشن‌شدن مواد میثاق، اقدام به تفسیر آن کرده است. مشکل پیش روی کمیته این است که دادخواهی داخلی اندکی برای همکاری با کمیته در این زمینه وجود دارد زیرا دادگاه‌ها اغلب در بررسی موضوعات مربوط به تخصیص منابع بر این مبنا که تخصیص منابع بیش از آنکه حقوقی باشد سیاسی است، قدرت و تخصص لازم برای پاسخ‌گویی را ندارند. پس در این ارتباط دولت‌ها باید تعهداتی را در سطح ملی اجرا کنند. هر فرد یا گروهی که نقض این حق را تجربه کرده باید به روش‌های جبران خسارت متناسب قضایی یا دیگر روش‌ها در سطح ملی و بین‌المللی دسترسی داشته باشد. قربانیان نقض این حق باید از جبران خسارت کافی، شامل اعاده، پرداخت خسارت در رضایت یا تضمین عدم تکرار آن برخوردار شوند. واردکردن مستقیم اسناد بین‌المللی در حقوق داخلی، می‌تواند به‌طور مؤثری دامنه و کارایی اقدامات جبران خسارت را افزایش دهد و باید مورد تشویق قرارگیرد. همچنین دولت‌های عضو باید قضات، داوران و اعضای حرفه‌های حقوقی را برای توجه بیشتر به نقض حق بر تأمین اجتماعی در اجرای وظایفشان ترغیب کنند. دولت‌های عضو باید به کار مدافعان حقوق بشر و دیگر اعضای جامعه مدنی با هدف کمک به افراد و اقشار حاشیه‌ای در تحقق کامل این حق احترام بگذارند.[2]

۴-۳. دادرسی حق بر تأمین اجتماعی در نظام حقوقی ایران

ضمانت اجراهای حقوقی برای تأمین اجتماعی از دو جنبه قابل بررسی است از یک دید که در داخل کشورها چه رویه‌ای برای اجرایی‌کردن حقوق تأمین اجتماعی لحاظ شده و

۱. میرعباسی، سیدباقر، و رزی میرعباسی؛ نظام جهان ارزیابی و حمایت از حقوق بشر، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۵.

2 . The Right to Social Security, General Comment No.20, 2006.

اهمیت دارد و از سوی دیگر، فشارهای تبلیغاتی و حتی قضایی فراملی نیز در پایدارکردن این حقوق مؤثرند. البته در حوزه داخلی انحصار دولت در این زمینه بدون وجود نهادهای پیگیری و بازرسی، منجر به فساد و تضییع حقوق کسانی خواهد بود که در واقع مستحق برخورداری از تأمین اجتماعی هستند.[1]

در ایران با توجه به عدم انطباق الگوی حکومتی پی‌ریزی‌شده در قانون اساسی با مدل‌های مألوف مبتنی بر دموکراسی، تفاوت منشأ و خاستگاه حاکمیت، و علی‌رغم ذکر حقوق رفاهی در این قانون، نمی‌توان آن را بیانگر ارائه تصویری از یک دولت رفاه دانست. ذکر این حقوق در قانون اساسی بدون تعبیه سازوکارهای ضمانتی است و حتی با وجود تصویب قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی نیز برای مردم، حق دادرسی در زمینه حق‌های رفاهی مطروحه در این قانون و قانون اساسی به رسمیت شناخته نشده و دعاوی مطرح‌شده در دیوان عدالت اداری و سایر مراجع، منحصر به دعاوی حوزه بیمه‌ای است. قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی علی‌رغم اینکه برخلاف حکم قانون برنامه سوم توسعه، ایجاد وزارت رفاه را پیش‌بینی کرده است در راستای ایجاد هماهنگی، ازبین‌بردن موازی‌کاری‌ها و ایجاد متولی خاص در مورد حق‌های رفاهی به تصویب مجلس رسید. بنابراین حد اعمال، چارچوب و ساختار قواعد ماهوی مرتبط با مقوله رفاه اجتماعی قلمداد می‌شود.

پس از انقلاب اسلامی نیز با وجود بیان صریح قانون اساسی از حق‌های رفاهی و مکلف‌ساختن دولت در جهت تأمین آن‌ها برای آحاد جامعه، متأسفانه عدم تصویب قوانین عادی مناسب در جهت تضمین و ارائه راهکارهای عملی برای اعمال این حق مشاهده می‌شود. بنابراین هرچند مقرراتی در ارتباط با رفاه اجتماعی در قوانین برنامه اول و دوم توسعه مشاهده می‌شد، به‌وضوح می‌توان بی‌نظمی و تشتت را در این زمینه مشاهده نمود. از دیگر معضلات موجود در ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی، عدم اعمال حق آزادی اطلاعات و نبود سازوکار ضمانت اجرا در این قانون برای رسیدگی به شکایات رفاهی است. وابستگی شدید به منابع طبیعی و به تبع آن، عدم احساس نیاز به اخذ مالیات و عدم پاسخ‌گویی صحیح به نیازهای مردم و عدم وجود قوانین متناسب با اصل ۲۹ و دیگر اصول مرتبط با رفاه اجتماعی در راستای پیش‌بینی سازوکارهایی برای مراجعه مردم به نظام قضایی و دادگاه‌ها و جریان کند اطلاعات و تمرکزگرایی، همه و همه دست به دست هم داده تا دولت در ارضای نیازهای اولیه مردد

۱ . السان، مصطفی، و مجتبی همتی؛ «روند شکل‌گیری حقوق تأمین اجتماعی در اسناد و موازین بین‌المللی»، فصلنامه علمی و پژوهشی رفاه اجتماعی، سال پنجم، شماره ۱۹، زمستان ۱۳۸۴، ص. ۲۷۱.

و دچار مشکل شود. اما این نکته را نباید نادیده انگاشت که علی‌رغم حذف ضمانت اجرای مطروح در لایحه اولیه و عدم پیش‌بینی سازوکار قضایی به‌منظور طرح دعاوی رفاهی، می‌توان تصویب قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی را گامی مهم در راستای ایجاد رفاه حداقلی برای افراد دانست.

در ماده یک قانون نظام جامع با استناد به اصول ۲۱و ۲۹ قانون اساسی، همه افراد کشور در مقابل رویدادهای اقتصادی، اجتماعی و طبیعی مورد حمایت قانونی قرار می‌گیرند که عبارت‌اند از: بازنشستگی، بیکاری، بیمه خدمات بهداشتی، کاهش نابرابری و فقر و امداد و نجات. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان با تمسک به اصول ۲۹ قانون اساسی و دیگر اصول مرتبط با رفاه اجتماعی برعلیه دولت اقامه دعوا کرد؟ در پاسخ باید گفت که معمولاً در مورد حقوق رفاهی مطرح‌شده در قانون اساسی گرایش به عدم امکان استناد به آن‌ها در دادگاه‌ها جهت احقاق حق خود وجود دارد چرا که به علت فنی‌بودن این حق‌ها مستلزم تحمیل هزینه‌های هنگفتی به دولت است.

البته برخی دیگر معتقدند ازآنجاکه اصل ۲۹ صراحتاً بر مسئولیت دولت در ایجاد و گسترش تأمین اجتماعی تأکید می‌کند و ضمن شناسایی تعهد دولت، تکلیف دولت را در این زمینه به رسمیت می‌شناسد. ازاین‌رو افراد حق اقامه دعوا را با استناد به این اصل دارند. مؤسسات خیریه که به ارائه کمک‌های انسان‌دوستانه می‌پردازند اصل بر عدم ایجاد رابطه حقوقی بین این مؤسسات و افراد دریافت‌کننده است. بااین‌حال درصورتی‌که مؤسسه تعهد به پرداخت کمک‌های حمایتی به اشخاص کند در صورت عدم ارائه این حمایت‌ها می‌توان الزام آن‌ها را درخواست کرد. همچنین با توجه به تبصره یک ماده ۱ این قانون که اشاره به تضمین حق برخورداری از تأمین اجتماعی دارد، حق اقامه دعوا را برای تحقق این حق بشری باید به رسمیت بشناسیم.[۱]

در ایران تصویب قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳/۲/۲۱ مجلس شورای اسلامی و تدوین «لایحه تأسیس نهاد ملی دفاع از حقوق شهروندی» در کمیسیون لوایح دولت را باید گامی بلند برای شناسایی و اجرای تمامی اقسام شهروندی و تأمین اجتماعی محسوب داشت. برای آینده این حرکت مثبت و همسو با تحولات جهانی باید به دنبال پیش‌بینی تضمین‌های دقیق و هماهنگ با این تغییر و تحولات بود.

۱. نصیری، مرتضی؛ «اصول و تحولات حقوقی نهاد تأمین اجتماعی»، فصلنامه تأمین اجتماعی، شماره ۹، ۱۳۸۰، ص. ۱۱۴.

نقض، اجمال، سکوت، تعارض و تورم و پراکندگی نابهنجار قوانین در ارتباط با تأمین اجتماعی در مرحله اجرا ممکن است منجر به طرح دعاوی بیمه‌شدگان و کارفرمایان علیه صندوق‌ها و سازمان‌های بیمه‌گر شود یا متقابلاً نهادهای تأمین اجتماعی مجبور به اعمال قدرت عمومی علیه کارفرمایانی شوند که تکالیفی را بر عهده داشته‌اند. اعتقاد غالب بر این است که برای دعاوی مردم علیه دولت و نهادهای عمومی ازجمله سازمان و صندوق‌های تأمین اجتماعی که انجام خدمت عمومی را بر عهده دارند باید ترتیب خاصی متفاوت از آنچه در حقوق خصوصی وجود دارد اندیشید. اما درهرحال حق برخورداری از دادرسی عادلانه در دعاوی مردم علیه دولت نیز باید رعایت شود. در ایران، نظام منسجم و کارایی برای رسیدگی به دعاوی تأمین اجتماعی طراحی نشده است.

در بسیاری از کشورهای اروپایی برای اینکه شخص، قادر به اقامه دعوا علیه تصمیمات نهاد تأمین اجتماعی در مراجع قضایی باشد باید پیش از آن خواستار تجدیدنظر این نهاد در تصمیمات مذکور باشد. چنانچه روند رسیدگی اداری، رضایت شخص مذکور را به دنبال نداشته باشد وی اساساً با اتکا به حمایت‌های قضایی در پی احقاق حقوق خود برمی‌آید.[1] در سازمان تأمین اجتماعی جمهوری اسلامی ایران نیز مراجع مشابهی با صلاحیت خاص و موردی پیش‌بینی شده است: کمیسیون پزشکی برای تعیین میزان ازکارافتادگی جسمی و روحی بیمه‌شدگان و افراد خانواده آن‌ها (ماده ۹۰ قانون تأمین اجتماعی) اما مرجع خاصی که صلاحیت رسیدگی به شکایت بیمه‌شدگان در مورد مسائل بیمه‌ای را داشته باشد پیش‌بینی نشده است.[2]

البته قابل ذکر است که تشریفات اداری در این رسیدگی‌های اداری همواره به‌طور کامل رعایت نمی‌شود. مثلاً اصل تساوی سلاح طرفین به‌طور کامل تضمین نشده است و این آرا غالباً مغرضانه است و شخص ترجیح می‌دهد که مسئله مورد اعتراض را در دادگاه حل کند. ممکن است دعاوی مربوط به مسائل تأمین اجتماعی، خارج از صلاحیت دادگاه‌های مدنی یا دادگاه‌های عمومی اداری باشد.[3] هرچند که غالباً این چنین نیست. در نظام حقوقی ایران، مرجع صالح به رسیدگی شکایات مردم علیه دولت

1 . Pieters, Danny; Social Security: An Introduction to the Basic Principles, Kluwer Law International, 2006, p.206.

۲ . بادینی، حسن؛ «جستاری نقادانه در نظام حقوقی تأمین اجتماعی ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سی و هشتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷، ص. ۷۰.

3 . General Administrative Court.

و نهادهای عمومی به‌موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گرفته است. ازآنجاکه آیین‌نامه و دستورالعمل‌هایی که با استناد قانون تأمین اجتماعی تصویب می‌شود مهم‌ترین مبنای حق و تکلیف افراد و سازمان‌ها در مقابل یکدیگر است، اعتراض به غیرقانونی‌بودن این مصوبات و تصمیمات در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد.[۱] هرچند لازم به ذکر است که تعیین میزان خسارت از صلاحیت دیوان خارج شده است و مستلزم رسیدگی قضایی بوده و بر عهده دادگاه عمومی قرار دارد.

دادگاه‌های تخصصی تأمین اجتماعی از لحاظ نحوه تشکیل و همچنین آیین دادرسی، متفاوت از سایر دادگاه‌ها هستند و اعضای دادگاه‌های تخصصی تأمین اجتماعی از میان قضات حرفه‌ای انتخاب می‌شوند و همچنین قضات غیرحرفه‌ای که از میان اتحادیه‌های کارگران و کارفرمایان انتخاب می‌شوند و درک بهتری از حوزه تأمین اجتماعی دارند و آیین و تشریفات رسیدگی در این دادگاه‌ها به مراتب آسان‌تر و ساده‌تر از سایر دادگاه‌ها است و هزینه‌های دادرسی در دعاوی تأمین اجتماعی بر عهده مدعی نیست. هزینه‌های حقوقی رایگان و کلاً بر عهده نهاد اداری است و روند رسیدگی و دادرسی سریع‌تر از روندهای معمول و مرتبط با دعاوی مدنی انجام می‌شود.[۲]

هرچند در اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به شکایات مردم علیه دولت و نهادهای عمومی و دولتی تأسیس شده است، این نهاد به‌ویژه در زمینه شکایت نسبت به بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها می‌تواند نقش مؤثر داشته باشد. اما این دیوان به‌تنهایی کفایت نمی‌کند زیرا ماهیت خصوصی بعضی از صندوق‌ها مانند صندوق بیمه وکلا و کارگشایان، مانع از طرح دعاوی بیمه‌شدگان آن‌ها در دیوان عدالت اداری است و آن‌ها ناگزیرند به دادگاه‌های عمومی مراجعه کنند. از طرف دیگر، تخصصی‌بودن مسائل اجتماعی و کندبودن و تشریفاتی‌بودن رسیدگی در دیوان عدالت اداری، صلاحیت انحصاری آن دیوان را برای رسیدگی به مسائل تأمین اجتماعی زیر سؤال می‌برد. شاید به همین دلیل است که در بیشتر سازمان‌های دولتی و عمومی در کنار دیوان عدالت اداری، مراجع و دادگاه‌های اختصاصی اداری تحت عناوین دادگاه، کمیسیون، شورا و هیئت و.. . برای رسیدگی به دعاوی مردم پیش‌بینی شده است و آرای آن‌ها از حیث شکلی و نقض قوانین و مقررات، قابل شکایت در دیوان

۱. نصیری، مرتضی؛ مبانی حقوق تأمین اجتماعی در ایران، مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۲، ص. ۱۱۷.

2 . Pieters, Op.cit, p. 208.

عدالت اداری است مانند کمیسیون رسیدگی به اختلافات مالیاتی و کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها.[1]

با وجودی که دعاوی تأمین اجتماعی اساساً مربوط به حقوق ذاتی است (مانند بیمه‌های اجتماعی که افراد استحقاق برخورداری از آن را دارند) این دعاوی می‌تواند در ارتباط با ادعاهای مشروع(حقوق انعکاسی مانند مساعدت اجتماعی) نیز مطرح شوند. مطالبه ادعاهای مشروع (حقوق انعکاسی) زمانی مشروعیت می‌یابد که قانون تأمین اجتماعی، آن حقوق را به‌عنوان حقوق ذاتی افراد اعلام نکرده باشد بلکه از آن‌ها تنها به‌عنوان مزایایی یاد کرده باشد که شخص مذکور بتواند در صورت داشتن شرایطی از آن بهره‌مند شود. هرچند که نهاد تأمین اجتماعی، قانون دارای صلاحیت عام است حمایت قضایی هرچند اندک کماکان امکان‌پذیر است. در روند رسیدگی به دعاوی تأمین اجتماعی، دادگاه تأمین اجتماعی علاوه‌بر بررسی قانونی‌بودن تصمیمات مورد اختلاف، به بررسی ماهیت تصمیم اتخاذشده و اینکه آیا می‌تواند حافظ منافع عموم به بهترین نحو ممکن باشد یا خیر نیز می‌پردازد.

دعاوی تأمین اجتماعی مطرح‌شده در دیوان عدالت اداری و سایر مراجع منحصر به دعاوی حوزه بیمه‌ای است و هنوز فرهنگ طرح دعوا در حوزه حمایتی به وجود نیامده است. در واقع تابه‌حال دیده نشده است که فرد معلول و زن بدون سرپرست به دلیل عدم ارائه حمایت‌های قانونی، علیه سازمان بهزیستی شکایت کند و خواهان استیفای حقوق خود شود. درحالی‌که تأمین اجتماعی(تأمین اقتصادی نیازمندان از طریق حوزه حمایتی)درعین‌حال که حق افراد است تکلیف دولت نیز هست. حق و تکلیف، وقتی معنا پیدا می‌کند که ذی‌حق بتواند از طریق دادگاه نهادی که باید این حق را تأمین کند طرف دعوا قرار بگیرد. یکی از دلایل عمده این وضعیت، فراهم‌نکردن شیوه دادرسی ساده، تخصصی، ساده و کم‌هزینه است. علاوه‌بر این، یکی از مهم‌ترین ایرادات وارده بر دیوان عدالت اداری، تفسیر لفظی قوانین و و نص‌گرایی بیش از حد قضات است. قضات دیوان در تفسیر قوانین به‌جای توجه به اصول حقوقی و موازین منطقی و ارائه تفسیر منطقی از قوانین، اصولاً به نص‌گرایی و تفسیر لفظی قوانین علاقه دارند چنانکه بسیاری از تفاسیر ارائه‌شده در آرای دیوان با موازین و اصول حقوقی سازگار نیست و همچنین عدم آشنایی قضات دیوان با اصول حقوق تأمین اجتماعی منجر به صدور آرای نادرست از سوی قضات دیوان شده است. راه‌حل منطقی، ایجاد مراجع خاص برای رسیدگی به دعاوی تأمین اجتماعی اعم از بیمه‌ای و حمایتی) و طرح آیین دادرسی متناسب با آن

۱ . بادینی، همان، ص. ۷۰.

است و دیوان عدالت اداری نیز می‌تواند نقش نظارت عالی را برعهده داشته باشد و آرای این مراجع همانند سایر دادگاه‌های اداری و هیئت‌ها از حیث شکلی و رعایت قوانین و مقررات قابل تجدیدنظر در دیوان باشد.

۴-۴. قابلیت دادرسی حق بر تأمین اجتماعی در نظام حقوقی انگلستان

الف. حق بر تأمین اجتماعی در نظام تأمین اجتماعی (نظام حقوقی) انگلستان

در اوایل سال ۱۹۴۱، به دلیل نارضایتی وسیع مردم نسبت به پرداخت خسارت و کمک‌های پیش‌بینی‌شده توسط مؤسسات بیمه‌های اجتماعی، عدم پوشش همه افراد جامعه که احتیاج به کمک داشتند و عدم توانایی نظام بیمه در حل مشکلات بیمه‌شدگان، کمیته‌ای به ریاست *ویلیام بوریج* که دارای سوابق علمی و عملی بالایی در زمینه تأمین اجتماعی بود تشکیل شد. این کمیته در سال ۱۹۴۲، طرحی ارایه داد که در واقع نظام نوین تأمین اجتماعی انگلستان را پایه‌گذاری کرده است. طبق این طرح، نظام تأمین اجتماعی باید کل افراد جامعه انگلستان اعم از شاغل و غیرشاغل را در برگیرد. به‌علاوه در این طرح، وزارتی با عنوان وزارت تأمین اجتماعی پیش‌بینی شد.[۱] مهم‌ترین اصلی که طرح *بوریج* بر آن تأکید داشت این بود که سیاست‌های تأمین اجتماعی باید فراگیر باشد و تا آن حد گسترش یابد که بیشترین تعداد جمعیت را تحت پوشش قرار دهد. درگزارشی که *ویلیام بوریج* در سال ۱۹۴۲ ارایه داد، اصول زیر تجویز شده بود:[۲]

۱- دولت مسئول است که اشتغال کامل را تأمین کند.

۲- کمک‌هزینه عایله‌مندی باید به همه فرزندان و اعضای بلافصل خانواده پرداخت شود. (اصل جامعیت)

۳- خدمات درمانی باید برای همه اهالی کشور تأمین شود.

۴- بیمه‌های اجتماعی باید به مدیریت دولت برای همگان به‌طور یکسان فراهم شود. (اصل فراگیری)

۵- تور ایمنی تأمین اجتماعی باید به‌طور یکسانی همه را پوشش داده و نیازهای انسانی آنان را تأمین کند. (اصل کفایت)

۶- یک سازمان واحد کشوری، مجموع درآمد و هزینه را اداره کند. (اصل وحدت)

۱. دنیتینیانو، بئاتریس ماینوی؛ بیمه‌ها و حمایت‌های اجتماعی، ترجمه: ایرج علی‌آبادی، مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۰، ص. ۲۰.

۲ . پناهی، بهرام؛ اصول و مبانی نظام تأمین اجتماعی، نشر سوره، پاییز ۱۳۷۶، ص. ۲۳.

۷- هرکس به‌موجب نیازهایش و مستقل از درآمدش کمک دریافت کند. (اصل یکنواختی)[1]

نظام کنونی تأمین اجتماعی انگلستان در حد وسیعی افراد جامعه را اعم از شاغلین، کارگران و کارفرمایان و غیرشاغلین، بیوه‌گان، زنان خانه‌دار و معلولین، تحت پوشش قرارمی‌دهد. لازم به ذکر است که امروزه در انگلستان برنامه‌های تأمین اجتماعی شامل همه آحاد جامعه است و صرف‌نظر از یک مستمری نسبتاً کم که به همگان تعلق می‌گیرد در هر مورد خاص نیز مزایایی دیگر به افراد تعلق می‌گیرد. حتی ممکن است شخص به جهت تطبیق وضعیت بتواند از چندین امتیاز بهره بگیرد مانند معلولان سالمند یا اشخاص دارای نقص عضو که به تحصیل ادامه می‌دهند یا شغل نیمه‌وقت دارند یا کسانی که هم نقص عضو دارند و هم سر پرستی اطفال را به عهده دارند. به‌عبارت‌دیگر ، به جهت هریک از عوامل، از امتیازی اضافی بهره می‌گیرند. در انگلستان این نکته را باید خاطرنشان ساخت که اصل الزام قانونی دولت در برآوردن نیازهای رفاهی مردم، پذیرفته شده است و نسبت به آن، کمتر ابراز تردید می‌شود.[2]

ب. نظام دادرسی واحد در انگلستان

در مقابل نظام دادرسی دوگانه که در فرانسه است سیستم انگلیسی وجود دارد که در کشورهای آنگلوساکسون برقرار است و محاکم به‌طور هم‌زمان صلاحیت رسیدگی به دعاوی حوزه اداری و دعاوی میان اشخاص خصوصی را دارند. نظام دادرسی واحد بر مبنای اصل حاکمیت قانون و مساوات در برابر قانون در حقوق انگلیس برقرار شده است. در حقوق انگلیس، قانون برای همه اشخاص(اعم از عمومی و خصوصی)یکسان است. ازآنجاکه در نظام حقوق انگلیس بین قانون و دادرسی ملازمه وجود دارد نظام دادرسی نیز در این کشور واحد است. کشورهای دارای نظام دادرسی به دو دسته قابل تقسیم هستند: ۱- کشورهایی که در آن‌ها برخی شعب مراجع عادی (عمومی) رسیدگی به برخی دعاوی اداری اختصاص یافته‌اند. نمونه بارز آن، کشور اسپانیا است. ۲- مجموعه کشورهایی که در آن‌ها نظام قضایی مبتنی بر وجود دادگاه‌های عادی است. نظام دادرسی متمرکز به یک قانون قابل اعمال در خصوص تشکیلات اداری و افراد است. مصداق بارز این کشورها، انگلیس است. اصل حاکمیت قانون در نزد انگلیسی‌ها به معنای برتری قانون و تسلیم همگان در برابر آن به نحو یکسان است. ازاین‌رو تشکیلات اداری نیز مشمول قانونی می‌شود که اشخاص خصوصی از آن حمایت

۱ . دنیتینیانو، همان، ص. ۲۱.

۲ . نصیری، همان، ۱۳۸۲، ص. ۸۴.

می‌کنند و از این حیث امتیازی ندارند. علاوه‌بر یگانگی قانون، وحدت دادرسی نیز وجود دارد و جایی برای اختصاص دادگاه و قاضی خاصی جهت تشکیلات حقوق عمومی وجود ندارد. اما در نظام دادرسی واحد نیز استثنائاتی نیز وجود دارد. این استثنائات، وجود دیوان‌های اداری متعددی است که در زمینه رسیدگی به برخی دعاوی اداری تشکیل شده‌اند و علت این امر، تخصصی‌شدن رسیدگی در عرصه‌های فنی مثل تأمین اجتماعی نظیر ازکارافتادگی، بیکاری و بازنشستگی بود. به واقع در آغاز قرن بیستم ، تحول مهمی در جامعه انگلیس رخ داد و حرکتی آرام از فردگرایی به سوی گرایش منافع عمومی و مصلحت اجتماعی شروع شد .گستردگی فعالیت‌های مربوط به تشکیلات عمومی و افزایش ارتباط میان تشکیلات عمومی و شهروندان، در نهایت، به افزایش دعاوی مربوط به این حوزه منجر شد و نیاز به دیوان های خاصی که قادر به درک شرایط پیچیده فنی دستگاه‌های مربوط به حوزه عمومی داشته باشند به وجود آمد. این دیوان‌های ویژه اداری، نظام نوین عدالت اداری را به وجود آوردند.[1]

در انگلستان از سال ۱۹۴۸ دادگاه‌ها وتشکیلات اداری خاصی برای رسیدگی به دعاوی مربوط به مزایا و حمایت‌های مشارکتی و غیرمشارکتی و مزایای مبتنی بر نیاز تأسیس شده است که در رأس آن‌ها کمیسیونرها قرار دارد. آرای صادرشده توسط کمیسیونرها منبع اصلی حقوق تأمین اجتماعی این کشور محسوب می‌شود و خود این آرا در مراجع قضایی که تشریفات اندکی و هزینه ناچیزی دارد، قابل تجدیدنظر است.

الگوی دادرسی در ایران به جهت صلاحیت مرجعی متفاوت از دادگاه‌های دادگستری که در دیوان عدالت اداری تجلی یافته است به سیستم فرانسوی (سیستم دادرسی دوگانه) مشابه است. ولی از این جهت که هم دادگاه‌های دادگستری و هم دیوان عدالت اداری زیر نظر رییس قوه قضاییه هستند همین امر، نظام دادرسی ایران را از سیستم فرانسوی متمایز ساخته و تا حدودی به سیستم انگلیسی شبیه کرده است.[2]

۱. انصاری، مجید؛ «دادرسی در حقوق تأمین اجتماعی»، فصلنامه تأمین اجتماعی، سال نهم، پاییز ۱۳۸۶، صص. ۷۵- ۷۳.

۲. واسعی، فریدون؛ نظارت قضایی بر اعمال دولت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص. ۱۹۸.

نتیجه

مهم‌ترین ویژگی که مفهوم تأمین اجتماعی مدرن را از آنچه تأمین اجتماعی در دنیای پیشامدرن خوانده می‌شد تفکیک می‌کند، این است که تأمین اجتماعی به‌منزله حق است و جنبه نیکوکاری و لطف و احسان ندارد. این در حالی است که اصل ۲۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از گذشت ۳۲ سال از پیروزی انقلاب اسلامی، که همچون دیگر اسناد مهم حقوق بشری «برخورداری از تأمین اجتماعی» را «حق همگان» دانسته، تا حد بسیار زیادی محقق نشده است.

از سوی دیگر، یکی از مهم‌ترین راهکارهای صیانت و ضمانت حقوق مردم، وجود قوه قضاییه حق‌محور است تا در جهت رسیدگی به شکایات رفاهی مردم علیه دولت وارد عمل شود. متأسفانه این مهم در قانون اساسی علی‌رغم بیان این حقوق و همچنین در قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مغفول مانده و ایجاد رویه قضایی در این زمینه و تغییر گرایش قضات در مورد مقوله حق‌های اجتماعی و رفاهی مستلزم گذر زمان است. برنامه‌های توسعه در ایران مطابق با آنچه اسناد حقوق بشری در پی آن هستند نبود. در هر کشوری دسترسی به راهکارهای جبران خسارت باید میسر باشد. متأسفانه راه‌های جبران خسارت در مورد مساعدت‌های اجتماعی یا در هنگامه‌ای که برنامه‌های توسعه، پوشش جمعیتی نسبتاً بالایی را نه‌تنها از حق بر تأمین اجتماعی محروم می‌کند بلکه آنان را به زیر خط فقر می‌کشاند، وجود ندارد. دولت‌ها باید پاسخ‌گوی مردم در برابر کوتاهی آنان در عدم توجه به حق بر تأمین اجتماعی (بیمه‌های اجتماعی و هم مساعدت‌های اجتماعی) باشند . بدین منظور باید در قوانین داخلی به‌طور دقیق موارد نقض درج‌شده و قضات مستقل از دولت‌ها به موارد نقض بپردازند. پس همچنان وضعیت پاسخ‌گوی مجریان این امر مشخص نیست یعنی اینکه آیا کسی می‌تواند به دلیل افت درآمد ناگهانی که سبب ازدست‌دادن حق بر تأمین اجتماعی‌اش می‌شود که ناشی از برنامه‌های توسعه شتاب‌زده است یا کاهش یا عدم تناسب عواید مساعدت اجتماعی دادخواهی کند؟ (همچون دیوان اروپایی حقوق بشر) در ایران نهاد کمیته امداد امام خمینی(ره)یک سازمان غیردولتی است که در چارچوب امور خیریه‌ای گام برمی‌دارد. پس باید به این نهاد فقط به اندازه «کمک‌های خیریه‌ای» نگاه کرد، نه نهادی که در شناسایی فقرا و مستحقین کمک و توانمندسازی فقرا نقش مؤثری دارد.[1] تعیین کمیته امداد امام خمینی(ره) به‌عنوان نهاد رسمی حمایتی، کاری

۱. کمیته امداد در طی این سال‌ها اتفاقاً اصلاً سعی در نشان‌دادن خود به‌گونه‌ای غیر از سازمان خیریه نکرده است. از آرم صندوق‌های کمیته امداد که دستی به نشانه کمک را نشان می‌دهد که یادآور خیرات

بس نابجا بوده است و عملاً ایران از نداشتن یک نظام مساعدت اجتماعی کارآمد و مدون در کنار نظام بیمه‌ای رنج می‌برد.

در کشورهای پیشرفته مثل انگلستان، دادگاه‌ها و هیئت‌های تخصصی برای رسیدگی به دعاوی تأمین اجتماعی وجود دارد. دادگاه‌ها وتشکیلات اداری خاصی برای رسیدگی به دعاوی مربوط به مزایا و حمایت‌های مشارکتی و غیرمشارکتی و مزایای مبتنی بر نیاز تأسیس شده است. ازاین‌رو نقص بزرگی در نظام دادرسی تأمین اجتماعی ایران مشاهده می‌شود که مرجع تخصصی برای رسیدگی به دعاوی تأمین اجتماعی وجود ندارد. به همین دلیل، بیمه شدگان سازمان تأمین اجتماعی و سایر سازمان‌ها و صندوق‌ها در خصوص مرجع صالح برای رسیدگی به شکایاتشان در امور بیمه‌ای و حمایتی دچار سردرگمی هستند.

برای دستیابی به سطحی بالاتر از آنچه در نظام تأمین اجتماعی در اکثر کشورها وجود دارد دیوان اروپایی حقوق بشر در زمینه تحقق هرچه بیشتر این حق، تجربه موفقی دارد. از سال ۱۹۸۶ جنبه‌های مختلف تأمین اجتماعی تحت تضمین کنوانسیون درآمده است واین دیوان، تجربه موفقی از ترکیب حقوق مدنی سیاسی(حق آزادی‌ها) با حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی(حق مطالبه‌ها) دارد. به‌علاوه دیوان طی این سال‌ها با توجه ویژه‌ای که به مزایای تأمین اجتماعی ناشی از مساعدت‌های اجتماعی داشته، نشان داده است که مساعدت‌های اجتماعی را جزء لاینفک نظام تأمین اجتماعی تلقی می‌کند و امروز بسیاری از کشورها شاهد تغییر ماهیت حق بر مساعدت اجتماعی از یک حق انعکاسی یا ادعای مشروع به یک حق شخصی یا حق قانونی هستند.

۱- امروزه تأمین اجتماعی به‌صورت یکی از اصول بنیادین حقوق بشر مطرح است بدین معنا که انسان به دلیل انسان‌بودن حق دارد از مزایای تأمین اجتماعی برخوردار شود و این لطفی نیست که دیگران در حق استفاده‌کنندگان از تأمین اجتماعی مبذول دارند.

۲- پیشنهاد می‌شود موارد نقض حق بر تأمین اجتماعی در قوانین تعیین و نحوه دادخواهی مؤثر در آن پیش‌بینی شود.

۳- با عنایت به اینکه دولت ضامن اجرای حق بر تأمین اجتماعی است در این راستا پیشنهاد می‌شود وظیفه زمینه‌سازی و تحقق حق بر تأمین اجتماعی را به‌خوبی اجرا نماید و مساعدت های اجتماعی به‌هیچ عنوان نباید به‌عنوان اعانه تلقی شود.

و نذورات است تا پخش تلویزیونی مراسم عروسی برای مردمی که فقرشان زاییده سیاست‌های غلط برنامه‌ریزان است، همه و همه نشانگر این است که کمیته امداد، خود را بنگاه خیریه‌ای می‌داند که از سر لطف و عنایت، گوشه چشمی به مردم این سرزمین داشته است.

۴- تصویب قانون و تشکیل دادگاهی با عنوان «دادگاه حقوق بشر» که بر مبنای قواعد عدالت و انصاف و با لحاظ اسناد و مقررات بین‌المللی راجع به حقوق بشر تصمیم‌گیری نماید، یکی از اقدامات ابتکاری در این مسیر خواهد بود که می‌تواند علاوه‌بر جبران خلأ قانونی در رسیدگی به برخی پرونده‌ها، زمینه تضمین کامل حقوق شهروندی را فراهم نماید.

۵- تشکیل دادگاه‌ها و هیئت‌های تخصصی برای رسیدگی به دعاوی تأمین اجتماعی اعم از بیمه‌ای و حمایتی.

منابع:

- السان، مصطفی و مجتبی همتی؛ **روند شکل‌گیری حقوق تأمین اجتماعی در اسناد و موازین بین‌المللی**، فصلنامه رفاه اجتماعی، سال پنجم ، شماره ۱۹، زمستان ۱۳۸۴.

- امیرارجمند، اردشیر و مجتبی همتی؛ **حقوق رفاه اجتماعی و اشکال کنترل قضایی**، راهبرد، شماره پنجاه، سال هجدهم، بهار ۱۳۸۸.

- انصاری، مجید؛ «**دادرسی در حقوق تأمین اجتماعی**»، فصلنامه تأمین اجتماعی، سال نهم، پاییز ۱۳۸۶.

- بادینی، حسن؛ «**جستاری نقادانه در نظام حقوقی تأمین اجتماعی ایران**»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سی و هشتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷.

- بئاتریس ماینوی، دنیتینیانو؛ **بیمه‌ها و حمایت‌های اجتماعی**، ترجمه: ایرج علی‌آبادی، مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۰.

- پناهی، بهرام؛ **اصول و مبانی نظام تأمین اجتماعی**، نشر سوره، پاییز ۱۳۷۶.

- پناهی، بهرام؛ **کارکردهای تأمین اجتماعی در ایران (ضرورت برپایی نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی)**، انتشارات اسپید، ۱۳۸۵.

- تاموشات،کریستیان؛ **حقوق بشر**، ترجمه و نگارش: حسین شریفی طرازکوهی، میزان، ۱۳۸۶.

- فیض‌زاده، علی و سعید مدنی قهفرخی؛ **بررسی مفهوم رفاه و تأمین اجتماعی در ایران و جهان**، مؤسسه پژوهشی تأمین اجتماعی، ۱۳۷۹.

- قاری سیدفاطمی، سید محمد؛ **حقوق بشر در جهان معاصر: دفتر دوم، جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها**، نشر شهر دانش، ۱۳۸۸.

- مالجو، محمد؛ «**حقوق شهروندی و تأمین اجتماعی**»، فصلنامه تأمین اجتماعی، سال اول، شماره اول، تابستان، ۱۳۷۸.

- میرعباسی، سیدباقر، و رزی میرعباسی؛ **نظام جهان ارزیابی و حمایت از حقوق بشر**، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.

- نصیری، مرتضی؛ «**اصول و تحولات حقوقی نهاد تأمین اجتماعی**»، فصلنامه تأمین اجتماعی، شماره ۹، ۱۳۸۰.

- ـــــــــــ ؛ **مبانی حقوق تأمین اجتماعی در ایران**، مؤسسه پژوهش‌های تأمین اجتماعی، ۱۳۸۲.

- واسعی، فریدون؛ **نظارت قضایی بر اعمال دولت**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.

- هاشمی، محمد؛ **حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**، میزان، ۱۳۸۴.

- Harris, Nevill; **Social Security Law in Contex**, Oxford University Press, 1999.

- Kapuy, Klaus; **Social Security and European Convention on Human Rights**, Euoropean Journal of Social Security, Vol.9, No. 3, 2007.

- Pieters, Danny; **Social Security: An Introduction to the Basic Principles**, Kluwer Law International, 2006.

- Tushnet, Mark; **Social Welfare Rights and Forms of Judicial Review**, Texas Law Review, vol. 82, 2004.

حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه در جمهوری اسلامی ایران

علی‌اکبر گرجی اَزَندَریانی*
مرتضی رضایی**

چکیده

در نظام حقوقی- سیاسی ایران، مسئلهٔ حل اختلاف و تنظیم روابط قوا، علی‌الخصوص آنچه در تاریخ سی‌وچند سالهٔ جمهوری اسلامی تراوش نموده و به‌تبعِ آن، بازنگری و ویرایش قانون اساسی را در پی داشته است، امری منحصربه‌فرد و خاص تلقی می‌شود زیرا معضلِ اختلافات و تعارضِ صلاحیت‌ها، در برهه‌هایی از این حیات سیاسی، منازعات و جدل‌هایی بی‌بدیل و مناقشه‌برانگیز پدیدار ساخته و تبلور برداشت‌های متفاوت از نصوص قانونی موجود و پیش از آن را عیان و آشکار ساخته است. در سال‌های اخیر این معضل علی‌رغم برخی ملاحظات ظاهری، مجدداً به آوردگاه سیاسی کشانده شده و ضرورت طرح مجدد و رفع جدّی آن را ایجاب نموده است. در بزنگاهی که ضرب‌آهنگ اختلافات و افتراقات به غایت نیل نمود، رهبری را بر آن داشت تا با اختیارات مندرج در بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، درانداختن طرحی چون تأسیس «هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه» را به عرصهٔ سیاسی کشور بیفزاید. تفحصی در این هیئت جدیدالتأسیس در کنار مروری بر بند ۷ اصل ۱۱۰ به‌عنوان شاکلهٔ نظام حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه در ایران، تاروپود این نوشتار را نُضج می‌دهد.

واژگان کلیدی: حل اختلاف قوا، تنظیم روابط قوا، قانون اساسی، مقام رهبری، هیأت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه.

---

*دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) Gorji110@yahoo.fr
**دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی
morteza_887@yahoo.com

مقدمه

حل اختلاف و تنظیم روابط میان قوا، مسئلهٔ حائز درنگ و اهمیتی است. تأمل در این اهمیت به آن جهت است که در بنایی که اساساً قانون اساسی اساسِ آن را پی‌افکنده است، لجام‌گسیختگی و اِعوجاج امور و مناسبات سیاسی را متبلور می‌سازد. گاه این کشمکش‌ها و اختلافات، ستون و پایه‌های این نمای حساس را می‌لرزاند و تبعاتی را به همراه خواهد داشت که نه‌تنها بر این پیکره طنین‌انداز و مؤثر است که حتی بر حقوق افراد و به همین مناسبت در بسیاری از کشورها این مهم در بطن و ساختار قانون اساسی به‌عنوان بحثی مستقل مطرح شده و سازوکارهایی نیز برای آن تبیین و ترسیم شده است.

در نظام‌های مبتنی بر تفکیک قوا در برخی از موارد میان قوای سه‌گانه در انجام تکالیف و اِعمال صلاحیت‌ها و حدود اختیارات آن‌ها اختلاف یا تعارض ایجاد می‌شود. این امر، گاه به جهت خلأ قانونی یا عدم رعایت اصل حاکمیت قانون یا بعضاً به‌جهت مسائل دیگر، ایجاد و پدیدار می‌شود. رفع این اختلاف به‌منظور ممانعت از بروز اختلافات بیشتر و فزاینده‌تر و گاه به‌جهت انسداد از عمیق‌ترشدن این مناقشات و همچنین حل وفصل مسالمت‌آمیز بدون آفرینش بحران و چالش بزرگ‌تر، یک مقولهٔ حیاتی و مهم است. این مهم مرتفع نمی‌شود جز آنکه برای معضل اختلافات سیاسی به‌ویژه در سطوح عالی کشور، بدواً امر اختلافات به‌خوبی درک شود، حساسیت و اهمیت آن شناسایی شود و سپس به فراخور نظم سیاسی آن کشور، سازوکارها، تدابیر یا نهادهایی تعبیه و اندیشیده شود.

بنابر این مطالب، نخست به تحلیل بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی به‌عنوان سازوکار اختصاصی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه می‌پردازیم و پس از آن نیز سخن از هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه بخش دوم این مقاله را به خود معطوف می‌دارد.

۱. بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی

در این بخش بدواً واژگان‌شناسی «حل اختلاف و تنظیم روابط میان قوا» در چشم‌انداز حقوقی و سایر زمینه‌های مرتبط، تحلیل شده است و بنا بر لزوم بحث مطروحه، مشابهت‌ها و تفاوت‌های آن با مسئلهٔ «نظارت» نیز تبیین و تشریح شده است. سپس مروری بر پیشینه و روند تدوین و تصویب بند ۷ اصل ۱۱۰ می‌شود و با تمییز حدود وظایف و اختیارات رهبری در اجرای این بند از اصل ۱۱۰ قانون اساسی بحث ادامه

می‌یابد. دست آخر نیز با بررسی رویه و اقدامات صورت‌گرفته توسط رهبری در اجرای بند ۷ اصل ۱۱۰ به وادی بحث و بررسی نائل می‌شود.

۱-۱. مفاهیم

«حل اختلاف» به لحاظ واژگان، گستره‌ای ژرف دارد و مفهوم آن ناظر به اقدامی پس از وقوع یک اختلاف، تضاد، تعارض، مغایرت یا چالش است. بنابراین حل اختلاف، امری پسینی است یعنی تا اختلافی ایجاد نشده باشد «حل اختلاف» کاربردی ندارد. این امر در سایر امور و علوم دیگر نیز کاربرد دارد. حل اختلاف و رفع تعارض، عمدتاً در ادبیات سیاسی، روابط بین‌الملل و حقوق بین‌الملل به‌کار رفته است. در علوم سیاسی و روابط بین‌الملل، به نظر برخی، حل اختلافات میان کشورها با روش‌های دیپلماتیک و رهیافت‌های نوآورانه امکان‌پذیر است.[۱] در یک جامعه، وجود اختلاف و تنوع سلایق، امری طبیعی است و لذا همواره اختلاف‌ها به‌عنوان یکی از عناصر و اجزای مهمّ جامعه مورد توجه قرار می‌گیرند.[۲]

حل اختلاف با قانون‌مداری نیز در ارتباط است. در جامعه‌ای که نظام‌های موجود در آن مبتنی بر اصول دموکراتیک و قانون‌گرایی است، مسئلهٔ حل اختلاف نیز صورت واقعی خود را متبلور می‌سازد. در این بستر، رفع تعارض و حل وفصل اختلافات، مبانی حاکمیت قانون و بهبود ساختار دموکراتیک را تسهیل می‌نماید.[۳]

در متون حقوقی، «حل اختلاف» بنا بر استعمال این واژه می‌تواند برداشت‌ها و تلقی-های متعددی به خود گیرد. بنابراین رفع اختلاف و کاربرد آن در حقوق بین‌الملل، مقوله‌ای متفاوت با حقوق داخلی است. در حقوق بین‌الملل، واژه‌ها و اصطلاحاتی نظیر «رفع منازعه»[۴] یا «فیصله‌دادن»[۵] عینیت بیشتری دارد. در حقوق بشردوستانه[۶]، این واژه واژه نوعی از رفع منازعه و خصومت پس از جنگ را به ذهن متبادر می‌سازد. منظور از

---

۱. وندل، ریچارد؛ «راه‌های حل مسالمت‌آمیز یک اختلاف»، ترجمه: علیرضا طیّب، دوماهنامه اطلاعات سیاسی- اقتصادی، شماره ۲۶، بهمن و اسفند ۱۳۶۷، ص. ۹.

۲. کریستی، نیل؛ «اختلاف‌ها به‌مثابه دارایی»، ترجمه: حسین غلامی، مجله فقه و حقوق، شماره ۸، بهار ۱۳۸۵، ص. ۱۶۷.

۳. بلومفیلد، دیوید؛ «استراتژی‌های حل اختلاف؛ عدالت و صلح‌گرایی مکمل و یا متضاد یکدیگرند؟»، ترجمه: زرین شجری، فصلنامه سیاست خارجی، شماره ۸۰، زمستان ۱۳۸۵، ص. ۹۳۵.

4. Conflict Resolution.

5. Resolving.

6. Humanitarian law.

حل منازعه، فرونشاندن جنگ یا مجادلات در یک منازعه است و مقصود از فیصله‌دادن به یک کشمکش، کمک به حل مسائلی است که منجر به نزاع شده است.[۱]

در رابطه با ماهیت عمل حل اختلاف میان قوا آنچه باید خاطرنشان ساخت این است که ازآنجاکه این رفع اختلاف در سطح مقامات و نهادهای عالی صورت می‌گیرد، تمییز ماهیت سیاسی یا قضایی به سهولت امکان‌پذیر نیست و در بسیاری از موارد دارای ماهیتی دوگانه است.

به نظر برخی، از این حیث دارای ماهیت سیاسی است که آثار و عواقب تصمیم ناشی از حل اختلاف ممکن است به مسئولیت مقامات عالی ختم شود یا بر وجهه و اعتبار سیاسی آن‌ها اثر سوء و منفی بگذارد یا موجب تغییر عملکرد سیاسی، رویکردها و سیاست‌ها و خط‌مشی‌های یکی از طرفین اختلاف شود، و از آن جهت دارای ماهیت حقوقی است که ممکن است منشأ اختلاف یا ناشی از ابهام و اجمال در نصوص و متون قوانین عادی، قانون اساسی یا عرف حقوقی است یا اینکه ممکن است منبعث از سوءبرداشت در منشأ صلاحیت‌ها باشد. در این صورت مقام حل اختلاف باید از توانمندی‌های حقوقی و قضایی بهره‌مند باشد. بنابراین در عمل، حل‌وفصل اختلافات میان قوا به‌ناچار، هم دارای ماهیت حقوقی و هم ماهیت سیاسی است.[۲]

در بسیاری از مواردی که حل اختلاف با برتری یک قوه نسبت به قوه دیگر سامان می‌یابد، علی‌الخصوص زمانی که این امر ناشی از اختیارات و صلاحیت‌هایی باشد که قانون به یک طرف اعطا نموده است، فیصلهٔ امر گاه ممکن است منجر به خلل در اصل تفکیک قوا شود.[۳] در نظام‌های فدرالی، قوه مجریه بعضاً نه‌تنها در حل اختلاف با سایر نهادها پیش‌گام است، بلکه در اختلاف میان استان‌ها و ایالات نیز نقش تعیین‌کننده دارد.[۴]

حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات چه در بُعد درونی و چه در بُعد فراملی، به شیوه‌های مختلفی ممکن است؛ اگرچه، یک منازعه را می‌توان به‌طور یک‌جانبه و به شیوه‌ای

۱. وندل، پیشین، ص. ۹.

۲. زارعی، محمدحسین؛ «هیئت محدود به رسیدگی به موارد نامشخص در قانون است»، مصاحبه با ماهنامه علوم انسانی مهرنامه، شماره ۱۵، شهریور ۱۳۹۰، ص. ۱۵۸.

3. Sung Kuo, Ming; "Judicial Review as a Solution to Political Gridlocks? A Study of Taiwan's Grand Justices Council Interpretations Regarding the Jurisdictional Disputes within the Political Branch", National Taiwan University Law Journal, Vol. 30, No. 2, 2001, p. 251.

4 . Baker, Samuel; "Why Executive Power Centralizes Government", Public Finance Review, Vol.33, No.6, 2005, p.763.

فیصله داد که به نفع همه طرف‌ها باشد و لذا هیچ‌کس با حل‌وفصل مزبور مخالفت ننمایند، اما این امر نمی‌تواند همواره مورد پذیرش باشد.[1]

تنظیم روابط قوا برخلاف مقوله حل اختلاف، امری پیشینی بوده و نهاد تنظیم‌گر روابط می‌تواند از طریق مشخص‌نمودن حدود اِعمال اختیارات و صلاحیت‌های قوا در مواردی که این امر، زمینهٔ تعارض روابط قوا را ایجاد می‌کند، زمینه‌های ایجاد اختلاف را مرتفع و تسهیل نماید. به نظر برخی با توجه به اینکه تنظیم روابط می‌تواند با عنایت و الهام از موارد حل اختلافات، توصیه و تجویز شود، مفارقت و تمییز این دو مقوله بسیار به یکدیگر نزدیک بوده و تفکیک آن‌ها مشکل است.[2] البته شاید بتوان به نحو قاطع نیز بیان داشت که با توجه به تلقی و برداشت‌هایی که از اصطلاح تنظیم روابط به ذهن متبادر می‌شود، شامل «حل اختلافات» نیز خواهد شد.

مطلب فوق را می‌توان از دریچه‌ای دیگر و از نوع برداشت قانونگذاران اساسی از مفاهیم حل اختلاف و تنظیم روابط قوا، با عنایت به مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی دریافت. در جریان مذاکرات شورا، نظر پیشنهادی کمیسیون[3] به شورا، عبارت «حل اختلافات قوای سه‌گانه» بود. کمیسیون با حذف «تنظیم روابط بین قوای سه-گانه» از این عبارت، بر این باور بود که تنظیم روابط معنای وسیعی دارد و حتی مواردی را که خود قوا بر حسب وظایفشان می‌توانند روابط خود را تنظیم و در تعامل با یکدیگر مسائل را حل کنند نیز شامل می‌شود. آقای مؤمن، مخبر کمیسیون در این خصوص اینچنین اظهارنظر کرده است: «[...] روی این حساب که تنظیم دو مصداق داشت، در کمیسیون بحث شد که آیا ما همان تنظیم روابط را بگذاریم یا نه. گفته شد که تنظیم روابط چون شامل آن قسمتی هم می‌شود که داخل‌شدن در ریزه‌کاری‌هایی که خودشان هم می‌توانند بدون درگیری مسائل را حل کنند و هماهنگی به وجود بیاورند، برای اینکه همه‌شان آمادگی دارند. پس ما کلمه تنظیم روابط را برداریم و به جایش بگذاریم حل اختلاف و این که اگر حاصل آن ناهماهنگی بود، این ناهماهنگی را یک مقام بالاتری که رهبری هست حل کند، روی این حساب این کلمه آورده شد».[4] خود

۱. وندل، پیشین، ص.۱۰.

۲. نجفی اسفاد، مرتضی و فرید محسنی؛ حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، انتشارات الهدی، ۱۳۷۹، ص. ۱۴۷.

۳. کمیسیون تمرکز مدیریت قوه مجریه.

۴. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی، جلد سوم، جلسه سی‌وچهارم، ۱۳۶۹، ص. ۱۳۶۲.

این تعابیر و تلقی‌های دیگر اعضای شورای بازنگری قانون اساسی جملگی نشان‌گر این مطلب است که ابهام و اجمال در تمییز دقیق این دو اصطلاح چندان میسّر نیست و صرفاً می‌توان برخی وضعیت‌ها نظیر پیشینی و پسینی‌بودن را متذکر شد.

شاید این شبهه ایجاد شود که در تحلیل و واکاوی تنظیم روابط، نوعی از تعامل میان امر رایج و پُراهمیت نظارت با این دو وجود دارد. طُرفه آنکه هر آیینه احتمال خلط مباحث میان آن‌ها وجود دارد.

نظارت در امر «حل اختلاف میان قوا» نیز کارکرد عمده‌ای دارد و تا حدودی می‌توان آن را متکفّلِ ضبط‌وربط بخشی از کارکردهای آن دانست. به عبارت ساده‌تر، توسل به نظارت در امر حل اختلاف می‌تواند بخشی از وظایفِ نظریه‌ها، نهادها و مقام‌های مربوط به حل اختلاف را بکاهد. در اینجا نظارت، استعانت و مددرسانی به امر مهم حل اختلاف میان قوا را ایفا می‌نماید.گو اینکه نظارت امری است که از ورای آن، کنترل قدرت توسط خودِ نهاد قدرت شکل می‌گیرد. ازاین‌رو می‌گویند که نظام نظارتی باید در حالتی از تعادل و توازن باشد تا به ضدّ خود تبدیل نشود، یعنی به سوءاستفاده از قدرت متراکم نظارتی منجر نشود. این تعبیر از نظارت با مفهوم تفکیک قوا سازگار و تکمیل‌کنندهٔ آن به شمار می‌آید.[1]

از مطالب فوق چنین برداشت می‌شود که نظارت نیز به‌مثابه «تنظیم روابط و حل اختلافات» در نهایت با اهرم پاسداری از حاکمیت قانون و حراست از حقوق مردم، به فرجام نیک خود نائل می‌شود. علاوه‌بر این، در تشابه با مقوله «حل اختلاف»، «نظارت» نیز غالباً امری پسینی است و پس از انجام یک برونداد عمومی صورت می‌پذیرد. النهایه علی‌رغم برخی مشابهت‌های کارکردی میان نظارت و حل اختلاف باید بیان داشت که حل اختلاف ناظر به مناقشه و عملی پسینی است و تنظیم نیز امری پیشینی محسوب می‌شود و هر دو با نظارت که هم مسئله‌ای پسینی و هم بعضاً پیشینی است و غیرمرتبط با مناقشه و اختلاف است، تفاوت قابل‌توجهی داراست.

مطالب فوق را می‌توان با بیان اشاراتی موجز پیرامون ارتباط میان حل اختلافات و رفع معضلات نظام که در بندهای جداگانه در قانون اساسی اشاره شده است، به پایان رساند. رفع معضلات و حل اختلافات اساساً با هدف اجرای صحیح و بی‌تنازل قانون اساسی و تعادل و توازن میان قوا است و به تعبیری «تعادل و توازن نیروهای سیاسی، شرط لازم

۱. راسخ، محمد؛ نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، انتشارات دراک، ۱۳۸۸، ص. ۲۱.

برای اجرای قانون اساسی است».[1] این تعادل سیاسی آمیزه‌ای از تجربهٔ مبتنی بر تاریخ مشروطه‌خواهی و زندگی سیاسی یک ملت است تا آنکه ناشی از یک تدبیر فنی و سازگاری حقوقی برای چارچوب‌بندی روابط قوا باشد.[2] به تعبیر برخی ممکن است رفع اختلاف در نظام جمهوری اسلامی ایران از طریق رفع معضلات نیز صورت بگیرد و تشخیص اینکه امری معضل است یا خیر، با رهبری است.[3]

۲-۱. پیشینه و روند تدوین و تصویب

در پیش‌نویس قانون اساسی، جایگاهی برای مقام رهبری پیش‌بینی نشده بود و رئیس-جمهور، عالی‌ترین مقام رسمی کشور بود و بر همین اساس نیز وی مسئول تنظیم روابط قوای کشور بود. بر اساس اصل ۱۶ پیش‌نویس «قوای ناشی از اعمال حق حاکمیت ملی عبارت‌اند از: قوه مقننه، قضائیه و مجریه که باید همیشه مستقل از یکدیگر باشند و ارتباط میان آن‌ها بر طبق این قانون به‌وسیله رئیس‌جمهور برقرار گردد». بر اساس اصل ۸۹ پیش‌نویس رئیس‌جمهور می‌توانست هرگاه بین قوه مجریه و مجلس شورای ملی اختلاف‌نظر به وجود می‌آمد و توافق ممکن نبود، از راه همه‌پرسی، مجلس شورای ملی را منحل نماید. البته در صورت انحلال باید بلافاصله انتخابات جدید انجام شده و مجلس حداکثر طی شش هفته از تاریخ انحلال، کار خود را آغاز کند. البته به‌موجب پیش‌نویس، رئیس‌جمهور در هر دورهٔ ریاست جمهوری فقط یک‌بار می‌توانست از این حق استفاده کند.

همچنین بر اساس اصل ۷۵ پیش‌نویس؛ «رئیس‌جمهور بالاترین مقام رسمی کشور در امور داخلی و روابط بین‌الملل و اجرای قانون اساسی است و تنظیم روابط قوای سه‌گانه و ریاست قوه مجریه را برعهده دارد». با تغییراتی که در متن پیشنهادی داده شد، رتبه رئیس‌جمهور پایین‌تر از رهبری دانسته شد، با وجود این، او همچنان مسئول تنظیم روابط بین قوای سه‌گانه باقی ماند.

علاوه‌بر این، بر اساس اصل ۵۷ قانون اساسی پیش از بازنگری، مسئولیت برقراری ارتباط میان قوای سه‌گانه برعهده رئیس‌جمهور قرار داده شده بود. اصل ۵۷ قانون اساسی سال

۱. سلطانی، سیدناصر؛ «درآمدی تاریخی بر مسئله اجرای قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، سال هفتم، شماره سیزدهم، تابستان ۱۳۸۹، ص. ۴۲.

۲. همان.

۳. مهرپور، حسین، و محمدحسین ملایری؛ «نقادی نظرورزی‌ها درباره مجمع تشخیص مصلحت» (مصاحبه با آیت‌الله هاشمی رفسنجانی)، فصلنامه راهبرد، شماره ۲۶، زمستان ۱۳۸۱، ص. ۲۴.

۱۳۵۸ مقرر می‌داشت: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت امر و امامت امت، بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند و ارتباط میان آن‌ها به‌وسیلهٔ رئیس-جمهور برقرار می‌گردد». در اصل ۱۱۳ قانون اساسی سال ۱۳۸۵ نیز تنظیم روابط قوای سه‌گانه جزء مسئولیت‌های رئیس‌جمهور بود که در اصلاحات سال ۱۳۶۸ این قسمت از هر دو اصل ۵۷ و ۱۱۳ حذف و در اصل ۱۱۰ با عنوان «حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه» جزء وظایف و اختیارات رهبری قرار داده شد.

با توجه به اینکه از لوازم تنظیم روابط قوا، داشتن جایگاهی بالاتر از قوای سه‌گانه بوده و رئیس‌جمهور پس از بازنگری در قانون اساسی در جایگاهی هم‌سطح با سایر قوا قرار گرفته بود، امکان انجام مسئولیت تنظیم روابط قوا توسط وی وجود نداشت؛[1] به این معنا که بر اساس قانون اساسی پیش از بازنگری، ریاست دولت با رئیس‌جمهور نبود و نخست‌وزیر مسئولیت دولت را برعهده داشت و به همین دلیل مسئولیت تنظیم روابط قوه مجریه با قوای دیگر به رئیس‌جمهور سپرده شده بود. با توجه به اینکه به‌موجب تجدیدنظر صورت‌گرفته در قانون اساسی پست نخست‌وزیری حذف شد و رئیس‌جمهور به‌عنوان رئیس یکی از قوای سه‌گانه، در موضوع تنظیم روابط قوا ذی‌نفع شد، در تجدیدنظر قانون اساسی این وظیفه در صلاحیت مقام رهبری قرار گرفت.

در جریان مذاکرات شورا، نظر پیشنهادی کمیسیون به شورا، عبارت «حل اختلافات قوای سه‌گانه» بود. آن‌چنان‌که پیش‌تر بیان شد کمیسیون با حذف «تنظیم روابط بین قوای سه‌گانه» از این عبارت، بر این باور بود که تنظیم روابط معنای وسیعی دارد و حتی مواردی را که خود قوا بر حسب وظایفشان می‌توانند روابط خود را تنظیم و در تعامل با یکدیگر مسائل را حل کنند نیز شامل می‌شود.

در مقابل، چند نفر از اعضا خواستار حذف این بند از اصل ۱۱۰ یا تغییر عبارت آن شدند. اسدالله بیات در مخالفت با طرح کمیسیون می‌گوید: «[...] ما بیاییم از اول پیش‌بینی کنیم قوای سه‌گانه اختلافاتی خواهند داشت و اختلافاتشان طوری خواهد شد که قانون نمی‌تواند حل کند، خودشان نمی‌توانند اختلافاتشان را حل کنند و اختلافاتشان آن قدر بالا خواهد گرفت در نتیجه مقام معظم رهبری دخالت خواهد کرد در این مسئله، این چیز بدی است و خود همین مسئله به نظر من، زمینه معنا را آماده می‌کند و من پیشنهاد می‌کنم که یا کلمه حل اختلاف تبدیل بشود به همان ایجاد

۱. عمیدزنجانی، عباسعلی؛ حقوق اساسی ایران، شامل دوران باستان، دوره اسلامی، مشروطه و جمهوری اسلامی با اصلاحات بازنگری، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص. ۷۰۷.

هماهنگی، و رهبری عملاً چون یک محوری است و مرکزیتی است که همه در آن اشتراک دارند و حالت پدری دارد و اگر حالت ایجابی دارد حالت سلبی ندارد و اگر هم او نباشد این هم حذف بشود و هیچ نیازی ما به این قضیه نداریم. خدای نکرده اگر در بین قوای سه‌گانه اختلافی هم بشود طبیعی است که مقام معظم رهبری با توجه به موقع پدرانه‌بودن که نسبت به همه دارد با یک رهنمود، با یک تذکر مسئله را حل خواهد کرد».[1] آقای حسین هاشمیان نیز موافق حذف این بند بود، لیکن برداشت وی از نوع اختلافات مذکور در این بند متفاوت و شاید کمی عجیب به نظر می‌رسد. به گفته وی: « [...] اختلافاتی که در این بند مطرح می‌شود از چند گونه بیرون نیست، یا اختلافات حقوقی است که این مربوط به قوه قضائیه است و کار او این است که اختلافات را حل بکند با قضاوت، یا اختلافات آئین‌نامه‌ای هست آن هم که ما اینجا خودمان در اصلی ارجاع کرده‌ایم به مجلس و آئین‌نامه باشد، مجلس حل بکند. اگر اختلاف قانون اساسی باشد خوب آن هم که وظیفه شورای محترم نگهبان است، او حل می‌کند[...] اگر اختلافات باز در تداخل موضوعات باشد[...]که باید این را قانونگذار مشخص بکند که حدود فعالیت وزارتخانه، دستگاه، یک قوه چیست. می‌ماند پاره‌ای اختلافات اخلاقی که این صلاح نیست در قانون اساسی بیاید[...]».[2] در نهایت پیشنهاد حذف این بند به رأی گذاشته شد که البته رأی نیاورد.

اما در سوی دیگر، آقای احمد جنتی عبارت «حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه» را پیشنهاد می‌دهد که از طرف سایر اعضا نیز استقبال می‌شود. وی در تبیین آن می‌گوید: « [...] پیداست سه قوه‌ای است که هر کدامش برای خودش دارد مستقل کار می‌کند، یک نوع ارتباط باید بین این‌ها باشد، آن رابط کیست؟ چه کسی می‌خواهد این‌ها را به هم مربوط کند؟ آنجا اضافه کرده که تنظیم روابط قوای سه‌گانه به‌وسیله رئیس‌جمهور خواهد بود. این همان است منتها حالا الآن چون وضع رئیس‌جمهور و وضع گذشته فرق می‌کند و در همان وقتش هم مناسب‌ترین آن برای این قضیه باز مقام رهبری بود. یعنی یک کسی که نسبتش به این‌ها و نسبت آن‌ها به او یکسان و مساوی باشد و فرقی نداشته باشد و اگر مسئله‌ای پیش آمد او به‌صورت یک داور مرضی‌الطرفین بتواند دخالت کند. این رهبر است که این‌طور می‌تواند باشد[...]».[3] آقای هاشمی رفسنجانی نیز در تأیید این طرح می‌گوید: « [...] بالاخره اختلاف پیش می‌آید،

۱. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیشین، ص. ۱۳۶۳.
۲. همان، ص. ۱۳۶۴.
۳. همان، ص. ۱۳۶۵.

حالا شما هر کاری بکنید. ما که دیگر نباید بترسیم که کلمه اختلاف را آنجا بیاوریم[...]».[1] در پایان نیز پیشنهاد آقای جنتی، یعنی «حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه» به رأی گذاشته می‌شود که با رأی اعضا نیز به تصویب می‌رسد.

۳-۱. حدود وظایف و اختیارات

حدود وظایف و اختیارات رهبری در اعمال بند ۷ اصل ۱۱۰ و به‌طور کلی اصل ۱۱۰ همواره محل بحث و مناقشه بوده است. مشخصاً یک سر این بحث نیز به اصل ۵۷ قانون اساسی و «ولایت مطلقه فقیه» برمی‌گردد. در این قسمت بدواً بدین موضوع می‌پردازیم که اصولاً امر حل اختلاف و تنظیم روابط قوا جزء وظایف یا اختیارات رهبری است، سپس از حوزه و دامنهٔ صلاحیت ناشی از آن سخن خواهیم راند.

صدر اصل ۱۱۰ قانون اساسی بر این مطلب دلالت دارد که بندهای یازده‌گانه موجود در این اصل به‌مثابه «وظایف» و «اختیارات» رهبر تلقی می‌شوند. سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که آیا بین «وظایف» و «اختیارات» رهبری تمایز وجود دارد؟ به‌عبارت‌دیگر آیا می‌توان برخی از موارد مذکور در اصل ۱۱۰ را جزء وظایف رهبر و برخی دیگر را جزء اختیارات وی قلمداد کرد؟ پذیرش چنین تمایزی می‌تواند در میزان اهمیت مسئولیت‌های رهبری تأثیرگذار باشد؛ بر این مبنا که می‌توان وظیفه‌بودن برخی از بندهای ۱۱۰ اصل را حاکی از تکلیف رهبری بر انجام آن‌ها و ضمناً نشانه اهمیت بیشتر آن‌ها از نظر مقنن دانست، اما تلقی به اختیار برای موارد فوق به معنای عدم تکلیف رهبری برای انجام این موارد است. همچنین این موضوع می‌تواند نظارت مجلس خبرگان بر وظایف رهبر را تحت الشعاع قرار دهد.

در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ بحث مبسوطی درباره مفهوم وظایف و اختیارات مندرج در صدر اصل ۱۱۰ صورت نگرفت. برای نخستین بار این امر مورد اشاره آیت‌الله مکارم شیرازی واقع شد. به اعتقاد ایشان: « اگر منظور از «وظایف» این است که حتماً باید کارش را انجام بدهد و « اختیارات» معنایش این است که اگر مصلحت دید انجام می‌دهد، پس این‌ها که در این اصل شما ذکر کرده‌اید، جزء وظایف است یا اختیارات؟ من فکر می‌کنم منظور شما « وظایف» است، پس کلمه «اختیارات» را حذف کنید تا ابهامی پیش نیاید...».[2] پس از اظهارنظر تنی چند از اعضا در این‌باره،

۱. همان.

۲. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، جلد دوم، جلسه چهل‌وسوم، ۱۳۶۴، ص. ۱۱۷۰.

نهایتاً نایب رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، شهید بهشتی، مباحث پیرامون این موضوع را خاتمه می‌دهد و می‌گوید: «این بحث اصولاً مربوط به این است که در بعضی بندها کلمه اختیارات قید شده باشد چون همه‌اش از وظایف است. بنابراین در پایان، حذف اختیارات هیچ‌گونه اشکالی ندارد».[1] به‌هرصورت مطالعه دقیق مباحث خبرگان نشان می‌دهد که در بندهای مختلف اصل ۱۱۰ اصل بر وظیفه‌بودن است.[2]

علی‌رغم مباحث مزبور در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به دلیل روشن‌نبودن مفهوم وظایف و اختیارات مندرج در صدر اصل ۱۱۰، این موضوع بار دیگر در مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی مورد مجادله و بحث اعضای شورا قرار گرفت. به نظر می‌رسد از نظر غالب اعضای شورا، قسمتی از بندهای اصل ۱۱۰ ناظر بر وظایف و قسمتی از آن‌ها مربوط به اختیارات رهبری است.[3] حتی برخی از اعضای شورا صریحاً بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ را جزء وظایف رهبری برشمردند.[4] در مورد بند ۷ اصل ۱۱۰ نیز تصریحی در این خصوص در مشروح مذاکرات اعضای شورای بازنگری صورت نگرفته، لیکن تأکید اکثر اعضا بر اجتناب‌ناپذیربودن موضوع بند ۷ اصل ۱۱۰ و ضرورت حل اختلاف و تنظیم روابط قوا را می‌توان محملی برای تکلیفی دانستن اجرای بند ۷ اصل ۱۱۰ از سوی رهبری دانست.

علاوه‌بر این می‌توان از مفاد اصل ۱۱۱ به‌عنوان قرینه‌ای برای درک اراده مقنن در این خصوص بهره جست. در این اصل به دفعات از تمامی صلاحیت‌های رهبری مندرج در اصل ۱۱۰ تعبیر به وظایف شده است، به این ترتیب که «هرگاه رهبر از انجام وظایف قانونی خود ناتوان شود... برکنار خواهد شد... تا هنگام معرفی رهبر، شورایی... همهٔ وظایف رهبری را به‌طور موقت به‌عهده می‌گیرد... این شورا در خصوص وظایف بندهای ۱و ۳ و ۵ و ۱۰ و قسمت‌های (د) و (هـ) و (و) بند ۶ اصل یک‌صدودهم پس از تصویب سه‌چهارم اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام اقدام می‌کند... هرگاه رهبر... موقتاً از انجام وظایف رهبری ناتوان شود، در این مدت شورای مذکور در این اصل، وظایف او را عهده‌دار خواهد بود». بر این اساس می‌توان گفت از نظر مقنن قانون اساسی، رهبری باید کلیه موارد مندرج در اصل ۱۱۰ را انجام دهد و شاید بتوان این‌گونه تعبیر کرد که

۱. همان، جلسه چهل‌وچهارم، ص. ۱۱۹۱.

۲. کدیور، محسن؛ دغدغه‌های حکومت دینی، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۷۹، ص. ۱۸۴.

۳.صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیشین، جلسه سی‌ودوم، صص. ۱۳۱۴-۱۳۱۰.

۴. همان، ص. ۱۳۱۱.

کلیه صلاحیت‌های رهبری در اصل ۱۱۰ از این جهت که تنها در «اختیار» رهبر است و هیچ مقام یا ارگان دیگری صلاحیتی در اجرای آن‌ها ندارد جزء اختیارات رهبر محسوب می‌شود و به این جهت که رهبری «باید» آن‌ها را انجام دهد جزء وظایف وی تلقی می‌شود و مبرهن است که اِعمال هریک از این صلاحیت‌ها در پرتو کلیه اصول قانون اساسی معنا و مفهوم خاص خود را می‌یابد و الزاماً اقتضائات تمامی بندهای اصل ۱۱۰ یکسان نخواهد بود.

«حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه» یک اصل کلی است که از طریق آن می‌توان به جزئیات مشخص و روشنی دست یافت زیرا اوضاع و احوال کشور در هر زمان مستلزم تدبیر و حرکت متناسب است. تنظیم روابط در واقع یک کردار سیاسی است که نمی‌توان آن را در قالب موضوعی مشخص درآورد. اما به‌هرحال، در صورت بروز و وقوع اختلاف، مقام رهبری به علت اشرافی که بر قوای سه‌گانه دارد، می‌تواند به حکمیت و داوری بنشیند و اختلاف فی‌مابین را حل کند. بدیهی است که در این صورت، اصول قانون اساسی حاکم بر قوای مذکور همچنان می‌بایست پابرجا باشد.[1]

در خصوص حدود صلاحیت ناشی از بند ۷ اصل ۱۱۰ علاوه‌بر اهمیت وافر اصل حاکمیت قانون اساسی، لازم به ذکر است در مواردی اختلاف‌ها از تمایل به تجاوز از حدود قانون مایه می‌گیرد و اصولاً عدم تمکین به قانون را نمی‌توان به‌عنوان اختلاف موضوع بند ۷ اصل ۱۱۰ دانست که نیاز به سازوکار علی‌حده‌ای برای حل آن داشته باشد، بلکه به نظر می‌رسد اختلافی که ناشی از برداشت متفاوت از قانون یا ابهام و نقص قانون یا به‌طور کلی اختلافاتی که خاستگاه حقوقی و سیاسی دارند، اما حکم قانونی مشخصی ندارند، می‌تواند به‌عنوان اختلاف موضوع بند ۷ اصل ۱۱۰ قرار گیرد. حتی در این صورت نیز رهبر در اجرای بند ۷ اصل ۱۱۰ نمی‌تواند سازوکار قانونی مشخص برای حل اختلاف و تنظیم روابط قوا را نادیده بگیرد و ملزم به اجرای کامل قانون اساسی است. وانگهی در مواردی که حل اختلاف و تنظیم روابط قوا از طرق عادی و بر مبنای سازوکار قانونی قابل حل یا به مصلحت نباشد، موضوع ذیل بند ۸ اصل ۱۱۰ جای می‌گیرد. طُرفه آنکه بر اساس قانون اساسی، حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت می‌پذیرد. ازاین‌رو در موارد اخیر باید مرزی را بین بند ۷ و بند ۸ اصل ۱۱۰ قائل باشیم. معضل به نسبت اختلاف در درجه‌ای بالاتر از اضطرار قرار دارد که راه‌حل فوق‌العاده آن را توجیه می‌نماید. درنتیجه

۱. هاشمی، سیدمحمد؛ حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، میزان، جلد دوم، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵، ص. ۷۳.

ولی‌فقیه، ولایت مطلقه خود، یعنی اقدام فوق‌العاده و فراقانونی بنا به مصلحت را اِعمال کرده و مضافاً اینکه بر اساس قانون اساسی و در انطباق با اصل حاکمیت قانون اساسی (در مفهوم بومی آن) بوده است و این اصلاً راهکاری برای تعامل و نزدیک‌کردن دو اصل ولایت مطلقه و حاکمیت قانون به یکدیگر است.

۴-۱. بررسی اقدامات صورت‌گرفته در اجرای بند ۷ اصل ۱۱۰

مقام رهبری بارها در جهت تنظیم روابط و حل‌وفصل اختلافات فی‌مابین قوا به‌موجب بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و همچنین ولایت و تسلط ایشان بر قوا وفق اصل ۵۷ قانون اساسی، اقدامات، احکام، بیانات و توصیه‌هایی داشتند که در این مبحث به مواردی از آن اشاره می‌کنیم.

لازم به ذکر است تا پیش از بازنگری قانون اساسی نیز با وجود اینکه حل اختلاف و تنظیم روابط قوا در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ از وظایف و اختیارات رهبری دانسته نشده بود و رئیس‌جمهور این مهم را برعهده داشت. وانگهی در همان زمان نیز بسیاری از اختلافات قوا نزد حضرت امام(ره) مطرح می‌شد و حتی ایشان هیئتی را برای حل اختلافات میان قوا در سال‌های اول انقلاب تشکیل دادند.[۱]

یکی از شیوه‌هایی که مقام معظم رهبری برای تنظیم روابط و حل‌وفصل اختلافات قوا به کار می‌گرفته‌اند، تشکیل جلسه با حضور سران قوای سه‌گانه بوده است.[۲] به‌عنوان مثال در موضوع ادغام وزارتخانه‌ها و اختلافی که بر سر اجرای ماده ۵۳ برنامه پنجم توسعه بین دولت و مجلس صورت گرفت، جلسه‌ای با حضور رهبری و رؤسای قوای مقننه و مجریه برگزار شد که در جهت حل اختلاف و تنظیم روابط دو قوه در این خصوص بود.[۳] لازم به ذکر است جلسات خصوصی سران قوا یکی دیگر از راهکارهایی

---

۱. در مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، نظر بعضی از اعضا بر این بود که در همان زمان نیز مناسب‌ترین مقام برای این وظیفه، مقام رهبری بود. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیشین، جلسهٔ سی‌وچهارم، ص. ۱۳۶۵.

۲. شیوهٔ مذکور حتی به‌صراحت در مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی پیش‌بینی شده است. در این خصوص آقای جنتی می‌گوید: «[...] آن کس که باید دعوت بکند بگوید رئیس قوه قضائیه بیاید، رئیس قوه مجریه بیاید، رئیس قوه مقننه بیاید بنشیند سر یک جلسه با این‌ها صحبت کند فلان کار را باید انجام بدهید، این رهبر است. خوب اینکه قطعاً هست و در گذشته بوده، در آینده هم خواهد بود، در اینجا تصریح بشود». صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همان.

۳. رئیس مجلس شورای اسلامی، علی لاریجانی در مورد این جلسه این‌چنین اظهارنظر می‌کند: «برای حل این مسائل در قانون اساسی اصل ۱۱۰ پیش‌بینی شده که بر اساس آن، تنظیم (روابط) قوا و رفع

است که قوا خود در تعامل با یکدیگر روابط خویش را تنظیم و اختلافات فی‌مابین را حل کنند که این مهم از علنی‌کردن و انتقال اختلافات به بدنهٔ جامعه جلوگیری می‌نماید. در اینکه بزرگ‌نمایی و کشاندن اختلافات به میان مردم و متوجه‌ساختن وقت و هزینه جامعه نسبت به این موضوع، امری ناصواب است، تردیدی نیست، لیکن این امر نباید مجالی برای تضعیف نظارت عمومی مردم شود؛ چه آنکه روابط قوا و به تبع آن، اختلافات بین ایشان تماماً جنبه خصوصی ندارد جز اندکی و آنچه رخ می‌نماید جنبه عمومی آن است و این حقّ مردم است از آنچه در آن ذی‌نفع هستند، مطلع باشند. به‌عبارتی این موضوع اداره امر عمومی با مصلحت خصوصی است که به‌هیچ‌وجه زیبنده نخواهد بود. طُرفه آنکه این امر می‌تواند احتمال هرچند اندک زدوبند پشت پرده بین ایشان را نیز مرتفع سازد. اهمیت این موضوع به‌خصوص در مواردی که مربوط به حقوق ملت و منافع عمومی جامعه می‌شود، بیش از پیش هویدا می‌شود.

صدور احکام حکومتی نیز از دیگر اقدامات رهبری برای حل اختلاف و تنظیم روابط قوا بوده است. رهبر انقلاب از طریق اعمال ولایت مطلقه بنابر اصل ۵۷ قانون اساسی، در مواردی احکام حکومتی صادر کرده که از جمله آن‌ها می‌توان به احکامی که متضمن حل اختلاف و تنظیم روابط قواست اشاره کرد. به‌عنوان مثال در اختلاف دولت نهم و مجلس هفتم در دی‌ماه ۸۶، بر سر مخالفت دولت با ابلاغ قانون مجلس و در نهایت، نامه رئیس مجلس به رهبری برای حل اختلاف قوا براساس بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، مقام معظم رهبری حکم حکومتی خویش را این‌گونه صادر کردند: «بسمه تعالی؛ کلیه مصوبات قانونی که فرایند مذکور در قانون اساسی را طی کرده است برای همه قوای کشور لازم‌الاجراست. سیدعلی خامنه‌ای ۸۶/۱۰/۳۰».[1]

علاوه‌بر این‌ها، فرمایش‌ها و نصایحی که رهبری در دیدار با مسئولین قوا و همچنین سخنرانی‌های عمومی را که ایشان در خصوص روابط قوا و لزوم تعامل قوا دارند می‌توان از دیگر شیوه‌های اعمال بند ۷ اصل ۱۱۰ دانست. البته این بیانات و سخنرانی‌ها از حیث تکلیفی یا توصیه‌ای‌بودن برای قوا در یک سطح نیستند. علاوه‌بر این، بعضی از آن‌ها نیز کلی و بعضی دیگر موردی و خاص هستند. به‌عنوان مثال، مقام معظم رهبری در پیام خود به مجلس نهم به مناسبت افتتاح نهمین دوره مجلس، بر تعامل و همکاری

اختلاف با مقام معظم رهبری است و ایشان تنظیم‌کننده هستند و این کار انجام شده و مسئله از نظر ما حل‌شده می‌باشد[...] این دیدار در راستای تنظیم (روابط) قوا صورت گرفت». به نقل از روزنامه شرق، شماره ۱۲۴۶، ۱۳۹۰/۲/۲۵، ص. ۱.

۱. به نقل از روزنامه اعتماد، شماره ۱۵۹۶، ۱۳۸۶/۱۱/۲، ص. ۱.

قوا و فصل‌الخطاب‌بودن قانون تأکید کردند.[1] همچنین سخنان ایشان در جمع دانشجویان و دانش‌آموزان در آبان ۹۱ نمونه دیگری از این امر اما با تأکید و صراحت بیشتری است.[2] حل اختلاف و تنظیم روابط قوا در بیانات رهبر انقلاب در دیدار بسیجیان (آذر ۹۱) این‌بار به‌طور خاص‌تر و در موضوع طرح سؤال از رئیس‌جمهور نمود پیدا می‌کند، جایی که رهبری از لزوم توقف طرح سؤال از رئیس‌جمهور می‌گوید.[3] البته اینکه مورد اخیر، جزئی از حل اختلاف و تنظیم روابط قوا موضوع بند ۷ اصل ۱۱۰ می‌شود یا خیر، قابل تأمل به نظر می‌رسد. گویا در این مورد نیز با حکم حکومتی مواجه باشیم. اما صرف‌نظر از ارزیابی آن و مختصر آنکه احکام حکومتی، ازجمله عرف‌های حقوق اساسی ایران به شمار می‌آیند.[4] در خصوص جایگاه عرف‌های حقوق اساسی در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، نباید از این امر غافل شد که خاستگاه عرف‌هایی از این دست به نظام حقوق اساسی انگلستان برمی‌گردد که در ماهیت و شکل آن، تفاوتی سترگ با نظام حقوقی ایران دارد. در نظام حقوق اساسی کشوری چون انگلستان، عرف‌های حقوق اساسی جای خود را به‌درستی یافته‌اند و این رویه‌ها همواره در جهت پیشرفت و تکامل نظام حقوقی این کشور گام برداشته است. اما درمورد نظام حقوق اساسی ایران، به نظر می‌رسد باید با حزم و احتیاط به موضوع نگریست زیرا این عرف‌ها می‌تواند در مواردی اصل حاکمیت قانون را تحت‌الشعاع خود قرار دهد.

یکی دیگر از اقدامات رهبری در اجرای بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، تشکیل کارگروه حل اختلاف دولت و مجلس بوده است. ماجرای تشکیل این کارگروه به نامه محمود

۱. در قسمتی از این پیام آمده است: «همکاری حقیقی و صمیمی با قوای دیگر و پرهیز از چالش‌های ناموجه نیز یک شاخص مهم دیگر و دارای سهم تعیین‌کننده در اتحاد ملی است که دلسوزان کشور، همواره بر آن پای فشرده و منافع عمومی و وجاهت چهره ملت ایران در چشم جهانیان را در گرو آن دانسته‌اند. این توصیه عیناً به دیگر قوای کشور و همه اشخاص و نهادهای مسئول نیز متوجه است. همه باید قانون را فصل‌الخطاب بدانند». به نقل از روزنامه اعتماد، شماره ۲۴۰۶، ۹۱/۳/۸.

۲. ایشان در این رابطه فرمودند: «[...] اختلاف‌نظر طبیعی است اما این اختلاف‌نظر نباید به اختلاف در عمل و گریبان‌گیری و مچ‌گیری در مقابل مردم تبدیل شود. [...] از امروز تا روز انتخابات، هر کسی که بخواهد اختلاف‌ها را به میان مردم بکشاند و از احساسات آن‌ها در راستای اختلافات استفاده کند، قطعاً به کشور خیانت کرده است [...]».

۳. سخنان مقام معظم رهبری در جمع بسیجیان، ۱۳۹۱/۹/۱، به نقل از روزنامه اعتماد، شماره ۲۵۵۱، ۱۳۹۱/۹/۲.

۴. در این خصوص، ن.ک: گرجی، علی‌اکبر؛ «عرف‌های حقوق اساسی؛ با نگاهی به نظام حقوقی ایران»، نشست تازه‌های حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰/۹/۲۸.

احمدی‌نژاد به رهبری بازمی‌گردد. این نامه اعتراض دولت به مجلس در خصوص محدودکردن اختیارات رئیس‌جمهور را در پی داشت و خواهان بررسی ابهامات در خصوص حدود و مرزهای تقنین و اجرا شده بود. البته نامه رئیس‌جمهور، نامه مجلس را نیز به دنبال داشت چرا که مجلس نیز طی نامه‌ای، گزارشی را اعلام و مطرح کرد که طبق قانون و اختیاراتی که قانون اساسی به آن‌ها داده است انجام وظیفه می‌کند و ابهامی وجود نداشته است. در واکنش به این نامه‌نگاری‌ها، رهبر انقلاب این موضوع را به شورای نگهبان ارجاع می‌دهند تا با تشکیل کارگروه مشترکی از دولت، مجلس، شورای نگهبان و صاحب‌نظران، راهکاری در این خصوص ارائه شود. در نهایت نیز کارگروه، گزارش و پیشنهادهای خود را تقدیم رهبری می‌کند. اما گویا این راهکار نیز قانع‌کننده نبوده است که رهبر انقلاب یک نهاد دائمی را برای حل‌وفصل اختلافات و تنظیم روابط قوا پیش‌بینی می‌کنند. «هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه» نیز بر همین اساس نضج می‌گیرد که در بخش بعدی بدان می‌پردازیم.

۲- هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه

مقام معظم رهبری در اجرای بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و در جهت حل اختلافات و تنظیم روابط قوا، در مردادماه ۱۳۹۰، هیئتی را به نام «هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه» تشکیل دادند.[۱] تأسیس چنین هیئتی که به‌عنوان نهاد-سازی در عرصه حقوق اساسی قابل طرح است، سؤالات متعددی را پیرامون خود جلب

۱. متن حکم رهبر انقلاب به این شرح است:

«بسم الله الرحمن الرحیم

آیت‌الله جناب آقای سیدمحمود هاشمی شاهرودی (دامت برکاته)

در اجرای بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه به‌منظور بررسی و ارائه نظرات مشورتی در موارد حل اختلاف و تنظیم روابط سه قوه تشکیل می‌شود و جنابعالی و آقایان حجت‌الاسلام سید محمدحسن ابوترابی فرد، سید مرتضی نبوی، عباسعلی کدخدایی و سیدصمد موسوی خوشدل به‌عنوان اعضای آن هیئت عالی برای یک دوره ۵ ساله انتخاب می‌شوید. ریاست هیئت مذکور بر عهده جنابعالی خواهد بود.

لازم است مسئولان عالی نظام، خود در تعامل با یکدیگر، روابط قوا را به نحو مطلوب تنظیم و اختلافات احتمالی را رفع کنند و کمال همکاری را با هیئت مذکور به عمل آورند.

از خداوند متعال توفیق همگان را خواستارم.

سیدعلی خامنه‌ای

۳ مردادماه ۱۳۹۰»

به نقل از روزنامه کیهان، شماره ۱۹۹۸۳، ۱۳۹۰/۵/۴، ص. ۳.

می‌کند. به‌منظور تحلیل و شناخت بهتر هیئت مذکور، این بخش در چهار قسمت تقسیم‌بندی شده است. بند نخست پیرامون سوابق و پیشینه شکل‌گیری هیئت در بستر تاریخی معطوف گشته است. سپس در ادامه، پشتوانه‌ها در غالب مبانی و ضرورت‌های تشکیل هیئت و ماهیت حقوقی آن به رشته تحریر درآمده است. در قسمت سوم نیز مطالب عدیده‌ای پیرامون وظایف و اختیارات هیئت عالی تقریر و تشریح شده است. قسمت پایانی این بخش نیز متمرکز بر رویه و عملکرد هیئت در مدتی است که از تشکیل آن می‌گذرد.

۱-۲. پیشینهٔ شکل‌گیری

شخص بنیان‌گذار جمهوری اسلامی را باید نخستین فردی در نظام دانست که مبادرت به رفع اختلافات از مجرای یک هیئت حل اختلاف نمود. امام خمینی(ره) به دنبال غائله ۱۴ اسفند ۱۳۵۹ و حوادث و اختلافات کلان پس از آن، دستور تشکیل «هیئت حل اختلاف» را صادر نمود. لیکن شروع این حوادث که منجر به تشکیل هیئت مزبور شد، اتفاق‌هایی بود که از سخنرانی آقای ابوالحسن بنی‌صدر، رئیس‌جمهوری وقت ایران در دانشگاه تهران شروع شد.[۱] اختلاف ریاست جمهوری صرفاً با مجلس نبود و بسیاری از نهادهای مهمّ مملکتی نظیر نخست‌وزیر که البته معرفی‌شدهٔ خود وی بود، ریاست دیوان عالی کشور[۲] و برخی نهادها و شخصیت‌های مهمّ مملکتی را دربرمی‌گرفت. ادعای تخلف از قانون از هر دو سمت منازعه مطرح بود.[۳] نهایتاً امام خمینی(ره) چاره‌اندیشی نمودند و هیئتی را که بعدها عنوان هیئت سه‌نفره را نیز به خود گرفت، تشکیل دادند.[۴]

---

۱. موسوی اردبیلی، عبدالکریم؛ غائله چهاردهم اسفند ۱۳۵۹، انتشارات دادگستری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، صص.۲۰-۱۶.

۲. ن.ک: روزنامه اطلاعات، ۱۳۵۹/۱۲/۲۴. همچنین رئیس دیوان عالی کشور در موارد مختلف مدعی بود که رئیس‌جمهور میانهٔ چندانی با ولایت فقیه ندارد و این از بدو تصویب قانون اساسی هویدا بود: «ایشان اصرار بلیغ داشتند که قانون اساسی بدون ولایت فقیه تصویب بشود[...] ». ن.ک: گفت‌وگو با آیت‌الله سیدمحمد حسینی بهشتی، موجود در : مظفّر، محمدجواد؛ اولین رئیس جمهور، انتشارات کویر، چاپ سوم، ۱۳۷۸، ص. ۱۵۵.

۳. سیدحسن آیت یکی از منتقدین و مخالفین شدید بنی‌صدر در رویدادهای منتهی به عزل وی می‌گوید: « ... در مجلس، کاری که می‌کنیم [...] که نگذاریم بنی‌صدر از چهارچوب قانون خارج بشود». ن.ک: روزنامه انقلاب اسلامی، شماره ۲۸۳، ۲۹ خرداد ۱۳۵۹، ص. ۲.

۴. متن حکم امام خمینی(ره) به این شرح است:

«بسم الله الرحمن الرحیم

سرانجام آن نیز حکم صادره از هیئت مبنی بر محکومیت طرفداران رئیس‌جمهوری و شخص بنی‌صدر بود که مورد اعتراض شدید وی و طرفدارانش شد. ماهیت این هیئت نیز از سوی آن‌ها به‌شدت زیر سؤال رفت. در مقابل مخالفان رئیس‌جمهور و حتی خود حضرت امام خمینی(ره) نیز به تضعیف این نهاد واکنش نشان دادند.[1]

جناب حجت‌الاسلام آقای حاج شیخ محمدرضا مهدوی کنی- دامت افاضاته، جنابعالی را به نمایندگی خویش تعیین نمودم تا با نماینده‌ای که جناب آقای بنی‌صدر و نماینده دیگری که جناب حجت‌الاسلام آقای بهشتی و جناب حجت‌الاسلام آقای هاشمی رفسنجانی و جناب آقای رجایی تعیین می‌نمایند، موارد تخلفات از حقوق قانونی هریک رسیدگی بنمایند و نیز در زمان جنگ که زمانی استثنایی است، به اقوال و اعمال هرکس که موجب اختلاف و تشنج در کشور می‌شود رسیدگی بنمایند و نیز در همین زمینه، مطبوعات و رسانه‌های گروهی را مورد بررسی قرار دهید تا هرکس و هرچه به حسب رأی اکثریت متخلف و تخلف به شمار آمد در مرتبه اول به آنان تذکر دهید تا در اصلاح خود بکوشند و در مرحله بعد به‌وسیله رسانه‌های گروهی به مردم شریف کشور معرفی، و در تمام موارد فوق به دادستان کل کشور گزارش دهید. و دادستان کل کشور شرعاً موظف است تا با بی‌طرفی کامل، پس از طی‌کردن مراحل قانونی، موافق موازین شرعی و قانونی با آنان عمل نمایند. انتظار می‌رود که آنچه را به عهده آقایان گذاشته شده است، که یک تکلیف شرعی است، قاطعانه و بدون غمض عین عمل نمایند. لازم به تذکر است که برای اتحاد بیشتر بین نمایندگان، هیچ‌کدام از سه نماینده در خارج از جلسه، حقّ بازگوکردن نظر خود و اظهار مخالفت با رأی اکثریت را که موجب تضعیف هیئت گردد نداشته و در صورت تخلف، که موجب جنجال است، دادستان کل کشور با خود نماینده متخلف چون سایرین عمل خواهد نمود. لازم است نمایندگان و افرادی که آنان را تعیین می‌نمایند و همه نویسندگان و گویندگان برای حل معضلات جامعه، دست در دست یکدیگر دهند و در حدود قانونی وظایف خویش برای پیشبرد مقاصد عالی اسلام تلاش نمایند. والسلام علیکم و رحمه الله و برکاته».

الموسوی الخمینی، [آیت‌الله] روح‌الله، صحیفه نور، سازمان انتشارات انقلاب اسلامی، جلد ۱۴، چاپ دوم، ۱۳۷۶، صص. ۲۴۸-۲۴۹.

از طرف آقای ابوالحسن بنی‌صدر، آقای شهاب‌الدین اشراقی (داماد امام خمینی(ره)) معرفی شد. ازطرف آقایان بهشتی، هاشمی رفسنجانی و رجایی، آقای محمد یزدی به‌عنوان نماینده (در هیئت حل اختلاف) تعیین شدند. ن.ک: یزدی، محمد، خاطرات آیت‌الله محمد یزدی، به کوشش معاونت تدوین مرکز اسناد انقلاب اسلامی، مرکز اسناد انقلاب اسلامی،۱۳۸۰، ص. ۵۰۶.

۱. امام خمینی(ره) در یک سخنرانی به‌شدت طرفداران رئیس‌جمهوری را در تخریب حکم صادره از هیئت سه‌نفره، مورد شماتت قرار می‌دهند: «[...] به عهد خودتان در اینجا آمدید و قرار دادید[...] بعد از اینکه حکم رفته است و دیده است، موارد خلاف را دیده و یک جایی صحبت کرده است در روزنامه‌هاشان بود که این حکمیت مثل حکمیت «ابوموسی اشعری» است[...] نظیر آن حکمیتی است که ابوموسی اشعری برخلاف حضرت امیر(ع) رأی داده، من فرض می‌کنم این تهمت را به چند نفر عالم و چند نفر متدین زدند[...]». ن.ک: روزنامه اطلاعات، ۱۳۶۰/۳/۲۶.

پس از اعلام تقصیرات و تخلفات از سوی هیئت، ابتدا شخص رئیس‌جمهور از سِمت فرماندهی کل قوا، توسط رهبر انقلاب برکنار شد.[1] سپس به فاصله چند روز پس از آن، در ۱۳۶۰/۳/۲۴ با قید دو فوریت، طرح عدم کفایتِ سیاسیِ رئیس‌جمهور کلید خورد.[2] یک روز پس از آن، هیئت سه‌نفرهٔ حل اختلاف، به عمر کوتاه خویش بدرود گفت. در این تاریخ با استعفای نماینده رئیس‌جمهور، سخنگوی هیئت اعلام داشت که ازآن‌رو که در عنفوان تأسیس این هیئت، با نام سه‌نفرهٔ حل اختلاف کار خود را آغاز کرد، طبعاً با استعفای یکی از اعضا، هیئت منحل شده است و چون از محتوا تهی شده، به کار خود پایان داده است.[3] النهایه، چندی پس از آن نیز با رأی قاطع نمایندگان مبنی بر عدمِ کفایتِ سیاسی رئیس‌جمهور، امام خمینی(ره) بنی‌صدر را عزل نمودند.[4]

البته همان‌طور که از فرمان امام(ره) و تدابیر هیئت مشهود شد، هیئت مزبور بیشتر بنا داشت تا متخلف را معرفی نماید و به‌نظر می‌رسد که این هیئت بیش از آنکه رافع اختلافات باشد چالش دیگری پدید آورد که نهایتاً با اقدامات ریاست جمهوری با برکناری وی همراه شد.

همچنین تشکیل نهادی برای انجام وظایف مربوط به تنظیم روابط قوا در سال ۱۳۶۵ در مجلس شورای اسلامی مطرح شد. نمایندگان دوره دوم مجلس در هنگام تصویب «قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری» مصوب ۱۳۶۵، پیشنهاد شورای تنظیم روابط قوای سه‌گانه را مورد بررسی قرار دادند.[5]

بر اساس ماده ۱۴ پیشنهادی «در اجرای اصل پنجاه‌وهفتم و صدوسیزدهم قانون اساسی به‌منظور برقراری ارتباط صحیح و منطقی و تنظیم روابط میان قوای سه‌گانه، شورایی مشورتی به نام شورای تنظیم روابط قوای سه‌گانه از مقامات ذیل تشکیل می‌شود:

الف) رئیس‌جمهور به‌عنوان رئیس شورا و تنظیم‌کنندهٔ روابط قوای سه‌گانه و رئیس قوه مجریه.

ب) رئیس دیوان عالی کشور به‌عنوان رئیس قوه قضائیه.

ج) رئیس مجلس شورای اسلامی به‌عنوان رئیس قوه مقننه.

---

۱. روزنامه اطلاعات، ۱۳۶۰/۳/۲۱.

۲. روزنامه اطلاعات، ۱۳۶۰/۳/۲۵.

۳. روزنامه کیهان، ۱۳۶۰/۳/۲۶.

۴. روزنامه اطلاعات، ۱۳۶۰/۴/۱.

۵. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، پیشین، دوره دوم، جلسهٔ دویست‌وشصت‌وسوم، ۱۳۶۵/۲/۳، روزنامه رسمی، شماره ۱۲۰۱۳، صص. ۲۲-۲۰.

د) نخست‌وزیر به‌عنوان رئیس هیئت وزیران.

جلسات این شورا ماهی یک‌بار در دفتر ریاست جمهوری تشکیل می‌شود و درصورت لزوم به درخواست هریک از اعضا و دعوت رئیس‌جمهور، جلسات فوق‌العاده نیز تشکیل خواهد شد». بر اساس تبصره این ماده درصورت اقتضا رئیس شورا از سایر مسئولین برای شرکت در جلسات شورا دعوت به عمل می‌آورد.

نمایندگان مجلس با این استدلال که تشکیل شورا ایجاد محدودیت در اِعمال اختیارات توسط رئیس‌جمهور است با ماده مذکور مخالفت کرده و مانع تصویب آن شدند.[1]

اما یک سال مانده به تشکیل هیئت عالی، رئیس‌جمهور، نامه‌ای مبنی بر وجود برخی اختلافات در روابط قوا که عمدتاً معطوف به حدود وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور و مرزهای تقنین و اجرا می‌شد، به رهبری می‌نویسد. ایشان نیز بررسی موضوع را به شورای نگهبان ارجاع می‌دهند. رهبر انقلاب، شورا را مکلف نمودند که با استماع نظرات نمایندگان مجلس، دولت و صاحب‌نظران، اختلافات را از طریق تفسیر قانون اساسی حل کند. شورا نیز برای بررسی موضوع، اقدام به تشکیل کارگروهی متشکل از نمایندگان دولت، مجلس، شورای نگهبان و برخی حقوق‌دانان کرد.[2] کارگروه حل اختلاف، هجده جلسه تشکیل داد و طرفین (دولت و مجلس) استنادات و مدارک خود را از تخلفات یکدیگر ارائه کردند. آنچه مجلس به‌عنوان تخلفات دولت عنوان می‌کرد سرپیچی از اجرای قوانینی همچون عدم اختصاص بودجه مترو، هدفمندسازی، ادغام وزارتخانه‌ها، عدم معرفی وزیر ورزش، کاهش ساعت کار ادارات در ماه رمضان برخلاف نظر مجلس، تأخیر در ارایه لایحه بودجه سال ۹۰، سرپرستی شخص رئیس‌جمهور بر وزارت نفت و...بود و این موارد از مهم‌ترین اعتراضات مجلسی‌ها بود. در مقابل، دولت معترض به دخالت قوه مقننه در امور اجرایی فراتر از اختیارات قانونی‌شان بود. سرانجام در آبان‌ماه ۸۹ و پس از تشکیل هجده جلسه از سوی کارگروه حل اختلاف، نتیجه آن در غالب گزارشی به رهبری ارائه شد و پس از آن نیز به حال تعلیق درآمد.[3] اما چیزی نگذشت

۱. همان.

۲. علی لاریجانی، چهار نفر از مجلس یعنی ابوترابی، باهنر، دهقان و توکلی را به نمایندگی از قوه مقننه معرفی کرد تا در این کارگروه شرکت کنند. از طرف دولت، الهام، عزیزی، میرتاج‌الدینی و فاطمه بداغی معرفی شدند. از شورای نگهبان نیز آیت‌الله جنتی، علیزاده و کدخدایی حضور داشتند. از حقوق‌دانان نیز سه نفر که سابقه عضویت در شورای نگهبان را داشتند، مهرپور، مدنی و افتخار جهرمی حضور یافتند. به نقل ار روزنامه شرق، شماره ۱۳۰۴، ۱۳۹۰/۵/۵.

۳. ویسمه، اعظم؛ «بازخوانی شکل‌گیری هیئت حلّ اختلاف قوا»، روزنامه شرق، شماره ۱۳۰۴، ۱۳۹۰/۵/۵، ص. ۲.

که عدم کارآمدی این رویکرد در حل اختلافات قوا نمایان شد و مقام رهبری را بر آن داشت که یک هیئت ویژه و دائمی را در این خصوص تشکیل بدهد.

۲-۲. مبنا و ماهیت حقوقی

مقدمتاً باید گفت همان‌گونه که در حکم رهبری هم آمده، تشکیل این هیئت بر مبنای بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی صورت گرفته است که ازجمله وظایف و اختیارات رهبری است.

شایان ذکر است اگرچه بر اساس ذیل اصل ۱۱۰ قانون اساسی، مقام رهبری می‌توانست وظیفه فوق را به هیئت تفویض نماید که در این صورت نظر هیئت، نظر نهایی و لازم-الاجرا می‌بود، لیکن تشکیل هیئت عالی حل اختلاف به‌منزله تفویض اختیارات بند ۷ اصل ۱۱۰ به این هیئت نبوده، بلکه هیئت صرفاً به بررسی موضوعات مطرح‌شده پرداخته و سعی در حل‌وفصل اختلافات و تنظیم روابط خواهد کرد و نظر خود را به مقام رهبری اعلام می‌نماید و تصمیم‌گیرندهٔ نهایی در رابطه با موضوع، ایشان خواهند بود. به‌عبارت‌دیگر، هیئت مزبور، یک نهاد مشورتی برای رهبری به حساب می‌آید. همان‌گونه که مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز در تعیین سیاست‌های کلی نظام، بازوی مشورتی رهبری بوده و سیاست‌های کلی نظام را به رهبری پیشنهاد می‌دهد، لیکن در نهایت، این سیاست‌ها توسط ایشان تأیید و ابلاغ می‌شود. با توجه به برتری مقام رهبری نسبت به سه قوه، تصمیمات متخذه در راستای اِعمال وظیفه حل اختلاف و تنظیم روابط قوا برای کلیه قوا لازم‌الاجرا بوده و مسئولین مربوطه مکلف‌اند که تصمیمات متخذه را اجرا نمایند. این وظیفه از تشتت و پراکندگی قوا جلوگیری کرده و موجب همسویی عملکرد آن‌ها می‌شود. به‌عبارت‌دیگر در حکم رهبری تفویض اختیار صورت نگرفته و اتخاذ تصمیم نهایی درباره اختلافات قوا و تنظیم روابط آن‌ها همچنان با خود رهبری است. این مهم از حکم تشکیل هیئت عالی نیز که اشعار می‌دارد «به‌منظور بررسی و ارائه نظرات مشورتی» به‌خوبی نمایان است.[۱]

۱. «در حقوق عمومی، اصل بر عدم تفویض است مگر آنکه قانونگذار عادی یا اساسی به آن تصریح کرده باشند. در این زمینه، تصریح قانون اساسی وجود دارد اما شرایط آن در ذیل اصل ۱۱۰ شفاف بیان نشده است. مثلاً آیا منظور از «بعضی از اختیارات و وظایف» شامل هریک از بندهای اصل۱۱۰ می‌شود؟ یا قسمتی از صلاحیت‌های مندرج در هریک از بندهای اصل۱۱۰ مستثنا می‌شود؟ نکته دیگر آنکه آیا اساساً می‌توان فرض کرد که شمول ذیل اصل ۱۱۰ شامل همه بندها می‌شود، مانند تفویض حکم ریاست جمهوری پس از انتخاب مردم؟! بنابراین به نظر می‌رسد بدیهی است که وظایف و اختیارات رهبری قائم به شخص رهبری است و قانون اساسی با توجه به شرایط مقرر در اصول ۵، ۱۰۷ و ۱۰۹ و اوصاف

وظیفه حل اختلاف و تنظیم روابط قوا، تعارضی با سایر وظایف نهادهای مذکور در قانون اساسی ندارد. با توجه به این امر نمی‌توان هیئت عالی حل اختلاف را نهادی موازی با مجمع تشخیص مصلحت نظام دانست. اساس تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام، حل اختلاف بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان است. بر اساس اصل ۱۱۲ قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع یا قانون اساسی بداند و مجلس با درنظرگرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند، تشکیل شده است. از دیگر وظایف مجمع، مشورت‌دادن به مقام رهبری در امر تعیین سیاست‌های کلی نظام و حل معضلاتی است که از طریق عادی قابل‌حل نیست. همان‌گونه که مشخص است هیچ‌یک از وظایف مجمع با وظیفه حل اختلاف و تنظیم روابط قوا در تعارض نبوده و مجمع کماکان اقدام به انجام وظایف خود می‌نماید و هیئت عالی حل‌اختلاف نیز در راستای وظیفه مشورتی خود انجام وظیفه می‌کند.[1]

حل معضلات نظام، یکی از وظایف رهبری است که بر اساس بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بر عهده وی نهاده شده است. بر اساس این بند، یکی از وظایف رهبری، حل معضلات نظام که از طریق عادی قابل‌حل نیست از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام است. نکاتی در رابطه با حل معضلات نظام وجود دارد که این نهاد را از نهاد حل اختلاف و تنظیم روابط قوا متمایز می‌سازد. این بند در صورتی قابل اِعمال است که اولاً معضلی وجود داشته باشد، ثانیاً از طریق عادی قابل حل نباشد، یعنی نتوان از طرقی که در قانون مشخص شده است در رابطه با آن تصمیم‌گیری کرد.[2] حال آنکه تنظیم روابط قوا امری مداوم است و نیاز است که به‌طور مداوم، عملکرد قوا توسط رهبری مورد

پیش‌بینی‌شده در آن اصول، صلاحیت‌هایی را به رهبری واگذار کرده است و لذا یکی از ایرادات وارد به قانون اساسی جمهوری اسلامی، پیش‌بینی تفویض مبهم در ذیل اصل ۱۱۰ قانون اساسی است. در نتیجه مواردی می‌تواند مشمول تفویض ذیل اصل ۱۱۰ قرار گیرد که شخصیت، صلاحیت ماهوی و صفات مندرج در اصول ۵، ۱۰۷ و ۱۰۹ قانون اساسی، شرط لازم و کافی انجام آن اقدامات نباشد، مانند مواردی که می‌تواند جنبه اجرایی داشته باشد از قبیل واگذاری فرماندهی نیروی انتظامی که غالباً در دوره‌های سابق، از سوی رهبری به وزرای کشور صورت گرفته است. موضوع حل اختلاف قوا، فارغ از نکات و شرایط پیشین، مستلزم توجه مستقیم رهبری و تصمیم‌گیری مستقیم از سوی خود ایشان است.» ن.ک: زارعی، پیشین، ص. ۱۴۳.

۱. دریشوند، ابوالفضل؛ «بررسی جایگاه هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه»، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، آبان ۱۳۹۰، ص. ۲۳.

۲. مهرپور، حسین؛ مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، دادگستر، ۱۳۸۷، ص. ۲۷۱.

نظارت قرار گیرد و درصورتی‌که این روابط از تعادل خارج شد با رهنمودهای لازم، روابط قوا را متعادل سازند. همچنین پیدایش اختلاف میان قوا نیز امری است که به دلیل وجود استقلال میان آن‌ها و حوزه‌های همکاری و فعالیت‌های آن‌ها به‌طور مداوم احتمال وقوع دارد و به‌وجودآمدن اختلاف میان قوا معضل تلقی نمی‌شود. البته ممکن است که اختلافات قوا در مقطعی تبدیل به معضل شود که هیچ راه‌حل عادی نداشته باشد که در این صورت و همان‌طور که گذشت، موضوع مشمول بند ۸ اصل ۱۱۰ خواهد بود و مقام رهبری از آن طریق اقدام به رفع معضل خواهند کرد.

هیئت جدیدالتأسیس، ترکیبی حقوقی- سیاسی دارد؛[1] چرا که اختلافات قوا و آنچه اکنون دیده می‌شود بعضاً صبغه‌ای حقوقی و در مواردی صبغه سیاسی دارند. «در خیلی از موارد، اختلافات بین قوا برخاسته از خاستگاه‌های سیاسی است و یک رویکرد و مبنای حقوقی مستحکم ندارد و بیشتر برآمده از موازنه سیاسی میان قواست. اما به‌هرحال نمی‌توان انکار کرد که رفع این موارد هم نیاز به سازوکارهای خردمندانه سیاسی- حقوقی دارد. مضاف بر اینکه در یک‌سری مسائل، واقعاً اختلاف حقوقی هم وجود دارد. مثلاً در مورد قلمرو صلاحیت‌های مجلس و صلاحیت‌های آیین‌نامه‌ای دولت نمی‌توان گفت همه اختلافات ریشه سیاسی دارد. بالاخره، در مواردی نحوه نگارش قوانین، خود منجر به ایجاد نزاع در عرصه اجتماع می‌شود. به‌عنوان مثال، تعیین دقیق قلمرو اصول ۷۱ و ۱۳۸ قانون اساسی به معنای حقیقی کلمه، نیاز به یک کوشش حقوقی عمیق و جامع‌الاطراف دارد».[2]

بعضی از حقوق‌دان‌ها، به‌عنوان مثال، به اختلافات قوه مقننه و قوه مجریه بر سر اجرای دو اصل ۷۱ و ۱۳۸ قانون اساسی اشاره می‌کنند و معتقدند چنین اختلافی ناشی از «تمرّد یک قوه از قانون» یا ناشی از «ابهام قانون» نیست، بلکه اینجا ما با «سعه قانون» مواجه هستیم. بنابراین تأکید هرکدام از قوا بر صلاحیت‌های خود و پاس‌داری از این صلاحیت‌ها که امری پسندیده محسوب می‌شود، خود از منظری دیگر به یک بگومگوی دائمی میان قوا تبدیل شده است. البته در این هم تردیدی نیست که در طول سه دهه

۱. می‌توان از آقایان کدخدایی و موسوی خوشدل به‌عنوان اعضای حقوقی و آقایان ابوترابی‌فرد و نبوی به‌عنوان اعضای سیاسی اشاره کرد. در رأس هیئت نیز آیت‌الله هاشمی شاهرودی قرار دارد که از این اعتبار، موجد هر دو عنوان حقوقی و سیاسی می‌شود.

۲. گرجی، علی‌اکبر؛ «پیرامون هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه»، مصاحبه با خبر آنلاین، ۱۳۹۰/۵/۵. قابل دسترسی در:

http://www.khabaronline.ir/detail/169554/weblog/gorji-aliakbar

گذشته، بعضی از سران قوا عدم تمکین به قانون را در پوشش «وجود قوانین مختلف» پنهان کرده‌اند. تشکیل این هیئت می‌تواند راه چنین سوءاستفاده‌ای را هم سد نماید.[1]

۳-۲. وظایف و اختیارات

آن‌طور که از حکم تشکیل هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه پیداست، محدوده وظایف و اختیارات این هیئت، معطوف به بررسی‌های کارشناسی و ارائه نظرات مشورتی در موارد حل اختلاف و تنظیم روابط قوا به رهبری است و مستقل از آن، وظیفه و اختیار دیگری ندارد. بنابراین روشن است دامنه وظایف و اختیارات هیئت مذکور، تحت‌الشعاع حیطه وظایف و اختیارات رهبری در اجرای بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی است که پیش‌تر نیز مورد اشاره قرار گرفت.

اما آنچه مربوط به این هیئت می‌شود این است که نهاد مذکور، حق مداخله در کارویژه‌های سایر نهادهای قانون اساسی، به‌عنوان مثال مجمع تشخیص مصلحت یا شورای نگهبان را ندارد و نمی‌توان به بهانه تشکیل این هیئت، تمام سازوکارهای موجود و پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی را کنار گذاشت. «وظایف و حیطه اختیارات قوای سه-گانه در قانون اساسی مشخص شده است و اصولاً دولت و به‌طور کلی هیچ‌کدام از نهادهای سیاسی اجازه واردکردن خدشه به صلاحیت اختصاصی یکدیگر را ندارند. مثلاً اگر قوه قضائیه (دادگاهی) با طی تشریفات قانونی و رعایت آیین دادرسی، حکمی علیه یکی از مقامات قوه مجریه بدهد، دولت حق اعتراض ندارد، چه هنگامی که قاضی حکمی را صادر کرده، الزاماً باید اجرا شود. صلاحیت‌های هیئت رفع اختلاف میان قوا شامل چنین مواردی نمی‌شود. نمی‌توان به دلیل تشکیل این هیئت، تمام سازوکارهای معمول و منطقی پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی را به‌هم ریخت و به‌گونه‌ای رفتار کرد که همه راه‌ها به این هیئت ختم شود. در مواردی که سازوکارها مشخص است و احکام قانون اساسی پاسخ‌گوی نیازها است، این هیئت نمی‌تواند وارد شود. اما در مواردی که اختلاف برداشت از قانون وجود دارد، تشخیص راه‌حل اختلاف با این هیئت است».[2]

۱. زارعی، سعدالله؛«جایگاه حقوقی و سیاسی هیئت عالی حل اختلاف»،روزنامه کیهان، ۱۳۹۰/۵/۸،ص.
۲. گرجی، علی‌اکبر؛ «در جایگاه دادرس اساسی»، ماهنامه علوم انسانی مهرنامه، شماره ۱۵، شهریور ۱۳۹۰، ص. ۱۴۶.

به‌طور کلی اصل حاکمیت قانون و تفکیک قوا و همچنین مسئولیت‌های سیاسی و قضایی قوه مجریه و اعضای آن که در قانون اساسی به‌روشنی مورد تأکید قرار گرفته است، موضوعاً از قلمرو هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوا خارج است.[1]

بنابراین اهمّ وظایف و اختیارات این هیئت، همان مبنای تشکیل آن است که عبارت از لزوم بررسی و کار کارشناسی و برای اتقان نظرات مشورتی در زمینه حل اختلاف و تنظیم روابط قواست. لازم به ذکر است آئین‌نامه داخلی هیئت[2] نیز تأکید بر این امر است و چیزی بیش از این نیست. بر اساس ماده ۱ این آئین‌نامه، وظایف اصلی هیئت، ارائه نظرات مشورتی در موارد حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه، اهتمام به منتفی‌ساختن اختلاف در مراحل رسیدگی با توافق طرفین، شناسایی آسیب‌ها و ارائه راه‌حل‌های کلّی، جامع و قاعده‌مند، رصد رفتار قوا به‌منظور انجام اقدامات پیشگیرانه قبل از بروز اختلاف و هم‌افزایی توانایی‌های قوای سه‌گانه تعیین شده است.

مطابق ماده ۹ آئین‌نامه داخلی هیئت نیز نظرها و راه‌حل‌های مهمّ مطروحه در جلسات هیئت در خصوص موضوعات مورد بررسی به همراه استدلال‌های ارائه‌شده، به استحضار مقام معظم رهبری می‌رسد و روشن است هیئت در این زمینه مستقلاً تصمیمی نمی-گیرد. بنابراین منظور از وظیفه «انجام اقدامات پیشگیرانه قبل از بروز اختلاف» که در ماده نخست آئین‌نامه مذکور مورد اشاره رفته، اقدام توسط رهبری بوده و صرفاً بررسی و پیشنهاد آن به رهبر انقلاب در حیطه وظایف و اختیارات هیئت است.

اما در خصوص وظیفه دیگر هیئت، یعنی «اهتمام به منتفی‌ساختن اختلاف در مراحل رسیدگی با توافق طرفین»، هیئت این ابتکار را خواهد داشت که با جلب توافق طرفین و تفاهم قوا، اختلاف مذکور را برطرف سازد. به‌عبارت‌دیگر در اینجا اختلاف توسط خود طرف‌های اختلاف حل می‌شود. این امر حتی در ذیل حکم تشکیل هیئت نیز مورد تأکید مقام معظم رهبری قرار گرفته که خواستار این هستند که «مسئولان عالی نظام، خود در تعامل با یکدیگر روابط قوا را به نحو مطلوب تنظیم و اختلافات احتمالی را رفع کنند». در این صورت بدیهی است که نیازی به ورود رهبری در این قضیه نخواهد بود.

---

۱. هاشمی، سیدمحمد؛ «حل اختلاف بین قوا به معنای دخالت در امور تفکیک شده نیست»، سایت خبرآنلاین، ۱۳۹۰/۵/۴، قابل دسترسی در:

http://www.khabaronline.ir/detail/164556/politics/parties

۲. آئین‌نامه داخلی هیئت در ۱۱ ماده توسط هیئت تدوین شده و در مهرماه ۱۳۹۰ به تصویب مقام معظم رهبری رسیده است.

۴-۲. رویه و عمل‌کرد

آئین‌نامه داخلی هیئت تا حدودی شکل و روند رسیدگی به اختلافات در هیئت عالی را مشخص کرده است. بر اساس ماده ۷ این آئین‌نامه، موارد حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه با ارجاع مقام معظم رهبری در دستور کار هیئت قرار می‌گیرد. همچنین مواردی از حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه که هیئت بررسی آنان را لازم بداند یا توسط یکی از رؤسای قوا به هیئت منعکس شود، پس از اعلام به مقام معظم رهبری و تأیید ایشان در دستور کار هیئت قرار خواهد گرفت.

در خصوص تشخیص اختلاف بین قوا، علاوه‌بر رهبری، سران قوا و همچنین خود هیئت می‌توانند در شرایط مختلف، اختلاف را تشخیص داده و به این هیئت ارجاع دهند. ممکن است خود قوا تشخیص بدهند که اختلافی پیش آمده که قابل حل به‌وسیله خودشان نیست و هر دو یا سه قوه تصمیم می‌گیرند که موارد اختلافی را به این هیئت ارجاع دهند و نظر کارشناسی و مشورتی این هیئت را دریافت کنند. در این‌گونه موارد، هیئت نظرات قوا را اخذ می‌کند و سپس نظر کارشناسی خود را ارائه می‌دهد. ممکن است در همین مرحله با نظر کارشناسی هیئت، اختلاف حل شود. در این رابطه پیش‌تر هم گفتیم که اصلاً «اهتمام به منتفی‌ساختن اختلاف در مراحل رسیدگی با توافق طرفین» از وظایف مصرّح هیئت در آئین‌نامه است.

گاهی ممکن است قوا موارد اختلافی خود را به رهبری ارجاع دهند و رهبری هم می‌تواند رأساً اقدام به حل اختلاف نمایند یا اینکه به این هیئت ارجاع دهند. حتی ممکن است خود این هیئت تشخیص دهد که اختلافی بین قوا به وجود آمده یا درحال پدیدآمدن است. در این صورت، نظر خود را درباره اختلاف پیش‌آمده به رهبری ارائه می‌دهد و خود رأساً دخالتی نخواهد کرد. اگر نظر مشورتی هیئت، نظر واحدی به اتفاق آرا باشد یک نظر مشترک به رهبری ارائه می‌شود اما در صورت اختلاف‌نظر، همه نظرات به رهبری تسلیم می‌شود.

در جریان بررسی و رسیدن به نظر مشورتی، هیئت، مقررات مربوطه و نظرات حقوقی را که در آن زمینه هست جمع‌آوری می‌کند. همچنین نظرات و استدلال‌های طرف‌های اختلاف را اخذ می‌کند و از آن‌ها برای شرکت در جلسات هیئت، دعوت به عمل می‌آورد. بر این اساس، اجازه رقابت، چالش آزاد و سالم به اطراف اختلاف به‌صورت برابر برای طرح مطالب در فضای کارشناسی و حقوقی در ماده ۲ آئین‌نامه داخلی هیئت به‌عنوان یکی از اصول و راهبردهای هیئت، مورد تأکید قرار گرفته است.

در معیّت هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه، کمیسیونی متشکل از تمام اعضای هیئت به‌غیراز رئیس هیئت قرار دارد. جلسات این کمیسیون، بیشتر حالت مقدماتی دارد و بحث‌ها را برای طرح در جلسه اصلی هیئت، پخته و آماده می‌کند. اما جلسات اصلی هیئت که متشکل از تمام اعضا است، دو هفته یک‌بار تشکیل می‌شود که البته در موارد فوری، جلسات فوق‌العاده هم تشکیل می‌شود. جلسات کمیسیونی هم به‌طور معمول، هر هفته تشکیل می‌شود و آن هم بر حسب نیاز، جلسات فوق‌العاده خواهد داشت. تشکیل این جلسات به‌صورت غیرعلنی است. علاوه‌بر این، مطابق ماده ۶ آئین‌نامه داخلی هیئت، جلسات هیئت با حضور حداقل دوسوم اعضا رسمیت می‌یابد.

بر اساس ماده ۳ آئین‌نامه داخلی، دبیرخانه هیئت برای بررسی‌های کارشناسی موردنیاز و انجام امور اداری و اجرایی تشکیل شده است. همچنین مطابق ماده ۱۰ این آئین‌نامه، هیئت و دبیرخانه آن از پشتیبانی دفتر مقام معظم رهبری در تمامی امور اجرایی، مالی، اطلاع‌رسانی، کارشناسی و غیره برخوردار خواهد بود.

هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه در بدو تشکیل خود، نقاط تماس در روابط قوای سه‌گانه را که زمینه بروز اختلاف و نیاز به تنظیم روابط قوا در آن‌ها وجود دارد، احصا کرده و با توجه به اولویت‌ها، نتایج رصد روابط قوا و درخواست‌های رؤسای قوا، به‌تدریج آن‌ها را در دستور کار خود قرار داده است. اهمّ این موارد عبارت‌اند از: نظام بودجه‌ریزی، ابلاغ مصوبات مجلس، مرزهای تقنین و اجرا، مسئولیت رئیس جمهور در اجرای قانون اساسی، نظارت رئیس مجلس بر مصوبات دولت و رأی اعتماد به وزرا.[1]

از زمانی که از تشکیل هیئت تاکنون می‌گذرد موارد کثیری در دستور کار این هیئت بوده که شاید مهم‌ترین آن‌ها بحث اختلاف دولت و مجلس بر سر نحوه اجرای فاز دوم طرح هدفمندکردن یارانه‌ها بوده است. براساس نظر هیئت که به مقام معظم رهبری ارائه شد، هرگونه تصمیم‌گیری برای پرداخت‌ها در موضوع هدفمندی یارانه‌ها باید در بودجه سالانه و با مصوبه مجلس باشد. مجلس نیز اجرای این مرحله از قانون هدفمندکردن یارانه‌ها را با توجه به شرایط اقتصادی کشور به مصلحت نمی‌دانست و در نهایت نیز همان شد.[2]

۱. گزارش دبیرخانه هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه، روزنامه کیهان، شماره ۲۰۰۸۴، ۱۳۹۰/۹/۷، ص. ۳.

۲. روزنامه جام‌جم، شماره ۳۴۰۲، ۹۱/۲/۱۶، ص. ۱.

تشکیل هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه در اجرای بند ۷ اصل ۱۱۰، به‌عنوان یک نهاد جدیدالتأسیس در عرصه حقوق اساسی، راه دراز و بس خطیری را در حل اختلافات قوا پیش رو دارد. ایجاد چنین هیئتی یک مجال جدید حقوقی و سیاسی در نظام پدید آورد و چشم‌انداز حل بعضی از چالش‌های حقوقی و سیاسی را که در سه دهه گذشته در پاره‌ای از موارد به صَرف وقت، فرصت، هزینه و نیروی بسیاری منجر شد، ترسیم کرد. در اینکه آیا در ادامه این هیئت می‌تواند در آینده به توفیقاتی دست یازد یا خیر و اینکه تا چه میزان می‌تواند در مرتفع‌ساختن اختلافات و معضلات میان قوا دست پیروزی بالا گیرد و سدّی بر پایان اختلاف و چالش میان قوا باشد، باید منتظر عملکرد آن در دیگر مواقع اختلافی و صدور نظر ماند.

نتیجه

در بررسی اختلافات میان قوا در سه دهه اخیر جمهوری اسلامی ایران، دو مطلب بیش از هر چیز قابل تأمل می‌نماید. نخست آنکه بیش‌وکم به صرافت آنچه در سال‌های اخیر میان دولت و نهادهای دیگر صورت پذیرفته، درانداختنِ طرحی که در آن، رفع اختلاف توسط یک نهاد ساده و زودگذر یا برتری‌دادن یک قوه بر دیگری در مسائل پیش آمده، چنین هویدا ساخت که فرجام کار، غالباً به نتیجه صحیحی نینجامیده است و به نظر می‌رسد مسئولین امر می‌بایست مسئله را کلان‌تر می‌نگریستند. اسلافِ نهاد جدیدالتأسیس نیز نیاکان متفاوتی نبودند؛ نهادهایی که در سال‌های ۵۹ و ۶۴ توسط بنیان‌گذار انقلاب تبیین شد، صرفاً به معضلات و مسائلی خُرد رسیدگی نمودند و در عمل نیز با انجام امر سپرده‌شده به طریقی پیش‌بینی‌شده، به عمر چند ماهه خویش بدرود گفتند. نکته دوم آنکه چون تشکیل این نهادها برخاسته از قانون مادر یعنی قانون اساسی نبوده است در عمل پس از طلوع پرفروغ خود در بدو تأسیس و انجام اقداماتی صورتاً برجسته ولی در سیرت تشریفاتی، غروبی بی‌فروغ را تجربه نموده‌اند. طُرفه آنکه از این تلمّذِ ناپخته، درسی هم به بر نشد و عملکرد دولت‌های نهم و دهم نیز این سلسله اختلافات را نگسست. مع‌الوصف در اختلافاتی که بین قوه مجریه و سایر قوا هست و نباید از آن غافل شد این است که هرچند در دولت‌های نهم و دهم اختلافاتی که قوه مجریه با سایر قوا پیدا کرد نسبت به دوره‌های قبلی کم‌نظیر و حتی در مواردی بی‌نظیر بود، اما این تصور که بروز اختلاف بر سر اجرای قانون، تنها مربوط به شخص رئیس‌جمهور می‌شود، گام‌نهادن در بیراه است. هرچند رؤسای جمهور پیشین اختلافی فاحش از یکدیگر در مَرام و مَسلک حکومت داشتند، هر کدام از ایشان به‌عنوان رئیس‌جمهور، دچار اختلاف و چالش بر سر اختیارات و وظایفشان شده‌اند. این امر نشان می‌دهد که مشکلی در قانون یا حداقل در تفسیر قانون وجود دارد. گام اول، پذیرفتن وجود این مشکل است. اتفاقاً این بزنگاه، جایی است که می‌شود تفاوت رفتارهای بالغانه و عاقلانه را از دیگران مشاهده نمود. نظام جمهوری اسلامی فقط سه دهه عمر دارد. اگر عیب و ایرادی در ساختار آن هست، رَوا نیست در اصلاح آن، تردید یا تعللی به خود راه دهیم.

منابع:

- آئین‌نامه داخلی هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه، مصوب ۱۳۹۰ مقام معظم رهبری.

- الموسوی الخمینی، [آیت‌الله] روح‌الله؛ **صحیفه نور**، چاپ دوم، سازمان انتشارات انقلاب اسلامی، جلد ۱۴، ۱۳۷۶.

- بلومفیلد، دیوید؛ **«استراتژی‌های حل اختلاف؛ عدالت و صلح‌گرایی مکمل و یا متضاد یکدیگرند؟»**، ترجمه: زرین شجری، فصلنامه سیاست خارجی، شماره ۸۰، زمستان ۱۳۸۵.

- دریشوند، ابوالفضل؛ **«بررسی جایگاه هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه»، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی**، آبان ۱۳۹۰.

- راسخ، محمد؛ **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، دراک، ۱۳۸۸.

- زارعی، سعدالله؛ **«جایگاه حقوقی و سیاسی هیئت عالی حل اختلاف»**، روزنامه کیهان، ۱۳۹۰/۵/۸.

- زارعی، محمدحسین؛ **«هیئت محدود به رسیدگی به موارد نامشخص در قانون است»**، مصاحبه با ماهنامه علوم انسانی مهرنامه، شماره ۱۵، شهریور ۱۳۹۰.

- سلطانی، سیدناصر؛ **«درآمدی تاریخی بر مسئله اجرای قانون اساسی»**، نشریه حقوق اساسی، سال هفتم، شماره سیزدهم، تابستان ۱۳۸۹.

- **صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی، جلد سوم، ۱۳۶۹.

- **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، جلد دوم، ۱۳۶۴.

- عمیدزنجانی، عباسعلی؛ **حقوق اساسی ایران، شامل: دوران باستان، دوره اسلامی، مشروطه و جمهوری اسلامی با اصلاحات بازنگری**، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.

- کدیور، محسن؛ **دغدغه‌های حکومت دینی**، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۷۹.

- کریستی، نیل؛ **«اختلاف‌ها به مثابه‌ی دارایی»**، ترجمه: حسین غلامی، مجله فقه و حقوق، شماره ۸، بهار ۱۳۸۵.

- گرجی، علی اکبر؛ «**پیرامون هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه-گانه**»، مصاحبه با خبر آنلاین، ۱۳۹۰/۵/۵. قابل دسترسی در:
http://www.khabaronline.ir/detail/169554/weblog/gorji-aliakbar
- گرجی، علی‌اکبر؛ «**در جایگاه دادرس اساسی**»، ماهنامه علوم انسانی مهرنامه، شماره ۱۵، شهریور ۱۳۹۰.
- گرجی، علی‌اکبر؛ «**عرف‌های حقوق اساسی؛ با نگاهی به نظام حقوقی ایران**»، **نشست تازه‌های حقوق عمومی**، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰/۹/۲۸.
- **گزارش دبیرخانه هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه**، روزنامه کیهان، شماره ۲۰۰۸۴، ۱۳۹۰/۹/۷.
- مظفر، محمدجواد، **اولین رئیس جمهور**، کویر، چاپ سوم، ۱۳۷۸.
- موسوی‌اردبیلی، عبدالکریم؛ **غائله چهاردهم اسفند ۱۳۵۹**، انتشارات دادگستری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴.
- مهرپور، حسین، و محمدحسین ملایری؛ «**نقّادی نظرورزی‌ها درباره مجمع تشخیص مصلحت**» (مصاحبه با آیت‌الله هاشمی رفسنجانی)، فصلنامه راهبرد، شماره ۲۶، زمستان ۱۳۸۱.
- مهرپور، حسین؛ **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، دادگستر، ۱۳۸۷.
- نجفی‌اسفاد، مرتضی، و فرید محسنی؛ **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، انتشارات الهدی، ۱۳۷۹.
- وندل، ریچارد؛ «**راه‌های حل مسالمت‌آمیز یک اختلاف**»، ترجمه: علیرضا طیّب، دوماهنامه اطلاعات سیاسی- اقتصادی، شماره ۲۶، بهمن و اسفند ۱۳۶۷.
- ویسمه، اعظم؛ «**بازخوانی شکل‌گیری هیئت حل اختلاف قوا**»، روزنامه شرق، شماره ۱۳۰۴، ۱۳۹۰/۵/۵.
- هاشمی، سیدمحمد؛ «**حل اختلاف بین قوا به معنای دخالت در امور تفکیک شده نیست**»، سایت خبرآنلاین، ۱۳۹۰/۵/۴، قابل دسترسی در:
http://www.khabaronline.ir/detail/164556/politics/parties
- هاشمی، سیدمحمد؛ **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد دوم، میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵.

- یزدی، محمد؛ **خاطرات آیت‌الله محمد یزدی**، انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۰.

- Baker, Samuel H., **"Why Executive Power Centralizes Government"**, Public Finance Review, Vol.33, No.6, 2005.

- Sung Kuo, Ming, **"Judicial Review as a Solution to Political Gridlocks? A Study of Taiwan's Grand Justices Council Interpretations Regarding the Jurisdictional Disputes within the Political Branch"**, National Taiwan University Law Journal, Vol. 30, No. 2, 2001.

قانون و اعتبار زمانی آن
با تأکید بر مفهوم و اوصاف قانون موقت

اقبالعلی میرزایی *

چکیده

قانونی که با انقضای مدت پیش‌بینی‌شده در آن و بدون نسخ‌شدن، خودبه‌خود، ملغی می‌شود قانون موقت است. به دیگر سخن، اعتبار قانون موقت با پایان‌یافتن مدت آن و بی‌آنکه نیازی به نسخ آن توسط قانونگذار باشد زایل می‌شود؛ درحالی‌که قوانین دیگر به اراده قانونگذار لغو(= نسخ) می‌شوند.

مدت اعتبار قانون آزمایشی نیز در آن معین است و به همین جهت، قانونی موقت محسوب می‌شود اما قانون موقت، اعم از آن است یعنی ممکن است قانون موقت، مصوب کمیسیون‌های داخلی مجلس نبوده و به تصویب مستقیم مجلس رسیده باشد.

در برابر قانون موقت، قانون دایمی قرار دارد که اعتبار آن، برخلاف قوانین موقت، محدود به زمان معین نیست و به همین جهت، تا زمانی که توسط قانونگذار نسخ نشده، همچنان معتبر و لازم‌الاجراست.

در کنار دو مفهوم قانون موقت و قانون دایمی، می‌توان از قوانین مقیّد سخن گفت: قوانینی که برای وضعیت‌های خاص و به‌منظور ادارهٔ امور حادث و گذرا تصویب می‌شود. قوانین زمان انقلاب، جنگ، حکومت نظامی و بحران‌های اجتماعی- اقتصادی مثال‌های مشهور در این باره است. این قوانین پس از بازگشت اوضاع به حالت عادی بدون موضوع شده و درنتیجه بلااجرا می‌ماند. اما ازآنجاکه مدت اعتبار آن، برخلاف قوانین موقت، به‌صراحت تعیین نشده است، نمی‌توان مشخص کرد دقیقاً چه زمانی اعتبارشان زایل می‌شود و به همین جهت، الحاق آن‌ها به قانون موقت، دشوار می‌شود. باوجود این، وابستگی قانون مقید به اوضاع‌واحوال معیّن، آن را از قوانین دایمی، ممتاز و به قوانین موقت، نزدیک می‌کند.

واژگان کلیدی: قانون موقت، قانون آزمایشی، قانون دایمی، قانون مقید.

---

* استادیار گروه حقوق دانشگاه شهرکرد Alimirzaee443@yahoo.com

مقدمه

در دنیای واقع، آنچه همواره در حال رخ‌دادن است اصلاح و ترمیم نظام حقوقی از طریق تغییر قوانین موضوعه است. همه نظام‌ها، به‌ضرورت، درحال نوشدن و تطبیق‌یافتن با نیازهای زمانه‌اند. قانون نیز همچون دیگر ابزارهای موردنیاز جامعه به تبع تحولات اجتماعی درحال دگرگونی و پویایی است. هر قانونی در مقطع زمانی معین و متناسب با نیاز اجتماع، لازم‌الاجراست و به تعبیری قانون دیروز به کار امروز نمی‌آید.

در مقاله حاضر، ضمن تأیید واقعیت وابستگی و ارتباط قانون با زمان، تلاش می‌شود تأثیر عنصر زمان در زندگی قانون مطالعه شود و با مداقه در جوانب موضوع، آثار عملی آن نمایان شود. در میان انواع قوانین، ارتباط قانون موقت با زمان، تنگاتنگ و بیشتر است. ازاین‌رو، بررسی مفهوم و احکام قانون موقت، مرکز مطالعه این تحقیق است و سعی شده تا اندیشه‌های فقهی و حقوقی رایج درباره اوصاف این نوع قانون و تمیز آن از مفاهیم مشابه، مطرح شود. نیز پاره‌ای از نظرهای شایع و مشهور مورد نقد واقع شود.

طرح نظریه عمومی قوانین و تبیین مبانی، مفهوم، قواعد عمومی و احکام اختصاصی انواع قانون ازجمله قانون موقت، در نوشته‌های حقوقی ما کمتر مورد اعتنا قرار گرفته و تنها در کتاب‌های مقدمه علم حقوق یا کلیات حقوق به مطالعه مقدماتی در این باره اکتفا شده است. این نوشتار در صدد است در جهت توسعه و فربهی این حوزه از ادبیات حقوقی گام بردارد. ازاین‌رو، ضمن تأملی تازه در مبانی حقوقی موضوع، سعی شده تا از جنبه‌های کاربردی بحث نیز غفلت نشود و به یاری منطق حقوقی در برابر ابهاماتی که در عمل پیش آمده یا در خلال مطالعه پیش رو قرار گرفته، پاسخی درخور داده شود.

این مقاله در سه بخش اصلی ارائه می‌شود: بخش نخست به شرح مفهوم قانون موقت و فواید عملی تفکیک آن از قانون دایمی می‌پردازد. در بخش دوم، احکام و قواعد مربوط به نوعی خاص از قوانین موقت یعنی قانون آزمایشی مطالعه می‌شود و در بخش سوم، مرز دو مفهوم قانون موقت و مقید ترسیم می‌شود تا ضمن شناخت مفهوم و احکام آن دو، جایگاه هریک مشخص و بحث در این باره کامل شود.

۱. مبانی و مفهوم قانون موقت

۱-۱. مفهوم قانون موقت و تمیز آن از قانون دایمی

در نوشته‌های فقهی و حقوقی در بیان یکی از شرایط وقوع نسخ حکم شرع یا قانون، وجود فاصله زمانی میان احکام و قوانین ناسخ و منسوخ، شرط دانسته شده است.[۱] تعریف مشهور اصولیان از نسخ، بر همین پایه استوار شده است که مطابق آن، «رفع حکم شرعی با دلیل شرعی متأخر» را نسخ گویند.[۲] به مقتضای قید «متأخّر» در تعریف نسخ، قانون ناسخ باید مدتی هرچند اندک پس از تصویب قانون منسوخ وضع شود.

از اینجا نقش عنصر زمان در اعتبار قانون و الغای آن، نمایان می‌شود چون بدون گذشت زمان از تصویب یک قانون، نسخ آن غیرممکن است. باوجود این، صِرف گذشت زمان برای تحقق نسخ قانون کافی نیست و نسخ حکم منسوخ به‌موجب قانون ناسخ واقع می‌شود. به همین جهت اگر قانونی پس از گذشت مدتی، خودبه‌خود و بدون وضع قانون ناسخ ملغی شود، نباید سخن از نسخ آن گفت.[۳] بر این مبنا، به‌کارگیری اصطلاح و عنوان نسخ در فرض پایان‌یافتن زمان اعتبار قانون موقت، نارواست.[۱]

---

۱ . ابن‌حزم؛ الاحکام فی اصول الاحکام، تصحیح احمد محمد شاکر، مطبعه‌السعاده، مصر، ۱۳۴۶ق، صص. ۱۰۶-۱۰۰؛ قمی، میرزا ابوالقاسم؛ قوانین‌الحکمه، مقصدالخامس فی‌النسخ، چاپ سنگی، ۱۲۷۳ق.؛ میثمی‌عراقی، محمود؛ قوامع‌الفضول عن وجوه حقایق‌الاصول، چاپ سنگی، ۱۳۰۵ ق، ص. ۲۹۱ و بعد. گفتنی است در کتاب‌های ناسخ و منسوخ و نوشته‌های اصول فقه، به هنگام بحث از احکام نسخ، ذیل عنوان شروط نسخ از اوصاف مقوم این مفهوم سخن گفته شده است. نویسندگان به تفاوت، تعداد این شروط را دو، سه، چهار و شش شرط دانسته‌اند. در مقام جمع نظرها، ارکان مقوم این مفهوم را در سه رکن زیر می‌توان یافت: ۱.نسخ حکم، سبب ازمیان‌رفتن اعتبار آن می‌شود. به عبارتی، حکم شرعی با وضع ایجاد و با نسخ معدوم می‌شود. ۲. وقوع نسخ، تنها به‌موجب انشای متأخر از حکم منسوخ ممکن است. بنابراین نه‌تنها تقدم زمانی حکم یا دلیل ناسخ بر حکم منسوخ عقلاً امکان ندارد، هم‌زمانی آن دو نیز ممکن نیست.۳. نسخ تنها به اراده شارع و مقنن واقع می‌شود. همچنان که اختیار وضع حکم، فقط به دست اوست. (برای مطالعه بیشتر در این باره، ن.ک: میرزائی، اقبال علی؛ اسلام، اولین دین و آخرین شریعت، تأملی تازه در دانش ناسخ و منسوخ در فقه اسلامی، انتشارات دانشگاه شهرکرد، ۱۳۹۰، صص. ۳۸-۳۵).

۲ . مجاهد طباطبائی، محمد؛ مفاتیح‌الاصول، چاپ سنگی، ۱۲۲۹ ق.

۳ . در تأیید این عقیده، ن.ک: کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، جلد۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، صص. ۳۲۶ ، ۳۴۴ و ۳۴۶؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق اموال، گنج دانش، ۱۳۵۵، ص. ۱۳؛ و از نوشته‌های فقهی، ن.ک: میرزای قمی، قوانین‌الحکمه، مقصد الخامس فی‌النسخ؛ میثمی عراقی، همان، ص.۲۹۰؛ غزالی، المستصفی، جلد۲، ص. ۱۰۷ ؛ سیوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن؛ الاتقان فی علوم القرآن، جلد۱، به تحقیق فواز احمد زمرلی، الجزءالثانی، دارالکتاب العربی، بیروت، ۱۴۲۱ق، ص. ۶۵۱.

این تفاوت مهم میان قوانین موقت و دایمی، ریشه در وابستگی تنگاتنگ قانون موقت با زمان دارد و سبب این ارتباط، اراده قانونگذار است. به دیگر سخن، اعتبار چنین قانونی، حسب انشا و اراده قانونگذار به زمان معیّن محدود است.

اگرچه در نوشته‌های حقوقی در باب مفهوم و اوصاف قانون موقت، کمتر بحث شده، در آثار برخی فقیهان اسلامی به هنگام بحث و کنکاش درباره قاعده «انفصال و جدایی دلیل ناسخ از حکم منسوخ» از این مفهوم و احکام آن به تفصیل یاد شده است. از نظر پاره‌ای فقیهان، شناخت کامل مفهوم نسخ حکم و ارائه تعریفی جامع از آن ممکن نیست مگر پس از فهم مقدماتی که مفهوم مذکور بر آن مبتنی است. ازجملهٔ این مقدمات، علم به اقسام تکلیف است. از یک منظر، تکلیف بر دو قسم است: تکلیف مستمر و تکلیف غیرمستمر(= مرّه)؛ در تکلیف مرّه، ورود نسخ بی‌معنی است زیرا چنین تکلیفی برحسب طبیعت خود با یک‌بار انجام، زایل می‌شود.[۲] بنابراین تحقق نسخ، منحصر به احکام و تکالیف مستمر است؛ باید همواره و تا هر زمانی که شارع بخواهد، به این‌گونه تکلیف‌ها عمل کرد. چنانچه نظر شارع بر عدم اجرای این دسته احکام و قوانین باشد، باید نسخ‌شدن آن‌ها را اعلام کند. باوجود این، همیشه چنین نیست زیرا استمرار حکم به دو گونه متصور است: نخست) گاه به حکم نص یا از قرائن دیگر می‌توان استمرار دایمی حکم قانون را فهمید. در این صورت، علم به زوال حکم، فقط به دلایل خارجی حاصل می‌شود. چنانچه این دلیل از ادله شرعی (= نقلی) باشد و بر دستور

نویسندگان غربی نیز میان قانون منسوخ (loi abrogée در حقوق فرانسه و abrogated or repealed act در حقوق انگلیس) و قانون موقت (loi temporaire در حقوق فرانسه و temporary act در حقوق انگلیس) تفاوت نهاده‌اند. همچنان که دو مفهوم انقضاء مدت قانون (disparation de la loi در نوشته‌های حقوقی فرانسه و laws expiring در آثار حقوق‌دانان انگلیس) و نسخ قانون (abrogation) از هم تفکیک شده‌اند. (Allen , C. Marty et Raynaud, 1972, p.181 (Kemp, 1963 , p.475;

۱ . باوجود این، برخی نویسندگان معتقدند: «قانون گاهی به انقضای اجل منسوخ می‌شود مانند نظام‌نامه ثبت شرکت بیمه عمر مصوب ۱۳۱۰» (جعفری لنگرودی؛ ۱۳۵۷، ذیل واژه: نسخ). در ماده ۲۲ قانون ۱۸ ژانویه ۱۷۸۹ فرانسه نیز مقرر شده است: «این قانون برای یک سال معتبر است و پس از آن منسوخ (abrogée) می‌شود مگر اینکه به تصویب مجدد برسد». البته بعید نیست که مراد از نسخ در این عبارات، معنای عام آن یعنی الغای قانون و بی‌اعتبارشدن آن باشد.

۲ . مفهوم و مثال‌های مربوط به احکام مرّه در بخش سوم این نوشتار (قانون مقید) می‌آید.

شارع مبنی بر ترک تکلیف موجود دلالت داشته باشد، وقوع نسخ محقق است. بدین سان، تنها این دسته احکام، محل وقوع نسخ هستند.[1]

دوم) گاهی مدت استمرار یا موعد زوال حکم در خود آن پیش‌بینی می‌شود. عنوان حکم موقت، ناظر بر این دسته احکام است. این نوع قوانین نیز محل نسخ واقع نمی‌شود چه بدون نیاز به نسخ، اعتبارشان با انقضای مدت آن‌ها و خودبه‌خود پایان می‌گیرد. بر این پایه، درصورتی‌که مدت استمرار و دوام اعتبار قانون در خود آن تعیین شود، چنین قانونی قانون موقت است. برای مثال، مدت اجرای قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷ **در** ماده ۵۱ آن قانون، پنج سال تعیین شده است.

نمونه‌های قوانین موقت در حقوق ایران فراوان است. تمامی قوانین آزمایشی مصوب کمیسیون‌های داخلی مجلس شورای اسلامی، قوانین بودجه، یک ساله‌اند که هر سال همچون تقویم‌های پارینه، جای خود را به قانونی نو می‌دهند و بی‌آنکه نسخ شوند کنار گذاشته می‌شوند و قوانین برنامه توسعه که برای مدت پنج سال تصویب می‌شوند از این قبیل‌اند.

چنان که اشاره شد، قانون موقت، برخلاف قانون دایمی، بدون نیاز به وضع قانون ناسخ و به‌صِرف انقضای مدت پیش‌بینی‌شده درآن، ملغی و بی‌اعتبار می‌شود و علت این الغاء، معیّن‌بودن مدت اعتبار قانون در خود آن است.

۱-۲. تفاوت قانون موقت و قانون مؤجّل

بی‌گمان، در علم حقوق نمی‌توان دو اصطلاح مؤجل و موقت را به‌جای یکدیگر به کار برد. در حقوق تعهدات، تعهدی را که زمان اجرای آن فرا نرسیده باشد تعهد مؤجل می‌نامند و قاعده این است که قبل از رسیدن اجل نمی‌توان اجرای چنین تعهدی را مطالبه کرد. چنان که برای مثال به‌موجب ماده ۶۵۱ قانون مدنی در اجرای این قاعده در عقد قرض، مطالبه عوض پیش از انقضای اجل مقرَر ممکن نیست. اما تعهد موقت تعهدی است که در حال اجراست و پس از مدت معین، اعتبار آن پایان می‌پذیرد. در ماده ۵۵۲ قانون مدنی در این باره می‌خوانیم:«هرگاه در مضاربه برای تجارت، مدت

۱. علم‌الهدی، سیدمرتضی؛ الذریعه الی اصول‌الشریعه، تحقیق: ابوالقاسم گرجی، دانشگاه تهران، ۱۳۶۲، جلد۲، صص. ۴۱۴ و بعد؛ میرزای قمی، قوانین الاصول، مقصد الخامس فی‌النسخ؛ میثمی عراقی؛ همان، ص. ۲۹۰؛ غزالی، امام محمد؛ المستصفی من علم الاصول، جلد۲، المطبعه‌الامیریه، مصر، ۱۳۲۲ق، ص. ۱۰۷ ؛ سیوطی؛ همان.

تعیین شده باشد... پس از انقضای مدت، مضارب نمی‌تواند معامله بکند...».عقد اجاره را نیز باید حاوی تعهدات موقت دانست.[1]

قوانین مؤجل نیز مانند تعهدات مؤجل‌اند. این‌گونه قوانین هرچند نادرند، گاهی وضع می‌شوند. در این موارد، قانونگذار شروع اجرای قانون را مدتی به تأخیر می‌اندازد. مدت تعلیق اجرای پاره‌ای قوانین کشور به شش ماه تا یک سال می‌رسد. چنان که در ماده ۳ قانون تشکیل محکمه انتظامی قضات مصوب ۷۰/۸/۲۳ مقرر است:«این قانون از تاریخ اول خرداد ماه ۱۳۷۱... لازم‌الاجراست». نیز ماده ۱ قانون تنظیم جمعیت خانواده مقرر داشته است: «کلیه امتیازاتی که در قوانین بر اساس تعداد فرزندان یا عائله پیش‌بینی و وضع شده‌اند درمورد فرزندان چهارم و بعد که **پس از یک سال** از تصویب این قانون متولد می‌شوند قابل محاسبه و اعمال نخواهد بود...».

باوجود این، قوانین موقت معمولاً بدون وقفهٔ زمانی و بلافاصله پس از انتشار رسمی لازم‌الاجرا می‌شوند و از این جهت با قوانین دایمی تفاوت ندارند. به‌علاوه، شروع مدت اعتبار قانون موقت از زمان لازم‌الاجراشدن آن است؛[2] همچنان که اعتبار قانون غیرموقت از این زمان آغاز می‌شود. بنابراین از این حیث نیز میان قوانین موقت و دایمی تفاوتی نیست.

۱-۳.تفکیک قانون موقت از قانون متناوب

قانون موقت را نباید با قانون متناوب آمیخت. قانون اخیرالذکر، دایمی است. اما برخلاف دیگر قوانین دایمی، به‌طور مستمر و پیوسته لازم‌الاجرا نیست بلکه به مقتضای موضوع خود به‌صورت ادواری و به تناوب اجرا می‌شود.[3] قانون تغییر ساعت رسمی کشور کشور مصوب ۸۶/۶/۲۱ را می‌توان نمونه بارز قانون متناوب دانست که در هر سال، شش ماه حاکم است. به‌موجب این قانون، ساعت رسمی کشور هر سال در ساعت ۲۴ روز اول فروردین ماه، یک ساعت به جلو کشیده می‌شود و در ساعت ۲۴ سی‌ویک شهریور به

۱. برای مطالعه در این باره ن.ک: کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، دادگستر، ۱۳۷۹، ص. ۱۲۶ به بعد.

۲. در تأیید این قاعده در ماده ۱۲۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۱۸ مقرر است:«مدت زمان آزمایشی این قانون، پنج سال از تاریخ لازم‌الاجراشدن این قانون است».

۳. ماده ۱۲ قانون تفسیر انگلیس مصوب ۱۹۷۸ در این باره مقرر داشته است:«تکالیف و حقوق مقرر در قوانین دائمی بوده و به‌طور متوالی در همه زمان‌ها لازم‌الرعایه است مگر اینکه به اجرای متناوب قانونی تصریح شود».

حال سابق برمی‌گردد. همچنین، قوانین ناظر بر تعیین ساعات کاری در مشاغل اداری و کارگاه‌ها احکامی دائمی ولی متناوب‌اند.[1]

بنابراین، اعتبار قانون متناوب به‌صورت دایمی ولی ادواری است یعنی اعتبار آن در مدتی معین معلّق می‌ماند و پس از گذشت مدت مزبور، دوباره قدرت اجرایی آن بازمی‌گردد. البته این وضعیت ناشی از اراده قانونگذار و برحسب انشای قانون است و حکمت چنین انشایی طبیعت موضوع این‌گونه قوانین و ضرورت‌های عملی است. درنتیجه اعتبار قانون متناوب، همچون قوانین دایمی با وضع قانون ناسخ سلب می‌شود درحالی‌که همان گونه که گذشت، قانون موقت با پایان‌یافتن مدت پیش‌بینی‌شده در آن، خودبه‌خود بی‌اعتبار می‌شود و به همین جهت، نیازی به نسخ آن پیدا نمی‌شود.

۱-۴.اصل موقت‌نبودن قانون و مبنای حقوقی آن

در نوشته‌های حقوقی، مرسوم است که از وصف دایمی‌بودن قانون یاد می‌شود[2] و حتی در برخی دانشنامه‌های حقوقی به این ویژگی قانون تصریح شده است.[3] نویسندگان حقوقی ضمن مباحث فلسفه حقوق در صدد تحلیل و توجیه این قاعده و اثبات اصل دوام و استمرار اعتبار قانون برآمده‌اند و در این مقام از اصول کلی حقوق، یاری گرفته‌اند.[4] پاره‌ای نویسندگان کوشیده‌اند تا بر اصل عدم موقت‌بودن قانون در منطق

۱. همان گونه که گذشت، فقیهان اسلامی نیز به تبیین مفهوم حکم موقت پرداخته اند. باوجود این، از مثال‌هایی که در این باره به دست داده‌اند، چنین برمی‌آید که میان حکم موقت و واجب موقت، آمیخته‌اند. مثال معروفی که در این باره در کتاب‌های اصولی آورده شده انقضای حکم وجوب روزه با رسیدن اذان مغرب و پایان‌گرفتن روز است. اگرچه به نظر ما علت این اختلاط، نایاب‌بودن نمونه‌های حکم موقت در میان احکام شرعی است لیکن تفاوت حکم موقت با واجب موقت، چندان آشکار است که تمایز دو مفهوم را به‌خوبی می‌نمایاند. وجوب روزه ماه رمضان، نه حکمی موقت که دائمی است ولی به تناوب زمانی و در وقت‌های معیّن به آن عمل می‌شود. این حکم، محدود به عصر و زمان خاص نبوده و از صدر اسلام تاکنون باقی مانده است، هرچند فقط یک ماه از سال به آن اختصاص دارد. از این‌رو چنین حکمی، به واقع قانون متناوب و در لسان فقیهان، واجب موقت است.

۲ . کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، جلد۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، صص. ۵۳۰ و ۵۳۸.

3 . Dalloz encyclopédie juridique, TIV, p.11: le principe étant la permannce de la loi; il n empeche qu un text puiss etre abrogé.

۴. اما در نوشته‌های فقهی و اصول فقه از قواعد زبان‌شناسی در این باره استمداد شده است. چنان که در کتاب‌های اصول فقه آمده است، فقیهان تاکنون درباره اینکه حکم شرعی با یک‌بار انجام‌شدن زایل می‌شود یا نه، به اتفاق‌نظر نرسیده‌اند. اینکه مفاد و حکم صیغه امر- برای مثال اوفوا بالعقود- با یک‌بار انجام‌شدن اجرا شده و مراد شارع از وضع چنان حکمی برآورده می‌شود یا پیوسته باید به آن عمل شود موضوع بحثی تحت عنوان مرّه و تکرار در مبحث الفاظ اصول فقه است. برخی نظر نخست و قول به مرّه

حقوق، مبنایی موجّه و مستدل بیابند. از نظر اینان اگر کارکرد اصلی حقوق، هدایت رفتار افراد است، قاعده حقوقی برای تکفل این وظیفه باید شایستگی داشته و برای رسیدن به این منظور، اوصافی داشته باشد؛ از جمله اینکه قانون باید نسبتاً پایدار و ثابت باشد. قانون نه‌تنها نباید محدود به زمان معین شود بلکه نباید زود به زود تغییر کند. مردم باید مطمئن شوند که قانون برای کوتاه‌مدت و موقت نیست بلکه یک برنامه بلندمدت است چون آگاهی از قوانین و اعتماد به عدم تغییر پی‌درپی آن‌ها لازمه برنامه‌ریزی‌های کلان اجتماعی- اقتصادی است. درنتیجه، دوام قانون به‌عنوان اصل و اماره‌ای ثابت است و مدعی موقت‌بودن آن باید دلیل بیاورد و مادام که چنین دلیلی در دست نیست، زمان اعتبار قانون، نامحدود و طریق الغای آن، نسخ قانون است.

باوجود این، ممکن است از این واقعیت که در نظام‌های سیاسی و حقوقی معاصر، سمت قانونگذاری موقتی و برای مدت محدود است نتیجه گرفته شود که اعتبار قوانین وضع‌شده توسط نمایندگان هریک از دوره‌های قانونگذاری قاعدتاً باید محدود به همان دوره تصدی و نمایندگی آن‌ها باشد و از آن فراتر نرود. این مسئله، ذهن فیلسوفان حقوق را نیز به خود مشغول کرده است. *جان آوستین*[1] با الهام از اندیشه‌های سیاسی رایج در زمان خود، **نظریهٔ امر یا حکم**[2] را در فلسفه حقوق بنا نهاد. به نظر او، حقوق محصول اراده و خواست حاکم سیاسی است. به دیگر سخن، قانون عبارت است از دستورهای دارای ضمانت اجرا یا فرمان‌های متکی به تهدید و قانونگذار فرمانروایی مطاع است که خود مطیع کسی دیگر نیست. در نظر *آوستین*، مبنای اعتبار قانون، چیزی نیست جز عادت مردمان به اطاعت از دستورهای قانونگذار.[3]

لیکن فیلسوفان پس از او به‌درستی دریافتند که نظریهٔ *آوستین* در انطباق با دو واقعیت ثبات قوانین و تغییر قانونگذاران، ناموفق بوده است چه با تکیه بر اصول نظریهٔ او به دشواری می‌توان پذیرفت قوانینی را که حاکم سابق وضع کرده، مدت‌ها پس از تغییر او

را اختیار کرده‌اند و امر را ظاهر در مرّه می‌دانند. درحالی‌که مخالفان، ظهور را در تکرار مفاد حکم می‌بینند. دسته سوم از نزاع بر سر ظواهر، دست کشیده و چاره را در یاری‌گرفتن از قرینه‌ها و نصوص خاص هر مورد دیده‌اند و تحقیق و داوری جداگانه را در هر مورد پسندیده‌اند(علم‌الهدی، همان). باوجود این، از آنچه درباره اصل دایمی‌بودن قوانین گفته می‌شود می‌توان از قاعده مستمربودن احکام شرعی دفاع کرد.

1 . John Austin. حقوق‌دان انگلیسی (۱۸۵۹-۱۷۹۰)

2 . Command Theory.

۳ . جعفری‌تبار، حسن؛ مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، صص.۵۲ و بعد.

همچنان معتبرند چرا که نمی‌توان گفت مردم هنوز به اطاعت از حاکم معزول یا متوفی عادت دارند.

به نظر *هارت* در رفع این نارسایی، به‌ویژه با تکیه بر قانون اساسی، می‌توان گفت: آنچه اختیار قانونگذاری و سمت‌های ادارهٔ کشور را به هیئت حاکمه اعطا می‌کند، قاعده حقوقی است. وجود این‌گونه قواعد حقوقی در نظام دموکراسی طبیعی است.[1] ازاین‌رو، حاکمیت قانون به‌جای حکومت قانونگذاران، در زمانهٔ ما عین واقعیت است. ازاین‌رو، با پذیرش عدم وابستگی قانون به شخص حاکم، کاملاً طبیعی است که با تغییر قانونگذاران، خللی به حکومت قانون نرسد.

می‌توان از این هم پیش‌تر رفت. حتی با وقوع انقلاب و تغییر قانون اساسی، قوانین مصوب در زمان حاکمیت قانونگذاران پیشین همچنان معتبر و لازم‌الاجرا می‌مانند. تشکیل مجلس جدید بر مبنای قانون اساسی نوین، معنایی جز این ندارد که مشروعیت مجلس پیشین از دست رفته، اما از این تغییر نمی‌توان بی‌اعتباری قوانین سابق را نتیجه گرفت بلکه باید گفت: قوانینی که قبلاً وضع شده‌اند تا زمانی که به تصمیم نمایندگان مجلس جدید و انقلابی نسخ نشوند، همچنان معتبرند. در دنیای واقع نیز معمولاً دادگاه‌ها و مردم عادی با تحقق انقلاب، در اعتبار قوانین موجود تردید نمی‌کنند. این واقعیت بدان معنی است که اعتبار قوانین مذکور هنوز باقی است.

درنتیجه تا زمانی که قوانین موجود در یک نظام حقوقی به شیوه‌های مقرر در آن نسخ و ملغی نشده‌اند اعتبار خود را از دست نمی‌دهند. این استدلال، نه‌تنها از شأن و شوکت قانونگذار نمی‌کاهد، بلکه بر قدر و منزلت او نیز می‌افزاید. هیچ قانونی به‌خودی‌خود بی‌اعتبار نمی‌شود و سلب اعتبار از قوانین، فقط به نیروی اراده قانونگذار و از طریق نسخ قانون محقق می‌شود.

به‌علاوه، چنان‌که برخی نویسندگان تصریح کرده‌اند: «قانون پس از تصویب، وجود مستقل پیدا می‌کند و از اراده مقامی که آن را ایجاد کرده جدا می‌شود. به همین جهت با زوال حکومت ضامن از بین نمی‌رود».[2] به این ترتیب، قانونگذاران بی‌آنکه منبع اعتبار قانون باشند، قدرت نسخ و سلب اعتبار از آن را دارند. به دیگر سخن، با اینکه اعتبار قانون، مستقل از ارادهٔ قانونگذار است لیکن تغییر قانون به اراده او محقق می‌شود. اعمال یک قیاس حقوقی نیز می‌تواند ما را یاری دهد: قوانین نیز مانند قراردادها و ایقاعات

۱. برای مثال، ن.ک: اصل۶۳ قانون اساسی: «دوره نمایندگی مجلس شورای اسلامی چهار سال است...». اصل۱۱۴: «رئیس جمهور برای مدت چهار سال با رأی مستقیم مردم انتخاب می شود...».

۲ . کاتوزیان، همان، صص. ۵۳۹-۵۳۸.

لازمی هستند که به گونهٔ صحیح انعقاد یافته‌اند. درعین‌حال که با ازدست‌دادن اهلیت انشاکنندگان منفسخ نمی‌شوند، هیچ مانعی نیست که طرفین عقد یا قائم‌مقامان آن‌ها در هر زمانی که اراده کنند بتوانند آن‌ها را فسخ نمایند.

باوجود این، اعتبار قوانین موضوعه، ابدی و جاودانه هم نیست. امروزه در همه نظام‌های حقوقی این اصل، بدیهی دانسته می‌شود که هیچ قانونگذاری قدرت سلب اختیار تجدیدنظر در قوانین را از آیندگان ندارد و به همین دلیل اعلام لایتغیربودن قانون، بی‌اثر است و سبب جاودانگی آن نمی‌شود.[1]

براین مبنا، اگرچه به حکایت اصل ۱۷۷ قانون اساسی، محتوای برخی اصول آن قانون، تغییرناپذیر اعلام شده است، این اعلام را باید به‌منزله استثنا بر قاعده محسوب کرد؛ به‌ویژه که چنین اعلامی درمورد قوانین عادی رایج نیست و چنان‌که برخی نویسندگان اذعان کرده‌اند، کمترین پیامد نامطلوب جاودانه اعلام‌شدن قانون، برانگیختن انقلاب و شورش عمومی است. به همین جهت، دقیق‌تر آن است که به‌جای صحبت از دایمی‌بودن قانون، از موقت‌نبودن آن سخن برود.[2]

۱-۵. فواید تفکیک قانون موقت و قانون دایمی

الف. تفاوت اثر نسخ با انقضای مدت قانون

چنانکه گذشت، سقوط اعتبار قانون موقت با انقضای مدت تعیین‌شده در آن محقق می‌شود. لیکن سلب اعتبار از قانون دایمی با نسخ آن صورت می‌گیرد. از دقت در این تفاوت، نکته‌ای ظریف نمایان می‌شود و آن اینکه اعتبار قانون منسوخ تا زمان لازم‌الاجراشدن قانون ناسخ ادامه می‌یابد؛ درحالی‌که قانون موقت با انقضای مدت آن،

۱ . همان، جلد۲، صص. ۳۳۷.

۲. باوجود این، در فقه اسلامی مسئله همچنان محل بحث و اختلاف مانده است: برخی نویسندگان، وقوع نسخ در احکام متضمّن قید «ابدی‌بودن» را نپذیرفته‌اند؛ از نظر اینان، چنانچه شارع، حکمی را همیشگی و دایمی اعلام کند، مانند اینکه مقرر کند «ٌوموا علی الصّلاه یا صَلُّوا أبداً» در عدم امکان نسخ آن نباید تردید کرد. ولی بیشتر فقیهان، امکان نسخ حکم مؤبَّد را نیز پذیرفته‌اند. نظریه‌های معاصر در فلسفه فقه نیز موافق این عقیده است: مطابق این نظر سخن گفتن از جاودانگی یک حکم بیش از هر چیز به موضوع آن وابسته است. زمانی می‌توان به حکم جاودان اندیشید که مقدم بر آن بتوان امکان ابدیت را برای آن تصور کرد، به‌ویژه که وجود احکام لایتغیر در دنیای حادث و متغیر، معقول نیست (محمد مجتهد شبستری، هرمنوتیک، کتاب، سنت: فرایند تفسیر وحی، طرح نو، ۱۳۷۹، صص.۴۲ و بعد. نیز: گفتگو با محمد مجتهد شبستری، چاپ‌شده در: گفتگوهای فلسفه فقه، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، صص. ۹۹-۵۴).

بی‌اعتبار می‌شود، هرچند هنوز قانونی در موضوع آن تصویب نشده باشد یا در صورت تصویب، زمان اجرای آن فرا نرسیده باشد.

بنابراین با اتمام مدت قانون موقت نمی‌توان اعتبار آن را تا زمان لازم‌الاجراشدن قانون جدید استصحاب کرد مگر اینکه مدت اعتبار آن از سوی قانونگذار تمدید شود. به‌علاوه اگر تمدید با تأخیر انجام شود جای خالی زمان تأخیر به‌هیچ‌وجه پر نمی‌شود.[1] به همین جهت به‌ناچار قانون راجع به تمدید باید اثر خود را نسبت به گذشته بازگرداند و تأثیر خود را از زمان انقضای مدت قانون موقت اعلام کند؛ امری که با اصل عطف بماسبق‌نشدن قوانین در تعارض است.[2] شاید به‌منظور احتراز از همین پیامد نامطلوب است که گاه قانونگذار، پیشاپیش و در زمان اعتبار قانون موقت، قانون جدید را تصویب می‌کند. قانون بیمه بیکاری ۶۹/۶/۲۶ مثالی از این قبیل است. در ماده ۱۳ آن با عبارتی نارسا آمده است:[3] «زمان اجرای این قانون از زمان اتمام قانون بیمه بیکاری مصوب ۶۹/۵/۶ لازم‌الاجراست».[4]

---

۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۹/۷ نمونه‌ای مشهور در این باره است: قانون مذکور ابتدا به‌صورت آزمایشی و برای پنج سال تصویب شد. با انقضای این مدت، طی ماده واحده مصوب ۷۵/۱۲/۲۶ برای ده سال دیگر تمدید شد و این تمدید اعتبار با تأخیر دوماهه از تاریخ لازم‌الاجراشدن قانون ۱۳۷۰ (یعنی مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۲۷) محقق شد. بعدها نیز این قانون در دفعات متعدد تمدید شد. چنان که طی ماده واحده ۱۳۷۵/۶/۱ به مدت یک سال، به‌موجب ماده واحده مصوب ۱۳۸۶/۵/۱۷ برای یک سال، بر اساس ماده واحده مصوب ۱۳۸۷/۸/۲۹ برای یک سال دیگر و بالاخره طبق قانون ۱۳۸۹/۹/۲۸ تا پایان سال ۹۰ تمدید اعتبار شد.

۲. اگرچه وضع قوانین موقت با چنین دشواری‌هایی همراه است، در مقابل امتیازاتی هم دارد: ازجمله اینکه این نوع قوانین به‌منظور رفع نیازهای موقت قانونگذاری وضع می‌شوند و با رفع نیاز مرتبط، خودبه‌خود و بدون تضییع وقت قانونگذاران جهت نسخ و الغای آن‌ها مرتفع می شوند. به‌علاوه ممکن است موضوعاتی به نظر نمایندگان یک دوره قانونگذاری برای مقطع زمانی معین، نیازمند وضع قانون باشد و تصویب قانون دایمی بیهوده نماید. وضع قانون موقت، این منظور را نیز برآورده می‌کند.

۳ . یکی از دو عبارت «زمان اجرای» و «لازم‌الاجرا» زائد است و با حذف آن، متن ماده رساتر می‌شود.

۴. باوجود این، منعی نیست که قانونگذار بتواند قانون موقت را قبل از انقضای مدت آن نسخ نماید. برخی فقیهان، به‌درستی به امکان نسخ حکم موقت در خلال مدت اعتبار آن تصریح نموده‌اند.(محمدحسین رحیم، فصول الغرویه فی اصول‌الفقهیه، چاپ سنگی بی‌تا، ص. ۱۸۷). بی‌گمان وقوع این احتمال در عمل نیز وجود دارد؛ همچنان که ممکن است قانونگذار پس از تصویب قانون بودجه سالانه، برخی موارد مصرف بودجه را تغییر دهد و به تبع آن، تبصره‌هایی از قانون یادشده را نسخ و اصلاح نماید. قوانین اصلاحی بودجه بسیارند. به چند نمونه اشاره می‌شود: قانون اصلاح قانون بودجه ۷۹ مصوب۱۳۷/۱۲/۱۰؛ قانون اصلاح تبصره ۲۴ قانون بودجه ۷۹ مصوب۱۳۷۹/۴/۲۹. باید افزود: اصلاح قوانین برنامه توسعه نیز شایع است: برای نمونه می‌توان به «قانون اصلاح قانون برنامه سوم توسعه...مصوب ۱۳۷۹/۷/۲۷»، «قانون اصلاح

بی‌گمان، این تفاوت قانون موقت و دایمی، ریشه در مفهوم و ماهیت آن‌ها دارد؛ بدین بیان که اعتبار قانون موقت به حکم طبیعت آن از مدت تعیین‌شده فراتر نمی‌رود، درصورتی‌که اعتبار قانون دایمی، محدود به زمان معینی نیست بلکه تا زمان حاکمیت قانون جدید و ناسخ ادامه می‌یابد و تنها پس از اجرای قانون جایگزین، حکومت قانون سابق پایان می‌گیرد. به عبارتی اعتبار قانون دایمی که نسخ می‌شود تا زمان شروع اجرای قانون ناسخ و جانشین باقی است چون آنچه سبب سلب اعتبار از قانون دایمی می‌شود قانونی دیگر است و این معنی از زمان حاکمیت قانون اخیر محقق می‌شود. به همین جهت در فرضی که اجرای قانون جدید نیازمند امکانات مالی است و عملاً مدتی به تأخیر می‌افتد حکومت قانون سابق، ناگزیر ادامه می‌یابد. بر همین مبنا در ماده ۳۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ۱۳۷۳ و اصلاحات بعدی آن مقرر است:«... از تاریخ اجرای این قانون در هر حوزه قضایی کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون...در همان حوزه ملغی می‌شود».

ب. نسخ و تعلیق اجرای قوانین با وضع قانون موقت

در فرضی که قانون دایمی به‌موجب قانون موقت صریحاً نسخ می‌شود،[1] ممکن است این تردید پیش آید که قانون سابق فقط در مدت اعتبار و اجرای قانون جدید معلق مانده یا اینکه به‌کلی بی‌اعتبار و منسوخ شده است. به نظر می‌رسد، با استمداد از قاعده قطعی‌بودن نسخ بتوان گفت: اعتبار قانونِ لغوشده با قانون موقت به‌کلی و برای همیشه ساقط می‌شود و چنانچه نظر قانونگذار بر تعلیق اجرای قانون به‌صورت موقت باشد باید آن را اعلام کند وگرنه به حکومت قواعد و اصول حقوقی تن داده است. به دیگر سخن، اثر قانون موقت در نسخ یا اصلاح قانون، همانند سایر قوانین ناسخ است و قانونی که با قانون موقت نسخ می‌شود همچون دیگر قوانین منسوخ برای همیشه ملغی می‌شود.

تبصره ۲ ماده ۷۰ قانون برنامه سوم توسعه....مصوب ۱۳۸۰/۳/۹» و «قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه .... مصوب۱۳۸۷» اشاره کرد.

۱. مواردی از این قبیل در قوانین ایران شایع است چنان‌که برای مثال قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۱۸ کمیسیون مشترک رسیدگی به لایحه مدیریت خدمات کشوری مجلس شورای اسلامی در ماده ۱۲۷ خود، تمامی قوانین و مقررات عام و خاص مغایر را بجز قانون بازنشستگی پیش از موعد(۱۳۸۶/۶/۵) لغو کرده است. همچنین، قانون آزمایشی ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علایم تجاری مصوب ۱۳۸۶/۸/۷ کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس که در جلسه علنی ۱۳۸۶/۱۱/۳ با اجرای آزمایشی آن به مدت پنج سال موافقت شده به تصریح ماده ۶۶ خود، ناسخ قانون ثبت علایم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ است.

همین عقیده در نظریه شماره ۷/۷۹۰۸ مورخ ۱۳۷۶/۱۱/۲۰ اداره حقوقی دادگستری به‌درستی تأیید شده است. در این نظریه می‌خوانیم: «ماده ۱ قانون راجع به کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۱۷ در خصوص انحصاری‌بودن انتخاب کارشناس از بین کارشناسان رسمی به‌موجب مادتین ۱۳ و۱۴ قانون بازسازی کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۶۵ نسخ شده و اثر این نسخ هرچند مدت[اعتبار] قانون بازسازی ...[که قانون موقت بوده است] منقضی شده، به قوت خود باقی است».

باوجود این، هیچ منعی نیست که تعلیق اجرای برخی قوانین سابق در مدت اعتبار قانون موقت مقرر شود، ولی به این امر باید در قانون تصریح شود. چنان که قسمت (ل) بند۷ قانون بودجه ۱۳۸۸مقرر می‌دارد: «**در سال ۱۳۸۸** کلیهٔ قوانین عام و خاص مغایر با این بند ازجمله تبصره ۳۸ دائمی قانون بودجه ۱۳۵۸ملغی‌الاثر است...». و در بند ۶۲ همان قانون آمده است: «**در سال ۱۳۸۸** وزارت آموزش و پرورش و واحدهای تابعه از پرداخت هر نوع عوارض به شهرداری‌ها معاف می‌باشد». بنابراین در این فرض، در مدت اعتبار قانون موقت، قانون سابق، در واقع، معلق و موقوف‌الاجرا مانده اما منسوخ و ملغی نشده است.

ج. ویژگی قوانین موقت کیفری

از دیگر تفاوت‌های ماهوی دو قانون موقت و غیرموقت، تفاوتی است که در حقوق کیفری ظاهر می‌شود. چنانکه می‌دانیم در حقوق جزا عطف بماسبق‌شدن قانون اخف در مجازات پذیرفته است. ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی ناظر بر همین قاعده است. باوجود این، قاعده مذکور به تصریح قسمت انتهای ماده مرقوم درمورد قوانین موقت اعمال نمی‌شود. درنتیجه انقضای مدت قانون موقت مانع از آن نیست که دادگاه بتواند به جرایم ارتکاب‌یافته در زمان اعتبار آن رسیدگی کند، هرچند طرح شکایت پس از پایان مدت قانون موقت باشد و در قانون جدید مجازات آن جرایم تخفیف‌یافته یا ملغی‌شده باشد.

صرف‌نظر از دلایل و استحسان‌هایی که متخصصان حقوق کیفری آورده‌اند،[1] به نظر می‌رسد ریشه این تفاوت قانون موقت، در ماهیت و کارکرد آن است: اگر بپذیریم که

۱ . در بیان حکمت استثنابودن قوانین کیفری از قاعده عطف بماسبق‌شدن قانون اخف گفته شده پذیرش قاعده مزبور و سرایت حکم قانون خفیف به زمان اعتبار قانون موقت سبب می‌شود مجرمین با علم به اینکه اثر قانون با اتمام مدت مقرر در آن زائل می‌شود، تشویق به ارتکاب جرم شوند چه آنان مطمئن هستند که با انقضای مدت قانون موقت، مجازات‌های مقرر نیز زایل خواهد شد و چنانچه مدتی خود را

ملغی‌شدن قانون موقت به‌مجرد پایان‌گرفتن مدت آن محقق است و حتی اگر قانونی جدید در موضوع آن تصویب شود، قانون ناسخ محسوب نمی‌شود. بنابراین طبیعی است که قانون جدیدِ کاملاً بی‌ارتباط با قانون موقت پیشین، تنها وقایع زمان خود را اداره کند. درحالی‌که قانون ناسخ و منسوخ، کاملاً به یکدیگر مربوط و ملازم‌اند و بدون تصویب قانون ناسخ، سلب اعتبار از قانون منسوخ امکان ندارد. به همین جهت می‌توان گفت: قانونگذار با وضع قانون ناسخ، نظر به الغای مجازات‌های اشد مقرر در قانون پیشین دارد و تخفیف به حال مجرمین سابق با منظور و مراد او از نسخ قانون سابق، سازگاراست. لیکن چنین تفسیری در مورد دو قانون مستقل و بی‌ارتباط موجه نیست.

۱-۶. وضعیت خاص قوانین بودجه و برنامه توسعه

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، قوانین بودجه سالانه، نمونه مشهور قانون موقت‌اند. اگرچه این قوانین، به حسب موضوع خود، فقط برای یک سال وضع می‌شوند. چنان‌که برخی نویسندگان اشاره کرده‌اند: در عمل گاهی دیده شده است که قانونگذار، برخی مقررات دایمی را نیز در قانون بودجه می‌گنجاند.[۱] حال در مواردی که به موقت‌نبودن چنین قواعدی تصریح نشود این تردید به وجود می‌آید که آیا قاعده‌ای که به ظاهر غیرموقت است ولی در کنار دیگر مقررات موقت قانون بودجه قرار گرفته، قاعده‌ای دائمی است یا موقت؟ به‌عبارت‌دیگر آیا مفاد و مضمون یک قاعده می‌تواند آن را از میان دیگر قواعد قانون بودجه که همگی اعتبار موقت دارند، ممتاز و دوام اعتبار آن را سبب شود؟[۲] در پاسخ گفته شده: راه‌حل را باید در تفسیر اراده قانونگذار و مفاد حکم قانون جست: چنانچه تبصره‌ای مرتبط با دخل و خرج یک‌ساله باشد، قاعده‌ای موقت است. برعکس اگر مفاد قاعده‌ای چنان است که نمی‌تواند موقت تلقی شود مانند تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی به دعوای خاص، باید قاعده مذکور را غیرموقت دانست.[۳]

پنهان نمایند و تعقیب خود را به تأخیر اندازند از تحمل مجازات، مصون خواهند ماند، درحالی‌که این پیش‌بینی درمورد قانون دائمی به دلیل ضعف احتمال نسخ آن، محقق نیست.(جلال‌الدین قیاسی و همکاران؛ مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی: اسلام و حقوق موضوعه، جلد۱: کلیات، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، قم، ۱۳۸۰، ص. ۲۰۹.)

۱ . کاتوزیان، همان، جلد۲، صص. ۳۴۶-۳۴۵.

۲. روشن است که محل نزاع، فرضی است که در منطوق قانون به غیرموقت‌بودن آن تصریح نشده باشد وگرنه با تصریح قانونگذار در این باره جای شکی نیست که مقنن می‌تواند در میان مجموعه احکام موقت، مقرره‌ای دایمی انشا کند.

۳ . همان.

در تأیید این نظر باید افزود: نسخ‌شدن پاره‌ای مقررات قوانین بودجه به‌موجب قوانین بعدی نیز حکایت از موقت‌نبودن آن‌ها دارد. چنین بوده است حکم مقرر در تبصره ۵۳ قانون بودجه سال ۱۳۵۷ و تبصره ۱۸ قانون بودجه سال ۱۳۳۴ که بعدها به‌موجب تبصره ۲ ماده واحدهٔ قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵ صریحاً نسخ شده‌اند.

باوجود این به‌عنوان قاعده باید گفت: طبیعت برنامه و بودجه و اصل سالانه‌بودن آن، قرینه محکمی بر موقت‌بودن تمامی مقررات آن است. بنابراین آن که مخالف این ظاهر سخن می‌گوید باید دلیل بیاورد. این قاعده در رویه قضائی ایران تأیید شده است چنان‌که در بخشی از رأی وحدت رویه شماره ۶۴۶-۱۳۷۸/۹/۳۰ می‌خوانیم: «... قوانین بودجه علی‌الاصول دارای اعتبار یک‌ساله می‌باشند و اجرای آن‌ها بعد از سپری‌شدن مدت یک سال، نیاز به تصویب مجدد قانونگذار دارد».

مسائلی از این دست درباره قوانین برنامه توسعه نیز مطرح است. اصول و قواعد حاکم بر قوانین برنامهٔ چند سالهٔ توسعه، مشابه با قوانین بودجه سالانه است. هر دو نوع قانون یادشده، قانون موقت‌اند و از احکام مشترک پیروی می‌کنند. ازاین‌رو، تمامی مقررات مندرج در قوانین برنامه نیز علی‌الاصول موقت‌اند[1] و حتی گاهی قانونگذاران برای رفع هرگونه شبهه و شائبه به این اصل تصریح می‌کنند، چنان‌که در ماده ۲۳۵ قانون برنامه پنجم توسعه مقرر شده است:«این قانون تا پایان سال ۱۳۹۴ هجری شمسی معتبر است».[2]

به‌هرحال، گذشته از این تأکید و تصریح، به مقتضای طبیعت قانون موقت، تمامی مقررات آن را باید موقت انگاشت مگر اینکه در ماده‌ای از آن به دایمی‌بودن حکم خاصی

۱. براین اساس تبصره ماده۱۳ قانون برنامه پنجم که مفاداً پرداخت هرگونه وجه از محل بودجه عمومی را به ورزش حرفه‌ای ممنوع ساخته و ماده ۱۴ همان قانون که جهاد کشاورزی را با شرایطی موظف به واگذاری زمین به سازمان تربیت بدنی دانسته و تبصره ماده ۲۱۱ قانون یادشده که سقف تعداد قضات قابل جذب در دستگاه قضایی کشور را ۸۰۰ نفر مقرر کرده است، همگی احکام موقت‌اند و پس از گذشت مدت اعتبار قانون فوق‌الذکر منتفی می‌شوند؛ هرچند در ضمن مقررات مزبور، موقت‌بودن آن‌ها تصریح نشده است.

۲. باید افزود: تمدید پاره‌ای مقررات و مواد قوانین برنامه پس از انقضای مدت قوانین مزبور نیز نشان از موقت‌بودن آن‌ها دارد وگرنه ضرورتی به تمدید قانون و مقرره دایمی نیست. برای نمونه ماده۸۲ قانون برنامه پنجم، سهمیه‌های تسهیلاتی مالی را که به‌موجب قوانین برنامه سوم وچهارم اعطا و استفاده نشده‌اند در طول اجرای برنامه پنجم، معتبر و باقی دانسته است. نیز ن.ک: مواد ۳۲، ۱۶۲ ۲۲۴ قانون مذکور.

تصریح شود یا اینکه ماده‌ای معین به مقتضای موضوع آن، حاوی حکمی دایمی باشد. ازاین‌رو، چنانچه طی ماده‌ای از قانون موقت، حکمی جدید به قوانین و مقررات قبلی که دایمی هستند الحاق و اضافه شود، حکم مزبور را باید دایمی محسوب کرد. بنابراین، ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم که عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین را به عقود مندرجه در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا اضافه نموده، متضمن حکمی دائمی است.

همچنین ممکن است مقرره‌ای از قانون موقت، اثر دایمی داشته باشد: چنان‌که پیش‌تر گذشت، اصلاح و تغییر قوانین دایمی به‌موجب قوانین موقت بنابر مقتضای طبیعت نسخ برای همیشه و به نحو دایمی مؤثر است زیرا نمی‌توان گفت اعتبار قانون منسوخ به‌مجرد انقضای اعتبار قانون ناسخ و خودبه‌خود بازمی‌گردد، مگر اینکه نظر قانونگذار، صرفاً تعلیق اجرای قانون دایمی در مدت اعتبار قانون موقت باشد. لیکن چنان‌که ذکر شد، این منظور باید به‌طور صریح اعلام شود.[1] بر این مبنا، تبصره ۳ ماده ۹۶ قانون برنامه پنجم توسعه که مقرر داشته: «مبلغ مندرج در بند ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ به دویست میلیون ریال افزایش می‌یابد»، حاوی مقرره‌ای دایمی است و برای همیشه قانون اخیرالذکر را اصلاح کرده است. نیز بند (ب) ماده ۱۷۵ قانون برنامه پنجم که به‌موجب آن، حکم تبصره ۲ ماده واحده قانون تأسیس قطار شهری تهران و حومه مصوب ۱۳۵۴ به سایر شهرداری‌ها و تونل‌های زیرزمینی آب و فاضلاب، ترافیکی و خدماتی تسری و تعمیم داده شده، حکمی موقت نیست.

به‌علاوه، مقررات حاوی تأسیس سازمان‌های جدید یا تغییر تشکیلات و نهادهای موجود به حکم طبیعت خود دارای اثر دایمی‌اند. درنتیجه حکم ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم مبنی بر تأسیس صندوق توسعه ملی و تصویب اساسنامه آن، مقرره‌ای دایمی است.[2] همچنین ماده ۲۳ قانون برنامه پنجم توسعه که دانشکده‌ها و آموزشکده‌های حرفه‌ای وزارت آموزش و پرورش را از وزارت مذکور متنزع و به وزارت علوم ملحق ساخته است، حکمی موقت نیست و به همین جهت دشوار است بتوان گفت: پس از اتمام اعتبار قانون مذکور، دانشکده‌های یادشده، خودبه‌خود به وزارت آموزش و پرورش بازمی‌گردند.

۱. چنان‌که ماده ۱۶۱ قانون برنامه پنجم تصریح می کند: «کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون در طول اجرای آن ملغی الاثر می‌باشد». مشابه این حکم در ماده ۱۹۹ قانون برنامه سوم مقرر شده بود؛ تبصره ۳ ماده۱۰۲ قانون برنامه پنجم، ماده ۱۱۶ قانون یادشده نمونه های دیگر از این قبیل‌اند.

۲. باوجود این، به‌موجب بند ۱۱ تبصره ۳ ماده فوق‌الذکر از بابت تأکید مقرر شده است: «تغییر در اساسنامه و انحلال صندوق تنها با تصویب مجلس شورای اسلامی است».

همچنان که احکام مقرر در مواد ۱۸۷ و ۱۸۹ قانون برنامه سوم که به ترتیب، ناظر بر ایجاد نهادهای مشاوره حقوقی و شوراهای حل اختلاف بود، بنا بر طبیعت موضوع خود، احکامی دایمی‌اند.[۱] هرچند اختلاف‌نظر در این باره، قانونگذار را به تصویب قانون مستقل در مورد شورای حل اختلاف وادار کرد.[۲]

۲. قانون آزمایشی

۲-۱. مفهوم قانون آزمایشی و علل وضع آن

ازجمله مفاهیم تازه حقوقی، قانون آزمایشی است. چنین مفهومی در فقه سابقه ندارد و باید آن را از اختصاصات حقوق مدرن دانست. امروزه در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته است که قانونگذاری فقط در صلاحیت قوه مقننه، متشکل از نمایندگان مردم است. به‌علاوه، مجلس قانونگذاری اختیار واگذاری این مهم را به قوای دیگر یا سازمان‌ها و اشخاص معین ندارد.

باوجود این، در بیشتر نظام‌های حقوقی به قوه مقننه اجازه داده شده تا در موارد ضروری و استثنایی، وضع قانون را به قوه مجریه یا کمیسیون‌های داخلی مجلس تفویض نماید. لیکن ازآنجاکه چنین امری مخالف اصول دموکراسی است نه‌تنها نفوذ و اجرای قوانین آزمایشی منوط به تصویب نهایی مجلس است، به‌علاوه مدت اعتبار این قوانین، محدود به مدتی است که با تعیین مجلس در آن قید می‌شود.

وصف آزمایشی که در اصل هشتادوپنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای این دسته قوانین برگزیده شده به‌خوبی ماهیت آن‌ها را می‌نمایاند. قوانین آزمایشی برای رفع نیازهای فوری قانونگذاری وضع می‌شوند. چه‌بسا مراحل وضع قانون عادی مدت‌ها به طول انجامد و در زمان تصویب آن، فوریت منظور، منقضی شده باشد. قانون آزمایشی از وقوع این وضعیت نامطلوب پیشگیری می‌کند. به‌علاوه، بی‌تردید بسیاری کاستی‌ها و نارسایی‌های قانون در حین اجرای آن مشخص می‌شود و پیش‌بینی آن‌ها در زمان

۱. باوجود این، قانونگذار جانب احتیاط را رها نکرده و با اذعان به اینکه قانون برنامه سوم، توسعه قانونی موقت بوده است، پس از انقضای مدت آن قانون، در ماده ۱۳۴قانون برنامه چهارم توسعه مقرر داشت: «ماده(۱۸۹)قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی... مصوب ۱۳۷۹ .... برای دوره برنامه چهارم (۱۳۸۸-۱۳۸۴) تنفیذ می‌گردد». تا اینکه در اثنای اعتبار قانون اخیر و در سال ۱۳۷۸ قانون شوراهای حل اختلاف به‌عنوان قانونی مستقل از تصویب مجلس گذشت.

۲. گویا بیم از همین تفرقه‌افکنی‌ها بوده که سبب شده در قانون برنامه پنجم به‌جای وضع مستقیم مقرراتی از این قبیل، قوه قضائیه موظف شده تا لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی و لایحه ایجاد پلیس قضائی را از طریق دولت تهیه و به مجلس تقدیم کند (ماده ۲۱۱ و ۲۱۳).

تصویب، دشوار و حتی غیرممکن می‌نماید. وضع قانون آزمایشی، وصول به این هدف‌ها را نیز آسان می‌کند؛ به‌ویژه که در صورت ناکامی از وصول به اهداف موردنظر، قانون آزمایشی خودبه‌خود و بدون تصدیع وقت قانونگذار، ملغی می‌شود، درحالی‌که اگر قانون عادی در آن موضوع وضع شده بود ناگزیر باید با تصویب قانون دیگر لغو می‌شد.

۲-۲. ویژگی قانون آزمایشی

چنانکه گذشت، قانون آزمایشی برای مدت معین وضع می‌شود و به همین جهت، نوعی قانون موقت محسوب و تابع احکام آن است. باوجود این، قانون آزمایشی احکام خاص خود را نیز دارد که توجه به آن‌ها ضروری است: این دسته قوانین، بنا بر تعریف و طبیعت خود و برخلاف دیگر قوانین موقت و قوانین عادی به تصویب مستقیم مجلس نمی‌رسد.

به دیگر سخن، قوانین موقت نیز مانند سایر قوانین، مستقیماً در مجلس وضع می‌شود و کلیات و اجزای مقررات آن‌ها به تصویب نمایندگان می‌رسد و از این لحاظ با قوانین دایمی تفاوت ندارد. چنان‌که قوانین بودجه به‌عنوان نمونه بارز قوانین موقت در صحن علنی مطرح و تصویب می‌شود، درحالی‌که قانون آزمایشی چنین نیست بلکه کمیسیون‌های داخلی مجلس به نمایندگی اقدام به وضع آن می‌کنند و اثر این نیابت، مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی و به‌عنوان استثنایی بر قواعد نمایندگی، پس از تنفیذ منوب‌عنه (=مجلس) محقق می‌شود. بنابراین قانون آزمایشی تا زمانی که به تصویب نهایی مجلس نرسیده، قانون نیست. درنتیجه در این زمان، سخن از نسخ یا انقضای اعتبار آن بی‌مورد است. چنانکه قرارداد غیرنافذ نه قابل فسخ است و نه انفساخ آن معنی دارد بلکه تنها راه سلب اعتبار ناقص آن، رد یا عدم تنفیذ آن است.

باوجود این، برخی استادان ما از این حقیقت که قانون آزمایشی قبل از تصویب نهائی مجلس، قانون نیست امکان ابطال آن را توسط دیوان عدالت اداری نتیجه گرفته و معتقدند: «اگر بپذیریم قانون آزمایشی قبل از تنفیذ مجلس، قانونی کامل نیست، بنابراین باید آن را در شمار دیگر مصوبات یا آیین‌نامه‌های دولتی بیاوریم ... درست به همین دلیل همانند سایر مصوبات دولتی، در صورت مغایرت با قانون، امکان ابطال آن در دیوان عدالت اداری وجود دارد».[1]

لیکن پذیرش این عقیده دشوار است زیرا همان گونه که گذشت، قانون آزمایشی قبل از تصویب نهایی، نفوذ و اعتبار حقوقی ندارد و به همین دلیل، بحث از ابطال آن

۱. کاتوزیان، همان، ج۲، ص. ۸۶ .

موضوعاً منتفی است. به‌عبارتی اگر قبل از موافقت مجلس، شروع اعتبار و اجرای قانون آزمایشی ممکن نیست، سخن از ابطال آن در این زمان بیهوده است و معنایی ندارد.

۲-۳. موعد نسخ قوانین سابق با وضع قانون آزمایشی

گاه به‌منظور سامان‌دادن به وضعیت قوانین کهنه و ناکارآمد، یک یا چند کمیسیون داخلی مجلس مأمور می‌شود قانون آزمایشی وضع کند. در این صورت، وضع مقررات جدید مستلزم نسخ و اصلاح قوانین موجود است و درنتیجه، الغای قوانین فرسوده توسط کمیسیون مأمور، باید به‌عنوان لازمهٔ عقلی و ضروری انجام مأموریت و اختیار اعطایی به او مجاز دانسته شود. لیکن این پرسش به میان می‌آید که نسخ قوانین مذکور از چه زمانی محقق می‌شود؟ از تاریخ تصویب قانون در کمیسیون مربوط یا از زمان تنفیذ نهایی آن در مجلس؟ به‌ویژه که در عمل ممکن است مدتی میان این دو تاریخ فاصله افتد.

به نظر برخی نویسندگان، نفوذ نهایی قانون آزمایشی منوط به تنفیذ آن است. نسخ نیز در همین زمان محقق می‌شود.[1] این عقیده از آن جهت که وقوع نسخ را از زمان تصویب قانون آزمایشی در کمیسیون‌های مجلس نمی‌داند قابل تأیید است. با پذیرش این حقیقت که تا زمانی که قانون آزمایشی به تنفیذ مجلس نرسد اساساً عنوان قانون به خود نمی‌گیرد، ناسخ‌بودن آن نیز منتفی می‌شود. باوجود این، در تکمیل این نظریه باید افزود: بی‌گمان، اعتبار قانون آزمایشی، مانند دیگر قوانین، از زمان لازم‌الاجراشدن آن آغاز می‌شود.[2] ازاین‌رو در این زمان است که قانون منسوخ، کنار گذاشته می‌شود و این زمان به یقین پس از تنفیذ نهایی قانون آزمایشی در مجلس است.

۳. بخش سوم: تفکیک قوانین موقت و مقید

۳-۱. مفهوم قانون مقید

چنان‌که به هنگام بیان مفهوم قانون موقت گذشت، در برخی نوشته‌های فقهی از احکام و تکالیف شرعی غیرمستمر(=مرّه) یاد شده و با این استدلال که چنین احکامی بر

۱. همان، ص. ۸۴ .

۲. چنان‌که پیش‌تر اشاره شد در ماده ۱۲۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مقرر است: «مدت زمان آزمایشی این قانون ... از زمان لازم‌الاجرا شدن این قانون خواهد بود».

حسب طبیعت خود با یک‌بار انجام‌شدن زایل می‌شود، امکان نسخ آن‌ها ممنوع دانسته شده است.[1]

به نظر می‌رسد مفهوم احکام مره قابل تطبیق با قانون مقید است. بر این مبنا، چنانچه در قانونی مدت اعتبار و اجرای آن به‌صراحت معین نشود و تنها از قرائن برآید که قانون مزبور برای اوضاع‌واحوالی خاص و گذرا تصویب شده، موقت یا غیرموقت‌بودن آن محل بحث و اختلاف است. چنین قانونی از سویی در معنای حقیقی کلمه، موقت نیست زیرا مدت اعتبار آن به‌صراحت تعیین نشده و به همین جهت، عقیده به موقت‌نبودن آن قابل دفاع است.[2] از سوی دیگر به قراین حالی کاملاً پیداست که در نظر قانونگذار، اعتبار و اجرای چنین قانونی محدود به همان شرایط و اوضاع‌واحوال استثنایی است که علت تصویب آن است و درنتیجه اعتبار همیشگی آن را نمی‌توان پذیرفت. عنوان قانون مقید، ناظر بر این دسته قوانین است و قوانین زمان انقلاب، جنگ، حکومت نظامی و بحران‌های اجتماعی- اقتصادی مثال‌های مشهور در این باره هستند.[3]

اگرچه در برخی نوشته‌های فقهی، حکم وجوب جهاد را که ناظر به زمان هجوم دشمن و ضرورت دفاع است، از این قبیل دانسته‌اند. لیکن باید گفت: مراد از قانون ویژه زمان جنگ، قانونی نیست که احکام و قواعد عمومی راجع به جنگ‌ها را معین کرده باشد. ازاین‌رو معاهدات بین‌المللی راجع به مقررات منع کشتار غیرنظامیان و نظایر آن، نه قوانین مقید، که اصول کلی و مقرراتی دایمی‌اند. لیکن منظور از قوانین مقید به اوضاع جنگ و موارد بحران، قانونی است که در زمان وقوع جنگ خاص یا حوادث غیرعادیِ پیش‌بینی‌نشده، احکام خاصی مقرر می‌دارد تا اداره امور کشور مختل نشود. برای مثال، قیمت برخی کالاها را غیرقابل‌افزایش اعلام می‌کند.

بی‌گمان، در این مورد و در موارد مشابه، وضع قانون مرتبط به‌منظور حل مقطعی مشکل بوده است و شرایط فوق‌العاده که قانونگذار را به تصویب قانون ویژه و در مقام

---

۱. علم‌الهدی؛ همان، ص. ۴۱۴ .

۲. در حقوق فرانسه نیز از قوانینی که در اوضاع‌واحوال معیّن وضع می‌شوند با عنوان " Loi de circonstances" یاد می‌کنند و آن‌ها را از قوانین موقت تفکیک می‌نمایند (واحدی، قدرت‌الله؛ مقدمه علم حقوق، گنج‌دانش، ۱۳۸۲، ص. ۱۶۷).

۳. در نظر برخی فقیهان، حکم موقت به دو نوع صریح و ضمنی تقسیم شده و بر این مبنا، احکامی که مدت اعتبار آن‌ها از منطوق دلیل به دست می‌آید (= حکم موقت صریح) از احکامی که موقت‌بودن آن‌ها از سیاق متن یا اوضاع‌واحوال فهمیده می‌شود (= حکم موقت ضمنی) تفکیک شده‌اند (خویی، ابوالقاسم؛ البیان فی تفسیرالقرآن، کتاب اول، به کوشش مرتضی الحکمی، مطبعه‌العلمیه، قم، چاپ سوم، ۱۳۹۴ق.، ص. ۳۰۷).

چاره‌جویی برانگیخته، همیشگی نیست و دیری نمی‌پاید که با گذشت مدتی، کم‌وبیش دوباره وضع به حالت عادی برمی‌گردد. بنابراین باید زوال اعتبار قوانین مربوط را هم به تبع رفع معضل حادث پذیرفت. لیکن چون مدت اعتبار قانون در این موارد تعیین نمی‌شود درنتیجه نمی‌توان گفت دقیقاً چه زمانی اعتبار چنین قوانینی پایان می‌گیرد. به همین جهت میان این دسته قوانین و قانون موقت، تفاوتی آشکار است.[۱]

۳-۲. ابهام در مدت اعتبار قانون مقید

مطابق آنچه گذشت، در نظر نویسندگان حقوقی، قوانین مقید از قوانین موقت تفکیک شده‌اند. باوجود این، در برابر این پرسش که اعتبار چنین قوانینی تا چه زمانی ادامه می‌یابد، پاسخی صریح در نوشته‌ها یافت نمی‌شود. برخی فقیهان به اجمال اشاره کرده‌اند که زوال اعتبار این‌گونه قوانین با انجام‌شدن موضوع آن‌ها خودبه‌خود محقق می‌شود و نیازی به نسخ آن‌ها نیست.[۲]

پاره‌ای نویسندگان حقوقی در پاسخ به پرسش بالا قائل به تفکیک شده اند. از منظر اینان چنانچه برای مقابله با بحران‌های ویژه مانند جنگ، قوانین خاصی تصویب شود که پس از مدت‌ها حکمت وضع خود را از دست دهد، نمی‌توان قوانین مذکور را منسوخ دانست زیرا قاعده این است که کهنگی قانون سبب نسخ آن نمی‌شود. ولی اگر به طور صریح یا ضمنی قانونی مقید به وضع ویژه شود با تغییر آن وضعیت، قانون را باید ازبین‌رفته شمرد. منتها در تشخیص نسخ ضمنی همین قوانین نیز باید احتیاط کرد.[۳]

برخی نویسندگان حقوق فرانسه، به‌گونه‌ای دیگر به این مسئله اندیشیده‌اند، چنان‌که معتقدند با زوال وضعیت‌های خاص، قوانین مربوط به آن‌ها نیز متروک می‌شوند. بدین سان میان قانون متروک و قانون منسوخ تفاوت نمی‌گذارند و مبحث رفع اعتبار قوانین مقید را زیر عنوان ترک قانون[۴] مطالعه می‌کنند.

---

۱. باوجود این، پاره‌ای از قوانین مقید هستند که محدوده اعتبار آن‌ها به‌صراحت مشخص شده است. برای مثال در مقدمه لایحه قانونی انتخاب اولین رئیس جمهور کشور جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۸ شورای انقلاب اسلامی آمده بود: «این مقررات مخصوص انتخابات اولین رئیس جمهور است و...انتخابات ادوار آینده به‌موجب قوانین مجلس ...انجام خواهد گرفت».

۲ . ابن‌حزم، ابومحمدعلی؛ الاحکام فی اصول الاحکام، تصحیح احمد محمد شاکر، مطبعه السعاده، مصر، ۱۳۴۶ق. جلد۲، ص. ۵۹.

۳. کاتوزیان، همان، جلد۲، صص. ۳۴۶-۳۴۴.

4 . Abrogation par désuétude.

در مقام داوری و جمع نظرها می‌توان گفت اگرچه عقیده به سلب اعتبار قانون با متروک‌ماندن آن دشوار است و نمی‌توان اجرانشدن قانون را موجب الغای اعتبار آن دانست،[1] هر دو مسئلهٔ اعتبار و اجرای قوانین مقید به چگونگی تفسیر دادگاه‌ها وابسته است، چنان‌که ممکن است در نظر برخی مفسرین و مجریان قانون، شرایطی که موجب وضع قانون مقید شده به جهت تغییر زمانه دگرگون گشته و قانون مربوط نیز به تبع، منتفی و بلاموضوع دانسته شود. ولی در نظر دیگران، شرایط مذکور که قید تصویب قانون بوده‌اند کماکان پابرجا تلقی شده و قانون مربوط نیز لازم‌الاجرا محسوب می‌شود، همچنان که ممکن است عده‌ای قانونی را که دیگران مقید می‌پندارند دایمی تلقی کنند. به این ترتیب، همچون همه مسائل تفسیری، استمرار یا زوال اعتبار قانون مقید نیز تا زمان ایجاد وحدت رویه، محل نظر و مناقشه باقی می‌ماند و نمی‌توان در این باره معیاری قاطع به دست داد.

ماده واحده مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۲۰ شورای انقلاب اسلامی نمونه‌ای از این قبیل است که اختلاف‌نظر میان شعب دیوان عدالت اداری درباره آن به صدور رأی وحدت رویه شماره ۹ هیئت عمومی دیوان مذکور به تاریخ ۱۳۶۲/۸/۹ انجامید؛ بدین توضیح که قانون مزبور مقرر داشته بود:« کارمندان قضائی که تا تاریخ تصویب این قانون دارای سوابق خدمتی دولتی ... باشند این سوابق از لحاظ قضائی جزو مدت خدمت محسوب و در قبال هر چهار سال، حق یک پایه ترفیع خواهند داشت...». شعبه ۴ دیوان در مقام رسیدگی به شکایت یکی از قضات علیه دادگستری به خواسته احتساب سوابق خدمت اداری چنین رأی داد:« ... نظر به صراحت ماده واحده ...۱۳۵۸... اجرای مفاد این لایحه

۱. درباره اینکه متروک‌ماندن قانون و عدم استناد دادگاه‌ها به آن موجب زوال اعتبار آن می‌شود یا نه، صرف‌نظر از هر استدلال موافق و مخالف (برای دیدن برخی دلایل، ن.ک:کاتوزیان، همان، جلد۲، ص۵۱۷-۵۱۶.) آنچه در عمل تجربه شده، مؤیّد پاسخ منفی است. برای نمونه، قانون دادگاه‌های سیار مصوب ۱۳۶۶/۶/۱۰ سال‌ها به خلوت رانده شده بود تا اینکه قوه قضائیه طی بخشنامه مورخ۱۳۸۷/۵/۲۲ نحوه اجرای قانون مذکور و تشکیل و راه‌اندازی دادگاه‌های سیار را به رؤسای کل دادگستری‌ها ابلاغ کرد. نیز اگرچه در نوشته‌های حقوقی سخن از احکام لعان، بیهوده پنداشته می‌شود (ماده ۸۸۲ و ۱۰۵۲ قانون مدنی) و حتی برخی استادان معتقدند « قواعد راجع به این موضوع که در قانون مدنی ما مقرر شده به‌ندرت موردی برای اجرا داشته، درنتیجه باید چنین قواعدی را متروک و به تبع بی‌اعتبار بدانیم»(کاتوزیان، همان، جلد۲ ، ص. ۵۱۷). اما در عمل می‌بینیم که به قواعد و احکام فقهی لعان هرچند در مقام استیصال و چاره‌جویی، در دادگاه‌ها استناد می‌شود، حال آنکه همه می‌دانیم استناد به قانون منسوخ و طرح دعوا بر مبنای آن در دادگاه مسموع نیست (بازگیر، یدالله؛ تشریفات دادرسی در آرای دیوان عالی کشور، صلاحیت و احکام راجع به آن، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۱، رأی شماره ۳۸۱).

[قانونی] ... ناظر به قضاتی است که در هنگام تصویب قانون به شغل قضائی اشتغال داشته باشند...لذا...رد شکایت اعلام می‌شود- در پرونده مشابه شعبه ۷ دیوان به نحو دیگری استدلال کرد و رأی داد:« نظر به اطلاق و عموم ماده واحده... شاکی که در حال حاضر کارمند قضائی است ... استحقاق ۲ پایه ترفیع موضوع مصوبه را دارد..». تا اینکه با طرح موضوع در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به‌درستی استدلال شد:« ماده واحده مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب در مورد احتساب سوابق خدمت اداری و آموزشی مقید به وصف کارمندان قضائی تا تاریخ تصویب قانون می‌باشد و افاده اطلاق و عموم نمی‌کند و به کارمندانی که بعد از تاریخ تصویب ماده واحده به شغل قضائی اشتغال ورزیده‌اند تسری ندارد...».

۳-۳. طبیعت ویژهٔ قانون مقید

طبع مخصوص قوانین مقید و وابستگی آن‌ها به اوضاع‌واحوال معین، نه‌تنها موجب تفکیک آن‌ها از قوانین موقت شده بلکه سبب تمایزشان از قوانین غیرموقت نیز می‌شود. ازاین‌رو این دسته قوانین نیز احکام و قواعد مخصوص خود را دارند: از طرفی، چنان‌که گذشت، قوانین دایمی با وضع قانون ناسخ لغو می‌شوند درحالی‌که قانون مقید با رفع شرایطی که علت وضع آن بوده بلاموضوع شده وخودبه‌خود ملغی می‌شود. اما ازآنجاکه نمی‌توان زمان انقضای اعتبار قانون مقید را تعیین کرد، از قانون موقت نیز فاصله می‌گیرد. از طرف دیگر و مهم‌تر اینکه دشوار است بتوان با قیاس قوانین مقید با قانون دایمی، اشتراک احکام آن دو را نتیجه گرفت. بر این مبنا نمی‌توان گفت قانونی که در بحران‌های اقتصادی بیست سال پیش وضع شده است، امروزه نیز با وقوع حوادث مشابه قابل‌اجراست. همچنین اعتبار کنونی قانونی که در زمان انقلاب نمایندگان مجلس شورای اسلامی را مجاز به همراه‌داشتن یک قبضه اسلحه می‌دانست[1] محل تردید است. چنان‌که برخی نویسندگان گفته‌اند: « اگرچه اصل دایمی‌بودن قانون از اوصاف اساسی آن و از اصول پذیرفته‌شده در حقوق است، باوجود این، اصل مذکور مطلق نیست. به همین جهت مطابق نظر غالب، قوانین زمان جنگ، مقررات حکومت نظامی و قوانین عفو، همگی به‌عنوان قانون موقت شناخته می‌شوند»[2] و به تعبیر دقیق‌تر، قوانین مزبور به قوانین موقت نزدیک‌ترند، هرچند با آن‌ها آمیخته نمی‌شوند.

۱. ن.ک: لایحه قانونی راجع به حفاظت نمایندگان مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب اسلامی.

۲. کاتوزیان، همان، جلد۲، ص. ۵۹۳.

به‌ویژه که در پاره‌ای موارد می‌توان الغای قانون مقید را به‌طور قطعی احراز کرد. برای مثال، درصورتی‌که سازمان یا تشکیلات اجرایی معینی برای همیشه برچیده شود، الغای مقررات مربوط به آن را نیز به تبع باید پذیرفت چون در این صورت مقررات مذکور برای همیشه بدون موضوع مانده و لغو می‌شوند. این است که پاره‌ای نویسندگان تصریح کرده‌اند:«به‌عنوان قاعده می‌توان گفت: جایی که اجرای حکمی به سبب حذف مرجع صالح برای رسیدگی و تمیز حق یا به سبب دیگر ممکن نباشد ناچار باید نسخ ضمنی را پذیرفت».[1] نیز چنانچه تشکیلات سازمانی و اداری معین، جای خود را به نهادهای جدید دهد، مقررات حاکم بر آن‌ها نیز به تبع زایل می‌شود. چنان‌که برای مثال، تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب با انحلال دادگاه‌های حقوقی و کیفری ۱ و ۲ ملازمه داشته و به تبع مستلزم الغای قوانین و مقررات مربوط به دادگاه‌های اخیرالذکر بوده است. بر این مبناست که ماده ۳۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مقرر می‌دارد: «از تاریخ تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در هر حوزه قضائی، کلیه قوانین و مقررات مغایر با آن در همان حوزه لغو می‌گردد».

۱ . همان، ص. ۳۵۸.

نتیجه

با مطالعه تأثیر مقوله زمان بر زندگی و اعتبار قوانین موقت و شناخت اوصاف و قواعد ناظر بر این دسته قوانین می‌توان به پاره‌ای نتایج عملی دست یافت و راهکارهای زیر را پیش پای قانونگذاران گذاشت:

درباره موضوعات حادث و گذرا که تصمیم‌گیری مقطعی را ایجاب می‌کنند استفاده از قالب قانون موقت، گذشته از اینکه راه را بر اختلاف‌ها و تفسیرهای متفاوت می‌بندد و بدین وسیله از اتلاف وقت و نیروی دستگاه قضایی کاسته می‌شود، این مزیت عمده را نیز دارد که با سپری‌شدن دورهٔ ضرورت، قانون مربوط نیز خودبه‌خود و بدون تضییع فرصت‌های قانونگذاری ملغی می‌شود و بدین وسیله موجب صرفه‌جویی در وقت قانونگذاران نیز می‌شود. سنت دیرینهٔ وضع قوانین بودجه سالانه بر همین مبناست. بنابراین شایسته است در قوانین مقید نیز به مدت اعتبار آن‌ها تصریح شود.

به‌علاوه، قالب قانون آزمایشی، مختص مواردی است که قانونی برای اولین بار در موضوع معیّن تصویب می‌شود. به‌منظور روشن‌شدن کاستی‌ها و نارسایی‌های احتمالی قوانین مربوط به پدیده‌های نوظهور اجرایی،باید این قوانین به‌صورت آزمایشی مقرر شود لیکن برای موضوعات دایمی و اموری که درباره آن‌ها سابقه تقنین وجود دارد، با الهام از تجربیات گذشته می‌توان قانون دایمی و عاری از عیب و کاستی تصویب کرد.

با نظر به محدودیت مدت اعتبار قانون موقت، قانونگذاران باید از مدت‌ها پیش، خود را جهت تبدیل وضعیت قانون آزمایشی به قانون دایمی آماده کنند تا احیاناً با تأخیر در تمدید قانون و خلأ قانونی در کشور روبه‌رو نشوند. بنابراین بایسته است به‌منظور روبه‌رونشدن با چنان وقایع ناگوار، در موضوعات همیشگی و دایمی، قانون دایمی وضع شود و به مرور زمان با انجام اصلاحیه‌های مناسب، کاستی‌های آن رفع شود. تجربه تمدید مکرر قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی در نظام حقوقی ما عبرت‌انگیز است.

بالاخره تا حد امکان باید از وضع مقررات دایمی ضمن قوانین موقت پرهیز شود تا باب اختلاف‌نظرها در این باره نیز بسته شود. بنابراین سزاوار است اصول کلی بودجه که هرساله در قوانین بودجه تکرار می‌شود یا تبصره‌هایی از قانون بودجه که دایمی اعلام می‌شود، در قالب قانون دایمی و به‌طور جداگانه به تصویب برسد.

منابع:

- ابن‌حزم، ابومحمدعلی؛ **الاحکام فی اصول الاحکام**، تصحیح احمد محمد شاکر، مطبعه السعاده، مصر، ۱۳۴۶ق.
- بازگیر،یدالله؛ **تشریفات دادرسی در آرای دیوان عالی کشور**، صلاحیت و احکام راجع به آن، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۱.
- جعفری‌تبار، حسن؛ **مبانی فلسفی تفسیر حقوقی**، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر؛ **حقوق اموال**،گنج دانش، ۱۳۵۵.
_____؛ **دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت**، بنیاد استاد، ۱۳۵۷.
- خویی، ابوالقاسم؛ **البیان فی تفسیرالقرآن**، کتاب اول، به کوشش مرتضی الحکمی، مطبعه‌العلمیه، قم، چاپ سوم، ۱۳۹۴ ق.
- رحیم، محمدحسین بن محمد؛ **فصول الغرویه فی اصول‌الفقهیه**، چاپ سنگی، بی‌تا.
- سیوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن؛ **الاتقان فی علوم القرآن**، به تحقیق فواز احمد زمرلی، الجزءالثانی، دارالکتاب العربی، بیروت، الطبعه‌الثانیه، ۱۴۲۱ق.
- شبلی، محمدمصطفی؛ **اصول الفقه الاسلامی**، دارالنهضه‌العربیه، بیروت، ۱۹۸۶.
- علم‌الهدی، سیدمرتضی؛ **الذریعه الی اصول‌الشریعه**، تحقیق: ابوالقاسم گرجی، جلد۱و۲، دانشگاه تهران، ۱۳۶۲.
- غزالی، امام‌محمد؛ **المستصفی من علم الاصول**، جلد۱و۲، المطبعه‌الامیریه، مصر، ۱۳۲۲ق.
- قمی، میرزا ابوالقاسم؛ **قوانین‌الحکمه**، چاپ سنگی، ۱۲۷۳ق.
- قیاسی،جلال‌الدین و همکاران؛ **مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی**: اسلام و حقوق موضوعه، جلد۱: کلیات، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، قم،۱۳۸۰.
- کاتوزیان، ناصر؛ **فلسفه حقوق**، جلد۱و۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
_____؛ **نظریه عمومی تعهدات**، دادگستر، ۱۳۷۹.
- مجاهد طباطبایی، سیدمحمد؛ **مفاتیح الاصول**، چاپ سنگی، ۱۲۲۹ق.
- مجتهد شبستری، محمد؛ **هرمنوتیک، کتاب و سنت**: فرایند تفسیر وحی، طرح نو، ۱۳۷۹.

- ملکیان، مصطفی و دیگران؛ **گفتگوهای فلسفه فقه**، به کوشش مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۷.

- میثمی‌عراقی، محمود؛ **قوامع الفضول عن وجوه حقایق الاصول**، چاپ سنگی، ۱۳۰۵ق.

- میرزائی، اقبال‌علی؛ **اسلام اولین دین و آخرین شریعت**؛ تأملی تازه در دانش ناسخ و منسوخ در فقه اسلامی، انتشارات دانشگاه شهرکرد،۱۳۹۰.

- واحدی، قدرت‌الله؛ **مقدمه علم حقوق**، گنج دانش، ۱۳۸۲.

- هاشمی، محمد؛ **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد۲، میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۲.

- Hart, Herbert. L.A; **The Concept of Law**, 2nd ed, Oxford University Press, 1997.

- Johnson, Conard; **Philosophy of Law**, Macmillan, New York, 1993.

- Kemp, Allen, **Law in the Making**, Oxford University Press, 1963.

- Marty, G. and Raynaud, P. **Droit Civil**, T. 1; Introduction générale à l' étude du droit, Sirey, 1972.

- Nectoux, J. Boucly, F. and Vismard, M. **Jurisprudence Français**, T.4, Sirey, 1980.

- Weill, Allex, **Droit Civil**; **Introduction Générale**, Dalloz, 1992.

مسئولیت مدنی اشخاص مراقب نسبت به اعمال افراد تحت مراقبت و لزوم توسعه آن با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه

علیرضا یزدانیان *

چکیده

در مواردی شخصی به دلیل وضعیت جسمانی یا دماغی خود نیازمند است تا شخص دیگری از وی مراقبت و مواظبت به عمل آورد. به همین دلیل، قانون در نظام‌های حقوقی به برخی از افراد، این اقتدار را بخشیده تا به دلیل وضعیت جسمانی یا دماغی شخصی بر وی نظارت و کنترل داشته و از او مراقبت نمایند. در این موارد اگر شخص تحت مراقبت، خسارتی به خود یا دیگری وارد نماید، قاعدتاً شخص مراقب باید مسئول جبران خسارت باشد. در حقوق فرانسه، ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف به مسئولیت والدین اشاره دارد. در حقوق ایران نیز ماده ۷ ق.م.م به مسئولیت سرپرست مجنون و صغیر اشاره نموده است. می‌توان تصور نمود گاه افراد دیگری نیز، درعین‌حال که محجور نیستند، نیاز به مراقبت داشته باشند مانند افراد نابینا یا معلول و بیمار. در این موارد نیز شخص مراقب ایشان، اعم از حقیقی یا حقوقی باید مسئولیت اعمال آن‌ها را بر عهده داشته باشد. در برخی از نظام‌های حقوقی نیز به این امر اشاره شده ولی فعلاً در حقوق ایران با توجه به قواعد موجود، امکان جبران چنین خساراتی نیست. حال می‌توان این سؤالات را مطرح نمود که آیا در حقوق ایران، مسئولیت سرپرست، محدود به این است که فاعل فعل زیان‌بار، صغیر و مجنون باشد یا با تکیه بر قواعد کلی می‌توان چنین نظر داد که در هر موردی که شخصی نیازمند مراقبت است، شخصی که مراقبت از وی را بر عهده دارد، مسئول عمل وی است؟ آیا ماده ۷ ق.م.م استثنائی است یا می‌توان دامنه این مسئولیت را به اشخاصی که مجنون یا صغیر نبوده، اما نیازمند مراقبت هستند نیز گسترش داد؟ به‌عنوان مثال آیا یک مؤسسهٔ سرای سالمندان، مسئول عمل سالمندان نیست؟ زیرا گرچه ایشان مجنون یا صغیر نیستند، اما عرفاً نیازمند مراقبت هستند. به

---

* عضو هیئت علمی دانشگاه اصفهان Dr.alireza_yazdanian@yahoo.com

نظر می‌رسد در حقوق ایران می‌توان قاعده مسئولیت مراقب نسبت به اعمال افراد تحت مراقبت را طرح نمود که در این مقاله به شیوه تطبیقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: مسئولیت، مراقب، سرپرستی، تقصیر.

مقدمه

یکی از اقسام مسئولیت ناشی از عمل غیر، «مسئولیت مراقب نسبت به اعمال افراد تحت مراقبت»[1] است که در صدر ماده ۱۳۸۴ ق .م. ف[2] مطرح شده است.[3] در حقوق کشورهای اسلامی نیز چنین مسئولیتی هست.[4] (مانند ماده ۱۷۳ ق.م.مصر).[5] در حقوق ایران نیز ماده ۷ ق.م.م[6] به این مسئولیت اشاره نموده است. بنابرین درحالی‌که درماده ۷ ق.م.م مسئولیت سرپرست، مقید به مجنون یا صغیربودن فاعل شده است، در دیگر نظام‌های حقوقی، این مسئولیت درمورد هر شخصی که به علت جسمی یا دماغی نیازمند این مراقبت باشد، قابل تصور است. ریشه این مسئولیت در حقوق رم نیز وجود داشته و در مواردی که شخص تحت سرپرستی خسارت می‌زد، زیان‌دیده از جسم وی انتقام می‌کشید. بعداً سرپرست مخیر شد تا خود خسارت را جبران کند یا شخص تحت سرپرستی را واگذار کند که این امر به دعوای « نوکسال»[7] معروف است.[8] بنابراین در این نوع مسئولیت اصولاً شخصی قانوناً یا بر حسب قرارداد، مکلف به نگاهداری و

1 . La responsabilité du surveillant du fait de son surveillé.

۲. در این نوشتار، «ق.م» علامت اختصاری قانون مدنی ایران ، «ق.م.م» علامت اختصاری قانون مسئولیت مدنی و «ق.م.ف» علامت اختصاری قانون مدنی فرانسه است.

۳. ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف: « شخص نه‌تنها مسئول خسارات ناشی از عمل خود است بلکه مسئول خسارات ناشی از عمل کسانی هم که وی پاسخ‌گوی آن‌هاست یا مسئول خسارات ناشی از اشیاء تحت مراقبت خود نیز هست . . . ».

۴. فرج، توفیق حسن، و مصطفی جمال؛ مصادر و احکام الالتزام، منشورات الحلبی الحقوقیه،۲۰۰۹، ص. ۴۰۵.

۵. ماده ۱۷۳ ق.م.مصر: «۱- هر شخصی که به‌موجب قانون یا قرارداد مکلف به مراقبت از فردی است که به سبب صغر یا وضعیت عقلی یا جسمی نیازمند چنین مراقبتی است باید زیانی را که به سب عمل نامشروع وی وارد می‌آید جبران نماید حتی اگر فاعل فعل زیان‌بار غیرممیز باشد.۲ – صغیر قبل از سن ۱۵ سالگی نیازمند مراقبت است و همچنین زمانی که به سن ۱۵ سالگی می‌رسد اما کماکان تحت حمایت است.وظیفه مراقبت از صغار در مدرسه به عهده معلم و در محل کار با استادکار است؛ البته مادامی که تحت نظارت ایشان باشد. مراقبت از زوجه فاقد اهلیت کامل، به عهده شوهر یا سرپرست شوهر وی است. ...»

۶. ماده ۷ ق.م.م: «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر، قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهده او می‌باشد در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر می باشد ...».

7 . Noxale.

8 . Lévy, Jean- Philippe; André, Castaldo, Histoire du droit civil, Dalloz, 2002, p.891.

مراقبت از شخصی است که به چنین مراقبتی نیاز دارد. درنتیجه درصورتی‌که شخص تحت مراقبت، خسارتی به دیگری وارد آورد، شخص مراقب، پاسخ‌گوی عمل وی بوده و باید خسارات را جبران نماید. در حقوق فرانسه نیز در ماده ۱۳۸۴ به مسئولیت والدین اشاره شده، اما رویه قضایی با تفسیر موسع این ماده، مسئولیت را محدود به والدین نمی‌داند.[۱] درمورد افراد معلولی هم که به مؤسسات سپرده می‌شوند تا از آن‌ها نگهداری کنند، می‌توان مؤسسه را مسئول دانست.[۲] به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز خصوصیتی در مجنون یا صغیر نبوده و در هر مورد که عرفاً وظیفه نظارت و مراقبت محقق شده باشد، شخص مراقب، مسئول اعمال شخص تحت نظارت است زیرا هدف مسئولیت مدنی اعاده وضع زیان‌دیده است.[۳] شاید بتوان این قاعده را بنا نهاد که هرگاه شخصی بر روی دیگری کنترل و نظارت داشته باشد و این اشخاصِ تحت نظارت به جهت ضعف جسمی یا ذهنی، «اشخاص بالقوه خطرناک»[۴] باشند، شخص مراقب، مسئول خسارات ناشی از اعمال آن‌ها است.[۵] بنابرین می‌توان تصور نمود که سرای سالمندان، مسئول خسارات ناشی از اعمال افراد سالخورده، و بیمارستان‌ها، مسئول اعمال بیماران نیازمند به مراقبت باشند. بنابرین در صورت استخراج یک قاعده کلی می‌توان در راستای جبران خسارت زیان‌دیده در موارد مشابه، مسئولیت عمل فاعل را بر غیر نیز تحمیل نمود.[۶] در اینجا برای ایجاد بستری مناسب جهت استخراج یک قاعده عمومی، در قسمت اول به مصادیق این مسئولیت اشاره شده است. در قسمت دوم نیز از استخراج یک قاعده کلی سخن به میان خواهد آمد.

۱. مصادیق مسئولیت مدنی سرپرست محجور

برخلاف دیگر نظام‌های حقوقی، در حقوق ایران، قلمرو ماده ۷ ق.م.م محدود به دو مصداقی است که فرد تحت کنترل، مجنون یا صغیر باشد. اما در موردی که شخصی محجور نباشد، ولی بنا به دلایلی نیاز به مراقبت داشته و شخصی تکفل وی را داشته

1 . Steinlé-Feuerbach, and Marie France, Droit des obligations, Ellipses édition Marketing, S, A, 2008, p.145.

2 . Benabant, Alain; Droit civil, Les obligations, 10e éd, Librairie général de droit et de jurisprudence, Montchrestien, 2005, p.404.

۳. غمامی، مجید؛ مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، دادگستر، ۱۳۷۶، ص.۱۲۰.

4 . Des personnes potentiellement dangereuses.

5 . Radé, Christophe, "Droit À Réparation, Responsabilité du fait d'autrui, Principe général", Responsabilité civile et Assurances, 2005, p.11.

۶ . بادینی، حسن؛ فلسفه مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، ص. ۳۲۷.

باشد، مانند بیماران یا سالخوردگان یا معلولین، مطلبی وجود ندارد، که در قسمت‌های بعد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

اول: صغیر

۱-۱. سرپرستی از اطفال

کسانی که متعهد به حضانت طفل هستند، نه‌تنها باید جسم و روان وی را از گزند آفات حفظ کنند، بلکه این نگاهداری اقتضا دارد تا وی را از ایراد ضرر به اشخاص دیگر بازدارند. درمورد مسئولیت والدین اطفال مشروع، ماده ۷ ق .م. م چنین والدین مشروعی را در بر می‌گیرد. اما درمورد کودک ولدالزنا این سؤال قابل طرح است که آیا مسئولیت مدنی ناشی از ایراد خسارت مزبور فقط به عهده خود اوست (ماده ۱۲۱۶ ق.م) یا اینکه می‌توان مشمول ماده ۷ ق .م. م نیز دانست ؟ قبل از پاسخ به سؤال فوق باید اشاره نمود که سرپرست طفل نامشروع الزاماً پدر یا مادر طبیعی وی نیستند زیرا گاه شخص ثالثی از سر رأفت و احسان، وی را نگهداری می‌نماید و گاه نیز به‌ناچار، دست تقدیر، کودک نامشروع را به دامان شخصی می‌اندازد و نگاهداری از وی را به او می‌سپارد. در این موارد، نگاهداری از چنین کودکی، چه بر حسب قرارداد و چه بر حسب قانون، با هیچ‌یک از والدین یا شخص ثالث نیست و از نظر حقوق سنتی، تصور تکلیف والدین به نگاهداری از چنین طفلی با توجه به عدم الحاق به ایشان دشوار است. باوجود این، گویا تمایل حقوق‌دانان این است که پدر و مادر بیولوژیکی چنین طفلی مجبور به نگاهداری از کودک نامشروع خویش هستند.[۱] این تمایل دکترین، به رویه قضایی نیز سرایت نموده است.[۲] در حقوق فرانسه در ابتدا درمورد طفل زنازاده این

۱ . کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، خانواده، جلد دوم، شرکت انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۲، ص. ۸.

۲ . رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ چنین مقرر نموده است : « به‌موجب بند الف ماده قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع، تفاوتی قائل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد یا اینکه ابوین طفل نامعلوم باشد تعیین تکلیف کرده است لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید با استفاده ار عمومات و اطلاق مواد یادشده و مسئله ۳ و مسئله ۴۷ از موازین قضائی از دیدگاه حضرت امام خمینی رضوان ا... تعالی علیه، زانی پدر عرفی طفل تلقی و درنتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر، ازجمله شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۴۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آن‌ها منتفی است و لذا رأی شعبه سی‌ام دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی

دیدگاه وجود داشت که وی را جزء خانواده نمی‌دانستند. ناپلئون معتقد بود که حتی دولت نیاز به زنازاده‌ها ندارد. این طرز فکر سبب می‌شد که زنازاده هیچ نسبی با والدین نداشت مگر اینکه هر دو یا یکی از والدین، کودک زنازاده را مورد شناسایی قرار می‌دادند،[1] هرچند این دیدگاه، روزبه‌روز تعدیل می‌شد. تا قبل از اصلاحات سال ۲۰۰۵ ولدالزنا را معمولاً مادر تحت نگهداری قرار می‌دادد مگر اینکه دادگاه وی را به پدر یا هر دو والدین طبیعی می‌سپرد. بااین‌حال، اندیشه برابری کودکان مشروع و نامشروع در قانون ۳ ژانویه ۱۹۷۲ به چشم می‌خورد. تا اینکه در سال ۲۰۰۵ در قانون ۴ ژوئیه ۲۰۰۵ در ماده ۳۱۰ ق.م.ف حقوق کودکان مشروع و نامشروع، یکسان شده و امروزه طبق ماده ۱-۳۱۰ ق .م. ف به نظر می‌رسد نسب کودکان مشروع و نامشروع، یکسان فرض شده و در حقوق فرانسه رابطه نسب بر مبنای رابطه خونی استوار شده و نسب، اعم از مشروع و نامشروع یکسان تلقی می‌شود[2] به‌نحوی‌که در برخی از کتب جدید مسئولیت مدنی در فرانسه، یکی از شرایط مسئولیت والدین، وجود « رابطه نسب»[3] است که از منظر این نویسندگان، این رابطه می‌تواند مشروع یا نامشروع یا حتی رابطه فرزندخواندگی باشد.[4] در حقوق ایران اگرچه بر مبنای قانون مدنی، کودک مشروع و کودک طبیعی یکسان نیستند، اما گویا گرایشی پدید آمده که طفل نامشروع نیزهمسان کودک مشروع باید از حقوق اجتماعی مساوی برخوردار باشد.[5] اگر از این منظر نگریسته شود، می‌توان گفت هر شخصی که نگاهداری و مواظبت از ولدالزنا با وی باشد، درصورتی‌که در نگاهداری و مواظبت تقصیر نموده و کودک نامشروع، به دیگری

کشور، موجه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی با استناد ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضائی مصوب تیرماه ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است». اگر پدر عرفی کلیه تکالیف مربوط به پدر را داشته باشد و بپذیریم که در مقابل تکلیف، حق وجود دارد این تردید، منطقی خواهد بود که گفته شود شاید فرزند نامشروع، کلیه حقوق را داشته باشد جز موارد تصریح‌شده.

1 . Capitant, Henrie; "L'évolution de droit de la famille depuis de code civil", In: Le droit civil français, Librairie de Recueil Sirey, 1936, p. 15.

2 . Flour, Jaques, et al; Droit civil, Les Obligations, T, 2, Le fait juridique, 13e éd, Sirey, 2008, p. 226.

3 . Lien de filiation.

4 . Fabre-Magan, Muriel; Les Obligations, Presses universitaires de France, 2004, p.855.

۵ . خزرجی، عروبه جبار؛ حقوق الطفل بین النظریه و التطبیق، دارالثقافه للنشر و التوزیع، عمان، ۲۰۰۹، ص. ۱۵۴.

خسارتی وارد آورد، در حدود ماده ۷ ق.م.م چنین سرپرستی مکلف به جبران خسارات است و اصلاً نیازی به نسب نیست.

۱-۲. احصاء شرایط مسئولیت مدنی سرپرست

در حقوق فرانسه، مسئولیت مدنی والدین منوط به احراز شرایطی است که بدون وجود آن‌ها از نظر رویه قضائی مسئولیت والدین منتفی خواهد بود[1] که به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز این شرایط در تحقق مسئولیت مدنی سرپرست در ماده ۷ ق.م.م ضروری است.

الف. شرط اول: صغیربودن شخص تحت مراقبت

یکی از شرایط مسئولیت مدنی والدین، صغیربودن فرزند است که ماده ۷ ق.م.م نیز به این امر اشاره دارد. درنتیجه به‌محض رسیدن به سن بلوغ، مسئولیت مدنی خاص والدین نسبت به عمل فرزندان پایان می‌پذیرد. در حقوق فرانسه حتی اگر سرپرستی والدین ادامه پیدا کند، اما فرزند به سن بلوغ برسد، مسئولیت مدنی ویژه مندرج در بند ۴ ماده ۱۳۸۴ پایان می‌پذیرد. به‌عنوان مثال در حقوق فرانسه، تا زمانی که شخص صغیر است، برای مسئولیت والدین ناشی از عمل صغیر، فرض تقصیر شده و امروزه نوعی مسئولیت محض مطرح شده است. اما زمانی که طفل، مجنون بوده و بعد از بلوغ، افاقه پیدا نکند، با اینکه چنین طفلی تحت سرپرستی والدین است، دیگر نمی‌توان به بند ۴ ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف استناد نمود و زیان‌دیده باید تقصیر سرپرست را ثابت کند.[2] به‌زعم حقوق‌دانان، یکی از مشکلات در حقوق مسئولیت مدنی فرانسه، کاهش سن بلوغ است. این کاهش سن، به ضرر کسانی خواهد بود که از ناحیه فعل صغیر، خسارت دیده‌اند. آمار در حقوق فرانسه نشان می‌دهد که در مواردی زیان‌دیده با مسئولینی روبه‌رو می‌شود که توان جبران خسارات را ندارند زیرا شخصی که در سن صغر به سر می‌برد، هنوز دارایی و ثروت کافی برای جبران خسارات نداشته و مسئولیت اعمال وی به گردن والدین است و در مواردی که ظاهراً شخص به سن بلوغ برسد دیگر والدین مسئول نیستند و از سویی شخص گرچه بالغ است به‌لحاظ بلوغ در سنین پایین، هنوز ثروت و مالی برای جبران خسارت ندارد. بنابرین زیان‌دیده در عمل با بدهکاران جوانی روبه‌رو می‌شود که نه مال برای جبران خسارت دارند و نه دیگر تحت پوشش خانواده‌ای

1 . Mazeaud, Henri, et Jean Léon, Leçons de droit civil, T, 2, volume primier, Obligations, 6e éd, par François Chabas, 1978, Montchrestien, p.500.
2 . Ibid.

قرار می‌گیرند.[1] این وضعیت در حقوق ایران وخیم‌تر است زیرا با لحاظ ماده ۱۲۱۰ ق.م درمورد سن بلوغ می‌توان تصور نمود که دختر ۱۰ ساله‌ای که سبب خسارت شود اصولاً در عمل، مالی برای جبران ندارد و به علت بالغ‌شدن، والدین وی مسئول جبران خسارت ناشی از عمل او نیستند. این یکی از مواردی است که اصلاح ماده ۷ را می‌طلبد زیرا اگر ماده ۷ از ذکر صغیر خودداری می‌نمود و مانند برخی از نظام‌های حقوقی، معیار آن، نیاز شخص به مراقبت می‌شد عرفاً تا زمانی که طفل نیازمند مواظبت بود مسئولیت عمل وی با سرپرست قرار گرفته و این به نفع زیان‌دیده می‌بود.

ب. شرط دوم: همزیستی صغیر با سرپرست

از منظر حقوق مسئولیت مدنی سنتی، یکی از شرایط، همزیستی سرپرست با کودک است[2] و این شرط، مربوط به این ایده است که والدین، مکلف به مراقبت و نگهداری از فرزندانشان هستند و این تکلیف، زمانی که کودک بنا به دلایلی با والدین همزیستی ندارد، پایان می‌پذیرد. ازاین‌رو زمانی که کودک در مدرسه بوده یا به خویشاوند دیگری مانند پدربزرگ یا مادربزرگ سپرده شده است، والدین مسئولیتی ندارند. چنانچه طبق بند ۴ ماده ۱۳۸۴ ق .م. ف زمانی والدین مسئولیت اعمال فرزندان صغیر را بر عهده دارند که فرزند صغیرشان با آن‌ها زندگی می‌کند. در حقوق ایران نیز گرچه در ماده ۷ ق.م.م این قید مورد تصریح قرار نگرفته، از عبارت « تقصیر در نگهداری یا مواظبت » می‌توان این شرط را استنباط نمود زیرا والدین، وظیفه مراقبت و نگهداری از طفل را دارند و زمانی می‌توانند این سلطه را اعمال نمایند که طفل با آن‌ها زندگی کند و در این زمان است که در صورت تقصیر در نگهداری می‌توانند مسئول جبران خسارت باشند.[3] بنابرین همزیستی فرزند با شخصی که سرپرستی را به عهده دارد، لازم است، خواه پدر باشد خواه مادر یا هر دو. حال درصورتی‌که طفل صغیر با والدین زندگی نکند، مسئولیت والدین منتفی است؛ البته به شرطی که طفل با دلایل موجه و مشروعی با والدین زندگی نکند و آنجایی که طفل بدون دلایل معتبر، والدین را ترک نموده و از خانه فرار کرده و به دیگری خسارت می‌زند، به نظر می‌رسد پدر و مادر، مسئول باشند زیرا در این مورد هنوز در نگهداری طفل کوتاهی نموده و مقصر به حساب می‌آیند. به‌هرحال به نظر می‌رسد باید دید آیا دوری از خانواده آن قدر هست که عرفاً وظیفه

1 . Mazeaud, op.cit., p.500.
2 . Malaurie, Philippe, et al, Droit civil, Les obligations, Editions juridiques associées, Défrenois, 2004, p. 70.
3 . Mazeaud, op.cit, p.501.

سرپرستی و نگهداری از والدین ساقط شود یا نه. به‌عنوان مثال، زمانی که طفل همراه اردوی مدرسه، یک هفته به مسافرت می‌رود، درصورتی‌که به دیگری خسارتی وارد آورد، نمی‌توان پدر و مادر را مسئول دانست زیرا عرفاً در این یک هفته، این عدم همزیستی با خانواده موجه بوده و از طرفی عرف، سرپرستی و نگاهداری از کودک را از تکالیف والدین نمی‌داند. اما اگر همین کودک برای عیادت پدربزرگ، چند ساعتی را به منزل پدربزرگ خویش می‌رفت، عرفاً وظیفه والدین در سرپرستی و نگهداری ساقط نمی‌بود. با توجه به این معیار می‌توان به فرض رایجی اشاره کرد که نامادری یا همسر دوم مرد با رفتار خود یا ممانعت از حضور طفل در منزل، امکان نظارت پدر را سلب می کند. آیا در این مورد، مسئولیت همچنان با پدر است یا نامادری هم مسئول است؟ آیا رفتار نامادری عرفاً حکم قوه قاهره را برای پدر دارد؟ در پاسخ به این سؤال باید اشاره نمود که اگر یک نامادری از سر محبت یا بر مبنای شرط، مواظبت و مراقبت از طفلی را قبول کند، طبق ماده ۷ ضامن است. اما در مواردی که خود چنین تکلیفی را نمی‌پذیرد، قطعاً نامادری مسئول نیست. ولی در فرضی که خود عهده‌دار این امر نیست، اما درعین‌حال، مرد را از انجام این تکلیف باز می‌دارد و مانع ورود طفل به منزل می‌شود، نامادری از باب ماده ۷ ضامن نیست. درعین‌حال به نظر نمی‌رسد چنین امری برای مرد در حکم قوه قاهره باشد زیرا از شرایط این قوه قاهره، غیرقابل‌اجتناب‌بودن است که در این موارد این شرط منتفی است. وانگهی از منظر اجتماع، رفتار سوء چنین زنی، تکلیف یک پدر در مواظبت و مراقبت را از چنین طفلی ساقط نمی نماید. بنابرین به نظر می‌رسد نه‌تنها از نظر استدلال‌های فوق بلکه از منظر حمایت از زیان‌دیده می‌توان پدر را همچنان مسئول دانست. آنچه گفته شد در مورد ناپدری نیز صادق است. نکته قابل توجه درمورد شرط همزیستی این است که درمورد این شرط در حقوق فرانسه اختلاف‌نظر هست.[1] چنانچه به‌زعم برخی از استادان حقوق مدنی فرانسه، امروزه شرط همزیستی والدین با فرزند، گاه به نفع زیان‌دیدگان نیست که علت این امر را باید در تحولات اخلاقی و تجزیه خانواده‌ها دانست که رویه قضایی فرانسه بی‌اعتنا به این امر نمانده است و از نظر دیوان، امروزه این شرط، چندان ضروری نیست[2] وحتی گاه دست به چاره‌جویی زده و فرض ایجاد نموده است. به‌عنوان مثال دیوان فرض نموده است که

1 . Ponseille, Anne; " Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur", RTD civ, 2003, p.645.

2 . Maistre du chambon, Patrick, et Philippe Conte; La responsabilité civile délictuelle, 3e éd, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p.73.

جدایی والدین، مانع از وظیفه مراقبت ایشان بر فرزند نیست.[1] حتی برای اینکه والدین همواره مسئول بمانند، دیوان عالی کشور فرانسه چنین تصمیم گرفته که از اقامت معمولی کودک در اقامتگاه والدین یا یکی از آن‌ها این امر قابل استنتاج است که کودکی که برای مدت نسبتاً طولانی به پدربزرگ یا مادربزرگ سپرده می‌شود، تکلیف والدین به مراقبت و مواظبت قطع نشده است. یا حتی زمانی که کودک در مدرسه به سر می‌برد، اگر چه مدرسه شبانه‌روزی هم باشد، وظیفه والدین نسبت به مراقبت و مواظبت از کودکشان قطع نشده است.[2] به این ترتیب با صدور رأی ۱۹ فوریه ۱۹۹۷ که مسئولیت والدین را فقط در صورت اثبات قوه قاهره یا خطای زیان‌دیده منتفی می‌داند، امروزه به نظر برخی نیازی به شرط همزیستی نیست.[3]

صرف‌نظر از تحولات فوق در حقوق فرانسه، اگر در حقوق ایران، هنوز همزیستی والدین، یکی از شرایط مسئولیت مدنی والدین باشد، در خصوص شرط همزیستی در حقوق ایران، نکته دیگری که به ذهن می‌رسد مسئله مبهمی است که با ماده ۱۰۴۱ ق.م می‌تواند پیش آید. مطابق ماده مزبور، نکاح قبل از بلوغ ممنوع است و طبق تبصره آن، عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی‌علیه صحیح است. حال اگر دختری قبل از بلوغ با رعایت شرایط موجود در تبصره فوق ازدواج نمود و به خانه شوهر رفته و مرتکب فعل زیان‌باری شد، آیا پدر و مادر یا ولی وی مسئول هستند یا شوهر وی؟ در پاسخ این سؤال به نظر می‌رسد مسئولیت را باید بر عهده شوهر نهاد که با چنین زوجه صغیری قرارداد نکاح دارد و اگر خود شوهر هم صغیر باشد مسئولیت عمل هر دو بر عهده سرپرست شوهر است زیرا مسئولیت شوهر در این مورد بر عهده سرپرست شوهر است و مسئولیت زوجه صغیری نیز که با چنین شوهری همزیستی دارد، باید بر عهده سرپرست شوهر باشد.[4]

1 . Flour, Aubert , et al; op.cit., p. 227.

2 . Malinvaud, Philippe; Droit des obligations, 9e éd, LexisNexis, Litec, 2005, p.373.

3 . Jourdain, Patrice, Les principes de la responsabilité civile, 7e éd, Dalloz, 2007, p.105.

۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۱، منشورات الحلبی الحقوقیه، چاپ سوم، ۱۹۹۸، ص. ۱۱.

ج. شرط سوم: کودک باید مسئول باشد

صغر، مانع ازتحقق مسئولیت مدنی نیست.[1] اما یکی از مواردی که در آن تردید زیادی وجود دارد این است که آیا برای تحقق مسئولیت سرپرست، فعل طفل باید مقصرانه باشد یا نه؟ در پاسخ به این تردید از یک منظر باید اذعان داشت که زیان‌دیده زمانی می‌تواند به نفع خود از ماده ۷ ق.م.م بهره ببرد که اشتباهات رفتاری کودک سبب خسارت وی شده باشد. حال با این مقدمه این سؤال را با جدیت می‌توان مطرح ساخت که آیا امکان دارد از والدینی که از افعال عادی و متعارف و غیرمقصرانه فرزند صغیر خود جلوگیری نکرده‌اند، خسارت خواست؟ اگر پاسخ مثبت باشد، این نتیجهٔ غیرمنطقی حاصل خواهد شد که والدین باید از کوچک‌ترین رفتار عادی طفل نیز ممانعت به عمل آورند تا مبادا به شخص دیگری خسارت وارد آورد. درحالی‌که نمی‌توان چنین سخت‌گیریِ بی‌جایی را نگهداری و مراقبت دانست، بلکه نوعی محبوس‌نمودن صغیری است که والدین از ترس پیدانمودن مسئولیت، اجازه انجام طبیعی‌ترین رفتارها را به وی نمی‌دهند و این زمینه‌ای برای منزوی و غیراجتماعی‌نمودن کودک است. در حقوق فرانسه، رویه قضائی برای مدت طولانی معتقد بود که کودک باید مقصر باشد و سپس به این نتیجه رسید که یک« فعل به نحو عینی»[2] کفایت می‌کند. متعاقب همین طرز فکر بوده است که شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در ۱۰ مه ۲۰۰۱ در یک مورد بدون توجه به تقصیر کودک به مسئولیت والدین حکم داده است.[3] همچنین رویه قضایی در یک مورد اعلام داشته که صغیر غیرممیز[4]، توان ارتکاب تقصیر را ندارد ولی باوجود این، والدین، مسئول اعمال صغیر غیرممیز هستند.[5] این امر نشان‌دهنده این است که لزومی به احراز تقصیر کودک نیست. برخی نیز اثبات فعل نامشروع و نامتعارف را لازم دانسته‌اند. حال به فرض که شرط تحقق مسئولیت والدین این باشد که کودک، فعل مقصرانه‌ای انجام داده باشد، در حقوق فرانسه به طرح سؤال دیگری دامن زده می‌شود که آیا زیان‌دیده باید تقصیر کودک را ثابت کند یا این تقصیر، مفروض است؟ در حقوق فرانسه، تقصیر والدین مفروض است و عده‌ای معتقدند که این فرض تقصیر

1 . Maistre du chambon, Patrick; "Régime De La Réparation, Action en réparation, Parties à l'instance", Responsabilité civile et Assurances, 1998, p. 41.
2 . Un fait objectivement.
3 . Malinvaud, op.cit., p.372.
4 . Infans.
5 . Mazeaud, op.cit., p. 502.

درمورد کودک هم وجود داشته و فرض بر این است که رفتار کودک نیز مقصرانه بوده است. باوجود این، رویه قضایی و برخی از استادان حقوق مدنی فرانسه این عقیده را نپذیرفته و معتقدند اثبات تقصیر کودک بر عهده زیان‌دیده است.[1] در تأیید این نظر در حقوق فرانسه می‌توان استدلال نمود که اصل بر عدم تقصیر بوده و اثبات آن بر دوش زیان‌دیده است. چنانچه در حقوق فرانسه، ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف درمورد والدین به‌صورت استثنائی، فرض را بر وجود تقصیر نهاده و زیان‌دیده، نیاز به اثبات تقصیر ندارد. ولی درمورد تقصیر کودک، قانون ساکت بوده و زیان‌دیده باید طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تقصیر کودک را به اثبات رساند. به نظر برخی از استادان، امروزه رویه قضائی فرانسه به این سمت متمایل شده که برای مسئولیت والدین، نیازی به اثبات تقصیر کودک نیست.[2] بااین‌حال، این رویه مورد انتقاد قرار گرفته و به نظر می‌رسد رویه مزبور در موردی است که کودک محافظ شئ بوده و از آن شئ، خسارتی وارد شده باشد زیرا در حقوق فرانسه در مورد مسئولیت محافظ شئ طبق بند ۱ ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف نیازی به اثبات تقصیر نیست.[3]

در حقوق ایران برای پاسخ به مسئله تفکیک غصب و اتلاف و تسبیب و مسئولیت مبتنی بر خطر، لازم است که در ذیل مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد:

۱) غصب: اگر بر اثر عدم مراقبت سرپرست، کودکی مالی را غصب کند، کودک ضامن است زیرا تحقق ید ضمانی، منوط به تمییز نیست. حال با توجه به فقدان استیلاء توسط سرپرست ، غاصب‌بودن سرپرست ممکن نیست. در این فرض اگر مال تلف نشده باشد و درصورتی‌که الزام به رد عین مال متعلق به غیر، نوعی حکم تکلیفی باشد[4] طفل نمی‌تواند طرف خطاب حکم تکلیفی قرار گیرد و الزام به رد عین بر عهده سرپرست است که در بارشدن این الزام بر سرپرست نیز نیازی به اثبات تقصیر کودک نیست. باوجود این، اگر تکلیف به رد عین، نوعی تعهد مالی به شمار آید و بتوان در حقوق تعهدات مطرح نمود (مانند ماده ۲۷۸) ذمه صغیر، مشغول می‌شود و تصور تعهد به رد عین بر دوش صغیر نباید دشوار باشد. در این صورت، صغیر متعهد به رد عین به مالک شده و سرپرست به‌عنوان نماینده طفل، مکلف به انجام تعهد از سوی صغیر است. اگر هم مال، پس از غصب تلف شود که در غصب نیازی به اثبات تقصیر و رابطه سببیت

1 . Ibid.
2 . Mazeaud, op.cit.,p.503.
3 . Jourdain, op.cit., p.89.
۴ . جبعی العاملی، زین الدین، الروضه‌البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد ۲، مرکز النشر مکتب الاعلامی الاسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۷۲، ص. ۲۳۲.

نبوده و کودک ضامن پرداخت خسارت است. نکته قابل ذکر این است که از منظر فقه نیز در تحقق ید غاصبانه کودک تردیدی نیست زیرا احکام غصب دوگانه است: حکم تکلیفی یعنی حرمت و وجوب و حکم وضعی یعنی ضمان ناشی از ید ضمانی.[1] بنابرین احکام تکلیفی شامل افراد بالغ و عاقل بوده ولی احکام وضعی، یعنی ضمان ناشی از ید، شامل صغار و مجانین نیز می‌گردد.[2] به نظر فقها اطلاق عمومات غصب، کودک و دیوانه را در بر می‌گیرد و عدم تمییز در مجنون و صغیر، دلالت بر عدم استیلاء ایشان ندارد.[3] البته فقط لازم است تا عرفاً مجنون یا صغیر، استیلاء بر مال داشته باشند و اگر استیلاء عرفی صدق کند، مجنون یا صغیر نیز ضمان ناشی از ید ضمانی خواهند داشت.[4] بنابرین در این مورد، صغیر مسئول جبران خسارت بوده و اگر سرپرست در نگهداری وی کوتاهی کرده باشد، سرپرست مسئول بوده و نیازی به اثبات تقصیر کودک هم نیست.

۲) *اتلاف:* در موردی که طفلی به‌صورت مباشرت به دیگری خسارتی وارد آورد،کودک ضامن است (ماده ۱۲۱۶). حال اگر این اتلاف به علت کوتاهی سرپرست در نگهداری از وی بوده و طفل نیز غیرممیز باشد، عرف، سرپرست را به‌عنوان سبب اقوی از مباشر دانسته و در اینجا بدون نیاز به اثبات تقصیر کودک، سرپرستی که در نگاهداری کوتاهی کرده، مسئول است. اگر هم طفل ممیز باشد، خود طفل قطعاً مسئول است ولی اگر سرپرست در نگهداری کوتاهی کرده باشد، مسئول بوده و مسئولیت وی، ناشی از عمل غیر است و در اینجا هم نیازی به اثبات تقصیر طفل نیست.

۳) *تسبیب:* برای تحقق تعهد به جبران ضرر بر عهده صغیر در مورد تسبیب، تقصیر وی شرط است. اما در موردی که زیان‌دیده می‌خواهد والدین را طرف دعوا قرار دهد، تردید است که آیا اثبات تقصیر کودک هم شرط است یا نه که علی‌رغم طرح اختلاف‌نظر در حقوق فرانسه به نظر می‌رسد در حقوق ایران در موردی که فعل کودک به‌صورت تسبیب، منتهی به خسارت شده باشد، برای مطالبه خسارت از والدین، اثبات تقصیر کودک هم ضروری است. به‌عبارتی در حقوق ایران، زیان‌دیده نه‌تنها باید تقصیر

۱. موسوی‌خمینی، سیدروح الله؛ تحریرالوسیله، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۳، ص. ۳۰۵.

۲ . محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه، جلد۱، نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی،۱۳۷۰، ص. ۹۹.

۳ . انصاری، شیخ مرتضی؛ المکاسب، مطبعه اطلاعات، ۱۳۷۵، چاپ دوم، ص. ۱۰۱.

۴. نوری، شیخ فضل‌الله؛ قاعده ضمان الید، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه، ۱۴۱۴ق.، ص. ۲۵.

والدین را در نگاهداری یا مواظبت ثابت کند، بلکه اثبات تقصیر کودک هم ضروری است. به همین دلیل عده‌ای معتقدند که درمورد مسئولیت سرپرست، احراز فعل نامشروع شخص تحت سرپرستی لازم است[1] زیرا در این موارد، والدین از این جهت مقصرند که در جلوگیری از ارتکاب تقصیر توسط فرزند خویش کوتاهی کرده‌اند. حال اگر گفته شود نیازی نیست تا رفتار کودک مقصرانه باشد و نسبت به رفتار غیرمقصرانه طفل بتوان از والدین خسارت مطالبه نمود، این سؤال منطقی پیش می‌آید که آیا پدر و مادری که مانع رفتارهای متعارف و روزمره فرزندشان نشده‌اند، مرتکب تقصیر شده‌اند؟ بی‌شک، پاسخ، منفی است زیرا اگر والدین به جهت عدم جلوگیری از رفتارهای متعارف فرزندانشان قابل سرزنش بوده و مقصر باشند، پس باید به آن‌ها حق داد تا مانع انجام حرکات و رفتارهای عادی فرزندشان شوند تا مبادا به‌صورت تسبیب به دیگری خسارت زند و این به نوبه خود، عدم شکوفایی استعدادها و منزوی‌شدن کودک را به دنبال دارد زیرا انجام وظیفه نگهداری و تربیت در این است که کودک را به فعالیت‌های اجتماعی متعارف تشویق نمود و از اضرار به غیر و خطا باز داشت نه اینکه وی را از همه فعالیت‌های متعارف نیز منع نمایند. بنابرین درمورد تسبیب پساز مقایسه رفتار کودک مزبور با انسان متعارف و احراز تقصیر وی،[2] مراجعه به والدین به جهت رفتار مقصرانه کودک آن‌ها میسر است.

۴) مسئولیت مبتنی بر خطر. در مواردی مسئولیت مبتنی بر نظریه خطر است مانند مسئولیت دارنده اتومبیل. حال اگر در مواردی طفلی دارای اتومبیل باشد و از این اتومبیل به دیگری خسارتی وارد آمد، طفل ضامن است. اما سؤال این است که آیا والدین او نیز مسئول جبران خسارت خواهند بود یا نه؟ در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد باید بین دو فرض، قائل به تفکیک شد. فرض اول این است که در مواردی اتومبیل بدون انجام فعلی از سوی کودک سبب خسارت می‌شود مانند موردی که اتومبیلی به علت اتصالی‌نمودن سیم‌های برق آن دچار حریق می‌شود و به منزل همسایه‌ای آسیبی می‌رسد؛ که طفل طبق ماده فوق به‌عنوان دارنده مسئول است. اما والدین مسئول نیستند. فرض دوم این است که طفل با انجام فعلی مانند رانندگی سبب خسارت شده باشد که در این موارد، خود طفل، نه‌تنها به جهت داشتن اتومبیل به‌عنوان « دارنده» مسئول است، بلکه اگر با مقایسه رفتار وی با انسان متعارف، احراز شود که

۱. فرج، توفیق‌حسن، و مصطفی جمال؛ پیشین، ص. ۴۰۷.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ الزام‌های خارج از قرارداد، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۶، ص. ۳۵۱.

مرتکب تقصیر شده است، به استناد ماده ۱ ق.م.م به‌عنوان «راننده» نیز ضامن پرداخت خسارت است. حال اگر این خسارت ناشی از تقصیر والدین در نگهداری و مواظبت از طفل نیز باشد، سرپرست طفل نیز طبق ماده ۷ ق.م.م مسئول پرداخت خسارت است. بنابراین اگرچه یکی از شرایط مسئولیت والدین نمی‌تواند الزاماً «تقصیر» کودک باشد، قطعاً یکی از شرایط مسئولیت والدین این است که کودک مرتکب «فعل زیان‌بار» شده باشد. نکته جالب آن که در فرازونشیب تحولات حقوق مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه، شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در۱۰ مه ۲۰۰۱ اعلام داشته که مسئولیت والدین مستلزم ارتکاب تقصیر از ناحیه فرزند نیست.[۱]

د. شرط چهارم : تقصیر در نگاهداری یا مواظبت یا تربیت

رویه قضایی و دکترین حقوقی فرانسه، این مسئولیت را مبتنی بر تقصیر مفروض دانسته‌اند .

۱) فرض اول: تقصیر در نگاهداری یا مواظبت

برای تحقق مسئولیت والدین، یکی از شروط مسئولیت، تقصیر والدین در نگاهداری یا مواظبت از کودک است که در حقوق فرانسه این تقصیر مفروض بوده ولی در حقوق ایران، زیان‌دیده باید تقصیر والدین را به اثبات رساند.

۲) فرض دوم : تقصیر در تربیت

یکی از سؤالات قابل طرح در زمینه مسئولیت مدنی سرپرست در ماده ۷ ق.م.م این است که آیا اگر سرپرست در تربیت طفل مقصر باشد، مسئول است یا نه؟ از یک منظر، والدین به‌عنوان سرپرست در تربیت اطفال، حق و تکلیف دارند. همان گونه که والدین،

۱ . ژوردن، پاتریس؛ تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی، ترجمه و تحقیق: مجید ادیب، میزان، ۱۳۸۶، ص۳۲۴. در این پرونده، کودکی در بازی راگبی برای گرفتن پای یکی از دانش‌آموزان تیم مقابل، یک جهش انجام داده بوده و دانش‌آموز تیم مقابل زخمی شده بود. زیان‌دیده از پدر و مادر کودکی که پرش را انجام داده بود خسارات وارده را مطالبه کرد. دادگاه پژوهش حکم نموده بود که مسئولیت والدین، منوط به مسئولیت کودک است و کودک باید مرتکب تقصیر شده باشد درحالی‌که پرش در یک بازی راگبی طبیعی است و کودک، قواعد بازی را نقض نکرده بود. بنابراین دادگاه پژوهش با این استدلال، خواستهٔ خواهان یعنی مطالبه خسارت از والدین کودک را رد نموده بود. اما دیوان عالی کشور این رأی را نقض نموده و اعلام داشت که مسئولیت والدین، منوط به احراز تقصیر کودک نیست. به‌زعم برخی از نویسندگان فرانسوی اگر این رأی به‌عنوان یک تئوری کلی پذیرفته شود باید گفت از این به بعد مبنای مسئولیت والدین در فرانسه، تقصیر مفروض نیست، بلکه صرف داشتن فرزند، مسئولیت‌آور است.

«حق و تکلیف در نگهداری» دارند به همان نحو، «حق و تکلیف در تربیت» دارند.[1] در حقوق ایران نیز طبق ماده ۱۱۷۸ ق.م[2] همین تکلیف وجود دارد. این مواد، خواه اخلاقی باشند یا حقوقی، سبب طرح این سؤال می‌شوند که ضمانت اجرای «تقصیر در تربیت» کودکان چیست؟ بی‌شک قصور در تربیت اطفال، نوعی تقصیر به شمار رفته و مسئولیت‌زاست. اما این سؤال را می‌توان مطرح نمود که مسئولیت والدین درمورد تقصیر در تربیت، تابع مسئولیت مدنی سرپرست ناشی از عمل کودک است یا تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی؟ ثمره عملی پاسخ به سؤال اخیر در حقوق فرانسه این است که اگر مسئولیت مشمول بند ۴ ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف یعنی مسئولیت مدنی سرپرست، ناشی از عمل کودک شود با توجه به مبنای مسئولیت والدین در این ماده که تقصیر مفروض یا مسئولیت محض است، زیان‌دیده درمورد تقصیر در تربیت نیز نیازی به اثبات تقصیر نداشته و سرپرست ضامن است. ولی اگر مسئولیت مدنی مزبور، تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی یعنی ماده ۱۳۸۲ ق.م.ف شود که مبتنی بر تقصیر است نه تقصیر مفروض، زیان‌دیده باید بار اثبات تقصیر والدین در تربیت را به دوش کشد.[3] در حقوق ایران درمورد تقصیر در تربیت، خواه مسئله تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی یعنی ماده ۱ ق.م.م باشد، خواه تابع مسئولیت سرپرست ناشی از عمل کودک یعنی ماده ۷ ق.م.م از نظر بار اثباتی تقصیر، تفاوتی وجود ندارد و در هر دو، زیان‌دیده باید تقصیر را به اثبات رساند. در حقوق فرانسه به نظر برخی از استادان، مسئولیت ناشی از تقصیر در تربیت، مشمول ماده۱۳۸۴ق.م.ف است. ثمره این نظر، این خواهد بود که همان گونه که در این ماده، تقصیر در نگهداری مفروض است تقصیر در تربیت نیز مفروض است. بنابرین در صورت ورود خسارت به سبب عمل طفل، فرض بر این است که والدین، وی را خوب نگهداری نکرده و در تربیت وی کوتاهی کرده‌اند که دیوان عالی کشور نیز در ۳۱ ژانویه ۱۹۵۸ چنین نظری را در یکی از تصمیمات خود مورد تأیید قرار داده است.[4] برخی دیگر، ماده۱۳۸۴ق.م.ف را به تقصیر در نگهداری محدود نموده و فرض تقصیر را مختص همین مورد می‌دانند و تقصیر در تربیت را مشمول

1 . Starck, Boris; Droit civil, Obligations, Librairies Technniques, 1972, p. 238.

۲. ماده ۱۱۷۸ ق.م: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند ...».

3 . Ibid. p.239.

4 . Ibid.

قواعد عمومی مسئولیت مدنی یعنی ماده ۱۳۸۲ ق.م.ف می‌دانند.[1] در حقوق ایران نیز به نظر برخی از استادان برای جبران کامل خسارات می‌توان با تفسیر وسیع از ماده۷ق.م.م. تقصیر در تربیت را مشمول ماده ۷ ق.م.م دانست.[2] در تأیید این نظر می‌توان گفت تکلیف والدین در تربیت، از تکلیف در نگهداری از کودک جداناپذیر است. باوجود این، پذیرش این نظر از منظر فنون تفسیر و از جهت بار اثباتی تا حدودی دشوار می‌نماید زیرا از نظر فن تفسیر، ظاهر ماده۷ ق.م.م فقط تقصیر در نگهداری و مواظبت را مطرح نموده و به مسئولیت ناشی از تقصیر در تربیت اشاره‌ای ننموده است. وانگهی اثبات تقصیر در تربیت، چندان ساده نیست و به همین دلیل در حقوق فرانسه، فرض بر تقصیر در تربیت است. نکته دیگر اینکه در تربیت کودک، فقط والدین مؤثر نیستند و عواملی مانند وراثت، محیط مدرسه، اجتماع، دوستان و غیره نیز مؤثرند. وانگهی بسیاری از واکنش‌ها نوعی عمل غریزی است و در کنترل والدین نیست. به‌عنوان مثال، پرخاشجویی که در یک انسان بالغ، عملی قبیح جلوه می‌کند، در یک پسر یازده‌ساله، بیشتر یک هیجان است که به‌منظور رشد جسمی و روانی وی نیز ممکن است تا حدودی مفید باشد.[3] البته معنای آن این نیست که والدین هیچ نقشی ایفا نکنند. به‌عنوان مثال، همین غریزه اگر کنترل و هدایت شود، خصلت شهامت را به دنبال خواهد داشت و اگر کنترل نشود چه‌بسا زمینه‌ساز جنگ و جدال شود. بنابراین در حقوق ایران با توجه به فقدان اماره تقصیر، مسئولیت والدین به جهت تقصیر در تربیت نمی‌تواند به‌آسانی مورد پذیرش باشد.

۱-۳. تحولات مسئولیت مدنی والدین در حقوق فرانسه

برحسب بند ۴ ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف که به‌وسیله قانون ۴ ژوئیه ۱۹۷۰ و نیز به‌وسیله قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ تغییراتی پیدا نموده است، پدر و مادر تا زمانی که اختیارات والدینی خویش را اعمال می‌کنند، به‌طور تضامنی مسئول جبران خسارت کودکانشان هستند که با آن‌ها زندگی می‌کنند. قبل از اصلاحات سال ۱۹۷۰ اصولاً مسئولیت بر پدر تحمیل می‌شد[4] زیرا مادر جز شخص کمکی و معین به حساب نمی‌آمد. ازاین‌رو

1 . Ibid.

۲ . کاتوزیان، ناصر؛حقوق مدنی، خانواده، ص. ۱۸۹.

۳ . هدفیلد، ژ.آ؛ روانشناسی و اخلاق، ترجمه: علی پریور، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ سوم، ۱۳۷۴، ص. ۲۷۸.

4 . Vignon-Barrault, Aline; Droit À Réparation, Responsabilité du fait d'autrui, Domaine, Responsabilité des père et mère, Responsabilité civile et Assurances, 2008, p. 3.

مادر مسئول نمی‌بود مگر در مواردی که پدر فوت کرده بود یا وقتی پس از جدایی زن و شوهر، نگهداری طفل به مادر سپرده شده بود. این امر نیز در آن زمان منطقی بود زیرا طبق نص قانون مدنی آن دوره، فقط پدر در خانواده اقتدار و اختیار داشت.[1] حال با توجه به اینکه بعد از مرگ پدر و مادر برای کودک، قیم تعیین می‌شد، در حقوق فرانسه برخی معتقد بودند که بعد از مرگ پدر و مادر واقعاً منطقی این است که قیم، بار مسئولیت را بر دوش کشد. اما با توجه به اینکه ماده ۱۳۸۴ فقط به پدر و مادر اشاره کرده و از مسئولیت قیم سخنی به میان نیاورده بود، عده‌ای معتقد بودند که مسئولیت قیم، مشمول ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف نمی‌شود و اگر قیم مرتکب تقصیری شد، زیان‌دیده زمانی می‌تواند خسارت دریافت دارد که تقصیر قیم را طبق قواعد عمومی یعنی ماده ۱۳۸۲ ق.م.ف به اثبات رساند و زیان‌دیده نمی‌توانست از فرض تقصیر پدر و مادر در ماده ۱۳۸۴ برای مسئولیت قیم استفاده نماید.[2] نکته دیگر اینکه قبل از قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ متن ماده ۱۳۸۴ مسئولیت را به اعمال «حق نگهداری» مربوط می‌ساخت و همیشه در بین حقوق‌دانان این نکته قابل بحث بود که اشاره به حق نگهداری در ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف ناشی از مسامحه قانونگذار فرانسوی بوده است که هنوز در ماده ۱۳۸۴ این عبارت را حفظ نموده است زیرا قانونگذار قبلاً این اصطلاح را در متون قانونی مربوط به خانواده حذف نموده بود و نهایتاً اصطلاح «اختیارات و اقتدارات والدینی» افزوده شد. به همین دلیل امروزه برای اینکه ببینیم چه شخصی مسئول اعمال زیان‌بار کودک است، باید بررسی نمود که کدام اشخاص دارای اختیارات والدینی هستند.در قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ اعمال مشترک اقتدارات والدینی بر عهده پدر و مادر قرار گرفته است که در ماده ۳۷۲ ق.م.ف نیز اشاره شده است. در این صورت اعمال اختیارات والدینی بر عهده پدر و مادر است و حتی در زمان جدایی والدین باید اصل بر این باشد که اعمال این حق مشترکاً توسط پدر و مادر صورت گیرد مگر خلاف آن محرز شود که این امر از ماده ۲-۳۷۳ ق.م.ف قابل استنباط است. نتیجه این خواهد شد که در موارد متعدد، پدر و مادر می‌توانند با هم مسئول جبران خسارت ناشی از فعل کودکانشان باشند، مشروط بر اینکه در زمان ارتکاب فعل زیان‌بار توسط کودک، هر دو دارای اختیارات والدینی باشند؛ هرچند این امر همیشه هم ممکن نیست مانند موردی که اختیارات والدینی یکی از ایشان طبق ماده ۱-۳۷۳ ق.م.ف سلب شده باشد. در این

1 . Huc, Théophile, Commentaire théorique et pratique de code civil, T, 8, Librairie Cotillon, 1895, p.583.

2 . Demante. A. M, et Colmet de Santerre, Cours Analytique de code Napoléon, T, 5, Henri Plon Imprimeur- Éditeur, 1865, p. 684.

صورت فقط شخصی که دارای اختیارات والدینی است ممکن است مسئول باشد.[1] نکته دیگر اینکه قبل از ایجاد قاعده کلی مسئولیت مدنی ناشی از عمل دیگری در حقوق فرانسه، رویه قضایی مسئولیت پدربزرگ و مادربزرگ را تابع ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف نمی‌دانست و به همین دلیل زیان‌دیده نمی‌توانست از فرض تقصیر مندرج در ماده ۱۳۸۴ استفاده کند . درنتیجه درصورتی‌که می‌خواست علیه پدربزرگ و مادربزرگ به علت عمل طفل، ادعای خسارت کند، می‌بایست تقصیر ایشان را ثابت می‌نمود؛ درحالی‌که امروزه به نظر می‌رسد با توجه به «قاعده مسئولیت ناشی از عمل غیر»، زیان‌دیده باید بتواند علیه پدربزرگ و مادربزرگ بر مبنای ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف ادعای جبران خسارت نماید.[2] به‌عنوان مثال، زمانی که کودکی به پدربزرگ سپرده شده و پدربزرگ اسلحه‌ای را در اتاق گذاشته و کودک سبب خسارت دیگری شده است، پدربزرگ مسئول جبران خسارت دانسته شده است.[3] در حقوق معاصر فرانسه، اندیشه مسئولیت مدنی دولت نسبت به کودکان یتیم نیز مطرح شده که به نوبه خود، پیشرفت جالبی در زمینه مسئولیت مدنی است.[4] این تحولات همه در راستای گسترش و توسعه مسئولیت ناشی از سرپرستی است.

۱-۴. توصیف مسئولیت مدنی سرپرست ناشی از عمل صغیر

در حقوق فرانسه، مسئولیت مدنی سرپرست ناشی از عمل صغیر در میان مباحث مسئولیت ناشی از عمل غیر مطرح می‌شود. در موضوع مورد بحث از نظر مادی و فیزیکی، این عمل والدین نیست که سبب زیان می‌شود، بلکه عمل صغیر است که منتهی به خسارت می‌شود. باوجود این، سرپرست، ضامن است و فرض بر این است که والدین از طفل به‌نحو صحیحی مواظبت و نگهداری ننموده‌اند یا وی را بد تربیت کرده‌اند.[5] حال با این مبنا مسئولیت سرپرست ناشی از عمل صغیر نیست زیرا گرچه ظاهراً هیچ ارتباطی بین عمل والدین و زیان نیست و فعل صغیر، ضرر را ایجاد نموده

1 . Flour, Aubert, et al; op.cit., p. 226.
2 . Garé, Thierry; "Les grands-parents dans le droit de la famille : réflexions autour d'un thème d'actualité", AJ Famille, 2002, p.88.
3 . Jourdain, Patrice; "Droit À Réparation, Responsabilité fondée sur la faute, Applications de la notion de faute : imprudences et négligences ; fautes commises à l'occasion d'un contrat", Responsabilité civile et Assurances, 2008, p.10.
4 . Chalus, Delphine; " La responsabilité de l'Etat du fait des mineurs délinquants", AJDA 2008, p. 101.
5 . Mazeaud, op.cit., p. 498.

است، اما بارنمودن مسئولیت بر دوش والدین به جهت تقصیر در نگهداری و مواظبت یا تقصیر در تربیت بد صغیر است و این مسئولیت، خلاف اصل شخصی‌بودن مسئولیت نیست و در راستای اصل شخصی‌بودن در مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ ق.م.ف است. به‌عبارتی اگر ماده ۱۳۸۴(مسئولیت والدین به جهت عمل صغیر) وجود نمی‌داشت، زیان‌دیده می‌توانست با استناد به قواعد عمومی مندرج در ماده ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ ق.م.ف با اثبات تقصیر، خسارت را مطالبه کند و ماده ۱۳۸۴ فقط تقصیر را مفروض دانسته است.[1] همین وضعیت در حقوق ایران نیز وجود دارد. به این ترتیب ماده۷ق.م.م بیان مؤکدی از مسئولیت مبتنی بر عمل شخص است و اگر ماده ۷ ق.م.م هم نمی‌بود با توجه به ماده ۱ ق.م.م، والدینی که در نگهداری و مواظبت از کودک خویش کوتاهی می‌نمودند، مسئول جبران خسارات وارده می‌بودند. باوجود این، در مواردی مسئولیت والدین در ماده۷ ق.م.م نوعی مسئولیت ناشی از عمل غیر است که برای تبیین مسئله، تفکیک بین صغیر ممیز و صغیر غیرممیز ضروری است.

اول: صغیر غیرممیز: اگر عمل صغیر غیرممیز به‌نحو اتلاف باشد، طفل ضامن است و اگر به‌نحو تسبیب باشد درصورتی‌که در مقایسه عمل طفل با انسان متعارف، عمل وی مقصرانه باشد، مسئولیت جبران خسارت بر عهده طفل است[2] (ماده۱۲۱۶ق.م) در حقوق برخی از کشورها در مورد طفل غیرممیز مقرر شده که دادگاه می‌تواند وی را مسئول بداند. (بند۱ماده۵۴ قانون تعهدات سوئیس و بند ۲ ماده ۱۶۴ قانون مدنی مصر) در حقوق ایران نیز با اطلاق ماده۱۲۱۶ق.م به نظر می‌رسد صغیر غیرممیز هم با توجه به مفهوم نوعی تقصیر می‌تواند مرتکب فعل مقصرانه شده و درنتیجه ممکن است خود صغیر غیرممیز، مسئول جبران خسارت باشد و این مسئولیت، نوعی مسئولیت ناشی از فعل شخص است. اگر این خسارت، ناشی از تقصیر سرپرست در نگهداری یا مواظبت

1 . Ibid.

۲. «در رأی وحدت رویه شماره ۲-۱۳۶۰/۱/۲۹ درباره مسئولیت صغیر در جبران خسارات وارده به غیر چنین مطرح شده است که: « مطابق مواد ۱۲۱۶ و ۱۱۸۳ قانون مدنی، درصورتی‌که صغیر باعث ضرر غیر شود، خود ضامن و مسئول جبران خسارت است و ولی او به علت عدم اهلیت صغیر، نماینده قانونی وی می‌باشد. بنابرین جبران ضرر و زیان ناشی از جرم در دادگاه جزا به عهده شخص متهم صغیر است و محکوم به مالی از اموال خود او استیفاء خواهد شد. بنا به‌مراتب مذکور، رأی شعبه دوم دیوان عالی کشور از نظر توجه مسئولیت جبران خسارت ناشی از جرم به شخص صغیر، صحیح و منطبق با موازین قانونی است.این رأی طبق ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه مصوب ۱۳۲۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است».

باشد، سرپرست، از باب سبب اقوی از مباشر طبق ماده۷ ق.م.م مسئول بود و این مسئولیت ناشی از تقصیر خود سرپرست است.

دوم: صغیر ممیز: در مورد صغیر ممیز، عرف رابطه سببیت را بین فعل صغیر و خسارت، بیشتر احراز می‌کند تا تقصیر سرپرست و ضرر واردشده.[1] بنابرین اگر ماده۷ ق.م.م وجود وجود نمی‌داشت با توجه به قواعد عمومی مسئولیت مدنی و ماده۱ق.م.م و ماده۱۲۱۶ و با توجه به اینکه احراز رابطه سببیت عرفی بوده و عرف این رابطه را بین عمل صغیر و خسارت احراز می‌کند، فقط خود طفل ضامن می‌بود که مسئولیت مزبور نیز نوعی مسئولیت مدنی ناشی از فعل شخص است. اما در این موارد با اطلاق ماده۷ ق.م.م که صغیر ممیز و غیرممیز، هر دو را شامل می‌شود، سرپرست در صورت تقصیر در نگهداری و مواظبت، مسئول جبران خسارت است. چنانچه در این موارد از بین تقصیر والدین که سبب دورتر است و عمل صغیر ممیز که سبب نزدیک‌تر است، برخلاف اصل شخصی‌بودن، مسئولیت بر دوش سرپرست است. برخی از استادان در مورد صغیر ممیز، قائل به تفکیک میان اتلاف و تسبیب شده و در اتلاف، صغیر ممیز را مسئول دانسته و مسئولیت سرپرست را نوعی مسئولیت ناشی از فعل غیر به حساب آورده‌اند که در این باره حتی اگر سرپرست مقصر باشد، عمل سرپرست، سبب و عمل صغیر ممیز، مباشرت است و با توجه به اینکه صغیر ممیز است، سبب را اقوی از مباشر ندانسته و مسئولیت را بر طفل تحمیل نموده‌اند و حال با اطلاق ماده۷ ق.م.م نتیجه این خواهد شد که مسئولیت سرپرست در این مورد، نوعی مسئولیت ناشی از عمل غیر است. درنتیجه اگر زیاندیده به سرپرست مراجعه نموده و خسارات را دریافت کند، سرپرست می‌تواند به صغیر ممیز مراجعه نماید. اما در مورد تسبیب، ایشان معتقدند که مسئله تابع مسئله تعدد اسباب خواهد بود. تقصیر سرپرست و تقصیر کودک ممیز به‌صورت تسبیب خسارت را به وجود آورده و دادگاه می‌تواند جبران بخشی از ضرر را بر دوش صغیر و بخش دیگر آن را بر عهده سرپرست بار نماید. به نظر می‌رسد تفکیک فوق‌الذکر، چندان با اهداف قانونگذار در ماده۷ ق.م.م سازگاری ندارد و تفاوتی میان اتلاف و تسبیب نیست

۱. هر اندازه طفل از زمان تولد به بلوغ نزدیک‌تر می‌شود اصولاً قدرت تمییز خوب و بد را پیدا می‌نماید. بی‌جهت نیست که پی‌درپی در جستجوی راهی برای فرار از اوامر و نواهی والدین است. خوب و بدی را که خود به‌صورت مبهم تمییز می‌دهد شفاف‌تر از خوب و بدی می‌داند که دیگران بر وی تحمیل می‌کنند. از اقتدار خانواده گریزان است و باید با این فعل و انفعال طبیعی همراه شد و آزادی‌های محدودی به وی داد تا با نزدیک‌شدن به بلوغ، خود دست به تجربه زند و این امر، کنترل خانواده را کم‌رنگ‌تر می‌کند. به همین دلیل، عرف، کنترل و سرپرستی و محافظت والدین از کودکی سه‌ساله را با کنترل یک پسر سیزده‌ساله برابر نمی‌بیند.

و در هر دو مورد، عرف رابطه سببیت را بیشتر میان خسارات و فعل صغیر ممیز احراز می‌کند و مسئولیت سرپرست فقط ایجاد نوعی تضمین به نفع زیاندیده است و در صورتی مسئله تابع تعدد اسباب است که عرف رابطه را میان فعل صغیر و سرپرست به‌نحو یکسانی برقرار بیند که در این صورت دیگر مسئولیت ویژه سرپرست ناشی از عمل صغیر مطرح نیست. به‌عبارتی بین موردی که عرفاً رابطه سببیت میان فعل سرپرست و فعل صغیر و خسارت وجود دارد با موردی که فقط رابطه سببیت بین فعل صغیر ممیز و خسارات وجود دارد، باید قائل به تفکیک شد. در موردی که عرف همان قدر رابطه بین ضرر و فعل صغیر ممیز می‌بیند که همان رابطه را بین تقصیر سرپرست و ضرر احراز می‌کند، مسئله تابع تعدد اسباب است و مسئولیت ویژه سرپرست در ماده۷ ق.م.م مطرح نیست. به‌عنوان مثال اگر پدری به کمک پسر دوازده‌ساله‌اش، سنگی را غلطانده و با برخورد سنگ به اتومبیل متعلق به شخصی، به وی خسارت وارد آورند، عرف بین ضرر و فعل هر دو، رابطه سببیت را محرز دانسته و مسئله تابع تعدد اسباب بوده و مستند مسئولیت هر دو، ماده۱ ق.م.م است نه اینکه مسئولیت طفل تابع ماده۱۲۱۶ق.م و مسئولیت سرپرست تابع ماده۷ ق.م.م باشد زیرا از نظر مادی، هم پسر و هم پدر در غلطاندن سنگ نقش ایفا نموده‌اند به‌نحوی‌که اگر یکی از ایشان نمی‌بود، شاید دیگری قادر به جابه‌جانمودن این سنگ هم نبود و گذشته از رابطه مادی که هر دو با غلطاندن سنگ دارند، از نظر عرف نیز بین عمل هر دو با ورود خسارت، رابطه سببیت وجود دارد. اما در موردی که فقط بین فعل صغیر ممیز و ضرر رابطه مادی وجود دارد و درعین‌حال سرپرست در نگهداری و مواظبت کوتاهی نموده، مسئله تابع تعدد اسباب نبوده و مشمول مسئولیت ویژه سرپرست مندرج در ماده۷ ق.م.م است. به‌عنوان مثال اگر در مثال فوق، صغیر ممیز، سنگ را به‌تنهایی غلطانده و سبب ورود خسارت به اتومبیل دیگری شود و درعین‌حال عمل طفل، ناشی از کوتاهی سرپرست در نگهداری از فرزند مزبور بوده باشد، عرفاً بین عمل صغیر و خسارت رابطه است. یعنی گذشته از اینکه از نظر مادی عمل این صغیر منتهی به خسارت شده است، عرف نیز بین عمل صغیر و ورود خسارت، رابطه سببیت عرفی را محرز می‌داند و اگر تقصیر پدر هم در نگهداری و مواظبت نیز سبب وقوع این عمل زیان‌بار طفل شده باشد، سببی دورتر است و اگر ماده ۷ ق.م.م نمی‌بود، فقط مسئولیت بر عهده طفل ممیز بار می‌شد ولی با اطلاق ماده ۷ بر عهده سرپرست هم بار می‌شود و این مسئولیت در راستای حمایت از منافع زیان‌دیده است. به همین دلیل درمورد صغیر ممیز، تفکیک بین اتلاف و تسبیب لازم نیست و با اطلاق ماده۷ سرپرست هم مسئول است و این نوعی

مسئولیت ناشی از فعل غیر است . فلسفه این حکم را باید در یک واقعیت اجتماعی جستجو نمود و این واقعیت عبارت از این است که صغیر، خواه ممیز و خواه غیرممیز، اصولاً از نظر اقتصادی در وضعیتی نیست که بتواند خسارات ناشی از عمل خویش را جبران سازد و به همین جهت تحمیل مسئولیت بر دوش سرپرست نباید امر گزافی به شمار آید. نکته جالب اینکه در حقوق فرانسه در راستای ایجاد تضمین بیشتر، برخی معتقدند زیان‌دیده می‌تواند بر مبنای مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ ق.م.ف با اثبات تقصیر، علیه صغیر طرح دعوا نماید یا اینکه بر مبنای ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف بدون نیاز به اثبات تقصیر، علیه والدین طرح دعوا کند.[1]

۱-۵. تفکیک مسئولیت مدنی سرپرست از ضمان عاقله

در مواردی مسئولیت سرپرست در ماده۷ ق.م.م و مسئولیت عاقله خلط می‌شود. مسئولیت مندرج در ماده۷ ق.م.م می‌تواند شامل پدر و مادر و هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگری شود که قانوناً یا بر حسب قرارداد، مکلف به نگهداری و مراقبت از محجور است؛ درحالی‌که مسئولیت عاقله، ویژه خویشاوندان ذکور پدر و مادری یا پدری است. به نظر می‌رسد تفاوت‌های زیر، مرز میان دو مسئولیت را مشخص می‌کند: پدر می‌تواند جزء عاقله به شمار آید ولی مادر جزء عاقله نیست؛ درحالی‌که در ماده۷ ق.م. پدر و مادر می‌توانند موضوعیت داشته باشند. مبنای مسئولیت در عاقله، مربوط به سرپرستی و حضانت نیست، بلکه مبتنی بر خویشاوندی نسبی است؛ درحالی‌که در ماده ۷ ق.م.م مسئولیت به جهت سرپرستی و نگهداری و مواظبت از محجور است. به‌علاوه مسئولیت عاقله فقط درمورد خسارات، مربوط به جرح و قتل است درحالی‌که در ماده۷ ق.م.م اعم از خسارات جانی و مالی است. همچنین مسئولیت عاقله منوط به اثبات تقصیر نیست اما اثبات تقصیر سرپرست، ضروری است.

۱-۶. مبنای مسئولیت مدنی سرپرست صغیر

در حقوق فرانسه با توجه به بند۴ ماده۱۳۸۴ق.م.ف مبنای سنتی مسئولیت والدین، تقصیر مفروض در تربیت و نگهداری کودکان است.[2] باوجود این، مبنای مزبور از زمان صدور رأی« برتران»[3] در شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در تاریخ ۱۹ فوریه

1 . Malinvaud, op.cit., p. 372.
2 . Mazeaud, Ibid., p. 498.
3 . Bertrand.

۱۹۹۷ تغییر نموده و مبدل به نوعی «مسئولیت محض»[1] شده است که والدین نمی‌توانند از آن معاف شوند مگر با اثبات علت خارجی یا تقصیر زیان‌دیده. در این پرونده، کودک دوازده‌ساله‌ای که دوچرخه‌ای را می‌راند با موتورسواری برخورد نمود. موتورسوار زخمی شد و از پدر کودک خواست تا خسارت وی را جبران کند. دادگاه بدوی، رأی به مسئولیت پدر داد و دادگاه پژوهش نیز با استناد به بند ۱ ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف رأی دادگاه بدوی را مورد تأیید قرار داد. پدر کودک نیز از دیوان عالی کشور فرجام‌خواهی نمود. استدلال پدر این بود که مسئولیت پدر و مادر، نه‌تنها با قوه قاهره یا تقصیر زیان‌دیده منتفی می‌شود، بلکه با اثبات عدم تقصیر در نگهداری و مراقبت نیز این مسئولیت منتفی خواهد شد. بنابرین از نظر پدر، رأی دادگاه دارای این ایراد بود که به استدلال وی مبنی بر عدم ارتکاب تقصیر در مواظبت و نگهداری توجهی نکرده بود. این استدلال نیز نه‌تنها با ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف بلکه با رویه قضایی موجود در آن زمان سازگار بود. اما شعبه دوم دیوان عالی کشور، نظر دادگاه پژوهش را تأیید نمود و نظر دادگاه پژوهش را مبنی بر اینکه تنها قوه قاهره یا تقصیر زیان‌دیده می‌تواند پدر را از جبران خسارات ناشی از رفتار پسرش که با وی زندگی می‌کرده معاف نماید به این وسیله تأیید کرد. همچنین دادگاه افزود که دادگاه پژوهش، وظیفه نداشته تا در مورد تقصیر پدر نسبت به مواظبت و مراقبت از کودک، تحقیق و تفحص به عمل آورد.[2] حتی برخی معتقدند از زمان صدور این رأی «فرض مسئولیت» پدید آمده که اصلاً ربطی به تقصیر مفروض ندارد.[3] این مسئولیت، نوعی تضمین برای زیان‌دیده است زیرا از این زمان، والدین نسبت به اعمال کودک مسئولیت داشته و این مسئولیت باید با بیمه اجباری پوشش داده شود. به همین جهت دیوان عالی کشور فرانسه در یکی از گزارش‌های خود در سال ۲۰۰۲ نهاد بیمه اجباری را پیشنهاد نمود و این نکته را مطرح کرد که در غیاب بیمه اجباری، صندوق تأمین خسارات مطرح شود.[4] در حقوق ایران نیز در ماده۷ ق.م.م مبنای مسئولیت «تقصیر در نگاهداری یا مواظبت» است که زیان‌دیده باید تقصیر والدین را به اثبات رساند.

1 . Responsabilité objective.

۲ . ژوردن، پیشین، ص. ۳۲۰ .

3 . Malinvaud, op.cit., p. 372.
4 . Ibid, p. 374.

۱-۷. مسئولیت مدنی سرپرست در مقابل صغیر

با توجه به حق و تکلیف‌بودن حضانت، این سؤال قابل طرح است که درصورتی‌که والدین در نگهداری و تربیت طفل مرتکب کوتاهی و تقصیر شده و از این تقصیر، خسارتی به کودک وارد شود، آیا والدین در مقابل طفل، مسئول جبران خسارت هستند یا نه؟ زیرا اگرچه محبت والدین نسبت به کودک چنان است که وی را از جان خویش عزیزتر می‌دارند، اما گاه می‌توان شاهد وقایعی بود که طرح سؤال را مفید نشان می‌دهد. چنانچه اگر با کوتاهی پدر و مادری، طفل با مواد آتش‌زا بازی نموده و بر اثر آتش‌سوزی، چشم وی نابینا شود یا اگر والدین در درمان یا آموزش کودک کوتاهی نموده و خسارت جسمی و روحی به کودکی وارد آید، یا در موردی که سرپرست، اسلحه‌ای را در اتاق نگهداری نماید و کودک به‌وسیله آن، به خود خسارتی وارد آورد، این سؤال قابل طرح است که آیا والدین یا سرپرست، مسئول جبران خسارت هستند یا نه؟ در این موارد، تقصیر و کوتاهی در نگهداری، گاه مستقیماً به کودک خسارت وارد می‌آورد مانند موردی که بر اثر کوتاهی والدین، کودک با مواد آتش‌زا بازی نموده و به خود خسارتی وارد آورد و گاه تقصیر والدین در نگهداری سبب این می‌شود که ثالثی سبب ورود خسارت به طفل شود، مانند موردی که با کوتاهی والدین، کودک به وسط خیابانی دویده و راننده اتومبیلی با وی برخورد نماید. در این موارد این سؤال قابل طرح است که آیا کودک، حق مراجعه به والدین دارد یا نه؟در پاسخ به این سؤال با استناد به عموماتی مانند ماده ۱ق.م.م کافی است تا بتوان سرپرست را در مقابل طفل مسئول جبران خسارات دانست.همان گونه که در حقوق فرانسه به این سؤال پاسخ مثبت داده شده است.[1] از نظر تحلیلی در این موارد که با تقصیر والدین، کودک به خود خسارتی وارد آورد، عمل کودک مباشرت بوده و تقصیر سرپرست، سبب است که اگر کودک، صغیر غیرممیز باشد، سرپرست، سبب اقوی بوده و در مقابل طفل مسئول است. اما اگر صغیر ممیز باشد این امر دشوار است تا سرپرست سبب اقوی شمرده شود و نهایتاً با توجه به دخالت زیان‌دیده در ورود خسارت به خود می‌توان گفت که با لحاظ ماده ۴ ق.م.م می‌توان مسئولیت سرپرست را کاهش داد. در موردی نیز که تقصیر سرپرست سبب می‌شود تا شخص ثالثی به کودک خسارتی وارد آورد، تقصیر سرپرست، مانع از تحقق مسئولیت ثالث نیست و نهایتاً فعل ثالث و تقصیر سرپرست به‌عنوان دو سبب خسارت بوده و با توجه به عرفی‌بودن سببیت می‌توان مسئول را تعیین نمود که بر

1 . Jourdain, Patrice, op.cit, p.12.

حسب حکم عرف و احراز رابطه سببیت، یکی از این اسباب یا هردو می‌توانند به‌عنوان مسئول تعیین شوند. باوجود این، بازنهادن دست فرزندان در مطالبه خسارت از والدین به نوعی به تزلزل مبانی خانواده می‌انجامد زیرا از یک‌سو این امر برخلاف همبستگی وتعاون میان اعضای خانواده است[1] و از سوی دیگر، والدین از بیم مسئولیت، ممکن است اقدامات کافی در تربیت اطفال انجام ندهند. به‌عبارتی نه‌تنها عکس‌العمل اطفال در مقابل اوامر و نواهی والدین چندان پسندیده نیست، بلکه تربیت اطفال، حق والدین است و اگر قرار باشد در برابر هر امر و نهی که غالباً نیز از نظر کودکان چندان خوشایند نیست، والدین مسئول باشند، درعمل، والدین دخالت‌های خود را نسبت به امور کودک کاهش داده و کودک از تعلیم و تربیت کمتری برخوردار می‌شود و این امر بر روی نگهداری و مراقبت از کودک هم بی‌تأثیر نیست درحالی‌که طبق ماده ۱۱۷۸ ق.م ابوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش برحسب مقتضی اقدام کنند و طبق ماده ۱۱۷۹ ق.م حتی حق تنبیه طفل خود را دارند، اگرچه نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب، تنبیه نمایند. به همین دلیل، تنبیه که نوعاً سبب آزردگی طفل می‌شود مجوزی بر مطالبه خسارت نیست مگر اینکه والدین از این حق، سوءاستفاده نمایند. بنابراین درعمل، مرز بین تنبیه به قصد تأدیب و تنبیه به قصد آزار و اذیت کودک، گاه درهم می‌ریزد زیرا گرچه ملاک اصلی تمییز آن دو از یکدیگر عرف است ولی شکنندگی و انعطاف‌پذیری عرف، سبب می‌شود تا به سهولت نتوان مرز میان آن دو را تمییز داد و مسئولیت مدنی والدین در مقابل صغیر، بیشتر جنبه تئوری به خود می‌گیرد. باوجود این، گاه عرف به ناروایی عمل والدین حکم می‌کند. چنانچه در نظام حقوقی کنونی، کودک ملک والدین نیست زیرا گرچه والدین بر فرزند در هر سنی که باشد حکومت اخلاقی دارند و ماده ۱۱۷۷ ق.م نیز به این حکومت اشاره دارد[2] و از آثار همین حکومت اخلاقی است که ماده ۲۲۰ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۰ مقرر می‌داشت:«پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود». مضمون این ماده در ماده۳۰۱ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ تکرار شده است ولی این حکومت هم چندان مطلق نیست و درصورتی‌که والدین به‌طور ناروا خسارتی بر کودک وارد آورند، مسئول جبران خسارات هستند. چنانچه طبق ذیل ماده ۲۲۰ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۰ مطرح شده بود که چنین پدر یا جد پدری به پرداخت دیه قتل به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهند شد و اگر دیه نوعی جبران ضرر باشد، طرح مسئولیت والدین در مقابل صغار، امر بعیدی نیست.

1 . Ibid.

۲ . ماده ۱۱۷۷ ق.م: «طفل باید مطیع ابوین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آن‌ها احترام کند».

دوم: مجنون

۱) مسئولیت مدنی سرپرست مجنون

ضعف دماغی مجنون، مانع از این نیست که وی به‌عنوان مسئول جبران خسارت تلقی گردد.(ماده ۱۲۱۶)اما در این قسمت، بحث در مورد مسئولیت سرپرست است[۱] که طبق ماده ۷ ق.م.م مسئولیت مدنی خواهند داشت.[۲] بنابرین نسبت به خساراتی که مجنون به ثالث وارد می آورد، سرپرست مسئول است و با توجه به مبنای مسئولیت سرپرست مجنون که طبق ماده ۷ ق.م.م ناشی از تقصیر در نگهداری و مواظبت از مجنون است و با توجه به وضعیت مجنون که شبیه به صغیر غیر ممیز است، مسئولیت سرپرست در این موارد، ناشی از عمل خود سرپرست بوده و مسئولیت ناشی از عمل غیر نیست زیرا در موردی که مجنون مباشرتاً به دیگری خسارت وارد می‌آورد، اما سرپرست مقصر نیست، خود مجنون طبق ماده ۱۲۱۶ ق.م مسئول جبران خسارت است و سرپرست، مسئولیتی ندارد. در موردی نیز که مجنون مباشرتاً به دیگری خسارت وارد می‌آورد، اما این ضرر ناشی از کوتاهی و تقصیر سرپرست در مواظبت و نگهداری از مجنون باشد، عرف سبب را اقوی از مباشر می‌بیند و جبران ضرر بر عهده سرپرست است و این مسئولیت ناشی از عمل مجنون نیست بلکه ناشی از کوتاهی و تقصیر سرپرست، در امر نگهداری و مواظبت از مجنون است. حال با توجه به اینکه مسئولیت سرپرست مجنون مانند مسئولیت سرپرست صغیر است از تکرار مجدد مطالب خودداری می‌شود.

۲) مسئولیت مؤسسات در قبال خسارات ناشی از عمل مجانین و بیماران روانی

در مواردی مؤسسات عمومی مانند تیمارستان، وظیفه مراقبت از بیماری را به عهده دارند که می‌تواند زمینه مسئولیت این مؤسسات را فراهم آورد. در ابتدا حقوق فرانسه مطرح خواهد شد و سپس به حقوق ایران اشاره‌ای می‌شود. در فرانسه در مواردی بیمار مجنون توسط اشخاص ثالث یا مقامات عمومی به برخی از مؤسسات عمومی مانند تیمارستان یا دیگر مراکز اختصاصی سپرده می‌شود و در مواردی نیز بیماری که بیماری

1 . Maistre du Chambon, Patrick; "Régime De La Réparation, Action en réparation, Parties à l'instance", Responsabilité civile et Assurances, 1998, p.41.

۲. صفایی، سیدحسین، و حبیب‌الله رحیمی؛ مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، سمت، ۱۳۸۹، ص. ۲۶۴.

روانی دارد، خود رضایت می‌دهد که در این مراکز، تحت درمان قرار می‌گیرد. بدیهی است که بر حسب درجه جنون، این مؤسسات در کنترل و نظارت بر بیمار، اختیارات متفاوتی دارند چه آنکه جنون کاملی داشته و توسط بستگان و خویشان خود به این مراکز سپرده می‌شود با آنکه خود برای درمان خویش تن به درمان می‌دهد، مشابه نبوده و مؤسسات مزبور نیز به نوع مشابهی آن‌ها را کنترل نمی‌کنند. به‌عبارتی کنترل و مراقبت مؤسسات مزبور بر حسب نوع بیماری و درجه جنون این افراد باید متمایز از یکدیگر باشد و این امر می‌تواند بر وظیفه مراقبت مؤسسه و نحوه ارزیابی تقصیر مؤسسات مزبور اثر گذارد.[1] نکته دیگر اینکه در حقوق فرانسه ظاهراً نمی‌توان برای این مؤسسات فرض تقصیر نمود یا اینکه مبنای مسئولیت آن‌ها را تئوری خطر دانست. در این موارد، زیان‌دیده‌ای که از فعل زیان‌بار مجنون متحمل خسارت شده است، باید تقصیر در ساختار سازمان مزبور یا تقصیر در اجرای خدمات مؤسسه و به‌طور کلی تقصیر مؤسسه را به اثبات رساند.[2] از نظر سابقه در ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۷ شورای دولتی فرانسه درمورد بیمارستان‌های دولتی مسئولیت مبتنی بر تئوری خطر را پذیرفت و حدود بیست سال بعد در ۲۱ اکتبر ۱۹۸۶ دیوان اداری، مسئولیت بدون تقصیر را در مورد مشابهی تأیید نمود و نهایتاً شورای دولتی در ۱۳ مه ۱۹۸۷ مسئولیت بدون تقصیر را درمورد بیمارستان مرتبط با مجنون پذیرفت که به نظر برخی این رویه در حقوق اداری به‌صورت استثنایی درمورد مسئولیت مؤسسات عمومی در قبال خسارات ناشی از اعمال بیماران بوده و مسئولیت بدون تقصیر به‌صورت فرعی و استثنایی پذیرفته شده است. به‌هرحال اصل تقصیر در حقوق فرانسه پذیرفته شده ولی در مورد مؤسسات عمومی درمانی می‌توان تحولاتی را مشاهده نمود. چنانچه شورای دولتی تا اواسط سال‌های ۱۹۶۰ اصرار داشت که درمورد عدم کفایت مراقبت در خصوص بیمار، باید یک تقصیر سنگین ثابت شود تا بتوان مسئولیت بیمارستان‌های مربوط به بیماران روانی را پذیرفت. بعداً در رأیی در ۵ ژانویه ۱۹۶۶ پذیرفته شد که اثبات یک تقصیر ساده در ساختار مؤسسه یا اعمال و وظایف خدمات درمانی برای مسئول‌دانستن مؤسسه درمانی کفایت می‌نماید و از آن روز به بعد این نظر ابقا شده و در موارد متعدد به کار می‌رود مانند خسارت ناشی از عمل بیماردر موقعی که وی در مؤسسه است یا در حال فرار از مؤسسه بوده یا زمانی که مؤسسه به بیمار روانی اجازه خروج از مؤسسه را

1 . Viney, Geneviève, et Patrice Jourdain; Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité civile, 2e éd, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, p.1044.
2 . Ibid, p.1047.

می‌دهد. در این موارد، تقصیری که می‌توا ن به مؤسسه مزبور نسبت داد، تقصیر در نگهداری است. اما زمانی که خسارت بعد از خروج قطعی بیمار از مؤسسه درمانی مزبور رخ دهد، تعهد به مراقبت و نگهداری از بیمار روانی بر عهده مؤسسه نیست که نقض این تعهد، سبب مسئولیت مؤسسه شود مگر اینکه پزشک اشتباهاً مجوز خروج بیمار را صادر نموده باشد که دیگر مسئله خطای پزشکی است و مسئولیت پزشک را به دنبال دارد. البته موارد مبهم نیز بی‌شمار است. به‌عنوان مثال، زمانی که بیمار روانی در خارج از مؤسسه تحت درمان بوده و سبب خسارت شود، بسیار مشکل است بتوان مسئولیت مؤسسه را با تقصیر در مراقبت و نگهداری توجیه نمود؛ همچنان که گاه تقصیر یا بی‌احتیاطی قابل استناد به بیمارستان نیست. در چنین شرایطی تقصیر در ارائه خدمات می‌تواند توجیه مناسبی برای مسئولیت بیمارستان باشد که اگر نتوان چنین تقصیری را نیز به اثبات رساند، مؤسسه نمی‌تواند مسئول قلمداد شود. این نظر در سال‌های ۱۹۶۰ تا ۱۹۷۰ وجود داشته است. در این شرایط، برخی از حقوق‌دانان در حقوق فرانسه اشاره داشته‌اند که وضعیت چنین بیماری مانند مجنون است که می‌توان به وی مراجعه نمود و خسارت دریافت داشت که به نظر می‌رسد اگر چنین مسئولیتی تحت پوشش بیمه نباشد، بیشتر یک راه‌حل تئوری است تا عملی؛ زیرا به‌ندرت چنین افرادی ممکن است مالی برای جبرات خسارت داشته باشند. به همین دلیل در اواسط سال‌های ۱۹۷۰ به بعد می‌توان شاهد یک نگرش جدید در رویه اداری فرانسه بود که بسیار ساده، مسئولیت بیمارستان را می‌پذیرد؛ با این توجیه که در چنین مواردی یک تقصیر در نگهداری حتی نسبت به بیمارانی که در خارج از بیمارستان هستند، وجود دارد. چنین تفسیری سبب شد تا برخی فکر کنند در رابطه با بیمارستان‌ها نیز فرض تقصیر، احیا شده است. البته این نظر تا حدودی تصنعی است زیرا نسبت‌دادن تقصیر در نگهداری و مراقبت به شخص یا مؤسسه‌ای که علی‌الظاهر کوچک‌ترین کنترلی بر بیمار ندارد، جز تصنع چیز دیگری نمی‌تواند باشد. گویا مبنای چنین مسئولیتی بیشتر تئوری خطر است. همین تغییرات در مبانی است که نشان می‌دهد حقوق‌دانان باید همچنان منتظر تحولات بعدی حقوق مسئولیت مدنی در این زمینه باشند.[1] در حقوق ایران نیز طبق ماده ۷ ق.م.م در مواردی که مؤسسه‌ای نگهداری و مراقبت از مجنون یا بیمار روانی را بر عهده دارد، در صورت تقصیر در نگهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده ناشی از عمل مجنون یا بیمار روانی است.

1 . Ibid, pp. 1049-1051.

۲. استخراج قاعده عمومی مسئولیت مدنی مراقب نسبت به اعمال افراد تحت مراقبت

۲-۱. محدودیت ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی و ضرورت طرح مسئولیت سرپرست

الف. محدودیت ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی

در حقوق ایران، مسئولیت سرپرست نسبت به عمل فرد تحت مراقبت، محدود به دو مورد صغیر و مجنون شده درحالی‌که در برخی از نظام‌های حقوقی، مسئولیت سرپرست ناشی از اعمال افراد تحت مراقبت، بسیار وسیع‌تر بوده و نیازی به صغیر یا مجنون‌بودن فاعل نیست. بلکه در هر موردی که شخصی به لحاظ جسمی یا دماغی نیازمند مراقبت و مواظبت باشد، این مسئولیت قابل طرح است. بنابرین نیازی به محجوربودن نبوده و محجوریت، یکی از مصادیق ناتوانی جسمی یا ذهنی است و این امر می‌طلبد تا در اصلاحات آتی مورد لحاظ قانونگذار قرار گیرد.

ب. طرح مسئولیت سرپرست به لحاظ نیاز شخص تحت مراقبت

در ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی کِبِک این قاعده وجود دارد که هر شخصی که بر دیگری کنترل دارد مسئول اعمال او خواهد بود. همچنین طبق ماده ۸۳۲ قانون مدنی آلمان در مواردی که شخصی به حکم قانون به جهت صغیربودن یا ضعف‌های جسمی یا ضعف‌های دماغی و ذهنیِ شخص دیگری، متعهد به مواظبت و مراقبت از وی باشد، مسئول خسارات ناشی از اعمال شخص تحت مراقبت و مواظبت است.[1] در ماده ۷ ق.م.م نیز مسئولیت سرپرست به لحاظ این است که به جهت صغر سن یا مشکل عقلی شخصی، به سرپرست اقتدار داده شده تا بر وی نظارت کند. به‌عبارتی در اینجا این اقتدار وجود دارد تا شخصی بر شخصیت دیگری ناظر باشد نه بر فعالیت خاصی از وی. بنابراین چنین شخصی که دارای اقتدار است مشمول ماده ۷ ق.م.م است. بدیهی است که اگر این اقتدار به شخصی داده شود تا بر دیگری نظارت و کنترل داشته باشد اما این امر به لحاظ ضعف و نیاز شخص نباشد، بلکه این اقتدار بر روی فعالیت خاصی بوده و به لحاظ منافع شخص دارای اقتدار باشد، گرچه در اینجا نیز شخصِ دارای اقتدار مسئول است، اما نمی‌توان این مسئولیت را مسئولیت سرپرست دانست، بلکه این مسئولیت در

1 . Radé, Christophe, "Droit À Réparation, Responsabilité du fait d'autrui, Principe général", Responsabilité civile et Assurances, 2005, p.11.

قلمرو مسئولیت کارگر و کارفرما یا مسئولیت متبوع ناشی از عمل تابع وارد شده و مشمول ماده ۱۲ ق.م.م می‌شود.[1] حال با توجه به تفسیر وسیعی که در حقوق فرانسه وجود دارد و با روشن‌شدن این مطلب که فلسفه ماده ۷ ق.م.م در ناتوانی جسمی یا ذهنی است که محجورین داشته و نیازمند مراقبت و مواظبت هستند، می‌توان از ماده ۷ این قاعده را استنباط نمود که در هر موردی که به دلیل شرایط جسمی یا ذهنی انسانی، به شخصی اقتدار مواظبت و مراقبت از وی داده شود، شخص مزبور مسئول اعمال شخص تحت مواظبت و مراقبت است. بنابرین معلولین و بیمارانی یا سالخوردگانی که نیازمند مواظبت و مراقبت هستند، درصورتی‌که به دیگری خسارت وارد آورند، شخصی که از آن‌ها مواظبت می‌نماید، مانند پرستار بیمارستان یا پرستاران خانگی، مسئول جبران خسارات ناشی از اعمال آن‌ها هستند. همچنین در مواردی اشخاص حقوقی مانند بیمارستان‌ها می‌توانند مسئولیت مدنی ناشی از عمل بیمار را داشته باشند . به همین دلیل در حقوق فرانسه گفته شده است که به‌عنوان قاعده زمانی که بیمار در خارج از بیمارستان و خارج از کنترل پزشک به دیگری خسارتی وارد آورد، خود مسئول اعمال خویش است و مسئولیتی متوجه مؤسسه یا شخص دیگری نیست . اما زمانی که بیماری در بیمارستان ودر زمانی که تحت نظر پزشک در حال مداوا است، اگر خسارتی به دیگری وارد آورد، مؤسسه یا بیمارستان می‌تواند مسئولیت ناشی از اعمال وی را داشته باشد. این نظر را می‌توان این‌گونه توجیه نمود که به جهت وظیفه «نگهداری و مراقبت » از بیمار که بر عهده بیمارستان یا پزشک است، اگر بیماری سبب خسارت به دیگری شود معلوم می‌شود که بیمارستان در انجام وظیفه خود یعنی مراقبت و نگهداری کوتاهی نموده است. به‌عنوان مثال اگر در یک بیمارستان مخصوص افرادی که بیماری روانی دارند، یکی از بیماران، تخت خود را به آتش کشیده و سبب ورود خسارت به بیمار دیگری شود، گرچه خود بیمار طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی، مسئول جبران خسارت است، اما تردیدی نیست که اگر بیمارستان در امر مراقبت و نگهداری از بیمار کوتاهی نموده باشد، خود بیمارستان می‌تواند مسئول اعمال بیمار نیز باشد. البته لازم به ذکر است که بیمار باید در وضعیتی باشد که بتوان گفت بیمارستان وظیفه دارد از وی مراقبت و نگهداری کند. به‌عنوان مثال، بیماری که خود به بیمارستان رفته و در اندک‌زمان کوتاهی توسط پزشک بیمارستان مورد معاینه قرار گرفته و نیاز به بستری نداشته و در بیمارستان به دیگری خسارتی وارد آورد، نمی‌توان

۱. خدابخشی، عبدالله؛ جبران خسارت کارگران در نظام مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ص. ۳۹۵.

عرفاً وظیفه مراقبت و نگهداری از وی را بر بیمارستان تحمیل نموده و درنتیجه بیمارستان را مسئول اعمال وی دانست . اما بیماری که در طول چند روز یا چند هفته یا چند ماه در بیمارستان بستری شده، عرفاً قابل تصور است که بیمارستان موظف بوده از وی نگهداری و مراقبت به عمل آورد. به‌عبارتی بررسی «تقصیر در نگهداری و مراقبت» مسئله‌ای است که بستگی به اوضاع‌واحوال متفاوت داشته و در شرایط مختلف می‌تواند ارزیابی شود. بنابراین بیمارستان نیز به‌عنوان وظیفه مراقبت و کنترلی که بر روی بیمار دارد، می‌تواند مسئول ناشی از عمل بیمار قلمداد شود.[1] در این صورت مسئولیت سرای سالمندان نیز نسبت به اعمال اشخاص سالخورده، امر بعیدی نیست.

۲-۲. شرایط عمومی تحقق مسئولیت ناشی از سرپرستی

به نظر برخی از استادان در حقوق فرانسه برای تحقق مسئولیت سرپرست ناشی از عمل غیر، وجود چند شرط کلی ضروری است: یکی اینکه فعل نامشروعی توسط شخص تحت نظارت انجام شود و دیگر اینکه رابطه کنترل و نظارت وجود داشته باشد؛ به این مفهوم که مسئول باید قدرت سازماندهی، راهنمایی و کنترل شخص تحت‌نظر را داشته باشد. از منظر برخی از آرا در دیوان عالی کشور فرانسه، این رابطه، محدود به اعمال قدرت مادی مراقبت است. از این منظر می‌توان دریافت که به‌محض اینکه اِعمال مؤثر این قدرت متوقف شود، شخص مراقب، مسئول عمل دیگری نیست.(تصمیم ۲۵ فوریه ۱۹۹۸ شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه)به عکس در برخی از تصمیمیات دیگر چنین تلقی شده است که منظور از این قدرت، یک قدرت حقوقی و مطلق است و زمانی که به‌طور موقت، مراقبت مادی از شخصی به دیگری سپرده می‌شود نیز این قدرت به اتمام نرسیده و وجود دارد(تصمیم ۲۶ مارس ۱۹۹۷ شعبه کیفری دیوان عالی کشور فرانسه)به همین دلیل در پرونده‌ای در فرانسه، نوجوان شانزده ساله‌ای که به حکم قاضی اطفال برای بازپروری به یکی از مراکز بازپروری سپرده شده بود به‌طور موقت در آخر هفته به نزد والدین بازگشت و در طول این مدت با به‌آتش‌کشیدن عمدی مکانی سبب خسارت شد. دادگاه پژوهش، شکایت زیان‌دیدگان را که عیله نهاد مزبور مطرح شده بود، رد نمود. استدلال هم این بود که والدین در طول این مدت از حق ملاقات و نگهداری از این نوجوان برخوردار بودند و فعل زیان‌بار هم دقیقاً در زمانی رخ داده بود که این نوجوان به نحو مجاز نزد والدین به سر می‌برد. باوجود این، رأی مزبور

1 . Viney, Geneviève, Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, 2e éd, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 297.

توسط دیوان عالی کشور شکسته شد. استدلال این بار چنین بود که یک نهاد که به‌موجب حکم قاضی اطفال موظف است که به‌طور دایمی شیوه زندگی کودکی را سازمان‌دهی نماید تا زمانی که یک حکم قضایی مأموریت بازپروری را معلق ننموده یا خاتمه نداده باشد بر مبنای بند ۱ ماده ۱۳۸۴ ق.م.ف مسئول فعل زیان‌باری است که این کودک انجام داده است حتی اگر کودک نزد والدین خود زندگی کند.[۱] به این ترتیب بر مبنای این رأی، لزومی ندارد تا نهاد بازپروری عملاً اختیارات و اقتدار خود را اعمال نماید که همین نظر اخیر، سرلوحه عمل قضات در رأی شعبه دوم مدنی در ۹ دسامبر ۱۹۹۹ قرار گرفته است. در رأی مشهور *بلیک* نیز این امر مشهود بود که رابطه نظارت و کنترل باید از سوی مسئول، دایمی باشد. نکته دیگر اینکه قدرت نظارت بر دیگری می‌تواند موقتی باشد به شرط اینکه مدت این نظارت، آن قدر کافی باشد که بتوان یک قدرت نظارت واقعی را محرز دانست. مطلب قابل‌توجهی که در اینجا وجود دارد این است که رابطه کنترل و نظارت باید مربوط به هدایت و نظارت بر شخصی باشد که تحت نظارت و کنترل مسئول بوده و شخص مسئول به همین دلیل، مسئولیت اعمال شخص تحت کنترل را بر عهده دارد. بنابرین اگر این نظارت و کنترل بر اموال دیگری باشد، شخصی که دارای کنترل و نظارت است مسئول عمل دیگری نیست.(رأی شعبه دوم مدنی ۲۵ فوریه ۱۹۹۸)به همین جهت، مدیری که فقط اموال دیگری را اداره می‌نماید، نمی‌تواند مسئول اعمال محجوری باشد که فقط موظف به اداره اموال وی بوده است. اما به‌عکس، سرپرستی که وظیفه مواظبت از شخص محجور را دارد، می‌تواند مسئول خساراتی باشد که وی وارد نموده است.(تصمیم ۲۸ مارس ۲۰۰۰ شعبه کیفری دیوان عالی کشور فرانسه)[۲] حال با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت که مسئولیت مدنی شخص مراقب به جهت خسارات ناشی از عمل شخص تحت مراقبت، زمانی محقق می‌شود که شخص، مکلف به مراقبت از دیگری باشد و شخصِ تحت‌مراقبت، فعل زیان‌باری انجام دهد که در این صورت، مسئولیت بر عهده شخص مراقب خواهد بود. در مورد شرط اول یعنی تکلیف به مراقبت باید گفت این تکلیف ممکن است بر حسب قانون باشد یا قرارداد یا ممکن است اخلاقی باشد. نمونه‌ای از تکلیف قانونی به مراقبت را می‌توان در تکلیف والدین جستجو نمود که در ماده ۷.ق.م.م نیز پیش‌بینی شده است و برای تکلیف قراردادی نیز می‌توان به تکلیف مدیر تیمارستان اشاره نمود که بر حسب قرارداد ممکن است مکلف به نگهداری از شخص مجنون باشد.

۱ . ژوردن؛ پیشین، ص. ۳۲۷.

2 . Martini; op.cit., p.93.

نمونه از تکلیف اخلاقی نیز مانند اینکه شخصی دست نابینایی را بگیرد تا وی را از راهی عبور دهد و با بدهدایت‌کردن سبب شود تا پای وی به بساط چینی‌فروشی برخورد نموده و سبب خسارت شود. به همین دلیل اگر تکلیف به نگاهداری نباشد مسئولیت مزبور محقق نمی‌شود. بدیهی است که این تکلیف مراقبت باید به دلیل نیاز فرد تحت مراقبت به چنین مراقبتی باشد، خواه علت آن صغر وی یا وضعیت عقلی یا جسمی وی باشد. به همین دلیل مراقبتی که به علت صغر سن یا وضعیت جسمانی یا دماغی شخص تحت مراقب نباشد، مسئولیتی برای مراقب در پی نخواهد داشت. به همین دلیل نگهبان زندان با اینکه وظیفه مراقبت از افراد زندانی را دارد اما با توجه به اینکه این تکلیف به علت صغر سن یا وضعیت جسمانی یا دماغی زندانیان نیست، مسئول اعمال زندانیان نیست. بنابرین اگر ملاک مسئولیت مراقب، احتیاج و نیاز افراد تحت مراقبت باشد، می‌توان به نقص ماده ۷ ق.م.م اذعان داشت که افراد تحت مراقبت را محدود به صغیر و مجنون نموده است درحالی‌که نیاز به مراقبت به دلیل وضعیت جسمانی هم باید در ماده ۷ مزبور مطرح می‌شد. به‌عنوان مثال، نابینائی که نیازمند مراقبت است و شخص نابینا هنگام عبور از معبری به کسی آسیب برساند آیا شخصی که وظیفه داشته تا از وی مراقبت نماید، نباید مسئول جبران خسارات ناشی از فعل شخص نابینا باشد؟ یا شخصی که به دلیل معلولیت باید از ویلچیر استفاده کند اگر مراقبی که قرار بوده به وی کمک کند، مرتکب تقصیر شود و شخص معلول، خسارتی به بار آورد، مسئول‌دانستن مراقب، امر بعیدی نیست. به همین دلیل به نظر می‌رسد ماده ۷ ق.م.م باید در آینده مورد اصلاح قرار گیرد. شرط دیگر مسئولیت این است که شخص تحت مراقبت باید فعل زیان‌باری انجام داده باشد تا بتوان مراقب را مسئول دانست وگرنه بدون اینکه شخص تحت مراقبت، فعل زیان‌باری انجام دهد تحمیل مسئولیت بر شخص مراقب ممکن نیست.

۲-۳. آثار مسئولیت سرپرست

الف.حق زیان‌دیده در رجوع به شخص مراقب و شخص تحت مراقبت

در برخی از رژیم‌های حقوقی در مودی که شخصی به جهت وظیفه مراقبت، مسئول خسارت ناشی از عمل شخص تحت مراقبت شناخته می‌شود، به نظر برخی از حقوق‌دانان، امکان جمع مسئولیت شخص مراقب و شخص تحت مراقبت، وجود دارد. نتیجه این نظر این خواهد شد که زیان‌دیده حق داشته باشد برای جبران خسارت، به

شخص تحت مراقبت یا شخص مراقب مراجعه کند.[1] از نظر تحلیلی در حقوق ایران به نظر می‌رسد در همه موارد، نظر فوق قابل پیروی نیست. اگر شخص تحت مراقبت، مجنون یا صغیر غیرممیز باشد و سرپرست در نگهداری قصور نموده باشد، از باب سبب اقوی از مباشر، طبق ماده ۳۳۲ ق.م فقط سرپرست ضامن است و اگر سرپرست مقصر نباشد، که فقط خود محجور طبق ماده ۱۲۱۶ مسئول است. اما موردی که شخص تحت مراقبت، صغیر ممیز باشد طبق ماده ۱۲۱۶ ق.م خود مسئول است و اگر سرپرست هم مقصر باشد، سرپرست طبق اطلاق ماده ۷ ق.م.م مسئول است؛ که در این فرض عرفاً نمی‌توان سرپرست را سبب اقوی دانست و درنتیجه سرپرست و شخص تحت مراقبت (صغیر ممیز) هر دو مسئول بوده و زیان‌دیده حق دارد به هرکدام که می‌خواهد مراجعه نماید. شاید بتوان این قاعده را چنین گسترش داد که هر جا تمییز باشد سرپرست و شخص تحت سرپرستی هر دو ضامن باشند. اما اگر تمییز وجود نداشته باشد، فقط سرپرست ضامن است. به این ترتیب در سرای سالمندان اگر پیرمردی که به آلزایمر مبتلا شده است، خسارتی به دیگری وارد آورد، ظاهراً فقط باید موسسه ضامن باشد. اما در جایی که اختلالی در تمییز نیست و سالخورده‌ای به دیگری خسارتی وارد آورد، مسئولیت مؤسسه و شخص سالخورده نباید مشکلی داشته باشد.

ب. حق رجوع شخص مراقب به شخص تحت مراقبت

در رژیم‌های حقوقی که شخص مراقب و شخص تحت مراقبت، هر دو در مقابل زیان‌دیده مسئول به شمار می‌روند، به نظر برخی از حقوق‌دانان اگر زیان‌دیده به شخص تحت مراقبت که مرتکب فعل زیان‌بار شده رجوع کند، وی حق مراجعه به مراقب و سرپرست را نخواهد داشت و درصورتی‌که زیان‌دیده به شخص مراقب مراجعه کند، اگر شخص تحت مراقبت دارای تمیز باشد، سرپرست پس از جبران خسارت زیان‌دیده می‌تواند به وی مراجعه کند و درصورتی‌که شخص تحت مراقبت، فاقد تمیز باشد سرپرست پس از جبران خسارات زیان‌دیده، حق مراجعه به وی را ندارد.[2]

در حقوق ایران در مواردی که شخص تحت مراقبت، صغیر غیرممیز و مجنون است و سرپرست مقصر نباشد که فقط محجور ضامن بوده و محجور پس از جبران خسارت، حق مراجعه به سرپرست را ندارد زیرا دین بر ذمه محجور استوار است. در مواردی نیز که سرپرست مقصر باشد، از باب سبب اقوی از مباشر، فقط سرپرست ضامن است و

۱ . سنهوری، پیشین، ص. ۱۱۴۱.

۲ . همان، ص. ۱۱۴۲.

بدیهی است که سرپرست پس از جبران خسارت نباید حق مراجعه به محجور را داشته باشد زیرا در واقع دین خود را پرداخت نموده است. اما در مواردی که شخص تحت مراقبت، صغیر ممیز بوده و سرپرست نیز مقصر باشد، با توجه به اینکه عرفاً سرپرست، سبب اقوی از مباشر نیست هر دو ضامن به شمار می‌آیند. حال اگر زیان‌دیده به شخص مراقب مراجعه کرد، به نظر می‌رسد وی بتواند به صغیر ممیز مراجعه کند زیرا قاعدتاً دین اصلی بر عهده کسی است که فعل زیان‌بار منتهی به خسارت را انجام داده است.

نتیجه

مطالعه تطبیقی در دیگر نظام‌های حقوقی نشان می‌دهد که هر جا شخصی به لحاظ ناتوانی‌های جسمی یا دماغی نیازمند مواظبت و مراقبت است و به شخصی این اقتدار داده شود تا از شخص مزبور مواظبت و مراقبت به عمل آورد، شخص مواظب و مراقب به جهت اقتداری که دارد، مسئول خساراتی است که ناشی از عمل شخص تحت مراقبت است. در حقوق ایران این مسئولیت به سرپرست صغیر و مجنون محدود شده اما باید از این امر این قاعده را استنباط نمود که هر جا این ضعف ذهنی یا جسمی وجود داشته باشد می‌توان شخص مراقب را مسئول دانست. این امر می‌طلبد تا در آینده قانونگذار در راستای حمایت از زیان‌دیده، ماده ۷ ق.م.م را اصلاح نموده و به‌جای صغیر و مجنون، هر شخصی را که به لحاظ جسمی و ذهنی نیازمند مراقبت است مشمول ماده مزبور بداند. البته تا زمان اصلاح قانون نیز رویه قضایی می تواند با تفسیر موسع از ماده ۷ ق.م.م به جبران خسارات بیشتری دست پیدا کند.

منابع:

- انصاری، شیخ مرتضی؛ **المکاسب**، مطبعه اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۵.
- بادینی، حسن؛ **فلسفه مسئولیت مدنی**، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- جبعی العاملی، زین الدین؛ **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه**، جلد ۲، مرکز النشر مکتب الاعلامی الاسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۷۲.
- خدابخشی، عبدالله؛ **جبران خسارت کارگران در نظام مسئولیت مدنی**، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- خزرجی، عروبه جبار؛ **حقوق الطفل بین النظریه و التطبیق**،دارالثقافه للنشر و التوزیع، عمان، ۲۰۰۹.
- ژوردن، پاتریس؛ **تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی**، ترجمه و تحقیق: مجید ادیب، میزان، ۱۳۸۶.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، جلد ۱، منشورات الحلبی الحقوقیه، چاپ سوم، ۱۹۹۸.
- صفایی، سیدحسین؛ رحیمی، حبیب‌الله؛ **مسئولیت مدنی**(الزامات خارج از قرارداد)، سمت، ۱۳۸۹.
- غمامی، مجید؛ **مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود**، دادگستر، ۱۳۷۶.
- فرج توفیق‌حسن؛ جمال، مصطفی؛ **مصادر و احکام الالتزام**، منشورات الحلبی الحقوقیه، ۲۰۰۹.
- کاتوزیان، ناصر؛ **حقوق مدنی، خانواده**، جلد۲، شرکت انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۲.
- _____؛ **الزام‌های خارج از قرارداد**، جلد۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
- محقق داماد، سیدمصطفی؛ **قواعد فقه**، جلد۱، نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی،۱۳۷۰.
- موسوی خمینی، سیدروح الله؛ **تحریرالوسیله**، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۳.
- نوری، شیخ فضل‌الله؛ **قاعده ضمان‌الید**، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه، ۱۴۱۴.

- هدفیلد، ژ،آ؛ **روان‌شناسی و اخلاق**، ترجمه: علی پریور، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ سوم، ۱۳۷۴ .

- Benabant, Alain; **Droit Civil, Les Obligations** Librairie général de droit et de jurisprudence, Montchrestien, 2005.

- Capitant, Henrie; **"L'évolution de Droit de la Famille Depuis de Code Civil"**, dans: Le Droit civil français,Librairie de Recueil Sirey,1936.

- Chalus, Delphine; **"La Responsabilité de l'Etat du Fait des Mineurs Délinquants"**, AJDA, 2008.

- Demante, A,M; Colmet de Santerre,E, **Cours Analytiaue de Code Napoléon**, T,5, Henri Plon Imprimeur- Éditeur, 1865.

- Dorsner-Dolivet, Annick; **"Du Nouveau dans la Responsabilité des Parents du Fait de Leurs Enfants"**, Revue de Droit Sanitaire et Social, 1997.

- Fabre-Magan, Muriel; **Les Obligations**, Presses Universitaires de France, 2004.

- Flour, Jaques, et al; **Droit Civil, Les Obligations**, **Le fait juridique**, 13e éd, Sirey, 2008.

- Garé, Thierry; **"Les Grands-Parents dans le Droit de la Famille : Réflexions Autour d'un Thème d'Actualité"**, AJ Famille, 2002 .

- Huc, Théophile**; Commentaire Théorique et Pratique de Code Civil**, T, 8, Librairie Cotillon, 1895.

- Jourdain, Patrice; **"Droit À Réparation, Responsabilité Fondée sur la Faute , Applications de la Notion de Faute : Imprudences et Négligences ; Fautes Commises à l'Occasion d'un Contrat"**, Responsabilité Civile et Assurances, 2008.

- Jourdain, Patrice; "**La Responsabilité des Père et Mère : Une Responsabilité Principale et Directe, Indépendante de Celle du Mineur"**, Recueil Dalloz, 2003 .

- Jourdain, Patrice**; Les Principes de la Responsabilité Civile**,7e éd, Dalloz, 2007.

- Lévy, Jean- Philippe, et André Castaldo; **Histoire du Droit Civil**, Dalloz, 2002.

- Maistre du chambon, Patrick, et Philippe Conte; **La Responsabilité Civile Délictuelle**, 3e éd, Presses Universitaires de Grenoble, 2000.

- Maistre du Chambon, Patrick; **"Régime De La Réparation, Action en Réparation, Parties à l'Instance"**, Responsabilité Civile et Assurances, 1998.

- Malaurie, Philippe, et al; **Droit Civil, Les Obligations**, Editions juridiques associées, *Défrenois*, 2004.

- Malinvaud, Philippe; **Droit des Obligations**, 9e éd, LexisNexis, Litec, 2005.

- Martini, Philippe, et Karine Losfeld; **Droit des Obligations**, Librairie Vuibert, 2000.

- Mazeaud, Henri, et Jean Léon; **Leçons de Droit Civil**, T,2, volume primier, **Obligations**, 6e éd, par François Chabas, Montchrestien, 1978.

- Ponseille, Anne; **"Le Sort de la Condition de Cohabitation dans la Responsabilité Civile des Père et Mère du Fait Dommageable de leur Enfant mineur"**, *RTD Civ*, 2003 .

- Radé, Christophe; **"Le Renouveau de la Responsabilité du Fait d'Autrui"**, Recueil Dalloz, 1997.

- Starck, Boris; **Droit Civil, Obligations**, Librairies Technniques, 1972.

- Steinlé-Feuerbach, et Marie France, **Droit des Obligations**, Ellipses édition Marketing, S, A, 2008.

- Vignon-Barrault, Aline; **Droit À Réparation, Responsabilité du Fait d'Autrui , Domaine, Responsabilité des Père et Mère**, Responsabilité Civile et Assurances, 2008.

- Viney, Geneviève, et Patrice Jourdain; **Traité de Droit Civil, Conditions de la Responsabilité**, 2e éd, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

- Viney, Geneviève; **Traité de Droit Civil, Introduction à la Responsabilité**, 2e éd, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

- Radé, Christophe, **"Droit À Réparation, Responsabilité du fait d'Autrui , Principe Général"**, Responsabilité civile et Assurances, 2005.

Entrapment, Concept and Consequences

Abbas hassani

Hassan Ali Moazenzadegan

Abstract:

In criminal law, entrapment is a practice whereby a law enforcement agent induces a person to commit a criminal offense that the person would have otherwise been unlikely to commit. It is a type of conduct that is generally frowned upon, and thus in many jurisdictions is a possible defense against criminal liability.
Depending on the law in the jurisdiction, the prosecution may be required to prove beyond a reasonable doubt that the defendant was not entrapped or the defendant may be required to prove that they were entrapped as an affirmative defense.
The entrapment defense in the United States has evolved mainly through case law. Two competing tests exist for determining whether entrapment has taken place, known as the "subjective" and "objective" tests. The "subjective" test looks at the defendant's state of mind; entrapment can be claimed if the defendant had no "predisposition" to commit the crime. The "objective" test looks instead at the government's conduct; entrapment occurs when the actions of government officers would usually have caused a normally law-abiding person to commit a crime.

***Keywords*:** Entrapment, Exculpation, Defense, Set up, Frame up, Exclusionary rule.

Clarification of the Legal Character of the Building Construction Short Sale Law

Seyed Mohammad Sadegh Tabatabaei

Abbas Kiyani

Abstract:

The civil law for the short sale of constructed edifices, which can be seen in light of support in favor of the advance purchaser, was passed by the Islamic Legislative Council of the Islamic Republic of Iran in the month of Day 1389 (A.H.) and subsequently gained the approval of the Guardian Council. From the very beginning the legal character of the legislation, especially with regard to its first constituent article, proved highly controversial. The present paper, aiming to clarify the legislative character of this law, scrutinizes these issues and in the course of disputing the necessity of the reception of the total amount due in concordant transaction, reaches the final conclusion that the law is harmonious and in accordance with such transaction, this being conditioned by the presupposition that the contract observe the first article of the legislative law and state in writing that the edifice under agreement be transferred into the possession of the purchaser either "from the beginning," "during the course of construction" or "after the completion of the edifice." In the first instance the transfer will be unconditionally complete; in the second instance the transfer will be in a state of conditional pending and in accordance with the number of installments; and in the final instance the transfer will be in a state of conditional pending completed after the payment of the final installment.

***Keywords**:* Short Sale, Contract, Concordant Transaction, Pending Transaction, Contractual Obligation.

Judicabilty of the Right to Social Security: A Comparative Study in Iranian and English Law, in the Light of International Human Rights Instruments

Hassan Kolivand
Zeynab Esmati

Abstract

The shift from "identify the right" to the "rights enforcement", About concepts related to human rights in the twentieth century it reached its full. Social security rights of the categories that have been in the process, has played a mportant role. Social Security is a fundamental human right. So in this respect for the rights of individuals, need mechanisms to be predicted. This research focus on the concept of the social security right and And that social security, are both human rights and part of the civil rights, in the light of international human rights instruments such as the European Convention on Human Rights and the Court of Human Rights in Europe have important contributions to the Human Rights evolution and grant these rights are guaranteed and pays the right to social security hearing ability. The results of this comparative study, the right to social security in the UK shows that the right to social trial in the legal system of the Islamic Republic of Iran has been the failure such as there is not specific forums to address claims that is social security.For this reason Insured persons in social organization and other organizations and funds about competent authority to deal with complaints in the insurance and protection are confused and Today many countries have witnessed a change in the nature of the right to social assistance, a reflection of a right or legitimate claim to a personal right or legal right. Social assistance is not considered legal in our country. Article 29 of the constitution, which, like other human rights instruments "Benefit from social security" as "the right of everyone" knows, largely not realized it needs serious review of laws and regulations related to it.

***Keywords*:** Rights, Social Security, Trial, Human Rights, International Documents.

Resolving of Powers Disputes and Regulation of Powers Relations in Islamic Republic of Iran

Ali Akbar Gorji Aznadreyani

Morteza Rezaei

Abstract

In the legal- political system of Iran, resolving dispute and regulation of the powers relations, especially on thirty five years of the Islamic Republic history that led into the revision and modification of the Constitution, is special and unique issue that derived from the power distribution type in governance system of this country. Disputes and conflict jurisdictions problems sometimes results in unprecedented disputations that indicates different explanations from law. In recent years, this problem, despite some apparently regards again brought back into the political arena, thus it seriously required to be redesigned and fixed. The Leader created "Supreme institution of resolving dispute and regulation of the threefold powers relation" in the political arena of country based on paragraph 7 of Article 110 of the Constitution, in culmination of disputes between the threefold powers. Research in this newly established institution and review of paragraph 7 of article 110 of the Constitution as basic system of the resolving dispute and regulation of the powers relations in Iran make the main subject in this essay.

***Keywords*:** Resolving of Powers Dispute, Regulation of Powers Relations, Constitution, Leader, Supreme Institution of Resolving Dispute and Regulation of the Threefold Powers Relation.

Law and its Chronological Validity with an Emphasis on Temporary Law

Eghbal Ali Mirzaei

Abstract:

Temporary act (or law) is a law which its validity terminates by termination of period that is determined in the same act. So, this law is rescinded without enacting a "repealing act". Non-temporary acts are rescinded only by enacting repealing acts. Although the legislator can repeal temporary laws in the period of their validity, he can repeal all laws in any time. Because the validity of laws is not an eternal matter.

Inside of temporary and non-temporary acts there are circumstantial laws; some acts are depend circumstances for which they were enacted. Thus by termination of those circumstances those laws may not be enforced. As such these types of laws are in fact temporary; albeit their validity period is not determined. But circumstantial and temporary acts are rescinded by expiring their period and without enacting repealing law. Therefore, those laws may not be forced by termination of those circumstances.

Keywords: Temporary Law (=Act), Non-Temporary Act, Circumstantial Law.

Civil Liability of Guardian in Relation to the Supervised Persons and the Need to Broaden it, with Comparative Study in French

Alireza Yazdaniyan

Abstract

Sometimes a person because of bodily or mental situation needs the care of other person،For this reason, in other legal systems the authority of control of this persones has been given to the some of the person،In this cases if the person under care dameges to another , the person that care of this person is responsible،In French law the article 1384 of civil law has pointed to the liability of the parents، In Iranian law, the article 7 of tort law has pointed to liability of guardian of infant and mad،But it is imaginable that the other persons need the care like the persons blinds or the prsons weaks or the persons ills that theire guardians whether natural person or legal person are responsible, that it has been pointed in other systems but in Iranian law there is no compensation ، It seems that it is possible the designing the rule of the liability of the guardian of the acts of the persons under care that compratively is be studied in this article.

***Keywords*:** Liability, Guardian, Guardianship, Fault.

Contents

❑ **Entrapment, Concept and Consequences..... a**

Abbas hassani / Hassan Ali Moazenzadegan

❑ **Clarification of the Legal Character of the Building Construction Short Sale Law ..... b**

Seyd Mohammad Sadegh Tabatabai / Abbas Kiyani

❑ **Judicabilty of The Right to Social Security: Acomparative Study in Iranian and English Law ,in the Light of International Human Right Instruments ..... c**

Hassan Kolivand / Zeynab Esmati

❑ **Resolving of Powers Disputes and Regulation of Powers Relations in Islamic Republic of Iran ..... d**

Ali Akbar Gorji Aznadreyani / Morteza Rezaei

❑ **Law and its Chronological Validity Emphasis on Temporary Law ..... e**

Eghbal Ali Mirzaei

❑ **Civil Liability of Guardian in Relation to the Supervised Persons and the Need to Broaden it, with Comparative Study in French ……..…….F**

Alireza Yazdanian

The Judiciary's

Law Journal

The 78th year of publication/ no.85/ 2014 spring

Scientific – Research quarterly
Concessionary: The Judiciary

Director-in – charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

Circulation: 4500

Price: 50000R

Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir

The Editorial Board (in alphabetical Order):

Nejad Ali Almasi / Mohammad Ali Ardabili / Mohammad Ashouri / Rabiaa Eskini / Mohammad Javad Javid / Jafar Kousha / Sam Savad Koohi / Ali Hossein Najafi Abrand Abadi